

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 54/81

URTEIL

Verkündet am
23. November 1981
Kaufmann,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Apotheker Otto W [REDACTED], H [REDACTED]straße 13, B [REDACTED],

Kläger und Revisionskläger,

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

gegen

Rechtsanwalt und Notar Horst S [REDACTED], P [REDACTED] Straße 74,
B [REDACTED],

Beklagter und Revisionsbeklagter,

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

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. November 1981 durch den Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofes Stempel und die Richter Dr. Schulze, Fleck, Bundschuh und Brandes

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 23. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 21. Januar 1981 aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte war im Jahre 1973 zusammen mit Frau Lawaczek sowie den Herren Rausch und Rosenthal Gesellschafter der "rouge et noir" GmbH, deren Ziel es war, in Berlin eine Spielbank zu errichten und zu betreiben. Der Kläger verfügte über erhebliche Erfahrungen auf dem Gebiet des Spielbankwesens. In einer Vereinbarung vom 7. November 1973 verpflichteten sich die als Beteiligte zu 1) aufgeführte GmbH, deren vier Gesellschafter und der Kläger "für den Fall, daß die Beteiligte zu 1) für sich oder für eine Kommanditgesellschaft, deren persönlich haftende Gesellschafterin die Beteiligte zu 1) ist, die Konzession zum Betrieb einer öffentlichen Spielbank im Land Berlin erhält, den aus der Anlage ersichtlichen Kommanditgesellschaftsvertrag zu schließen". Nach diesem

Vertragsentwurf, der alle anderen Beteiligten als Kommanditisten vorsah, sollten von den als "Anfangskapital" vorgesehenen 2,4 Mio. DM die GmbH 1 %, der Beklagte 30 %, R. [REDACTED], R. [REDACTED] und L. [REDACTED] je 20 % und der Kläger 9 % aufbringen. An dem Gewinn sollten die Komplementärin zu 2 % und die Kommanditisten im Verhältnis ihrer Kapitaleinlagen beteiligt sein. Die Gesellschaft sollte "für die Dauer der erteilten Konzession ... geschlossen" werden.

Am 9. November 1973 kam es zwischen den vier Gesellschaftern der GmbH und dem Kläger zu folgender (maschinenschriftlicher) Vereinbarung:

Soweit die Firma r. [REDACTED] et n. [REDACTED] bzw. die zu gründende KG nicht allein die Konzession zum Betrieb einer Spielbank in Berlin erhalten wird und die Gruppe Berlin (handschriftlich eingefügt: r. [REDACTED] et n. [REDACTED]) mit einer oder mehreren anderen Gruppen zusammen die Spielbanklizenz erhalten wird, wird die Gruppe Berlin (handschriftlich eingefügt: r. [REDACTED] et n. [REDACTED]) stets H. W. [REDACTED] (Kläger) mit der Maßgabe aufnehmen, daß er mit 9 % an dem Gesellschaftsanteil der Gruppe Berlin beteiligt ist.

Während sich der Kläger daraufhin verstärkt um die Schaffung der sächlichen und personellen Voraussetzungen für die Aufnahme des Spielbankbetriebes kümmerte, führte der Beklagte eine Vielzahl von Verhandlungen, insbesondere mit dem für die Konzessionserteilung zuständigen Senator für Inneres, bei dem sich auch noch andere Bewerber um die Konzession bemühten. Am 30. Dezember 1974 erklärte der Senator für Inneres schließlich, er werde die Konzession einer Kommanditgesellschaft erteilen,



14

die sich bei einem Kapital von 5 Mio. DM aus im einzelnen genannten (natürlichen) Personen mit genau bezeichneten Beteiligungsquoten zusammensetzte. Unter den Kommanditisten war aus der "Gruppe Berlin" nur der Beklagte aufgeführt, und zwar mit einer Beteiligung von 10 % = 500.000 DM. Die vom Innensenator ausgewählten Personen gründeten die Kommanditgesellschaft; diese erhielt aufgrund des Gesetzes über die Zulassung einer öffentlichen Spielbank in Berlin vom 13. April 1973 (GVBl. S. 646) am 1. Oktober 1975 die Konzession und nahm noch am selben Tage den Spielbankbetrieb auf.

In der Folgezeit gaben sich die übrigen Mitglieder der "Berliner Gruppe" mit der Alleinbeteiligung des Beklagten nicht zufrieden. Im Herbst 1975 verklagte die "r [REDACTED] et n [REDACTED]" GmbH den Beklagten mit der Begründung, er halte den Kommanditanteil nur als ihr Treuhänder, auf Rechenschaftsablegung und Gewinnabführung. Sie nahm die Klage zurück, nachdem der Beklagte den Gesellschaftern L [REDACTED] und R [REDACTED] und dem früheren Gesellschafter F [REDACTED] sowie der Kommanditist K [REDACTED] dem Gesellschafter R [REDACTED] eine Unterbeteiligung von je 1,25 % des Gesellschaftskapitals eingeräumt hatten.

Der Kläger beansprucht ebenfalls unterbeteiligt zu werden. Er behauptet, der Beklagte habe ihn zunächst damit vertröstet, daß er das Ergebnis des Rechtsstreits mit der GmbH abwarten müsse. Auf seine - des Klägers - schriftliche Sachstandsanfrage vom 13. Juli 1976 habe er ihm sodann telefonisch erklärt, der Senat habe die Unterbeteiligung R [REDACTED], L [REDACTED] und R [REDACTED] von je 1,25 % genehmigt; jetzt werde auch er - der Kläger -

seinen Anteil von 1,25 % erhalten. Aus dieser Zusage leitet der Kläger seinen Anspruch auf die mit dem Hauptantrag geltend gemachte Unterbeteiligung in Höhe von 1,25 % am Gesellschaftskapital her. Dem Grunde nach ergebe sich - so meint er weiter - sein Unterbeteiligungsanspruch schon aus der Vereinbarung vom 9. November 1973, wobei die Höhe davon abhängt, ob man als der "Gruppe Berlin" zugefallen 11,25 % (10 % Kommanditanteil des Beklagten und 1,25 % Unterbeteiligung R [REDACTED] am Kommanditanteil K [REDACTED] - erster Hilfsantrag) oder nur 10 % (Kommanditanteil des Beklagten - zweiter Hilfsantrag) des Gesellschaftskapitals ansehe. Aus einer Vereinbarung vom 7. November 1973, die der Beklagte allein mit ihm geschlossen habe, ergebe sich im übrigen dessen Verpflichtung, ihn an seinem Anteil zu 10 % zu beteiligen (dritter Hilfsantrag).

Der Kläger hat zuletzt beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, mit ihm folgenden Vertrag zu schließen:

- "I. Der Kläger ist ab 21. Juli 1975 am Kommanditanteil des Beklagten an der Spielbank Berlin Gustav J. [REDACTED] KG in Höhe von 1,25 % des Stammkapitals der Kommanditgesellschaft unterbeteiligt.
- II. Der Kläger zahlt dem Beklagten ein Entgelt in Höhe von 62.500 DM.
- III. Die Unterbeteiligung gilt, solange der Beklagte an der Spielbank Gustav J. [REDACTED] KG als Gesellschafter beteiligt ist."

Hilfsweise hat der Kläger beantragt, den Beklagten zu verurteilen, mit ihm einen entsprechenden Vertrag dahin abzuschließen, daß an die Stelle von 1,25 % des Gesellschaftskapitals gegen Zahlung von 62.500 DM

- entweder 10,125 % des Kommanditanteils des Beklagten gegen Zahlung von 50.625 DM
- oder 9 % des Kommanditanteils des Beklagten gegen Zahlung von 45.000 DM
- oder 10 % des Kommanditanteils des Beklagten gegen Zahlung von 50.000 DM

träten.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger die vorstehenden Anträge weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht, denn entgegen seiner Ansicht ist die Klage jedenfalls nach dem Haupt- (und auch nach dem zweiten Hilfs-)Antrag schlüssig.

1. Grundlage des Rechtsverhältnisses der Parteien sind zwei Vereinbarungen: Die Parteien, die weiteren Gesellschafter der "r[REDACTED] et n[REDACTED]" GmbH und diese GmbH hatten am 7. November 1973 für den Fall, daß die GmbH die Spielbankkonzession erhielte, vereinbart, miteinander

zum Betrieb der Spielbank eine Kommanditgesellschaft nach einem dafür bereits abgefaßten Vertragsentwurf zu errichten. Zwei Tage später, am 9. November 1973 hatten sich der Beklagte und die übrigen GmbH-Gesellschafter ("Gruppe Berlin") dem Kläger gegenüber ergänzend verpflichtet, ihn auch dann mit 9 % an dem Gesellschaftsanteil der Gruppe zu beteiligen, wenn die GmbH (oder die zu gründende Kommanditgesellschaft) die Konzession nicht allein erhalte. Beide Vereinbarungen sind rechtswirksam, insbesondere auch hinreichend bestimmt: Für den ersten Fall war die Beteiligung des Klägers im Gesellschaftsvertrags-Entwurf genau festgelegt, für den zweiten Fall waren die Beteiligungshöhe geklärt und die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags-Entwurfes entsprechend anzuwenden.

2. Da es weder der "r[REDACTED] et n[REDACTED]" GmbH noch deren Gesellschaftern in ihrer Gesamtheit gelungen ist, die Konzession zu erwerben, war allerdings der Beteiligungsanspruch des Klägers in der vorgesehenen Weise nicht zu verwirklichen. Das bedeutet aber nicht, daß er völlig erloschen wäre. Der Beklagte hatte als Gesellschafter und Mitgeschäftsführer der GmbH in deren Auftrag die Verhandlungen mit dem Innensenator geführt und dabei zwar in erster Linie das Ziel zu verfolgen, die Konzession ganz oder mit einem möglichst hohen Anteil für die GmbH oder ihre Gesellschafter zu erwerben. Nach seinem Sinn und Zweck und dem Grundsatz von Treu und Glauben war aber der Auftrag auch dahin zu verstehen (§ 157 BGB), daß der Beklagte - wenn ihm eine unmittelbare Beteiligung der GmbH oder ihrer Gesellschafter an der Spielbankgesellschaft nicht gelingen sollte - dann jedenfalls

jede andere mögliche rechtliche Form für deren Beteiligung zu suchen hatte, die ihrem wirtschaftlichen Interesse in ähnlicher Weise entsprach. Von diesem Auftrag konnte sich der Beklagte nicht einseitig lösen. Es kommt daher nicht darauf an, ob er bei Erwerb des Kommanditanteils an der Spielbankgesellschaft noch für die "r[REDACTED] et n[REDACTED]" GmbH und ihre Gesellschafter handeln wollte. Wenn es ihm letzten Endes (nur) gelang, eine Beteiligung für sich selbst durchzusetzen, so war er verpflichtet, den Kommanditanteil für Rechnung der GmbH oder unmittelbar für Rechnung ihrer Gesellschafter zu verwalten und ihnen ein Recht einzuräumen, das in Anbetracht der veränderten Lage ihren Interessen gerecht wurde und die dazu erforderliche Zustimmung des Innensenators fand (§ 666 BGB). Dem hat der Beklagte bei der vergleichweisen Erledigung des von der GmbH gegen ihn eingeleiteten Prozesses Rechnung getragen, indem er den Mitgliedern der "Gruppe Berlin" Unterbeteiligungen an seinem Anteil eingeräumt oder diese über einen Dritten verschafft hat. Hierauf hat auch der Kläger einen Anspruch. Der Beklagte war zwar aus dem Auftragsverhältnis nur der GmbH und den Mitgliedern der "Gruppe Berlin" verpflichtet, und der Kläger hatte aus den Verträgen vom 7. und 9. November 1973 zunächst nur diesen gegenüber Ansprüche erworben. Nachdem aber die "r[REDACTED] et n[REDACTED]" GmbH vergleichsweise auf ihre Beteiligung an dem Anteil des Beklagten verzichtet und sich die übrigen Mitgesellschafter mit dem Beklagten auseinandergesetzt haben, kann sich der Kläger ohne Beeinträchtigung der Rechte anderer Mitglieder der "Gruppe Berlin" unmittelbar an den Beklagten halten, der dem Kläger in den Verträgen vom 7. und 9. November 1973 auch persönlich die Einräumung einer Beteiligung von 9 % an dem Anteil versprochen hat, den man für die Gesamtheit der Mitglieder der Berliner Gruppe zu erwerben hoffte.

Der Berliner Innensenator hat im Laufe des Rechtsstreits auch für die Unterbeteiligung des Klägers die Zustimmung erteilt.

3. In erster Linie möchte der Kläger allerdings mit einer höheren Quote - 1,25 % des Gesellschaftskapitals = 12,5 % des Kommanditanteils des Beklagten - beteiligt werden. Er stützt diesen Anspruch auf die von ihm behauptete telefonische Zusage des Beklagten von Juli 1976, jetzt werde auch er - der Kläger - seinen Anteil von 1,25 % (am Gesellschaftskapital) erhalten. Wegen der Höhe der Beteiligung kommt es darum auch auf den Inhalt des Telefonats von Juli 1976 an. Da das Berufungsgericht dieses Gespräch bisher nur isoliert und nicht, wie nach den vorstehenden Darlegungen erforderlich, unter Berücksichtigung des Umstandes gewürdigt hat, daß der Kläger vertragsgemäß eine Beteiligung von 0,9 % hätte verlangen können, muß über dieses Gespräch nunmehr Beweis erhoben werden.

4. Nach der zu diesem Zweck erforderlichen Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht wird der Kläger Gelegenheit haben, seinen Antrag dahin zu ergänzen, daß dieser die notwendigen Elemente des Unterbeteiligungsvertrages erhält, soweit sie sich nicht von selbst aus dem

Gesetz ergeben. Insbesondere wird es dabei auf eine
Regelung nach § 722 BGB und eine wirksame Vereinbarung
über die Dauer der Gesellschaft ankommen (vgl. BGHZ 50,
316, 320 ff).

Stempel

Dr. Schulze

Fleck

Bundschuh

Brandes