



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

II ZR 207/10

Verkündet am:

4. Juni 2013

Stoll

Justizhauptsekretärin

als Urkundsbeamtin

der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 138 Abs. 1 Bb, § 705

- a) Die im Gesellschaftsvertrag einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts begründete Verpflichtung einer nicht leistungsfähigen Gesellschafterin zur Rückzahlung erheblicher Beträge, die der andere Gesellschafter einlegt und die vereinbarungsgemäß dem im Interesse der Gesellschaft tätigen Ehemann der Gesellschafterin zufließen, ist nicht sittenwidrig, wenn die Ehefrau aufgrund ihrer Gesellschafterstellung ein adäquates wirtschaftliches Eigeninteresse an der mit den Zahlungen verbundenen Förderung des Gesellschaftszwecks hat.
- b) Die Beurteilung der Sittenwidrigkeit gesellschaftsvertraglicher Regelungen erfordert eine Gesamtwürdigung unter Einbeziehung aller relevanten Umstände, die zur Zeit des Vertragsschlusses gegeben sind.

BGH, Urteil vom 4. Juni 2013 - II ZR 207/10 - OLG Frankfurt in Kassel  
LG Kassel

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. Juni 2013 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bergmann, die Richterin Caliebe und die Richter Dr. Drescher, Born und Sunder für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 15. Zivilsenats in Kassel des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 14. Oktober 2010 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, deren Zweck darin besteht, Verwertungsrechte aus sicherheitstechnischen Konstruktionen und Erfindungen des Beklagten zu 2 zu nutzen. Gesellschafter sind der Unternehmer Ri. R. und die Beklagte zu 1, die Ehefrau des Beklagten zu 2. Die Klägerin begehrt den teilweisen Ausgleich des negativen Kapitalkontos der Beklagten zu 1. Die Beklagten halten dem insbesondere entgegen, dass die der Ausgleichspflicht zugrunde liegenden gesellschaftsvertraglichen Bestimmungen sittenwidrig seien.

2 R. und der Beklagte zu 2 vereinbarten zu Beginn ihrer geschäftlichen Zusammenarbeit 1996 mündlich, dass der Beklagte zu 2 seine Erfindungsvorhaben und Entwicklungsarbeiten auf dem Gebiet der Sicherheitstechnik weiterführen und hierbei von dem an einer wirtschaftlichen Verwertung interessierten R. finanziert werden solle. Über das Vermögen des Beklagten zu 2 war damals ein Konkursverfahren eröffnet. Beide Beklagten waren nicht kreditwürdig. Nachdem R. an den Beklagten zu 2 insgesamt 293.784 DM gezahlt hatte, schlossen die Parteien unter Einbeziehung der Beklagten zu 1 am 4./6. Mai 1997 eine schriftliche Vereinbarung, deren Nr. 2 auszugsweise lautet:

Alle Herstellungsrechte und Vertriebsrechte aus den Konstruktionen, Patenten und sonstigen Urheberrechten auf dem Gebiete der mechanischen, elektronisch angesteuerten und elektronisch überwachten Sicherheitstechnik werden von A. [den Beklagten] auf eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts übertragen, an der R. zu 60% (...) und Frau G. A. [die Beklagte zu 1] zu 40% (...) am Kapital, am Ertrag und am Verlust beteiligt sind. (...)

3 Der Beklagte zu 2 erschien den Beteiligten wegen des laufenden Konkursverfahrens als Gesellschafter und möglicher Zahlungsempfänger ungeeignet. Im Juni 1998 schlossen R. und die Beklagte zu 1 einen schriftlichen Gesellschaftsvertrag, der die Verhältnisse der Klägerin regelt. Geschäftsführung und Vertretung oblagen ausschließlich R. . Außerdem enthält der Vertrag (künftig: GV) unter anderem folgende Regelungen:

§ 2 Gegenstand und Zweck des Unternehmens

- (1) Der Gegenstand der GbR ist, die gemäß Vertrag vom 04. bzw. 06.05.1997 (...) auf die GbR übertragenen Verwertungsrechte zu nutzen.
- (2) Die Verwertungsrechte können ganz oder zum Teil weiterveräußert werden.

### § 3 Gesellschaftsvermögen

- (1) Die Gesellschafter bringen die Verwertungsrechte gemäß dem in § 2 (1) zitierten Vertrag in die Gesellschaft ein; eine Bewertung dieser Einlage erfolgt nicht.
- (2) Die notwendigen finanziellen Mittel für die Weiterentwicklung der Konstruktionen und Sicherung der Patente und Urheberrechte legt R. ein. Die Höhe ist variabel und wird ausschließlich von ihm bestimmt. Einmal eingelegte Mittel können auch wieder entnommen werden. Auch von R. für den Gesellschaftszweck aufgebrauchte, an D. A. [den Beklagten zu 2] und andere unmittelbar gezahlte Beträge werden als Einlage von R. in die Gesellschaft behandelt.
- (3) A. [die Beklagte zu 1] erbringt keine Bareinlage. Wenn durch Entnahmen ein negatives Kapitalkonto entsteht, so ist dieses durch Einlagen auszugleichen. Auch unmittelbar von R. an D. A. gezahlte Beträge (s. § 3 (2)) gelten als Entnahme von A.

### § 4 Beginn und Dauer der Gesellschaft

- (1) Die Gesellschaft hat am 6.5.1997 begonnen und ist auf unbestimmte Zeit geschlossen.
- (...)

### § 5 Beteiligungsverhältnisse und Gewinnverteilung

- (1) R. ist am Kapital der GbR entsprechend seiner Einlage beteiligt, die Höhe ist variabel und wird ausschließlich von R. bestimmt (s. auch § 3 (2)).
- (2) A. erbringt keine Einlage.
- (3) R. ist am Gewinn und Verlust mit 70% (...) und A. mit 30% (...) beteiligt, abweichend von der Vereinbarung vom 4.5./6.5.97.
- (4) Werden die Verwertungsrechte an eine Gesellschaft veräußert, an der A. nicht beteiligt ist, so stehen Gewinne aus laufenden Einnahmen nach der Übertragung der Verwertungsrechte nur A. zu. Die Gewinne aus der Übertragung unterliegen der Regelung nach Absatz (3).

4 Durch Vertrag vom 8. Juni 1998 veräußerte die Klägerin ihre Verwertungsrechte „mit Wirkung vom Tage der Feststellung der Serienreife des Produkts“ an die G. GmbH (künftig: G. ), deren alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer R. ist. Diesem oblag auch die Feststellung der Serienreife. Die Klägerin verpflichtete sich in § 2 des Vertrages, auch alle zukünftigen Entwicklungen, Konstruktionen und Rechte auf die G. zu übertragen. § 5 des Vertrags lautet:

Als Entgelt für die Übertragung der Rechte nach §§ 1 und 2 erhält die GbR von der GmbH

- a) eine einmalige Kaufpreiszahlung von DM 1.000.000,-- (...).
- b) eine jährlichen Lizenz von 30% (...) des jeweiligen Jahresüberschusses der G. vor Ertragssteuern und vor Abzug dieser Lizenz, soweit dieser aus der Verwertung der übertragenen Rechte herrührt.

Die Lizenz wird auf die Dauer von zehn Jahren gezahlt (...).

5 Die „Serienreife des Produkts“, von der die Wirksamkeit der Übertragung der Verwertungsrechte und damit auch deren Vergütung abhängt, wurde in der Folgezeit nicht festgestellt. Ob die den Verwertungsrechten zugrunde liegenden Erfindungen des Beklagten zu 2 brauchbar sind, ist streitig.

6 Der Vermögensstatus der Klägerin zum 31. Dezember 2004 wies für das Kapitalkonto der Beklagten zu 1 ein Minus von 1.204.684,68 € aus, das sich im Wesentlichen aus so bezeichneten Entnahmen und zu einem kleinen Teil aus Verlustanteilen zusammensetzte. Von 1997 bis 2006 flossen 1.053.975,90 € über die Beklagte zu 1 an den Beklagten zu 2, wovon nach der - bestrittenen - Darstellung der Beklagten 205.305,89 € zur Materialbeschaffung verwendet wurden. Den im Vermögensstatus der Klägerin zum 31. Dezember 2004 ausgewiesenen Endbestand bestätigte die Beklagte zu 1 durch Erklärung vom

13. März 2006. Am gleichen Tag übernahm der Beklagte zu 2 für die Ausgleichsverpflichtung die selbstschuldnerische Bürgschaft.

7 Das Landgericht hat der auf einen Teilbetrag von 200.000 € nebst Zinsen gerichteten Klage stattgegeben. Im Berufungsverfahren ergab sich, dass die Klägerin nach 2004 Gewinne schrieb. Zum 31. Dezember 2008 wurde das Kapitalkonto der Beklagten zu 1 infolge zwischenzeitlicher Gewinnzuweisungen lediglich noch mit 254.832,70 € im Minus geführt. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen. Dagegen wendet sich die Klägerin mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision.

#### Entscheidungsgründe:

8 Die Revision der Klägerin hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

9 I. Das Berufungsgericht (OLG Frankfurt, Urteil vom 14. Oktober 2010 - 15 U 124/09, juris) hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

10 Gegen die Beklagte zu 1 bestehe kein gesellschaftsvertraglicher Ausgleichsanspruch. Es sei nicht dargetan, dass die Beklagte zu 1 nicht zur Weiterleitung an den Beklagten zu 2 bestimmte Geldbeträge entnommen und damit „echte“ Entnahmen getätigt habe. Zwar sei § 3 Abs. 3 (Satz 3) GV dahin ausulegen, dass nicht nur unmittelbare Zahlungen an den Beklagten zu 2 als Entnahmen der Beklagten zu 1 gelten sollten, sondern auch und erst Recht Zah-

lungen, die an die Beklagte zu 1 zur Weiterleitung an den Beklagten zu 2 geleistet wurden. Gleichwohl bestehe die in § 3 Abs. 3 (Satz 2) GV vorgesehene Ausgleichspflicht der Beklagten zu 1 nicht, weil die in § 3 Abs. 3 Satz 2 und 3 GV getroffene Regelung sittenwidrig und damit nichtig sei (§ 138 Abs. 1 BGB).

11 Die Vertragsbestimmung enthalte eine einseitige Lastenverteilung, durch die die Beklagte zu 1 in nicht zu rechtfertigender Weise benachteiligt werde. Die Einzahlungen des R. hätten den Charakter von Vorschusszahlungen erhalten, da sie im Wesentlichen für den Beklagten zu 2 bestimmt gewesen und daher nach § 3 Abs. 2 GV als ausgleichspflichtige Entnahmen der Beklagten zu 1 zu werten seien. Demnach seien die Mittel für die Verwirklichung des Gesellschaftszwecks letztlich von der Beklagten zu 1 aufzubringen gewesen, die somit das wirtschaftliche Risiko getragen habe. Unerheblich sei, ob vereinbart gewesen sei, den Beklagten zu 2 für seine Entwicklungstätigkeit zu bezahlen. Denn die Zahlungen an ihn seien ersichtlich erforderlich gewesen, um den Gesellschaftszweck zu verwirklichen, dessen Finanzierung R. gesellschaftsvertraglich übernommen habe. Offensichtlich sei auch die Materialbeschaffung mit rund 205.000 € über den Beklagten zu 2 abgewickelt worden. Die in § 3 Abs. 3 GV getroffene Regelung führe weiter dazu, dass die in § 5 Abs. 3 GV vereinbarte Gewinn- und Verlustbeteiligung zu Lasten der Beklagten zu 1 weitgehend außer Kraft gesetzt worden sei, da die Beklagte zu 1 den durch die Zahlungen an den Beklagten zu 2 bewirkten „Verlust“ allein zu tragen habe. Die grobe Benachteiligung der Beklagten zu 1 werde durch billigenwert Interessen des R. nicht gerechtfertigt. Er trage zwar bei einem Scheitern der Gesellschaft das Insolvenzrisiko der Beklagten zu 1. Dem sei aber durch seinen überwiegenden Gewinnanteil von 70% bereits Rechnung getragen.

12 Durch die in Rede stehende Regelung sei die bei Abschluss des Gesellschaftsvertrages mittellose Beklagte zu 1 finanziell krass überfordert worden.

Den Parteien sei bekannt gewesen, dass zumindest hohe sechsstellige Beträge erforderlich wären, bevor die Klägerin Gewinne erzielen konnte. Auch angesichts der aus vorvertraglichen Zahlungen an den Beklagten zu 2 resultierenden Vorbelastungen, die sich nach dem Vermögensstatus für 1997 auf 540.000 DM und nach einem Vermerk des R. zum 15. April 1998 auf über 642.000 DM belaufen hätten, sei die Beklagte zu 1 mit Verbindlichkeiten belastet worden, zu deren Rückführung sie außerstande gewesen sei, wenn der Gesellschaftszweck nicht gewinnbringend hätte verwirklicht werden können.

13 Die in § 3 Abs. 3 GV getroffene Regelung sei auch Ausdruck einer verwerflichen Gesinnung des Gesellschafters R., der seine Interessen in krasser Weise einseitig durchgesetzt habe. Die Beklagte zu 1 habe sich in einer prekären Lage und deutlich schwächeren Verhandlungsposition befunden. Sie habe an der Verwirklichung des Gesellschaftszwecks nur ein mittelbares Interesse als Ehefrau des Beklagten zu 2 gehabt. Es ändere nichts, dass der Beklagte zu 2 durch die Zusammenarbeit mit R. in die Lage versetzt worden sei, seine Konstruktionen mit Aussicht auf Gewinn weiterzuentwickeln. Dies hätte es zwar billigenswert erscheinen lassen können, den Beklagten zu 2 entsprechend zu belasten. Eine Verlagerung der Entwicklungskosten und des wirtschaftlichen Risikos auf die an den geschäftlichen Tätigkeiten nicht beteiligte Beklagte zu 1 nur in ihrer Eigenschaft als Ehefrau des Beklagten zu 2 sei damit aber nicht zu rechtfertigen. Diese Situation sei vergleichbar mit der einer nicht leistungsfähigen Ehefrau, die in eine Darlehensaufnahme zu geschäftlichen Zwecken ihres Ehemanns als Mitdarlehensnehmerin oder - wie hier - gar alleinige Darlehensnehmerin einbezogen werde.

14 Da die Beklagte zu 1 nicht zur Zahlung an die Klägerin verpflichtet sei, fehle es für den Anspruch gegen den Beklagten zu 2 aus einer übernommenen Bürgschaft am Bestehen der Hauptschuld.

- 15                   II. Diese Beurteilung hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.
- 16                   1. Die Auslegung des § 3 Abs. 3 Satz 3 GV durch das Berufungsgericht ist allerdings frei von Rechtsfehlern und wird von den Parteien in der Revisionsinstanz auch nicht beanstandet. Danach zählen zu den Entnahmen der Beklagten zu 1, die ihr Kapitalkonto belasten und von ihr nach Maßgabe von § 3 Abs. 3 Satz 2 GV durch Einlagen auszugleichen sind, nicht nur - dem Gesellschaftszweck dienende (§ 3 Abs. 2 Satz 4 GV) - Zahlungen, die R. unmittelbar an den Beklagten zu 2 leistet, sondern auch Zahlungen, die R. an die Beklagte zu 1 zur Weiterleitung an den Beklagten zu 2 erbringt.
- 17                   2. Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht indes die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags zur Ausgleichspflicht der Beklagten zu 1 gemäß § 138 Abs. 1 BGB für nichtig gehalten. Mit der von ihm gegebenen Begründung kann eine Sittenwidrigkeit der in § 3 Abs. 3 Satz 2 und 3 GV getroffenen Regelung nicht angenommen werden.
- 18                   a) Das Berufungsgericht hat offen gelassen, ob eine gleichlautende Regelung in einem Gesellschaftsvertrag mit dem Beklagten zu 2 wirksam gewesen wäre, und maßgebend darauf abgestellt, dass die an den geschäftlichen Tätigkeiten unbeteiligte und nur mittelbar als Ehefrau interessierte Beklagte zu 1 nicht mit dem aus § 3 Abs. 3 Satz 2 und 3 GV folgenden wirtschaftlichen Risiko hätte belastet werden dürfen.
- 19                   Hierbei hat das Berufungsgericht nicht hinreichend beachtet, dass die Beklagte zu 1 als Gesellschafterin wirtschaftliche Teilhaberin von Verwertungsrechten wurde, die ursprünglich dem Beklagten zu 2 als dem Erfinder und Entwickler zustanden. Dem von ihr übernommenen Risiko stand damit die Chance gegenüber, von einer gewinnbringenden Nutzung der Verwertungsrechte anteilig zu profitieren.

- 20           aa) In diesem Punkt unterscheidet sich der Streitfall wesentlich von den - vom Berufungsgericht als vergleichbar angesehenen - Fällen der Einbeziehung einer nicht leistungsfähigen Ehefrau in eine den geschäftlichen Zwecken des Ehemanns dienende Darlehensaufnahme. Die hierzu ergangene Rechtsprechung betrifft die Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB auf von Kreditinstituten mit privaten Sicherungsgebern geschlossene Bürgschafts- oder Mithaftungsverträge, deren Sittenwidrigkeit im Regelfall bejaht wird, wenn der dem Hauptschuldner persönlich besonders nahe stehenden Sicherungsgeber finanziell krass überfordert wird, da dies die Vermutung begründet, er habe die ihn übermäßig belastende Personalsicherheit allein aus emotionaler Verbundenheit mit dem Hauptschuldner gestellt und der Kreditgeber habe dies in sittlich anstößiger Weise ausgenutzt (vgl. BGH, Urteil vom 25. Januar 2005 - XI ZR 28/04, ZIP 2005, 432, 433; Urteil vom 19. Februar 2013 - XI ZR 82/11, ZIP 2013, 664 Rn. 9).
- 21           Auch bei Sicherungsgeschäften dieser Art liegt aber eine andere Beurteilung nahe, wenn der finanziell krass überforderte Bürge oder Mitverpflichtete an dem finanzierten Objekt in einem nennenswerten Umfang beteiligt ist (vgl. BGH, Urteil vom 25. Januar 2005 - XI ZR 28/04, ZIP 2005, 432, 434; siehe auch BGH, Urteil vom 27. Mai 2003 - IX ZR 283/99, ZIP 2003, 1596, 1598). Insbesondere ist ein die Annahme der Sittenwidrigkeit hinderndes wirtschaftliches Eigeninteresse des Sicherungsgebers grundsätzlich anzunehmen, wenn der nicht nur unbedeutend beteiligte Gesellschafter einer kreditsuchenden Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder Kommanditgesellschaft für die Gesellschaft bürgt (vgl. BGH, Urteil vom 10. Dezember 2002 - XI ZR 82/02, ZIP 2003, 288, 289; Urteil vom 17. September 2002 - XI ZR 306/01, ZIP 2002, 2249, 2251).
- 22           Anders verhält es sich, wenn der Gesellschafter - für den Kreditgeber klar ersichtlich - lediglich die Funktion eines Strohmanns ohne eigene wirt-

schaftliche Interessen und finanzielle Beteiligung wahrnimmt und die Stellung eines Gesellschafters nur aus persönlicher Verbundenheit mit einer die Gesellschaft wirtschaftlich beherrschenden Person übernommen hat (vgl. BGH, Urteil vom 18. Dezember 1997 - IX ZR 271/96, BGHZ 137, 329, 337; Urteil vom 18. September 2001 - IX ZR 183/00, ZIP 2001, 1954, 1955; Urteil vom 17. September 2002 - XI ZR 306/01, ZIP 2002, 2249, 2251). Ein eigenes finanzielles Interesse an der Gesellschaftsbeteiligung fehlt dem Gesellschafter, wenn er seinen Anteil treuhänderisch hält und die Erträge aus der Gesellschafterstellung nach § 667 BGB an den Treugeber abzuführen hat (vgl. BGH, Urteil vom 18. Dezember 1997 - IX ZR 271/96, BGHZ 137, 329, 337).

23           bb) Im Streitfall hat sich das Berufungsgericht nicht mit der Frage befasst, ob die Beklagte zu 1 verpflichtet ist, Gewinnanteile, die ihr als Gesellschafterin zufließen, an den Beklagten zu 2 weiterzureichen. Eine dahingehende, für R. klar ersichtliche, Verpflichtung der Beklagten zu 1 kann auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen auch nicht unterstellt werden. Gegen die Annahme, die Beteiligten hätten einen Herausgabeanspruch des Beklagten zu 2 begründen wollen, spricht, dass die Gründung der Klägerin den Umständen nach dem Bestreben gedient haben dürfte, neben den Rechten aus den Erfindungen des Beklagten zu 2 auch die daraus erwachsenden wirtschaftlichen Vorteile vor dem Zugriff der Gläubiger des Beklagten zu 2 zu schützen, der seinerseits darauf vertraut haben mag, dass etwaige Gewinne aus der Nutzung seiner Erfindungen, die seiner Ehefrau zufließen, im Rahmen der ehelichen Lebensgemeinschaft auch ihm zugutekommen werden.

24           b) Die in § 3 Abs. 3 Satz 2 und 3 GV getroffene Ausgleichsregelung kann bei Einbeziehung des revisionsrechtlich zu unterstellenden wirtschaftlichen Eigeninteresses der Beklagten als Gesellschafterin auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen nicht als sittenwidrig angesehen werden. Die Erwägungen,

mit denen das Berufungsgericht eine einseitige Lastenverteilung und grobe Benachteiligung der Beklagten zu 1 angenommen hat, rechtfertigen die Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB schon deshalb nicht, weil sie ihrerseits nicht frei von Rechtsfehlern sind.

25           aa) Der Gesellschaftsvertrag einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann eine Ungleichbehandlung der Gesellschafter wirksam vorsehen (BGH, Urteil vom 27. September 1965 - II ZR 186/63, WM 1965, 1284, 1286; MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer, 5. Aufl., § 705 Rn. 247). Die Verlustbeteiligung einzelner Gesellschafter kann beschränkt oder ganz ausgeschlossen werden (BGH, Urteil vom 26. Januar 1967 - II ZR 127/65, WM 1967, 346, 347; MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer, 5. Aufl., § 722 Rn. 3, 5). Die Grenze zur Sittenwidrigkeit wird erst bei einer groben Ungleichbehandlung der Gesellschafter unter Ausnutzung der wirtschaftlichen Vormachtstellung des einen oder des Vertrauens und der Unerfahrenheit des anderen Teils überschritten (vgl. MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer, 5. Aufl., § 705 Rn. 134). Diese Voraussetzungen können beispielsweise bei einem auffälligen Missverhältnis zwischen dem tatsächlichen Wert einer Einlage und dem hierfür vereinbarten Wertansatz erfüllt sein, sofern weitere Umstände wie eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten hinzutreten (vgl. BGH, Urteil vom 5. Dezember 1974 - II ZR 24/73, WM 1975, 325, 327; Urteil vom 9. Mai 1988 - II ZR 247/87, WM 1988, 1370, 1373).

26           bb) Die Einschätzung des Berufungsgerichts, die Beklagte zu 1 werde durch den Gesellschaftsvertrag grob benachteiligt, begegnet jedoch durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

27           Zwar trifft es zu, dass R. sich eine 70%ige Gewinnbeteiligung einräumen ließ, während andererseits die finanziellen Mittel, die durch R. dem Be-

klagen zu 2 zur Weiterentwicklung seiner Konstruktionen unmittelbar oder über die Beklagte zu 1 zur Verfügung gestellt wurden, allein das Kapitalkonto der Beklagten zu 1 belasten und von ihr zurückzuführen sind.

28           Damit sind aber keine Umstände aufgezeigt, die einen Vergleich zwischen Leistung und Gegenleistung ermöglichen und die Annahme eines Missverhältnisses rechtfertigen würden. Auch eine anderweitige grobe Benachteiligung kann auf dieser Grundlage nicht festgestellt werden. Ausgangspunkt einer wertenden Betrachtung ist vielmehr die Überlegung, wie der Beklagte zu 2 als Erfinder bzw. die Beklagte zu 1, die an seiner Stelle den Ertrag der Erfindungen vereinnahmen soll, ohne Beteiligung des R. stünden. In diesem Fall hätten die Beklagten gleichfalls die Entwicklungskosten finanzieren und das Risiko tragen müssen, dass sich die Aufwendungen nicht amortisieren. Sie hätten außerdem für einen aufzunehmenden Kredit Zinsen zahlen müssen, während R. die in die Gesellschaft eingelegten Gelder zinslos gewährt hat. Allerdings hätten die Beklagten einen etwaigen Gewinn aus der Verwertung der Erfindungen nicht teilen müssen. Nach § 5 Abs. 3 GV beträgt der Gewinnanteil der Beklagten zu 1 lediglich 30%.

29           Eine Gegenüberstellung der jeweiligen Gewinnaussichten lässt sich aber nicht auf einen Vergleich prozentualer Gewinnbeteiligungen beschränken. Vielmehr erfordert die bei Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB vorzunehmende Gesamtwürdigung die Einbeziehung aller relevanten Umstände, die zur Zeit des Vertragsschlusses gegeben sind (vgl. BGH, Urteil vom 9. Mai 1988 - II ZR 247/87, WM 1988, 1370, 1373; Urteil vom 5. Mai 2003 - II ZR 112/01, ZIP 2003, 1442). Danach dürfte hier auch der Vertrag vom 8. Juni 1998 zwischen der Klägerin und der G. zu berücksichtigen sein, der mit dem schriftlich erklärten Einverständnis der Beklagten geschlossen wurde. Durch diesen Vertrag übertrug die Klägerin die Verwertungsrechte mit Wirkung ab Feststellung

der Serienreife des Produkts an die G. . Als Vergütung sollte ein Betrag von 1.000.000 DM gezahlt werden, wovon gemäß § 5 Abs. 3 GV 30% auf die Beklagte zu 1 entfallen würden, sowie eine als Lizenz bezeichnete jährliche Gewinnbeteiligung in Höhe von 30% für die Dauer von 10 Jahren, die nach § 5 Abs. 4 GV der Beklagten zu 1 in voller Höhe zustünde. Es ist auf Grundlage der bisherigen Feststellungen nichts dafür ersichtlich, dass die Beklagten die Verwertungsrechte - unter der Voraussetzung ihrer praktischen Nutzbarkeit - unter marktüblichen Bedingungen ohne Beteiligung des R. mit einem wesentlich besseren Ertrag hätten veräußern oder lizenzieren können. Der Umstand, dass bei Zahlung des vereinbarten Festbetrages 70% auf R. entfallen (§ 5 Abs. 3 GV) hat nur geringe Aussagekraft, da R. zugleich alleiniger Gesellschafter der G. ist, die den Betrag aufzubringen hat.

30 Es kann, wie das Berufungsgericht im Ansatz zutreffend gesehen hat, auch nicht unberücksichtigt bleiben, dass R. es übernommen hat, die Mittel, die zur Förderung des Gesellschaftszwecks an den Beklagten zu 2 fließen und für die letztlich die Beklagte zu 1 aufzukommen hat, vorzuschießen. Das Berufungsgericht hat angenommen, dem damit verbundenen Ausfallrisiko des R. sei durch dessen höheren Gewinnanteil Rechnung getragen. Darin liegt schon deshalb keine überzeugende Bewertung des - möglicherweise erheblichen - Ausfallrisikos, weil § 5 Abs. 4 GV und der mit der G. geschlossene Rechteübertragungsvertrag unberücksichtigt geblieben sind.

31 III. Das angefochtene Urteil ist demnach aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist, ist sie zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

- 32            Sollte das Berufungsgericht in der wiedereröffneten mündlichen Verhandlung zu dem Ergebnis gelangen, dass die in § 3 Abs. 3 Satz 2 und 3 GV getroffene Regelung wirksam ist, wird es sich gegebenenfalls mit der Frage zu befassen haben, ob und wann ein nach etwaigen weiteren Gewinnzuweisungen möglicherweise noch bestehender Ausgleichsanspruch der Klägerin fällig geworden ist. In § 3 Abs. 3 Satz 2 GV sind zeitliche Einschränkungen des dort begründeten Ausgleichsanspruchs zwar nicht ausdrücklich vorgesehen. Gleichwohl kann der Ausgleichsanspruch unbegründet sein, wenn und solange durch seine Geltendmachung zur Unzeit eine erfolgsversprechende, wenngleich noch nicht ertragreiche Weiterentwicklung der Konstruktionen treuwidrig vereitelt und hierdurch der Gesellschaftszweck gefährdet wird.
- 33            Vorsorglich weist der Senat auch darauf hin, dass die nach dem Vertrag der Klägerin mit der G. vom 8. Juni 1998 maßgebende „Serienreife des Produkts“ als festgestellt gilt, wenn die Serienreife nach objektivem Maßstab vorliegt und ihre Feststellung von R. treuwidrig abgelehnt wird (§ 162 Abs. 1

BGB). Auf der Grundlage der bisher getroffenen Feststellungen kann nicht davon ausgegangen werden, dass die durch R. zu treffende Entscheidung in seinem freien Belieben stehen sollte.

Bergmann

Caliebe

Drescher

Born

Sunder

Vorinstanzen:

LG Kassel, Entscheidung vom 09.06.2009 - 9 O 2658/06 -

OLG Frankfurt in Kassel, Entscheidung vom 14.10.2010 - 15 U 124/09 -