

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

2059 023

II ZR 281/63

URTEIL

Verkündet am

29. April 1965

Heil,

Justizobersekretär,

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. der Frau Marianne V [REDACTED] geborene P [REDACTED],
F [REDACTED], R [REDACTED] weg [REDACTED]

Beklagte und Revisionsklägerin,

2. B [REDACTED] Schiffs- und Speditions-Aktiengesellschaft,
F [REDACTED], R [REDACTED] weg [REDACTED] vertreten durch
ihren Vorstand,

Streithelferin der Beklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von
[REDACTED] -

gegen

den Rechtsanwalt und Wirtschaftsprüfer Dr. Franz

V [REDACTED], G [REDACTED]-P [REDACTED], H [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED].

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. April 1965 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Fischer und der Bundesrichter Dr. Kuhn, Dr. Nörr, Liesecke und Dr. Schulze

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt (Main) vom 11. April 1963 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:

Die Ehe der Parteien ist seit dem 31. Juli 1948 aus beiderseitigem Verschulden rechtskräftig geschieden. Die Parteien streiten um die Verpflichtung der Beklagten zum Schadensersatz wegen verzögerter Herausgabe von nom. 145 000 RM Aktien der Rheinischen Aktiengesellschaft für Braunkohlenbergbau (im folgenden als "Rheinbraun" bezeichnet). Diese Aktien hatte der Kläger aus eigenen Mitteln erworben und während der Ehe der Beklagten überlassen. Die Beklagte hatte sie ihrer Nebeninter-

- 3 -

venientin, der B. Schiffahrts- und Speditions AG, zur Sicherstellung einer Steuerschuld zur Verfügung gestellt. Der Kläger verlangte die Aktien von der Beklagten zurück. Die Beklagte behauptete, der Kläger habe sie ihr geschenkt. Er erhob im Jahre 1943 Klage gegen die Beklagte auf Einwilligung in die Herausgabe der im Besitz der Nebenintervenientin befindlichen Aktien an ihn. Die Beklagte wurde durch rechtskräftiges Urteil des Kammergerichts vom 3. April 1950 zur Abtretung ihres Anspruchs gegen die Nebenintervenientin auf Herausgabe der Aktien an den Kläger verurteilt. Zur Begründung ist ausgeführt, der Kläger habe zwar den ihm im Hinblick auf § 1006 BGB obliegenden Beweis seines Eigentums nicht geführt, es sei aber jedenfalls der Rechtsgrund für die Überlassung der Aktien infolge der Auflösung der Ehe weggefallen (§ 812 BGB). Das Urteil konnte nicht vollstreckt werden, weil die Beklagte die Aktien bereits 1944 in ihr Depot bei der Bayerischen Staatsbank in W. gebracht hatte. Der Kläger erhob darauf am 1. Juli 1950 Klage vor dem Landgericht Frankfurt/Main. Er verlangte 1.) Herausgabe der Aktien und beantragte 2.) festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet sei, ihm den Schaden zu ersetzen, den er dadurch erlitten habe und erleiden werde, daß die Beklagte sich seit dem 4. April 1950 weigere, ihm die Aktien herauszugeben. Ferner erhob er 3.) eine Zahlungsklage in Höhe von 14 300 DM. Diesen Anspruch stützte der Kläger auf folgenden Sachverhalt: Er habe am 15. November 1950 10 000 RM RWE Aktien und in der Zeit vom Januar bis März 1951 35 000 Rheinbraunaktien verkaufen müssen, weil er für die Verlegung seiner



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos (mobile App)
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

Praxis von N nach D Geld benötigt habe. Hätte ihm die Beklagte die 145 000 RM Rheinbraun-Aktien rechtzeitig herausgegeben, so hätte er diese Aktien beliehen und von einem Verkauf der anderen Papiere Abstand genommen. Diese hätte er am 20. Juli 1951 (Rheinbraun-Aktien) und am 12. Oktober 1951 (RWE-Aktien) verkauft. Zu diesem Zeitpunkt hätten die Papiere einen höheren Kurs gehabt. Er habe auf diese Weise einen Schaden von 14 300 DM erlitten.

Die Beklagte und ihre Nebenintervenientin beantragten Klagabweisung. Das Landgericht fällte ein Teil- und Zwischenurteil. Es gab der Herausgabeklage (zu 1) statt und erklärte den bezifferten Schadensersatzanspruch (zu 3) dem Grunde nach für gerechtfertigt. Dieses Urteil wurde rechtskräftig, nachdem der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes zwei Urteile zugunsten des Klägers erlassen hatte, IV ZR 157/53, Urteil vom 25. März 1954, und IV ZR 111/55, Urteil vom 17. Dezember 1955, WM 1956, 46).

Die Beklagte gab die Aktie am 12. April 1954 an den Kläger im Hinblick auf das Urteil des Bundesgerichtshofes vom 25. März 1954 heraus. Dieser veräußerte die Aktien am folgenden Tage zu 155 %. Mit dem Erlös von 224.497,10 M kaufte er andere Aktien.

Der Kläger ist nunmehr bezüglich des noch anhängigen Anspruchs auf Feststellung der Verpflichtung zum Schadensersatz wegen verzögerter Herausgabe der Aktien (zu 2) der Klage) zur Leistungsklage überge-

gangen. Zur Begründung hat er vorgetragen, er hätte, wenn er die Aktien ohne Verzug erhalten hätte, sie bereits am 20. Juli 1951 zum Kurse von 140 % verkauft, wie er der Beklagten mit Schriftsatz vom 24. Juli 1951 mitgeteilt habe. Der Verkauf hätte einen Erlös von 200 400 DM erbracht. Mit diesem Betrag hätte er entsprechend seiner Erklärung vom 24. Juli 1951 zu je einem Drittel RWE-Aktien, Siemens & Halske-Aktien und Mannesmann-Aktien angeschafft, was einen Aktienbestand von 72 000 RM RWE, 121 400 RM Siemens & Halske und 81 000 RM Mannesmann ergeben hätte. Diese Aktien hätten sich infolge der Wertpapierbereinigung, der Umstellung auf DM sowie des Umtausches der Mannesmann AG i.L. in Namensaktien der Nachfolgegesellschaften bis zum 12. April 1954, dem Tage der Rückgabe der Rheinbraun-Aktien durch die Beklagte, in 72 800 DM RWE, 72 800 DM Siemens & Halske AG, 121 500 DM Mannesmann Düsseldorf, 27 000 DM Consolidation Bergbau und 13 500 DM Stamag Aktien umgewandelt. Demgegenüber habe er aus dem Erlös von 224.497,10 DM, den er aus dem Verkauf der Rheinbraun-Aktien am 13. April 1954 erzielt habe, sowie einer Gutschrift der Beklagten in Höhe von 31 748 DM, zusammen also 256 245,10 DM infolge der inzwischen gestiegenen Kurse nur Aktien im Normalwert von 72 800 DM RWE, 72 800 DM Siemens & Halske, 30 000 DM Mannesmann Düsseldorf, 14 000 DM Consolidation Bergbau und 7 000 DM Stamag-Aktien erwerben können, wobei er noch 9 251 DM mehr aufgewendet habe, als ihm aus dem Verkaufserlös der 145 000 DM Rheinbraun-Aktien und der Gutschrift der Beklagten zur Verfügung gestanden habe. Sein Schaden bestehe daher in einem

Minderbestand von 91 500 DM Mannesmann Düsseldorf, 13 000 DM Consolidation Bergbau und 6 500 DM Stamag-Aktien, welche später im Zuge der Rückverflechtung in 111 000 DM Mannesmann-Aktien umgetauscht worden wären.

Die hypothetisch erworbenen Aktien hätten ihm für die Jahre 1952 und 1953 Dividenden in Höhe von 16 326 DM erbracht. Außerdem habe er Gerichts- und Anwaltskostenvorschüsse aufwenden müssen, die sich einschließlich der hierfür bis zum 15. Juni 1953 erwachsenen Zinsen auf 6 394 DM beliefen. Diese Beträge hätte er, wie er der Beklagten am 15. Juni 1953 mitgeteilt habe, am 26. Juni 1953 in Aktien angelegt, und zwar in 6 600 DM Deutsche Erdöl AG, 4 900 DM Deutsche Continental Gas AG, 5 300 DM Siemens & Halske AG und 4 600 DM Rheinstahl AG. Durch Aktienumtausch und Ausübung von Bezugsrechten hätte sich daraus in der Folgezeit ein Aktienbestand im Nennwert von 8.300 DM Deutsche Erdöl AG, 6.600 DM Deutsche Continental Gas AG, 10.100 DM Siemens & Halske AG, 6.500 DM Rheinstahl AG und 1.900 DM Gelsenkirchener Bergwerke AG ergeben. Ein weiterer Schaden sei ihm auch dadurch entstanden, daß er bei den Aktienumtuschen die Bezugsrechte jeweils habe kaufen müssen, die er als Besitzer der Aktien unentgeltlich oder zu geringerem Kurs habe erwerben können. Ferner seien ihm die Dividenden entgangen, die für die fiktiv angeschafften Aktien ausgeschüttet worden wären. Von den Dividenden und den nicht gezahlten Verzugszinsen hätte er am 10. Januar 1958 wiederum Wertpapiere angeschafft, und zwar 15 000 DM

Deutsche Erdöl AG, 15 000 DM RWE, 6 000 DM Lindes Eismaschinen AG und 6 000 DM BASF junge Aktien. Dies habe er der Beklagten mit Schreiben vom 8. Januar 1958 mitgeteilt.

Zur Höhe des dem Grunde nach zuerkannten Schadensersatzanspruchs wegen vorzeitigen Verkaufs von Aktien aus Anlaß seines Umzuges nach D [REDACTED] (zu 3) der Klage) hat der Kläger vorgetragen, er hätte den Betrag von 14 300 DM, den er bei späterem Verkauf der Aktien erzielt hätte, zuzüglich der seit dem 13. Oktober 1951 aufgelaufenen Zinsen in Höhe von ca. 2 900 DM in Aktien angelegt, und zwar am 7. November 1956 10 000 DM Aktien der Niederrheinischen Hütte AG, wie er der Beklagten mit Schreiben vom gleichen Tage mitgeteilt habe. Diese Aktien wären später in 12 500 DM Namensaktien der August Thyssen Hütte AG umgetauscht worden. Den Wert auch dieser Papiere verlangt der Kläger nunmehr von der Beklagten ersetzt.

Der Kläger hat den Betrag, den er zur Anschaffung der Wertpapiere im Zeitpunkt des Schlusses der letzten mündlichen Verhandlung beim Berufungsgericht hätte aufwenden müssen, auf 600.053,16 DM errechnet. Ferner verbleibe ein barer Verzugsschaden in Höhe von 22.545,21 DM. Diese Beträge nebst Zinsen hat er zuletzt mit seinen Anträgen verlangt.

Die Beklagte hat auch die Abweisung dieser Anträge beantragt. Die Nebenintervenientin hat sich diesem Antrag angeschlossen.

Die Beklagte hat geltend gemacht, mit der Herausgabe der Aktien nicht im Verzuge gewesen zu sein, weil sie sich in einem unverschuldeten Rechtsirrtum über die Rechtskraftwirkung des sachlich unrichtigen Urteils des Kammergerichts vom 3. April 1950 befunden habe. Auch habe sie die Aktien nur gegen Erstattung ihrer Depotgebühren herauszugeben brauchen. Sie hat ferner bestritten, daß der Kläger die Rheinbraun-Aktien am 20. Juli 1951 verkauft und mit den Dividenden immer wieder neue Aktien angeschafft hätte. Der Verkauf der Rheinbraun-Aktien sei in jedem Fall eine Fehlspekulation gewesen, weil sie ständig und mehr als die angeschafften Papiere gestiegen seien. Zwischen dem etwaigen Verzug und den hypothetischen Aktiengeschäften des Klägers bestehe kein adäquater Ursachenzusammenhang. Von dem Erlös der Rheinbraun-Aktien hätte der Kläger auch zunächst das Darlehen zurückzahlen müssen, das er nach seiner Angabe durch Beleihung der Aktien für seine Praxisverlegung nach D [REDACTED] beschafft hätte. Der Verkauf des ganzen Paketes am 20. Juli 1951 zum Kurs von 140 % sei nicht durchführbar gewesen.

Das Landgericht hat dem Antrag auf Ersatz des Verzugsschadens in der damals gestellten Form (Verschaffung der Aktien und Zahlung eines Barbetrages) im wesentlichen stattgegeben. Das Urteil des Oberlandesgerichts, durch das der Berufung der Beklagten stattgegeben worden war, ist durch Urteil des erkennenden Senats vom 4. April 1960 - II ZR 58/59 - unter Zurückverweisung der Sache aufgehoben worden. Das Oberlandesgericht hat nunmehr die Berufung der Beklagten zurück-

gewiesen und den zuletzt gestellten Anträgen des Klägers auf Zahlung von 600.053,16 DM und weiterer 22.545,21 DM nebst Zinsen stattgegeben. Hiergegen richtet sich die Revision der Beklagten, mit der sie und die Nebenintervenientin ihren Antrag auf Abweisung dieser Anträge weiterverfolgen. Der Kläger beantragt, die Revision mit der Maßgabe zurückzuweisen, daß die gesamten Kosten des Rechtsstreits der Beklagten zur Last fallen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat die nunmehr mit der Klage verlangten Beträge unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes wegen Verzuges zuerkannt (§ 286 BGB). Es hat ausgeführt, die Beklagte schulde den Ersatz desjenigen Schadens, der durch die verspätete Herausgabe der Aktien verursacht worden sei. Gemäß § 252 BGB umfasse der zu ersetzende Schaden auch den entgangenen Gewinn. Den Einwand der Beklagten, sie sei mangels Verschuldens nicht im Verzug gewesen, hat es für unbegründet erachtet. Die Revision meint, das Berufungsgericht habe sich zu Unrecht nicht mit der Rechtsnatur des Anspruchs auf Herausgabe der Aktien befaßt. Wenn der Anspruch aus § 985 BGB herzuleiten sei, gelte für die Haftung bei Nichtherausgabe § 990 BGB. Erst von der Kenntnis des mangelnden Besitzrechts an hafte regelmäßig der Besitzer auf Schadensersatz wegen unterlassener Herausgabe. Diese Kenntnis sei aber nicht festgestellt, sondern im Urteil des erkennenden Senats vom 4. April 1960

nur die Fahrlässigkeit der Beklagten für alle geltendgemachten Schadensersatzansprüche bejaht worden, weil die Beklagte damit habe rechnen müssen, daß die Gerichte ihren im wesentlichen formellen Einwendungen nicht folgen würden. Der Kläger habe in erster Linie aus seinem Eigentum an den Aktien geklagt und müsse sich daran festhalten lassen. Die Rüge ist nicht begründet.

Zwar war das Berufungsgericht nicht bereits gemäß § 565 Abs. 2 ZPO an die Beurteilung des Senats gebunden, der einen Anspruch auf Ersatz der gesamten Verzugsschäden dem Grunde nach bejaht hatte. Das Berufungsgericht ist nur in denjenigen Punkten gebunden, deren rechtsirrtümliche Würdigung die Aufhebung unmittelbar herbeigeführt hat (BGHZ 3, 321, 325). Das Berufungsgericht und der erkennende Senat sind hingegen in denjenigen Punkten frei, bei denen im Revisionsurteil nur ausgesprochen ist, daß die Entscheidung des Berufungsgerichts einen Rechtsirrtum nicht erkennen lasse (vgl. I der Entscheidungsgründe des Urteils vom 4. April 1960). Das frühere Urteil ist nur wegen Verfahrensmängel bei der Anwendung des § 252 BGB aufgehoben worden.

Mit Recht hat hiernach das Berufungsgericht den Schadensersatzanspruch erneut sachlich geprüft. Dabei hat es zutreffend nur § 286, nicht aber § 990 BGB herangezogen. Die Revision beachtet nicht, daß der Anspruch auf Herausgabe nur nach § 812 BGB zugesprochen worden ist. Zutreffend hat auch das Berufungsgericht

in Übereinstimmung mit dem Urteil des Senats vom 4. April 1960 bei sämtlichen Schadensersatzansprüchen des Klägers angenommen, daß die Leistung infolge von Umständen unterblieben ist, die die Beklagte zu vertreten hat. Durch die Bezugnahme auf das Urteil des Senats ist auch genügend klargestellt, daß das Berufungsgericht auch bezüglich der Verpflichtung zum Ersatz des durch die verzögerte Herausgabe der Aktien entstandenen Schadens eine schuldhafte Unterlassung der rechtzeitigen Leistung annimmt. Die Revision vermißt zu Unrecht die Feststellung des Verzuges auch bei der Befriedigung dieses Anspruchs. Der Anspruch auf Ersatz des Schadens durch Vorenthaltung der Aktien ist seit dem Jahre 1950 rechtshängig, und ebenso wie beim Herausgabeanspruch mußte die Beklagte damit rechnen, daß der Anspruch des Klägers auf Ersatz der Schäden durch Verhinderung der weiteren angekündigten Aktienkäufe aus Dividenden und Zinsen vom Gericht gemäß § 252 BGB anerkannt werden würde, zumal nach der vorliegenden Rechtsprechung seit jeher solche Umwandlung einer zustehenden geldwerten Leistung in Aktien beim Verzugsschaden berücksichtigt worden ist (RG JW 1929, 2508; RG JW 1931, 3088).

II. Das Berufungsgericht hat den gesamten, vom Kläger auf 622.598,37 DM bezifferten Schaden als durch den Verzug der Beklagten adäquat verursacht angesehen. Hiergegen wendet sich die Revision mit einer Reihe von Rügen gemäß § 287 ZPO.

1. Der Kläger hat in seiner Revisionserwiderung ausgeführt, die Rügen seien schon deshalb unzulässig,

weil die Beklagte seine Schadensberechnung nur allgemein, aber nicht substantiiert bestritten habe. Für die beklagte Partei kann die Notwendigkeit begründeten Bestreitens bestehen mit der Folge, daß eine nicht in dieser Art bestrittene Behauptung des Klägers als zugestanden anzusehen (§ 138 Abs. 3 ZPO) und ein späteres Bestreiten als verspätet zurückzuweisen ist (vgl. BGHZ 12, 49). Bei den Revisionsrügen der Beklagten geht es aber lediglich darum, daß sie nunmehr auf verschiedene Gesichtspunkte hinweist, die bei der Ermittlung des Schadens nach § 287 ZPO bereits auf Grund des Vorbringens des Klägers zu berücksichtigen waren, ohne daß die Beklagte genötigt war, das Gericht hierauf aufmerksam zu machen und ihrerseits Tatsachen vorzutragen. Im Verfahren nach § 287 ZPO über die Frage, wie hoch sich ein Schaden belaufe, braucht zwar der Kläger seinen Schaden nicht im einzelnen in der Art darzulegen, daß der Umfang des Schadens zwingend aus den vorgetragenen Tatsachen zu entnehmen ist. Das Gericht muß aber von Amts wegen alle für die Schätzung des Schadens erheblichen Umstände prüfen, aus denen mit großer Wahrscheinlichkeit nach der Lebenserfahrung auf einen bestimmten Schaden geschlossen werden kann (BGH VersR 1960, 656). Die Beklagte hatte hier nicht den Behauptungen des Klägers über seinen Schaden positive Angaben auf Grund ihrer besseren Kenntnis der maßgeblichen Umstände entgegenzusetzen (wie etwa im Falle BGHZ 12, 49, 50 bezüglich der selbst abgeschlossenen Geschäfte, für die Provision verlangt wurde), sondern konnte sich damit begnügen, die Darlegungen des Klägers zu bestreiten und dem Gericht die Prüfung der Schadenshöhe zu überlassen.

Die Beklagte holt hier mit ihren Revisionsrügen kein versäumtes Bestreiten nach, sondern beanstandet nur die Vollständigkeit und Richtigkeit der Erwägungen des Berufungsgerichts über die Höhe des aus einem hypothetischen Verlauf entnommenen Schadens.

2. Das Berufungsgericht ist überzeugt, daß der Kläger die 145.000 DM Rheinbraun-Aktien am 20. Juli 1951 zum Kurse von 140 % verkauft hätte. Die Revision rügt zunächst, das Berufungsgericht habe nicht beachtet, daß der Kläger durch seine Erklärung vom 24. Juli 1951 willkürlich den Verkauf auf den 20. Juli 1951 zurückdatiert habe, um den an diesem Tage höheren Kurs anrechnen zu können. Am 23. Juli 1951 standen die Aktien nur 137 %. Das Berufungsgericht konnte aber ohne Verfahrensverstoß annehmen, der Kläger hätte die Aktien bereits am 20. Juli 1951 verkauft, weil sie damals den nach seiner Ansicht angemessenen Stand erreicht hatten (Schriftsatz vom 24. Juli 1951 Bl. 327 GA).

Das Berufungsgericht hat also nicht nur, wie die Revision annimmt, den Umtausch der Aktien am 20. Juli 1951 als wahrscheinlich angenommen. Kann, wie es hier der Fall ist, nach der Kursentwicklung der Ersatzpapiere, deren Anschaffung im Falle der Herausgabe der Aktien erwiesen ist, nachträglich von dem verlangten entgangenen Gewinn festgestellt werden, daß er tatsächlich gemacht worden wäre, so ist dieser Gewinn nach § 252 BGB ohne Rücksicht darauf zu ersetzen, ob er im Zeitpunkt des schadensstiftenden Ereignisses

mit irgendwelcher Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte. Diese vom Reichsgericht entwickelte und vom Bundesgerichtshof festgehaltene Auffassung (BGHZ 29, 393, 397) ist zwar bestritten (anders z.B. Staudinger-Werner BGB 11. Aufl. § 252 A. 8 ff) und auch die Revision hält sie für verfehlt. Ihre Richtigkeit kann aber hier nicht nachgeprüft werden, weil das Urteil des Senats vom 4. April 1960 Seite 7 davon ausgeht, daß § 252 BGB lediglich eine Beweiserleichterung enthält. Nach den Ausführungen des Urteils läßt es § 252 Satz 2 BGB für den Nachweis des entgangenen Gewinns genügen, daß er mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte; dagegen bestimmt danach § 252 Abs. 2 BGB nicht abschließend, was als entgangener Gewinn anzusehen ist (sog. materiellrechtliche Auffassung). Das Urteil erklärt nämlich für die Ersatzpflicht der Beklagten den Beweis für ausreichend, daß der Gewinn durch Anschaffung der Ersatzpapiere tatsächlich gemacht worden wäre, wenn der Verzug nicht eingetreten wäre. Für die Anschaffung der anderen Aktien nimmt es eine Beweiserleichterung an. Es verlangt also nicht, daß bereits damals für einen Sachkundigen die Kurssteigerung mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten war. Damit sind die für den Anspruch aus § 252 BGB maßgeblichen Umstände abschließend bestimmt worden. Da das frühere Urteil des Berufungsgerichts wegen unrichtiger Anwendung des § 252 BGB aufgehoben worden ist, muß dessen Auslegung durch das Revisionsgericht gemäß § 565 Abs. 2 ZPO nunmehr als bindend auch durch den Senat zugrundegelegt werden. Die Rüge der Revision, über die Wahrscheinlichkeit eines Kursgewinns im Zeitpunkt der

Anschaffung der Ersatzpapiere seien keine Feststellungen getroffen, ist somit unbegründet.

3. Das Berufungsgericht hat aber, wie die Revision mit Recht rügt, keine Erwägungen darüber angestellt, ob die Notierung von 140 % am 20. Juli 1951 nicht wesentlich verändert worden wäre, wenn ein Posten von 45.000 DM Rheinbraun-Aktien angeboten worden wäre. Damit ist möglicherweise ein für die Beurteilung des erzielbaren Erlöses wesentlicher Umstand außer Acht gelassen worden, zumal die Kurse ohnedies am 23. Juli 1951 nach den Angaben der Beklagten auf 137 % nachgegeben haben. Das Berufungsgericht nimmt keine Stellung dazu, ob dieser Gesichtspunkt etwa deshalb ausscheidet, weil der Kläger die Aktien später nicht über die Börse, sondern unmittelbar an die RWE verkauft hat und angenommen werden kann, daß er dies auch bereits im Jahre 1951 hätte tun können und getan hätte. Bereits die Übergehung dieses Gesichtspunktes nötigt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils.

4. Soweit die Revision die hypothetischen Geschäfte überhaupt bei der Ermittlung des entgangenen Gewinns außer Betracht lassen will, weil sie verbotenen Termingeschäften gleichzustellen seien, verkennt sie, daß hier in Frage steht, ob der Kläger durch unterbliebene Kassageschäfte, die nicht zu beanstanden sind, einen erlaubten Gewinn hätte machen können.

5. Das Berufungsgericht hat, wie die Revision mit Grund rügt, keine Stellung zu dem Vorbringen der Beklagten genommen, der Kläger habe den Erlös der

Papiere, wenn er sie am 20. Juli 1951 hätte verkaufen können, in Höhe von 70 000 DM dazu verwenden müssen, das zur Verlegung seiner Praxis nach Düsseldorf nötige Darlehen zurückzuzahlen. Der Beklagte hatte entgegnet, daß er das Darlehen, das nur ca. 40 000 DM betragen habe, bis zum Juli 1951 bereits aus den Einnahmen seiner Praxis abgedeckt hätte. Ob hiernach der Erlös der Papiere keine Minderung erfahren hätte, muß das Berufungsgericht im Rahmen des § 287 ZPO erörtern.

6. Bei der Prüfung, in welchem Umfang der Kläger von dem Erlös der Rheinbraun-Aktien Ersatzpapiere gemäß seiner Ankündigung hätte beschaffen können, hätte das Berufungsgericht, worauf die Revision des weiteren zutreffend hinweist, die amtlichen Kursnotierungen heranziehen müssen, wobei die Frage zu klären war, an welcher Börse (Düsseldorf oder Frankfurt) die Geschäfte abgewickelt worden wären. Bei den Mannesmann-Aktien ist der Kurs so angenommen worden, wie es der Kläger in Erinnerung hatte (82 %), während der amtliche Kurs, der in dem vom Gericht eingeholten Gutachten nicht angegeben ist, 90 % betragen haben soll.

7. Auch die Unkosten der hypothetischen Geschäfte müssen bei der Ermittlung des Schadens durch ihren Nichtabschluß berücksichtigt werden. Dazu gehören in erster Linie die Bank- und Börsenspesen. Der Kläger hat zwar angegeben, der Kurs von 140 % ergebe sich nach Abzug der Börsenumsatzsteuer und der Händlerprovision, doch enthält das Urteil keine Angabe über die Bankspesen.

Zu erörtern wäre auch, ob der Kläger die angeschafften Wertpapiere in ein Bankdepot gelegt hätte, so daß Depotgebühren entstanden wären.

III. Die Revision kann nicht mehr auf das Vorbringen der Beklagten zurückkommen, daß ein Schaden des Klägers durch die Nichtherausgabe der Rheinbraun-Aktien schon deshalb zu verneinen sei, weil er sich wegen des Steigens der Kurse noch besser stünde, wenn er sie behalten hätte. Das Urteil des Senats vom 4. April 1960 hat bereits dargelegt, unter welchen Voraussetzungen der Anspruch des Klägers auf entgangenen Gewinn gemäß § 252 BGB begründet sei. Das damals angefochtene Urteil ist wegen rechtsirrtümlicher Beurteilung des § 252 BGB aufgehoben worden. Damit ist bindend festgestellt, daß der Kläger berechtigt ist, den Ersatz des Schadens durch die verhinderte Anschaffung der Ersatzpapiere zu verlangen, weil er nicht genötigt war, die Rheinbraun-Aktien festzuhalten, wenn er sie bekommen hätte.

IV. Das Berufungsgericht hat dem Kläger weiteren Schadensersatz mit der Begründung zugebilligt, daß er die Erträgnisse der angeschafften Aktien wieder in bestimmten Aktien angelegt hätte, wie er dies der Beklagten jeweils schriftlich mitgeteilt hat. Im übrigen hätte der Kläger, wenn er im Besitz der ersatzweise beschafften Aktien gewesen wäre, die Bezugsrechte, die auf die verschiedenen Aktien entfallen seien, ausnutzen und zum Bezug junger Aktien verwerten oder sie veräußern können. Die Revision meint, daß hierin eine unzulässige Ausweitung der Verpflichtung

zum Ersatz des Verzugsschadens liege. Das Berufungsgericht habe zu Unrecht nicht zwischen dem Schadensersatz wegen nicht rechtzeitiger Herausgabe der Aktien und dem Verzug mit der Erfüllung der Schadensersatzverpflichtung unterschieden. Jedoch vermag die Revision damit keinen Rechtsfehler des Berufungsgerichts aufzuzeigen. Der Anspruch auf Ersatz des Schadens wegen verzögerter Herausgabe der Rheinbraun-Aktien war seit 1950 rechtshängig. Die Ausführungen des Berufungsgerichts über das Verschulden der Beklagten nach § 285 BGB treffen auch auf die Nichterfüllung des Anspruchs auf Ersatz des bereits durch die Verhinderung der Anschaffung von Ersatzpapieren eingetretenen Schadens zu. Dementsprechend hatte der Senat bereits im Urteil vom 4. April 1960 zu I der Entscheidungsgründe die Erwägung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe damit rechnen müssen, die Gerichte würden ihren im wesentlichen formellen Einwendungen nicht folgen, für die gesamten Schadensersatzansprüche des Klägers als rechtsirrtumsfrei bezeichnet. Auch für den weiteren Schaden durch die nicht rechtzeitig ermöglichte Anschaffung der Ersatzpapiere an Stelle der Rheinbraun-Aktien gilt § 252 BGB. Auch hier glaubt das Berufungsgericht dem Kläger, daß er mit den Dividenden und Zinsen weitere bestimmte Aktien angeschafft hätte, wie er es der Beklagten jeweils mitgeteilt hat (S. 33 des Urteils). Ob der Kläger, wenn die Beklagte mit der Herausgabe der Rheinbraun-Aktien nicht im Verzug gewesen wäre, jeweils aus seinem Vermögen ebenfalls solche Anschaffungen gemacht hätte, braucht entgegen der Meinung der Revision nicht erörtert

zu werden. Der Kläger konnte jedenfalls seine eingeklagten und fortlaufend bezifferten Ansprüche aus dem Verzug der Beklagten mit der Leistung des Schadensersatzes wegen verhinderten Erwerbes der anderen von ihm bezeichneten Aktien darauf stützen, daß er weitere hypothetische Aktienkäufe ankündigte. Daher bestehen auch keine Bedenken dagegen, daß der Kläger Verzugszinsen auf die Dividendenbeträge jeweils bis zur Anschaffung anderer Aktien in Rechnung stellt. Die Beklagte hatte dem Kläger die in den mitgeteilten Schadensberechnungen angegebenen Dividenden als Schadensersatz zu gewähren und befand sich mit dieser Leistung im Verzug. Das Verlangen von Verzugszinsen schloß die Geltendmachung eines weiteren Schadens nicht aus (§ 288 Abs. 2 BGB).

V. Die von der Revision angeregte Prüfung, wie die Schadensersatzpflicht für Folgeschäden gegebenenfalls einzuschränken ist, weil die Grenze des dem Schuldner Zumutbaren überschritten wird (vgl. BGHZ 3, 261, 267), ist für die hier zu treffende Entscheidung nicht erforderlich. Die Schäden durch fortgesetzte hypothetische Aktienkäufe stehen im Rechtssinne mit dem schuldhaften Verhalten der Beklagten in dem erforderlichen ursächlichen Zusammenhang, ohne daß Bedenken wegen einer übermäßigen Ausdehnung der Ersatzpflicht auftreten. Hier bestand eine Verpflichtung zur Herausgabe eines erheblichen Postens bestimmter Aktien, also börsengängiger Wertpapiere, die vorübergehend der Ehefrau zu geschäftlicher Benutzung überlassen worden waren. Bei solchen Papieren ist stets damit zu rechnen, daß

der Berechtigte die Entwicklung an der Börse aufmerksam beobachtet und durch überlegte Maßnahmen den Wert der Anlage zu erhalten oder zu vermehren trachtet. Der Kläger hat also nicht, wie die Revision meint, durch hypothetisch während eines Jahrzehnts durchgeführte Spekulationen der Beklagten die Unberechenbarkeiten und Zufälligkeiten des Börsenhandels aufgedrängt. Bereits aus der Natur des Schuldverhältnisses ergab sich eine Verknüpfung mit den besonderen Bedingungen der Vermögensanlage in Wertpapieren. Die Aktien waren während der Ehe der Parteien zu bestimmtem Zweck an die Beklagte gelangt, von ihr als Sicherheit verwendet worden und nunmehr zurückzugeben. Es bestehen keine Bedenken, im Rahmen des vorliegenden Schuldverhältnisses auch die Kursgewinne durch Anschaffung weiterer Wertpapiere mittels der Erträge der ursprünglich geschuldeten Aktien als ersatzfähigen Schaden zu betrachten. Die Entwicklung des Schadens durch das Unterbleiben der vom Kläger in den Jahren ab 1954 ohne den Verzug der Beklagten sonst planmäßig getroffenen Maßnahmen erscheint angesichts der gesamten Umstände, wie sie nach § 287 ZPO zu würdigen waren, geradezu als der natürliche Verlauf und lag nicht außerhalb der von der Beklagten in Betracht zu ziehen- den Ausweitung des mit ihrem geschiedenen Ehemann bestehenden Schuldverhältnisses.

VI. Die Revision verweist aber mit Recht darauf, daß die von Amts wegen vorzunehmende Prüfung, ob ein Verschulden des Klägers bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt hat (§ 254 BGB), vom Berufungsgericht nicht erschöpfend vorgenommen worden ist. Der Gläubiger,

der mit einer ihm geschuldeten Leistung Aktien erwerben will, muß gegebenenfalls zur Verminderung des Schadens aus einem Verzug des Schuldners die Papiere mit eigenen Mitteln anschaffen. Das Risiko kann nicht ohne weiteres einseitig dem Schuldner aufgebürdet werden. Es bedurfte der Erörterung, ob das Vorbringen des Klägers über seine Vermögenslage ergab, er habe sich den zur Anschaffung des Minderbestandes an Wertpapieren nötigen Betrag während der Verzugszeit jedenfalls von anderer Seite beschaffen können. War er nach seinen Vermögensverhältnissen in der Lage, die beabsichtigten Wertpapierkäufe, aus denen sich später hohe Kursgewinne ergaben, mit beschafftem fremden Gelde auszuführen, so kann er grundsätzlich lediglich die hierdurch entstandenen Unkosten, insbesondere die Kreditzinsen, der Beklagten in Rechnung stellen (RG JW 1931, 3088 Nr. 11; vgl. Grasshof JW 1929, 2508 zu 3). Der Kläger hat angegeben, daß der Jahresumsatz seiner Praxis von ca. 107 000 DM im Jahre 1950 auf 879.617 DM im Jahre 1956 gestiegen sei. Aus den Erträgen der Praxis habe er im Jahre 1952 ein Haus in O [REDACTED] gekauft, dessen Preis die Beklagte mit 120 000 DM angegeben hat. Schon im Jahre 1951 habe er etwa 40 000 DM Bankkredit für die Umsiedlung nach D [REDACTED] aus den Einnahmen der Praxis zurückzahlen können. Ferner besaß der Kläger weitere Wertpapiere, die gegebenenfalls als Kreditunterlage dienen konnten. Ob dem Kläger zuzumuten war, diesen Weg der Abwendung eines übermäßigen Schadens zu beschreiten, muß nach den gesamten Umständen beurteilt werden. § 254 BGB ist eine besondere Ausprägung des

Grundsatzes von Treu und Glauben. Bei dieser Prüfung könnte daher z.B. auch in Betracht gezogen werden, ob jedenfalls die Abwendung des Schadens aus den späteren hypothetischen Aktienkäufen mit Hilfe der Dividenden und Verzugszinsen durch effektive Aktienkäufe aus eigenen oder beschafften Mitteln vom Kläger zu verlangen war. Die aus der langen Dauer der gerichtlichen Auseinandersetzung über die Folgen des Verzuges sich ergebenden Nachteile brauchen nicht einseitig der Beklagten zur Last gelegt zu werden, wenn der Kläger nach § 254 Abs. 2 BGB nicht tatenlos zusehen durfte, wie sich der Schaden aus den hypothetischen Geschäften schließlich vervielfachte.

VII. Das angefochtene Urteil kann hiernach nicht bestehen bleiben. Unter den angeführten Gesichtspunkten muß eine neue Berechnung des Schadens des Klägers vorgenommen werden. Dabei wird auch zu beachten sein, daß der Kläger aus dem hypothetischen Verlauf nicht die ganzen rechnerischen Vorteile gezogen haben konnte, weil ihn die Pflicht zur Zahlung von Vermögens-, Einkommens- und Kirchensteuer traf, die auf die herausgegebenen Aktien und ihre Erträge entfielen. Zu den schätzungs-begründenden Umständen nach § 287 ZPO, die ohne Hinweis der Beklagten zu berücksichtigen waren, gehören auch die Steuerzahlungen, die den Gewinn aus den vorenthaltenen Vermögensanlagen gemindert hätten. Soweit der Kläger Schaden wegen der Bezugsrechte geltend macht, wird zu den Ausführungen Stellung zu nehmen sein, die in dem von der Beklagten eingereichten Gutachten von Professor Dr. Lipfert vom 20. Januar 1964 S. 20 ff enthalten sind, nach denen möglicherweise dieser Schaden zum Teil nicht

schlüssig dargelegt ist. Gegenansprüche der Beklagten sind mit Recht vom Berufungsgericht nicht anerkannt worden. Ihre Depotgebühren muß die Beklagte tragen, weil die Verwendungen nach der Rechtshängigkeit gemacht sind und die Verwahrung dem Willen des Klägers nicht entsprach (§ 818 Abs. 4 BGB). Dafür mindern die Depotgebühren, die der Kläger aufgewendet hätte, seinen Schaden.

VIII. Das angefochtene Urteil war hiernach aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem auch die vom Ausgang der Sache abhängige Entscheidung über die Kosten der Revision zu übertragen war.

Dr. Fischer

Dr. Kuhn

Dr. Nörr

Liesecke

Dr. Schulze