

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 268/67

URTEIL

Verkündet am

9. Dezember 1971
Werner,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Erich N [REDACTED], D [REDACTED],
L [REDACTED]-P [REDACTED]-Anlage [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die D [REDACTED] B a n k Aktiengesellschaft,
F [REDACTED]), G [REDACTED] Anlage [REDACTED], vertreten durch ihren
Vorstand: Gustav Gl [REDACTED], Herbert Ha [REDACTED], Fritz Me [REDACTED],
alle in F [REDACTED]), Werner Kr [REDACTED], Fritz Ru [REDACTED],
Dr. Adolf Sch [REDACTED], alle in D [REDACTED], Dr. Franz Wi [REDACTED],
H [REDACTED]

Beklagte und Revisionsbeklagte,

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

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. November 1971 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Stimpel und der Bundesrichter Liesecke, Dr. Schulze, Dr. Bauer und Dr. Kellermann

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt (Main) vom 25. Oktober 1967 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, dem auch die Entscheidung über die Kosten der Revision übertragen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist der Sohn des am 13. Dezember 1946 verstorbenen Kaufmanns Johann August N. aus D. (im folgenden: Erblasser) und seiner Ehefrau Sophie N. Der Erblasser unterhielt eine Bankverbindung mit verschiedenen Konten und einem Wertpapierdepot bei der D. Bank, Filiale D., später R.-M.-Bank, und nunmehr der Beklagten als deren Rechtsnachfolgerin. In seinem Testament vom 23. Oktober 1942 hat

- 3 -

er seine Ehefrau als befreite Vorerbin und den Kläger neben seinen Geschwistern zu Nacherben eingesetzt. In einem Nachtrag vom 28. Februar 1944 beschränkte er die Rechte der Nacherben, indem er anordnete, daß sie erst von einem gewissen Alter an frei über ihr Erbteil verfügen durften. Eine größere oder ganze Vermögensverteilung sollte vor dem 1. Mai 1958 weder zu Lebzeiten der Witwe noch nach deren Tod möglich sein. Gewisse Vorauszahlungen in dringenden Fällen wurden gestattet. Sodann heißt es:

"Hierüber haben die Dr. [REDACTED] Bank und De [REDACTED] Bank Fil. [REDACTED] mitzuberaten, wie diese Banken auch bei Anlagen hinsichtlich der bei ihnen befindlichen Konten und Depots ab 4000 RM bei Verlosungen, Kupons und Dividendengutschriften usw. nach bestem Wissen zu Gunsten des Vermögens N [REDACTED] mitberaten sollen."

Das Testament nebst Nachtrag ist unter Beratung des inzwischen verstorbenen Prokuristen und Abteilungsdirektors der Beklagten Dr. S [REDACTED] abgefaßt worden. Die Urkunden wurden bei der Beklagten aufbewahrt und beim Tode des Erblassers an das Nachlaßgericht abgeliefert. Im Jahre 1951 wurde ein Erbschein ausgestellt, der die Mutter des Klägers als befreite Vorerbin und den Kläger sowie seine Schwester Elisabeth als Nacherben für den Fall des Todes oder der Wiederverheiratung der Vorerbin ausweist.



Aus dem Wertpapierdepot wurden von 1948 bis 1951 von der Beklagten u.a. folgende Verkäufe vorgenommen:

1. am 9. März 1948: 3.900 RM De [redacted] Lin [redacted] Werke
Aktien-Buchstücke,
später umgestellt
auf 13.100 DM,
Erlös: 5.850 RM,
2. am 9. März 1948: 4.400 RM Sü [redacted] Aktien,
später umgestellt
auf 4.800 DM,
Erlös: 9.152 RM,
3. am 17. Juni 1948: 3.200 RM R [redacted] Aktien,
später umgestellt
auf 8.700 DM,
Erlös: 5.920 RM,
4. am 17. Juni 1948: 7.600 RM Fe [redacted] & Gu [redacted] Aktien,
später umgestellt auf
8.600 DM,
Erlös: 12.050 RM,
5. am 28. Juni 1948: 10.000 RM Si [redacted] & Ha [redacted] Aktien
(von 36.000 RM),
Bereinigungsanspruch,
später zugeteilt: 16.400 DM,
Erlös (6 1/2 %): 650 RM,
6. am 9. Oktober 1950: 10.000 RM D [redacted] Bank-Aktien,
(von 21.000 RM),
Bereinigungsanspruch,
später zugeteilt: 11.800 DM,
Erlös (15 1/2 %): 1.500 DM,
7. am 2. März 1951: 5.800 RM Da [redacted] Be [redacted]-Aktien,
(Bereinigungsanspruch),
später zugeteilt: 10.700 DM
Erlös (48 1/2 %): 2.803,40 DM.

Über die Verkäufe zu 3., 4. und 5. liegen Verkaufsaufträge vor, die Frau N. unterzeichnet hat.

Über den Verkauf der Wertpapier-Bereinigungsansprüche zu 6. und 7. hat der Kläger Verkaufsabrechnungen vorgelegt.

Der Verkaufserlös ist zum Teil zum Ankauf anderer Wertpapiere verwendet worden. Zum Teil ist er auf anderen Konten - u.a. der Firma N. - gutgebracht worden.

Der Kläger hat im Jahre 1964 von der Beklagten schriftliche Auskünfte über die Entwicklung der Konten und des Depots erbeten und erhalten. Er hat im Jahre 1965 erstmals von der Beklagten Schadensersatz aus Vertrag und unerlaubter Handlung verlangt, weil die Beklagte den Verlust der genannten sieben Posten Aktien für den Nachlaß verschuldet habe. Mit der im Jahre 1966 erhobenen Klage begehrt er die Verurteilung der Beklagten zur Herausgabe der genannten Aktien an seine Mutter, hilfsweise an ihn, oder zur Verschaffung entsprechender umgestellter Aktien, Zug um Zug gegen Rückzahlung der 10 : 1 umgestellten Erlöse, soweit sie in Reichsmark erzielt wurden, nebst 4 % Zinsen seit dem Verkaufstag, sonst des DM-Betrages nebst Zinsen.

Zur Begründung hat er geltend gemacht:

Die Beklagte habe auf Wunsch des Erblassers, den sie bei der Testamentserrichtung beraten habe, eine besondere Beraterstellung für die geschäftsungewandte

Vorerbin übernommen. Der Erblasser, dem ihr Prokurist von einer in Aussicht genommenen Blockierung des Wertpapiervermögens im Testament abgeraten habe, sei willens gewesen, bis 1958 überhaupt keine Verkäufe aus dem Effektenbestand zuzulassen. Trotzdem habe die Beklagte die Aktien der De[REDACTED] Lin[REDACTED] Werke AG, der Sü[REDACTED] AG sowie die Wertpapierbereinigungsansprüche für die D[REDACTED] Bank-Aktien und für die Da[REDACTED] Be[REDACTED]-Aktien ohne Auftrag der Vorerbin veräußert. Im übrigen habe der Effektenberater Direktor O[REDACTED] der Beklagten der Vorerbin zum Verkauf der Aktien geraten. Diese Rat schläge an die Vorerbin, die ihre Tragweite nicht habe übersehen können, seien nach den allgemeinen Auffassungen in Bank- und Wirtschaftskreisen nicht zu vertreten gewesen. So seien wenige Wochen oder Tage vor der sich ankündigenden Währungsreform Aktien verkauft und vom Erlös Schuldscheindarlehen erworben worden. Der Verkauf von Wertpapier-Bereinigungsansprüchen sei überhaupt unzulässig gewesen. Weder persönliche noch geschäftliche Gründe hätten die Verkäufe nötig gemacht. Die Aktien hätten keinesfalls bis zur Normalisierung der Börsenverhältnisse im Jahre 1953 verkauft werden dürfen. Die wirtschaftliche Entwicklung habe abgewartet werden müssen. Die angeratenen Neuanschaffungen seien wertmäßig mit den Veräußerungen nicht zu vergleichen. Die Beklagte habe mit den aus dem Nachlaß verkauften Wertpapieren ihren eigenen Bestand erweitern und auch Pakete bestimmter Aktien zugunsten von Interessenten zusammenstellen wollen. Dabei sei sie auf Anweisung des Vorstands planmäßig vorgegangen und habe bewußt

zum Schaden des Nachlasses N. [REDACTED] gehandelt. Erst im Jahre 1963 sei bei ihm der Verdacht von Unredlichkeit bei der Behandlung des Depots durch die Beklagte entstanden.

Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt und hat geltend gemacht: Sämtliche Verkäufe seien gemäß dem Auftrag der befreiten Vorerbin vorgenommen worden, die auch Verkaufsabrechnungen erhalten und nicht beanstandet habe. Eine Verpflichtung, Wertpapierverkäufe aus dem Nachlaß zu verhindern, habe für sie nicht bestanden. Ob und in welchem Sinn die Angestellten der Filiale D. [REDACTED] sie überhaupt beraten hätten und ob sie sich an etwa erteilte Ratschläge gehalten hätte, sei ihr nicht bekannt, da Unterlagen hierfür fehlten. Es sei auch nicht möglich, rückblickend zu beurteilen, auf Grund welcher Erwägungen über die wirtschaftlichen Verhältnisse und die Marktlage im einzelnen etwaige Ratschläge gegeben worden seien. Die Veräußerungen seien zulässig gewesen und auch nicht unter dem jeweiligen Kurs vorgenommen worden. Die Papiere seien von ihr weiterveräußert worden und hätten nicht zur Vergrößerung ihres eigenen Bestands gedient.

Im übrigen hat sich die Beklagte auf die Freizeichnung (Nr. 10 AGB der Banken) sowie auf Verjährung und Verwirkung berufen.

Das Landgericht und das Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Klagantrag weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Gegen die vom Berufungsgericht bejahte und von der Beklagten nicht mehr bezweifelte Befugnis des Klägers zur Prozeßführung über zum Nachlaß gehörige Ansprüche bezüglich der veräußerten Wertpapiere bestehen keine Bedenken.

II. Das Berufungsgericht hält den wegen der unstreitigen Unmöglichkeit der Herausgabe der ins Depot gegebenen und veräußerten Aktien allein in Betracht kommenden Anspruch auf Schadensersatz durch Verschaffung entsprechender umgestellter Aktien für unbegründet. Bezüglich der Aktien der De [REDACTED] Li [REDACTED] Werke AG, der Sü [REDACTED] [REDACTED] AG, der D [REDACTED] Bank und der Da [REDACTED] Be [REDACTED] AG habe die Beklagte dargetan, daß sie die Verkaufsunterlagen vor Jahren vernichtet habe. Der Kläger habe für die Behauptung, die Beklagte habe in diesen Fällen ohne Auftrag der Depotinhaberin Frau N [REDACTED] gehandelt, keinen Beweis angetreten. Die Revision rügt zu Unrecht, daß damit die Beweislast verkannt sei.

Der Revision ist unbedenklich zu folgen, wenn sie ausführt, daß der Verwahrer, der zur Rückgabe der ins Depot gegebenen Wertpapiere außerstande ist, gemäß

§ 282 BGB zu beweisen habe, daß die Unmöglichkeit nicht auf einem von ihm zu vertretenen Umstand beruhe. Hier ergab sich aber eine andere Lage. Der Kläger hat über die in den Jahren 1948 bis 1951 vorgenommenen Verkäufe erst im Jahre 1963 Auskünfte verlangt und erst im Jahre 1964 die Verkäufe beanstandet. Die Klage ist im Jahre 1965 erhoben worden. Wenn das Berufungsgericht dem Kläger die Beweislast dafür auferlegt, daß die beanstandeten Verkäufe ohne Auftrag der Depotinhaberin erfolgten, so ist dies unter dem Gesichtspunkt einer Beweislastumkehr aus Gründen der Billigkeit wegen eines für die Beklagte infolge der Länge der inzwischen verstrichenen Zeit entstandenen Beweisnotstandes, der dem Kläger oder seiner Mutter zuzurechnen ist, gerechtfertigt. Die Vorerbin hätte selbst oder durch geeignete Berater die Depotführung durch die Beklagte in angemessener Zeit überwachen und im Falle unbefugter Veräußerungen, die allein schon wegen des Ausbleibens der banküblichen Nachrichten über die Verwaltung solcher Wertpapiere auf längere Zeit gar nicht verborgen bleiben konnten, Rückfrage halten müssen. Wer auf Grund von über zehn Jahre zurückliegenden Vorgängen die Behauptung aufstellt, eine Bank, die regelmäßig interne Revisionen ihrer Filialen durchführt, habe ohne Auftrag und Befugnis aus einem Wertpapierdepot einzelne Aktien verkauft und zum Teil (bei den Aktien der De [REDACTED] Li [REDACTED] AG und der Sü [REDACTED] AG) auch keine Verkaufsabrechnungen erteilt, muß hierfür die Beweislast übernehmen. Eine andere Auffassung würde

die Aufbewahrungsfrist für Handelsbriefe (§ 44 HGB a.F.; jetzt § 44 b HGB) gegenstandslos machen und wäre mit einem geordneten Geschäftsbetrieb schlechthin unvereinbar.

III. Hiernach ist davon auszugehen, daß für sämtliche sieben vom Kläger beanstandeten Verkäufe von Aktien (oder Wertpapierbereinigungsansprüchen) Aufträge der Vorerbin (oder jedenfalls deren nachträgliche Zustimmung) vorgelegen haben. Der Kläger hält es bereits für eine Vertragsverletzung der Beklagten, daß sie Frau N. nicht überhaupt vom Verkauf abgehalten hat. Das Berufungsgericht hat jedoch eine solche Pflicht der Beklagten zu Recht verneint. Da der Erblasser keine Blockierung des Nachlasses verfügt, sondern die Vorerbin befreit hatte, war nicht bereits jede Veräußerung als solche nach dem der Beklagten bekannten Willen des Erblassers unzulässig.

IV. Nach Auffassung des Berufungsgerichts muß die Klage wegen falscher Beratung der Vorerbin durch die Effektenberater der Beklagten vor allem daran scheitern, daß ein Schaden nicht hinreichend dargetan sei. Der Kläger greife aus einer Vielzahl von Aktienverkäufen sieben Fälle heraus, in denen die Aktien später eine günstige Kursentwicklung gehabt hätten, so daß, wenn sie nicht veräußert worden wären, eine Wertsteigerung dieses Depotpostens eingetreten wäre. Dabei werde außer acht gelassen, daß an Stelle der verkauften Aktien zum Teil andere Papiere angeschafft worden seien, deren

Kurssteigerungen dem Nachlaß zugutegekommen seien. Die Schadensberechnung müsse alle Transaktionen und die Kursentwicklung sämtlicher Depotaktien einschließen. Hierzu habe der Kläger jedoch trotz Hinweises nichts vorgetragen. Die Revision rügt diese Auffassung mit Recht als nicht begründet.

Wird davon ausgegangen, daß einzelne Verkäufe auf einen von der Beklagten pflichtwidrig falsch erteilten Rat zurückgehen, wie es der Kläger behauptet hatte, so wird der daraus folgende Nachteil, daß Wertpapiere verloren gegangen sind, die später eine günstige Kursentwicklung zeigten, nicht dadurch ausgeglichen, daß auf Grund pflichtgemäß erteilten Rates später andere Wertpapiere angeschafft wurden, die sich ebenfalls günstig und vielleicht noch günstiger entwickelten als die veräußerten. Nach dem unstreitigen Sachverhalt sind mit dem Erlös der veräußerten Wertpapiere nicht alsbald jeweils andere Papiere mit entsprechendem Kaufpreis Zug um Zug erworben worden, so daß den Nachteilen aus der Abgabe gegebenenfalls Vorteile aus den an die Stelle der veräußerten Posten getretenen Neuanschaffungen gegenüberstehen könnten. Ein derartiger unmittelbarer Zusammenhang zwischen einer bestimmten Veräußerung und einer bestimmten Gegenanlage, die möglicherweise als ein einheitliches Geschäft aufgefaßt werden könnten, liegt nicht vor. Vielmehr hat eine fortlaufende Beratung bezüglich des umfangreichen Depots stattgefunden, bei der zu beliebigen Zeitpunkten Verkäufe und Ankäufe vorgenommen wurden. Die erzielten Erlöse wurden

nicht unmittelbar zu entsprechenden Neuanlagen für jeden einzelnen Posten verwandt. Ein Schaden des Klägers durch Verlust bestimmter Aktien ist daher nicht bereits deshalb unzureichend dargelegt, weil der Wert des ganzen Depots heute höher sein könnte als er wäre, wenn die veräußerten Aktien noch zum Depot gehörten. Der Kläger hat vielmehr seiner Darlegungslast hinsichtlich eines Schadens aus falscher Beratung bereits dadurch genügt, daß er vorträgt, die genannten sieben Posten Aktien befänden sich nicht mehr im Depot, während sie bei richtiger Beratung noch darin sein müßten und seinen Wert steigern würden.

V. Das Berufungsgericht ist auf die Behauptung des Klägers auch deshalb nicht eingegangen, weil er bereits nicht habe dartun können, wie die erteilten Ratschläge tatsächlich gelautet hätten und wer sie in den einzelnen Fällen erteilt habe. Die Revision rügt mit Grund, das Berufungsgericht habe insoweit das Vorbringen des Klägers nicht erschöpfend gewürdigt.

Der Kläger hat zwar nicht angeben können, wer den Rat zu Verkäufen erteilt und wie er gelautet hat. Das Berufungsgericht hat aber bisher eine Würdigung unterlassen, ob aus dem unstreitigen Sachverhalt gemäß § 286 ZPO auch ohne weitere Darlegungen der Beweisaufnahme mit genügender Sicherheit zu entnehmen war, Frau Nold habe die Verkäufe nicht von sich aus vorgenommen, sondern alle Wertpapiergeschäfte bezüglich

des Nachlaß-Depots seien von den hierzu vom Erblasser vorgesehenen Effektenberatern der Beklagten vorgeschlagen und gemäß den erteilten Ratschlägen gemäß Auftrag oder nachträglicher Zustimmung der Vorerbin durchgeführt worden. Es bestand kein Anhalt, daß die in Wertpapiergeschäften unbewanderte Vorerbin von irgend jemand sonst in Wertpapierangelegenheiten beraten wurde oder von sich aus auf solche Geschäfte gekommen wäre.

VI. Würde auf Grund dieser, dem Berufungsgericht vorbehaltenen Würdigung die Ursächlichkeit von Ratschlägen der Effektenberater der Beklagten für die Verkäufe der sieben Aktienpakete bejaht, so bedürfte es einer Prüfung, ob allgemein oder nach den besonderen Umständen des Falles ein pflichtgemäß handelnder Bankier vom Rat zur Veräußerung von Wertpapieren absehen mußte, weil nach den damaligen ganz ungewöhnlichen Verhältnissen eine Bewertung zu unsicher und die weitere Entwicklung nicht zu übersehen war. Dabei wäre u.a. auch zu würdigen, daß ein Teil der Wertpapiere unmittelbar vor der Währungsreform, bei einem anderen Teil der Wertpapierbereinigungsanspruch veräußert worden ist, ohne daß aus den Bewegungen der Konten ein Geldbedarf der Vorerbin zu entnehmen wäre. Auch das weitere Vorbringen des Klägers war in Betracht zu ziehen, nach dem ein Beratungsverhältnis des Erblassers mit der Bank begründet wurde, aus dem sich eine Vertrauensstellung der Bank auch bezüglich des Nachlasses ergeben haben soll, die eine besonders sorgfältige

Wahrnehmung der Interessen der Beteiligten an der Erhaltung des Nachlasses zur Pflicht machte. Der Kläger hatte insbesondere geltend gemacht und im einzelnen vorgetragen, daß der Erblasser der Bank die Absicht ungeschmälerter Aufrechterhaltung des Wertpapierbestandes zum Ausdruck gebracht habe. Dieses Vorbringen und die Entgegnungen der Beklagten sowie das Ergebnis der Beweisaufnahme mußten daraufhin geprüft werden, ob eine Pflichtwidrigkeit der Beklagten bei der Beratung dargetan sei.

In gleicher Weise wäre gegebenenfalls die Frage des Verschuldens der Beklagten bei der Erteilung der Ratschläge zu erörtern, wobei, soweit die Beklagte sich zu entlasten hätte, ihrem Beweisnotstand Rechnung zu tragen wäre, in den sie durch den Zeitablauf geraten ist.

VII. Die Erörterungen über eine schuldhaft pflichtwidrige Beratung der Vorerbin durch die Beklagte würden sich allerdings erübrigen, wenn die Haftung der Beklagten wirksam ausgeschlossen wäre (Nr. 10 AGB der Banken). Dazu hat das Berufungsgericht bisher nicht Stellung genommen. Der Kläger hatte die Geltung der AGB der Banken wegen des nach seiner Ansicht hier vorliegenden besonderen Beratungs- und Vertrauensverhältnisses bestritten und darüber hinaus geltend gemacht, die Beklagte habe sich mit den Ratschlägen zum Verkauf eigene Vorteile verschaffen wollen (vgl. BGHZ 13, 198). Auch dieses Vorbringen bedarf

hiernach ebenso wie die Frage der Verjährung und Verwirkung der Klagansprüche gegebenenfalls der Prüfung.

VIII. Abschließend kann dagegen das Vorbringen des Klägers beurteilt werden, soweit er einen Schadensersatzanspruch auch darauf gestützt hat, der Abteilungsleiter der Beklagten Dr. S. habe dem Erblasser pflichtwidrig nicht von einer Befreiung der Vorerbin abgeraten, so daß der Nachlaß im Testament nicht blockiert worden sei. Das Berufungsgericht hat diesen Anspruch mangels einer Pflichtverletzung der Beklagten für unbegründet erachtet. Die Revision meint, das Verhalten von Dr. S. stelle eine unerlaubte Handlung dar, weil er damit eine durch das Gesetz zur Verhütung von Mißbräuchen auf dem Gebiet der Rechtsberatung verbotene und strafbare Rechtsberatung ausgeübt habe. Hierfür müsse die Beklagte einstehen. Sein Eingreifen habe den Schaden verursacht, weil es die Veräußerung von Nachlaßwerten ermöglicht habe. Der Gesichtspunkt eines Verstoßes gegen ein Schutzgesetz (§ 823 Abs. 2 BGB; vgl. BGHZ 15, 315) scheidet aber schon deshalb aus, weil die Frage, ob die Blockierung des Vermögens oder die Befreiung der Vorerbin anzuordnen sei, keine Rechtsberatung, sondern eine Frage der Zweckmäßigkeit nach den wirtschaftlichen und persönlichen Verhältnissen ist, bei deren Beantwortung die rechtliche Seite ganz zurücktritt.

IX. Hiernach war das angefochtene Urteil aus den Gründen zu IV und V aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen.

Stimpel Liesecke Dr. Schulze Dr. Bauer Dr. Kellermann