

letzte Aktualisierung: 19.4.2023

OLG Hamm, Urt. v. 1.2.2023 – 8 U 29/22

BGB §§ 314 Abs. 2, 723 Abs. 1 S. 3; HGB § 233 Abs. 2

Kündigung einer stillen Gesellschaft; Abmahnungserfordernis; Informations- und Kontrollrecht des stillen Gesellschafters

1. Der Gesellschaftsvertrag einer stillen Gesellschaft kann zur Kündigung der Gesellschaft berechtigende wichtige Gründe festlegen, die eine gegenüber § 723 Abs. 1 S. 3 BGB erleichterte Kündigung ermöglichen.
2. Das Abmahnungserfordernis nach § 314 Abs. 2 BGB gilt nicht für das gesetzliche Kündigungsrecht aus § 723 Abs. 1 S. 3 BGB, das insoweit lex specialis ist. Gleichwohl kann nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (ultima-ratio-Gedanke) eine Abmahnung erforderlich sein, wenn etwa eine weniger schwerwiegende oder erstmalige Pflichtverletzung vorliegt. Insoweit kann im Rahmen der Abwägung, ob die Kündigung zuvor anzudrohen ist, auch berücksichtigt werden, dass die Parteien die Anforderungen an den wichtigen Grund gegenüber der gesetzlichen Regelung herabgesetzt haben.
3. Die Kündigung einer stillen Gesellschaft kann auf die Verweigerung des vertraglich vereinbarten Informationsrechts des stillen Gesellschafters gestützt werden.
4. Zur Auslegung einer vertraglichen Klausel über Informations- und Kontrollrechte des stillen Gesellschafters.

Oberlandesgericht Hamm, 8 U 29/22

Datum: 01.02.2023
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 8. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 8 U 29/22
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2023:0201.8U29.22.00

Vorinstanz: Landgericht Dortmund, 10 O 43/21
Schlagworte: stiller Gesellschaft, Kündigung, wichtiger Grund, Abmahnung, Informationsrechte, Auslegung von Vertragsklauseln
Normen: BGB §§ 133, 157, 314 Abs. 2, 716, 723 Abs. 1 S. 3; HGB §§ 233 Abs. 2, 234 Abs. 1 S. 2
Leitsätze:
1. Der Gesellschaftsvertrag einer stillen Gesellschaft kann zur Kündigung der Gesellschaft berechtigende wichtige Gründe festlegen, die eine gegenüber § 723 Abs. 1 S. 3 BGB erleichterte Kündigung ermöglichen.
2. Das Abmahnerefordernis nach § 314 Abs. 2 BGB gilt nicht für das gesetzliche Kündigungsrecht aus § 723 Abs. 1 S. 3 BGB, das insoweit lex specialis ist. Gleichwohl kann nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (ultima-ratio-Gedanke) eine Abmahnung erforderlich sein, wenn etwa eine weniger schwerwiegende oder erstmalige Pflichtverletzung vorliegt. Insoweit kann im Rahmen der Abwägung, ob die Kündigung zuvor anzudrohen ist, auch berücksichtigt werden, dass die Parteien die Anforderungen an den wichtigen Grund gegenüber der gesetzlichen Regelung herabgesetzt haben.
3. Die Kündigung einer stillen Gesellschaft kann auf die Verweigerung des vertraglich vereinbarten Informationsrechts des stillen Gesellschafters gestützt werden.
4. Zur Auslegung einer vertraglichen Klausel über Informations- und Kontrollrechte des stillen Gesellschafters.

Tenor: Die Berufung der Klägerin gegen das am 09.02.2022 verkündete Urteil des Landgerichts Dortmund wird zurückgewiesen.
Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.
Dieses und das angefochtene Urteil sind vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in

Höhe von 110% des aufgrund der Urteile vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe	1
I.	
Die Parteien streiten über die Wirksamkeit der vom Beklagten aus wichtigem Grund erklärten Kündigung einer zwischen ihnen vereinbarten stillen Gesellschaft.	2
1.	
Der Beklagte ist seit 1979 als Unternehmensberater mit Kompetenz- und Tätigkeitsschwerpunkten im kommunalen Bereich tätig.	3
2017 fassten der Geschäftsführer der Klägerin und der Beklagte den Plan, eine Gesellschaft für die Beratung kommunaler Wirtschaftsförderung zu gründen. Zur Verwirklichung dieses Vorhabens gründete der Geschäftsführer der Klägerin die Klägerin mit einem Stammkapital von 25.000 €. Die Klägerin und der Beklagte schlossen am 01.09.2017 einen Vertrag über eine stille Gesellschaft und einen Beratungsvertrag.	4
In dem Vertrag über eine stille Gesellschaft vereinbarten sie u.a. Folgendes:	5
„§ 3 Einlage	6
Der stille Gesellschafter leistet eine Einlage von EUR 75.000,00. Die Einlage ist sofort fällig.	7
§ 4 Geschäftsführung	8
1. Die Geschäftsführung steht allein der Inhaberin zu.	9
2. Die Inhaberin darf jedoch folgende Maßnahmen nur mit Zustimmung des stillen Gesellschafters vornehmen:	10
a) die Änderung des Gegenstands des Unternehmens,	11
b) die vollständige oder teilweise Einstellung des Geschäftsbetriebes,	12
c) die Veräußerung oder Verpachtung des Unternehmens oder eines Teils des Unternehmens,	13
d) die Übernahme von Bürgschaften, Schuldversprechen und Garantien, soweit es sich nicht um gewöhnliche zum Betrieb des Handelsgewerbes des Inhabers gehörende Geschäfte handelt.	14
(...)	15
§ 9 Informations- und Kontrollrechte des stillen Gesellschafters	16

1. Über § 233 HGB hinaus stehen dem stillen Gesellschafter Informations- und Kontrollrechte gemäß § 716 BGB zu und zwar auch nach Beendigung der Gesellschaft in dem zur Überprüfung des Auseinandersetzungsguthabens erforderlichen Umfang.	17
(...)	18
§ 12 Kündigung der Gesellschaft	19
1. Die ordentliche Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses wird bis zum 31.03.2023 ausgeschlossen.	20
2. Sowohl die Inhaberin wie auch der stille Gesellschafter können vor dem nach Abs. 1 genannten Termin die Beteiligung mit einer Kündigungsfrist von zwei Monaten zum Ende eines Geschäftsjahres kündigen, wenn der Beratervertrag mit dem stillen Gesellschafter beendet wird.	21
3. Die fristlose Kündigung aus wichtigem Grund bleibt beiden Seiten vorbehalten. Ein wichtiger Grund liegt insbesondere vor, wenn	22
a) ein Gesellschafter gegen seine Pflichten aus diesem Vertrag oder seine gesellschaftsrechtliche Treuepflicht verstößt;	23
...“	24
In dem Beratungsvertrag haben die Parteien u.a. Folgendes vereinbart:	25
„§ 1 Vertragsgegenstand	26
Herr A1 wird für die Gesellschaft als freier Berater tätig. Er führt selbstständig Projekte für Kunden im Bereich der Wirtschaftsförderung durch. Dabei gestaltet er Vertragsschluss, Inhalt und Ablauf der Projekte völlig frei mit dem Ziel der Gewinnerzielung für die Gesellschaft.	27
§ 2 Vertragsdauer	28
Der Vertrag beginnt am 01.09.2017 und endet am 31.03.2023.	29
§ 3 Kündigung	30
Die ordentliche Kündigung während der festgelegten Vertragsdauer (§ 2) ist ausgeschlossen. Der Vertrag ist aber jederzeit aus wichtigem Grund fristlos kündbar. Die Kündigung bedarf der Schriftform.	31
(...)	32
§ 7 Konkurrenzerlaubnis	33
Herr A1 rechnet seine Tätigkeit als freiberuflicher Berater ab. Herr A1 erklärt, dass er auch für weitere Auftraggeber tätig ist. Die Gesellschaft gestattet ihm ausdrücklich, auch für andere Auftraggeber tätig zu sein.“	34
Eine Regelung über Informations- oder Einsichtsrechte des Beklagten als Berater enthält der Vertrag nicht.	35
Das damalige Beraterteam des Beklagten, bestehend aus drei fest angestellten Mitarbeitern und einem freiberuflichen Mitarbeiter, wurde 2017 bei der Klägerin eingestellt. Der Beklagte war zunächst nach dem Vertragsschluss 2017 und bis ins Jahr 2020 in	36

erheblichem Umfang als Berater für die Klägerin tätig. Von der im Beratungsvertrag vorgesehenen Möglichkeit, (konkurrierend) für andere Auftraggeber tätig zu sein, hat er nur in begrenztem Umfang Gebrauch gemacht, wobei das Ausmaß zwischen den Parteien streitig ist.

Bis etwa Oktober 2020 erhielt der Beklagte Einblick in die Geschäftsverhältnisse und Unterlagen der Klägerin. Er erhielt die monatlichen betriebswirtschaftlichen Auswertungen (BWA) über die Kosten- und Ertragslage der Klägerin und besprach regelmäßig gemeinsam mit dem Geschäftsführer der Klägerin die Liquiditäts- und Forecast-Planungen. Er konnte zu jeder Zeit Einsicht in die Buchhaltungsunterlagen und Planungen nehmen und hatte Einblick in die Ist-Zahlen mit Kontoständen und Rechnungen. 37

Im Laufe des Jahres 2020 kam es zwischen den Parteien zu Konflikten. 38

Am 30.11.2020 gründete der Beklagte gemeinsam mit C die AC GmbH, die ihren Geschäftssitz im selben Gebäudekomplex hat wie die Klägerin. Ihr Gegenstand ist die Beratung von Kommunen, Unternehmen und Institutionen sowie die Durchführung von Seminaren. Sie ist im selben Geschäftsfeld tätig wie die Klägerin. 39

Mit Schreiben vom 09.01.2021 und mit einer weiteren E-Mail von diesem Tag kündigte der Beklagte den Beratungsvertrag fristlos. 40

Jedenfalls ab Mai 2021 stritten die Parteien darüber, ob und inwieweit der Beklagte als stiller Gesellschafter von der Klägerin Information und Einsicht begehren kann. Der Beklagte machte per E-Mail vom 25.5.2021 und vom 26.5.2021 sowie per Brief vom 02.06.2021 (Anlage K4) das Informationsrecht gem. § 9 Abs. 1 Gesellschaftsvertrag geltend und schlug für die Einsicht eine Terminauswahl vor. Die Klägerin bestritt das geltend gemachte Informationsrecht per E-Mail vom 27.05.2021 und Schreiben vom 07.06.2021 (Anlage K5). Daraufhin kündigte der Beklagte die Gesellschaft mit Schreiben vom 12.06.2021 (Anlage K6) unter Berufung auf § 12 Nr. 3a Gesellschaftsvertrag aus wichtigem Grund und verlangte Zahlung des Abfindungsguthabens. 41

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, die Kündigung sei unwirksam, weil ein wichtiger Grund zur Kündigung nicht vorgelegen habe. Sie hat gemeint, dem Beklagten habe ein unbeschränktes Informationsrecht nach § 716 BGB während der Vertragslaufzeit nicht zugestanden. § 9 Abs. 1 gewähre nur ein nachvertragliches Informationsrecht zur Überprüfung des Auseinandersetzungsguthabens. Das ergebe sich aus dem Wortlaut, sei aber auch wegen der Wettbewerbssituation zwischen den Parteien folgerichtig. Die Verweigerung der Information sei daher keine Pflichtverletzung. Soweit sie dem Beklagten früher Einsicht und Auskunft gewährt habe, sei das im Rahmen des Beratungsvertrags erfolgt. Ein umfassendes Informationsrecht gem. § 716 BGB sei für stillen Gesellschafter auch nicht üblich. 42

Im Übrigen habe aber jedenfalls kein wichtiger Grund vorgelegen, der eine außerordentliche Kündigung rechtfertige. Die Verletzung der Informationspflicht sei nicht schwerwiegend, der Beklagte habe die Klägerin entgegen § 314 Abs. 2 BGB auch nicht abgemahnt. 43

Die Klägerin hat beantragt, 44

festzustellen, dass der von der Klägerin und dem Beklagten geschlossene Vertrag über eine stille Gesellschaft vom 01.09.2017 (Anl. K1 zur Klageschrift) bestehe, 45

hilfsweise (für den Fall, dass die Festlaufzeit des Vertrages über eine stille Gesellschaft im entscheidungserheblichen Zeitpunkt abgelaufen ist und die mit dem Hilfsantrag begehrte Feststellung nach Auffassung des Gerichts in diesem Fall auf der Grundlage des 46

Hauptantrages deshalb nicht in Betracht komme, weil der Vertrag über eine stille Gesellschaft im entscheidungserheblichen Zeitpunkt wegen Ablaufs der vereinbarten Festlaufzeit nicht mehr bestehe),

festzustellen, dass der von der Klägerin und dem Beklagten geschlossene Vertrag über eine stille Gesellschaft vom 01.09.2017 (Anl. K1 zur Klageschrift) bis zum 31.03.2023 bestanden habe. 47

Der Beklagte hat beantragt, 48

die Klage abzuweisen. 49

Der Beklagte hat die Ansicht vertreten, § 9 Abs. 1 Gesellschaftsvertrag gewähre ihm ein vertragliches (nicht nur nachwirkendes) Informationsrecht. Dessen beharrliche Verletzung rechtfertige die Kündigung aus wichtigem Grund. 50

2.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, die Verletzung des Informationsrechts nach § 9 Abs. 1 Gesellschaftsvertrag stelle einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung der stillen Gesellschaft dar. Das Informationsrecht sei nach dem Wortlaut der Regelung begründet, im Übrigen aber auch nicht unüblich. Die Wettbewerbssituation zwischen den Parteien, die im Beratungsvertrag bestätigt und konsentiert gewesen sei, rechtfertige nichts anderes. 51

3.

Mit ihrer Berufung verfolgt die Klägerin ihr Begehrn weiter. Zur Begründung wiederholt und vertieft sie ihren erstinstanzlichen Vortrag. Entgegen der Auffassung des Landgerichts sei der Wortlaut von § 9 Abs. 1 nicht eindeutig. Die Vereinbarung begründe für die Laufzeit des Vertrages nur ein eingeschränktes Informationsrecht. Ein umfassendes Informationsrecht während der Vertragslaufzeit sei unüblich und hätten die Parteien anders formuliert. Es wäre mit Rücksicht auf die Wettbewerbssituation der Parteien auch zweckwidrig. Dafür habe aber auch kein Bedarf bestanden, da der Beklagte aufgrund des Beratungsbedarfs die für die Beratung erforderlichen Informationen erhalte. Für die Wahrnehmung seiner Rechte als stiller Gesellschafter reichten die (nicht nach § 716 BGB erweiterten) gesetzlichen Rechte. Im Übrigen wären weitergehende Informationsrechte in einer Wettbewerbssituation, wie sie zwischen den Parteien bestanden habe, nach § 242 BGB einzuschränken. Letztlich könne das dahinstehen, da die Kündigung mangels Abmahnung (§ 314 Abs. 2 BGB) unwirksam sei. Die Abmahnung sei auch nicht entbehrlich, insbesondere habe sie - die Klägerin - nicht ernsthaft und endgültig die Leistung (Information) verweigert. 52

Die Klägerin beantragt, 53

das Urteil des Landgerichts Dortmund vom 09.02.2022, Az. 10 O 43/21, abzuändern und festzustellen, dass der von der Klägerin und dem Beklagten geschlossene Vertrag über eine stille Gesellschaft vom 01.09.2017 (Anlage K 1) besteht; 54

hilfsweise: 55

das Urteil des Landgerichts Dortmund vom 09.02.2022, Az. 10 O 43/21, abzuändern und festzustellen, dass der von der Klägerin und dem Beklagten geschlossene Vertrag über 56

eine stille Gesellschaft vom 01.09.2017 (Anlage K 1) bis zum 31.03.2023 bestanden hat.	
Der Beklagte beantragt,	57
die Berufung zurückzuweisen.	58
Er tritt der Berufungsbegründung entgegen und verteidigt das landgerichtliche Urteil.	59
II.	
Die fristgerecht eingelegte und begründete Berufung ist unbegründet.	60
1.	
Die Klage ist zulässig. Das Gesellschaftsverhältnis des Beklagten zu der Klägerin ist ein Rechtsverhältnis i.S.v. § 256 ZPO. Ein Feststellungsinteresse der Klägerin ist zu bejahen; OLG München, NJW-RR 1995, 485. Der Beklagte bestreitet das (Fort-)Bestehen des Gesellschaftsverhältnisses nach seiner Kündigung. Eine vorrangige Leistungsklage steht der Klägerin nicht zu Gebote. Aus dem Gesellschaftsverhältnis können eine Vielzahl von wechselseitigen Rechten und Pflichten fließen, deren Einzeldurchsetzung nicht sinnvoll möglich ist. Die Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung des Beklagten wäre zwar ebenfalls möglich (OLG München BeckRS 2015, 18620), ist aber nicht vorrangig.	61
2.	
Die Klage ist aber unbegründet. Da die vom Beklagten erklärte Kündigung vom 12.06.2021 wirksam ist, besteht die stille Gesellschaft zwischen den Parteien nicht mehr.	62
a) Kündigungsgrund	
Der Beklagte hat nach § 12 Abs. 3 lit. a) Gesellschaftsvertrag das Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund. Die Vorschrift enthält eine gegenüber § 234 Abs. 1 S. 2 HGB i.V.m. § 723 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 BGB selbständige Definition des wichtigen Grundes. Ein wichtiger Grund liegt danach nicht erst dann vor, „wenn ein (...) Gesellschafter eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrag obliegende wesentliche Verpflichtung vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit verletzt hat“ (wie es § 723 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 BGB formuliert), sondern bereits unter der erleichterten Voraussetzung, dass „ein Gesellschafter gegen seine Pflichten aus diesem Vertrag oder seine gesellschaftsrechtliche Treuepflicht verstößt“. Eine solche Erleichterung des Kündigungsrechts ist nach § 234 Abs. 1 S. 2 HGB i.V.m. § 723 Abs. 3 BGB zulässig; Staudinger/Habermeier (2003), § 723 BGB Rn. 43.	63
Allerdings bedarf diese Vereinbarung der Auslegung. Insbesondere könnte mit der Verwendung des etablierten Fachbegriffs „wichtiger Grund“ auch schlicht eine Verweisung auf die gesetzliche Regelung von § 234 Abs. 1 S. 2 HGB i.V.m. § 723 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 BGB gemeint sein. Dagegen spricht jedoch, dass die Parteien – in einer für stille Beteiligungen nicht unüblichen Weise – in lit. a) bis e) einzelne Gründe aufgeführt haben, unter denen ein wichtiger Grund „insbesondere vor(liegt)“, und dabei von der gesetzlichen Formulierung abgewichen sind. Der damit vereinbarte Mittelweg einer festen Laufzeit bei gleichzeitiger Erleichterung der Möglichkeit zur außerordentlichen Kündigung entspricht der besonderen Interessenlage der Parteien. Ihre Zusammenarbeit war in Gesellschafts-	64

und Beratungsvertrag mit einem starken persönlichen Einschlag versehen. Dem trägt eine Erleichterung der außerordentlichen Kündigung Rechnung.

Da auch nach § 12 Abs. 3 Gesellschaftsvertrag ein „wichtiger Grund“ erforderlich ist und die Parteien eine Befristung der Gesellschaft vereinbart haben, sie also durchaus stabilisieren wollten, ist die Regelung allerdings auch hier so zu verstehen, dass die Kündigung ultima ratio ist und in einer Abwägung aller betroffenen Interessen zu prüfen ist, ob ein Festhalten am Vertrag für die vereinbarte Mindestlaufzeit zumutbar war. Daher kann nicht schlechthin jede – auch nur geringste – Pflichtverletzung die Kündigung rechtfertigen. Dafür, dass insoweit ein gewisses Gewicht zu verlangen ist, spricht auch die von der Regelung hergestellte Gleichwertigkeit von Pflichtverletzung und Treuepflichtverletzung. Ebenso wie nach der gesetzlichen Regelung ist der Begriff des wichtigen Grundes dahin zu verstehen, dass ein Verschulden nicht vorausgesetzt wird; zur gesetzlichen Regelung Erman/Westermann, § 723 BGB Rn. 11; Erman/Böttcher, § 314 BGB Rn. 4d; Erman/Riesenhuber, § 626 BGB Rn. 38. Das bedeutet freilich nicht, dass das Verschulden keine Rolle spielt. Es kann für die Feststellung des wichtigen Grundes im Rahmen der gebotenen Abwägung im Einzelfall durchaus berücksichtigt werden.

Entgegen der Ansicht der Klägerin ist aber ein Abmahnungserfordernis nach § 314 Abs. 2 BGB nicht begründet. Bereits das gesetzliche Kündigungsrecht von § 723 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 BGB ist *lex specialis* und verdrängt als solches § 314 BGB; so unzweideutig BT-Drs. 14/6040, S. 177; ferner BeckOGK/Lübbe, § 723 BGB Rn. 6. Allerdings kann nach dem ultima-ratio-Gedanken auch nach § 723 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 BGB eine Abmahnung der Sache nach erforderlich sein. Das ist insbesondere der Fall, wenn eine weniger schwerwiegende oder erstmalige Pflichtverletzung vorliegt; OLG Frankfurt a.M., NJOZ 2020, 1394 Rn. 20; MünchKommBGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, § 723 Rn. 31. Vorliegend ist aber zu beachten, dass die Parteien die Kündigungsmöglichkeit im Vergleich mit der gesetzlichen Regelung erleichtert haben. Mit dieser Regelung wäre es unvereinbar, wenn man sie über das grundsätzliche Abmahnungserfordernis von § 314 Abs. 2 BGB wieder erschweren würde. Ein Abmahnungserfordernis kann sich vielmehr nur im Einzelfall aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip (ultima ratio) ergeben und im Rahmen der Abwägung zu würdigen sein (s. u.).

b) Pflichtverletzung

Die Klägerin hat die gesellschaftsvertragliche Informationspflicht aus § 9 Abs. 1 schulhaft verletzt. 67

aa) *Informationsrecht des Beklagten* 68

Der Beklagte hatte gegen die Klägerin Anspruch auf Information gem. § 716 BGB. 69

(1) Gemeinsamer Wille

Dagegen lässt sich entgegen dem Berufungsvortrag der Klägerin nicht anführen, die Vereinbarung von § 9 Abs. 1 Gesellschaftsvertrag habe dem Beklagten nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien allein zur Überprüfung des Auseinandersetzungsguthabens zustehen sollen. Allerdings richtet sich die Vereinbarung nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien, und zwar auch dann, wenn dieser im Wortlaut selbst nicht zum Ausdruck kommt, § 133 BGB; Soergel/Riesenhuber, 14. Aufl. 2023, § 133 BGB Rn. 25 m.w.N. Den von ihr behaupteten gemeinsamen Willen hat der Beklagte bestritten und hat die Klägerin auch nicht tauglich unter Beweis gestellt. Es ist bereits nicht erkennbar, wie die Vernehmung des Geschäftsführers der Klägerin als Partei

über den gemeinsamen (!) Willen beider Parteien Aufschluss geben sollte. Zudem liegen die Voraussetzungen der §§ 447, 448 ZPO nicht vor, da der Beklagte der Parteivernehmung des Geschäftsführers der Klägerin als Beweisführerin nicht zugestimmt hat und eine Parteivernehmung von Amts wegen nicht in Betracht kommt, da die behauptete Tatsache auch nach dem Ergebnis der Anhörung des Geschäftsführers der Klägerin durch den Senat nicht „anbewiesen“ ist.

Letztlich können diese Fragen indes dahinstehen. Denn der Geschäftsführer der Klägerin hat in der mündlichen Verhandlung erklärt, er habe sich zu der Vereinbarung zu § 9 Abs. 1 Gesellschaftsvertrag vor oder bei Vertragsschluss keine Gedanken gemacht. Er hat weiter bekundet, die Vereinbarung zu § 9 Gesellschaftsvertrag habe „damals A1 (der Beklagte) entworfen“. Der Beklagte hat dazu ausgeführt, die Formulierung sei einem besonderen Informationsinteresse während der laufenden Beteiligung geschuldet gewesen. Demnach bestand der von der Klägerin anfänglich geltend gemachte gemeinsame Wille nicht, die Regelung habe nur dem Prüfungsinteresse des Beklagten im Hinblick auf das Auseinandersetzungsguthaben gedient.

Daher kommt es auf die Auslegung der Vereinbarung von § 9 Abs. 1 Gesellschaftsvertrag nach §§ 133, 157 BGB an. 72

(2) Wortlaut

Der Wortlaut der Vereinbarung spricht für ein Informationsrecht des Beklagten. Allerdings ist die Formulierung, worauf die Klägerin zu Recht hinweist, nicht „eindeutig“. Schon grundsätzlich ist darauf hinzuweisen, dass „Eindeutigkeit“ durch das Wortlautkriterium nicht zu begründen ist; ob eine Vereinbarung „eindeutig“ ist, kann sich nur unter Heranziehung sämtlicher Kriterien als Ergebnis der Auslegung erweisen; Soergel/Riesenhuber, § 133 BGB Rn. 31. Man kann sie zum einen dahin verstehen, dem Beklagten solle ein Informationsrecht während der Laufzeit zustehen und (zu dem eingeschränkten Zweck der Überprüfung des Auseinandersetzungsguthabens) auch nach deren Beendigung. Möglich ist aber auch das Verständnis, das Informationsrecht sei ausschließlich für die Zeit nach der Beendigung vereinbart. Allerdings ist die letztere Auslegung schon nach dem Wortlaut weniger plausibel. Hätten die Parteien ein auf die Zeit nach Beendigung beschränktes zusätzliches Informationsrecht vereinbart, so hätten sie diese Beschränkung zur Hervorhebung an den Anfang gestellt („Nach Beendigung ...“). Weiterhin hätten sie dann auf nicht auf § 233 HGB Bezug genommen („Über § 233 HGB hinaus ...“), der zwar noch in der Liquidation anwendbar ist, aber nicht mehr nach Beendigung; Hopt/Roth, HGB Kommentar (41. Aufl. 2022), § 233 HGB Rn. 2. Außerdem hätten sie bei einer auf die Zeit nach Beendigung beschränkten Anwendung auf das Adverb „auch“ verzichtet, das nun gerade darauf hindeutet, dass die Vereinbarung nicht nur nach Beendigung gelten soll, sondern „auch“ schon vorher.

Der Wortlaut spricht weiterhin auch gegen die Annahme der Klägerin, das Informationsrecht sei – egal zu welchem Zeitpunkt – stets nur zu dem beschränkten Zweck vereinbart, das Auseinandersetzungsguthaben zu überprüfen. Wenn man davon ausgeht, dass der Beklagte schon während der Vertragslaufzeit Anspruch auf Information hat (wofür, wie dargelegt, bereits der Wortlaut spricht), ergibt eine solche Zweckbeschränkung für diese Zeit keinen Sinn, da ein Auseinandersetzungsguthaben erst nach Beendigung in Betracht kommt. Vor Beendigung des Vertrags könnte es allenfalls um die „Berechnung“ oder „Ermittlung“ des Auseinandersetzungsguthabens gehen, von der aber in § 9 Abs. 1 Gesellschaftsvertrag nicht die Rede ist.

(3) Entstehungsgeschichte (Zusammenhang mit dem Beratungsvertrag)

Aus der Entstehungsgeschichte der Vereinbarung ergibt sich nichts anderes. Die Klägerin verweist insoweit im Ergebnis ohne Erfolg darauf, der Beklagte habe bereits nach dem Beratungsvertrag Informationsrechte gehabt, so dass zusätzliche gesellschaftsvertragliche Informationsrecht unnötig gewesen seien. Tatsächlich kann man zum Verständnis des Gesellschaftsvertrags zwar auch den am selben Tag zwischen den Parteien geschlossenen Beratungsvertrag mit heranziehen, da alles dafür spricht, dass die Parteien die Verträge in einem wirtschaftlichen Zusammenhang gesehen haben. Allerdings gibt der Beratungsvertrag insofern keinen Aufschluss. Dort ist zunächst schon kein Informationsrecht des Beklagten geregelt. Ein aus dem Zweck des Beratungsvertrags abgeleitetes Informationsrecht des Beklagten in seiner Funktion als Berater (§§ 259 f., 242 BGB) hätte aber auch einen ganz anderen Inhalt als das Informationsrecht des Beklagten als Gesellschafter. Es wäre auf die für Abschluss und Durchführung des jeweiligen Beratungsvertrags erforderlichen Informationen beschränkt, während das Informationsrecht des Gesellschafters auf die wirtschaftlichen Kennzahlen der Gesellschaft gerichtet ist.

75

Im Rahmen der Entstehungsgeschichte kann ferner die – auch vom Landgericht bereits angesprochene – „Üblichkeit“ einer solchen Vereinbarung zu berücksichtigen sein. In der Tat ist die Erweiterung der Informationsrechte durch Bezugnahme auf § 716 BGB im Vertrag über eine Stille Gesellschaft verbreitet. Das ist dem Senat aus seiner Tätigkeit gerichtsbekannt und damit offenkundig i.S.v. § 291 ZPO. Für die (hier nicht vorliegende) atypische Stille Gesellschaft wird die Anwendbarkeit von § 716 BGB in Formularbüchern und Musterverträgen geradezu standardmäßig vorgesehen; Formularbuch Recht und Steuern/*Kolberg* (10. Aufl. 2021), 14.01 § 5 Abs. 1. Aber auch für die typische Stille Gesellschaft wird die Beratungspraxis auf die Möglichkeit der vertraglichen Erweiterung hingewiesen; Formularbuch Recht und Steuern/*Kolberg*, 14.00, Erläuterungen zu § 4; *Lorz/Pfister/Gerber/Messerschmidt*, Beck'sches Formularbuch GmbH-Recht (1. Aufl. 2010), Nr. 1 Anm. 9; *MünchKommHGB/K. Schmidt* (4. Aufl. 2019), § 230 HGB Rn. 16.

76

(4) Zweck

Nach dieser Gestaltung dienten die erweiterten Informationsrechte allerdings, worauf die Klägerin mit Recht hinweist, nicht den Geschäftsführungsinteressen des Beklagten (der nach dem Vertrag von der Geschäftsführung ausgeschlossen war und auch nur in begrenztem Umfang Mitwirkungsrechte hatte; § 4 Gesellschaftsvertrag). Sie haben aber ihren guten Sinn im Hinblick auf sein Investitionsinteresse, wie der Beklagte bei seiner Anhörung durch den Senat nachvollziehbar bekundet hat. Angesichts seiner stillen Beteiligung mit einer Einladung, die das Stammkapital deutlich überstieg, sei für ihn von erheblicher Bedeutung gewesen, die wirtschaftliche Entwicklung der Klägerin eng zu kontrollieren. Als solche hingen die von ihm verlangten Informationen auch nicht vom Umfang seiner Beratungstätigkeit ab. Das entspricht der Lozierung der Regelung im Gesellschaftsvertrag, nicht im Beratungsvertrag.

77

Diesem Zweck steht auch das von der Klägerin hervorgehobene Konkurrenzverhältnis nicht entgegen, das nach der Regelung im Beratungsvertrag von Anfang an bestand und sich nach den Kontroversen der Parteien ab Ende 2020 stärker ausbildete. Das Informationsrecht ist primär auf die wirtschaftlichen Kennzahlen und Daten des Unternehmens gerichtet, insbesondere die betriebswirtschaftlichen Auswertungen. Aber auch soweit das Informationsrecht Gegenstände betrifft, die das Konkurrenzverhältnis der Parteien betreffen können, ist es nicht von vornherein ausgeschlossen. Insoweit kam durchaus eine punktuelle Einschränkung in Betracht, sei es in Form des (auch von der Klägerin angesprochenen) Wirtschaftsprüfervorbehals oder in Form eines punktuellen Anspruchsausschlusses (z.B. für das für eine bestimmte Ausschreibung gemachte Gebot).

78

(5) Vertragspraxis als Indiz

Auch aus der Vertragspraxis der Parteien ergibt sich nichts anderes. Die Vertragspraxis ist für die Auslegung ohnehin nur insoweit von einer indiziellen Bedeutung, als sie den Rück-Schluss auf das anfänglich Gewollte erlaubt; Soergel/Riesenhuber, § 133 BGB Rn. 74. Wenn die Klägerin dem Beklagten über Jahre die betriebswirtschaftlichen Auswertungen sowie die Liquiditäts- und Forecast-Planungen übermittelt hat, deutet das darauf hin, dass die Parteien in § 9 Abs. 1 Gesellschaftsvertrag die Geltung von § 716 BGB (gerade auch) für die Vertragslaufzeit gewollt haben. Insbesondere lässt sich diese Informationspraxis nicht als Ausführung des Beratungsvertrags erklären, da nicht erkennbar ist, welche Bedeutung die betriebswirtschaftlichen Informationen über die Klägerin für die Ausführung von Beratungsaufträgen haben sollten.

79

(6) Auslegungsergebnis

Wortlaut, Entstehungsgeschichte und Zweck von § 9 Abs. 1 Gesellschaftsvertrag, aber auch die Vertragspraxis sprechen daher dafür, dass die Parteien auch während der Laufzeit des Vertrags das umfassende Informationsrecht des § 716 BGB vereinbart haben.

80

bb) Pflichtverletzung

81

(1) Nichterfüllung

Die Klägerin hat das Informationsrecht des Beklagten verletzt, indem sie sich ungeachtet der wiederholten Aufforderungen des Klägers weigerte, ihm die begehrten Informationen zu geben.

82

(2) Keine Ausnahme nach § 242 BGB

Die Weigerung der Beklagten lässt sich auch nicht mit einer Einschränkung des Informationsrechts nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) rechtfertigen. Zwar kommt eine Einschränkung in Betracht, soweit die Informationen im Einzelfall Gegenstände betrafen, die im Wettbewerb der Klägerin zum Beklagten von erheblicher Bedeutung sind; Münchener Kommentar BGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, § 716 BGB Rn. 7. Die Klägerin nennt insoweit das Beispiel von Angebotsunterlagen für eine Ausschreibung, in der die Parteien konkurrieren. Indessen hat sie sich zu keinem Zeitpunkt auf eine so begründete punktuelle Ausnahme berufen, sondern vielmehr geltend gemacht, dem Beklagten stehe das Informationsrecht insgesamt nicht zu. Das war von § 242 BGB jedenfalls nicht gestützt.

83

cc) Abwägung

84

Die Pflichtverletzung der Klägerin stellte einen wichtigen Grund dar, der den Beklagten nach § 9 Abs. 1 Gesellschaftsvertrag zur Kündigung berechtigte.

85

Das Vorliegen eines wichtigen Grundes ist in Abwägung der Interessen der Parteien mit Rücksicht darauf zu begründen, ob dem Betroffenen (Kündigenden) ein Festhalten am Vertrag bis zum Ablauf der Mindestlaufzeit zuzumuten ist. Dabei sind sämtliche Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, insbesondere die Bedeutung der verletzten Pflicht, das Gewicht der Pflichtverletzung, die subjektive Vorwerfbarkeit, die zu erwartende Abhilfe und Besserung für die Zukunft.

86

Die verletzte Pflicht ist von erheblichem Gewicht. Zwar ist sie gesetzlich gerade nicht

87

vorgesehen (§ 233 Abs. 2 HGB), doch ist schon im Allgemeinen anerkannt, dass der stille Gesellschafter an den erweiterten Informationsrechten gem. § 716 BGB ein begründetes Interesse haben kann; MünchKommHGB/K. Schmidt, § 233 HGB Rn. 16. Eben das haben die Parteien durch die vertragliche Vereinbarung auch anerkannt, und bereits dieser Umstand zeigt, dass die Parteien dem Informationsrecht hohe Bedeutung beigemessen haben. Das Informationsrecht gibt dem Stillen die Möglichkeit, die Geschäftsentwicklung laufend mitzuverfolgen. Diese ist zum Schutz seiner Investitionsinteressen von erheblicher Bedeutung. Es ermöglicht ihm, den Stand und die Entwicklung seiner Investition zu folgen. Wenn er – wie der Beklagte im vorliegenden Fall durch seinen Beratungsvertrag – selbst auf die Geschicke des Handelsgeschäfts Einfluss nehmen kann, gibt ihm die Information frühzeitig die Möglichkeit, aktiv zu werden. Vor allem aber ist die Information für das Vertrauensverhältnis zwischen dem Stillen als Investor und dem Gesellschafter als Treuhänder von grundlegender Bedeutung. Die gegebene Information trägt zum Vertrauen bei, die verweigerte Information ist geeignet, es zu beschädigen.

Die Klägerin hat die Informationspflicht vorliegend über einen längeren Zeitraum 88 hartnäckig verweigert. Zwar weist die Klägerin mit Recht darauf hin, dass – entgegen der Ansicht des Landgerichts – insoweit ihre Rechtsverfolgung im vorliegenden Rechtsstreit nicht zu berücksichtigen ist. Sie liegt zum einen nach der erfolgten Kündigung (und könnte daher nur im Wege des Rück-Schlusses eine Aussage über das Gewicht der Pflichtverletzung begründen). Zum anderen liegt es in der Natur des Rechtsstreits, dass hier eine eingenommene Rechtsposition (auch: *vehement*) verteidigt wird. Die Geltendmachung eigener Rechte darf den Parteien nicht zum Vorwurf gemacht werden. Beachtlich ist jedoch, dass die Klägerin schon in der anfänglichen Auseinandersetzung ein Eingehen auf die Rechtsposition des Beklagten nicht hat erkennen lassen. Sie hat wiederholt auf ihrem Rechtsstandpunkt beharrt, ohne auf gegenläufige Erwägungen und Sachargumente näher einzugehen. Sie hat insbesondere auch nicht erwogen, die vom Beklagten begehrte Information nur punktuell zum Schutz von im Einzelnen begründeten Wettbewerbsinteressen zurückzuhalten.

Dabei hätte die Klägerin bei sorgfältiger Prüfung und Beratung durchaus erkennen können, 89 dass die Informationspflicht von § 9 Gesellschaftsvertrag sie zur Auskunft verpflichtete. Das Landgericht hat die Auslegung der Klägerin mit gutem Grund als „konstruiert“ bezeichnet. Das ist schon nach dem Wortlaut und dem Sprachgebrauch sachlich begründet. Jedenfalls hätte sie die abweichende Rechtsauffassung des Beklagten zum Anlass für eine Überprüfung ihres Standpunktes nehmen müssen. Die Pflichtverletzung der Klägerin beruhte daher jedenfalls auf einer Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt und war daher schuldhaft (§ 276 BGB).

Die Klägerin hat sich zudem wiederholt und beharrlich geweigert, ihre Pflicht zu erfüllen, 90 und zwar auch auf die Fristsetzung des Beklagten hin. Jedenfalls nach Ablauf der Frist musste der Beklagte daher nicht mehr auf Besserung hoffen. Dabei spielt es keine Rolle, dass der Beklagte für den fruchtlosen Fristablauf Konsequenzen nicht spezifiziert hat. Der Klägerin musste klar sein, dass der Beklagte den Fristablauf nicht ohne Konsequenzen lassen würde. Dabei mag sie gehofft haben, der Beklagte werde nach Fristablauf lediglich eine gerichtliche Klärung seines Informationsbegehrrens herbeiführen. Darauf war der Beklagte aber schon deswegen nicht beschränkt, weil sein Vertrauen nach dem fruchtlosen Fristablauf erschüttert sein konnte. Das Vertrauen auf eine gedeihliche Zusammenarbeit kann auch bereits dann erschüttert sein, wenn die Vertragspartner einander auf rechtliche Zwangsmaßnahmen verweisen.

Vorliegend kommt hinzu, dass die Klägerin das Informationsrecht des Beklagten durch die Verweisung auf den Rechtsweg praktisch vereitelt hätte. Zweck des Informationsrechts ist gerade die laufende Information über die Entwicklung des Geschäfts (und damit der Beteiligung). Daher hätte es dem Beklagten nichts genützt, nach u.U. mehrjähriger

Prozessdauer zu erfahren, dass sich die Dinge ungünstig entwickelt haben. Mit Rücksicht auf diese Aussicht war es daher folgerichtig, ja fast zwingend, aus der durch die Informationsverweigerung bewirkten Unsicherheit die Folgerung der Deinvestition zu ziehen.

Zu berücksichtigen ist schließlich, dass es – entgegen der Annahme der Klägerin – einen allgemeinen zivilrechtlichen Grundsatz nicht gibt, der Gläubiger müsse die Geltendmachung eines Rechts vorab androhen. Das lässt sich weder aus den Verzugsvorschriften noch aus dem Abmahnungserfordernis von § 314 Abs. 2 BGB ableiten. Insbesondere das zu § 626 BGB für das Arbeitsverhältnis begründete Abmahnungserfordernis gilt für freie Dienstverträge nicht in gleicher Weise; Erman/Riesenhuber § 626 BGB Rn. 52 f. Im Verhältnis der Parteien, die sich als geschäftserfahrene Partner gegenüberstanden, lässt sich ein Abmahnungserfordernis insbesondere auch nicht mit Schutzerfordernissen begründen. Im Übrigen geht es vorliegend um die Anwendung des vertraglich vereinbarten Kündigungsrechts. Die Parteien haben aber die Anforderungen an den wichtigen Grund gegenüber der gesetzlichen Regelung herabgesetzt. Dass eine Abmahnung nach dem Gesetz *zwingend* vorgeschrieben wäre, lässt sich jedenfalls nicht begründen. 92

Bei der Würdigung der Zumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag ist zu berücksichtigen, dass die außerordentliche Kündigung für den Beklagten die einzige Möglichkeit der vorzeitigen Beendigung war, da die ordentliche Kündigung nach § 12 Abs. 1 Gesellschaftsvertrag bis zum 31.03.2023 ausgeschlossen war. Mit Rücksicht auf die noch erhebliche Laufzeit von weiteren fast zwei Jahren war dem Beklagten ein Festhalten am Vertrag aber nicht zumutbar. Auch wenn die Klägerin – wie auch noch im Prozess – in Anspruch nahm, das Geschäft auch ohne die Beratungsleistungen des Beklagten erfolgreich weiterführen zu können, hatte der Beklagte doch unter den – durch Beendigung seines Beratungsvertrags – veränderten Umständen größtes Interesse, die Entwicklung des Geschäfts laufend mitzuverfolgen. 93

3.

Die Nebenentscheidungen folgen aus §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10 und 711 ZPO. 94

Die Zulassung der Revision war nicht geboten, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 1 u. 2 ZPO nicht vorliegen. 95