

6

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja

AGBG § 23 Abs. 1; HGB §§ 230 ff.

- a) Für die Abgrenzung der stillen Gesellschaft vom partiari-
schen Darlehen ist entscheidend, ob die Vertragspartner
einen gemeinsamen Zweck verfolgen oder ob ihre Beziehun-
gen ausschließlich durch die Verfolgung unterschiedlicher
eigener Interessen bestimmt werden. Sie ist durch Abwä-
gung aller nach dem Vertragsinhalt maßgebenden Umstände
vorzunehmen.
- b) Die Bereichsausnahmeregelung des § 23 Abs. 1 AGBG erfaßt
auch die stille Gesellschaft.

BGH, Urt. v. 10. Oktober 1994 - II ZR 32/94 - OLG Hamburg
LG Hamburg

BUNDESGERICHTSHOF
IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 32/94

Verkündet am:
10. Oktober 1994
Boppel
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

V [REDACTED] e.V., vertreten durch den Vorstand
Dr. Thea B [REDACTED], L [REDACTED]straße 33-36, H [REDACTED],

Kläger und Revisionskläger,

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

gegen

I [REDACTED] V [REDACTED] mbH & Co. Beteiligungs-Verwal-
tungs-KG, vertreten durch die persönlich haftende Gesellschaf-
terin, die I [REDACTED] Vertriebsgesellschaft mbH, diese vertreten
durch den Geschäftsführer Rolf H [REDACTED], K [REDACTED]-M [REDACTED]-Platz 9,
Hamburg,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Oktober 1994 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Boujong und die Richter Röhrich, Dr. Henze, Dr. Goette und Prof. Dr. Greger

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 22. Dezember 1993 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
([mobile App](#))



Tatbestand:

Die Beklagte, die Immobilien vermittelt und verwaltet sowie die Vermittlung des An- und Verkaufs von Anteilscheinen an Kapitalgesellschaften betreibt, hat mit einer Vielzahl von Personen unter jeweiliger Verwendung einer von ihr vorformulierten "Beitrittserklärung als stiller Gesellschafter" Verträge abgeschlossen, denen als "stiller Gesellschafts- und Gewinnbeteiligungsvertrag" bezeichnete Vertragsbedingungen zugrunde liegen. Der Kläger, ein Verband im Sinne des § 13 Abs. 2 Nr. 1 AGBG, hält bestimmte Klauseln der "Beitrittserklärung" nach dem AGB-Gesetz für unwirksam.

Die Parteien streiten darüber, ob die Vereinbarungen dem AGB-Gesetz unterliegen oder als Verträge über die Eingehung stiller Gesellschaften von der Ausnahmeregelung des § 23 Abs. 1 AGBG erfaßt werden.

Das Landgericht hat das AGB-Gesetz für anwendbar gehalten, der auf Unterlassung der Klauselverwendung gerichteten Klage jedoch nur im Hinblick auf eine Klausel stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Klage insgesamt abgewiesen, weil nach seiner Ansicht die Verträge der Bereichsausnahme des § 23 Abs. 1 AGBG unterliegen. Mit der - zugelassenen - Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision des Klägers ist nicht begründet.

Die von der Beklagten abgeschlossenen Verträge werden, wie das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat, als auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts getroffene Vereinbarungen von der Bereichsausnahmeregelung des § 23 Abs. 1 AGBG erfaßt.

1. Das Berufungsgericht ist im Wege der Auslegung rechtsfehlerfrei zu dem Ergebnis gelangt, daß die Verträge nicht als Vereinbarungen über partiarische Darlehen, sondern als stille Gesellschaftsverhältnisse anzusehen sind.

Die Geschäftspartner der Beklagten haben die Leistung einer Einlage in deren Vermögen gegen Gewinnbeteiligung erbracht (vgl. zu diesen Merkmalen für die stille Gesellschaft MÜKo/Ulmer, BGB, 2. Aufl., § 705 Rdn. 42). Da die Beklagte durch Vermittlung des An- und Verkaufs von Anteilscheinen an Kapitalgesellschaften ein Handelsgewerbe im Sinne der §§ 1 Abs. 2 Nr. 7 und 93 ff. HGB betreibt, liegen die Voraussetzungen einer stillen Gesellschaft im Sinne der §§ 230 ff. HGB vor, wenn ein gemeinsamer Zweck verfolgt wird. Eine derartige gemeinsame Zweckverfolgung hat das Berufungsgericht zu Recht bejaht.

Zutreffend geht es davon aus, daß für die Abgrenzung der stillen Gesellschaft vom partiarischen Darlehen entscheidend darauf abzustellen ist, ob die Vertragspartner einen gemeinsamen Zweck verfolgen oder ob sie lediglich ihre eigenen Interessen wahrnehmen und ihre Beziehungen zueinander ausschließlich durch die Verschiedenheit ihrer eigenen Interes-

sen bestimmt werden (vgl. u.a. BGH, Urt. v. 10. Juni 1965
- III ZR 239/63, WM 1965, 1052; Urt. v. 26. Juni 1989
- II ZR 128/88, WM 1989, 1850, 1851; Schlegelberger/
K. Schmidt, HGB, 5. Aufl., § 230 Rdn. 48 u. 53; Zutt in:
GroßKomm. z. HGB, 4. Aufl., § 230 Rdn. 21 - beide mit um-
fangr. w.N.). Anhaltspunkte für die Absicht einer gemeinsa-
men Zweckverfolgung sieht das Berufungsgericht in der Be-
zeichnung der Vereinbarung als stillen Gesellschaftsvertrag,
in der Einräumung der in § 233 HGB vorgesehenen Informa-
tions- und Kontrollrechte sowie - darüber hinausgehend - in
der Verpflichtung der Beklagten, dem Vertragspartner von
sich aus den Jahresabschluß binnen sechs Monaten nach Ablauf
eines jeden Geschäftsjahres schriftlich zu übermitteln (§§ 6
und 9). Zu Recht hält es auch das Fehlen jeder Kreditsiche-
rung, die lange Dauer einer festen vertraglichen Bindung von
sieben Jahren (§ 2), die Einschränkung der Kündigungsmög-
lichkeit bei Fortsetzung des Vertrages nach Ablauf der Bin-
dungsfrist (§ 12) und die Beschränkung der Beteiligungsüber-
tragung auf Ehegatten und Abkömmlinge (§ 10) für Umstände,
die mehr für eine stille Beteiligung und weniger für einen
partiarischen Darlehensvertrag sprechen (vgl. zu diesen in-
diziellen Abgrenzungskriterien Schlegelberger/K. Schmidt
aaO, § 230 Rdn. 57 ff.; auch Zutt in: GroßKomm. z. HGB aaO,
§ 230 Rdn. 23 f. - jew. m.w.N.).

Die Revision ist zwar der Ansicht, die Vereinbarung ei-
ner Abschluß- und Verwaltungsgebühr sowie die Tatsache, daß
der Vertragspartner keine Möglichkeit habe, bei einer Zu-
satzfinanzierung mit weiteren Vertragspartnern auf die Ver-
tragsgestaltung Einfluß zu nehmen, sprächen gegen eine ge-

sellshaftliche Beteiligung und für das Vorliegen eines partiarischen Darlehensverhältnisses. Das ist jedoch keineswegs zwingend.

Zwar berechnen gewerbsmäßige Kreditgeber bei der Gewährung von Darlehen üblicherweise Bearbeitungsgebühren für die mit dem Abschluß und der Betreuung des Kredites verbundenen Kosten (vgl. u.a. § 4 Abs. 1 Nr. 1 d, 2 b; § 5 Abs. 1 Satz 1 VerbrKrG). Eine derartige Praxis ist jedoch nicht auf Kreditgeschäfte beschränkt. Kosten dieser Art werden bei allen Geschäften erhoben, bei denen sie - bedingt durch die Geschäfts- und Vertriebsart - entstehen, wobei sie entweder offen ausgewiesen und dem Vertragspartner auferlegt werden oder, soweit möglich, in die Preiskalkulation einfließen und daher nicht offen in Erscheinung treten. Werden Publikumsgeellschaften in Form von stillen oder Kommanditbeteiligungen gegründet, verursachen Art und Umfang des Geschäftes, insbesondere des Akquisitionsgeschäftes und die Verwaltung der Anteile besondere Kosten. Diese werden, wie auch vorliegend geschehen, in der Regel offen ausgewiesen und nach dem Inhalt der abgeschlossenen Beteiligungsverträge den Vertragspartnern auferlegt. Ein solches Vorgehen ist demnach nicht typisch nur für den Darlehensvertrag. Es läßt daher auch keine Rückschlüsse auf die Art des abgeschlossenen Rechtsgeschäftes zu.

Die Tatsache, daß die Beklagte Einzelverträge abgeschlossen und keine Bündelung der Beteiligungen in Form einer - weiteren - Gesellschaft vorgenommen hat, zwingt ebenfalls nicht dazu, das Vorliegen stiller Beteiligungen zu verneinen. Die Begründung einer Mehrzahl stiller Gesell-

schaften, die unabhängig voneinander bestehen, ist rechtlich ebenso möglich wie die Begründung eines einheitlichen Gesellschaftsverhältnisses zwischen dem Geschäftsinhaber und mehreren stillen Gesellschaftern oder einer BGB-Gesellschaft als stiller Gesellschafterin, in der sich mehrere Personen zusammengeschlossen haben (vgl. dazu Zutt in: GroßKomm. z. HGB aaO, § 230 Rdn. 44-46).

Ausschlaggebend für den Ausdruck des Willens der Parteien, eine stille Beteiligung zu gründen, ist jedoch eine weitere Abmachung: Nach § 4 Nr. 2 der Vertragsbedingungen bedarf die Beklagte als Geschäftsinhaberin der Zustimmung des stillen Gesellschafters zu Änderungen des Unternehmensgegenstandes, der Veräußerung oder Verpachtung des Unternehmens oder eines Teiles davon und zur vollständigen oder teilweisen Einstellung ihres Gewerbebetriebes. Der Gegenstand des Unternehmens ist der Wirtschaftsbereich, in dem die Gesellschaft nach der bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages von den Gesellschaftern erzielten Übereinkunft ihre Tätigkeit entfalten soll (Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, 1980, § 6 III 1 b, S. 328; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., § 4 II 3 b, S. 58; Thomas Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, 2. Aufl., § 14 Rdn. 7). Seine im Rahmen des Verbandszweckes zulässige Änderung ist eine Grundlagenentscheidung, die nur nach den die Veränderungen des Gesellschaftsvertrages maßgebenden Regeln vorgenommen werden darf (Wiedemann aaO, § 6 III 2 b, S. 334; K. Schmidt aaO, § 4 II 3 b, S. 58; zur Änderung des Unternehmensgegenstandes bei Kapitalgesellschaften vgl. Thomas Raiser aaO, § 10 Rdn. 11, § 16 Rdn. 59 u. § 25 Rdn. 17 f.). Da § 4 Abs. 2 lit. a des Vertrages die Änderung des Unternehmensgegenstandes von der Zu-

stimmung des Vertragspartners abhängig macht, also ein dem stillen Gesellschafter ohnehin zustehendes Mitspracherecht ausdrücklich hervorhebt, ein solches Mitspracherecht für eine lediglich partiarische Beteiligung jedoch atypisch ist, gebietet insbesondere diese Regelung den Schluß auf eine - stille - gesellschaftliche Beteiligung. Dieselbe Wertung läßt die nach § 4 Abs. 2 lit. b und c vereinbarte Zustimmungspflicht für die Veräußerung oder Verpachtung des Unternehmens oder bestimmte Unternehmensteile (b) und die vollständige oder teilweise Einstellung des Gewerbebetriebes (c) zu. Denn auch diese Maßnahmen betreffen den Unternehmensgegenstand als sachliches Unternehmensziel bzw. - darüber hinausgehend bei c - den Unternehmenszweck als formales Unternehmensziel (zur Unterscheidung vgl. Wiedemann aaO, § 6 III 1 a, b, S. 326 ff.; Thomas Raiser aaO, § 7 Rdn. 11 f. u. § 14 Rdn. 11).

Der Unternehmensgegenstand beschränkt im Innenverhältnis zugleich die Geschäftsführungsbefugnis des Geschäftsführungsorgans (vgl. K. Schmidt aaO, § 4 III, S. 58 f.; Wiedemann aaO, § 6 III 1 b, S. 329; für die Kapitalgesellschaften: Thomas Raiser aaO, § 10 Rdn. 11, § 14 Rdn. 7 u. § 25 Rdn. 17). § 4 des Vertrages versteht demgemäß die Zustimmungspflicht zur Änderung des Unternehmensgegenstandes und zur Einstellung des Gewerbebetriebes auch als Einschränkung der Geschäftsführung, die nach Abs. 1 der Bestimmung grundsätzlich der Beklagten als Inhaberin allein zusteht. Die Möglichkeit der Einflußnahme auf die Geschäftsführung des Geschäftsinhabers deutet, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, ebenfalls auf das Vorliegen einer

stillen Beteiligung hin (vgl. Schlegelberger/K. Schmidt aaO, § 230 Rdn. 57; Böttcher/Zartmann/Faut, Stille Gesellschaft und Unterbeteiligung, 1978, S. 54).

Entgegen der Ansicht der Revision spricht die in § 7 Abs. 4 des Vertrages getroffene Regelung über den Gewinn nicht entscheidend gegen ein stilles Gesellschaftsverhältnis. Zwar wird dem jeweiligen Vertragspartner eine nach Beteiligungsjahren gestaffelte Mindestverzinsung zuzüglich eines zehnprozentigen Bonus garantiert. Würde es bei einer solchen Festvergütung verbleiben, läge ein festverzinsliches Darlehen und keine stille Gesellschaft vor, weil nach § 7 Abs. 3 eine Beteiligung am Verlust ausgeschlossen ist (Schlegelberger/K. Schmidt aaO, § 230 Rdn. 56). Das ist aber nicht der Fall. Vielmehr ist der Vertragspartner auch an dem verbleibenden Gewinn der Inhaberin - nach Vornahme eines Vorwegabzuges zugunsten der Komplementärin und der Kommandistin - entsprechend seinem Geschäftsanteil beteiligt. Eine derartige Regelung spricht nicht zwingend gegen das Vorliegen einer stillen Beteiligung (Schlegelberger/K. Schmidt aaO, § 230 Rdn. 56; Zutt in: GroßKomm. z. HGB aaO, § 230 Rdn. 23).

Nach § 13 Abs. 1 des Vertrages steht dem Vertragspartner bei Beendigung des Rechtsverhältnisses ein aus den Salden des Einlage- und Gewinnkontos (§ 5) bestehender Abfindungsanspruch zu. Stille Reserven werden nicht aufgelöst; ein Geschäftswert und das Ergebnis aus schwebenden Geschäften werden nicht berücksichtigt. Die Revision meint, diese Regelung sei typisch für ein partiarisches Darlehen. Auch das trifft nicht zu.

Die nach Auflösung einer typischen stillen Gesellschaft vorzunehmende Auseinandersetzung (§ 235 Abs. 1 HGB) umfaßt nicht den Geschäftswert des Handelsgeschäftes einschließlich des Firmenwertes. Der stille Gesellschafter hat auch keinen Anspruch auf Beteiligung an den in rechtlich zulässiger Weise gebildeten stillen Reserven (Zutt in: GroßKomm. z. HGB aaO, § 235 Rdn. 8 u. 12; Schlegelberger/K. Schmidt aaO, § 235 Rdn. 20-22).

Die in § 235 Abs. 2 HGB geregelte Beteiligung an dem Ergebnis der zur Zeit der Auflösung schwebenden Geschäfte kann abbedungen werden. Insbesondere ist auch die Vereinbarung über den Ausschluß einer Teilnahme am Gewinn oder Verlust schwebender Geschäfte möglich, ohne daß der Charakter der Beteiligung als stilles Gesellschaftsverhältnis beeinträchtigt wird (vgl. Zutt in: GroßKomm. z. HGB aaO, § 235 Rdn. 33; Schlegelberger/K. Schmidt aaO, § 235 Rdn. 48).

2. In der Rechtsprechung (OLG Köln, ZIP 1982, 1424; LG Koblenz, ZIP 1982, 165; OLG Celle, Urt. v. 16. Juni 1993 - 9 U 115/91, nicht veröffentlicht; LG Mannheim, ZIP 1982, 558) und nach überwiegender Ansicht des Schrifttums (Palandt/Heinrichs, BGB, 53. Aufl., §§ 23/24 AGBG, Rdn. 4; Soergel/Stein, BGB, 12. Aufl., § 23 AGBG Rdn. 9; Staudinger/Schlosser, BGB, 12. Aufl., § 23 AGBG Rdn. 6; Schlegelberger/K. Schmidt aaO, § 230 Rdn. 81; Erman/Werner, BGB, 9. Aufl., § 23 AGBG Rdn. 7; Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner, AGBG, 2. Aufl., § 23 Rdn. 12; Schlosser/Coester-Waltjen/Graba, AGBG, 1977, § 23 Rdn. 5; Schlünder, AGB-Gesetz in Leitsätzen, 2. Aufl., § 23 Rdn. 9; Grunewald, FS Semler, 1993, S. 179, 187; Fastrich, Richterliche Inhaltskontrolle im Pri-

vatrecht, 1992, S. 231 f.; vgl. ferner MüKo/Basedow, BGB, 3. Aufl., § 23 AGBG Rdn. 9, der das Erfordernis einer Inhaltskontrolle nach § 242 BGB für Verträge von Gesellschaften bejahen will, die nach ihrer Gründung einem breiten Publikum zum Beitritt offenstehen und deren Binnenstruktur nur in geringem Umfang durch zwingendes Recht festgelegt ist) wird generell auch die stille Gesellschaft unter die Bereichsausnahmeregelung nach § 23 Abs. 1 AGBG gestellt.

Nach anderer Ansicht wird die typische stille Gesellschaft, in der kein Gesamthandsvermögen gebildet (zur Frage, ob in der stillen Gesellschaft die Bildung von Gesamthandsvermögen möglich ist, vgl. MüKo/Ulmer, BGB, 2. Aufl., § 705 Rdn. 229 u. 234 m.w.N. in Fn. 552 u. 565/559; Soergel/Hadding, BGB, 12. Aufl., Vor § 705 Rdn. 28 m.w.N.) und die mit nur rudimentären Kontrollrechten des "Stillen" ausgestaltet ist, davon nicht erfaßt. Die Ausnahmeregelung für das Gesellschaftsrecht beruhe darauf, daß sich die Angemessenheitskontrolle der §§ 9 bis 11 AGBG an den Austauschverträgen ausrichte. Sie könne daher auf Gesellschaftsverträge mit einer organisationsrechtlichen Struktur nicht angewandt werden. Die typische stille Gesellschaft ohne Gesamthandsvermögen, bei der dem "Stillen" nur rudimentäre Kontrollrechte verblieben seien, weise derartige Strukturen kaum auf. Die rein schuldrechtlichen Beziehungen zwischen den Beteiligten seien derart dominierend, daß die für die Bereichsausnahme sprechenden Gründe demgegenüber in den Hintergrund träten. Daher sei die typische stille Gesellschaft, bei der sich der gemeinsame Zweck auf die Gewinnerzielung beschränke, abweichend von § 23 Abs. 1 AGBG dem AGB-Gesetz zu unterstellen (Ulmer in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG,

7. Aufl., § 23 Rdn. 19, 20, 24; für den Fall einer starken Annäherung an das partiarische Rechtsverhältnis vgl. auch Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, 2. Aufl., § 23 Rdn. 73/75). Der Senat vermag sich dieser Ansicht nicht anzuschließen (vgl. auch schon Sen.Urt. v. 11. November 1991 - II ZR 44/91 - unter Nr. 1, 2 und 3 der Gründe in NJW-RR 1992, 379 = ZIP 1992, 326 f.).

Nach dem Inhalt des in § 23 Abs. 1 AGBG verwendeten Begriffs "Gesellschaftsrecht" fällt auch die stille Gesellschaft im Sinne der §§ 230 ff. HGB unter diese Vorschrift, da sie Gesellschaft im Sinne des § 705 BGB ist (vgl. u.a. Baumbach/Duden/Hopt, HGB, 28. Aufl., § 230 Anm. 1 B; Zutt in: GroßKomm z. HGB aaO § 230 Rdn. 21). Der historische Gesetzgeber, der bewußt auf eine Begriffsdefinition verzichtet hat, hat ihn in einem umfassenden Sinne verstanden (Sen.Urt. BGHZ 103, 219, 224). Soweit er "das Recht aller Handelsgesellschaften einschließlich des Genossenschaftsrechts sowie des Vereinsrechts" umfaßt sieht, handelt es sich ersichtlich nur um die erläuternde Aufzählung von Beispielen ohne Ausschließlichkeitscharakter (vgl. Begründung zu § 11 des Entwurfes eines Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz) vom 6. August 1975 - BT-Drucks. 7/3919, S. 41), so daß aufgrund dessen die stille Gesellschaft im Sinne der §§ 230 ff. HGB, die nach der gesetzlichen Fassung nicht zu den Handelsgesellschaften gehört, aus dem Regelungsbereich der Vorschrift ebensowenig ausgeschlossen ist wie alle sonstigen Erscheinungsformen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§§ 705 ff. BGB).

Ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die stille Gesellschaft der Bereichsausnahme des § 23 Abs. 1 AGBG entzogen und - im Wege der teleologischen Reduktion - den Vorschriften des AGB zu unterstellen ist, kann daher nur danach beantwortet werden, ob die Strukturen der stillen Gesellschaft eine Anwendung der Vorschriften des AGB-Gesetzes, insbesondere seiner §§ 9 bis 11, zulassen bzw. - wie das Problem häufig umschrieben wird - ob die Klauselverbote dieses Gesetzes auf den Vertrag über die stille Gesellschaft "passen" (vgl. u.a. MüKo/Basedow aaO, § 23 Rdn. 11). Da die Vorschriften des AGB-Gesetzes auf die Austauschverträge zugeschnitten sind, kommt ihre Anwendung auf die stille Gesellschaft nur dann in Betracht, wenn die Struktur dieser Gesellschaft schuldrechtlichen Charakter hat.

Im Mittelpunkt der gesetzlichen Regelung steht die Einlage des stillen Gesellschafters, die als Fremdkapital behandelt wird: Sie ist so zu leisten, daß sie in das Vermögen des Inhabers des Handelsgeschäftes übergeht (§ 230 Abs. 1 HGB). Nach Auflösung der Gesellschaft ist das Guthaben in Geld zu berichtigen (§ 235 Abs. 1 HGB), im Falle des Konkurses des Inhabers kann der stille Gesellschafter seine Forderung als Konkursgläubiger geltend machen (§ 236 Abs. 1 HGB). Im Schrifttum wird aufgrund dessen die Ansicht vertreten, die stille Gesellschaft im Sinne der §§ 230 ff. HGB sei in erster Linie als Schuldverhältnis ausgestaltet (vgl. Baumbach/Duden/Hopt aaO, § 230 Anm. 1 B; Schlegelberger/K. Schmidt aaO, § 230 Rdn. 12; Ulmer in: Ulmer/Brandner/Hensen aaO, § 23 Rdn. 24), u.z. in der Form eines Kreditverhältnisses (K. Schmidt, ZHR 146 [1976], 475, 476 ff.).

Soweit der stille Gesellschafter nach der gesetzlichen Regelung am Verlust beteiligt ist, wird seine Leistung nicht wie Fremdkapital behandelt, sondern es kommt ihr Einlagecharakter zu. Das dem stillen Gesellschafter nach § 233 Abs. 1 und 3 HGB zustehende Informations- und Kontrollrecht beruht auf dem Mitgliedschaftsverhältnis, die in § 230 Abs. 2 HGB enthaltene Klarstellung, daß aus den im Betrieb geschlossenen Geschäften der Inhaber berechtigt und verpflichtet wird, ist organisationsrechtlicher Natur. Ob aufgrund dieser Einzelheiten die wertende Schlußfolgerung gerechtfertigt ist, bei der typischen stillen Gesellschaft überwiegen die rein schuldrechtlichen Beziehungen zwischen den Beteiligten so deutlich, daß die für die Bereichsausnahme sprechenden Gründe demgegenüber in den Hintergrund treten müßten und ein derartiges Vertragsverhältnis dem AGB-Gesetz zu unterstellen sei, erscheint schon nicht zweifelsfrei. Entscheidend ist jedoch, daß dies nicht die einzigen Umstände sind, die in die Betrachtung einbezogen werden müssen. Es ist auch zu berücksichtigen, daß der Geschäftsinhaber ohne Zustimmung des stillen Gesellschafters keine strukturändernden Maßnahmen durchführen darf, mit denen die wesentlichen Grundlagen des von ihm betriebenen Handelsgeschäftes geändert werden (Zutt in: GroßKomm. z. HGB aaO, § 230 Rdn. 86, 89; Schlegelberger/K. Schmidt aaO, § 230 Rdn. 125 f. - jew. m.w.N. aus Rspr. u. Schrifttum). Diese das Mitgliedschafts- und Vertragsverhältnis berührenden Umstände sind ausdrücklich in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen worden: Nach § 4 bedarf der Inhaber der Zustimmung des stillen Gesellschafters zur Änderung des Unternehmensgegenstandes, zur Veräußerung oder Verpachtung des Unternehmens oder eines Teiles davon und zur teilweisen oder vollständigen Einstellung des Gewerbebetriebes.

Darüber hinaus enthält der Vertrag noch eine weitere dem Mitgliedschaftsbereich zuzuordnende Regelung: In Abweichung von dem gesetzlichen Leitbild (vgl. §§ 717, 719 BGB) erlaubt § 10 des Vertrages dem stillen Gesellschafter, seine Beteiligung ganz oder teilweise auf seinen Ehegatten oder auf Abkömmlinge zu übertragen, wobei die Übertragung für das Einlagen- und Privat-(Gewinn-)Konto nur einheitlich erfolgen kann.

Auch insoweit wird der den Vorschriften des AGB-Gesetzes zugrundeliegende Austauschcharakter dem Gesellschaftsvertrag nicht gerecht.

Wägt man diese Einzelheiten gegeneinander ab, kann nach Ansicht des Senats nicht davon ausgegangen werden, daß die rein schuldrechtlichen Beziehungen der am stillen Gesellschaftsverhältnis Beteiligten derart überwiegen, daß die typisch gesellschaftsrechtlichen Elemente dahinter zurücktreten.

3. Die Revision führt weiter aus, es dürfe nicht außer Betracht gelassen werden, daß die beanstandeten Klauseln nicht Bestandteil des geschlossenen Vertrages seien, sondern nur die Anbahnung des Vertragsverhältnisses betreffen. Auf diese sei das AGB-Gesetz auf jeden Fall anzuwenden. Dem kann nicht gefolgt werden.

Nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 23 Abs. 1 AGBG findet das Gesetz keine Anwendung bei Verträgen auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts. Bereits aus dieser Formulierung ergibt sich, daß davon nicht nur der Gesellschaftsver-

trag erfaßt wird, sondern auch alle rechtlich erheblichen Handlungen und Erklärungen, die zu dem Abschluß dieses Vertrages geführt haben. Etwas anderes kommt auch schon deswegen nicht in Betracht, weil sich die das Vertragsverhältnis anbahnenden Erklärungen auf den Inhalt des Vertrages beziehen und mit diesem unlösbar verbunden sind. Würde man diese Erklärungen getrennt von dem Gesellschaftsvertrag dem AGB-Gesetz unterstellen, würde entgegen dem Sinn der in § 23 Abs. 1 AGBG getroffenen Regelung über den Bestand des Gesellschaftsvertrages nach den Bestimmungen des AGB-Gesetzes entschieden.

4. Im vorliegenden Verfahren geht es allein darum, ob das vom Kläger nach § 13 Abs. 2 Satz 1 AGBG angestrebte Kontrollverfahren durchgeführt werden kann. Das hängt nur davon ab, ob das AGB-Gesetz auf den von der Beklagten abgeschlossenen Vertrag anwendbar ist. Da das zu verneinen war, mußte die Klage abgewiesen werden. Die Überprüfung des Vertragsinhaltes entsprechend § 242 BGB ist nicht Gegenstand dieses Verfahrens.

Boujong

Röhricht

Dr. Henze

Dr. Goette

Dr. Greger