

11

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

ZPO §§ 256, 282;
HGB §§ 384, 400, 401;
DepotG §§ 18, 22, 25

Zur Frage

- a) ob ein Rechtsschutzbedürfnis für eine negative Feststellungswiderklage auch dann besteht, wenn der Kläger im Prozeß erklärt, er werde die Entscheidung über die Klageforderung auch für die weitergehende Forderung, deren er sich berühmt habe, als verbindlich anerkennen,
- b) ob der Kommissionär verpflichtet ist, dem Kommittenten den Zeitpunkt der Durchführung des Kommissionsgeschäftes und die Höhe der bei diesem Geschäft von ihm getätigten Aufwendungen zu belegen,
- c) unter welchen Voraussetzungen der Kommissionär über im Ausland verwahrte Wertpapiere eine Gutschrift in Wertpapierrechnung zu erteilen und der Kommittent das Verlangen auf Übersendung des Stückeverzeichnisses über diese Wertpapiere zu stellen berechtigt ist.

BGH, Urt. v. 1. Februar 1988 - II ZR 152/87 - OLG München
LG München I

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 152/87

Verkündet am:
1. Februar 1988
Spengler
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Richard L. [REDACTED], Alte F. [REDACTED] Straße [REDACTED],
Bad V. [REDACTED]-H. [REDACTED],

Kläger und Revisionskläger,

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

g e g e n

O. [REDACTED] Verwaltungs-GmbH i.L., vertreten durch den Liquidator
Bernhard Wilhelm S. [REDACTED], Sa. [REDACTED]straße [REDACTED], M. [REDACTED] [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

AA

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 1. Februar 1988 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Kellermann und die Richter Dr. Bauer, Dr. Hesselberger, Röhricht und Dr. Henze

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 3. Februar 1987 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Der Kläger berührt sich gegenüber der Beklagten als Rechtsnachfolgerin der O[REDACTED] Bank GmbH einer Forderung in Höhe von 250.000 DM. Er macht mit der Klage einen Teilbetrag von 50.000 DM geltend. Die Beklagte bestreitet die Berechtigung dieser Forderung. Sie begehrt widerklagend die Feststellung, daß dem Kläger auch eine weitergehende Forderung von 200.000 DM nicht zusteht. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Kläger unterhielt seit dem Jahre 1969 geschäftliche Beziehungen zur O[REDACTED] Bank GmbH. Diese gab dem Kläger durch die Ausführungsanzeigen vom 11. Februar und 15. sowie 16. April 1970 den Kauf von insgesamt 7.500 IOS-Limited-Aktien für insgesamt 275.097,02 DM mit den Konditionen "Börsenplatz München" und "Verwahrungsart Wertpapierrechnung" bekannt. Mit diesem Betrag belastete sie sein Konto. Durch rechtskräftiges Urteil des Berufungsgerichts vom 21. Juni 1983 (13 U 4651/82) ist über einen Teilbetrag von 25.097,02 DM zu Lasten des Klägers entschieden worden.

Der Kläger bestreitet, der O[REDACTED] Bank GmbH einen Auftrag zum Erwerb der Wertpapiere erteilt zu haben. Auf keinen Fall hätten einem Auftrag die Allgemeinen Geschäftsbedingungen einschließlich der Sonderbedingungen für Auslandsgeschäfte in Wertpapieren der O[REDACTED] Bank zugrundegelegt. Diese habe die genannten Wertpapiere auch nicht zu den in den Ausführungsanzeigen aufgeführten Zeitpunkten und Bedingungen erworben. Der Erwerb sei vielmehr erst viel

später erfolgt, als der Kurs der IOS-Limited-Aktien bereits ins Bodenlose gefallen gewesen sei. Eine Verwahrung in Wertpapierrechnung sei ebenfalls nicht erfolgt. Der Kläger habe mit Schreiben vom 3. Juni, 17. Juni und 20. August 1970 die Übersendung des Stückerzeichnisses verlangt. Da seinem Begehren nicht entsprochen worden sei, sei er von dem Kommissionsauftrag durch Schreiben vom 24. August 1970 und 9. März 1971 zurückgetreten. Ein Rechtsschutzinteresse der Beklagten für die von ihr erhobene Feststellungswiderklage bestehe nicht, da er ausdrücklich erklärt habe, er werde die Entscheidung über die Klageforderung als für sich verbindlich auch bezüglich der Widerklageforderung anerkennen.

Die Beklagte behauptet hingegen, der Kläger habe der O■■■■ Bank GmbH unter Zugrundelegung ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen und der Sonderbedingungen für Auslandsgeschäfte in Wertpapieren Aufträge zum Erwerb von insgesamt 7.500 IOS-Limited-Aktien erteilt, und zwar über 3.000 Aktien am 9. Februar 1970 und über 4.500 Aktien am 15. April 1970. Die O■■■■ Bank habe den Auftrag ausgeführt und die Aktien in Wertpapierrechnung in Toronto verwahrt.

Unstreitig hat die O■■■■ Bank dem Kläger mit Schreiben vom 25. März 1971 7.400 Aktien übersandt. Weitere 100 Aktien sind dem von dem Kläger bei seiner Hausbank geführten Depotkonto am 16. April 1980 gutgeschrieben worden.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt der

Kläger sein Klagebegehren weiter, und erstrebt die Abweisung der Widerklage.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Zurückverweisung.

1. Die Revision kann keinen Erfolg haben, soweit sie ausführt, die Feststellungswiderklage der Beklagten habe mangels Bestehens eines Rechtsschutzinteresses als unzulässig abgewiesen werden müssen; denn der Kläger habe nach Erhebung der Feststellungswiderklage durch die Beklagte ausgeführt, daß er die rechtskräftige Entscheidung über die Klageforderung auch für den weitergehenden Anspruch in Höhe von 200.000 DM, dessen er sich berühmt habe, als verbindlich anerkennen werde. Es mag dahinstehen, ob der Ansicht der Revision dann gefolgt werden könnte, wenn die Parteien eine Vereinbarung des vom Kläger dargelegten Inhaltes getroffen hätten. Das ist hier nicht der Fall. Vielmehr handelt es sich um eine einseitig vom Kläger nach Erhebung der Feststellungswiderklage abgegebene Erklärung, an die er nicht gebunden ist. Die Beklagte kann jedoch auch nicht als verpflichtet angesehen werden, auf ein solches Angebot des Klägers einzugehen. Sie hat nach dem Zivilprozeßrecht einen Anspruch darauf, eine der Rechtskraft fähige Entscheidung zu erwirken, durch die, soweit dem die materielle Rechtslage entspricht, gegenüber dem Kläger und jedem möglichen Rechts-

nachfolger rechtskräftig festgestellt wird, daß die Forderung, deren sich der Kläger berühmt hat, nicht besteht. Wäre sie gehalten, sich auf das Angebot des Kläges einzulassen, könnte sie diese Rechtssicherheit nicht erreichen. Es könnte insbesondere die Gefahr nicht ausgeschlossen werden, daß sie von einem möglichen Rechtsnachfolger in einem Prozeß mit der Geltendmachung der Forderung behelligt würde.

2. Auch rügt die Revision zu Unrecht, das Berufungsgericht sei verfahrensfehlerhaft zu dem Ergebnis gelangt, der Kläger habe der O[REDACTED] Bank GmbH am 9. Februar und 15. April 1970 Aufträge zum Erwerb der IOS-Aktien erteilt, die Gegenstand der Ausführungsanzeigen vom 11. Februar sowie 15. und 16. April 1970 seien. Entgegen der Ansicht der Revision hat das Berufungsgericht die Beweislast nicht verkannt. Es hat keine Beweislastentscheidung getroffen, sondern ist aufgrund bestimmter, von ihm im einzelnen gewürdiger Umstände zu der Überzeugung gelangt, daß der Kläger der O[REDACTED] Bank die genannten Aufträge erteilt hat.

Die Behauptung des Klägers, das als "Effekten-Auftrag" bezeichnete Schriftstück beinhalte nur Vorüberlegungen zur Erteilung eines Auftrages, hat das Berufungsgericht nicht übergangen. Vielmehr hat es sich damit eingehend befaßt, ist jedoch zu einem von dem Vortrag des Klägers abweichenden Ergebnis gelangt. Die Revision meint ferner, die von dem Berufungsgericht berücksichtigten Umstände trügen nicht die von ihm gewonnene Überzeugung, daß der Kläger der O[REDACTED] Bank am 9. Februar 1970 Aufträge erteilt habe, über die sich die Ausführungsanzeigen vom 11. Februar 1970 verhielten.

Vielmehr sei die Beklagte mangels Beweisantritts in diesem Punkte beweisfällig geblieben. Auch insoweit kann die Revision keinen Erfolg haben, da sie sich mit ihrem Angriff in revisionsrechtlich unzulässiger Weise gegen die von dem Berufungsgericht vorgenommene Tatsachenwürdigung wendet.

3. Die Revision rügt weiter, das Berufungsgericht habe nicht davon ausgehen dürfen, daß die O[REDACTED] Bank die umstrittenen Aktien umgehend nach Erteilung des Auftrags und vor Übersendung der Ausführungsanzeige angeschafft habe. Denn der Kläger habe das stets mit Nachdruck bestritten. Dieser Rüge kann der Erfolg nicht versagt werden.

Nach dem Vortrag der Beklagten hat die O[REDACTED] Bank die ihr von dem Kläger erteilten Aufträge als Kommissionärin ausgeführt. Die Beklagte als ihre Rechtsnachfolgerin ist beweispflichtig dafür, daß diese Kommissionsaufträge zu den in den Ausführungsanzeigen angegebenen Zeitpunkten auch tatsächlich ausgeführt und der Kläger mit den in Rechnung gestellten Beträgen zu Recht belastet worden ist. Dieser Nachweis ist unabhängig davon zu erbringen, ob die O[REDACTED] Bank GmbH als Kommissionärin ohne Selbsteintritt oder mit Selbsteintritt gehandelt hat.

Hat die O[REDACTED] Bank das Kommissionsgeschäft ohne Selbsteintritt ausgeführt, ist die Beklagte als ihre Rechtsnachfolgerin nach § 384 Abs. 2 HGB gegenüber dem Kläger u.a. verpflichtet, über das Geschäft Rechenschaft abzulegen. Die Beklagte hat dem Kläger somit die Einzelheiten über die Durchführung des Kommissionsauftrages darzulegen und zu

belegen. Dazu gehört auch der Zeitpunkt der Durchführung. Das kann hier insbesondere im Hinblick auf den Kursverfall der IOS-Limited-Aktien etwa ab 8. April 1970 von erheblicher Bedeutung sein. Hat die O[REDACTED] Bank die Aktien, wie der Kläger behauptet, zu einem späteren als dem in den Ausführungsanzeigen angegebenen Zeitpunkt erworben, in dem diese wesentlich weniger wert waren, hat sie jedoch den für den angegebenen Zeitpunkt maßgebenden höheren Erwerbspreis in Rechnung gestellt, ist die Differenz als Aufwendung nicht belegt. Unter diesen Umständen wäre die O[REDACTED] Bank nicht berechtigt gewesen, dem Kläger diese höheren Beträge in Rechnung zu stellen und sein Konto damit zu belasten.

Nr. 15 und Nr. 32 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken stehen dem nicht entgegen. Soweit der Kläger, wie die Beklagte vorträgt, den ihm erteilten Tagesauszügen vom 13. Februar, 17. und 20. April 1970, in denen die Wertpapiergeschäfte verbucht worden sind, nicht widersprochen hat, kann darin nicht die Genehmigung einer ungerechtfertigten Buchung gesehen werden. Die in Nr. 15 Satz 4 der Bedingungen enthaltene Genehmigungsfiktion hat lediglich die Bedeutung einer rein tatsächlichen Erklärung, daß gegen die Buchung keine Einwendungen erhoben werden. Ihr kommt keine rechtsgeschäftliche Bedeutung des Inhaltes zu, daß unrechtmäßige Verfügungen einer Bank genehmigt werden (BGHZ 73, 207, 210; Canaris, Bankvertragsrecht, 3. Aufl., Rdnr. 2641). Der in Nr. 32 der Bankbedingungen getroffenen Regelung liegt die gesetzliche Bestimmung des § 386 Abs. 1 HGB über die Einhaltung der Preisgrenzen bei der Durchführung von Kommissionsgeschäften zugrunde (vgl. Canaris, a.a.O., Rdnr. 1932).

Sie erfaßt daher den Sachverhalt, wie er dem vom Kläger erhobenen Vorwurf zugrundeliegt, ebenfalls nicht.

Geht man von einer Kommission mit Selbsteintritt aus, ist auf das zwischen den Parteien begründete Rechtsverhältnis grundsätzlich Kaufvertragsrecht anzuwenden (BGHZ 89, 126, 135; Baumbach/Duden/Hopt, HGB, 27. Aufl., § 400 Anm. 2 A; Koller in GroßKomm. HGB, 4. Aufl., § 400 Rdnr. 20). Dabei ist davon auszugehen, daß Nr. 29 der Bankbedingungen keine Erklärung des Selbsteintrittes enthält, so daß dieser nicht bereits mit dem Abschluß des Kommissionsvertrages vollzogen ist (vgl. OGHZ 4, 216; Schlegelberger/Hefermehl, HGB, 5. Aufl., § 405 Rdnr. 19; Canaris a.a.O. Rdnr. 1913). Vielmehr liegt die Erklärung des Selbsteintritts entweder in der Ausführungsanzeige, die mit deren Zugang bei dem Kommittenten wirksam wird (vgl. Schlegelberger/Hefermehl a.a.O. § 405 Rdnr. 19) oder in der Durchführung des Deckungsgeschäftes bzw. in dem über das Deckungsgeschäft vorgenommenen Buchungsvorgang (Canaris a.a.O. Rdnr. 1913; Koller a.a.O. § 400 Rdnr. 19). Der Preis, den die O. Bank dem Kläger bei Ausführung des Geschäftes in Rechnung stellen durfte, ist unter Zugrundelegung der §§ 400 Abs. 2 - 5, 401 HGB zu errechnen. Die in Nrn. 15 und 32 der Bankbedingungen enthaltene Regelung steht auch hier aus den dargelegten Gründen einem möglichen Anspruch des Klägers nicht entgegen.

4. Die Revision rügt ferner, das Berufungsgericht habe zu Unrecht eine Erfüllung des der O. Bank erteilten Auftrages darin gesehen, daß dem Kläger eine Gutschrift in

"Wertpapierrechnung" erteilt worden sei. Davon könne jedoch nicht ausgegangen werden, da die O[REDACTED] Bank GmbH den Verwahrungsort der Wertpapiere in den Kaufanzeigen nicht angegeben habe. Der Kläger brauche das Geschäft daher nicht gegen sich gelten zu lassen.

Diese Rüge der Revision hat nur insoweit Erfolg, als der Kläger unter bestimmten Voraussetzungen das Geschäft nicht gegen sich gelten zu lassen braucht und daher den von der Beklagten von seinem Konto abgebuchten Betrag zurückfordern kann. Die O[REDACTED] Bank war allerdings berechtigt, in Abweichung von dem ihr erteilten Auftrag die Wertpapiere in Toronto zu kaufen. Nach dem vom Kläger mit der Klageschrift überreichten Schreiben des Rechtsanwaltes K[REDACTED] vom 20. September 1977, der Liquidator der O[REDACTED] Bank gewesen ist, waren die IOS-Aktien nur an der Börse in Toronto zum Handel zugelassen. Die O[REDACTED] Bank mußte diese Aktien daher im Auslandsgeschäft beschaffen. Ausführungsplatz des Kommissionsgeschäfts war danach Toronto und nicht, wie in den Ausführungsanzeigen vom 11. Februar und 15. sowie 16. April 1970 angegeben, München. Zwar ist in dem Effekten-Auftrag vom 15. April 1970 als Ausführungsplatz München bezeichnet. Der Auftrag ist jedoch im Rahmen der "Allgemeinen Geschäftsbedingungen" der Beklagten erteilt. Nach Nr. 27 dieser Bedingungen sind die "Sonderbedingungen für Auslandsgeschäfte in Wertpapieren" Gegenstand der Geschäftsbedingungen. Nach Nr. 1 Abs. 1 der Sonderbedingungen schafft die Bank ausländische Wertpapiere, die im Inland nicht zum amtlichen Handel zugelassen sind, in der Regel im Ausland an. Die Beklagte war somit zum Ankauf der Wertpapiere für den Kläger in

Toronto berechtigt. Nach Nr. 1 Abs. 2 der Sonderbedingungen war sie auch berechtigt, diese Wertpapiere im Ausland aufzubewahren. Für diesen Fall sieht Nr. 2 Abs. 1 der Sonderbedingungen vor, daß der Kunde eine Gutschrift in "Wertpapierrechnung" erhält. Mit dieser Regelung werden, wie sich aus § 22 DepotG ergibt, in zulässiger Weise die §§ 18 - 21 und 24 DepotG abbedungen. Der Anspruch des Kunden auf Übersendung des Stückerzeichnisses bzw. auf Lieferung der Wertpapiere wird suspendiert. Neben diesen suspendierten Lieferungsanspruch tritt ein Anspruch auf Herausgabe der Aktien aus einem Treuhandverhältnis gegen das Bankinstitut, das den Verwahrungsauftrag mit dem ausländischen Verwahrer abgeschlossen hat (vgl. Coing, Die Aufbewahrung von Wertpapieren im Ausland als Treuhandgeschäft, WM 1977, 466, 467 - 469; Kümpel, Die Internationalisierung der deutschen Girosammelverwahrung, WM 1976, 942, 943; Ziganke, Die Sonderbedingungen für Auslandsgeschäfte in Wertpapieren, WM 1961, 226, 232 ff; Schindelwick, Der Erwerb des Eigentums an Wertpapieren, WM 1960, Sonderbeilage 10 S. 9; Brink, Rechtsbeziehungen und Rechtsübertragung im nationalen und internationalen Effekten giroverkehr, WM 1976, 127 - 131). Dieser Anspruch, den die Revision zutreffend als Verschaffungsanspruch charakterisiert, entsteht mit der Gutschrift. Zwar ist nach Nr. 2 Abs. 1 der Sonderbedingungen vorgeschrieben, daß der ausländische Staat, in dem die Wertpapiere verwahrt werden, in der Gutschrift angegeben wird. Dabei handelt es sich jedoch nicht um ein den Anspruch begründendes Merkmal (vgl. Coing, a.a.O., WM 1977, 466). Der Umstand, daß dem Kläger in den Kaufanzeigen der Lagerort nicht mitgeteilt worden ist, beeinträchtigt daher die Wirksamkeit der Ausführungsanzeige nicht.

Das schließt aber nicht aus, daß der Kommittent nach § 22 Abs. 1 DepotG grundsätzlich jederzeit die Übersendung des Stückeverzeichnisses verlangen kann. Geht der Bank ein solches Verlangen des Kommittenten zu, wird dadurch die Frist nach § 18 Abs. 1 Satz 1 DepotG in Lauf gesetzt (Heinsius/Horn/Than, DepotG 1975, § 22 Rdnr. 23). Ob der Kläger in der von ihm mit der O. Bank geführten Korrespondenz ein Verlangen auf Übersendung des Stückeverzeichnisses unter Beachtung der nach dem Depotgesetz zu stellenden Anforderungen geltend gemacht hat, wird das Berufungsgericht zu prüfen haben. Die Anforderung eines Stückeverzeichnisses könnte in dem Schreiben des Klägers vom 3. Juni 1970 gesehen werden. Bejaht man diese Voraussetzung, könnte das nachfolgende Schreiben vom 17. Juni 1970 als Aufforderung im Sinne des § 25 Abs. 1 DepotG angesehen werden, das Stückeverzeichnis binnen weiterer drei Tage zu übersenden. Einem solchen Verlangen des Klägers ist nicht entsprochen worden. Unter diesen Umständen könnte in dem Schreiben des Klägers vom 2. Juli 1970 die Zurückweisung des Kommissionsgeschäftes liegen. Kann davon ausgegangen werden, ergäbe sich daraus die Folge, daß die Beklagte zur Rückzahlung des Betrages an den Kläger verpflichtet wäre.

Die Aufforderung zur Übersendung eines Stückeverzeichnisses könnte ferner im Schreiben vom 17. Juni 1970 liegen. Als weitere Aufforderung im Sinne des § 25 Abs. 1 DepotG könnte dann das Schreiben vom 20. August 1970 angesehen werden. Der Inhalt der Schreiben vom 24. August 1970 oder 9. März 1971 könnte die Zurückweisung des Kommissionsgeschäftes zum Ausdruck bringen. Die Regelung des § 23 DepotG,

nach der die Übersendung des Stückerzeichnisses unterbleiben kann, wenn innerhalb der dafür bestimmten Frist die Wertpapiere dem Kommittenten ausgeliefert worden sind, steht nicht entgegen. Denn die O[REDACTED] Bank hat mit Schreiben vom 23. Juni 1970 lediglich die Auslieferung der Aktien angeboten. Die tatsächliche Auslieferung von 7.400 Aktien ist entsprechend der Ankündigung im Schreiben vom 4. März 1971 erst mit dem Brief vom 25. März 1971 vorgenommen worden. Weitere 100 Aktien sind dem bei seiner Hausbank geführten Depotkonto des Klägers erst am 16. April 1980 gutgeschrieben worden.

Ein Verlangen nach Übersendung des Stückerzeichnisses kann allerdings dann nicht wirksam ausgeübt werden, wenn ausländisches Recht der Übertragung des Eigentums an den Wertpapieren durch Absendung des Stückerzeichnisses entgegensteht. Entscheidend für das Recht des Klägers, das Kommissionsgeschäft der O[REDACTED] Bank zurückzuweisen und damit den geltend gemachten Betrag zurückzuverlangen, ist daher, ob nach dem für Toronto geltenden Recht eine Eigentumsübertragung an den Wertpapieren durch Übersendung des Stückerzeichnisses möglich ist (vgl. Heinsius/Horn/Than a.a.O., § 22 Rdnrn. 16/17/18; vgl. auch Schindelwick, a.a.O., WM 1960, Sonderbeilage 10 sowie WM 1961, Sonderbeilage 1; Coing, Rechtsformen der privaten Vermögensverwaltung, insbesondere durch Banken, in USA und Deutschland, AcP 1967, 99). Ob das der Fall ist, kann letztlich nur durch die Einholung eines Sachverständigengutachtens geklärt werden.

Der Rechtsstreit war zurückzuverweisen, damit das Berufungsgericht - gegebenenfalls nach ergänzendem Sachvortrag durch die Parteien - die für die Entscheidung des Falles weiterhin erforderlichen Feststellungen treffen kann.

Dr. Kellermann

Dr. Bauer

Dr. Hesselberger

Röhrich

Dr. Henze