

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 178/63

URTEIL

Verkündet am

28. März 1966

Heil,

Justizobersekretär:

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Witwe Pauline M [REDACTED], B [REDACTED]-Wi [REDACTED],
Bi [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

gegen

die offene Handelsgesellschaft in Firma Z [REDACTED]-O [REDACTED]-
[REDACTED] B [REDACTED] ZOB, S [REDACTED], Paul K [REDACTED], Omnibusverkehrs-
gesellschaft mit beschränkter Haftung, Ba [REDACTED]-E [REDACTED]
Gesellschaft mit beschränkter Haftung, D [REDACTED] Re [REDACTED]-
[REDACTED] Gesellschaft mit beschränkter Haftung, D [REDACTED]
Bu [REDACTED], Bundesbahndirektion H [REDACTED],

Beklagte, Widerklägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -.

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. März 1966 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Fischer und der Bundesrichter Dr. Kuhn, Liesecke, Dr. Schulze und Fleck

für Recht erkannt:

Revision und Anschlußrevision gegen das am 21. Juni 1963 verkündete Urteil des 5. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin werden zurückgewiesen.

Die Kosten der Revisionsinstanz werden der Klägerin zu $\frac{38}{39}$ und der Beklagten zu $\frac{1}{39}$ auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der am 26. Februar 1961 verstorbene Ehemann der Klägerin war mit acht anderen Reiseomnibusunternehmern Gesellschafter der im Jahre 1950 gegründeten "Bo■■■■, B■■■■ Omnibus-Reise-Dienst GmbH". Gegenstand des Unternehmens war die Unterhaltung eines gemeinsamen Büros am St■■■■ Platz in B■■■■ zur Förderung des von den Gesellschaftern betriebenen Omnibusverkehrs einschließlich Omnibusfahrkartenvertrieb, die Anmietung von Omnibussen für Gesellschaftsfahrten, die Veranstaltung von Gemeinschaftsfahrten und die Unterhaltung eines Bäderdienstes. Der Gesellschaftsvertrag war bis zum 31. Dezember 1955 unkündbar und verlängerte sich jeweils um zwei Jahre, falls er nicht mit einer Frist von 6 Monaten gekündigt wurde.

Vier der Gesellschafter pachteten das Mittelstück des St[REDACTED] Platzes und errichteten dort ein Gebäude für Büro und Wartehallen. Am 22. Mai 1951 schlossen sie sich zu einer offenen Handelsgesellschaft zusammen, deren Mitgliederbestand und Firma sich inzwischen geändert hat. Das ist die Beklagte. Der Gegenstand ihres Unternehmens ist die Errichtung und der Betrieb von Omnibusbahnhöfen, der Verkauf von Fahrkarten, die Unterhaltung eines Reisebüros, die Bewirtschaftung der Wartehallen und die Durchführung aller mit der Eröffnung des Omnibusreisedienstes zusammenhängenden Angelegenheiten.

Am 29. Mai 1951 kam es zu einer von allen an beiden Gesellschaften beteiligten Omnibusunternehmern unterschriebenen Vereinbarung. Danach stellte die GmbH ihren Fahrkartenverkauf ein und ihre Räume der OHG zur Verfügung. Zum Ausgleich hierfür übernahm die OHG die Unterhaltungskosten für diese Räume und die Vertretung der GmbH in allen repräsentativen und organisatorischen Angelegenheiten. Andererseits wurde den fünf nicht an der OHG beteiligten GmbH-Gesellschaftern, zu denen auch der Ehemann der Klägerin gehörte, eine Umsatzbeteiligung versprochen und zugesagt, daß sie der OHG für die ihnen von dieser Gesellschaft vermittelten Fahrgäste statt des üblichen Provisionssatzes von 15 % nur eine Provision von 12,5 % zu zahlen brauchten. Diese Vereinbarung enthält keine ausdrückliche Klausel über ihr Ende.

Über die Dauer der Vereinbarung vom 29. Mai 1951 haben die Beklagte und der Ehemann der Klägerin bereits in mehreren Prozessen gestritten. Hierum geht es auch im vorliegenden Rechtsstreit. In ihm verlangt die Klägerin, die Beklagte zu verurteilen,



1. für die Zeit vom 1. Januar 1959 bis zum 31. Oktober 1961 über ihren gesamten Reisebüroumsatz Rechnung zu legen,
2. an sie den sich danach ergebenden Betrag zu zahlen.

Die Beklagte hat um Klagabweisung gebeten und Widerklage mit dem Antrag erhoben,

festzustellen, daß der Klägerin aus der Vereinbarung vom 29. Mai 1951 über den 31. Oktober 1961 hinaus keine Ansprüche mehr zustehen.

Das Landgericht hat durch Teilurteil die Beklagte nach dem Klageantrag zu 1) verurteilt und die Widerklage abgewiesen.

Die Berufung der Beklagten hatte zur Widerklage vollen und zum Klageantrag zu 1) für die Zeit vom 1. März 1961 bis zum 31. Oktober 1961 Erfolg.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Antrag auf Abweisung der Widerklage im vollen Umfang und ihren Klageantrag zu 1) insoweit weiter, als er abgewiesen worden ist. Mit der Anschlußrevision strebt die Beklagte die gänzliche Abweisung der Klage an. Beide Parteien bitten um Zurückweisung der gegnerischen Revision.

Entscheidungsgründe:

A.

Die Revision hält die Berufung der Beklagten zur Widerklage für unzulässig.

Dem kann nicht gefolgt werden.

Die Berufungsschrift enthält allerdings nur den Antrag, die Klage abzuweisen, und die Beklagte hat auch innerhalb der Berufungsbegründungsfrist nicht förmlich beantragt, nach dem Widerklageantrag zu erkennen. Die Berufungsbegründungsschrift wendet sich aber gegen das Bestehen eines Anspruchs schlechthin und nicht bloß für den mit der Klage geltend gemachten Zeitabschnitt. Sie läßt keinen Zweifel daran, daß die Beklagte das landgerichtliche Urteil nicht bloß insoweit abgeändert wissen wollte, als sie zur Rechnungslegung für die Zeit vom 1. Januar 1959 bis zum 31. Oktober 1961 verurteilt worden war, sondern auch insoweit, als ihre Widerklage abgewiesen worden ist. Es liegt nicht wesentlich anders als in BGH LM § 546 ZPO Nr. 14. Dort hat es der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs für unschädlich erachtet, daß innerhalb der Rechtsmittelbegründungsfrist nur der Antrag auf Klagabweisung und in der Begründungsschrift nicht auch der Widerklageantrag förmlich gestellt ist, wenn nur durch den übrigen Inhalt der Begründungsschrift der Umfang des Rechtsmittelangriffs klargestellt ist. Der Senat tritt dieser dem Zweck der §§ 519 Abs. 3, 546 Abs. 3 ZPO genügenden Auffassung bei. Daß die Beklagte das landgerichtliche Urteil in vollem Umfang anfechten wollte, ergibt sich hier zudem nicht bloß aus ihrer Berufungsbegründung, sondern schon daraus, daß sie in der Berufungsschrift beantragt hat, der Klägerin die **g e s a m t e n** Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen, was ausgeschlossen gewesen wäre, hätte es bei der Abweisung der Widerklage bleiben sollen.

B.

In der Sache selbst geht das Berufungsgericht von der un-
streitigen Tatsache aus, daß sich die Vertragsparteien bei Ab-
schluß der Vereinbarung vom 29. Mai 1951 mit keinem Wort über
die Dauer der Verpflichtung geäußert haben, und meint, ihre
persönlichen, nicht verlaublichen Vorstellungen seien unerheb-
lich, daher sei "das eingegangene Dauerschuldverhältnis
auf seinen Vertragsinhalt auszulegen". Es nimmt an, die Dauer
des GmbH-Vertrages könne für die Dauer der Vereinbarung vom
29. Mai 1951 nicht maßgebend sein, weil die vier Gründer der
OHG die übrigen Gesellschafter der GmbH nicht bloß dafür hätten
entschädigen müssen, daß sie von den Bindungen des GmbH-Vertrages
befreit werden wollten, sondern auch dafür, daß die GmbH über
die Dauer ihres Bestehens hinaus ihr Unternehmen der OHG über-
ließ und diese Gesellschaft von ihrer Konkurrenz befreite. Da-
gegen setze die Beendigung der OHG der Entstehung von Rechten
aus der Vereinbarung vom 29. Mai 1951 ein Ende. Das sei aber
nicht der einzige Grund für das Erlöschen dieser Vereinbarung.
Die Umstände, die zum Vertragsschluß geführt hätten, berechti-
gen zu der Annahme, daß die fünf an der OHG nicht beteiligten
GmbH-Gesellschafter für die Dauer der Unkündbarkeit des GmbH-
Vertrages, also bis zum 31. Dezember 1955, einen vererblichen
und für die Zeit danach einen mit ihrem Tode erlöschenden Be-
teiligungsanspruch haben sollten. Die Parteien des Vertrages
vom 29. Mai 1951 seien nicht von der Äquivalenz von Leistung
und Gegenleistung ausgegangen. Ihnen habe nur als Anhaltspunkt
gedient, daß die Gründer der OHG für ihre Befreiung von den
Bindungen des GmbH-Vertrages eine Gegenleistung zu erbringen
und hierüber hinaus die übrigen GmbH-Gesellschafter dafür zu
entschädigen hätten, daß diese jede Tätigkeit im Rahmen der
GmbH aufgaben. Wegen des Verhaltens der vier Gründer der OHG
hätten die fünf anderen Gesellschafter der GmbH eine starke

Rechtsposition gehabt, die die ersteren zu Zugeständnissen veranlaßt hätten. Diese Zugeständnisse seien weder objektiv noch subjektiv in Geld meßbar gewesen. Darum sei anzunehmen, daß die am Verträge vom 29. Mai 1951 Beteiligten nicht gewünscht hätten, die vorgesehenen Leistungen unter den Äquivalenzgedanken zu stellen.

Die hiergegen gerichteten Angriffe von Revision und Anschlußrevision sind unbegründet.

I. Die Revision wirft dem Berufungsgericht Verletzung der für die ergänzende Vertragsauslegung maßgebenden Grundsätze vor.

Sie meint, das Berufungsgericht habe zutreffend eine Vertragslücke angenommen, den Vertrag jedoch nicht durch Auslegung ergänzt, sondern seinen Inhalt ausgelegt.

Es kann zweifelhaft sein, ob das Berufungsurteil so zu verstehen ist. Sowohl bei der Auslegung im technischen Sinn, also der Feststellung des Inhalts der Vertragserklärungen, wie bei der ergänzenden Vertragsauslegung kommt es auf den Willen der Parteien an (BGHZ 23, 285), nur daß im ersteren Fall der zum Ausdruck gebrachte Wille und im zweiten Fall der mutmaßliche Wille der Parteien maßgebend ist. Aber auch bei der ergänzenden Vertragsauslegung muß sich der Richter nach dem im Vertrag zum Ausdruck gebrachten Parteiwillen richten und darf den Parteien nicht einen Vertrag aufzwingen, den er unter Berücksichtigung rein objektiver Maßstäbe für sinnvoll und sachgerecht hält (BGHZ 23, 285; 9, 277/78; Fischer, LM § 140 BGB Nr. 1 Anm.). Für die Ermittlung dessen, was die Parteien bestimmt haben würden, wenn sie die Vertragslücke bedacht hätten, bieten der im übrigen Vertragsinhalt zum Ausdruck gekommene Parteiwille und die Umstände, die zum

Vortragsschluß geführt haben, wesentliche Anhaltspunkte (Coing in Staudinger § 133 Anm. 40).

Diese Grundsätze hat das Berufungsgericht beachtet.

II. Revision und Anschlußrevision beanstanden, daß das Berufungsgericht nicht den im Urteil des Senats vom 21. September 1961 - II ZR 22/60 - entwickelten Gedanken gefolgt ist. Dort hatte der Senat ausgeführt: Die Vereinbarung vom 29. Mai 1951 trage den mit der Gründung der OHG rechtswidrig geschaffenen Verhältnissen Rechnung. Der Umsatzbeteiligung und der Behandlung des Provisionssatzes könne entnommen werden, daß die den fünf an der OHG nicht beteiligten GmbH-Gesellschaftern gewährten Rechte das Entgelt dafür gewesen sei, daß die GmbH die Konkurrenz der OHG duldete und ihren Geschäftsbetrieb zu Gunsten der OHG aufgab. Der Entgeltscharakter der Zusage der OHG verbiete die Annahme, dem Ehemann der Klägerin könne eine lebenslängliche Umsatzbeteiligung eingeräumt worden sein, da die ungleiche Lebensdauer der mehreren Berechtigten zu einer ungleichen Beteiligung am Entgelt geführt haben würde. Es könne dahingestellt bleiben, wann die Dauer des Vertrages vom 29. Mai 1951 ende, insbesondere ob dies in dem - allerdings sehr schwierig zu bestimmenden - Zeitpunkt geschehe, in dem der gerechte Ausgleich von Leistung und Gegenleistung stattgefunden habe. Die Beklagte habe nichts dafür vorgetragen, was die Annahme rechtfertigen könnte, sie habe schon vor dem 31. Dezember 1958 diejenigen Leistungen ausgeglichen, die ihr die nicht an ihr beteiligten GmbH-Gesellschafter durch den Vertrag vom 29. Mai 1951 erbracht hätten.

1. Die Revision meint, die Vereinbarung vom 29. Mai 1951 sehe für die an der OHG nicht beteiligten GmbH-Gesellschafter gleiche Vergünstigungen vor; hinge die Berechtigung des einzelnen von seiner Lebensdauer ab, so führe die ungleiche Lebensdauer zu einer ungleichen, weil ungleich langen, Berechtigung.

Es ist aber gerade die Frage, ob der Vertrag vom 29. Mai 1951 dieselben Rechte gleich lange vorsieht. Das Berufungsgericht hat sich auf Grund der gegebenen tatsächlichen Verhältnisse außerstande gesehen, festzustellen, daß die Begünstigten gleich lang hätten berechtigt sein sollen. Es stellt darauf ab, daß jeder der fünf an der OHG nicht beteiligten GmbH-Gesellschafter, wenn er nicht bis zum 31. Dezember 1955 stürbe, solange eine Entschädigung für die Konkurrenz durch die OHG habe erhalten sollen, als er von dieser Konkurrenz betroffen würde; die getroffene Regelung habe den Berechtigten ein "gleichartiges" Risiko geboten, wie es derjenige eingehe, der für sein persönliches Tun oder Unterlassen eine monatliche Entlohnung erhält.

Die Revision macht demgegenüber geltend, daß die Gleichartigkeit des Risikos nur darin bestanden habe, daß jeder der Berechtigten einmal sterben werde, daß dagegen das Risiko, wann dies geschehen würde, ungleichartig sei. Etwas anderes hat aber auch das Berufungsgericht nicht gesagt und nicht gemeint.

Es vertritt auch nicht den Standpunkt, wenn einer der Berechtigten bis zum 31. Dezember 1955 stürbe, sei die Lebenszeit seines Erben oder gar die seines längstlebenden Erben maßgebend. Es übersieht auch nicht, daß die GmbH-Gesellschafter eine Kündigung des GmbH-Gesellschaftsvertrages nicht hindern konnten und der GmbH durch Kündigung die Auflösung drohte.

Wenn es gleichwohl annahm, die Vereinbarung vom 29. Mai 1951 gebe den fünf an der OHG nicht beteiligten GmbH-Gesellschaftern lebenslängliche Rechte und den Erben eines vor dem 31. Dezember 1955 verstorbenen Berechtigten bloß Rechte bis zu diesem Zeitpunkt, so geht es ersichtlich davon aus, daß die GmbH ohne die Gründung der OHG etwa dieselbe wirtschaftliche Bedeutung wie diese erlangt haben würde und daß die Vereinbarung vom 29. Mai 1951 nicht der GmbH als solcher, sondern den fünf an der OHG nicht beteiligten Gesellschaftern persönlich Rechte gab. Das Berufungsgericht war sich dessen bewußt, daß auch seine Auslegung nicht alle denkbaren Fälle sachgerecht löst und nicht alle Bedenken ausschließt. Das entspricht dem unterschiedlichen Interesse an der Regelung der von den Gründern der OHG rechtswidrig geschaffenen Sachlage und zwingt nicht zu einer anderen als der vom Berufungsgericht vorgenommenen Auslegung.

2. Die Anschlußrevision macht geltend, es sei rechtlich verfehlt, daß das Berufungsgericht den Äquivalenzgedanken nicht übernommen hat.

a) Sie geht selbst davon aus, daß die vom Senat im Urteil vom 21. September 1961 vertretene Auffassung nicht bindet. Das ist richtig.

§ 565 Abs. 2 ZPO greift nicht ein, da es sich nicht um eine zurückverwiesene, sondern um eine neue Sache handelt.

Die Rechtskraftwirkung des Urteils vom 21. September 1961 erstreckt sich nicht auf den vorliegenden Rechtsstreit, da es für einen anderen Zeitabschnitt als den hier im Streit stehenden ergangen ist und den Äquivalenzgedanken nur in den Entscheidungsgründen verwendet, die ihrerseits nicht in Rechtskraft erwachsen

b) Gleichwohl, so meint die Anschlußrevision, sei das Berufungsgericht gehalten gewesen, im Interesse der Einheitlichkeit der Rechtsprechung den Erwägungen zu folgen, die der Senat in seinem Urteil vom 21. September 1961 angestellt hatte.

Sie übersieht hierbei die Bedeutung des vom Senat verwendeten Äquivalenzgedankens. Das Berufungsurteil der Sache II ZR 22/60 enthielt einen Auslegungsfehler. Der Senat ist nach den revisionsrechtlichen Bestimmungen - von hier nicht gegebenen Ausnahmefällen abgesehen - nicht in der Lage, tatsächliche Feststellungen zu treffen. Er ist aber zur Vermeidung einer Zurückverweisung berechtigt, rechtliche Erwägungen anzustellen, die eine abschließende Beurteilung der einzelnen Sache ermöglichen. Um einen solchen Fall ging es bei dem Urteil vom 21. September 1961.

Das Berufungsgericht ist, was ihm als Tatsachengericht zukommt, dem Willen der Vertragsschließenden nachgegangen. Es hat dabei Feststellungen getroffen, die möglich und nur aus hier nicht gegebenen Gesichtspunkten angreifbar sind. Dafür trägt das Berufungsgericht auch die Verantwortung für seine Entscheidung.

An der Feststellung, daß die Vertragsschließenden das Äquivalenzverhältnis nicht bedacht und eine Regelung nach dem Wert von Leistung und Gegenleistung nicht gewünscht haben, scheitern der Äquivalenzgedanke und die damit im Zusammenhang stehende Erwägung, daß die ungleiche Lebensdauer der mehreren Berechtigten zu einer ungleichen Beteiligung am Entgelt führt.

Wenn, wie das Berufungsgericht angenommen hat, eine von der verschiedenen Lebensdauer der mehreren Berechtigten abhängige und damit ungleich lange Beteiligung vorgesehen und als Risiko allseits einkalkuliert war, kann das Ende der Vereinbarung vom 29. Mai 1951 mindestens zur Zeit auch nicht auf Grund des § 242 BGB gesucht werden. Denn die Beklagte hat nichts dafür vorgetragen, daß das Verlangen nach Einhaltung der Vereinbarung trotz des von ihr übernommenen Risikos gegen Treu und Glauben verstößt.

C.

Das Berufungsgericht meint, die Umsatzbeteiligung berechne sich nach den von der Beklagten vereinnahmten Fahrgeldern und nicht nach den ihr zustehenden Provisionen. Denn unter dem "Gesamtreisebüroumsatz" seien die gesamten Einnahmen zu verstehen. Es hat dabei berücksichtigt, daß als Umsatz eines Reisebüros nur die Provisionen und nicht die Fahrgelder in Betracht kommen, aber aus den im Urteil des Senats vom 16. Oktober 1958 - II ZR 29/57 - angestellten Zahlenüberlegungen die Überzeugung gewonnen, daß sich die an der OHG nicht beteiligten GmbH-Gesellschafter mit einer Quote von insgesamt 1,5 % lediglich von den Provisionen der Beklagten nach Lage der Dinge nicht zufrieden gegeben haben können. Das Berufungsgericht hat damit zur Umsatzbeteiligung bereits die Erwägungen angestellt, die die Revision insoweit vermißt.

Revision und Anschlußrevision waren daher zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92, 97 ZPO.

Dr. Fischer

Dr. Kuhn

Liesecke

Dr. Schulze

Fleck
