
Datum: 16.03.2020
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 8. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 8 U 37/19
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2020:0316.8U37.19.00

Vorinstanz: Landgericht Hagen, 8 O 192/18

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 11.04.2019 verkündete Urteil des Landgerichts Hagen abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Auf die Widerklage wird festgestellt, dass der von der Beklagten zu 2) als Anlage S & J 1 zur Gerichtsakte gereichte Gesellschaftsvertrag vom 31.03.2007 Grundlage für die Zusammenarbeit des Klägers und der Beklagten zu 2) bis zum 31.03.2018 war.

Im Übrigen wird die Widerklage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen. Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Kläger kann die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund dieses Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagten vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leisten.

Gründe:

1

2

I.

- Die Parteien streiten über das Fortbestehen einer Steuerberatungsgesellschaft. 3
- Der Kläger ist Steuerberater und war seit 1973 bis zum Jahr 2007 in A als Einzelsteuerberater tätig. Ab dem Jahr 2007 übte er seine Berufstätigkeit gemeinsam mit seiner ebenfalls als Steuerberaterin zugelassenen Tochter, der Beklagten zu 2), aus. 4
- Der Kläger und die Beklagte zu 2) schlossen am 31.03.2007 einen schriftlichen Gesellschaftsvertrag über die Errichtung der Beklagten zu 1), von dem zwei Versionen zur Akte gereicht wurden (Kläger: Anlage K1, Beklagte zu 2): Anlage S & J 1). Die Beklagte zu 2) wurde nach § 3 Abs. 1 des schriftlichen Gesellschaftsvertrages (im Folgenden: GV) mit einem Anteil von 1 % unentgeltlich in das bestehende Einzelunternehmen aufgenommen. Nach § 21 Abs. 1 GV begann die Gesellschaft am 01.04.2007 und wurde auf unbestimmte Zeit errichtet. Die Gesellschaft soll durch Tod oder Kündigung eines Gesellschafters nicht aufgelöst werden (§§ 20 Abs. 1, 21 Abs. 4 Satz 1 GV), wobei die Kündigungsfrist zwölf Monate zum Ende eines jeden Kalenderjahres beträgt (§ 21 Abs. 2 Satz 1 GV) und die Kündigung durch eingeschriebenen Brief gegenüber allen Mitgesellschaftern auszusprechen ist (§ 21 Abs. 2 Satz 2 GV). Der Anteil des kündigenden Gesellschafters am Vermögen der Gesellschaft wächst dem verbleibenden Gesellschafter zu, § 21 Abs. 4 Satz 2 GV. § 24 enthält Regelungen zur Abfindung im Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters. Nach § 24 Abs. 3 GV sollte der Kläger zu einem bestimmten Zeitpunkt aus der Gesellschaft ausscheiden; allerdings enthalten die von den Parteien vorgelegten Vertragsexemplare unterschiedliche Austrittsdaten (Kläger: 02.01.2012; Beklagte zu 2): 01.01.2009). Nach § 11 Abs. 1 GV gilt für die Gesellschafter das gesetzliche Wettbewerbsverbot des § 112 Abs. 1 HGB entsprechend, Verstöße sind nach § 11 Abs. 4 GV mit Vertragsstrafe bedroht. § 11 Abs. 2 GV regelt ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot für ausgeschiedene Gesellschafter. § 27 Abs. 1 GV lautet: *„Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages bedürfen der Schriftform und der Unterzeichnung durch alle Gesellschafter auf derselben Urkunde. Mündliche Absprachen sind unwirksam.“* 5
- Wegen der weiteren Einzelheiten des schriftlichen Gesellschaftsvertrages wird auf die zu den Akten gereichten Ablichtungen (Anlage K1 und Anlage S & J 1) Bezug genommen. 6
- Der Kläger und die Beklagte zu 2) setzten ihre Zusammenarbeit über die als Austrittszeitpunkt genannten Daten hinaus fort. Dabei trafen sie wiederholt Absprachen, durch die sie von dem schriftlichen Gesellschaftsvertrag abwichen. Seit dem 01.01.2012 war der Kläger mit einem Anteil von 1 % am Gesellschaftsvermögen beteiligt. 7
- Mit Schreiben vom 25.03.2018 (Anlage K3), dem Kläger zugegangen am 16.04.2018, teilte die Beklagte zu 2) dem Kläger mit, dass sie die mündlich ausgesprochene Kündigung der GbR akzeptiere und die Gesellschaft zum 31.03.2018 aufgelöst sei. Der Kläger wies die Kündigungsbestätigung mit anwaltlichem Schreiben vom 24.04.2018 (Anlage K5) zurück. 8
- Die Beklagte zu 2) nimmt seit Anfang April des Jahres 2018 als Einzelsteuerberaterin in A am Rechtsverkehr teil und bietet auf der Internetseite Internetadresse 01 Steuerberatungsleistungen gegenüber Kunden an. Sie nutzt hierbei die Büroräume und Betriebsmittel der Beklagten zu 1) und setzt zur Erledigung der anfallenden Arbeiten das Personal der GbR ein. Die Beklagte zu 2) tauschte die Schließanlage zu den Büroräumen B-Straße ## in A aus, so dass der Kläger keine Möglichkeit mehr hat, die Büroräume zu betreten. 9

Der Kläger hat die Ansicht vertreten, dass selbst wenn er – was ausdrücklich bestritten werde – gegenüber der Beklagten zu 2) mündlich die Kündigung erklärt haben sollte, diese Erklärung mangels Einhaltung der durch den Gesellschaftsvertrag vorgeschriebenen Form unwirksam sei. Eine Umdeutung der Erklärung der Beklagten zu 2) vom 25.03.2018 verbiete sich, da diese Erklärung weder wörtlich noch sinngemäß eine Willensbildung der Beklagten darstelle, wonach diese an dem Gesellschaftsvertrag nicht mehr festhalten wolle und die Kündigung erkläre. Selbst wenn diese Umdeutung möglich sei, sei die Gesellschaft erst mit Ablauf der Kündigungsfrist zum 31.12.2019 beendet. Im Übrigen könne auch deshalb keine Eigenkündigung der Beklagten zu 2) vorliegen, da sie weiterhin entgegen § 21 Abs. 4 des Gesellschaftsvertrages die Betriebsmittel und das Vermögen der Beklagten zu 1) nutze.

Der Kläger hat behauptet, am 16.11.2017 mit der Beklagten zu 2) eine Vereinbarung geschlossen zu haben (Anlage K6), wonach ihm ein kostenloser Arbeitsplatz bis zum 31.12.2018 gewährt werde und er nur Tätigkeiten auf Aufforderung zu leisten habe. 11

Der Kläger hat beantragt, 12

- 1. 1134
gegenüber der Beklagten zu 2) festzustellen, dass das Gesellschaftsvertragsverhältnis der Firma C GbR nicht durch eine mündliche Kündigungserklärung vom 28.02.2018 des Klägers oder durch die schriftliche Bestätigung dieser Erklärung vom 25.03.2018 durch die Beklagte oder durch einen anderen Beendigungstatbestand beendet wurde und über den 31.03.2018 hinaus ungekündigt fortbesteht, hilfsweise, gegenüber der Beklagten zu 2) festzustellen, dass das Gesellschaftsvertragsverhältnis der Parteien unter der Firma C bis zum 31.12.2019 fortbesteht,
- 2. 15
die Beklagten zu 1) und 2) zu verurteilen, ihm uneingeschränkten Zutritt zu den Geschäftsräumen der Firma C GbR, B-Straße ##, ##### A zu gewähren und ihm uneingeschränkt die Betriebsmittel der Firma C GbR zur Verfügung zu stellen und ihm zudem einen Mitarbeiter/eine Mitarbeiterin der Firma C GbR zu den Betriebszeiten des Unternehmens in den Zeiten Montag bis Freitag jeweils 08.00 Uhr bis 12.00 Uhr und 13.00 Uhr bis 16.00 Uhr auf Kosten der Firma C GbR zur Verfügung zu stellen,
- 3. 16
die Beklagten zu 1) und 2) zu verurteilen, ihm Zugang zu der von der Firma C GbR vorgehaltenen DATEV-Software mit den vollständigen Finanzbuchhaltungsdaten aller Mandanten und den vollständigen Finanzbuchhaltungsdaten der Firma C GbR zu gewähren,
- 4. 17
die Beklagte zu 2) zu verurteilen, es zu unterlassen, unter der Bezeichnung Steuerberaterin D steuerberatende Tätigkeiten anzubieten oder auszuführen, ferner, der Beklagten zu 2) anzudrohen, dass für jeden Fall der Zuwiderhandlung ein Ordnungsgeld bis zur Höhe von 250.000,00 € oder eine Ordnungshaft bis zu sechs Monaten festgesetzt wird,
- 5. 18
die Beklagte zu 2) zu verurteilen, einen Betrag in Höhe von 10.000,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5%-Punkten über dem Basiszinssatz nach § 247 BGB seit Rechtshängigkeit

der Klage an die Firma C GbR zu zahlen.

Die Beklagten haben beantragt, 19

die Klage abzuweisen. 20

Die Beklagte zu 2) hat behauptet, der Kläger habe ihr gegenüber am 28.02.2018 mündlich die Kündigung der Gesellschaft erklärt. Daher habe er auch ein Schreiben an die Steuerberaterkammer (Anlage S & J 3) diktiert und ein Abschiedsschreiben an die Mandanten (Anlage S & J 2) vorbereitet. 21

Sie hat die Ansicht vertreten, dass der schriftliche Gesellschaftsvertrag nicht mehr die Grundlage für die Beklagte zu 1) bilde. Denn ausweislich § 24 Abs. 3 des Vertrages sei der Kläger spätestens zum 02.01.2012 ausgeschieden, ohne dass schriftlich vereinbart worden sei, dass er weiterhin Gesellschafter bleibe. Eine etwaige mündliche Abrede sei wegen der Schriftformklausel des Vertrages unwirksam. Aufgrund dessen fänden auf die im Anschluss an das Ausscheiden fortgesetzte Gesellschaft allein die Regelungen des BGB – insbesondere § 723 BGB – Anwendung. Die mündliche Kündigung des Klägers sei damit wirksam. 22

Die Beklagte zu 2) hat eine Vereinbarung vom 16.11.2017 bestritten, es handele sich bei dem als Anlage K6 vorgelegten Schriftstück lediglich um eine Zusammenstellung der Forderungen des Klägers, deren Kenntnisaufnahme sie mit ihrer Paraphe bestätigt habe. Selbst wenn es sich um eine Vereinbarung handele, werde aus dieser deutlich, dass der Kläger eben nicht mehr Gesellschafter der GbR habe sein wollen. Anders ergebe die Forderung nach einem kostenlosen Arbeitsplatz keinen Sinn. 23

Das Landgericht hat die Beklagten durch das angefochtene Urteil antragsgemäß verurteilt. Der Kläger und die Beklagte zu 2) hätten die GbR auch über den in § 24 Abs. 3 GV genannten Zeitpunkt hinaus fortgesetzt, wobei der schriftliche Vertrag aus Gründen der Kontinuität weiterhin Grundlage der Gesellschaft habe sein sollen. Es könne dahinstehen, ob eine mündliche Kündigungserklärung abgegeben worden sei. Denn eine mündliche Kündigung wäre im Hinblick auf die Regelung in § 21 Abs. 2 Satz 2 GV wegen Formmangels gem. § 125 Satz 2 BGB unwirksam. Die Parteien hätten das Formerfordernis nicht mündlich abbedingen können, denn es liege eine doppelte Schriftformklausel vor. Aus der an sich einfachen Schriftformklausel des § 27 Abs. 1 werde hinsichtlich der Formvorschrift des § 21 Abs. 2 Satz 2 des Vertrages eine doppelte Schriftformklausel. Der Kläger könne sich auch auf die Formunwirksamkeit der Kündigung berufen, ohne dabei treuwidrig i.S.d. § 242 BGB zu handeln. Die Umdeutung der Kündigungsbestätigung der Beklagten zu 2) in eine Kündigungserklärung gem. § 140 BGB komme nicht in Betracht. Die Anträge zu 2) und 3) seien ebenfalls begründet. Der Kläger habe aufgrund seiner Stellung als Gesellschafter der GbR einen Anspruch auf Gewährung der begehrten Vorteile. Auch der Antrag zu 4) sei begründet. Der Gesellschaft stehe gegenüber der Beklagte zu 2) ein Unterlassungsanspruch aus § 11 Abs. 1 GV i.V.m § 112 Abs. 1 HGB zu. Die Beklagte zu 2) habe gegen das Wettbewerbsverbot verstoßen. Die Vollstreckung dieses Anspruchs erfolge gem. § 890 ZPO. Der Anspruch auf Zahlung der Vertragsstrafe folge aus § 11 Abs. 4 des Gesellschaftsvertrages i.V.m § 339 Satz 1 und Satz 2 BGB. § 11 Abs. 4 stelle ein Versprechen im Sinne des § 339 BGB dar. Unwirksamkeitsgründe seien nicht ersichtlich. 24

Dagegen richtet sich die Berufung der Beklagten, mit der diese ihren Antrag auf Klageabweisung weiterverfolgen. Zudem erhebt die Beklagte zu 2) Widerklage mit dem Ziel 25

der Feststellung, welche Rechtsgrundlage bis zum Ausscheiden des Klägers für das Gesellschaftsverhältnis galt.

Die Beklagte zu 2) ergänzt und vertieft ihre erstinstanzlichen Rechtsansichten. Die Gesellschaften hätten über den 01.01.2009 bzw. 02.01.2012 hinaus die Vorschriften des schriftlichen Gesellschaftsvertrages nicht umgesetzt. Es sei daher kein Wille erkennbar, dass der schriftliche Vertrag weiter Geltung haben solle. Die mündliche Kündigung des Klägers sei wirksam. Entgegen der Ansicht des erstinstanzlichen Gerichts sei die Berufung des Klägers auf das Schriftformerfordernis für die Kündigung treuwidrig sowie missbräuchlich und gem. § 242 BGB unwirksam. Die von dem Kläger mündlich abgegebene Kündigungserklärung und die von der Beklagten zu 2) hierauf abgegebene Bestätigung seien als Aufhebungsvertrag auszulegen. Die Tatsachenfeststellungen des erstinstanzlichen Gerichts seien unzutreffend und unvollständig, der von der Beklagten zu 2) angebotene Zeugenbeweis hätte erhoben werden müssen. Zudem behauptet die Beklagte zu 2) unter Beweisantritt und unter Vorlage der Anlage AF4, der Kläger habe am 26.03.2018 ein schriftliches Kündigungsschreiben diktiert, das er auf den 01.02.2018 habe zurückdatieren lassen. Der Kläger habe das Schreiben unterzeichnet und ihr zukommen lassen, das Original sei aber jetzt nicht mehr auffindbar. Er habe sich im April 2017 von den Mitarbeitern der Sozietät verabschiedet und Abschiedsgeschenke gemacht. In der Zeit vom 30.04.2018 bis zum 09.05.2018 habe er Unterlagen, Möbel und Wirtschaftsgüter aus den ehemals gemeinsamen Kanzleiräumen entfernt, ohne dies mit der Beklagten zu 2) abzusprechen. Nach dem 01.04.2018 sei er als Steuerberater in Einzelpraxis aufgetreten. Dieses Verhalten zeige, dass es von dem Kläger treuwidrig sei, sich seinerseits auf die Verletzung des Wettbewerbsverbots zu berufen und eine Vertragsstrafe im Namen der Beklagten zu 1) geltend zu machen. Ferner ergänzt die Beklagte zu 2) ihren erstinstanzlichen Sachvortrag zu den Streitigkeiten zwischen den Gesellschaftern und einem körperlichen Angriff des Klägers vom 22.05.2018. Erst nach diesem Vorfall, nämlich am 26.05.2018, habe sie als Schutzmaßnahme die Schlösser zu den Kanzleiräumen ausgetauscht. Dies zeige, dass es für sie unerträglich wäre, mit dem Kläger weiter durch die Beklagte zu 1) verbunden zu sein.

Die **Beklagten** beantragen, 27

die Klage unter Abänderung des am 11.04.2019 verkündeten und am 06.05.2019 28
zugestellten Urteils des Landgerichts Hagen abzuweisen.

Der **Kläger** beantragt, 29

die Berufung zurückzuweisen. 30

Der Kläger verteidigt das angefochtene Urteil und hält die durch das Landgericht 31
vorgenommene Auslegung des Gesellschaftsvertrags, auch in Bezug auf die doppelte
Schriftformklausel, für richtig. Er handele nicht treuwidrig, wenn er sich auf das
Schriftformerfordernis der Kündigung beziehe. Der Beklagten zu 2) stehe es frei, selbst die
Kündigung zu erklären, woran sie sich mit Blick auf das Wettbewerbsverbot in § 11 Abs. 2 GV
gehindert sehe. Auch die anhängigen Verfahren seien kein Grund, ihm treuwidriges Verhalten
vorzuwerfen, da sie dadurch erzwungen seien, dass sich die Beklagte zu 2) allen
Lösungsansätzen verweigere. Die Gesellschaften hätten auch keinen Aufhebungsvertrag
geschlossen. Er habe am 26.03.2018 nichts diktiert, er habe die Anlage AF4 auch nicht

unterzeichnet und der Beklagten zu 2) ausgehändigt. Soweit ihm die Beklagte zu 2) die Entwendung von Unterlagen vorwerfe, habe er persönliche Unterlagen aus seinem Büro zu seinem Wohnort transportiert. Der Vortrag zu der Verabschiedung sei unzureichend; er habe sich bei Verlassen der Kanzleiräume stets von der Beklagten zu 2) und den Mitarbeitern verabschiedet. Das dargetane Datum April 2017 sei unerfindlich. Er sei zwar als Steuerberater zugelassen und führe in seiner privaten Korrespondenz diesen Titel, sei aber nicht mehr freiberuflich als Steuerberater für Dritte tätig und nehme nicht am Wettbewerb teil. Der Vortrag der Beklagten zu 2) stelle keinen rechtlichen Ansatz zur Treuwidrigkeit dar. Die Streitigkeit am 22.05.2018 sei anders verlaufen als von der Beklagten zu 2) dargestellt.

Die Beklagte zu 2) hat mit der Berufungsbegründung vom 06.08.2019 Widerklage erhoben und die Auffassung vertreten, sie habe ein Interesse an der begehrten Feststellung, auf welcher Rechtsgrundlage die Beklagte zu 1) bis zu ihrer Beendigung bestanden habe. 32

Die **Beklagte zu 2)** beantragt, 33

festzustellen, dass zwischen dem Kläger und ihr spätestens ab dem 02.01.2012 eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach den gesetzlichen Vorschriften bestanden habe, 34

sowie **hilfsweise**, für den Fall, dass der vorstehende Antrag unbegründet sein sollte, festzustellen, dass der von ihr als Anlage S & J 1 zur Gerichtsakte gereichte Gesellschaftsvertrag vom 31.03.2007 Grundlage für ihre Zusammenarbeit mit dem Kläger bis zum 31.03.2018 gewesen sei. 35

Der **Kläger** beantragt, 36

die Widerklage abzuweisen. 37

Er behauptet, die Parteien hätten den Gesellschaftsvertrag, durch den sie verbunden seien, weitergelebt. Das zeige sich z.B. an der in der Anlage K3 von der Beklagten zu 2) verfassten Kündigungsbestätigung, in der sie auf das Schriftformerfordernis des Gesellschaftsvertrages ausdrücklich Bezug nehme. Der Kläger wendet in Bezug auf die begehrte Feststellung die Verwirkung aller Rechte der Beklagte zu 2) ein, da sie widerspruchsfrei seit 2009 hingenommen habe, dass er nicht aus der GbR ausscheide. 38

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens in der Berufungsinstanz wird auf die Berufungsbegründung vom 06.08.2019 und den Schriftsatz vom 06.03.2020 sowie auf die Berufungserwiderung vom 02.10.2019 Bezug genommen. 39

Der Senat hat die Parteien im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 16.03.2020 persönlich angehört und Beweis erhoben durch uneidliche Vernehmung der Zeuginnen E und F. Wegen des Ergebnisses der Parteianhörung und der Beweisaufnahme wird auf den Inhalt des Berichterstattevermerks vom 18.03.2020 verwiesen. 40

II. 41

Die zulässige Berufung der Beklagten ist begründet, da die nach § 529 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO in zweiter Instanz zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung 42

rechtfertigen (§ 513 Abs. 1 ZPO). Die von der Beklagten zu 2) in der Berufungsinstanz erhobene Widerklage hat mit dem Hilfsantrag Erfolg.

1. 43

Klage und Widerklage sind zulässig. 44

a) 45

Bedenken gegen die Zulässigkeit der Klage bestehen nicht. Der Fortbestand der Beklagten zu 1) ist eine doppelrelevante Tatsache, die für die Bestimmung der Zulässigkeit jedoch nicht weiter nachgewiesen werden muss. Danach wird bei Tatsachen, von denen sowohl die Zulässigkeit als auch die Begründetheit der Klage abhängt, die Zulässigkeit unterstellt, wenn die materiell-rechtliche Begründetheit schlüssig vorgetragen wird, was vorliegend der Fall ist (Senat, Urteil vom 28.01.2009, 8 U 176/06, juris, Rdnr. 27; OLG Köln, Urteil vom 30.10.2019 – 16 U 59/19, juris, Rdnr. 125). 46

aa) 47

Im Verhältnis zur Beklagten zu 2) besteht für den Klageantrag zu 1) ein Feststellungsinteresse für die Klärung der Frage, ob die GbR durch eine etwaige Kündigung des Klägers beendet wurde oder fortbesteht (BGH, Urteil vom 16.02.1967 – II ZR 171/65, juris; Zöller-Greger, ZPO, 33. Aufl., § 256, Rdnr. 4). 48

bb) 49

Soweit sich die Klageanträge zu 2) und 3) gegen beide Beklagten richten, besteht zwischen der GbR und den Gesellschaftern, die sich auf ihrer Seite am Prozess beteiligen, einfache Streitgenossenschaft (*Hahn* in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 7, 5. Aufl., § 48, Rdnr. 40; § 50, Rdnr. 2 und Rdnr. 18). 50

cc) 51

Hinsichtlich der Klageanträge zu 4) und 5) geht der Kläger zulässigerweise im Wege der *actio pro socio* für die Beklagte zu 1) vor. Bei der *actio pro socio* macht ein Gesellschafter im eigenen Namen gegen einen Mitgesellschafter einen Anspruch aus dem Gesellschaftsverhältnis auf Leistung an die Gesellschaft geltend. Dieses Recht wurzelt im Gesellschaftsverhältnis und ist Ausfluss des Mitgliedschaftsrechts des Gesellschafters (BGH, Beschluss vom 26.04.2010 – II ZR 69/09, juris; BGH, Urteil vom 19.12.2017 – II ZR 255/16, juris, Rdnr. 11). Die Zulässigkeitsvoraussetzungen für die *actio pro socio* sind vorliegend erfüllt, wobei auch insofern die Gesellschafterstellung des Klägers als doppelrelevante Tatsache im Rahmen der Prüfung der Zulässigkeit zu unterstellen ist. Die mit den Klageanträgen zu 4) und 5) geltend gemachten Ansprüche auf Einhaltung des Wettbewerbsverbots und Zahlung einer Vertragsstrafe stellen Sozialansprüche der Beklagten zu 1) gegen die Beklagte zu 2) dar. Die Beklagte zu 1) ist zur gerichtlichen Durchsetzung etwaiger Ansprüche nicht in der Lage. Denn es handelt sich hierbei um eine Maßnahme, die nicht zum gewöhnlichen Geschäftsverkehr der Sozietät gehört und für die die Gesellschafter nur gemeinsam geschäftsführungsbefugt sind, § 4 Abs. 2 Satz 1 GV; wegen eigener Betroffenheit der Beklagten zu 2) ist eine Aufforderung an sie, an der Geltendmachung des Anspruchs mitzuwirken, von vornherein nicht Erfolg versprechend (*Schäfer* in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl., § 705, Rdnr. 211). 52

b) 53

Auch die Widerklage ist unter Berücksichtigung der einschränkenden Voraussetzungen des § 533 ZPO zulässig, ein Feststellungsinteresse i.S.v. § 256 Abs. 1 ZPO besteht ebenfalls. 54

aa) 55

Wenn die Widerklage auf Vorbringen gestützt wird, das bereits in erster Instanz erfolgt und deshalb nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO beachtlich ist, sind die Voraussetzungen des § 533 Nr. 2 ZPO erfüllt. Dabei kommt es nicht darauf an, ob das Vorbringen (auch) für die Beurteilung der Klage erheblich ist und das erstinstanzliche Gericht dazu Feststellungen getroffen hat (BGH, Urteil vom 13.01.2012 – V ZR 183/10, juris, Rdnr. 11ff.). Gemessen hieran ist die Erhebung der Widerklage in der Berufungsinstanz zulässig. Denn zur Begründung der Widerklage stützt sich die Beklagte nicht auf neuen Tatsachenvortrag, sondern macht ein rechtliches Interesse an der Klärung der Frage geltend, ob die Beklagte zu 1) spätestens ab dem 02.01.2012 nach den gesetzlichen Vorschriften bestand, hilfsweise, welche der bereits erstinstanzlich zu den Akten gereichten Versionen des Gesellschaftsvertrages Grundlage für ihre Zusammenarbeit mit dem Kläger war. Hierzu hatten die Parteien bereits erstinstanzlich vorgetragen. In diesem Zusammenhang sind sie durch § 529 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO nicht gehindert, ihren erstinstanzlichen Vortrag näher zu konkretisieren oder zu erläutern (BGH, Beschluss vom 23.08.2016 – VIII ZR 178/15, NJW-RR 2017, 72, Rdnr. 20). 56

bb) 57

Die nach § 33 ZPO erforderliche Konnexität zwischen Klage und Widerklage ist zu bejahen. 58

cc) 59

Es besteht auch ein Feststellungsinteresse für die mit der Widerklage rechtshängig gemachten Feststellungsanträge. Der Beklagten zu 2) geht es bei beiden Anträgen darum, die rechtliche Grundlage für die Beklagte zu 1) klären zu lassen. Es ist zulässig, die Feststellung darüber zu begehren, wie ein zwischen den Parteien bestehender Vertrag rechtlich einzuordnen ist (*Becker-Eberhard* in: Münchener Kommentar zur ZPO, 5. Aufl., § 256, Rdnr. 11). Aber auch die vereinbarten Bedingungen, zu denen ein Vertragsverhältnis besteht, können Gegenstand eines Feststellungsbegehrens sein (für Mietvertrag BGH, Urteil vom 03.07.2002 - XII ZR 234/99, juris, Rdnr. 8). Gemessen hieran ist ein Feststellungsinteresse zu bejahen, wobei dahinstehen kann, ob bereits die Voraussetzungen des § 256 Abs. 2 ZPO erfüllt sind. Denn der schriftliche Gesellschaftsvertrag vom 31.03.2007 weist Unterschiede zu den gesetzlichen Regelungen auf, die Einfluss auf die wechselseitigen Ansprüche und Pflichten bei Fortbestand der Beklagten zu 1), aber auch nach ihrer Beendigung haben. Auch die beiden Versionen des Gesellschaftsvertrages, die zur Akte gelangt sind, weisen nicht nur marginale Unterschiede, sondern Abweichungen in zentralen Punkten auf, wie beispielsweise den Umfang der geschuldeten Mitarbeit gem. § 5 GV und die Frage, ob die über die Gesellschafterkonten zu buchenden Beträge zu verzinsen sind. 60

2. 61

Die Klage ist unbegründet. 62

a) 63

Der Feststellungsantrag zu 1) ist hinsichtlich Haupt- und Hilfsantrag unbegründet, denn die Beklagte zu 1) wurde zum 31.03.2018 beendet. Der Senat ist nach dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung davon überzeugt, dass sich der Kläger und die Beklagte zu 2) 64

Anfang des Jahres 2018 mündlich auf die Aufhebung der Gesellschaft einigten. Die Schriftformklauseln in § 21 Abs. 2 Satz 2 GV und § 27 Abs. 1 GV stehen der Wirksamkeit dieser Vereinbarung nicht entgegen. Wegen der Fortsetzungsklausel in dem schriftlichen Gesellschaftsvertrag vom 31.03.2007 wuchs der Anteil des Klägers in Höhe von 1 % des Gesellschaftsvermögens der Beklagten zu 2) an (§ 738 Abs. 1 BGB), womit die Beklagte zu 1) beendet wurde.

aa) 65

Der schriftliche Gesellschaftsvertrag vom 31.03.2007 bildete bis zur Beendigung der Beklagten zu 1) die Grundlage für die Zusammenarbeit der Gesellschafter. Dabei kann an dieser Stelle dahinstehen, welche der zur Akte gereichten Versionen ursprünglich von den Parteien unterzeichnet wurde. Diese Frage erlangt erst im Rahmen der Begründetheit der Widerklage Bedeutung. 66

(1) 67

Zwischen den Parteien besteht kein Streit darüber, dass sie zur Gründung der Beklagten zu 1) am 31.03.2007 einen schriftlichen Gesellschaftsvertrag geschlossen hatten. Zwar legten sie bereits bei Abschluss des Gesellschaftsvertrages einen Zeitpunkt fest, zu dem der Kläger ausscheiden sollte. Allerdings setzten der Kläger und die Beklagte zu 2) ihre gemeinsame Berufsausübung als Steuerberater auch über den 01.01.2009 bzw. 02.01.2012 hinaus fort. 68

(2) 69

Der Senat folgt in diesem Zusammenhang nicht der Auffassung der Beklagten zu 2), dass die „alte“ GbR mit Erreichen des ersten Austrittsdatums im Jahr 2009 beendet wurde und die Gesellschafter anschließend auf der Grundlage der gesetzlichen Regelungen zusammenarbeiteten. Ein entsprechender Parteiwille, der durch Auslegung zu ermitteln ist, ist nicht feststellbar. 70

(a) 71

Die Auslegung des Gesellschaftsvertrages einer GbR richtet sich – anders als diejenige der Satzung einer Kapitalgesellschaft – grundsätzlich nach den in §§ 133, 157 BGB normierten, für die Auslegung von Rechtsgeschäften geltenden Maßstäben. Ausgehend vom Vertragswortlaut sind daneben Entstehungsgeschichte und Systematik, Sinn und Zweck des Vertrages sowie die Besonderheiten seiner Durchführung zu berücksichtigen, um den übereinstimmenden oder für alle Beteiligten erkennbaren, zum Vertragsgegenstand gemachten *wirklichen Willen* der Parteien zu erforschen. Das gilt jedenfalls für typische Personengesellschaften mit einem überschaubaren, untereinander verbundenen Kreis von Gesellschaftern, der sich seit der Gründung oder der Neufassung des Gesellschaftsvertrages nicht wesentlich durch Anteilserwerb Dritter verändert hat (*Schäfer* in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl., § 705, Rdnr. 171; BGH, Urteil vom 18.05.1998 – II ZR 19/97, NJW 1998, 2966). 72

Ein übereinstimmender Wille der an dem Abschluss eines Vertrages beteiligten Parteien geht dem Vertragswortlaut oder einer anderweitigen Auslegung vor (BGH, Urteil vom 01.03.2011 – II ZR 83/09, NZG 2011, 544, Rdnr. 20). Auch späteres Verhalten der Parteien kann als Indiz für die Auslegung von Bedeutung sein, vor allem, wenn sich im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses sogenannte „Usancen“ herausbilden (Palandt-Ellenberger, BGB, 73

(b) 74

Die Auslegung des Gesellschaftsvertrages führt unter Berücksichtigung der späteren Handhabung der Gesellschafter zu dem Ergebnis, dass die Regelungen des Gesellschaftsvertrages auch über das vereinbarte Austrittsdatum hinaus fortgelten sollten. Nach § 21 Abs. 1 Satz 2 GV war die Gesellschaft auf unbestimmte Zeit errichtet. Es erfolgte zum 01.01.2009, dem aus Sicht der Beklagten zu 2) maßgeblichen Austrittsdatum, auch keine Abwicklung oder Abrechnung der Gesellschaft, sondern die Parteien setzten ihre Tätigkeit nahtlos fort. Der schriftliche Gesellschaftsvertrag wurde, wie sich aus dem Vorbringen der Beklagten zu 2) zur Widerklage ergibt, bei der G-Bank A, mit der offensichtlich eine ständige Geschäftsbeziehung bestand, belassen. Eine ausdrückliche Absprache, dass nunmehr die gesetzlichen Regelungen gelten sollen, hat die Beklagte zu 2) selbst nicht behauptet. Hinzu tritt, dass die Gesellschafter das Gesellschaftsverhältnis in der Folgezeit zwar mehrfach umgestalteten, insbesondere, was den Umfang ihrer jeweiligen Beteiligung an der Beklagten zu 1) anging. Ausgangspunkt der Änderungen war aber der schriftliche Gesellschaftsvertrag, der bezüglich zentraler Punkte (Beteiligung am Gesellschaftsvermögen, Beitragspflicht, Ergebnisverteilung) in §§ 3, 5 und 17 GV Regelungen enthält, die von der im Gesetz vorgesehenen gleichen Beteiligung der Gesellschafter ganz erheblich abweichen und auf die Bedürfnisse der Gesellschafter, eine Nachfolgeregelung für die Sozietät des Klägers zu finden, zugeschnitten sind. Auch die Beklagte zu 2) orientiert ihr Verhalten im Rahmen der Auseinandersetzung über eine Beendigung der Gesellschaft an wesentlichen Regelungen des schriftlichen Gesellschaftsvertrages. Zum einen bezog sie sich in ihrer schriftlichen Kündigungsbestätigung vom 25.03.2018 auf die Schriftformklausel in § 21 Abs. 2 Satz 2 GV („die vertragliche Schriftform mit Frist“), wobei an dieser Stelle dahinstehen kann, ob sie hierzu durch eine von dem Kläger geäußerte Rechtsauffassung veranlasst wurde. Wesentlich ist jedoch der Umstand, dass die Beklagte zu 2) die Geschäfte der GbR im Rahmen einer Einzelsozietät weiterführt und offenbar davon ausgeht, dass sie den restlichen Geschäftsanteil des Klägers mit Beendigung der Beklagten zu 1) übernommen hat. Bei Anwendung der gesetzlichen Vorschriften hätte die Kündigung oder das Ausscheiden eines Gesellschafters die Auflösung der Beklagten zu 1) mit nachfolgender Auseinandersetzung (§§ 730 ff. BGB) zur Folge. Demgegenüber enthält der schriftliche Gesellschaftsvertrag vom 31.03.2007 an verschiedenen Stellen eine Fortsetzungsklausel (§ 20 Abs. 1 GV für den Tod eines Gesellschafters, § 21 Abs. 4 GV für die Kündigung), von deren Fortgeltung beide Parteien selbstverständlich ausgehen. Ein übereinstimmender Parteiwille dahingehend, dass nur die Fortsetzungsklausel, im Übrigen aber die gesetzlichen Regelungen Geltung haben sollten, ist jedoch nicht feststellbar. Diese Zweifel gehen zu Lasten der darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten zu 2), sofern sich diese auf eine von den Regelungen des Gesellschaftsvertrages abweichende Parteivereinbarung beruft.

(3) 76

Die Schriftformklausel in § 27 Abs. 1 GV steht diesem Ergebnis nicht entgegen, auch wenn die Gesellschafter keine schriftliche Vereinbarung über die Fortsetzung der Beklagten zu 1) schlossen. Es sprechen bereits Gründe für die Annahme, dass es sich lediglich um eine deklaratorische Schriftformklausel handelt, so dass mündliche Absprachen gleichwohl wirksam sein sollten (a). Jedenfalls ist davon auszugehen, dass die Parteien das Formerfordernis im Laufe ihrer Zusammenarbeit stillschweigend aufhoben (b).

(a) 78

79

Die nach §§ 133, 157 BGB vorzunehmende Auslegung der Parteierklärungen führt zu dem Ergebnis, dass das Schriftformerfordernis nach dem übereinstimmenden Willen der Vertragsparteien lediglich deklaratorische Bedeutung haben sollte.

(aa) 80

Zwar spricht der Wortlaut der Klausel für eine konstitutive Bedeutung des Formerfordernisses, denn § 27 Abs. 1 Satz 2 GV ordnet an, dass mündliche Absprachen unwirksam sind, d. h. es soll die Nichtigkeitsfolge des § 125 Satz 2 BGB eintreten. 81

(bb) 82

Allerdings berücksichtigt die Anwendung der Auslegungsregel des § 125 Satz 2 BGB die Interessenlage der Parteien und die Besonderheiten des Personengesellschaftsrechts nicht in ausreichender Weise. Der Schriftformvorbehalt für Änderungsverträge hat bei Gesellschaftsverträgen in der Regel nur Klarstellungsfunktion, d. h. deklaratorische Bedeutung. Maßgeblich hierfür ist die Überlegung, dass es mit Rücksicht auf die lange Geltungsdauer und die wirtschaftliche Bedeutung in der Natur der Gesellschaftsverträge liegt, dass sie häufigen und vielfältigen Abänderungen unterliegen. Dabei vollzieht sich diese Anpassung erfahrungsgemäß meist in einer allmählichen Abwandlung kaufmännischer Gepflogenheiten, wie sie in dem Unternehmen bis dahin üblich waren, und erfasst dabei auch solche Bräuche, die im Gesellschaftsvertrag eine Regelung gefunden haben, ohne dass sich die Beteiligten dessen vielfach bewusst werden. Solchen Abänderungen des Gesellschaftsvertrages mit der harten Auslegungsregel des § 125 BGB zu begegnen, wird den besonderen Rechtstatsachen bei Personenhandelsgesellschaften nicht gerecht und entspricht damit in der Regel auch nicht dem Willen der Gesellschafter (BGH, Urteil vom 05.02.1968 – II ZR 85/67, juris; Palandt-Ellenberger, BGB, 79. Aufl., § 125, Rdnr. 17; Möhrle, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1, 5. Aufl., § 5, Rdnr. 76). 83

(cc) 84

Zudem geht ein übereinstimmender Wille der Vertragsparteien dem Vertragswortlaut oder einer anderweitigen Auslegung vor (BGH, Urteil vom 01.03.2011 – II ZR 83/09, NZG 2011, 544, Rdnr. 20); späteres Verhalten der Parteien kann, wie bereits dargelegt, als Indiz für die Auslegung von Bedeutung sein. Die von den Parteien gelebte Vertragswirklichkeit spricht hier dafür, dass das Schriftformerfordernis keine konstitutive Wirkung haben sollte. Die Parteien setzten neben der Fortsetzung des Gesellschaftsvertrages einvernehmlich verschiedene Änderungen um, ohne dass hierzu schriftliche Verträge existieren. So war die Beklagte zu 2) bei Abschluss des schriftlichen Gesellschaftsvertrages nur mit 1 % am Gesellschaftsvermögen beteiligt. In der Folgezeit erhöhte sich ihr Geschäftsanteil nach ihren Angaben im Rahmen der Parteienanhörung in mehreren Schritten, und ab dem 01.01.2012 betrug ihr Anteil unstreitig 99 %. Die in § 17 GV geregelte Ergebnisverteilung wurde ebenfalls angepasst, wobei die Einzelheiten zwischen den Parteien streitig sind. Auch das Schriftstück vom 16.11.2017 genügt nicht der Form des § 126 Abs. 1 BGB, denn es enthält keine Namensunterschriften, sondern nur die Paraphen des Klägers und der Beklagten zu 2) (BGH, Beschluss vom 13.07.1967 – Ia ZB 1/67, juris; BGH, Urteil vom 11.02.1981 – III ZR 39/81, juris; BGH, Urteil vom 22.10.1993 – V ZR 112/92, juris; BAG, Urteil vom 24.01.2008 – 6 AZR 519/07, juris). Gleichwohl spricht viel dafür, dass damit die Eckpunkte einer Vereinbarung zwischen den Gesellschaftern niedergelegt werden sollten. Soweit die Beklagte zu 2) im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erklärt hat, es habe durchaus auch schriftliche Vereinbarungen gegeben, wurden diese nicht zur Akte gereicht und es wurde von der Beklagten zu 2) auch nicht näher konkretisiert, welche der beispielhaft aufgezählten 85

Abänderungsvereinbarungen schriftlich getroffen worden sein sollen. Aus den genannten Umständen ergibt sich, dass das Schriftformerfordernis in § 27 Abs. 1 GV von den Gesellschaftern von Anfang an nicht ernst genommen wurde und die gesellschaftsvertraglichen Regelungen im Innenverhältnis jederzeit angepasst werden konnten. Dabei mag die verwandtschaftliche Beziehung zwischen den Gesellschaftern auch eine Rolle gespielt haben; es ist nicht unüblich, dass Vereinbarungen unter Familienangehörigen mit Blick auf das wechselseitige Vertrauen in die Vertragstreue des Vertragspartners nicht schriftlich geschlossen werden, aber gleichwohl gültig sein sollen. In ähnlicher Weise hat sich auch die Beklagte zu 2) im Rahmen ihrer persönlichen Anhörung geäußert, indem sie erklärt hat, „innerhalb der Familie macht man nicht so viel schriftlich, weil man sich schließlich vertraut.“

(b) 86

Im Ergebnis kann dies dahinstehen, denn jedenfalls verständigten die Parteien sich 87
stillschweigend auf eine Aufhebung des Schriftformerfordernisses. Da es sich lediglich um eine einfache und nicht um eine qualifizierte (oder doppelte) Schriftformklausel handelt, war dies ohne weiteres möglich. Eine doppelte oder qualifizierte Schriftformklausel liegt vor, wenn in dem Vertrag ausdrücklich auch die Aufhebung der Formklausel dem Formzwang unterworfen wurde (*Einsele* in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl., § 125, Rdnr. 71; BAG, Urteil vom 20.05.2008 – 9 AZR 382/07, juris; BGH, Beschluss vom 25.01.2017 – XII ZR 69/16, juris), was hier jedoch nicht der Fall ist. Es ist nämlich nicht geregelt, dass die Schriftformklausel nur durch schriftliche Vereinbarung abgeändert werden kann. Qualifizierte Schriftformklauseln lauten beispielsweise „Auf das Formerfordernis kann nur durch eine schriftliche Erklärung verzichtet werden“. Die Möglichkeit einer einvernehmlichen Aufhebung auch einer konstitutiven Schriftformklausel ist sogar dann zu bejahen, wenn die Parteien bei Abschluss einer Folgevereinbarung nicht mehr an das Schriftformerfordernis gedacht haben (*Einsele* in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl., § 125, Rdnr. 70; *Möhrle* in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1, 5. Aufl., § 5, Rdnr. 76), was hier nahe liegt.

bb) 88

Die Beklagte zu 1) wurde nicht aufgrund einer Befristung bis zum 31.12.2017 oder durch eine 89
einseitige Kündigungserklärung des Klägers, sondern durch eine mündlich vereinbarte einvernehmliche Aufhebung, mit der sich der Kläger und die Beklagte zu 2) auf das Ausscheiden des Klägers zum 31.03.2018 verständigten, beendet.

(1) 90

Eine Befristung der Gesellschaft bis zum 31.12.2017, wie sie die Beklagte zu 2) in der 91
mündlichen Verhandlung vor dem Senat behauptet hat, ist nicht bewiesen. Es spricht zwar einiges dafür, dass das als Anlage K6 vorgelegte Schriftstück vom 16.11.2017 die Eckpunkte einer Vereinbarung zwischen den Gesellschaftern wiedergibt. Die Erklärung der Beklagten zu 2), sie habe mit ihrer Paraphe lediglich gekennzeichnet, dass sie die Forderungen des Klägers zur Kenntnis genommen habe, erscheint nicht lebensnah. Die diesbezüglichen Zweifel hat die Beklagte zu 2) auch im Rahmen ihrer persönlichen Anhörung nicht ausgeräumt. Dies kann aber auch dahinstehen. Selbst wenn der Kläger im November 2017 seine Vorstellungen für eine Zusammenarbeit über den 31.12.2017 hinaus formuliert hätte, wäre dies weder ein Beweis noch ein Indiz dafür, dass die Gesellschaft nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien zum 31.12.2017 beendet sein sollte.

(2) 92

Der Senat ist auf der Grundlage des Ergebnisses der Parteianhörung und der Beweisaufnahme durch Vernehmung der Zeuginnen E und F jedoch davon überzeugt, dass die Parteien Anfang des Jahres 2018 vereinbarten, ihre gemeinsame Berufsausübung zum 31.03.2018 zu beenden. Sofern die Beklagte zu 2) schriftsätzlich noch eine mündliche Kündigungserklärung des Klägers vom 28.02.2018 behauptet hat, sprechen bereits ihre eigenen Angaben im Rahmen ihrer Parteianhörung nicht für eine einseitige Erklärung des Klägers, die sie lediglich entgegennahm, sondern für eine Verständigung auf eine Beendigung der Beklagten zu 1) zum 31.03.2018. 93

(a) 94

Die Beklagte zu 2) hat im Rahmen ihrer Parteianhörung glaubhaft geschildert, dass sie sich mit dem Kläger Anfang des Jahres 2018 darauf verständigt habe, dass er zum 31.03.2018 aus der Gesellschaft ausscheiden werde. Sie hat dies nachvollziehbar damit begründet, dass infolge erheblicher Differenzen keine Grundlage für eine gemeinsame Tätigkeit mehr bestanden habe; die Beklagte zu 2) hat dies wiederholt mit der Formulierung „wir waren nicht mehr kompatibel“ veranschaulicht. Der Kläger habe verlangt, dass seine privaten Schreibarbeiten in der Kanzlei erledigt werden sollten, wozu sie nicht bereit gewesen sei. Diese Vereinbarung, so die Beklagte zu 2), sei nicht erst am 28.02.2018 getroffen worden, sondern bereits zu einem früheren Zeitpunkt. Jedoch sei die praktische Umsetzung aus zeitlichen Gründen und wegen Personalmangels nicht sofort möglich gewesen. Bei einem Streitgespräch am 28.02.2018 sei es schließlich um die Frage der Abwicklung gegangen, denn sie habe von ihrem Vater gefordert, dass er sich daran beteiligen solle. Dies habe er jedoch mit der Begründung, „nö, das interessiert mich nicht, ich bin ja sowieso raus“ abgelehnt. Anschließend habe er ihr Büro verlassen und es sei zu dem „Auftritt“ gekommen, den alle anwesenden Mitarbeiter der Kanzlei mitbekommen hätten und der Gegenstand der Beweisaufnahme war. 95

(b) 96

Die Richtigkeit dieser Schilderung der Beklagten zu 2) wird durch das Ergebnis der Zeugenvernehmung und durch weitere Umstände gestützt. 97

(aa) 98

Die Zeuginnen E und F, die beide in der Kanzlei der Beklagten zu 1) arbeiteten – und jetzt für die Beklagte zu 2) tätig sind – haben übereinstimmend bekundet, dass der Kläger nach einem Gespräch mit der Beklagten zu 2) aus deren Büro gestürmt sei und lautstark geäußert habe, er sei ab dem 01.04. nicht mehr da bzw. „raus“, so dass alle Mitarbeiter der Kanzlei dies mitbekommen hätten. Die Zeugin E konnte das Datum dieses „Auftritts“ anhand eines später von dem Kläger diktierten Schreibens an die Steuerberaterkammer zeitlich auf den 28.02.2018 einordnen, während die Zeugin F ausgesagt hat, es sei im Frühjahr gewesen und sie habe nicht in den Kalender geschaut. 99

(bb) 100

Die Aussagen der beiden Zeuginnen waren glaubhaft, Bedenken gegen ihre Glaubwürdigkeit bestehen nicht. Beide Zeuginnen haben detailreich ausgesagt und waren erkennbar um eine wahrheitsgemäße Aussage bemüht. Sie haben jeweils deutlich gemacht, an welchen Stellen sie keine Erinnerung bzw. keine eigene Wahrnehmung zu dem Gegenstand ihrer Vernehmung hatten. So hat die Zeugin E zwar angegeben, dass sie für den Kläger verschiedene Anschreiben nach Diktat gefertigt habe; über den weiteren Verbleib dieser 101

Schreiben konnte sie jedoch keine Aussage machen, da sie nicht mit deren Versendung befasst war. Gleiches gilt für die Zeugin F, die Angaben zu Unterlagen machen konnte, die von dem Kläger mitgenommen wurden. Sie hat auf entsprechende Nachfrage erklärt, dass sie nicht wisse, um welche Unterlagen es sich gehandelt habe und in welcher Anzahl von dem Kläger Ordner mitgenommen worden seien; jedenfalls seien es mehr als zwei Ordner gewesen. Anhaltspunkte dafür, dass die Zeuginnen im Hinblick auf die Loyalität zu ihrer Arbeitgeberin falsche Angaben gemacht haben, haben sich nicht ergeben. Der Kläger, der im Anschluss an die Vernehmung der Zeuginnen erneut persönlich angehört wurde, hat die Richtigkeit ihrer Angaben auch nicht in Abrede gestellt, sondern lediglich versucht, seiner Äußerung einen anderen Bedeutungsgehalt beizumessen.

(cc) 102

Die somit bewiesene Äußerung des Klägers stellt, auch wenn die Zeuginnen keine Angaben zu Inhalten der Gesprächen zwischen den Gesellschaftern machen konnten, ein gewichtiges Indiz dafür dar, dass der Kläger seine Tätigkeit für die Beklagte zu 1) zum 31.03.2018 endgültig beenden wollte und eine entsprechende Vereinbarung mit der Beklagten zu 2) geschlossen hatte. Darüber hinaus wurde die Beendigung der Beklagten zu 1) ab dem 01.04.2018 tatsächlich umgesetzt. Die Zeugin E hat in diesem Zusammenhang ausgesagt, im Kanzleibetrieb seien Änderungen dahingehend vorgenommen worden, dass es sich ab April 2018 um ein Einzelunternehmen handelt. Der Briefkopf sei geändert und Vertragspartner seien informiert worden, damit die Rechnungen korrekt auf das Steuerberaterbüro D ausgestellt werden konnten. Auch der Internetauftritt wurde unstreitig umgestellt, nach der glaubhaften Angabe der Beklagten zu 2) zeitnah, d. h. innerhalb einer Woche nach dem 31.03.2018. Der Kläger hat als Anlage K4 einen Ausdruck des Internetauftritts der Beklagten zu 2) vorgelegt, dort heißt es: „Seit dem 01. April 2018 werden Sie gemeinsam mit allen qualifizierten Mitarbeitern in steuerrechtlichen und geschäftlichen Belangen durch D beraten und vertreten.“ Auch das Praxisschild wurde geändert. Es ist nicht ersichtlich, dass der Kläger diesen Maßnahmen, die ihm nicht verborgen geblieben sein können, zeitnah widersprach. Die erste aktenkundige Reaktion des Klägers stellt das Anwaltsschreiben vom 24.04.2018 (Anlage K5) dar, das sich jedoch nicht mit der Umorganisation des Kanzleibetriebs befasst.

(dd) 104

Die Kündigungsbestätigung der Beklagten zu 2) vom 25.03.2018 steht der Annahme, dass die Beklagte zu 1) durch eine Vereinbarung über das Ausscheiden des Klägers beendet wurde, nicht entgegen. Die Beklagte zu 2) hat im Rahmen ihrer persönlichen Anhörung hierzu plausibel erklärt, sie habe das Bestätigungsschreiben verfasst, nachdem der Kläger unter Hinweis auf den schriftlichen Gesellschaftsvertrag erklärt habe, eine mündliche Beendigung der Gesellschaft sei nicht möglich. Es ist naheliegend, dass die Abfassung und Übergabe dieses Schreibens einen Versuch der Beklagten zu 2) darstellte, den Kläger an den mündlich getroffenen Vereinbarungen festzuhalten.

(ee) 106

Anders als der Kläger zunächst schriftsätzlich und zum Teil wahrheitswidrig vorgetragen hat, beteiligte er sich auch selbst an dem Übergang von der GbR zur Einzelsteuerberaterpraxis. Obwohl er dies schriftsätzlich noch bestritten hatte, hat er im Rahmen seiner persönlichen Anhörung eingeräumt, dass von dem als Anlage S & J 2 vorgelegten Verabschiedungsschreiben etwa zehn Stück an langjährige Mandanten versandt worden seien. Zudem hat er weitere Anschreiben, beispielsweise an die Steuerberaterkammer, jedenfalls diktiert. Dabei hat er die Zeugin E angewiesen, dass bei einigen Anschreiben der

Briefkopf „H“ zu verwenden sei, was ebenfalls für eine Beendigung seiner Tätigkeit für die Beklagte zu 1) spricht. Zudem haben die Zeuginnen E und F übereinstimmend beschrieben, dass sich der Kläger im April 2018 von den Mitarbeitern der Kanzlei verabschiedet und ihnen Abschiedsgeschenke gemacht habe. Die langjährigen Mitarbeiter, so die Aussage der Zeugin E, hätten sich dabei Geschenke aussuchen dürfen. Der Kläger habe alle Mitarbeiter im Büro einer Mitarbeiterin versammelt, die Geschenke verteilt und sich für die gute Zusammenarbeit bedankt. Beide Zeuginnen haben übereinstimmend ausgesagt, dass die Mitarbeiter dem Kläger zum Abschied einen Restaurant-Gutschein geschenkt hätten. Da nicht angenommen werden kann, dass die Zeuginnen sich diese Begebenheit (die die Klägerin in ihren Schriftsätzen offensichtlich versehentlich auf April 2017 datiert hat) ausgedacht haben, steht damit gleichzeitig fest, dass der Kläger auch zu diesem Punkt wahrheitswidrig hat vortragen lassen. Ein Gesellschafter, der sich auf die beschriebene Weise von Mandanten und Mitarbeitern verabschiedet, gibt zu erkennen, dass die Außen-GbR beendet ist.

(ff) 108

Auch die erstmals in der Berufungsinstanz vorgelegte schriftliche Kündigung vom 01.02.2018 steht einer Beendigung des Gesellschaftsvertrages zum 31.03.2018 nicht entgegen. Es kann offenbleiben, ob der Kläger dieses Schreiben unterzeichnete und der Beklagten zu 2) übergab; die insoweit darlegungs- und beweiselastete Beklagte zu 2) hat die Übergabe des Schreibens nicht bewiesen, da die Zeugin E, wie bereits ausgeführt, keine Angaben zu dem Verbleib der von ihr gefertigten Schriftstücke machen konnte. Der Kläger selbst hatte keine nachvollziehbare Erklärung für die Herkunft des Schriftstückes, obwohl durch die Aussage der Zeugin E bewiesen ist, dass er das Schreiben am 26.03.2018 diktieren und dabei rückdatieren ließ. Die Existenz dieses Entwurfs stellt aus Sicht des Senats lediglich einen weiteren Beleg für die ambivalente Haltung des Klägers dar. Er änderte offenbar mehrfach seine Haltung zu einem Ausscheiden aus der Beklagten zu 1). Dies erklärt, warum er die mit der Beklagten zu 2) getroffene Absprache über sein Ausscheiden zum 31.03.2018 schon kurze Zeit später nicht mehr gelten lassen wollte und sich gegenüber der Beklagten zu 2) auf die Schriftformklausel berief. Auch das Anwaltsschreiben vom 24.04.2018 (Anlage K5), mit dem der Kläger auf die Kündigungsbestätigung der Beklagten zu 2) Bezug nahm, passt in dieses Bild. Dass der Kläger mit seiner Entscheidung nach wie vor hadert, belegen auch sein jetziges Prozessverhalten und seine abschließende Erklärung im Rahmen der mündlichen Verhandlung, nach der er die Hoffnung gehabt habe, dass eine weitere Zusammenarbeit irgendwann doch noch einmal möglich sei. Die einseitige Loslösung von der wirksamen mündlichen Vereinbarung ist dem Kläger jedoch nicht möglich, auch wenn er seine Meinung später änderte.

(gg) 110

Letztlich stützt auch das Ergebnis der Parteianhörung des Klägers die Annahme einer einvernehmlichen Beendigung der GbR zum 31.03.2018. Der Kläger hatte sich im Rahmen seiner Parteianhörung zunächst darauf berufen, er habe ab dem 01.01.2018 lediglich noch auf Abruf tätig sein sollen. Dafür habe er eine Vergütung von 100,00 € je Stunde als Gewinn vorab beziehen sollen. Er habe der Beklagten zu 2) in der Folgezeit wegen der Auseinandersetzungen über die Regelung der Erbfolge mitgeteilt, dass er zu einer Tätigkeit auf Abruf nunmehr auch nicht mehr bereit sei. Der Zweck der Beklagten zu 1) bestand nach dem schriftlichen Gesellschaftsvertrag vom 31.03.2007 in der gemeinsamen Berufsausübung als Steuerberater (vgl. die Präambel und § 2 Abs. 1 GV). Hierzu wollte der Kläger nach dem 31.03.2018 erklärtermaßen keine Beiträge mehr leisten. Ferner wollte er auch nicht mehr nach außen hin als Gesellschafter in Erscheinung treten, wie die Verwendung des

Briefkopfes „Steuerberater H“ belegt. Nach dem Rechtsgedanken des § 726 BGB hat dies die Beendigung der Gesellschaft zur Folge. Der bloße Wille, als Gesellschafter weiterhin einen Geschäftsanteil zu halten, stellt keinen Beitrag zur Erreichung des gemeinsamen Gesellschaftszweckes dar. Ein etwaiger geheimer Vorbehalt des Klägers, trotz Einstellung seiner Tätigkeit für die Beklagte zu 1) ab dem 01.04.2018 die Gesellschafterstellung zu behalten, ist gem. § 116 Satz 1 BGB unbeachtlich.

(c) 112

Auf das Formerfordernis des § 21 Abs. 2 Satz 2 GV, wonach die Kündigung durch eingeschriebenen Brief gegenüber allen Mitgesellschaftern auszusprechen ist, kommt es in diesem Zusammenhang nicht an. Die Auslegung nach §§ 133, 157 BGB führt zu dem Ergebnis, dass diese Klausel nur für eine einseitige Kündigungserklärung gilt. Dies entspricht dem Wortlaut der Regelung. Eine einvernehmliche Aufhebung des Gesellschaftsvertrages stellt demgegenüber eine Vertragsänderung dar, für die der Gesellschaftsvertrag in § 27 Abs. 1 GV eine andere Schriftformklausel enthält, die auf diesen Regelungsgegenstand besser passt. Ein übereinstimmender Wille der Parteien, die Schriftformklausel in § 21 Abs. 2 Satz 2 GV über ihren Wortlaut hinaus auf Aufhebungsverträge anzuwenden, kann nicht festgestellt werden. Hierfür könnte allenfalls sprechen, dass der Kläger sich nach dem Ergebnis der Parteianhörung gegenüber der Beklagten zu 2) nach Abschluss des Aufhebungsvertrages rechtsirrig auf das Fehlen der Schriftform berief. Eine über den Wortlaut hinausgehende Anwendung der Einschreibebrief-Klausel auf einvernehmliche Beendigungstatbestände ist mit Blick auf die weitere Schriftformklausel in § 27 Abs. 1 GV aber weder erforderlich noch interessen- und sachgerecht. Dass die Regelung des § 27 Abs. 1 GV nach den obigen Ausführungen nur deklaratorische Bedeutung hat bzw. von den Parteien einvernehmlich aufgehoben wurde, hat keinen Einfluss auf die Auslegung von § 21 Abs. 2 Satz 2 GV. Anders als das Landgericht gemeint hat, besteht zwischen den beiden Klauseln keine Wechselwirkung, sondern die Klauseln regeln unterschiedliche Sachverhalte und sind losgelöst voneinander zu beurteilen. 113

(3) 114

Das einvernehmliche Ausscheiden des Klägers führte dazu, dass sein Geschäftsanteil in Höhe von zuletzt 1 % mit Wirkung zum 31.03.2018 der Beklagten zu 2) anfiel, § 738 Abs. 1 Satz 1 BGB. Denn der schriftliche Gesellschaftsvertrag vom 31.03.2007 enthält eine Fortsetzungsklausel i. S. v. § 736 Abs. 1 BGB. Im schriftlichen Gesellschaftsvertrag ist an mehreren Stellen geregelt, dass das Ausscheiden eines Gesellschafters – sei es durch Tod, Kündigung oder bei Erreichen des in § 24 Abs. 3 GV festgelegten Austrittsdatums für den Kläger – der Anteil des ausscheidenden Gesellschafters am Vermögen der Gesellschaft dem verbleibenden Gesellschafter zuwächst. Nach § 24 GV ist in allen Fällen des Ausscheidens eines Gesellschafters – gleich aus welchem Grund – eine Abfindung an den ausscheidenden Gesellschafter zu zahlen. Der Senat ist davon überzeugt, dass diese Fortsetzungsklausel nach dem übereinstimmenden Willen der Gesellschafter weiterhin Gültigkeit haben sollte, auch wenn im Übrigen zahlreiche Abänderungen des schriftlichen Gesellschaftsvertrages vorgenommen wurden. Die Beklagte zu 2) hat ihren Willen schon dadurch dokumentiert, dass sie nach dem 31.03.2018 ihre Tätigkeit in den Räumen der GbR mit deren Betriebsmitteln und Mitarbeiterstamm als Einzelsteuerberaterin fortsetzte. Im Übrigen wurde die Beklagte zu 1) unstreitig errichtet, um der Beklagten zu 2) die Möglichkeit zu geben, die vormalige Einzelsteuerberaterpraxis des Klägers zu übernehmen und die Nachfolge zu sichern; zur Erreichung dieses Ziels ist es von existentieller Bedeutung, dass die Gesellschaft bei Ausscheiden eines Gesellschafters nicht aufgelöst wird. Auch der Kläger macht im 115

vorliegenden Rechtsstreit nicht etwa geltend, dass die Gesellschaft durch eine Kündigung oder das Ausscheiden eines Gesellschafters beendet werden sollte, sondern er geht von der Fortgeltung des schriftlichen Gesellschaftsvertrages (einschließlich der Fortsetzungsklausel) aus.

b) 116

Auch hinsichtlich der Klageanträge zu 2) und 3) ist die Klage unbegründet. Mit Beendigung der Beklagten zu 1) hat der Kläger keinen Anspruch mehr auf Zutritt zu den Geschäftsräumen. Er kann auch nicht mehr verlangen, dass ihm die Betriebsmittel der Beklagten zu 1) einschließlich des Zugangs zu der DATEV-Software und zu den Finanzbuchhaltungsdaten der Mandanten zur Verfügung gestellt werden. Auch ein Anspruch des Klägers auf Zugang zu den Finanzbuchhaltungsdaten der Beklagten zu 1), der während der Dauer der Gesellschaft aus § 716 BGB folgt, besteht ab dem Zeitpunkt seines Ausscheidens nicht mehr (Palandt-Sprau, BGB, 79. Aufl., § 738, Rdnr. 5). Etwaige Auskunftsrechte des Klägers nach Beendigung der Gesellschaft, die sich unter Umständen aus § 810 BGB ergeben können (vgl. BGH, Versäumnisurteil vom 07.04.2008 – II ZR 181/04, NJW 2008, 2987, Rdnr. 29), werden durch diese Entscheidung nicht berührt.

c) 118

Die Klage ist ebenfalls unbegründet, soweit der Kläger mit dem Klageantrag zu 4) im Wege der actio pro socio für die Beklagte zu 1) von der Beklagten zu 2) verlangt es zu unterlassen, als Einzelsteuerberaterin am Markt aufzutreten. Mit seinem Ausscheiden aus der Beklagten zu 1) endete zum einen die materielle Berechtigung des Klägers, im Wege der actio pro socio Sozialansprüche der Beklagten zu 1) geltend zu machen. (Westermann in: Erman, BGB, 15. Aufl., § 705, Rdnr. 59). Abgesehen davon unterliegt die Beklagte zu 2) mit der Beendigung der Beklagten zu 1) nicht mehr dem Wettbewerbsverbot aus § 11 Abs. 1 GV, für das die entsprechende Anwendung des § 112 Abs. 1 HGB zwischen den Gesellschaftern vereinbart war. Ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot soll nach § 11 Abs. 2 GV nur den ausscheidenden Gesellschafter treffen. Aus dem Gesamtzusammenhang der Regelungen des Gesellschaftsvertrages ergibt sich, dass der andere Gesellschafter – hier die Beklagte zu 2) – durch Übernahme sämtlicher Aktiva und Passiva der Gesellschaft in die Lage versetzt werden soll, seine steuerberatende Tätigkeit als Einzelsteuerberater fortzusetzen. Aus beiden genannten Gründen kommt auch die Verhängung einer Vertragsstrafe gemäß Klageantrag zu 5) nicht in Betracht.

3. 120

Die Widerklage ist hinsichtlich des Hilfsantrags begründet. 121

a) 122

Die Widerklage ist im Hauptantrag unbegründet. Es kann nicht festgestellt werden, dass die Parteien sich zu irgendeinem Zeitpunkt auf die Geltung der gesetzlichen Vorschriften verständigten; mangels Aufhebung oder Vertragsänderung galt damit im Zweifel der schriftliche Gesellschaftsvertrag fort. Der Senat verweist zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Ausführungen zu Ziff. 1. 2. a) aa). 123

b) 124

125

Der Senat ist davon überzeugt, dass die von der Beklagten zu 2) als Anlage S & J 1 vorgelegte Version des schriftlichen Gesellschaftsvertrages vom 31.03.2007 ursprünglich von den Parteien unterzeichnet wurde. Diese Version wurde nach dem nicht bestrittenen Vortrag der Beklagten zu 2) in der Berufungsinstanz, der damit der Entscheidung des Senats zugrunde zu legen ist, bei Gründung der Gesellschaft bei der G-Bank A hinterlegt. Der Kläger hat demgegenüber weder schriftsätzlich, noch im Rahmen seiner Parteianhörung eine nachvollziehbare Erklärung dafür abgegeben, wie die von ihm vorgelegte Vertragsversion mit abweichenden Regelungen zustande kam. Die in der mündlichen Verhandlung erstmals aufgestellte Behauptung, man habe sich im Jahr 2009 auf eine Fortsetzung der Gesellschaft verständigt und die Beklagte zu 2) habe es übernommen, einen neuen Gesellschaftsvertrag aufzusetzen, ist nicht plausibel und mit der Aktenlage nicht in Einklang zu bringen. Denn die letzte Seite der beiden vorgelegten Versionen einschließlich des Datums und der Unterschriftenzeile ist, soweit dies anhand der vorgelegten Ablichtungen beurteilt werden kann, identisch. Ob der Kläger, wie von der Beklagten zu 2) behauptet, den schriftlichen Gesellschaftsvertrag im Zusammenhang mit seinem Ehescheidungsverfahren manipuliert hat, muss an dieser Stelle nicht entschieden werden. Der von dem Kläger erhobene Einwand der Verwirkung greift nicht durch, denn Gegenstand der Widerklage ist die Klärung der rechtlichen Grundlagen der Beklagten zu 1), die für die Parteien auch im Zuge der Abwicklung der GbR von Bedeutung ist.

- | | |
|--|-----|
| 4. | 126 |
| Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10 Satz 1, 711 Satz 1 und Satz 2 i. V. m. § 709 Satz 2 ZPO. | 127 |
| 5. | 128 |
| Die Revision war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. | 129 |