

17

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

BGB §§ 280, 249 Ha, 251, 2174

- a) Ist der Erbe damit beschwert, dem Vermächtnisnehmer Gelegenheit zum Eintritt in eine offene Handelsgesellschaft zu geben, und macht er sich die Erfüllung dieses Vermächtnisses schuldhaft unmöglich, dann muß er den Bedachten grundsätzlich gemäß § 251 Abs. 1 BGB in Geld entschädigen.
- b) Zur Schadensberechnung in diesem Fall.

BGH, Urt. v. 29. Februar 1984 - IVa ZR 188/82 - OLG Hamburg
LG Hamburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IVa ZR 188/82

URTEIL

Verkündet am
29. Februar 1984
Hellmann
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Versicherungskaufmanns Herbert J[REDACTED], B[REDACTED],
H[REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dres. [REDACTED]
und [REDACTED] -

g e g e n

den Betriebswirt Dr. Norbert Otto J[REDACTED], W[REDACTED]straße [REDACTED],
H[REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dres. [REDACTED]
und [REDACTED] -

- 2 -

Der IV a - Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. Februar 1984 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Hoegen und die Richter Dehner, Dr. Zülch, Dr. Schmidt-Kessel und Dr. Zopfs

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 21. September 1982 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als es den Beklagten über den durch Urteil des Landgerichts Hamburg vom 10. März 1976 zuerkannten Betrag von 50.000,- DM nebst Zinsen hinaus zu mehr als weiteren 200.000,- DM nebst Zinsen verurteilt und soweit es dem Feststellungsantrag stattgegeben und die Widerklage abgewiesen hat.

Im Umfang der Aufhebung wird der Rechtsstreit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte ist Sohn und Miterbe des verstorbenen Versicherungskaufmanns Otto J. (Erblasser), der Kläger ist dessen Enkel und zugleich Neffe des Beklagten. Der Erblasser hatte gemeinsam mit dem Beklagten und Herrn von S. in der Rechtsform der oHG die Versicherungsmaklerfirma M.W. J.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

betrieben. In § 14 des Gesellschaftsvertrages war dem Erblasser und dem Beklagten das Recht vorbehalten, "während der Dauer des Vertragsverhältnisses die Aufnahme eines von ihnen zu bestimmenden weiteren Gesellschafters zu verlangen". Der Erblasser hat in § 11 seines Testamentes verfügt:

"Da zwischen meinem Enkel Johann Christian J. [REDACTED] und seinem Vater Herbert J. [REDACTED] (dem Beklagten) ein zu großer Altersunterschied besteht, so soll für die Nachfolge in der Firma M.W. J. [REDACTED] einem Sohn meines verstorbenen Sohnes Erich Gelegenheit zum Eintritt in die Firma gegeben werden, wenn er sich für das Geschäft eignet. In diesem Fall ist ihm eine ausreichende Ausbildung auf Kosten der Firma M.W. J. [REDACTED] in Deutschland und im Ausland zu ermöglichen. Die Auswahl unter meinen beiden Enkelsöhnen steht meinem Sohn Herbert zu."

In Abschnitt V des notariellen Auseinandersetzungsvertrages vom 8. November 1960 haben sich die Parteien darauf verständigt, daß es bei dieser testamentarischen Regelung trotz damals aufgekommener Meinungsverschiedenheiten über die Rechtswirksamkeit des Testamentes "bleiben" solle.

Nach dem Tod des Erblassers im Jahre 1959 entschied sich der Beklagte für den Kläger. Dieser nahm im Sommer 1963 nach bestandener Reifeprüfung eine versicherungskaufmännische Lehre auf, die er aber im Sommer desselben Jahres abbrach. Danach studierte er bis zu seinem bestandenen Examen im Januar 1968 Wirtschaftswissenschaften, promovierte 1973 und war bis August 1978 an einer Universität tätig. Seit September 1978 ist er Leiter der betriebswirtschaftlichen Abteilung einer Flughafen-GmbH und Geschäftsführer der Service-GmbH einer Flughafengesellschaft.

Zum 1. Januar 1976 hatten die Gesellschafter der Firma M.W.J. den Kaufmann R. als weiteren Teilhaber in die Gesellschaft aufgenommen. Die Aufnahme des Klägers wurde abgelehnt. Der Beklagte vertrat den Standpunkt, sein Recht, die Aufnahme eines weiteren Gesellschafters zu verlangen, sei erschöpft.

Der Kläger begehrt Schadensersatz mit der Begründung, der Beklagte habe sich die Erfüllung des Vermächtnisses unmöglich gemacht. Das Landgericht hat den Beklagten antragsgemäß zur Zahlung von 50.000,- DM verurteilt. Mit Urteil vom 26. Februar 1980 hat das Berufungsgericht die Berufung des Beklagten zurückgewiesen; die im Wege der Anschlußberufung geltend gemachte Forderung auf Zahlung von weiteren 1.450.000,- DM nebst Zinsen hat es dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Die Revision des Beklagten gegen dieses Urteil hat der Bundesgerichtshof nicht zur Entscheidung angenommen.

Die Parteien streiten jetzt über die Höhe des dem Kläger entstandenen Schadens. Der Kläger begehrt nunmehr Zahlung von weiteren 1.450.000,- DM nebst Zinsen seit dem 1. Januar 1983 (Bl. 630 d.A.) und die Feststellung, daß der Beklagte zum Ersatz allen weiteren Schadens verpflichtet ist. Das Berufungsgericht hat der Zahlungsklage nur in Höhe von 629.230,- DM nebst Zinsen stattgegeben und festgestellt, daß der Beklagte verpflichtet ist, auch den weiteren für die Zeit ab 1982 entstehenden Schaden zu ersetzen, den der Kläger dadurch erleidet, daß der Beklagte ihm die Aufnahme als Mitgesellschafter unmöglich gemacht hat. Die Widerklage auf Feststellung, daß dem Kläger über 1.500.000,- DM hinaus ein Schadensersatzanspruch von 3.500.000,- DM nicht zustehe, hat das Berufungsgericht als derzeit unbegründet abgewiesen.

Hiergegen wendet sich die Revision des Beklagten, der das Berufungsurteil angreift, soweit es ihn zu mehr als weiteren 200.000,- DM nebst Zinsen verurteilt, der Feststellungsklage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen hat.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt im Umfang der Anfechtung zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Oberlandesgericht.

I.

Durch das Grundurteil des Berufungsgerichts vom 26. Februar 1980 ist rechtskräftig entschieden, daß der Schadensersatzanspruch, den der Kläger damals verfolgte, dem Grunde nach gerechtfertigt ist. Das Berufungsgericht legt diese Beurteilung ersichtlich auch dort zugrunde, wo es über den (neuen) Feststellungsantrag des Klägers und über die negative Feststellungswiderklage des Beklagten entscheidet, die nicht Gegenstand des Grundurteils sind. Das ist rechtlich nicht zu beanstanden. Auch der Beklagte zieht seine Haftung für die Nichterfüllung des ihm auferlegten Vermächtnisses dem Grunde nach nicht mehr in Zweifel. Einschlägig für den Schadensersatzanspruch des Klägers aus §§ 280, 275 Abs. 2 BGB gegen den Beklagten ist allerdings entgegen der jetzigen Auffassung des Berufungsgerichts nicht § 249 Satz 1 BGB. Da der Beklagte sich die Erfüllung des Vermächtnisses unmöglich gemacht hat, die Herstellung im Sinne von § 249 Satz 1 BGB - von

hier nicht vorliegenden besonderen Ausnahmen abgesehen - also gerade nicht möglich ist, muß der Beklagte den Kläger vielmehr gemäß § 251 Abs. 1 BGB in Geld entschädigen. So hatte das Berufungsgericht es zutreffend noch in seinem Urteil vom 26. Februar 1980 gesehen.

Seinerzeit hatte der Kläger einen Teilbetrag eingeklagt und sich dabei auf den Schaden gestützt, der ihm dadurch entstanden sei, daß der Beklagte ihn trotz des ihm vermachten Eintrittsrechts von der Beteiligung an der Firma M.W. J. [REDACTED] ausgeschlossen habe. Dieser - einheitliche - Schaden belaufe sich auf mehr als 1,5 Mio. DM. Damit dürfte der Wert der dem Kläger vorenthaltenen Mitgliedschaft in der Gesellschaft gemeint gewesen sein.

Inzwischen hat der Kläger seine Zahlungsklage, anscheinend auf Anregung des Berufungsgerichts, anders begründet: Sein Schaden liege, so hat er ausgeführt, in erster Linie darin, daß ihm diejenigen Gewinnanteile an der Firma M.W. J. [REDACTED] entgangen sind und noch entgehen, die ihm bei Erfüllung des Vermächtnisses als deren Gesellschafter jährlich zugeflossen wären. Hierauf rechnet er sein eigenes (geringeres) Einkommen an, das er in den entsprechenden Jahren bezogen habe. Auf diese Weise gelangt er allein für die Jahre 1969 bis 1982 auf einen Schadensbetrag von insgesamt 7.530.750,- DM, auf den er seine Teilklage in bestimmter Reihenfolge stützt. Der weitere Schaden, insbesondere der Zukunftsschaden, ist Gegenstand der jetzt zusätzlich erhobenen Feststellungsklage.

Das Berufungsgericht ist dieser Sicht des Schadens im Grundsatz gefolgt. Es geht davon aus, daß der Kläger bei ordnungsmäßiger Erfüllung des Vermächtnisses Anfang 1971 Mitge-

sellschafter geworden wäre, und zwar zunächst mit einer Gewinnbeteiligung von 10%. Gestützt auf eine Erklärung des Beklagten über den "mutmaßlichen Ablauf" nimmt es für das Jahr 1981 eine Erhöhung der Gewinnbeteiligung auf 15% an. Auf dieser Grundlage errechnet es von den jährlichen Gewinnen der Gesellschaft für die Zeit vom 1. Januar 1971 bis zum 31. Dezember 1980 je 10%, addiert hierzu 15% des Jahresgewinnes für 1981 und stellt dem die tatsächlichen Einkünfte des Klägers gegenüber. Von der Differenz billigt es dem Kläger für die genannte Zeit nur 50% zu, weil zwar die Gewinne des Klägers als Gesellschafter, nicht aber die Ersatzleistungen des Beklagten der Einkommenssteuer unterlägen.

Diese Beurteilung begegnet rechtlichen Bedenken.

Wie die Revision mit Recht geltend macht, kann der Kläger nicht für jedes Jahr die (einkommenssteuerrechtlich bereinigte) Differenz zwischen seinen hypothetischen Bezügen als Gesellschafter und seinen tatsächlichen Einkünften verlangen. Eine derartige "Gewinnersatzrente", sei sie nun eine immerwährende oder eine lebenslange, würde den Kläger erheblich zu gut stellen. Eine derartige Schadensberechnung, die den Kläger, was seine Einkünfte angeht, im Grundsatz so stellt, als wäre er Gesellschafter, nähme nicht genügend Rücksicht darauf, daß der Kläger als Gesellschafter nicht nur Rechte hätte. Als Gesellschafter müßte der Kläger das Haftungsrisiko voll mittragen; er unterläge strengen Wettbewerbsvorschriften und müßte das Unternehmen, wie alle anderen Gesellschafter auch, mit vollem Einsatz fördern. Dagegen ist er als Nichtgesellschafter von jeder gesellschaftsrechtlichen Haftung und Bindung freigestellt. Ihn gleichwohl schadensersatzrechtlich in Bezug auf die Gewinne wie einen Gesellschafter zu behandeln, wäre etwas Andersartiges als der vom Erblasser ge-

wollte Eintritt in die Gesellschaft und die damit zwangsläufig verbundene Pflicht zu verantwortlicher Tätigkeit; auf diese Weise erhielte der Kläger daher erheblich mehr, als ihm erbrechtlich zukommt. Aber auch schadensersatzrechtlich schösse eine derartige Lösung über das Ziel der gemäß § 251 Abs. 1 BGB geschuldeten gerechten Entschädigung hinaus; sie versuchte, die Entwicklung der dem Kläger entgangenen Stellung als Gesellschafter nur in Bezug auf die damit verbundenen Vorteile nachzuzeichnen, ohne daß ihm ein entsprechender Einsatz für das Unternehmen abverlangt würde oder auch nur abverlangt werden könnte. Ohne vollen Einsatz für das Unternehmen hätte der Kläger seine Stellung als Gesellschafter und die damit verbundene Aussicht auf Gewinnbeteiligung schon im Hinblick auf § 723 BGB nicht halten können.

Bereits im Rahmen der Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen des § 280 Abs. 1 BGB war zu prüfen, ob der Beklagte wirklich nicht in der Lage war, dem Kläger eine dem Vermächtnis entsprechende oder doch nahekommende Rechtsstellung einzuräumen. Hier war vor allem an eine Unterbeteiligung des Klägers an dem Gesellschaftsanteil des Beklagten zu denken. Eine derartige Gestaltung hätte immerhin die Möglichkeit geboten, den Kläger an dem Verlustrisiko der Gesellschaft zu beteiligen und ihm auch ein Wettbewerbsverbot aufzuerlegen. Indessen wäre damit nicht erreicht, daß der Kläger die Gesellschaft entsprechend den Wünschen des Erblassers gehörig gefördert oder auch nur hätte fördern können. Eine derartige Gestaltung wäre deshalb unangemessen und daher nicht geeignet, die Unmöglichkeit (das Unvermögen) der vom Beklagten geschuldeten Leistung in Frage zu stellen. Eine derartige Lösung dennoch auf schadensersatzrechtlichem Wege herbeizuführen, wäre - auch im Hinblick auf das Grundurteil - widersprüchlich und kann nicht gebilligt werden. Schon des-

halb kann die angefochtene Entscheidung über den Zahlungsanspruch des Klägers nicht bestehen bleiben.

II.

Bei der erneuten Prüfung wird das Berufungsgericht daher einen anderen Weg gehen müssen. Dabei stellen sich Rechtsfragen, die in der bisherigen Rechtsprechung noch keine Lösung gefunden haben. Der Senat neigt zu folgender Auffassung:

Auszugehen ist davon, daß der Beklagte dem Kläger Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ihm auferlegten Verschaffungsvermöchtnisses, also den Ersatz des Erfüllungsinteresses, schuldet, und zwar, da die Herstellung in Natur nicht möglich ist, durch eine Entschädigung entsprechend den Grundsätzen des § 251 BGB. Dabei ist die Höhe der Entschädigung nach dem (positiven) Interesse zu bestimmen, welches der Kläger an der ordnungsgemäßen Erfüllung des Vermöchtnisses hatte (vgl. z.B. Keuk, Vermögensschaden und Interesse S. 109 ff., 161 ff., 189 f.). Dabei muß die Entschädigung dem verletzten Interesse, soweit es rechtlich geschützt ist, entsprechen; beide müssen einander gleichwertig (äquivalent) sein. Nur damit ist das geschützte Interesse voll (kompensiert) ausgeglichen (Erfüllungsausgleich).

Das macht es erforderlich, das auszugleichende Interesse des Klägers in Geld zu bewerten.

Dieses Erfüllungsinteresse des Klägers war darauf gerichtet, daß er die ihm durch das Testament seines Großvaters zugewendete "Gelegenheit zum Eintritt in die Firma" ord-

nungsgemäß erhielt, sein Eintrittsrecht also erfüllt wurde. Auszugleichen ist demgemäß in erster Linie und mindestens der (objektive) Wert der dem Kläger vorenthaltenen Mitgliedschaft; auf die Bemessung dieses Wertes wird im folgenden noch näher einzugehen sein. Dagegen bleiben die Einkünfte des Klägers aus seiner tatsächlich ausgeübten Tätigkeit insoweit außer Betracht. Derartige Einkünfte sind dort von Bedeutung, wo es darum geht nachzuzeichnen, welche Entwicklung der dem Kläger zugedachte Gesellschaftsanteil genommen hätte, wenn er ihn erlangt haben würde. Indessen verbietet sich eine derartige Betrachtungsweise, weil dem Kläger der Eintritt in die Gesellschaft - auch schadensersatzrechtlich - gerade verbaut ist.

Hinzu kommen im Rahmen des Erfüllungsausgleichs möglicherweise aber auch andere Vorteile, die dem Kläger neben dem Wert der Mitgliedschaft entgangen sein mögen. Hier ist an die dem Kläger zugewendete Aussicht zu denken, sich bereits als Berufsanfänger nicht mit einer - vergleichsweise geringeren - Vergütung als angestellter Versicherungsmakler oder mit dem ebenfalls geringeren Verdienst eines selbständigen Versicherungsmaklers begnügen zu müssen, der ohne nennenswerte Berufserfahrung und ohne eigene Kundschaft gewissermaßen beim Nullpunkt zu beginnen hätte; mit anderen Worten also an die typischen Vorteile, die der frühzeitige Eintritt in eine alteingesessene, erfolgreiche Sozietät dem Juniorpartner zumindest zu Beginn seiner Tätigkeit zu bieten vermag. Soweit derartige Vorteile nicht bereits in die "objektive", von der Person des Klägers gelöste Bewertung der vorenthaltenen Mitgliedschaft mit einfließen, aber zu dem "subjektiven" Erfüllungsinteresse des Klägers gehören, bedürfen auch sie einer Entschädigung gemäß § 251 BGB.

Der so berechnete Erfüllungsausgleich tritt an die Stelle des vom Beklagten vereitelten Eintrittsrechts des Klägers.

Neben diesem primären "Erfüllungsausgleich" können aber weitere Schadensfolgen zu ersetzen sein. Wird dem Geschädigten beispielsweise der ihm zustehende, mindestens nach dem Wert des entgangenen Gegenstandes bemessene Erfüllungsausgleich vorenthalten, dann können ihm dadurch weitere Nachteile entstehen, dann nämlich, wenn er mit Hilfe des ihm geschuldeten primären Ausgleichs bei rechtzeitiger Zahlung - durch gewinnbringende Anlagen - einen zusätzlichen Vermögenszuwachs erlangt hätte. Auch solche Schadensfolgen wären, obwohl sie sonst eher in den Bereich des Verzögerungsschadens (§ 286 BGB) oder bei Verträgen in denjenigen des Verzugsschadens (§ 326 BGB) einzuordnen sein mögen, im Sinne von § 280 Abs. 1 BGB "durch die Nichterfüllung entstanden" und daher schon nach dieser Vorschrift zu ersetzen (Verzögerungsausgleich).

Auf welchen Zeitpunkt für die Bewertung der dem Kläger entgangenen "Anfangsbeteiligung" abzustellen ist, bedarf ebenfalls besonderer Prüfung.

In den Fällen des § 280 Abs. 1 BGB drängt es sich auf oder liegt es zumindest nahe, im Grundsatz auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem die unmöglich gewordene Leistung hätte erfolgen sollen; auf den Ausgleich des auf diesen Zeitpunkt bezogenen Erfüllungsinteresses ist der geschuldete Schadensersatz wegen Nichterfüllung gerade gerichtet (vgl. Keuk aaO S. 129 ff.).

Diese Sicht schließt es von vornherein aus, daß dem Geschädigten ein nachträglicher Wertverfall des ihm entgangenen Gegenstandes vorgehalten und als nachträgliche Minderung seines Schadens und daher seines Ersatzanspruches angesehen werden könnte. Eine derartige Minderung wäre nicht zu rechtfertigen, weil dem Geschädigten damit abgeschnitten wäre, geltend zu machen, er würde sich von dem ihm gebührenden Gegenstand noch vor Einsetzen der Wertminderung wieder getrennt haben. Ob der Geschädigte diese Chance genutzt hätte, ist dabei nicht erheblich, weil der Schädiger, wenn er das Recht des Gläubigers vereitelt und diesem den Gegenstand vorenthält, damit zugleich auch das Risiko nachträglichen Wertverfalls auf sich zieht und deshalb tragen muß.

Ist der Wert des vorenthaltenen Gegenstandes dagegen nachträglich gestiegen, und verlangt der Gläubiger deshalb statt des "Anfangswertes" den auf einen späteren Zeitpunkt bezogenen höheren Wert, dann kann diesem Begehren nach der Auffassung des Senats nicht (ohne weiteres) stattgegeben werden. Die Erwägung, der Gegenstand hätte bei ordnungsmäßiger Erfüllung in der Hand des Gläubigers an Wert zugenommen, ist jedenfalls nicht geeignet, das Verlangen des Geschädigten nach diesem Mehrwert zu rechtfertigen. Denn er wird gemäß § 251 BGB gerade nicht so gestellt, als wenn er den Gegenstand erlangt hätte, hier also Mitglied der Gesellschaft geworden wäre und an deren Entwicklung teilgenommen hätte. Wie gesagt ist dem Kläger der Weg in die Gesellschaft verbaut; dafür ist er voll zu entschädigen. Infolgedessen hat er mit der weiteren Entwicklung der Gesellschaft - soweit sie nicht für die Bewertung der Anfangsbeteiligung von Bedeutung ist (s.u. III und IV) - ebensowenig zu tun, wie der Beklagte sich auf die tatsächlichen Einkünfte des Klägers berufen kann.

Anders mag das sein, wenn der Gläubiger sich darauf stützt, er habe die Aufnahme in die Gesellschaft gerade (auch) zu jenem späteren Zeitpunkt verlangen können, in dem die ihm vorenthaltene Mitgliedschaft den beanspruchten höheren Wert erreichte. In der Tat mag es vorkommen, daß der Erblasser, der einem Enkel einen Gesellschaftsanteil oder einen anderen Gegenstand durch Vermächtnis zuwendet, dem Begünstigten die Entscheidung darüber vorbehält, zu welchem von mehreren Zeitpunkten er den Gegenstand haben will. Ist die Rechtslage erbrechtlich (schuldrechtlich) so gestaltet und das (geschützte) Erfüllungsinteresse also (wahlweise auch) auf die Zeit des späteren, gesteigerten Wertes gerichtet, dann mag sich dies im Schadensersatzrecht dahin widerspiegeln, daß dem Begünstigten, dem der Gegenstand gänzlich vorenthalten wird, die Möglichkeit eröffnet werden muß, auch bei der Bemessung seines Schadensersatzanspruchs zu wählen, auf welchen Zeitpunkt abgestellt werden soll. Würde sich der Gläubiger für den späteren Zeitpunkt entscheiden und damit auch die bis dahin eingetretene Wertsteigerung für sich beanspruchen, dann hätte er sich damit allerdings zugleich die Möglichkeit abgeschnitten, für die Zeit davor zusätzlichen "Verzögerungsausgleich" zu verlangen. Ohne sich selbst zu widersprechen, kann der Gläubiger nicht sowohl - auf ein späteres Datum bezogenen - Erfüllungsausgleich als auch nach einem früheren Zeitpunkt berechneten (sekundären) Verzögerungsausgleich erwarten (vgl. für das Parallelproblem bei § 286 BGB: BGH, Urteil vom 29.2.1953 - II ZR 47/52 - NJW 1953, 337).

Indessen dürfte es auf diese Überlegungen im vorliegenden Fall aus zwei Gründen wohl nicht ankommen:

Einmal stellt der Kläger nach dem bisherigen Sach- und Streitstand für die Bemessung seines Schadensersatzanspruchs

auf einen möglichst frühen Zeitpunkt ab, indem er betont, er würde entsprechende Zahlungen in besonders günstiger Weise angelegt haben. Zum anderen dürfte es nach dem Inhalt des Testamentes gerade nicht im Belieben des Klägers gestanden haben, zu welchem Zeitpunkt er in die Gesellschaft einzutreten wünschte. Wollte er von seinem Eintrittsrecht Gebrauch machen und waren die Voraussetzungen dafür erfüllt, dann mußte er von der Gelegenheit zum Eintritt wohl auch ohne Verzögerung Gebrauch machen.

Demgemäß ist für die Schadensberechnung und auch für die Bewertung der dem Kläger entgangenen Rechtsstellung auf den Zeitpunkt (Stichtag) abzustellen, in dem die Aufnahme des Klägers in die Gesellschaft ordnungsgemäß hätte stattfinden sollen. Insoweit legt das Berufungsgericht in anderem Zusammenhang rechtsfehlerfrei den 1. Januar 1971 zugrunde; von diesem Stichtag kann unbedenklich auch hier ausgegangen werden.

III.

Vor der Bewertung der dem Kläger entgangenen Mitgliedschaft zu dem maßgeblichen Stichtag bedarf es einer Feststellung, welche Gestalt der Gesellschaftsanteil bei Aufnahme des Klägers gehabt hätte und welche tatsächlichen Aussichten auf eine Erhöhung der Anfangsbeteiligung damit damals verbunden waren.

In diesem Zusammenhang kommt es neben dem Aufnahmedatum zunächst auf die Höhe der dem Kläger entgangenen Beteiligung an. Das Berufungsgericht nimmt hier eine Gewinnbeteiligung von anfangs 10% an. Auch das ist unbedenklich. Die Bestimmung

der vom Beklagten ursprünglich geschuldeten Leistung, die Verschaffung der Stellung als persönlich haftender Gesellschafter, war hier gemäß § 2156 Satz 1 BGB dem Beklagten als dem Beschwerten überlassen. An die Stelle dieser Leistungsbestimmung durch den Beklagten, die unterblieben ist, tritt im gerichtlichen Verfahren entsprechend § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB jetzt die Entscheidung des Gerichts. Gegen eine Festlegung der Anfangsbeteiligung auf einen Gewinnanteil von 10% erhebt auch die Revision keine Bedenken.

Anders ist es dagegen, soweit das Berufungsgericht ohne weiteres davon ausgeht, daß für 1981 eine Gewinnbeteiligung von 15% zugrunde zu legen sei. Hier ist nicht berücksichtigt, daß der Erblasser dem Kläger lediglich einen Anspruch auf die "Gelegenheit zum Eintritt in die Firma" (Anfangsbeteiligung) zugewendet hat. Die weitere Entwicklung der Beteiligung des Klägers hat der Erblasser dagegen nicht vorgeschrieben. Sie blieb späteren Entschließungen der Gesellschafter vorbehalten.

Maßgebend für die Bewertung des vorenthaltenen Gesellschaftsanteils sind deshalb insoweit die Aussichten des neu eintretenden Gesellschafters auf eine Erhöhung seiner Anfangsbeteiligung, die mit dem Eintritt in die Gesellschaft bei vorausschauender Betrachtung (Prognose) aus damaliger Sicht bei redlichem Verhalten aller Beteiligten verbunden waren. Dabei müssen die Spannungen zwischen dem Kläger einerseits und dem Beklagten und den weiteren Gesellschaftern andererseits außer Betracht bleiben.

Wenn das Berufungsgericht hierzu für das Jahr 1981 auf die Angaben verweist, die der Beklagte zur Darlegung des Rechtsschutzbedürfnisses für seine negative Feststellungs-

widerklage über den "mutmaßlichen Ablauf" gemacht hat, dann ist das nicht ganz bedenkenfrei. Die zweckgerichteten Angaben des Beklagten über den mutmaßlichen Ablauf zur Darlegung des Rechtsschutzbedürfnisses für seine negative Feststellungswiderklage bieten für die Einschätzung der mit dem Eintritt verbundenen tatsächlichen Aussichten auf eine Erhöhung der Gewinnbeteiligung möglicherweise keine ausreichende Grundlage. Auch insoweit wäre die Zuziehung eines branchenkundigen Sachverständigen geraten.

Was die Dauer der zu bewertenden Gesellschafterstellung des Klägers angeht, so nimmt der Beklagte für sich in Anspruch, er habe den Kläger gemäß § 11 des Gesellschaftsvertrages vom 19./29. November 1957 aus der Gesellschaft hinaus-kündigen können. Das Berufungsgericht geht hierauf nicht mehr ausdrücklich ein, will aber ersichtlich bei seiner früheren Beurteilung im Urteil vom 26. Februar 1980 bleiben. Dort hat es ohne Rechtsverstoß ausgeführt, § 11 greife gegen den Kläger nicht ein, weil diese Bestimmung nicht gegen den Kläger als Enkel des Seniorchefs und Träger des Namens "Joost" ge-richtet gewesen sei und weil das Vermächtnis zugunsten des Klägers dahingehe, diesen auf Dauer an dem Unternehmen zu be-teiligen. Soweit die Revision nunmehr zusätzlich darauf ab-hebt, der Beklagte hätte es gegebenenfalls vorgezogen, als-bald eine Auflösung der Gesellschaft zu betreiben, um den Kläger nicht länger als unbedingt nötig als unliebsamen Teil-haber hinnehmen zu müssen, übersieht sie ebenfalls die Trag-weite des Testaments. Das Vermächtnis war, wie das Berufungs-gericht zutreffend erkannt hat, darauf angelegt, den Kläger auf Dauer an dem Unternehmen zu beteiligen. Wäre der Beklag-te trotzdem so weit gegangen, dieses Ziel sogar mit Hilfe einer Auflösung der Gesellschaft zu hintertreiben, ohne daß ihm ein wichtiger Grund im Sinne von § 723 BGB zur Seite ge-

standen hätte, dann hätten ihm keine geringeren Schadensersatzansprüche gedroht, als dem Kläger heute zustehen.

IV.

Bei der Bewertung der dem Kläger vorenthaltenen Rechtsposition als Gesellschafter geht es um die Feststellung des angemessenen Äquivalents, um die Feststellung des idealen (gedachten) Kaufpreises unter Fachkundigen, etwa den Betrag, den der Beklagte, wenn er das Vermächtnis nicht erfüllen wollte, dem Kläger dafür fairerweise mindestens hätte bieten sollen.

In die Bewertung müssen daher alle damit verbundenen Vorteile miteinfließen. Dazu gehört auch die Ertragsentwicklung, die das Unternehmen bei vorausschauender Betrachtung aus der Sicht des maßgeblichen Stichtages zu erwarten hatte.

Mitberücksichtigt werden muß bei dieser Bewertung aber auch, daß die von der Gesellschaft erwirtschafteten Erträge zum großen Teil auf persönlichen Leistungen der mitwirkenden Gesellschafter beruhen dürften. Allem Anschein nach ist der Kapitaleinsatz bei dem Versicherungsmakler-Unternehmen, um das es hier geht, nur von untergeordneter Bedeutung; sein geschäftlicher Erfolg dürfte vielmehr im wesentlichen von den Kenntnissen, Verbindungen, Fähigkeiten und dem Einsatz der Gesellschafter und dem hierauf gegründeten Ruf des Unternehmens abhängen. Unter diesen Umständen kann es nicht einfach darum gehen, die Gewinn- (und Verlust-)erwartungen, die am Stichtag aus der Sicht von Fachleuten gerechtfertigt waren, zu kapitalisieren. Diese sind vielmehr in Beziehung zu setzen zu den

durchschnittlichen Verdienstaussichten, die eine zum Eintritt in die Gesellschaft geeignete Person mit vergleichbarer Vorbildung hätte, wenn sie nicht in die Gesellschaft einträte. Nur die Differenz zwischen beiden Werten, also nur der Mehrwert, den der Gesellschafter mit seinem Gesellschaftsanteil dadurch in Händen hat, daß er seine Arbeitskraft gerade innerhalb der Gesellschaft mit "überdurchschnittlichem" Einkommen und nicht außerhalb der Gesellschaft mit "durchschnittlichen" Bezügen einsetzt, vermag einen Anhalt dafür zu bieten, wie hoch die gemäß § 251 BGB geschuldete gerechte Entschädigung sein muß.

Bei der Ermittlung dieser Entschädigung bewegt sich das Berufungsgericht im Bereich von § 287 ZPO, dessen Möglichkeiten hier voll auszuschöpfen sein werden. Gleichwohl erscheint die Zuziehung eines branchenkundigen Bewertungssachverständigen trotz der Erleichterungen, die dem Tatrichter im Rahmen von § 287 ZPO zur Verfügung stehen, geboten.

V.

Auch soweit das Berufungsgericht dem Feststellungsantrag des Klägers stattgegeben hat, kann sein Urteil nicht bestehen bleiben. Die Entscheidung ist auch insoweit von der Rechtsauffassung zum Umfang des Schadensersatzanspruchs des Klägers beeinflusst, die der Senat nicht zu billigen vermag. Im übrigen ist nach den bisherigen Feststellungen

nicht ersichtlich, daß bei einer Bemessung des dem Kläger zustehenden Schadensersatzes nach den oben entwickelten Grundsätzen noch Raum bleibt für die Annahme, weitere Einbußen des Klägers seien in dem Maße wahrscheinlich, das für eine positive Feststellung eines entsprechenden Anspruchs materiellrechtlich vorauszusetzen ist (BGH, Urteil vom 19.11.1971 - I ZR 72/70 - NJW 1972, 198).

Entsprechendes gilt auch für die Entscheidung des Berufungsgerichts über die vom Beklagten erhobene negative Feststellungswiderklage. Das Berufungsgericht versteht diese Widerklage nach der Umstellung der Begründung für die Klage jetzt anscheinend dahin, daß der Beklagte die Festlegung einer Art Höchstgrenze für die Zahlungen wünscht, die er insgesamt an den Kläger zu entrichten haben wird. Ob dies wirklich dem Willen des Beklagten entspricht, bedarf weiterer Erörterung durch das Berufungsgericht.

Im übrigen wäre, wenn der vom Kläger behauptete und vom Beklagten verneinte Anspruch, soweit er über 1,5 Mio. DM hinausgeht, zur Zeit nicht besteht, wie das Berufungsgericht annimmt, die Widerklage, die gerade auf die Feststellung eines derartigen Nichtbestehens gerichtet ist, insoweit entgegen der Meinung des Berufungsgerichts zur Zeit begründet. Mit der Abweisung als zur Zeit unbegründet wäre nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (Urteil vom 17.2.1983 - III ZR 184/81 - ZIP 1983, 620) womöglich umgekehrt sogar das derzeitige Bestehen einer solchen Forderung rechtskraftfähig festgestellt. Für den Fall der Fest-

stellungsklage bei noch nicht abgeschlossener Schadensentwicklung sind auch die Urteile des Bundesgerichtshofes vom 22.3.1983 (VI ZR 13/81 = VersR 1983, 752 m.w.N.) und vom 30.3.1983 (VIII ZR 3/82 = WM 1983, 766) zu berücksichtigen.

Dr. Hoegen

Dehner

Dr. Zülch

Dr. Schmidt-Kessel

Dr. Zopfs