

# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

IV ZR 158/90

Verkündet am:  
11. Dezember 1991  
Estel  
Justizobersekretärin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Tierarztes Dr. Gerfried M., H.straße 56,  
D.,

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dres. -  
und -

g e g e n

den Rechtsanwalt Dr. Gernot M., K. Allee 51,  
D., und zwar persönlich und als Testamentsvollstrecker  
nach dem am 21. Juni 1980 in Bern verstorbenen Dr. Dr. Erich  
M.,

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. -  
und v. -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat durch den Vorsitzenden Richter Bundschuh und die Richter Dr. Schmidt-Kessel, Dr. Zopfs, Dr. Ritter und Römer auf die mündliche Verhandlung vom 11. Dezember 1991

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 27. März 1990 aufgehoben, soweit die Hauptanträge des Klägers zu 1) bis 3) abgewiesen sind und über die Kosten des Rechtsstreits entschieden ist.

In diesem Umfang wird die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien sind Brüder. Ihr am 21. Juni 1980 verstorbener Vater Dr. Dr. Erich M. (Erblasser) wurde aufgrund Testaments vom 23. November 1978 und dessen Nachträge beerbt von seiner Ehefrau, der Mutter der Parteien, und von den Söhnen Gerfried (Kläger), Gernot (Beklagter) und Udo. Der vierte Sohn Gunter ist enterbt. Der Beklagte ist auch Testamentsvollstrecker nach dem Erblasser.

- 3 -

Der am 31. Juli 1956 vorverstorbene Vater des Erblassers (Großvater) hinterließ unter anderem Aktien an der jetzt unter D [REDACTED] M [REDACTED] firmierenden Aktiengesellschaft. Der Großvater wurde von seiner Ehefrau als alleiniger Vorerbin und nach deren Tod am 2. Dezember 1962 von den Parteien und ihren beiden Brüdern als Nacherben zu je einem Viertel beerbt.

Im Jahre 1974 übertrug der Erblasser, dem der Nießbrauch am Nachlaß der Großeltern und dessen Verwaltung zustand, je 800 Aktien der D [REDACTED] M [REDACTED] an seine vier Söhne; die Aktien wurden in Sonderdepots der Söhne bei der Deutschen Bank verwahrt. Desweiteren deponierte der Erblasser 44 I [REDACTED]-H [REDACTED]-Aktien im Sonderdepot des Klägers. Der Erblasser hatte Generalvollmachten seiner Söhne und war von der Beschränkung des § 181 BGB befreit. Nach der Einrichtung der vier Sonderdepots wurden die Aktien jeweils vor Jahreshauptversammlungen auf ein Depot des Vaters zurückgebucht, um diesem die Stimmenmehrheit oder Sperrminorität zu sichern. Die Aktien des Klägers gelangten auf diese Weise letztmalig am 18. Januar 1979 in ein Depot des Vaters. Dort befanden sie sich auch noch bei dessen Tod am 21. Juni 1980.

Nach dem Tode des Vaters gab es Schwierigkeiten bei der Feststellung, welche Aktien zu welchem Nachlaß gehörten. Der Kläger ist der Auffassung, er habe die genannten 800 und 44 Aktien von seinen Großeltern geerbt. Er habe das Eigentum daran nicht durch Übertragung vom 18. Januar 1979 verloren. Diese Übertragung sei nur zum Schein vorgenommen worden, um einen Zugriff darauf durch seine damalige Ehefrau im Zusam-

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



menhang mit einem Scheidungsverfahren zu vermeiden. Der Beklagte macht geltend, ihr Vater habe die Aktien persönlich noch vor dem Tode des Großvaters erworben. Der Kläger sei niemals Aktieneigentümer gewesen. Die ursprüngliche Übertragung an die Söhne sei nur aus steuerlichen Gründen vorgenommen worden.

Im Jahre 1980 bevollmächtigte der Kläger den Beklagten, "seine" (des Klägers) 800 Aktien D [REDACTED] M [REDACTED] zu veräußern. Dieser erzielte bei dem Verkauf von 5.920 Aktien dieser Art einen Erlös von 1.894.400 DM. Davon zahlte der Beklagte an Gunter 256.000 DM, an Udo im Einverständnis mit dem Kläger und an diesen selbst je 546.133,66 DM. Mit der Klage verlangt der Kläger für seine 800 Aktien D [REDACTED] M [REDACTED] einen Teilbetrag von 170.666,67 DM (nebst Zinsen) des darauf entfallenden Erlösanteils von 256.000 DM, ferner Herausgabe seiner 44 I [REDACTED]-H [REDACTED]-Aktien (hilfsweise Zahlung von 30.800 DM nebst Zinsen) und Auskunft über die daraus erzielten Dividenden seit dem 21. Juni 1980. Landgericht und Oberlandesgericht halten die Hauptanträge für unbegründet. Dem Hilfsantrag auf Zahlung von 30.800 DM nebst Zinsen hat das Berufungsgericht durch Anerkenntnisurteil stattgegeben. Mit der Revision verfolgt der Kläger seine Hauptanträge weiter.

#### Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, allen vier Geschwistern hätten aus dem Erlös der 5.920 Aktien D [REDACTED] M [REDACTED] für ihre je 800 eigenen Aktien jedem vorab 256.000 DM zugestanden (je 320 DM x 800 Stück). Erst der Restbetrag sei unter die Parteien und Udo aufzuteilen gewesen. Das sei geschehen; mehr habe der Kläger nicht zu beanspruchen.

Die dagegen gerichteten Angriffe der Revision müssen Erfolg haben.

Die Revision rügt mit Recht, daß der Beklagte nach dem Tatbestand des angefochtenen Urteils und den darin in Bezug genommenen Schriftsätzen nicht behauptet hatte, (auch) Udo und er selbst hätten aus dem Erlös von 1.894.400 DM für 5.920 Aktien - ebenso wie Gunter und der Kläger - je 256.000 DM vorab für "ihre" Aktien zu beanspruchen gehabt, weil nämlich auch diese ("ihre") Aktien sich beim Tode des Erblassers am 21. Juni 1980 noch in dessen Depot befunden hätten. Nur wenn es so gewesen wäre, wie das Berufungsgericht ohne ausreichende tatsächliche Grundlage annimmt, wäre die gleichmäßige Aufteilung des (nach Auskehr von 256.000 DM an Gunter verbliebenen) Resterlöses von 1.638.400 DM auf die Parteien und Udo in Höhe von je 546.133,33 DM berechtigt gewesen. Das Berufungsgericht wird also prüfen müssen, ob sich auch die je 800 Aktien des Beklagten und Udos im Depotbestand des Erblassers befunden haben oder nicht. Dabei wird es berücksichtigen müssen, daß in der rechtskräftig entschiedenen Sache 12 O 431/81 LG Essen (in der Gunter von Gernot und Udo Schadensersatz wegen Veräußerung "seiner" 800 Aktien verlangt und zugesprochen erhalten hat und die Gegen-

stand der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht im vorliegenden Verfahren waren - Bl. 78, 52) der hier Beklagte (Gernot) selbst vorgetragen hatte, er habe insgesamt nicht (nur) 5.920, sondern 7.520 Stück D [REDACTED] M [REDACTED] an die Firma F [REDACTED] verkauft (Bl. 180, 70, 319 der Beiakten). Die Differenz von 1.600 Aktien entspricht bei einem unstreitigen Stückpreis von 320 DM einem Gesamtwert von 2 x 256.000 DM und stellt möglicherweise die je 800 Aktien des Beklagten und Udos dar. Sie wäre erklärlich, wenn diese Aktien - im Gegensatz zu denen Gunters und des Klägers - beim Tode des Erblassers in den Sonderdepots ihrer "Eigentümer" gewesen wären.

2. Das Berufungsgericht begründet seine Entscheidung über den Klageantrag zu 1) - Zahlungsantrag - ferner mit einem stillschweigenden Einverständnis des Klägers zu der vom Beklagten vorgenommenen Aufteilung. Dazu beruft die Revision sich darauf, daß der Teilungsplan vom 15. November 1983, auf den das Berufungsgericht sich hier stützt, in den Akten nicht aufzufinden sei. Diese Rüge ist begründet. Der Teilungsplan ist zwar überreicht (Bl. 53 d.A.) worden. Er ist aber im Tatbestand des angefochtenen Urteils nicht wiedergegeben und befindet sich nicht mehr bei den Akten. Infolgedessen kann der Senat nicht ausreichend prüfen, ob das angefochtene Urteil insoweit rechtsfehlerfrei ist.

Die Schreiben des Beklagten vom 6. Januar 1987 und vom 1. Mai 1987 (Bl. 50, 51), die das Berufungsgericht im Zusammenhang mit dem vermeintlichen Einverständnis des Klägers ebenfalls mitverwertet, stellen keine Vertragsangebote zum

Abschluß eines Auseinandersetzungsvertrages dar, sondern nur die Mitteilung der Auffassung des Beklagten. Die Zustimmung des Klägers zur Auszahlung von 546.133,33 DM an Udo vom 25. Juni 1984 bietet, wie die Revision mit Recht ausführt, schon deshalb keinen Anhalt für einen Verzicht des Klägers auf den noch am 25. April 1984 geforderten (Bl. 45f. d.A.) Erlös für "seine" Aktien, weil der Beklagte dem Anschein nach noch weitere 512.000 DM Erlös für "seine" Aktien und diejenigen von Udo erlöst hat, so daß Udo auch aus der Sicht des Klägers mit der Zahlung von 546.133,33 DM noch keineswegs zuviel erhalten hätte.

Außerdem liegt hier kein Fall vor, in dem Schweigen des Klägers ausnahmsweise als Einverständnis hätte verstanden werden dürfen. Das gilt umso mehr, als der Beklagte nicht bestritten hat (Bl. 53 d.A.), daß der Kläger in der Zwischenzeit bei verschiedenen Gerichtsterminen seinen Anspruch auf den Erlös seiner Aktien aufrecht erhalten hatte. Der Beklagte hat vielmehr nur erklärt, er habe (auch) den Kläger aufgefordert, Ansprüche nur noch schriftlich geltend zu machen. Einer weiteren Substantiierung bedurfte es hierzu seitens des Klägers nicht (vgl. auch Bl. 103f. d.A.).

3. Die Klageanträge zu 2) und 3) zum Komplex I ~~\_\_\_\_\_~~-H ~~\_\_\_\_\_~~-Aktien hält das Berufungsgericht für unbegründet, weil der Kläger durch sein Schweigen einen verbindlichen Auseinandersetzungsvertrag mit dem Inhalt des Verteilungsplans vom 15. November 1983 zustande gebracht habe. Daß diese Auffassung rechtsfehlerhaft ist, ergibt sich schon aus den Entscheidungsgründen zu 2.. Auch insoweit kann das angefochtene Urteil nicht bestehen bleiben.

Sollte das Berufungsgericht dem Hauptantrag zu 2) nach erneuter Prüfung stattgeben, wird es das Anerkenntnisurteil über den auf Zahlung gerichteten Hilfsantrag dazu - gegebenenfalls auch ohne entsprechende Parteianträge - aufzuheben haben (BGHZ 106, 219, 221).

Bundschuh

Dr. Schmidt-Kessel

Dr. Zopfs

Dr. Ritter

Römer