



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 85/25

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja
JNEU: nein

BGB § 736d Abs. 6; ZPO § 256 Abs. 1

Ein rechtliches Interesse an der Feststellung, dass eine Forderung gegen einen Gesellschafter nach Auflösung der Gesellschaft in die Auseinandersetzungsrechnung einzustellen ist, besteht auch dann, wenn die Forderung in Ausnahme von der sog. Durchsetzungssperre mit einer Leistungsklage eingeklagt werden könnte.

BGB § 125 Satz 2, § 242 Ca

Eine sogenannte doppelte Schriftformklausel im Sozietätsvertrag einer Freiberuflersozietät kann grundsätzlich nicht durch eine die Schriftform nicht wahrende Vereinbarung abbedungen werden.

BGB § 242 Be

Aus der gesellschafterlichen Treuepflicht kann sich die Verpflichtung der Gesellschafter ergeben, einer formunwirksamen Änderung des Gesellschaftsvertrags rückwirkend formwirksam zuzustimmen.

BGH, Urteil vom 16. Juni 2026 - II ZR 85/25 - OLG München
LG München I

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Juni 2026 durch den Richter Wöstmann, den Richter Dr. Bernau, den Richter Dr. von Selle, die Richterin Dr. C. Fischer und die Richterin Dr. Adams

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 17. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 12. Mai 2025 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin ist eine Steuerberatungsgesellschaft bürgerlichen Rechts i. L. Gesellschafter sind M. und die Beklagte. Im Sozietätsvertrag vereinbarten die Gesellschafter, dass M. dort näher bestimmte Vorwegvergütungen erhalten und der übrige Gewinn den Gesellschaftern je hälftig zustehen sollte. Der Vertrag enthielt eine einfache Schriftformklausel sowie eine Schiedsklausel. Die Auflösung der Gesellschaft sollte ihre Liquidation zu Folge haben, sofern nicht der verbleibende Gesellschafter binnen Monatsfrist ihre Übernahme erklären sollte.

2 Mit II. Nachtrag zum Sozietätsvertrag vom 20. November 1998 änderten die Gesellschafter das Beteiligungsverhältnis dahingehend, dass M. mit 75 % und die Beklagte mit 25 % an der Klägerin beteiligt sind; die Vorwegvergütung M. sollte sich entsprechend dem neuen Beteiligungsverhältnis ändern und die Beklagte am verbleibenden Gewinn der Klägerin mit 25 % beteiligt sein. In § 4 Abs. 2 des II. Nachtrags heißt es:

"Mündliche Nebenabreden zu diesem Vertrag sind unwirksam. Änderungen oder Zusätze zu diesem Vertrag haben nur Gültigkeit, wenn sie schriftlich niedergelegt und von den Vertragsparteien unterzeichnet werden. Auch die Abbedingung dieser Vereinbarung hat schriftlich zu erfolgen."

3 Ein III. Nachtrag zum Sozietätsvertrag der Gesellschafter vom 30. April 2007 enthält in § 4 Abs. 1 folgende Regelung:

"Mündliche Abreden zu diesem Nachtrag, zum Sozietätsvertrag und zu den Nachträgen I und II sind ungültig. Nachträgliche Änderungen und Ergänzungen dieser Verträge bedürfen zur Rechtswirksamkeit der Schriftform. Auch die Abbedingung dieser Vereinbarung hat schriftlich zu erfolgen."

4 Tatsächlich vereinbarten die Parteien von Anfang an mündlich Vorwegentnahmen in Höhe von zunächst 15.000 DM pro Monat und Gesellschafter, die nicht auf den Gewinn der Gesellschaft angerechnet wurden, ab 2002 Vorwegentnahmen in Höhe von jeweils 92.040 € pro Jahr, die ebenfalls nicht auf den Gewinn angerechnet wurden und ab 2012 Vorwegentnahmen der Beklagten von jährlich mindestens 118.800 €, wiederum ohne Anrechnung auf den Gewinn.

5 Der Gesellschafter M. erlitt Ende November 2010 einen schweren Schlaganfall und war danach nicht mehr im vormaligen Umfang für die Klägerin tätig. Mit Schreiben vom 29. Dezember 2019 kündigte die Beklagte die Gesellschaft ordentlich zum 31. Dezember 2020.

6 Die Klägerin hat behauptet, dass die Beklagte von 1996 bis 2019 gemessen an dem schriftlich Vereinbarten Überentnahmen von insgesamt 651.820,49 € getätigt habe. Sie hat von ihr die Zahlung von 651.820,49 € nebst Rechtshängigkeitszinsen und hilfsweise die Feststellung begehrt, dass dieser Betrag als unselbständiger Rechnungsposten in die Auseinandersetzungsrechnung einzustellen ist. Die Beklagte hat sich gegen die Klage mit der Behauptung verteidigt, die Gesellschafter hätten Mitte 2011 vereinbart, dass M. monatlich lediglich noch 4.000 € zzgl. Einkommensteuervorauszahlungen vorab und sie den restlichen Gewinn der Klägerin erhalten solle.

7 Das Landgericht hat dem Feststellungsantrag unter Abweisung der weitergehenden Leistungsklage entsprochen. Das Berufungsgericht hat die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

8 Die Revision der Beklagten hat Erfolg und führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

9 I. Das Berufungsgericht (NZG 2025, 1282) hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

10 Die Klage sei zulässig. Die Klägerin sei als Gesellschaft in Liquidation "aktivlegitimiert" und werde durch den Gesellschafter M. vertreten. Die Klägerin habe vor Klageerhebung auch den Versuch einer Einigung vor der Steuerberaterkammer unternommen, der nach dem Sozietätsvertrag ohnehin nicht der Klägerin, sondern den Gesellschaftern oblegen hätte.

11 In der Sache seien die Entnahmen der Beklagten, soweit sie über das schriftlich Vereinbarte hinausgingen, zwar weitgehend im Einverständnis mit ihrem Mitgesellschafter M. erfolgt. Der Senat sei insbesondere davon überzeugt, dass die Gesellschafter im Jahr 2011 für die Jahre 2011 und Folgejahre mündlich vereinbart hätten, dass der Gesellschafter M. monatlich lediglich noch 4.000 € zzgl. Einkommensteuervorauszahlungen und die Beklagte den gesamten übrigen Gewinn der Klägerin erhalten sollte. Diese mündliche Vereinbarung sei jedoch im Hinblick auf die "doppelte" Schriftformklausel insbesondere in § 4 Abs. 1 des III. Nachtrags zum Sozietätsvertrag nichtig. Der Klägerin sei die Berufung auf den Formmangel auch nicht nach Treu und Glauben versagt. Dies komme nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (u. a. BGH, Urteil vom 17. September 2009 - I ZR 43/07, MMR 2010, 336 Rn. 22) nur in Betracht, wenn der Gesellschafter M. die Einhaltung der Schriftform treuwidrig vereitelt hätte, wofür kein Anhaltspunkt bestehe. Der Senat hege allerdings erhebliche Zweifel an der Vereinbarkeit dieses Ergebnisses mit § 138 Abs. 1, § 242 BGB, weswegen die Revision zur grundsätzlichen Klärung der Rechtsfrage zugelassen werde.

12 II. Dies hält rechtlicher Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

13 1. Das Berufungsgericht hat allerdings zu Recht die Zulässigkeit der Klage bejaht.

14 a) Die Klägerin ist nach Auflösung durch Kündigung (§ 723 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F.) als Liquidationsgesellschaft parteifähig (§ 50 ZPO). Sie ist nicht etwa liquidationslos erloschen, weil die Beklagte nicht aus der Gesellschaft ausgeschieden ist (jetzt § 712a BGB) und auch der Gesellschafter M. das ihm gesellschaftsvertraglich eingeräumte Übernahmerecht nicht ausgeübt hat.

- 15 b) Die Klägerin wird ordnungsgemäß durch ihren Gesellschafter M. vertreten. Im Prozess gegen einen Gesellschafter wird die Liquidationsgesellschaft durch den (oder die, jetzt § 736b Abs. 1 Satz 2 BGB) anderen Gesellschafter vertreten (BGH, Urteil vom 21. Mai 1964 - II ZR 211/61, WM 1964, 740, 741).
- 16 c) Die Klägerin ist entgegen der Auffassung der Revision auch prozessführungsbefugt, weil sie als Liquidationsgesellschaft ein eigenes Recht im eigenen Namen geltend macht (vgl. allgemein zur Prozessführungsbefugnis BGH, Urteil vom 7. Juli 2021 - VIII ZR 52/20, ZIP 2021, 1541 Rn. 23). Ob auch der Gesellschafter M. der Klägerin befugt wäre, die streitbefangenen Forderungen im eigenen Namen einzuklagen, wenn nicht die Gesellschaft geklagt hätte, kann auf sich beruhen. Die Möglichkeit der Erhebung einer Gesellschafterklage beschneidet nicht die Prozessführungsbefugnis der Gesellschaft. Die Gesellschafterklage ist gegenüber der Klage der Gesellschaft vielmehr subsidiär (BGH, Urteil vom 5. November 2024 - II ZR 85/23, BGHZ 242, 147 Rn. 14 f. mwN; jetzt § 715b Absatz 1 Satz 2 BGB).
- 17 d) Die Klägerin hat entgegen der Auffassung der Revision auch ein rechtliches Interesse an der begehrten Feststellung (§ 256 Abs. 1 ZPO).
- 18 aa) Nach der Rechtsprechung des Senats unterliegen auch Ansprüche der Gesellschaft gegen den Gesellschafter nach ihrer Auflösung grundsätzlich der sog. Durchsetzungssperre mit der Folge, dass sie nicht mehr selbständig außerhalb der Abwicklung im Rahmen einer Leistungsklage geltend gemacht werden können; die gegenseitigen Ansprüche werden zu unselbständigen Rechnungsposten der Auseinandersetzungsrechnung (statt vieler BGH, Urteil vom 22. Mai 2012 - II ZR 3/11, ZIP 2012, 2461 Rn. 35 f. mwN). Anstelle der Leistungsklage besteht für die Klage, festzustellen, dass die betreffenden Forderungen als un-

selbständige Rechnungsposten in die Auseinandersetzungsrechnung einzustellen sind, ein Feststellungsinteresse. Sie ist deshalb zulässig und auf ihre Begründetheit zu prüfen (zuletzt BGH, Beschluss vom 17. März 2026 - II ZR 91/25, juris Rn. 12 f. mwN).

19 bb) Zwar weist die Revision zutreffend darauf hin, dass die Durchsetzungssperre nicht ausnahmslos greift. So bedarf es zur Geltendmachung des Auseinandersetzungsguthabens nach Auflösung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts keiner - von den Gesellschaftern festgestellten - Auseinandersetzungsbilanz, wenn kein zu liquidierendes Gesellschaftsvermögen mehr vorhanden ist. In diesem Fall kann der Gesellschafter, der für sich ein Guthaben beansprucht, dieses aufgrund einer vereinfachten Auseinandersetzungsrechnung unmittelbar gegen den ausgleichspflichtigen Gesellschafter geltend machen; Streitpunkte über die Richtigkeit der Schlussrechnung sind in diesem Prozess zu entscheiden (BGH, Urteil vom 5. Juli 1993 - II ZR 234/92, ZIP 1993, 1307, 1309; Urteil vom 21. November 2005 - II ZR 17/04, ZIP 2006, 232 Rn. 10 f.; Urteil vom 23. Oktober 2006 - II ZR 192/05, ZIP 2006, 2271 Rn. 9 f.; Beschluss vom 25. Januar 2011 - II ZR 280/09, juris; Urteil vom 13. Oktober 2015 - II ZR 214/13, ZIP 2016, 216 Rn. 15).

20 Diese sowohl den ausgleichsberechtigten Gesellschaftern als auch den Liquidatoren (BGH, Urteil vom 27. Oktober 2020 - II ZR 150/19, BGHZ 227, 242 Rn. 25 ff.) im Interesse der Prozesswirtschaftlichkeit eingeräumte Möglichkeit schließt es aber nicht aus, die Auseinandersetzung auf Grundlage einer Schlussbilanz vorzunehmen und hierzu streitige Rechnungsposten gerichtlich feststellen zu lassen. Ein praktisches Bedürfnis hierfür ist nicht zuletzt auch deshalb anzuerkennen, weil die Voraussetzungen einer Ausnahme von der Durchsetzungssperre vielfach ihrerseits streitträchtig sind.

- 21 e) Ohne Erfolg bleibt schließlich die Rüge der Revision, dass die Klage mangels vorheriger Anrufung der Steuerberaterkammer unzulässig sei. Nach der Schiedsklausel im Sozietätsvertrag hat jede Partei "gemäß den standesrechtlichen Vorschriften und der bestehenden Berufsordnung vor Anrufung des ordentlichen Gerichts die Steuerberaterkammer M. zwecks Vermittlung" anzurufen. Die Klausel betrifft indes, wie das Berufungsgericht richtig gesehen hat, nur die Parteien des Gesellschaftsvertrags, nicht die Gesellschaft selbst. Dessen unbeschadet hat die Klägerin die Steuerberaterkammer nach den Feststellungen des Berufungsgerichts vor Klageerhebung angerufen. Die gegen diese Feststellungen gerichtete Verfahrensrüge hat der Senat geprüft und nicht für durchgreifend erachtet (§ 564 Satz 1 ZPO).
- 22 2. Die Erwägungen des Berufungsgerichts, aufgrund derer es die Klage für begründet erachtet hat, halten revisionsrechtlicher Nachprüfung hingegen nicht stand.
- 23 Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerhaft für unerheblich erachtet, dass nach seinen Feststellungen die Gesellschafter im Jahr 2011 für das Jahr 2011 und die Folgejahre mündlich vereinbart haben, dass der Gesellschafter M. monatlich lediglich noch 4.000 € zzgl. Einkommensteuervorauszahlungen und die Beklagte den gesamten übrigen Gewinn der Klägerin erhalten solle.
- 24 a) Das Berufungsgericht hat im rechtlichen Ausgangspunkt allerdings zutreffend zugrunde gelegt, dass eine doppelte Schriftformklausel, wie im II. und III. Nachtrag zum Sozietätsvertrag enthalten, grundsätzlich nicht durch eine die Schriftform nicht wahrende Vereinbarung abbedungen werden kann. Dies hat der Bundesgerichtshof für Kaufleute bereits entschieden (BGH, Urteil vom 2. Juni 1976 - VIII ZR 97/74, BGHZ 66, 378, 381 f.; Urteil vom 17. September 2009 - I ZR 43/07, MMR 2010, 336 Rn. 21; ferner BAG, NJW 2009, 316 Rn. 18). Für

Steuerberater in einer Freiberuflersozietät ist keine andere Beurteilung veranlasst.

25 Das Berufungsgericht hätte die Nachträge zum Sozietätsvertrag, anders als die Revision meint, auch nicht in der Weise einschränkend auslegen müssen, dass die Gesellschafter das Schriftformerfordernis nicht auf die Verteilung des Gesellschaftsgewinns erstrecken wollten. Dafür führt die Revision neben der tatsächlichen Handhabung der Gewinnverteilung § 16 des Sozietätsvertrags an, wonach Beschlüsse über die Änderung der Gewinnbeteiligung "grundsätzlich" schriftlich zu protokollieren sind, sofern dieser Begriff im eingeschränkten Sinne von "regelmäßig" zu verstehen sein sollte, was freilich nicht zwingend ist. Gegen eine solche einschränkende Auslegung spricht entscheidend, dass dann durch jede einigermaßen verfestigte Vertragspraxis die schriftliche Form in Personengesellschaftsverträgen überwunden werden könnte.

26 Der Revision kann auch nicht darin beigespflichtet werden, wenn sie die Zweifelsregel des § 125 Satz 2 BGB auf Personengesellschaftsverträge für nicht anwendbar hält. In diese Richtung weist zwar vordergründig eine ältere Senatsentscheidung, nach der die Zweifelsfolge des § 125 Satz 2 BGB auf eine auf Dauer angelegte Handelsgesellschaft zumindest in der Regel nicht passt (BGH, Urteil vom 5. Februar 1968 - II ZR 85/67, BGHZ 49, 364, 365 ff.). Der Entscheidung lag allerdings eine einfache Schriftformklausel zugrunde, während die Gesellschafter hier mit dem III. Nachtrag die Nichtigkeitsfolge ausdrücklich vorgesehen haben.

27 b) Die Erwägungen des Berufungsgerichts, nach denen sich die Klägerin auch ohne Treuerverstoß auf den Formmangel berufen könne, schöpfen den Sach- und Streitstand dagegen nicht aus.

28 aa) Haben im Rechts- und Wirtschaftsleben tätige Freiberufler wie Steuerberater in einem Individualvertrag eine doppelte Schriftformklausel vereinbart, so ist der Einwand, die Berufung auf die Formbedürftigkeit nachträglicher Änderungs- oder Ergänzungsvereinbarungen verstoße gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) und stelle eine unzulässige Rechtsausübung dar, grundsätzlich zwar nur dann erheblich, wenn die Einhaltung der Schriftform bewusst vereitelt worden ist (vgl. BGH, Urteil vom 2. Juni 1976 - VIII ZR 97/74, BGHZ 66, 378, 382 f.; Urteil vom 17. September 2009 - I ZR 43/07, MMR 2010, 336 Rn. 22; jeweils für Kaufleute).

29 bb) Daneben unterliegen die Gesellschafter einer Personengesellschaft aber einer dem Gesellschaftsverhältnis immanenten gesellschaftlichen Treuepflicht, die nach den Gegebenheiten des Gesellschaftsverhältnisses über die allgemeine Bindung an Treu und Glauben nach § 242 BGB hinausgehen kann. Das Gesellschaftsverhältnis wird im besonderen Maße von den Grundsätzen von Treu und Glauben bestimmt (BGH, Urteil vom 27. Juni 1957 - II ZR 15/56, BGHZ 25, 47, 53). Die gesellschaftliche Treuepflicht gebietet gegenüber den einzelnen Mitgesellschaftern, in dem durch den Gesellschaftszweck vorgegebenen mitgliedschaftlichen Bereich bei der Verfolgung der eigenen Interessen an der Beteiligung auf die Belange der Mitgesellschafter Rücksicht zu nehmen (BGH, Urteil vom 19. November 2013 - II ZR 150/12, NJW 2014, 1107 Rn. 16; Urteil vom 22. Januar 2019 - II ZR 143/17, ZIP 2019, 1145 Rn. 13). Dies gilt umso mehr in einer Zweipersonengesellschaft, in der die Gesellschafter eine Arbeits- und Haftungsgemeinschaft bilden (vgl. BGH, Urteil vom 6. Dezember 1962 - KZR 4/62, BGHZ 38, 306, 312; MünchKommHGB/Fleischer, 6. Aufl., § 105 Rn. 370 mwN). Die gesellschaftliche Treuepflicht kann, insbesondere in einer Krise der Gesellschaft (MünchKommHGB/Fleischer, 6. Aufl., § 105 Rn. 372 mwN), auch eine Pflicht zur Zustimmung zu einer Änderung des Gesellschaftsvertrags beinhalten. Eine solche Zustimmungspflicht kommt dann in Betracht,

wenn sie mit Rücksicht auf das bestehende Gesellschaftsverhältnis oder auf die bestehenden Rechtsbeziehungen der Gesellschafter untereinander dringend erforderlich ist und die Änderung des Gesellschaftsvertrages dem Gesellschafter unter Berücksichtigung seiner eigenen Belange zumutbar ist (BGH, Urteil vom 10. Juni 1965 - II ZR 6/63, BGHZ 44, 40, 41 f.; Urteil vom 28. April 1975 - II ZR 16/73, BGHZ 64, 253, 257; Urteil vom 19. Oktober 2009 - II ZR 240/08, BGHZ 183, 1 Rn. 23).

30 Nach diesen Maßstäben hätte das Berufungsgericht in Betracht ziehen müssen, dass der Gesellschafter M. , nachdem er ab November 2010 aufgrund seines schweren Schlaganfalls nicht mehr im vormaligen Umfang für die Klägerin tätig werden konnte, verpflichtet gewesen sein könnte, einer entsprechenden Minderung seiner Gewinnbeteiligung zuzustimmen. Es liegt ferner nahe, dass diese Minderung derjenigen entsprochen hätte, auf die sich die Gesellschafter nach den Feststellungen des Berufungsgerichts tatsächlich, wenn auch formunwirksam, im Jahr 2011 für 2011 und die Folgejahre geeinigt haben. Unter diesen Voraussetzungen kann sich die Klägerin auch nicht auf den Mangel an Schriftform berufen, weil M. der Minderung rückwirkend schriftlich zustimmen müsste (*dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est*).

31 3. Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif (§ 563 Abs. 3 ZPO). Unter dem Gesichtspunkt der gesellschaftlicher Treupflicht ist den Parteien noch rechtliches Gehör zu gewähren, da dieser Punkt von beiden Parteien übersehen worden ist (vgl. § 139 Abs. 2 ZPO). Eine Pflicht M. , einer der gelebten Vertragspraxis entsprechenden Minderung seiner Gewinnbeteiligung zuzustimmen, hängt entscheidend davon ab, inwieweit er aufgrund seines Schlaganfalls an der Mitarbeit in der Klägerin gehindert war, was zwischen den Parteien streitig ist und vom Berufungsgericht, von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig, nicht aufgeklärt worden ist.

32

4. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin: Wie sich aus der Anlage 1 zum Berufungsurteil ergibt, hat das Berufungsgericht teilweise höhere Überentnahmen angesetzt, als von der Klägerin selbst geltend gemacht worden sind. An der Feststellung höherer als geltend gemachter Entnahmen war das Berufungsgericht nicht erst durch das Verschlechterungsgebot nach § 528 Satz 2 ZPO gehindert. Der Grundsatz der Gesamtabrechnung nimmt den einzelnen in die Auseinandersetzungsrechnung einzustellenden Forderungen nicht ihre rechtliche Selbständigkeit. Bezüglich jeder einzelnen dieser Forderungen ist das Gericht nach § 308 Abs. 1 ZPO gehindert, der Klagepartei mehr als von ihr beansprucht zuzusprechen (vgl. BGH, Beschluss vom 30. September 2025 - II ZR 70/24, ZIP 2026, 63 Rn. 10 ff.).

Wöstmann

Bernau

von Selle

C. Fischer

Adams

Vorinstanzen:

LG München I, Entscheidung vom 18.07.2023 - 41 O 11360/20 -

OLG München, Entscheidung vom 12.05.2025 - 17 U 3472/23 e -

Verkündet am:

16. Juni 2026

Donabauer, Justizangestellte

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle