

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 57/72

URTEIL

Verkündet am
30. Mai 1974

Justizangestellte

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Theodor U[REDACTED], b. Dr. U[REDACTED],
S[REDACTED], W[REDACTED]gasse [REDACTED], vertreten durch die
Gebrechlichkeitspflegerin Annemarie U[REDACTED],
S[REDACTED], W[REDACTED]gasse [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte : Rechtsanwälte [REDACTED] und [REDACTED] -

gegen

die Stadtparkasse H[REDACTED], H[REDACTED], A[REDACTED]straße [REDACTED],
vertreten durch den Vorstand, dieser vertreten durch
den Sparkassendirektor Heinrich F[REDACTED] und den Spar-
kassenangestellten Erich M[REDACTED], ebenda,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. Mai 1974 durch die Richter Dr. Kreft, Dr. Beyer, Dr. Krohn, Peetz und Lohmann

für Recht erkannt:

- I. Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 3. März 1972 teilweise aufgehoben und dahin abgeändert:

Unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung wird der Beklagte - insoweit unter Abänderung des Urteils der 3. Zivilkammer des Landgerichts Münster (Westf.) vom 16. Dezember 1969 - verurteilt, an die Klägerin 41.328 DM nebst 1 % Zinsen von 45.600 DM vom 20. März bis 31. März 1966, von 44.100 DM vom 1. April bis 31. Juli 1966, von 42.600 DM vom 1. August bis 31. August 1966, von 41.100 DM vom 1. September 1966 bis 1. März 1968, 8 % Zinsen aus 41.100 DM seit dem 2. März 1968, sowie weitere 4 % Zinsen aus 228 DM seit dem 11. Mai 1966 zu zahlen, Zug um Zug gegen Herausgabe folgender von Wolfgang K. [REDACTED] ausgestellter, von der H. [REDACTED]-T. [REDACTED] GmbH, D. [REDACTED], angenommener, und von Wolfgang K. [REDACTED], Frau R. [REDACTED], Heinz S. [REDACTED] und dem Beklagten indossierter 19 Wechsel,

- 3 -

fällig zum

1.5.1966	für	1.500 DM,
1.6.1966	"	1.500 DM,
1.10.1966	"	1.500 DM,
1.12.1966	"	1.500 DM,
1. 1.1967	"	2.300 DM,
1. 2.1967	"	2.300 DM,
1. 3.1967	"	2.300 DM,
1. 4.1967	"	2.300 DM,
1. 5.1967	"	2.300 DM,
1. 6.1967	"	2.300 DM,
1. 7.1967	"	2.300 DM,
1. 8.1967	"	2.300 DM,
1. 9.1967	"	2.300 DM,
1.10.1967	"	1.900 DM,
1.11.1967	"	1.900 DM,
1.12.1967	"	1.900 DM,
1. 1.1968	"	1.900 DM,
1. 2.1968	"	1.900 DM,
1. 3.1968	"	1.900 DM.

Im übrigen bleibt die Klage abgewiesen.

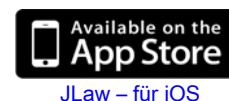
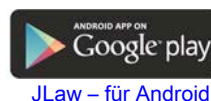
II. Die weitergehende Revision wird zurückgewiesen.

III. Die Klägerin hat 1/5, der Beklagte hat 4/5 der Kosten des Rechtsstreits in erster und zweiter Instanz zu tragen. Von den Kosten des Revisionsrechtszuges fallen der Klägerin 1/10, dem Beklagten 9/10 zur Last.

Von Rechts wegen



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



Tatbestand:

Die Parteien standen in Geschäftsbeziehungen. Der Beklagte erkannte am 31. März 1960 die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin an. In diesen heißt es unter A I Nr. 3 Abs. 2:

"Der Kunde trägt den Schaden, der etwa daraus entstehen sollte, daß die Sparkasse von einem eintretenden Mangel in der Geschäftsfähigkeit des Kunden oder seines Vertreters unverschuldet keine Kenntnis erlangt".

Am 25. Oktober 1965 betrug der Schuldenstand auf dem Girokonto des Beklagten bei der Klägerin 49.897,59 DM. Mit diesem Saldo zu Lasten des Beklagten hatte es folgende Bewandtnis: Der Beklagte war Mitgesellschafter der H■■■■-T■■■■-GmbH in Dortmund und hatte sich für deren Schulden gegenüber der Klägerin verbürgt. Die Klägerin belastete ihn mit Beträgen aus Wechseln, die diese GmbH angenommen und die der Beklagte an die Klägerin indossiert hatte. Ferner gewährte der Beklagte der GmbH über das Girokonto am 14. Oktober 1965 ein Darlehen von 5.700 DM und am 25. Oktober 1965 ein Darlehen von 10.000 DM.

Zur Verminderung des Sollstands auf dem Girokonto nahm der Beklagte am 20. Oktober 1965 bei der Klägerin ein - mit 7 %, im Verzugsfall mit 8 % verzinsliches - Darlehen von 45.600 DM auf, das die Klägerin seinem

Debetkonto am 26. Oktober 1965 (abzüglich Zinsen und eines Betrages von 68,40 DM für Wechselsteuern) in Höhe von 40.933,34 DM gutschrieb. Das Darlehn sollte in monatlichen Raten (9 x 1.500 DM, 9 x 2.300 DM und 6 x 1.900 DM) vom 1. April 1966 bis zum 1. März 1968 getilgt werden. Die Klägerin erhielt für die Raten vereinbarungsgemäß Wechsel, die der Kaufmann Wolfgang K[REDACTED] ausgestellt, die H[REDACTED]-T[REDACTED]-GmbH angenommen und der Beklagte als letzter Indossant an die Klägerin indossiert hatte.

In der Schuldurkunde vom 20. Oktober 1965 vereinbarten die Parteien, daß das Darlehn jederzeit fristlos kündbar sei. Auf diese Vereinbarung wies die Klägerin den Beklagten in ihrem Schreiben vom 21. Oktober 1965 hin. Sie kündigte das Darlehn am 20. März 1966 fristlos, nachdem sich der Beklagte darauf berufen hatte, er habe einen Schuldschein nicht unterzeichnet.

In der Folgezeit wurden die am 1. April, 1. August und 1. September 1966 fälligen Wechsel über je 1.500 DM, nicht aber die übrigen Wechsel eingelöst.

Von den Wechselverpflichteten hat die H[REDACTED]-T[REDACTED]-GmbH das Konkursverfahren beantragt. Die Behauptung der Klägerin, daß die Wechselschuldner K[REDACTED] und R[REDACTED] ebenfalls zahlungsunfähig seien und Kieserling den Offenbarungseid geleistet habe, hat der Beklagte in der Berufungsinstanz nicht mehr bestrit-

ten. Gegen den Wechselschuldner S■■■■, einen Indossanten, hat die Klägerin mehrere Wechsel in Wechselprozessen geltend gemacht. S■■■■ hat (zugleich als alleinvertretungsberechtigter Gesellschafter für die Firma Gebrüder S■■■■ KG) am 20. Oktober 1967 eine - durch Grundschulden von 66.100 DM und 144.000 DM gesicherte - Schuld gegenüber der Klägerin von 200.209,84 DM in notarieller Urkunde anerkannt und sich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen.

Der - im anhängigen Rechtsstreit durch eine Gebrechlichkeitspflegerin vertretene - Beklagte leidet nach einem schriftlichen Gutachten, das der Facharzt für Neurologie und Psychiatrie Landesmedizinalklinik Dr. G■■■■ am 28. September 1966 in einem anderen Verfahren erstattet hat, an einer hirnorganischen Erkrankung (der Alzheimerschen Krankheit). Die Parteien streiten darüber, ob und gegebenenfalls seit wann beim Beklagten die tatsächlichen Voraussetzungen der Geschäftsunfähigkeit vorliegen.

Die Klägerin nimmt den Beklagten auf Rückerstattung des noch ausstehenden Darlehns nebst Bearbeitungskosten und Zinsen in Anspruch.

Sie hat vorgetragen:

Aufgrund ihrer Geschäftsbedingungen komme es im Ergebnis nicht darauf an, ob der Beklagte bei der Aufnahme des Darlehns im Oktober 1965 geschäftsunfähig gewesen sei.

Der Beklagte hat zur Begründung seines Klageabweisungsantrags vorgetragen:

Er habe das Darlehn wegen der Verbindlichkeiten der H[REDACTED]-T[REDACTED]-GmbH aufgenommen; die Aufnahme dieses Darlehns falle daher nicht unter die Bestimmung A I Nr. 3 Abs. 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin.

Die Klägerin könne und müsse vor seiner Inanspruchnahme ihre Wechselforderungen gegen den - nicht vermögenslosen - Indossanten Schade durchsetzen.

Im Berufungsrechtszug hat der Beklagte weiter hilfsweise beantragt, ihn nur Zug um Zug gegen Herausgabe der zur Tilgung des Darlehns gegebenen Wechsel, gegen Abtretung der Ansprüche aus den gegen den Kaufmann Schade erstrittenen Wechselurteilen und gegen Abtretung der von diesem bestellten Sicherungsgrundschuld zu verurteilen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht der Klage - mit Ausnahme eines Teiles des Zinsbegehrens - stattgegeben, ohne die vom Beklagten hilfsweise erbetene Zug-um-Zug-Verurteilung auszusprechen.

Der Beklagte verfolgt mit seiner Revision den Antrag, die Klage in vollem Umfang abzuweisen, hilfsweise - entsprechend seinem Hilfsantrag in der Be-

rufungsinstanz - eine bloße Zug-um-Zug-Verurteilung auszusprechen. Die Klägerin bittet, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist nur zum Teil begründet.

I.

Das Berufungsgericht hat den Zahlungsanspruch der Klägerin aus wahlweisem Haftungsgrund - entweder als Rückzahlungsanspruch aufgrund des Darlehnsvertrags oder als Schadensersatzanspruch aufgrund der Bestimmungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin (A I Nr. 3 Abs. 2) - für gerechtfertigt angesehen. Seine Entscheidung hält insoweit - jedenfalls im Ergebnis - einer rechtlichen Nachprüfung stand.

Die Revision zieht nicht in Zweifel, daß die Klage begründet wäre, wenn der Beklagte beim Abschluß des Darlehnsvertrags zwischen den Parteien vom Oktober 1965 geschäftsfähig gewesen sein sollte. Die Klage ist nach dem vom Berufungsgericht rechtsirrtumsfrei festgestellten Sachverhalt jedoch auch dann begründet, wenn dieser Vertrag wegen Geschäftsunfähigkeit des Beklagten nach § 105 Abs. 1 BGB nichtig wäre. Die Klägerin hat ihre Klage nicht nur auf den Darlehnsvertrag vom Oktober 1965

gestützt und die richterliche Entscheidungsbefugnis nicht auf einen Teil des vorgetragenen Sachverhalts beschränkt (so daß es auch keiner Entscheidung bedarf, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen eine solche Beschränkung verfahrensrechtlich zulässig wäre). Sie begehrt Verurteilung des Beklagten aufgrund des gesamten in den Prozeß eingeführten Lebenssachverhalts unter Berücksichtigung aller in Betracht kommender Anspruchsgrundlagen, daher auch solcher, die sich bei einer Nichtigkeit des Darlehnsvertrags vom Oktober 1965 ergeben können. Für das Ergebnis ist es gleichgültig, welche Anspruchsgrundlage das Begehren der Klägerin trägt: ob ihr eine Forderung auf Rückerstattung des vereinbarten Darlehns, eine Kontokorrentforderung oder eine Schadensersatzforderung nach A I Nr. 3 Abs. 2 ihrer Geschäftsbedingungen zusteht.

II.

Das Berufungsgericht hat für den Fall der Geschäftsunfähigkeit des Beklagten einen - nach A I Nr. 3 Abs. 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Sparkassen und Girozentralen (Fassung November 1957) - der Klägerin zu ersetzenden Schaden mit der Begründung bejaht, daß die Klägerin durch die Gewährung des Darlehns "einen echten Vermögensschaden" erlitten habe: Die Klägerin habe das Darlehn zwar nur durch buchtechnische Verrechnung mit dem Saldo zu Lasten

des Beklagten auf dessen Girokonto gewährt. Dieser Debetsaldo sei jedoch durch Leistungen der Klägerin entstanden. Durch die vereinbarte Verrechnung habe sich die Höhe des Debetsaldos entsprechend vermindert.

Der Revision ist zuzugeben, daß die Parteien mit dem Darlehnsvertrag vom Oktober 1965 nur die Umwandlung einer schon bestehenden Kontokorrentschuld vereinbart haben. Bei Nichtigkeit des Darlehnsvertrags wäre diese Schuld jedoch bestehen geblieben, sofern sie wirksam begründet war. Der Beklagte wäre unter diesen Voraussetzungen auf Grund des Kontokorrentverhältnisses zur Zahlung verpflichtet.

Nach dem - im Tatbestand des Berufungsurteils wiedergegebenen - unstreitigen Parteivorbringen betrug der Schuldenstand auf dem Girokonto Nr. 0 des Beklagten zum 25. Oktober 1965 49.897,59 DM, der sich durch die Darlehnsgutschrift vom 26. Oktober 1965 um 40.933,34 DM verringerte. Die Kontokorrentschuld entstand dadurch, daß die Klägerin den Beklagten mit Beträgen aus Wechseln belastete, die die H-T-GmbH angenommen und der Beklagte, Mitgesellschafter dieser GmbH und Bürge für deren Schulden gegenüber der Klägerin, indossiert hatte. Außerdem gewährte der Beklagte der GmbH im Oktober 1965 über sein Girokonto ein Darlehn von 5.700 DM und ein weiteres Darlehn von 10.000 DM.

Der Beurteilung des Revisionsgerichts unterliegt nur das Parteivorbringen, das aus dem Tatbestand des Berufungsurteils oder dem Sitzungsprotokoll ersichtlich ist (§ 561 Abs. 1 ZPO). Diesem Vorbringen ist nicht zu entnehmen, daß einzelne Rechnungsposten falsch gebucht seien oder daß sonst irgendwelche der im Saldo enthaltenen Beträge nicht geschuldet gewesen seien.

Der Beklagte hat zwar nach dem Tatbestand des Berufungsurteils behauptet, der frühere Direktor der Klägerin habe auf dem Girokonto möglicherweise Falschbuchungen vorgenommen, und sich zur Stützung dieser Vermutung auf die Akten eines Ermittlungsverfahrens bezogen. Diese Akten hat das Berufungsgericht zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht. Der Beklagte hat seine Vermutung auch nach Einsichtnahme in die Akten des Ermittlungsverfahrens nicht "weiter dargelegt", wie das Berufungsgericht im Tatbestand des angefochtenen Urteils festgehalten hat. Die rechtliche Würdigung durch das Berufungsgericht, insoweit fehle es "an einer eindeutigen und substantiierten Behauptung des Beklagten sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach", ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

III.

Die Bestimmung A I Nr. 3 Abs. 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Sparkassen und Girozentralen kann zu Gunsten der Klägerin eingreifen, soweit einzel-

nen der auf dem Girokonto verbuchten Schuldposten wegen einer etwaigen Geschäftsunfähigkeit des Beklagten keine vertraglich wirksam begründeten Forderungen der Klägerin zugrundeliegen sollten und der Beklagte auch nicht aus anderen Rechtsgründen zur Zahlung verpflichtet ist. Entsprechendes gilt für die von der Klägerin geltend gemachten Forderungen, die sich nur aus der Umwandlung der Kontokorrentschuld auf Grund des Darlehnsvertrags vom 20. Oktober (insbesondere für die Bearbeitungskosten und die Wechselspesen) ergeben.

Das Berufungsgericht geht ohne Rechtsirrtum davon aus, daß die Parteien die Anwendung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin auf ihre laufenden Geschäftsverbindungen wirksam vereinbart haben.

1. Fehl geht die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe es an der gebotenen Prüfung und Klärung fehlen lassen, ob der Beklagte 1960 - im Jahr der Anerkennung der Geschäftsbedingungen der Klägerin - geschäftsunfähig gewesen sei. Der Beklagte hat vor dem Berufungsgericht nicht einmal selbst geltend gemacht, schon 1960 geschäftsunfähig gewesen zu sein. Zwar hat er sich auf das am 28. September 1966 erstattete Gutachten über seine Erkrankung bezogen. Nach den rechtsfehlerfreien Darlegungen des Berufungsgerichts ist diesem Gutachten jedoch nicht zu entnehmen, daß der Beklagte schon 1960 geschäftsunfähig war, also an einer krankhaften, nicht nur vorübergehenden Störung der Geistestätigkeit litt, die seine freie Willensbestimmung schon damals ausschloß. Das Berufungsge-

richt hat insoweit weder Vorbringen des Beklagten
übergangen, noch die gebotene Sachaufklärung unter-
lassen.

2. Die Bestimmung A I Nr. 3 Abs. 2 der Allge-
meinen Geschäftsbedingungen der Klägerin ist auf den
Darlehnsvertrag der Parteien vom Oktober 1965 anzu-
wenden. Die Bestimmung soll zwar nur für eine "laufende
Geschäftsverbindung" gelten. Ohne Rechtsverstoß und
ohne Beanstandung durch die Revision hat das Berufungs-
gericht jedoch dargelegt, daß der Darlehnsvertrag auch
in seiner Besonderheit als Vertrag über die Umwandlung
einer Kontokorrentschuld eine Vereinbarung im Rahmen der
laufenden Geschäftsbeziehungen zwischen den Parteien
darstellt.

Die genannte Bestimmung verstößt weder gegen ein
gesetzliches Verbot noch gegen die guten Sitten.

Ein Geschäftsfähiger kann es nach dem Grundsatz
der Vertragsfreiheit übernehmen, für den Schaden
Ersatz zu leisten, den er im Zustand der Geschäfts-
unfähigkeit einem anderen zufügen könnte, weil die
von ihm in diesem Zustand abgegebenen Willenser-
klärungen nichtig sind. Die Regelung in den Allgemeinen
Geschäftsbedingungen tritt nicht in Widerspruch zu den
Anschauungen des anständigen Geschäftsverkehrs, weil
die Klägerin damit unbillige Härten im Geschäftsver-
kehr mit unerkennbar Geisteskranken und langwierige
Erörterungen über den Eintritt der Geschäftsunfähig-

keit bei einem ihrer Kunden zu vermeiden sucht. Mit den Grundsätzen von Treu und Glauben ist es vereinbar, daß sie das Risiko eines Schadens infolge einer später (nach Anerkennung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen) eintretenden Geschäftsunfähigkeit des Sparkassenkunden bei laufender Geschäftsverbindung auf diesen abwälzt (BGHZ 52, 61 = NJW 1969, 1485).

3. Rechtsfehlerfrei geht das Berufungsgericht auch davon aus, daß die Klägerin bei dem Abschluß des Darlehnsvertrags vom Oktober 1965 unverschuldet keine Kenntnis von einer (etwaigen) Geschäftsunfähigkeit des Beklagten gehabt habe. Insoweit hat die Revision auch keine Beanstandung erhoben.

4. Von dem Schutzzweck der Bestimmung A I Nr. 3 Abs. 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin werden auch die Schäden umfaßt, die in den Unkosten für die Bearbeitung und den Vollzug des Darlehnsvertrags vom 20. Oktober 1965 (Bearbeitungsgebühren, Wechselspesen) bestehen. Die Klägerin beansprucht mit der Bearbeitungsgebühr von 228 DM nicht etwa entgangenen Gewinn. Vielmehr macht sie, falls der Darlehnsvertrag wegen Geschäftsunfähigkeit des Beklagten nichtig sein sollte, nur einen - der Höhe nach pauschalierten - Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens geltend. Die Entscheidung des Berufungsgerichts über die Darlehnsunkosten läßt daher keinen Rechtsfehler erkennen. Gegen die Höhe der geltend gemachten Unkosten hat der Beklagte zudem weder vor dem Berufungsgericht

Einwendungen erhoben noch Revisionsrügen vorgebracht.

IV.

Ohne Erfolg macht die Revision geltend, daß die Klägerin vor einer Inanspruchnahme des Beklagten hätte versuchen müssen, von dem - wechselmäßig verpflichteten - Schuldner Schade Befriedigung für ihre Forderung zu erlangen. Dieser Einwand greift nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts gegenüber keiner der (alternativen) Anspruchsgrundlagen durch.

1. Der Anspruch auf Rückgewähr des vereinbarten Darlehns wäre fällig, wie die Revision nicht verkennt. Die Klägerin war nach der berechtigten Kündigung des Darlehns nicht verpflichtet, sich zunächst an Schade zu halten. Berechtigt war diese Kündigung schon deshalb, weil mehrere - erfüllungshalber gegebene-Wechsel wegen der Zahlungsunfähigkeit der Akzeptantin zu Protest gingen. Das Berufungsgericht führt aus, daß die wirksame fristlose Kündigung des Darlehns auch die Tilgungs- und Stundungsvereinbarung erfaßt hat. Seine Auslegung der Vereinbarung über die Kündigung verstößt weder gegen die Denkgesetze noch gegen anerkannte Auslegungsregeln. Sie ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

2. Ein Verpflichtungsgrund dafür, daß die Klägerin Schade vor dem Beklagten in Anspruch zu nehmen habe, fehlt aber auch dann, wenn der Beklagte bei einer Nich-

tigkeit des Darlehnsvertrags vom 20. Oktober 1965 aus dem Kontokorrentverhältnis zur Zahlung verpflichtet wäre. Die Klägerin ist berechtigt, die sich aus dem Kontokorrent ergebende Forderung unabhängig von etwaigen Forderungen gegen Schade geltend zu machen.

3. Der Einwand der Beklagten ist schließlich auch gegenüber einem Schadensersatzanspruch nach A I Nr. 3 Abs. 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin nicht gerechtfertigt.

Nach den bindenden Feststellungen und den rechtsfehlerfreien Ausführungen des Berufungsgerichts fällt der Klägerin weder eine Verletzung vertraglicher Pflichten gegenüber dem Beklagten noch ein (gegenüber dem Schadensersatzanspruch nach A I Nr. 3 Abs. 2 der Geschäftsbedingungen zu berücksichtigendes) mitwirkendes Verschulden zur Last. Dies gilt auch für ihr Verhalten bei der Rechtsverfolgung gegen Schade.

Die Klägerin hat alle - zur Tilgung des am 20. Oktober 1965 vereinbarten Darlehns gegebenen - Wechsel protestieren lassen und die bis einschließlich 1. Februar 1972 nicht eingelösten Wechsel gegen Schade im Wechselprozeß geltend gemacht. Ihr war es - auch im Verhältnis zum Beklagten - nicht verwehrt, im Zusammenhang mit dem Schuldanerkenntnis Schades und der Bestellung weiterer Sicherheiten die monatlichen Teilzahlungen vertraglich zu regeln. Angesichts der hohen Verschuldung Schades durfte sie sich mit Ratenzahlungen auf dessen andere Schulden (Kosten, Zinsen, sonstige

Schulden) zufrieden geben. Sie war nicht verpflichtet, die von Schade eingehenden Zahlungen ganz oder teilweise auf die (mehr Sicherheit bietenden) Wechselforderungen anzurechnen. Vielmehr durfte sie die zur Tilgung der Gesamtschuld nicht ausreichenden Zahlungen mit dessen anderen Schulden verrechnen (A I Nr. 1 Abs. 7 der Geschäftsbedingungen).

Das Berufungsgericht hat eine Verpflichtung der Klägerin gegenüber dem Beklagten, zur Schadensminderung die Zwangsvollstreckung gegen Schade zu betreiben, mit der Erwägung verneint, daß das Kostenrisiko etwaiger Vollstreckungsversuche für die Klägerin wegen der starken Verschuldung Schades zu groß gewesen sei. Nach den Darlegungen des Berufungsgerichts konnte die Klägerin somit wegen des Umfangs der Verschuldung Schades nicht damit rechnen, durch Vollstreckungsversuche (etwa aus den von der S. KG bestellten Grundschulden) in absehbarer Zeit Befriedigung für ihre Forderungen gegen Schade zu erlangen. Die Schlüsse, die das Berufungsgericht aus der hohen Verschuldung Schades zieht, verstoßen weder gegen die Denkgesetze noch gegen die allgemeine Lebenserfahrung. Sie sind aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Das Berufungsgericht hat damit zugleich rechtsfehlerfrei eine Verpflichtung der Klägerin gegenüber dem Beklagten verneint, gegen Schade die Zwangsvollstreckung wegen der Wechselforderungen zu betreiben, sei es mit, sei es ohne den Versuch, ihre erheblichen sonstigen

Forderungen gegen S. [REDACTED] im Vollstreckungsweg zu realisieren.

V.

Die Zahlungen auf Grund der Wechsel, die zur Tilgung des (vorweg abgezinsten) Darlehns bestimmt waren, hat die Klägerin mit ihrer Erklärung im Schriftsatz vom 5. Oktober 1966 von der Hauptsumme abgesetzt. Soweit diese Leistungen nicht ohnehin zur Tilgung der Darlehnshauptsumme bestimmt waren, hat die Klägerin von ihrer Befugnis Gebrauch gemacht, die Verrechnung "in Ermangelung einer Weisung des Kunden" bindend zu bestimmen (A I Nr. 1 Abs. 7 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin). Das Berufungsurteil ist entsprechend abzuändern.

VI.

Das Berufungsgericht hat den Hilfsantrag des Beklagten, ihn nur Zug um Zug gegen Herausgabe der zur Tilgung des Darlehns gegebenen Wechsel zu verurteilen, mit der Begründung zurückgewiesen, diesem Antrag fehle die erforderliche Bestimmtheit nach § 253 ZPO, weil die Wechsel nicht im einzelnen bezeichnet seien; im übrigen habe sich die Klägerin zur Herausgabe dieser Wechsel schon vor der Stellung dieses Antrags bereit erklärt. Insoweit ist die Rüge der Revision gerechtfertigt.

Auf die Erhebung der Einrede des Zurückbehaltungsrechts (§ 273 BGB) können die Vorschriften über die Klageschrift (§ 253 ZPO) nicht unmittelbar angewandt werden. Der Hilfsantrag, mit dem der Beklagte diese - begründete - Einrede verfolgt, ist hinreichend bestimmt. Er bezieht sich auf die nicht eingelösten Tilgungswechsel, die die Klägerin in der Verhandlung vom 18. September 1970 vorgelegt hat. Diese Wechsel sind in der Sitzungsniederschrift nach Betrag und Verfalltag bezeichnet. Die Parteien haben Aussteller, Bezogene und Indossanten in den vorgetragenen Schriftsätzen benannt. Ihre Angaben sind im Urteil des Berufungsgerichts wiedergegeben.

Die Bereitschaft der Klägerin, diese Wechsel herauszugeben, rechtfertigt es nicht, den Hilfsantrag des Beklagten zurückzuweisen. Dabei kann es dahingestellt bleiben, ob § 307 ZPO auf die Anerkennung der prozessual wirksam erhobenen Einrede entsprechend angewandt werden könnte. Das Begehren nach urteilsmäßiger Festlegung der bloßen Zug-um-Zug-Verurteilung stellt jedenfalls keine unzulässige Rechtsausübung dar. Ihm ist daher in dem aus der Urteilsformel ersichtlichen Umfang stattzugeben.

Im übrigen ist der vom Beklagten gestellte Hilfsantrag nicht begründet.

Zutreffend führt das Berufungsgericht aus, daß Wechselansprüche der Klägerin gegen S. [REDACTED] kraft Gesetzes auf den Beklagten übergehen, wenn dieser die

Wechsel einlöst. Einer Abtretung bedarf es nicht.

Eine Grundlage für die Zug-um-Zug-Abtretung einer von S [REDACTED] bestellten Grundschild zur Sicherung der Wechselansprüche fehlt. Der Beklagte hat nicht dargelegt, daß Schade eine solche Grundschild (nur) zur Sicherung der Wechselansprüche bestellt hat. Die im Schuldanerkenntnis vom 20. Oktober 1967 bezeichneten, von der Firma S [REDACTED] KG bestellten Grundschilden dienen der Sicherung aller Forderungen der Klägerin, auch künftiger, gegen S [REDACTED].

Kreft

Richter Dr. Beyer ist
beurlaubt und verhindert
seine Unterschrift beizu-
fügen.

Dr. Krohn

Kreft

Peetz

Lohmann