

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

HGB § 105

Die Gesellschafter können mit Wirkung für das
Innenverhältnis vereinbaren, daß die Gesellschaft
mit einem Zeitpunkt, der vor Abschluß des Vertrages
liegt, als entstanden gilt.

BGH, Urt. v. 24. Mai 1976 - II ZR 207/74 - OLG München
 LG München II

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 207/74

URTEIL

Verkündet am

24. Mai 1976
Spengler,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Michael B., He., R.straße 2,

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. .
und Dr. . -

gegen

1. Sabine B.,

2. Ulrich B.,

beide St./W., E. Straße 2,

Kläger und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. .
und . -

112

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 3. Mai 1976 durch
den Vorsitzenden Richter Stimpel und die Richter
Dr. Schulze, Dr. Bauer, Dr. Kellermann und Dr. Skibbe

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil
des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
München vom 18. September 1974 wird mit
folgender Maßgabe zurückgewiesen:

- a) Im Hinblick auf die Klägerin zu 1 wird
die Verurteilung des Beklagten, in den
Abschluß des Kommanditgesellschaftsvertrags
einzuwilligen, durch die Feststellung
ersetzt, daß der Beklagte verpflichtet
war, mit der Klägerin zu 1 einen Gesell-
schaftsvertrag mit dem im Urteil der
3. Zivilkammer des Landgerichts München II
vom 20. Dezember 1972 niedergelegten Inhalt
für die Zeit vom 3. Juli 1967 bis
31. Dezember 1974 abzuschließen; die
weitergehende Klage der Klägerin zu 1
wird abgewiesen.
- b) Die Feststellungswiderklage des Beklagten
wird, soweit sie sich gegen den Kläger zu 2
richtet, nicht als unzulässig, sondern als
unbegründet abgewiesen.

Von den Kosten der Revisionsinstanz trägt die
Klägerin zu 1 1/10 der eigenen und 1/20 der
dem Beklagten erwachsenen außergerichtlichen
Kosten sowie 1/20 der Gerichtskosten; die
übrigen Kosten der Revisionsinstanz werden
dem Beklagten auferlegt.

Von Rechts wegen



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Tatbestand:

Die am [REDACTED] 1952 geborene Klägerin zu 1 und der am [REDACTED] 1956 geborene Kläger zu 2 sind die Kinder aus zweiter Ehe, der Beklagte und seine Schwester Monika H[REDACTED] sind die Kinder aus erster Ehe des am [REDACTED] 1967 verstorbenen Fabrikanten Klaus B[REDACTED]. Der Verstorbene war Inhaber eines unter der Firma A. Sch[REDACTED] in He[REDACTED]/A[REDACTED] betriebenen Handelsgeschäfts. Er hinterließ ein Testament, in dem er den Beklagten zum Alleinerben und den Kläger zu 2 als Ersatzerben einsetzte. Hierbei bestimmte er unter anderem:

" ...

2. Der Erbe wird mit folgenden Vermächtnissen beschwert.

a) Meine Frau Sonja B[REDACTED] geborene P[REDACTED] erhält 40.000 DM in bar. ... Ferner hat der Erbe meiner Frau Sonja auf deren Lebenszeit eine Rente zu gewähren. ...

b) Meine drei Kinder

Monika H[REDACTED] geborene B[REDACTED],
Sabine B[REDACTED],
Ulrich B[REDACTED]

erhalten je ein Viertel meines Kapitalkontos der Firma A. Sch[REDACTED], He[REDACTED]. Dieser Betrag ist jedoch nicht zur Zahlung fällig. Die Kinder treten vielmehr als Kommanditisten in die Firma A. Sch[REDACTED] ein. Sie können ihre Beteiligung an der Firma A. Sch[REDACTED] nicht vor Ablauf von fünf Jahren, gerechnet von meinem Tode an, kündigen. Nach Ablauf dieser Frist sind die Kommanditbeteiligungen mit einer Frist von 6 Monaten zum Ende eines Kalenderjahres kündbar.

Mein Sohn Michael (Beklagter) kann den Kommanditisten nicht kündigen, solange sie das 21. Lebensjahr nicht vollendet haben. Danach gilt dieselbe Kündigungsfrist wie für die Kommanditisten.

3. Meinen Sohn Michael B. bitte ich für den Fall, daß er ohne Hinterlassung von männlichen Abkömmlingen sterben sollte, durch Testament Sorge zu tragen, daß der von ihm nach diesem Testament zu übernehmende Fabrikbetrieb A. Sch. in He. an meinen Sohn Ulrich B. (Kläger zu 2) kommt, damit der Betrieb immer einem Träger des Namens B. gehört.

Die Kläger verlangen von dem Beklagten als alleinigen Erben unter anderem die Einräumung der Kommanditistenstellung entsprechend den Bestimmungen des Testaments. Der Beklagte hält eine solche Verpflichtung für nicht mehr gegeben, weil er entsprechend der Bestimmung Nr. 2 b des Testaments der Klägerin zu 1 gegenüber zum 31. Dezember 1973, hilfsweise zum 31. Dezember 1974, und dem Kläger zu 2 gegenüber zum 31. Dezember 1977 gekündigt habe.

Das Landgericht hat den Beklagten durch Teilurteil verurteilt, in den Abschluß eines - im einzelnen festgelegten - Kommanditgesellschaftsvertrages zwischen ihm und den beiden Klägern mit Wirkung vom 1. 1967 und in die Anmeldung dieser Kommanditgesellschaft zum Handelsregister einzuwilligen.

In der Berufungsinstanz hat der Beklagte im Wege der Widerklage beantragt festzustellen, daß er den von den Klägern erstrebten Gesellschaftsvertrag wirksam gekündigt habe, und zwar a) gegenüber der Klägerin zu 1 zum 31. Dezember 1973, hilfsweise zum 31. Dezember 1974, b) gegenüber dem Kläger zu 2 zum 31. Dezember 1977.

Das Oberlandesgericht hat das erstinstanzliche Urteil in dem hier interessierenden Umfange bestätigt und die Feststellungswiderklage als unzulässig abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Beklagte den Klagabweisungsantrag und die vorstehend wiedergegebenen Widerklageanträge weiter. Die Kläger beantragen, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Soweit sich die Revision gegen das der Klage stattgebende Urteil des Berufungsgerichts richtet, geht es in der Revisionsinstanz nur noch um die Frage, ob

a) die Kündigung des Beklagten seine Verpflichtung zum Abschluß eines Gesellschaftsvertrages beseitigt hat oder jedenfalls zu einer zeitlich beschränkten Verpflichtung führen muß,

b) der Gesellschaftsvertrag konkrete Bestimmungen über die Gewinnverteilung enthalten muß,

c) der Beklagte mit Wirkung vom 1. 1. 1967 zum Abschluß eines Gesellschaftsvertrages verurteilt werden kann.

Das Berufungsgericht hat entgegen der vom Beklagten vertretenen Auffassung die Fragen zu a) und b) verneint und die Frage zu c) bejaht. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision können im wesentlichen keinen Erfolg haben.

1. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß das Vermächtnis des Vaters der Parteien für den Beklagten als alleinigen Erben die Verpflichtung enthält, die Kläger in das von ihm fortgeführte Handelsgeschäft des Erblassers aufzunehmen und demgemäß mit ihnen einen Gesellschaftsvertrag entsprechend den Bestimmungen des Testaments abzuschließen. Entgegen der Auffassung der Revision ist diese Verpflichtung nicht dadurch weggefallen, daß der Beklagte das "Anwartschaftsrecht" der Kläger auf eine Kommanditistenstellung

aus wichtigem Grunde - weil eine Zusammenarbeit nicht mehr zumutbar sei - "gekündigt" hat.

Es ist zwar anerkannt, daß Tatsachen, die zur Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses aus wichtigem Grunde berechtigen würden, in der Regel auch ein Rücktrittsrecht von einem Vorvertrag gewähren, der die Begründung eines solchen Dauerschuldverhältnisses zum Gegenstand hat (BGH, Urt. v. 20. 6. 58 - I ZR 132/57, Betr. 1958, 955). Dementsprechend mag auch dem Beklagten die Befugnis zuzusprechen sein, bei Vorliegen eines wichtigen Grundes durch einseitige Erklärung die Bindung an die testamentarische Verpflichtung zum Abschluß eines Gesellschaftsvertrages mit den Klägern zu lösen. Die Revision scheitert insoweit jedoch daran, daß die tatsächlichen Voraussetzungen nicht gegeben sind.

Der Vortrag des Beklagten, auf den die Revision Bezug nimmt, läßt nur erkennen, daß er das Verhalten des Prozeßbevollmächtigten der beiden Kläger in den Vorinstanzen beanstandet, den - damals noch minderjährigen - Klägern selbst dagegen keinerlei Fehlverhalten zum Vorwurf macht. Daraus aber kann - wie das Berufungsgericht im Ergebnis zutreffend angenommen hat - keinesfalls abgeleitet werden, daß die Vertrauensgrundlage zwischen den Parteien so erschüttert ist, daß die Bindung des Beklagten an die testamentarische Verfügung des Erblassers nicht mehr zumutbar wäre.

2. Der Klage ist nicht dadurch die Grundlage entzogen worden, daß der Beklagte aufgrund der Bestimmung Nr. 2 b des Testaments "das Anwartschaftsrecht auf eine Kommanditistenstellung" gegenüber der Klägerin zu 1 zum 31. Dezember 1973, hilfsweise zum 31. Dezember 1974, und gegenüber dem Kläger zu 2 zum 31. Dezember 1977 "gekündigt" hat.

a) Seine Verpflichtung, in den Abschluß eines Gesellschaftsvertrages mit dem Kläger zu 2 einzuwilligen, ist dadurch schon deshalb nicht berührt worden, weil die "Kündigung" insoweit - wenn überhaupt - erst zum 31. Dezember 1977 wirksam werden und demgemäß den durch das Vermächtnis begründeten Anspruch des Klägers erst für die Zeit ab 1. Januar 1978 beseitigen konnte (vgl. hierzu auch die Ausführungen zu II 2).

b) Soweit die Rechtsbeziehungen zur Klägerin zu 1 in Frage stehen, ist davon auszugehen, daß der Beklagte das Gesellschaftsverhältnis, wenn es begründet worden wäre, frühestens zum 31. Dezember 1974 hätte beenden können; denn aus den Bestimmungen Nr. 2 b des Testaments, wonach die Kommanditbeteiligungen mit einer Frist von sechs Monaten zum Ende eines Kalenderjahres kündbar sind, der Beklagte aber nicht kündigen darf, "solange sie (die Kläger) das 21. Lebensjahr nicht vollendet haben", folgt, daß für diesen die Kündigungsfrist hinsichtlich der am 31. Dezember 1952 geborenen Klägerin nicht vor dem 31. Dezember 1973 laufen konnte.

Der Streit der Parteien geht im Kern auch nur darum, ob aus den Kündigungsvorschriften des abzuschließenden Gesellschaftsvertrages - gegebenenfalls in Verbindung mit dem weiteren Inhalt der letztwilligen Verfügung - entnommen werden kann, daß der Beklagte nach dem 31. Dezember 1974 den Abschluß des Gesellschaftsvertrags verweigern darf. Die Revisionserwiderung meint hierzu, das dem Beklagten eingeräumte Kündigungsrecht setze den Abschluß des Gesellschaftsvertrages voraus; er könne die bestehenden Bindungen nicht lösen, solange ein Gesellschaftsvertrag nicht zustande gekommen sei. Dem kann nicht gefolgt werden.

aa) Der Revisionserwiderung mag zuzustimmen sein, daß aus diesem Kündigungsrecht allein noch nicht auf eine Befugnis des Beklagten geschlossen werden kann, durch einseitige Erklärung die bestehende Verpflichtung zur Eingehung der Gesellschaft zu beseitigen. Dies folgt jedenfalls daraus, daß die Kläger nach dem in dem Testament zum Ausdruck gekommenen Willen des Erblassers nur ein Recht auf eine zeitlich begrenzte Gesellschafterstellung haben. Danach sollten ihnen die Gesellschafterrechte zwar für die Zeit ab 1. 1. 1967 zustehen (vgl. die Ausführungen zu I 4), der Beklagte aber nach dem 21. Lebensjahr der Kläger ihre zeitliche Begrenzung bestimmen können. Es ist nicht erkennbar geworden, der Erblasser habe die Rechte der Kläger für den Fall erweitern wollen, daß der Beklagte den Abschluß des Gesellschaftsvertrages verzögert. Es bedarf deshalb auch keiner Entscheidung darüber, ob der Umstand, daß es bisher nicht zum Abschluß eines Gesellschaftsvertrages gekommen ist, dem Beklagten zugerechnet werden kann.

Für das Verhältnis zur Klägerin bedeutet dies, daß der Beklagte seit dem 1. Januar 1975 nicht mehr gehalten ist, den im Testament vorgesehenen Gesellschaftsvertrag abzuschließen; die Ausübung des Bestimmungsrechts liegt jedenfalls in der Verlesung der Widerklageanträge vor dem Berufungsgericht am 15. Mai 1974 in Verbindung mit dem Widerklagevorbringen.

bb) Die Klägerin kann hiergegen nicht einwenden, zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht und der Verkündung des Berufungsurteils (15. Mai und 18. September 1974) habe die Verpflichtung zum Abschluß des Gesellschaftsvertrages trotz der "Kündigung" noch bestanden. Im vorliegenden Falle steht bereits aufgrund der in den Vorinstanzen unstreitigen Tatsachen fest, daß eine Verpflichtung

zum Vertragsschluß seit dem 1. Januar 1975 nicht mehr besteht, so daß sich hier nur die Frage erhebt, ob der reine Zeitablauf in der Revisionsinstanz berücksichtigt werden kann. Das aber kann nicht bezweifelt werden (vgl. BGH, Urt. v. 29. 10. 53 - IV ZR 75/53, LM BGB § 240 Nr. 1 zur nachträglichen Fälligkeit einer Forderung; Mattern, Neues Vorbringen in der Revisionsinstanz, JZ 1963, 649).

cc) Danach kann zwar dem Antrag der Klägerin nicht mehr stattgegeben werden, den Beklagten zum Abschluß des Gesellschaftsvertrages zu verurteilen. Die Klägerin hat jedoch ein rechtliches Interesse an der Feststellung, daß der Beklagte zum Abschluß eines Gesellschaftsvertrages mit dem im Urteil des Landgerichts München II vom 20. Dezember 1972 niedergelegten Inhalt für die Zeit vom ■■■■ 1967 bis 31. Dezember 1974 verpflichtet war. Sie leitet aus diesem Rechtsverhältnis weitere Ansprüche ab, und der Beklagte bestreitet, verpflichtet gewesen zu sein, einen Gesellschaftsvertrag mit diesem Inhalt abzuschließen. Daß die Klage auch auf die Klärung dieser Frage gerichtet ist, ergibt die - dem Revisionsgericht obliegende - Auslegung der Klageanträge in Verbindung mit dem Klagevorbringen. Danach geht der Streit der Parteien zwar in erster Linie um die Frage, ob und mit welchem Inhalt der Beklagte mit den Klägern einen Gesellschaftsvertrag abzuschließen hat. Die Klägerin will aber auch festgestellt wissen, daß der Beklagte jedenfalls in der Vergangenheit dazu verpflichtet war.

3. Die letztwillige Verfügung des Erblassers legt den Inhalt des Gesellschaftsvertrages mit der für den Abschluß eines solchen Vertrages erforderlichen Bestimmtheit und Klarheit fest. Sie bestimmt eindeutig die Gesellschaftsform und Dauer der Gesellschaft und enthält hinreichende Vorschriften zur Ermittlung des Beteiligungs-

verhältnisses. Es ist deshalb aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht den im landgerichtlichen Urteil niedergelegten Vertragstext als ausreichend erachtet und darauf hingewiesen hat, er sei im übrigen durch die gesetzlichen Bestimmungen über die Kommanditgesellschaft zu ergänzen.

Die Revision wendet sich insoweit nur dagegen, daß konkrete Bestimmungen über die Gewinnverteilung fehlen. Sie meint, aus § 168 Abs. 2 HGB ergebe sich, daß dem Beklagten eine angemessene Tätigkeitsvergütung zustehe. Diese habe der Höhe nach schon im Gesellschaftsvertrag selbst festgelegt werden müssen; das Berufungsgericht habe über den "eigentlichen Hauptstreitpunkt" der Parteien entscheiden müssen. Diese Angriffe vermögen eine Abweisung der Klage nicht zu rechtfertigen:

a) Es ist zwar richtig, daß im Streitfall das angemessene Verhältnis im Sinne des § 168 Abs. 2 HGB durch richterliches Urteil festzustellen ist und hierbei alle Umstände zu beachten sind, insbesondere auch die für den persönlich haftenden Gesellschafter bestehende Pflicht zur Geschäftsführung. Daraus ergibt sich jedoch nicht, daß dem Antrag auf Abschluß eines Gesellschaftsvertrages nur dann stattgegeben werden kann, wenn er Bestimmungen über die Gewinnverteilung enthält, also auch darüber, ob und in welcher Höhe der geschäftsführende Gesellschafter einen Anspruch auf Tätigkeitsvergütung hat. Das gilt auch dann, wenn sich die Parteien - wie hier - einig sind, daß der Beklagte eine besondere Geschäftsführervergütung im Rahmen der Gewinnverteilung beanspruchen kann, und nur die Höhe umstritten ist (die Kläger halten 24.000 DM jährlich für angemessen, der Beklagte 90.000 DM). Das Berufungsgericht hat zu Recht angenommen, daß angesichts der Vorschrift des § 168 HGB der abzuschließende Gesellschaftsvertrag

keine Bestimmungen über die Gewinnverteilung enthalten muß, die Kläger vielmehr die Möglichkeit haben, die Klärung dieser Frage in einem besonderen - hier bereits anhängigen - Verfahren über die Gutschrift oder Auszahlung des Gesellschaftsgewinnes herbeizuführen. Hierbei wird allerdings über die Tätigkeitsvergütung nur als Vorfrage entschieden mit der Folge, daß die Entscheidung keine Rechtskraft für künftige Gewinnverteilungen begründet. Der Beklagte muß dies jedoch hinnehmen; denn er war und ist in der Lage, selbst tätig zu werden, insbesondere ein Feststellungsurteil zu erwirken und damit seinen Gewinnanteil auf Dauer - allerdings auch nur, solange sich die tatsächlichen Umstände nicht ändern - feststellen zu lassen.

b) Der Beklagte wäre allerdings dann nicht verpflichtet, einem Gesellschaftsvertrag zuzustimmen, der keine konkreten Bestimmungen über die Gewinnverteilung enthält, wenn sich dies aus dem Testament oder aus den besonderen Umständen des Falles ergäbe. Dies ist hier jedoch nicht der Fall.

Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei festgestellt, daß dem Testament die Notwendigkeit, eine solche Bestimmung in den Vertrag aufzunehmen, nicht entnommen werden kann. Die Revision verkennt das nicht, glaubt jedoch, ihre gegenteilige Auffassung mit dem Hinweis rechtfertigen zu können, der Beklagte sei als Erbe durch weitere Vermächtnisse seines Vaters derart belastet, daß er sie nur dann erfüllen könne, wenn sein Gewinnanteil entsprechend hoch festgesetzt werde.

Das Berufungsgericht hat sich mit dem entsprechenden Einwand des Beklagten ebenfalls auseinandergesetzt, ihn jedoch mit der Begründung zurückgewiesen, es sei nicht

bewiesen, daß und in welcher Höhe dem Beklagten aus diesen Gründen ein Geschäftsführergehalt zu zahlen sei. Vor Erschöpfung des Nachlasses könne er deshalb nicht verlangen, daß den Klägern auf diesem Wege Lasten der übrigen Vermächtnisse aufgebürdet würden. Angesichts der erheblichen Gewinne des ererbten Unternehmens stehe im gegenwärtigen Verfahrensstadium auch keinesfalls fest, daß die Erfüllung aller Vermächtnisse unzumutbar sei (§ 242 BGB). Hinsichtlich der Vermächtnisse an die Kläger ergebe sich insoweit nur, daß der Beklagte mit Rücksicht auf die weiteren Vermächtnisse eventuell ein Recht habe, die Auszahlung des Gewinnes zu verweigern. Diese Frage erhebe sich aber nur nach Erfüllung des Vermächtnisses auf Einräumung der Kommanditistenstellung, nämlich bei der Entscheidung über die - anhängigen - Zahlungsansprüche der Kläger.

Es kann dahingestellt bleiben, ob diesen Ausführungen in allen Punkten gefolgt werden kann. Im Hinblick auf die unter a) dargelegte Rechtslage ergibt sich daraus jedenfalls, daß dieses Argument des Beklagten nicht geeignet ist, eine Verpflichtung der Kläger zu begründen, den Gewinnanteil des Beklagten schon im Rahmen der Klage, die auf Einräumung der ihnen zuerkannten Kommanditistenstellung geht, zu konkretisieren.

4. Entgegen der Auffassung der Revision begegnet es keinen rechtlichen Bedenken, daß das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit dem Landgericht den Beginn der Gesellschaft auf den 1. 1. 1967 - den Todestag des Erblassers - festgesetzt hat.

Im vorliegenden Falle geht es weder um die Frage, zu welchem Zeitpunkt eine Kommanditgesellschaft im Verhältnis zu Dritten - im Außenverhältnis - entsteht,

noch darum, ob die Vertragsschließenden für einen Zeitraum vor Abschluß des Gesellschaftsvertrages Gesellschafter werden können, sondern allein darum, ob und unter welchen Voraussetzungen im Verhältnis unter den Gesellschaftern - im Innenverhältnis - vereinbart werden kann, daß die Gesellschaft mit Rückwirkung, d. h. mit einem Zeitpunkt, der vor Abschluß des Vertrages, hier vor Rechtskraft des Urteils (§ 894 ZPO) liegt, als entstanden gilt. Die Kläger wollen mit ihrem Antrag insoweit nur erreichen, daß das Unternehmen ihres Vaters vom Zeitpunkt seines Todes an von dem Beklagten als auf Rechnung der Gesellschaft fortgeführt sein soll, d. h., daß die Geschäfte des Beklagten im Rahmen des Unternehmens von diesem Zeitpunkt an als Geschäfte der Kommanditgesellschaft gelten und ihr Ergebnis der Gesellschaft zugerechnet wird. Da derartige Vereinbarungen zulässig sind, kann auch ein entsprechendes Urteil ergehen. Die Kläger waren demgemäß nicht gehalten - wie die Revision meint -, hinsichtlich des die Vergangenheit betreffenden Rechtsverhältnisses eine gesonderte Feststellungsklage zu erheben.

Die Revision führt zur Begründung ihrer Auffassung noch an, ein Gesellschaftsverhältnis begründe auch eine Fülle von personenrechtlichen Beziehungen, wie Stimmrechte, Mitverwaltungsrechte, Treuepflichten, die nicht rückwirkend fingiert werden könnten. Es kann dahingestellt bleiben, ob, in welchem Umfange und unter welchen Voraussetzungen solche Rechte und Pflichten mit Rückwirkung begründet werden können. Im vorliegenden Falle geht es allein um die Frage der rückwirkenden Beteiligung am Ergebnis des Unternehmens des Erblassers, die die von der Revision erwähnten Probleme nicht aufwirft.

5. Nach alledem hat das Berufungsgericht zu Recht die Berufung des Beklagten zurückgewiesen, soweit er

zum Abschluß eines Kommanditgesellschaftsvertrages mit dem im Urteil des Landgerichts wiedergegebenen Inhalt verurteilt worden ist. Mit Rücksicht auf den Zeitablauf ist hinsichtlich der Klägerin zu 1 jedoch die Verurteilung durch die Feststellung zu ersetzen, daß der Beklagte verpflichtet war, mit ihr den Gesellschaftsvertrag für die Zeit vom 1. 1. 1967 bis 31. Dezember 1974 abzuschließen.

Da der Beklagte verpflichtet ist, bei der Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister mitzuwirken (§§ 106, 108, 161 Abs. 2 HGB), ist das angefochtene Urteil auch insoweit aufrechtzuerhalten, als es sich auf die Anmeldung der zwischen dem Beklagten und dem Kläger zu 2 entstandenen Gesellschaft bezieht.

II. 1. Das Berufungsgericht hat zu Recht die gegen die Klägerin gerichtete Feststellungswiderklage als unzulässig abgewiesen. Das auf die Klage ergehende Urteil stellt die Rechtsbeziehungen der Parteien auch im Hinblick auf die Kündigung klar, die Gegenstand der Feststellungswiderklage ist. Aus diesem Grunde liegen sowohl die besonderen Prozeßvoraussetzungen des § 280 ZPO als auch die des § 256 ZPO nicht vor.

2. Soweit sich die Feststellungswiderklage gegen den Kläger richtet, ist sie nach § 256 ZPO als zulässig anzusehen. Sie ist jedoch nicht begründet.

Der Gesellschaftsvertrag, den der Beklagte aufgrund des Testaments abzuschließen hat, gibt diesem zwar gegenüber dem Kläger ein Kündigungsrecht zum 31. Dezember 1977. Wie bei der Erörterung der Anträge der Klägerin im einzelnen dargelegt (zu I 2 b), wäre der Beklagte nach diesem Zeitpunkt auch nicht mehr verpflichtet, ein Gesellschafts-

verhältnis einzugehen, wenn er das ihm zustehende Gestaltungsrecht, die Bindung zu beenden, ordnungsgemäß ausgeübt hätte. Daraus ergibt sich jedoch nicht, daß er allgemein berechtigt ist, vor Abschluß des Gesellschaftsvertrages dessen Endtermin durch einseitige Erklärung zu bestimmen, also auch dann, wenn der künftige Gesellschafter das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet hat und feststeht, daß das Gesellschaftsverhältnis begründet werden muß.

Der Beklagte könnte deshalb mit seinem Begehren nur dann durchdringen, wenn das Testament insoweit eine Lücke aufwiese, die im Sinne des Beklagten auszufüllen wäre. Das ist jedoch nicht der Fall. Eine Ergänzung der letztwilligen Verfügung in diesem Punkt kommt hier schon deshalb nicht in Betracht, weil dafür kein Bedürfnis besteht; das Ergebnis der vorstehenden Auslegung - ohne Ergänzung - steht nicht in Widerspruch zu dem nach dem Inhalt des Testaments von dem Erblasser Gewollten: Der Beklagte ist nach dem Zustandekommen des Gesellschaftsvertrages ohne weiteres in der Lage, das Gesellschaftsverhältnis zu dem hier in Frage stehenden Zeitpunkt (31. Dezember 1977) durch ordentliche Kündigung zu beenden (vgl. zur ergänzenden Vertragsauslegung BGHZ 40, 91, 104).

Demgemäß ist die Revision insoweit mit der Maßgabe zurückzuweisen, daß die Feststellungswiderklage gegen den Kläger zu 2 nicht unzulässig, sondern unbegründet ist (zur Zulässigkeit der Sachentscheidung in einem solchen Falle in der Revisionsinstanz vgl. BGHZ 33, 398; 46, 281, 284).

Stempel

Dr. Schulze

Richter am Bundes-
gerichtshof Dr. Bauer
kann urlaubshalber
nicht unterschreiben.

Stempel

Dr. Kellermann

Dr. Skibbe