

**Dokumentnummer:** 1u67\_11  
**letzte Aktualisierung:** 29.08.2012

**OLG Naumburg, 9.2.2012 - 1 U 67/11**

BGB § 705

**Entstehung einer BGB-Gesellschaft trotz fehlender Gesamteinigung durch Invollzugsetzung im allseitigen Einverständnis**

1. Soll eine Gesellschaft erst gegründet werden und wird sie bereits vor Einigung über alle vertraglichen Punkte im allseitigen Einverständnis in Vollzug gesetzt, kann trotz fehlender Gesamteinigung bereits eine BGB-Gesellschaft entstehen. Für den Beitritt zu einer bestehenden Gesellschaft kann dies indes jedenfalls dann nicht gelten, wenn sowohl der Wille der vorhandenen Gesellschafter als auch der des Eintrittskandidaten dem entgegen stehen.
2. Eine Gemeinschaftspraxis ist als BGB-Gesellschaft anzusehen, die auch durch Invollzugsetzung entstehen kann, hier durch die tatsächliche Aufnahme der Tätigkeit, dokumentiert durch den Auftritt nach außen gegenüber Patienten und Krankenversicherungen. Eine durch Invollzugsetzung gegründete Gesellschaft kann von allen Gesellschaftern jederzeit gekündigt werden.

## Gründe

### I.

Die Klägerin ist Ärztin. Sie arbeitete mehrere Jahre als Angestellte für die Beklagten zu 2) und zu 3). Das Arbeitsverhältnis wurde zum 31.5.2003 beendet. Die genauen Hintergründe dafür sind streitig. Nach dem Vortrag der Klägerin nahm sie ein Angebot der Beklagten zu 2) und zu 3) an, mit ihnen künftig gemeinsam in einer Gemeinschaftspraxis zu arbeiten. Es sei vereinbart worden, dass die Klägerin zunächst selbst einen Kassenarztsitz (Hausärztin) erwirbt und mit diesem in die Gemeinschaftspraxis eintritt. So sei auch verfahren worden: Die Klägerin habe zum 1.7.2003 eine Praxis übernommen. Die Zusammenarbeit sei bis zum 30.9.2003 als Praxisgemeinschaft organisiert gewesen, zum 1.10.2003 sei sie dann in die - bestehende - Gemeinschaftspraxis eingetreten. Unstreitig sind Verhandlungen auf der Basis des als Anlage KN3 (Bl. 217 ff. II) vorgelegten Entwurfs eines Gemeinschaftspraxisvertrages gescheitert. Die Parteien und die der Gemeinschaftspraxis beigetretenen Ärztinnen S. und F. stellten bei der kassenärztlichen Vereinigung einen Antrag auf gemeinsame vertragsärztliche Tätigkeit in Form einer Gemeinschaftspraxis (Bl. 218 II), gleichzeitig wurde eine einheitliche Abrechnungsnummer beantragt. Nachdem dies genehmigt und die Nummer erteilt worden war, wurden der Briefkopf, Praxisstempel, Praxisschild und Internetauftritt (Bl. 36 I) entsprechend geändert. Zahlungen an die (z.B. Privatpatienten) oder von dem/den Ärzte(n) veranlasst, wurden über das Konto der Gemeinschaftspraxis abgewickelt. Die Klägerin erhielt kein Gehalt mehr, sondern eine als Entnahme bezeichnete Zahlung (Aufstellung für das Jahr 2006: Bl. 132 II; Gesamtübersicht Anlage B2 zum Schriftsatz der Beklagten vom 16.12.2011). Die Verhandlungen über den vorgenannten Gemeinschaftspraxisvertrag scheiterten. Nach dem Vortrag der Beklagten habe zwar eine Partnerschaft angestrebt werden sollen. Diese habe dadurch angestrebt werden sollen, dass die Klägerin Anteile an der aus der Praxis Dr. R. pp. und der weiteren Praxis Dr. W. pp. bestehenden steuerlichen Innengesellschaft habe erwerben sollen. Diesen Vortrag haben die Beklagten im Verlauf des Verfahrens fallen gelassen. Verhandelt worden sei über einen Beitritt der Klägerin zur Gemeinschaftspraxis. Die Verhandlungen sind letztlich gescheitert. Bis zur Klärung der Vertragsfrage habe Einigkeit darüber bestanden, dass der Klägerin lediglich ein pauschaler Gewinnanteil habe zustehen sollen, der dann auch gezahlt worden sei. Mit einem Schreiben vom 12.9.2006 (Bl. 38 I), das die Unterschriften sämtlicher Angehöriger der Praxen Dr. R. pp. und Dr. W. trägt, sprachen diese gegenüber der Klägerin eine Kündigung der gemeinsamen Berufsausübung zum 31.12.2006 aus. Begründet wurde die Kündigung mit den gescheiterten Vertragsverhandlungen. Mit Anwaltsschreiben vom 8.11.2006 (Bl. 42 I) wurde die Kündigung wiederholt. Der Klägerin wurde schließlich Hausverbot erteilt. Nach dem die Schlösser ausgetauscht worden waren, zog die Klägerin aus den Räumlichkeiten aus.

Die Klägerin ist der Ansicht, dass sie trotz der gescheiterten Vertragsverhandlungen Gesellschafterin einer Gemeinschaftspraxis bestehend aus ihr, den Beklagten zu 2) und zu 3) sowie den Ärztinnen S. und F. geworden sei, aus der sie nicht wie erfolgt habe herausgekündigt werden können. Für das Vorliegen eines Gesellschaftsverhältnisses spreche die Abwicklung des Praxisbetriebes und der Auftritt nach außen ab dem 1.10.2003.

Die Beklagten sind der Klage entgegengetreten und bestreiten das Bestehen eines Gesellschaftsverhältnisses. Der von der Klägerin in den Vordergrund ihrer Argumentation gerückte Außenauftritt der Praxis betreffe allenfalls das (rechtliche) Verhältnis zu Dritten, besage aber über eine intern bestehende Gesellschaft nichts.

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Vortrages der Parteien und der in erster Instanz gestellten Anträge wird Bezug genommen auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil.

Mit dem angefochtenen Urteil hat das Landgericht die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt: Die Klägerin habe nicht bewiesen, dass ein Gesellschaftsverhältnis bestanden habe. Die Verhandlungen auf der Basis des Vertragsentwurfs seien unstreitig gescheitert. Aber selbst wenn man einen jederzeit kündbaren durch Invollzugsetzung zustande gekommenen Gesellschaftsvertrag (unter Hinweis auf Hanseatisches OLG Bremen, Urt. v. 13.7.2001 - 4 U 6/01, NZG 2002, 173; Schleswig-Holsteinisches OLG, Urt. v. 10.9.2002 - 3 U 10/01, z.B. MedR 2004, 56; jeweils zitiert nach juris) in einer solchen Situation grundsätzlich annehmen würde, könne kein Bindungswille festgestellt werden, weil - wie der Abbruch der Vertragsverhandlungen zeige - über zentrale Punkte eben keine Einigung erzielt worden sei. Da keine Gesellschaft bestehe, stehe der Klägerin auch nicht der geltend gemachte Auskunftsanspruch zu.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Klägerin mit der Berufung, mit der sie ihren erstinstanzlichen Vortrag wiederholt und vertieft.

Wegen der in der Berufungsinstanz gestellten Anträge wird Bezug genommen auf den Inhalt der Seiten 1 - 3 der Berufungsbegründung vom 1.8.2011 (Bl. 196 - 198 II).

Die Beklagten beantragen, die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigen das angefochtene Urteil und wiederholen und vertiefen ebenfalls ihren Vortrag aus erster Instanz.

Der Senat hat den Parteien einen schriftlichen rechtlichen Hinweis erteilt, zu dem beide Parteien in der Folgezeit Stellung genommen haben. Auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze wird Bezug genommen.

## II.

Die Berufung ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden. Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

Die Klägerin ist nicht der aus den Beklagten zu 2) und zu 3) (später auch der Ärztinnen S. und F.) bestehenden Gesellschaft beigetreten. Wie sich aus § 5 des Entwurfes des Gemeinschaftspraxisvertrages ergibt, sollte die Klägerin für die Übernahme einer Beteiligung einen Geldbetrag an die Beklagten zu 2) und zu 3) zahlen. Darin unterscheidet sich der vorliegende Fall von den vom Landgericht zitierten Fällen (Hanseatisches OLG Bremen und Schleswig-Holsteinisches OLG jeweils a. a. O.). In den vorgenannten Fällen sollte eine Gesellschaft jeweils erst gegründet werden. Soll eine Gesellschaft erst gegründet werden und wird sie bereits vor Einigung über alle vertraglichen Punkte im allseitigen Einverständnis in Vollzug gesetzt, kann trotz fehlender Gesamteinigung bereits eine BGB-Gesellschaft entstehen (so bereits: BGH, Urt. v. 23.11.1959 - II ZR 187/58, NJW 1959, 430; Urt. v. 28.6.1982 - II ZR 226/81, NJW 1982, 2816, 2817). Für den Beitritt zu einer bestehenden Gesellschaft kann dies indes jedenfalls dann nicht gelten, wenn sowohl der Wille der vorhandenen Gesellschafter als auch des Eintrittskandidaten (= Klägerin) dem entgegen stehen. Der Beitritt zu einer Gesellschaft stellt eine Änderung des Gesellschaftsvertrages dar, über die Einigung erzielt werden muss, die aber nicht vorliegt, wenn die BGB-Gesellschaft bzw. deren Gesellschafter die Aufnahme eines neuen Gesellschafters von Bedingungen abhängig machen wollen, die der Eintrittskandidat nicht erfüllen will (hier: die gefor-

derte Geldzahlung). Gegen den erklärten Willen aller Beteiligten kann ein Beitritt durch konkludentes Handeln zu einer bestehenden Gesellschaft nicht angenommen werden.

Unstreitig ist indes, dass eine Gemeinschaftspraxis betrieben werden sollte. Unter einer Gemeinschaftspraxis versteht die Rechtsprechung in Abgrenzung zu einer Praxisgemeinschaft eine Organisation zur gemeinschaftlichen Behandlung von Patienten, gemeinsamer Karteiführung und zur Abrechnung aller Fälle unter einem Namen (BSG, Urt. v. 22.4.1983 - 6 RKa 7/81, BSGE 55, 97; 104; vgl. auch die noch weitergehende geplante Definition für die Musterberufsordnung für die deutschen Ärztinnen und Ärzte, zitiert nach Spickhoff/Scholz Medizinrecht, MBO, § 18 Rn. 4). Die Gemeinschaftspraxis bedarf zudem der vorherigen Genehmigung durch den Zulassungsausschuss der kassenärztlichen Vereinigung (§ 33 Abs. 3 S. 1 Zulassungsverordnung für Vertragsärzte - Ärzte-ZV -). Diese auf eine langfristige Zusammenarbeit angelegte Organisation ist daher grundsätzlich als BGB-Gesellschaft anzusehen, die nach der vorgenannten Rechtsprechung auch durch Invollzugsetzung entstehen kann. Für den vorliegenden Fall heißt dies, dass durch die tatsächliche Aufnahme der Tätigkeit (dokumentiert auch durch den Auftritt nach außen gegenüber Patienten und Krankenversicherungen) eine BGB-Gesellschaft entstanden ist. Wer neben der Klägerin noch Gesellschafter dieser neuen Gesellschaft war (die Beklagte zu 1) [dazu BGH, Urt. v. 2.10.1997 - II ZR 249/96, z.B. NJW 1998, 376] und/oder die Beklagten zu 2) und 3) und später auch die Ärztinnen S. und F.), kann im Ergebnis dahinstehen.

Eine durch Invollzugsetzung gegründete (vorliegend bezogen auf den Verhandlungsgegenstand quasi unvollendete) Gesellschaft kann von allen Gesellschaftern jeder Zeit gekündigt werden (MünchKommBGB/Ulmer, 5. Aufl., § 705 Rn. 29). Die gegenüber der Klägerin ausgesprochenen Kündigungen konnten die Gesellschaft unmittelbar beenden (§ 723 Abs. 1 S. 1 BGB), sodass der Hauptantrag zu 1) auf Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigungen unbegründet ist.

Unbegründet ist auch der Hilfsantrag, der zum Hauptantrag 1 gestellt wird. Für die Zahlung einer Abfindung fehlt es sowohl an einer gesetzlichen wie - erst recht - an einer vertraglichen Anspruchsgrundlage.

Für die Beendigung einer gekündigten Gesellschaft sieht das Gesetz mangels gesellschaftsvertraglicher Regelungen grundsätzlich das Auseinandersetzungsverfahren nach den §§ 730 ff. BGB vor. Das Auseinandersetzungsverfahren setzt aber seinerseits voraus, dass die Gesellschaft Gesellschaftsvermögen gebildet hat. Davon kann aber bei einer (gleichsam vorläufigen) Gründung durch Invollzugsetzung nicht ausgegangen werden. Selbst wenn man unterstellt, dass die Klägerin die Hausarztpraxis erworben hat, damit überhaupt eine gemeinsame Abrechnungsnummer erlangt werden konnte, so hat sie doch in die Gesellschaft nichts eingebracht. Die Patientenkartei, die im Zuge der Übernahme der Hausarztpraxis erworben sein mag, wurde nach dem nicht bestrittenen Vortrag der Beklagten nicht genutzt (war nutzlos, weil keine hausärztliche, sondern eine spezialisierte internistische Praxis betrieben wurde), sondern nur eingelagert und nach Ablauf der Aufbewahrungsfrist entsorgt. Einrichtungsgegenstände, die die Klägerin ebenfalls im Zuge der Übernahme der Hausarztpraxis erworben haben mag, hat sie - soweit für diese von Interesse - an die Beklagten verkauft (dazu: Schreiben der Klägerin vom 12.11.2003 nebst Anlage). Wenn die Beklagten diese Gegenstände indes von der Klägerin gekauft haben, kann es sich dabei ebenfalls nicht um eine Einlage in eine Gesellschaft gehandelt haben. Die Klägerin hat auch keinen Patientenstamm eingebracht (zur Patientenkartei s. o.) oder aufgebaut. Den Patienten wurde zwar jeweils einer der Ärzte als ständiger Ansprechpartner zugeordnet, die Behandlung erfolgte bei entsprechender Notwendigkeit aber auch gemeinsam. Dabei handelt es sich dann aber eher um einen internen Geschäftsverteilungsplan als um den Aufbau von selbstständigen Patientenstämmen für jeden der beteiligten Ärzte. Die Klägerin kann daher nicht erklären, was sie in eine anzunehmende Gesellschaft eingebracht haben will.

Ist daher davon auszugehen, dass kein Gesellschaftsvermögen gebildet wurde, kommt eine Liquidation nicht in Betracht, allenfalls denkbar ist ein schuldrechtlicher Auseinandersetzungsanspruch auf Abrechnung und (ggfls.) Auszahlung (BGH, Urt. v. 26.6.1989 - II ZR 128/88, NJW 1990, 573). Ein solcher Anspruch muss aber ausscheiden, wenn ein solcher konkludent abgedungen oder erfüllt wurde. Nach § 722 Abs. 1 BGB haben die Gesellschafter grundsätzlich den gleichen Anteil am Gewinn und Verlust, es sei denn, es wurde ausdrücklich oder konkludent etwas Abweichendes vereinbart. Davon ist vorliegend im Hinblick auf das vereinbarte monatliche Entnahmerecht der Klägerin auszugehen. Der Beklagte zu 3) hat bei seiner Anhörung durch den Senat ausgeführt, dass allen (zuletzt 5) Ärzten eine gleiche monatliche Summe etwa in der Höhe eines Oberarztgehalts in einem Krankenhaus ausgezahlt worden sei (zunächst 11.000,-- DM [= 5.624,-- Euro], ab 2004: 12.500,-- DM [= 6.391,-- Euro], dieser Betrag entspricht exakt den Auszahlungen an die Klägerin; Anlage B3). Der verbleibende Gewinn wurde nach Erstellung der Bilanz aber ausschließlich zwischen den Gesellschaftern der Beklagten zu 1) nach dem zwischen ihnen vertraglich vereinbarten Schlüssel verteilt, während die Zahlungen an die Klägerin als Betriebsausgabe verbucht wurde. Zwar mag diese Regelung mit der Blickrichtung eines Beitritts der Klägerin zur Beklagten zu 1) als vorläufige Regelung angedacht gewesen sein. In Bezug auf die vorliegend anzunehmende Gesellschaft, die außerhalb der Beklagten zu 1) bestand, bei der es sich ja nur um eine vorläufige Einrichtung handeln konnte im Hinblick auf das angestrebte Verhandlungsergebnis (= Beitritt zur Beklagten zu 1)), kann die Vergütungsregelung nur so verstanden werden, dass es sich dabei für dieses Stadium um eine abschließende, eben von § 722 Abs. 1 BGB abweichende Regelung, handeln sollte. Der Vortrag der Klägerin im Schriftsatz vom 1.2.2012 ist vor diesem Hintergrund unverständlich. Es hat allenfalls eine gemeinsame Entscheidung gegeben, allen das gleiche Grundgehalt auszuzahlen, aber doch gerade nicht, auch den verbleibenden Gewinn in gleicher Weise zu verteilen. Insoweit ist über Jahre doch gerade anders verfahren worden. Der überschüssige Gewinn wurde ausschließlich unter den Gesellschaftern der Beklagten zu 1) verteilt. Wo soll da die gemeinsame Entscheidung zur Beteiligung der Klägerin daran liegen? Da der Anspruch der Klägerin gemäß dieser Regelung unstreitig erfüllt ist, kann kein weitergehender Auseinandersetzungsanspruch bestehen, sodass auch die Anträge zum Hauptantrag 2 unbegründet sind.

Ob Ansprüche der Klägerin darüber hinaus auch verjährt sein könnten (was für einen Anspruch auf Mitwirkung an der Erstellung einer Liquidationsbilanz - wenn er denn bestehen würde - wohl nicht angenommen werden kann, weil ein solcher Anspruch als Minus in den bereits in unverjährter Zeit verfolgten Anträgen mit enthalten sein dürfte), bedarf somit keiner abschließenden Entscheidung.

Die Berufung ist daher in vollem Umfang zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruhen auf den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen von § 543 ZPO nicht vorliegen.

### **Beschluss**

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 386.000,-- Euro festgesetzt.