

47

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 10/64

## URTEIL

Verkündet am  
28. Juni 1965  
Scheibl, Justiz-  
obersekretär

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

des Rentners Max S [REDACTED], D [REDACTED],  
S [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägers, Widerbeklagten und Revisionsklägers,  
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Kauffrau Anna S [REDACTED], geb. G [REDACTED],  
D [REDACTED], F [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte, Widerklägerin und Revisionsbeklagte,  
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Juni 1965 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm sowie der Bundesrichter Dr. Kreft, Dr. Hußla, Gähtgens und Keßler

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 4. Dezember 1963, soweit es zum Nachteil des Klägers erkannt hat, sowie im Kostenpunkt aufgehoben.

Auf die Berufung des Klägers wird das Teil-Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts in Düsseldorf vom 25. Oktober 1962, soweit es den Klageanspruch zu 1) abgewiesen hat, dahin geändert:

"Es wird festgestellt, daß das früher unter der Firma Mathias S. [REDACTED] betriebene Handelsunternehmen noch zum ungeteilten Nachlaß des verstorbenen Speditionskaufmanns Mathias S. [REDACTED] gehört".

Zur Entscheidung über die Berufung hinsichtlich der Klageanträge zu 2) und 3) sowie über die Kosten des Revisionsrechtszuges wird die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:  
-----

Am 4. August 1959 verstarb in Düsseldorf der Speditionsunternehmer Mathias S. [REDACTED]. Er hinterließ Barver-

- 3 -

mögen, Grundstücke sowie ein Speditionsunternehmen, das unter seinem Namen als Firma im Handelsregister (HRA 16 553) eingetragen und mit drei Fernverkehrskonzessionen betrieben worden war, und wurde beerbt von seiner Witwe (der Beklagten) zu 3/4, von seinen Brüdern Max (dem Kläger) und Rudolf zu je 1/12 sowie den beiden Kindern eines vorverstorbenen Bruders, Hubert S. [REDACTED] und Marianne H. [REDACTED], zu je 1/24. Die Beklagte, die seit Jahren im Geschäft tätig war und seit 1957 Einzelprokura hatte, führte das Geschäft weiter und bemühte sich um eine Auseinandersetzung mit den übrigen Erben. Ende Oktober 1959 suchte sie die Miterben auf und legte ihnen eine von ihr entworfene sogenannte "außergerichtliche Vereinbarung" vor, in der es heißt:

- "I. Unabhängig von der endgültigen Teilung des Nachlasses des verstorbenen Mathias S. [REDACTED] werden von dem vorhandenen Barguthaben des Nachlasses zunächst ein Betrag von 120.000,-- (in Worten: -einhundertzwanzigtausend-) nach Maßgabe des Erbscheines verteilt.
- Mit der sofortigen Durchführung dieser Teilung wird Frau Anna S. [REDACTED] beauftragt.
- II. Frau Anna S. [REDACTED] verpflichtet sich, innerhalb einer Woche jedem Erben eine Nachlassaufstellung zu überreichen.
- III. Sämtliche Erben sind damit einverstanden, daß die Konzession zur Fortführung der Firma Mathias S. [REDACTED] (eingetragen im Handelsregister unter HRA 16 553) allein an die Haupterin Frau Anna S. [REDACTED], geb. G. [REDACTED], erteilt wird, die diese Firma allein weiterführen soll.



IV. Die weitere Nachlassenteilung soll möglichst außergerichtlich durchgeführt werden. Nach Erhalt der Nachlassaufstellung kann jeder Erbe Teilungsvorschläge machen, die an Frau Anna S. [REDACTED] zu übersenden sind....."

Hubert S. [REDACTED] und Marianne H. [REDACTED] unterzeichneten am 25. Oktober 1959, Rudolf S. [REDACTED] und der Kläger, der sich Bedenkzeit ausbeeten und das Schriftstück einige Tage bei sich bewahrt hatte, am 30. Oktober 1959. Nach der Unterzeichnung ließ die Beklagte die Urkunde bei dem Kläger abholen.

Am 28. Oktober 1959 hatten alle Miterben, auch der Kläger, bei dem Regierungspräsidium, Abteilung Güterfernverkehr, eine schriftliche Erklärung nachstehenden Wortlauts abgegeben:

"Als Miterbe nach dem am 4. August 1959 verstorbenen Unternehmer Mathias S. [REDACTED] bin ich im Zuge der Erbauseinandersetzung mit der Fortführung des Betriebes und der Übernahme desselben durch die Ehefrau des Verstorbenen, die Witwe Anny S. [REDACTED], geb. G. [REDACTED], in D. [REDACTED], einverstanden, weil sie über die notwendige Sachkunde verfügt.

Ich beantrage daher, Frau S. [REDACTED] die erforderliche Genehmigung zu erteilen. Gleichzeitig bevollmächtige ich Frau Anny S. [REDACTED] zur Stellung etwaiger weiterer in diesem Rahmen notwendigen Anträge."

Die Beklagte erhielt darauf die Fernverkehrskonzessionen. Sie zahlte ihren Miterben deren Erbanteil an dem Barguthaben von 120.000,-- DM aus. In der Folgezeit

kam es zwischen den Parteien zu Meinungsverschiedenheiten darüber, ob die "außergerichtliche Vereinbarung" sich nur auf die Übertragung der Konzessionen (so der Kläger) oder auch auf die der Inhaberschaft an dem Speditionsunternehmen (so die Beklagte) bezogen habe. Während die übrigen Miterben am 5. Dezember 1959 zum Handelsregister anmeldeten, daß die Beklagte Inhaberin des Unternehmens sei, verweigerte der Kläger seine Mitwirkung. In dem anschließenden Schriftwechsel der Anwälte begründete der Kläger seine Weigerung u.a. damit, daß die Beklagte nicht bereit sei, ihn entsprechend dem Ertragswert des Unternehmens abzufinden.

Die Beklagte, die inzwischen mit den Miterben Rudolf und Hubert S. sowie Marianne H. zu einer weiteren Einigung gelangt war, meldete am 11. Februar 1960 zum Handelsregister das Erlöschen der Firma Mathias S. sowie die Eintragung eines Speditionsgeschäfts unter der Firma Anna S. (HRA 18 527) an, das sie zeitweilig zusammen mit ihrem Bruder als offene Handelsgesellschaft führte. Dem Kläger, der die Mitwirkung bei der Anmeldung verweigerte, wurde vom Registergericht gemäß § 127 FGG eine Frist gesetzt, das streitige Rechtsverhältnis hinsichtlich des Unternehmens im Wege der Klage zu klären.

Der Kläger hat daher die vorliegende Klage erhoben, mit der er vorgetragen hat: Bei den Verhandlungen Ende Oktober 1959 sei stets nur von der Übertragung der Konzessionen auf die Beklagte die Rede gewesen. Er sei nicht bereit gewesen - und habe dies auch wiederholt ausgesprochen -, das sehr gewinnbringende Unternehmen auf die Beklagte zur Alleininhaberschaft zu übertragen. Mit der Verteilung des Barguthabens allein habe die

Beklagte ihre Miterben nicht abfinden können. Das jetzt unter der Firma Anna S. [REDACTED] betriebene Unternehmen sei in Wirklichkeit das Nachlaßunternehmen. Denn die Beklagte habe alle zum Betriebsvermögen der Nachlaßfirma gehörenden Gegenstände in ihr Unternehmen übernommen und das Geschäft vom gleichen Standort aus mit den Kraftfahrzeugen des Nachlasses, den alten Angestellten und den alten Kunden weitergeführt.

Der Kläger hat beantragt,

- 1.) festzustellen, daß die im Handelsregister des Amtsgerichts Düsseldorf unter HRA 16 553 eingetragene Speditionsfirma Mathias S. [REDACTED] nicht erloschen sei, sondern zum ungeteilten Nachlaß des am 4.8.1959 in Düsseldorf verstorbenen Speditionskaufmanns Mathias S. [REDACTED] gehöre,
- 2.) festzustellen, daß die von der Beklagten unter der Firma Anna S. [REDACTED] fortgeführte Nachlaßfirma Mathias S. [REDACTED] für Rechnung der Erben des am 4.8.1959 verstorbenen Speditionskaufmanns Mathias S. [REDACTED], hilfsweise für Rechnung des Klägers (1/12) und der Beklagten (11/12), fortgeführt werde,
- 3.) die Beklagte zu verurteilen, ihm - hilfsweise den Erben des am 4.8.1959 verstorbenen Speditionskaufmanns Mathias S. [REDACTED] - Auskunft über die seit dem 30. Oktober 1959 bis zum 31.12.1961 aus der Firma Mathias S. [REDACTED] und Anna Siemons gezogenen Nutzungen unter Vorlage der Bilanzen zum 31.12.1959, zum 31.12.1960 und zum 31.12.1961 zu erteilen.

Hilfsweise hat der Kläger für den Fall, daß entgegen seiner Auffassung die Beklagte am 30. Oktober 1959 Alleininhaberin des Nachlassunternehmens geworden sein sollte, ein Zwölftel des Geschäftswerts mit 22.500,-- DM gefordert und die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung dieses Betrages nebst 4 % Prozeßzinsen erbeten.

Die Beklagte hat um Abweisung der Klage gebeten und erwidert: Die "außergerichtliche Vereinbarung" habe nicht nur die Voraussetzungen für die Umschreibung der Konzessionen auf sie schaffen sollen, sondern habe den allen Beteiligten bekannten Sinn gehabt, ihr als Haupterbin das Speditionsunternehmen zur alleinigen Inhaberschaft zu übertragen. Nur deshalb habe sie den Miterben ihre Anteile an dem Barguthaben auszahlen können; andernfalls hätte das Geld weiter im Geschäft arbeiten müssen. Sie habe nie daran gedacht und es sei nie davon die Rede gewesen, daß sie das Unternehmen für die Erbengemeinschaft führen solle. Zur Abmeldung der alten Firma sei sie durch die Weigerung des Klägers, die Umschreibung der Firma auf sie als Inhaberin zu bewilligen, gezwungen worden. Das jetzt von ihr betriebene Unternehmen sei nicht das Nachlaßunternehmen; sie habe es mit neuem Kapital und anderem Personal gegründet.

Ferner hat die Beklagte vorgetragen, durch die unberechtigte Weigerung des Klägers, bei der Umschreibung der alten Firma auf sie mitzuwirken, seien ihr Gerichts-, Anwalts- und sonstige Kosten im Gesamtbetrag von 846,12 DM entstanden, die der Kläger ihr im Wege des Schadensersatzes wegen Vertragsverletzung ersetzen müsse. Sie hat Widerklage erhoben mit dem Antrage, den Kläger zur Zahlung von 846,12 DM nebst 4 % Zinsen seit Rechtshängigkeit zu verurteilen.

Der Kläger hat gebeten, die Widerklage abzuweisen.

Das Landgericht hat durch Teilurteil die Klageanträge zu 1 - 3 sowie die Widerklage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die hiergegen gerichteten Rechtsmittel beider Parteien zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Kläger die Klageanträge zu 1 - 3 weiter. Die Beklagte, die sich der Revision nicht angeschlossen hat, bittet das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat die sogenannte "außergerichtliche Vereinbarung" vom 25./30. Oktober 1959 angesehen als die teilweise Auseinandersetzung unter den Miterben über einen Teil des vorhandenen Barguthabens (Ziff. I) sowie über das zum Nachlaß gehörende Handelsgeschäft mit dem Ziel, dieses mit sofortiger Wirkung auf die Beklagte als alleinige Inhaberin zu übertragen (Ziff. III). Die Frage der Gegenleistung für die Übernahme des Handelsunternehmens sei dabei offengeblieben, jedoch habe die Wirkung der Übertragung nicht bis zur Festsetzung einer Gegenleistung hinausgeschoben werden sollen; denn die Umschreibung der Konzessionen und damit die Klarstellung der Inhaberschaft habe gedrängt. Deshalb sei es der Sinn der "außergerichtlichen Vereinbarung" gewesen, der Beklagten sofort das Handelsunternehmen zu übertragen, das damit aus dem Nachlaß ausgeschieden sei. Die Frage der Gegen-

leistung sei einer weiteren Auseinandersetzung überlassen worden und habe ihr in rechtlich zulässiger Weise auch überlassen werden können.

Diese Auslegung folge eindeutig und unmißverständlich aus den Schlußworten der Ziffer III, wonach die Beklagte die Firma allein weiterführen solle. Davon, daß dies für die Erbengemeinschaft geschehe, sei nicht die Rede gewesen. Die Umstände, daß die Beklagte jahrelang im Geschäft gearbeitet habe, als einzige mit dem Unternehmen vertraut gewesen und ohnehin Erbin zu 3/4 sei, machten vielmehr eindeutig und klar, daß das Unternehmen unter Ausschluß der übrigen Miterben auf die Beklagte allein übertragen worden sei. Ein etwaiger anderer Wille des Klägers, der in seiner Erklärung nicht zum Ausdruck gekommen sei, vermöge an diesem Erklärungswert nichts zu ändern.

Möglicherweise hätten die Beteiligten sich verschiedene Gedanken über die Gegenleistung und die weitere Auseinandersetzung gemacht. Darin aber liege kein offener oder versteckter Willensmangel. Was die Beklagte mit den Schlußworten der Ziffer III sagen wollte, sei objektiv schon nach Zusammenhang und Umständen klar gewesen. Spätestens mit der ihm zur Unterschrift vorgelegten Erklärung an den Regierungspräsidenten vom 28. Oktober 1959 habe der Kläger erfahren, daß nach dem Willen der Beklagten das Geschäft sofort - ohne vorherige Einigung über die Gegenleistung und vor abschließender Auseinandersetzung - auf sie übergehen solle. Selbst wenn - was unterstellt werden könne - der Beamte des Regierungspräsidiums auf die Frage des Klägers geantwortet haben sollte, es gehe nur um die Konzession, habe der Kläger aus dem Wortlaut der Erklärung erkennen müssen, daß die Beklagte das

Geschäft übernehmen sollte und wollte. Er sei nicht über-  
rumpelt worden und habe nicht unbesehen unterschrieben,  
sondern habe die außergerichtliche Vereinbarung mehrere  
Tage bei sich zu Hause gehabt und erst nach Aussprache  
mit seinem Bruder Rudolf am 30. Oktober 1959 unterschrieben.  
Die Beklagte habe annehmen müssen, daß der Kläger mit der  
Vereinbarung, so wie sie gemeint war, einverstanden sei.

Wenn - was unterstellt werden könne - der Kläger vor,  
während und nach der Unterzeichnung geäußert habe, er  
wolle nur der Übertragung der Konzession auf die Beklagte  
zustimmen, so erweise das nur, daß er geschwankt habe,  
ob er unterschreiben sollte. Er habe dann aber doch unter-  
schrieben. Ein etwaiger Vorbehalt sei der Beklagten nicht  
bekannt und nicht erkennbar gewesen. Sie habe vielmehr,  
nachdem der Kläger auch die Erklärung vom 28. Oktober an  
den Regierungspräsidenten abgegeben hatte, davon aus-  
gehen müssen, daß der Kläger der "außergerichtlichen  
Vereinbarung" im Sinne ihrer eigenen Vorstellung zustimme.  
Im übrigen sei der Kläger zunächst auch mit der Über-  
tragung des Geschäfts auf die Beklagte einverstanden  
gewesen. Erst als sich gezeigt habe, daß die Beklagte  
ihn und die übrigen Erben allein mit ihren Anteilen an  
dem Barguthaben von 120.000,-- DM habe abfinden wollen, habe  
er - wie sich aus den Schreiben seiner Anwälte vom  
8. und 12. März 1960 in den Handelsregister-Akten  
ergebe - seine Erklärung bereut und seine Zustimmung zur  
Änderung des Handelsregisters verweigert.

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme hätten die  
übrigen Miterben mit der Beklagten darüber übereinge-  
stimmt, daß das Geschäft sofort auf die Beklagte über-  
gehen sollte, wobei die Zeugen offenbar einen Unterschied  
zwischen Konzession und Geschäft nicht gemacht hätten.

Der Kläger könne seine Erklärung vom 30. Oktober 1959 nicht anfechten, weil er weder über deren Inhalt geirrt habe, noch von der Beklagten arglistig getäuscht worden sei. Er habe nur von der Gegenleistung eine andere Vorstellung gehabt als die Beklagte.

Hiernach seien die Feststellungsanträge zu 1) und 2) unbegründet; auch dem Anspruch auf Auskunft zu 3) könne nicht entsprochen werden, weil das Unternehmen im Wege einer gültigen teilweisen Auseinandersetzung auf die Beklagte allein übertragen worden und damit aus dem Nachlaß ausgeschieden sei.

Auch die Widerklage sei unbegründet. Allerdings sei der Kläger verpflichtet gewesen, bei der Anmeldung der Alleininhaberschaft der Beklagten zum Handelsregister mitzuwirken. Aus der Verweigerung der Mitwirkung dürfe die Beklagte jedoch nichts herleiten, weil sie durch ihr eigenes Verhalten veranlaßt worden sei. Die Beklagte habe den Kläger nicht mit der Verteilung des im Nachlaß befindlichen Guthabens abfinden können, sondern nur mit dem Anteil am Geschäftswert. Weil sie dies verweigerte, habe der Kläger die Mitwirkung bei der Änderung des Handelsregisters abgelehnt. Da das Verhalten des Klägers hiernach durch das vertragsuntreue Verhalten der Beklagten veranlaßt worden sei, könne diese Schadensersatz nicht beanspruchen.

## II.

1.) Da der Nachlaß - wie tatbestandlich feststeht - aus drei Vermögensgruppen, dem Barvermögen, Grundbesitz und dem unter der Firma Mathias S. [REDACTED] geführten Handelsgewerbe, bestand, wäre eine Auseinandersetzung, die sich nur auf das Barvermögen und das Unternehmen bezog, die Gemeinschaft im übrigen aber nicht berührte, eine Teil-

auseinandersetzung unter den Miterben. Eine solche ist im allseitigen Einverständnis und unter Mitwirkung aller Erben zulässig (BGB - RGRK 11. Auflage zu § 2042 Anm. 18), sie wird auch gegen den Willen eines Miterben für zulässig gehalten, wenn besondere Gründe vorliegen und die Belange der Erbengemeinschaft nicht beeinträchtigt werden (Lindenmaier-Möhring zu BGB § 2042 Nr. 4). Derartige besondere Gründe könnten in der Notwendigkeit, binnen drei Monaten nach dem Erbfall Klarheit wegen der Konzession zu schaffen (§ 19 GÜKG), gesehen werden, selbst wenn - wie die Revision vorträgt - die Konzession auch auf einen Miterben, etwa die Klägerin, hätte beschränkt werden können, ohne daß deshalb die Auseinandersetzung zwingend geboten gewesen wäre. Die hiernach zulässige Teilauseinandersetzung hinsichtlich des Barvermögens ist nicht Gegenstand des Rechtsstreits. Soweit das Berufungsgericht die Auseinandersetzung hinsichtlich des Handelsgewerbes behandelt, kann ihm dahin zugestimmt werden, daß zur rechtlichen Wirksamkeit eine Einigung der Miterben darüber, wieviel die Beklagte für das Geschäft in den Nachlaß oder an die Miterben zahlen sollte, nicht notwendig vorausgesetzt wird; vielmehr konnte die Einigung über die Gegenleistung der Beklagten - wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat - der künftigen abschliessenden Auseinandersetzung überlassen bleiben. Einer Erörterung der Rechtsnatur eines solchen Rechtsgeschäfts (vgl. hierzu LM zu BGB § 326 A Nr. 2) bedarf es in diesem Zusammenhang nicht.

2.) Jedoch ist zweifelhaft, was das Berufungsgericht - wenn es davon spricht, daß Ziffer III der "außergerichtlichen Vereinbarung" die Teil-Auseinandersetzung über das Unternehmen bedeutet habe - unter einer

Auseinandersetzung versteht. Das Berufungsurteil spricht zunächst von einem "Vertrag über die sofortige Übertragung" (Berufungsurteil Bl. 19), mit dem die Beklagte die sofortige Übernahme des Geschäfts "anstrebte" (Berufungsurteil Bl. 18), und von einer bindenden Vereinbarung (Berufungsurteil Bl. 17) mit dem "Ziel" (Berufungsurteil Bl. 15), daß das Unternehmen ohne vorherige Einigung über die Gegenleistung mit sofortiger Wirkung übertragen werden "sollte" (Berufungsurteil Bl. 18) und die Beklagte es übernehmen "sollte" (Berufungsurteil Bl. 16). Diese Stellen des Berufungsurteils deuten in die Richtung, daß das Berufungsgericht die "außergerichtliche Vereinbarung" als Auseinandersetzungsvertrag angesehen hat, in dem die Beteiligten sich verpflichteten, zu dem vereinbarten Ziel, eben der Übertragung des Unternehmens auf die Beklagte, mitzuwirken. Jedoch lassen weitere Stellen des Urteils, insbesondere die rechtliche Schlußfolgerung des Berufungsgerichts erkennen, daß dieses der "außergerichtlichen Vereinbarung" weiteren Inhalt und weitere Wirkung beigemessen hat. So heißt es, die Erklärung habe den nicht mißzuverstehenden Inhalt gehabt, daß der Betrieb "jetzt" auf die Beklagte unter Ausschluß der übrigen Beteiligten "ganz übertragen wird" (Berufungsurteil Bl. 16), die Vertragsschließenden hätten übereingestimmt, daß das Unternehmen "sofort mit Abschluß der Vereinbarung" (Berufungsurteil Bl. 20) auf die Beklagte übertragen werde, das habe die "Übertragung des zum Nachlaß gehörenden Handelsgeschäfts auf die Beklagte" (Berufungsurteil Bl. 22), den "sofortigen Übergang des Geschäfts" (Berufungsurteil Bl. 23) bedeutet. Damit sei - so hat das Berufungsgericht gefolgert - das Unternehmen im

Wege der teilweisen Erbauseinandersetzung auf die Beklagte allein übergegangen und aus dem Nachlaß ausgeschieden (Berufungsurteil Bl. 24), und zwar "mit dem gleichen Akt" der Vereinbarung (Berufungsurteil Bl. 24).

Diese Auffassung ist nicht haltbar; denn der Auseinandersetzungsvertrag wirkt zunächst nur verpflichtend, erst die ihn vollziehende Teilung überführt mit dinglicher Wirkung das Gesamthandrecht in eine Alleinberechtigung und diese dingliche Teilung muß nach den Übertragungsvorschriften vor sich gehen, die für das fragliche Recht gelten (Erman BGB 3. Auflage zu § 2042 Anmerkung 3). Durch die bloße Vereinbarung, das Handelsunternehmen solle mit sofortiger Wirkung auf die Beklagte allein übergehen, konnte dieser Rechtsübergang nicht dinglich bewirkt werden. Das Handelsgeschäft als wirkende Einheit besteht aus einer Vielzahl von Bestandteilen, ein Speditionsunternehmen wenigstens aus der Firma nebst dem in ihr verkörperten Wert, dem Fuhrpark, dem Inventar, Rechten und Verpflichtungen, sowie den Guthaben, Außenständen, Verbindlichkeiten und Beziehungen. Die Verpflichtung zur Übertragung eines Handelsunternehmens kann durch einen - in der Regel formfreien - Rechtsakt begründet, das Unternehmen kann im Ganzen verkauft oder verpachtet werden. Dagegen ist eine Übereignung mit dinglicher Wirkung nicht durch einen lediglich auf das Unternehmen bezüglichen Akt möglich, sondern nur durch die Übertragung der einzelnen, zum Unternehmen gehörenden Gegenstände nach den für sie maßgebenden Vorschriften, also durch Übereignung beweglicher Sachen nach Maßgabe der §§ 929 ff BGB, durch Auflassung und Eintragung bei Grundstücken, durch Abtretung bei Forderungen (Geßler-Hefermehl HGB 4. Auflage zu § 22 Anm. 3 und 6; Baumbach-

Duden HGB 16. Auflage Einführung Anmerkung 6 C). Selbst wenn diese einzelnen Rechtsgeschäfte - soweit sie formfrei sind - auch stillschweigend vorgenommen werden können und die Beklagte - worauf die Revision hinweist - als Prokuristin (§ 52 Abs. 3 HGB) die tatsächliche Verfügung im Geschäft ausübte, kann hier von einer stillschweigenden dinglichen Verfügung der Miterben nicht die Rede sein; denn die Beweisaufnahme läßt eindeutig erkennen - das liegt auch dem Berufungsurteil zugrunde -, daß die übrigen Miterben von dem Geschäft, seinen Umständen und Verhältnissen, kaum eine klare Vorstellung hatten. Im übrigen ermächtigte die Prokura die Beklagte nicht, das Handelsunternehmen im Ganzen zu veräußern (§ 49 HGB). Die Ansicht des Berufungsgerichts, mit der "außergerichtlichen Vereinbarung" sei das Unternehmen auf die Beklagte übergegangen und aus dem Nachlaß ausgeschieden, läßt sich daher nicht halten. Andere Rechtshandlungen, die den Rechtsübergang bewirkt haben könnten, sind nicht festgestellt. Der Umstand, daß die Beklagte seit dem Februar 1960 das Unternehmen unter ihrem Namen als Firma betrieb, ist rechtlich belanglos; denn die Eintragungen im Handelsregister haben nicht rechtsbegründende Wirkung (§ 15 HGB).

### III.

Wenn hiernach auch die rechtliche Folgerung, die das Berufungsgericht an seine Auslegung der "außergerichtlichen Vereinbarung" knüpft, nicht haltbar ist, bleibt diese Auslegung als tatsächliche Feststellung - wenigstens im Wege der Indeutung (§ 140 BGB) - für die Entscheidung wesentlich. Die Auslegung von Ziffer III der Vereinbarung geht dahin, daß das Geschäft ohne vorherige

Einigung über die Gegenleistung oder eine endgültige Auseinandersetzung über den Nachlaß, also mit sofortiger Wirkung übertragen werden sollte. Jedoch sollten die übrigen Erben mit der Verteilung des im Nachlaß befindlichen Bargelds (Ziffer I) nicht abgefunden sein, sie sollten vielmehr Anspruch auf den ihrem Erbrecht entsprechenden Anteil am Geschäftswert behalten. An diese tatsächliche Feststellung des Gewollten und Vereinbarten ist das Revisionsgericht gebunden, es sei denn, daß in Bezug auf die Feststellung ein zulässiger und begründeter Revisionsangriff erhoben ist (§ 561 ZPO). Das ist nicht der Fall.

1.) Die Revision verfißt ihre Auffassung, der Kläger habe lediglich der Übertragung der Konzession, nicht des Handelsgeschäfts, auf die Beklagte zustimmen wollen und zugestimmt, mit nachstehenden Rügen:

a) Die Revision hält es wenigstens für mißverständlich, wenn das Berufungsurteil davon spricht, daß die Beklagte an die Erben "gemäß den Erbanteilen" (Berufungsurteil Bl. 3) oder "anteilig" (Berufungsurteil Bl. 20) den Barbetrag von 120.000,-- DM ausgezahlt habe; denn tatsächlich habe die Beklagte an ihre Miterben nur 30.000,-- DM verteilt, 90.000,-- DM aber als eigenen Erbanteil behalten.

Dieser Vortrag ist unerheblich, im übrigen ist die Besorgnis der Revision unbegründet, denn die angeführten Stellen des Berufungsurteils - namentlich in Verbindung mit Ziffer I der "außergerichtlichen Vereinbarung", wonach das Barguthaben "nach Maßgabe des Erbscheins verteilt werden" sollte, - lassen keinen Zweifel daran, daß die Beklagte als Haupterbin an dem Barguthaben teilhaben sollte. Es ist nicht ersichtlich, daß das Berufungsgericht dies anders verstanden hätte.

b) Das Berufungsgericht habe - so meint die Revision weiter - die Urkunden übersehen, worin die Miterben Marianne H. und Hubert S. sich erst nach Zahlung weiterer je 2.500,-- DM für befriedigt erklärt hätten; diese von der Beklagten entworfenen Urkunden ließen erkennen, daß auch die Beklagte davon ausgegangen sei, nicht schon durch die "außergerichtliche Vereinbarung", sondern erst durch weitere Zahlungen werde sie den Nachlaß erwerben.

Dieser Vortrag ist gegenüber dem festgestellten Inhalt der Verpflichtung unerheblich; denn das Berufungsgericht hat festgestellt, daß die Miterben den Anspruch auf entsprechenden Anteil am Geschäftswert behalten sollten.

c) Die Revision rügt weiter: Die Ansicht des Berufungsgerichts, spätestens am 28. Oktober 1959 auf dem Regierungspräsidium habe der Kläger erfahren, wie die Beklagte die "außergerichtliche Vereinbarung" verstanden wissen wolle, lasse außer Betracht, daß der Kläger sich auf die, vom Berufungsgericht unterstellte Bemerkung des Beamten, die Erklärung vom 28. Oktober 1959 beziehe sich nur auf die Konzession, habe verlassen dürfen. Daß er die Vereinbarung nicht - wie die anderen Miterben - am 25. Oktober, sondern erst am 30. Oktober, also nach der Belchrung durch den Beamten, unterschrieben habe, könne nach allgemeinen Erfahrungssätzen seinen Grund nur darin haben, daß er hinsichtlich der außergerichtlichen Vereinbarung durch die Bemerkung des Beamten beruhigt worden sei.

Demgegenüber weist die Beklagte zutreffend darauf hin, daß jeder Mensch erfahrungsgemäß seine Willensentschlüsse nach verschiedenen, ihm besonders eigenen

Gesichtspunkten faßt und insoweit für die Anwendung allgemeiner Erfahrungssätze kein Raum ist (LM zu ZPO § 286 C Nr. 11). Die Revision übersieht jedoch weiter, daß das Berufungsgericht sich hier nicht auf dem Gebiet der rechtlichen Würdigung, sondern auf dem der tatsächlichen Feststellung bewegt, wie der Kläger die von der Beklagten entworfene Ziffer III der "außergerichtlichen Vereinbarung", insbesondere deren Schlußhalbsatz "die diese Firma allein fortführen soll", verstanden hat. Das Berufungsgericht hält diese Klausel bei objektiver Würdigung der Verhältnisse für eindeutig, klar und unmißverständlich; es will damit sagen, daß jeder, der die Verhältnisse kannte - also wußte, daß die Beklagte als einzige aus mehrjähriger Tätigkeit mit dem Unternehmen vertraut und überdies Haupterin war -, schon aus dem Wortlaut der Vereinbarung erkennen mußte, daß die Beklagte nicht nur Konzessionsträgerin werden, sondern auch das Unternehmen allein übernehmen wollte. Gleichwohl unterstellt das Berufungsgericht zu Gunsten des Klägers, daß dieser am 25. Oktober 1959 den offenbaren Sinn der Erklärung vielleicht noch nicht aufgefaßt habe; es hält jedoch dafür, daß der Wortlaut der Erklärung vom 28. Oktober 1959 auch für den Kläger jeden Zweifel darüber habe beseitigen müssen, wie die Beklagte Ziffer III der außergerichtlichen Vereinbarung verstanden wissen wollte. Dieser Schluß des Berufungsgerichts leuchtet ein; denn die Erklärung vom 28. Oktober 1959 spricht nicht nur in einem abschließenden Relativsatz, sondern im Hauptsatz von der Übernahme des Unternehmens durch die Beklagte, hebt hervor, daß dies "im Zuge der Erbauseinandersetzung" geschehe, und begründet dies schließlich mit der Sachkunde der Beklagten. Richtig ist - auch dies hat das Berufungsgericht

berücksichtigt -, daß die Erklärung vom 28. Oktober 1959 lediglich im Rahmen des Konzessionsverfahrens abgegeben wurde, und es kann mit dem Berufungsgericht unterstellt werden, daß der Beamte dies dem Kläger auf dessen Frage bestätigte. Darauf aber kommt es in diesem Falle nicht an. Der Kläger konnte nicht erwarten, von dem Beamten des Regierungspräsidiums eine erbrechtliche Auskunft zu erhalten; er hat auch nicht behauptet, daß seine Frage diesen Sinn gehabt habe. Für das Regierungspräsidium und in der Verhandlung am 28. Oktober 1959 ging es auch ausschließlich um die Konzession. Wenn aber das Berufungsgericht aus der Erklärung vom 28. Oktober 1959 den Schluß zieht, auch der Kläger habe nun den - im übrigen nach Auffassung des Berufungsgerichts klaren und eindeutigen - Sinn von Ziffer III der "außergerichtlichen Vereinbarung" erfaßt, so liegt dies auf rein tatsächlichem Gebiet und läßt einen im Revisionsrechtszug beachtlichen Irrtum zum Nachteil des Klägers nicht erkennen.

d) Ob - wie die Revision meint - die Konzession auf die Beklagte auch ohne Auseinandersetzung über das Unternehmen hätte übergehen können, ist belanglos. Die weitere Rüge, das Berufungsgericht habe die für das Finanzamt bestimmte Erklärung des Klägers vom 28. November 1959 - worin der Kläger zwar sein Einverständnis mit der Konzessionserteilung an die Beklagte wiederholt, aber einer Auseinandersetzung widersprochen habe - übersehen, trifft nicht zu. Das Berufungsurteil erwähnt diese Erklärung als unstreitig im Tatbestand (Berufungsurteil Bl. 4); es war jedoch nicht veranlaßt, sie in den Entscheidungsgründen ausdrücklich zu behandeln, zumal sie rund einen Monat nach den hier fraglichen

Vorgängen niedergeschrieben ist und das Berufungsurteil festhält, daß der Kläger in seinen Entschlüssen geschwankt habe (Berufungsurteil Bl. 19). Diese Tatsache unterstreicht die Revision selbst, indem sie auf die Schreiben der Anwälte des Klägers vom 8. und 12. März 1960 in den Handelsregister-Akten hinweist. Ihre Rüge, das Berufungsgericht habe verkannt, daß der Kläger wohl im März 1960, nicht aber im Oktober 1959 gegen richtige Abfindung aus dem Unternehmen auszuschcheiden bereit gewesen sei, richtet sich allein gegen die tatsächliche Würdigung des Berufungsgerichts; sie verkennt im Übrigen, daß der Satz des Schreibens vom 12. März 1960 "Er wäre dazu bereit gewesen .....", sich nur auf die Vergangenheit beziehen kann.

e) Schließlich bleibt die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe mehrere Beweisangebote des Klägers unberücksichtigt gelassen, erfolglos.

Die unter das Zeugnis der Ehefrau des Klägers und des Amtsanwalts Robert S. [REDACTED] gestellte Tatsache, der Kläger habe vor und bei Unterzeichnung der außergerichtlichen Vereinbarung erklärt, er wolle nur die Übertragung der Konzession auf die Beklagte aber nicht die Auseinandersetzung wegen des Geschäfts, hat das Berufungsgericht als richtig unterstellt (Berufungsurteil Bl. 19) und konnte deshalb von einer Vernehmung der Zeugen absehen. Denn seine Auffassung, der Kläger habe jedenfalls doch unterschrieben und ein etwaiger Vorbehalt sei für die Beklagte nicht erkennbar geworden, bleibt unerschüttert, selbst wenn - wie die Revision vorträgt - Robert S. [REDACTED] sich "im Auftrage der Beklagten" mit dem Kläger in Verbindung gesetzt hatte.

Hinsichtlich des Franz H. [REDACTED] fehlt ein dem § 373 ZPO entsprechendes Beweisangebot. Sein vom Kläger mitgeteilter Brief enthält nachträgliche Betrachtungen über Vorgänge, an denen er nicht unmittelbar beteiligt war, und konnte vom Berufungsgericht ohne ausdrückliche Erörterung rechtsfehlerfrei für unbeachtlich gehalten werden.

2.) Soweit das Berufungsgericht die Anfechtbarkeit der außergerichtlichen Vereinbarung verneint, lassen seine Ausführungen einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Die Revision ist hierauf nicht zurückgekommen.

#### IV.

Hiernach ergibt sich für die Entscheidung:

1.) Das Berufungsgericht hat den Klageantrag zu 1) dahin gedeutet, der Kläger begehre die Feststellung, daß das früher unter der Firma Mathias S. [REDACTED] betriebene Handelsunternehmen noch zum ungeteilten Nachlaß des verstorbenen Speditionskaufmanns Mathias S. [REDACTED] gehöre. Diese Deutung entspricht dem klagebegründenden Vortrag und hält sich im Rahmen zulässiger Auslegung eines Prozeßantrages. In diesem Sinne kann dem Klageantrag zu 1) entsprochen werden, weil das Unternehmen - wie unter II 2 ausgeführt worden ist - aus dem Nachlaß nicht ausgeschieden ist. Insoweit ist die Sache spruchreif.

2.) Hinsichtlich der Klageanträge zu 2) und 3), mit denen der Kläger die Feststellung, daß das Unternehmen für Rechnung der Erben fortgeführt werde, sowie die Verurteilung der Beklagten zur Auskunft begehrt, kann die Entscheidung des Berufungsgerichts nicht aufrecht erhalten bleiben; denn sie beruht auf der unrichtigen

Voraussetzung, daß das Unternehmen nicht mehr zum Nachlaß gehöre. Jedoch ist die Sache hinsichtlich dieser beiden Anträge noch nicht entscheidungsreif.

Allerdings würde grundsätzlich die Beklagte, wenn sie mit einem Nachlaßgegenstand arbeitet, dies für Rechnung des Nachlasses tun und wäre den Miterben zur Rechenschaft verpflichtet (§§ 259, 2038 BGB). Jedoch kann in diesem Zusammenhang die festgestellte schuldrechtliche Verpflichtung der Miterben in der "außergerichtlichen Vereinbarung" nicht außer Betracht gelassen werden. Denn wenn der Kläger - wie für das Revisionsgericht bindend feststeht - sich verpflichtet hatte, zum Zwecke der Auseinandersetzung das Unternehmen sofort auf die Beklagte zur alleinigen Inhaberschaft zu übertragen, dann ergab sich hieraus für den Kläger auch die Verpflichtung, nach Vermögen und Kräften dabei mitzuwirken, daß dieses Ziel erreicht werden könnte. Es müßte zu Lasten des Klägers gehen, wenn er vertragswidrig diese Mitwirkung verweigert hätte, mit dem Ergebnis, daß der Kläger sich so behandeln lassen müßte, als wäre der nur unter seiner Mitwirkung mögliche Erfolg des Unternehmensübergangs auf die Beklagte so eingetreten, wie er bei vertragsmäßigem Verhalten eingetreten wäre. Diese Rechtsfolge, die zur Abweisung der Klageanträge zu 2) und 3) führen könnte, wäre vermeidbar, wenn der Kläger aus einem vertragswidrigen Verhalten der Beklagten ein Recht zum Rücktritt vom Vertrage etwa nach § 326 BGB (vgl. LM zu BGB § 326 A Nr.2) oder doch ein Recht, die Leistung zu verweigern (§ 273 BGB), hätte herleiten können. Das Berufungsgericht hat dies in anderem Zusammenhange - bei Erörterung der Berechtigung der Widerklage - angenommen, jedoch ohne hinreichende

tatsächliche Grundlagen für seine Überzeugung zu geben, die dem Revisionsgericht eine Nachprüfung ermöglichen. Diese Fragen bedürfen näherer tatsächlicher Aufklärung.

Die Sache muß daher, soweit es sich um die Klageanträge zu 2) und 3) handelt, zur weiteren tatsächlichen Erörterung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Dabei macht der Senat auf folgendes aufmerksam: Es wird auch notwendig sein, das Verhältnis des Hilfsantrages auf Zahlung (Klageantrag zu 4), über den bislang zulässigerweise noch nicht entschieden worden ist, zu den Hauptanträgen zu klären. Der Kläger hat den Hilfsantrag - nach seiner bisherigen Erklärung im Schriftsatz vom 13. Juni 1962 (dort Bl. 7) - für den Fall gestellt, daß die Beklagte entgegen seiner Auffassung am 30. Oktober 1959 Alleininhaberin der Nachlaßfirma geworden sei. Dieser Fall liegt nicht vor und damit wäre dem Hilfsantrag nach seiner bisherigen Begründung der Boden entzogen. Der Sache nach aber möchte der Kläger mit dem Hilfsantrag die Auszahlung seines Anteils erreichen, falls er nicht an den laufenden Erträgen des Unternehmens beteiligt sein sollte. Nach der Entwicklung des Rechtsstreits wird zu erwägen sein, ob nicht der Kläger dem Hilfsantrage nunmehr eine andere Begründung zu geben hat; denn nach den Feststellungen des Berufungsgerichts wird kaum damit gerechnet werden können, daß der Kläger mit seinem primären Standpunkt erfolgreich sein können.

3.) Nach der Prozeßlage ist es nicht ratsam, über einen Teil der Kosten des Revisionsrechtszuges schon jetzt zu entscheiden. Dem Berufungsgericht ist daher die Entscheidung über diese Kosten vollen Umfanges zu übertragen.

Dr. Pagendarm

Dr. Kreft

Dr. Hußla

Gährtgens

Kesler