

IV ZR 76/56

Verkündet
am 28. November 1956
Schorm, Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

1. der Frau Anita R. [REDACTED] geb. H. [REDACTED],
2. der Frau Renate G. [REDACTED] geb. R. [REDACTED],
beide in H. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerinnen,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Kaufmann Ulrich R. [REDACTED] in H. [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 24. November 1956 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Schmidt, der Bundesrichter Ascher, Johannsen, Wüstenberg und Wilden

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Oldenburg vom 3. Februar 1956 wird insoweit zurückgewiesen, als sie nicht die ergangene Kostenentscheidung betrifft. Dagegen wird die Kostenentscheidung des angefochtenen Urteils aufgehoben und die Kostenentscheidung des Urteils der 3. Zivilkammer des Landgerichts in Osnabrück geändert.

Von den Kosten des ersten Rechtszuges hat der Kläger 1/7, die Beklagte zu 1 24/35 und die Beklagte zu 2 6/35 zu tragen. Die weiteren Kosten des Rechtsstreits werden der Beklagten zu 1 zu 4/5 und der Beklagten zu 2 zu 1/5 auferlegt.

Von Rechts wegen.

75

- 3 -

Tatbestand:

Die Parteien gehören zu den Erben des am 6. Mai 1940 verstorbenen Erblassers, Fabrikanten Walter R. Der Erblasser war dreimal verheiratet. Seine Abkömmlinge aus erster Ehe sind die Söhne Wolfgang und Hans Heinrich. Wolfgang ist inzwischen verstorben und von seinem Sohn Hans Joachim beerbt worden. Der zweiten Ehe entstammt ein Sohn Ernst Georg, der gleichfalls verstorben ist und einen Sohn hinterlassen hat. In dritter Ehe war der Erblasser mit der Beklagten zu 1 verheiratet. Seine Abkömmlinge aus dieser Ehe sind der Kläger, die Beklagte zu 2, eine Tochter Brigitte R. geb. R. und ^{ein} weiterer Sohn Hubertus R. Dieser ist im Juni 1944 verstorben. Er war unverheiratet und hat kein Testament hinterlassen.

Walter R. betrieb u.a. in N. eine Margarinefabrik, zu der als Tochtergesellschaft die Ne. Ölwerke AG in N. gehören. Am 25. September 1939 errichtete er vor dem Notar L. in E. ein Testament, in dem er seine Kinder aus erster Ehe für abgefunden erklärte. Hans Heinrich sollte jedoch noch den Pflichtteil erhalten. Dem Sohn aus seiner zweiten Ehe entzog er den Pflichtteil. Als seine Erben setzte er seine Ehefrau Anita R. zur einen Hälfte und die vier Kinder aus seiner dritten Ehe zur anderen Hälfte nach Kopfteilen ein. Unter Nr 8 Abs 1 bis 3 bestimmte er ferner:

"Für die Erbteilung ordne ich an, daß die Erben am Geschäftsvermögen der Firma Walter R., T. Margarinewerke H., deren alleiniger Inhaber ich bin, nach Verhältnis ihrer Erbquoten beteiligt bleiben sollen. Dabei soll zwischen den Töchtern und Söhnen die unter Ziff 7 vorgesehene Veränderung eintreten, die sich aus der Übernahme der Güter durch die Töchter ergeben wird.

- 4 -



Als Gesellschaftsform für die Fortführung des Unternehmens in H. denke ich mir eine Kommanditgesellschaft, bei der die beiden Söhne persönlich haftende Gesellschafter und meine Ehefrau sowie die beiden Töchter Kommanditisten sind. Hierüber oder ob eine andere Gesellschaftsform gewählt wird, soll meine Ehefrau nach Beratung mit Herrn St. und Herrn L. die Entscheidung treffen. Die drei genannten sollen auch den Inhalt des Gesellschaftsvertrages festlegen. Dabei muß die Bestimmung vorgesehen werden, daß keiner der Mitgesellschafter seine Geschäftsbeteiligung veräußern kann, ohne sie zuvor den Miterben nach Verhältnis ihrer Erbteile zum Erwerb angeboten zu haben. Die Satzung der Ne. AG soll dahin geändert werden, daß die Aktien Namensaktien werden und nur mit Genehmigung der Hauptversammlung übertragbar sind.

Die für H. gewählte Gesellschaft soll einen Beirat haben, der personengleich mit dem Aufsichtsrat der Walter R., Ne. Ölwerke AG sein soll. Den Vorsitz im Aufsichtsrat soll meine Ehefrau Anita R. übernehmen."

/ Ferner setzte der Erblasser die Beklagte zu 1 als Testamentsvollstreckerin mit allen gesetzlich zulässigen Befreiungen ein. Er übertrug ihr auch die Verwaltung der Erbteile der Kinder bis zur Vollendung ihres 28. Lebensjahres. Nach Errichtung des Testaments hat der Erblasser zur Sicherung des Bestandes und der Fortführung seiner Betriebe "Anordnungen, Anregungen und Gedanken" vom 27. Januar 1940 niedergeschrieben.

In Ausführung der Anordnung zu Nr 8 des Testaments fertigte die Beklagte zu 1 im Sommer 1952 unter Mitwirkung auch des Notars L. einen Gesellschaftsvertrag über die Gründung einer Kommanditgesellschaft, die nach § 1 dieses Vertrages das unter der Firma Walter R. T. Margarinwerke als Einzelfirma in Erbengemeinschaft betriebene Unternehmen mit Aktiven und Passiven nach Maßgabe des Vertrages und mit unveränderter Firma übernehmen

und weiterführen sollte. Heinrich M., der bisher leitender Angestellter dieser Firma war, sollte persönlich haftender Gesellschafter sein, während die Beklagten, Frau P. und der Kläger als Kommanditisten eintreten sollten. Auf eine vom Kläger angestrenzte Klage ist am 20. April 1955 rechtskräftig entschieden worden, daß der Gesellschaftsvertrag für den Kläger nicht verbindlich ist.

Ferner ist eine Klage der jetzigen Beklagten gegen den Kaufmann Hans Heinrich R. und den Kaufmann Hans Joachim R. mit dem Antrage festzustellen, daß diese am Nachlaß des Hubertus R., soweit dieser aus dem Erbteil am Nachlaß des Walter R. besteht, nicht beteiligt seien, sowie deren Widerklage mit dem Antrag, die damaligen Klägerinnen (jetzigen Beklagten) zu verurteilen, die Widerkläger an der als Rechtsnachfolgerin der Einzel-firma Walter R. T. Margarinewerke zu gründenden Familiengesellschaft als Gesellschafter zu beteiligen, und zwar in ihrer Eigenschaft als Erben des Hubertus R. durch rechtskräftiges Urteil vom 9. April 1954 abgewiesen worden.

Vor dem Landgericht in Bochum hat die jetzige Beklagte zu 1 in einem weiteren Rechtsstreit gegen den Kläger mit dem Antrage geklagt, festzustellen, daß die Klägerin (die jetzige Beklagte zu 1) auch insoweit, als sie ihren Sohn Hubertus R. beerbt hat, am Vermögen derjenigen Gesellschaften nach Maßgabe ihrer Erbquote zu beteiligen ist, auf die das Geschäftsvermögen des vom Erblasser hinterlassenen Unternehmens, nämlich der Walter R. T. Margarinewerke, übergegangen ist oder übergeht. Dieser Klage hatte das Landgericht stattgegeben. Auf die Berufung des dortigen Beklagten,

jetzigen Klägers, hat sie das Oberlandesgericht in Hamm abgewiesen. Die Revision der Klägerin ist durch Urteil des Senats vom 28. November 1956, also vom gleichen Tage, an dem das Urteil in dem vorliegenden Rechtsstreit ergeht, zurückgewiesen worden.

Auf eine weitere Klage des Klägers gegen die Beklagten vor dem Landgericht in Osnabrück hat dieses durch Urteil vom 7. Januar 1956 den Gesellschaftsvertrag für die "Firma W. R. F. Margarinewerke" festgesetzt. Gegen dieses Urteil ist Berufung eingelegt, die noch beim Oberlandesgericht in Oldenburg anhängig ist.

Gemäß Schreiben vom 23. September 1954 hat die Beklagte zu 1 im Einverständnis mit dem nach dem Gesellschaftsvertrage von 1952 zum alleinigen persönlich haftenden Gesellschafter vorgesehenen Direktor M. die Aktien der Walter R. Ne. Ölwerke AG unter die im Testament genannten noch lebenden Miterben dergestalt verteilt, daß sie das auf 3 000 000 DM bezifferte Grundkapital der Aktiengesellschaft sich selbst mit 1 687 500 DM und der Beklagten zu 2, Frau P. und dem Kläger mit je 406 000 DM zuteilte. Die Genannten mit Ausnahme des Klägers sind mit diesen Beträgen in das Aktienbuch der Aktiengesellschaft eingetragen, bis zur Herstellung der Namensaktien sind unter dem 28. September 1954 Interimscheine ausgegeben worden. Außerdem sind auf den Namen des verstorbenen Fabrikanten Walter R. 94 500 DM im Aktienbuch eingetragen worden. Am 28. September 1954 sandte der Ehemann der Beklagten zu 1 auf Veranlassung der Beklagten zu 1 dem Kläger den ihm zugedachten Interimschein mit einer Erklärung der Beklagten zu 2. Der Kläger wie auch Frau P. haben die Annahme der Interimscheine abgelehnt.

Am 29. September 1954 hat die Beklagte zu 1 sodann ihr Amt als Testamentsvollstreckerin niedergelegt.

Der Kläger begehrt die Feststellung, daß diese Aktienverteilung unwirksam sei, und die Verurteilung der Beklagten zur Rückgabe der ihnen zugeteilten Aktien oder Interimscheine an die Erbengemeinschaft. Er hat behauptet, die Beklagte zu 1 sei zu dieser Aktienverteilung nicht befugt gewesen, weil sie dem Willen des Erblassers widerspreche, nach dem diese Aktien als Bestandteil der Firma Walter R. T. Margarinewerke in H. bei dieser verbleiben sollten. Die Ne. Aktien gehörten zum Geschäftsvermögen der Firma in H., beide Firmen gehörten als Ganzes zum Nachlaß. Die Beklagte zu 1 habe auch ihre Befugnisse als Testamentsvollstreckerin überschritten. Einen Tag bevor sie dieses Amt niedergelegt habe, habe sie die Ne. Aktien aus dem Gesellschaftsvermögen herausgelöst und in die freie Verfügungsbefugnis der Miterben überführt, obwohl sie bis kurz zuvor wie auch in den früheren Rechtsstreitigkeiten stets den Standpunkt vertreten habe, daß die Ne. Aktien zum Vermögen der Firma in H. gehörten und in dieser bleiben müßten. Überdies habe sich die Beklagte zu 1 einen größeren Anteil zugeteilt als ihr nach dem Testament des Erblassers zustehe, indem sie sich die Hälfte der dem Erbteil des verstorbenen Sohnes Hubertus entsprechenden Aktienrechte entgegen der ausdrücklichen Höchstgrenze für sie von 50 % zugeteilt habe. Die Beklagte zu 1 habe mit diesen Maßnahmen u.a. bezweckt, sich den beherrschenden Einfluß in den Ne. Ölwerken zu sichern, ihn, den Kläger, in die Stellung eines Minderheitsaktionärs zu drängen und die Auskunftsansprüche, die er als Miterbe bezüglich der Führung dieses Werkes habe, zu vereiteln. Die Be-

klagte zu 2 habe die unlauteren Absichten der Beklagten zu 1 gekannt und gebilligt.

Der Kläger hat im ersten Rechtszuge beantragt:

1. festzustellen, daß die Verteilung der Aktien der Walter R. Ne. Ölwerke AG durch die Beklagte zu 1 auf die Erben des verstorbenen Walter R. rechtlich unwirksam ist;
2. die Beklagten zu verurteilen, die seitens der Beklagten zu 1 auf sich selbst übertragenen DM 1 687 500 Aktien der Walter R. Ne. Ölwerke AG und die der Beklagten zu 2 durch die Beklagte zu 1 übertragenen DM 406 000 Aktien der Walter R. Ne. Ölwerke AG an die ungeteilte Erbgemeinschaft als Inhaberin der Firma Walter R. T. Margarinwerke in H. zurückzugewähren;
3. die Beklagte zu 1 zu verurteilen einzuwilligen, daß bei der Verteilung aller unmittelbar oder mittelbar zum Nachlaß gehörigen Beteiligungen sowie bei der Gründung der Familiengesellschaft zur Übernahme und Fortführung des Gesellschaftsvermögens und der Firma Walter R. T. Margarinwerke in H. ihr selbst nur 50 % der jeweiligen Beteiligungen zugeteilt werden und ihren Kindern als Miterben je 1/6 der Beteiligung.

Die Beklagten haben beantragt,
die Klage abzuweisen.

Sie sind der Ansicht, daß die Beklagte zu 1 sich im Rahmen der ihr als Testamentsvollstreckerin zustehen-

den Befugnisse gehalten habe. Der Erblasser habe gewollt, daß die Aktien an die einzelnen Miterben ausgeteilt und in Namensaktien umgewandelt würden. Die Beklagte zu 1 habe auch nicht beabsichtigt, Auskunftsansprüche des Klägers zu vereiteln. Sie habe im Gegenteil, noch bevor sie die Aktien verteilt habe, angeordnet, daß die von dem Kläger verlangten Auskünfte jederzeit unbeschränkt erteilt werden sollten. Gleichfalls habe sie sich, bevor sie die Aktien verteilt habe, bei dem Notar L. [REDACTED] darüber vergewissert, daß die Verteilung der Aktien auch den Absichten und Wünschen des Erblassers entspreche.

Der Kläger hat erwidert, ein Anspruch auf Auskunft sei ihm durch rechtskräftiges Urteil zuerkannt worden. Die Aktien seien bereits Ende September 1954 verteilt worden. Die Auskunft sei dagegen erst am 6. November 1954 erteilt worden, nachdem das Vollstreckungsgericht eine Ordnungsstrafe von 500 000 DM angedroht gehabt habe.

Das Landgericht hat durch ein am 9. Februar 1955 verkündetes Urteil festgestellt, daß die Verteilung der Aktien oder Interimsscheine der Walter R. [REDACTED] Ne [REDACTED] Ölwerke AG durch die Beklagte zu 1 auf die Erben des verstorbenen Walter R. [REDACTED] rechtlich unwirksam ist, und die Beklagten verurteilt, die ihnen übertragenen Aktien oder Interimsscheine dieser Aktiengesellschaft an die ungeteilte Erbengemeinschaft als Inhaberin der Firma Walter R. [REDACTED] T. [REDACTED] Margarinewerke in H. [REDACTED] zurückzugewähren. Im übrigen hat es die Klage abgewiesen. Die Berufung der Beklagten ist durch das Urteil des Berufungsgerichts, gegen das sich die Revision der Beklagten richtet, zurückgewiesen worden. Die Beklagten erstreben mit ihrer Revision die Abweisung der Klage auch insoweit, als sie bisher nicht abgewiesen ist. Der Kläger bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist unbegründet.

Das Berufungsgericht hat es dahingestellt sein lassen, ob die Aktien nach dem Willen des Erblassers an die einzelnen Miterben zu verteilen oder ob sie an die für das Unternehmen in H. zu gründende Gesellschaft zu übertragen seien. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, daß die von der Beklagten zu 1 vorgenommene Verteilung der Aktien zu einer Zeit und in einer Weise vorgenommen sei, wie es dem in dem Testament zum Ausdruck gelangten Willen des Erblassers widerspreche; denn der Erblasser habe eine Teilauseinandersetzung über die Aktien vor Errichtung der von ihm gedachten Gesellschaft in H. nicht gewollt. Dadurch, daß die Beklagte zu 1 die Aktien verteilt habe, habe sie gegen das von dem Erblasser ausgesprochene Auseinandersetzungsverbot verstoßen. Zwar habe nicht schon dieser Verstoß die über die Aktien getroffenen Verfügungen, die aus anderen Gründen nichtig seien, unwirksam gemacht. Auch abgesehen von den vorhandenen Gründen für die Nichtigkeit der Übertragung könne die Beklagte zu 1 sich aber nicht darauf berufen, Eigentum an den Aktien erworben zu haben; denn sie habe sich den Miterben gegenüber durch die verbotswidrige Zuteilung der Aktien nach § 2219 BGB schadenersatzpflichtig gemacht. Sie habe schuldhaft gehandelt, da sie die rechtlichen Bedenken, die der Verteilung der Aktien entgegenstanden hätten, hätte erkennen müssen. Sie sei daher verpflichtet, die Aktien an die Miterbengemeinschaft zurückzugewähren. Ähnliches gelte für die Beklagte zu 2. Diese sei mit der Beklagten zu 1 eng verbunden gewesen, und sie sei an der Verteilung der Aktien in gleicher

Weise interessiert gewesen. Die Verfügung, die unmittelbar zugunsten der Beklagten zu 2 erfolgt sei, sei mittelbar auch eine solche zugunsten der Beklagten zu 1 gewesen, so daß auch jene zur Rückgewähr verpflichtet sei. Die von der Revision gegen das Urteil des Berufungsgerichts gerichteten Angriffe können keinen Erfolg haben. Die Revision kann der vom Berufungsgericht getroffenen Auslegung des Testaments über das darin ausgesprochene Verbot der Teilauseinandersetzung zu dem von der Beklagten zu 1 gewählten Zeitraum nicht entgegentreten.

Die Auslegung, die das Berufungsgericht dem Testament gegeben hat, kann im Revisionsrechtszug nur mit der Darlegung angegriffen werden, das Berufungsgericht habe gesetzliche Auslegungsregeln, Denkgesetze, allgemeine Sätze der Lebenserfahrung oder das Verfahrensrecht verletzt. In dieser Weise hat die Revision keine begründeten Rügen vorzutragen vermocht.

Das Berufungsgericht hat entgegen der Auffassung der Revision nicht dadurch gegen § 286 ZPO verstoßen, daß es den Notar L. nicht darüber als Zeugen vernommen hat, daß er der Beklagten zu 1 vor der Verteilung der Aktien auf Befragen erklärt habe, die Aufteilung der Aktien an die einzelnen Miterben entspreche mit Sicherheit den Vorstellungen des Erblassers. Das Berufungsgericht ist bei seiner Entscheidung nicht davon ausgegangen, daß die Aktien überhaupt nicht an die Miterben verteilt werden durften, sondern allein davon, daß eine solche Verteilung in dem von der Beklagten gewählten Zeitpunkt in der Weise, wie sie geschah, nach dem Willen des Erblassers nicht erfolgen durfte. Die Beklagte zu 1 hat nicht behauptet, daß sie sich auch

darüber mit dem Notar unterhalten habe. Ihre Behauptung ging allein dahin, der Notar habe die Ansicht vertreten, der Erblasser habe nicht gewollt, daß die Aktien ungeteilt an die für H. zu gründende Gesellschaft zu übertragen seien, sondern daß er ihre Aufteilung an die einzelnen Erben wollte. Über diesen Willen des Erblassers hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen. Es war dies für die Entscheidung auch unerheblich; denn es kam allein darauf an, daß der Erblasser in seiner letztwilligen Verfügung die Aufteilung der Aktien in dem von der Beklagten zu 1 gewählten Zeitpunkt verboten hatte.

Dasselbe gilt auch in bezug auf die von der Revision hervorgehobene gutachtliche Äußerung des Notars Dr. Ke., denn auch diese betrifft nur die allgemeine Verpflichtung des Testamentsvollstreckers, die Aktien an die Erben aufzuteilen.

Mit ihren weiteren Ausführungen unternimmt die Revision in Wirklichkeit allein den Versuch, die von dem Berufungsgericht vorgenommene Tatsachenwürdigung anzugreifen und durch eine andere zu ersetzen. Damit kann sie im Revisionsrechtszug, wie dargelegt, nicht gehört werden.

Nach der für das Revisionsgericht bindend getroffenen Feststellung des Berufungsgerichts kam es dem Erblasser wesentlich darauf an, daß die beiden Werke in Ne. und H. einheitlich geführt würden. Diese einheitliche Führung sah er, solange die Auseinandersetzung nicht erfolgt war, nicht gefährdet. Er sah sie durch die gesamthänderische Bindung der Miterben und auch dadurch, daß er die Beklagte zu 1 zur Testamentsvollstreckerin

eingesetzt hatte, gewährleistet. Für die Zeit nach der Auseinandersetzung wollte er die einheitliche Führung dadurch sicherstellen, daß der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft in Ne[REDACTED] zugleich Beirat der Gesellschaft für H[REDACTED] sein sollte. Wesentlich für eine zweckentsprechende Arbeit dieses gemeinsamen Organs war nach den Vorstellungen des Erblassers so, wie sie das Berufungsgericht ohne eine Rechtsverletzung ermittelt hat, der Umstand, daß der Kläger persönlich haftender Gesellschafter in H[REDACTED] werden sollte. Er sollte dadurch die Möglichkeit haben, den Beirat und Aufsichtsrat über die wirtschaftlichen Belange dieses Unternehmens zu unterrichten. Aus diesen Umständen hat das Berufungsgericht geschlossen, daß der Erblasser die gesamthänderische Bindung seines Geschäftsvermögens erst aufgehoben wissen wollte, wenn diese andere Beziehung zwischen den beiden Werken geschaffen war, wenn also die Gesellschaft für H[REDACTED] gegründet war. Bis dahin wollte der Erblasser die Auseinandersetzung über das Ne[REDACTED] Aktienvermögen ausgeschlossen haben.

Gegen diese Erwägungen des Berufungsgerichts kann die Revision nichts Durchgreifendes vorbringen. Durch eine Auseinandersetzung über die Aktien der Ne[REDACTED] AG wurde die bis dahin bestehende Bindung zwischen der Mutter- und der Tochtergesellschaft auf jeden Fall erheblich gelockert. Das Schicksal der Ne[REDACTED] AG lag damit allein in der Hand derjenigen, die die Aktienmehrheit besaßen, während der Kläger als Inhaber einer Minderheit der Aktien nur geringe Einflußmöglichkeiten hatte. Die Stellung des Klägers innerhalb der AG wäre bei einer Verteilung der Aktien nach der Gründung der Gesellschaft in H[REDACTED] an sich zwar keine andere gewesen. Dann wäre es dem Kläger aber auf Grund seiner Stellung in

dieser Gesellschaft und der dadurch über diesen Betrieb gewonnenen Kenntnisse möglich gewesen, über den Beirat und Aufsichtsrat einen stärkeren Einfluß auf das Unternehmen in Ne. auszuüben, als es ihm in seiner Eigenschaft als bloßer Besitzer einer Aktienminderheit möglich gewesen wäre. Seine Stimme hätte ein ganz anderes Gewicht erlangt. Darauf kam es aber dem Erblasser nach den das Revisionsgericht bindenden Feststellungen des Berufungsgerichts wesentlich an.

Es ist zuzugeben, daß eine Einheitlichkeit in der Geschäftsführung beider Unternehmen im Augenblick auch dadurch erzielt werden kann, daß die Beklagte zu 1 entweder die Mehrheit der Aktien an dem Unternehmen in Ne. allein besitzt oder doch zusammen mit der Beklagten zu 2, mit der sie einig geht. Darauf kommt es jedoch hier nicht an. So wie das Berufungsgericht den Willen des Erblassers aus dem Testament entnommen hat, soll die Einheitlichkeit der Führung beider Unternehmen gerade dadurch gewahrt werden, daß auch die persönlich haftenden Gesellschafter des Unternehmens in H. über den Beirat ihren Einfluß auf das Unternehmen in Ne. geltend machen können. Die damit verfolgten Zwecke hätten in Frage gestellt werden können, wenn die Ne. Aktien verteilt worden wären, bevor die Gesellschaft für H. gegründet war. Nach einer Verteilung hätten die beiden Beklagten ihre Aktien veräußern und Fremden den Eintritt in das Familienunternehmen ermöglichen können, ohne daß der Kläger die Möglichkeit gehabt hätte, über den Beirat und Aufsichtsrat sich dagegen zu wenden.

Das Berufungsgericht hat sich auf S. 17/18 des Urteils auch mit dem Umstand befaßt, daß der Sohn Hubertus des

Erblassers, der von ihm auch als persönlich haftender Gesellschafter für H. in Betracht gezogen war, bevor es zur Gründung dieser Gesellschaft kam, verstorben ist. Dieser Umstand hat dem Berufungsgericht aber keinen Anlaß gegeben, den Sachverhalt anders zu würdigen. Das war auch entgegen der Auffassung der Revision nicht zwingend geboten.

Das Berufungsgericht brauchte auch nicht zu prüfen, ob es, nachdem der von der Beklagten zu 1 aufgestellte Gesellschaftsvertrag für H. als für den Kläger nicht verbindlich erklärt worden ist, überhaupt noch zur Gründung einer solchen Gesellschaft kommen kann, ob die Gerichte befugt sind, auf die Klage des Klägers einen solchen Gesellschaftsvertrag von sich aus festzusetzen. Mindestens solange über die Klage des Parallelprozesses noch nicht rechtskräftig befunden ist, muß mit der Möglichkeit gerechnet werden, daß es, so wie es der Erblasser vorgesehen hat, zur Gründung einer Gesellschaft für die Führung des Unternehmens in H. kommt. Solange aber diese Möglichkeit besteht, dürfen nach dem Willen des Erblassers, so wie ihn das Berufungsgericht dem Testament entnommen hat, die Ne. Aktien nicht verteilt werden.

Das Berufungsgericht hat in den Gründen seiner Entscheidung ausgeführt, daß die von der Beklagten zu 1 mit der Verteilung der Aktien getroffenen Verfügungen nichtig seien und daß die Beklagten die Aktien nach § 985 BGB herauszugeben haben. Es kann dahingestellt bleiben, ob diese Rechtsansicht richtig ist. Beantragt war nicht nur die Verurteilung zur Herausgabe der Aktien oder Interimscheine, sondern zu ihrer Rückgewähr an die ungeteilte Erbengemeinschaft. Dahin hat auch das Landgericht erkannt.

Zurückzugewähren bedeutet aber, daß die Beklagten der Erbgemeinschaft in bezug auf die Aktien diejenige Rechtsstellung wieder verschaffen sollen, die diese vor der von der Beklagten zu 1 vorgenommenen Verteilung hatte.

Der dahingehende Antrag des Klägers, der ihm durch das angefochtene Urteil zugesprochen ist, ist schon nach § 812 BGB, auf den auch die Klage schon von vornherein gestützt war, begründet.

Rechtsgrund für den Besitz- oder Rechtserwerb der Beklagten ist allein die von der Beklagten zu 1 vorgenommene Verteilung. Die Beklagte zu 1 hat damit eine Auseinandersetzung vorgenommen. Sie hat über die Art der Verteilung für sich selbst einen Auseinandersetzungsplan aufgestellt und diesen mit der Verteilung sofort vollzogen. Dieser bereits vollzogene Auseinandersetzungsplan war aber nach den vom Berufungsgericht getroffenen tatsächlichen Feststellungen rechtsunwirksam; denn die Beklagte zu 1 durfte die Aktien nach der letztwilligen Verfügung des Erblassers zu dem von ihr gewählten Zeitpunkt nicht verteilen. Sie hat durch den Vollzug des unwirksamen Auseinandersetzungsplans als Testamentsvollstreckerin dem vom Berufungsgericht festgestellten Willen des Erblassers zuwidergehandelt. Aufgabe der Beklagten zu 1 als Testamentsvollstreckerin war es nach § 2204 BGB allerdings, die Auseinandersetzung unter den Miterben zu bewirken. Sie hatte sich dabei aber nach den vom Erblasser getroffenen Anordnungen zu richten. Da sie das nicht getan hat und eine Verteilung schon zu einer Zeit vornahm, als diese nach dem Willen des Erblassers noch ausgeschlossen sein sollte, ist der von ihr aufgestellte Auseinandersetzungsplan unverbindlich. Die Beklagten haben die ihnen

auf Grund dieser Verteilung übertragenen Rechte ohne Rechtsgrund auf Kosten der Erbengemeinschaft empfangen. Sie sind mit Recht verurteilt worden, diese an die Erbengemeinschaft rückzugewähren. Den dahingehenden, der Erbengemeinschaft zustehenden Anspruch kann der Kläger nach § 2039 BGB als Miterbe geltend machen (Planck-Flad 4. Aufl § 2204 Anm 7; Staudinger-Dittmann 10.-11. Aufl § 2204 Anm 22).

Da der Anspruch schon nach § 812 BGB begründet ist, braucht auf die weiteren Ausführungen der Revision, die sich mit der dinglichen Wirkksamkeit der von der Beklagten zu 1 getroffenen Verfügungen, mit der Feststellung des Berufungsgerichts, daß die Beklagte zu 1 sich in einem Interessenwiderstreit befunden habe und daß beide Beklagten ein Verschulden treffe, nicht eingegangen zu werden.

Der Tenor des durch das angefochtene Urteil bestätigten Urteils des Landgerichts ist allerdings insofern missverständlich, als er allein nicht erkennen läßt, ob die Beklagte zu 1 auch verurteilt ist, die der Beklagten zu 2 übertragenen Rechte zurückzugewähren und umgekehrt. Da die Urteilsgründe keinen durchgreifenden Rechtsgrund dafür angeben, aus dem die Beklagte zu 2 verpflichtet sein könnte, die der Beklagten zu 1 übertragenen Rechte zurückzugewähren, kann der Tenor ebenso wie der Antrag des Klägers, auf dem er beruht, nur dahin verstanden werden, daß die Beklagten zu 1 und 2 nur verurteilt worden sind, diejenigen Rechte an die Erbengemeinschaft zurückzugewähren, die sie selbst durch die Verteilung empfangen haben.

Durch das angefochtene Urteil ist ferner festgestellt worden, daß die von der Beklagten zu 1 vorge-

nommene Verteilung der Ne[REDACTED] Aktien rechtsunwirksam ist. Gegen diese Feststellung bestehen keine rechtlichen Bedenken.

Sie ist rechtlich zulässig; denn der Kläger hat ein rechtliches Interesse daran, daß diese Feststellung alsbald getroffen wird. Die Beklagte zu 1 hat auch ihm einen Teil der Aktien zugeteilt. Sie vertritt den Standpunkt, daß diese Zuteilung rechtswirksam sei und daß der Kläger sie gegen sich gelten lassen müsse. Diese Behauptung der Beklagten zu 1, die auch von der Beklagten zu 2 unterstützt wird, rechtfertigt das Feststellungsinteresse des Klägers für den von ihm geltend gemachten Feststellungsanspruch. Sein Feststellungsinteresse wird nicht dadurch ausgeräumt, daß er außerdem beantragt hat, die Beklagten zu 1 und 2 zu verurteilen, die ihnen zugeteilten Aktien an die Erbengemeinschaft zurückzugewähren.

Da die Beklagte zu 1, wie oben dargelegt, nicht berechtigt war, zu dem von ihr gewählten Zeitpunkt die Ne[REDACTED] Aktien zu verteilen, ist dem Feststellungsanspruch des Klägers mit Recht entsprochen worden.

Da die gegen die Sachentscheidung gerichteten Angriffe der Revision unbegründet sind, mußte diese insoweit zurückgewiesen werden. Die Kostenentscheidung war jedoch zu ändern, da, wie dargelegt, die beiden Beklagten an dem Rechtsstreit unterschiedlich beteiligt sind. Ihre Beteiligung steht im Verhältnis von 4/5 zu 1/5. Dem entspricht nach §§ 97, 100 Abs 2 ZPO die Entscheidung über die Kosten des Berufungs- und Revisionsrechtszuges und über das Verhältnis, in dem die Beklagten die ihnen zur Last fallenden Kosten des ersten

Rechtszuges zu tragen haben. Die Frage, ob im Verhältnis der Beklagten zueinander von der Vorschrift des § 100 Abs 2 ZPO Gebrauch gemacht werden soll, unterliegt allerdings dem Ermessen des Gerichts (RG Recht 1931, 838). Dieses Ermessen kann grundsätzlich nicht vom Revisionsgericht nachgeprüft werden (Warn 1926 Nr 47). In dem vorliegenden Fall haben aber die Vorinstanzen die Frage, ob sie von ihrem Ermessen Gebrauch machen sollen, erkennbar gar nicht geprüft. Das Revisionsgericht ist daher in der Lage, die Kostenentscheidung insoweit zu überprüfen und sein Ermessen an Stelle desjenigen der Vorinstanzen walten zu lassen.

Mit Rücksicht auf die von dem Senat vorgenommene neue Festsetzung des Streitwerts mußte die Kostenentscheidung des Landgerichts dem insoweit angepaßt werden, als es dem Kläger 1/3 der Kosten des ersten Rechtszugs auferlegt hatte. Es war nach § 92 ZPO angemessen, ihm nur 1/7 dieser Kosten aufzuerlegen.

Schmidt

Ascher

Johannsen

Wüstenberg

Wilden