



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

II ZR 339/18

vom

3. März 2020

in dem Rechtsstreit

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 3. März 2020 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Drescher und die Richter Wöstmann, Born, Dr. Bernau sowie V. Sander

beschlossen:

Die Parteien werden darauf hingewiesen, dass der Senat beabsichtigt, die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 18. September 2018 durch Beschluss gemäß § 552a ZPO auf Kosten der Klägerin zurückzuweisen.

Streitwert: 7.735 €

Gründe:

- 1 I. Der Beklagte zeichnete im November 1999 eine Beteiligung als atypisch stiller Gesellschafter mit Gewinn- und Verlustbeteiligung an der N. AG. Es handelte sich um die Vertragsart Classic mit nominal 30.000 DM und Classic plus ebenfalls mit nominal 30.000 DM. Der Gesellschaftsvertrag enthielt u.a. folgende Regelungen:

"§ 6 Beteiligung am Vermögen (stille Reserven und Geschäftswert)

1. Der atypisch stille Gesellschafter erhält im Falle seines Ausscheidens oder bei Liquidation des Unternehmens der N. AG entsprechend seiner erbrachten Kapitalbeteiligung einen Anteil an dem seit seinem Beitritt zu dem Unternehmen der N. AG gebildeten Vermögen ein-

schließlich der stillen Reserven der bilanzierten Wirtschaftsgüter. Die Einzelheiten ergeben sich aus den Regeln in § 13 des Vertrags.

2. Weisen die ... geführten Konten des atypisch stillen Gesellschafters bei Ausscheiden einen Negativsaldo auf, so ist der ausscheidende Gesellschafter verpflichtet, die gemäß § 8 erhaltenen Entnahmen (Ausschüttungen) an die Gesellschaft zurückzuzahlen. ...

#### § 8 Entnahmen (Ausschüttungen)

1. Der atypisch stille Gesellschafter, der seine Einlagen sofort erbringt, erhält jährlich gewinnunabhängige Entnahmen zu Lasten seines Privatkontos. ...
2. Die Entnahme (Ausschüttung) bei Einmalanlegern beträgt im ersten Jahr bis zum zehnten Beteiligungsjahr 10 % p.a. der eingezahlten Einlage. Auf Antrag kann der atypisch stille Gesellschafter unter Verzicht auf sein Entnahmerecht seine Ausschüttung als Rateneinlage gewinnberechtigt gutschreiben lassen. ...

#### § 9 Handels- und steuerrechtliche Jahresabschlüsse. Ergänzungsvereinbarung

1. Die N. AG hat innerhalb von acht Monaten nach Ablauf eines jeden Geschäftsjahres den Jahresabschluss mit Anhang und Lagebericht gemäß § 264 ff. HGB aufzustellen und durch einen Wirtschaftsprüfer prüfen und testieren zu lassen. ...

#### § 13 Auseinandersetzung bei vertragsgemäßer Beendigung der atypisch stillen Gesellschaft. Abfindungsguthaben. Auseinandersetzungswert

1. Bei Beendigung der atypisch stillen Gesellschaft steht dem atypisch stillen Gesellschafter ein Abfindungsguthaben zu. Dieses errechnet sich nach § 6 dieses Vertrags und den nachstehenden Bestimmungen a) bis g) wie folgt:

- a) Grundlage der Bestimmungen des Abfindungsguthabens ist der Auseinandersetzungswert für das gesamte Unternehmen der N. AG. Der Auseinandersetzungswert berücksichtigt die Beteiligung des atypisch stillen Gesellschafters an dem seit seinem Beitritt gebildeten Vermögen einschließlich der stillen Reserven in der N. AG sowie seinen Anteil am Ertrags- und Substanzwert (Geschäftswert) als Differenz zwischen den Anfangs- und Endwerten.
- ...
- c) Neben dem (anteiligen) Auseinandersetzungswert erhält der atypisch stille Gesellschafter als Teil seines Abfindungsguthabens den auf den Auseinandersetzungstichtag ermittelten Saldo aus dem Stand seines Einlage-, Gewinn- und Verlust- sowie Privatkontos. ...
- d) ... Sollte danach bei Einmalanlegern das Kapitalkonto weiterhin negativ sein, kann die Gesellschaft den ausstehenden Betrag bis zur Höhe der empfangenen bzw. wiederangelegten Ausschüttungen zurückfordern. ...
- g) Die Ermittlung des Abfindungsguthabens erfolgt durch einen seitens der N. AG zu bestellenden Wirtschaftsprüfer. ... Für den Fall des vertragsgemäßen Ausscheidens ... werden die Kosten der Ermittlung des Abfindungsguthabens von der N. AG getragen. Ist ein ausscheidender atypisch stiller Gesellschafter mit dem Ergebnis der Ermittlung ... nicht einverstanden, kann er dieses auf eigene Kosten überprüfen lassen. ..."

2

Der Beklagte kündigte seine Beteiligung fristgemäß zum 31. Dezember 2013. Die Klägerin ermittelte anhand der Kapitalkonten einen Gesamtsaldo von minus 9.835,20 €. Da für die Auseinandersetzung nach dem Gesellschaftsvertrag die Steuerbilanzkapitalkonten maßgeblich waren, leitete die Klägerin steuerlich abweichende Bilanzpositionen über. Es verblieb sodann ein negativer

Saldo der Konten in Höhe von 7.735,27 €, den die Klägerin mit der Klage von dem Beklagten einfordert. Die Klägerin ließ ihre Berechnungen von einer Wirtschaftsprüfergesellschaft prüfen.

3 Das Landgericht hat den Beklagten antragsgemäß zur Zahlung von 7.735,27 € nebst Zinsen verurteilt.

4 Hiergegen hat der Beklagte Berufung eingelegt, die erfolgreich gewesen ist. Das Berufungsgericht hat das landgerichtliche Urteil abgeändert und die Klage als derzeit unbegründet abgewiesen. Es hat die Revision zugelassen, weil sich die Frage, welche Anforderungen an das Ermitteln eines Abfindungsguthabens durch einen Wirtschaftsprüfer zu stellen sei, sich in einer Vielzahl von Fällen stelle und kontrovers beurteilt werde.

5 Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Antrag auf Zurückweisung der Berufung des Beklagten weiter.

6 II. Die Revision ist gemäß § 552a ZPO zurückzuweisen, weil sie keine Aussicht auf Erfolg hat und die Voraussetzungen für ihre Zulassung nicht vorliegen.

7 1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, dass die Abrechnung der Klägerin nicht den Anforderungen des Gesellschaftsvertrags entspreche und daher ein etwaiger Ausgleichsanspruch noch nicht fällig sei. Das von der Klägerin ermittelte Abfindungsguthaben bzw. der zu erstattende Saldo könne der Abrechnung nicht zugrunde gelegt werden, da er nicht nach den Vorgaben des Gesellschaftsvertrags ermittelt worden sei. Gemäß § 13 Nr. 1 Satz 2 g) des Gesellschaftsvertrags setze der von der Klägerin geltend gemachte Erstattungsanspruch voraus, dass das Abfindungsguthaben des ausscheidenden atypischen

stillen Gesellschafters durch einen seitens der Klägerin zu bestellenden Wirtschaftsprüfer zu ermitteln gewesen sei. Der Auseinandersetzungswert nach § 13 Nr. 1 Satz 2 a) des Gesellschaftsvertrags sei Grundlage des Abfindungsguthabens. Ein Ermitteln im Sinne des § 13 Nr. 1 Satz 2 g) des Gesellschaftsvertrags setze voraus, dass der Wirtschaftsprüfer eigene Ermittlungen zur Feststellung des Werts durchführe und seine Tätigkeit sich keineswegs in dem bloßen Nachvollzug seitens der Anlagegesellschaft angestellter Berechnungen und einer bloßen Plausibilitätsprüfung erschöpfen dürfe. Der Sinn und Zweck der gesellschaftsvertraglichen Vereinbarung stehe auch einer einschränkenden Auslegung entgegen, da mit der Ermittlung für einen Wirtschaftsprüfer ein denkbarer Streit zwischen der Geschäftsherrin und dem Anleger möglichst vermieden werden solle. Zwar treffe es zu, dass die erforderlichen Berechnungen notwendig an Daten anknüpfen, die seitens der Geschäftsherrin zur Verfügung gestellt wurden. Jedoch müsse der hinzugezogene Wirtschaftsprüfer unter Rückgriff auf die Buchhaltung der Geschäftsherrin selbst die notwendigen Feststellungen treffen und die erforderlichen Berechnungen anstellen. Für dieses Verständnis der maßgeblichen Vertragsbedingungen spreche auch, dass es sich bei den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags um für eine Vielzahl von Anlegern vorformulierte Klauseln handele, die in einer für allgemeinen Geschäftsbedingungen vergleichbaren Art und Weise kontrolliert werden müssten. Dementsprechend gingen auch Unklarheiten zu Lasten des Verwenders. Auch dies verbiete es, zu Lasten des Anlegers die gesellschaftsvertraglichen Bestimmungen einschränkend auszulegen. Der Gesellschaftsvertrag selbst unterscheide zwischen einem Prüf- und einem Ermittlungsauftrag.

- 8 Von einem Ermitteln durch den Wirtschaftsprüfer in diesem Sinne könne vorliegend nicht ausgegangen werden. Es sei nicht ersichtlich, dass die Wirtschaftsprüfergesellschaft eigene Feststellungen getroffen habe. Sie habe ihren

Bericht ausdrücklich als Prüfvermerk bezeichnet und verweise auf eine Plausibilitätsprüfung, d.h. eine allenfalls stichprobenartige Überprüfung der Angaben der Klägerin. Eigene Berechnungen zum Substanzwert habe die Wirtschaftsprüfergesellschaft nicht vorgenommen. Insoweit sei ausdrücklich auf die Berechnungen der Klägerin Bezug genommen worden. Gleiches gelte für die stillen Reserven. Ausführungen zum Ertragswert der Gesellschaft enthielten weder die Klage noch der Prüfbericht.

9 Auch der seitens der Klägerin auf den Hinweis des Berufungsgerichts vorgelegte Bericht der B. AG vom 15. November 2013 genüge nicht den Anforderungen des Gesellschaftsvertrags. Es handele sich dabei ebenfalls um einen Prüfbericht, der zudem den Jahresabschluss der K. GmbH

für ein Rumpfgeschäftsjahr vom 1. Januar bis 30. September 2013 betreffe. Vorliegend gehe es um die Ermittlung des Auseinandersetzungswerts zum Stichtag 31. Dezember 2013.

10 Die notwendige Ermittlung des Abfindungsguthabens sei auch nicht durch Einholung eines von der Klägerin beantragten gerichtlichen Sachverständigengutachtens im laufenden Prozess nachzuholen. Die Einholung eines Sachverständigengutachtens vor der Vorlage einer vertragsgemäßen Ermittlung des Abfindungsguthabens durch die Klägerin hätte zur Folge, dass der Anleger auch bei einem vertragsgemäßen Ausscheiden aus der Gesellschaft und im Falle eines Unterliegens entgegen § 13 Nr. 1 Satz 2 g) des Gesellschaftsvertrags das Kostenrisiko für die Ermittlungen tragen würde. Der Bundesgerichtshof habe in seiner Entscheidung vom 14. März 2017 (II ZR 42/16, juris Rn. 31) darauf hingewiesen, dass der Einwand der nicht ordnungsgemäßen Berechnung des Abfindungsguthabens zu berücksichtigen sei.

11                    2. Die Revision hat keine Aussicht auf Erfolg. Das Berufungsgericht hat  
ohne Rechtsfehler die Klage als derzeit unbegründet abgewiesen.

12                    a) Dass der Klägerin ein Anspruch dem Grunde nach zustehen kann,  
nimmt sie als Revisionsführerin als ihr günstig hin.

13                    b) Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler angenommen, dass die  
Fälligkeitsvoraussetzungen für einen Anspruch der Klägerin auf Ausgleich des  
negativen Saldos der Kapitalkonten des Beklagten nach dessen Kündigung  
derzeit nicht vorliegen.

14                    aa) Voraussetzung für die Fälligkeit ist nach § 13 Nr. 1 Satz 2 g) des Ge-  
sellschaftsvertrags, dass der seitens der Klägerin zu bestellende Wirtschafts-  
prüfer das Abfindungsguthaben ermittelt hat. Die Prüfung einer Berechnung des  
Abfindungsguthabens durch die Klägerin steht dem nicht gleich. Dies gilt insbe-  
sondere für den Fall, dass die Prüfung sich auf eine Plausibilität und die stich-  
probenartige Überprüfung einzelner Positionen aus der von der Klägerin erstell-  
ten Abrechnung beschränkt. Der Wirtschaftsprüfer übernimmt auch haftungs-  
rechtlich insoweit eine geringere Verantwortlichkeit, da er nur für den von ihm  
nach außen dokumentierten Umfang seiner Tätigkeit einzustehen hat.

15                    Der Gesellschaftsvertrag einer Publikumsgesellschaft ist objektiv auszu-  
legen. Diese Auslegung kann der Senat selbständig vornehmen (BGH, Urteil  
vom 11. September 2018 - II ZR 307/16, ZIP 2018, 2024 Rn. 17 mwN). Nach  
der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs unterliegen die Regelungen in  
Gesellschaftsverträgen von Publikumsgesellschaften unabhängig davon, ob die  
Bereichsaufnahme nach § 310 Abs. 4 BGB n.F. eingreift, einer ähnlichen Aus-

legung und Inhaltskontrolle wie Allgemeine Geschäftsbedingungen. Der Gesellschaftsvertrag selbst lässt erkennen, dass eine andere Tätigkeit des Wirtschaftsprüfers in § 13 Nr. 1 Satz 2 g) des Gesellschaftsvertrags gemeint ist als eine Überprüfung der Berechnung der Klägerin. In § 9 des Gesellschaftsvertrags wird dem Wirtschaftsprüfer nur ein Testat abverlangt und nicht der Begriff der Ermittlungen verwendet. Eine erweiternde Auslegung des § 13 Nr. 1 Satz 2 g) des Gesellschaftsvertrags zu Lasten der Anleger würde auch dem Grundsatz nicht entsprechen, dass in Anlehnung an § 305c Abs. 2 BGB Zweifel bei der Auslegung des Gesellschaftsvertrages einer Publikumsgesellschaft zu Lasten des Verwenders gehen (vgl. BGH, Urteil vom 12. März 2013 - II ZR 73/11, ZIP 2013, 1222 Rn. 14 mwN).

16           Rechtlich nicht zu beanstanden sind die Ausführungen des Berufungsgerichts, dass der Sinn und Zweck dieser Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag auch darin liegt, ein besonderes Vertrauen des Anlegers und atypisch stillen Gesellschafters hervorzurufen, dass er im Falle des Ausscheidens ein zutreffend ermitteltes Abfindungsguthaben erhält. Die Ermittlung ist deshalb auf eine neutrale dritte Stelle übertragen worden, die aufgrund ihrer beruflichen Stellung ein besonderes Vertrauen für sich in Anspruch nimmt.

17           Diese Auslegung steht in Übereinstimmung mit dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 14. März 2017 - II ZR 42/16, juris Rn. 31. In diesem Verfahren war ebenfalls die Rüge erhoben worden, dass keine ordnungsgemäße Berechnung des Abfindungsguthabens durch einen Wirtschaftsprüfer vorgelegt worden sei, was nach Aufhebung und Zurückverweisung vom dortigen Berufungsgericht bei der neuen Prüfung zu berücksichtigen war. Der Wirtschaftsprüfer hatte nur einzelne Bestandteile der Berechnung der Gesellschaft geprüft.

18           bb) Diesen Anforderungen nach § 13 Nr. 1 Satz 2 g) des Gesellschaftsvertrags genügt der Prüfvermerk der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft über die Ermittlung des Abfindungsguthabens der atypisch stillen Gesellschafter, die ihre Beteiligung zum 31. Dezember 2013 gekündigt haben, nicht.

19           Wie sich aus diesem Vermerk selbst ergibt, war die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft nur mit der Prüfung der Aufstellungen der als Anlage zum Bericht beigefügten "Abfindungsguthaben der atypisch stillen Gesellschafter, die ihre Beteiligung zum 31. Dezember 2013 gekündigt haben", einschließlich der dazugehörigen Angaben beauftragt. Diese Prüfung umfasste die Richtigkeit und Vollständigkeit der in diesem Bericht gemachten Angaben. Bei der Berechnung des Substanzwertes nimmt der Bericht der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft auf die Berechnung der Gesellschaft Bezug, nachdem nur noch die Anleger, welche die Beteiligungen im Jahre 1997 gezeichnet hatten, einen Anspruch auf einen anteiligen Substanzwert gehabt hätten. Bei den Kontenständen der einzelnen atypischen Gesellschafter hat sich die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft auf eine Prüfung der Plausibilität beschränkt und in Stichproben die erfassten Vertragsdaten auf Übereinstimmung mit den tatsächlichen Geschäftsvorfällen beschränkt.

20           Ebenso ist dem Bericht der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft nicht zu entnehmen, dass sie den Korrekturbetrag ermittelt hat, der sich daraus ergibt, dass für die Abrechnung mit dem Beklagten die Steuerbilanz und nicht die Handelsbilanz maßgeblich ist.

21           cc) Die den Anforderungen für die Fälligkeit des Anspruchs der Klägerin begründende Ermittlung des Abfindungssaldos ergibt sich nach den Feststel-

lungen des Berufungsgerichts nicht aus dem von der Klägerin mit Schriftsatz vom 27. Juli 2018 vorgelegten Bericht der B. AG vom 15. November 2013, bei dem es sich um einen Prüfbericht handelt, der den Jahresabschluss der K. GmbH für ein Rumpfgeschäftsjahr betrifft. Die Revision erhebt insoweit keine Rügen und nimmt dies hin.

22 dd) Ohne Erfolg macht die Revision geltend, die Klägerin habe unter das Zeugnis des Wirtschaftsprüfers gestellt, dass er den Abfindungssaldo "ermittelt" habe.

23 Der erstellte Prüfvermerk genügt den Anforderungen nach dem Gesellschaftsvertrag nicht. Ob die Wirtschaftsprüfergesellschaft darüber hinaus tatsächlich weitere Arbeiten ausgeführt hat, die sie nicht in den Prüfvermerk aufgenommen hat, ist ohne Belang. Entscheidend für die Frage, ob die Voraussetzungen des § 13 Nr. 1 Satz 2 g) des Gesellschaftsvertrags vorliegen, ist, dass dem atypisch stillen Gesellschafter eine den gesellschaftsvertraglichen Voraussetzungen genügende Ermittlung des Saldos der Gesellschafterkonten vorgelegt wird.

24 ee) Der weitere Einwand der Revision, die Unrichtigkeit des Prüfvermerks und damit des Abrechnungssaldos habe der Beklagte darzulegen und zu beweisen, greift nicht durch. Der ausscheidende Anleger und atypische Gesellschafter kann die mangelnde Fälligkeit des Anspruchs aus dem errechneten Abfindungssaldo geltend machen, weil die formalen Voraussetzungen für seine Ermittlung nicht vorliegen, ohne darauf beschränkt zu sein, gegen diese schon formal nicht genügende Abrechnung nur mit Angriffen gegen die Richtigkeit einzelner Positionen vorgehen zu können.

25 ff) Die Voraussetzungen für die Fälligkeit ihres geltend gemachten Anspruchs kann die Klägerin nicht durch die Einholung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens herbeiführen. Ohne Erfolg macht die Revision insoweit geltend, das Berufungsgericht hätte zur Richtigkeit des Prüfvermerks der Wirtschaftsprüfergesellschaft ein Sachverständigengutachten einholen müssen. Die Klägerin kann sich mit dem Antrag auf Einholung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens nicht ihrer vertraglichen Pflichten entledigen. Die Einholung des gerichtlichen Sachverständigengutachtens hat nicht den Zweck, die vertraglichen Fälligkeitsvoraussetzungen herbeizuführen. Die Beweiserhebungspflicht beginnt vielmehr erst, wenn die übrigen vertraglichen Voraussetzungen für die Fälligkeit eines Anspruchs aus dem Abrechnungssaldo vorliegen.

26 gg) Die Klägerin kann sich auch nicht darauf berufen, dass sie eine den Fälligkeitsanforderungen genügende Ermittlung des Abrechnungssaldos durch einen Wirtschaftsprüfer in Auftrag gegeben und erhalten habe, die sie mit der Revisionsbegründung vorlegt. Gemäß § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO ist dieser neue Sachvortrag nicht berücksichtigungsfähig.

27 Die Klägerin kann sich insoweit auch nicht darauf berufen, das Berufungsgericht habe nach § 139 ZPO einen Hinweis erteilen müssen.

28 Die Voraussetzungen für die Hinweispflicht nach § 139 Abs. 1 Satz 2 ZPO lagen nicht vor. Es ist anerkannt, dass das Gericht nach dieser Vorschrift gehalten sein kann, auf das Fehlen von Anlagen hinzuweisen, auf die eine Partei in ihrem Schriftsatz Bezug genommen hat, die aber fehlen (BGH, Beschluss vom 18. Dezember 1969 - III ZB 23/69, VersR 1970, 258; Urteil vom 24. April 1969 - VII ZB 8/69, VersR 1969, 715, 716; Stein/Jonas/Kern, ZPO, 23. Aufl.,

§ 139 Rn. 28). Voraussetzung ist jedoch insoweit, dass dem Gericht eindeutig erkennbar ist, dass die Anlagen versehentlich nicht beigefügt wurden (BGH, Urteil vom 24. April 1969 - VII ZB 8/69, VersR 1969, 715, 716).

29           Ob nach diesen Maßstäben eine Hinweispflicht für das Berufungsgericht bestanden hätte, kann hier dahinstehen. Es bedarf nämlich dann keines Hinweises durch das Gericht, wenn der Prozessgegner auf den fraglichen Gesichtspunkt bereits hingewiesen hat (BGH, Urteil vom 19. Dezember 2012 - VIII ZR 117/12, NJW 2013, 1733 Rn. 17; Beschluss vom 23. April 2009 - IX ZR 95/06, NJW-RR 2010, 70 Rn. 6 mwN). Der Beklagte hat mit Schriftsatz vom 22. August 2018 ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es sich bei der von der Klägerin überreichten Anlage nicht um eine Abrechnung des Abfindungsguthabens durch einen von der Fondsgesellschaft zu beauftragenden Wirtschaftsprüfer handelt. Danach hätte die Klägerin erkennen können, dass nicht die richtige Anlage beigefügt war, und hierauf reagieren können.

30           3. Revisionszulassungsgründe liegen nicht vor.

31           Die entscheidungserhebliche Rechtsfrage ist durch Entscheidungen des Bundesgerichtshofs bereits hinreichend geklärt (BGH, Urteil vom 8. Dezember 2015 - II ZR 333/14, ZIP 2016, 523 Rn. 16; Urteil vom 24. März 2017 - II ZR 42/16, juris Rn. 31). Insbesondere im zuletzt genannten Fall hat der Bundesgerichtshof den Einwand nicht ordnungsgemäß durchgeführter Berechnungen des Abfindungsguthabens durch einen Wirtschaftsprüfer als beachtlich bezeichnet. Im damaligen Verfahren war - erst in der Revisionsinstanz - gerügt

worden, dass keine Ermittlungen des Abfindungsguthabens durch einen Wirtschaftsprüfer vorgelegen hätten, sondern dieser nur Prüfungsleistungen erbracht habe.

Drescher

Wöstmann

Born

Bernau

V. Sander

**Hinweis: Das Revisionsverfahren ist durch Revisionsrücknahme erledigt worden.**

Vorinstanzen:

LG Nürnberg-Fürth, Entscheidung vom 12.12.2016 - 10 O 1164/16 -

OLG Nürnberg, Entscheidung vom 18.09.2018 - 6 U 38/17 -