

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

ZPO §§ 415 Abs. 2, 445 Abs. 2;

Der Beweis dafür, daß der durch eine Urkundsperson
beurkundete Vorgang unrichtig beurkundet sei, kann
nicht durch Parteivernehmung geführt werden.

BGB § 178

Die Erklärung des Widerrufs eines Vertrags mangels
Vertretungsmacht eines Vertreters muß die Absicht
erkennen lassen, das Vorgehen des Vertreters ohne
Vertretungsmacht als rechtlich unwirksam zu behan-
deln (Bestätigung von RGZ 102, 24).

BGH, Urt. v. 22. Juni 1965 - V ZR 55/64 - Kammergericht
LG Berlin

17

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 55/64

URTEIL

Verkündet am
22. Juni 1965,
Symalla, Justiz-
hauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Eduard M [REDACTED] in B [REDACTED],
Bu [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

gegen

1. den Rechtsanwalt Dr. Alfred V [REDACTED]
in Mo [REDACTED] (Sch [REDACTED]), G [REDACTED] Rue [REDACTED],
2. den Universitätsdozenten Dr. Peter H. P [REDACTED]
in K [REDACTED], St [REDACTED] (En [REDACTED]),
3. Andrew-Odilo P [REDACTED] in Wi [REDACTED], O [REDACTED]
(Ka [REDACTED]), [REDACTED] W [REDACTED] Road,

sämtliche als Testamentsvollstrecker nach dem verstorbenen
Prof. Dr. med. Janos P [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -.

- 2 -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Juni 1965 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Augustin und der Bundesrichter Dr. Piepenbrock, Dr. Freitag, Dr. Mattern und Offterdinger für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 28. November 1963 im Kostenpunkt und insoweit, als zum Nachteil des Beklagten erkannt ist, aufgehoben. In diesem Umfang wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Kläger zu 1 und 2 waren 1960 neben dem Bankier Hans Se [REDACTED] Testamentsvollstrecker des verstorbenen Professors Dr. Johann (Janos) P [REDACTED]. Se [REDACTED] gab am 17. Mai 1960 in notarieller Urkunde vor dem Zeugen Notar Dr. Franz R [REDACTED] in B [REDACTED] folgendes Kaufangebot hinsichtlich der beiden Grundstücke Bu [REDACTED] Straße Nr. [REDACTED] und [REDACTED] in Be [REDACTED] ab:

"Ich bin zusammen mit Herrn Alfred V [REDACTED], ... Testamentsvollstrecker nach Herrn Dr. Johann P [REDACTED]. Herr Advokat V [REDACTED] hat mich zur Abgabe der nachstehenden Erklärungen telefonisch am endesgemeldeten Tage ermächtigt. Er wird die Vollmacht, die mich zur Abgabe der folgenden Erklärungen ermächtigt, in gehöriger Form nachbringen.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Ich, Hans Se[REDACTED], handelnd in meiner vorgenannten Eigenschaft, mache hierdurch Herrn Eduard M[REDACTED], ... oder einem von Herrn Eduard M[REDACTED], ebengenannt, oder der Firma H[REDACTED]-Immobilien, GmbH, Be[REDACTED] [REDACTED], Kur[REDACTED] [REDACTED], zu benennenden zahlungsfähigen Rechtssubjekt das Angebot zum Abschluß des nachstehenden

Kaufvertrags.

§ 1

Die ungeteilte Erbengemeinschaft nach Herrn Dr. Johann P[REDACTED], bestehend aus:

- a) Herrn Dr. Peter P[REDACTED], ...,
 - b) Fräulein Honoria P[REDACTED], ...,
 - c) Herrn Andrew-Odilo P[REDACTED], ...,
- alle Vorgenannten volljährig,

verkauft an Herrn Eduard M[REDACTED] oder die Firma H[REDACTED]-Immobilien GmbH oder ein von Herrn Eduard M[REDACTED], ebengenannt, zu benennendes zahlungsfähiges Rechtssubjekt, die folgenden Grundstücke, eingetragen im Grundbuch von Lü[REDACTED]viertel,

- A) Band [REDACTED], Blatt [REDACTED], Gemarkung Be[REDACTED] Bu[REDACTED]-[REDACTED] Straße [REDACTED],
- B) Band [REDACTED], Blatt [REDACTED], Gemarkung Be[REDACTED] Bu[REDACTED]-[REDACTED] Straße [REDACTED].

§ 2

Der Kaufpreis beträgt DM 1.250.000,--.

§ 3

Der Kaufvertrag kommt zustande, falls die Preisstelle für Grundbesitz ihre Zustimmung zum Verkauf der beiden vorgenannten Grundstücke erteilt hat und falls die Wohnsiedlungsgenehmigung vorliegt.

Die Einholung der Genehmigungen hat Herr Dr. Paul Z[REDACTED] Rechtsanwalt und Notar, ... einzuholen. Er hat das Vorliegen der Genehmigungen Herrn Hans Se[REDACTED], vorgenannt, durch Einschreibebrief mitzuteilen. Der Kaufpreis von DM 1.250.000,-- ist innerhalb einer Woche nach Vorliegen der zwei Genehmigungen auf das Konto

der Firma Hans Se[REDACTED]-Schü[REDACTED] & Co. beim Bankhaus B. Me[REDACTED] S[REDACTED]. Sohn & Co., F[REDACTED] a[REDACTED] Mai[REDACTED], N[REDACTED] Ma[REDACTED] Straße [REDACTED]-[REDACTED], zu Gunsten des Herrn Dr. Paul Z[REDACTED], vorgenannt, und zwar auf dessen Anderkonto zu bezahlen. Herr Dr. Z[REDACTED] wird mit Konvertierung des Betrags in Sch[REDACTED]-franken beauftragt.

§ 4

Die Erbengemeinschaft nach Herrn Dr. Johann P[REDACTED] ist verpflichtet, die auf der Liegenschaft Band [REDACTED] Blatt [REDACTED] in Abteilung II eingetragenen Rechte, nämlich Vorkaufsrecht für "Mondiale" Handels- und Verwaltungs-Aktiengesellschaft zu Eschen und die Nacherbfolge nach Fräulein Honoria P[REDACTED] löschen zu lassen.

Die Erbengemeinschaft ist weiter verpflichtet, die in Abteilung III auf den beiden vorgenannten Liegenschaften eingetragenen Lasten löschen zu lassen. Diese Verpflichtung ist erfüllt, falls der geschuldete Betrag für den Erwerber bei Herrn Dr. Paul Z[REDACTED] hinterlegt ist.

Die Zahlung des Kaufpreises hat, selbst wenn die Genehmigungen vorliegen jedoch erst zu erfolgen, wenn die Erbengemeinschaft ihre Verpflichtung, die beiden Liegenschaften lastenfrei zu übergeben, erfüllt hat und falls die Grundstücke von Mietern geräumt sind.

§ 5

.....

§ 6

Ist die Zahlung des Kaufpreises nicht innerhalb einer Woche nach Vorliegen der Genehmigungen erfolgt, so kann die Erbengemeinschaft ohne Fristsetzung entweder von ihrem Angebot zurücktreten oder Erfüllung verlangen, beides unter Vorbehalt von Schadensersatzansprüchen.

§ 7

Die Übergabe der verkauften Grundstücke erfolgt mit der Bezahlung des Kaufpreises. Von diesem Tag an gehen die Nutzungen und Lasten sowie die Gefahr eines zufälligen Untergangs oder einer zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über.

.....

§ 10

Die beiden Testamentsvollstrecker nach Herrn Dr. Johann P. [REDACTED] ermächtigen Herrn Dr. Paul Z. [REDACTED], ... nach Einbezahlung des Betrags von DM 1.250.000,-- sowie der Kosten bei ihm, sie bei der Auflassung der vorgenannten zwei Grundstücke zu vertreten, die Eintragung des Eigentumsübergangs an Herrn Eduard M. [REDACTED] oder die Firma H. [REDACTED]-Immobilien GmbH oder an das von Herrn Eduard M. [REDACTED], ebengenannt, zu benennende zahlungsfähige Rechtssubjekt, zu bewilligen und zu beantragen"

In der Urkunde ist weiter protokolliert:

"Sodann ist erschienen:

Herr Eduard M. [REDACTED], ... und hat mir erklärt:

Ich nehme das vorstehende Angebot hiermit an.

Beide Komparenten haben mir erklärt:

Wir verpflichten uns, zu formellen Änderungen dieser Urkunde in gehöriger Form mitzuwirken."

Der Mittestamentsvollstrecker Dr. P. [REDACTED] gab am 11. Juli 1960 in Lo [REDACTED] die Erklärung ab, er genehmige in seiner Eigenschaft als Mittestamentsvollstrecker den zwischen Se [REDACTED] und M. [REDACTED] abgeschlossenen Kaufvertrag. Dieselbe Erklärung gab Dr. Vo [REDACTED] am 20. Juli 1960 in Mo [REDACTED] ab.

Nach verschiedenen Vorsprachen des Beklagten bei der zuständigen Preisgenehmigungsbehörde, dem Senator für Bau- und Wohnungswesen in Be[REDACTED], teilte diese Behörde am 5. Juli 1960 der H[REDACTED]-Immobilien GmbH in Berlin folgendes mit:

"Betr.: Grundstück Bu[REDACTED] Straße [REDACTED] und [REDACTED],
Verwaltungsbezirk T[REDACTED]

Vorg.: Schreiben vom 4.7.60

Auf ihre Anfrage und mehrfach geführten Besprechungen teile ich Ihnen mit, daß für Grundstücke in diesem Teil der Bu[REDACTED] Straße Preise über 300 DM/Quadratmeter bis heute nicht erzielt worden sind. Ich wäre aber bereit, in Anbetracht der von Ihnen vorgetragenen Gründe und nochmaligen Prüfung bei Abschluß eines Kaufvertrags über das o.a. Grundstück ausnahmsweise nach § 3 der Preisstopverordnung einen Kaufpreis für das Bauland bis 400 DM und für das Vorgartenland 50 DM/Quadratmeter zuzulassen."

Die in diesem Schreiben genannten Preise sind geringer als der vereinbarte Kaufpreis. Der Beklagte teilte diese Erklärung Se[REDACTED] am selben Tag mit folgendem Schreiben mit:

"Ich gebe Ihnen hiervon Kenntnis und bemerke, daß ich bei dieser Sachlage keine andere Möglichkeit sehe, als die, daß der Preis auf der Basis des Schreibens des Herrn Senators für Bau- und Wohnungswesen vom 5.7. nochmals zum Gegenstand einer Erörterung der Vertragsteilnehmer gemacht wird. Wenn jedoch die Grundstückseigentümer der Auffassung sind, daß ein Verkauf zu dem vom Senator für Bau- und Wohnungswesen genehmigten Preis nicht beabsichtigt ist, so muß ich erklären, daß ich alsdann die getroffenen Vereinbarungen als gegenstandslos ansehen muß, da die in § 3 des Vertrages vorgesehenen Bedingungen nicht erfüllt werden können."

Am 15. Juli 1960 schrieb der Beklagte an Se [REDACTED]
und den Kläger zu 1:

"Nachdem sich bezüglich der Erfüllung des § 3 des zwischen Ihnen und mir unter dem 18.5.1960 abgeschlossenen Vertrages keine Möglichkeit ergeben hat, daß die Preisstelle für Grundstücke beim Senator für Bau- und Wohnungswesen den in dem vereinbarten Vertrag vorgesehenen Kaufpreis genehmigt, bin ich leider gezwungen, von diesem Vertrag zurückzutreten. Ich bedaure, zu dieser Entscheidung kommen zu müssen, nachdem wir uns gemeinschaftlich außerordentlich bemüht haben, diesen Verkauf zur Durchführung zu bringen."

Auf Antrag des Rechtsanwalts Dr. Zahn vom 1. August 1960 wurde am 26. Oktober 1960 die preisrechtliche Unbedenklichkeitsbescheinigung erteilt und am 31. Oktober 1960 stellte die zuständige Behörde fest, daß die Grundstücke nicht unter die Wohnsiedlungsverordnung fielen. Beide Erklärungen wurden dem Beklagten Anfang November mitgeteilt, der darauf am 8. November 1960 Seligman schrieb, daß für ihn auf Grund des Rücktritts keine Abnahmeverpflichtung mehr bestünde. Rechtsanwalt Dr. Z [REDACTED] teilte dem in diesem Schreiben genannten Rechtsanwalt (Rechtsanwalt Wi [REDACTED]) am 28. November 1960 u.a. mit:

"Ich möchte annehmen, daß die durch das Büro von Herrn M [REDACTED] Herrn Se [REDACTED] gegenüber abgegebene Erklärung nicht endgültig ist und Herr M [REDACTED] sich inzwischen davon überzeugt hat, daß er zur Erfüllung des rechtswirksam geschlossenen Vertrages vom 17. Mai 1960 verpflichtet ist. Obwohl nach § 6 des Kaufvertrags eine Fristsetzung nicht erforderlich ist, möchte ich, ehe ein Prozeß auf Zahlung des Kaufpreises angestrengt wird, Herrn M [REDACTED] hiermit noch einmal auffordern, sich nunmehr bis spätestens 7. Dezember 1960 verbindlich darüber zu erklären, ob er zur Erfüllung des Vertrages bereit ist, oder welche Vorschläge er zur Bereinigung der Angelegenheit zu machen hat."

Der Beklagte ließ durch seinen nachmaligen Prozeßbevollmächtigten vor dem Landgericht (Rechtsanwalt Dr. Pr. [REDACTED]) am 6. Dezember 1960 mitteilen, daß die Voraussetzungen für die Vertragserfüllung weggefallen seien und er daher keine Vorschläge zur Bereinigung der Angelegenheit zu übermitteln habe.

Mit der im März 1962 erhobenen Klage machen die Kläger im Hinblick auf die endgültige Erfüllungsverweigerung des Beklagten Schadensersatzansprüche nach § 326 Abs. 1 BGB geltend, und zwar

4 % Verzugszinsen aus dem Kaufpreis vom 1. Dezember 1960 bis 28. Februar 1962 (62 500 DM)
und

Ersatz verschiedener Gebühren (Preisprüfungs- und Legalisationsgebühren, Anwaltskosten) in Höhe von 2 481,58 DM, insgesamt 64 981,85 DM.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen; er bestreitet u.a., in der Verhandlung vor dem Notar Dr. R. [REDACTED] das Kaufangebot der Kläger angenommen zu haben; er habe dagegen erklärt: "Ich nehme von dem Angebot Kenntnis". Er meint, dies ergebe sich auch aus dem späteren Schriftwechsel mit dem Notar Dr. R. [REDACTED] über dessen Honorar.

Das Landgericht hat den Klaganspruch als Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung zuerkannt.

Nach Vernehmung des Notars Dr. R. [REDACTED] als Zeuge in der zweiten Instanz am 6. Juni 1963 teilten die Kläger im Schriftsatz vom 11. Oktober 1963 unter Bezugnahme auf

das Testamentsvollstreckerzeugnis vom 3. Dezember 1962 mit, daß Se [REDACTED] als Testamentsvollstrecker ausgeschieden und der Kläger zu 3 an seine Stelle getreten sei. Im Schriftsatz vom selben Tag nahm der neu bestellte Prozeßbevollmächtigte des Beklagten zur Beweisaufnahme Stellung und trat nunmehr mit dem Zeugnis Se [REDACTED] Beweis für seine Behauptung über seine Erklärung vor dem Notar an. Das Berufungsgericht wies mit Ausnahme der Zinsen vom 1. bis 7. Dezember 1962 (958,90 DM) die Berufung zurück.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Abweisung der gesamten Klage weiter. Die Kläger beantragen, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht wendet, abgesehen von den Erfordernissen für die Form des Kaufvertrages, auf das Zustandekommen des Vertrags, auf die Zulässigkeit seines Inhalts und auf alle aus diesem Rechtsgeschäft abzuleitenden Folgen deutsches Recht an, weil sein Schwerpunkt auf deutsches Recht hinweise. Dagegen bestehen keine Bedenken; die Revision hat insofern auch keine Einwendungen erhoben. Das Berufungsgericht kommt zu dem Ergebnis, daß mit Erteilung der erforderlichen Genehmigung der Preisbehörde und der Mitteilung der Wohnsiedlungsbehörde die Voraussetzungen für die Zahlung des Kaufpreises nach § 3 des Vertrages (gemeint nach § 3 Abs. 2 Satz 3: Zahlung auf Anderkonto des Rechtsanwalts Dr. Z [REDACTED]) erfüllt

gewesen seien und der Beklagte durch die Mahnung des Rechtsanwalts Dr. Z. [REDACTED] vom 28. November 1960 (I, 11) mit der Zahlung des Kaufpreises am 8. Dezember 1960 in Verzug geraten sei. Den Klägern stünden daher vom 8. Dezember 1960 bis zu dem Zeitpunkt, in dem sie endgültig dazu übergegangen seien, Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 326 BGB zu fordern, was mit der Klagschrift vom 2. März 1962 geschehen sei, gesetzliche Verzugszinsen nach § 288 BGB zu, also wie gefordert bis zum 28. Februar 1962 (4 % aus 1 225 000 DM während des genannten Zeitraumes = 61 541,10 DM). Erst im Zeitpunkt des Übergangs vom Erfüllungsanspruch zum Schadensersatzanspruch sei das Recht auf Erfüllung (Kaufpreisanspruch nebst Verzugszinsen) entfallen, und zwar nur für die Zukunft. Neben den eingeklagten Verzugszinsen könne daher der alsdann nach § 326 BGB entstandene Schadensersatzanspruch erhoben werden, der im vorliegenden Fall die beanspruchten Unkosten (2 481,58 DM) umfaßte.

a) Die Form des Kaufvertrags beurteilt das Berufungsgericht nach Schweizer Recht, weil nach Art. 11 Abs. 1 Satz 1 EGBGB hierfür die Beobachtung der Gesetze des Orts genüge, an dem das Rechtsgeschäft vorgenommen wurde. Danach bestünden keine Bedenken gegen die Wirksamkeit des Vertrages in formeller Hinsicht; der Vertrag entspreche den Formerfordernissen, die in Art. 126 (richtig: Art. 216) des schweizer Obligationsrechts, § 55 der Schlußbestimmungen des schweizer Zivilgesetzbuchs in Verbindung mit §§ 230 ff des Gesetzes des Kantons B. [REDACTED]-Stadt betreffend die Einführung des schweizer Zivilgesetzbuchs vom 27. April 1911 vorgeschrieben seien. Die nach deutschem Recht zu beurteilenden materiellen Voraussetzungen des Kaufvertrags hält das Berufungsgericht aus folgenden

Gründen für gegeben: Der Beklagte habe das Angebot des seinerzeitigen Mittestamentsvollstreckers Se [REDACTED], das seinerseits von den beiden anderen Testamentsvollstreckern später wirksam genehmigt worden sei (§§ 182 Abs. 1, 184 Abs. 2 BGB), vor dem Notar angenommen. Allerdings habe Seligman nach § 2224 BGB das Angebot verbindlich für den Nachlaß nicht allein, sondern nur gemeinschaftlich mit den beiden anderen Testamentsvollstreckern abgeben können. Diese unvollständige Vertretung durch einen Gesamtvertreter sei rechtlich wie das Handeln eines Vertreters ohne Vertretungsmacht zu beurteilen (RGZ 122, 229). Die Wirksamkeit des von ihm abgeschlossenen Vertrags für und gegen die Vertretenen hänge von der (formlosen) Genehmigung des Mittestamentsvollstreckers ab, die erteilt werden könne, solange der tätig gewordene Vertreter seine Erklärung aufrechterhalte (RGZ 81, 325). Der Vertrag sei im Zeitpunkt des Eingangs der Genehmigungen der beiden Mittestamentsvollstrecker vom 11. und 20. Juli 1960 wirksam geworden. Die Rücktrittserklärung des Beklagten vom 15. Juli 1960 habe das Wirksamwerden des Vertrags nicht verhindert. Allerdings sei der Beklagte gemäß § 178 BGB solange zum Widerruf des Vertrags berechtigt gewesen, als die beiden Mittestamentsvollstrecker ihre Genehmigungen noch nicht erklärt gehabt hätten. Der Beklagte habe jedoch den Vertrag im Schreiben vom 15. Juli 1960 nicht widerrufen. Eine Erklärung des anderen Vertragsteiles könne in Übereinstimmung mit dem Reichsgericht (RGZ 102, 25) nur dann als Widerruf gelten, wenn sie eindeutig die Absicht erkennen lasse, das Vorgehen des Vertreters ohne Vertretungsmacht als rechtlich unwirksam behandeln zu wollen. Das Schreiben vom 15. Juli 1960 erfülle diese Voraussetzung nicht; der Beklagte habe vielmehr den Rücktritt vom Vertrag erklärt,

weil er glaubte, der Vertrag werde durch die Preisstelle für Grundstücke nicht genehmigt werden.

b) Die Rügen, die die Revision gegen diese rechtliche Würdigung noch in der mündlichen Verhandlung vorgebracht hat, sind nicht begründet. Es gereicht dem Beklagten nicht zum Nachteil, daß das Berufungsgericht nicht auf die Rechtslage eingegangen ist, die nach schweizer Recht bei der Bestellung mehrerer Willensvollstrecker gegeben ist (vgl. Art. 518 Abs. 3 schweizer Zivilgesetzbuch; Kommentar zum schweizer Zivilgesetzbuch, Escher, Das Erbrecht, 2. Aufl. Art. 518 Anm. 34), da es zu seinen Gunsten davon ausgegangen ist, daß die drei Testamentsvollstrecker den Nachlaß nur gemeinsam verpflichten konnten. Der Mittestamentsvollstrecker Dr. Vogelsang hatte Seligman zum Abschluß des Kaufvertrags unbestrittenermaßen fernmündlich bevollmächtigt, und Se [REDACTED] hat das Angebot für seine Person und für die Person des Dr. V [REDACTED] je in ihrer Eigenschaft als Testamentsvollstrecker abgegeben. Die Vollmacht wurde sonach in der Sch [REDACTED] ausgestellt, und in demselben Land wurde von ihr auch Gebrauch gemacht. Ihre Formerfordernisse richten sich nach schweizer Recht (RGZ 78, 55, 60; Raape, Internationales Privatrecht, 5. Aufl. § 46; Soergel/Kegel, EGBGB vor Art. 7 Anm. 155; von Caemmerer, Rabels Zeitschr 1959 S. 213). Die mündliche Vollmacht genügte auch den Vorschriften in der Schweiz, da auch dort die Vollmacht, abgesehen von gesetzlichen Ausnahmen, keiner besonderen Form bedarf, und zwar auch dann nicht, wenn das vom Vertreter vorzunehmende Rechtsgeschäft eine bestimmte Form voraussetzt (BGE 57, II, 504; Guhl, Das Schweizerische Obligationenrecht, 5. Aufl. § 19, I, S. 129). Bei Vertragsabschluß lag dagegen keine Vollmacht des dritten, in England ansässigen Testamentsvoll-

streckers vor. Die rechtlichen Folgen des Umstandes, daß dieser Testamentsvollstrecker bei der für den Abschluß des Vertrags erforderlichen Gesamtvertretung nicht mitgewirkt hat, insbesondere die Fragen, ob und unter welchen Voraussetzungen eine genehmigungsfähige Vertretung ohne Vertretungsmacht möglich ist, sind nach dem Geschäftsstatut zu beurteilen (vgl. von Caemmerer, aaO S. 217 unter 2 und 3), im vorliegenden Fall sonach nach deutschem Recht. Das Berufungsgericht hat diese Rechtsvorschriften ohne Rechtsirrtum angewendet. Entgegen der Ansicht der Revision ist im vorliegenden Zusammenhang nicht die Wirksamkeit des Angebots als einseitigen empfangsbedürftigen Rechtsgeschäfts, sondern die Wirksamkeit des Vertrags zu prüfen, der mit der Annahme des Angebots durch den Beklagten, wenn auch schwebend unwirksam, zustandegekommen ist. Zutreffend hat das Berufungsgericht auf die mangelhafte Gesamtvertretung die §§ 177 f BGB entsprechend angewendet (RGZ 122, 229, 231). In tatsächlicher Hinsicht hat es von der Revision unangefochten festgestellt, daß der vertretende Testamentsvollstrecker (Se [REDACTED]), wie auch der von ihm im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vertretene zweite Testamentsvollstrecker (Dr. V [REDACTED]) im Zeitpunkt des Einganges der Genehmigung seitens Dr. P [REDACTED]'s mit dem Vertrag noch einverstanden war. Dr. P [REDACTED] konnte nach deutschem Recht auch formfrei gegenüber dem Vertreter genehmigen (§ 182 Abs. 2 BGB). Darüber, ob seine Genehmigung bei Se [REDACTED] vor oder nach der Rücktrittserklärung des Beklagten einging, sind allerdings keine Feststellungen getroffen. Dies ist jedoch nicht erheblich. Selbst wenn die Genehmigung Dr. P [REDACTED]'s erst nach der Rücktrittserklärung des Beklagten bei Se [REDACTED]

eingegangen sein sollte, ist der Vertrag nicht widerrufen worden. Eine Erklärung des Vertragsgegners, in der er zum Ausdruck bringt, nicht mehr an den Vertrag gebunden zu sein, stellt nur dann einen Widerruf dar, wenn erkennbar ist, er wolle das rechtsgeschäftliche Handeln der beiden tätig gewordenen Vertreter mangels Mitwirkung des dritten Gesamtvertreters nicht mehr als rechtlich wirksam behandeln und den Vertrag aus diesem Grund als nicht abgeschlossen betrachten (RGZ 102, 24, 25; Schlegelberger/Vogels, BGB § 178 Anm. 2).

c) Die sofortige Annahme des Angebots seitens des Beklagten entnimmt das Berufungsgericht aus der notariellen Urkunde. Es führt dazu aus: Den nach deutschem Zivilprozeßrecht zulässigen Gegenbeweis dafür, daß die Annahmeerklärung vom Notar unrichtig beurkundet worden sei, habe der Beklagte nicht führen können. Die Aussagen des Zeugen Dr. R., die von ihm überreichten Notizen über den Beurkundungsvorgang, der spätere Schriftwechsel zwischen ihm und dem Beklagten und auch das Verhalten des Beklagten nach Vertragsabschluß insgesamt bestätigten, daß die Annahmeerklärung des Beklagten richtig beurkundet worden sei. Sein Antrag, den Bankier Se. man als Zeugen zu vernehmen, sei aus grober Nachlässigkeit erst ein Jahr nach Anhängigkeit der Berufung und erst nach Durchführung des Rechtshilfeersuchens an das Zivilgericht B.-Stadt gestellt worden; seine Durchführung hätte die Erledigung des Rechtsstreits auch verzögert, so daß er gemäß § 529 Abs. 2 und 3 ZPO nicht mehr hätte berücksichtigt werden können. Dabei sei es unerheblich, daß Se. zunächst nur als Partei hätte vernommen werden können und erst seit Niederlegung seines Testaments-

vollstreckerramts als Zeuge zur Verfügung stünde.

Die Revision rügt die Zurückweisung des Beweisantrags als verspätet. Diese Rüge ist begründet, da es für die Zurückweisung in der Tat erheblich sein kann, daß der nunmehr als Zeuge benannte Bankier Se [REDACTED] während seiner Testamentsvollstreckerschaft nur als Partei hätte vernommen werden können.

Mit dem Berufungsgericht ist davon auszugehen, daß einer Vertragspartei gemäß § 415 Abs. 2 ZPO nicht nur der Beweis offen steht, daß sie die beurkundete Erklärung nicht abgegeben habe, sondern des weiteren auch der Beweis dafür, daß sie entgegen der Protokollierung diese Erklärung nach der Verlesung mangels Kenntnisnahme auch nicht genehmigt habe, ohne daß sie die Genehmigungserklärung wegen Irrtums anfechten müßte (RGZ 50, 420, 422 f; WarnRspr 1908 Nr. 681; SeuffArch 72 Nr. 21; BGH, Der Deutsche Rechtspfleger 1957, 110). Eine Partei, die den ihr obliegenden Beweis mit anderen Beweismitteln nicht vollständig geführt hat, kann im allgemeinen gemäß § 445 Abs. 1 ZPO den Beweis dadurch antreten, daß sie beantragt, den Gegner über die zu beweisenden Tatsachen zu vernehmen. Ob eine beweispflichtige Partei sich bis zur Erhebung anderer Beweise auf den Erfolg dieser Beweismittel verlassen darf und den Antrag auf die Parteivernehmung im Hinblick auf die Subsidiarität dieses Beweismittels erst zu stellen braucht, wenn die andere Beweisführung fragwürdig erscheint, ob sie daher mit dem Antrag auf Parteivernehmung nicht allein deswegen als verspätet nach § 529 Abs. 2 und 3 ZPO zurückgewiesen werden darf, weil sie das Ergebnis anderer Beweismittel abgewartet hat

(so RG WarnRspr 1935 Nr. 91; Wieczorek, ZPO § 445 D III c) bedarf keiner abschließenden Prüfung. Im vorliegenden Fall ist folgendes entscheidend: Die Echtheit der notariellen Urkunde vom 17. Mai 1960 ist nicht bestritten. Für eine öffentliche Urkunde gilt die Beweisregel, daß sie vollen Beweis des durch die Urkundsperson beurkundeten Vorgangs, hier der Erklärung des Beklagten, begründet (§ 415 Abs. 1 ZPO). Demgegenüber ist nach § 415 Abs. 2 ZPO der Beweis zulässig, daß der Vorgang unrichtig beurkundet ist. Die unrichtige Beurkundung des Vorgangs ist eine Tatsache, deren Gegenteil - nämlich die Übereinstimmung des Vorgangs mit seiner Darstellung in der Urkunde - vom Gericht kraft der Beweisregel ohne eigene Beweiswürdigung für erwiesen zu erachten ist. Dieser Beweis kann daher gemäß § 445 Abs. 2 ZPO nicht durch Parteivernehmung geführt werden (RGZ 15, 373, 375; BayObLG SeuffArch 52 Nr. 73; Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts 9. Aufl., § 118, III 2 a~~o~~; a.A. Stein/Jonas/Schönke, ZPO 18. Aufl. § 415, III 1 a.E.; Baumbach/Lauterbach, ZPO 28. Aufl. § 415 Anm. 4, beide jedoch ohne nähere Begründung; vgl. auch Wieczorek, ZPO § 415, E III). War aber der Beweis dafür, daß die Erklärung unrichtig beurkundet worden ist, nicht mit der Parteivernehmung zu führen, so konnte der Beklagte den Beweis mit der Aussage des Bankiers Se [REDACTED] überhaupt erst antreten, nachdem ihm die Niederlegung dieses Amts bekannt geworden ist. Da ein schlüssiger Zeugenbeweis nicht zurückgewiesen werden darf, solange nicht ausgeschlossen ist, daß eine beweiserhebliche Tatsache durch die Zeugenaussage erwiesen wird, und weiter auch möglich ist, daß der Beklagte von der Amtsniederlegung erst in einem Zeitpunkt erfuhr, in dem die Verzögerung des Rechtsstreits

nicht mehr zu vermeiden war, muß das Urteil aufgehoben werden, soweit es zum Nachteil des Beklagten erkannt hat.

II.

Nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand ist der Rechtsstreit aber auch nicht zur Endentscheidung reif im Sinne des Beklagten.

1. Unbegründet sind die Sach- und Verfahrensrügen, mit denen der Beklagte die Nichtigkeit des Kaufvertrags wegen einer preisbehördlichen Beanstandung geltend macht. Dazu führt das Berufungsgericht aus: Das Schreiben der Preisbehörde vom 5. Juli 1960 habe dem Beklagten kein Recht zum Rücktritt gegeben, weil das Schreiben zum einen keinen endgültigen Bescheid darstelle, sondern die Adressatin, die H■■■■-Immobilien GmbH, lediglich über die als zulässig angesehenen Preise informieren wollte; zum andern sei nur Dr. Z■■■■ mit der Einholung der Genehmigung beauftragt gewesen. Wenn der Beklagte gleichwohl, noch dazu zu einem Zeitpunkt, zu dem die Genehmigungserklärungen der beiden Mittestamentsvollstrecker nicht vorgelegen hätten, bereits an diese Behörde herangetreten sei, so könne er hieraus gegenüber den Klägern keine Rechte herleiten. Der Beklagte habe vielmehr auf jeden Fall zunächst die Bemühungen des Dr. Z■■■■ abwarten müssen.

Die Revision würdigt das Schreiben der Preisbehörde dagegen als verbindliche Erklärung, als "endgültigen Bescheid der Behörde" im Sinne einer Beanstandung der Verordnung über die Preisüberwachung und die Rechtsfolgen

von Preisverstößen im Grundstücksverkehr vom 7. Juli 1942 (RGBl S. 451) i.d.F. vom 28. November 1952 (RGBl S. 792); irrtümlich sei auch die Ansicht des Berufungsgerichts, der Beklagte sei nicht berechtigt gewesen, sich um die Genehmigung zu bemühen. Die Beanstandung der Preisbehörde habe nach § 2 Abs. 1 PreisüberwachungsVO die Nichtigkeit des Vertrages zur Folge gehabt. Die später erteilte Genehmigung habe keine Wirksamkeit mehr entfalten können.

Dieser Ansicht der Revision kann schon deshalb nicht gefolgt werden, weil selbst dann, wenn das Schreiben an die H. GmbH eine förmliche Beanstandung dargestellt hätte, die Feststellung der Nichtigkeit des Vertrags jedenfalls solange nicht begründet ist, als nicht auch den Klägern gegenüber der Beanstandungsbescheid bekanntgegeben und rechtskräftig geworden ist. Eine private Mitteilung des Beklagten vermag die erforderliche amtliche oder in amtlichem Auftrag erfolgte Mitteilung nicht zu ersetzen (Urteil des Senats vom 15. Mai 1953, LM BGB § 925 Nr. 3). Auf den alsbald durch Dr. Z. im Auftrag der Kläger gestellten Antrag hin ist die Unbedenklichkeitsbescheinigung erteilt worden. Es bedarf bei dieser Rechtslage keiner weiteren Prüfung, ob im vorliegenden Fall § 3 Abs. 2 des Vertrags eine zusätzliche Vereinbarung zwischen den Parteien dahin darstellt, daß auf jeden Fall im Verhältnis zwischen den Parteien das Antrags- und Beschwerderecht der Kläger nicht durch Maßnahmen des Beklagten beschnitten werden dürfe, wie das Berufungsgericht den Vertrag in diesem Punkt offensichtlich auslegt. Im übrigen ist auch die - vom Revisionsgericht zu überprüfende - Auslegung der Erklärung der Preisbehörde durch

das Berufungsgericht zu billigen. In dem Schreiben vom 5. Juli 1960 ist der Vertrag vom 17. Mai 1960 nicht erwähnt und eine "nochmalige Prüfung bei Abschluß eines Kaufvertrags über das o.a. Grundstück" in Aussicht gestellt. Es handelt sich nur um eine Äußerung im Rahmen von Verhandlungen über den zulässigen Preis. Selbst wenn es zutreffen sollte, daß der Beklagte, wie in seinem Schreiben vom 5. Juli 1960 (I, 8) ausgeführt, am 4. Juli 1960 gegenüber der Preisbehörde betonte, daß im Interesse des endgültigen Kaufabschlusses nunmehr eine verbindliche schriftliche Erklärung erteilt werden müßte, ist das Schreiben vom 5. Juli 1960 nicht als Beantwortung eines abgeschlossenen Vertrages auszulegen.

2. Über die Voraussetzungen des Verzugs des Beklagten hinsichtlich des Kaufpreisanspruches führt das Berufungsgericht aus: Nach den vertraglichen Vereinbarungen sei der Beklagte verpflichtet gewesen, den Kaufpreis innerhalb einer Woche nach Vorliegen der zwei Genehmigungen auf ein Anderkonto des Dr. Z. einzuzahlen. Mit deren Mitteilung und Kenntnisnahme durch den Beklagten im November 1960 seien die Voraussetzungen für die Zahlung des Kaufpreises nach § 3 des Vertrags erfüllt gewesen. Die Ansicht der Kläger, § 4 Abs. 3 ("Zahlung des Kaufpreises hat jedoch erst zu erfolgen, wenn die Erbengemeinschaft ihr Verpflichtung erfüllt hat und falls die Grundstücke von Mietern geräumt sind") beziehe sich nicht auf die Zahlung auf das Anderkonto Dr. Z., sondern auf die Auszahlung (von Dr. Z.) an die Verkäufer, erscheine durchaus zutreffend; dafür spreche insbesondere die Fassung des § 6. Abgesehen davon seien die Kläger insoweit nicht mehr vorleistungspflichtig gewesen, nachdem der Beklagte die Erfüllung

des Vertrags ernsthaft und endgültig verweigert habe. Aus demselben Grund sei den Klägern nach Treu und Glauben nicht mehr zuzumuten gewesen, die Räumung des Grundstücks und die Löschung der Vorkaufsrechte ohne Rücksicht auf das Verhalten des Vertragspartners zu erfüllen. Schon um der Schadensminderungspflicht willen hätten die Kläger keinen Anlaß zur Räumung des Grundstücks gehabt. Schließlich sei der Beklagte durch das Schreiben der Kläger vom 28. November 1960 gemahnt worden und nach Ablauf der bis zum 7. Dezember 1960 eingeräumten Überlegungsfrist mit der Kaufpreisschuld in Verzug geraten.

Die Revision rügt die Auslegung des Kaufvertrags, insbesondere der in den §§ 3, 6 und 7 einheitlich gebrauchten Formulierung, als mit dem Wortlaut des Vertrags nicht vereinbar. Sie meint, der Kaufpreis sei mangels Lastenfreiheit und mangels Räumung des Grundstücks gar nicht fällig gewesen. Solange die Kläger die ihnen nach § 4 Abs. 3 des Vertrags obliegenden Verpflichtungen nicht erfüllt hätten, habe jedoch dem Beklagten die Einrede des nicht erfüllten Vertrags zur Seite gestanden, deren bloßes Bestehen den Eintritt des Schuldnerverzugs gehindert habe. Schließlich habe der Beklagte gar nicht die Erfüllung endgültig und ungerechtfertigt verweigert; seine Rücktrittserklärung lasse nur erkennen, daß er den Vertrag als aufgelöst betrachtet habe.

Es ist mit dem Berufungsgericht zwar davon auszugehen, daß der Gläubiger im Falle des Verzugs des Schuldners zuerst unter Bestehen auf der Erfüllung des Vertrages den Ersatz des durch den Verzug entstandenen Schadens (Verzüge-

rungsschaden im Sinne des § 286 Abs. 1 BGB), bei Geldschulden die Verzugszinsen (§ 288 BGB), verlangen und später, soweit die entsprechenden Voraussetzungen vorliegen, unter Aufgabe des Erfüllungsanspruchs neben dem schon entstandenen Verzögerungsschaden Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann (RGZ 94, 203; BGH NJW 1953, 337; Palandt/Danckelmann, BGB 23. Aufl. § 326 Anm. 2 b). Im vorliegenden Fall haben die Kläger jedoch nicht offen gelassen, ob sie je nach der ihnen günstigeren Berechnung die Verzugszinsen während des Verzugs mit der Kaufpreisschuld oder den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung geltend machen wollen, sondern sie haben in der Klagschrift (entgegen der im Schreiben vom 28. November 1960 erfolgten Ankündigung, die Erfüllungsklage erheben zu wollen) ausdrücklich den Anspruch auf Ersatz des Schadens wegen Nichterfüllung geltend gemacht (Klagschrift S. 5, I, 6 GA), entsprechend hat auch das Landgericht erkannt. Die Kläger sind auch in zweiter Instanz ausdrücklich bei der Geltendmachung dieses Schadensersatzanspruchs verblieben (Schriftsatz vom 21. Oktober 1963 S. 2, II, 49 GA), und sie haben nach dem Hinweis des Beklagten auf die ihm zustehende Einrede des nicht erfüllten Vertrags ausdrücklich hinzugefügt, damit, d.h. mit ihrer Entscheidung, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu beanspruchen, sei der Erfüllungsanspruch ausgeschlossen gewesen; sie hätten demnach auch gar keine Veranlassung gehabt, die Grundstücksbelastungen zu löschen und das Grundstück zu räumen. Die Kläger wiederholten diesen Vortrag im Schriftsatz vom 1. November 1963 (S. 2, II, 64). Der mit dem vorliegenden Klaganspruch geltend gemachte Geldbetrag kann daher nicht als Zins wegen Verzugs der Kaufpreisforderung (§ 288 BGB) zugesprochen werden.

Entgegen der Ansicht der Revision durfte das Berufungsgericht aus der Rücktrittserklärung des Beklagten aber nicht nur entnehmen, daß er den Vertrag als aufgelöst betrachtete, vielmehr konnte es im Rahmen seiner tatrichterlichen Würdigung aus dieser Erklärung und dem weiteren Verhalten des Beklagten den Schluß ziehen, daß er die Erfüllung des Kaufvertrags endgültig verweigern wollte. Daß er diese Verweigerung zu Unrecht auf die Erklärung der Preisbehörde stützte, ist oben schon dargelegt. Den Klägern war auf Grund dieser Weigerung nach Treu und Glauben nicht zuzumuten, noch beim Vertrag stehen zu bleiben; sie konnten vielmehr auf Grund dieser positiven Vertragsverletzung die Erfüllung ablehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Bei der Berechnung des Ersatzanspruchs wegen Nichterfüllung scheinen die Kläger davon auszugehen, daß im Falle der Vertragstreue des Beklagten der Kaufpreis am 1. Dezember 1960 fällig gewesen wäre (§ 6 des Vertrags) und der bis zur Erhebung der Klage durch die Nichterfüllung des Vertrags entstandene Schaden mindestens 4 % des Kaufpreises ausmache (Klagschrift S. 5 unter a). Auch das Berufungsgericht hat bei seiner Prüfung der Fälligkeit des Kaufpreises den Kaufvertrag dahin ausgelegt (S. 17 oben und 17 unten/18 BU), daß der Beklagte ungeachtet der Erfüllung des Vertrags seitens der Kläger innerhalb einer Woche nach Vorliegen der Genehmigung den Kaufpreis auf ein Anderkonto des Dr. Z. einzuzahlen gehabt habe. Soweit die Revision gegenüber dieser nicht näher begründeten Auslegung unter Hinweis auf § 4 Abs. 3 des Vertrags und die gleichartigen Formulierungen "Zahlung des Kaufpreises" in den §§ 3, 6 und 7 des Vertrags rügt, sie sei mit dem Wortlaut nicht zu vereinbaren, mag der Beklagte diesen Vortrag in der neuen Verhandlung vorbringen, und das Beru-

fungungsgericht wird dazu Stellung nehmen können. Sollte es dabei zu dem Ergebnis kommen, daß keine der beiden Parteien vorzuleisten hatte, die beiderseitigen Leistungen vielmehr entsprechend der gesetzlichen Regelung Zug um Zug zu erbringen waren, so stand dem Beklagten gegenüber der Kaufpreisforderung die Einrede des nicht erfüllten Vertrages zu, und die Fälligkeit der Kaufpreisforderung setzte sonach voraus, daß die Kläger zu ihrer Leistung (lastenfreie Übereignung und Übergabe des geräumten Grundstücks) fähig und bereit waren (RGZ 76, 409, 126, 280, 285; HRR 32, 436; Soergel/Siebert, BGB 9. Aufl. § 284, Anm. 2; Palandt/Danckelmann, BGB 24. Aufl. § 286 Anm. 2). Erst von dem Zeitpunkt ab, in dem diese Voraussetzung gegeben war, wären die Kläger in den Genuß des Kaufpreises gekommen. Weiter wären bei der Berechnung des Schadensersatzanspruches auch die Vorteile zu berücksichtigen, die nach der Behauptung des Beklagten den Klägern dadurch entstanden sind, daß sie von ihrer eigenen Leistung befreit wurden.

III.

Das angefochtene Urteil war sonach auf die Revision des Beklagten insoweit, als zum Nachteil des Beklagten erkannt ist, aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht

zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die
Kosten der Revision zu übertragen war.

Dr. Augustin

Dr. Piepenbrock

Dr. Freitag

Dr. Mattern

Offterdinger