



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

II ZR 64/20

vom

27. April 2021

in dem Rechtsstreit

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 27. April 2021 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Drescher, den Richter Born, die Richterin B. Grüneberg, den Richter V. Sander und den Richter Dr. von Selle

beschlossen:

1. Die Parteien werden darauf hingewiesen, dass der Senat beabsichtigt, die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 26. Februar 2020 in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 9. April 2020 gemäß § 552a ZPO auf Kosten der Klägerin zurückzuweisen.
2. Der Streitwert des Revisionsverfahrens wird auf 6.013,80 € festgesetzt.

Gründe:

A.

- 1 Die Klägerin, ein Filmfonds in Form einer Publikums-KG, nimmt den Beklagten als ehemaligen Kommanditisten auf Zahlung eines Abfindungsfehlsbetrags in Anspruch.
- 2 Der Beklagte beteiligte sich im Dezember 2004 als Direktkommanditist mit einer Zeichnungssumme von 38.000 € zzgl. 3 % Agio an der Klägerin. Ge-

mäß § 4 Nr. 3 des Gesellschaftsvertrags in der im Beitrittszeitpunkt geltenden Fassung (im Folgenden: GV aF) leistete er zunächst nur 50 % der Zeichnungssumme zuzüglich Agio; die restlichen 50 % sollten in einem Betrag durch Verrechnung mit ausschüttungsfähigen Gewinnen erbracht werden. § 4 Nr. 3 GV aF lautete:

"3. Kommanditeinlagen der Treugeber und Direktkommanditisten:

Die Pflichteinlage eines Treugebers oder Direktkommanditisten beträgt mindestens EUR 20.000,00 zuzüglich eines Agio in Höhe von 3 % der Pflichteinlage und muss durch 1.000 teilbar sein. ...

Die Treugeber und Direktkommanditisten sind verpflichtet, 50 % der Pflichteinlage zuzüglich eines Agio in Höhe von 3 % nach Maßgabe der nachfolgenden Bestimmungen als Bareinlage zu leisten. 50 % 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 im Handelsregister eingetragen. ...

...

Eine Verpflichtung zur Leistung von Nachschüssen oder sonstiger die Pflichteinlage zuzüglich Agio übersteigender Zahlungen oder zur Teilnahme an Kapitalerhöhungen, die die übrigen Gesellschafter und Treugeber beschließen, besteht nicht. Dies gilt auch im Fall vorheriger vertragsgemäßer Entnahmen, die nicht durch Gewinne gedeckt sind, so dass in dieser Weise zurückbezahlte Kapitaleinlagen nicht als Pflichteinlagen wieder einzulegen sind."

3 Außerdem enthielt § 23 Nr. 6 GV folgende Schiedsgutachterklausel für die Ermittlung der Abfindung eines ausscheidenden Gesellschafters:

"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 Am 25. Juli 2012 beschloss die Gesellschafterversammlung § 4 Nr. 3 Abs. 2 Satz 2 wie folgt zu ersetzen:

"4,5 % 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 eingefordert werden, wenn ein entsprechender Gesellschafterbeschluss gefasst wird."

5 Mit Schreiben vom 27. Januar 2014 stellte die Klägerin 4,5 % der Pflichteinlage fällig und forderte den Beklagten zur Einzahlung von 1.710 € auf. Der Beklagte kam dieser Aufforderung nicht nach und schied nach ordentlicher Kündigung seiner Beteiligung zum 31. Dezember 2015 aus der Klägerin aus.

6 Die Klägerin hat den Beklagten mit der Behauptung, der auf den 31. Dezember 2015 ermittelte Abfindungsfehlbetrag betrage 6.013,80 €, auf Zahlung dieses Betrags nebst Zinsen in Anspruch genommen. Hilfsweise hat sie beantragt, entsprechend §§ 356, 419 ZPO eine Frist zur Einholung eines Schiedsgutachtens gemäß § 23 Nr. 6 GV zu setzen sowie weiter Hilfsweise festzustellen, dass die gegenüber dem Beklagten geltend gemachte Einlagefor-

derung in Höhe von 1.710 € im Rahmen der Berechnung des Abfindungsguthabens des Beklagten als unselbständiger Rechnungsposten zu ihren - der Klägerin - Gunsten zu berücksichtigen ist. Das Landgericht hat die Klage unter Zurückweisung des Antrags auf Fristsetzung mangels Schiedsgutachtens als derzeit unbegründet abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht dem Hilfsantrag auf Feststellung einer Einlageforderung in Höhe von 1.710 € als Rechnungsposten in die Berechnung des Auseinandersetzungsguthabens stattgegeben und die Berufung der Klägerin im Übrigen zurückgewiesen. Dagegen wendet sich die Klägerin mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, soweit zu ihrem Nachteil erkannt worden ist.

B.

7 Die Revision ist durch Beschluss zurückzuweisen (§ 552a ZPO). Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht mehr vor und die Revision hat keine Aussicht auf Erfolg.

8 I. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

9 Der Zahlungsantrag der Klägerin sei derzeit unbegründet, weil es entscheidungserheblich auf die Höhe des Abfindungsguthabens ankomme und die Klägerin deshalb dazu vor Klageerhebung nach § 23 Nr. 6 GV ein Schiedsgutachten habe einholen müssen.

10 Der Beklagte habe ein möglicherweise negatives Abfindungsguthaben nach der am 25. Juli 2012 beschlossenen Neufassung von § 4 Nr. 3 GV nur bis zu einem Betrag von 1.710 € auszugleichen, da nur noch in dieser Höhe eine

gemäß § 167 Abs. 3 HGB "rückständige Einlage" des Beklagten bestehe. Bei der Verrechnungsregel in § 4 Nr. 3 Abs. 2 GV aF habe es sich lediglich um eine Fälligkeitsregelung gehandelt, mit der 50 % der Pflichteinlage bis zur Erwirtschaftung ausschüttungsfähiger Gewinne in entsprechender Höhe gestundet worden seien. Nach der Zahlung dieser 50 % der Pflichteinlage habe daher eine noch offene Einlageforderung in Höhe von 50 %, d.h. 19.000 € gegen den Beklagten bestanden. Mit der am 25. Juli 2012 beschlossenen Neufassung von § 4 Nr. 3 GV seien weitere 4,5 % der Pflichteinlage, d.h. 1.710 € fällig gestellt worden, so dass es sich auch in dieser Höhe um eine "rückständige Einlage" im Sinne von § 167 Abs. 3 HGB handele. Anderes gelte jedoch hinsichtlich der restlichen 45,5% der Pflichteinlage. Mit der Neufassung von § 4 Nr. 3 Abs. 2 Satz 2 GV sei § 167 Abs. 3 HGB dahingehend abbedungen worden, dass Rückständigkeit im Sinne dieser Vorschrift nur insoweit gegeben sein solle, als die Zahlung des noch ausstehenden Teils der Pflichteinlage durch einen Gesellschafterbeschluss verlangt, d.h. fällig gestellt werde.

11 Über die demnach entscheidungserhebliche Höhe des Abfindungsguthabens habe nach § 23 Nr. 6 GV ein Schiedsgutachten eingeholt werden müssen. Dass der Beklagte die Schiedsgutachtereinrede erstmals im gerichtlichen Verfahren geltend gemacht habe, sei nicht treuwidrig. Auch eine gerichtliche Leistungsbestimmung analog § 319 Abs. 1 Satz 2 BGB oder eine Fristsetzung gemäß §§ 356, 431 ZPO zur Beibringung eines Schiedsgutachtens sei nicht geboten.

12 Der Hilfsfeststellungsantrag der Klägerin auf Berücksichtigung einer Einlageforderung in Höhe von 3.000 € in der Berechnung des Abfindungsguthabens des Beklagten sei nach den obigen Ausführungen zulässig und begründet.

13 Das Urteil des Landgerichts sei danach hinsichtlich des Hilfsantrags abzuändern. Im Übrigen sei die Berufung der Klägerin zurückzuweisen und bleibe die Klage insgesamt als derzeit unbegründet abgewiesen, da einer teilweisen Abweisung als endgültig unbegründet § 528 Satz 2 ZPO entgegenstehe.

14 Die Revision sei wegen grundsätzlicher Bedeutung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO) zuzulassen, weil die streitgegenständliche Beschlusslage gleichgelagert in einer Vielzahl von Beteiligungen an mehreren Fonds bestehe und deswegen bundesweit ungefähr 150 Klagen anhängig seien.

15 II. Ein Zulassungsgrund nach § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO besteht nicht. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung, noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts.

16 Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung, ob die Voraussetzungen des § 552a Satz 1 ZPO vorliegen, ist der Zeitpunkt der Entscheidung des Revisionsgerichts (BGH, Beschluss vom 20. Januar 2005 - I ZR 255/02, NJW-RR 2005, 650 Rn. 7 - SIM-Lok II; Beschluss vom 9. September 2014 - IV ZR 99/12, VersR 2015, 126; Beschluss vom 16. Oktober 2018 - I ZR 38/18, VersR 2019, 483 Rn. 6). Danach sind hier bei Erlass der angefochtenen Entscheidung möglicherweise bestehende Zulassungsgründe durch die nachfolgenden Urteile des Senats vom 23. Februar 2021 (II ZR 200/19, WM 2021, 633; II ZR 255/19, juris; II ZR 184/19, ZIP 2021, 688; II ZR 201/19, juris und II ZR 48/20, juris) entfallen.

17 1. Die vom Berufungsgericht als grundsätzlich klärungsbedürftig angesehene "Beschlusslage" der Klägerin ist durch die nach Erlass der Berufungsentcheidung ergangenen Urteile des Senats vom 23. Februar 2021 (II ZR 200/19,

WM 2021, 633; II ZR 255/19, juris; II ZR 184/19, ZIP 2021, 688; II ZR 201/19, juris und II ZR 48/20, juris) geklärt. Auch eine Zulassung zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung kommt insoweit nicht mehr in Betracht.

18 Wie der Senat mit Urteilen vom 23. Februar 2021 in Parallelverfahren zwischen der Klägerin und anderen Kommanditisten (II ZR 200/19, WM 2021, 633 Rn. 16 ff.; II ZR 255/19, juris Rn. 11 ff.) sowie in Parallelverfahren einer Schwestergesellschaft der Klägerin mit - abgesehen von den Prozentsätzen - identischen Vertragsregelungen (II ZR 184/19, ZIP 2021, 688 Rn. 20 ff.; II ZR 201/19, juris Rn. 16 ff. und II ZR 48/20, juris Rn. 11 ff.) entschieden hat, kann die Klägerin einen ausgeschiedenen Kommanditisten nach dem Gesellschaftsvertrag i.V.m. § 167 Abs. 3, § 161 Abs. 2, § 105 Abs. 3 HGB, §§ 735, 738, 739 BGB zwar nur bis zur Höhe seiner "rückständigen Einlage" auf Zahlung eines etwaigen Abfindungsfehlbetrages in Anspruch nehmen. Anders als vom Berufungsgericht angenommen handelt es sich aber auch nach der am 25. Juli 2012 beschlossenen Neufassung von § 4 Nr. 3 Abs. 2 Satz 2 GV bei der gesamten im Zeitpunkt des Ausscheidens des Kommanditisten noch offenen Einlageverpflichtung unabhängig von ihrer Fälligkeit um eine "rückständige Einlage" im Sinne von § 167 Abs. 3 HGB. Die Klägerin kann einen ausgeschiedenen Kommanditisten danach unabhängig davon, ob der noch ausstehende Teil der Pflichteinlage im Zeitpunkt des Ausscheidens des Kommanditisten bereits durch einen Gesellschafterbeschluss eingefordert, d.h. fällig gestellt wurde, bis zur Höhe des gesamten noch ausstehenden Betrages auf Ausgleich eines Abfindungsfehlbetrages in Anspruch nehmen.

19 2. Kein Zulassungsgrund ergibt sich auch aus der Rüge der Klägerin, die Entscheidung des Berufungsgerichts, ihr keine Frist gemäß §§ 356, 431 ZPO

zur Beibringung eines Schiedsgutachtens zu setzen, beruhe auf einem Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG.

20 a) Die Klägerin macht geltend, das Berufungsgericht habe bei seiner Ermessensentscheidung den Gesichtspunkt der Prozessökonomie verkannt und sei auf ihren Vortrag, dass sie in einem Parallelverfahren bereits im Oktober 2018 bei der Wirtschaftsprüferkammer die Benennung eines Schiedsgutachters beantragt habe und die Ergebnisse des Gutachtens mittels einer einfachen Dreisatzrechnung auf das vorliegende Verfahren übertragen werden könnten, nicht eingegangen.

21 b) Dieses Vorbringen genügt mangels Angabe der Fundstelle in den Schriftsätzen der Tatsacheninstanzen, an der sich der als übergangen gerügte Vortrag der Klägerin finden soll, bereits nicht den Anforderungen an eine Verfahrensrüge § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b ZPO genügt (vgl. BGH, Urteil vom 17. April 2012 - II ZR 198/10, juris Rn. 41; Urteil vom 9. Januar 2018 - XI ZR 17/15, BGHZ 217, 178 Rn. 40 mwN). Zudem greift die Rüge auch im Übrigen nicht durch.

22 Ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG setzt voraus, dass im Einzelfall besondere Umstände deutlich machen, dass tatsächliches Vorbringen der Parteien entweder überhaupt nicht zur Kenntnis genommen oder bei der Entscheidung nicht in Erwägung gezogen worden ist. Dabei ist grundsätzlich davon auszugehen, dass dies geschehen ist, ohne dass das Gericht verpflichtet wäre, sich in den Gründen seiner Entscheidung mit jedem Vorbringen ausdrücklich zu befassen. Erst wenn das Gericht auf den wesentlichen Kern des Tatsachenvortrags einer Partei zu einer Frage, die für das Verfahren von besonderer Bedeutung ist, nicht eingeht, lässt dies auf die Nichtberücksichtigung des Vortrags

schließen, sofern er nicht nach dem Rechtsstandpunkt des Gerichts unerheblich oder aber offensichtlich unsubstantiiert war (BGH, Beschluss vom 1. Juli 2014 - II ZB 29/12, ZIP 2014, 2074 Rn. 45; Beschluss vom 17. Oktober 2019 - I ZB 30/19, juris Rn. 11; BVerfGE 86, 133, 146).

23 Derartige besondere Umstände legt die Revision nicht dar. Das Berufungsgericht hat den Gesichtspunkt der Prozessökonomie ausweislich seiner Erwägungen zu einer möglichen Verfahrensbeschleunigung durch eine Fristsetzung nach §§ 356, 419 ZPO berücksichtigt und in seine Prüfung der für und gegen eine Fristsetzung sprechenden Umstände einbezogen. Dabei musste es auf den von der Klägerin behaupteten Vortrag nicht ausdrücklich eingehen, weil er für die zu treffende Ermessensentscheidung nicht erheblich war. Dem behaupteten Vorbringen war weder zu entnehmen, dass das in einem Parallelverfahren eingeholte Schiedsgutachten überhaupt den streitgegenständlichen Fonds betraf, noch ergab sich daraus schlüssig, dass die dortigen Ergebnisse auf das vorliegende Verfahren einfach übertragen werden und die - nach § 23 Nr. 6 GV gebotene - individuelle Ermittlung der Abfindung des Beklagten ersetzen könnten.

24 3. Weitere Zulassungsgründe werden von der Revision nicht aufgezeigt und liegen auch nicht vor.

25 III. Die Revision hat in der Sache keine Aussicht auf Erfolg.

26 Nach den Entscheidungen des Senats vom 23. Februar 2021 (II ZR 200/19, WM 2021, 633 Rn. 16 ff.; II ZR 255/19, juris Rn. 11 ff.; II ZR 184/19, ZIP 2021, 688 Rn. 20 ff.; II ZR 201/19, juris Rn. 16 ff. und II ZR 48/20, juris Rn. 11 ff.) kann die Klägerin den Beklagten zwar nicht nur bis zu einem Betrag von 1.710 €, sondern bis zur vollen Höhe seiner noch offenen

Einlageverpflichtung, d.h. bis zu einem Betrag von 19.000 €, auf Ausgleich eines etwaigen negativen Kapitalkontos in Anspruch nehmen. Das verhilft ihrer Revision aber nicht zum Erfolg, weil das Berufungsgericht ihren Zahlungsantrag, wenn auch mit fehlerhafter Begründung, im Ergebnis zutreffend in voller Höhe als derzeit unbegründet abgewiesen belassen hat.

27 Die Annahme des Berufungsgerichts, die Klägerin habe gemäß § 23 Nr. 6 GV vor Klageerhebung ein Schiedsgutachten über die Höhe des Abfindungsguthabens einholen müssen, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

28 1. Das Berufungsgericht hat die Schiedsgutachterklausel in § 23 Nr. 6 GV zu Recht für anwendbar erachtet. Danach hätte vor Klageerhebung grundsätzlich zunächst ein Schiedsgutachten über die streitige Höhe der Abfindung eingeholt werden müssen. Dies wird von der Klägerin mit der Revision auch nicht in Frage gestellt.

29 2. Dass das Berufungsgericht die Erhebung der Schiedsgutachterabrede durch den Beklagten nicht als treuwidrig (§ 242 BGB) angesehen hat, begegnet keinen revisionsrechtlichen Bedenken. Insbesondere ist das Berufungsgericht dabei im Ergebnis zutreffend davon ausgegangen, dass es der Klägerin oblag, vor ihrer Klageerhebung die Initiative zur Einholung eines Schiedsgutachtens zu ergreifen. Das folgt entgegen der Annahme des Berufungsgerichts zwar nicht bereits aus einer Verpflichtung der Klägerin zur Erstellung der Auseinandersetzungsbilanz, wohl aber - wie der Senat ebenfalls mit Urteil vom 23. Februar 2021 entschieden hat (II ZR 184/19, ZIP 2021, 688 Rn. 54) - aus einer ergänzenden Auslegung des Gesellschaftsvertrags. Danach hatte derjenige, der sich eines Anspruchs aus dem zu ermittelnden Abfindungsguthaben berühmte und diesen Anspruch geltend machen wollte, bei Streit über dessen Höhe die Initia-

tive zur gemeinsamen Einholung eines Schiedsgutachtens zu ergreifen. Dass die Klägerin den Beklagten vorgerichtlich vergeblich zur Mitwirkung an der Einholung eines Schiedsgutachtens aufgefordert oder der Beklagte durch sein vorgerichtetes Verhalten klar zum Ausdruck gebracht hätte, zu einer solchen Mitwirkung nicht bereit oder in der Lage zu sein (vgl. dazu BGH, Urteil vom 12. November 1987 - III ZR 29/87, BGHZ 102, 199, 202; Palandt/Grüneberg, BGB, 80. Aufl., § 242 Rn. 81 mwN), ist nicht festgestellt und wird auch von der Klägerin mit der Revision nicht dargetan.

30 3. Entgegen der Auffassung der Klägerin hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei von einer gerichtlichen Leistungsbestimmung analog § 319 Abs. 1 Satz 2 BGB abgesehen.

31 a) Nach § 319 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB ist die Leistungsbestimmung durch Urteil vorzunehmen, wenn der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann, will oder verzögert. Der Vorschrift liegt der Gedanke zugrunde, dass die Leistung durch das Gericht bestimmt werden soll, wenn sich die von den Vertragsparteien in erster Linie gewollte Bestimmung durch einen Dritten als nicht durchführbar erweist (vgl. BGH, Urteil vom 7. April 2000 - V ZR 36/99, NJW 2000, 2986, 2987 mwN). Undurchführbar ist eine Bestimmung schon dann, wenn die hierzu verpflichtete Partei den Schiedsgutachter nicht innerhalb angemessener Zeit benennt, ohne dass es dabei auf ihr Verschulden ankommt (vgl. BGH, Urteil vom 30. März 1979 - V ZR 150/77, BGHZ 74, 341, 344 f.; Urteil vom 26. Oktober 1989 - VII ZR 75/89, NJW 1990, 1231, 1232; Urteil vom 6. November 1997 - III ZR 177/96, NJW 1998, 1388, 1390; Urteil vom 7. April 2000 - V ZR 36/99, NJW 2000, 2986, 2987; Urteil vom 7. Juni 2011 - II ZR 186/08, ZIP 2011, 1358 Rn. 13 ff.; Urteil vom 4. Juli 2013 - III ZR 52/12, NJW-RR 2014, 492 Rn. 31). Entsprechendes gilt für den 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; Urteil vom 4. Juli 2013 - III ZR 52/12, NJW-RR 2014, 492 Rn. 31).

32 b) Ein vergleichbarer Fall liegt hier nicht vor. Die Einholung eines Gutachtens ist nicht daran gescheitert, dass die Parteien sich nicht auf die Person des Gutachters einigen konnten, sondern daran, dass keine Seite Schritte zur Einholung eines Gutachtens unternommen hat. Anders als in dem der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 7. April 2000 (V ZR 36/99, NJW 2000, 2986, 2987) zugrundeliegenden Sachverhalt ist die Einholung des Gutachtens auch noch durchführbar. In dieser Situation ist es weder angezeigt noch geboten, der Klägerin, der nach den obigen Ausführungen als Anspruchstellerin die Initiative für die gemeinsame Einholung eines Gutachtens oblag, allein aufgrund ihrer Untätigkeit über § 319 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB eine unmittelbare Klage auf Zahlung des von ihr errechneten Abfindungsfehlbetrags und damit eine Umgehung der vertraglichen Vereinbarung zu ermöglichen. Der Gedanke der Prozessökonomie gibt insoweit keinen Anlass zu einer anderen Beurteilung, zumal die Klägerin hier bereits in erster Instanz durch die Entscheidung des Landgerichts auf die Erforderlichkeit des Gutachtens hingewiesen wurde.

33 4. Ohne Erfolg wendet die Klägerin sich auch dagegen, dass das Berufungsgericht ihr keine Frist gemäß §§ 356, 431 ZPO zur Beibringung eines Schiedsgutachtens gesetzt hat.

34 a) Ob eine Klage als derzeit unbegründet abgewiesen oder der Klagepartei zunächst entsprechend §§ 356, 431 ZPO eine Frist zur Beibringung eines vertraglich vereinbarten Schiedsgutachtens gesetzt wird, steht grundsätzlich im

Ermessen des Tatrichters (vgl. BGH, Urteil vom 8. Juni 1988 - VIII ZR 105/87, NJW-RR 1988, 1405). Diese Ermessensentscheidung des Tatsachengerichts ist vom Revisionsgericht nur daraufhin überprüfbar, ob das Ermessen ausgeübt worden ist, dabei alle wesentlichen Umstände rechtsfehlerfrei ermittelt und berücksichtigt sowie die Grenzen des tatrichterlichen Ermessens richtig bestimmt und eingehalten worden sind (vgl. BGH, Urteil vom 24. Februar 2016 - XII ZR 5/15, BGHZ 209, 105 Rn. 22 mwN).

35 b) Dieser Nachprüfung hält die Entscheidung des Berufungsgerichts stand. Insbesondere hat das Berufungsgericht entgegen der Ansicht der Klägerin den Gesichtspunkt der Prozessökonomie nicht verkannt.

36 Die von der Klägerin in diesem Zusammenhang erhobene Verfahrensrüge greift - wie oben ausgeführt - nicht durch.

37 Auch im Übrigen sind die Erwägungen des Berufungsgerichts revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Der Beklagte weist zudem zutreffend darauf hin, dass es nicht Aufgabe des Gerichts ist, zugunsten einer Partei mit der Entscheidung zuzuwarten, bis diese die Voraussetzungen für die Geltendmachung ihres Anspruchs geschaffen hat. Soweit die Klägerin die Erwägungen des Berufungsgerichts für nicht überzeugend erachtet und als reine Vermutung bezeichnet, setzt sie lediglich ihr Ermessen an die Stelle des gerichtlichen Ermessens, ohne damit einen revisiblen Rechtsfehler aufzuzeigen.

38 5. Der Einwand der Klägerin, ein in einem Parallelverfahren eingeholtes gerichtliches Sachverständigengutachten habe die Rechenmethodik, die auch bei ihrer Ermittlung des Abfindungsguthabens zur Anwendung gekommen sei, bestätigt, gibt keinen Anlass zu einer anderen Beurteilung. Allein die pauschale Behauptung einer Bestätigung der von der Klägerin verwendeten Rechenme-

thode lässt nicht erkennen, inwiefern dieses Gutachten nicht nur sachlich richtig ist, sondern darüber hinaus auch auf den vorliegenden Fall übertragbar sein sollte und zu dem von der Klägerin behaupteten Ergebnis führen würde.

Drescher

Born

B. Grüneberg

V. Sander

von Selle

Hinweis: Das Revisionsverfahren ist durch Revisionsrücknahme erledigt worden.

Vorinstanzen:

LG München I, Entscheidung vom 18.01.2019 - 29 O 74/18 -

OLG München, Entscheidung vom 26.02.2020 - 7 U 929/19 -