

13

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja

HGB §§ 132, 133, 161

Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen dem Kommanditisten in einer Massengesellschaft auch ohne gesellschaftsvertragliche Bestimmung ein außerordentliches Kündigungsrecht oder aber die Auflösungsklage zusteht, wenn der vereinbarte Gesellschaftszweck nicht mehr zu erreichen ist (Ergänzung zu BGHZ 63, 338).

BGH, Versäumnisurt. v. 12. Mai 1977 - II ZR 89/75 - KG Berlin
LG Berlin

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VERSÄUMNIS- URTEIL

II ZR 89/75

Verkündet am

12. Mai 1977
Kaufmann,
Justizobersekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Architekten A [REDACTED] B [REDACTED], S [REDACTED],
W [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. Nirk -

gegen

die BB G [REDACTED] GmbH & Co. E [REDACTED] KG, vertreten
durch die persönlich haftende Gesellschafterin, die
BB G [REDACTED] GmbH, diese vertreten durch ihren
Geschäftsführer W [REDACTED] B [REDACTED], A [REDACTED]straße 34,
B [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter
II. Instanz:

Rechtsanwalt Johannes Schurack,
Keithstraße 5, Berlin 30 -

13

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Mai 1977 durch den Vorsitzenden Richter Stimpel und die Richter Dr. Schulze, Fleck, Dr. Kellermann und Dr. Skibbe

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 28. Januar 1975 aufgehoben.

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

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

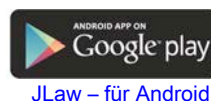
Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist eine Kommanditgesellschaft, die auf die Aufnahme einer Vielzahl von Kommanditisten gerichtet ist. Der Beklagte übernahm durch Übereinkunft vom 1. September/6. November 1972 eine Kommanditbeteiligung von 13.200 DM und eine stille Beteiligung von 52.800 DM, die die T[REDACTED] S[REDACTED]-GmbH durch Beitrittserklärung vom 21./27. September 1971 an der Klägerin erworben hatte. Diese hatte neben dem Agio von 5 % (3.300 DM) auf den Kommanditanteil 1.320 DM und auf den stillen Gesellschaftsanteil 5.280 DM gezahlt. Der Beklagte zahlte weitere 30.000 DM, weigerte sich jedoch, die restlichen 29.400 DM zu entrichten.



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



Durch Schreiben vom 14. November 1973 - und Schriftsatz seines Prozeßbevollmächtigten vom 8. Februar 1974 - erklärte der Beklagte gegenüber der Klägerin, die Zahlungen seien voll auf die Kommanditeinlage zu verbuchen. Gleichzeitig focht er den Vertrag über die stille Gesellschaft "wegen Irrtums, arglistiger Täuschung sowie wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage" an. Hilfsweise sprach er die fristlose Kündigung aus. In der Berufungserwiderung vom 3. Januar 1975 erklärte er, daß seine Einwendungen auch gegen die Ansprüche der Klägerin gerichtet seien, die diese aus der Kommanditbeteiligung ableite; die Kündigung betreffe auch die "Kommanditgesellschaft".

Die Klägerin hält die Einwendungen für unbegründet. Sie hat beantragt, den Beklagten zur Zahlung von 29.400 DM nebst Zinsen zu verurteilen. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht hat ihr stattgegeben. Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Klageabweisung weiter. Er hat gegen die Klägerin, die in der Revisionsinstanz unvertreten geblieben ist, Versäumnisurteil beantragt.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet.

I. Das Berufungsgericht ist allerdings zutreffend davon ausgegangen, daß der Beklagte die Kommanditistenstellung nicht durch einen mit der bisherigen Gesellschafterin, der T[REDACTED] S[REDACTED]-GmbH, geschlossenen Abtretungsvertrag erlangt hat, sondern aufgrund eines

mit den übrigen Gesellschaftern zustande gekommenen Beitrittsvertrags. Denn mit der Vereinbarung vom 1. September/6. November 1972 wollten die Beteiligten nur die Voraussetzungen schaffen, die § 14 (a) des Gesellschaftsvertrages insoweit fordert. Nach dieser Bestimmung ist das vorzeitige Ausscheiden eines Gesellschafters dann zulässig, "wenn ein neuer Gesellschafter anstelle des Ausscheidenden in dessen sämtliche Rechte und Pflichten eintritt und die Ansprüche des Ausscheidenden ablöst". Grundsätzlich soll also der Wechsel in der Gesellschafterstellung in der Weise bewirkt werden, daß der bisherige Gesellschafter ausscheidet und gleichzeitig ein Dritter - mit den Rechten und Pflichten des bisherigen Gesellschafters - durch Vereinbarung mit den verbleibenden Gesellschaftern eintritt. Dem entspricht es, daß im vorliegenden Falle die Kommanditgesellschaft und mit ihr die Komplementär-GmbH am 6. November 1972 die Übereinkunft zwischen dem Beklagten und der Tempair System-GmbH vom 1. September 1972 in gleicher Weise wie die Beitrittserklärung der T. S. GmbH vom 21. September 1971 unterzeichnet hat und damit die übrigen Gesellschafter in Übereinstimmung mit der Ermächtigung nach § 4 des Gesellschaftsvertrages zu Vertragspartnern dieser Vereinbarung gemacht hat.

Dem Berufungsgericht ist auch beizupflichten, daß auf den fehlerhaften Beitritt in eine bestehende, werdend tätig gewordene Kommanditgesellschaft - wie auch auf die Beteiligung als stiller Gesellschafter - die für die fehlerhafte Gesellschaft geltenden Grundsätze entsprechend anzuwenden sind und demgemäß die Anfechtungserklärungen des Beklagten nicht zur rückwirkenden Vernichtung des Beitritts und der Gesellschafterstellung mit den dadurch begründeten Rechten und Pflichten führen konnten. Es hat auch ohne Rechtsfehler angenommen,

daß der Beklagte, sofern ein Anfechtungstatbestand und damit ein wichtiger Grund zur sofortigen Beendigung seiner Kommanditbeteiligung gegeben wäre, ein Recht zur fristlosen Kündigung hätte und nicht etwa auf die Auflösungsklage verwiesen werden könnte. Schließlich ist ihm auch zuzustimmen, soweit es im Anschluß an das Senatsurteil vom 14. Dezember 1972 (II ZR 82/70 - LM HGB § 132 Nr. 3) zu dem Ergebnis gekommen ist, daß einem etwaigen Anspruch der Klägerin - möge er auf Zahlung der restlichen Einlage oder auf Zahlung eines aus der Abschichtungsbilanz sich ergebenden Betrages gehen - nicht der Einwand der Arglist entgegenstünde.

II. Dagegen ist das angefochtene Urteil nicht haltbar, soweit das Berufungsgericht ausführt, die vom Beklagten geltend gemachten Anfechtungsgründe würden eine fristlose Kündigung nicht rechtfertigen.

Der Beklagte hat seine Kündigungs- und "Anfechtungs"-erklärungen im wesentlichen darauf gestützt, die Klägerin habe die im "Zeichnungsangebot" enthaltenen Zusagen, die Gegenstand des Vertragsverhältnisses geworden seien (Fertigstellung der Bauten bis spätestens Mitte 1973, steuerrechtliche Zuerkennung von Verlustzuweisungen) nicht eingehalten. Sie habe darüber hinaus der Wahrheit zuwider erklärt, die für die Bebauung erforderlichen Grundstücke stünden in ihrem Eigentum und die nach dem Entwicklungshilfesteuergesetz von 1968 möglichen Steuervorteile seien nicht gefährdet, weil sie vor dem 16. Dezember 1970 die Bauaufträge vergeben, rechtsverbindliche Verträge unterzeichnet und Zahlung geleistet habe. Schließlich sei die Klägerin finanziell zusammengebrochen und deshalb nicht mehr in der Lage, die vorgesehenen Ziele weiterzuverfolgen und den Gesellschaftszweck zu erreichen; für die Gesamtfinanzierung bestehe eine Lücke von 10 Mio. DM.

Das Berufungsgericht vertritt die Auffassung, der Beklagte könne keine Rechte daraus ableiten, daß es der Klägerin nicht gelungen sei, die in dem Zeichnungsangebot enthaltenen Ankündigungen zu verwirklichen. Die künftige Entwicklung sei erkennbar durch Faktoren bestimmt gewesen, die nicht dem Einflußbereich der Klägerin zugerechnet werden könnten; mit den Erklärungen im Prospekt sei deshalb keine Zusage verbunden gewesen, schlechthin für den Erfolg einzustehen. Die Angaben in dem Zeichnungsangebot, die sich auf damals bereits feststehende Tatsachen bezogen hätten (wie die Vergabe von Bauaufträgen vor dem 16. Dezember 1970), würden zwar eine fristlose Kündigung rechtfertigen, sofern sie einer tatsächlichen Grundlage entbehrten. Sie könnten jedoch deshalb nicht zugunsten des Beklagten berücksichtigt werden, weil dieser im zweiten Rechtszug nicht mehr darauf zurückgekommen sei. Es sei davon auszugehen, daß er die Richtigkeit nicht mehr bestreiten wolle.

In der Unerreichbarkeit des Gesellschaftszwecks sieht das Berufungsgericht zwar einen Grund zur fristlosen Kündigung. Es nimmt an, daß die Klägerin "finanziell zusammengebrochen" sei und der Gesellschaftszweck deshalb nicht mehr habe erreicht werden können, meint jedoch, der Beklagte verstoße gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB), wenn er sich hierauf berufe. Er sei bereits am 15. Januar 1973 zur Zahlung verpflichtet gewesen. Zu diesem Zeitpunkt sei die finanzielle Situation der Klägerin aber noch nicht aussichtslos gewesen; ihr habe noch ein Zwischenkredit von 4 Mio. DM zur Verfügung gestanden, den sie lediglich deshalb nicht habe in Anspruch nehmen können, weil die Entrichtung der Zinsen wegen der noch ausstehenden Einlagen nicht gesichert gewesen sei. Habe der Beklagte selbst dazu beigetragen, daß die Klägerin ihren Gesellschaftszweck nicht mehr

erreichen könne, so sei es unbillig, die Folgen seines vertragswidrigen Verhaltens nicht ihm, sondern der Klägerin anzulasten.

Diesen Ausführungen kann nicht in allen Punkten gefolgt werden.

1. Soweit es um die arglistige Täuschung geht, ist mangels abweichender Feststellungen des Berufungsgerichts davon auszugehen, daß der Beklagte der Klägerin beigetreten ist, weil er auf die Angaben der Komplementär-GmbH der Klägerin über die Eigentumsverhältnisse an den zu bebauenden Grundstücken, über den Abschluß der Bauverträge vor dem 16. Dezember 1970 und über den Baubeginn vertraut hat, die insbesondere auch in dem Zeichnungsangebot einen Niederschlag gefunden haben. Der Einwand der arglistigen Täuschung wäre danach begründet, wenn - wie der Beklagte weiter behauptet - diese Angaben der tatsächlichen Grundlage entbehrten und wider besseres Wissen gemacht worden wären, und wenn der Beklagte die Kündigung binnen Jahresfrist im Sinne des § 124 BGB erklärt hätte. Die arglistige Täuschung bildet stets einen wichtigen Grund zur Beendigung des Beteiligungsverhältnisses.

Das Berufungsgericht hat diesem Vorbringen auch allein mit der Begründung den Erfolg versagt, der Beklagte sei im zweiten Rechtszug, nachdem die Klägerin konkrete Angaben hierzu gemacht habe, nicht mehr darauf zurückgekommen, so daß davon auszugehen sei, er wolle die Richtigkeit nicht mehr bestreiten. Die Revision rügt insoweit jedoch zu Recht, das Berufungsgericht habe unter Verletzung des § 286 ZPO außer acht gelassen, daß der Beklagte, der in der ersten Instanz obsiegt hat, in der Berufungserwiderung vom 3. Januar 1975 (GA 99) ausdrücklich das gegenteilige

Vorbringen und die Beweisangebote aus dem Schriftsatz vom 8. Februar 1974 wiederholt hat.

2. Dagegen hat das Berufungsgericht nach dem gegenwärtigen Prozeßstand im Ergebnis zu Recht die Kündigung des Beklagten nicht durchgreifen lassen, soweit sie damit begründet worden ist, der Gesellschaftszweck sei nicht mehr zu erreichen. Hierbei kann dahingestellt bleiben, ob den Feststellungen des Berufungsgerichts und dem Vortrag der Parteien die hierfür erforderlichen tatsächlichen Feststellungen entnommen werden können, daß die Zweckerreichung der Gesellschaft unmöglich geworden ist. Die Revision kann insoweit schon deshalb nicht durchdringen, weil der Beklagte mit dieser Begründung seine Mitgliedschaft jedenfalls unter den hier gegebenen Voraussetzungen nicht im Wege der fristlosen Kündigung beenden konnte.

a) Die Zweckerreichung und die Unerreichbarkeit des vereinbarten Zweckes führen in der offenen Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft - abweichend von der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft - nicht unmittelbar zur Auflösung der Gesellschaft (vgl. § 726 BGB, § 131 HGB), sondern bilden nur einen wichtigen Grund im Sinne des § 133 HGB, der die Auflösung der Gesellschaft durch richterliches Gestaltungsurteil rechtfertigen kann. Sofern der Gesellschaftsvertrag - wie hier - keine anderweite Regelung trifft, steht auch dem Kommanditisten grundsätzlich nicht das Recht der fristlosen Kündigung zu; er kann seine gesellschaftsrechtliche Bindung vielmehr nur im Wege der Auflösungsklage beseitigen. Die Revision verkennt dies offenbar nicht. Sie meint nur, in einer Publikums- und Massengesellschaft gelte etwas anderes. Dem kann in dieser Allgemeinheit nicht gefolgt werden.

aa) Der Senat hat zwar ausgesprochen, daß in einer Kommanditgesellschaft, die auf die Mitgliedschaft einer Vielzahl rein kapitalistisch beteiligter Gesellschafter angelegt ist, dem einzelnen Gesellschafter im Falle des - infolge arglistiger Täuschung - fehlerhaften Beitritts zur Gesellschaft ein außerordentliches Kündigungsrecht auch dann zusteht, wenn es der Gesellschaftsvertrag nicht vorsieht (BGHZ 63, 338, 345). Daraus folgt jedoch nicht, daß der Kommanditist in einer solchen Gesellschaft immer die Möglichkeit hat, fristlos zu kündigen, wenn ein wichtiger Grund im Sinne des § 133 HGB gegeben ist. Was dort - bei einer arglistigen Täuschung - als sachgerecht angesehen worden ist, kann jedenfalls nicht auf den Fall übertragen werden, in dem der Gesellschaftszweck (wegen eines inzwischen eingetretenen finanziellen Zusammenbruchs) nicht mehr erreicht werden kann. In einem solchen Falle sprechen gewichtige Gründe dagegen, bei Fehlen einer gesellschaftsvertraglichen Vereinbarung dem einzelnen Kommanditisten anstelle der gesetzlich vorgesehenen Möglichkeit, die Gesellschaft im Wege der Gestaltungsklage nach §§ 133, 161 Abs. 2 HGB zu beenden, ein außerordentliches Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde zuzubilligen: Bei der Unerreichbarkeit des Gesellschaftszwecks handelt es sich um einen wichtigen Grund, der nicht, wie im Falle des infolge arglistiger Täuschung fehlerhaften Beitritts, nur auf die Person des einzelnen Gesellschafters bezogen ist. Er trifft alle Gesellschafter gleichermaßen. Eine Erweiterung des Kündigungsrechts auf Tatbestände dieser Art würde demgemäß bedeuten, daß praktisch jeder Kommanditist das Recht und die Möglichkeit hätte, durch einfache Kündigung aus der Gesellschaft auszuscheiden. Das wiederum würde eine allgemeine Flucht aus der Gesellschaft begünstigen und dazu führen, daß die Last und Verantwortung für die etwa notwendig werdende Liquidation der Gesellschaft und das damit verbundene Risiko den jeweils

verbleibenden Gesellschaftern aufgebürdet würde, die nicht weniger als der Kündigende von dem Auflösungsgrund betroffen sind. Das aber wäre unbillig und stünde in Widerspruch dazu, daß der einzelne Gesellschafter mit seinem Beitritt in die Gesellschaft mit den übrigen Gesellschaftern eine Risikogemeinschaft eingegangen ist.

bb) Daraus folgt andererseits nicht, daß dem Kommanditisten das Recht zur fristlosen Kündigung der Beteiligung wegen Unerreichbarkeit des festgelegten Gesellschaftszwecks überhaupt zu versagen wäre und ihm nur das Mittel der Auflösungsklage bliebe. Denn damit würde außer acht gelassen, daß die Publikums- und Massengesellschaft auf Dauer angelegt und weder von einem besonderen persönlichen Vertrauensverhältnis der Gesellschafter untereinander geprägt noch auf einen festen Mitgliederbestand gegründet ist. So liegt es auch bei der Klägerin, deren Gesellschaftsvertrag der persönlich haftenden Gesellschafterin die Befugnis einräumt, ohne Mitwirkung und Zustimmung der übrigen Gesellschafter weitere Kommanditisten aufzunehmen (§ 4 Abs. 1), und dem einzelnen Kommanditisten für die Zeit ab 1978 ein jährliches Kündigungsrecht (§ 6 Abs. 2, § 14 b) und darüber hinaus ein allgemeines Kündigungsrecht unter der Voraussetzung gibt, daß er einen Nachfolger präsentiert, der bereit ist, in seine Rechte und Pflichten einzutreten (§ 14 a).

cc) Zu der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Kommanditisten in einer Massengesellschaft in solchen Fällen ein Recht zur fristlosen Kündigung haben oder aber auf die Auflösungsklage zu verweisen sind, braucht hier nicht umfassend Stellung genommen zu werden. Der Gesellschaftsvertrag der Klägerin gibt einer Gesellschafterminderheit, die 25 % des Gesellschafts-

kapitals auf sich vereinigt, das Recht, die Einberufung einer außerordentlichen Gesellschafterversammlung durch die geschäftsführenden Gesellschafter zu verlangen (§ 9 b des Gesellschaftsvertrages) und dadurch einen (mit 3/4-Mehrheit und mit Zustimmung des Beirats zu fassenden) Gesellschafterbeschuß darüber herbeizuführen, ob die Gesellschaft, deren Zweck unerreichbar geworden ist, aufgelöst oder - unter veränderten Umständen - fortgesetzt werden soll. In einem solchen Falle erscheint es als sachgerechte, dem zu vermutenden Willen der Gesellschafter entsprechende Lösung, die Kommanditisten, die sich von der Gesellschaft lösen wollen, zunächst auf diese gesellschaftsvertragliche Möglichkeit zu verweisen und von ihnen zu verlangen, von diesem Recht - soweit möglich und zumutbar - Gebrauch zu machen, d. h. jedenfalls zu versuchen, die Einberufung der Gesellschafterversammlung zu erreichen und einen Gesellschafterbeschuß über die Auflösung oder Fortsetzung der Gesellschaft herbeizuführen. Das Recht, die Bindung an die Gesellschaft und die Mitgesellschafter vorzeitig zu beenden - sei es im Wege der Auflösungsklage, sei es durch fristlose Kündigung - besteht erst dann, wenn diesen Anforderungen des Gesellschaftsvertrages entsprochen worden ist oder wenn ein solches Ansinnen nicht mehr gestellt werden kann, weil etwa die Gesellschafterversammlung die danach herbeizuführende Entscheidung bereits getroffen hat oder andere Gesellschafter in gleicher Richtung tätig geworden sind. (Sofern die Gesellschafterversammlung die Auflösung beschließt, scheidet ein solches Recht überhaupt aus.)

Die hier entscheidende Frage, ob ein Recht zur fristlosen Kündigung mit der Folge, daß der kündigende Gesellschafter ausscheidet und die Gesellschaft

im übrigen fortbesteht, gegeben ist, wird grundsätzlich nur dann bejaht werden können, wenn die Gesellschafterversammlung mit 3/4-Mehrheit beschließt, die Gesellschaft fortzusetzen:

Wenn der Gesellschaftszweck nicht mehr zu erreichen ist, bedeutet ein solcher Beschluß nicht nur, daß sich die Gesellschafterversammlung gegen die an sich angebrachte und naheliegende Auflösung entscheidet. Die Fortsetzung der Gesellschaft erscheint im allgemeinen nur denkbar, wenn das Gesellschaftsverhältnis umgestaltet wird, wenn insbesondere die Gesellschaft eine andere Zweckrichtung erhält oder die Gesellschafter neue Verpflichtungen übernehmen. Die Gesellschafter müssen deshalb bei der Beschlußfassung über die Fortsetzung der Gesellschaft eine derartige Änderung des Gesellschaftsvertrages beschließen oder sich jedenfalls darüber einig sein, daß dies in absehbarer Zeit zu geschehen habe. Damit ist zunächst zu fragen, ob Beschlüsse dieser Art als unwirksam anzusehen sind, ihnen insbesondere die Rechtsprechung des Senats entgegensteht, wonach - mit Rücksicht auf die unübersehbaren Möglichkeiten von Gesellschaftsvertragsänderungen und deren weittragender Bedeutung - in einem Falle, in dem, wie hier, das gesetzlich vorgesehene Einstimmigkeitsprinzip nur global beseitigt wird, im allgemeinen nicht angenommen werden kann, daß eine uneingeschränkte Unterwerfung der Minderheit unter den Willen der Mehrheit beabsichtigt sei, vielmehr für jeden einzelnen Beschlußgegenstand, für den die gesetzliche Regel nicht gelten soll, ein dahingehender Vertragswille feststellbar sein muß (vgl. u. a. BGHZ 8, 35, 41; 48, 251, 253). Diese Frage ist hier zu verneinen.

Die angeführten Grundsätze wurden bei Personenhandelsgesellschaften ausgesprochen und entwickelt,

die im wesentlichen dem gesetzlichen Leitbild entsprachen. Die Besonderheiten der Publikumsgesellschaft, die den Senat wiederholt zur Herausbildung von Rechtsgrundsätzen veranlaßten, die nicht ohne weiteres auf die gesetzliche Regelform der Kommanditgesellschaft übertragen werden können (vgl. SenUrt. v. 14. 12. 72 - II ZR 82/70, LM HGB § 132 Nr. 3; BGHZ 63, 338, 64, 238) verlangen demgegenüber auch hier Berücksichtigung. Es bedarf hierbei keiner abschließenden Entscheidung, ob und inwieweit die dort aufgezeigten Besonderheiten, die auch das vorliegende Gesellschaftsverhältnis aufweist, insbesondere der Umstand, daß die Klägerin nicht auf einen festen Mitgliederbestand und nicht auf ein besonderes Vertrauensverhältnis der Gesellschafter untereinander angelegt ist, Mehrheitsbeschlüsse rechtfertigen, die in die gesellschaftsvertraglichen Rechte eines widersprechenden Gesellschafters eingreifen oder dessen Pflichten erweitern. Bei einer derart gestalteten, als GmbH & Co. KG organisierten und zur Kapitalanlage für eine unbestimmte Vielzahl von Kommanditisten bestimmten Gesellschaft erscheint es geboten, jedenfalls einer Dreiviertelmehrheit, die der Gesellschaftsvertrag für Vertragsänderungen vorsieht, im Wege der ergänzenden Vertrausauslegung das Recht zuzuerkennen, die Fortsetzung der Gesellschaft in dem dargelegten Sinne zu beschließen. Diese Vertragsauslegung trägt auch dem Umstand Rechnung, daß in Fällen dieser Art im Regelfalle ein besonderes Interesse an dem Fortbestand der Gesellschaft besteht, weil dadurch sowohl die geschaffenen Werte als auch steuerliche Vorteile erhalten und durch eine Liquidation drohende Verluste vermieden werden können.

Dieses Ergebnis und der damit verbundene Verlust des Rechts, die Auflösung der Gesellschaft durch richterliches Urteil zu verlangen, erscheint allerdings nur dann

angemessen, wenn den überstimmten Gesellschaftern, soweit sie nicht - was nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen in Betracht käme - verpflichtet sind, einer derartigen Umgestaltung des Gesellschaftsverhältnisses zuzustimmen, das Recht zur fristlosen Kündigung gegeben wird. Das bedeutet, daß diese einerseits den Beschluß über die Fortsetzung der Gesellschaft hinnehmen müssen, andererseits aber - wie im gesellschaftsvertraglich geregelten Fall der ordentlichen Kündigung - die Möglichkeit haben, durch einfache Kündigung, die allerdings innerhalb angemessener Frist zu erklären wäre, mit sofortiger Wirkung aus der Gesellschaft auszuscheiden. Die Gesellschaftermehrheit muß insoweit die Tatsache anerkennen, daß die Mitgesellschafter der Gesellschaft nur unter den im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Bedingungen beigetreten sind und ohne ihren Willen grundsätzlich nicht an ein Gesellschaftsverhältnis gebunden werden können, das tiefgreifend umgestaltet worden ist. Da die ausscheidenden Gesellschafter nach § 17 des Gesellschaftsvertrags einen Abfindungsanspruch haben, der auf der Grundlage der tatsächlichen Werte (allerdings ohne Berücksichtigung des Firmenwerts) zu errechnen ist, sind die beiderseitigen Interessen auch insoweit voll gewahrt.

In allen übrigen Fällen, d. h. wenn über die Fortsetzung der Gesellschaft kein Gesellschafterbeschluß mit 3/4-Mehrheit zustande kommt - sei es, daß schon die Einberufung der Gesellschafterversammlung trotz zumutbarer Bemühungen nicht zu erreichen ist, sei es, daß der Gesellschafterbeschluß nicht die erforderliche 3/4-Mehrheit erhält - verbleibt es bei der gesetzlichen Regel, wonach der einzelne Gesellschafter die Auflösungsklage erheben kann und muß. Unter diesen Umständen wird die Gesellschaft zwar ebenfalls fortgesetzt. Dies ist jedoch eine Folge dessen, daß die Unerreichbarkeit des Gesell-

schaftszwecks bei der Personenhandelsgesellschaft nach der gesetzlichen Regelung nicht unmittelbar zur Auflösung führt, sondern nur einen wichtigen Grund bildet, der die Klage auf Erlaß eines Auflösungsurteils begründen kann. Im Unterschied zu der vorstehend erörterten Gestaltung, indem eine 3/4-Mehrheit die Fortsetzung der Gesellschaft beschließt, sind hier keine hinreichenden Gründe gegeben, die für eine Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 133 HGB sprechen. Bei einer Abwägung der unter aa) und bb) angeführten Gesichtspunkte gebührt dem mit § 133 HGB verfolgten Gesetzeszweck der Vorrang. Das Bedürfnis nach Rechtssicherheit und -klarheit, dem bei der auf den Rechtsverkehr mit Dritten zugeschnittenen Handelsgesellschaft mit Rücksicht auf die Verkehrssicherheit und im Hinblick auf die Belange der Gesellschafter besondere Bedeutung zukommt, verlangt hier, den einzelnen Gesellschafter, der die Bindung an die Gesellschaft und die Mitgesellschafter beenden möchte, auf diese Klage zu verweisen.

dd) Diesen Grundsätzen steht nicht die Bestimmung des § 133 Abs. 3 HGB entgegen, die eine Vereinbarung für nichtig erklärt, durch welche das Recht des Gesellschafters, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen, ausgeschlossen oder den Vorschriften des § 133 Abs. 1 und 2 HGB zuwider beschränkt wird.

Der Gesellschaftsvertrag der Klägerin führt hiernach zwar dazu, daß der einzelne Gesellschafter ein Recht zur fristlosen Kündigung oder zur Erhebung der Auflösungsklage nur dann hat, wenn er vorher Maßnahmen zur Herbeiführung einer Gesellschafterversammlung und eines Gesellschafterbeschlusses über die Frage der Fortsetzung der Gesellschaft ergriffen hat. Daraus folgt jedoch nicht, daß der einzelne Gesellschafter nur aufgrund eines

Gesellschafterbeschlusses die Auflösung der Gesellschaft oder das Ausscheiden aus der fortbestehenden Gesellschaft erreichen kann, daß insbesondere die Geltendmachung dieser Gestaltungsrechte von einem Mehrheitsbeschluß oder auch nur von der Zustimmung anderer Gesellschafter abhängig wäre. Jedem Gesellschafter bleibt vielmehr die Freiheit, die gesellschaftsvertragliche Bindung zu lösen. Die vorstehend erörterten Einschränkungen folgen allein aus den Vorschriften des § 133 Abs. 1 und 2 HGB. Sie sind das Ergebnis der hiernach erforderlichen Prüfung, ob ein wichtiger Grund vorliegt, der eine Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses rechtfertigt, und müssen demgemäß nach § 133 Abs. 3 HGB als zulässig angesehen werden. Nach der Rechtsprechung des Senats ist ein solcher Grund nur dann zu bejahen, wenn dem Gesellschafter unter Berücksichtigung aller Umstände ein Festhalten am Gesellschaftsvertrag nicht mehr zugemutet werden kann; hierbei ist auch zu prüfen, ob die Interessen des aus der Gesellschaft Strebenden durch weniger einschneidende, den Fortbestand der Gesellschaft nicht in Frage stellende Maßnahmen gewahrt werden können und diesem wenigstens eine zeitlich begrenzte Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses zugemutet werden kann. Für die Verpflichtung, eine Auflösungsklage erst dann zu erheben, wenn von den im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Möglichkeiten zur Einberufung der Gesellschafterversammlung und Herbeiführung eines entsprechenden Gesellschafterbeschlusses (über die Auflösung oder Fortsetzung der Gesellschaft) in zumutbarer Weise Gebrauch gemacht worden ist, kann nichts anderes gelten. Sie entspricht, wie dargelegt, den Besonderheiten der Publikums- und Massengesellschaft, dient dem Interesse an der Aufrechterhaltung der Gesellschaft und nutzt letztlich auch jedem einzelnen Gesellschafter. Alle Gesellschafter erhalten nämlich Gelegenheit, sich dem Verlangen des Gesellschafters, der in dieser Richtung

tätig wird, anzuschließen oder die sonst für geboten erachteten Folgerungen aus dem für alle gleichermaßen bestehenden Auflösungsgrund der Unerreichbarkeit des Gesellschaftszwecks zu ziehen.

b) Nach dem bisherigen Vorbringen der Parteien und den Feststellungen des Berufungsgerichts sind die Voraussetzungen, die ein Recht zur fristlosen Kündigung begründen könnten, nicht gegeben.

Zwischen den Parteien ist zwar unstreitig, daß einige der Gesellschafter der Klägerin eine Auffanggesellschaft gegründet haben, die treuhänderisch für alle Gesellschafter das Hotel - einen wesentlichen Teil des Gesellschaftsvermögens - übernehmen und fertigstellen sollte. Ihrem Vortrag kann jedoch nichts dafür entnommen werden, daß es sich hierbei um eine Maßnahme handelt, die auf einem wirksamen - mit 3/4-Mehrheit - zustande gekommenen Gesellschafterbeschuß beruht oder die aus sonstigen Gründen einem Fortsetzungsbeschuß in dem dargelegten Sinne gleichgestellt werden könnte. Das Berufungsgericht hat deshalb die von dem Beklagten ausgesprochene Kündigung zu Recht als unwirksam erachtet, soweit sie mit der Unerreichbarkeit des Gesellschaftszwecks begründet worden ist.

c) Nach dem Gesellschaftsvertrag der Klägerin und nach der entsprechenden Beitrittserklärung sind von der Gesamteinlage "20 % als Kommanditeinlage und 80 % als typische stille Beteiligung zu übernehmen" (§ 3 des Gesellschaftsvertrages). Daraus ergibt sich jedoch nicht, daß die vorstehend erörterten Einschränkungen nur insoweit gelten, als die Kommanditbeteiligung in Frage steht, im übrigen aber - nach den §§ 726, 723 BGB, die bei der stillen Gesellschaft ergänzend heranzuziehen sind -

angenommen werden könnte, daß das Gesellschaftsverhältnis wegen Unerreichbarkeit des Gesellschaftszwecks ohne weiteres aufgelöst ist oder jedenfalls die Befugnis, das Gesellschaftsverhältnis aus wichtigem Grunde zu kündigen, keinerlei Einschränkungen unterliegt.

Hierbei bedarf es keiner Entscheidung, ob durch die "stille Beteiligung" nach den §§ 3 und 4 des Gesellschaftsvertrages überhaupt ein Gesellschaftsverhältnis im Sinne der §§ 335 ff HGB zustande kommt oder ob diese Bestimmungen - nicht zuletzt auch mit Rücksicht auf die steuerlichen Zielsetzungen - nicht dahin zu verstehen sind, daß mit dem Beitritt eine einheitliche Kommanditbeteiligung begründet wird, und die Aufteilung der Gesamteinlage im Verhältnis 1 : 4 nur bedeutet, daß 20 % der Einlage für eine unmittelbare Haftung nach außen (Haftelinlage im Sinne der §§ 161, 162, 171, 172, 174, 175 HGB) in Betracht kommen, der Gesamtbetrag aber die Pflichteinlage des Kommanditisten darstellt. Die "stille Beteiligung" nach den §§ 3 und 4 des Gesellschaftsvertrages ist jedenfalls - im Unterschied zu einer möglichen zusätzlichen stillen Beteiligung im Sinne des § 19 des Gesellschaftsvertrages (vgl. die nachstehenden Ausführungen zu III 2) - notwendiger Bestandteil der Beitrittsverpflichtung des Kommanditisten und fest mit der Kommanditistenstellung verbunden, d. h. beide Beteiligungen können nur zusammen bestehen und insbesondere auch nicht unabhängig voneinander beendet werden.

Dem kann nicht entgegengehalten werden, damit werde der Anwendungsbereich des § 133 HGB in unzulässiger Weise vertraglich erweitert und das für die offene Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft geltende richterliche Gestaltungsrecht auf die stille Gesellschaft ausgedehnt. Der Gesellschaftsvertrag hat insoweit nur in

zulässiger Weise die Kommanditbeteiligung und die stille Beteiligung miteinander verknüpft und die Auflösung der stillen Gesellschaft davon abhängig gemacht, daß gleichzeitig die Kommanditbeteiligung beendet wird.

III. 1. Beim gegenwärtigen Prozeßstand kann der Klage nicht mit der Begründung stattgegeben werden, der Beklagte habe auch für den Fall, daß die Kündigung aus wichtigem Grunde durchgreift, den mit der Klage geltend gemachten Betrag zu zahlen.

Der Beklagte könnte dann nicht mehr auf Zahlung der Einlage in Anspruch genommen werden. Es wäre vielmehr eine Abschichtungsbilanz aufzustellen, und eine Zahlungsverpflichtung würde nur bestehen, soweit sich sein Kapitalanteil als negativ erweist, d. h. soweit die Gesellschaft in der Zeit zwischen dem Beitritt der Tempair System-GmbH, den er sich - wie dargelegt - zurechnen lassen muß, und seiner Kündigung Verluste erlitten hat und er - der Beklagte - nach dem Gesellschaftsvertrag daran teilnimmt (vgl. SenUrt. v. 14. 12. 72 - II ZR 82/70, LM HGB § 132 Nr. 3). Es liegen keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür vor, daß die bei der Klägerin unzweifelhaft eingetretenen Verluste in der entscheidenden Zeitspanne höher waren als die bisher eingezahlte Einlage. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts (BU S. 16 Abs. 2) kann dem Schreiben des Steuerberaters U. vom 28. Oktober 1974 nicht mit der erforderlichen Sicherheit und Klarheit entnommen werden, daß die in dieser Zeit entstandenen Verluste den Umfang der Einlageverpflichtung erreicht hätten.

2. Andererseits kann nach den bisherigen Feststellungen die Klage auch nicht teilweise abgewiesen werden.

Der Beklagte macht erfolglos die Aufrechnung mit angeblichen Ansprüchen aus einer "stillen Beteiligung nach § 19 e" des Gesellschaftsvertrages geltend, wonach der stille Gesellschafter mit seiner Beteiligung am Verlust der Gesellschaft nicht teilnimmt, vielmehr "zunächst - auch wenn ein Gewinn in entsprechender Höhe nicht erzielt oder ausgewiesen ist - eine Vorabvergütung von 10 % der Einlage jährlich, beginnend mit dem Geschäftsjahr 1974" erhält. Hierbei kann offenbleiben, ob - wie das Berufungsgericht meint - ein Anspruch aus § 19 e des Gesellschaftsvertrages nach Sinn und Zweck voraussetzt, daß die stille Einlage voll erbracht ist. Dem Beklagten steht deshalb kein Anspruch auf die hier vorgesehene "Vorabvergütung von 10 % der Einlage" zu, weil seine "stille Einlage" kein Beteiligungsverhältnis im Sinne des § 19 begründet hat. Diese Bestimmung bezieht sich nicht auf die Beteiligung, die der Kommanditist nach den §§ 3, 4 und 5 des Gesellschaftsvertrages bei seinem Beitritt übernommen hat (vgl. die Ausführungen zu II 2 c). § 19 regelt sowohl nach seinem - eindeutigen - Wortlaut als auch nach Sinn und Zweck den Fall, daß ein nicht an der Klägerin beteiligter Dritter ein stilles Beteiligungsverhältnis mit der Klägerin eingeht, und legt fest, daß auch Kommanditisten ein solches Beteiligungsverhältnis mit der Klägerin gesondert eingehen können. Insoweit handelt es sich um eine stille Beteiligung, die dem Grunde und der Höhe nach unabhängig von der nach den §§ 3 ff begründeten Beteiligung ist und von den Kommanditisten der Klägerin zusätzlich und freiwillig übernommen wird. Die an die Kommanditbeteiligung geknüpfte "stille Beteiligung" ist auch im übrigen klar von der besonderen stillen Beteiligung des § 19 abgesetzt mit der Folge, daß die Bestimmung des § 19 e über die Vorabvergütung auf sie keine Anwendung finden kann.

IV. Nach alledem ist das angefochtene Urteil - aus den Gründen zu II 1 - aufzuheben und die Sache im vollen Umfange zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Bei der erneuten Verhandlung werden die Parteien auch Gelegenheit haben, zu der Frage Stellung zu nehmen, ob eine fristlose Kündigung des Beteiligungsverhältnisses wegen arglistiger Täuschung angesichts des Umstandes, daß die Kommanditbeteiligung und die stille Beteiligung nur einheitlich gekündigt werden können, schon in den Schreiben vom 14. November 1973 und 8. Februar 1974 oder erst in dem Schriftsatz vom 3. Januar 1975 gesehen werden kann und insoweit die Frist des § 124 BGB eingehalten worden ist.

Stimpel

Dr. Schulze

Fleck

Dr. Kellermann

Dr. Skibbe