

Verkündet am 22. Dezember 1959
Klett, Justizobersekretär
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 Witwe Katharina L [REDACTED], geb. M [REDACTED]
 2. des Karl L [REDACTED],
 3. des Rudolf L [REDACTED],
- sämtlich in F [REDACTED] bei W [REDACTED],

Beklagten, Berufungskläger, Anschluß-
berufungsbeklagten und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

1. den Gastwirt Sebastian M [REDACTED],
 2. den Landwirt Anton M [REDACTED] jun.,
- beide in F [REDACTED] bei W [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten, Anschluß-
berufungskläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 22. Dezember 1959 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Großmann sowie der Bundesrichter Artl,
Dr. Dorschel, Dr. Mezger und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivil-
senats des Oberlandesgerichts in München vom
15. Januar 1959 wird auf Kosten der Beklagten
zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger zu 1, sein Bruder Anton und deren Schwester, die Beklagte zu 1, haben im Jahre 1919 ihren Vater Sebastian M. beerbt, während ihre übrigen Geschwister durch Vermächtnisse mit sogenannten Kindergeldern abgefunden wurden, die auf den nachgelassenen Grundstücken dinglich zu sichern, zu verzinsen und allmählich zu tilgen waren. Zu dem Nachlaß gehörten ein landwirtschaftlicher Betrieb, eine Metzgerei, eine Gastwirtschaft, eine Brauerei und ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen. Der Kläger zu 1, sein Bruder Anton und der Ehemann der Beklagten zu 1, Carl L., schlossen sich bereits im Jahre 1920 unter der Firma Gebr. M. & L. zu einer offenen Handelsgesellschaft zusammen und betrieben unter dieser Firma die zum Nachlaß gehörenden Unternehmen weiter. Der gesamte Nachlaß wurde in die Bücher und Bilanzen der Gesellschaft aufgenommen, obwohl der Grundbesitz im Gesamteigentum und später Miteigentum der drei Erben verblieben war. Auch die sogenannten Kindergelder wurden in den Bilanzen als Verpflichtungen der Gesellschaft aufgeführt. Sie wurde nach dem Tode des im Jahre 1939 verstorbenen Ehemannes der Beklagten zu 1 an dessen Stelle mit der Beklagten zu 1 und ihren Söhnen, den Beklagten zu 2 und 3, fortgesetzt.

Am 11. August 1955 verkauften die drei Erben nach Sebastian M. eine Teilfläche eines zum Nachlaß gehörenden Grundstücks für 16 000 DM. Am gleichen Tage kaufte der Beklagte zu 3 namens der Gesellschaft durch notariell beurkundeten Vertrag eine noch nicht vermessene Teilfläche von ca. 0,2726 ha eines Grundstücks Plan Nr. 50 zum Preise von 4000 DM, und zwar, wie die Kläger behaupten, unter Entrichtung des Kaufpreises aus dem für das am gleichen Tage verkaufte Teilgrundstück erzielten Erlös. Der Anspruch auf Auflassung des für die Gesellschaft angekauften Grundstücks wurde durch Vormerkung gesichert. Am 26. Juni 1956 trafen die drei Erben unter Beteiligung der Beklagten zu 2 und 3 und des Klägers zu 2, Anton M. jun., vergleichsweise im Zuge der Auseinanderset-

zung der Erbengemeinschaft nach Sebastian M. und einer teilweisen Auseinandersetzung hinsichtlich des Vermögens der Gesellschaft vor der Kammer für Handelssachen des Landgerichts in Traunstein eine Vereinbarung, die zu gerichtlichem Protokoll niedergelegt wurde.

Nach Abschnitt Nr. I 1 dieser Vereinbarung erhalten die Beklagten "die Brauerei in F., bestehend aus dem Brauereigebäude mit allen Aktiven und Passiven ab 1. Januar 1954, und zwar gehören hierzu folgende Grundstücke":

(Es folgen die näher bezeichneten Grundstücke und Grundflächen)

Anschließend heißt es in der Vereinbarung:

- "2. Sämtliche übrigen Grundstücke außer den in Ziff. 3 noch näher bezeichneten Grundstücken gehen in das Alleineigentum der Herren Anton und Sebastian M. über.
 3. Das sogenannte alte Elektrizitätswerk mit dazugehörigem Grund verbleibt im Eigentum der im übrigen unter den gleichen Gesellschaftern wie bisher weiter bestehenden offenen Handelsgesellschaft M. & L., desgleichen damit im Zusammenhang stehende Rechte.
- XII. Die Herren Sebastian und Anton M. garantieren dafür, daß keine anderen Verbindlichkeiten bestehen als diejenigen, welche in die Bücher eingetragen sind.
- XIII. Die Parteien sind sich auch darüber einig, daß der Stamm L. (gemeint sind hiermit die Beklagte zu 1 und ihre beiden Söhne, die Beklagten zu 2 und 3, sämtliche Aktiven und Passiven der oHG übernommen hat mit Ausnahme derjenigen Vermögensobjekte, die den Herren Anton und Sebastian M. sowie der oHG selbst hinsichtlich des Elektrizitätswerks, und zwar letzteres mit Wirkung ab 26.6.56 zuerkannt sind."

Beim Abschluß dieses Vergleichs war das Grundstück Plan Nr. 50 mit der an die Gesellschaft verkauften Teilfläche im Grundbuch noch auf den Namen der Verkäuferin eingetragen. Die Beklagten sind daher der Auffassung, der Anspruch auf Erwerb dieser Teilfläche gehöre zu den Aktiven der Gesellschaft, die von ihnen übernommen worden seien.



Die Kläger vertreten den Standpunkt, die Beklagte zu 1 sei auf Grund des Vergleichs zur Auflassung der Nachlaßgrundstücke Plan Nr.238 1/2 (0,105 ha) und 238 1/3 (0,001 ha) verpflichtet, da sie nicht zu Nr.I 1 des Vergleichs aufgeführt seien, und sind ferner der Ansicht, unter die Bestimmung zu Nr.I 2 des Vergleichs, wonach Anton und Sebastian M. die übrigen Grundstücke zugewiesen seien, gehöre auch die für die Gesellschaft angekaufte Teilfläche, da sie bereits als für die Gesellschaft erworben gegolten habe und im übrigen auch aus dem Erlös für das am gleichen Tage verkaufte Nachlaßgrundstück bezahlt worden sei. Sie machen ferner geltend, der Vergleich sei dahin zu verstehen, daß die in den Bilanzen der Gesellschaft als deren Verbindlichkeiten aufgeführten Verpflichtungen zur Zahlung von Kindergeldern mit deren Passiven ebenfalls von den Beklagten übernommen worden seien.

Um diese zwischen den Parteien umstrittenen Fragen einer Klärung zuzuführen, haben die Kläger entsprechende Feststellungsanträge in dem vorliegenden Rechtsstreit neben anderen inzwischen in der Hauptsache erledigten Anträgen gestellt.

Die Beklagten haben dagegen im einzelnen eingewandt: In dem Vergleich sei ihnen die Brauerei zugesprochen und damit seien auch die beiden Nachlaßgrundstücke Plan Nr.238 1/2 und 238 1/3, die stets als sogenannte Quellgrundstücke als der Brauerei zugehörig angesehen worden seien, zugewiesen worden. Wenn diese Grundstücke auch seit einiger Zeit nicht mehr für das von der Brauerei benötigte Wasser in Anspruch genommen würden, so seien sie doch in Notfällen für die Brauerei von großer Bedeutung. Die Grundstücke würden im übrigen auch nicht etwa landwirtschaftlich genutzt. Zu den von ihnen übernommenen Aktiven der Gesellschaft gehöre auch das Anwartschaftsrecht auf Erwerb des Eigentums an der Teilfläche aus dem Grundstück Plan Nr.50. Die sogenannten

Kindergelder stellten Verpflichtungen der drei Miterben nach Sebastian M. aus Anlaß eines Erbauseinandersetzungsvertrages dar. Sie gehörten deshalb nicht zu den von den Beklagten übernommenen Passiven der Gesellschaft. Bei den Verhandlungen am 26. Juni 1956 habe der Kläger zu 2 Anton M. mit Zustimmung des Klägers zu 1 zudem ausdrücklich erklärt, daß die Kindergelder bei den Verbindlichkeiten, die zur Feststellung der in Rede stehenden Werte ziffernmäßig aufgestellt worden seien, nicht mitgerechnet werden dürften, da die Kindergelder von den Klägern allein getragen würden. Daraufhin seien die Passiven der Gesellschaft nicht mit 561 000 DM, wie es bei Hinzurechnung der Kindergelder der Fall hätte sein müssen, sondern nur mit rund 500 000 DM der Wertfeststellung zugrunde gelegt worden. Es sei auch von allen Beteiligten immer wieder betont worden, daß die Kindergelder nicht eine Schuld der Gesellschaft, sondern eine Schuld der Miterben darstelle.

Das Landgericht hat festgestellt, daß die Beklagte zu 1 zur Auflassung der Grundstücke Plan Nr. 238 1/2 und 238 1/3 an die Kläger verpflichtet sei, und ferner, daß die in den Bilanzen und ordentlichen Jahresabschlüssen der Gesellschaft regelmäßig unter dem Posten Kindergelder aufgeführten Verpflichtungen auf Grund des Auseinandersetzungsvergleichs von den Beklagten übernommen seien. Es hat dagegen den Feststellungsentrag der Kläger hinsichtlich der Teilfläche von Plan Nr. 50 abgewiesen.

Gegen dieses Urteil haben die Beklagten Berufung und die Kläger Anschlußberufung eingelegt. Das Berufungsgericht hat unter Zurückweisung der Berufung der Beklagten auf die Anschlußberufung festgestellt, daß die Beklagten verpflichtet seien, die von der Gesellschaft angekaufte Teilfläche aus dem Grundstück Plan Nr. 50 an die Kläger aufzulassen.

Mit der Revision erstreben die Beklagten die Abweisung der Feststellungsanträge, während die Kläger um Zurückweisung der Revision bitten.

Die Parteien haben sich in der mündlichen Revisionsverhandlung damit einverstanden erklärt, daß die in ihren Schriftsätzen vom 14. und 16. Dezember 1959 etwa angeführten neuen Tatsachen sowie die Protokolle der Kammer für Handelssachen des Landgerichts Traunstein vom 7. Juli und 18. Juli 1958 mit den dazu gehörigen Anträgen aus den Akten HRA Aibling I 51 des Amtsgerichts Traunstein bei der Entscheidung berücksichtigt werden sollen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat den zur Frage der Kindergelder von den Klägern als Zeugen benannten Handelsrichter P., der an den Vergleichsverhandlungen vom 26. Juni 1956 teilgenommen hat, vernommen und kommt im Wege der Auslegung des Auseinandersetzungsvergleichs zu dem Ergebnis, daß die Kläger Anspruch auf die zum Nachlaß gehörenden Grundstücke Plan Nr. 238 1/2 und 238 1/3 sowie auf die von der Gesellschaft vor dem Vergleich angekaufte Teilfläche aus dem Plan Nr. 50 haben und daß die Verpflichtungen der Erbengemeinschaft zur Zahlung von Kindergeldern auf die Gesellschaft übergegangen sind. Da es sich hierbei um die Ermittlung des Parteiwillens und die Auslegung eines Individualvertrages handelt, kommt es für die Revisionsinstanz darauf an, ob dem Berufungsgericht hierbei ein Rechtsverstoß unterlaufen ist. Das ist entgegen der Auffassung der Revision nicht der Fall.

1. Das Berufungsgericht hat bei der Wiedergabe des Inhalts des Vergleichs festgestellt, daß den Beklagten die Brauerei mit einer Reihe im einzelnen aufgeführten Grundstücke und den Klägern alle sonstigen Grundstücke zugewiesen worden sind. Wenn es damit festgestellt hat, daß auch der Kläger zu 2 unmittelbar durch den Vergleich Rechte gegen die Beklagten erworben hat, so ist auch für die Revisionsinstanz hiervon auszugehen. Denn die Beklagten haben diese Feststellung nicht angegriffen.

Das Berufungsgericht unterstellt, daß die umstrittenen beiden Grundstücke früher einmal zur Brauerei gehört haben, weil ihre Quellen damals das für sie benötigte Wasser lieferten. Das sei aber, wie die Kläger im einzelnen dargelegt hätten, schon seit vielen Jahren nicht mehr der Fall und gegenüber dieser Darstellung hätten die Beklagten schließlich geschwiegen. Vor allem aber stelle der Auseinandersetzungsvergleich vom 26. Juni 1956 das Ergebnis vorbereiteter und, wie die vor dem Senat durchgeführte Beweisaufnahme ergeben habe, dann über zehn Stunden hin geführter Verhandlungen dar, mit dem die Beteiligten eine ebenso erschöpfende wie endgültige Regelung hätten treffen wollen. Der Senat habe daher, wie schon das Landgericht, keinen Zweifel, daß der Vergleich den Vertragswillen der Beteiligten vollständig und richtig wiedergebe. Wenn also im Absatz I Nr.1 die den Beklagten zugedachten Grundstücke im einzelnen aufgeführt und in Nr.2 alle übrigen Grundstücke, sofern sie nicht zu dem gemeinsam weiter zu betreibenden Elektrizitätsversorgungsunternehmen gehörten, den Klägern zugewiesen wurden, dann lasse das nur den Schluß zu, daß auch die hier umstrittenen beiden Grundstücke, die weder unter Absatz I Nr.1 des Vergleichs mit aufgeführt seien noch zu dem Elektrizitätsversorgungsunternehmen gehörten, nunmehr eben in das alleinige Eigentum der Kläger übergehen sollten.

Die Revision macht demgegenüber geltend, nach dem Vergleich sollten die Beklagten die Brauerei mit allen Aktiven und Passiven und den dazugehörigen Grundstücken erhalten. Angesichts dieser eindeutigen Regelung habe es einer besonderen Aufführung der beiden Quellgrundstücke selbst unter Berücksichtigung der Tatsache, daß von diesen Grundstücken seit einigen Jahren das Wasser nicht mehr für die Brauerei entnommen werde, nicht bedurft. Die Grundstücke stünden nämlich in enger Verbindung mit der Brauerei und stellten geradezu einen lebenswichtigen Bestandteil dieser dar, so daß in der Aufführung "Brauereigrundstück" in dem Vergleich schlechthin diese Grundstücke mitenthalten seien.

Die Auslegung des Berufungsgerichts ist jedoch möglich und auch aus anderen Gründen rechtlich nicht zu beanstanden. Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe nicht beachtet, daß selbst das Brauereigrundstück im Vergleich nicht näher (grundbuchmäßig) bezeichnet worden sei und daß deshalb die Beklagten von der Auffassung hätten ausgehen müssen, daß alles, was zur Brauerei gehöre, ihnen auch zufalle, zumal die Grundstücke auch heute noch in Notfällen für die Brauerei Bedeutung hätten, ist unbegründet. Denn es ist ausgeschlossen, daß das Berufungsgericht den von der Rüge der Revision in Bezug genommenen Wortlaut des Vergleichs in Abschnitt I Nr.1 übersehen haben könnte, zumal die Beklagten in ihren Schriftsätzen den Anspruch der Kläger gerade unter Hinweis auf diesen Wortlaut des Vergleichs abzuwehren versucht haben. Ob die beiden Grundstücke im Notfalle für die Brauerei von Bedeutung werden könnten, ist für die Auslegung des Vergleichs nicht entscheidend. Das Berufungsgericht brauchte sich mit dieser Möglichkeit nicht auseinanderzusetzen, da es nicht verpflichtet war, alle Erwägungen, die die Beklagten für ihren Standpunkt geltend gemacht hatten, in dem Urteil zu erörtern. Die frühere, Jahre zurückliegende Benutzung der Grundstücke für die Brauerei hat das Berufungsgericht zudem ausdrücklich erwähnt.

Wenn der Teil des Grundstücks, auf dem sich das Brauereigebäude befindet, nicht in der weiteren Aufzählung der näher bezeichneten Grundstücke enthalten ist, so kann sich dies daraus erklären, daß das Grundstück, welches die Beklagten erhalten sollten, durch das Wort "Brauereigebäude" in Nr.1 hinreichend gekennzeichnet war und daß, wie die Kläger unwidersprochen vorgetragen haben, es sich insoweit um einen noch nicht vermessenen Teil eines größeren Grundstücks handeln soll, das im übrigen den Klägern nach der Bestimmung in I 2 des Vergleichs zufallen soll. Es ist kein Rechtsfehler, wenn das Berufungsgericht sich nicht ausdrücklich auch mit diesem Gesichtspunkt auseinandergesetzt hat, sondern für

die Auslegung des Vergleichs den Wortlaut der zu Nr. I 1 und 2 niedergelegten Bestimmungen und dabei insbesondere die Aufführung der Grundstücke, die danach den Beklagten zufallen sollten, als wesentlich und entscheidend angesehen hat.

Die Ansicht der Revision, die Auslegung des Berufungsgerichts verstoße gegen Denkgesetze, ist hiernach sachlich nicht gerechtfertigt.

2. Das Berufungsgericht hält den Anspruch der Kläger auf die für die Gesellschaft am 11. August 1955 angekaufte noch zu vermessende Teilfläche aus dem Grundstück Plan Nr. 50 aus folgenden Erwägungen für begründet: Diese Grundstücksfläche sei zwar beim Abschluß des Vergleichs ebenso wenig an die Gesellschaft aufgelassen und auf sie umgeschrieben gewesen wie das heute der Fall sei. In der Vorstellung der oberbayerischen Bevölkerung finde der Eigentumswechsel am Grundbesitz aber bereits mit der notariellen Beurkundung des Kaufvertrages, mit der "Verbriefung" statt, mit der häufig auch schon die Bezahlung des Kaufpreises einhergehe, wie das hier der Fall gewesen sei, und jedenfalls zähle jeder zu seinem Grundbesitz auch diejenigen Grundstücke, auf deren Erwerb er in Wirklichkeit erst eine auf solche Weise gegründete Anwartschaft habe. Wenn die Beteiligten in Absatz I 2 des Vergleichs daher vereinbart haben, daß "sämtliche übrigen Grundstücke" in das alleinige Eigentum der Kläger übergehen sollten, so haben sie nach der Überzeugung des Senats damit auch die Teilfläche aus dem Grundstück Plan Nr. 50 gemeint.

Auch diese Auslegung ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Die Revision hat zwar darin recht, daß der Auflassungsanspruch im Zeitpunkt des Abschlusses des Vergleichs der Gesellschaft zugestanden hat und deshalb ein Aktivum dieser Gesellschaft bildete. Daraus ergibt sich jedoch noch nicht zwingend, daß der Anspruch auf dieses

Grundstück einer besonderen Erwähnung in Absatz I Nr.2 des Vergleichs bedurft hätte. Das Berufungsgericht hat zwar diesen Gesichtspunkt nicht ausdrücklich verneint, es kann aber daraus nicht gefolgert werden, daß es eine solche Möglichkeit nicht geprüft und gegen Denkgesetze verstoßen habe. Denn auch hier ist darauf hinzuweisen, daß die Beklagten ihren gegenteiligen Standpunkt immer wieder darauf gestützt haben, die Teilfläche habe ein Aktivum der Gesellschaft gebildet. Wenn das Berufungsgericht bei der Auslegung des Vergleichs zu einem den Beklagten ungünstigen Ergebnis gelangt ist, so liegt die Beurteilung dieser Frage doch auf dem dem Tatrichter vorbehaltenen Gebiet der Ermittlung des Parteiwillens und der Tragweite der in dem Vergleich getroffenen Vereinbarungen. Einen Rechtsfehler hat die Revision auch durch den Hinweis nicht aufzuzeigen vermocht, das Berufungsgericht habe nicht auf die Auffassung abstellen dürfen, die bezüglich des Eigentumsüberganges bei der oberbayerischen Bevölkerung herrsche. Das Revisionsgericht ist daher an die Auslegung des Berufungsgerichts gebunden. Infolgedessen muß die Revision der Beklagten auch in diesem Punkt erfolglos bleiben.

3. Was die Verpflichtungen auf Zahlung von Kindergeld anlangt, so hat das Berufungsgericht dazu folgendes festgestellt: Das Beweisergebnis des zweiten Rechtszuges habe jeden Zweifel an ihrer Übernahme durch die Beklagten beseitigt. Diese Verbindlichkeit sei zwar zunächst eine der Miterben nach Sebastian M. sen. gewesen. Der Umstand, daß sie jahrzehntelang als eine solche der "alten" M. & L. OHG behandelt worden sei, könnte seine Bedeutung dadurch verloren haben, daß ihre Zins- und Tilgungsraten, was zwischen den Parteien unstreitig zu sein scheine, in den letzten Jahren vor dem Abschluß des Auseinandersetzungsvergleichs allein von dem Kläger zu 1 und seinem Bruder Anton getragen worden seien. Aber der Verlauf und das Ergebnis der am 26. Juni 1956 zwischen den Parteien geführten Verhandlungen

lasse, wie in der Aussage des Zeugen P. deutlich hervortrete, keine andere Deutung zu, als daß die Beklagten mit den Verbindlichkeiten der bezeichneten Gesellschaft auch jene Kindergelder übernommen haben. Zunächst hätten sie sich gegen ein Ansinnen dieses Inhalts freilich noch gewehrt, worauf der Punkt einstweilen noch zurückgestellt worden sei. Dann habe aber ihr eigener Anwalt die Sprache wieder auf die Kindergelder gebracht und schon damals geltend zu machen versucht, daß es sich bei ihnen in Wirklichkeit um eine Verbindlichkeit der Erben nach Sebastian M. handle, und darauf sei von der Gegenseite sowohl wie von den mitwirkenden Richtern stets mit dem Hinweis erwidert worden, das ändere nichts daran, daß sie durch jahrzehntelange Übung und den in dieser Übung zutage getretenen übereinstimmenden Willen der Beteiligten zu einer Verbindlichkeit der Gesellschaft geworden seien. Damit sei deutlich geworden, daß die Kläger und der Vater des Klägers zu 2, Anton M., nachdrücklich an dem Verlangen festhielten, zu den von den Beklagten zu übernehmenden Verbindlichkeiten der Gesellschaft sollten auch die Kindergelder gehören. Wenn die Beklagten sich demgegenüber dann schließlich zu der umfassenden Formulierung in Absatz XIII des Vergleichs - "Die Parteien sind sich darüber einig, daß der Stamm Laib sämtliche ... Passiven der OHG übernommen hat ..." - entschlossen haben, ohne dabei noch irgendwelche Vorbehalte zu machen oder die Frage der Kindergelder sonst noch einmal aufzugreifen, dann könne das nur dahin verstanden werden, daß sie ihren anfänglichen Widerstand aufgegeben und sich diesem Verlangen nunmehr gebeugt haben. Genauso sei ihr Verhalten von den übrigen Beteiligten und den mitwirkenden Richtern verstanden worden, zumal die einander gegenüberstehenden Parteien in den letzten Stunden der Vergleichsverhandlungen sich überhaupt großzügig näher gekommen seien und umgekehrt auch der Stamm M. Ansprüche auf Verzinsung des ihm zugestandenen baren Auseinandersetzungsguthabens aufgegeben habe, welche die Kindergelder weit überwögen.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe aus dem Verlauf der Vergleichsverhandlung und der Aussage des Zeugen P. Folgerungen gezogen, ohne dabei zu bedenken, daß es noch andere Schlußfolgerungen gebe. Es hätte sich damit auseinandersetzen müssen. Der Zeuge P. habe nicht nur bekundet, daß die Frage der Kindergelder, obwohl schon in den ersten Stunden der Vergleichsverhandlungen angeschnitten, immer wieder zurückgestellt worden sei, sondern ferner, daß nach seiner Erinnerung es möglich sei, daß einer der Kläger gesagt habe, die Kindergeldangelegenheit bringen wir schon in Ordnung. Dieses von dem Zeugen bekundete Verhalten der Parteien lasse aber nicht den Schluß zu, daß die Parteien damit alle Fragen der Kindergelder bereinigt hätten. Wenn sie auch in den letzten Stunden der Vergleichsverhandlungen sich "großzügig näher" gekommen seien, so spreche dies nicht für die vom Berufungsgericht getroffene Folgerung. Im Gegenteil, dies lasse eher den Schluß zu, daß infolge der Anstrengung der Vergleichsverhandlungen nicht mehr über alles gesprochen worden sei und man sich, gestützt auf die Bemerkung des Klägers, eine spätere Regelung stillschweigend vorbehalten habe. Wenn der Anwalt der Beklagten immer wieder geltend gemacht habe, die Kindergelder gehörten nicht zu den Passiven der Gesellschaft, sondern seien eine Verpflichtung der Erbengemeinschaft, und wenn dagegen die bei dem Vergleich mitwirkenden Richter eine andere Auffassung vertreten haben, so sei damit noch nicht gesagt, daß die Beklagten von ihrem bisher vertretenen Standpunkt abgerückt seien. Dieser Schluß könne nicht etwa daraus gezogen werden, daß sie sich nachher zu der Formulierung in Absatz XIII des Vergleichs bereiterklärt haben, zumal die Beklagten nach den eigenen Einlassungen eines der Kläger hätten annehmen müssen, die Kindergeldangelegenheit werde noch getrennt geregelt werden.

Mit diesen Erwägungen kann die Revision deshalb nicht durchdringen, weil sie sich gegen die Auslegung von Willens-

erklärungen richten, für deren Bedeutung das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß den Gang der Vergleichsverhandlungen und die dabei zum Ausdruck gebrachten Auffassungen herangezogen hat. Es kommt in diesem Rechtszuge nicht darauf an, ob die Erwägungen des Berufungsgerichts zwingend sind, sondern allein darauf, ob die Auslegung der Vereinbarung auf einem Rechtsverstoß beruht, weil das Berufungsgericht dabei wesentliche Umstände außer acht gelassen habe. Das ist jedoch mit den Bedenken der Revision gegen die Auslegung nicht dargetan. Ein solcher Verstoß gegen Auslegungsgrundsätze und die Verpflichtung, das Auslegungsmaterial vollständig zu berücksichtigen, ist nicht darin zu sehen, daß das Berufungsgericht sich nicht mit der Bekundung des Zeugen P. [REDACTED] insoweit ausdrücklich auseinandergesetzt hat, als dieser es als möglich bezeichnet hat, daß einer der Kläger gesagt habe, die Kindergeldangelegenheit bringen wir schon in Ordnung. Wenn eine solche Äußerung während der Verhandlungen gefallen ist, so wäre daraus noch nicht zwingend zu schließen, daß diese Frage schließlich durch den Vergleich nicht mitgeregelt worden ist. Abgesehen davon ist aber zu berücksichtigen, daß der Zeuge nur die Möglichkeit einer solchen Äußerung bekundet hat. Schon deshalb war das Berufungsgericht nicht genötigt, diesen Umstand dahin zu werten, daß die Behandlung der Kindergelder in dem Vergleich nicht mitgeregelt worden sei.

Schließlich rügt die Revision auch zu Unrecht, das Berufungsgericht habe § 286 ZPO deshalb verletzt, weil es unterlassen hat, sich mit einem Vorbringen der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vom 23. Oktober 1958 auseinanderzusetzen. Wie das Protokoll über diese Verhandlung ergibt, haben die Beklagten Rechtsanwalt Dr. B. [REDACTED] in der Verhandlung als Zeugen dafür benannt, daß an Hand der Berechnungen, die bei den Vergleichsverhandlungen vom 26. Juni 1956 angestellt worden seien, die Kindergelder von den übernommenen Passiven ausgenommen worden seien. Diese Behauptung war nicht neu; sie war mit wechselnden Beweis-

angeboten bereits in früheren Schriftsätzen der Beklagten vorgetragen worden, nämlich bereits im ersten Rechtszuge in dem Schriftsatz vom 13. November 1957 unter Benennung des Rechtsanwalts Dr. Sp. [REDACTED] als Zeugen und in der Berufungsbegründung vom 27. September 1958 S.3 unter Benennung des Wirtschaftsprüfers Dr. S. [REDACTED] als Zeugen. Die Kläger haben dazu ausführlich Stellung genommen und zwar in dem Schriftsatz vom 14. Februar 1958 S.7 und sodann gegenüber der Benennung des Zeugen Dr. S. [REDACTED] in dem Schriftsatz vom 17. Oktober 1958 S.8 darauf hingewiesen, daß er an den Vergleichsverhandlungen nicht teilgenommen habe. Daraufhin haben die Beklagten in der mündlichen Verhandlung vom 23. Oktober 1958 Rechtsanwalt Dr. B. [REDACTED] als Zeugen benannt, der die Beklagten im ersten Rechtszuge vertreten und auch an dem Termin vom 27. November 1958, in dem der Zeuge Handelsrichter P. [REDACTED] vernommen worden ist, teilgenommen hat. Es ist nicht ersichtlich, aus welchem Grunde die Vernehmung von Rechtsanwalt Dr. B. [REDACTED] unterblieben ist. Darauf kommt es aber nicht an. Da in diesem Termin vor dem Berufungsgericht durch Vernehmung des Handelsrichters P. [REDACTED] über die Frage Beweis erhoben wurde, daß die Kindergelder mit den Passiven der OHG übernommen werden sollten, wären die Beklagten verpflichtet gewesen, die Vernehmung des anwesenden Rechtsanwalt Dr. B. [REDACTED] erneut zu beantragen, wenn sie auf dessen Zeugnis noch Wert gelegt hätten. Die Revision hat nicht behauptet, daß dies geschehen sei. Schon deshalb kann dem Berufungsgericht nicht der Vorwurf gemacht werden, daß es von der Vernehmung des Zeugen Dr. B. [REDACTED] Abstand genommen hat. Abgesehen davon steht die unter Beweis gestellte Behauptung auch nicht der Würdigung entgegen, die das Berufungsgericht dem Gang der Verhandlungen und dem niedergelegten Vergleichsprotokoll hat zuteil werden lassen.

Nach alledem ist die Auslegung des Berufungsgerichts aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

II. Der Vergleich vom 26. Juni 1956 ist in einem registergerichtlichen Beschwerdeverfahren vor der so in dem Protokoll bezeichneten 5. Zivilkammer des Landgerichts geschlossen worden, die mit dem Vorsitzenden und zwei Handelsrichtern besetzt war. Wie die vorliegende Ausfertigung des Vergleichs weiter ergibt, ist die Niederschrift nach Vorlesung und Genehmigung nur von dem Vorsitzenden und dem Urkundsbeamten unterschrieben worden. Im Geltungsbereich des § 177 FGG muß aber das Protokoll von den Beteiligten unterschrieben werden (§ 177 Abs.1). Da diese Form nicht gewahrt ist und der Vergleich Verpflichtungen enthält, das Eigentum an Grundstücken zu übertragen, erhebt sich die Frage, ob er ordnungsgemäß beurkundet worden ist und ob der Vergleich einem gerichtlich oder notariell beurkundeten Vertrag im Sinne des § 313 BGB gleichsteht.

Nach ständiger Rechtsprechung steht ein im Erkenntnisverfahren abgeschlossener und in der vorgeschriebenen Form (§§ 159, 160 Abs.2 und Abs.3, §§ 162, 163 ZPO) niedergeschriebener Vergleich einem gerichtlich oder notariell beurkundeten Vertrag in der Form gleich (RGZ 165, 161, 162; BGHZ 14, 381, 386, 387). Dagegen ist noch nicht völlig geklärt, in welchem Umfang und in welcher Form Vergleiche vor den Gerichten der freiwilligen Gerichtsbarkeit abgeschlossen werden können (BGH aaO S. 389). Das Verfahren vor dem Beschwerdegericht richtete sich gegen einen Beschluß des Amtsgerichts - Registergerichts -, in dem auf Antrag von Anton M. sen. und Sebastian M. als Mitgesellschafter der offenen Handelsgesellschaft Gebr. M. und L. gemäß §§ 146 Abs.2 HGB, 145 FGG ein Liquidator für die Gesellschaft bestellt worden war. Zur Entscheidung über die Beschwerde war nach § 19 FGG das Landgericht und nach § 30 FGG die bei diesem gebildete Kammer für Handelsachen zuständig. Der Vergleich betraf nicht nur die Einwände gegen die Bestellung des Liquidators, sondern umfaßte auch weitere Streitpunkte zwischen den Beteiligten. Er diente aber mit seinem vollen Inhalt der Beilegung des Be-

schwerdeverfahrens und hält sich daher im Rahmen dieses Verfahrens auch insoweit, als er den Gegenstand des Beschwerdeverfahrens nicht unmittelbar betrifft. Da für die Niederlegung von Vergleichen in einem handelsregisterlichen Beschwerdeverfahren keine besonderen Vorschriften getroffen sind, hängt die Formgültigkeit des Vergleichs davon ab, ob auf seine Beurkundung die Vorschriften des 10. Abschnittes des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit anzuwenden sind. Enthält der Vergleich, wie hier, die Verpflichtung, Eigentum an Grundstücken zu übertragen, so wird im Schrifttum schon aus diesem Grunde die Beurkundung des Vergleichs nach den strengen Vorschriften der §§ 168 ff FGG verlangt (vgl. Josef, Der Vergleich im echten Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Gruchot 48, 557, 566; Schlegelberger, FGG Komm. 7. Aufl. Vorbem. 4 vor §§ 167 ff; wohl auch Keidel FGG 7. Aufl. Anm. 6 vor § 8 und Anm. 2 d. zu § 168). Dagegen wird im Schrifttum auch die Meinung vertreten, daß im Hinblick auf das Fehlen einer besonderen Vorschrift für Vergleiche im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, abgesehen von besonders geregelten Verfahren, das Schweigen des Gesetzes dahin verstanden werden könnte, daß an Form nicht mehr erforderlich sei, als sich aus der Forderung nach Sicherheit des Rechtsverkehrs ergebe; dazu wäre nur die Unterschrift des Richters und eines etwa zugezogenen Schriftführers erforderlich. Hierfür könne auch sprechen, daß der Gesetzgeber in den Fällen, in denen er in streitähnlichen Verfahren auf die Zivilprozeßordnung verwiesen habe, wohl nicht eine geringere, sondern eher eine strenge Form habe vorschreiben wollen (so Müller, Der Vergleich in Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, JZ 1954, 17, 18 l. Sp.). Ob dieser Auffassung gefolgt werden kann, bedarf hier jedoch keiner weiteren Erörterung. Denn es wäre im Ergebnis nicht anders zu entscheiden, wenn der hier zu beurteilende Vergleich formungültig wäre.

Ein Rechtsgeschäft ist zwar, wenn es der gesetzlich vorgeschriebenen Form ermangelt, regelmäßig nichtig (§ 125

Satz 1 BGB). In Ausnahmefällen können aber die Nichtigkeitsfolgen mit dem das ganze Recht beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) in Widerspruch stehen. Die Rechtsprechung hat unter diesem Gesichtspunkt anerkannt, daß eine Vertragspartei sich auf den Formmangel dann nicht berufen kann, wenn dies unter Berücksichtigung ihres bisherigen Verhaltens mit dem allgemeinen Rechtsempfinden schlechterdings unvereinbar ist. Das kann z.B. dann der Fall sein, wenn sie selbst lange Zeit die Leistungen des anderen Vertragsteils entgegen genommen und Vorteile aus dem Vertrag gezogen hat und unter Berufung auf den Formmangel nunmehr ihre Verpflichtungen nicht erfüllen will (vgl. RGZ 153,59,60,61; 169,65,73; 170,203,205; BGHZ 12,286,303,304; 16,334,336,337; 23,249,255,256; auch der erkennende Senat hat sich dieser Rechtsprechung angeschlossen, vgl. Urteil vom 5. Februar 1957 - VIII ZR 27/56 -). Nach dieser Rechtsprechung ist die Berufung auf den Formmangel ausnahmsweise dann unzulässig, wenn es nach den Beziehungen der Parteien und den gesamten Umständen Treu und Glauben widerspricht, die Vertragsansprüche am Formmangel scheitern zu lassen.

Das Berufungsgericht hat zwar den Sachverhalt unter diesem Gesichtspunkt nicht gewürdigt. Keine der Parteien hatte sich auf eine Formungültigkeit des Vergleichs berufen. Diese Frage ist jedoch von Amts wegen zu prüfen. Der erkennende Senat ist auch dazu in der Lage, aus dem Inhalt des Vergleichs und dem unstreitigen Vorbringen beider Parteien genügend Umstände zu entnehmen, welche geeignet sind, die in der Revisionsinstanz von beiden Parteien vertretene Auffassung zu rechtfertigen, daß sie sich jedenfalls nach Treu und Glauben nicht auf die Unwirksamkeit des Vergleichs berufen könnten. Diese Umstände führen dazu, von Amts wegen dem etwaigen Mangel der Form ausnahmsweise die Rechtsfolge der Nichtigkeit mit Rücksicht von Treu und Glauben zu versagen.

In dem Vergleich haben die Beteiligten im Zuge der Auseinandersetzung einer Erbgemeinschaft und der teilweisen Liquidation einer offenen Handelsgesellschaft die von ihr früher betriebenen Unternehmen den Beteiligten zugeteilt mit Ausnahme des Elektrizitätswerks und des dazugehörigen Grundbesitzes. Nach diesem Vergleich ist die Brauerei mit dem dazugehörigen Grundbesitz den Beklagten zugeteilt, während den Stämmen Anton M. und Sebastian M. sämtliche übrigen Grundstücke überlassen wurden. Wie unstreitig ist, gehören dazu ein landwirtschaftlicher Betrieb, eine Gastwirtschaft und eine Metzgerei. Abgesehen von Streitigkeiten über die Auslegung dieses Vergleichs haben die Beteiligten die Unternehmen der vereinbarten Verteilung entsprechend unter eigener Verantwortung weitergeführt. Sie haben sodann am 18. Juli 1958 in einer gerichtlich beurkundeten und auch von den Beteiligten unterschriebenen Niederschrift im Vollzuge des Vergleichs vom 26. Juni 1956 Erklärungen abgegeben und weitere Vereinbarungen getroffen. In dieser Niederschrift ist die Auflassung näher bezeichneter Grundstücke zugunsten des Beklagten zu 3 einerseits und zugunsten des Klägers zu 2 andererseits und auch zugunsten von beiden erklärt und der grundbuchliche Vollzug dieser Rechtsänderung beantragt worden. Wenn auch hierdurch die Streitigkeiten der Beteiligten über die sich aus dem Vergleich für sie ergebenden Rechtsfolgen nicht berührt werden sollten, so haben sie sich jedoch gegenseitig durch diese Vollziehung des Vergleichs weitere Vorteile verschafft und auf dieser Grundlage Vereinbarungen getroffen, deren Rückgängigmachung, wenn sie überhaupt möglich sein sollte, mit Treu und Glauben nicht zu vereinbaren ist. Unter diesen besondern Umständen muß ausnahmsweise zur Vermeidung schlechthin untragbarer Ergebnisse etwaigen Mängeln der Form die Rechtsfolge der Nichtigkeit versagt werden.

III. Somit erweist sich die Revision als unbegründet. Sie war daher mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Großmann Artl Dr. Dorschel Dr. Mezger Dr. Messner