

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 43/70

URTEIL

Verkündet am

27. September 1971
Werner,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Kauffrau Anna-Luise D[REDACTED]-B[REDACTED], M[REDACTED],
Da[REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

Frau Frieda Br[REDACTED], M[REDACTED] [REDACTED], G[REDACTED]platz [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Juli 1971 unter Mitwirkung der Bundesrichter Fleck, Liesecke, Dr. Schulze, Stimpel und Dr. Kellermann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 18. November 1969 aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte und ihre beiden Schwestern sind die Töchter der Klägerin. Der Streit der Parteien betrifft Wertpapiere, die zunächst den Großeltern mütterlicherseits der Beklagten gehört hatten.

Durch Ehe- und Erbvertrag vom 4. Januar 1922 hatten die Großeltern zu alleinigen Erben ihre drei Enkelkinder eingesetzt und in § 6 bestimmt:

- "(1) Alles Vermögen, das ein Enkel von uns erbt, unterstellen wir der Verwaltung seiner Eltern insolange, bis er das 25. Lebensjahr vollendet hat. Die Eltern brauchen über ihre Verwaltung keine Rechenschaft abzulegen, sondern sollen über die Einkünfte frei verfügen können.

- 3 -

(2) Wir haben zu beiden Eltern das Zutrauen, daß sie die Verwaltung im wohlverstandenen Interesse ihrer Kinder führen."

Durch gemeinschaftliches Testament vom 13. Februar 1925 änderten die Großeltern den § 6 dahin ab, "daß den Eltern die Verwaltung und Nutznießung an dem Großeltern-gut unserer Enkel nicht bloß bis zu deren 25. Lebens-jahr zusteht, sondern lebenslänglich".

Der Großvater ist am 31. Januar 1928, die Groß-mutter am 31. Juli 1932 gestorben. Der von den Groß-eltern in erster Linie eingesetzte Testamentsvoll-strecker hat mit Schreiben vom 15. Dezember 1932 an das Nachlaßgericht sein Amt gekündigt. Hierauf haben die für den Fall seines Wegfalls eingesetzten Eltern das Amt des Testamentsvollstreckers angenommen.

Zum Nachlaß der Großeltern gehörten auch Wert-papiere. Sie wurden nach dem zweiten Weltkrieg von Le■■■■, wo die Eltern lebten, nach St■■■■ gebracht und dort im allseitigen Einverständnis von der Schwester Jutta der Beklagten auf einem Bankdepot verwahrt und verwaltet. Am 12. November 1958 erhielt die Beklagte von ihrer Schwester, wiederum im allseitigen Einver-ständnis, den auf sie entfallenden Anteil an den Wert-papieren ausgehändigt. Dabei unterzeichnete sie eine Erklärung, deren Ziff. 4 wie folgt lautet:

"Ich erkläre, daß die Verwaltung und Nutz-nießung an dem mir heute übergebenen Anteil am Wertpapierbesitz der Geschwister ... meiner Mutter ... zusteht. Somit habe ich bis zum Tode meiner Mutter die treuhänderische Verwaltung der Wertpapiere."



In dem Rechtsstreit 5 O 951/63 des Landgerichts München I verlangte die Klägerin, die inzwischen in die Bundesrepublik gekommen war, von der Beklagten die von 1958 bis 1961 angefallenen Wertpapiererträge abzüglich bereits geleisteter Zahlungen. In diesem Rechtsstreit schlossen die Parteien am 30. September 1964 einen Vergleich, in dem sich die Beklagte zur Zahlung eines Geldbetrages sowie dazu verpflichtete, die Wertpapiere innerhalb eines Jahres an die Klägerin herauszugeben, wobei die Parteien darüber einig waren, daß die Beklagte weiterhin Eigentümerin der Wertpapiere bleiben sollte.

Bei Vergleichsabschluß hatte die Beklagte geglaubt, innerhalb eines Jahres den Bankkredit, zu dessen Sicherung die Wertpapiere seit 1960 gedient hatten, so weit zurückführen zu können, daß ihre Bank die Wertpapiere freigeben werde. Das gelang ihr aber nicht. Ihre Vermögensverhältnisse verschlechterten sich vielmehr so sehr, daß die Bank ihre Darlehensforderung als gefährdet ansah und schließlich im Dezember 1965 die Wertpapiere veräußerte. Das beruhte insbesondere darauf, daß ein Neffe der Beklagten gegen sie am 21. Mai 1965 wegen einer Kaufpreisforderung von 940.000 DM den Erlaß eines Vollstreckungsbefehls erwirkte und auf Grund dieses Titels nahezu das gesamte Vermögen der Beklagten beschlagnahmen ließ.

Die Klägerin verlangt von der Beklagten Schadensersatz. Sie hat, gestützt auf den Prozeßvergleich, auf die Erklärung der Beklagten vom 12. November 1958 und auf die letztwilligen Verfügungen der Großeltern, unter

anderem beantragt, die Beklagte zu verurteilen, anstelle der von der Bank veräußerten Wertpapiere gleichartige, im einzelnen bezeichnete Papiere anzuschaffen und ihr - der Klägerin - den unmittelbaren Besitz daran zu übertragen, hilfsweise, an sie einen vom Gericht festzusetzenden Geldbetrag zu zahlen.

Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt. Sie erkennt als Rechtsgrundlage für den Klaganspruch nicht ihre Erklärung vom 12. November 1958, sondern nur den Prozeßvergleich an und macht geltend, die Klägerin habe, anders als bei Vergleichsabschluß übereinstimmend angenommen, kein Nutznießungsrecht an den Wertpapieren gehabt und habe ein solches Recht wegen Verzichts auch nicht mehr beanspruchen können. Außerdem habe sie - die Beklagte - die Veräußerung der Wertpapiere, die allein auf die ungerechtfertigten Vollstreckungsmaßnahmen ihres Neffen zurückzuführen sei, nicht zu vertreten. Keinesfalls könne die Klägerin die Wiederbeschaffung gleichartiger Papiere beanspruchen. Denn der hierfür erforderliche Aufwand wäre unverhältnismäßig höher als die Erträge, die die 78 Jahre alte Klägerin künftig aus der Verwaltung und Nutznießung der Wertpapiere noch ziehen könnte. Deshalb könne die Klägerin allenfalls Ersatz dieser Erträge verlangen.

Das Landgericht hat der Klage auf Anschaffung gleichartiger Wertpapiere und Übertragung des unmittelbaren Besitzes daran stattgegeben.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, verfolgt die Beklagte ihren Klagabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht geht von dem Prozeßvergleich aus. Es befaßt sich deshalb zunächst mit dem Einwand der Beklagten, der Vergleich sei nach § 779 BGB unwirksam, weil die Annahme der Parteien, der Klägerin stehe der Nießbrauch an den Wertpapieren zu, der Wirklichkeit nicht entsprochen habe. Diesen Einwand hält es für unbegründet.

a) Es legt den Ehe- und Erbvertrag der Großeltern vom 4. Januar 1922 in Verbindung mit ihrem gemeinschaftlichen Testament vom 13. Februar 1925 dahin aus, daß die Großeltern ihre drei Enkelkinder zu Erben eingesetzt und der Klägerin und ihrem Mann den lebenslänglichen Nießbrauch an dem Nachlaß und damit auch an den Wertpapieren vermacht hätten.

Diese Auslegung ist frei von Rechtsirrtum und wird von der Revision nicht angegriffen.

b) Das Berufungsgericht stellt fest, dieses Vermächtnis sei vor Vergleichsabschluß auch erfüllt, der Nießbrauch an den Wertpapieren also tatsächlich bestellt worden, wobei die Beklagte und ihre Schwestern durch ihren Vater gesetzlich vertreten worden seien. Das folgert es aus Hilfstatsachen, die teils unstreitig und damit

Bestandteil des Klagevorbringens waren, teils in rechtsfehlerfreier Würdigung dem ebenfalls vorgetragenen Beweisergebnis entnommen sind. Die Revision kann deshalb nicht mit Erfolg geltend machen, die Klägerin habe selbst nicht mehr im einzelnen darzulegen vermocht, wie es zu der Nießbrauchsbestellung gekommen sei.

Die Ausführungen der Revision zur Frage der Beweislast erweisen sich damit als gegenstandslos.

c) Jedenfalls nach dem Tode der Großmutter konnte der Vater als gesetzlicher Vertreter der Beklagten und ihrer beiden Schwestern die Einigung über die Bestellung des Nießbrauchs nicht nur mit der Klägerin, sondern auch mit sich selbst herbeiführen; denn er handelte dabei nur in Erfüllung einer aus den letztwilligen Verfügungen der Großeltern sich ergebenden Verbindlichkeit seiner Kinder (§ 181 BGB).

Daß diese Verbindlichkeit durch einen "Verzicht" der Eltern auf das ihnen zugewandte Nießbrauchsrecht bereits erloschen gewesen sei, ist nach den rechtlich fehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts schon in tatsächlicher Hinsicht nicht ausreichend belegt. Auf die rechtliche Bewertung eines solchen Verzichts, die Frage seiner Wirksamkeit und die damit zusammenhängenden Rechtsausführungen der Revision kommt es daher nicht an.

d) Die Einigung über die Nießbrauchsbestellung konnte formlos erklärt, brauchte also nicht gemäß § 1069 Abs. 1 und § 2033 Abs. 1 Satz 2 BGB öffentlich beurkundet zu werden. Die Zugehörigkeit der Wertpapiere zu einem noch ungeteilten

Nachlaß bedeutete nur, daß die drei Miterben den Nießbrauch an den Wertpapieren gemeinschaftlich bestellen mußten, nicht dagegen, daß jeder von ihnen seinen Miterbenanteil mit einem Nießbrauch hätte belasten müssen. Gegenstand des Nießbrauchs war nicht ein Erbteil, sondern der Nachlaß insgesamt (§§ 1089, 1085 BGB).

2. Das Berufungsgericht verneint, daß die Beklagte von ihrer Herausgabepflicht gemäß § 275 Abs. 1 BGB freige worden sei. Das ist im Ergebnis nicht zu beanstanden.

Als die Beklagte sich in dem Vergleich verpflichtete, die Wertpapiere innerhalb eines Jahres an die Klägerin herauszugeben, war ihr Eigentum an den Wertpapieren durch deren frühere Verpfändung bereits gefährdet. Das hätte die Beklagte bei gehöriger Überlegung erkennen müssen. Deshalb hat sie den Verkauf der Wertpapiere durch ihre Bank und ihr darauf beruhendes Unvermögen der Herausgabe ohne Rücksicht darauf zu vertreten, ob sie den Verkauf unmittelbar verschuldet oder ob sie bereits durch die Verpfändung der Wertpapiere vertragliche Pflichten verletzt hatte (vgl. BGH MDR 1960, 304 und 1970, 756).

3. Danach ist das Berufungsgericht zutreffend davon ausgegangen, daß die Beklagte der Klägerin Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 BGB schuldet.

Rechtliche Bedenken bestehen aber gegen die weitere Annahme des Berufungsgerichts, daß die Beklagte den der Klägerin entstandenen Schaden in Natur zu ersetzen und ihr demgemäß den unmittelbaren Besitz an gleichartigen Wertpapieren einzuräumen habe.

a) Allerdings ist dem Berufungsgericht darin zuzustimmen, daß Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 BGB zwar im allgemeinen in Geld zu leisten ist (RGZ 107, 15, 17/18), daß aber etwas anderes gilt, wenn, wie hier, die Herausgabe von Wertpapieren geschuldet war und dem Anspruch des Gläubigers, so gestellt zu werden, wie er bei ordnungsmäßiger Erfüllung gestanden hätte, durch Beschaffung und Leistung gleichartiger Papiere besser als durch eine Geldzahlung genügt werden kann (vgl. RGZ 93, 281, 284/5; 106, 86, 88).

b) Es bleibt aber der Einwand der Beklagten gemäß § 251 Abs. 2 BGB (vgl. dazu BGB-RGRK, 11. Aufl. § 251 Anm. 19 und 21), sie dürfe die Klägerin in Geld entschädigen, weil die Herstellung in Natur nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich sei. Die Berechtigung dieses Einwands hängt davon ab, ob das Opfer, das der Beklagten mit der Wiederbeschaffung gleichartiger Wertpapiere zugemutet würde, das zu ersetzende Interesse der Klägerin an Besitz und Nutzung der Papiere unangemessen übersteigt (Soergel/Reimer/Schmidt, BGB, 10. Aufl. Anm. 80 zu §§ 249 bis 253 m.w.N.).

Die Revision hält diese Voraussetzung schon deshalb für gegeben, weil der Schaden der Klägerin nur in dem Verlust der ihr auf Lebenszeit zustehenden Nutzungen aus den Wertpapieren liege und der Preis für die Neubeschaffung von Wertpapieren um ein Vielfaches höher sei als der Gesamtbetrag dieser Nutzungen. Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, daß die Klägerin nach dem Prozeßvergleich nicht nur die Nutzungen, sondern auch den unmittelbaren Besitz an den Wertpapieren beanspruchen konnte und dieser

11

ihr eine ungleich größere Sicherheit für die ordnungsmäßige Verwaltung und Nutznießung auf Lebenszeit geboten hätte, als ihr, zumal angesichts der augenblicklichen wirtschaftlichen Verhältnisse der Beklagten, etwa ein Anspruch auf laufende Geldzahlungen in Höhe der jeweiligen Wertpapiererträge allein zu geben vermöchte.

Andererseits reichen die bisherigen Erwägungen des Berufungsgerichts nicht aus, die Ersetzungsbefugnis der Beklagten gemäß § 251 Abs. 2 BGB zu verneinen. Das Berufungsgericht meint, der Beklagten die Wiederbeschaffung gleichartiger Wertpapiere zur Befriedigung des Ersatzanspruchs der Klägerin deshalb zumuten zu können, weil die Beklagte auf diese Weise eigenes Vermögen erwürbe, das für sie arbeiten und die der Klägerin zustehenden Nutzungen abwerfen würde und über das sie nach dem Tode der Klägerin frei verfügen könnte; demgegenüber wären laufende Zahlungen, die sie der Klägerin als Ersatz für die entgangenen Nutzungen leisten müßte, für sie verloren. Damit verkennt das Berufungsgericht, daß sich die Beklagte nach ihren derzeitigen Verhältnissen die Mittel zum Ankauf der Wertpapiere allenfalls mit Hilfe von Krediten verschaffen könnte, für die sie, zumal wenn sie die Wertpapiere nicht mehr zur Kreditsicherung verwenden dürfte, laufend erhebliche Zinsen zahlen müßte. Es berücksichtigt auch nicht, daß eine Geschäftsfrau, die, wie die Beklagte, vor einigen Jahren den Offenbarungseid geleistet und danach ein Kinderbekleidungsgeschäft eröffnet hat, nach der Lebenserfahrung alle verfügbaren Geldmittel oder Kredite im Zweifel vorerst zum Wiederaufbau ihrer Existenz benötigt und das Opfer, das in solcher Lage der Zwang zur Anschaffung fremder Nutzung

unterliegender Wertpapiere für sie bedeuten würde, schwerlich durch die Aussicht aufgewogen werden könnte, in Zukunft einmal in den ungeschmälerten Genuß dieses Vermögens zu gelangen.

Es kommt daher darauf an, ob sich bei Abwägung der beiderseitigen Interessen eine die Beklagte weniger stark belastende, andererseits aber auch für die Klägerin zumutbare Lösung finden läßt. Dabei müßte die Klägerin, ohne in den Besitz von Wertpapieren zu gelangen, gleichwohl für den ihr vorenthaltenen Nießbrauch wirtschaftlich voll entschädigt werden. Die Ersatzleistung der Beklagten müßte ihr also auf Lebensdauer diejenigen Einkünfte sichern, die sie selbst bei ordnungsmäßiger Verwaltung aus den Wertpapieren hätte erzielen können.

Ob unter den vorliegenden Umständen eine solche Lösung möglich und im Interesse beider Teile vertretbar ist, läßt sich nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht abschließend beurteilen. Zu denken wäre etwa an einen von der Beklagten bereitzustellenden Kapitalbetrag, der, günstig angelegt, die Klägerin in die Lage versetzt, unabhängig von den wirtschaftlichen Verhältnissen und dem guten Willen der Beklagten auf Lebenszeit fortlaufend über Bezüge in Höhe der ihr entgangenen Erträge aus den Wertpapieren zu verfügen. Dieses Kapital brauchte nach dem Sinn und Zweck des § 251 Abs. 2 BGB nicht so hoch zu sein, daß allein schon die Zinsen zur Befriedigung der Klägerin ausreichen; denn das liefe wirtschaftlich auf das gleiche hinaus wie eine Verurteilung der Beklagten zur Naturalherstellung. Dem Interesse der Klägerin an einem lebenslangen gesicherten Bezug in Höhe der Nutzungen, die

ihr bei Einhaltung des Vergleichs zugeflossen wären, könnte vielmehr Genüge getan sein, wenn Zinsen und laufende Kapitalentnahmen zusammen aller Voraussicht nach den Betrag dieser Nutzungen für die mutmaßliche Lebensdauer der Klägerin decken, so daß sie nicht in der Sorge zu leben braucht, das Kapital könne schon vorher aufgezehrt sein.

Dazu wird es entgegen der Ansicht der Revision freilich nicht ausreichen, die Klägerin einfach mit einem nach bewertungsrechtlichen oder versicherungsmathematischen Gesichtspunkten bemessenen Kapitalbetrag abzufinden. Denn die im Steuerrecht oder in der Versicherungswirtschaft angewandten Sätze, die auf statistischen Berechnungen über die durchschnittliche Lebenserwartung beruhen, sind für andere Verhältnisse und Zwecke bestimmt, als sie bei der hier erforderlichen Schadens- und Interessenabwägung nach § 251 Abs. 2 BGB in Betracht kommen. Sie sind nicht auf die konkreten Umstände des Falles zugeschnitten und bieten keine hinreichende Gewähr, daß die unstreitig noch rüstige Klägerin tatsächlich bis an ihr Lebensende in den Genuß der ihr zustehenden vollen Entschädigung für die Erträge kommt, die ihr bei Erfüllung des Vergleichs zugeflossen wären.

Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt demnach davon ab, wie lange die Klägerin in Zukunft bei einer den Umständen entsprechend günstigen Beurteilung ihrer Lebenserwartung voraussichtlich aus den ihr vertragswidrig vorenthaltenen Wertpapieren Nutzungen hätte ziehen können und wie hoch diese Nutzungen bei ordnungsmäßiger Verwaltung gewesen wären. Beide Fragen werden aus der Sicht

im Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung gemäß § 287 ZPO noch zu prüfen sein. Sollte sich hierbei ergeben, daß der Betrag, den die Beklagte zur Sicherung eines lebenslänglichen Bezugs der Klägerin in Höhe der ihr entgangenen Wertpapiererträge aufbringen müßte, nicht wesentlich geringer wäre als der Preis für neu anzuschaffende Wertpapiere, so könnte von einem unverhältnismäßigen Aufwand im Sinne des § 251 Abs. 2 BGB nicht mehr gesprochen werden; es müßte dann bei der Verurteilung der Beklagten zur Naturalherstellung verbleiben. Anderenfalls wäre, entsprechend dem Hilfsantrag der Klägerin, auf eine nach § 287 ZPO zu schätzende Geldentschädigung zu erkennen.

4. Da es hiernach weiterer tatrichterlicher Feststellungen bedarf, ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Damit wird auch noch Gelegenheit sein, das Bedenken der Revision zu erörtern, an der Einräumung des Besitzes ohne gleichzeitige Nießbrauchsbestellung, wie nach dem bisherigen Hauptantrag der Klägerin, habe diese kein schutzwürdiges Interesse.

Fleck

Stimpel

Liesecke

Dr. Kellermann

Dr. Schulze