LG München I, Endurteil v. 18.07.2023 – 41 O 11360/20

Titel:

Auseinandersetzung zwischen Gesellschaftern

Normenkette:

BGB § 202 Abs. 2, § 721 Abs. 2, § 730 Abs. 2 S. 2, § 812 Abs. 1

Leitsätze:

1. Nach herrschender Ansicht in Literatur und Rechtsprechung unterliegen sowohl die Ansprüche des Gesellschafters gegen die Gesellschaft als auch die der Gesellschaft gegen die Gesellschafter zum Stichtag der Auflösung einer Durchsetzungssperre. Die gegenseitigen Ansprüche werden zu unselbstständigen Rechnungsposten der Auseinandersetzungsrechnung. (Rn. 30) (redaktioneller Leitsatz)
2. Steht eine Entnahme im Rechtssinne fest, so hat nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der entnehmende Gesellschafter seine Berechtigung hierzu – die sich bei der GbR nur aus einer Vereinbarung der Gesellschafter ergeben kann – darzutun und gegebenenfalls zu beweisen, weil er sich sonst durch eine solche Eigenmächtigkeit in eine günstigere Beweislage setzen könnte. (Rn. 41) (redaktioneller Leitsatz)
3. Der Gewinnanspruch eines Gesellschafters setzt die Aufstellung und Feststellung des Jahresabschlusses voraus. Damit hängt er von einem rechtsbegründenden Akt ab, an dem regelmäßig sämtliche Gesellschafter, also auch der anspruchsberechtigte Gesellschafter selbst, mitzuwirken haben. Die Feststellung des Jahresabschlusses bildet die Grundlage für die Gewinn- und Verlustverteilung zwischen den Gesellschaftern. Sie legt die Bilanzwerte, auf deren Basis sich der zu verteilende Gewinn berechnet, verbindlich fest. Dadurch ist sie eine notwendige Voraussetzung für die Entstehung und Fälligkeit der Gewinnansprüche. (Rn. 44) (redaktioneller Leitsatz)
4. Folge eines Verjährungsverzichts ist, dass die Befugnis des Schuldners, die Einrede der Verjährung zu erheben, für den genannten Zeitraum ausgeschlossen ist. Die Reichweite des Verjährungsverzichts ist durch Auslegung der Verzichtserklärung zu ermitteln. Der ohne Bestimmung eines Endzeitpunktes erklärte Verzicht ist auch nicht unwirksam, sondern dahin zu verstehen, dass er die Grenzen des § 202 Abs. 2 BGB einhält, soweit sich – wie hier – aus der Auslegung der Erklärung nichts Abweichendes ergibt. (Rn. 61 – 62) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Gesellschaft, Gesellschaftsvertrag, Auseinandersetzungsrechnung, Gewinnanteil, Gewinnverteilungsbeschluss, Verjährungsverzicht

Rechtsmittelinstanzen:

OLG München, Endurteil vom 12.05.2025 – 17 U 3472/23e
BGH Karlsruhe vom -- – II ZR 85/25

Fundstelle:

BeckRS 2023, 56472

Tenor

1. Es wird festgestellt, dass in die Auseinandersetzungsrechnung der ... als unselbstständiger Rechnungsposten wegen Überentnahmen vom 01.02.1995 bis 31.12.2019 zulasten der Beklagten ein Betrag in Höhe von 651.820,49 € einzustellen ist.

2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

3. Von den Kosten des Rechtsstreits haben die Klägerin 20 % und die Beklagte 80 % zu tragen.

4. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags vorläufig vollstreckbar.

Beschluss

Der Streitwert wird auf 658.326,11 € festgesetzt.

Tatbestand

1
Die Parteien streiten über Rückforderungsansprüche der Klägerin gegen die Beklagte als Gesellschafterin wegen behaupteter Überentnahmen.

2
… und die Beklagte (im Folgenden: die Gesellschafter) sind Steuerberater. Zum 01.02.1995 gründeten sie die Klagepartei zum Zwecke der gemeinschaftlichen Berufsausübung. Auf den Sozietätsvertrag vom 30.01.1995 (Anlage K1) wird insoweit Bezug genommen.

3
Die Beklagte war am Gesellschaftsvermögen der Klägerin zunächst mit 8,39 % beteiligt. Mit Nachtrag zum Sozietätsvertrag vom 20.11.1998 erhöhte sich die Beteiligung der Beklagten am Gesellschaftsvermögen auf 25 %. Auf die Anlage K4 wird insoweit Bezug genommen.

4
Im Vertrag vom 30.01.1995 vereinbarten die Parteien, dass dem Gesellschafter Heinz M. die dort näher bezeichnete Vorwegvergütungen zukommen und der übrige Gewinn den Gesellschaftern je hälftig zustehen sollte. Mit Vertrag vom 20.11.1998 wurde bestimmt, dass sich die vertraglich bestimmte Vorwegvergütung des Gesellschafters … entsprechend dem neuen Beteiligungsverhältnis ändern solle. Daneben vereinbarten die Gesellschafter, dass die Beklagte am verbleibenden Gewinn der Klägerin mit 25 % beteiligt sein soll (Anlage K4).

5
In einem weiteren Nachtrag zum Gesellschaftsvertrag vereinbarten die Gesellschafter am 30.04.2007, dass Änderungen und Ergänzungen des Gesellschaftsvertrags und der Nachträge I-III der Rechtswirksamkeit der Schriftform bedürfen und auch die Abbedingung dieser Absprache schriftlich zu erfolgen hat (Anlage K5).

6
Für den Zeitraum 1995 bis 2010 beschlossen die Gesellschafter unter Berücksichtigung jeweils vereinbarter Vorwegvergütungen (vgl. zur jeweiligen Höhe Anlage K6) in der Folge folgende Gewinnermittlungen und Gewinnverteilungen:

Jahr	Gewinn GbR in DM	Gewinnanteil Beklagte in DM
1995	230.010,40	138.586,81
1996	349.651,45	165.147,53
1997	312.995,46	142.433,11
1998	307.841,91	143.766,28
1999	337.898,12	145.192,47
2000	461.653,29	207.898,70
2001	426.232,14	199.025,41
	Gewinn GbR in €	Gewinnanteil Beklagte in €
2002	242.572,75	107.551,92
2003	288.572,75	118.934,55
2004	200.528,26	96.923,48
2005	261.472,80	112.303,39
2006	259.062,53	111.582,31
2007	304.780,17	122.734,86
2008	326.823,98	128.190,01
2009	210.723,66	100.287,32
2010	170.006,52	88.147,86

7
Der Gesellschafter … erlitt Ende November 2010 einen schweren Schlaganfall und war in der Folge nicht mehr im vormaligen Umfang für die Klägerin tätig, wobei zwischen den Parteien Uneinigkeit über den Umfang und die Qualität der ab dem Jahr 2011 vom Gesellschafter M. für die Klägerin geleisteten Arbeit besteht.

8
Die Beklagte entnahm aus dem Gesellschaftsvermögen der Klägerin folgende Beträge (saldiert):

Entnahmen DM	
Kalenderjahr 1995 saldierte Entnahmen	124.332,07
Kalenderjahr 1996 saldierte Entnahmen	243.017,13
Kalenderjahr 1997 saldierte Entnahmen	208.706,01
Kalenderjahr 1998 saldierte Entnahmen	190.977,60
Kalenderjahr 1999 saldierte Entnahmen	206.190,52
Kalenderjahr 2000 saldierte Entnahmen	255.417,83
Kalenderjahr 2001 saldierte Entnahmen	75.477,07
Kalenderjahre 1995-2001 DM gesamt	1.304.118,23
Kalenderjahre 1995-2001 Euro gesamt	666.785,06
Entnahmen 2002-2010	EUR
Kalenderjahr 2002 saldierte Entnahmen	103.052,02
Kalenderjahr 2003 saldierte Entnahmen	117.226,32
Kalenderjahr 2004 saldierte Entnahmen	112.087,28
Kalenderjahr 2005 saldierte Entnahmen	119.396,75
Kalenderjahr 2006 saldierte Entnahmen	114.156,84
Kalenderjahr 2007 saldierte Entnahmen	107.838,50
Kalenderjahr 2008 saldierte Entnahmen	119.820,25
Kalenderjahr 2009 saldierte Entnahmen	116.702,04
Kalenderjahr 2010 saldierte Entnahmen	121.437,34
Kalenderjahre 2002-2010 EUR	1.031.717,34
Entnahmen 2011-2019	EUR
Kalenderjahr 2011 saldierte Entnahmen	130.933,51
Kalenderjahr 2012 saldierte Entnahmen	146.124,98
Kalenderjahr 2013 saldierte Entnahmen	152.832,71
Kalenderjahr 2014 saldierte Entnahmen	182.479,43
Kalenderjahr 2015 saldierte Entnahmen	181.457,18
Kalenderjahr 2016 saldierte Entnahmen	204.928,30
Kalenderjahr 2017 saldierte Entnahmen	191.211,82
Kalenderjahr 2018 saldierte Entnahmen	187.434,55
Kalenderjahr 2019 saldierte Entnahmen	188.932,36
Kalenderjahre 2011-2019 EUR	1.566.334,84

9
Mit Schreiben vom 29.12.2019 kündigte die Beklagte die Gesellschaft zum 31.12.2020.

10
Die Klägerin behauptet, für die Jahre 2011 bis 2020 seien durch die Gesellschafter keine Gewinnverteilungsbeschlüsse gefasst worden, da man sich über die Gewinnverteilung nicht habe einigen können.

11
Anlässlich einer Besprechung zwischen den Gesellschaftern im Jahr 2012 sei lediglich Einvernehmen über die unterjährig zu entnehmenden Tätigkeitsvergütungen erzielt worden, nicht jedoch über die Verteilung des Gesellschaftsgewinns.

12
Sie trägt vor, die Beklagte habe in den Jahren 1996 bis 2019 Entnahmen aus dem Vermögen der Klägerin getätigt, die ihren Gewinnanteil in Summe um insgesamt 651.820,49 € überstiegen.

13
Die Klägerin ist der Ansicht, die Beklagte habe ihr den Betrag von 651.820,49 € aus § 812 Abs. 1 BGB zurück zu gewähren.

14
Die Klägerin beantragt nach einer Teilklagerücknahme zuletzt:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin EUR 651.820,49 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit Rechtshängigkeit zu zahlen;

2. hilfsweise festzustellen, dass in die Auseinandersetzungsrechnung als unselbstständiger Rechnungsposten wegen Überentnahmen vom 01.02.1995 bis 31.12.2019 zulasten der Beklagten ein Betrag in Höhe von 651.820,49 € einzustellen ist.

15
Die Beklagte beantragt

Klageabweisung.

16
Die Beklagte behauptet, der Gesellschafter … habe sich nach seinem Schlaganfall im Jahr 2010 nicht mehr wirklich erholt. Auch nach seiner Rückkehr aus der Reha habe er nicht mehr seine volle Arbeitskraft für die Kanzlei einsetzen können. Dies habe sich an den geringen von ihm noch erwirtschafteten Umsätzen in den Folgejahren gezeigt. Zum Erfolg der Kanzlei habe er nicht mehr in nennenswertem Umfang beigetragen. Im Juli oder August 2011 sei … daher auf die Beklagte zugekommen und habe gefragt, ob es in Ordnung sei, wenn er monatlich noch pauschal 4.000,00 € nehme, mehr brauche er nicht. Beiden Gesellschaftern sei damit klar gewesen, dass … – abgesehen von den genannten 4.000,00 € monatlich – keine weitere Gewinnbeteiligung mehr erhalten sollte.

17
Die Beklagte meint, der Sozietätsvertrag sei in ergänzender Vertragsauslegung dahingehend zu verstehen, dass die der Beklagten zustehende Tätigkeitsvergütung ab dem Jahr 2001 angehoben werden sollte. Die Forderungen der Klägerin seien verjährt. Auch Verwirkung sei eingetreten.

18
Das Gericht hat Beweis erhoben durch die uneidliche Einvernahme der Zeugin M.-L.. Daneben hat es die Gesellschafter persönlich angehört.

19
Zur Ergänzung des Tatbestands wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Protokolle der Verhandlungen vom 02.07.2021, vom 01.04.2022, vom 21.10.2022 sowie vom 28.04.2023 Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

20
Die zulässige Klage ist nur teilweise begründet.

A.

21
Die Klage ist zulässig.

22
1. Die Klägerin wurde bei Klageerhebung im September 2020 wirksam vertreten durch Heinz M., der als gemäß § 15 des Sozietätsvertrags vom 30.01.1996 (Anlage K1) einzelvertretungsberechtigter Gesellschafter der Klägervertreterin Vollmacht und Klageauftrag erteilen konnte.

23
a) Zum Zeitpunkt der Klageerhebung befand sich die Klägerin noch nicht in Liquidation, weswegen § 730 Abs. 2 S. 2 BGB nicht zur Anwendung kommt. Entgegen der Ansicht der Beklagten führte der Umstand, dass der Gesellschafter … von seinem Recht, die Praxis im Wege der Anwachsung zu übernehmen, keinen Gebrauch machte, nicht dazu, dass die Gesellschaft schon vor dem 31.12.2020 aufgelöst wurde.

24
Zwar enthält § 17 des Sozietätsvertrages den Passus, dass „die Sozietät aufgelöst und zu liquidieren“ ist, sofern der verbleibende Gesellschafter sein Übernahmerecht nicht oder nicht rechtzeitig ausübt. Die insoweit notwendige Auslegung des Vertrages ergibt jedoch, dass eine vorzeitige Abwicklung durch diese Klausel nicht vereinbart werden sollte. Denn aus der langen zwölfmonatigen Kündigungsfrist zum Jahresende ergibt sich eindeutig, dass die Gesellschafter – im Übrigen sachgerecht – eine derart lange Zeitspanne einplanen wollten, um sich auf die Abwicklungsphase vorzubereiten. Dass diese bei Abschluss

des Gesellschaftsvertrags den Willen hatten, die Zeitspanne bis zur Auflösung ggf. auf einen Monat zu verkürzen, ist fernliegend.

25
b) Eine etwaige Berufsunfähigkeit des … ändert an der vertraglichen Einzelvertretungsberechtigung nichts.

26
2. Die Klägerin war in der Verhandlung vom 28.04.2023 ordnungsgemäß vertreten. Sie hat insbesondere die Bevollmächtigung von Rechtsanwalt … durch Vorlage einer Originalvollmacht, die der Gesellschafter … unterzeichnet hat, zur Überzeugung des Gerichts nachgewiesen. Die Vollmacht konnte der Gesellschafter M. allein erteilen. Die Beklagte unterlag insoweit einem Stimmverbot, da die Bevollmächtigung eines Prozessbevollmächtigten in engem Zusammenhang mit der Führung des Prozesses an sich steht und die Beklagte insoweit nicht Richter in eigener Sache sein darf (vgl. BGH DStR 2012, 1093, beck-online).

27
3. Hinsichtlich des Hilfsantrags ist das gemäß § 256 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse gegeben. Einer Zahlungsklage stünde die Durchsetzungssperre entgegen (vgl. B.I).

28
4. Das Landgericht München I ist sowohl sachlich als auch örtlich zuständig, §§ 23, 71 GVG, §§ 12,13 ZPO.

B.

29
Die Klage ist lediglich im tenorierten Umfang begründet.

I.

30
Hinsichtlich des Klageantrags Ziffer 1. war die Klage als unbegründet abzuweisen. Die Klägerin kann die behaupteten (Zahlungs-)Ansprüche gegen die Beklagte nicht isoliert geltend machen. Denn nach herrschender Ansicht in Literatur und Rechtsprechung unterliegen sowohl die Ansprüche des Gesellschafters gegen die Gesellschaft als auch die der Gesellschaft gegen die Gesellschafter zum Stichtag der Auflösung einer Durchsetzungssperre; die gegenseitigen Ansprüche werden zu unselbstständigen Rechnungsposten der Auseinandersetzungsrechnung (NJW-RR 2012, 1179 Rn. 35, beck-online; Grüneberg, BGB, 82. Auflage, § 730 Rn. 6 m.w.N.). Die Klagepartei hat hierauf in ihrer Klageschrift auch selbst hingewiesen.

31
Dass eine der Fallkonstellationen gegeben ist, in der die Rechtsprechung eine isolierte Geltendmachung eines Einzelanspruchs erlaubt (vgl. hierzu Grüneberg, a.a.O.), ist weder dargelegt noch sonst ersichtlich. Soweit die Klägerin nach Schluss der mündlichen Verhandlung mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 13.06.2023 hierzu neu vortrug, konnte dies keine Berücksichtigung mehr finden.

II.

32
Hinsichtlich des Feststellungsanspruchs ist die Klage begründet. In die Schlussrechnung der Klägerin sind Rückzahlungsansprüche gegen die Beklagte in Höhe von 651.820,49 € einzustellen.

33
Die Klägerin hat gegen die Beklagte Anspruch auf Rückzahlung von 651.820,49 € sowohl aus dem Gesellschaftsvertrag (MüKoBGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, BGB § 721 Rn. 17) als auch aus § 812 Abs. 1 BGB. Zur Überzeugung des Gerichts hat die Beklagte ohne Rechtsgrund Gelder in dieser Höhe aus dem Gesellschaftsvermögen entnommen.

1. Jahre 1995 – 2010

34
Die Beklagte hat in den Jahren 1995 – 2010 unstreitig saldierte Entnahmen iHv. 1.698.502,40 € getätigt. In Höhe von 127.925,65 € geschah dies ohne Rechtsgrund.

35

1.1 Für die Jahre 1995 bis 2010 haben die Gesellschafter Rechnungsabschlüsse erstellt und über die Gewinnverteilung iSd. § 721 Abs. 2 BGB beschlossen. Dies ergibt sich aus der Anlage K6, den entsprechenden Vortrag der Klägerin hat die Beklagte nicht substantiiert in Abrede gestellt. Bei einem solchen Beschluss handelt es sich um einen Feststellungsvertrag zwischen allen Gesellschaftern (MüKoBGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, BGB § 721 Rn. 8). Der Beklagten standen danach folgende Gewinnanteile zu:

Jahr	Gewinnanteil … der Beklagten
1995	138.586,81 DEM
1996	165.147,53 DEM
1997	142.433,11 DEM
1998	143.766,28 DEM
1999	145.192,47 DEM
2000	207.898,70 DEM
2001	199.025,41 DEM
2002	107.551,92 €
2003	118.934,55 €
2004	96.923,48 €
2005	112.303,39 €
2006	111.582,31 €
2007	122.734,86 €
2008	128.190,01 €
2009	100.287,32 €
2010	88.147,86 €

36
In Summe hatte die Beklagte für die vorgenannten Jahre damit Gewinnansprüche in Höhe von 1.570.576,75 €. Dem stehen für den gleichen Zeitraum Entnahmen iHv. unstreitig 1.698.502,40 € gegenüber. Die Beklagte hat folglich 127.925,65 € ohne Rechtsgrund entnommen.

37
1.2 Soweit die Beklagte die Ansicht vertritt, die der Beklagten ab dem Jahr 2000 als Gewinnvorab gezahlte „Tätigkeitsvergütung“ iHv. 15.000,00 DM sei im Rahmen ergänzender Vertragsauslegung im Wege einer „Dynamisierung“ anzupassen (gewesen), vermag das Gericht dem nicht beizutreten. Die zwischen den Gesellschaftern geschlossenen schriftlichen Verträge sehen eine automatische schrittweise Anhebung der vereinbarten Tätigkeitsvergütung nicht vor. Die Beklagte vermochte auch nicht darzulegen, dass zwischen ihr und dem Mitgesellschafter M. mündlich entsprechendes vereinbart worden sei. Damit fehlt einer nachträglichen Anpassung der Tätigkeitsvergütung jede Grundlage und scheidet mithin aus.

2. Jahre 2011 – 2019

38
Die Beklagte hat in den Jahren 2011 – 2019 unstreitig saldierte Entnahmen iHv. 1.566.334,84 € getätigt. In Höhe von 523.894,84 € geschah dies ohne Rechtsgrund.

39
2.1 Dass Entnahmen der Beklagten im Zeitraum 2011 – 2019 i.H.v. 1.042.440,00 € von einer entsprechenden Absprache der Gesellschafter gedeckt waren, stellt die Klage nicht in Frage. Insoweit ist zugunsten der Beklagten der Vortrag der Klägerin als richtig zu unterstellen, wonach der Beklagten monatlich (zumindest) eine Vorwegvergütung i.H.v. 92.040,00 € (2011) bzw. 118.00,00 € (2012-2019) zustand.

40
2.2 Einen Rechtsgrund für die weitergehenden Entnahmen i.H.v. 523.894,84 € vermochte das Gericht nicht festzustellen.

41
Steht – wie hier – eine Entnahme im Rechtssinne fest, so hat nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der entnehmende Gesellschafter seine Berechtigung hierzu – die sich bei der GbR nur aus einer Vereinbarung der Gesellschafter ergeben kann – darzutun und gegebenenfalls zu beweisen, weil er sich sonst durch eine solche Eigenmächtigkeit in eine günstigere Beweislage setzen könnte (BGH NJW 2000, 505, beck-online). Diesen Beweis vermochte die Beklagte nicht zu führen.

42
2.2.1 Dass die Beklagte aufgrund entsprechender Vereinbarung der Gesellschafter zu gewinnunabhängigen Entnahmen in vorgenannter Höhe berechtigt gewesen sein soll (vgl. hierzu Grüneberg, BGB, 82. Auflage, § 721 Rn. 4), ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. Die Beklagte selbst behauptet, ihre Entnahmen beruhten auf einer Vereinbarung über die Verteilung des Gewinns der Gesellschaft.

43
2.2.2 Der Beklagten stand die entnommene Summe i.H.v. 523.894,84 € nicht als Gewinn zu. Ein entsprechender Gewinnanspruch bestand zur Überzeugung des Gerichts nicht.

44
2.2.2.1 Der Gewinnanspruch eines Gesellschafters setzt die Aufstellung und Feststellung des Jahresabschlusses voraus. Damit hängt er von einem rechtsbegründenden Akt ab, an dem regelmäßig sämtliche Gesellschafter, also auch der anspruchsberechtigte Gesellschafter selbst, mitzuwirken haben (BGH NJW 1981, 2563, beck-online). Die Feststellung des Jahresabschlusses bildet die Grundlage für die Gewinn- und Verlustverteilung zwischen den Gesellschaftern. Sie legt die Bilanzwerte, auf deren Basis sich der zu verteilende Gewinn berechnet, verbindlich fest. Dadurch ist sie eine notwendige Voraussetzung für die Entstehung und Fälligkeit der Gewinnansprüche (BeckOGK/Kell, 1.4.2021, BGB § 721 Rn. 38).

45
2.2.2.2 Nach dem Gesellschaftsvertrag der Klägerin ist der Jahresabschluss von beiden Gesellschaftern zu genehmigen. Vorliegend haben die Gesellschafter jährliche Rechnungsabschlüsse und Gewinnverteilungen gem. § 721 Abs. 2 BGB für die Jahre 2011 bis 2019 jedoch noch nicht (einvernehmlich) gefasst. Damit sind etwaige Gewinnansprüche der Gesellschafter noch nicht entstanden und können damit auch keine Grundlage der von der Beklagten getätigten Entnahmen sein. Im Einzelnen:

46
(a) Unstreitig blieb, dass die für die Jahre 2011 und nachfolgend beim Finanzamt eingereichten Unterlagen wegen der bestehenden Unstimmigkeiten lediglich vorläufiger Natur sein sollten.

47
(b) Soweit die Beklagte behauptet hat, im Sommer 2011 sei mündlich zwischen den Gesellschaftern vereinbart worden, dass der Gesellschafter M. monatlich noch pauschal 4.000,00 € erhalten und der Gewinn der Gesellschaft im Übrigen allein der Beklagten zustehen sollte, stellte dies jedenfalls keinen Rechnungsabschluss und Gewinnverteilungsbeschluss i.S.d. § 721 Abs. 2 BGB dar. Denn zu diesem Zeitpunkt war das Geschäftsjahr noch nicht beendet, ein Jahresabschluss noch nicht erstellt.

48
Letztlich kann dies aber dahinstehen. Denn von der Existenz der von der Beklagten behaupteten Absprache im Sommer 2011 vermochte sich das Gericht nicht zu überzeugen.

49
(i) Das Gericht hat die Beklagte zu der von ihr behaupteten mündlichen Absprache in der Verhandlung vom 02.07.2021 persönlich angehört. Sie gab an, der Mitgesellschafter … habe sie im Sommer 2011 – nach seinem Schlaganfall – in ihrem Büro aufgesucht und ihr den Vorschlag unterbreitet, ihm monatlich 4.000,00 € auszuzahlen, „mehr brauche er nicht“, da er ein gutes Krankengeld erhalte. Sie habe dem Ansinnen zugestimmt.

50
Auch den geschäftsführenden Gesellschafter … hat das Gericht in der Verhandlung vom 02.07.2021 persönlich angehört. Dieser bestritt, dass es zu dem von der Beklagten behaupteten Gespräch gekommen sei.

51
(ii) Beide Aussagen erschienen dem Gericht nicht hinreichend belastbar. Zweifel an den Angaben der Beklagten bestanden, da diese bereits den Zeitpunkt des angeblichen Gesprächs nicht mehr genau zu benennen vermochte. Auch blieb ihre Schilderung detailarm. Aus der informatorischen Anhörung der Beklagten ließ sich auch nicht hinreichend sicher entnehmen, aufgrund welcher Umstände „klar gewesen“ sein soll, dass sich die Gesellschafter tatsächlich konkludent darauf einigen wollten, dass dem Gesellschafter … über den Betrag von 4.000,00 EUR hinaus kein weiterer Gewinnanspruch zustehen soll.

Dies erscheint bei lebensnaher Betrachtung durchaus zweifelhaft. Denn dem Gesellschafter … war und ist am Gesellschaftsvermögen mit 75 % beteiligt. Dass er auf seinen korrespondierenden Gewinnanspruch mündlich und nicht einmal ausdrücklich verzichten wollte, erscheint nicht naheliegend, zumal die Gesellschafter mit Nachtrag zum Gesellschaftsvertrag (Anlage K5) vereinbart haben, dass die Zeugin … bei einer Berufsunfähigkeit des Gesellschafters … dessen Gesellschaftsanteil übernehmen darf. Gegen die Angaben der Beklagten sprach daneben die Aussage der Zeugin … , die das Gericht für glaubhaft erachtete. Sie berichtete unter konkrete Bezugnahme auf Buchungsunterlagen, zu der ersten monatlich vereinbarten Auszahlung von 4.000,00 EUR an ihren Vater sei es erst im Juni 2012 gekommen. Dies wertet das Gericht als starkes Indiz dafür, dass es zur Einigung auf die monatliche Zahlung von 4.000,00 EUR nicht im Jahr 2011, sondern erst im Jahr 2012 kam. Dies lässt die Version der Beklagten wenig glaubhaft erscheinen. Hierbei war sich das Gericht dessen bewusst, dass die Zeugin … als Tochter des Gesellschafters … eigene wirtschaftliche Interessen hat. Die Zeugin berichtete aber – anders als die Beklagte – sehr detailgetreu von den Geschehnissen. Die Beklagte vermochte dem nicht entgegenzutreten.

52
Die Angaben des Gesellschafters … wirkten gleichfalls nicht überzeugend. Dieser gab an, zu einem Gespräch im Jahr 2011 könne es nicht gekommen sein, da er da „keine Zeit“ gehabt habe. Diese erschien höchst fraglich. Soweit der Gesellschafter … daneben angab, im Jahr 2012 habe man sich darauf geeinigt, dass ihm neben der monatlichen „Vorwegvergütung“ der 75-prozentige Gewinnanteil verbleiben sollte, wurde dies widerlegt durch die Angaben der eigenen Tochter: Diese gab an, über Gewinnanteile sei im Jahr 2012 nicht gesprochen worden.

53
Das Gericht hat auch erwogen, ob das als Anlage B6 vorgelegte Schreiben des Gesellschafters … an die Beklagte entscheidend für die Angaben der Beklagten und gegen die Angaben des Gesellschafters … spricht. Dies war jedoch nicht der Fall. Das Schreiben spricht zwar dafür, dass zwischen den Gesellschaftern tatsächlich eine Vereinbarung dahingehend getroffen wurde, dass dem Gesellschafter M. monatlich 4.000,00 € ausgezahlt werden sollen. Dem Schreiben lässt sich jedoch nicht entnehmen, wann diese Vereinbarung getroffen worden sein soll. Es könnte auch Bezug nehmen auf die von der Klägerin behauptete Besprechung der Gesellschafter im Mai 2012. Zu einer einvernehmlichen Absprache über die Gewinnverteilung ab dem Jahr 2011 lässt sich aus dem Schreiben mit der notwendigen Sicherheit nichts herleiten. Denn Inhalt des Schreibens ist gerade, dass der Gesellschafter M. mit der von der Beklagten vorgeschlagenen Gewinnverteilung nicht einverstanden ist. Seinen Gewinnanteil 2011 i.H.v. 62.317,94 € bezeichnet er als das, was ihm mindestens zugestanden habe.

54
Dass die Gesellschafter sich über die Gewinnverteilung 2010 – 2019 bis zuletzt un- eins geblieben sind, folgt zur Überzeugung des Gerichts auch aus der Erklärung der Beklagten vom 12.06.2017 gegenüber dem Finanzamt, in welchen es heißt: „Hinsichtlich der Gewinnverteilungen 2010 und 2011 konnte bisher keine einvernehmliche Lösung erreicht werden. […] Es ist eine Gesamtvereinbarung ab dem Kalenderjahr 2010 bis lfd. Zeitraum incl. aller Problematiken zu treffen“ (Anlage K16, Seite 2).

55
Es verblieben vor diesem Hintergrund unüberwindbare Zweifel daran, ob und ggf. welche einvernehmliche Vereinbarung zwischen den Gesellschaftern im Jahr 2011 getroffen worden sein soll.

56
2.2.3 … Die Beklagte kann ein Recht zur Entnahme der o.g. Gelder auch nicht direkt aus dem Gesellschaftsvertrag herleiten. Dies käme ggf. dann in Betracht, wenn der Gesellschaftsvertrag der Beklagten alle zu verteilenden (Rest-)Gewinne zuwiese und ein Gewinnverteilungsbeschluss damit obsolet wäre. Dies ist jedoch nicht der Fall.

57
Der Gesellschaftsvertrag in Form des III. Nachtrags sieht für die Beklagte (lediglich) einen Gewinnanteil i.H.v 25 % vor. Eine Änderung des Vertrages hat die Beklagte nicht nachgewiesen. Insoweit wird auf die Ausführungen unter Ziff. 2.2.2.2 (b) verwiesen.

58

Auf die Frage, ob die Gesellschafter den Gesellschaftsvertrag trotz der qualifizierten Schriftformklausel mündlich überhaupt wirksam hätten ändern können, kommt es mithin nicht mehr an.

59
Etwaige Änderungen des Gesellschaftsvertrages zu anderen Zeitpunkten, etwa im Mai 2012, hat die Beklagte selbst nicht behauptet.

60
3. Die Ansprüche der Klägerin sind auch nicht verjährt. Aufgrund des am 30.4.2007 erklärten Verjährungsverzichts (Anlage K5) ist es der Beklagten verwehrt, sich auf die Einrede der Verjährung zu berufen.

61
Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist Folge eines Verjährungsverzichts, dass die Befugnis des Schuldners, die Einrede der Verjährung zu erheben, für den genannten Zeitraum ausgeschlossen ist (vgl. BGH, NJW 2009, 1598 Rn. 22 mwN). Die Reichweite des Verjährungsverzichts ist durch Auslegung der Verzichtserklärung zu ermitteln (BGH NJW 2014, 2267 Rn. 18, 19, beck-online). Diese ergibt vorliegend, dass vom Verjährungsverzicht sowohl bereits entstandene als auch künftige Ansprüche wegen festgestellter oder nachgewiesener Überentnahmen erfasst sein sollten. Dies folgt aus dem Wortlaut, der sich sowohl auf die Vergangenheit ("ab Begründung der Gesellschaft") als auch auf die Zukunft ("verzichten insoweit bereits jetzt […]") bezieht. Die hier streitgegenständlichen Ansprüche sind nachgewiesene Überentnahmen und damit vom Regelungsbereich der Vereinbarung erfasst.

62
Der ohne Bestimmung eines Endzeitpunktes erklärte Verzicht ist auch nicht unwirksam, sondern dahin zu verstehen, dass er die Grenzen des § 202 Abs. 2 BGB einhält, soweit sich – wie hier – aus der Auslegung der Erklärung nichts Abweichendes ergibt (BGH Urt. v. 18.9.2007 – XI ZR 447/06, BeckRS 2007, 18303 Rn. 16, beck-online).

63
4. Die Voraussetzungen der Verwirkung sind nicht gegeben. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein Recht verwirkt, wenn seit der Möglichkeit der Geltendmachung längere Zeit verstrichen ist (Zeitmoment) und besondere Umstände hinzutreten, die die verspätete Geltendmachung als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen (Umstandsmoment). Letzteres ist der Fall, wenn der Verpflichtete bei objektiver Betrachtung aus dem Verhalten des Berechtigten entnehmen durfte, dass dieser sein Recht nicht mehr geltend machen werde. Hieran fehlt es vorliegend. Die Gesellschafter sind seit weit über 10 Jahren in Streit über die Gewinnverteilung der Klägerin und sich der Uneinigkeit, dies zeigt die Kommunikation mit dem Finanzamt, stets bewusst gewesen. Die Beklagte selbst hat gegenüber dem Finanzamt erklärt, es müsse insoweit „eine Gesamtlösung" gefunden werden. Darauf, dass sich die Klägerin oder der Gesellschafter M. auf die im Raum stehenden Überentnahmen nicht mehr berufen werden, konnte sich die Beklagte damit nicht verlassen.

64
5. Soweit die Beklagte im Rahmen der ausführlich geführten Vergleichsverhandlungen in den Raum gestellt hat, weitgehend vermögenslos zu sein, kommt § 818 Abs. 3 BGB wegen §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1 BGB vorliegend trotzdem nicht zur Anwendung.

III.

65
Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 ZPO. Zwischen Haupt- und Hilfsantrag bestand wirtschaftliche Identität.

66
Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 709 S. 1, S. 2 ZPO.