

BUNDESGERICHTSHOF**IM NAMEN DES VOLKES**III_ZR_186/65**URTEIL**

Verkündet am
11. Dezember 1967
Schorm,
Justizangestellter

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Eduard S [REDACTED]
als Testamentsvollstrecker über den Nachlaß der am
31. Juli 1961 verstorbenen Helene S [REDACTED],
E [REDACTED], E [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Rentner Johann N [REDACTED],
M [REDACTED] (Ruhr)-D [REDACTED], Ei [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Dezember 1967 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm sowie der Bundesrichter Dr. Arndt, Dr. Beyer, Dr. Hußla und Dr. Reinhardt für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 13. Juli 1965

1. in Absatz 1 des Urteilssatzes (betreffend den Leistungsantrag der Klage) aufgehoben; in diesem Umfang wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen,
2. in Absatz 2 Satz 2 des Urteilssatzes unter entsprechender Aufhebung des Urteils dahin ergänzt, daß der Beklagte zur Leistung der bezeichneten Zahlungen nur jeweils zum Jahresende verpflichtet ist.

Ferner wird die Kostenentscheidung des genannten Urteils aufgehoben und auch insoweit die Sache zur neuen Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die am 31. Juli 1961 verstorbene Frau Helene Schirmacher hat in ihrem notariellen Testament vom 28. April 1961 ihren Sohn aus erster Ehe, nämlich den Kläger, sowie ihre beiden Söhne aus zweiter Ehe, den Beklagten und seinen Bruder Karl S. [REDACTED] zu je 1/3 als Erben eingesetzt und zugleich Anordnungen über die Verteilung der meisten der ihr gehörenden Grundstücke unter diesen Erben getroffen. Der Beklagte erhielt daraufhin das Grundstück E. [REDACTED], N. [REDACTED]straße [REDACTED], jetzt St. [REDACTED]straße [REDACTED], zu Alleineigentum. Dieses Grundstück war neben einem anderen Grundstück der Erblasserin in einem Umlegungsverfahren durch Umlegungsbeschluß vom 10. April 1961 zugeteilt worden. Die Erblasserin hatte sich gegenüber der Stadt E. [REDACTED] verpflichtet, auf dem Grundstück innerhalb von zwei Jahren ein Haus zu errichten, hatte auch deswegen vor ihrem Ableben Verbindung zu einem Architekten aufgenommen, den Aufbau aber nicht mehr zu ihren Lebzeiten durchführen können.

Der Beklagte, der im Testament zum Testamentsvollstrecker bestimmt und mit der Aufgabe betraut worden war, die testamentarischen Bestimmungen, die Verwaltung des ungeteilten Grundbesitzes und die Verteilung der sonstigen im Nachlaß vorhandenen Werte durchzuführen, nahm die Bebauung des Grundstücks Stahlstraße 49 vor. Er ist der Meinung, die Aufbaukosten in Höhe von 91.796,41 DM seien von der Erbengemeinschaft zu tragen, ebenso, wie sie ihr zur Last gefallen wären, wenn die Erblasserin die Bebauung hätte zu Ende führen können; er hat jeden Erben anteilig, den Kläger mit



30.598,80 DM belastet, indem er in der Abschlußbilanz für das Jahr 1962 diesen Betrag vom Konto des Klägers abbuchte und auf die Herstellungskosten für sein Grundstück verrechnete.

Der Kläger ist demgegenüber der Ansicht, daß allein der Beklagte die Aufbaukosten zu tragen habe.

Ein weiterer Streit hat sich unter den Parteien nach der Richtung ergeben, inwieweit der Beklagte als Testamentsvollstrecker an den Kläger Vorauszahlungen auf den voraussichtlichen Jahresgewinn zu zahlen habe, damit dieser Steuerverpflichtungen nachkommen könne, ferner - was jedoch im jetzigen Revisionsrechtszug nicht mehr interessiert - über die Höhe der dem Beklagten als Testamentsvollstrecker zustehenden Vergütung.

Der Kläger hat, soweit es auf seine Anträge noch in der Revisionsinstanz ankommt, nach vorangegangenem Mahnverfahren vor dem Landgericht gebeten,

1. den Beklagten zu verurteilen, aus dem seiner Testamentsvollstreckung unterliegenden Nachlaß an den Kläger 30.401,15 DM nebst Zinsen zu zahlen, hilfsweise festzustellen, daß der Kläger nicht mit dem genannten Betrage belastet werden dürfe,
2. die Verpflichtung des Beklagten festzustellen, dem Kläger aus dem diesem zustehenden Gewinnanteil aus der ungeteilten Erbengemeinschaft mindestens die

Beträge zur Verfügung zu stellen, die er benötigt, um seinen Steuerverpflichtungen nachzukommen, soweit diese durch seine Beteiligung an der Erbengemeinschaft ausgelöst werden.

Das Landgericht hat dem Kläger auf den Antrag zu 1) 28.468,12 DM (das ist die Klagesumme abzüglich eines Drittels eines dem Beklagten gegen die Erbengemeinschaft zustehenden Vergütungsanspruchs von 5.800 DM) nebst Zinsen zugesprochen, die weitergehende Klage dagegen abgewiesen.

Das Oberlandesgericht hat (Absatz 1 seines Urteilsatzes) die Berufung des Beklagten, mit der dieser die Klage zur Gänze abgewiesen sehen wollte, zurückgewiesen und hat (Absatz 2 Satz 1 und 2 des Urteilssatzes) auf die Anschlußberufung des Klägers auch dem Klagantrag zu 2) entsprochen.

Der Beklagte hat gegen das oberlandesgerichtliche Urteil Revision eingelegt. Zunächst hat er beantragt, unter Aufhebung dieses Urteils "nach dem letzten aus seinem Tatbestand ersichtlichen Antrag des Beklagten zu erkennen, nämlich die Klage in vollem Umfang abzuweisen". In der Revisionsverhandlung hat er sodann erklärt, daß die Revision das oberlandesgerichtliche Urteil, soweit es auf die Anschlußberufung des Klägers dessen Feststellungsantrag stattgegeben habe, nur im Umfang der Revisionsbegründung habe anfechten wollen und anfechte. Der Kläger bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

1. Die Klage beanstandet Tätigkeiten, die der Beklagte als Testamentsvollstrecker ausübte, und spricht Verpflichtungen an, die den Beklagten in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker treffen sollen. Sie ist daher, worüber sich auch die Revisionsanwälte in der Verhandlung einig waren, gegen den Beklagten in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker gerichtet. Der Beklagte ist daher Partei kraft Amtes und nicht persönlich verklagt. Dies ist im Hinblick auf die verschiedenen Rechtsfolgen, die sich ergeben, je nachdem, ob der Beklagte als Testamentsvollstrecker oder persönlich verklagt anzusehen ist, bereits durch eine entsprechende Fassung des Urteilskopfes klarzustellen.

2. Dem Zahlungsanspruch (Klagantrag zu 1), so wie ihn das Landgericht zugesprochen hatte, hat das Berufungsgericht im wesentlichen mit der Begründung stattgegeben:

Der Beklagte habe seine Behauptung, nach dem bei der Testamentserrichtung vorhandenen Willen der Erblasserin hätten die Kosten für die Bebauung des Grundstücks St. ■■■■straße ■■■ von der Erbengemeinschaft getragen werden sollen, nicht bewiesen.

Der Wortlaut der Testamentsurkunde lasse einen zweifelsfreien Schluß auf den Willen der Erblasserin nicht zu. Aus dem Schweigen des Testaments darüber, wer die Aufbaukosten zu tragen habe, könne nicht ohne weiteres auf einen Willen der Erblasserin dahin ge-

geschlossen werden, der Aufbau sei mit Mitteln des Nachlasses vorzunehmen. - Allerdings gebe das Testament insofern nach dieser Richtung einen Anhaltspunkt, als es bestimme, der Beklagte und sein Bruder Karl sollten dem Kläger beim Aufbau des diesem zufallenden Grundstücks mit Mitteln des Nachlasses behilflich sein; es läge daher die Annahme nahe, daß die Erblasserin, falls sie ähnliche Vorstellungen über den Aufbau des Grundstücks Stahlstraße 49 gehabt hätte, auch für dieses Grundstück eine entsprechende Bestimmung getroffen haben würde. - Auch aus den Umständen vor und nach Errichtung des Testaments ließen sich sichere Hinweise auf das, was die Erblasserin in dem strittigen Punkt gewollt habe, nicht gewinnen. Hierbei sei zuungunsten des Beklagten zu bedenken: Die Erblasserin habe bei der Errichtung eines früheren, am 20. Januar 1960 gefertigten, später wieder aufgehobenen Testaments ausdrücklich erklärt, sie wolle das dem Beklagten zugedachte Grundstück in E[REDACTED], El[REDACTED]straße [REDACTED], für diesen wieder aufbauen, im Falle ihres vorzeitigen Ablebens solle der Beklagte zusätzlich 50.000 DM erhalten; in dem Testament vom 28. April 1961, bei dessen Errichtung das genannte Grundstück, das ebenfalls dem Beklagten zufallen sollte, wieder aufgebaut gewesen sei, habe sie eine entsprechende Bestimmung hinsichtlich des Grundstücks St[REDACTED]straße [REDACTED] nicht getroffen. Hierbei falle besonders ins Gewicht, daß sich der Gesundheitszustand der Erblasserin zwischen dem 20. Januar 1960 und dem 28. April 1961 verschlechtert und die Erblasserin nach der Bekundung des Zeugen Stc[REDACTED] nicht mehr damit gerechnet habe, den Aufbau des Grundstücks St[REDACTED]straße [REDACTED] noch zu erleben. Zugunsten des Beklagten sei dagegen in Betracht zu

ziehen: Die Erblasserin habe sich im Umlegungsverfahren gegenüber der Stadt Essen verpflichtet, den Aufbau des ihr zugewiesenen Grundstücks innerhalb von zwei Jahren seit Beendigung des Umlegungsverfahrens zu vollenden, und habe bereits Verbindungen zu dem Architekten N. [REDACTED] aufgenommen, der zumindest schon Ideenskizzen angefertigt gehabt habe; auch würde die Erblasserin den Aufbau innerhalb der Frist durchgeführt haben, wäre sie am Leben geblieben; in diesem Fall würde der Beklagte aus dem Nachlaß ein bebautes Grundstück erhalten haben und das Vermögen der Erblasserin wäre, wenn ihm von der Erblasserin die Mittel zum Wiederaufbau entnommen worden wären, zu Lasten des Klägers und des dritten Miterben Karl S. [REDACTED] geschmälert worden. In diese Richtung deute auch die Bekundung des Zeugen Dr. B. [REDACTED], wonach die Erblasserin ihre Teilungsanordnungen an Hand der Einheitswerte der Grundstücke getroffen habe, der zur Verfügung gestandene Einheitswert für das Grundstück St. [REDACTED]straße 49 sich aber auf das bebaute Grundstück bezogen haben dürfte. Dagegen spreche wieder zuungunsten des Beklagten: Es stehe nicht fest, inwieweit die Erblasserin das Grundstück Stahlstraße 49 mit eigenen Mitteln bebaut haben würde. Ihr hätte zum Aufbau zunächst aus dem Umlegungsverfahren eine Entschädigung von 66.000 DM zur Verfügung gestanden. Ob sie die nach der von dem Steuerbevollmächtigten des Beklagten erstellten Bilanz noch benötigten weiteren 91.796,41 DM aus eigenen oder fremden Mitteln bestritten hätte, sei nicht geklärt. Hätte sie Darlehen aufgenommen, so wären die Darlehensverpflichtungen mit dem Erbfall auf den Beklagten übergegangen, so daß dieser dieselben Vermögens-

werte erhalten haben würde, die er heute hätte, wenn die Restfinanzierung zu seinen Lasten ginge. Anschließend erwägt das Berufungsgericht noch: Die Verpflichtung der Erblasserin, das Grundstück St. ■■■-straße ■■■ binnen zwei Jahren aufzubauen, sei zwar als zum Nachlaß gehörend auf alle Erben übergegangen; dies bedeute aber nicht zwingend, daß die Erbengemeinschaft den Aufbau auch zu finanzieren habe; im Verhältnis der Miterben zueinander sei, so lasse sich annehmen, der Beklagte als nunmehriger Eigentümer des Grundstücks ohnehin gehalten, der Aufbauverpflichtung nachzukommen und die Erbengemeinschaft von ihr zu befreien.

Die Revision rügt demgegenüber, das Berufungsgericht habe eine ergänzende Auslegung des Testaments unterlassen, die aber geboten sei, wenn in der Zeit zwischen Testamenterrichtung und Erbfall im Gegenstand des Zugewendeten eine Änderung eingetreten sei, die die Erblasserin nicht habe voraussehen können.

Daran ist richtig, daß eine Auslegung des Testaments nicht schlechthin darauf beschränkt ist, den wirklichen (realen) Willen des Erblassers, sei es, daß dieser Wille bewiesen oder nur gemutmaßt werden kann, zur Geltung zu bringen, sondern daß u.U. im Wege der ergänzenden Auslegung der unwirkliche oder hypothetische Wille des Erblassers zu ermitteln ist, wobei allerdings, gerade im Hinblick auf die für eine letztwillige Verfügung geltenden Formvorschriften, der Wille eine wenn auch noch so unvollkommene Grundlage in der letztwilligen Verfügung finden muß. Gerade dann, wenn zwischen der Errichtung des Testaments und dem Eintritt

des Erbfalls bei dem Kreis der Bedachten oder bei einem vermachten Gegenstand Änderungen vorgekommen sind, die der Erblasser, als er seine letztwillige Verfügung traf, nicht bedachte, besteht das Bedürfnis, durch ergänzende Auslegung auf das abzustellen, was der Erblasser nach seiner durch Auslegung des Testaments feststellbaren Willensrichtung zu der Zeit, als er das Testament errichtete, gewollt haben würde, wenn er das spätere Ereignis vorausschauend bedacht hätte. Darüber hinaus kann, wie der Senat bereits im Urteil vom 15. März 1965 - III ZR 108/63 - vgl. auch Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch 26. Aufl. § 2084 Anm. 4 b - ausgeführt hat, im Wege der ergänzenden Auslegung mit dem realen wie mit dem irrealen Willen eine von Anfang an bestehende Lücke des Testaments geschlossen werden.

Hier nun wäre, folgt man dem Vortrag der Revision, daß die Erblasserin in ihrem Bemühen, selbst das Grundstück St. ■■■-straße ■■■ aufzubauen, durch den Tod überrascht wurde, in der Zeit zwischen der Errichtung des Testaments und dem Eintritt des Erbfalls, wie gegenüber der Revision klarzustellen ist, nicht hinsichtlich eines vermachten Gegenstandes eine von der Erblasserin nicht bedachte Änderung eingetreten, sondern in Gestalt der unterbliebenen Bebauung eine Änderung nicht eingetreten, mit der die Erblasserin gerechnet hatte. Beide Male bleibt es aber an dem, daß die künftige Entwicklung anders verlaufen wäre, als sich die Erblasserin - angeblich - vorgestellt hat. Aber selbst wenn die Erblasserin ihr vorzeitiges Ableben als möglich in Rechnung gestellt hätte, könnte eine von Anfang an bestehende Lücke des Testaments vorliegen, die

auszufüllen zu versuchen Aufgabe des zur Auslegung einer letztwilligen Verfügung berufenen Tatrichters wäre. Es kommt also, was die Zulässigkeit einer ergänzenden Auslegung angeht, nicht entscheidend darauf an, ob, wie das Berufungsgericht feststellt, die Revision jedoch mit einer Rüge aus § 286 ZPO bekämpft, die Erblasserin bei der Errichtung des Testaments vom 28. April 1961 nicht damit gerechnet hat, die Bebauung des Grundstücks St[REDACTED]straße [REDACTED] noch zu ihren Lebzeiten vollenden zu können. Doch kann dieser Umstand für die Vorstellungen, die die Erblasserin zur Zeit der Errichtung des Testaments hatte, bei der Ermittlung ihres damals bestehenden realen wie irrealen Willens eine Rolle spielen, so daß die erwähnte Rüge der Revision ihre Bedeutung nicht etwa völlig verliert.

Die Rüge schlägt zwar insofern nicht durch, als sie das Vorbringen des Beklagten in der Berufungsbeurteilung Seite 5 aufgreift. Dort war darauf hingewiesen worden, der Notar Dr. B[REDACTED] habe der Erblasserin am 25. November 1959 geschrieben, es müsse noch abgewartet werden, bis die Umlegung zu ihren Lebzeiten erfolgt und durchgeführt ist, oder ob nach ihrem Tode diese Maßnahme von der Erbengemeinschaft durchgeführt wird. Damit hat Notar Dr. B[REDACTED] nicht, wie die Revision vorträgt, die Erwartung ausgesprochen, daß die Umlegung noch zu Lebzeiten der Erblasserin geschehe. Wohl aber ist der Revision zuzugeben, daß das Berufungsgericht das an derselben Schriftsatzstelle enthaltene Beweisanerbieten (Vernehmung des Zeugen K[REDACTED]) nicht hätte völlig übergehen dürfen, wonach die Erblasserin - was gegen die Richtigkeit der Aussage des Zeugen St[REDACTED] sprach, die Erblasserin habe gewußt, daß ihre Tage gezählt seien -

zu der Zeit, als sie das Testament vom 28. April 1961 errichtet habe, noch sehr rüstig gewesen, bis einige Tage vor ihrem Ableben mit Unterbrechungen von morgens bis in die späten Abendstunden ihren Geschäften nachgegangen sei und dann am 23. Juli 1961 plötzlich einen Blutsturz erlitten habe; der Zeuge K. [REDACTED] habe die Erblasserin dann zum Krankenhaus gefahren, wo sie eine Woche später gestorben sei. Entgegen der Meinung der mündlichen Revisionserwiderung kann nicht zweifelhaft sein, daß nach der Fassung des Beweisantritts der Zeuge K. [REDACTED] als Beweismittel für alle wiedergegebenen Behauptungen, nicht nur für die Verbringung der Erblasserin in das Krankenhaus benannt war, und war es nicht nötig, für jede dieser in das Wissen des Zeugen gestellten Behauptungen anzugeben, ob der Zeuge von den betreffenden Vorgängen aus eigenem Erleben oder nur vom Hörensagen wisse. Hinzu kommt, daß der Beklagte, worauf die Revision mit einer weiteren Rüge aus § 286 ZPO verweist, mit näherer Begründung Zeugenbeweis dafür angetreten hatte, ihm sei der Zeuge St. [REDACTED] nicht wohlgesinnt (Berufungsbegründung S. 4). Das Berufungsgericht hat weder diesem Beweisanerbieten entsprochen, noch hat es dies in den Gründen seines Urteils abgehandelt. Für das Revisionsgericht bleibt daher die Möglichkeit offen, daß das Berufungsgericht, hätte es diese Beweisanerbieten nicht übergangen, den Gesundheitszustand der Erblasserin und ihre Vorstellungen von ihrer Gesundheit und davon, ob sie den Aufbau des Anwesens St. [REDACTED]straße [REDACTED] noch durchführen könne, anders als geschehen beurteilt haben würde. Zwar ist die Auslegung eines Testaments, auch eine ergänzende Auslegung, eine vom Tatrichter zu erfüllende Aufgabe,

die - nebenbei bemerkt - an sich mit einer Beweisführung und Beweiswürdigung nichts zu tun hat; nur soweit sich eine Partei für die Auslegung auf Tatsachen beruft, die außerhalb der Testamentsurkunde liegen, spielt die Frage der Beweislast eine Rolle (LM BGB § 242 A Nr. 7). Die Auslegung durch den hierzu berufenen Tatrichter kann aber vom Revisionsrichter darauf überprüft werden, ob sie durch Rechtsfehler beeinflusst ist, namentlich ob bei ihrer Gewinnung oder urteilsmäßigen Begründung gegen eine Verfahrensvorschrift verstoßen worden ist.

Hinzu kommt, daß der Beklagte vor dem Berufungsgericht weiter unter Zeugenbeweis gestellt hat (Schriftsatz vom 9. Juli 1965 S. 1), die Erblasserin habe in den letzten Jahren, insbesondere in den letzten Monaten vor ihrem Ableben sich wiederholt dahin geäußert, der Beklagte solle das Grundstück St. ■■■■-straße ■■■■ bebaut erhalten. Aus ihren Äußerungen sei ganz klar hervorgegangen, daß die Aufbaukosten zu ihren eigenen Lasten gehen sollten. Diese Äußerungen, mit denen sich das Berufungsgericht ebenfalls nicht befaßt hat, könnten, worin der einschlägigen Revisionsrüge aus §§ 282, 286 ZPO recht zu geben ist, ein Anzeichen auf den hypothetischen, aber auch auf den mutmaßlichen realen Willen der Erblasserin abgeben. Warum das Berufungsgericht dem Beweisantritt nicht nachgegangen ist, läßt sich nicht erkennen.

Nach dem Gesagten ist der nochmaligen Prüfung und Entscheidung durch das Berufungsgericht die Frage zu unterbreiten, ob die Erblasserin bei der Errichtung des Testaments am 28. April 1961 ihr Ableben vor Beendigung der Bauarbeiten als möglich in Rechnung setzte

oder nicht und was in ersterem Falle als ihr realer, im zweiten Fall als ihr irrealer Wille hinsichtlich der Tragung der Baukosten für das Grundstück Stahlstraße 49 - Erbengemeinschaft oder der Beklagte - anzunehmen ist. Bei seiner nochmaligen Entscheidung wird das Berufungsgericht auch darauf zu achten haben, ob die Baukosten sich aus 66.000 DM und 91.796,41 DM zusammensetzten oder, was die Revision unter Hinweis auf die vom Berufungsgericht herangezogene Bilanz und andere Aktenstellen geltend macht, insgesamt nur den letzteren Betrag erreicht haben. Auch wird sich das Berufungsgericht vor Augen zu halten haben, daß jedenfalls nicht ohne weiteres anzunehmen ist, daß (so aber S. 11 des angefochtenen Urteils) Verpflichtungen aus Darlehen, die die Erblasserin zur Deckung von Aufbaukosten aufgenommen hätte, beim Eintreten des Erbfalls auf den Beklagten, nicht auf die Erbengemeinschaft übergegangen sind.

Die von der Revision noch aufgegriffenen Rechtsausführungen des Beklagten gemäß Schriftsatz vom 9. Juli 1965 S. 2 und in der Berufungsbegründung vom 2. November 1964 S. 7 unter Ziff. 4 und 5 können nicht etwa schon jetzt zu einer Abweisung des Klagantrags zu 1) führen. Die ersteren Ausführungen, jedenfalls deswegen nicht, weil sie auf den eben noch klärungsbedürftigen Willen der Erblasserin abheben, die anderen nicht, weil sie offensichtlich nicht weiterführen, wenn sie die strittige Frage, ob der Hausaufbau eine Angelegenheit des Beklagten persönlich oder der Erbengemeinschaft war, als im letzteren Sinn geklärt unterstellen.

3. Was die Verpflichtung des Beklagten angeht (Klagantrag zu 2), dem Kläger aus dem diesem zustehenden Gewinnanteil an der Erbengemeinschaft mindestens Beträge zur Erfüllung seiner Steuerverpflichtungen zur Verfügung zu stellen, so ist im Einklang mit der Revision die vom Berufungsgericht urteilsmäßig ausgesprochene Verpflichtung dahin einzuschränken, daß der Beklagte entsprechende Zahlungen nur zum Jahresende zu leisten hat. Das entspricht der Bestimmung des Testaments, wonach der Testamentsvollstrecker jeweils am Jahresende seinen Miterben Rechnung zu legen und Überschüsse auszuschütten hat. Nur mit dieser Einschränkung hat der Beklagte auch vor dem Berufungsgericht seine Verpflichtung anerkannt. Insoweit hat die Revision hinsichtlich des Klagantrags zu 2) Erfolg.

Insoweit sie ursprünglich weitergehend eine Abweisung auch dieses Klagantrags in ihren Antrag aufgenommen hatte, läßt sich dies als ein offenes Vergehen in Ausdruck werten. Das rechtfertigt sich nicht nur im Hinblick auf die von dem Revisionsanwalt in der Revisionsverhandlung abgegebene Erklärung, daß er hinsichtlich des in Rede stehenden Klagantrags nur im Umfang der Revisionsbegründung habe anfechten wollen - diese aber rügt lediglich, daß das Berufungsgericht die Fälligkeit der Zahlungen nicht, wie jetzt im Revisionsurteil geschehen, eingeschränkt habe -, sondern auch aus der Überlegung heraus: Der Beklagte hat in der Schlußverhandlung vor dem Berufungsgericht erklärt, er bestreite nicht länger seine Verpflichtung zur Auszahlung des sich am Ende des Geschäftsjahres ergebenden Reingewinns, er anerkenne den Klagantrag

zu 2) mit der Maßgabe, daß die zu zahlenden Beträge jeweils am Jahresende zur Verfügung gestellt würden. Die Verpflichtung des Beklagten zur Zahlung von Reingewinn war damit mit Ausnahme des Fälligkeitszeitpunktes unstreitig geworden; nur mit Rücksicht auf diese Einschränkung hat das Berufungsgericht ausweislich der Gründe seines Urteils von einem Anerkenntnisurteil abgesehen. Es wäre daher beim Fehlen anderer Anhaltspunkte unverständlich, daß der Beklagte mit der Revision einen inzwischen bereinigten Streitpunkt wieder als streitig zur Entscheidung stellen wollte. Vielmehr ist der Revisionsantrag hinsichtlich des Klagantrags zu 2) als von Anfang an einschränkend, eben in Bezug auf den noch umstrittenen Fälligkeitszeitpunkt gesetzt zu verstehen. Von einer teilweisen Verwerfung der Revision, weil ihr Antrag nicht seinem ganzen Umfang nach mit Gründen versehen sei, kann daher abgesehen werden.

4. Es ist daher wie im Urteilssatz geschehen zu entscheiden, wobei es angezeigt erscheint, dem Berufungsgericht die Entscheidung hinsichtlich der gesamten Kosten des Revisionsverfahrens zu überlassen.

Dr. Pagendarm

Dr. Arndt

Dr. Beyer

Dr. Hußla

Dr. Reinhardt