

Verkündet
am 21. Dezember 1959

Pfauz, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Rechtsanwalts Hellmuth S [REDACTED] in H [REDACTED],
G [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]

gegen

die Firma Bankhaus N [REDACTED] & Co., Kommanditgesellschaft
in H [REDACTED], P [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch ihren
persönlich haftenden Gesellschafter Bankier Bernhard
N [REDACTED] in H [REDACTED], Am S [REDACTED]

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

Nebenintervenientin: Frau Irma S [REDACTED] geb. von S [REDACTED]
in H [REDACTED] bei D [REDACTED], W [REDACTED]straße,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED],
Dr. [REDACTED] und Dr. [REDACTED]
in [REDACTED]

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündli-
che Verhandlung vom 10. Dezember 1959 unter Mitwirkung der
Bundesrichter Dr. Haidinger, Dr. Fischer, Dr. Nörr, Liesecke
und Dr. Reinicke

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des
10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Celle vom
15. April 1958 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben,

69

... 1 a -

als es die Berufung des Klägers gegen die Abweisung des Hilfsantrages in Höhe von 6.500 DM nebst 7 % Zinsen seit dem 2. Juni 1953 zurückweist.

In diesem Umfange wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Hälfte der Kosten aller Rechtszüge.

Die Entscheidung über die restlichen Kosten des Rechtsstreits wird dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen

- 2 -

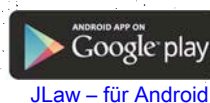
Tatbestand:

Der damalige Rechtsanwalt Hans Heinrich S. in B. war Aussteller eines Wechsels über 32.500 DM, den der aus der Industriellenfamilie von S. stammende Carl Wilhelm von S. akzeptiert hatte. Am 24. November 1952 legte Hans Heinrich S. den am 18. November 1952 ausgestellten und am 8. Februar 1953 fälligen Wechsel der Beklagten, einem Bankhaus in H., zur Diskontierung vor. Die Beklagte behielt sich die Entscheidung über den Ankauf vor, gab aber H. H. S., mit dem sie bis dahin noch nicht in Geschäftsverbindung gestanden hatte, sofort einen Vorschuß von 8.000 DM. Sie lehnte dann die Diskontierung ab mit der Begründung, der Wechsel sei nach den von ihr eingeholten Auskünften für Spielschulden gegeben, und verlangte sofortige Rückzahlung des Vorschusses. H. H. S. vermochte nur einen Teilbetrag von 2.500 DM zu tilgen, worauf sein Bruder Hellmuth S., der Kläger, Rechtsanwalt in H., in folgender Weise für ihn einsprang: Der Kläger bewilligte am 23. Dezember 1952 zugunsten der Beklagten auf seinem Grundstück in H. die Eintragung einer Grundschuld von 12.000 DM. Die Beklagte gewährte ihm daraufhin ein Darlehen von 11.000 DM. Dieser Betrag wurde dem Kläger auf einem für ihn eingerichteten Konto gutgeschrieben, am gleichen Tage jedoch auf das Konto des H. H. S. überwiesen, das damit ein Guthaben auswies. H. H. S. zog 4.000 DM ab, so daß zum 31. Dezember 1952 für ihn noch ein Guthaben von 1.394 DM verblieb.

H. H. S. und die Beklagte vereinbarten, daß die Bank den Wechsel in Höhe von 13.000 DM gegen von S. geltend machen sollte. Die Beklagte bestätigte H. H. S.,



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

daß der eingereichte Wechsel nunmehr zum Einzug in Höhe von 13.000 DM übernommen worden sei, um zur Abdeckung des seinem Bruder gewährten Kredites zu dienen. Da der Akzeptant nicht zahlte, ließ die Beklagte den Wechsel im Februar 1953 in voller Höhe protestieren und erhob Klage im Wechselprozeß auf Zahlung von 13.000 DM nebst Zinsen und Kosten. Der Akzeptant erhob zunächst den Spieleinwand, hielt ihn jedoch nicht aufrecht, sondern machte geltend, der Aussteller habe die Wechselforderung bereits an die Bank bezahlt. Am 30. April 1953 erging gegen den Akzeptanten ein Vorbehaltsurteil in Höhe von 13.000 DM nebst Zinsen und Kosten. Nach dessen Zustellung erschien der Akzeptant bei der Beklagten und bot ihr an, sofort einen Teilbetrag von 3.000 DM zu zahlen. Für den Rest sollte die Bürgschaft seiner Schwester, Frau Irene He [REDACTED] geb. von Si [REDACTED], jetzt verheiratete S [REDACTED] (ihr jetziger Ehemann ist mit dem Kläger nicht verwandt; im folgenden weiter als Frau He [REDACTED] bezeichnet) beigebracht werden. Die Beklagte willigte ein, doch wurde die Vereinbarung hinfällig, weil der Akzeptant den Betrag von 3.000 DM nicht zahlte.

Frau He [REDACTED] beauftragte den Rechtsanwalt Dr. Sch [REDACTED] in B [REDACTED] mit Verhandlungen, um den von ihrem Bruder akzeptierten Wechsel in die Hand zu bekommen. Rechtsanwalt Sch [REDACTED] schrieb an die Beklagte, Frau He [REDACTED] stelle der Bank die Zahlung von 13.000 DM gegen Herausgabe des Wechsels und der Abtretung der vom Kläger bestellten Grundschuld in Aussicht. Die Beklagte erwiderte durch Rechtsanwalt Dr. M [REDACTED] II in H [REDACTED], sie verlange Zahlung von 3.000 DM bis zum 4. Juni 1953 sowie die Bürgschaft der Frau He [REDACTED], widrigenfalls sie aus dem Wechselurteil vollstrecken werde. Etwaige Zahlungen würden auf dem Wechsel quittiert werden,

jedoch müsse der Wechsel an H.H. S. [REDACTED] als dem Auftraggeber der Bank herausgegeben werden. Auf Vorschlag von Rechtsanwalt Dr. M. [REDACTED] II wurde eine andere Art des Eingreifens von Frau He. [REDACTED] gewählt. Im Vertrage vom 2./8. Juni 1953 verkaufte die Beklagte ihre Forderungen "aus dem Kreditverhältnis mit den Rechtsanwälten Hans Heinrich S. [REDACTED] und Hellmuth S. [REDACTED]... zum Nennbetrage" an Frau He. [REDACTED]. Im Vertrage verpflichtete sich die Beklagte, "nach vollständiger Tilgung ihrer Forderungen die ihr gewährten Sicherheiten auf Frau He. [REDACTED] in der erforderlichen Form zu übertragen, also die Rechte aus der eingetragenen Grundschuld unter Übergabe des Grundschuldbriefes an sie abzutreten, die Ansprüche aus dem Wechselurteil und den Kostenfestsetzungsbeschlüssen auf Frau He. [REDACTED] zu übertragen, ihr auch den von Carl Wilhelm von Si. [REDACTED] akzeptierten Wechsel herauszugeben". Frau He. [REDACTED] verpflichtete sich hingegen, ihren Bruder Carl Wilhelm von Si. [REDACTED] zu veranlassen, von der Durchführung des Nachverfahrens im Wechselprozeß abzusehen.

H.H.S. [REDACTED] hatte auf Anfrage des Rechtsanwalts Dr. Sch. [REDACTED] diesem und der Beklagten erklärt, er sei damit einverstanden, daß der Wechsel an Frau He. [REDACTED] herausgegeben werde, wenn bei der Beklagten die Summe von 13.000 DM nebst Zinsen, Spesen und Kosten bezahlt sei. Das Konto des Klägers wies zu dieser Zeit (31. Mai 1953) einen Debetsaldo von 11.370 DM aus, während das Konto des H.H. S. [REDACTED] einen Debetsaldo von 1.080 DM, am 30. Juni 1953 von 1.296,50 DM, auswies.

Frau He. [REDACTED] zahlte gemäß dem Vertrage vom 2./8. Juni 1953 an die Beklagte und erhielt im Herbst 1953 den Wechsel.

Die Grundschild wurde auf sie umgeschrieben. Am 28. Dezember 1953 kündigte sie dem Kläger die Grundschild.

Nunmehr wandte sich der Kläger an einen weiteren Bruder, den Rechtsanwalt Dr. Walter S. in H., und bat diesen, seine Interessen wahrzunehmen. Rechtsanwalt Dr. Walter S. forderte namens des Klägers von Frau He. die Herausgabe des Wechsels und die Löschung der Grundschild unter Hinweis auf eine Vorpfindung der Ansprüche des H.H. S. gegen Carl Wilhelm von Si. und Frau He. sowie darauf, daß er eine Strafanzeige gegen Carl Wilhelm von Si. beabsichtige. Durch Pfändungs- und Überweisungsbeschluß vom 8. März 1954 wurden auf Antrag des Klägers die angeblichen Ansprüche von H. H. S. gegen Carl Wilhelm von Si. aus Vertrag und unerlaubter Handlung sowie gegen Frau He. auf Herausgabe des Wechsels und Löschung der Grundschild gepfändet und dem Kläger zur Einziehung überwiesen. Am 4. Juli 1954 kam es sodann zu einer Vereinbarung zwischen Frau He., vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Sch., und dem Kläger, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Walter S., dahin, daß Frau He. gegen Zahlung von 6.500 DM die Grundschild an den Kläger abtrat. Der Kläger verzichtete auf seine Rechte aus dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluß vom 8. März 1954 sowohl gegenüber Frau He. als auch gegenüber Carl Wilhelm von Si.. Die Parteien waren sich darüber einig, daß der Wechsel im Besitz von Frau He. verbleibt, d.h. daß der Kläger auf Herausgabe des Wechsels verzichtet.

Der Kläger klagt als Rechtsnachfolger seines Bruders H.H. S., der ihm alle etwaigen Ansprüche aus den Bezie-

hungen zur Beklagten abgetreten hat. Der Kläger macht geltend, daß H.H. S. [REDACTED] gegen die Beklagte Ansprüche auf Ausführung des Inkassoauftrages oder auf Schadensersatz wegen der Verletzung der Pflichten aus diesem Auftrag erwachsen seien. Die Beklagte sei nicht berechtigt gewesen, den Wechsel der Frau He. [REDACTED] herauszugeben, ohne daß zugleich die Schulden des Klägers und von H.H. S. [REDACTED] bei der Bank getilgt wurden. Die Beklagte habe also von Frau He. [REDACTED] Zahlung auf den Wechsel verlangen müssen. Der Schaden bestehe im Verlust des Wechsels, den Frau He. [REDACTED] nicht herausgebe. Im Sommer 1953 habe die Wechselforderung gegen Carl Wilhelm von Si. [REDACTED] noch beigetrieben werden können. Von dem Vertrage zwischen der Beklagten und Frau He. [REDACTED] habe H.H. S. [REDACTED] erst im Rechtsstreit Kenntnis erhalten. Der Herausgabe des Wechsels an Frau He. [REDACTED] habe er nur unter der Bedingung zugestimmt, daß Frau He. [REDACTED] auf den Wechsel zahle. Der Vertrag vom 4. Juli 1954 berühre die Ansprüche von H.H. S. [REDACTED] nicht. Der Kläger hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, in erster Linie: dem Kläger die Rechte aus dem Wechselurteil und dem Wechsel zu verschaffen, Zug um Zug gegen Zahlung von 1.080 DM, eventuell von 1.296,50 DM gegebenenfalls zuzüglich Zinsen, in zweiter Linie: 13.000 DM nebst Zinsen an den Kläger zu zahlen.

Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt. Sie hat vorgetragen, sie sei zum Verkauf der einheitlichen Forderung aus dem Kredit an die Brüder S. [REDACTED], für die der Wechsel als Pfand gehaftet habe, berechtigt gewesen. Der Wechsel sei mit der Forderung auf Frau He. [REDACTED] übergegangen und an diese auszuhändigen gewesen. Der Inkassoauftrag habe dem nicht entgegengestanden. H.H. S. [REDACTED] habe dem Verkauf zugestimmt. Im Vertrage vom 4. Juli 1954, dem H.H. S. [REDACTED] eben-

falls seine Genehmigung gegeben habe, sei auf die Herausgabe des Wechsels verzichtet worden. Dieser sei im übrigen ein Finanzwechsel gewesen, den Carl Wilhelm von Si [REDACTED] nicht einzulösen gehabt habe.

Der Beklagten ist auf deren Streitverkündung Frau He [REDACTED] als Nebenintervenientin beigetreten. Sie hat geltend gemacht: Ihr Bruder Carl Wilhelm von Si [REDACTED] habe H.H. S [REDACTED] mehrere Blankoakzepte gegeben, mit deren Hilfe H.H. S [REDACTED] dem Akzeptanten Geld habe beschaffen sollen. H.H. S [REDACTED] habe die Blankoakzepte auch ausgefüllt und in den Verkehr gebracht, den Gegenwert von mindestens 110.000 DM jedoch für sich behalten, vermutlich verspielt. Am 18. Februar 1954 habe sich H.H. S [REDACTED] gegenüber Carl Wilhelm von Si [REDACTED] zunächst verpflichtet gehabt, den hier in Rede stehenden Wechsel bis zum 18. Mai 1953 einzulösen und den Wechsel dem Akzeptanten herauszugeben. Am 2. Mai 1953 habe sich Carl Wilhelm von Si [REDACTED] sodann gegenüber H.H. S [REDACTED] bereit erklärt, den hier in Frage stehenden Wechsel mit 13.000 DM und einen weiteren Wechsel über 32.500 DM einzulösen. H.H. S [REDACTED] habe dafür anerkannt, 45.500 DM dem Carl Wilhelm von Si [REDACTED] zu schulden und habe sich auch verpflichtet, die restlichen Wechsel zurückzuschaffen. Im Verhältnis zu ihrem Bruder sei also H.H. S [REDACTED] allein Schuldner der Wechselsummen gewesen. Ihr Bruder habe aber nicht zahlen können, worauf sie aus familiären Gründen eingesprungen sei und Rechtsanwalt Dr. Sch [REDACTED] beauftragt habe, die von ihrem Bruder akzeptierten Wechsel oder die Forderungen, die die Wechselinhaber gegen H.H. S [REDACTED] gehabt hätten, aufzukaufen, im letzteren Falle unter Übertragung etwaiger Sicherheiten. Ihr sei es darauf angekommen, die Akzepte ihres Bruders endgültig in die Hand zu bekommen.

64

Deshalb sei das Abkommen vom 2./8. Juni 1953 getroffen worden. Der Kläger habe sich im Abkommen vom 4. Juli 1954 damit einverstanden erklärt, daß der Wechsel bei ihr verbleibe und auch H.H. S. [REDACTED] habe dem zugestimmt.

Der Kläger hat erwidert: Die Forderungen der Bank gegen ihn und gegen H.H. S. [REDACTED] seien nicht einverständlich als eine einheitliche Forderung angesehen worden. Die Erklärungen vom 18. Februar und 2. Mai 1953 habe H.H. S. [REDACTED] nur zum Schein abgegeben. Carl Wilhelm von Si. [REDACTED] habe schriftliche Unterlagen gebraucht, um von seiner Schwester, die sein Vermögen verwaltet habe, Barmittel herauszubekommen. H.H. S. [REDACTED] habe Carl Wilhelm von Si. [REDACTED] nichts geschuldet, sondern erhebliche Honorarforderungen sowie Ansprüche aus unerlaubter Handlung gegen ihn gehabt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Klagantrag weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist H.H. S. [REDACTED], dem Rechtsvorgänger des Klägers, ein vertraglicher Anspruch auf Herausgabe des Wechsels gegen die Beklagte erwachsen, als diese den Auftrag auf Einziehung des Wechsels nicht weiter ausführen wollte. Gleichwohl könne eine Verurteilung zur Verschaffung des Wechsels nicht erfolgen. Die Beklagte sei nicht in der Lage, sich den Wechsel zu beschaffen. Die Revision hält diese Ansicht für rechtsirrtümlich.

Das angefochtene Urteil behandelt die Herausgabe des Wechsels und die Verschaffung als gleichbedeutend. Sie sind aber rechtlich durchaus verschieden zu beurteilen. Die Beklagte hatte nach § 667 BGB den Wechsel, den sie zur Ausführung des Auftrages erlangt hatte, an den Auftraggeber herauszugeben. Der Anspruch richtet sich also auf die Überlassung derjenigen Gegenstände, die der Beauftragte zur Ausführung des Auftrages oder aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat. Eine Pflicht zur Verschaffung derjenigen Gegenstände, die sich bei ordnungsmäßiger Durchführung des Auftrages bei der Beauftragten befinden müßten, ergibt sich aus § 667 BGB nicht. Der Kläger trägt selbst nicht vor, daß die Beklagte den Wechsel besitze oder Gläubigerin der Ansprüche aus dem Wechselurteil sei. Sein Antrag richtet sich auch nicht auf Herausgabe bei der Beklagten befindlicher Gegenstände, sondern auf Verschaffung der an die Nebenintervenientin abgetretenen Ansprüche aus dem Wechselurteil und des bei dieser befindlichen Wechsels. Ein solcher Anspruch kann dem Rechtsvorgänger des Klägers nur unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes wegen verschuldeter Nichterfüllung des Herausgabeanspruchs gemäß § 667 BGB erwachsen sein. Gab die Beklagte den Wechsel und das Wechselurteil an die Nebenintervenientin schuldhaft unter Verletzung der Pflicht zur Herausgabe an H.H. S. [REDACTED] weiter, wie das Berufungsgericht zutreffend darlegt, so hatte sie gemäß § 249 BGB den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn sie ihre Pflicht erfüllt hätte, d.h. sie hatte H.H. S. [REDACTED] den Besitz am Wechsel und die Rechte aus dem erwirkten Wechselurteil zu verschaffen. Soweit diese Herstellung nicht möglich ist, hatte die Beklagte H.H. S. [REDACTED] in Geld zu entschädigen (§ 251 Abs. 1 BGB). Der Verschaffungsanspruch ist also, was das angefochtene Urteil verkennt, bereits Schadens-

ersatzanspruch.

II. Das Berufungsgericht nimmt an, daß die Beklagte dauernd unvermögend sei, dem Kläger den Wechsel und die Rechte aus dem Wechselurteil zu verschaffen. Stehe dies fest, so sei ein solches Urteil sinnwidrig und abzulehnen. Die Rügen der Revision sind im Ergebnis nicht begründet.

Zu Unrecht meint die Revision, die Beklagte habe ihr Unvermögen im Rechtsstreit nicht geltend gemacht, so daß es keine Berücksichtigung finden könne. Die Beklagte hatte gegenüber dem im ersten Rechtszug als Hilfsantrag gestellten Antrag auf Verschaffung des Wechsels usw. ausgeführt, eine solche Verurteilung könne nicht erfolgen, sie sei nach Abschluß des Kaufvertrages und der Übertragung der Sicherheiten nicht mehr "passiv legitimiert" (Schriftsatz vom 8. Januar 1957 S. 24, Bl. 159 GA). Frau He[REDACTED] gebe den Wechsel nicht heraus (Schriftsatz vom 2. Januar 1957, Bl. 116 GA). Dem entsprach der Vortrag des Klägers (Schriftsatz vom 3. Januar 1957 S. 4 Bl. 121 GA), so daß keine Rede davon sein kann, die Feststellung, Frau He[REDACTED] gebe den Wechsel nicht heraus, sei aktenwidrig, wie die Revision auszuführen sucht. Das Berufungsgericht hatte auch keine Veranlassung, den Kläger gemäß § 139 ZPO darauf hinzuweisen, daß es den Verschaffungsanspruch wegen Unmöglichkeit der Leistung abweisen wolle. Der Kläger selbst hatte das Schreiben des Rechtsanwalts Dr. Sch[REDACTED] vom 20. November 1956 (Bl. 134 GA) vorgelegt, aus dem sich ergab, daß dieser keinen Anlaß sah, den bei ihm im Auftrage der Frau He[REDACTED] verwahrten Wechsel herauszugeben. Wenn der Kläger glaubte, daß Frau He[REDACTED] gegen Zahlung von 13.000 DM zur Herausgabe bereit sei und die Beklagte zu einer solchen Aufwen-

dung für verpflichtet hielt, so hätte er ohne Hinweis des Gerichts Frau He[REDACTED] als Zeugen benennen können, daß sie gegen Zahlung den Wechsel hergeben wolle. Er hat aber statt dessen im Widerspruch hierzu vorgetragen, auch heute tue Frau He[REDACTED] alles, um die Herausgabe des Wechsels zu verhindern. Sie wäre niemals bereit gewesen, das durch den Vertrag mit der Bank Erlangte etwa gegen Erstattung der Aufwendungen an den Kläger herauszugeben. Sie habe bei allem nur den Wechsel gewollt (Schriftsatz vom 17. März 1958 Seite 5 Bl. 333 GA). Es sei Angelegenheit der Beklagten, sich den Wechsel wiederzubeschaffen (Schriftsatz vom 11. September 1957, Seite 10, Bl. 285 GA). Angesichts dieses Vortrages des Klägers konnte das Berufungsgericht unbedenklich zu der Ansicht gelangen, Frau He[REDACTED] sei zur Herausgabe keinesfalls bereit, weil sie verhindern wolle, daß in dem Wechselnachverfahren Dinge zur Sprache kämen, die dem Ansehen der Familie von Si[REDACTED] abträglich seien. Damit stand entgegen der Meinung der Revision nicht im Widerspruch, daß Frau He[REDACTED] nach Behauptung des Klägers im Interesse des Vermögens von Carl Wilhelm von Si[REDACTED] tätig geworden ist. Da der Kläger selbst nicht behauptet hatte, Frau He[REDACTED] werde den Wechsel gegen Zahlung eines 6.500 DM übersteigenden Betrages herausgeben und ohne Verfahrensverstoß festgestellt worden war, es käme ihr nur auf den Besitz des Wechsels an, war eine Erörterung überflüssig, welches Opfer des Schuldners innerhalb der Grenzen des Zumutbaren liegen würde, um die Bereitschaft des Dritten, der über die zu verschaffende Sache verfügt, zur Überlassung herbeizuführen (vgl. RG JW 1924, 293, 294). Die hierbei angestellte Erwägung des Berufungsgerichts, H.H. S[REDACTED] habe kein schutzwürdiges Interesse am Besitz des Wechsels, ist allerdings, wie der Revision zuzugeben ist und noch auszuführen sein wird, unzu-

treffend, jedoch an dieser Stelle für die Entscheidung ohne Belang.

Der Revision ist nicht zu folgen, wenn sie meint, es komme für die Frage der Möglichkeit der Naturalherstellung auf eine Bereitschaft der Nebenintervenientin zur Herausgabe des Wechsels nicht an, weil gegen sie ein Anspruch auf Herausgabe des Wechsels bestehe. Der Verkauf der Forderungen der Bank gegen die Brüder H.H. und H. S. [REDACTED] nebst den Sicherheiten sei sittenwidrig und nichtig, weil die Rechte des H.H. S. [REDACTED] auf Rückgabe des Wechsels im bewußten Zusammenwirken der Vertragsschließenden geschädigt worden seien. Die Revision läßt jedoch außer Betracht, daß in diesem Falle die Rückforderung des Wechsels gemäß § 817 Satz 2 BGB ausgeschlossen wäre. Würde die Vereinbarung über die Aushändigung des Wechsels unter käuflicher Übernahme der Kontokorrentforderungen, z.B. wegen Verleitung zur Verletzung der Verpflichtungen der Bank gegenüber dem Auftraggeber, gegen die guten Sitten verstoßen (vgl. BGHZ 12, 308, 318) und deshalb nichtig sein, so könnte gleichwohl der Wechsel wegen des verwerflichen Verhaltens des Leistenden, der bewußt gegen seine Pflicht zur Rückgabe an den Auftraggeber verstieß, nicht zurückgefordert werden. Ob die Voraussetzungen des § 158 Abs. 1 BGB zutreffend vom Berufungsgericht verneint worden sind, kann daher unerörtert bleiben. Für die Revision wäre mit seiner Anwendung nichts gewonnen.

Auch ein Anspruch der Beklagten gegen Frau He. [REDACTED], unter Zahlung von 1080 DM die Rückgabe des Wechsels verlangen zu können, ist mit Recht vom Berufungsgericht entgegen der Ansicht der Revision nicht in Betracht gezogen worden. Auch wenn die Beklagte nur wegen des Debetsaldos des

H.H.S. von 1.080 DM ein Pfandrecht am Wechsel gehabt haben sollte, kann die Beklagte nicht den Wechsel gegen Zahlung von 1.080 DM von Frau He. zurückverlangen. Sie hat im Vertrage mit Frau He. erklärt, nach vollständiger Tilgung des Kaufpreises für die Forderungen die Ansprüche aus dem Wechselurteil abtreten und ihr auch den Wechsel herausgeben zu wollen. Sie ist also verpflichtet, ihr den Wechsel und die Ansprüche aus dem Wechsel ohne Rücksicht darauf zu belassen, wegen welcher Forderung sie ein Pfandrecht an dem Wechsel gegenüber H.H. S. geltend machen konnte.

Das Berufungsgericht ist hiernach rechtlich zutreffend zu der Ansicht gelangt, die Verschaffung des Wechsels und damit die Herstellung im Sinne des § 251 Abs. 1 BGB sei der Beklagten nicht möglich. Ob einer Erfüllungsklage des Gläubigers noch stattgegeben werden kann, wenn das Unvermögen des Schuldners zur Leistung feststeht (nicht entschieden in RG JW 1924, 292, 293), brauchte für die hier zu treffende Entscheidung nicht erörtert zu werden. Die von der Revision gewünschte Nachprüfung erübrigt sich. Denn hier steht die Art der Schadensersatzleistung in Frage. An die Stelle des Anspruchs aus § 249 BGB auf Herstellung ist, weil diese nicht möglich ist, gemäß § 251 BGB ein Anspruch auf Entschädigung in Geld getreten und nur dieser kann noch erhoben werden. Der Hauptantrag auf Verschaffung ist mit Recht abgewiesen worden.

III. Die Revision will den hilfsweise erhobenen Zahlungsanspruch nicht nur auf die Verpflichtung der Beklagten zum Schadensersatz stützen, sondern meint, er ergebe sich unmittelbar aus dem Auftragsverhältnis. Das Berufungsgericht

hat diesen Anspruch auf Erfüllung der Pflichten aus dem Auftrag nicht übersehen, wie die Revision unter Rüge nach § 551 Nr. 7 ZPO meint (vgl. S. 26, 27 des Berufungsurteils). Der Anspruch ist mit dem Berufungsgericht, wenn auch aus anderen Gründen, für nicht gerechtfertigt zu halten. Der Kläger hat zunächst behauptet, Frau He[REDACTED] habe auf den Wechsel gezahlt. Nach dem mit dem Akteninhalt entgegen der Revision nicht im Widerspruch stehenden Tatbestand hat er diese Behauptung nicht aufrechterhalten. Frau He[REDACTED] zahlte, wie es nach den vorgelegten Urkunden nicht in Zweifel zu ziehen und auch unstreitig geworden ist, den Kaufpreis für Forderungen der Bank und erhielt den Wechsel, weil er als mitzuübertragende Sicherheit für diese angesehen wurde. Die Beklagte hat somit den Betrag von 13.000 DM nicht aus der Geschäftsbesorgung für H.H. S[REDACTED] erlangt. Der Revision ist auch nicht darin zu folgen, daß die Beklagte, gleichgültig in welcher Form sie den Wechsel verwertet haben mag, die erlangte Summe an den Kläger auf Grund des Auftrages herauszugeben habe. Die Beklagte hat ihre Forderungen gegen H.H. S[REDACTED] und den Kläger verkauft und dafür den Kaufpreis erhalten. Sie hat hierbei nach Auffassung des Berufungsgerichts unter Verletzung ihrer Pflichten aus dem Inkassoauftrag den Wechsel der Käuferin überlassen. Das Entgelt ist also nicht für den Wechsel gezahlt und für dessen Verwertung erlangt worden. Ein Anspruch aus § 667 BGB auf Zahlung dieser Summe ist daher nicht gerechtfertigt, vielmehr ist für den Verlust des Wechsels Schadensersatz zu leisten. Auch § 281 BGB, den die Revision noch anführt, stützt den Zahlungsanspruch nicht. Der Anspruch auf Zahlung des Betrages von 13.000 DM erwuchs der Beklagten aus dem Verkauf der Kontokorrentforderungen. Die damit unzulässigerweise verbundene Übergabe des Wechsels mag das Motiv der Nebenintervenientin für diesen Kauf gewesen sein. Der Betrag von 13.000 DM ist

aber nicht der Ersatz für den von der Beklagten zurückzugebenden Wechsel, sondern Kaufpreis für abgetretene Forderungen, mit denen die Beklagte glaubte, auch den Wechsel überlassen zu dürfen.

IV. Das Berufungsgericht verneint einen Anspruch des Klägers auf Entschädigung in Geld für die Nichtrückgabe des Wechsels trotz des festgestellten Verschuldens der Beklagten bereits mit der Begründung, H.H. S. sei kein Schaden entstanden, denn im Nachverfahren des Wechselprozesses gegen Carl Wilhelm von Si. würde H.H. S. unterliegen und die Klage aus dem Wechsel abgewiesen worden sein. Diese Auffassung stützt das Berufungsgericht darauf, daß der Prozeßbevollmächtigte des Klägers auf die Frage des Gerichts in der Berufungsverhandlung, ob der Kläger behaupten wolle, daß der Wechselforderung eine Forderung aus einem Kausalgeschäft zwischen Aussteller und Akzeptant zugrunde liege, keine Erklärung abgegeben hat. Der Kläger behaupte also selbst nicht das Bestehen einer Forderung des H.H. S. gegen Carl Wilhelm von Si., die dem Wechsel zugrunde liege. Diese Auffassung wird der Natur der Wechselverpflichtung als einer vom Schuldgrund losgelösten nicht gerecht. Der Annehmende kann dem Anspruch des Ausstellers aus dem Wechsel dadurch entgegentreten, daß er darlegt und im Streitfalle beweist, daß der Wechselhingabe keine Verpflichtung zur Zahlung der Wechselsumme zugrunde liegt. Es fehlt dann an einer rechtlichen Grundlage für den Bestand der abstrakten Wechselverpflichtung, die deshalb nach § 812 BGB rückgängig zu machen ist (RGZ 124, 65, 67). Der Wechselgläubiger braucht, um Rechte aus dem Wechsel geltend machen zu können, nicht dasjenige Rechtsgeschäft darzulegen, das zur Begebung des Wechsels geführt hat. Viel-

19

mehr bleibt es dem Wechselschuldner überlassen, hierauf Einwendungen zu gründen, wenn dies im Verhältnis zum Wechselgläubiger überhaupt möglich ist (Art. 17 WG). Diese aus der legitimierten Innehabung des Wechsels folgende gesicherte Stellung des Wechselgläubigers wirkt sich auch dann aus, wenn er Ansprüche auf Schadensersatz gegen einen Dritten erhebt, weil dieser ihm den Wechsel entzogen habe. Der Berechtigte ist auch hier nicht gehalten, eine Forderung aus dem Grundgeschäft darzulegen, um seinen Schaden zu begründen. Bereits die Vorenthaltung des Besitzes am Wechsel und der Legitimation ist ein Nachteil für seine Vermögenslage, weil ihm damit die Möglichkeit genommen ist, die Forderung aus dem Wechsel geltend zu machen, ohne daß es nötig wäre, auf das Grundgeschäft zurückzugehen. Anders wäre es, wenn sein Vortrag ergäbe oder sonst festzustellen wäre, daß der Wechselforderung eine Einrede entgegenstünde, die bereits vom Wechselschuldner erhoben war oder deren Erhebung zu erwarten war. Das ist hier nicht der Fall.

Der Kläger hat insbesondere nicht die von der Beklagten zur Darlegung ihres Einwandes, es fehle an einem Schaden, aufgestellte Behauptung zugestanden, dem Wechsel liege keine Verbindlichkeit des Annehmenden zugrunde. Wenn der Prozeßbevollmächtigte des Klägers in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht vorgetragen hat, H.H. S. [REDACTED] und Carl Wilhelm von Si. [REDACTED] hätten sich gegenseitig Finanzierungswechsel gegeben, die zur Geldbeschaffung dienen sollten, und zunächst auch angegeben hat, der hier strittige Wechsel sei ebenfalls ein "Finanzierungswechsel" gewesen, so lag darin kein nur unter den Voraussetzungen des § 290 ZPO widerrufliches Geständnis, dem Wechsel liege keine Forderung gegen den Annehmenden zugrunde. Der Prozeßbevollmächtigte des Klägers hat auf die anschließende Frage des Ge-

richts, ob er dies vorbringen wolle, erwidert, daß er keine Erklärung abgebe, weil es darauf nicht ankomme. Durch diese Rückfrage war der Vortrag des Klägers dahin klargestellt, daß er mit der Bezeichnung als "Finanzierungswechsel" nicht zugegeben hatte, es habe an einer dem Wechsel zugrunde liegenden Forderung gefehlt, als er H.H. S. nicht zurückgegeben wurde. Auch ein zunächst nur zur Geldbeschaffung übergebener Wechsel konnte im Wege der Vereinbarung zwischen dem Aussteller und dem Annehmenden mit einer Grundforderung verbunden werden.

Die Behauptung der Beklagten über das Fehlen eines Grundgeschäfts war auch nicht deshalb als zugestanden anzusehen, weil sie nicht ausdrücklich bestritten, sondern eine Erklärung dazu abgelehnt worden ist. Die Absicht des Klägers, sie im Falle der Erheblichkeit bestreiten zu wollen, war aus seinen übrigen Erklärungen zu entnehmen (§ 138 Abs. 5 ZPO). Er hatte behauptet, H.H. S. habe Forderungen gegen Carl Wilhelm von Si. gehabt und dieser habe die Schuld aus dem Wechselurteil anerkannt (Bl. 220 GA). Dem entsprach die Angabe des als Zeugen vernommenen H.H.S., er habe sich mit Carl Wilhelm von Si. geeinigt, der Wechsel solle in Höhe von 13.000 DM von letzterem bezahlt werden (Bl. 213 GA). Der Kläger hatte mit diesem Vortrag dartun wollen, es sei vereinbart worden, der Wechsel solle für eine entsprechende Schuld des Carl Wilhelm von Si. aus den gegenseitigen Beziehungen, welcher Art diese auch immer gewesen sein sollten, gegeben gelten. Die Erklärung des Klägers in der mündlichen Verhandlung bedeutete die Ablehnung der Darlegungs- und Beweislast in dieser Richtung.

Der Beklagten oblag es auch bei richtiger rechtlicher Beurteilung, zur Begründung ihres Einwandes, dem H.H.S. [REDACTED] könne aus dem Verlust des Wechsels kein Schaden entstanden sein, darzutun, daß der Wechsel sich zur Zeit der unzulässigen Aushändigung an Frau He. [REDACTED] ohne rechtlichen Grund in den Händen des Wechselgläubigers befunden habe. Ihre Behauptung, der Wechsel habe mangels eines Grundgeschäfts vom Annehmenden gemäß § 812 BGB zurückgefordert werden können und sei infolgedessen für H.H. S. [REDACTED] wertlos gewesen, konnte nicht schon im Hinblick auf ein abgegebenes oder gemäß § 138 Abs. 3 ZPO zu unterstellendes Geständnis des Klägers als begründet angesehen werden. Vielmehr bedurfte es einer Prüfung des Vorbringens der Beklagten und der Nebenintervenientin, es fehle an einer Schuld und an einer Vereinbarung, der Wechsel solle für diese den rechtlichen Grund abgeben.

V. Der Anspruch des Klägers auf Entschädigung in Geld für den Verlust des Wechsels kann hiernach nicht mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung verneint werden. Nachdem eine schuldhaft Verletzung der Herausgabepflicht zutreffend bejaht worden war, bedurfte es zunächst einer Prüfung der vom Berufungsgericht offengelassenen Frage, welche Wirkungen das Abkommen vom 4. Juli 1954 zwischen dem Kläger und Frau He. [REDACTED] in Verbindung mit dem Pfändungs- und Überweisungsbeschuß vom 8. März 1954 auf diesen Anspruch hat. Dabei war auf Grund einer unter Würdigung des Parteivorbringens vorzunehmenden Auslegung des Abkommens zu entscheiden, ob dadurch ausgeschlossen wird, daß der Kläger einen ihm später von H.H. S. [REDACTED] abgetretenen Anspruch auf Ersatz des durch unzulässige Weitergabe des Wechsels an Frau He. [REDACTED] entstandenen Schadens in Geld erhebt. Ergaben

sich hieraus keine begründeten Bedenken gegen den Zahlungsanspruch, so war zu prüfen, ob H.H. S. den Wechselanspruch, über den bereits ein Vorbehaltsurteil ergangen war, erfolgreich hätte einziehen können. Da der Kläger so zu stellen wäre, als hätte H.H. S. den Wechsel nach Abstandnahme der Beklagten vom Inkasso zurückerhalten, muß die Beklagte dartun, daß dem Wechselanspruch begründete Einwendungen entgegengestanden haben, die im Nachverfahren zur Abweisung der Klage geführt hätten. Bei dieser Prüfung wird vor allem die Bedeutung der Erklärungen des H.H.S. vom 18. Februar und 2. Mai 1953 zu erörtern sein.

Zu Unrecht rügt die Revision, das angefochtene Urteil habe dem Kläger die Berufung darauf verwehrt, Carl Wilhelm von Si. habe auf das Nachverfahren verzichtet. Das Berufungsgericht meint, Carl Wilhelm von Si. habe die Verzichtserklärung im Hinblick auf den Erwerb des Wechsels durch seine Schwester abgegeben, so daß der Schluß nicht möglich sei, gegen den Wechselanspruch könnten keine begründeten Einwendungen erhoben werden. Diese Erwägung ist nicht zu beanstanden und verstößt insbesondere nicht gegen die Denkgesetze, wie die Revision meint.

VI. Der Kläger hat aber einen Schaden des H.H. S. aus der Weitergabe des Wechsels an Frau He. jedenfalls nur in Höhe von 6.500 DM schlüssig dargelegt. Die Beklagte hätte den Schaden zu ersetzen, der daraus entstanden ist, daß sie den Wechsel nicht an H.H. S. zurückzugeben hat, als sie den Inkassoauftrag nicht weiter ausführen und den Wechselanspruch, dessen Einziehung nach Behauptung des Klägers möglich gewesen ist, nicht weiter verfolgen wollte. Nach Sinn und Zweck des Inkassoauftrages, wie ihn das Beru-

fungungsgericht festgestellt hat, sollten mit Hilfe des Wechsels die Mittel beschafft werden, um die Schuld von H.H. S. [REDACTED] und des Klägers gegenüber der Bank abzudecken. Die Beklagte durfte daher den Wechsel nicht zurückbehalten, als sie von weiteren Versuchen, ihn einzuziehen, Abstand nahm. Sie hat, wenn der Anspruch im übrigen begründet ist, H.H. S. [REDACTED] so zu stellen, als ob der Wechsel statt mit der Abtretung der Bankforderungen an Frau He. [REDACTED] zu gelangen, wieder in seinen Besitz gekommen wäre. Die Beklagte ist nicht etwa, wie der Kläger meint, so zu behandeln, als wenn der Betrag von 13.000 DM von Frau He. [REDACTED] auf den Wechsel gezahlt worden wäre. Eine solche Zahlung hat Frau He. [REDACTED] gerade abgelehnt und statt dessen die Kontokorrentforderungen der Bank erworben. Die Beklagte war nicht gehindert, die Forderungen zu verkaufen. Nur mußte sie den Wechsel von der Übertragung ausschließen und an H.H. S. [REDACTED] zurückgeben. Es kommt also darauf an, ob der Kläger in der Lage gewesen wäre, den Wechselbetrag von Carl Wilhelm von Si. [REDACTED] einzuziehen, der nach Behauptung des Klägers (Bl. 32, 93 GA) zahlungsfähig gewesen sein soll. Der Schaden des H.H. S. [REDACTED] besteht nach Behauptung des Klägers darin, daß die Beklagte es vereitelt hat, die zur Abdeckung des Bankkredits erforderlichen Beträge von Carl Wilhelm von Si. [REDACTED] mit Hilfe des Wechsels einzuziehen, so daß H.H. S. [REDACTED] und der Kläger weiterhin Schuldner der Bank und nach dem Forderungsverkauf Schuldner der Frau He. [REDACTED] geblieben sind.

Frau He. [REDACTED] hat nun durch das Abkommen vom 4. Juli 1954 (Bl. 133 GA) mit dem Kläger gegen Zahlung von 6.500 DM auf alle Ansprüche gegen diesen verzichtet. Der Kläger hat geltend gemacht, daß H.H. S. [REDACTED] ihm den Betrag von 6.500 DM

zu erstatten habe (vgl. Bl. 335, 210 GA). Hiernach kommt ein Anspruch des H.H. S. [REDACTED] gegen die Beklagte auf Befreiung von dieser Verbindlichkeit gegenüber dem Kläger in Betracht. Durch die Abtretung an den Kläger würde sich dieser Befreiungsanspruch in einen Zahlungsanspruch verwandelt haben (BGHZ 12, 136). Dadurch, daß der Kläger seine Verbindlichkeit gegenüber Frau He. [REDACTED], die im Kaufvertrag mit 11.730 DM nebst Zinsen angegeben ist, im Wege des Vergleichs auf 6.500 DM herabsetzen konnte, ist auch H.H. S. [REDACTED] in entsprechender Höhe von seiner Verpflichtung zur Freistellung des Klägers von dem im Interesse des H.H. S. [REDACTED] von ihm übernommenen Bankkredit befreit worden. Eine Haftung des H.H. S. [REDACTED] gegenüber dem Kläger besteht nur in Höhe der tatsächlich aufgewendeten Beträge. Der Kläger hat nicht behauptet, daß er außer dem Betrage von 6.500 DM weitere Aufwendungen gehabt hat, um seine Bankschuld, die aus dem Wechselerlös gedeckt werden sollte, zu regeln.

Einen über 6.500 DM hinausgehenden Schaden hat der Kläger auch anderweit nicht dargelegt. H.H. S. [REDACTED] könnte in Höhe von 1.080 DM nebst Zinsen aus der an Frau He. [REDACTED] abgetretenen, an sich aus dem Wechselerlös zu decken gewesenen Kontokorrentforderung gegen ihn verpflichtet geblieben sein, weil das Abkommen vom 4. Juli 1954 diese Verbindlichkeit nicht miterledigt hat. Jedoch hat der Kläger nicht behauptet, daß Frau He. [REDACTED] noch irgendwelche Forderungen gegen H.H. S. [REDACTED] aus der von ihr erworbenen Bankforderung erhoben hat und daß H.H. S. [REDACTED] sie bezahlt hat. Der Kläger hat für einen 6.500 DM übersteigenden Schaden überhaupt keine Begründung gegeben, obwohl die Beklagte auf das Fehlen einer solchen Darlegung mehrfach hingewiesen hat (z.B. Bl. 44, 60, 104 GA). Ein Anspruch des H.H. S. [REDACTED] auf Be-

freierung von einer etwa noch gegenüber Frau He [REDACTED] bestehenden Verbindlichkeit ist nicht erhoben worden.

Wäre auf den Wechsel durch Inkasso der Beklagten oder nach Rückgabe des Wechsels an H.H. S [REDACTED] durch diesen der Betrag von 13.000 DM eingezogen worden, so wäre dieser restlos zur Abdeckung der Kontokorrentschulden des H.H. S [REDACTED] und des Klägers nebst Zinsen und Kosten zu verwenden gewesen. Ein Schaden des H.H. S [REDACTED] durch Unterbleiben des Wechseleinzuges ist nur insofern dargelegt, als er dem Kläger zur Erstattung des Betrages von 6.500 DM verpflichtet geblieben sein soll, den dieser zur Regelung seiner Schuld gegenüber Frau He [REDACTED], die bei pflichtgemäßem Verhalten der Beklagten angeblich aus dem Wechsel zu decken war, aufzuwenden hatte.

VII. Die Abweisung der Klage stellt sich hiernach bezüglich des Hauptantrages und bezüglich des Hilfsantrages, soweit mit ihm Zahlung von mehr als 6.500 DM begehrt wird, aus anderen Gründen als richtig dar. Die Revision war insoweit zurückzuweisen (§ 563 ZPO).

Zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung über den Hilfsantrag auf Zahlung von 6.500 DM, der noch nicht zur Entscheidung reif ist, war die Sache unter Aufhebung des angefochtenen Urteils an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Der Kläger hat die Hälfte der Kosten aller Rechtsgänge gemäß § 91 ZPO als unterliegende Partei zu tragen. Die Entscheidung über die restlichen Kosten einschließlich

der Kosten der Revision, soweit noch nicht über sie entschieden ist, war dem Berufungsgericht zu übertragen.

Dr.Haidinger Dr.Fischer Dr.Nörr Liesecke Dr.Reinicke