

berichtigt durch Beschlufs
v. 29.6.1981

11

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 32/80

URTEIL

Verkündet am
11. Mai 1981

Spengler,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Hans M [REDACTED], B [REDACTED]gasse 23, Z [REDACTED],

[REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Bankhaus M [REDACTED] & Co. KG, gesetzlich vertreten
durch ihre persönlich haftenden Gesellschafter

Enno v. M [REDACTED], Ruthard v. F [REDACTED] und Walter K [REDACTED],
B [REDACTED] 36, H [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat
auf die mündliche Verhandlung vom 11. Mai 1981 durch
die Richter Fleck, Dr. Schulze, Dr. Kellermann,
Bundschuh und Brandes

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird - unter
ihrer Zurückweisung im übrigen - das Urteil
des 8. Zivilsenats des Hanseatischen Ober-
landesgerichts zu Hamburg vom 7. Januar 1980
im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als
die über den Betrag von 6.723 DM nebst 15 % Zinsen
vom 16. Oktober 1973 bis 20. Januar 1974 hinaus-
gehende Klage abgewiesen worden ist.

Im Umfange der Aufhebung wird die Sache zur
anderweiten Verhandlung und Entscheidung an
den 6. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurück-
verwiesen.

Der Kläger trägt 2/5 der Kosten des Revisions-
verfahrens; die Entscheidung über die übrigen
Kosten, auch der Revision, bleibt dem Berufungs-
gericht vorbehalten.

Von Rechts wegen

- 3 -

11

Tatbestand:

Der Kläger verlangt von der verklagten Bank Schadensersatz wegen schuldhaft unterlassener Ausführung von Effektingeschäften. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Kläger trat Anfang 1978 mit der Braunschweiger Zweigniederlassung der Beklagten in Geschäftsverbindung. Er war damals persönlich haftender Gesellschafter der Kommanditgesellschaft S■■■■-S■■■■ M■■■■ & Co., deren Geschäfte die Beklagte weitgehend finanzierte. Er ließ sich für private Zwecke im Jahre 1968 bei der Beklagten ein Effektd Depot einrichten und nahm dafür Effekten-Lombard-Kredit in Anspruch. Seine Wertpapierumsätze betrugen 1970 1,1 Mio. DM, 1971 und 1972 jeweils rund 5,9 Mio. DM. Nachdem der Kläger bis Anfang Januar 1971 Verluste in Höhe von rund 100.000 DM erlitten hatte, beantragte er bei der Beklagten einen weiteren Effektenkredit, der ihm teilweise bewilligt wurde. Im Verlaufe dieser Verhandlungen schlug der Kläger mit Schreiben vom 2. März 1971 vor, die Effekten bei 10 % Gewinn und 3,5 % Verlust zu verkaufen. Eine ähnliche Vereinbarung hatten die Parteien schon bei einer vorangegangenen Kreditabsprache getroffen. Mit Schreiben vom 12. März 1971 bewilligte die Beklagte weiteren Effektenkredit und teilte unter anderem mit:

"Auch für die mit diesem zusätzlichen Kredit erworbenen Effekten gilt, daß die Papiere nach einem Kursgewinn von 10 % bzw. einem Kursverlust von 3,5 % wieder veräußert werden."

Nachdem der Effektenkredit über den 30. September 1971 hinaus nicht verlängert worden war, hat die



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Beklagte das Depot des Klägers durch Zwangsverkäufe Ende Oktober/Anfang November 1971 aufgelöst, da es ihr wegen inzwischen eingetretener Kursrückgänge keine hinreichende Sicherheit mehr bot.

Der Kläger hat seinen Schadensersatzanspruch damit begründet, die Beklagte habe ihre vertragliche Verpflichtung, die Effekten bei einem Kursverlust von 3,5 % zu veräußern, nicht erfüllt. Dadurch sei ihm Schaden entstanden, den er jetzt noch in Höhe von 172.522,05 DM nebst Zinsen geltend macht.

Das Landgericht und das Berufungsgericht haben die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Im Urteil des Berufungsgerichts vom 31. Oktober 1977 wird dazu unter anderem ausgeführt, die im Schreiben der Beklagten vom 12. März 1971 festgehaltene Vereinbarung habe die Verpflichtung der Beklagten begründet, die Effekten des Klägers bei einem Kursverlust von 3,5 % ohne besondere Rückfrage wieder zu veräußern. Die Vereinbarung habe für alle Effekten gegolten, die ab 10. März 1971 im Depot des Klägers waren. Da die Beklagte ihrer Veräußerungsverpflichtung nicht nachgekommen sei und die Papiere zu noch tieferen Kursen hätten verkauft werden müssen, habe sie sich dem Kläger wegen positiver Vertragsverletzung schadensersatzpflichtig gemacht. Zwar treffe den Kläger ein Mitverschulden, das aber nicht zur völligen Versagung eines Schadensersatzanspruchs führe und deshalb der Prüfung im Betragsverfahren vorbehalten bleiben könne. Die Revision gegen dieses Urteil ist nicht angenommen worden.

Der Kläger verfolgt im Betragsverfahren seinen Schadensersatzanspruch weiter.

Die Beklagte vertritt hingegen die Ansicht, der Kläger habe den Schaden im wesentlichen selbst zu vertreten, da er bei Erreichen der Verlustmarge keine Verkaufsaufträge erteilt habe. Sie hat Widerklage erhoben mit dem Antrag, den Kläger zu verurteilen, 120.172,05 DM nebst 8 % Zinsen über dem jeweiligen Diskontsatz der Deutschen Bundesbank seit 21. Januar 1971 zu bezahlen. Dieser Betrag ist der Schuldsaldo des Effektenkreditkontos des Klägers per 17. Januar 1974. Die Beklagte hatte nämlich dem Kläger nach der Auflösung seines Depots im Jahre 1971 erneut erhebliche Effektenkredite bis zur Beendigung der Geschäftsbeziehungen eingeräumt.

Gegen diesen Anspruch hat der Kläger unter anderem mit Schadensersatzansprüchen, darunter auch dem Klagsanspruch, hilfsweise aufgerechnet.

Das Landgericht hat den mit der Klage geltend gemachten Schadensersatzanspruch lediglich in Höhe von 6.723 DM nebst 15 % Zinsen vom 16. Oktober 1973 bis 20. Januar 1974 im Betrage von 265,24 DM für begründet gehalten. Mit Rücksicht auf die vom Kläger erklärte Hilfsaufrechnung hat es diesen Betrag von der Widerklageforderung abgezogen; infolgedessen hat es die Klage abgewiesen und den Kläger auf die Widerklage verurteilt, 113.188,81 DM nebst 8 % Zinsen über dem Diskontsatz der Deutschen Bundesbank ab 21. Januar 1974 an die Beklagte zu bezahlen. Die Berufung des Klägers blieb erfolglos. Mit der Revision verfolgt er seine Klagforderung in Höhe von 172.522,05 DM nebst Zinsen und die Abweisung der Widerklage weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat hinsichtlich der Klage im wesentlichen Erfolg; soweit sie sich gegen die Widerklage richtet, bleibt sie erfolglos.

I. Die von der Revision erhobene Verfahrensrüge greift nicht durch, das angefochtene Urteil unterliege gemäß § 551 Nr. 2 und 3 ZPO, Art. 101 GG der Aufhebung. Der Kläger hat im Berufungsverfahren den Vorsitzenden des Berufungsgerichts abgelehnt, weil dieser als Berichterstatter am Verfahren über den Grund des Anspruchs beteiligt war und schon damals die Auffassung vertreten hat, den Kläger treffe ein mitwirkendes Verschulden an der Entstehung des Schadens. Das Ablehnungsgesuch hat das Berufungsgericht durch Beschluß vom 2. Juli 1979, an dem der abgelehnte Richter nicht mitgewirkt hat, zurückgewiesen, weil weder ein Ausschließungsgrund gemäß § 41 Nr. 6 ZPO noch ein Grund zur Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit gemäß § 42 Abs. 2 ZPO vorliege. Dieser Beschluß ist in der Revisionsinstanz nicht nachprüfbar (§§ 548, 567 Abs. 3 ZPO). Da das Ablehnungsgesuch erfolglos war, liegen auch die Voraussetzungen des § 551 Nr. 2 und 3 ZPO nicht vor. Für eine Versagung des rechtlichen Gehörs des Klägers in der Berufungsinstanz fehlt jeder Anhaltspunkt.

II. Die völlige Abweisung der Klage durch die Vorinstanzen hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Durch das rechtskräftige Grundurteil steht - vorbehaltlich der Entscheidung über ein etwaiges Mitverschulden des Klägers - für das Betragsverfahren bindend

fest, daß dem Kläger ein Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte zusteht, weil und soweit diese die vertragliche Verpflichtung nicht erfüllt hat, ab 10. März 1971 alle Wertpapiere aus dem Depot des Klägers ohne besonderen Auftrag zu veräußern, deren Kurs 3,5 % unter den Einstandskurs fällt. Wegen der Bindungswirkung des Grundurteils kann sich die Beklagte im jetzigen Verfahrensstadium nicht mehr auf den Haftungsausschluß gemäß Nr. 16 sowie die Genehmigungsfiktion in Nr. 32 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Privatbanken in der Fassung vom 1. Januar 1969 berufen.

2. Die Vorinstanzen sind von dieser Rechtslage ausgegangen, haben aber den Kläger gemäß § 254 BGB für verpflichtet gehalten, einen wesentlichen Teil des Schadens selbst zu tragen.

Zwischen den Parteien ist unstreitig, daß die Beklagte, abgesehen von dem Zwangsverkauf Ende Oktober/Anfang November 1971, in keinem Falle von sich aus ihrer Verkaufsverpflichtung nachgekommen ist. Nach den unwidersprochen gebliebenen Feststellungen des Landgerichts, die das Berufungsgericht übernommen hat, sind in der Zeit bis zur Auflösung des Depots die Voraussetzungen für die Veräußerungsverpflichtung der Beklagten bei insgesamt 37 Positionen des Effektendepots des Klägers eingetreten. Der Kläger errechnet seinen Schaden aus der Differenz zwischen dem um 3,5 % verringerten Einkaufskurs und dem darunterliegenden tatsächlichen Verkaufskurs in diesen 37 Fällen. Er ist der Ansicht, daß er den durch den Kursverlust bis 3,5 % unter dem Einstandskurs eingetretenen Schaden selbst zu tragen habe, während die Beklagte für alle weitergehenden Schäden

einstehen müsse. Dem sind die Vorinstanzen nicht gefolgt. Das Landgericht hat angenommen, daß der Kläger das Sinken der Kurse seiner Wertpapiere unter die 3,5 %-Grenze jeweils am Tage danach oder - wenn er auf Geschäftsreisen war - am Tage nach seiner Rückkehr der Zeitung entnommen habe. Der Kläger hätte, so führt das Landgericht aus, ab diesem Zeitpunkt weitere Kursverluste vermeiden können, wenn er der Beklagten sofort den Auftrag zum Verkauf der Papiere erteilt hätte, wozu er gemäß § 254 BGB verpflichtet gewesen sei. Er könne deshalb nur den Schaden ersetzt verlangen, der dadurch entstanden sei, daß er in der Regel erst einen Tag nach der Beklagten vom Eintritt der Verkaufsvoraussetzungen Kenntnis erlangt habe. Das Berufungsgericht hat sich dem angeschlossen mit der Begründung, die Annahme von der alsbaldigen Kenntnis des Klägers vom Eintritt der Verkaufsvoraussetzungen beruhe auf dessen eigenen Angaben und dem Erfahrungssatz, daß jemand, der an der Börse spekuliere, das laufende Börsengeschehen mit großem Interesse verfolge, soweit es die Papiere seines Depots betreffe. Dies greift die Revision mit Erfolg an.

Die Vorinstanzen haben die Anforderungen überspannt, welche nach § 254 BGB an den Kläger zu stellen sind. Würde man ihrer Ansicht folgen, wäre der Kläger verpflichtet gewesen, täglich bzw. jeweils am Tage nach der Rückkehr von einer Reise sämtliche in seinem Depot befindlichen Wertpapiere daraufhin zu überprüfen, ob der Kurs auf 3,5 % unter dem Einstandspreis gefallen war. Dies aber widerspricht Sinn und Zweck der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung. Mit der Verpflichtung, die Effekten des Klägers bei einem Kursrückgang um 3,5 % ohne besondere Aufforderung zu verkaufen, hat die Beklagte die Aufgabe übernommen, das Depot des Klägers zu überwachen,

damit keine größeren Verluste als 3,5 % des Einkaufskurses eintreten. Zweck der Vereinbarung war es, den Kläger von dieser Überwachungsaufgabe zu entbinden. Der Kläger hatte nach Abschluß dieser Vereinbarung keine Veranlassung mehr, das Börsengeschehen speziell unter dem Gesichtspunkt zu verfolgen, ob die Kurse der Effekten seines Depots unter die 3,5 %-Grenze sinken. Dies hat das Berufungsgericht bei der Anwendung des angeblichen Erfahrungssatzes außer Betracht gelassen, daß jemand, der an der Börse spekuliere, das laufende Börsengeschehen mit großem Interesse verfolge, soweit es die Papiere seines Depots betreffe. Wenn jemand, wie der Kläger, eine Bank mit der Überwachung seines Depots in einer ganz bestimmten Richtung beauftragt hat, so kann nach der Lebenserfahrung nicht davon ausgegangen werden, daß er das Börsengeschehen auch in dieser Hinsicht künftig so aufmerksam verfolgt, wie wenn er sein Depot weiterhin selbst überwachen würde. Damit wird die Annahme des Berufungsgerichts hinfällig, der Kläger habe jeweils am Tage nach dem Kursrückgang auf 3,5 % bzw. am Tage nach der Rückkehr von einer Reise von dieser Tatsache Kenntnis erlangt. Das Berufungsgericht hat diese Feststellung auf die Angabe des Klägers, er habe selbstverständlich die Kursentwicklung in den Zeitungen verfolgt, und auf den erwähnten Erfahrungssatz gestützt. Da wegen der besonderen Verhältnisse des vorliegenden Falles dieser Erfahrungssatz hier nicht gilt und aus der Tatsache, daß der Kläger die Kursentwicklung in der Zeitung verfolgt hat, bei Berücksichtigung der mit der Beklagten vereinbarten Überwachungspflicht nicht geschlossen werden kann, er habe trotzdem speziell auf die Erreichung der 3,5 %-Grenze geachtet, ist diese Feststellung rechtsfehlerhaft. Weil die weiteren Erwägungen des Berufungsgerichts und des Landgerichts auf ihr beruhen, kann das Berufungsurteil nicht aufrechterhalten werden.

Dies bedeutet aber nicht, daß es ausgeschlossen wäre, dem Kläger ein Mitverschulden anzulasten. Dafür, daß die Beklagte vertraglich auf den Mitverschuldens- einwand verzichtet hätte, gibt es - entgegen der Ansicht der Revision - keine Anhaltspunkte. § 254 BGB ist eine besondere Ausprägung des allgemeinen Grundsatzes von Treu und Glauben. Unter diesem Gesichtspunkt war der Kläger gehalten, als nach geraumer Zeit trotz fallender Kurse keine Verkaufsnachrichten eingingen, den zuständigen Sachbearbeiter der Beklagten, den Zeugen G [REDACTED], auf die Einhaltung der vertraglichen Verpflichtung hinzuweisen. Wenn der Beklagte dies - entgegen seinem Sachvortrag in den Vorinstanzen - unterlassen haben sollte, könnte sich sein Schadensersatzanspruch mindern, aber keinesfalls in dem erheblichen Umfange, wie es die Vorinstanzen angenommen haben. Denn auch in diesem Falle würde der Schaden zu einem erheblichen Teil auf dem pflichtwidrigen Verhalten der Beklagten beruhen.

Da es hierzu an tatsächlichen Feststellungen fehlt, muß die Sache hinsichtlich des Klaganspruchs, soweit er nicht bereits für begründet erachtet und lediglich wegen der Aufrechnung mit der Widerklageforderung abgewiesen worden ist, an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Dabei hat der Senat von der Möglichkeit des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht.

Bei der neuen Verhandlung und Entscheidung wird das Berufungsgericht zu berücksichtigen haben, daß der Kläger in den Vorinstanzen behauptet hat, er habe die Beklagte mehrmals an die Einhaltung ihrer vertraglichen Verpflichtungen erinnert. Da die Beklagte das Mitverschulden des Klägers beweisen muß, wird das Berufungsgericht zu prüfen

haben, ob diese Behauptung des Klägers, die bereits Gegenstand der Beweisaufnahme war, widerlegt worden ist.

3. Die Verurteilung des Klägers zur Zahlung der um den zuerkannten Teil der Klagforderung gekürzten Widerklageforderung greift die Revision lediglich deshalb an, weil das Berufungsgericht der vom Kläger erklärten Aufrechnung mit einer Schadensersatzforderung in Höhe von 153.303,89 DM nicht stattgegeben hat, die der Kläger darauf stützt, daß die Beklagte 1972 entgegen vertraglicher Vereinbarung Effekten aus seinem Wertpapierdepot vor Erreichen von Kursgewinnen von mindestens 10 % veräußert habe. Diese Rüge ist unbegründet. Die Revision übersieht dabei, daß die Aufrechnung mit dieser Forderung aufgrund der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten ausgeschlossen ist. Nach der fehlerfreien Feststellung des Berufungsgerichts ist die Geltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten mit dem Kläger wirksam vereinbart worden. Gemäß Nr. 2 Abs. 1 AGB in der zwischen den Parteien maßgebenden Fassung kann der Kunde Forderungen gegen die Bank nur insoweit aufrechnen, als die Bank die Forderung anerkennt. Diese Voraussetzung lag nicht vor. Da die Aufrechnungsforderung nach zutreffender Ansicht der Vorinstanzen noch nicht hinreichend substantiiert ist, verstößt die Berufung der Beklagten auf den Aufrechnungsausschluß nicht gegen Treu und Glauben.

Entgegen der Ansicht der Vorinstanzen ist auch die Aufrechnung der Klagforderung gegen die Widerklageforderung - soweit diese nicht schon mit bindender Wirkung für die Revisionsinstanz in Höhe des zuerkannten Betrages zugelassen worden ist - aufgrund der Nr. 2 Abs. 1 AGB

der Banken ausgeschlossen. Auch in diesem Falle ist die Berufung der Beklagten auf den Aufrechnungsausschluß nicht rechtsmißbräuchlich, weil das den Klagegrund bildende Geschäftsbesorgungsverhältnis hinsichtlich des Effektenverkaufs abgeschlossen war, als die Parteien den neuen Kreditvertrag, dem die Widerklagforderung entspringt, eingingen, und deshalb die beiden Rechtsverhältnisse nicht unmittelbar zusammenhängen. Dies müßte möglicherweise anders beurteilt werden, wenn der Kläger die Beklagte Ende 1971 nach der Auflösung seines Effektendepots und vor Aufnahme des neuen Effektenkredits wegen seiner Schadensersatzforderung, die er mit der Klage geltend macht, in Verzug gesetzt hätte, was indessen nicht der Fall war. Die Entscheidung über die Widerklagforderung hängt daher nicht von der Entscheidung über den Klageanspruch ab. Insoweit hat also die Revision keinen Erfolg.

Fleck

Dr. Schulze

Dr. Kellermann

Bundschuh

Brandes

10

Schreibfehlerberichtigung

BGH, Urteil vom 11. Mai 1981 - II ZR 32/80 -

Auf Seite 3 Abs. 2 Zeile 1 muß es anstatt
"Anfang 1978" richtig heißen:

"Anfang 1968"

Bundesgerichtshof

- Geschäftsstelle -