

Leglaubigte Abschrift

IV ZR 172/50

Verkündet
am 22. Januar 1951
gez: Kude, Just. Ang.
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle.

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

In dem Rechtsstreit des Filmvorführers Ludwig
M [REDACTED] in W [REDACTED], z.Zt. in Russland
vermisst, gesetzlich vertreten durch seinen
Pfleger, den Angestellten Heinrich B [REDACTED]
in W [REDACTED], K [REDACTED] strasse [REDACTED],

Beklagten, Berufungs- und Revisionsklägers
-Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt
Dr. [REDACTED] in [REDACTED]

g e g e n

die Frau Wilhelm M [REDACTED] Wwe, Anna geb. G [REDACTED] in
W [REDACTED], A [REDACTED] strasse [REDACTED],

Klägerin, Berufungs- und Revisionsbeklagte
-Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]
in [REDACTED]

wegen Anspruchs aus Auftrag

hat der Bundesgerichtshof, IV. Zivilsenat, auf
die mündliche Verhandlung vom 15. Januar 1951
unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Jersch,
Raske, Ascher, Johannsen und Dr. Hartz

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das
Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandes-
gerichts in Hamm/Westfalen vom 24. Dezem-
ber 1948 -6 U 115/48- aufgehoben und die
Sache zur erneuten Verhandlung und Ent-
scheidung, auch über die Kosten der
Revision, an das Berufungsgericht zurück-
verwiesen.

Von Rechts wegen

zur Sammlung

T a t b e s t a n d :

Die Klägerin ist die Witwe und der am [REDACTED] 1908 geborene Beklagte ein Sohn des am 26. November 1917 im Felde gefallenen Wilhelm M [REDACTED] in W [REDACTED]. Aus seiner Ehe mit der Klägerin sind ausser dem Beklagten noch folgende Kinder hervorgegangen:

1. Wilhelm M [REDACTED], geb. [REDACTED] 1907,
2. Paula P [REDACTED] geb. M [REDACTED], geb. [REDACTED] 1909,
3. Rosa B [REDACTED] geb. M [REDACTED], geb. [REDACTED] 1911,
4. Karl-Heinz M [REDACTED], geb. [REDACTED] 1917.

Die Klägerin und ihr Ehemann waren Miteigentümer des Grundstücks A [REDACTED] strasse [REDACTED] in W [REDACTED] zu je $\frac{1}{2}$. Auf diesem Grundstück befindet sich ein Lichtspieltheater. Der Erblasser war seit dem Jahre 1911 als Inhaber gemeldet. Später hat die Klägerin das Unternehmen auf ihren Namen angemeldet. Wann dies geschehen ist, ist unter den Parteien streitig. Nach einer vom Oberstadtdirektor in W [REDACTED] ausgestellten Bescheinigung vom 4. März 1948 ist die Klägerin seit dem 15. Mai 1917 als Inhaberin des Kinos gemeldet. Am 30. Juni 1931 erklärte die Klägerin gegenüber der zuständigen Gemeindebehörde, dass sie den Betrieb aufgebe. Als Inhaber des Betriebs ist seit dem 1. Juli 1931 der Beklagte gemeldet. Im August 1942 wurde der Betrieb geschlossen, jedoch im April 1943 wieder eröffnet. Nachdem er im Jahre 1945 nochmals vorübergehend stillgelegt worden war, wurde er auf Grund einer von der Militärregierung

- 3 -

auf den Namen des Beklagten erteilten Erlaubnis (permit) fortgeführt. In dem Kinobetrieb waren ausser dem Beklagten auch seine Geschwister Wilhelm M., Paula P. und Rosa B. zeitweilig tätig; ferner seit ihrer Verheiratung im Jahre 1940 auch die Ehefrau des Beklagten, Ilse geb. D.. Der Beklagte, der im April 1940 zum Wehrdienst einberufen wurde, ist vermisst. Die Parteien führten einen gemeinsamen Haushalt, in dem sich auch die Ehefrau des Beklagten bis 1946 befand.

Die Tageseinnahmen aus dem Kinobetrieb wurden in einem Geldschrank verwahrt, der sich in der Wohnung der Klägerin befand. Am 3. Januar 1940 wurde bei der Stadtparkasse W. ein Konto auf den Namen des Beklagten errichtet, auf das die verfügbaren Mittel eingezahlt und von dem die Zahlungen geleistet wurden. Über dieses Konto waren auf Grund erteilter Vollmacht sowohl die Klägerin als auch seit ihrer Verheiratung die Ehefrau des Beklagten verfügungsberechtigt. Von November 1945 zahlte die Ehefrau des Beklagten die Einnahmen aus dem Betrieb auf ein neues Konto ein, an die Klägerin entrichtete sie nur monatliche Zahlungen von je DM 350.- als Miete. Über dieses Konto war der Klägerin ein Verfügungsrecht nicht eingeräumt.

Durch notariell beurkundete Verträge vom 24. April 1936 und 13 März 1937 übertrugen Wilhelm M. und Frau Rosa B. ihre Anteile an dem Nachlass ihres Vaters auf die Klägerin. Diese übertrug die Anteile am 19. Juli 1948 wieder an Wilhelm M. und Rosa B. zurück.

Die Klägerin behauptet, das Kino habe zum Nach-



[JLaw - Gesetz und Urteile](#)
(mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile



geändert, obwohl sie nach seinem Tode als alleinige Inhaberin des Unternehmens aufgetreten sei. Das in der Bescheinigung des Oberstadtdirektors W. [REDACTED] angegebene Datum sei unrichtig. Sie habe als Kriegervitwe eine Zusatzrente bezogen. Im Jahre 1931 sei sie Gefahr gelaufen, als Kinobesitzerin diese Rente zu verlieren, die nach den damals geltenden Bestimmungen nur noch im Falle der Bedürftigkeit zuerkannt worden sei. Die Einnahmen aus dem Kino seien zu dieser Zeit (in den Jahren der Wirtschaftskrise) nur gering gewesen. Um sich die Rente zu erhalten, habe sie den Behörden gegenüber erklärt, dass der Betrieb von ihr aufgegeben und von dem (damals 23-jährigen unverheirateten und in ihrem Haushalt lebenden) Beklagten übernommen werde. Sie sei sich aber mit dem Beklagten darüber einig gewesen, dass dadurch an den Besitzverhältnissen des Kinounternehmens nichts geändert werde. Eine Übertragung des zum Nachlass ihres Ehemannes gehörenden Kinos sowie des Inventars an den Beklagten sei nicht erfolgt. Die hierzu erforderliche vormundschaftsgerichtliche Genehmigung sei nicht nachgesucht und auch nie erteilt worden. Nach wie vor habe die Leitung des Unternehmens in ihren Händen gelegen. Neuanschaffungen seien von ihr gemacht und bezahlt worden. Ein Mietvertrag über die Räume des Betriebes sei nicht abgeschlossen worden, der Beklagte habe auch nie Miete bezahlt. Seine gegenüber dem

- 5 -

Finanzamt abgegebene Erklärung, dass er eine monatliche Miete von RM 350.- entrichte, habe nicht den Tatsachen entsprochen. Es habe Einigkeit darüber bestanden, dass die Einnahmen aus dem Unternehmen weiterhin der Erbengemeinschaft zustehen sollten, dass daraus von ihr, der Klägerin, die Kosten des Haushalts bestritten und der Beklagte wie auch seine Geschwister für ihre Bedürfnisse nur ein Taschengeld erhalten sollten. So sei es auch in der Zeit nach 1931 gehandhabt worden.

Die Klägerin ist der Ansicht, dass das Kino auch nach dem 1. Juli 1931 der Erbengemeinschaft nach Wilhelm M. (Vater) gehört und der Beklagte den Betrieb nur als deren Beauftragter geführt hat. Der Beklagte sei daher verpflichtet, die aus dem Betrieb des Kinos seit dem Jahre 1946 gezogenen Einnahmen an die Erbengemeinschaft zu zahlen. Die Bruttoeinnahmen hätten täglich etwa RM 1000.-, der monatliche Überschuss nach Abzug der Steuern und sonstigen Ausgaben etwa 2 - 3 000.- RM betragen. Hiervon werde ein Teilbetrag von RM 3500.- geltend gemacht.

Mit der Klage hat die Klägerin beantragt:
den Beklagten zu verurteilen, an die Wilhelm Meyer'sche Erbengemeinschaft, bestehend aus

1. ihr, der Klägerin,
2. dem Beklagten,
3. Paula P.,
4. Rosa B.,
5. Karl Heinz M.,

3 500.-RM mit 4 % Zinsen seit Klagezustellung zu zahlen.

Der Beklagte hat beantragt:
die Klage abzuweisen.

Er hat vorgetragen, das Kino sei auf ihn im Juli 1931 übertragen worden. Es habe sich um eine ernstlich gemeinte und endgültige Übertragung gehandelt. Dies habe die Klägerin auch in ihren eidesstattlichen Versicherungen den Behörden gegenüber zum Ausdruck gebracht. Das Kino habe nicht zum Nachlass des Vaters Wilhelm M. sen. gehört. Die Klägerin sei bereits am 15. Mai 1917, also vor dem Tode des Erblassers, als Inhaberin des Kinos gemeldet gewesen, wie sich aus der Bescheinigung des Oberstadtdirektors von W. vom 4. März 1948 ergebe. Sie sei daher auch ohne Mitwirkung der Erben des Wilhelm M. zur Verfügung über das Kino berechtigt gewesen. Es sei auch niemals davon gesprochen worden, dass das Kino der Erbengemeinschaft gehöre. Die Erben M. hätten auch von der Übernahme Kenntnis gehabt, sie stillschweigend genehmigt und ihn als Inhaber des Betriebes anerkannt. Er sei auch allein dafür in Frage gekommen. Während seine Geschwister andere Berufe erlernt hätten, hätte er bereits als 14-jähriger die Filmvorführerprüfung abgelegt. Er habe daher den Betrieb seit 1931 selbständig und für eigene Rechnung geführt. Es sei ein Mietvertrag abgeschlossen worden und die

9

Klägerin habe nur die vereinbarte Miete von RM 350.- monatlich erhalten. Die gesamte Kinoeinrichtung -einschliesslich der Maschinen- sei von ihm aus eigenen Mitteln erneuert worden. Das im Kino beschäftigte Personal, auch seine darin tätigen Geschwister, seien von ihm angestellt und entlohnt worden. Er habe aus den Einnahmen an seine Geschwister Geldabfindungen gezahlt. Der gemeinsame Haushalt der Parteien sei nur zum Teil aus den Mieteinnahmen der Klägerin, vornehmlich aber von ihm bestritten worden. Er sei allein zur Steuer veranlagt worden und habe sie aus seinen Mitteln entrichtet, er habe auch die Geschäftsbücher geführt. Nach Kriegsende habe seine Ehefrau ohne Mitwirkung der Geschwister die Wiedereröffnung des Betriebs herbeigeführt. Er, der Beklagte, sei daher Inhaber des Betriebs und zur Herauszahlung der erzielten Einnahmen nicht verpflichtet.

Weiter macht der Beklagte geltend, sein Einkommen als Betriebsleiter würde im Falle der Anstellung durch die Klägerin mindestens RM 500.- monatlich betragen haben. Mit diesem Anspruch rechne er gegen die Klageforderung auf. Ferner sei die Mit-erbin Paula P. auf Grund eines Abfindungsvertrages mit der Klägerin aus der Erbengemeinschaft ausgeschieden.

Das Landgericht in Bochum hat durch Urteil vom 28. Januar 1948 den Beklagten verurteilt, an die

Erbengemeinschaft, bestehend aus der Klägerin, dem Beklagten, Paula B., Rosa B. und Karl Heinz M. RM 3500.- mit 4 % Zinsen zu zahlen.

Gegen dieses Urteil hat der Beklagte Berufung eingelegt und beantragt,
das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin hat - unter Erweiterung ihrer Klage im Wege der Anschlussberufung - nunmehr beantragt,

1. Die Berufung des Beklagten mit der Massgabe zurückzuweisen, dass der Beklagte verurteilt wird, an die Wilhelm M. Erbengemeinschaft, bestehend aus

1. der Klägerin,
2. dem Beklagten,
3. Paula P.,
4. Rosa B.,
5. Karl-Heinz M.,
6. Wilhelm M.,

DM 350.- zu zahlen,

2. festzustellen, dass der Beklagte das von ihm betriebene Lichtspieltheater nur als Beauftragter der zu 1. genannten Erbengemeinschaft nach seinem verstorbenen Vater besitzt und führt.

3. hilfsweise festzustellen, dass der Beklagte das von ihm betriebene Lichtspieltheater nur als Beauftragter der Klägerin besitzt und führt,

4. hilfsweise: ihr nachzulassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung abzuwenden.

Der Beklagte hat um Zurückweisung der Anschlussberufung gebeten. Das Oberlandesgericht hat durch das angefochtene Urteil nach den von der Klägerin in der Berufungsinstantz gestellten Hauptanträgen erkannt.

Gegen dieses Urteil hat der Beklagte bei dem Obersten Gerichtshof für die Britische Zone Revision eingelegt und beantragt,

1. Das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 14. Dezember 1948 aufzuheben und
 - a) auf die Berufung des Beklagten die Klage kostenpflichtig abzuweisen,
 - b) die Anschlussberufung der Klägerin zurückzuweisen,
2. hilfsweise unter Aufhebung des angefochtenen Urteils den Rechtsstreit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuverweisen,
3. die Kosten des Rechtsstreits der Klägerin aufzuerlegen.

Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist statthaft und form- und fristgerecht eingelegt; sie ist auch begründet.

1. Das Berufungsgericht hat ohne weitere Begründung das auch in der Revisionsinstanz von Amts wegen zu prüfende Interesse der Klägerin an der begehrten Feststellung, dass der Beklagte das Kino als Beauftragter der Erbgemeinschaft an dem Nachlass des am 26. November 1917 verstorbenen Wilhelm M. besitze und führe, bejaht. Hiergegen bestehen keine rechtlichen Bedenken, da der Beklagte bzw. sein gesetzlicher Vertreter ein Auftragsverhältnis bestreitet und dieser Streit nur durch eine gerichtliche Feststellung der Rechtsbeziehungen der Parteien zu diesem Unternehmen geschlichtet werden kann. Dass das der Klage zu Grunde liegende Rechtsverhältnis nicht nur zwischen den Parteien besteht, steht der Entscheidung zur Sache nicht entgegen, RGZ 128/92. Die Revision hat auch insoweit keine Einwendungen gegen das Berufungsurteil erhoben.

Sie richtet sich vielmehr nur gegen die Erwägungen, auf die das Berufungsgericht seine Ansicht stützt, dass der Beklagte nicht das Kino für eigene Rechnung, sondern als Beauftragter der Erbgemeinschaft geführt habe, und dass er deswegen zur Zahlung des eingeklagten Betrages von jetzt DM 350.- verpflichtet sei. Sie rügt, dass das Urteil auf einer Verletzung der §§ 562 ff, 185 Abs. 2, 1643 und 1821 BGE, der §§ 139, 286 ZPO. und einer Verkennung der Grundsätze des prima facie

Beweises sowie der Verletzung von Denkgesetzen und Erfahrungssätzen beruhe.

2. Das Berufungsgericht führt aus, dass der Betrieb des Lichtspielhauses zu dem Nachlass des Wilhelm M. (Vater) gehört habe und auf die Klägerin und ihre Kinder als gesetzliche Erben übergegangen sei. Dieses zum Nachlass gehörende Erwerbsgeschäft habe die Klägerin wegen der Minderjährigkeit der Kinder Rosa, jetzt verheiratete B., und Karl-Heinz M. im Jahre 1931 nicht ohne vormundschaftsgerichtliche Genehmigung (§§ 1 643, 1 822 Ziff. 3 BGB) auf den Beklagten übertragen können. Ob diese Miterben ihre Genehmigung nach erlangter Volljährigkeit zu einer Übertragung zu irgendeinem Zeitpunkt erteilt hätten, könnte dahingestellt bleiben. Denn der Beklagte habe nach den von den Parteien getroffenen Vereinbarungen das Kino nur als Beauftragter der Erbengemeinschaft geführt. Der damals erfolgten Ummeldung des Betriebs von der Klägerin auf den Beklagten komme keine Bedeutung zu. Allein entscheidend seien die Eigentumsverhältnisse und die Vereinbarungen der Parteien. Hierzu führt das Berufungsgericht weiter aus, eine Übertragung des damals vorhandenen Inventars auf den Beklagten sei nicht erfolgt. Dieses sei auch zunächst für Steuerzwecke als Eigentum der Klägerin behandelt worden, erst das später angeschaffte Inventar sei der Steuerbehörde als Eigentum des Beklagten bezeichnet

worden. Diese Inventarstücke habe der Beklagte aber nicht aus eigenen Mitteln sondern aus den Einkünften des Betriebs angeschafft. Die Klägerin habe auch bewiesen, dass sie das im Jahre 1935 für den Betrieb angeschaffte Gerät "E [REDACTED]" selbst gekauft und mit von ihr ausgestellten Wechseln bezahlt habe. Auch ein Mietverhältnis über die Betriebsräume habe nicht bestanden. Der von den Parteien am 30. Dezember 1940 unterzeichnete Mietvertrag sei von der Klägerin und dem Beklagten nur zum Zwecke der Vorlage bei der Steuerbehörde unterschrieben worden. Es sei in Wahrheit keine Miete bezahlt worden, obwohl die Klägerin Mietquittungen ausgestellt habe. Wenn auch der Beklagte dem Finanzamt gegenüber als Steuerschuldner aufgetreten sei, so ergebe dieser Umstand nicht, dass er im Verhältnis der Parteien Inhaber des Betriebes sein sollte. Die Zusammenarbeit der Angehörigen der Familie M [REDACTED] nach dem 1. Juli 1931 lasse erkennen, dass die Einnahmen aus dem Kinobetrieb nach wie vor als gemeinsame Einnahmen der Erbengemeinschaft betrachtet worden seien. Nicht nur der Beklagte, auch seine Geschwister hätten im Betrieb mitgearbeitet. Der Beklagte habe nach wie vor die Verwaltung der Einnahmen durch die Klägerin geduldet und nur das zur Bestreitung seiner Bedürfnisse erforderliche Taschengeld erhalten. Bis zur Errichtung eines neuen Kontos durch die Ehefrau des Beklagten im November 1945 seien die Betriebseinnahmen auf ein auf den Namen des Beklagten errichtetes Konto eingezahlt worden, über das zu verfügen die Klägerin Vollmacht erhalten habe. Hieraus

sei zu entnehmen, dass der Beklagte das Lichtspieltheater nur als Beauftragter der Erbengemeinschaft nach seinem Vater führen sollte. Die von der Klägerin erbetene, dahingehende Feststellung sei daher begründet. Der Beklagte sei auch zur Zahlung von DM 350.- verpflichtet, da die Einnahmen in der Zeit von Mai 1946 bis zur Klageerhebung mindestens DM 350.- betragen hatten. Gegenforderungen, mit denen er aufrechnen könne, stünden dem Beklagten nicht zu.

3. Ausgangspunkt für die die Entscheidung stützenden Erwägungen des Berufungsgerichts ist die Feststellung, das Kinounternehmen habe bis zum Jahre 1931 zum Nachlass des Wilhelm M. (Vater) gehört. Hiergegen erhebt die Revision zunächst die Rüge, ein Erwerbsunternehmen, sofern es nicht Handelsgewerbe sei, könne weder zum Nachlass seines Inhabers gehören noch überhaupt Gegenstand des rechtsgeschäftlichen Verkehrs sein. Gehe es von Todes wegen oder unter Lebenden auf eine andere Person über, so sei der Vorgang so aufzufassen, dass das bisherige Unternehmen erlösche und der "Erwerber" ein neues selbständiges Geschäft anfangen. Die Revision ist demnach der Meinung, dass eine rechtliche Identität zwischen den beiden Unternehmen nicht bestehen könne.

Diese Bedenken der Revision sind nicht in vollem Umfang begründet. Wechseln die Inhaber eines Betriebs im gegenseitigen Einvernehmen, so kann die Rechtslage allerdings so sein, dass der bisherige Inhaber sein Unternehmen aufgibt und der "Nachfolger" ein neues beginnt, das rechtlich mit dem bisherigen nicht identisch ist, selbst wenn es in den gleichen Räumen und unter Benutzung des vorhandenen Inventars geführt wird. Eine solche Würdigung des "Inhaberwechsels" kann dann in Betracht kommen, wenn das Unternehmen als solches einen Verkehrswert nicht besitzt und aus wirtschaftlichen Gründen geschlossen werden muss und der Nachfolger lediglich für das Inventar und die Räume, in denen er sein Unternehmen anfängt, dem Vorgänger ein Entgelt entrichtet. Derartige Verhältnisse mögen gerade bei Lichtspielunternehmungen, wie es das hier in Rede stehende ist, in der Wirtschaftskrise der Jahre 1929 bis 1933 vorgelegen haben. Es kann der Revision aber nicht zugegeben werden, dass eine rechtliche Identität zwischen dem von Wilhelm M. sen. begründeten und später von der Klägerin bzw. angeblich von dem Beklagten betriebenen Unternehmen überhaupt nicht vorliegen könne.

Richtig ist, dass der hier in Frage stehende Lichtspielbetrieb kein Handelsgewerbe ist, da es an der hierzu nach § 2 HGB. erforderlichen Eintragung im Handelsregister fehlt. Im übrigen sind aber die

Bedenken der Revision unbegründet. Auch gewerbliche Unternehmen, wie Handwerksbetriebe bilden einen Bestandteil des Vermögens ihres Inhabers und können auch Gegenstand eines Erwerbs von Todes wegen oder eines Rechtsgeschäftes unter Lebenden sein. Das ergeben die Vorschriften der §§ 1367, 1655, 1822 Ziff. 3,4 EGB. Für Handelsgewerbe besagt § 22 HGB. ausdrücklich, dass sie von Todes wegen oder unter Lebenden erworben werden können. Im Hinblick auf die erwähnten Vorschriften des EGB. kann aber aus dieser Vorschrift nicht der Schluss gezogen werden, dass für Nichthandelsgewerbe das Gegenteil gelte. So ist auch in der Rechtssprechung des Reichsgerichts stets angenommen worden, dass gewerbliche Unternehmungen Gegenstand von Kauf- und Pachtverträgen und sonstigen Verträgen sein können. So hat das Reichsgericht wiederholt entschieden, dass gewerbliche Unternehmen auf einen Treuhänder übertragen werden können (Jur. 1912 S. 32¹⁶ Warn. 1915 Nr. 135 und 1935 Nr. 148).

Die Ansicht der Revision, dass in derartigen Fällen der Betrieb des Erblassers erlösche und der Erbe einen neuen Betrieb anfangen bzw. dass bei einer Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts der Veräußerer seinen Betrieb aufgeben und der Erwerber einen neuen Betrieb anfangen und dass nur die sachlichen Betriebsmittel auf den Rechtsnachfolger übergehen, hat also im Gesetz keine Stütze, die erwähnten gesetzlichen

Vorschriften beruhen auf dem gegenteiligen Standpunkt.

Auch die einschlägigen gewerbepolizeilichen Vorschriften -die Revision erwähnt § 15a Gew.O.- ergeben nichts anderes. Wenn § 14 aaO. anordnet, dass derjenige, der den selbständigen Gewerbebetrieb anfängt, der für den Ort, wo dieses geschieht, zuständigen Behörde gleichzeitig Anzeige erstatten muss, so kommt dieser Anzeige abweichend von der Anmeldung zum Handelsregister eine privatrechtliche Bedeutung nicht zu, d.h. an die Anzeige knüpfen sich weder privatrechtliche Folgen für die Beziehungen der Beteiligten noch kann etwas daraus entnommen werden, auf welcher privatrechtlichen Grundlage der "neue" Betrieb "begonnen" worden ist. So liegt ein "Anfangen" im Sinne des § 14 f. Gew.O. auch dann vor, wenn jemand ein bereits bestehendes Geschäft übernimmt (vgl. Hiller-Luppe, Gew. Ordnung, 20. Aufl. S. 58). Eine solche Anmeldung ergibt daher allein nichts für die rechtliche Würdigung des ihr zugrundeliegenden Vorgangs, wenn sie auch als Indiz für einen bestimmten Sachverhalt bei dem "Geschäftsübergang" möglicherweise mitzuberücksichtigen ist. Nach dem von den Parteien vorgetragenen Sachverhalt ist die rechtliche Identität des von dem Erblasser, sodann von der Klägerin bzw. der Erbengemeinschaft und schliesslich angeblich vom Beklagten übernommenen Unternehmen nicht ausgeschlossen. Es ist daher rechtsirrig, wenn die Revision behauptet, wegen der nicht vorhandenen Identität der Betriebe sei die

Klägerin befugt gewesen, den Betrieb ohne vormundschaftsgerichtliche Genehmigung aufzugeben. Dies ist nur dann der Fall, wenn, worauf schon hingewiesen ist, wegen der noch vom Berufsgesicht festzustellenden besonderen Verhältnisse im Jahre 1931 rechtlich von einer Abgabe des alten Geschäfts nicht gesprochen werden kann und das vom Beklagten am 1. Juli 1931 begonnene Geschäft als neues, von dem bisherigen in jeder Beziehung verschiedenes Unternehmen anzusehen wäre.

Die Revision rügt aber weiter, dass das Berufungsurteil aus rechtlich zu beanstandenden Erwägungen und unter Verletzung von Denkgesetzen und Ausserachtlassung von Erfahrungsgrundsätzen die Behauptung des Beklagten, die Klägerin habe das Lichtspielunternehmen bereits vor dem Tode ihres Ehemannes im eigenen Namen betrieben und es könne daher auch aus diesem Grunde nicht zum Nachlass gehört haben, unberücksichtigt gelassen hat. Diese Rüge ist begründet. Der Beklagte hat behauptet, das Lichtspielunternehmen habe nicht zum Nachlass des Wilhelm M. gehört, weil es zwar auf seinen Namen im Jahre 1911 angemeldet, aber bereits im Mai 1917 vor seinem Tode auf die Klägerin übertragen worden sei, und hat sich zum Beweise hierfür auf die überreichte Bescheinigung des Stadtdirektors in W. vom 4. März 1943 bezogen. Das Berufungsurteil hält diese Ummeldung, selbst wenn die Bescheinigung richtig sei, für rechtlich unerheblich. Die Anmeldung eines Gewerbe-

triebs bedeute nur, dass der Behörde die für die Betriebsführung verantwortliche Person bezeichnet werde. Ähnliche Rechtsfragen, wie sie sich nach § 25 HGB. aus der Übertragung einer handelsgewerblichen Firma ergeben, könnten aus einer solchen Anmeldung nicht hergeleitet werden. Für die Frage, für wessen Rechnung der Betrieb geführt werde, seien vielmehr allein die Eigentumsverhältnisse an dem zum Betrieb gehörigen Inventar und die Vereinbarung der Beteiligten massgebend.

Dieser Ansicht des Berufungsurteils kann nicht zugestimmt werden. Die in ihm angeführten Umstände, insbesondere die Eigentumsverhältnisse am Inventar, sind für die hier zu entscheidende Frage keineswegs ausschlaggebend. Aus ihnen lässt sich weder ohne weiteres entnehmen, wer der Inhaber eines Betriebes ist, noch für wessen Rechnung er geführt wird. Auch derjenige, der einen Betrieb für eigene Rechnung führt, kann dies mit fremdem Inventar tun, z.B. ein Gastwirt betreibt eine Gastwirtschaft in gemieteten Räumen mit dem der Brauerei gehörenden Inventar, oder der Ehemann betreibt ein zum eingebrachten Gut seiner Ehefrau gehörendes Erwerbsgeschäft mit dem ihr gehörenden Inventar im eigenen Namen und für eigene Rechnung. Das Berufungsgericht zieht auch selbst nicht die Folgerung aus seiner Ansicht. Denn es führt aus, dass der Erblasser zum mindesten Miteigentümer des Inventars gewesen sei, lässt also

die Möglichkeit offen, dass die Klägerin Miteigentümerin zur anderen Hälfte war. Das Berufungsgericht hätte also folgerichtig annehmen müssen, dass die Klägerin Mitinhaberin des Betriebs war. Dies wäre im Verhältnis der Eheleute M. selbst dann möglich gewesen, wenn der Ehemann die Erträgnisse des Betriebs auf Grund seines ehemännlichen Verwaltungs- und Nutzniessungsrechts erhalten hätte, da er bzw. seine Erben in diesem Falle beim Erlöschen des Verwaltungs- und Nutzniessungsrechts verpflichtet gewesen wären, auf die Klägerin den ihr zustehenden Anteil zu übertragen. Auch dass Vereinbarungen der Beteiligten stets massgebend wären, kann dem Berufungsgericht nicht zugegeben werden. Begründet jemand ein neues Erwerbsgeschäft oder geht dieses von Todes wegen auf die Erben des Inhabers über, dann liegt eine Vereinbarung dem Betrieb des Erwerbers überhaupt nicht zu Grunde.

Es ist für die hier zu entscheidende Frage in erster Linie nicht darauf abzustellen, für wessen Rechnung das Kino betrieben worden ist. Entscheidend ist zunächst, wer der Inhaber des Geschäftes ist. Das ist derjenige, der das Erwerbsgeschäft in eigenem Namen betreibt. Er ist auch dann rechtlich der Inhaber, wenn er den Betrieb für fremde Rechnung führt. Derjenige, für dessen Rechnung das Unternehmen geführt wird, ist der wirtschaftliche Inhaber des Betriebs, vgl. RGZ. 99. 159. Allerdings können

die in dem Berufungsurteil angegebenen Umstände (Eigentum am Inventar, Vereinbarung zwischen den Beteiligten) für die Entscheidung der Frage, wer Inhaber eines Betriebes ist, bei der Würdigung eines tatsächlich nicht zweifelsfreien Sachverhalts herangezogen und mitberücksichtigt werden. Unrichtig ist es nur, die Entscheidung ausschliesslich darauf zu stützen.

Es ist aber unbedenklich, als Indiz für die Inhaberschaft an einem Gewerbebetrieb auch auf die Anmeldung bei der Gewerbepolizei zurückzugreifen. Wenn auch diese Anmeldung, wie ausgeführt worden ist, als solche einen Tatbestand des Privatrechts nicht bildet, so ist immerhin zu beachten, dass sie die Erklärung einer Person ist, aus der Rückschlüsse gezogen werden können, die von privatrechtlicher Bedeutung sind. Es geht wohl zu weit, wenn die Revision der Ansicht ist, dass die Anmeldung einen prima facie Beweis dafür erbringt, dass der Anmeldende auch privatrechtlich Inhaber eines selbständigen Gewerbebetriebs ist. Sie kann aber ein Anhaltspunkt dafür sein, dass der Anmeldende nach aussen hin als Inhaber auftritt, und wenn das Unternehmen bislang von einer anderen Person betrieben worden ist, so kann die Anmeldung auf eine zwischen dem früheren und dem jetzigen Inhaber getroffene Vereinbarung über den Übergang des Erwerbsgeschäfts hinweisen. Dies wird umsomehr der Fall sein, wenn dieses Indiz

noch durch andere Tatsachen bekräftigt wird. Unbestritten ist, dass nach der Anmeldung die Klägerin bis zum Jahre 1931 das Geschäft eigenen Namens geführt, dass sie über die Einnahmen daraus keine Abrechnung auch den inzwischen volljährig gewordenen Kindern erteilt, sondern sie in ihrem Haushalt für die Familie verwendet hat. Wäre das Berufungsgericht bei der Entscheidung der Frage, ob z.Zt. des Todes des Wilhelm Meyer (Vater) dieser oder die Klägerin Inhaber des Lichtspielgeschäfts war, nicht von falschen Voraussetzungen ausgegangen, so hätte es, nachdem durch die Vorlage der Bescheinigung des für ihre Erteilung nach § 15 Gow.O. zuständigen Beamten nach §§ 418, 420 ZPO. bis zum Beweis des Gegenteils (§ 418 Abs.2 aaO) der Nachweis als geführt anzusehen war, dass die Ummeldung des Betriebs am 15. Mai 1917 erfolgt war, möglicherweise diese Tatsache bei der Würdigung des Sachverhalts berücksichtigt. Bei der Aufklärung des Sachverhalts wird auch zu erwägen sein, ob nicht die eidliche oder uneidliche Vernehmung der Klägerin (§ 448 ZPO) dazu beitragen kann. Da es, wie die weiteren Ausführungen ergeben, für die Entscheidung über die Klage darauf ankommt, ob das Erwerbsgeschäft zum Nachlass des Erblassers gehört hat oder nicht, beruht das Berufungsurteil insoweit auf einer Verletzung des Gesetzes.

4. Wenn das Tischspielunternehmen zum Nachlass des Wilhelm M. sen. gehört hat, dann konnte, wie das Berufungsgericht richtig ausführt, von der Klägerin darüber allein nicht verfügt werden. Sie bedurfte hierzu der Zustimmung der übrigen Miterben des Erblassers. Soweit diese minderjährig waren, war die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einzuholen, vorausgesetzt, dass das Rechtsgeschäft keine Schenkung war, §§ 1643, 1871 Ziff. 3 BGB, oder die Klägerin das bestehende Geschäft aufgegeben hat, ohne es zu übertragen. Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ist nicht erteilt worden; ob die volljährigen Miterben zugestimmt haben und zwar die erst später volljährig gewordenen nach dem Eintritt der Volljährigkeit, lässt das Oberlandesgericht dahingestellt. Nicht erörtert hat übrigens das Berufungsgericht die Möglichkeit, ob der Veräußerungsvertrag nicht eine Schenkung im Sinne der §§ 516 ff BGB. ist, obwohl auf S. 11 des Urteils ausgeführt wird, nach der eigenen Darstellung des Beklagten habe er das Geschäft unentgeltlich erhalten. Dass ein Erwerbsgeschäft auch Gegenstand eines Schenkungsvertrags sein kann, ist unbedenklich anzunehmen. Zum Abschluss eines Schenkungsvertrags ist der Inhaber der elterlichen Gewalt ebenso wie der Vormund nicht ermächtigt, §§ 1641, 1804 BGB., sofern es sich nicht um Schenkungen handelt, durch die einer

sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird. Nach herrschender Ansicht, sind Rechtsgeschäfte, die gegen die §§ 1641 und 1804 verstoßen, unheilbar nichtig (RGK Komm.Anm.1 zu § 1641; Staudinger, 9.Aufl. Anm.3 zu § 1641, Palandt, 7. Aufl. Anm. 1 zu § 1641; Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerl.Rechts, Bd.IV (Familienrecht) §§ 80 II 1, 116 I; aa. v.Thur, Allg.Teil des BGB., Bd. 3 S. 162 Anm.61.

5. Das Berufungsgericht hatte allerdings keine Veranlassung, zu diesen Fragen erschöpfend Stellung zu nehmen, weil es auf Grund der Beweisaufnahme zu dem Ergebnis gelangt ist, ein Veräußerungsvertrag sei überhaupt nicht abgeschlossen worden, der Beklagte habe das Geschäft als Beauftragter der Erben-gemeinschaft betrieben. Dieses Ergebnis ist aber möglicherweise von Rechtsirrtümern beeinflusst.

Es kann der Revision allerdings nicht zugegeben werden, dass das von der Klägerin behauptete Zustandekommen eines Auftrags deshalb nicht schlüssig behauptet sei, weil sich aus dem von der Klägerin vorgetragenen Sachverhalt nicht ergebe, dass zwischen der Klägerin und dem Beklagten eine Vereinbarung getroffen worden sei. Ausweislich des hier allein massgebenden Tatbestandes des Berufungsurteils hat die Klägerin behauptet, sie und der Beklagte seien sich bei der polizeilichen Ummeldung des Betriebs darüber einig gewesen, dass an den Besitzverhält-

nissen nichts geändert werden solle. Der Beklagte selbst hat den Abschluss einer Vereinbarung nicht bestritten, er macht aber geltend, sie sei auf die Übertragung des Geschäfts gerichtet gewesen. Diese Vereinbarung konnte unter Berücksichtigung der Umstände des Falls ein Auftragsverhältnis begründen. Gegen die Schlüssigkeit der Klage bestehen insofern keine Bedenken. Es handelt sich aber darum, ob der vorgetragene und von dem Berufungsgericht festgestellte Tatbestand die von dem Gericht in Übereinstimmung mit den Anträgen der Klägerin gezogene rechtliche Schlussfolgerung trägt, die Vereinbarung sei ein Auftrag (§§ 662 ff BGB).

Die von der Klägerin aufgestellte Behauptung, es solle an den bestehenden Besitzverhältnissen nichts geändert werden, ist nicht eindeutig. Sie kann, ihre Richtigkeit unterstellt, auch bedeuten, dass ein Vertragsverhältnis überhaupt nicht begründet werden sollte. Es kommt, wenn man die Gründe in Betracht zieht, aus denen der Beklagte anstelle der Klägerin nach aussen hin die Stellung des Geschäftsinhabers übernommen hat, die Möglichkeit in Betracht, dass der Abschluss eines Vertrags überhaupt nicht ernstlich gemeint war (§§ 117 BGB). Gerade in solchen Fällen ist die Abgrenzung von ernstlich gemeinten und Scheingeschäften im Einzelfall sehr schwierig. Sie ist im wesentlichen Tatfrage. Sie kann, wenn Verfahrensverstöße nicht vorliegen, in der Regel in der Revisionsinstanz nicht nachgeprüft werden. Ein Rechtsverstoß

liegt aber vor, wenn der Berufungsrichter nicht beide Möglichkeiten in Betracht gezogen und die sich daraus ergebenden abweichenden rechtlichen Folgen erwogen hat, obwohl das Vorbringen der Parteien dazu Veranlassung bot. Dies ist hier der Fall. Denn das Berufungsgericht hat ausdrücklich festgestellt, dass die Klägerin auch nach dem 1. Juli 1931 den Betrieb geleitet, die Einnahmen erhalten und darüber verfügt hat. Sie hat auch neues Inventar bestellt und bezahlt. Auch sieht das Berufungsgericht als erwiesen an, dass der Kläger nach wie vor nur ein Taschengeld erhalten hat, ohne allerdings zu der bestrittenen und sowohl hier als auch für die sonstige tatsächliche und rechtliche Würdigung des Sachverhalts bedeutsame Frage Stellung zu nehmen, ob auch die übrigen im Betrieb tätigen Kinder der Klägerin ebenfalls nur ein Taschengeld oder vollen Lohn erhalten haben, wie dies vom Beklagten behauptet worden ist.

6. Eine abschliessende Beurteilung, ob das Berufungsgericht das Vorbringen der Parteien und das Ergebnis der Beweisaufnahme sowohl hinsichtlich der unter 5 erörterten Frage als auch bezüglich des Inhalts eines etwa zustandegekommenen Vertrags ohne Rechtsverstoß gewürdigt hat, ist jedoch dem Revisionsgericht nicht möglich. Denn der Tatbestand lässt das Vorbringen der Parteien nicht vollständig und widerspruchsfrei erkennen. Bezüglich des in erster Instanz

Vorgetragenen wird zulässig auf den Tatbestand des landgerichtlichen Urteils Bezug genommen. Dann heisst es aber auf S. 7 unten: "Im übrigen wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen". Eine solche Bezeichnung ist unzulässig (vgl. Stein-Jonas-Schönke, ZPO.

17. Aufl. Anm. IV 4 zu § 313). Es besteht daher die Möglichkeit, dass das Berufungsgericht das Zustandekommen eines Veräusserungsvertrags, wie ihn der Beklagte behauptet, zu Unrecht verneint hat. Auch aus diesem Grunde ist die Aufhebung des Urteils und die Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz geboten.

7. Bei der erneuten Verhandlung wird das Berufungsgericht Folgendes zu beachten haben:

Kommt es zu dem Ergebnis, dass ein ernstlich gemeinsamer Vertrag zwischen den Parteien überhaupt nicht zustandegekommen ist, dann wird die Feststellungsklage in vollem Umfang abzuweisen sein. Liegt ein Vertrag vor, so wird es zunächst darauf ankommen, zwischen welchen Personen das Vertragsverhältnis begründet ist. Hierfür ist von Bedeutung, ob das Lichtspielunternehmen zum Vermögen der Klägerin oder zum Nachlass ihres Ehemannes gehört hat. Im ersten Fall wird das von ihr behauptete Vertragsverhältnis nur zwischen ihr und dem Beklagten begründet sein, es wird dann, soweit die Feststellungsklage in Frage kommt, nur eine Entscheidung im Sinne des Hilfsantrags in Betracht zu ziehen sein. Dann wird das Berufungsgericht auch noch zu prüfen haben, ob dieses Vertragsverhältnis nicht vielleicht ein

Dienstvertrag ist und nach § 139 ZPO. auf eine entsprechende Änderung des Klageantrags hinzuweisen haben. Ist das Unternehmen aber Nachlassgegenstand gewesen, dann wird ein Dienst- oder Auftragsverhältnis zwischen dem Beklagten und der Erbengemeinschaft vorhanden sein, sofern ein solches wirksam begründet worden ist. Falls der Vertrag nur zwischen der Klägerin und dem Beklagten abgeschlossen ist, dann wird auch die Möglichkeit eines Vertrags zu Gunsten Dritter zu erwägen sein. Liegt aber ein Veräußerungsvertrag vor, so wird von dem Berufungsgericht, wenn als Inhaber des Lichtspielunternehmens nur die Erben des Wilhelm M. sen. in Betracht kommen, nach Massgabe der obigen Ausführungen zu untersuchen sein, ob ein solcher Vertrag wirksam geschlossen ist und etwaige Mängel durch Zustimmung der Beteiligten geheilt sind.

8. Das Ergebnis, zu dem das Berufungsgericht in diesem Punkte kommen wird, ist auch für die Entscheidung über den Zahlungsanspruch von Bedeutung. Es ist hier aber noch ein weiterer Punkt zu erörtern. Die Klägerin begehrt von dem Beklagten mit der nach § 2039 BGB. erhobenen Leistungsklage Zahlung eines Teils der Reineinnahmen die seit Juni 1946 im Betrieb gemacht worden sind. Zu der in Frage kommenden Zeit war der Beklagte bereits vermisst. Die Einnahmen sind von seiner Ehefrau aus der Geschäftskasse entnommen und auf ein von ihr errichtetes Konto eingezahlt

worden, von dem nicht einmal festgestellt ist, auf wessen Namen dieses Konto errichtet wurde. Es ist nicht ersichtlich, dass die Ehefrau des Beklagten zur Empfangnahme des Geldes und zur Errichtung eines Kontos für ihn ermächtigt war. Daher ist nicht hinreichend festgestellt, ob die Einnahmen in das Vermögen des Beklagten geflossen sind. Eine Verbindlichkeit des Beklagten zur Zahlung dieser Einnahmen an die Erbengemeinschaft oder die Klägerin entfällt aber in jedem Falle dann, wenn er sie überhaupt nicht erhalten hat und auch nicht auf Grund eines Auftrags oder eines sonstigen Vertrags für die ordnungsgemäße Ablieferung der Betriebseinnahmen verantwortlich ist. Denn wenn sich auch nach dem 1. Juli 1931 seine bisherige Stellung in dem Unternehmen nicht geändert hat, sei es, dass er gem. § 1617 BGB. oder nur als beteiligter Miterbe seine Tätigkeit ausgeübt hat, dann kann er für Gelder, die er überhaupt nicht erhalten und für deren Verbleib er nicht haftbar ist, nicht in Anspruch genommen werden. Stellt das Berufungsgericht alsdann fest, dass der Zahlungsanspruch der Klägerin zusteht, so wird es weiter zu prüfen haben, ob auf Grund des zwischen der Klägerin und dem Beklagten bestehenden Rechtsverhältnisses die Klägerin Zahlung des Geldbetrags an die Erbengemeinschaft verlangen kann. Gegebenenfalls wird nach § 139 ZPO. auf eine Berichtigung des auf Zahlung gerichteten Klageantrags hinzuweisen sein.

Da somit für die Entscheidung noch weitere Feststellungen zu treffen sind, war die Sache unter Aufhebung des angefochtenen Urteils an das Oberlandesgericht zurückzuverweisen.

gez: Dr. Tersch gez: Raske gez: Ascher

gez: Johannsen gez: Dr. Hartz



Beglaubigt:

[Handwritten signature]

Justizsekretär

als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle
des Bundesgerichtshofes