



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

III ZR 52/12

Verkündet am:
4. Juli 2013
K i e f e r
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

BGB §§ 288, 291, 319 Abs. 1 Satz 2; HGB § 353

- a) Ein Schiedsgutachtenvertrag im engeren Sinne enthält in der Regel die stillschweigende Vereinbarung, dass die Begleichung der betroffenen Forderung für die Dauer der Erstattung des Gutachtens weder gerichtlich durchgesetzt noch außergerichtlich verlangt werden kann, mit der Folge, dass die Forderung in diesem Zeitraum noch nicht fällig ist.
- b) Diese Wirkung besteht fort, wenn die zur Bemessung der geschuldeten (Geld-)Leistung erforderliche Tatsachenfeststellung analog § 319 Abs. 1 Satz 2 BGB auf das Gericht übergeht, so dass die betreffende Forderung erst mit Rechtskraft des Gerichtsurteils fällig wird. Demzufolge können Fälligkeits-, Verzugs- oder Prozesszinsen erst ab diesem Zeitpunkt zugesprochen werden.

BGH, Urteil vom 4. Juli 2013 - III ZR 52/12 - Kammergericht
LG Berlin

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. Juni 2013 durch den Vizepräsidenten Schlick und die Richter Wöstmann, Seitzers, Tombrink und Dr. Remmert

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 23. Zivilsenats des Kammergerichts vom 26. Januar 2012 aufgehoben, soweit die Klage auf die Berufung der Beklagten in Höhe eines Teilbetrags von 577.266 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtskraft des Urteils abgewiesen wurde.

Auf die Revision der Beklagten wird das vorgenannte Urteil aufgehoben, soweit die Berufung der Beklagten hinsichtlich des Zahlungsantrags der Klägerin zurückgewiesen wurde.

Die weitergehenden Revisionen der Klägerin und der Beklagten werden zurückgewiesen.

Die Sache wird im Umfang der Aufhebung zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszugs, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

1 Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Zahlung von Erfolgsvergütung aus einem Beteiligungsmanagementvertrag in Anspruch.

2 Die Klägerin betreibt unter anderem die Verwaltung von Unternehmensbeteiligungen. Die Beklagte ist ein zur Gothaer Versicherungsgruppe gehörender Lebensversicherer. Die Parteien waren durch einen Beteiligungsmanagementvertrag (BMV) von 1./17. November 2000 verbunden, der unter dem 10./24. Januar 2002 neu gefasst und durch eine Zusatzvereinbarung vom 25./28. Mai 2004 ergänzt wurde. Gegenstand des auf Grundlage dieses Vertrags durch die Klägerin für die Beklagte durchgeführten Beteiligungsmanagements war unter anderem eine Kommanditbeteiligung der Beklagten an der D. GmbH & Co. KG (nachfolgend D.), die Dienstleistungen im Bereich des LKW-Fuhrparkmanagements, insbesondere durch den Betrieb eines Tank- und Mautabrechnungssystems, erbringt. Nach der Satzung der D. (§ 11) bestehen bei Veräußerung des Anteils Zustimmungserfordernisse und Erwerbsrechte der übrigen Kommanditisten.

3 Der Beteiligungsmanagementvertrag (in der Fassung vom 10./24. Januar 2002) regelt die Vergütung der Klägerin wie folgt:

"§ 3 Vergütung

- (1) Der Auftragnehmer erhält für Tätigkeiten nach § 2 als Grundvergütung ein jährliches Pauschalhonorar in Höhe eines Prozentsatzes des Wertes der zum jeweiligen 31.12. des Vorjahres verwalteten Beteiligungen. Als Wert der Beteiligungen ist der Anschaffungs- bzw. Buchwert gemäß Anlage 1 abzüglich der Werte veräußerter Beteiligungen sowie

gegebenenfalls zuzüglich hinzuerworbener Beteiligungen (Neuinvestments, die vom Auftraggeber direkt gehalten werden) anzusetzen. Abschreibungen und Werterhöhungen mindern oder erhöhen die Bemessungsgrundlage der Beteiligungen gemäß Anlage 1 bzw. der Neuinvestments. Der Honorarsatz beträgt bei

- Partnerships gemäß Anlage 1	0,5 % p. a. (netto),
- allen weiteren Beteiligungen gemäß Anlage 1	0,7 % p. a. (netto),
- Neuinvestments	1,0 % p. a. (netto).

Die Abrechnung der Grundvergütung erfolgt halbjährlich im Voraus.

- (2) Neben der Grundvergütung erhält der Auftragnehmer jeweils nach Veräußerung einer Beteiligung ein Erfolgshonorar wie folgt:
- a) Voraussetzung für die Zahlung eines Erfolgsentgeltes für den Auftragnehmer ist, dass der Auftraggeber bezogen auf die jeweilige Bemessungsgrundlage (gesamthaft) vorab eine Cash-Rendite in Höhe von 7 % p.a. ohne Zinseszins für Direktinvestments bzw. 14 % p.a. ohne Zinseszins für Partnership-Investments ("die Basisverzinsung") vereinnahmt hat.
 - b) Abschreibungen und Wertaufholungen (bis zum Zeitwert per 1.1.2000) mindern bzw. erhöhen den Erfolg und das Erfolgsentgelt.
 - c) Darüber hinaus muss ferner sichergestellt sein, dass vorab die Management-Fee voll durch realisierte Beteiligungserträge abgedeckt ist.
 - d) Als Erlöse gelten alle Cash-wirksamen laufenden Erträge (Dividenden, Ausschüttungen, Bezugsrechterlöse, Zinsen aus Gesellschafterdarlehen etc.) und die in entsprechender Anwendung von § 17 EStG ermittelten Veräußerungsgewinne bzw. Liquidationsgewinne.
 - e) Von dem so ermittelten, die Basisverzinsung übersteigenden Erfolg, berechnet ab dem 01.01.2000, erhält der Auftragnehmer 20 % Erfolgsvergütung. Die Partizipation des Managements an der Erfolgs-

vergütung des Auftragnehmers legt der Aufsichtsrat der c. AG
gesondert fest.

f) Die Erfolgsvergütung kann nicht negativ werden."

4 In seiner ursprünglichen Fassung (vom 1./17. November 2000) sah § 3
Abs. 2 Buchst. a BMV noch eine einheitliche Cash-Rendite von 7 % p.a. vor.
Die Regelung lautete:

"Voraussetzung für die Zahlung eines Erfolgsentgeltes für den Auf-
tragnehmer ist, dass der Auftraggeber bezogen auf die jeweilige Be-
messungsgrundlage (gesamthaft) vorab eine Cash-Rendite in Höhe
von 7 % p.a. ohne Zinseszins ("die Basisverzinsung") vereinnahmt
hat."

5 Die Anlage 1 zum Beteiligungsmanagementvertrag listet die Beteiligun-
gen auf und ordnet ihnen jeweils "Buchwerte per 31.12.1999" sowie "anteilige
Zeitwerte per 31.12.1999" zu. In der die Buchwerte betreffenden Fußnote 2 und
der die Zeitwerte betreffenden Fußnote 3 heißt es jeweils:

² Die Buchwerte dienen jeweils als Basis zur Ermittlung der Grund-
vergütung gemäß § 3 Abs. 1 des Vertrages.

³ Die Zeitwerte dienen jeweils als Basis zur Ermittlung der Erfolgs-
vergütung gemäß § 3 Abs. 2 des Vertrages."

6 Die (1.) Zusatzvereinbarung vom 25./28. Mai 2004 bestimmt hinsichtlich
der Erfolgsvergütung für den Fall einer Kündigung des Beteiligungsmanage-
mentvertrags:

"Der Regelung in § 11 Abs. 3 Satz 1 ("Der Anspruch auf eine Erfolgs-
vergütung bleibt auch im Falle einer Kündigung pro rata temporis be-
stehen.") werden folgende Sätze angefügt:

Erfolgt die Kündigung zum 31.12.2018 oder einem davor liegenden Zeitpunkt, besteht der Anspruch auf die Erfolgsvergütung nicht pro rata temporis, sondern auf der Basis von fiktiven carried-interest-Zahlungen. Zu diesem Zweck wird ein Wirtschaftsprüfer zum Kündigungsstichtag den Unternehmenswert (Verkehrswert) der Beteiligungen ermitteln, die der Auftragnehmer im Rahmen dieses Beteiligungsmanagementvertrages zum Kündigungsstichtag betreut. Daraus ist fiktiv eine carried-interest-Zahlung zu ermitteln, die der Auftragnehmer erhalten würde, wenn die Beteiligungen tatsächlich zu dem ermittelten Unternehmenswert veräußert würden. Die fiktive carried-interest-Zahlung ist aus dem Unternehmenswert der Beteiligungen nach denselben Grundsätzen abzuleiten wie im Gutachten der P.

GmbH vom 30.1.2004. Von der fiktiven carried-interest-Zahlung erhält der Auftragnehmer vom Auftraggeber 100 % als Vergütung (Ausgleichszahlung) für die bereits geleisteten Managementdienste."

7 Die Beklagte kündigte den Beteiligungsmanagementvertrag am 23. Dezember 2005 zum 31. Dezember 2006. Die Parteien streiten über die Höhe der der Klägerin aus Anlass der Kündigung zustehenden Erfolgsvergütung (Ausgleichszahlung).

8 Mit Schreiben vom 15. Dezember 2006 schlug die Klägerin der für die Beklagte die Vertragsabwicklung betreibenden G. AG zwei Wirtschaftsprüfer für die Ermittlung des Unternehmenswerts der D. vor. Mit Schreiben vom 26. Januar 2007 regte die Beklagte an, vorab eine Einigung über Kosten, Bewertungsumfang und -prämissen sowie die Datengrundlage herbeizuführen. Weil bis dahin noch keine Einigung auf einen Wirtschaftsprüfer zustande gekommen war, bat die Klägerin, ebenfalls mit einem Schreiben vom 26. Januar 2007, das Institut für Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V. um die Benennung eines Wirtschaftsprüfers und beauftragte unter dem 26. April 2007

den vom Institut benannten Wirtschaftsprüfer Dr. R. mit der Ermittlung des Unternehmenswerts der D. . Zuvor hatte die Beklagte dem Vorgehen der Klägerin widersprochen und angekündigt, den Bewertungsprozess durch den Wirtschaftsprüfer Dr. R. nicht zu unterstützen. Ungeachtet dessen bat sie darum, auch ihr alle Informationen zur Verfügung zu stellen, die die Klägerin dem Wirtschaftsprüfer übermitteln werde. Dies lehnte die Klägerin ab, und die Beklagte wurde in den Bewertungsprozess auch tatsächlich nicht mit einbezogen.

9 Auf der Grundlage des Gutachtens des Wirtschaftsprüfers Dr. R. vom 31. Mai 2007 ermittelte die Klägerin vorgerichtlich zuletzt eine Erfolgsvergütung für Direktinvestments in Höhe von 15.716.131 €. Im September 2007 zahlte die Beklagte einen "Sockelbetrag" von 3.038.236,24 €.

10 Mit ihrer Klage hat die Klägerin zunächst den vollständigen Differenzbetrag von 12.677.894,76 € sowie Anwaltskosten nebst - gestaffelten - Zinsen seit dem 1. Januar 2007 begehrt. Im Mai 2008, nach Klagezustellung, leistete die Beklagte eine (weitere) Zahlung in Höhe von 6.032.954 €. Die Klägerin hat die Hauptsache insoweit für erledigt erklärt, die Beklagte hat sich der Erledigungserklärung jedoch nicht angeschlossen. Im Laufe des Verfahrens hat die Klägerin den verbleibenden Zahlungsantrag auf insgesamt 12.332.047,57 € - unter Anpassung ihrer Zinsforderungen - erhöht.

11 Das Landgericht hat der Zahlungsklage nach Einholung eines Gutachtens des Sachverständigen Dr. W. in Höhe von 8.959.742,21 € nebst Zinsen ab Rechtskraft des Urteils stattgegeben, hinsichtlich der Zahlung der Beklagten in Höhe von 6.032.954 € die (teilweise) Erledigung der Hauptsache festgestellt und die weitergehende Klage abgewiesen.

12 Das Berufungsgericht hat die Berufung der Klägerin, mit der sie ihren Zahlungsantrag nebst Zinsen im Umfang der Abweisung weiterverfolgt hat, zurückgewiesen. Die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht hinsichtlich der Feststellung der Erledigung der Hauptsache als unzulässig verworfen. Im Übrigen hat es die Berufung der Beklagten teilweise als begründet angesehen und das Urteil des Landgerichts dahin abgeändert, dass die Beklagte zur Zahlung von 8.254.372,76 € nebst Zinsen ab Rechtskraft des Urteils verurteilt wird.

13 Gegen dieses Urteil wenden sich beide Parteien mit ihren vom Berufungsgericht zugelassenen Revisionen.

14 Die Klägerin verfolgt mit ihrer Revision ihr Zahlungsbegehren in Höhe eines abgewiesenen Teilbetrags von 577.266 € nebst Zinsen sowie ihre Zinsansprüche aus einer Hauptforderung von (bis zu) 17.325.563 € weiter. Die Beklagte bekämpft mit ihrer Revision die Klage insoweit, wie das Berufungsgericht ihre gegen das landgerichtliche Urteil gerichtete Berufung verworfen oder zurückgewiesen hat.

Entscheidungsgründe

15 Die Revisionen sind zulässig. Entgegen der Meinung der Klägerin hat das Berufungsgericht die Revision für beide Parteien unbeschränkt zugelassen. Soweit es die Zulassung der Revision "im Hinblick auf die Frage der Verzinsung von Forderungen, die von einem Schiedsgutachten im engeren Sinne beziehungsweise von einer richterlichen Ersetzung der eigentlich durch ein solches Schiedsgutachten vorgesehenen Feststellung abhängen", ausgesprochen hat,

hat es zugleich ausgeführt, dass eine lediglich eingeschränkte Zulassung der Revision, bezogen nur auf den Zinsanspruch, nicht in Betracht komme, weil dieser von der Hauptforderung abhängt und es sich hierbei nicht um einen abtrennbaren Teil der Klageforderung handle, der einem Teilurteil zugänglich sei. An diese ausdrücklich unbeschränkte Zulassung der Revision ist der Senat gebunden (§ 543 Abs. 2 Satz 2 ZPO). Für eine Auslegung der Zulassung im Sinne einer Beschränkung auf einen bestimmten, von der angesprochenen Rechtsfrage erfassten selbständigen Teil des Gesamtstreitstoffs oder nur zugunsten einer der Parteien (s. dazu etwa BGH, Urteil vom 29. Januar 2013 - II ZR 91/11, NZG 2013, 298 f Rn. 8 mwN und Beschluss vom 23. April 2013 - XI ZR 42/12, BeckRS 2013, 08459 Rn. 3) bleibt bei dieser Lage kein Raum.

16 Die Revisionen haben, soweit sie sich auf die noch offene Vergütungs-
forderung der Klägerin beziehen, Erfolg und führen in diesem Umfang zur Auf-
hebung des angefochtenen Urteils sowie zur Zurückverweisung der Sache an
das Berufungsgericht.

A. Revision der Klägerin

I.

17 Das Berufungsgericht hat - soweit für die Revision der Klägerin von Be-
deutung - ausgeführt:

18 1. Die Klägerin könne Verzugszinsen erst ab Rechtskraft des Urteils ver-
langen. Dies ergebe sich aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum
Verlangen nach Anpassung des Erbbauzinses aufgrund schiedsgutachterlicher
Feststellung des Grundstücksverkehrswerts.

19 Auch ein Anspruch auf Fälligkeitszinsen nach §§ 353, 352 HGB stehe der Klägerin für den Zeitraum vor Rechtskraft des Urteils nicht zu. Fälligkeit sei erst gegeben, wenn die Leistung verlangt werden könne. Unabhängig von der Unterscheidung zwischen einem Schiedsgutachten im engeren und im weiteren Sinne bedürfe es einer nach §§ 317 ff BGB zu beurteilenden Ersatzleistungsbestimmung beziehungsweise Tatsachenfeststellung. Bis zum Vorliegen des Schiedsgutachtens bestehe ein Leistungsverweigerungsrecht des Schuldners. Das vorgerichtliche Gutachten des Wirtschaftsprüfers Dr. R. sei für die Feststellung des Unternehmenswerts der D. nicht bindend. Dabei könne dahinstehen, ob schon die Verfahrensweise der Auftragserteilung an Dr. R. einer Verwertung seines Gutachtens als Schiedsgutachten entgegenstehe. Denn jedenfalls folge aus dem Ablauf der Begutachtung selbst, dass es nicht als Schiedsgutachten anzuerkennen sei. Die Klägerin habe verhindert, dass die Beklagte in derselben Weise auf die Tatsachenerhebung des Gutachters habe einwirken können wie sie selbst. Ein Schiedsgutachter, der mit einer Partei in Kontakt trete, müsse auch der anderen ein Äußerungsrecht eröffnen. Angesichts der fehlenden Verbindlichkeit des Gutachtens von Dr. R. bedürfe es analog § 319 Abs. 1 Satz 2 BGB einer gerichtlichen Feststellung, die ihrerseits erst mit Rechtskraft des Urteils verbindlich werde. Auch bei einer kognitiven Tatsachenfeststellung stehe diese erst mit Eintritt der Rechtskraft fest. Anzunehmen, der Unternehmenswert habe von Anfang an festgestanden, stelle eine Fiktion dar, wie sich schon an dem weiten Ermessen bei der Bewertung zeige. Es sei eine Vielzahl "richtiger" Tatsachenfeststellungen möglich, sofern das Ergebnis angemessen und methodisch vertretbar abgeleitet sei.

20 Auch Prozesszinsen seien erst ab Rechtskraft geschuldet, da vorher keine Leistungspflicht der Beklagten entstehe.

- 21 Für eine - auch konkludent mögliche - vertragliche Vereinbarung über eine frühere Zinszahlung gebe es keine Anhaltspunkte, und für eine ergänzende Vertragsauslegung sei mangels einer Regelungslücke kein Raum. Auch Treu und Glauben geböten keine andere Betrachtungsweise, da die Verzögerung durch die Klägerin verursacht worden sei, die die Beklagte an der Erstellung des Gutachtens durch den Wirtschaftsprüfer Dr. R. nicht ordnungsgemäß beteiligt habe.
- 22 Da die Unverwertbarkeit des Gutachtens des Wirtschaftsprüfers Dr. R. auf dem Verhalten der Klägerin beruhe, scheidet auch ein Schadensersatzanspruch wegen mangelnder Mitwirkung der Beklagten an der Erstellung des Gutachtens aus.
- 23 2. Das Berufungsgericht hat weiter angenommen, dass noch auf dem Gesellschafterkonto der D. befindliche Guthaben der Beklagten keinen cash-wirksamen Ertrag im Sinne des § 3 Abs. 2 Buchst. BMV dar, weshalb die vom Landgericht angenommenen Erträge um 2.886.330,23 € (von 26.299.333 € auf 23.413.002,77 €) zu kürzen seien. Dies ergebe sich zwar nicht aus der Satzung der D. (§ 10 Abs. 5), weil ein Gesellschafterbeschluss bei Entnahmen aus Privatkonten der Gesellschafter hiernach nur dann notwendig sei, wenn die Entnahme zu einem Debetsaldo führe oder einen solchen erhöhe. Es sei aber schon im Ansatz nicht überzeugend, einen nicht ausgeschütteten Betrag als "cash-wirksam" anzusehen. Darunter seien nur Beträge zu verstehen, die in das Vermögen und in die Verfügungsgewalt der Beklagten geflossen seien. Dies sei bei dem Guthaben auf dem D. -Gesellschafterkonto nicht der Fall, auch wenn dieses bereits einem bestimmten Gesellschafter zuzuordnen sei. Das Guthaben sei noch Teil des Vermögens der D., auf deren Ausschüttung

lediglich ein Anspruch bestanden habe. Dafür spreche auch, dass der Gesellschafter nach § 10 Abs. 5 der Satzung der D. in der Entnahme nicht völlig frei gewesen sei. Auch wäre das Guthaben im Falle eines Insolvenzantrags der D. am 2. Januar 2007 der Beklagten nicht mehr zugeflossen. Die tatsächliche Auszahlung des Guthabens an die Beklagte nach dem Stichtag könne nicht herangezogen werden, und auch eine steuerrechtliche Betrachtung führe nicht weiter, weil dieser keine "cash-wirksame" Betrachtung zu Grunde liege.

II.

24 Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

25 1. Mit Recht hat das Berufungsgericht Zinsansprüche der Klägerin erst für die Zeit ab Rechtskraft des Urteils für begründet erachtet.

26 a) Die Beklagte schuldet der Klägerin (bis dahin) keine Fälligkeitszinsen gemäß §§ 353, 352 HGB aus einem beiderseitigen Handelsgeschäft.

27 aa) Die Parteien haben in der Zusatzvereinbarung vom 25./28. Mai 2004 einen Schiedsgutachtenvertrag geschlossen. Dabei sollte der Schiedsgutachter nicht unmittelbar die "Bestimmung der Leistung" (hier: der Erfolgsvergütung bzw. Ausgleichszahlung) als zur Rechtsgestaltung befugter Dritter im Sinne des § 317 BGB vornehmen. Vielmehr war die Erfolgsvergütung von den Parteien bereits in der Weise bestimmt worden, dass sie auf Grundlage nicht einer tatsächlichen Veräußerung, sondern des "Unternehmenswerts (Verkehrswerts) der Beteiligungen" zum Kündigungstichtag zu zahlen war. Den Parteien war

allerdings dieser "Unternehmenswert (Verkehrswert)" unbekannt, den der Schiedsgutachter entsprechend den vertraglichen Vereinbarungen mitzuteilen hatte. Es lag somit, wovon beide Vorinstanzen zutreffend ausgegangen sind, ein Schiedsgutachtenvertrag im engeren Sinne vor, bei dem der Schiedsgutachter für die Klarstellung des Vertragsinhalts maßgebliche Tatsachen zu ermitteln und für die Parteien verbindlich festzustellen hatte (vgl. etwa BGH, Urteile vom 9. Juni 1983 - IX ZR 41/82, NJW 1983, 2244, 2245 und vom 26. Oktober 1989 - VII ZR 75/89, NJW 1990, 1231, 1232 mwN; s. zur Abgrenzung des Schiedsgutachtens im engeren und weiteren Sinne BGH, Urteil vom 26. April 1991 - V ZR 61/90, NJW 1991, 2761; MünchKommBGB/Würdinger, 6. Aufl., § 317 Rn. 29-32 mwN; Palandt/Grüneberg, BGB, 72. Aufl., § 317 Rn. 3, 5-6). Auf eine Schiedsgutachtenvereinbarung dieses Inhalts, die nur mittelbar der Bestimmung der Leistung dient, sind mangels einer anderen Vereinbarung der Parteien die §§ 317 bis 319 BGB entsprechend anzuwenden (s. etwa BGH, Urteil vom 26. Oktober 1989 aaO; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2000, 279, 281 mwN; MünchKommBGB/Würdinger aaO § 317 Rn. 38; Palandt/Grüneberg aaO § 317 Rn. 3 mwN).

- 28 bb) Da er sonst seinen Zweck weitgehend verfehlen würde, enthält ein Schiedsgutachtenvertrag im engeren Sinne in der Regel die stillschweigende Vereinbarung, dass der Gläubiger für die Dauer der Erstattung des Gutachtens aus der Forderung gegen den Schuldner nicht vorgehen werde (BGH, Urteil vom 26. Oktober 1989 aaO). Es handelt sich dabei um eine Abrede, wonach die Feststellung der betroffenen Tatsachen einem Dritten überlassen werden soll, mit der Folge, dass diese Tatsachen einer gerichtlichen Beweisaufnahme (zunächst) unzugänglich sind und die Begleichung der Forderung (zunächst) weder gerichtlich durchgesetzt noch außergerichtlich verlangt werden kann. Eine Klage ist insgesamt als verfrüht ("als zur Zeit unbegründet") abzuweisen, wenn

die beweispflichtige Partei die rechtserhebliche Tatsache, deren Feststellung dem Schiedsgutachter übertragen ist, nicht durch Vorlage des Schiedsgutachtens nachweist (s. BGH, Urteile vom 8. Juni 1988 - VIII ZR 105/87, NJW-RR 1988, 1405 und vom 7. Juni 2011 - II ZR 186/08, NJW-RR 2011, 1059, 1060 Rn. 13 aaO). Daraus wird deutlich, dass die Schiedsgutachtenvereinbarung im engeren Sinne (auch) eine Regelung der Leistungszeit im Sinne von § 271 BGB enthält, und zwar dahin gehend, dass die Fälligkeit der Forderung bis zur Vorlage des Gutachtens aufgeschoben wird (soweit im Urteil des Bundesgerichtshofs vom 26. Oktober 1989 aaO von einem pactum de non petendo die Rede ist, ist dies ersichtlich nicht dahin zu verstehen, dass eine Schiedsgutachtenabrede auf die Fälligkeit der Forderung keine Auswirkungen hätte; siehe allgemein zum pactum de non petendo MünchKommBGB/Krüger aaO § 271 Rn. 18 sowie Palandt/Grüneberg aaO § 271 Rn. 13).

29

cc) Das Berufungsgericht hat angenommen, das außergerichtliche Gutachten des Sachverständigen Dr. R. stelle kein (verbindliches) Schiedsgutachten dar, weil es einseitig unter Verwertung nur von der Klägerin zur Verfügung gestellter Informationen erstellt worden sei und der Gutachter zwar mit der Klägerin, nicht aber mit der Beklagten in Kontakt getreten sei, wobei die Beklagte auch von der Klägerin nicht über den Fortgang der Begutachtung und die zur Verfügung gestellten Informationen unterrichtet worden sei. Dies lässt Rechtsfehler nicht erkennen und wird auch von der Klägerin mit ihrer Revision nicht angegriffen (zur fehlenden Verbindlichkeit eines "einseitigen" Gutachtens als Schiedsgutachten s. etwa BGH, Urteil vom 6. Juni 1994 - II ZR 100/92, NJW-RR 1994, 1314, 1315).

30 dd) Das Berufungsgericht ist weiter zutreffend davon ausgegangen, dass die Leistungsbestimmung (Tatsachenfeststellung) analog § 319 Abs. 1 Satz 2 BGB durch das Gericht vorzunehmen ist.

31 Dieser Vorschrift liegt der Gedanke zugrunde, dass die Leistung immer dann durch das Gericht bestimmt werden soll, wenn sich die von den Vertragsparteien in erster Linie gewollte Bestimmung durch einen Dritten als nicht durchführbar erweist (BGH, Urteile vom 6. Juni 1994 aaO und vom 7. April 2000 - V ZR 36/99, NJW 2000, 2986, 2987). Eine Undurchführbarkeit ist schon dann gegeben, wenn die hierzu verpflichtete Partei den Schiedsgutachter nicht innerhalb angemessener Zeit benennt, ohne dass es dabei auf ihr Verschulden ankommt (s. BGH, Urteile vom 26. Oktober 1989 aaO und vom 07. Juni 2011 aaO S. 1060 f Rn. 15 mwN; vgl. auch Urteil vom 7. April 2000 aaO sowie Senatsurteil vom 6. November 1997 - III ZR 177/96, NJW 1998, 1388, 1390). Dies gilt entsprechend für den vorliegenden Fall, in dem nicht eine Partei den Gutachter zu benennen hatte, sondern die Parteien über seine Person eine Einigung herbeizuführen hatten (vgl. BGH, Urteil vom 12. Januar 2001 - V ZR 372/99, NJW 2001, 1928, 1929).

32 ee) Mit dem Übergang der Leistungsbestimmung (Tatsachenfeststellung) auf das Gericht gemäß § 319 Abs. 1 Satz 2 BGB (analog) tritt das Gericht gleichsam an die Stelle des Schiedsgutachters; in dieser Weise wirkt die Schiedsgutachtenabrede weiter fort. Dies hat, wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, zugleich die Folge, dass die Fälligkeit der betroffenen Forderung erst mit Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung beginnt.

- 33 (1) Für Schiedsgutachtenvereinbarungen im weiteren Sinne, auf welche die §§ 317 bis 319 BGB unmittelbar anzuwenden sind und bei denen der Schiedsgutachter den Vertragsinhalt nach billigem Ermessen rechtsgestaltend zu bestimmen hat, ist es allgemein anerkannt, dass die Forderung im Falle des Übergangs der Leistungsbestimmung auf das Gericht (§ 319 Abs.1 Satz 2 BGB) erst mit Rechtskraft des Gerichtsurteils fällig wird, so dass Zinsen - vorbehaltlich anderer vertraglicher Vereinbarungen - vorher nicht verlangt werden können (vgl. BGH, Urteile vom 10. März 1993 - VIII ZR 238/92, BGHZ 122, 32, 45 f; vom 24. November 1995 - V ZR 174/94, NJW 1996, 1054, 1056; vom 30. Mai 2003 - V ZR 216/02, NJW-RR 2003, 1355, 1357 f; vom 5. Juli 2005 - X ZR 60/04, NJW 2005, 2919, 2920 und vom 4. April 2006 - X ZR 122/05, BGHZ 167, 139, 149 f Rn. 22 f; vgl. auch Urteil vom 16. April 1999 - V ZR 37/98, NZM 1999, 677, 678). Hier wird die streitige Forderung mit dem (gestaltenden) Gerichtsurteil erst bestimmt; sie steht bis zu dessen Rechtskraft noch nicht fest und kann somit auch keinen Zinsanspruch auslösen.
- 34 (2) Für Schiedsgutachtenvereinbarungen im engeren Sinne, auf welche die §§ 317 bis 319 BGB, wie ausgeführt, entsprechende Anwendung finden, gilt im Ergebnis nichts anderes.
- 35 Auch beim Schiedsgutachten im engeren Sinne haben sich die Parteien darauf verständigt, dass die Leistungsbestimmung - hier zwar nur mittelbar, aber gleichwohl maßgeblich - durch einen Dritten geschehen und die betroffene Forderung deswegen in aller Regel zunächst, bis zur Verbindlichkeit dieser Bestimmung, noch nicht fällig werden soll. Dies hat seinen inneren Grund darin, dass die vom Schiedsgutachter (bzw. an seiner Stelle vom Gericht) festzustellende Tatsache typischerweise nur aufgrund besonderer fachlicher Kenntnisse unter Einsatz eines größeren Aufwands ermittelt werden kann und dass inso-

weit, zumal wenn es um Bewertungsfragen geht, Beurteilungs- und Wertungsspielräume bestehen, die eine Mehrzahl vertretbarer Ergebnisse zulassen. Bei einer solchen Lage ist es den Vertragsparteien - Gläubiger und Schuldner - nicht oder kaum möglich, den Anspruchsinhalt selbst zuverlässig festzustellen. Dies hat zur Folge, dass die Vor- oder Annahme von Erfüllungshandlungen Schwierigkeiten bereitet und sogar unzumutbar sein kann. Ebenso wie bei Schiedsgutachten im weiteren Sinne steht auch bei Schiedsgutachten im engeren Sinne die streitige Forderung bis zur Rechtskraft des Urteils des nach § 319 Abs. 1 Satz 2 BGB (analog) zur Bestimmung berufenen Gerichts "noch nicht fest".

- 36 Die Gleichbehandlung zwischen Schiedsgutachten im weiteren und im engeren Sinne rechtfertigt sich zudem daraus, dass deren Abgrenzung zueinander im Einzelfall erhebliche Schwierigkeiten bereiten und von bloßen Formulierungsvarianten abhängig sein kann. Soll etwa die Änderung eines Erbbauzinses an die periodisch festzustellende Veränderung des Grundstücksverkehrswerts gekoppelt und dieser durch einen Sachverständigen als Schiedsgutachter ermittelt werden, so läge eine Bestimmung "Der Sachverständige hat die prozentuale Änderung des Erbbauzinses entsprechend der prozentualen Veränderung des Grundstücksverkehrswerts festzusetzen." die Einordnung als Schiedsgutachtenvereinbarung im weiteren Sinne nahe, eine Formulierung "Der Erbbauzins ist entsprechend der Veränderung des Grundstücksverkehrswerts prozentual zu erhöhen. Der Grundstücksverkehrswert wird vom Sachverständigen ermittelt." hingegen die Einordnung als Schiedsgutachtenvereinbarung im engeren Sinne, ohne dass sich inhaltlich wesentliche Unterschiede ergäben (vgl. dazu die Fallgestaltungen in den Urteilen des BGH vom 16. April 1999 aaO und vom 12. Januar 2001 aaO).

- 37 (3) Das Hinausschieben der Fälligkeit bis zur Rechtskraft des Urteils führt auch nicht zu einer unbilligen Benachteiligung des Gläubigers. Dieser hat zum einen die Möglichkeit, mit dem Schuldner vertragliche Regelungen über eine frühere (rückwirkende) Verzinsung der streitigen Forderung zu treffen. Zum anderen kann er in den Fällen, in denen der Schuldner die verbindliche Feststellung der Forderung (bzw. der für sie maßgeblichen Tatsache) pflichtwidrig verzögert, gemäß § 280 Abs. 1 BGB den Ersatz etwaiger Zinsschäden (entgangene Anlagezinsen oder eigene Finanzierungszinsen) verlangen.
- 38 b) Mangels Fälligkeit der Klageforderung kommen bis zum Eintritt der Rechtskraft des Gerichtsurteils auch weder Ansprüche auf Verzugszinsen (§§ 288, 286 Abs. 1 Satz 1 BGB) noch auf Prozesszinsen (§ 291 BGB) in Betracht.
- 39 c) Ein "Zinsanspruch" unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes wegen Pflichtverletzung der Beklagten (§ 280 Abs. 1 BGB) ist nicht schlüssig dargelegt. Selbst wenn die Beklagte durch ein schuldhaft pflichtwidriges Verhalten die (einvernehmliche) Bestellung eines Schiedsgutachters oder die (zeitnahe) Erstellung des Gutachtens verhindert und deshalb die Klägerin so zu stellen hätte, wie diese bei vertragsgemäßer Durchführung der Schiedsgutachtenvereinbarung gestanden hätte, und die dann feststehende Forderung ab einem früheren Zeitpunkt zu verzinsen gewesen wäre, folgt daraus noch kein Zinsschaden der Klägerin. Aus dem Vorbringen der Klägerin ergibt sich nämlich nicht, dass die Beklagte die streitige Vergütungsforderung solchenfalls nicht unverzüglich beglichen hätte, wobei eine solche Zahlung angesichts der im Laufe der Auseinandersetzungen erfolgten Abschlagszahlungen der Beklagten und der Zahlung des vom Berufungsgericht ausgeurteilten Betrages durchaus nahe liegt. Einen eigenen Zinsschaden, den sie aus der späteren Zahlung der

Erfolgsvergütung erlitten hätte, weil sie Kredite habe in Anspruch nehmen müssen, Kredite nicht früher habe zurückführen können oder Anlagezinsen nicht habe erlangen können (vgl. dazu nur Palandt/Grüneberg aaO § 288 Rn. 13 f mwN), hat die Klägerin nicht dargetan.

40 2. Das Berufungsurteil hält rechtlicher Überprüfung allerdings insoweit nicht stand, als das Berufungsgericht das Guthaben der Beklagten auf dem Gesellschafterkonto der D. bei der Bemessung der Erfolgsvergütung außer Ansatz gelassen hat. Die Revision der Klägerin rügt insoweit zu Recht, dass dieses Guthaben entweder als cash-wirksamer (laufender) Ertrag oder als Bemessungsfaktor für den (fiktiven) Veräußerungserlös (§ 3 Abs. 2 Buchst. d, § 11 Abs. 3 BMV) hätte berücksichtigt werden müssen.

41 a) Im Falle der tatsächlichen Veräußerung einer Beteiligung, auf den der originäre Regelungsinhalt von § 3 Abs. 2 Buchst. d BMV abstellt, wäre ein erst nach der Veräußerung auszuzahlender, aber bereits erwirtschafteter Ertrag, der nach dem Veräußerungsvertrag nicht dem Erwerber, sondern dem Veräußerer zufließen soll und deshalb im vom Erwerber zu zahlenden Preis keine Berücksichtigung gefunden hat, als (anrechnungsfähiger) "Erlös" (im Sinne von § 3 Abs. 2 Buchst. d BMV) zu behandeln. Die Klägerin wäre auch an diesem - von ihr erwirtschafteten - Ertrag zu beteiligen, soweit der Anspruch des Veräußerers gegen die D. werthaltig ist, dieser insbesondere kein Insolvenzverfahren droht. Dies gilt erst recht dann, wenn es nachfolgend tatsächlich zur Ausschüttung des Guthabens auf dem Gesellschafterkonto an den Veräußerer kommt. Zweck der Erfolgsvergütung ist es nämlich, die Klägerin am wirtschaftlichen Erfolg ihres Managements zu beteiligen. Bei der Ermittlung der Erfolgsvergütung aufgrund einer nur fiktiven Veräußerung kann im Ergebnis nichts anderes gelten. Das Guthaben auf dem Gesellschafterkonto wäre in diesem Falle nur

dann kein "Erlös", wenn der diesbezügliche Auszahlungsanspruch nicht wert-
haltig wäre - was hier unstreitig nicht der Fall ist - oder wenn er bei der Ermitt-
lung des Werts der Beteiligung (gewissermaßen im Rahmen eines fiktiven "Ver-
kaufspreises") Berücksichtigung gefunden hätte. Letzteres hat das Berufungs-
gericht indes nicht festgestellt und wird von der Revision der Klägerin in Abrede
genommen.

- 42 b) Das Berufungsgericht wird hiernach zu klären haben, ob und inwieweit
das Guthaben der Beklagten auf dem Gesellschafterkonto der D. bei der Er-
mittlung des Werts der Beteiligung durch den Sachverständigen Dr. W. be-
rücksichtigt worden ist. Falls nicht, wird dies - etwa in Form eines entsprechen-
den Aufschlags - nachzuholen sein.

B. Revision der Beklagten

I.

- 43 Das Berufungsgericht hat, soweit für die Revision der Beklagten von Be-
deutung, im Wesentlichen ausgeführt:

- 44 1. Die Berufung der Beklagten sei unzulässig, soweit sie sich gegen die
Feststellung der teilweisen Erledigung der Hauptsache richte. Denn aus der
Berufungsbegründung ergebe sich nicht, warum das Urteil des Landgerichts
insoweit falsch sein solle. Die Erledigung der Hauptsache werde nur am Ende
des Berufungsbegründungsschriftsatzes im Abschnitt "Zusammenfassung" an-
gesprochen, wo es heiße, aus "demselben Grund" sei auch keine Erledigung
der Hauptsache eingetreten. Im vorangegangenen Satz heiße es, das Landgericht

sei aufgrund der in dem Schriftsatz dargelegten Fehler zu Unrecht zu dem Ergebnis gekommen, dass der Klägerin ein Ausgleichsanspruch zustehe. Die ergänzenden Ausführungen der Beklagten im Schriftsatz vom 13. Dezember 2011 seien erst nach Ablauf der Berufungsbegründungsfrist erfolgt.

45 2. Zu den Einwänden der Beklagten gegen die Wertermittlung des gerichtlichen Sachverständigen Dr. W. hat das Berufungsgericht ausgeführt:

46 a) Die vom Sachverständigen Dr. W. vorgenommenen Korrekturen der Planannahmen der D. seien entgegen der Auffassung der Beklagten nicht fehlerhaft; das Berufungsgericht schließe sich den Schätzungen des Sachverständigen und seinen Begründungen an. Die Beklagte missverstehe das Wesen des Wertgutachtens als Einschätzung, die sich zwar an objektiven Tatsachen orientiere, diese Tatsachen aber subjektiv gewichte. Wenn die Beklagte darauf beharre, da ihre Informationen richtig und vollständig seien, müsse auch ihre Prognose zutreffen, verkenne sie den Charakter einer Prognoseentscheidung, bei der unterschiedliche Ergebnisse möglich seien, ohne die Prognose unzutreffend oder "ermessensfehlerhaft" zu machen. Die Beklagte versuche im Ergebnis, ihre eigene Wertung an die Stelle der Beurteilung des Sachverständigen und des Landgerichts zu setzen.

47 b) Ihre Behauptung, die erwarteten A. -Dienstleistungserträge seien im Zahlenwerk der D. (im Gegensatz zum Jahresabschluss 2006 und der früher geübten Praxis) in den Beteiligungserträgen erfasst und durch die zusätzliche Berücksichtigung bei den sonstigen betrieblichen Erträgen durch den Sachverständigen Dr. W. fälschlich doppelt veranschlagt worden, habe die Beklagte nicht ausreichend dargetan.

48 c) Die Erstellung eines von der Beklagten für erforderlich gehaltenen integrierten Planmodells sei nicht geboten. Die Beklagte habe auch in der Berufung nicht aufgezeigt, welche konkreten weiteren Daten der Sachverständige prognostizieren und welcher zusätzliche Erkenntnisgewinn aus einem solchen Modell folgen solle.

49 d) Auch die vom Sachverständigen ermittelte Marktrisikoprämie sei nicht zu beanstanden. Dass der Sachverständige für die Vor-Steuer-Marktrisikoprämie auf Kapitalmarktrenditen abgestellt habe, begegne keinen Bedenken. Daten für Personengesellschaften lägen nicht vor, und es sei nicht ersichtlich, dass Investitionen in Personengesellschaften und börsennotierte Gesellschaften vor Steuern ein unterschiedliches Risiko aufwiesen. Auch dass der Sachverständige für die Ermittlung der Nach-Steuer-Risikoprämie auf Personengesellschaften abstelle, sei nicht zu beanstanden. Er habe plausibel erklärt, dass wegen des zum Stichtag unterschiedlichen Steuerregimes die maßgebliche Alternativinvestition die solche in eine Personengesellschaft sei. Die damit verbundene Abweichung vom grundsätzlich zugrunde zu legenden Bewertungsstandard IDW S 1 sei gerechtfertigt, weil, wie der Sachverständige ausgeführt habe, der Bewertungsstandard IDW S1 nur vereinzelt auf Besonderheiten von Personengesellschaften eingehe. Im Übrigen stelle die Marktrisikoprämie die finanzielle Gegenleistung für den Investor dar, anstelle einer vermeintlich risikolosen Anlage in das Unternehmen zu investieren. Welches konkrete Risikoplus ein Investor verlange, sei in hohem Maße von subjektiven Einschätzungen und Erwartungen abhängig, wobei die Rendite von Aktien stetigen teils erheblichen Schwankungen unterworfen sei. Der Unternehmenswert der D. hänge von einer Vielzahl nicht exakt bestimmbarer Variablen ab, deren Ansatz der persönlichen Einschätzung des Sachverständigen unterliege.

50 e) Der Fungibilitätsabschlag sei in dem vom Sachverständigen angenommenen Umfang berechtigt und nicht höher anzusetzen. Die rechtlichen Beschränkungen aus der Satzung der D. in Form von Zustimmungserfordernissen und Vorkaufsrechten und der Umstand, dass die Satzung keine Due-Diligence-Bestimmung enthalte, rechtfertigten keinen erhöhten Abschlag. Nach der Zusatzvereinbarung sei für die Erfolgsvergütung der Unternehmenswert maßgeblich, und dieser sei für das Unternehmen als Ganzes zu bestimmen. Die Veräußerung des ganzen Unternehmens setze aber voraus, dass Vorkaufsrechte der Mitgesellschafter nicht ausgeübt und erforderliche Zustimmungen erteilt würden.

51 f) Zu Recht habe das Landgericht die Abschreibungen auf die Beteiligungen bei der Ermittlung der Basisverzinsung berücksichtigt. Bemessungsgrundlage der Basisverzinsung sei nicht der Zeitwert der Beteiligungen bei Vertragsbeginn, vielmehr bestimme sich die Basisverzinsung nach den Buchwerten, so dass Voll- und Teilabschreibungen stets zu berücksichtigen seien. Der Vertrag sei durch das Bestreben gekennzeichnet, die Vergütung der Klägerin anhand leicht bestimmbarer und aktueller Werte vorzunehmen. Dass Abschreibungen zu berücksichtigen seien, folge auch aus § 3 Abs. 2 Buchst. a BMV. Danach werde die Basisverzinsung durch die Bemessungsgrundlage bestimmt, für die in § 3 Abs. 1 Satz 3 BMV die Berücksichtigung von Abschreibungen vorgesehen sei. Dies werde dadurch gestützt, dass § 3 Abs. 2 Buchst. a BMV von der "jeweiligen" Bemessungsgrundlage spreche, diese also variabel sei.

52 g) Entgegen der Auffassung der Beklagten sei der Begriff "gesamthaft" in § 3 Abs. 2 Buchstabe a BMV nicht dahin zu verstehen, dass eine Erfolgsvergütung nur dann zu zahlen sei, wenn die Basisverzinsung sowohl für die Direktbeteiligungen als auch für die Partnership-Beteiligungen erreicht werde. Dagegen

spreche schon, dass die Beklagte sich vorgerichtlich und auch später bei der Zahlung des weiteren Abschlags von über 6 Millionen € nie auf eine solche Bedeutung der Regelung berufen habe, obschon bei Zahlung des vorgenannten Abschlags die Partnership-Beteiligungen bereits abgerechnet gewesen seien. Vor allem aber spreche gegen die von der Beklagten geltend gemachte Auslegung, dass bei diesem Verständnis der Klausel die Erfolgsvergütung im Falle des tatsächlichen Verkaufs einer Beteiligung nicht berechenbar gewesen wäre, da die vorab abzuziehende Basisverzinsung auch von allen anderen Beteiligungen abhinge; das Erfolgshonorar könnte dann erst nach Verkauf aller Beteiligungen bestimmt werden.

- 53 h) Die im Rahmen eines früheren konzerninternen Beteiligungserwerbs an die Mitgesellschafter der D. , die Familie F. , von der Beklagten geleistete Ausgleichszahlung sei nicht ertragsmindernd zu berücksichtigen. Es fehle an einer entsprechenden vertraglichen Regelung. Nach § 3 Abs. 2 Buchst. d BMV sei diese Zahlung nicht berücksichtigungsfähig. Auch wenn Transaktionskosten grundsätzlich nach § 17 EStG zu berücksichtigen seien und den Veräußerungsgewinn minderten, hätten die Parteien die damalige Transaktion nicht als eine die Erfolgsvergütung auslösende Veräußerung im Sinne des § 3 Abs. 2 BMV behandelt. Es erschließe sich nicht, wieso bei der fiktiven Veräußerung per 31. Dezember 2006 die Kosten einer früheren, nicht unter § 3 Abs. 2 BMV fallenden konzerninternen Transaktion angerechnet werden sollten.

II.

- 54 Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nur teilweise stand.
- 55 1. Zu Recht hat das Berufungsgericht die Berufung der Beklagten hinsichtlich der vom Landgericht festgestellten teilweisen Erledigung der Hauptsache als unzulässig verworfen.
- 56 a) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs genügt eine Berufungsbegründung den Anforderungen des § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 bis 4 ZPO nur dann, wenn sie erkennen lässt, in welchen Punkten tatsächlicher oder rechtlicher Art das angefochtene Urteil nach Ansicht des Berufungsklägers unrichtig ist und auf welchen Gründen diese Ansicht im Einzelnen beruht. Deshalb muss der Berufungsführer mit der Berufungsbegründung klarstellen, in welchen Punkten und mit welcher Begründung er das Berufungsurteil angreift. Im Falle der uneingeschränkten Anfechtung muss die Berufungsbegründung geeignet sein, das gesamte Urteil in Frage zu stellen; bei einem teilbaren Streitgegenstand oder bei mehreren Streitgegenständen muss sie sich grundsätzlich auf alle Teile des Urteils erstrecken, hinsichtlich derer eine Änderung beantragt wird (siehe etwa BGH, Urteile vom 22. November 2011 - VI ZR 26/11, NJW 2012, 763, 764 Rn. 6 und vom 5. Dezember 2006 - VI ZR 228/05, NJW-RR 2007, 414, 415 Rn. 10; vgl. auch BGH, Urteile vom 26. Januar 2006 - I ZR 121/03, NJW-RR 2006, 1044, 1046 Rn. 22 und vom 13. November 1997 - VII ZR 199/96, NJW 1998, 1081, 1082 - jeweils mwN; Musielak/Ball, ZPO, 10. Aufl., § 520 Rn. 38; Zöller/Heßler, ZPO, 29. Aufl., § 520 Rn. 27; Hk-ZPO/Wöstmann, 5. Aufl., § 520 Rn. 20). Auch wenn sich der Rechtsmittelführer nicht mit allen für ihn nachteilig beurteilten Punkten in seiner Berufungsbegründung auseinandersetzen muss, genügt es nicht, um das angefochtene Urteil insgesamt in Frage

zu stellen, wenn er sich nur mit einem Berufungsgrund befasst, der nicht den ganzen Streitstoff betrifft (BGH, Urteile vom 22. November 2011 aaO und vom 5. Dezember 2006 aaO mwN).

57 b) Diesen Erfordernissen ist die Berufungsbegründung der Beklagten nicht gerecht geworden. Die Feststellung der teilweisen Erledigung der Hauptsache betrifft - wenn nicht einen eigenen Streitgegenstand, so doch - jedenfalls einen abgrenzbaren Teil des Streitgegenstandes und einen eigenständigen prozessualen (Klage-)Antrag; insoweit begehrt die Klägerin nicht mehr Zahlung, sondern die Feststellung der Erledigung des Zahlungsanspruchs. In ihrer Berufungsbegründung hat die Beklagte indes nicht mitgeteilt, aus welchen Gründen sie die vom Landgericht ausgesprochene Feststellung der teilweisen Erledigung der Hauptsache für unrichtig hält.

58 aa) Der einseitig gebliebenen Erledigungserklärung der Klägerin lag eine im Mai 2008 geleistete Zahlung der Beklagten über 6.032.954 € zu Grunde, welche die Beklagte als von ihr noch geschuldete (restliche) Höhe der Erfolgsvergütung errechnet hatte. Die im nachfolgenden Prozess erhobenen Einwände der Beklagten gegen die Anspruchsberechnung der Klägerin und das gerichtliche Sachverständigengutachten betrafen vor diesem Hintergrund allein noch den weitergehenden Zahlungsanspruch der Klägerin. Soweit die Beklagte ohne Anerkennung einer Rechtspflicht gezahlt hat, galt dieser Vorbehalt ausweislich ihres Schreibens vom 14. Mai 2008 nur der ihres Erachtens noch fehlenden Fälligkeit dieser Forderung.

59 bb) Aus der Berufungsbegründung der Beklagten ergibt sich nicht, dass die Beklagte nunmehr geltend machen wollte, die geschuldete Erfolgsvergütung sei niedriger als die Summe der von ihr geleisteten Zahlungen (einschließlich des von der Klägerin für erledigt erklärten Teils der Klageforderung), und warum

dies der Fall sein sollte. Die Beklagte setzt sich hier auch nicht mit der Auffassung des Landgerichts auseinander, die Klageforderung werde zwar erst mit Rechtskraft des Urteils fällig, eine Erledigung sei aber gleichwohl anzunehmen. Sie führt auch keine sonstigen Gründe an, aus denen die Feststellung der teilweisen Erledigung unzutreffend sein sollte. Eine Auseinandersetzung mit diesem Punkt findet sich erst in dem nach Ablauf der Berufungsbegründungsfrist eingegangenen Schriftsatz vom 13. Dezember 2011.

60 2. Die Einwände der Beklagten gegen die Bemessung des Unternehmenswerts der Beteiligung und der Erfolgsvergütung durch das Berufungsgericht sind hingegen zu einem überwiegenden Teil berechtigt.

61 a) Dies betrifft zunächst die für die Bewertung der Beteiligung an der D. zugrunde gelegte Planung (Planannahmen).

62 aa) Zu Recht rügt die Beklagte mit ihrer Revision, dass sich das Berufungsgericht ebenso wie der gerichtliche Sachverständige mit ihren Argumenten gegen die vom Sachverständigen vorgenommene Anpassung der Planungen der D. nicht (näher) auseinandergesetzt hat. Der Sachverständige hat den grundsätzlichen Anpassungsbedarf über einen Vergleich der früheren Planungen mit den später erzielten tatsächlichen Ergebnissen und mit der Beschränkung der Plananpassung durch die D. allein auf das Jahr 2007 begründet. Die Beklagte hat dagegen unter Vorlage einer Stellungnahme der Geschäftsführung der D. vom 5. Juni 2009 und diverser Parteigutachten argumentiert, die Planübererfüllung in der Vergangenheit beruhe auf schwer kalkulierbaren Stichtagsbewertungen von Fremdwährungspositionen, Veränderungen der politischen Rahmenbedingungen (zum Beispiel im Zusammenhang mit der Einführung der LKW-Maut in Deutschland) und der Entwicklung des Rohölpreises. Die

überarbeitete Umsatzplanung der D. habe die Vorbereitung eines verstärkten Marktauftritts in neuen osteuropäischen Märkten, die damals zu erwartende Steigerung der Kraftstoffpreise von 3 % p.a., eine steigende Preissensibilität der Kunden und geringere Liefernachlässe in den neu zu erschließenden Märkten berücksichtigt. Hiermit haben sich weder der gerichtliche Sachverständige, noch das Berufungsgericht näher auseinandergesetzt. Die pauschale Bemerkung des Sachverständigen bei seiner mündlichen Anhörung, die vorgetragenen Risikoargumente seien ihm bewusst gewesen, er habe sie berücksichtigt, stellt keine einer Überprüfung zugängliche Befassung mit dem Beklagtenvorbringen dar.

63 bb) Nicht durchzudringen vermag die Beklagte demgegenüber mit ihrer Rüge, das Berufungsgericht habe nicht zur Kenntnis genommen, dass der Sachverständige Dr. W. die Planung der D. für 2007 nach oben angepasst habe. Die diesbezüglich von der Revision angegriffenen Ausführungen des Berufungsgerichts betreffen nur die Business Unit Maut, für die der Sachverständige, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, die von der D. überarbeitete Planung für das Jahr 2007 zugrunde gelegt hat. Es ist nicht ersichtlich, dass dem Berufungsgericht nicht bewusst gewesen wäre, dass der Sachverständige an anderen Stellen von der Planung der D. abgewichen ist. Aus diesem Grunde bleibt auch die weitere Rüge der Beklagten, das Berufungsgericht habe ihr Vorbringen zu den vom Sachverständigen angenommenen (von den Vorstellungen der D. abweichenden) Rohertragsmargen missverstanden, ohne Erfolg. Zunächst handelt es sich bei den Ausführungen des Berufungsgerichts zum Inhalt des Beklagtenvortrags um tatbestandliche Feststellungen, die die Beklagte mit einem Tatbestandsberichtigungsantrag hätte angreifen müssen und die einer Revisionsrüge unzugänglich sind (§ 559 Abs. 1 Satz 1, §§ 314, 320 ZPO; s. dazu etwa BGH, Urteile vom 8. Januar 2007 - II ZR 334/04,

NJW-RR 2007, 1434, 1435 Rn. 11; vom 1. Dezember 2008 - II ZR 102/07, BGHZ 179, 71, 79 f Rn. 16; vom 16. Dezember 2010 - I ZR 161/08, NJW 2011, 1513, 1514 Rn. 12 und vom 15. Juli 2011 - V ZR 277/10, NJW 2011, 3294, 3295 Rn. 12). Auch wenn man von einem Missverständnis des Beklagtenvorbringens ausginge, so ergäbe sich hieraus kein Missverständnis des Sachverständigengutachtens und keine Auswirkung auf die vom Berufungsgericht zu prüfende Überzeugungskraft des Sachverständigengutachtens.

64 b) Zu Recht wendet sich die Beklagte gegen die Annahme des Berufungsgerichts, eine Doppelerfassung der A. -Dienstleistungserträge sei nicht ersichtlich.

65 aa) Die Beklagte macht mit Recht geltend, das Berufungsgericht habe die Erklärung der Geschäftsführung der D. vom 5. Juni 2009 nicht ausreichend gewürdigt. Die Geschäftsführung hat hierin erklärt, dass die Vergütungen für Dienstleistungen von A. in der Planung nicht (mehr) als sonstige betriebliche Erträge, sondern gemeinsam mit weiteren Ausschüttungen der A. als Beteiligungserträge erfasst seien. Dieses Schreiben erbringt für sich genommen zwar keinen Beweis für die behauptete Zuordnung. Dem Berufungsurteil lässt sich jedoch nichts dafür entnehmen, dass die Tatsache der Abgabe dieser Erklärung der Geschäftsführung der D. vom 5. Juni 2009 streitig gewesen wäre. Das Berufungsgericht hätte deshalb den Umstand, dass sich die Geschäftsführung der D. in diesem Sinne geäußert hat, bei der Beweiswürdigung berücksichtigen müssen. Denn das Gericht hat bei der Tatsachenfeststellung analog § 319 Abs. 1 Satz 2 BGB - nicht anders als im Rahmen einer Schätzung nach § 287 ZPO - den gesamten Inhalt der Verhandlung zu berücksichtigen.

66 bb) Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Berufungsgericht bei gebotener Berücksichtigung der Erklärung der Geschäftsführung der D. zu dem Ergebnis gekommen wäre, die A. -Dienstleistungserträge seien in der Planung (abweichend von den bislang erstellten Jahresabschlüssen) als Beteiligungserträge eingeordnet worden. Es kann weiterhin nicht ausgeschlossen werden, dass der Sachverständige und mit ihm das Berufungsgericht bei Berücksichtigung der A. -Dienstleistungserträge nur im Rahmen der Beteiligungserträge zu einem anderen - niedrigeren - Beteiligungswert gekommen wären. Der Sachverständige Dr. W. hat in seiner mündlichen Anhörung vor dem Landgericht ausgeführt, sollten die A. -Dienstleistungserträge als Beteiligungserlöse in der Planung berücksichtigt sein, wären sie in seinem Wertgutachten doppelt berücksichtigt worden, und es seien gerade diese Erträge gewesen, die ihn veranlasst hätten, den Planungsansatz bei den sonstigen betrieblichen Erträgen zu erhöhen. Die Unerheblichkeit einer doppelten Berücksichtigung der A. -Dienstleistungserträge ergibt sich nicht aus den erheblich über den Schätzungen des Sachverständigen liegenden tatsächlichen sonstigen betrieblichen Erträgen des Jahres 2007, wie sie sich aus der Konzernbilanz ergeben. Der Sachverständige hat in seiner mündlichen Anhörung ausgeführt, die sonstigen betrieblichen Erträge seien schlecht planbar und enthielten unter anderem auch Wechselkursgewinne. Sie unterliegen damit Schwankungen, für die anhand der Feststellungen des Berufungsgerichts nicht ersichtlich ist, dass sie zum Stichtag in dieser die ursprünglichen Planungen übersteigenden Höhe zu erwarten gewesen wären.

67 cc) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist der Einwand, die A. -Dienstleistungserträge seien vom Sachverständigen Dr. W. fälschlich doppelt berücksichtigt worden, nicht schon deshalb unbeachtlich, weil die Beklagte nicht dargelegt hat, wie sich der Posten "Beteiligungserträge" in der Pla-

nung zusammensetzt. Die Beklagte darf eine bestimmte, für die Berechnung des Klageanspruchs erhebliche Behauptung der Klägerin oder Annahme des gerichtlichen Sachverständigen bestreiten oder von den Annahmen des Sachverständigen abweichende Tatsachen behaupten, ohne dass sie deshalb eine weitergehende Substantiierungslast träge. Ohnehin liegt die Darlegungslast für die Berechnung der Klageforderung zunächst bei der Klägerin und nicht bei der Beklagten. Soweit es hinsichtlich strittiger Positionen hinsichtlich der Planung der D. näheren Parteivortrags bedürfte, wäre es somit zuvörderst Sache der Klägerin, zu ihrer Zusammensetzung vorzutragen. Erst zu diesen Angaben müsste sich die Beklagte dann näher erklären. Die vom Berufungsgericht herangezogene Bemerkung des Sachverständigen in seiner persönlichen Anhörung vor dem Landgericht, bei Berücksichtigung der A. -Dienstleistungserträge allein bei den Beteiligungserträgen sei ein Betrag von (nur) 0,9 Millionen € nicht nachvollziehbar, bezieht sich nicht auf die Planung ab 2007, sondern auf die Zahlen für 2006, für die nach den Feststellungen des Berufungsgerichts freilich unstrittig ist, dass die A. -Dienstleistungserträge gemäß der bisherigen Praxis unter den sonstigen betrieblichen Erträgen erfasst worden sind.

68 c) Ohne Erfolg bleibt die Revision der Beklagten, soweit sie rügt, dass das Berufungsgericht dem gerichtlichen Sachverständigen nicht aufgegeben habe, ein integriertes Planungsmodell zu erstellen.

69 aa) Wenn und soweit die vertraglichen Abreden, die das Gericht bei der ihm obliegenden Tatsachenfeststellung über den Wert der Unternehmensbeteiligung entsprechend § 319 Abs. 1 Satz 2 BGB zugrunde zu legen hat, die Art und Weise der Bewertung nicht näher regeln, ist es Sache des - sachverständig beratenen - Tatrichters, eine im Einzelfall geeignete Bewertungsart für die Er-

mittlung des Unternehmenswerts sachverhaltsspezifisch auszuwählen und anzuwenden. Er ist in diesem Zusammenhang jedenfalls keinen strengeren Bindungen unterworfen als sonst im Anwendungsbereich des § 287 ZPO. Der Tatrichter hat dabei die tatsächlichen Grundlagen seiner Schätzung und ihre Auswertung in objektiv nachprüfbarer Weise anzugeben. Die tatrichterliche Bewertung kann nach allgemeinen Grundsätzen nur daraufhin überprüft werden, ob sie gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt oder sonst auf rechtsfehlerhaften Erwägungen beruht (BGH, Urteile vom 17. November 2010 - XII ZR 170/09, FamRZ 2011, 183, 184 Rn. 21; vom 25. November 1998 - XII ZR 84/97, NJW 1999, 784, 787; vom 12. Juli 1995 - XII ZR 109/94, BGHZ 130, 298, 303 und vom 24. Mai 1993 - II ZR 36/92, NJW 1993, 2101, 2103). Hinsichtlich der Genauigkeit der Sachverhaltsaufklärung ist der Tatrichter besonders freigestellt. Zwar darf er nicht auf nach der Sachlage unerlässliche fachliche Erkenntnisse verzichten. Das genaue Maß der Sachverhaltsaufklärung obliegt jedoch seinem Ermessen. Er darf nur nicht auf Grundlage falscher oder offenbar unsachlicher Erwägungen entscheiden (siehe BGH, Urteile vom 17. Mai 2011 - VI ZR 142/10, NJW-RR 2011, 1109 Rn. 7; vom 12. April 2011 - VI ZR 300/09, NJW 2011, 1947, 1948 Rn. 17 und vom 11. März 2008 - VI ZR 164/07, NJW 2008, 1519, 1520 Rn. 9).

70

bb) Die Beklagte macht geltend, mit einem integrierten Planungsmodell ließen sich die Ergebnisse des Gutachtens plausibilisieren und Fehler vermeiden. Demzufolge dient das Modell lediglich allgemein einer höheren Genauigkeit der Schätzung, ohne darüber hinaus neue für eine Schätzung unerlässliche Erkenntnisse zu vermitteln. Die Beklagte legt auch keine konkreten Auswirkungen auf das Schätzungsergebnis dar, die gerade auf die unterbliebene Erstellung eines integrierten Planungsmodells zurückzuführen sein sollten. Dass das

Berufungsgericht aufgrund dieser Umstände ein integriertes Planungsmodell nicht für erforderlich gehalten hat, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

71 d) Gegen die Ermittlung der Marktrisikoprämie - die der Sachverständige Dr. W. , dem das Berufungsgericht gefolgt ist, mit 3,034 % (Nach-Steuer-Marktrisikoprämie) deutlich niedriger als die anderen eingeschalteten (Privat-) Gutachter (jeweils 5,5 % Nach-Steuer-Marktrisikoprämie) veranschlagt hat -, erhebt die Revision der Beklagten berechnete Einwände.

72 aa) Marktrisikoprämie ist der Zuschlag, den ein Investor über den Zinssatz für eine risikolose Anlage hinaus (als höhere Rendite) verlangt, um in einen risikobehafteten Anteilskauf zu investieren. Je höher die Prämie ausfällt, umso geringer stellt sich der Verkehrswert des Unternehmensanteils dar. Dabei ist - was auch das Berufungsgericht letztlich nicht anders sieht - für die Entscheidung des Investors die Rendite nach Steuern entscheidend (Nach-Steuer-Marktrisikoprämie).

73 bb) Der zentrale Vorwurf der Revision gegen den Gutachter Dr. W. geht dahin, dass dieser bei seiner Untersuchung die Investition in eine Personengesellschaft unterstellt, bei der dabei - in einem ersten Schritt - anzustellenden Ermittlung der Vor-Steuer-Marktrisikoprämie systemwidrig auf Kapitalmarktdaten zurückgegriffen und hieraus - in einem zweiten Schritt - die Nach-Steuer-Marktrisikoprämie für Personengesellschaften entwickelt habe. Mit dieser Verfahrensweise habe er in unzulässiger, das Ergebnis verfälschenden Weise unterschiedliche Anlageformen miteinander vermengt.

74 cc) Mit diesem Vorbringen, das durch das vorgelegte Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. H. untermauert worden ist, hat sich das Berufungsgericht nicht hinreichend auseinandergesetzt.

75 Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, es sei nicht ersichtlich, dass Personen- und (börsennotierte) Kapitalgesellschaften ein unterschiedliches "Vorsteuerrisiko" aufwiesen, und hat daraus gefolgert, die Vor-Steuer-Marktrisikoprämien beider Anlagen seien gleich hoch. Mit dieser Argumentation verkennt das Berufungsgericht, dass es in diesem Zusammenhang nicht um die Bewertung von der Gesellschaft anhaftenden Risiken geht, die sich vor Steuern und nach Steuern unterschiedlich darstellen würden.

76 Kapital- und Personengesellschaften beziehungsweise Anteilseigner dieser Gesellschaften werden, was letztlich auch vom Berufungsgericht nicht anders gesehen wird, unterschiedlich besteuert. So wird in dem Privatgutachten des Sachverständigen Prof. Dr. H. vorgerechnet, dass bei einem jeweiligen Ausgangsgewinn von 100.000 € bei einer Personengesellschaft unter typisierter Betrachtung letztlich (nach Steuern) ein Gewinn des Anteilseigners von 61.667 € und bei einer Kapitalgesellschaft ein Gewinn von nur 50.617 € verbleiben. Damit ist der Ertrag (die Rendite) nach Steuern für die Beteiligung an Personengesellschaften bei gleichem Ausgangsgewinn deutlich höher. Die Annahme einer gleichen Vor-Steuer-Marktrisikoprämie würde daher bedeuten, dass Investoren für die Beteiligung an Personengesellschaften eine höhere Nach-Steuer-Rendite verlangten als für die Beteiligung an Kapitalgesellschaften, ohne dass dies durch eine möglicherweise geringere Fungibilität, die der Sachverständige erst durch einen gesonderten Abschlag berücksichtigt, erklärt würde. Auch in dem weiteren von der Beklagten vorgelegten Parteigutachten von Rö. & Partner vom 9. September 2009 heißt es, die unterschiedliche Be-

steuerung von Personen- und Kapitalgesellschaften wirke sich in unterschiedlichen Vor-Steuer-Renditen aus. Dadurch, dass das Berufungsgericht sich damit nicht auseinandergesetzt hat, hat es erhebliche Einwendungen der Beklagten gegen das Sachverständigengutachten Dr. W. rechtsfehlerhaft übergangen.

77 dd) Durchgreifenden rechtlichen Bedenken begegnet das Berufungsurteil auch, soweit das Berufungsgericht mit dem Sachverständigen Dr. W. bei der Ermittlung der Marktrisikoprämie eine Alternativanlage in eine Personengesellschaft (mit der Folge der Anwendung des CAPM- anstelle des Tax-CAPM-Kapitalmarktmodells) und nicht in eine börsennotierte Aktiengesellschaft zugrunde gelegt hat. Zwar erscheint dieses Vorgehen nicht von vornherein aus Rechtsgründen ausgeschlossen. Das Berufungsgericht hat sich jedoch mit erheblichem Vorbringen der Beklagten zu diesem Punkt nicht auseinandergesetzt. Die Beklagte hatte, wie sie in ihrer Revision zutreffend geltend macht, vorgetragen, auch bei Personengesellschaften sei insofern auf Kapitalmarkrenditen von Unternehmensbeteiligungen abzustellen und dies durch Literaturstellen (WP-Handbuch, Bd. II, 13. Aufl. 2008 Rn. A 174; Beisel/Klumpp, Der Unternehmenskauf, 6. Aufl., Kap. 3 Rn. 60; Wollny, Der objektivierte Unternehmenswert, 1. Aufl., S. 78; 2. Aufl., S. 94) belegt. Die (Privat-)Gutachter beider Parteien sind auch in dieser Weise verfahren. Das Berufungsgericht hätte deshalb näher darlegen müssen, aus welchen Gründen es gleichwohl ein Abstellen auf Personengesellschaften für angemessen und vertragsgerecht erachtet, sei es, dass das Vorgehen des gerichtlichen Sachverständigen Dr. W. entgegen dem Vorbringen der Beklagten in der Bewertungspraxis doch anerkannt sei - wozu es den gerichtlichen Sachverständigen hätte befragen müssen -, sei es, dass dies zwar nicht der Fall sei, die Parteien diesbezüglich jedoch Abweichendes vereinbart hätten. Letzteres ist freilich nicht ersichtlich; im Gegenteil spricht vieles dafür, dass eine Bewertung auf der Grundlage des Bewertungsstandards

nach IDW S1 in der allgemein üblichen Anwendung am ehesten dem Parteiwillen entspricht, da diese Standards - wenn auch nur in ihren Grundzügen - auch dem Gutachten der P.

GmbH vom 30. Januar 2004 zugrunde lagen, auf das die Parteien in der Zusatzvereinbarung hinsichtlich der anzuwendenden Bewertungsgrundsätze ausdrücklich verwiesen haben.

78 e) Die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Höhe des Fungibilitätsabschlags sind mit Rechtsfehlern behaftet. Die Revision der Beklagten rügt mit Recht, dass insoweit nicht auf die (fiktive) Veräußerung des Unternehmens insgesamt, sondern der in Rede stehenden Beteiligung abzustellen ist.

79 aa) Die Auslegung individueller Erklärungen ist allerdings grundsätzlich Sache des Tatrichters. Dessen Auslegung bindet das Revisionsgericht aber dann nicht, wenn sie unter Verletzung gesetzlicher Auslegungsgrundsätze (§§ 133, 157 BGB) vorgenommen wurde. Hierzu gehört auch, dass der Tatrichter alle für die Auslegung erheblichen Umstände umfassend würdigt und seine Erwägungen in den Entscheidungsgründen nachvollziehbar darlegt. Nach den anerkannten Auslegungsgrundsätzen hat der Tatrichter bei seiner Willenserforschung insbesondere den mit der Absprache verfolgten Zweck und die Interessenlage der Parteien zu berücksichtigen, ferner die sonstigen Begleitumstände, die den Sinngehalt der gewechselten Erklärungen erhellen können. Dazu gehört auch die Entstehungsgeschichte einer vertraglichen Vereinbarung (siehe etwa BGH, Urteile vom 13. März 2003 - IX ZR 199/00, NJW 2003, 2235, 2236 und vom 16. Dezember 1998 - VIII ZR 197/97, NJW 1999, 1022, 1023, jeweils mwN).

80 bb) Ausgehend hiervon ist es revisionsrechtlich allerdings nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht überhaupt einen Fungibilitätsabschlag vorgenommen hat. Damit soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass für den Anteilseigner eines nicht börsennotierten Unternehmens ein größeres Risiko besteht, im Bedarfsfall den Wert seines Anteils nicht oder nur mit Abschlägen realisieren zu können. Dies ist offensichtlich ein Umstand, der den Preis, den ein potentieller Käufer für den Erwerb einer Unternehmensbeteiligung aufzubringen bereit ist, beeinflussen kann. Dabei steht der Berücksichtigung dieses den Verkehrswert der Beteiligung mitbeeinflussenden Faktors - anders, als die Klägerin mittels einer Gegenrüge vorbringt - nicht entgegen, dass vorliegend der Ermittlung der Erfolgsprämie kein konkreter Verkaufsfall, sondern lediglich eine fingierte Veräußerung zugrunde zu legen ist.

81 cc) Bezüglich der Bemessung des Fungibilitätsabschlags macht die Revision der Beklagten jedoch zu Recht darauf aufmerksam, dass in der Zusatzvereinbarung vom 25./28. Mai 2004 von dem zu ermittelnden "Unternehmenswert (Verkehrswert) der Beteiligungen" und nicht von dem Wert des gesamten Unternehmens die Rede ist. Bereits dies spricht dagegen, bei der Wertermittlung auf die Veräußerung des gesamten Unternehmens abzustellen und auf diese Weise die bei Veräußerung einer Beteiligung im Raum stehenden Vorkaufsrechte und erforderlichen Zustimmungen gleichsam zu "umgehen".

82 Vor allem aber hat das Berufungsgericht die wirtschaftliche Folge seiner Auslegung, deren Vereinbarkeit mit der Regelungsabsicht der Parteien fernliegend ist, nicht berücksichtigt. Bei der Erfolgsvergütung geht es um die Wertsteigerungen der von der Klägerin gemanagten Beteiligungen und nicht um Wertsteigerungen des gesamten Unternehmens, worauf auch die Zusatzvereinbarung ("Beteiligungen ..., die der Auftragnehmer ... zum Kündigungsstich-

tag betreut") abstellt. Die Auffassung des Berufungsgerichts würde dazu führen, dass eine Beteiligung, die zu einem die erschwerte Veräußerung berücksichtigenden (niedrigen) Preis erworben wurde, bei der Ermittlung der fiktiven carried-interest-Zahlung allein schon deshalb mit einem höheren Wert anzusetzen wäre, weil nunmehr der Verkauf des gesamten Unternehmens zu unterstellen und die Veräußerungsbeschränkungen daher nicht zu berücksichtigen wären. Es würde auf diese Weise mithin eine von der Klägerin tatsächlich nicht erwirtschaftete "Wertsteigerung" fingiert.

83 f) Auch die Auffassung des Berufungsgerichts, Abschreibungen seien bei der Ermittlung der Basisverzinsung zu berücksichtigen, die sowohl für den Grund (§ 3 Abs. 2 Buchst. a BMV) als auch für die Höhe (vgl. § 3 Abs. 2 Buchst. e BMV) der Erfolgsvergütung von maßgeblicher Bedeutung ist, hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

84 aa) Das Berufungsgericht hat bei der Annahme, für die Basisverzinsung sei der Buchwert der Beteiligungen maßgeblich (und seien daher Abschreibungen zu berücksichtigen), den für die Auslegung maßgeblichen Sachverhalt nicht vollständig in seine Würdigung miteinbezogen. Die Parteien haben in der Anlage 1 des Beteiligungsmanagementvertrages in den Fußnoten 2 und 3 zu der Beteiligungsübersicht festgehalten, dass sich zwar die Grundvergütung gemäß § 3 Abs. 1 BMV nach dem Buchwert, die Erfolgsvergütung gemäß § 3 Abs. 2 BMV aber nach dem Zeitwert richten solle. Damit wird zugleich der Argumentation des Berufungsgerichts der Boden entzogen, die Bemessungsgrundlage für den Anfall eines Erfolgshonorars im Sinne des § 3 Abs. 2 Buchst. a BMV werde unmittelbar durch § 3 Abs. 1 Satz 3 BMV (mit-)definiert, wonach Abschreibungen die Bemessungsgrundlage für die Ermittlung der Grundvergütung mindern.

- 85 Die vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Erwägungen des Landgerichts verstoßen darüber hinaus insoweit gegen Denkgesetze, als für die Berücksichtigung von Abschreibungen angeführt wird, die Basisverzinsung die- ne dazu, der Beklagten eine am Markt sonst alternativ erzielbare Rendite zu sichern, die aber nicht mit einer unbegrenzten Festverzinsung gleichzusetzen sei. Hierbei wird verkannt, dass die Erwirtschaftung eines Ertrags von 7 oder 14 % p.a. nicht sicher ist, sondern von der Entwicklung der Gesellschaften ab- hängt, an denen die Beklagte Anteile hält. Die Basisverzinsung stellt keine der Beklagten sicher zufließende (garantierte) Mindestrendite dar, sie beschreibt vielmehr eine Voraussetzung für die gegebenenfalls neben die Grundvergütung tretende besondere Erfolgsvergütung. Die Erfolgsvergütung soll der Klägerin, sozusagen als "Gratifikation", dann zukommen, wenn sie so erfolgreich gewirt- schaftet hat, dass die Erträge 7 beziehungsweise 14 % p.a. sowie die der Klä- gerin zustehende Grundvergütung ("Management-Fee", § 3 Abs. 2 Buchst. c BMV) übersteigen.
- 86 bb) Nachdem die Auslegung des Berufungsgerichts für den Senat somit nicht bindend ist, kann er sie selbst vornehmen, denn weitere diesbezügliche Feststellungen sind nicht zu erwarten.
- 87 (1) Hiernach ist der Vertrag dahin gehend auszulegen, dass für die Ba- sisverzinsung auf den Zeitwert zum 31. Dezember 1999 beziehungsweise - bei späterem Erwerb - zum Tag des Erwerbs der Beteiligungen abzustellen ist. Die Regelung in Fußnote 3 der Anlage 1 des BMV verlangt ausdrücklich ein Abstel- len auf den Zeit- und nicht den Buchwert. Dabei ist kein flexibler, tagesaktueller Zeitwert, sondern der Zeitwert zum 31. Dezember 1999 beziehungsweise zum jeweiligen (späteren) Anschaffungstag zu Grunde zu legen.

- 88 (2) Demzufolge sind bei der Ermittlung des Erfolgshonorars Abschreibungen (bis zum Zeitwert per 1. Januar 2000) nur insoweit von Bedeutung, als sie nach § 3 Abs. 2 Buchst. b BMV erfolgsmindernd von den in § 3 Abs. 2 Buchst. d BMV genannten laufenden Erträgen abzuziehen sind. In diesem Zusammenhang weist der Senat für das weitere Verfahren darauf hin, dass es sich bei den Abschreibungen, wie die Beklagte zu Recht rügt, nicht um Gegenforderungen handelt, sondern um Berechnungsparameter der Klageforderung, für die die Darlegungslast jedenfalls primär bei der Klägerin liegt.
- 89 g) Mit Recht wendet sich die Beklagte auch gegen die Auslegung des Begriffs "gesamthaft" in § 3 Abs. 2 Buchst. a BMV und die hierauf beruhende Auffassung des Berufungsgerichts, es komme für die Berechnung der Erfolgsvergütung der Klägerin lediglich auf die Basisverzinsung für die Direktbeteiligungen an.
- 90 aa) Unberechtigt ist freilich die Rüge der Beklagten, das Berufungsgericht habe mit seiner Annahme, die Beklagte habe vorgerichtlich und bei der im Laufe des Prozesses erfolgten Zahlung von 6.032.954 € nie auf die nunmehr von ihr vertretene Auslegung der Klausel hingewiesen, ihr Schreiben vom 15. Oktober 2008 übergangen. Dieses Schreiben ist erst nach der im Mai 2008 erfolgten Zahlung abgefasst worden und stellt die Deutung des vorherigen Verhaltens der Beklagten für sich genommen nicht in Frage.
- 91 bb) Als Verstoß gegen Denkgesetze stellt sich jedoch die weitere, die Auslegung vor allem tragende Erwägung des Berufungsgerichts dar, bei Einbeziehung der Partnership-Beteiligungen in eine "gesamthafte" Ermittlung der Basisverzinsung könne diese - und mit ihr auch das Erfolgshonorar - erst nach Veräußerung sämtlicher Beteiligungen bestimmt werden, obwohl das Erfolgs-

honorar jeweils nach Verkauf einer Beteiligung gezahlt werden solle. Die Basisverzinsung des § 3 Abs. 2 Buchst. a BMV knüpft nicht an einen tatsächlichen Verkaufserlös an. Sie versteht sich vielmehr als prozentuale jährliche (Mindest-) Rendite, die aufgrund des Werts der Beteiligungen (nämlich: ihres Zeitwerts zum 31. Dezember 1999 oder zum - späteren - Zeitpunkt ihrer Anschaffung; s.o. unter f) zu ermitteln ist. Es ist daher auch ohne Veräußerung jederzeit möglich, die Basisverzinsung zu bestimmen. Anhand dieser Bestimmung kann bei tatsächlichem Verkauf einer Beteiligung geprüft werden, ob die Basisverzinsung bereits erreicht ist und somit eine Erfolgsvergütung in Betracht kommt.

92 cc) Demnach ist die - rechtsfehlerhafte - Auslegung neu vorzunehmen. Hierbei wird das Berufungsgericht die nachstehenden Erwägungen zu berücksichtigen haben.

93 (1) Eine Auslegung in der Richtung, dass die Basisverzinsung nur für die jeweils einzelne veräußerte Beteiligung zu bestimmen wäre, dürfte - sofern sich kein übereinstimmender Parteiwille feststellen lässt - nicht in Betracht kommen, weil ansonsten die Verwendung des Begriffs "gesamthaft" keinen Sinn ergäbe.

94 (2) Für eine Auslegung dahin, dass die Basisverzinsung "insgesamt", das heißt für sämtliche Investments (Direktinvestments und Partnership-Investments) zu bestimmen und deren Erreichen Voraussetzung jeglicher Erfolgsvergütung (sowie Bestimmungsfaktor ihrer Höhe) ist, sprechen demgegenüber folgende Überlegungen:

95 Nach der ursprünglichen Fassung von § 3 Abs. 2 Buchstabe a BMV (vom 1./17. November 2000), die nicht zwischen verschiedenen Arten der Beteiligung unterschieden und einen einheitlichen Mindestzins von 7 % p.a. vorgesehen

hat, war die Basisverzinsung offenbar ("gesamthaft") als Summe für sämtliche Beteiligungen zu bestimmen. Dass sich durch die Erhöhung des Mindestzinses für Partnership-Beteiligungen mit der Vereinbarung vom 10./24. Januar 2002 hieran etwas ändern sollte, erscheint nicht naheliegend. Eine andere Auslegung würde es ermöglichen, dass die Erhöhung der der Beklagten zugestandenen Basisverzinsung für Partnership-Beteiligungen (von 7 % auf 14 % p.a.) zu einem - so kaum beabsichtigten - höheren Erfolgsvergütungsanspruch der Klägerin führen könnte. So könnte bei der Veräußerung von Direktbeteiligungen etwa auch dann eine Erfolgsvergütung zu zahlen sein, wenn die "Mindestrendite" für die Partnership-Beteiligungen nicht erreicht worden ist, wohingegen dies nach der ursprünglichen Fassung des BMV (wegen der Berücksichtigung auch der Partnership-Investments und dort gegebenenfalls zurückbleibender Renditen) wohl nicht möglich gewesen wäre. Für eine solche "Schlechterstellung" des Auftraggebers (hier: der Beklagten) findet sich indes bislang kein Anhalt.

96 Der Umstand, dass die Beklagte die Berücksichtigung der Partnership-Beteiligungen bei der Bestimmung der Basisverzinsung zunächst nicht geltend gemacht hat, könnte aus der Unklarheit der vertraglichen Vereinbarungen herühren, die sich zu dieser Frage nicht ausdrücklich verhalten.

97 h) Ohne Erfolg bleibt die Revision der Beklagten allerdings, soweit sie geltend macht, es müsse für die Ermittlung der Erfolgsvergütung auch die (tatsächlich erfolgte ebenso wie die fiktive) Ausgleichszahlung an die Familie F. (Mitgesellschafter der D.) berücksichtigt werden.

98 Wie das Berufungsgericht (für die im Zusammenhang mit dem konzerninternen Erwerb einer weiteren D. -Beteiligung durch die Beklagte tatsächlich erfolgte Ausgleichszahlung an die Familie F. in Höhe von 1.479.177 €)

rechtsfehlerfrei dargelegt hat, sehen die vertraglichen Abreden der Parteien eine solche Anrechnung nicht vor. Die Zusatzvereinbarung vom 25./28. Mai 2004 enthält keine Bestimmung über die Anrechnung fiktiver Veräußerungskosten auf den fiktiven Veräußerungserlös. Eine solche Regelung wäre aber bei einem entsprechenden Parteiwillen zu erwarten gewesen. Es hätte dann insbesondere nahegelegen, auch die hiermit verbundenen fiktiven Steuernachteile durch einen Schiedsgutachter bestimmen zu lassen. Die Schiedsgutachtenklausel bezieht sich aber nur auf den "Unternehmenswert (Verkehrswert) der Beteiligungen", der zugleich als der zum Stichtag erzielte Verkaufspreis fingiert werden soll.

C. Aufhebung und Zurückverweisung

99 Nach alledem ist das Berufungsurteil aufzuheben, soweit es über eine noch offene Vergütungsforderung der Klägerin in Höhe von 8.831.638,76 € (zugespochener Betrag von 8.254.372,76 € zuzüglich abgewiesener, von der Klägerin darüber hinaus verlangter weiterer Betrag von 577.266 €) befunden hat (§ 562 Abs. 1 ZPO). In diesem Umfang ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, weil sie nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 ZPO).

100 Das Berufungsgericht wird unter Beachtung der vorstehenden Ausführungen unter weiterer sachverständiger Beratung zu prüfen haben, ob und inwieweit der Klägerin ein noch offener Vergütungsanspruch gegen die Beklagte zusteht. Dabei wird es insbesondere darauf zu achten haben, dass es gemäß § 319 Abs. 1 Satz 2 BGB (analog) seine Aufgabe und nicht diejenige des gerichtlichen Sachverständigen ist, den der Erfolgsvergütung zugrunde zu legen-

den "Unternehmenswert (Verkehrswert) der Beteiligungen" festzulegen. Der Sachverständige hat lediglich die Grundlagen für die gerichtliche Entscheidung zu liefern, die der Tatrichter kritisch zu prüfen hat. Hierbei hat der Tatrichter nicht lediglich eine Plausibilitäts- oder Vertretbarkeitsprüfung vorzunehmen, sondern sich - in Auseinandersetzung mit dem Gutachten des Gerichtssachverständigen und etwa eingereichten Privatgutachten - eine eigene Überzeugung zu bilden und hierbei etwaige Ermessens- und Bewertungsspielräume selbst auszufüllen.

Schlick

Wöstmann

Seiters

Tombrink

Remmert

Vorinstanzen:

LG Berlin, Entscheidung vom 09.03.2010 - 98 O 133/07 -

KG Berlin, Entscheidung vom 26.01.2012 - 23 U 59/10 -