

BUNDESGERICHTSHOF
IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 68/93

Verkündet am:
13. Juni 1994
Boppel
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Dr. Hans Werner K[REDACTED], A[REDACTED]platz 2, B[REDACTED],

Beklagter und Revisionskläger,

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

gegen

Edeltraud R[REDACTED], A[REDACTED]platz 4 b, B[REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

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

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Juni 1994 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Boujong und die Richter Röhrich, Dr. Henze, Dr. Goette und Prof. Dr. Greger

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 19. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 28. Januar 1993 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Der Beklagte hält einen Kommanditanteil von 450.000,-- DM an der Spielbank B■■■■■ Gustav J■■■■■ GmbH & Co. KG. Nach dem Gesellschaftsvertrag ist die KG zunächst fest bis zum 31. Dezember 1990, dem Zeitpunkt, zu dem die erstmals erteilte Konzession auslief, abgeschlossen, die Gesellschaft wird sodann auf unbestimmte Zeit fortgesetzt. Sie kann erstmals zum 31. Dezember 1990 und dann jeweils zum Jahresende mit einer Frist von sechs Monaten gekündigt werden.

Der Beklagte hatte Anfang 1976 dem verstorbenen Ehemann der Klägerin gegen Zahlung von 75.000,-- DM an diesem Kommanditanteil eine Unterbeteiligung in Höhe von 62.500,-- DM eingeräumt. Der formularmäßig abgefaßte Vertrag bezeichnet die Unterbeteiligung als "echtes Treuhandverhältnis", verweist auf den Gesellschaftsvertrag der KG als "integrierenden Bestandteil dieses Unterbeteiligungsverhältnisses" (Nr. 1 Abs. 2) und trifft in Nr. 5 Abs. 1 über die Kündbarkeit der Unterbeteiligung folgende Bestimmung:

"(1) Dieser Unterbeteiligungsvertrag läuft beiderseits unkündbar solange, wie der Anteil des Gesellschafters an der Gesellschaft besteht, es sei denn, daß ausdrücklich ... etwas anderes vereinbart wird. Während der Laufzeit kann eine Lösung aus der Unterbeteiligung nur durch Vereinbarung oder - und zwar auch bei Vorliegen eines wichtigen Grundes - nur nach Maßgabe der folgenden Absätze (2) und (3) erfolgen: ..."



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Mit Schreiben vom 1. Juni 1990 kündigte der Beklagte die Unterbeteiligung zum 31. Dezember 1990. Die Klägerin, die als Erbin unstreitig in die durch den Unterbeteiligungsvertrag begründeten Rechte eingetreten ist, hat der Kündigung widersprochen, weil ihrer Ansicht nach das Kündigungsrecht derzeit vertraglich ausgeschlossen sei. Ihre Klage, mit der sie die Feststellung des Fortbestehens der Unterbeteiligung über den 31. Dezember 1990 hinaus begehrt hat, hatte vor dem Landgericht keinen Erfolg. Auf ihre Berufung hat das Oberlandesgericht der Klage stattgegeben. Mit der Revision erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des klageabweisenden landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. Das Berufungsgericht hat sich bei seiner Entscheidung, die von dem Beklagten ausgesprochene Kündigung habe nicht zur Beendigung des Unterbeteiligungsvertrages geführt, im wesentlichen auf die in Nr. 5 Abs. 1 des Vertrages enthaltene Klausel über den Ausschluß des Kündigungsrechts gestützt. Es hat gemeint, diese Abrede sei wirksam, ihr stehe vor allem § 723 Abs. 3 BGB nicht entgegen, weil es sich bei der vereinbarten Unterbeteiligung nicht um ein Gesellschaftsverhältnis handele, auf die Vertragsbeziehungen der Parteien vielmehr Auftragsrecht anwendbar sei. Dies hält revisionsrechtlicher Prüfung nicht stand, weil das Oberlandesgericht die vertraglichen Vereinbarungen des Rechtsvorgän-

gers der Klägerin und des Beklagten nicht vollständig gewürdigt und die rechtliche Bedeutung der Unterbeteiligung nicht zutreffend erfaßt hat.

2. a) In seiner Auslegung des Vertrages läßt sich das Berufungsgericht von der Vorstellung leiten, Treuhandverhältnis und Unterbeteiligung seien einander ausschließende, zur Anwendung entweder des Auftrags- oder des Gesellschaftsrechts führende Rechtsinstitute (vgl. in diesem Sinne auch Wiedemann, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, 1965, S. 387; Ulbrich, Die Unterbeteiligungsgesellschaft an Personengesellschaftsanteilen, 1981, S. 84-86; offengelassen Sen.Urt. v. 4. November 1976 - II ZR 50/75, WM 1977, 525, 527). Diese rein begriffliche, die Funktion von Innen- und Außenverhältnis außer acht lassende Unterscheidung führt indessen nicht weiter (vgl. Staub/Ulmer, HGB, 4. Aufl. § 105 Rdn. 110; Schlegelberger/K. Schmidt, HGB, 5. Aufl. § 335 [a.F.] Rdn. 182 ff., 186 i.V.m. Vor § 335 [a.F.] § 38; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. § 63 I 2 b; ferner Ulbrich aaO S. 87). Auch dann, wenn Haupt- und Unterbeteiligter gesellschaftsrechtlich verbunden sind, läßt sich dieses Rechtsverhältnis als eine Art Treuhand verstehen. Soweit nämlich der Hauptbeteiligte seinen Anteil nicht nur im eigenen Interesse, sondern - soweit die Unterbeteiligung an diesem Anteil reicht - zugleich für den Unterbeteiligten hält, unterliegt der Gesellschafter bei seinem Handeln in der Gesellschaft den zwischen ihm und dem Unterbeteiligten getroffenen besonderen schuldrechtlichen Bindungen. Schließen sich danach Treuhand und Unterbeteiligung begrifflich nicht aus, kommt es für die Frage, welche gesetzlichen Bestimmungen auf das

Verhältnis zwischen Haupt- und Unterbeteiligten anzuwenden sind, nicht auf die Bezeichnung als Treuhand oder Unterbeteiligung sondern darauf an, wie der Vertrag zwischen ihnen inhaltlich gestaltet ist. Hält der Hauptbeteiligte den Anteil an der Gesellschaft in vollem Umfang für den anderen Beteiligten, wird es in ihrem Verhältnis zueinander regelmäßig an der für ein Gesellschaftsverhältnis typischen Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks fehlen, so daß die vertragliche Beziehung den auftragsrechtlichen Bestimmungen untersteht; dagegen liegt ein zur Anwendung der §§ 705 ff. BGB führendes Vertragsverhältnis vor, wenn der hauptbeteiligte Gesellschafter nur einen Teil seines Anteils für den Unterbeteiligten hält, im übrigen aber eigene Interessen in der Gesellschaft verfolgt (Staub/Ulmer aaO § 105 Rdn. 110; Schlegelberger/K. Schmidt aaO Vor § 335 [a.F.] Rdn. 38 und § 335 [a.F.] Rdn. 186; Paulick/Blaurock, Handbuch der Stillen Gesellschaft, 4. Aufl. § 31 II 2, S. 560; ferner Paulick, ZGR 1974, 253 ff., 256 ff.; Maulbetsch, Beirat und Treuhand in der Publikumpersonengesellschaft, 1984, S. 118 f.; Böttcher/Zartmann/Faut, Stille Gesellschaft und Unterbeteiligung, 3. Aufl. S. 58 f. sowie zur steuerrechtlichen Unterscheidung und Begriffsbildung S. 161 f.; L. Schmidt, EStG, 12. Aufl. § 15, 52 a).

b) Der hier zu beurteilende Unterbeteiligungsvertrag ist als Gesellschaftsvertrag im Sinne von §§ 705 ff. BGB konzipiert. Dem Umstand, daß in Nr. 1 Abs. 1 von einem "echten Treuhandverhältnis" die Rede ist, kommt entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kein entscheidendes Gewicht zu. Unstreitig ist diese Formulierung aus steuerlichen Gründen gewählt worden. Daraus hat das Berufungsgericht zu Unrecht

gefolgert, da das steuerliche Ergebnis gewollt gewesen sei, müsse auch zivilrechtlich ein Treuhandverhältnis im Sinne des Auftragsrechts vorgelegen haben. Es hat dabei übersehen, daß die zivilrechtliche und steuerrechtliche Begriffsbildung früher nicht übereinstimmten und im Steuerrecht auch solche Rechtsverhältnisse als "Treuhand" bezeichnet wurden, die nach gesellschaftsrechtlichem Verständnis Unterbeteiligungen sind; für den Unterbeteiligten hatte dies die - im allgemeinen unerwünschte, im vorliegenden Fall von den Vertragspartnern aber gerade angestrebte - Folge, daß der Unterbeteiligte als Mitunternehmer behandelt, seine Gewinne also als gewerbliches Einkommen erfaßt wurden (vgl. Böttcher/Zartmann/Faut aaO S. 161 f. m.N.). Für den Rechtsvorgänger der Klägerin war es deswegen wichtig, als Mitunternehmer des Spielbankbetriebs zu gelten, weil er dann mit seinen Einkünften aus der Unterbeteiligung über die von der KG bereits abgeführte Spielbankabgabe hinaus nicht nochmals zur Steuerzahlung herangezogen werden konnte (BFH, Urt. v. 1. Dezember 1964 - VI 126/62 StRK § 2 EStG R. 58). Nach heutigem steuerlichen Verständnis (vgl. L. Schmidt, EStG aaO § 15, 61 m.N.; ferner Schulze zu Wiesche, DB 1987, 551) wird auch die hier vorliegende atypische Unterbeteiligung als Mitunternehmerschaft eingeordnet, so daß es der Verwendung bestimmter Worte nicht mehr bedarf. Ist danach die Begriffsbildung zu der hier interessierenden Zeit im Steuerrecht und im Zivilrecht unterschiedlich gewesen, verbieten sich die vom Berufungsgericht an die Worte "echtes Treuhandverhältnis" geknüpften Schlußfolgerungen.

c) Der Sache nach handelt es sich bei dem Unterbeteiligungsvertrag um einen BGB-Gesellschaftsvertrag. Dafür sprechen zunächst der Wortlaut und die Systematik der Vereinbarungen. Die gesamte als "Unterbeteiligungsvertrag" bezeichnete Urkunde verwendet durchgängig die Begriffe "Gesellschafter" und "Unterbeteiligter"; lediglich in Nr. 1 Abs. 1 findet sich bei dem Unterbeteiligten der Klammerzusatz "Treugeber"; außerdem wird in Nr. 3 Abs. 4 die Bezeichnung "Treuhänder" neben "Gesellschafter" benutzt. Diese - zivilrechtlich unscharfen - Begriffe beruhen, wie oben gezeigt, auf dem weniger differenzierten Sprachgebrauch des Steuerrechts und sind bei der Auslegung als Synonyme für Unterbeteiligter bzw. Gesellschafter zu verstehen. Inhaltlich machen schon die einleitenden Worte des Vertrages deutlich, daß ein Fall der Unterbeteiligung in der bekannten Form der BGB-Innengesellschaft verabredet werden sollte: Die Unterbeteiligung wird "an dieser vorbeschriebenen kommanditistischen Beteiligung (scil. des Gesellschafters an der Spielbank KG)" eingeräumt. Da die Unterbeteiligung von 62.500,-- DM nur knapp 14 % des Kommanditanteils ausmacht, liegt der typische Fall einer nur auf einen Teil des Kommanditanteils beschränkten gemeinsamen Beteiligung, nicht jedoch eine ausschließlich in fremdem Interesse wahrzunehmende Mitgliedschaft des Hauptbeteiligten in der KG vor. Konsequenz als atypische verdeckte Unterbeteiligung ist der Vertrag ferner ausgestaltet, wenn die Regeln des KG-Vertrages zu seinem "integrierenden Bestandteil" erklärt werden (Nr. 1 Abs. 2), wenn der Unterbeteiligte "über" den Gesellschafter beteiligt ist (Nr. 2 Abs. 1), ohne daß unmittelbare Beziehungen zu der KG selbst bestehen (Nr. 4 Abs. 1), und wenn der Unterbeteiligte intern wie ein Kommanditist (Nr. 1

Abs. 1) behandelt werden, am Geschäftsvermögen mittelbar beteiligt sein (Nr. 2 Abs. 2 S. 2) und einen Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben (Nr. 3 Abs. 2 und Nr. 6) haben soll; ferner sprechen die Übertragungsvorschriften in Nr. 5 Abs. 2 und 3, die Regelungen für den Tod eines der Beteiligten (Nr. 8) sowie die Haftungsregelung in Nr. 9 Abs. 3 für das Bestehen eines Gesellschaftsverhältnisses. Daß der Formularvertrag in Nr. 9 Abs. 1 eine Verwaltungsgebühr von 0,5 % der auszuschüttenden Beträge für den Gesellschafter vorsieht, zwingt nicht zur Annahme eines auftragsähnlichen Vertragsverhältnisses. Vielmehr kann diese "Gebühr" unschwer als besondere Tätigkeitsvergütung für den Hauptbeteiligten verstanden werden; dieser hat mit der Verwaltung der zum BGB-Gesellschaftsvermögen gehörenden Unterbeteiligung, vor allem der Rechnungslegung und Abführung der Gewinnanteile einige Mühe, die eine gesonderte Tätigkeitsvergütung rechtfertigen kann. Ebensowenig kann die Klägerin etwas für sich daraus herleiten, daß außer der Höhe der Unterbeteiligung das Verhältnis genannt ist, zu dem ihr Ehemann - intern - am Kommanditkapital beteiligt gewesen ist; auch dies besagt nichts über ein Auftragsverhältnis zwischen ihrem Rechtsvorgänger bzw. ihr und dem Hauptbeteiligten, sondern erleichtert lediglich die Abrechnung innerhalb der Innengesellschaft (vgl. auch Sen.Urt. v. 6. März 1967 - II ZR 180/65, WM 1967, 685 f.).

d) Bei der Auslegung des Vertrages ist schließlich auch zu berücksichtigen, daß die Klägerin selbst während des Rechtsstreits lange Zeit die Ansicht vertreten hat, es sei

eine BGB-Innengesellschaft vereinbart worden, bei der lediglich - wie sie gemeint hat: wirksam - die Kündigung ausgeschlossen worden ist.

3. a) Handelt es sich bei dem Unterbeteiligungsvertrag danach um eine BGB-Innengesellschaft, ist der in Nr. 5 Abs. 1 des Vertrages niedergelegte Ausschluß des Kündigungsrechts nach § 723 Abs. 3 BGB nichtig (vgl. MünchKomm. z. BGB-Ulmer § 723 Rdn. 44). Dabei wird die Wirkung dieser Bestimmung noch dadurch verstärkt, daß nach Nr. 4 S. 4 des Unterbeteiligungsvertrages der Gesellschafter die Hauptbeteiligung gegen den Willen des Unterbeteiligten nicht aufgeben darf, also auf unabsehbare Dauer nicht nur in der KG, sondern auch in dem Vertragsverhältnis mit dem Unterbeteiligten festgehalten werden soll.

b) Zu Unrecht macht die Klägerin demgegenüber geltend, § 723 Abs. 3 BGB sei jedenfalls deswegen unanwendbar, weil der Vertrag nicht auf unbestimmte Zeit geschlossen worden sei. Der Senat hat ausgesprochen (BGHZ 50, 316 ff., 321), eine zur Anwendbarkeit des § 723 BGB führende unbestimmte Vertragsdauer liege dann nicht vor, wenn das Ende der vertraglichen Bindung bestimmbar ist. Da im vorliegenden Fall die Unterbeteiligung an das Ende der Hauptgesellschaft geknüpft ist, könnte eine solche Bestimmbarkeit dann bejaht werden, wenn das Ende der Hauptgesellschaft von der Erreichung eines bestimmten Gesellschaftszwecks abhängig wäre (BGHZ aaO S. 322). Dies ist jedoch nicht der Fall. Denn das Ende der Spielbank KG ist nicht, wie die Klägerin meint, an das Auslaufen der staatlichen Konzession gebunden. Im Gegenteil bestimmt § 14 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages der KG

ausdrücklich, daß die Gesellschaft mit dem 31. Dezember 1990, dem Tag des Auslaufens der Konzession, nicht aufgelöst, sondern auf unbestimmte Zeit fortgesetzt wird.

4. Die Nichtigkeit der Kündigungsklausel erstreckt sich nicht auf den gesamten Vertrag; an ihre Stelle tritt - soweit es nicht abweichende Anhaltspunkte gibt - grundsätzlich das dispositive Recht (MünchKomm. z. BGB/Ulmer aaO § 723 Rdn. 44). Nach ihm dürfte der Beklagte den Unterbeteiligungsvertrag erstmals zum 31. Dezember 1990 kündigen, weil diese Frist in dem zum "integrierenden Bestandteil" des Unterbeteiligungsvertrages gemachten Gesellschaftsvertrag der Spielbank KG vereinbart worden ist. Die gesamte auf eine offenbar langfristige Zusammenarbeit der Vertragspartner angelegte Vertragsgestaltung gibt Anlaß zu der dem Tatsachengericht obliegenden Prüfung, ob die nichtige Klausel umzudeuten oder der Vertrag ergänzend auszulegen ist (MünchKomm./Ulmer aaO). Diese Prüfung liegt hier deswegen besonders nahe, weil beide Vertragspartner die Unwirksamkeit der Unkündbarkeitsklausel nicht erkannt haben. Soweit das Berufungsgericht in die Entscheidung nicht tragenden Erwägungen gemeint hat, der Rechtsvorgänger der Klägerin und der Beklagte hätten auch bei Kenntnis der Unwirksamkeit der genannten Vertragsbestimmung den Unterbeteiligungsvertrag mit einer Laufzeit lediglich bis zum 31. Dezember 1990 geschlossen, beruht auch dies auf einer unvollständigen Würdigung; der Senat ist deshalb gehindert, in der Sache selbst abschließend zu entscheiden. Das Berufungsgericht orientiert sich ausschließlich an der Höhe der von der Klägerin bzw. zuvor von ihrem Ehemann bezogenen Ausschüttungen, bezieht aber die von ihr vorgetragene und teilweise durch eigene

Schreiben des Beklagten bestätigte (B 2, 4 = GA 34, 37) Vorgeschichte des Vertragsschlusses nicht ein. Danach soll die Unterbeteiligung an Stelle der von Herrn R. [REDACTED] angestrebten unmittelbaren Beteiligung als Kommanditist der Spielbank KG eingeräumt worden sein, um so die unter mehreren Interessentengruppen aufgetretenen und die Erteilung der Konzession durch das Land Berlin überhaupt gefährdenden Streitigkeiten beizulegen. Diese besonderen - bislang nicht festgestellten und folgerichtig nicht gewürdigten - Umstände lassen es nicht von vornherein als ausgeschlossen erscheinen, daß der Rechtsvorgänger der Klägerin, der offenbar eine Befristung des Unterbeteiligungsvertrages auf das Ende der ersten Konzessionsperiode hat abwenden und die Aufnahme der auch in anderen Fällen vereinbarten Unkündbarkeitsklausel hat erreichen können, eine über den 31. Dezember 1990 hinausgehende zeitliche oder sogar noch weitergehende, nicht gegen § 723 Abs. 3 BGB verstoßende Bindung des Beklagten hätte durchsetzen können, wenn man die Unwirksamkeit der Kündigungsbeschränkungsklausel erkannt hätte. In diesem Zusammenhang gewinnt ferner Bedeutung, daß nach dem Schreiben des Beklagten vom 26. Februar 1976 der Rechtsvorgänger der Klägerin anderen Unterbeteiligten gleichgestellt werden sollte. Mit einem anderen Unterbeteiligten, auf dessen von einem anderen Senat des Berufungsgerichts entschiedenen Fall die Parteien unter anderem durch Vorlage der ergangenen erst- und zweitinstanzlichen Urteile Bezug genommen haben, sind jedenfalls im Jahr 1983 Verhandlungen im Zusammenhang mit der Erweiterung und Verlängerung der Spielbankkonzession geführt worden; diese werfen, wie der Senat in seinem in jener Sache ergangenen, ebenfalls am 13. Juni 1994 verkündeten Urteil (II ZR 259/92) ausgeführt hat, die Frage auf, ob die

Erhöhung der Spielbankabgabe bei gleichzeitiger Ausweitung und Verlängerung der Konzession auch Auswirkungen auf die Dauer des Unterbeteiligungsvertrages haben sollte.

Damit das Berufungsgericht - gegebenenfalls nach Ergänzung des Vortrags der Parteien - die Frage der Umdeutung bzw. ergänzenden Vertragsauslegung erneut prüfen kann, ist die Sache unter Aufhebung des angefochtenen Urteils an die Vorinstanz zurückzuverweisen.

Boujong

Röhricht

Dr. Henze

Dr. Goette

Dr. Greger