

**39. 1. Kann eine offene Handelsgesellschaft als Innengesellschaft errichtet oder eine Innengesellschaft im Innenverhältnis als offene Handelsgesellschaft behandelt werden?**

**2. Kommt durch Annahme eines Angebots zum Eintritt in das Geschäft eines Einzelkaufmanns, wenn dem Annehmenden**

gewisse Wahlrechte eingeräumt sind, die offene Handelsgesellschaft (oder Kommanditgesellschaft) unmittelbar oder nur ein Vorvertrag zustande?

3. Kann derjenige, durch dessen Annahme nur ein Vorvertrag zustande gekommen ist, Schadensersatz wegen Verzuges und zugleich Erfüllung des Vertrages in der Weise verlangen, daß er sich darauf beruft, es seien inzwischen Umstände eingetreten, die ihm bei rechtzeitiger Aufnahme als Gesellschafter ein Übernahmerecht gemäß § 142 HGB. geben würden?

HGB. §§ 105, 133, 140, 142, 161. BGB. §§ 249, 262, 286.

II. Zivilsenat. Ur. v. 27. November 1940 i. S. R. (K.) w. J. (Bef.). II 67/40.

I. Landgericht Leipzig.

II. Oberlandesgericht Dresden.

Der Beklagte Walter J. ist im Handelsregister als Alleininhaber der Firma Hermann J. eingetragen. Infolge von Verlusten geriet er im Jahre 1934 in Zahlungsschwierigkeiten. Am 12. Februar 1935 schlossen die Parteien miteinander zwei Verträge, einen Darlehensvertrag mit Beteiligungsangebot und einen Anstellungsvertrag. Im ersten Vertrag ist bestimmt, daß der Kläger der Firma des Beklagten auf unbestimmte Zeit ein Betriebsdarlehen von 20000 RM. zur Verfügung stellen sollte, dessen Verzinsung, Kündigung und Sicherung näher geregelt ist. § 10 des Vertrages lautet:

Herr Walter J. bietet hiermit Herrn Günther R. unwiderruflich bis zum 1. Januar 1937 an, als Teilhaber in die Firma Hermann J. einzutreten. Bei Eintritt des Herrn R. wird die Firma Hermann J. in eine offene Handelsgesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft umgewandelt und bleibt die Wahl allein Herrn R. vorbehalten. Ebenso ist Herr R. berechtigt, zwischen Komplementär und Kommanditist zu wählen. Der Gewinn wird dem eingebrachten Kapital des Herrn J. und des Herrn R. entsprechend verteilt. Für Herrn R. gelten hierfür seine Einzahlungen, für Herrn J. dessen Sacheinlage, für die die Zwischenbilanz per 31. März 1935 maßgebend sein soll . . . Von einer Bewertung des Firmennamens wird abgesehen.

Im zweiten Vertrage war bestimmt, daß der Beklagte den Kläger als Prokuristen anstelle; als solcher sollte dieser die gesamte Firmen-

und Außenleitung des Betriebes übernehmen, hauptsächlich aber im Innenbetriebe tätig sein. Hierfür sollte er ein festes Gehalt von monatlich 330 RM. und 50 v. H. des jeweiligen Reingewinnes erhalten. Für den Beklagten war die Kündigung frühestens zum 31. Dezember 1936 zugelassen.

Der Kläger wurde vereinbarungsgemäß als Proturist im Handelsregister eingetragen und hatte seitdem die innere Leitung des Geschäfts, während der Beklagte den Außendienst, also den Verkehr mit der Kundschaft versah. Demnächst nahm der Kläger rechtzeitig vor dem 1. Januar 1937 das ihm in § 10 des ersten Vertrages gemachte Angebot an, als Teilhaber in die Firma einzutreten, und zwar verlangte er — wie er behauptet — eine Umwandlung der Firma in eine Kommanditgesellschaft unter eigener Beteiligung als persönlich haftender Gesellschafter. Der Beklagte verweigerte jedoch die Erfüllung des Vertrages, indem er Einwendungen gegen dessen Gültigkeit erhob und vor allem für die etwaige Berechnung seines Kapitalanteils Berücksichtigung des Firmenwertes verlangte. Daraufhin zwischen den Parteien gepflogene Verhandlungen führten zu keinem Erfolg. Die Tätigkeit der Parteien blieb unverändert. Im Jahre 1939 wurde der Beklagte wegen Vergehens nach § 175 StGB. zu einer Gefängnisstrafe von fünf Monaten verurteilt. Dies erfuhr der Kläger am 6. November 1939. Mit Schreiben vom 23. November 1939 forderte darauf sein Anwalt vom Beklagten die Überlassung des Geschäfts gemäß den §§ 140, 142 HGB. Der Beklagte lehnte dies ab.

Nunmehr hat der Kläger die vorliegende Klage erhoben mit dem Antrage: 1. ihn für berechtigt zu erklären, das vom Beklagten unter der Firma Hermann J. betriebene Fabrikations- und Handelsgeschäft mit allen Aktiven und Passiven zu übernehmen, 2. den Beklagten zu verurteilen, dieses Geschäft vom Tage der Klageerhebung ab ihm, dem Kläger, zu überlassen und demgemäß zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden, daß das Handelsgeschäft mit dem Rechte, die Firma fortzuführen, durch Veräußerung auf den Kläger übergegangen sei. Der Kläger vertritt den Standpunkt, daß er die Rechte aus den §§ 140, 142 HGB. geltend machen könne, da durch die Annahme des ihm in § 10 des ersten Vertrages gemachten Angebots bereits ein Gesellschaftsverhältnis entsprechend dieser Vereinbarung zustande gekommen sei, wenn nicht überhaupt anzunehmen sei, daß schon der ursprüngliche Vertrag vom 12. Februar 1935 eine offene

Handelsgesellschaft begründet habe. Zum mindesten aber sei mit der Annahme des Angebots ein Vorvertrag zustande gekommen, wonach der Beklagte verpflichtet gewesen sei, ihn als Gesellschafter aufzunehmen. Mit der Erfüllung dieser Verpflichtung sei der Beklagte in Verzug geraten. Ohne diesen Verzug würde er, der Kläger, jetzt persönlich haftender Gesellschafter sein und daher die Rechte aus den §§ 140, 142 HGB. geltend machen können. Dementsprechend sei er nunmehr, da ihm ein Zusammenarbeiten mit dem Beklagten nicht mehr zugemutet werden könne, berechtigt, die Überlassung des Geschäfts zu den gleichen Bedingungen zu verlangen.

Der Beklagte hat eingewendet, die Verträge vom 12. Februar 1935 vertrießen als Knebelungsverträge gegen die guten Sitten und seien deshalb gemäß § 138 BGB. nichtig. Er hält aber selbst im Falle ihrer Gültigkeit die Klage nicht für schlüssig, da eine Handelsgesellschaft zwischen den Parteien noch nicht errichtet sei und der Kläger deshalb die Rechte aus den §§ 140, 142 HGB. keinesfalls geltend machen könne. Im übrigen sei seine, des Beklagten, Bestrafung kein ausreichender Grund zur Geltendmachung dieser Rechte.

Die beiden Vorbergerichte haben die Klage mangels Schlüssigkeit abgewiesen. Die Revision wurde bezüglich des Antrages 1 zurückgewiesen, führte aber wegen des Antrages 2 zur Aufhebung und Zurückverweisung.

#### Gründe:

I. Der Klageantrag setzt sich aus zwei selbständigen Teilen zusammen. Im ersten Teil verlangt der Kläger den Erlaß eines Gestaltungsurteils gemäß § 142 HGB. (in Verb. mit § 161 Abs. 2 HGB.), im zweiten Beurteilung des Beklagten zu einer Leistung, nämlich zur Überlassung des Geschäfts an den Kläger. Nach dem Tatbestande des Berufungsurteils hat der Kläger seine Klage in erster Reihe darauf gestützt, daß eine Handelsgesellschaft, sei es eine Kommanditgesellschaft, sei es eine offene Handelsgesellschaft, mit den beiden Parteien als Gesellschaftern bereits bestehe. Träfe dies zu, dann könnte der Kläger, falls auch die sonstigen Voraussetzungen des § 142 Abs. 1 HGB. gegeben wären, nur ein Gestaltungsurteil nach Maßgabe dieser Vorschrift verlangen und wäre der weitere Anspruch auf Beurteilung des Beklagten zur Überlassung des Geschäfts an den Kläger gegenstandslos, weil mit der Rechtskraft

des Gestaltungsurteils der Kläger ohne weiteres Alleininhaber des Geschäfts werden würde und daraufhin gemäß § 16 HGB. auch seine Eintragung in das Handelsregister allein bewerkstelligen könnte. Er könnte dann höchstens noch Herausgabe der Geschäftsräume nebst Einrichtung und Vorräten fordern. Der zweite Teil des Klageantrages hat daher nur Sinn, wenn eine Handelsgesellschaft der erwähnten Art noch nicht zustande gekommen, der Beklagte aber infolge seines Verzuges mit der Aufnahme des Klägers als Gesellschafter verpflichtet ist, diesen so zu stellen, als ob die Handelsgesellschaft schon errichtet wäre. Denn in diesem Fall ist zu erwägen, ob der Kläger mit Rücksicht darauf, daß ihm infolge des Verzuges des Beklagten die Möglichkeit genommen ist, die Rechte aus § 142 HGB. geltend zu machen, verlangen kann, daß der Beklagte ihm von sich aus die gleichen Rechte einräumt, die ihm ein Gestaltungsurteil aus § 142 HGB. geben würde. Einer solchen Verpflichtung des Beklagten wäre dadurch Ausdruck zu geben, daß er verurteilt wird, das Geschäft dem Kläger zu überlassen und dessen Geschäftsübernahme zum Handelsregister anzumelden. Wenn auch die beiden Teile des Klageantrages scheinbar gleichgeordnet nebeneinandergestellt sind, so können sie doch infolge der Erklärung des Klägers, die Klage in erster Reihe darauf stützen zu wollen, daß ein Gesellschaftsvertrag (über die Errichtung einer Kommanditgesellschaft oder offenen Handelsgesellschaft) bereits zustande gekommen sei, unter den dargelegten Umständen nur im Sinne von Haupt- und Hilfsantrag verstanden werden. Das Berufungsgericht hat zu Unrecht die beiden Teile des Klageantrages in keiner Weise auseinandergehalten, obwohl dies, wie noch dargetan werden wird, von entscheidender Bedeutung ist.

II. Das Berufungsgericht lehnt die Annahme des Klägers, es sei (möglicherweise) bereits durch den Abschluß der Verträge vom 12. Februar 1935 eine Handelsgesellschaft, und zwar eine offene Handelsgesellschaft, errichtet worden, mit Recht ab. Es sagt hierzu: Nach diesen Verträgen sei der Kläger Prokurist geworden und der Beklagte Alleininhaber der Firma geblieben. Aber selbst wenn man in diesen Vereinbarungen, die dem Kläger einen Anteil am Reingewinn und gewisse sehr weitgehende Befugnisse eingeräumt hätten, nicht nur eine besondere Art der Vergütung für seine Arbeitsleistungen und Sicherungen für das gegebene Darlehen sehen, sondern hieraus

folgern wollte, daß außer dem Angestelltenverhältnis auch noch ein Gesellschaftsverhältnis oder überhaupt nur ein solches gewollt gewesen sei, so könne dieses letztere nur als eine sogenannte stille Gesellschaft (§§ 331 fgg. HGB.) angesehen werden. Denn es habe Übereinstimmung darüber bestanden, daß vorerst der Beklagte Alleininhaber des Geschäftes bleibe. Dem stillen Gesellschafter stünden aber die Rechte aus den §§ 133, 140, 142 HGB. nicht zu.

Die Revision bittet um Nachprüfung dieser Ausführungen. Sie meint, die Schriftsätze böten keinen Anhalt für die Annahme, unter den Parteien habe Übereinstimmung darüber bestanden, daß der Beklagte Alleininhaber des Geschäftes bleiben solle. Daher sei nicht ersichtlich, auf welche Unterlagen sich diese Auffassung des Berufungsgerichts stütze. Wenn auch im Außenverhältnis Dritten gegenüber der Beklagte nach dem Eintritt des Klägers noch weiter als Geschäftsinhaber erschienen sei, so komme es doch darauf an, ob die Verträge nicht eine Innengesellschaft unter den Parteien zustande gebracht hätten.

Dieser Revisionsangriff beruht jedoch auf einer Verkennung des Wesens der offenen Handelsgesellschaft. Eine solche kann nur auf Grund der Vereinbarung errichtet werden, daß das Gesellschaftsverhältnis nach außen hervortreten soll, und zwar in der Weise, daß das Betriebsvermögen allen Gesellschaftern zur gesamten Hand gehört. Eine offene Handelsgesellschaft als Innengesellschaft würde also ein Widerspruch in sich sein (vgl. RG. in LZ. 1907 Sp. 218 und im Recht 1914 Nr. 2308; vgl. auch RGZ. Bd. 142 S. 19 fgg.). Allerdings ist eine Innengesellschaft in der Weise möglich, daß vereinbart wird, im Innenverhältnis solle es so gehalten werden, als ob eine offene Handelsgesellschaft bestünde. Aber auch eine solche Vereinbarung würde nur eine schuldrechtliche Verpflichtung der Gesellschafter gegeneinander begründen und keinen unmittelbaren Anspruch auf ein Gestaltungsurteil gemäß den §§ 133, 140, 142 HGB. geben, da dieses den Bestand einer offenen Handelsgesellschaft voraussetzt. Im übrigen kommt auch eine Abrede der erwähnten Art hier nicht in Betracht, da der Kläger sich die Entscheidung darüber vorbehalten hatte, in welcher Form er sich an dem Unternehmen des Beklagten beteiligen wollte. Daß, falls bereits mit den Verträgen vom 12. Februar 1935 ein Gesellschaftsverhältnis begründet sein sollte, höchstens eine Innengesellschaft gewollt war,

was die Revision selbst nicht zu bestreiten scheint, und daß der Beklagte demgemäß alleiniger Eigentümer des Betriebsvermögens bleiben sollte, entnimmt das Berufungsgericht den in dieser Beziehung ganz klaren Bestimmungen der Verträge, die überhaupt keine andere Deutung zulassen. Daher ist gegen die Annahme nichts einzuwenden, daß, wenn überhaupt ein Gesellschaftsverhältnis als vereinbart anzusehen ist, hierfür nur die Rechtsform einer stillen Gesellschaft in Betracht kommt, die eben ihrer Natur nach eine Innengesellschaft ist. Auch ist es richtig, daß dem Kläger als bloßem stillen Gesellschafter die Rechte aus den §§ 133, 140, 142 HGB. keinesfalls zustehen.

III. Die nächste Frage ist, ob etwa die Einzelfirma des Beklagten unmittelbar in eine Kommanditgesellschaft dadurch umgewandelt worden ist, daß der Kläger das ihm im § 10 des ersten Vertrages vom 12. Februar 1935 gemachte Angebot rechtzeitig angenommen und zugleich sein Wahlrecht dahin ausgeübt hat, daß er persönlich haftender Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft (mit dem Beklagten als Kommanditisten) werden wolle. Das Berufungsgericht verneint dies, indem es — allerdings ohne nähere Begründung — davon ausgeht, es hätte hierzu noch eines besonderen von dem Beklagten mit dem Kläger zu schließenden Erfüllungsvertrages, einer „Aufnahme“ des Klägers „als Gesellschafter“ bedurft. Die Revision hält diese Auffassung für rechtsirrig. Sie meint, infolge der Bindung des Beklagten an sein Angebot (§§ 145, 148 HGB.) sei durch die Annahmeerklärung des Klägers der Gesellschaftsvertrag unmittelbar zustande gekommen, sofern nur sein Inhalt durch Annahme und Annahmeerklärung genügend bestimmt sei; dies sei aber hier der Fall.

Der Revision ist zuzugeben, daß auch diese Auslegung des § 10 des Vertrages möglich gewesen wäre. Ebenso ist aber auch die Auslegung des Berufungsgerichts möglich, daß mit der Annahme des im § 10 gemachten Vertragsangebots nur ein entsprechender Vorvertrag zustande kam, der erst noch der beiderseitigen Erfüllung durch Abschluß des eigentlichen Gesellschaftsvertrages bedurfte. Das Landgericht, das die gleiche Auffassung vertritt wie das Berufungsgericht, verweist zur Begründung darauf, daß in dem Vertrage noch offengelassen war, ob die künftige Gesellschaft die Rechtsform einer offenen Handelsgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft erhalten und ob (im letzten Falle) der Kläger Kommanditist oder persönlich haftender

der Gesellschafter werden sollte. Es ist anzunehmen, daß das Berufungsgericht sich diese Begründung zu eigen machen wollte. Wenn sie auch nicht zwingend ist, so ist doch zuzugeben, daß dieser Umstand immerhin die Annahme nahelegt, es sei zunächst ein bloßer Vorvertrag gewollt gewesen. Das Landgericht begründet seine Auffassung dann aber auch weiter damit, daß der Kläger (in diesem Rechtszuge) sein Recht auf Übernahme der Firma mit Aktiven und Passiven in erster Reihe darauf, daß der Beklagte mit der Erfüllung des Vertrages in Verzug geraten sei, und nicht etwa unmittelbar auf die §§ 140, 142 HGB. gestützt hatte. Die Übernahme auch dieses Teils der Begründung kommt freilich für das Berufungsgericht deshalb nicht ohne weiteres in Betracht, weil der Kläger im Berufungsverfahren erklärt hatte, er rüde seine Behauptung, daß ein Gesellschaftsvertrag bereits zustande gekommen sei, in die erste Reihe. Immerhin blieb die Tatsache bestehen, daß er im ersten Rechtsgang eine abweichende Auffassung vertreten hatte. Als ausschlaggebend müßte aber für alle Fälle ins Gewicht fallen, daß der Kläger selbst folgendes vorgetragen hat: Am ersten Arbeitstage 1937 sei es gelegentlich der Inventuraufnahme zu einer Aussprache zwischen den Parteien gekommen. Bei dieser Gelegenheit habe der Beklagte erklärt, daß sie nunmehr „richtige Kompagnons“ seien und daß darauf ein Glas Wein geleert werden müsse. Anschließend habe der Beklagte gefragt, ob der Gesellschaftsvertrag nicht sofort gemacht werden solle. Er, der Kläger, habe erwidert, die Parteien seien sich ja einig, er wolle erst die Zahlen des Jahresabschlusses 1936 zur Aufstellung der Eröffnungsbilanz haben; die Abschlußarbeiten würden noch etwa vier Wochen in Anspruch nehmen, dann solle der Vertrag aufgesetzt werden. Aus diesem eigenen Vorbringen, das der Kläger unter allen Umständen auch gegen sich gelten lassen muß (vgl. RGZ. Bd. 86 S. 143; WarnRpr. 1916 Nr. 293), ergibt sich einwandfrei, daß die Parteien trotz Annahme des Angebots durch den Kläger und trotz der Äußerung des Beklagten, sie seien ja nun „richtige Kompagnons“, darüber einig waren, es bedürfe erst noch des Abschlusses eines besonderen Gesellschaftsvertrages, in dem insbesondere auch die Einlagen der beiden Gesellschafter nach Maßgabe der Eröffnungsbilanz noch endgültig festzustellen seien, daß also bisher nur ein Vorvertrag zustande gekommen war. Zum Abschluß des eigentlichen Gesellschaftsvertrages



ist es dann aber infolge der Weigerung des Beklagten nicht mehr gekommen.

Hiernach ist also auch die Auffassung des Berufungsgerichts, daß durch die Annahme des im § 10 des Vertrages gemachten Angebots eine Kommanditgesellschaft zwischen den Parteien noch nicht zustande gekommen, daß vielmehr der Beklagte bisher Alleinhaber der Firma Hermann F. geblieben sei, rechtlich nicht zu beanstanden. Demzufolge ist für den Erlaß eines Gestaltungsurteils gemäß § 142 HGB. kein Raum, so daß die Abweisung des ersten Teils des Klageantrags (Hauptantrags) gerechtfertigt ist. Insofern ist die Revision des Klägers daher zurückzuweisen.

IV. Zu dem mit dem zweiten Teile des Klageantrags (Hilfsantrags) verfolgten Schadenersatzanspruch wegen Verzuges des Beklagten führt das Berufungsgericht aus: Es möge sein, daß der Beklagte mit der durch den Vertrag übernommenen Verpflichtung, den Kläger als Gesellschafter aufzunehmen, in Verzug geraten sei, nachdem dieser das Angebot angenommen hätte. Er hätte dann dem Kläger den durch den Verzug entstandenen Schaden zu ersetzen (§ 286 Abs. 1 HGB.), indem er nach § 249 HGB. den Zustand herzustellen habe, der bestehen würde, wenn der Verzug nicht eingetreten wäre. Dieser Schadenersatz könne aber nur in einer Entschädigung für die Vermögenseinbuße bestehen, die der Kläger inzwischen vielleicht durch den Verzug erlitten habe, da die Herstellung des Gesellschaftsverhältnisses für einen in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkt unmöglich sei und somit nur Geldersatz (§ 251 HGB.) in Frage komme. Daneben verbleibe dem Kläger der Anspruch auf Erfüllung des Vertrages vom 12. Februar 1935, also der Anspruch, vom Beklagten als Gesellschafter aufgenommen zu werden. Unzutreffend sei die Annahme des Klägers, der Beklagte müsse sich so behandeln lassen, als wenn der Kläger schon Gesellschafter wäre; der Beklagte habe ihm vielmehr nur den Vermögensschaden zu ersetzen, den er dadurch erlitten habe, daß er noch nicht Gesellschafter sei. Das könne der Kläger allein durch die Erfüllung des Vertrages werden. Die Vorschrift des § 249 HGB., wonach der Beklagte den Zustand herzustellen habe, der ohne den Verzug bestehen würde, vermöge also einen Anspruch, den der Kläger nur als Gesellschafter hätte, nicht zu rechtfertigen. Die Ermägung des Klägers, es sei doch sinnlos, ihn darauf zu verweisen, zunächst auf Abschluß

eines Gesellschaftsvertrages zu klagen, damit er dann sofort wiederum dessen Auflösung wegen eines wichtigen Grundes und die Übernahme des Geschäfts durch sich selbst herbeiführe, gehe fehl. Wenn der Kläger jetzt auf Erfüllung des Gesellschaftsvertrages bestünde, so könnte in der Bestrafung des Beklagten kein wichtiger Grund nach § 142 HGB. gesehen werden, weil dieser Grund vor Entstehung der Gesellschaft läge. Die Verfehlung des Beklagten gebe dem Kläger lediglich die Möglichkeit, sich durch Rücktritt vom Vertrage zu lösen (vgl. RGZ. Bd. 112 S. 283); er könne sich aber nicht unter Benützung dieses Umstandes des Geschäftes des Beklagten bemächtigen.

Diese Ausführungen werden von der Revision mit Recht angegriffen. Da das Berufungsgericht die im wesentlichen von Tat-umständen abhängigen Fragen, ob die Verträge vom 12. Februar 1935 wegen Verstößes gegen die guten Sitten nichtig seien oder nicht und ob der Beklagte, falls sie gültig wären, mit ihrer Erfüllung in Verzug geraten sei, unentschieden gelassen hat, so ist für das Revisionsverfahren ihre Gültigkeit und zugleich auch der Verzug des Beklagten mit ihrer Erfüllung zu unterstellen. Ebenso ist zu unterstellen, daß die Verfehlung des Beklagten dem Kläger, falls dieser bereits persönlich haftender Gesellschafter wäre, einen Anspruch aus § 142 HGB. geben würde (über die Voraussetzungen für ein solches Übernahmeverlangen vgl. RG. in JW. 1938 S. 2212 Nr. 28). Demgemäß kommt es nur noch darauf an, was in solchen Fällen unter dem Schaden zu verstehen ist, den der Kläger durch den Verzug des Beklagten erlitten und den dieser ihm deshalb gemäß § 286 Abs. 1 BGB. zu ersetzen hat. § 249 Abs. 1 Satz 1 BGB., wonach der zum Schadensersatz Verpflichtete den Zustand herzustellen hat, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, hat, wie das Berufungsgericht an sich nicht verkennet, in erster Reihe „Naturalherstellung“ im Auge, und der Geschädigte braucht sich gemäß § 251 BGB. mit Geldersatz nur insoweit zu begnügen, als die Herstellung nicht möglich ist (oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht ausreicht oder nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist). Rechtsirrig hält aber das Berufungsgericht solche Herstellung im vorliegenden Falle deshalb für unmöglich, weil das Gesellschaftsverhältnis für einen in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkt nicht hergestellt werden könne.

Mit dieser Begründung sagt es nichts weiter, als daß Geschehenes (Versäumtes) nicht ungeschehen gemacht werden kann. Wenn sich damit der Anspruch auf Herstellung ablehnen ließe, bliebe für ihn überhaupt kein Raum mehr. Wie das Reichsgericht wiederholt ausgesprochen hat, ist unter Wiederherstellung im Sinne des § 249 BGB. nicht einmal die Herstellung genau des gleichen Zustandes zu verstehen, wie er vor dem Eintritt des schädigenden Ereignisses bestanden hat oder wie er ohne dessen Eintritt bestehen würde. Der Schadenersatzberechtigte kann vielmehr unter Umständen auch etwas fordern, was vorher noch nicht dagewesen ist, falls er es nur ohne das zum Schadenersatz verpflichtende Verhalten des Schädigers nach Erfahrungsgrundsätzen mit aller Wahrscheinlichkeit erlangt haben würde (vgl. z. B. RGZ. Bd. 76 S. 147/8, Bd. 108 S. 59, Bd. 143 S. 274/5). Gewiß kann der Verzug des Beklagten nicht ohne weiteres einen Anspruch rechtfertigen, den der Kläger nur als Gesellschafter hätte. Der Kläger kann deshalb nicht unmittelbar den Gestaltungsanspruch aus § 142 BGB. geltend machen. Das schließt aber nicht aus, daß der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger die Rechtsstellung zu verschaffen, welche dieser ohne den Verzug des Beklagten haben würde, d. h. ihm das Geschäft mit Aktiven und Passiven zu überlassen, falls er ohne den Verzug des Beklagten einen entsprechenden Gestaltungsanspruch haben würde. Auf diese Weise ist als Folge des Verzugs auch eine Umwandlung des ursprünglichen Anspruchs (auf Aufnahme als Gesellschafter) in einen anderen Anspruch (auf Überlassung des Geschäfts) möglich. Daneben bleibt wahlweise allerdings noch der ursprüngliche Erfüllungsanspruch bestehen, da es in das Belieben des Gläubigers gestellt ist, ob er Verzugsfolgen geltend machen will. Der Beklagte kann — wie die Revision mit Recht geltend macht — durch sein eigenes vertragsuntreues Verhalten nicht besser gestellt werden, als er bei vertragstreuem Verhalten stehen würde. Eine andere Frage ist, ob ein Ereignis, das einen Gesellschafter berechtigen würde, das Übernahmeverlangen zu stellen, von der gleichen schwerwiegenden Bedeutung ist, wenn der Betreffende zur Zeit des Ereignisses erst einen Anspruch darauf hatte, Gesellschafter zu werden. Dies dürfte jedoch im vorliegenden Falle, wo den Anlaß zur Geltendmachung eines Übernahmeanspruchs eine Verfehlung des Beklagten gibt, die mit der Treupflicht des Gesellschafters nicht unmittelbar zusammenhängt, außer Zweifel

stehen. Sind aber die Voraussetzungen des Übernahmeverlangens aus § 142 HGB. an sich gegeben — was vorliegend zu unterstellen ist —, dann ist der Kläger auch berechtigt, aus dem Gesichtspunkte des Verzuges nicht nur als Entschädigung für die verspätete Erfüllung, sondern zugleich auch als Erfüllung unmittelbar die Einräumung der Rechtsstellung zu fordern, die er bei rechtzeitiger Erfüllung erlangt haben würde. Allerdings steht dem Beklagten in diesem Fall ein Zurückbehaltungsrecht wegen seines Abfindungsanspruchs zu. Für diesen ist der Zeitpunkt der Klageerhebung maßgebend (vgl. § 142 Abs. 3 in Verbindung mit § 140 Abs. 2 HGB.), wobei an die Stelle der Gestaltungsklage die Klage auf Überlassung des Geschäftes tritt und außerdem von dem Zustande auszugehen ist, der bestehen würde, wenn der Beklagte den Kläger rechtzeitig als Gesellschafter aufgenommen hätte. Die etwaige Berechtigung auch des Anspruchs des Klägers zur Fortführung der Firma ergibt sich aus § 24 HGB., da diese nicht den Namen des Beklagten Walter J., sondern den Namen Hermann J. enthält.