

Titel:

Berufung, Gesellschaft, Auslegung, Kaufvertrag, Gesellschafter, Gesellschafterbeschluss, Gesellschafterversammlung, Pflichteinlage, Agio, Filmfonds, Prozesskosten, Zahlung, Berechnung, Zeichnungssumme, Co KG, abgelaufenen Frist

Schlagworte:

Berufung, Gesellschaft, Auslegung, Kaufvertrag, Gesellschafter, Gesellschafterbeschluss, Gesellschafterversammlung, Pflichteinlage, Agio, Filmfonds, Prozesskosten, Zahlung, Berechnung, Zeichnungssumme, Co KG, abgelaufenen Frist

Vorinstanz:

LG München I, Endurteil vom 24.06.2019 – 31 O 19797/17

Rechtsmittelinstanz:

BGH Karlsruhe, Hinweisbeschluss vom 27.04.2021 – II ZR 67/20

Weiterführende Hinweise:

Revision zugelassen

Fundstelle:

BeckRS 2020, 51055

Tenor

1. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts München I vom 24.6.2019 (Az.: 31 O 19797/17) dahin abgeändert, dass festgestellt wird, dass die gegenüber der Beklagten geltend gemachte Einlageforderung der Klägerin in Höhe von 2.400,- € (6% der Pflichteinlage der Beklagten) im Rahmen der Berechnung des Abfindungsguthabens der Beklagten als unselbständiger Rechnungsposten zugunsten der Klägerin zu berücksichtigen ist. Im übrigen wird die Berufung der Klägerin zurückgewiesen und bleibt die Klage als derzeit unbegründet abgewiesen.
2. Von den Kosten des Rechtsstreits haben die Klägerin 2/3 und die Beklagte 1/3 zu tragen.
3. Dieses Urteil und das angegriffene Urteil, soweit es noch Bestand hat, sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des gegen sie vollstreckbaren Betrages abwenden, sofern nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet. Die Beklagte kann die Vollstreckung der Klägerin durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des gegen sie vollstreckbaren Betrages abwenden, sofern nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.
4. Die Revision gegen dieses Urteil wird zugelassen.

Entscheidungsgründe

A.

1

Die Klägerin macht gegen die Beklagte die Zahlung eines negativen Abfindungsguthabens geltend.

2

Die Klägerin ist ein Filmfonds in der Rechtsform der GmbH & Co. KG. Die Beklagte beteiligte sich mit Beitrittserklärung vom 11.12.2003 (Anlage K 1) als Direktkommanditistin mit einer Pflichteinlage von nominal 40.000,- € an der Klägerin. Hierauf zahlte die Beklagte 54% (also 21.600,- €) sowie das Agio ein.

3

Der Gesellschaftsvertrag der Klägerin (in seiner ursprünglichen Fassung) hat auszugsweise den folgenden Wortlaut:

§ 4 Gesellschaftsstruktur, Gesellschaftskapital ...

3. Kommanditeinlagen der Treugeber und Direktkommanditisten... Die Treugeber und Direktkommanditisten sind verpflichtet, 54% der Pflichteinlage zuzüglich eines Agio in Höhe von 3% nach Maßgabe der nachfolgenden Bestimmungen als Bareinlage zu leisten. 46% der Pflichteinlage werden zinslos fällig, wenn die Treugeber und Direktkommanditisten diesen Betrag in voller Höhe aus erwirtschafteten und zur Ausschüttung anstehenden Gewinnen der Gesellschaft leisten können. Sobald in dieser Höhe ausschüttungsfähige Gewinne zur Verfügung stehen, werden diese mit dem ausstehenden Teil der Pflichteinlage in gleicher Höhe verrechnet. Die Pflichteinlagen sind feste Kapitalanteile. Direktkommanditisten werden jeweils mit 103% der Pflichteinlage als Haftsumme ... in das Handelsregister eingetragen. ...

§ 23 Ausscheiden, Ausschluss eines Gesellschafters oder Treugebers ...

6. ... Kann über die Höhe der Abfindung zwischen dem Komplementär und dem ausscheidenden Gesellschafter oder Treugeber kein Einvernehmen erzielt werden, wird die Abfindung durch einen von der Wirtschaftsprüferkammer München zu benennenden Wirtschaftsprüfer als Schiedsgutachter, der auch über die Kosten seiner Inanspruchnahme entsprechend den Bestimmungen der §§ 91 f. ZPO zu befinden hat, verbindlich ermittelt.

4

Hinsichtlich des weiteren Inhalts des Gesellschaftsvertrages [im folgenden: GV] wird auf Anlage K 4 Bezug genommen.

5

Durch Beschluss der Gesellschafterversammlung der Klägerin vom 24.7.2012 (vgl. Niederschrift, Anlage K 7) wurde der Gesellschaftsvertrag wie folgt geändert.

6

Die Gesellschafterversammlung beschließt, den bisherigen Wortlaut des § 4 Ziffer 3 Absatz 1 Satz 3 durch folgenden Wortlaut zu ersetzen: „6% der Pflichteinlage werden zinslos fällig, wenn sie durch die Geschäftsführung der Gesellschaft zum Zwecke der Durchsetzung der steuerlichen Interessen sowie zur Bestandswahrung der Gesellschaft schriftlich eingefordert werden; der Rest der ausstehenden Pflichteinlage kann nur zinslos durch die Geschäftsführung eingefordert werden, wenn ein entsprechender Gesellschafterbeschluss gefasst wird.“

7

Mit Schreiben vom 27.1.2014 (Anlage K 2) forderte die Klägerin 6% der Pflichteinlage (mithin 2.400,- €) von der Beklagten ein. Diesen Betrag bezahlte die Beklagte nicht. In der Folgezeit schied die Beklagte durch ordentliche Kündigung zum 31.12.2014 aus der Klägerin aus. Zu diesem Stichtag ergebe sich nach Auffassung der Klägerin ein negatives Auseinandersetzungsguthaben der Beklagten von 5.972,- €.

8

Die Klägerin hat beantragt die Beklagte zu verurteilen,

an die Klägerin 5.972,- € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus einem Betrag von 2.400,- € vom 6.5.2014 bis 31.12.2014 sowie aus einem Betrag von 5.972,- € seit Rechtshängigkeit zu bezahlen;

hilfsweise: entsprechend den Regelungen der §§ 356, 431 ZPO eine angemessene Frist zur Einholung eines Schiedsgutachtens zu setzen;

weiter hilfsweise: festzustellen, dass die gegenüber der Beklagtenpartei geltend gemachte Einlageforderung der Klägerin in Höhe von 2.400,- € (6% der Pflichteinlage der Beklagtenpartei) im Rahmen der Berechnung des Abfindungsguthabens der Beklagtenpartei als unselbständiger Rechnungsposten zugunsten der Klägerin zu berücksichtigen ist.

9

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

10

Das Landgericht hat die Klage im Hauptantrag und ersten Hilfsantrag mangels Vorliegens eines Schiedsgutachtens gemäß § 23 Ziff. 6 GV als derzeit unbegründet abgewiesen. Den weiteren Hilfsantrag hat es für unzulässig gehalten. Auf Tatbestand und Entscheidungsgründe des angegriffenen Urteils wird Bezug genommen. Mit ihrer zulässigen, insbesondere form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufung verfolgt die Klägerin ihr erstinstanzliches Begehren mit Ausnahme des ersten Hilfsantrages (betreffend die Fristsetzung zur Erholung eines Schiedsgutachtens) weiter. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Berufung.

B.

11

Die Berufung hat hinsichtlich des auf Berücksichtigung des mit Schreiben vom 27.1.2014 (Anlage K 2) eingeforderten Betrages von 2.400,- € bei der Ermittlung des Abfindungsguthabens (= Hilfsantrag) Erfolg. Im übrigen war sie als unbegründet zurückzuweisen.

I.

12

Zu Recht hat das Landgericht den Hauptantrag der Klägerin als derzeit unbegründet abgewiesen, da es entscheidungserheblich auf die Höhe des Abfindungsguthabens ankommt und deshalb vor Erhebung der Klage nach § 23 Nr. 6 Abs. 1 S. 2 GV von der Klägerin ein Schiedsgutachten zu erholen gewesen wäre.

13

1. Da die Verluste der Gesellschaft entsprechend dem Verlustanteil des Gesellschafters abzuschreiben sind, kann sein Kapitalkonto grundsätzlich negativ werden. Das bedeutet für den Kommanditisten nach § 167 Abs. 3 HGB jedoch nur, dass er in Ermangelung besonderer Abreden oder Beschlüsse der Gesellschafter grundsätzlich nicht nachschusspflichtig ist und auch die §§ 735, 738 BGB nicht gelten, so dass er gegenüber den Mitgesellschaftern nicht ausgleichspflichtig werden kann. Er verliert allenfalls seinen (bislang) positiven Kapitalanteil und hat bei Verlusten der Gesellschaft, die den Kapitalanteil übersteigen, maximal eine etwaige noch rückständige Pflichteinlage sowie die rückzahlbaren Entnahmen zu leisten. Die Haftsumme spielt keine Rolle.

14

Da im streitgegenständlichen Fall unstreitig keine rückzahlbaren Entnahmen vorgenommen wurden, muss die Beklagte maximal eine noch rückständige Pflichteinlage leisten (vgl. Kindler, in: Koller / Kindler / Roth / Drüen, HGB, 9. Aufl., § 167 Rz. 4).

15

a) Der Senat hat bezüglich der hier aufgeworfenen Problematik bereits entschieden (vgl. Senatsurteil vom 12.10.2016 - 7 U 2180/16 und Senatsbeschlüsse vom 30.11.2016 und 17.1.2017 - 7 U 3744/16, zum Teil betreffend einen Schwesterfonds der Klägerin mit strukturell identischen gesellschaftsvertraglichen Regelungen), dass nach § 4 Nr. 3 GV alter Fassung die Pflichteinlage 100% des Zeichnungsbetrages (und damit im streitgegenständlichen Fall 40.000,- €) betrug. Die Regelung in § 4 Nr. 3 Abs. 1 S. 2 - 4 GV alter Fassung war nur eine Fälligkeitsregelung, mit der 46% zunächst gestundet und damit nicht zur Zahlung durch die Kommanditisten an die Gesellschaft fällig wurden. Denn dort war eine dahingehende Teilung des Pflichteinlagebetrages vorgesehen, dass 54% „der Pflichteinlage“ zuzüglich eines Agios als Geldeinlage zu zahlen waren, wobei die diesbezügliche Fälligkeit sich aus der Beitrittserklärung und § 4 Nr. 5 Abs. 1 S. 1 GV ergab. Die in § 4 Nr. 3 Abs. 1 S. 3 ausdrücklich genannten weiteren „46% der Pflichteinlage“ sollten demnach nach Vorliegen bestimmter Voraussetzungen erst später „fällig“ und durch Verrechnung mit erwirtschafteten und zur Ausschüttung anstehenden Gewinnen durch die Gesellschafter geleistet werden (Senatsurteil a.a.O. Rz. 29).

16

Der Senat hat in seinem Urteil vom 12.10.2016 des Weiteren entschieden, dass mit der Neufassung des § 4 Nr. 3 Abs. 1 S. 3 2. Hs. GV durch den Gesellschafterbeschluss vom 24.7.2012 weitere 6% des jeweiligen Zeichnungsbetrages zur Zahlung durch die Kommanditisten als Teil der Pflichteinlage fällig gestellt wurden, die diesbezügliche Stundung also beendet wurde (Senatsurteil a.a.O.).

17

Da der Senat keine Veranlassung sieht, im Streitgegenständlichen Fall von dieser Auslegung abzurücken, besteht mangels Zahlung der Beklagten auf das Einziehungsschreiben der Klägerin vom 27.1.2014 (Anlage K 2) noch eine offene Einlageverpflichtung der Beklagten in Höhe von 2.400 € (6% % aus der Zeichnungssumme von 40.000,- €) und stellt dies auch eine „rückständige Einlage“ im Sinne des § 167 Abs. 3 HGB dar. Auf die vor der Beklagten aufgeworfene Frage, ob nur eine fällige Einlageforderung eine „rückständige Einlage“ im Sinne des § 167 Abs. 3 HGB begründen könne, kommt es daher insoweit nicht an (vgl. dazu BGH, Urteil vom 30.1.2018 - II ZR 108/16, Rz. 36).

18

Die Beklagte kann dem auch nicht entgegen halten, der den Gesellschaftsvertrag abändernde Beschluss der Gesellschafter vom 24.7.2012 sei unwirksam, da nach § 6 Nr. 7 S. 1 GV Beschlussmängel innerhalb einer Ausschlussfrist von einem Monat hätten geltend gemacht werden müssen und dies nicht erfolgte.

19

Die Beklagte kann auch nicht bezweifeln, dass die Voraussetzungen des § 4 Nr. 3 Abs. 1 S. 3 GV neuer Fassung für die Einforderung der weiteren 6% der Pflichteinlage vorlagen. Denn danach ist nur vorausgesetzt, dass „sie [i.e. die weiteren 6% der Pflichteinlage] durch die Geschäftsführung der Gesellschaft zum Zwecke der Durchsetzung der steuerlichen Interessen sowie zur Bestandswahrung der Gesellschaft schriftlich eingefordert werden“. Diese Einforderung durch die Geschäftsführung liegt in Form des Schreibens der Gesellschaft vom 27. 1.2014 (Anlage K 2) vor. Die Zahlungsaufforderung erfolgte - wie dem Senat aus zahlreichen Parallelverfahren bekannt ist - auch zum Zwecke der Aufbringung der zu erwartenden Kosten der seinerzeit in Aussicht genommenen finanzgerichtlichen Verfahren. Wie sich aus der subjektiven Formulierung des § 4 Nr. 3 Abs. 1 S. 3 GV neuer Fassung („zum Zwecke“) ergibt, ist für die Einforderung gerade nicht erforderlich, dass die eingeforderten Beträge auch objektiv zur Durchführung des zu erwartenden finanzgerichtlichen Verfahrens erforderlich sind. Denn die grundsätzliche Notwendigkeit der Leistung weiterer 6% der Pflichteinlage durch die Kommanditisten hat bereits die Gesellschafterversammlung im Beschluss vom 24.7.2012 bindend festgestellt.

20

Unerheblich ist auch, ob - wie von der Beklagten behauptet - von der Gesellschaft bereits ausreichend ausschüttungsfähige Gewinne erwirtschaftet wurden, um die ausstehende Einlage zu tilgen. Denn nach der Änderung des § 4 Nr. 3 Abs. 1 S. 3 GV durch den Beschluss der Gesellschafter vom 24.7.2012 kommt es darauf nicht mehr an. Vielmehr sollten die Kommanditisten in jedem Fall weitere 6% der Pflichteinlage leisten.

21

b) Der Senat musste sich in seinem Urteil vom 12.10.2016 nicht dazu verhalten, welche Regelung die Gesellschafter mit ihrem Beschluss vom 24.7.2012 bezüglich der restlichen 40% der Zeichnungssumme getroffen haben. Diese Frage ist im Streitgegenständlichen Fall nunmehr aber zu klären und dahingehend zu entscheiden, dass die Gesellschafter durch § 4 Nr. 3 Abs. 1 S. 3 2. Hs. GV neuer Fassung § 167 Abs. 3 HGB dahingehend abbedungen haben, dass der von den Gesellschaftern noch nicht geleistete Teil ihrer Pflichteinlage nur soweit „rückständig“ im Sinne des § 167 Abs. 3 HGB sein soll, als durch Gesellschafterbeschluss die Zahlung des noch ausstehenden Teils der Pflichteinlage verlangt, diese also fällig gestellt wurde.

22

Da der Gesellschaftsvertrag einer Publikumsgesellschaft wie der Klägerin objektiv auszulegen ist (vgl. z.B. BGH, Urteil vom 9.6.2015 - II ZR 420/13, Rz. 25), ist § 4 Nr. 3 Abs. 1 S. 3 2. Hs. GV neuer Fassung ausgehend von der Verständnismöglichkeit eines rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittsgesellschafters einheitlich so auszulegen, wie sein Wortlaut von verständigen und redlichen Gesellschaftern unter Abwägung der Interessen der Gesellschafter verstanden wird (vgl. dazu Palandt / Grüneberg, BGB, 79. Aufl., § 305 c Rz. 16).

23

Ausgangspunkt der Auslegung hat damit der Wortlaut des § 4 Nr. 3 Abs. 1 S. 3 2. Hs. GV neuer Fassung zu sein. Dieser deutet darauf hin, dass die restlichen 40% der Zeichnungssumme weiterhin Teil der Pflichteinlage sein sollen mit der Folge, dass auch sie nur gestundet wären, da ausdrücklich vom „Rest der ausstehenden Pflichteinlage“ die Rede ist. Von einer Kapitalherabsetzung ist in der Neufassung des § 4 Nr. 3 Abs. 1 S. 3 2. Hs. GV dagegen nicht die Rede. Eine solche wäre bei der im Rahmen der Auslegung zu

berücksichtigenden Interessenlage der Gesellschafter auch nicht interessengerecht, da Anlass der Neufassung des § 4 Nr. 3 Abs. 1 S. 3 GV gerade ein weiterer Liquiditätsbedarf der Gesellschaft zur Finanzierung finanzgerichtlicher Prozesse war, die Gesellschaft also aus den vorhandenen Mitteln die voraussichtlichen Prozesskosten nicht aufbringen konnte. In einer solchermaßen angespannten finanziellen Situation kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Gesellschafter eine Kapitalherabsetzung um 40% beschließen und der Gesellschaft damit die Möglichkeit künftiger Eigenkapitalbeschaffung nehmen.

24

Damit würde die Beklagte nach der Rechtsprechung des BGH zum Begriff der „rückständigen Einlage“ im Sinne des § 167 Abs. 3 HGB, wonach eine noch offene Einlageverpflichtung (wie hier die restlichen 40% der Zeichnungssumme) unabhängig von ihrer Fälligkeit eine „rückständige Einlage“ im Sinne von § 167 Abs. 3 HGB darstellt (BGH, Urteil vom 30.1.2018 - II ZR 108/16, Rz. 36), grundsätzlich bis zur vollen Höhe ihrer Pflichteinlage am Verlust der Gesellschaft teilnehmen.

25

Dieses Ergebnis wäre jedoch nicht interessengerecht und widerspräche dem sich unmittelbar aus der Regelung ergebenden Zweck des § 4 Nr. 3 Abs. 1 S. 3 2. Hs. GV neuer Fassung.

26

Dieser soll nämlich sicherstellen, dass im Falle einer weiteren Inanspruchnahme der Kommanditisten nicht - wie im Fall der in Hs. 1 bezeichneten 6% - die Geschäftsführung der Gesellschaft entscheiden kann, sondern es dazu immer eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung bedarf. Da dem Wortlaut des § 4 Nr. 3 Abs. 1 S. 3 2. Hs. GV neuer Fassung keine Differenzierung zwischen nach dem Beschluss vom 24.7.2012 ausgeschiedenen Gesellschaftern wie der Beklagten einerseits und weiterhin in der Gesellschaft verbleibenden Gesellschaftern andererseits zu entnehmen ist, erstreckt sich der durch die Vorschrift bezweckte Schutz auch auf beide Gruppen gleichermaßen. Beide Gruppen sollen also nur dann weiter in Anspruch genommen werden können, wenn die Gesellschafter dies durch einen weiteren Beschluss für notwendig erachtet haben. Dieses sich schon aus dem Wortlaut des § 4 Nr. 3 Abs. 1 S. 3 2. Hs. GV ergebende mit dem Beschluss vom 24.7.2012 verfolgte Ziel der Gesellschafter konnten diese hinsichtlich der Gruppe der nach dem 24.7.2012 ausscheidenden Gesellschafter nur durch eine teilweise Abbedingung des - wie sich aus § 163 HGB ergibt - dispositiven § 167 Abs. 3 HGB dahingehend erreichen, dass der von den Gesellschaftern noch nicht geleistete Teil ihrer Pflichteinlage nur insoweit „rückständig“ im Sinne des § 167 Abs. 3 HGB sein soll, als durch einen weiteren Gesellschafterbeschluss von den Gesellschaftern die Zahlung des noch ausstehenden Teils ihrer Pflichteinlage verlangt wird. Denn nur so wird verhindert, dass ein ausscheidender Gesellschafter ohne weiteren Gesellschafterbeschluss trotz vollständiger Einzahlung des bisher fällig gestellten Teils der Pflichteinlage noch darüber hinaus am Verlust der Gesellschaft teilnimmt. Ohne diese partielle Abbedingung des § 167 Abs. 3 HGB würde einem ausscheidenden Gesellschafter der Schutz des Erfordernisses eines Gesellschafterbeschlusses für jede weitere Inanspruchnahme entzogen. Denn beim Ausscheiden eines Gesellschafter würde sich in diesem Fall beim Vorliegen eines negativen Kapitalkontos - auf welcher Berechnungsgrundlage auch immer - allein dadurch eine weitere Inanspruchnahme des ausscheidenden Gesellschafter ergeben, ohne dass hierüber zuvor ein Gesellschafterbeschluss herbeigeführt worden wäre.

27

Der vorstehenden Auslegung des Gesellschafterbeschlusses vom 24.7.2012 steht nicht die Tatsache entgegen, dass die Gesellschafter nicht auch den § 8 Nr. 3 GV geändert haben, wonach die Gesellschafter am Gewinn und Verlust der Gesellschaft im Verhältnis ihrer Kapitalkonten I teilnehmen. Der § 8 steht unter der Überschrift „Gesellschafterkonten“ und regelt, welche Kapitalkonten geführt werden und wofür sie Bedeutung haben sollen. Er regelt damit, in welchem Verhältnis Gewinne und Verluste verteilt werden sollen, und trifft keine Aussage zu der vorgelagerten Frage, ob der Gesellschafter überhaupt über den Betrag seines Kapitalanteils hinaus am Verlust teilnimmt. Die Abbedingung des § 167 Abs. 3 HGB erforderte daher keine Folgeänderung des § 8 Nr. 3 GV, so dass aus dem Unterbleiben dieser Folgeänderung keine Schlussfolgerungen für die Auslegung des Gesellschafterbeschlusses vom 24.7.2012 gezogen werden können.

28

Gläubigerinteressen werden durch die vorstehende Auslegung nicht berührt, weil die ausgeschiedenen Gesellschafter im Außenverhältnis den Gläubigern der Klägerin in Höhe des rückständigen Teils der

eingetragenen Hafteinlage bis zum Ende des Nachhaftungszeitraums der §§ 160, 161 HGB persönlich haften.

29

Soweit die Klägerseite von einer Einlageforderung über den eingeforderten Betrag hinaus von noch 40% der Zeichnungssumme ausgeht, ist ihr daher entgegen zu halten, dass in dieser Höhe eine rückständige Einlage nicht besteht, da es an einem entsprechenden Gesellschafterbeschluss, der jedoch aufgrund gesellschaftsvertraglicher Regelung erforderlich wäre, fehlt. Festzuhalten ist aber auch, dass nach dem Ausscheiden der Beklagten eine Einlageforderung in der o.g. Höhe auch nicht aufgrund eines künftigen Gesellschafterbeschlusses mehr gegenüber der Beklagten geltend gemacht werden kann, da diesem eine Mitwirkung an der Beschlussfassung nach Ausscheiden verwehrt ist.

30

c) Da die Beklagte aber bislang von der Zeichnungssumme von 40.000,- € unstreitig nur 54% und damit 21.600,- € an die Klägerin bezahlt hat, besteht noch eine rückständige Einlage im Sinne des § 167 Abs. 3 HGB in Höhe von 2.400,- €. Das Bestehen einer rückständigen Einlage in Höhe von 2.400,- € führt bei einem mittlerweile ausgeschiedenen Kommanditisten aber nicht notwendigerweise zu einem Zahlungsanspruch der Gesellschaft gegen den Kommanditisten in dieser Höhe. Vielmehr bewirkt dies nach § 167 Abs. 3 HGB nur, dass der Kommanditist nur bis maximal zu diesem Betrag an einem Verlust der Klägerin teilnimmt und deshalb ein etwaiges negatives Abfindungsguthaben der Beklagten von der Beklagten nur bis zu diesem Höchstbetrag ausgeglichen werden muss. Ein möglicherweise 2.400,- € übersteigendes negatives Abfindungsguthaben muss der Beklagte nicht ausgleichen.

31

2. Da es demnach auf die Höhe des negativen Abfindungsguthabens im konkreten Einzelfall ankommt, wäre nach § 23 Nr. 6 Abs. 1 S. 2 GV ein Schiedsgutachten zu erholen gewesen.

32

a) Zwar ist ein solches nach dem Wortlaut des § 23 Nr. 6 Abs. 1 S. 2 GV nur erforderlich, wenn „über die Höhe der Abfindung zwischen dem Komplementär und dem ausscheidenden Gesellschafter (...) kein Einvernehmen erzielt werden“ kann. Das bedeutet jedoch entgegen der Ansicht der Klägerin nicht, dass ein Schiedsgutachten demnach nur zu erholen wäre, wenn allein über die Abfindungshöhe Streit besteht. Eine solche Einschränkung ist zunächst schon dem Wortlaut nicht zu entnehmen und widerspricht im übrigen auch dem Sinn und Zweck der Schiedsgutachtenklausel. Denn damit soll ein etwaiger Streit über die Abfindungshöhe durch einen sachkundigen neutralen Dritten verbindlich und damit zeitnah geregelt werden. Dies ist aber nicht nur dann geboten, wenn zwar nicht über das Bestehen eines Abfindungsanspruchs gestritten wird, sondern nur über die Höhe der Abfindung, sondern auch, wenn - wie im streitgegenständlichen Fall - sowohl der Anspruch dem Grunde als auch der Höhe nach streitig ist. Die Frage nach dem Bestehen eines Abfindungsanspruchs dem Grunde nach einerseits und die Frage nach der Höhe des Abfindungsanspruchs andererseits sind auch ohne weiteres getrennt zu beantworten.

33

Der Senat teilt insoweit nicht die Einschätzung der Klägerin, dass die Beklagte mittlerweile „den Anspruch dem Grunde nach anerkennt“ habe (die Beklagte steht ersichtlich nach wie vor auf dem Standpunkt, aus grundsätzlichen Erwägungen nichts zu schulden). Doch selbst wenn man dies anders sähe, wäre das Schiedsgutachten zu erholen.

34

b) Das Sichberufen der Beklagten auf die Schiedsklausel in § 23 Nr. 6 Abs. 1 S. 2 GV ist entgegen der Ansicht der Klägerin auch nicht nach § 242 BGB treuwidrig. Da in § 23 Nr. 6 Abs. 1 S. 2 GV nicht geregelt ist, wer die Benennung eines Schiedsgutachters durch die Wirtschaftsprüferkammer München zu veranlassen hat, ist auf die gesetzlichen Regelungen zurückzugreifen. Gemäß §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 3 HGB, 738 Abs. 1 S. 1 BGB trifft gegenüber dem ausgeschiedenen Gesellschafter die Pflicht zur Erstellung der Abfindungsbilanz die Gesellschaft (allg. Meinung, vgl. statt aller Reuter, in Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2003, § 738 Rz. 27; Schäfer, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl., § 738 Rz. 27). Aus dieser Pflicht der Gesellschaft zur Bilanzerstellung folgt denklogisch auch die Pflicht, die zur Bilanzerstellung notwendigen vorbereitenden Schritte einzuleiten. Zu diesen Vorbereitungsmaßnahmen gehört aufgrund der Schiedsklausel des § 23 Nr. 6 Abs. 1 S. 2 GV auch, durch die Wirtschaftsprüferkammer München die Benennung eines Schiedsgutachters in die Wege zu leiten. Aus der Nichterfüllung einer

eigenen vertraglichen Pflicht kann diese nicht die Treuwidrigkeit des Zuwartens der Beklagten mit der Berufung auf die Schiedsklausel begründen. Die Beklagte hätte möglicherweise selbst die zur Erstellung des Schiedsgutachtens notwendigen Schritte gegenüber der Wirtschaftsprüferkammer München einleiten können, musste es aber nicht.

35

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der von der Klägerin in Bezug genommenen Entscheidung des OLG Brandenburg (Urteil vom 28.11.2013 - 12 U 42/13, Rz. 25). Denn dort ging es nicht um die Erstellung einer Abfindungsbilanz nach §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 3 HGB, 738 Abs. 1 S. 1 BGB, für die - wie oben dargestellt - gesetzlich geregelt ist, wer sie zu erstellen hat, sondern um ein Schiedsgutachten bei Streitigkeiten über die Bauausführung, für das dies nicht der Fall ist.

36

c) Entgegen der Auffassung der Klägerin hätte das Landgericht auch nicht und muss auch das Berufungsgericht nicht analog § 319 Abs. 1 S. 2 BGB die Leistungsbestimmung durch Erholung eines Sachverständigengutachtens vornehmen. § 319 Abs. 1 S. 2 BGB setzt voraus, dass sich die von den Vertragsparteien in erster Linie gewollte Bestimmung durch einen Dritten als nicht durchführbar erweist. Nach der Rechtsprechung des BGH ist eine derartige Undurchführbarkeit grundsätzlich schon dann gegeben, wenn die hierzu verpflichtete Partei den Schiedsgutachter nicht innerhalb angemessener Zeit benennt, ohne dass es dabei auf ihr Verschulden ankommt (BGH, Urteil vom 4.7.2013 - III ZR 52/12, Rz. 31; Urteil vom 7.6.2011 - II ZR 186/08, Rz. 15; Urteil vom 6.11.1997 - III ZR 177/96, Rz. 23). Diese Rechtsprechung erging allerdings grundsätzlich zu Fällen, in denen die jeweilige Schuldnerin des jeweils streitgegenständlichen Zahlungsanspruchs die Benennung des Schiedsgutachters verzögerte (BGH, Urteil vom 7.6.2011 - II ZR 186/08) oder sich die beiden Parteien über einen Schiedsgutachter nicht einig konnten (BGH, Urteil vom 4.7.2012 - III ZR 52/12).

37

Anders verhielt es sich nur in dem Fall, der der Entscheidung des BGH vom 7.4.2000 zu Grunde lag (BGH, Urteil vom 7.4.2000 - V ZR 36/99) und auf den sich die Klägerin zur Begründung ihrer Ansicht in der Berufungsbegründung beruft. Hier war in einem Kaufvertrag vereinbart, dass die „Wertanpassung (eines Grundstücks), die nach dem 31.12.1990 vom Verkäufer zu veranlassen und von einem unabhängigen Sachverständigen vorzunehmen ist, (...) bis spätestens 31.12.1991 abzuschließen“ sei. Der von einer der Veräußerinnen daraufhin beauftragte Sachverständige erstellte unter dem 16.12.1991 ein Gutachten zum Wert des Grundstücks zum 31.12.1991, dem von dieser Veräußerin einseitig bestimmten und dem Sachverständigen vorgegebenen Stichtag. Tatsächlich hätte aber nach dem Vertrag nicht die Veräußerin einseitig den Stichtag bestimmen dürfen. Vielmehr hätte der Sachverständige diesen ermitteln müssen. Der BGH entschied, dass die Klägerin, die aus abgetretenem Recht der Veräußerin klagte, sich dennoch auf § 319 Abs. 1 S.2 BGB berufen könne, da eine Leistungsbestimmung unter Zugrundelegung des konkreten Stichtags durch den Schiedsgutachter aufgrund der mittlerweile abgelaufenen Frist bis zum 31.12.1991 nicht mehr durchführbar sei. Da es dabei nicht darauf ankomme, dass die Veräußerin dem Sachverständigen die falschen Vorgaben gemacht habe, könne sich auch die Klägerin auf § 319 Abs. 1 S. 2 BGB berufen und unmittelbar auf Zahlung klagen.

38

Der der BGH-Entscheidung zu Grunde liegende Fall unterscheidet sich von dem streitgegenständlichen Fall deshalb dadurch, dass im BGH-Fall aufgrund der zwischenzeitlich abgelaufenen Frist zur Erstellung des Schiedsgutachtens ein Schiedsgutachten nach dem Vertrag überhaupt nicht mehr hätte erstellt werden können, so dass - wäre der Klägerin nicht gestattet worden, sich auf § 319 Abs. 1 S. 2 BGB berufend unmittelbar auf Zahlung zu klagen - ein endgültiger Verlust des klägerischen Rechts eingetreten wäre. Dies ist in der streitgegenständlichen Sache aber gerade nicht der Fall, so dass es auch bei einer Abweisung der Klage als derzeit unbegründet der Klägerin unbenommen bleibt, das vereinbarte Schiedsgutachten zu erholen.

39

Eine unmittelbare Klagemöglichkeit der Klägerin wäre im vorliegenden Fall aber treuwidrig, da es gerade die Klägerin war, die keinerlei Schritte unternommen hat, um die Erholung des vertraglich vorgesehenen Schiedsgutachtens in die Wege zu leiten (vgl. zum Einwand der Treuwidrigkeit bei Verzögerung von Schiedsgutachten BGH, Urteil vom 26.10.1989 - VII ZR 75/89, Rz. 30). Die Klägerin könnte durch bloßes

Nicht handeln die vertragliche Schiedsklausel umgehen, obwohl ihr die Erholung des Schiedsgutachtens im Gegensatz zu dem der BGH-Entscheidung vom 7.4.2000 zu Grunde liegenden Sachverhalt immer noch möglich ist.

40

d) Das Landgericht war auch nicht gehalten, dem Beklagten entsprechend §§ 356, 431 ZPO eine Frist zur Beibringung des Schiedsgutachtens zu setzen. Ob das Gericht die Klage sofort als zur Zeit unbegründet abweist oder aber zunächst der Klägerin eine Frist zur Beibringung des Schiedsgutachtens setzt, liegt im Ermessen des Gerichts (BGH, Urteil vom 8.6.1988 - VIII ZR 105/87, Rz. 33). Für die Setzung einer Frist spricht, dass dadurch möglicherweise eine Verfahrensbeschleunigung erreicht werden kann. Diese mögliche Verfahrensbeschleunigung wird aber dadurch stark relativiert, dass gegen das Schiedsgutachten noch der Einwand der offenbaren Unrichtigkeit (§ 319 Abs. 1 S. 1 BGB) zulässig wäre, so dass gegebenenfalls im Anschluss an das Schiedsgutachten noch ein Gerichtsgutachten erholt werden müsste. Für eine sofortige Abweisung der Klage als derzeit unbegründet spricht dagegen, dass ein außerhalb des Gerichtsverfahrens erholtes Schiedsgutachten, das möglicherweise zu einem klaren Ergebnis kommt und nicht durch die Drohung der Kosten dieses Verfahrens belastet ist, möglicherweise eine größere Akzeptanz seitens der Parteien erreicht. Denn immerhin muss dann die Partei, die das Ergebnis des Schiedsgutachtens nicht konveniert, neu klagen. Vor diesem Hintergrund ist eine Ermessensausübung dahingehend, die Klage sofort abzuweisen, nicht ermessensfehlerhaft.

41

e) Unerheblich ist auch, dass das Landgericht die Klage im Tenor ohne die Einschränkung „derzeit“ abgewiesen hat. Denn die Abweisung nur „derzeit“ ergibt sich ohne weiteres aus den Gründen.

42

3. Damit bleibt die Klage im Hauptantrag als derzeit unbegründet abgewiesen. Eine (teilweise) Abweisung der Klage nicht nur als derzeit unbegründet war schon im Hinblick auf § 528 S. 2 ZPO nicht möglich.

II.

43

Der Hilfsantrag der Klägerin auf Feststellung, dass bei der Erstellung der Abfindungsbilanz ein Betrag von 2.400,- € als unselbständiger Rechnungsposten zugunsten der Klägerin einzustellen ist, ist zulässig und begründet.

44

1. Der Antrag ist zulässig, da es sich um eine Zwischenfeststellungsklage nach § 256 Abs. 2 ZPO handelt. Denn die zwischen den Parteien streitige Frage, ob die rückständige Einlage von 2.400,- € in die Abfindungsbilanz einzustellen ist, ist für die Hauptsache, das heißt die Frage, ob ein von der Beklagten auszugleichendes negatives Abfindungsguthaben von 5.972,- € besteht, zumindest in Höhe des Betrages von 2.400,- vorgreiflich. Damit ist ein weiteres Feststellungsinteresse nicht mehr notwendig (vgl. Zöller / Greger, ZPO, 32. Aufl., § 256 Rz. 25).

45

Abgesehen davon läge ein solches aber auch vor. Die Beklagte stellt in Abrede, der Klägerin überhaupt noch etwas zu schulden, so dass zwischen den Parteien streitig ist, dass eine rückständige Einlageforderung besteht, welche bei der Ermittlung des negativen Abfindungsguthabens zu berücksichtigen ist.

46

2. Der Antrag ist - wie bereits oben unter I.1. dargestellt - auch begründet. Der Senat folgt insoweit nicht der Auffassung, wonach der Betrag von 2.400,- als Bestandteil des Abfindungsguthabens auch von der Schiedsklausel umfasst sei. Denn ob der genannte Betrag Bestandteil des Abfindungsguthabens ist, ist zwischen den Parteien gerade streitig. Die Entscheidung dieser Rechtsfrage kann nicht dem Schiedsgutachter überlassen bleiben.

C.

47

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 ZPO nach dem Maß des Obsiegens der Parteien.

48

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

49

Die Revision war zuzulassen, da die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat (§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO). Denn die hier streitgegenständliche Beschlusslage besteht gleichgelagert in einer Vielzahl von Beteiligungen an mehreren Fonds, wobei derzeit bundesweit ca. 150 Klagen anhängig sind.