

V ZR 196/58

Verkündet am 28. September 1960
Symalla, Justizhauptsekretär als
Urkundsbeamter der Geschäfts-
stelle

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

In dem Rechtsstreit

der Ehefrau Leni R [REDACTED] geb. S [REDACTED], Bad G [REDACTED]
[REDACTED], F [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagten und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Ehefrau Anni B [REDACTED] geb. S [REDACTED], S [REDACTED],
B [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte, Berufungsklägerin und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 28. September 1960 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Tasche sowie der Bundesrichter
Dr. Augustin, Dr. Piepenbrock, Dr. Rothe und Offterdinger
für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil
des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Köln vom 2. Oktober 1958 wird zurückgewiesen.
Die Klägerin hat die Kosten ihres Rechtsmittels
zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien sind Schwestern und mit ihrem inzwischen verstorbenen Bruder Wilhelm S. zu gleichen Teilen Miterben an dem Nachlaß ihrer 1951 verstorbenen Schwester Gertrud. Die Beklagte wurde von der Erblasserin zur Testamentsvollstreckerin eingesetzt mit der Verpflichtung, den Nachlaß nach Erfüllung der Vermächtnisse und Auflagen an die Miterben zu verteilen. Die Geschwister haben in der Folgezeit vergeblich versucht, die Beklagte durch das Gericht als Testamentsvollstreckerin abberufen zu lassen.

Wesentlicher Teil des Nachlasses war ein in K. stationiertes Kaffeehausschiff "D. E.", das nicht im Schiffsregister eingetragen ist. Es war als Trajektschiff für die Schelde 1878 erbaut und später zu dem gleichen Zweck in K. verwendet worden; 1945 versenkt, wurde es vom Ehemanne der Erblasserin wieder gehoben und zu einem Kaffeehaus umgebaut. Er erhielt die Erlaubnis, das Schiff während der jährlichen Saison am D. E. in K. ankern zu lassen. Den Kaffeehausbetrieb hat die Beklagte als Testamentsvollstreckerin im eigenen Namen weitergeführt und die Konzession auf sich umschreiben lassen.

Zum Zwecke der Auseinandersetzung des Nachlasses kam es 1953 zwischen der Beklagten und dem Schausteller E. zu Verkaufsverhandlungen; die Beklagte wollte für das Schiff 25 000 DM haben. E. erklärte sich damals bereit, 15 000 DM in bar zu zahlen und 10 000 DM in Wechseln zu geben. Die Verhandlungen führten aber zu keinem Ergebnis.

Im Frühjahr 1954 gab die Beklagte dem Gerichtsvollzieher S. in K. den Auftrag, das Schiff im Wege freiwilliger öffentlicher Versteigerung zu verkaufen. Der ursprünglich

auf den 10. April 1954 festgesetzte und bekanntgegebene Termin zur Versteigerung wurde auf Grund einer von den Geschwistern der Beklagten erwirkten einstweiligen Verfügung abgesetzt und auf den 15. April verlegt. Mit Schreiben vom 10. April hatte Ehrhardt der Beklagten mitgeteilt, er erneuere sein Angebot zum freihändigen Ankauf des Schiffes mit den alten Bedingungen. Er erschien auch zum Termin vom 15. April und wiederholte sein Angebot. Die Beklagte lehnte aber eine Verschiebung der Versteigerung ab und forderte E., allerdings vergeblich, auf ein Gebot in der Versteigerung zu machen. Sie erzielte mit ihrem Höchstgebot von 8 300 DM den Zuschlag; der Gerichtsvollzieher übertrug ihr das Schiff zu Eigentum.

Die Geschwister der Beklagten, nämlich ihr Bruder und die Klägerin, behaupten, die Beklagte habe absichtlich einen freihändigen Verkauf an E. verhindert, weil sie selbst unter allen Umständen das Schiff zum billigsten Preis habe erwerben wollen. Ihr Verhalten stehe im Widerspruch mit ihren Pflichten als Testamentsvollstreckerin. Die Versteigerung sei daher unwirksam. Zum mindesten sei die Beklagte verpflichtet, wegen nicht ordnungsgemäßer Führung der Geschäfte als Testamentsvollstreckerin den Unterschiedsbetrag zwischen 25 000 DM und 8 300 DM = 16 700 DM in den Nachlaß zu zahlen.

Die beiden Geschwister der Beklagten haben als Kläger beantragt:

- a) festzustellen, daß die Versteigerung des Schiffes nichtig sei,
- b) hilfsweise die Beklagte zu verurteilen, 16 700 DM nebst 4 % Zinsen seit 23. Juli 1954 an sie zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie behauptet, E. sei nie ein ernsthafter Interessent für den Kauf gewe-



sen, weil er kein hinreichendes Kapital besessen habe. Er sei als angeblicher Kaufliebhaber von ihren Geschwistern vorgeschoben worden. Ihr Gebot liege über dem tatsächlichen Werte des Schiffes, das im Zeitpunkt der Versteigerung 6 500 DM wert gewesen sei. Es sei nachträglich von einem Schiffssachverständigen auf 7 400 DM geschätzt worden. Sie habe ihre Pflichten als Testamentsvollstreckerin gewahrt. Bei einem freihändigen Verkauf wäre kein höherer Preis erzielt worden.

Das Landgericht hat der Klage mit dem Hauptantrag (Feststellung der Nichtigkeit) stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten wurde das Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen.

Gegen dieses Urteil haben die ursprünglichen beiden Kläger Revision eingelegt. Wilhelm S. ist alsdann verstorben, seine Erben haben die Revision zurückgenommen.

Die Klägerin R. beantragt:

- a) Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht,
- b) hilfsweise Aufhebung des Urteils und Feststellung der Nichtigkeit der Versteigerung, hilfsweise Verurteilung der Beklagten zur Zahlung an die Klägerin in Höhe von 8 350 DM nebst Zinsen,
- c) hilfsweise Aufhebung des Urteils sowie des ihm zu Grunde liegenden Verfahrens und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Die Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision. Der Senat hat eine Auskunft des Oberlandesgerichtspräsidenten in Köln eingeholt. Sie war wie die dienstliche Stellungnahme des Vorsitzenden des 1. Zivilsenats in Köln Gegenstand der Revisionsverhandlung.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Revision rügt in erster Linie, das Berufungsgericht sei nicht ordnungsgemäß besetzt gewesen.

Die letzte mündliche Verhandlung vor dem Berufungsgericht fand am 3. Juli 1958 statt. An ihr nahm als Vorsitzender nicht der zum ordentlichen Vorsitzenden des Senates bestellte Vizepräsident Dr. H. [REDACTED] teil, sondern dessen Stellvertreter, Oberlandesgerichtsrat R. [REDACTED].

Die Revision behauptet, ein Fall des § 66 GVG habe nicht vorgelegen. Der Vizepräsident sei weder durch Krankheit oder Urlaub noch sonstwie vorübergehend an der Teilnahme verhindert gewesen. Infolge seiner Belastung durch Verwaltungsgeschäfte sei er vielmehr, wie im Jahre 1957, so auch im Jahre 1958 nur in der Lage gewesen, in etwa 1/5 aller anstehenden Sachen selbst den Vorsitz zu führen. Alle sieben Termine im vorliegenden Rechtsstreit hätten unter dem Vorsitz des Oberlandesgerichtsrates R. [REDACTED] stattgefunden. Der Vizepräsident habe lediglich eine Verfügung (Schreiben an ein auswärtiges Gericht um Vernehmung eines Zeugen) unterzeichnet. Die Gründe, die in der Entscheidung des IV. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 12. November 1958 (BGHZ 28, 338) zur Verneinung der Ordnungsmäßigkeit der Besetzung des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln geführt hätten, müßten deshalb auch im vorliegenden Falle der Revision zum Erfolg verhelfen.

Aus der vom Senat eingeholten Auskunft des Oberlandesgerichtspräsidenten in Köln, in Verbindung mit der dienstlichen Äußerung des Vizepräsidenten, ergibt sich, daß dieser als Vorsitzender des 1. Zivilsenats in der Zeit vom 1. Januar bis 15. Mai 1958, abgesehen von sonstiger Rechtsprechungstätigkeit

(Anberaumung von Verhandlungsterminen, Bestimmung des Berichterstatters, Mitwirkung in Beschlusssachen), an 13 von insgesamt 34 Terminstagen teilgenommen hat. Am 16. Mai 1958 erkrankte der Oberlandesgerichtspräsident und mußte bis Ende des Jahres und darüber hinaus in der Führung der Verwaltungsgeschäfte voll von dem Vizepräsidenten des Oberlandesgerichts vertreten werden. Dieser war dadurch nicht in der Lage, den Vorsitz im 1. Zivilsenat im geplanten Umfange zu führen. Er nahm im Mai an zwei, im Juni und Juli 1958 nur noch an je einer Sitzung teil. Ausweislich der Gerichtsakten hat er im vorliegenden Rechtsstreit den Berichterstatter bestimmt, den ersten Verhandlungstermin angesetzt, mehrere Ersuchschreiben an auswärtige Gerichte unterzeichnet und schließlich (GA Bl. 261 R und 264 R) am 26. April neuen Termin auf den 12. Juni 1958 anberaumt, diesen Termin aber am 7. Mai 1958 auf den 3. Juli 1958 verlegt. An Sitzungen hat er in diesem Verfahren nicht teilgenommen.

Der Revision kann nicht gefolgt werden, daß bei dieser Sachlage der 1. Zivilsenat des Oberlandesgerichts in Köln in der Verhandlung vom 3. Juli 1958 nicht ordnungsgemäß besetzt gewesen sei.

Nach §§ 62, 117 GVG hat den Vorsitz im Senat des Oberlandesgerichts entweder der Oberlandesgerichtspräsident zu führen, wenn er sich dem Senat angeschlossen hat, oder der von der Versammlung der Präsidenten des Gerichtes zum Vorsitzenden des Senats bestimmte (Vize-) Senatspräsident. Mit dieser Regelung wollte der Gesetzgeber, wie das Reichsgericht und der Bundesgerichtshof unter Zustimmung des Schrifttums wiederholt ausgesprochen haben, die Stetigkeit und Einheitlichkeit der Rechtsprechung gewährleisten (RGZ 132, 301; BGHSt 2, 71, 73; BGHZ 9, 291, 292; 10, 130, 131; 15, 135, 137; 16, 254, 256; 20, 355, 359; ZZR 71, 117; Stein/Jonas/Schönke, ZPO 17. Aufl. § 551 Fußn. 4; Wieczorek, ZPO § 62 GVG B I). Dieser

Aufgabe wird ein Vorsitzender nur gerecht, wenn er an der Rechtsprechung seines Senates in dem hiernach notwendigen Umfange selbst teilnimmt (BGHZ 28, 338, 340/41). Solche Erwägungen schließen allerdings nicht aus, daß der Vorsitzende, wenn er verhindert ist, zeitweilig durch einen Oberlandesgerichtsrat vertreten wird (§ 66 Abs. 1 GVG). Das darf aber immer nur vorübergehend und aushilfsweise, also nicht dauernd oder für eine unbestimmte und unabsehbare Zeit geschehen (BGHZ 10, 130, 133; 20, 254, 256; RGZ 119, 284; 126, 245 f). Andernfalls ist der vom Gesetz gewiesene Weg (§ 63 Abs. GVG) zu gehen.

Es kann dahinstehen, ob die Beteiligung des ordentlichen Vorsitzenden des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln an der Rechtsprechung seines Senates für die Zeit vom 1. Januar bis 15. Mai 1958 den gesetzlichen Anforderungen in dem oben der gelegten Ausmaße gerecht wurde und ob eine ordnungsmäßige Besetzung des Senats zu verneinen wäre, wenn innerhalb dieser Zeitspanne der ordentliche Vorsitzende mit Rücksicht auf seine sonstige Arbeitsbelastung an einer Sitzung nicht hätte teilnehmen können. Denn er war jedenfalls vom 16. Mai 1958 ab im Sinne des § 66 Abs. 1 GVG verhindert, den Vorsitz im 1. Zivilsenat in dem erforderlichen Umfange zu führen, weil der Oberlandesgerichtspräsident am 16. Mai erkrankte und der Vizepräsident während der Dauer der Erkrankung die Verwaltungsgeschäfte des Präsidenten als dessen Vertreter wahrzunehmen hatte (§§ 8, 13 VO vom 20. März 1935 BGBl III 26). Diese Mehrbelastung mußte den Vizepräsidenten naturgemäß außer Stande setzen, seiner Aufgabe als Vorsitzender des 1. Zivilsenats voll gerecht zu werden, ohne daß es dabei von Bedeutung sein kann, ob er bis dahin an der Rechtsprechung des Senates in gebotenem Umfange teilgenommen hatte oder nicht.

Die durch die Erkrankung des Oberlandesgerichtspräsidenten bedingte Verhinderung des ordentlichen Senatsvorsitzenden durfte freilich keine unabsehbare werden. Deshalb bestand für die Versammlung der Präsidenten des Oberlandesgerichts die Verpflichtung, nach angemessener Zeit zu prüfen, ob mit einer baldigen Dienstaufnahme des Oberlandesgerichtspräsidenten gerechnet werden könne, und gegebenenfalls gemäß § 63 Abs. 2 GVG den Vorsitz im 1. Zivilsenat neu zu regeln (BGHZ 20, 254; Urteil des erkennenden Senats vom 21. Dezember 1956, V ZR 43/55). Eine solche Überprüfung war indessen im vorliegenden Falle v o r Beginn der Gerichtsferien nicht geboten. Die letzte Berufungsverhandlung fand aber vor Beginn der Gerichtsferien statt. Nach alledem stellt die Geschäftsbelastung des ordentlichen Senatsvorsitzenden, hervorgerufen durch die Erkrankung des Oberlandesgerichtspräsidenten und die dadurch erforderlich gewordene Wahrnehmung der Verwaltungsgeschäfte, im Zeitpunkt der letzten Berufungsverhandlung eine vorübergehende Verhinderung im Sinne des § 66 Abs. 1 GVG dar, welche die Nichtausübung des Vorsitzes an diesem Tage rechtfertigt. Die Teilnahme des regelmäßigen Stellvertreters des Vorsitzenden entsprache demnach dem Gesetz.

Die Entscheidung des IV. Zivilsenats (BGHZ 28, 338) steht nicht entgegen, weil sie einen anders gelagerten Sachverhalt betrifft.

In der Revisionsverhandlung ist von der Klägerin noch vorgebracht worden, die Ordnungsmäßigkeit der Besetzung des 1. Zivilsenats in Köln in der Sitzung vom 3. Juli 1958 müsse schon deshalb verneint werden, weil der Senat von Anfang an nicht dem Gesetz entsprechend gebildet worden sei. Man habe es nämlich bei der Geschäftsverteilung für das Jahr 1958 bei der Regelung des

Vorsitzes im 1. Zivilsenat für das Jahr 1957 belassen, obwohl der zum ordentlichen Vorsitzenden bestellte Vizepräsident infolge seiner sonstigen Arbeitsbelastung im Jahre 1957 nur in etwa 1/5 aller Termine den Vorsitz habe ausüben können. Dem kann nicht zugestimmt werden. Es entspricht freilich nicht dem Gesetz, einen ordentlichen Vorsitzenden zu bestellen, wenn bereits bei der Bestellung feststeht, daß er diese Aufgabe nicht werde ausführen können. In einem solchen Falle ist dem Gesetz nur scheinbar genügt. In Wirklichkeit ist das älteste Senatsmitglied zum Vorsitzenden bestellt, das Gesetz umgangen (BGHZ 9, 291, 293; RG JW 1928, 1302). Ob eine derartige Sachlage gegeben ist, ist Tatfrage. Die Revision behauptet nun selbst nicht, daß schon bei der Neubestellung des Senatsvorsitzenden festgestanden habe, daß er den Vorsitz im Senat nie oder selten ausüben könne. Andererseits rechtfertigt, entgegen der Meinung der Revision, der Umstand, daß die Handhabung des Vorsitzes im Jahre 1957 nicht dem Gesetz entsprach (BGHZ 28, 338) nicht ohne weiteres den Schluß, daß das Festhalten an der bisherigen Lösung eine Gesetzesumgehung bedeute. Die Inanspruchnahme des Vizepräsidenten durch Verwaltungsgeschäfte brauchte nämlich (aus der Sicht der Verhältnisse zur Zeit der Aufstellung des Geschäftsverteilungsplans Ende des Jahres 1957 beurteilt) im Jahre 1958 nicht den Grad zu erreichen, die Arbeitsverhältnisse mußten also nicht die gleichen sein, wie dies 1957 der Fall war. Tatsächlich hat denn auch der Senatsvorsitzende in der Zeit vom 1. Januar bis 15. Mai 1958 an rund 2/5 aller Sitzungen teilgenommen; insoweit war gegenüber 1957 eine nicht unwesentliche, wenn auch tatsächlich für eine ordnungsmäßige Besetzung des Senats noch nicht genügende Veränderung eingetreten. Unter diesen Umständen fehlt es für eine Feststellung dahingehend, daß schon bei der Neubestellung des Senatsvorsitzenden sicher festgestanden habe, der Vorsitz im 1. Zivilsenat werde im Geschäftsjahr 1958 nicht dem

Gesetz entsprechend geführt werden können, an ausreichenden tatsächlichen Unterlagen.

II.

Nach der Überzeugung des Berufungsgerichts hat bei der Versteigerung ein Interessenkonflikt auf Seiten der Beklagten nicht vorgelegen. Sie habe mit der Versteigerung auch nicht die Grundsätze ordnungsgemäßer Führung ihrer Geschäfte als Testamentsvollstreckerin verletzt. Gewiß habe sie ein erhebliches eigenes Interesse am Erwerb des Schiffes gehabt. Ein Interessenkonflikt wäre aber nur dann gegeben gewesen, wenn die Veräußerung an andere Interessenten möglich gewesen wäre, die nicht nur gewillt, sondern auch wirtschaftlich in der Lage gewesen wären, einen höheren Preis zu zahlen, als ihn die Beklagte für tragbar hielt. In diesem Falle hätte die Gefahr für die Beklagte bestanden, daß sie das Interesse der Erben an einem möglichst hohen Erlös hinter das eigene Interesse an einem preiswerten Erwerb des Schiffes zurücksetzte. Ehrhardt habe nicht als ernsthafter und zahlungsfähiger Reflektant angesehen werden können, weshalb die Beklagte berechtigt gewesen sei, sein Angebot vor der Versteigerung unbeachtet zu lassen. Da sich, wie die Beweisaufnahme ergeben habe, Ehrhardt um die Verwirklichung von Kreditzusagen, die ihm sein Geschäftspartner S. besorgt hatte, nicht bemüht habe, müsse angenommen werden, daß ihm die erforderlichen Sicherheiten nicht zur Verfügung gestanden hätten oder daß er zumindest nicht ernsthaft an einem Kauf des Schiffes interessiert gewesen sei. Die Beklagte habe ihrerseits aber auch nachgewiesen, daß sie im Zeitpunkt des Versteigerungstermins berechtigten Anlaß gehabt habe, an der Ernsthaftigkeit des Angebotes von Ehrhardt und an seiner hinreichenden wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit für einen freien Ankauf zu zweifeln und daher dem Angebot keine Bedeutung beizumessen. In der Versteigerung des

Schiffes liege also keine pflichtwidrige Handlung der Testamentsvollstreckerin. Der Ersteigerungspreis sei zudem kein zu niedriges Entgelt.

1. Die Revision sieht in diesen Ausführungen eine Verletzung des § 181 BGB. Sie meint, das Berufungsgericht hätte in erster Linie prüfen müssen, ob die Bestellung des Gerichtsvollziehers zum Bevollmächtigten der Testamentsvollstreckerin und der Verkauf des Schiffes durch ihn an die Beklagte die Anwendung dieser Vorschrift ohne Rücksicht auf das Vorhandensein eines Interessenkonfliktes rechtfertige.

Hierzu ist zunächst zu bemerken:

Der Ankauf des Kaffeehausschiffes fand im Wege der freiwilligen öffentlichen Versteigerung "auf Grund §§ 753 - 2042 - Bürgerl. Gesetzbuch zur Aufhebung der Gemeinschaft"
... "nach den Vorschriften über den Pfandverkauf (§§ 1234 bis 1240 Bürgerl. Gesetzbuch)" - Protokollabschrift GA Bl. 40 - statt. Im Schrifttum wird die Meinung vertreten, durch die besondere Regelung der §§ 456 - 458 BGB, die das Mitbieten bestimmter Personen bei öffentlichen Versteigerungen untersagen, sei § 181 BGB in diesem Bereich verdrängt worden (Jaeger, KO 6. und 7. Aufl., § 126 Anm. 3; Planck, Recht der Schuldverhältnisse, 4. Aufl. § 456 Anm. 4; andererseits RGRK BGB 11. Aufl. § 456 Anm. 3 und Staudinger/Ostler, Schuldrecht 11. Aufl. § 456 Randn. 1). Folgt man dieser Auffassung, so kann gegen die Gültigkeit der Versteigerung und den Eigentumserwerb durch die Beklagte aus § 181 BGB kein Bedenken abgeleitet werden. Zu dieser, soweit ersichtlich, vom Bundesgerichtshof bisher nicht behandelten Streitfrage braucht indes abschließend nicht Stellung genommen zu werden. Denn auch vom Boden der Meinung aus, daß § 181 BGB durch die erwähnten Sondervorschriften nicht verdrängt wird, kann der Revision kein Erfolg werden.

Eine unmittelbare Anwendung des § 181 BGB auf den festgestellten Sachverhalt scheidet schon deshalb aus, weil die Beklagte nicht Vertreterin der Erben war, sondern auf Grund ihrer Berufung durch die Erblasserin zur Testamentsvollstreckerin kraft Amtes tätig wurde. Es kann daher nicht davon gesprochen werden, daß sie als Vertreter der Erben in deren Namen einen Unterbevollmächtigten aufgestellt und mit diesem in eigenem Namen den Kaufvertrag über das Schiff abgeschlossen habe. Die Revision beruft sich zu Unrecht für ihre Auffassung auf den Beschluß des erkennenden Senates vom 9. Juli 1956 (BGHZ 21, 229, 231). Dort ist freilich ausgesprochen, daß die Zulässigkeit eines Insichgeschäftes nicht davon abhängig zu machen sei, ob ein Interessenkonflikt bestehe oder nicht; maßgebend sei vielmehr die Art des Zustandekommens eines Geschäftes. Da, wie bemerkt, der Verkauf im Wege einer freiwilligen Versteigerung den Tatbestand des § 181 BGB nicht erfüllt, weil die Beklagte nicht Vertreterin der Erben ist, kann somit, betrachtet man das Zustandekommen des Vertrages, von einer unmittelbaren Anwendung des § 181 BGB nicht gesprochen werden.

Wollte man aber die Grundsätze sinngemäß zur Anwendung bringen, die dann gelten, wenn ein Bevollmächtigter einen Untervertreter bestellt und mit diesem ein Geschäft im eigenen Namen für eigene Rechnung abschließt, so ergäbe sich nicht ohne weiteres schon die Nichtigkeit des Versteigerungsgeschäfts. Die Rechtsprechung hat für diese Fälle die Anwendung des § 181 BGB verneint, weil der Untervertreter auf Grund eigener Willensentschließung tätig werde und nicht, wie beim Insichgeschäft, ein einziger Willensakt vorliege (RGZ 108, 405). Es kann dahinstehen, ob dieser Auffassung im allgemeinen zu folgen ist. Denn wenn man zugunsten der Revision mit dem Schrifttum (Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. § 118 III 2 mit Fußn. 22 und vielen Nachweisen, RGRK BGB 11. Aufl. § 181 Anm. 20 und

Soergel/Siebert 9. Aufl. § 181 BGB Randn. 20). davon ausgeht, daß der Grundgedanke des § 181 BGB auch jenen Sachverhalt erfaßt (nämlich den Kauf des Bevollmächtigten von einem

von ihm dazu bestellten Unterbevollmächtigten), so besagt dies doch nur, daß ein solches Geschäft nichtig sein kann, wenn nicht ein Selbstkontrahieren gestattet ist. Wie der Bevollmächtigte nicht mehr Rechte an den Unterbevollmächtigten geben kann, als er selbst hat, so wird andererseits, wenn ihm das Selbstkontrahieren gestattet ist, das Rechtsgeschäft nicht allein schon dadurch ungültig, daß er einen Unterbevollmächtigten bestellt und mit ihm das Rechtsgeschäft vornimmt, statt es in eigener Person mit sich selbst vorzunehmen. Das verkennt die Revision, weil sie lediglich auf das Zustandekommen des Geschäftes ihr Augenmerk richtet, ohne zu untersuchen, ob der Beklagten nicht etwa das Insichgeschäft erlaubt war.

Hierzu ist aber zu bemerken:

Die Beklagte ist Miterbin und Testamentsvollstreckerin. Rechtsgeschäfte, die sie mit sich oder die sie mit einem von ihr bestellten Untervertreter über einen Nachlaßgegenstand schließt, müssen nicht ohne weiteres ungültig sein. Ein Testamentsvollstrecker, der selbst Miterbe ist, kann ein solches Rechtsgeschäft vornehmen, wenn das Geschäft einer ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses nicht widerspricht. Dann wird nämlich vermutet, daß der Erblasser das Insichgeschäft gestattet hat (BGHZ 30, 67 mit im wesentlichen zustimmender Anmerkung von von Lübtow JZ 1960, 151; ferner Kipp/Coing, Erbrecht 11. Aufl. § 68 V 2). Erfolgte der Verkauf im Zuge einer ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses, so ist demnach die Gestattung des Verkaufes durch den Erblasser anzunehmen und es konnte die Beklagte auch an sich verkaufen, sei es durch freihändigen Verkauf, sei es im Wege einer öffentlichen freiwilligen Versteigerung. Dann ist nämlich die Bestellung des

Gerichtsvollziehers zum Versteigerungsbeamten und damit zum Bevollmächtigten der Beklagten auch unter dem Gesichtspunkt des § 181 BGB nicht zu beanstanden. Zugleich ist damit aber auch eine Umgehungsabsicht der Beklagten verneint. Der Hinweis der Revision auf den Beschluß des Reichsgerichts vom 28. Juni 1905 (RGZ 61, 139) versagt. Durch die Entscheidung des erkennenden Senats (BGHZ 30, 67) ist nämlich die Würdigung des Insichgeschäftes eines Testamentsvollstreckers auf eine neue rechtliche Grundlage gestellt worden. Demgegenüber ist die Entscheidung des Reichsgerichts überholt. Damit erledigt sich auch der Einwand der Revision, der Verkauf sei schon deshalb ungültig, weil die Beklagte, die die Bedingungen der Versteigerung allein festgesetzt habe, mit gesteigert habe. Mit der Feststellung nämlich, daß es sich hier um ein Insichgeschäft handelt, ist die rechtliche Erörterung im Rahmen einer sinngemäßen Anwendung des § 181 BGB nicht abgeschlossen. Es bedarf der Prüfung, ob der Verkauf an die Beklagte im Wege der öffentlichen freiwilligen Versteigerung eine ordnungsgemäße Verwaltungshandlung darstellt und deshalb die Vermutung der Gestattung für sich hat.

2. Es hängt daher die Entscheidung von der Beantwortung der Frage ab, ob dem Versteigerungsgeschäft der Charakter einer ordnungsgemäßen Verwaltungshandlung zukommt. Da es sich hier um eine freiwillige öffentliche Versteigerung handelt, muß die Prüfung der Ordnungsmäßigkeit sich darauf erstrecken, ob die Art und der Zeitpunkt der Versteigerung geeignet waren, der Erledigung der Auseinandersetzung des Nachlasses zu dienen. Die Beklagte durfte sich auch nicht mit einem mäßigen Preis begnügen, wenn etwa bei vernünftiger Betrachtung der gegebenen Verhältnisse unter Berücksichtigung ihrer Kenntnisse und Fähigkeiten ein höherer Preis bei einem freihändigen Verkauf zu erzielen gewesen wäre (Lübtow aaO III 1; OGHZ 3, 242, 247; Staudinger/

Dittmar, BGB 9. und 10. Aufl. § 2204 Anm. 10 und § 2216 Anm. 2 bis 4; Oberlandesgericht Saarbrücken JZ 1953, 509 mit Anm. von Keidel).

a) Ohne Rechtsirrtum hat das Berufungsgericht das Vorhandensein einer Ordnungswidrigkeit in der Art der gewählten Verwertung verneint. Die Beklagte konnte als Testamentsvollstrekkerin das Schiff im Wege des Pfandverkaufs oder auch durch freihändigen Verkauf veräußern. Sie war aber auch berechtigt, den Weg der öffentlichen freiwilligen Versteigerung zu wählen und den Gerichtsvollzieher mit der Versteigerung zu beauftragen (vgl. Art. 38 PrFGG; dazu Schlegelberger FGG 7. Aufl. Band S. 889 Anm. 2). Sie mußte dabei allerdings auf berechnete Wünsche und Bedenken der Erben eingehen. Solche sind, abgesehen von der Berücksichtigung des E., von den Erben damals nicht vorgetragen worden. Die Beklagte mußte ferner für die Einhaltung einer ordnungsgemäßen Frist der Bekanntmachung und einer angemessenen Zwischenspanne zwischen der Aufforderung zur Abgabe von Geboten und der Beendigung der Versteigerung besorgt sein. Auch in dieser Hinsicht trägt die Revision keine Bedenken vor. Die Miterben hatten zudem stets auf baldige Veräußerung gedrängt und waren mindestens eine Woche vor dem Versteigerungstermin von der angesetzten Versteigerung benachrichtigt worden. Auch die Versteigerungsbedingungen, die, wie üblich, auf Barzahlung lauteten, haben seitens der Erben keine Bedenken hervorgerufen. Wenn die Revision hierzu vorträgt, die Beklagte habe für sich selbst Bedingungen bei der Versteigerung des Nachlasses schaffen können, deren Herbeiführung den Miterben verschlossen gewesen sei, weil sie auf die Umstände der Versteigerung keinen Einfluß hätten nehmen können, so schlägt dieser Einwand nicht durch; denn die Beklagte hat die Bedingung der Barzahlung eingehalten. Den Miterben hätte es freigestanden, sich an der Versteigerung zu beteiligen und durch Barzahlung das Schiff zu erwerben, wenn sie diese Bedingung hätten erfüllen können.

Das Berufungsgericht hat aber auch ohne Rechtsirrtum verneint, daß etwa die freiwillige Versteigerung zur Unzeit stattgefunden habe.

b) Daß ein freihändiger Verkauf außerhalb der Versteigerung kein höheres Ergebnis erbracht hätte, war, wie auch sonst die Voraussetzungen für eine Ordnungsmäßigkeit des Geschäftes, von der Beklagten zu beweisen (BGHZ 30, 69, 72). Manche Urteilsstellen legen den Verdacht nahe, daß das Berufungsgericht insoweit die Beweislast verkannt haben kann. Indessen berührt dies den Bestand des angefochtenen Urteils nicht. Denn das Berufungsgericht hat die Entscheidung nicht etwa darauf abgestellt, daß die (vermeintlich) beweispflichtigen Kläger den Beweis der Ordnungswidrigkeit nicht geführt hätten. Es hat vielmehr die Überzeugung gewonnen, daß "die Beklagte im Zeitpunkt der Versteigerung berechtigten Anlaß hatte, eine Ernsthaftigkeit des Angebotes von Ehrhardt und die hinreichende wirtschaftliche Durchführungsmöglichkeit zu einem freien Ankauf seinerseits für nicht gegeben zu halten und daher dem Angebot keine Bedeutung beizumessen". Es stellt sich lediglich als Folge dieser Überzeugung dar, wenn das Berufungsgericht andererseits feststellt, die Kläger hätten nicht bewiesen, daß zur fraglichen Zeit der Zeuge E. als zahlungsfähiger und damit ernsthafter Käufer für den freien Ankauf bei einer weiteren Verschiebung der Versteigerung in Betracht kam oder daß er doch zumindest in der Lage sei, die Mittel für den Ankauf entsprechend seinem Angebot in absehbarer Zeit aufzubringen. Das Berufungsgericht hat seine Überzeugung im einzelnen und eingehend begründet, u.a. mit der mangelhaften Glaubwürdigkeit dieses Zeugen, dem Fehlen ausreichender Kreditunterlagen und schließlich seinem Verhalten, insbesondere bei der Versteigerung. Es führt, damit wieder seine Überzeugung von der Ordnungsmäßigkeit der

Verwaltungshandlung zum Ausdruck bringend, abschließend aus, es sei unter diesen Umständen der Beklagten nicht zum Vorwurf zu machen, wenn sie den Versteigerungstermin nicht verschoben habe, zumal da andere Kaufinteressenten sich nicht gezeigt hätten. Die Durchführung der Veräußerung im Wege der freiwilligen Versteigerung sei als ein für die Beklagte als Testamentsvollstreckerin ordnungsgemäßer Verkauf der Sache zu werten.

c) Auch in diesem Zusammenhang erweisen sich die Bedenken der Revision nicht als begründet.

Soweit sie darauf hinweist, daß die Anwendung des § 181 BGB nicht eine festgestellte oder feststellbare Interessenkollision voraussetze, vielmehr schon die Gefahr eines solchen Konfliktes genüge, geht dieser Angriff schon deshalb fehl, weil es hier darauf ankommt, ob es sich um ein Geschäft einer ordnungsgemäßen Verwaltung handelt oder nicht.

Daß die Beklagte den Kaufpreis bei den Verhandlungen im Jahre 1953 sehr hoch ansetzte, um den Verkauf dem Zeugen E. zu verleiden, hat das Berufungsgericht selbst festgestellt (Urteilsabschrift S. 27). Es geht aber andererseits davon aus, daß die Beklagte ohne weiteres bereit war, dem Zeugen E. bei Barzahlung das Schiff zu überlassen, wenn er mehr geboten hätte als sie. Das Schreiben des E. vom 10. April 1954 hat das Berufungsgericht entgegen der Behauptung der Revision bei seinen Erörterungen in diesem Zusammenhang verwertet (Urteilsabschrift S. 22 und 26). Daß die Beklagte auf dieses Schreiben antwortete, sie hoffe, bei der Versteigerung einen noch höheren Preis zu erzielen, brauchte das Berufungsgericht nicht weiter in den Kreis seiner Erwägungen einzubeziehen, weil diese Bemerkung nicht unbedingt gegen eine Verkaufsbereitschaft der Beklagten spricht.

Das Berufungsgericht stellt fest, daß der Zeuge E [REDACTED] die von ihm behaupteten Barmittel tatsächlich nicht im Besitz gehabt habe. Die Revision hält dem entgegen, daß nach der Unterstellung des Berufungsgerichts die Ehefrau E [REDACTED] nach ihrer Behauptung 8 000 bis 9 000 DM zu Hause gehabt habe. Die Revision meint, damit sei der erstgenannten Feststellung des Berufungsgerichts der Boden entzogen. Das trifft aber nicht zu. Denn das Geld der Ehefrau E [REDACTED] war nach ihren Angaben für den Schiffskauf nicht bestimmt. Es sollte dafür keine Verwendung finden. Es stand daher auch als Barmittel nicht zur Verfügung. Daß der Zeuge E [REDACTED] einen Scheck von 5 000 DM bei der Versteigerung bei sich führte, hat das Berufungsgericht ebenfalls unterstellt. Da er aber der Beklagten nichts davon sagte, ist es schon aus diesem Grunde nicht berechtigt, wenn die Revision ausführt, die Beklagte hätte den Verteilungstermin verlegen müssen, um zu prüfen, ob E [REDACTED] zahlen werde. Aus der Unterlassung dieser Prüfung kann daher auch keine Schadensersatzverpflichtung der Beklagten hergeleitet werden.

Das Berufungsgericht hält unter Berufung auf eine Schätzung des beeidigten Sachverständigen B [REDACTED] den Preis von 8 300 DM nicht für zu niedrig. Eine Schätzung des Sachverständigen V [REDACTED] vom Jahre 1949 hält es dagegen für zu hoch. Es tat dies mit Bezugnahme auf das Baujahr des Schiffes, seine Reparaturbedürftigkeit und seine wechselvolle Beanspruchung. Entgegen der Auffassung der Revision fehlt es daher nicht an einer Begründung für die Zurückweisung dieser Schätzung. Der Vorwurf eines Verstoßes gegen das Prozeßgesetz (§ 286 ZPO) ist daher nicht begründet. Die Revision meint ferner, das Schiff hätte nicht nur nach seinem gegenständlichen Wert beurteilt werden dürfen. Es hätte nicht außer Betracht bleiben dürfen, daß es als Kaffeehaus für den Eigentümer eine gute Einnahmequelle abgebe. Dem steht jedoch entgegen, daß die Konzession für den Schank

betrieb immer nur für jeweils kurze Zeiträume erteilt wurde, so daß dem Eigentümer keine Gewähr dafür geboten war, daß ihm die Einnahmequelle über die jeweilige Saison hinaus für eine weitere Zukunft erhalten bleibe. Überdies handelt es sich, was den Wert des Schiffes anlangt, auch nur um eine Hilfsbegründung. Wenn in diesem Zusammenhang das Berufungsgericht eine Absicht der Übervorteilung der Erben seitens der Beklagten verneint, so ist auch dies nicht zu beanstanden. Im Rahmen der Prüfung, ob das Geschäft als Akt einer ordnungsgemäßen Verwaltung anzusehen war, spielte selbstverständlich auch die Prüfung der Absichten, die die Testamentsvollstreckerin mit der Vornahme des Geschäfts verfolgte, eine nicht geringe Rolle. Die Prüfung der Ordnungsmäßigkeit wird sogar bei einem Insichgeschäft in der Regel von der Untersuchung der Pläne und Absichten des Testamentsvollstreckers seinen Ausgang zu nehmen haben (vgl. für den grundbuchamtlichen Nachweis München JFG 21, 240, 242).

Das Berufungsgericht hat schließlich der Beklagten zugestanden, sie habe annehmen dürfen, daß E. zur Zahlung nicht in der Lage sei. Nach Auffassung der Revision hätte es das Berufungsgericht nicht bei der irrigen Annahme der Testamentsvollstreckerin bewenden lassen dürfen; es hätte eine Nachprüfung des Angebotes durch die Beklagten zur Voraussetzung der Ablehnung des Angebots machen müssen. Dabei übersieht die Revision aber, daß das Berufungsgericht die Nachprüfung selbst vorgenommen hat und dabei zu der Überzeugung gekommen ist, daß E. kein ernsthafter Bewerber war. Selbst wenn die Beklagte es also an einer eingehenden Nachprüfung hat fehlen lassen, so kann dies doch für die Entscheidung keine Bedeutung haben. Das Berufungsgericht hat demnach für die Frage der Ordnungsmäßigkeit nicht nur subjektive Vorstellungen der Beklagten beachtet, sondern die Sachlage einer objektiven Prüfung unterzogen. Das ist nicht zu beanstanden (Staudinger/Dittmar aaO § 2216 Anm. 4; RGZ 73, 26).

Lag nach alledem ein Geschäft im Rahmen der ordnungsgemäßen Verwaltung vor, so ist auch die Gestattung durch den Erblasser zu vermuten. Gegenbeweis ist nicht geführt worden. Das bedeutet, daß die Beklagte, wie sie selbst an sich hätte verkaufen können, auch einen Verkauf mittels einer freiwilligen Versteigerung und unter Zuhilfenahme des Versteigerungsbeamten tätigen konnte. Läßt man also eine sinngemäße Anwendung des § 181 BGB auf den Fall der Bestellung eines Vertreters (Versteigerungsbeamten) durch den Testamentsvollstrecker zu (vgl. hierzu RGRK BGB § 181 Anm. 21), so scheitert die von der Revision behauptete Nichtigkeit jedenfalls an der Gestattung des Insichgeschäfts.

Da es sich um ein, wie festgestellt, ordnungsgemäßes Geschäft des Testamentsvollstreckers handelt, kann auch von einer Schadensersatzpflicht (§ 2219 BGB) keine Rede sein.

Die Prüfung des angefochtenen Urteils läßt auch außerhalb der Revisionsrügen einen Rechtsirrtum zum Nachteil der Klägerin nicht erkennen. Die Revision kann daher keinen Erfolg haben.

Gemäß § 97 ZPO hat die Klägerin die Kosten ihres Rechtsmittels zu tragen. Mehrkosten, die durch die Einlegung der Revision auch seitens des früheren Mitklägers S. [REDACTED] entstanden sind, fallen diesem zur Last.

Dr. Tasche

Dr. Augustin

Dr. Piepenbrock

Rothe

Offterdinger