

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 49/74

URTEIL

Verkündet am

15. Dezember 1975

Fieser,
Justizangestellter

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Versicherungskaufmanns Anton B e [REDACTED] ,
Mö [REDACTED] , Am B [REDACTED] ,

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die D [REDACTED] Bank AG, Filiale Mö [REDACTED] , vertreten
durch die Vorstandsmitglieder Franz Heinrich U [REDACTED] ,
Horst Bu [REDACTED] und F. Wilhelm Ch [REDACTED] , Mö [REDACTED] ,
Bi [REDACTED] platz [REDACTED] - [REDACTED] ,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Professor Dr. [REDACTED] -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 15. Dezember 1975
durch den Vorsitzenden Richter Stimpel und die Richter
Fleck, Dr. Bauer, Bundschuh und Dr. Skibbe

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird unter
Zurückweisung des weitergehenden Rechts-
mittels das Urteil des 17. Zivilsenats des
Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 23. Januar
1974 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben,
als durch die Zurückweisung der Berufung des
Klägers gegen das Schlußurteil der 2. Zivil-
kammer des Landgerichts Mönchengladbach vom
29. März 1973 die Zahlungsklage und die Klage
auf Herausgabe von Bundesschatzbriefen und
C~~B~~-O~~B~~-Anteilen abgewiesen und der Widerklage
stattgegeben worden ist.

Unter Abänderung des Schlußurteils des Land-
gerichts wird die Widerklage abgewiesen. Im
weiteren Umfange der Aufhebung wird die Sache
zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung
an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Der Kläger und die Beklagte tragen je 1/42
der Kosten des Revisionsverfahrens; im Übrigen
wird die Kostenentscheidung dem Berufungs-
gericht übertragen.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Der Kläger, ein selbständiger Versicherungskaufmann, war langjähriger Kunde der beklagten Bank. Er unterhielt bei der Zweigstelle Mö[REDACTED] der Beklagten mehrere Konten. Über das im August 1971 errichtete Kontokorrentkonto Nr. [REDACTED]/[REDACTED]/[REDACTED] wickelte er Wertpapiergeschäfte ab. Unter Inanspruchnahme eines von der Beklagten gewährten Kontokorrentkredits kaufte der Kläger bis März 1972 Aktien im Werte von über 3 Mio. DM. Einen Teil der Wertpapiere ließ er an der Börse wieder veräußern, den anderen Teil gab er ins Wertpapierdepot bei der Beklagten. Verkäuferin der Aktien war nach dem Vortrag des Klägers dessen damalige Angestellte Frau Kl[REDACTED]; nach der Behauptung der Beklagten hat indessen Frau Kl[REDACTED] alle Wertpapiergeschäfte im Auftrag und für Rechnung des Klägers bei der Commerzbank getätigt.

Im Januar 1972 vereinbarten die Parteien für den Kontokorrentkredit eine Kreditlinie von 150.000 DM. Als der Kläger Ende dieses Monats Aktien zum Preise von 164.500 DM erwerben konnte, stimmte der Leiter der Effektenabteilung bei der Filiale der Beklagten P[REDACTED], dem die Geschäfte des Klägers bekannt waren, trotz eines Schuldsaldos von 41.494,32 DM der Finanzierung des Aktienkaufs ausschließlich über das Kontokorrentkonto zu. Der Kläger zog dementsprechend zwei Schecks über 70.000 und 90.000 DM auf dieses Konto und hob 4.500 DM in bar ab. Am 7. und 8. Februar 1972 wurden diese Beträge dem Konto des Klägers belastet. Am 4. Februar 1972 veräußerte die Beklagte auf Weisung des Klägers die gekauften Aktien,

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

die zu diesem Zeitpunkt nach der Behauptung des Klägers insgesamt nicht, nach dem Vortrag der Beklagten lediglich teilweise (im Werte von 43.000 DM; GA 292) angeliefert waren, durch einen sogenannten "Leerverkauf" weiter und schrieb den Erlös am 7. Februar 1972 dem Konto des Beklagten gut. Da die ausstehenden Aktien nicht mehr geliefert wurden, veräußerte die Beklagte aus dem Depotbestand des Klägers Wertpapiere in dem Betrage, der zur Anschaffung der weiterverkauften Aktien notwendig war. Ehe der Kläger am 8. Februar 1972 einen Erholungsurlaub antrat, übergab er am 7. Februar 1972 Palm in den Geschäftsräumen der Beklagten elf Blankoschecks mit der Weisung, sie für den Ankauf günstiger Wertpapiere während des Urlaubs des Klägers zu verwenden. Die noch ausstehenden Wertpapiere, so ließ der Kläger P. wissen, werde Frau Kl. unmittelbar der Beklagten übergeben. Zu Frau Kl. sagte der Kläger, sie solle Wertpapiergeschäfte unmittelbar mit der Beklagten vornehmen. Am 8. Februar 1972 erschien Frau Kl. in den Räumen der Beklagten und erklärte P., daß sie zum Erwerbe von 1.000 Commerzbank-Aktien 225.000 DM benötige. Die aus dem vorangegangenen Kauf noch ausstehenden Aktien werde sie am Nachmittag zur Bank bringen. P. stellte daraufhin zwei Blankoschecks des Klägers über 50.000 und 70.000 DM aus, zeichnete sie ab, legte sie am Kassenschalter der Beklagten vor und veranlaßte die Auszahlung der Scheckbeträge an Frau Kl.. Am nächsten Tag erschien Frau Kl. wiederum ohne die Aktien und bat um Auszahlung des Restkaufpreises für die Commerzbank-Aktien; die fehlenden Aktien aus dem früheren Kauf werde sie binnen einiger Stunden liefern. P. ließ nunmehr Frau Kl.

unter Verwendung eines weiteren Blankoschecks 40.000 DM auszahlen und übergab ihr einen Verrechnungsscheck über 60.000 DM. Dennoch ist die Lieferung auch dieser Aktien unterblieben. Der Kläger hat, nachdem er verschiedentlich mit P. [REDACTED] telefoniert hatte, seinen Urlaub vom 14. bis 16. Februar 1972 unterbrochen. Mit Schreiben vom 23. Februar 1972 ließ er den Verrechnungsscheck sperren. Nach Rückkehr aus dem Urlaub erhob er am 2. März 1972 Widerspruch gegen die in den Kontoauszügen vom 8. und 9. Februar 1972 enthaltenen Belastungsbuchungen wegen der an Frau Kl. [REDACTED] ausgezahlten Beträge. Am 8. März 1972 kündigte die Beklagte mündlich die Geschäftsverbindung; am 15. März 1972 wurde die Kündigung schriftlich wiederholt.

Mit der Klage wendet sich der Kläger im wesentlichen gegen die Belastung seines Kontos mit den an Frau Kl. [REDACTED] in bar ausbezahlten Beträgen von insgesamt 160.000 DM. Die Beklagte sei ihm in dieser Höhe zum Schadensersatz durch Rückbuchung verpflichtet. P. [REDACTED] habe die Gelder an Frau Kl. [REDACTED] entgegen der ausdrücklichen Weisung des Klägers, die Schecks erst nach Eingang der noch ausstehenden Aktien zu verwenden, ausbezahlt. Nach Gutschrift dieses Betrages und des Erlöses aus Inkassowechseln im Betrage von 30.000 DM, den die Beklagte als Sicherheit zurückbehalte, sowie weiterer, in der Revisionsinstanz nicht mehr umstrittener Posten stehe ihm eine Guthabenforderung von 18.755,01 DM zu. Außer der Zahlung dieses Betrages nebst Zinsen verlangt der Kläger mit der Klage die Herausgabe von 1.716 Bundesschatzbriefen und 71 C. [REDACTED]-O. [REDACTED]-Anteilen, die die Beklagte im Wertpapierdepot zugunsten

des Klägers verwahrt. Überdies fordert er die Herausgabe eines Kraftfahrzeugbriefes über einen Mercedes-Pkw, den die Beklagte unberechtigt zurückhalte.

Die Beklagte hat vorgetragen, der Kläger habe keine Weisung erteilt, die Blankoschecks erst nach Erledigung des vorangegangenen Aktienkaufs zu verwenden. P. habe vielmehr bei Aushändigung des Betrages von 160.000 DM an Frau Kl. davon ausgehen dürfen, in Erfüllung der Weisungen des Klägers zu handeln. So habe der Kläger den Zeugen anlässlich eines Ferngesprächs am 8. oder 9. Februar 1972, nachdem P. ihm von dem Geschäft erzählt gehabt habe, angewiesen, den Kauf unter allen Umständen zu verwirklichen. Der Betrag von 40.000 DM und der Verrechnungsscheck seien Frau Kl. am 9. Februar 1972 nach diesem Ferngespräch und in Ausführung der dabei vom Kläger erteilten Weisung ausgehändigt worden. Der Kläger habe sonach beide Vorgänge nicht nur ausdrücklich, sondern auch dadurch genehmigt, daß er den Kontoauszügen über die Lastschrift der an Frau Kl. ausgezahlten Beträge nicht rechtzeitig widersprochen habe. Die Beklagte sei also zur Rückbuchung nicht verpflichtet. Damit ergebe sich aus dem Kontokorrentkonto ein Saldo zu ihren Gunsten in Höhe von 171.244,99 DM. Aus einem persönlichen Darlehen mit Versicherungsschutz, das zugleich mit der Geschäftsverbindung gekündigt worden sei, stehe ihr per 19. Juni 1972 eine Forderung von 18.591 DM zu. Der Kläger habe ferner für den Kunden P. der Beklagten eine Bürgschaft in Höhe von 15.000 DM geleistet. Daraus sei er der Beklagten noch etwa sieben Jahre verpflichtet. Schließlich würden die Zinsen und Kosten bis zum 30. Juni 1972 8.123,13 DM betragen. Für den Gesamtbetrag von 212.959,12 DM dienten

ihr die vom Kläger hinterlegten Wertpapiere als Sicherheit. Überdies besitze sie den Erlös aus Inkassowechseln im Betrage von 30.000 DM als weitere Sicherheit. Da diese Sicherheiten nach Ansicht der Beklagten die ihr zustehenden Forderungen nicht decken, verlangt sie mit der Widerklage vom Kläger die Herausgabe des ihr angeblich sicherungsübereigneten Mercedes-Pkw, zu dem der vom Kläger herausverlangte Kraftfahrzeugbrief gehört.

Der Kläger hält die Widerklage schon deshalb für unbegründet, weil ihm das Kraftfahrzeug während des Rechtsstreits gestohlen worden ist.

Das Landgericht hat durch Teilurteil einen nicht mehr interessierenden Anspruch und durch Schlußurteil die weitere Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Berufungen des Klägers durch das angefochtene Urteil zurückgewiesen. Die Revision des Klägers richtet sich gegen die Zurückweisung seiner Berufung gegen das landgerichtliche Schlußurteil; mit ihr verfolgt er die vorstehend wiedergegebenen Anträge zur Klage und Widerklage weiter. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Der Zahlungsanspruch des Klägers wäre begründet, wenn die Beklagte verpflichtet wäre, die Belastung des Kontos mit dem an Frau Kl. [REDACTED] gezahlten Betrag von 160.000 DM rückgängig zu machen. Das Berufungsgericht verneint dies. P. [REDACTED] habe weder gegen Weisungen des Klägers

verstoßen noch sonstige Pflichten verletzt. Die vom Kläger behauptete Weisung, die Schecks erst nach Einlieferung der Aktien aus dem vorangegangenen Geschäft zu verwenden, sei nicht bewiesen. Keine Pflichtverletzung sei die Vorausleistung des Kaufpreises an Frau Kl., denn die Weisung des Klägers, die Schecks zum Kauf günstiger Wertpapiere zu verwenden, sei nur auf diese Weise zu erfüllen gewesen. Es komme daher nicht mehr darauf an, daß der Kläger am 9. Februar 1972 nach Auszahlung der Gelder in einem Ferngespräch P. sein Einverständnis mit dem neuen Geschäft erklärt habe. Der gegenteiligen Aussage der Zeugin Sch. könne zwar nicht gefolgt werden. Einer abschließenden Entscheidung darüber bedürfe es aber nicht, weil die nachträgliche Erklärung des Klägers nicht von ausschlaggebender Bedeutung sei. Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision nicht stand.

II. Anspruchsgrundlage für den Schadensersatzanspruch des Klägers ist der Geschäftsbesorgungsvertrag (§§ 675, 662 BGB), der durch den Auftrag des Klägers, die P. übergebenen Blankoschecks zum Kauf günstiger Wertpapiere zu verwenden, zwischen den Parteien zustande gekommen ist. Diesen Auftrag hatte die Beklagte nach den Weisungen des Klägers (§ 665 BGB) und mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns auszuführen (§ 347 HGB; Einleitung zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Privatbanken). In diesem Rahmen haftet die Beklagte dem Kläger für etwaiges Verschulden von P. gemäß § 278 BGB (§ 664 BGB) auf Schadensersatz.

1. Als Verstoß gegen die Pflichten der Beklagten aus dem Auftragsverhältnis kommt der Umstand in Betracht, daß P. Frau Kl. in mehreren Teilbeträgen 160.000 DM aushändigen ließ, ohne gleichzeitig die Lieferung der Aktien verlangt zu haben.

Nach der insoweit ohne Rechtsfehler getroffenen Feststellung des Berufungsgerichts, die die Revision nicht angreift, ist nicht erwiesen, daß der Kläger bei der Erteilung des Auftrags P. angewiesen hat, neue Wertpapierkäufe mit den überlassenen Blankoschecks erst nach Lieferung der noch ausstehenden Aktien abzuschließen. Damit scheidet ein Verstoß gegen eine Weisung des Klägers aus. Auch eine Sorgfaltspflichtverletzung käme nicht in Betracht, wenn man mit dem Berufungsgericht davon auszugehen hätte, daß der Auftrag des Klägers, günstige Wertpapiere zu kaufen - so wie er gemeint war - , nur gegen Vorleistung des Kaufpreises an Frau Kl. ausgeführt werden konnte. Gegen diese Feststellung, die das Berufungsgericht damit begründet, der Kläger sei bei dem vorangegangenen Geschäft ebenso verfahren, erhebt die Revision indessen begründete verfahrensrechtliche Bedenken (§ 286 ZPO). Das Berufungsgericht hat wesentliches Vorbringen des Klägers nicht beachtet. Dieser hatte in der Berufungsinstanz vorgetragen (Schriftsatz v. 5. 12. 1973, GA 311, 319/321), er habe die Wertpapiergeschäfte mit Frau Klinger mit Ausnahme des Geschäfts über 164.500 DM jeweils Zug um Zug abgewickelt. Dies sei der Beklagten bekannt gewesen, denn sie habe am 5. Dezember 1971 selbst an einem solchen Zug-um-Zug-Geschäft mitgewirkt. Damals habe Frau Kl. dem Kläger Wertpapiere für 500.000 DM angeboten. Nach Rücksprache mit den Angestellten P. und

Dr. Br. [REDACTED] der Beklagten habe diese den Kaufpreis zur Verfügung gestellt. Mit dem Dienstwagen der Beklagten und in Begleitung eines Kassenbeamten und des Angestellten P. [REDACTED] sei das Geld in die Wohnung von Frau Kl. [REDACTED] gebracht und dieser Zug um Zug gegen die Aktien ausgehändigt worden. Ohne Berücksichtigung dieses unter Beweis gestellten Vortrags durfte das Berufungsgericht nicht davon ausgehen, daß der Auftrag des Klägers nur durch Vorauszahlung des Kaufpreises erfüllt werden konnte. Für die weitere Prüfung in der Revisionsinstanz ist daher vom Vortrag des Klägers auszugehen, daß eine Zug-um-Zug-Abwicklung möglich gewesen wäre. Dann aber hat P. [REDACTED] die ihm obliegende Sorgfaltspflicht verletzt, als er den Betrag von 160.000 DM und den Verrechnungsscheck über weitere 60.000 DM Frau Kl. [REDACTED] aushändigte, ohne sich sogleich die 1.000 Commerzbank-Aktien geben zu lassen. Dies ist für einen Bankkaufmann ein ganz ungewöhnliches Verhalten und widerspricht den einfachsten Regeln kaufmännischer Vorsicht, denn Frau Kl. [REDACTED], von der heute noch unklar ist, ob sie Verkäuferin der Aktien oder Beauftragte des Klägers war, konnte nicht einmal eine schriftliche Vollmacht des Klägers vorweisen, die sie zum Empfang des Geldes berechtigt hätte. Die Beklagte kann es nicht entlasten, daß Frau Kl. [REDACTED] Angestellte des Klägers war und dieser ihr kurz zuvor selbst 164.500 DM als Vorleistung für die Lieferung von Aktien ausgehändigt hatte. Ein ordentlicher Bankkaufmann hätte auch bei Kenntnis dieser Umstände ohne ausdrückliche Vollmacht solch hohe Geldbeträge seines Auftraggebers nicht ohne ausreichende Sicherung ausgehändigt, zumal wenn er - wie dies bei P. [REDACTED] der Fall war - wußte, daß der Kläger Frau Kl. [REDACTED]

im Rahmen des vorangegangenen Geschäfts den Kaufpreis bezahlt hatte, die fällige Gegenleistung aber ausstand. Gerade der Umstand, daß Frau Kl. am 8. Februar 1972 die längst überfälligen Aktien nicht mitbrachte, hätte P. zu besonderer Vorsicht bei der Ausführung des neuen Wertpapiergeschäfts veranlassen müssen. Nach alledem liegt nach dem Vortrag des Klägers eine schuldhaft Verletzung der der Beklagten obliegenden Sorgfaltspflicht und damit eine Schlechterfüllung des Auftrags vor.

2. Dem danach an sich begründeten Schadensersatzanspruch könnte die Beklagte entgehen, wenn der Kläger die Ausführung des Auftrags genehmigt hätte, denn aus einem genehmigten Verhalten können, da es durch die Genehmigung rechtmäßig wird, keine Schadensersatzansprüche mehr abgeleitet werden.

a) Nach der Feststellung des Berufungsgerichts kommt allenfalls eine Genehmigung nach Auszahlung der Beträge an Frau Kl. in Betracht (BU 29). Die Behauptung der Beklagten, der Kläger habe P. schon am 8. Februar 1972 angewiesen, das Geschäft auszuführen, und auf dieser Weisung habe die Auszahlung des weiteren Betrages von 40.000 DM und die Aushändigung des Verrechnungsschecks am 9. Februar 1972 beruht, ist durch die Beweisaufnahme nicht bestätigt worden. Das Berufungsgericht hat aber auch keine Feststellung darüber getroffen, ob der Kläger die Ausführung des Auftrags nachträglich genehmigt hat. Es hat zwar zu erkennen gegeben, daß es trotz der entgegenstehenden Aussage der Zeugin Sch. aufgrund der Aussage des Zeugen P. dazu neigt, eine Genehmigung durch den

Kläger anzunehmen. Da es der nachträglichen Erklärung des Klägers aber keine ausschlaggebende Bedeutung beigemessen hat, hat es über diesen Punkt ausdrücklich nicht abschließend entschieden (BU S. 30). Zugunsten des Klägers kann daher in der Revisionsinstanz nicht von einer Genehmigung der Auszahlung der Geldbeträge an Frau Kl. [REDACTED] ausgegangen werden.

b) Die von der Beklagten unter Berufung auf Nr. 15 der AGB der Privatbanken vertretene Ansicht, der Kläger habe die Ausführung des Auftrags dadurch genehmigt, daß er den Tagesauszügen mit den Belastungsbuchungen nicht rechtzeitig widersprochen habe, hat das Berufungsgericht nicht erörtert. Aus diesem Gesichtspunkt kann das angefochtene Urteil jedoch nicht aufrechterhalten werden. Nach Nr. 15 AGB müssen Erinnerungen gegen "sonstige Abrechnungen und Anzeigen" - darunter fallen Tageskontoauszüge - unverzüglich erhoben werden. Die Unterlassung rechtzeitiger Erinnerung "gilt als Genehmigung". Nach der Behauptung der Beklagten hat der Kläger die Tagesauszüge aus dem umstrittenen Geschäft während der Unterbrechung seines Urlaubs vom 14. bis 16. Februar 1972 zur Kenntnis genommen, ihnen aber erst am 2. März 1972 widersprochen. Es kann offenbleiben, ob der Widerspruch nicht noch als unverzüglich erhoben gelten kann. Auch wenn unterstellt wird, daß dies nicht der Fall ist, hat die dadurch eintretende Genehmigung nicht den Verlust des Schadensersatzanspruchs des Klägers zur Folge. Der vorliegende Fall zwingt nicht zur Entscheidung der Frage, ob die Genehmigungsfiktion der Nr. 15 AGB, soweit sie sich auf Tageskontoauszüge bezieht, dann, wenn der Kunde aus einer Mitteilung der

Bank bestimmte Maßnahmen entnehmen konnte und diese ohne entsprechenden Auftrag erfolgt waren, dazu führt, generell das Verhalten der Bank als rechtmäßig zu behandeln (vgl. zum Meinungsstand Canaris in Großkomm. z. HGB 3. Aufl. Anh. § 357 Bankvertragsrecht Anm. 1296). Selbst wenn man dieser weitgehenden Auffassung folgen wollte - wogegen der Senat Bedenken hätte - wäre die Wirkung der Genehmigung doch auf die aus dem Kontoauszug unmittelbar ersichtlichen Maßnahmen beschränkt, wie z. B. die Vornahme einer Überweisung, die im Auszug gekennzeichnet ist und von der der Kunde weiß, daß er dazu keinen Auftrag erteilt hat. Nach dem zu entscheidenden Sachverhalt konnte der Kläger, der in diesem Zusammenhang so zu behandeln ist, als ob er nur die Tagesauszüge gekannt hätte, den Auszügen allein entnehmen, daß die Beklagte von den Blankoschecks Gebrauch gemacht und damit von seinem Konto Geld abgehoben hat. Diese Maßnahme aber war für sich betrachtet nicht pflichtwidrig und hielt sich im Rahmen des Auftrags. Die pflichtwidrige Verwendung der abgehobenen Beträge ließ der Kontoauszug dagegen nicht erkennen. Auf sie konnte sich daher die Genehmigungsfiktion der Nr. 15 AGB nicht beziehen. Dies schließt allerdings nicht aus, den - zunächst - unterbliebenen Widerspruch gegen die Kontoauszüge im Zusammenhang mit dem weiteren Verhalten des Klägers bei der Prüfung, ob dieser die Ausführung des Auftrags P. gegenüber genehmigt hat, mitzuberücksichtigen.

III. * Nach alledem kann die Ablehnung eines Schadensersatzanspruchs des Klägers auf Stornierung der Belastung in Höhe von 160.000 DM und die darauf beruhende Abweisung der Zahlungsklage durch das Berufungsgericht nicht aufrechterhalten werden. Eine abschließende Entscheidung über diesen

Anspruch durch den erkennenden Senat ist nicht möglich. Der Rechtsstreit muß vielmehr an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, weil es weiterer tatsächlicher Feststellungen zur Frage der Vorausleistung des Kaufpreises und der Genehmigung der Ausführung des Auftrags durch den Kläger bedarf. Dabei besteht Veranlassung zu dem Hinweis, daß der Kläger von der Auszahlung des Betrages von 160.000 DM an Frau Kl. [REDACTED] erst erfuhr, als der Fehler schon begangen war. Wenn er auf diese Mitteilung hin nicht sofort protestiert hat, so wird, weil der Kläger noch hoffen konnte, daß alles in Ordnung gehe, darin noch keine Genehmigung des Geschäfts im Sinne einer Billigung und eines etwaigen Verzichts auf Schadensersatzansprüche gesehen werden können. Man wird dafür vielmehr eine eindeutige, in Kenntnis des Sachverhalts abgegebene Erklärung des Klägers verlangen müssen, daß er die Aushändigung der Geldbeträge an Frau Kl. [REDACTED] billige. Ob sich dies aus der Beweisaufnahme ergibt, wird das Berufungsgericht feststellen müssen.

IV. Die Frage, ob die Beklagte zur Herausgabe der Bundes-schatzbriefe und der C-0-Anteile verpflichtet ist oder ob sie diese als Pfand für eine Verbindlichkeit des Klägers zurückbehalten kann, hängt von der Entscheidung über die Zahlungsklage ab. Deshalb unterliegt das angefochtene Urteil ebenfalls der Aufhebung, soweit es die Klage auf Herausgabe dieser Wertpapiere abgewiesen hat. Über diesen Anspruch hat das Berufungsgericht erneut nach Entscheidung über die Zahlungsklage zu befinden.

V. Die Abweisung des Antrags auf Herausgabe des zu einem Pkw Mercedes 280 SE gehörenden Kraftfahrzeugbriefes greift die Revision vergeblich an. Der Kläger nahm bei der Beklagten zur Finanzierung des Kaufs eines Pkw Mercedes 220 D ein Anschaffungsdarlehen auf. Durch Vertrag vom 9. November 1971 wurde dieses Fahrzeug der Beklagten zur Sicherung übereignet. Später wurde es - wie die Revision nicht mehr bezweifelt - durch das jetzt umstrittene Fahrzeug ersetzt. Am 20. Dezember 1971 gewährte die Beklagte dem Kläger ein in monatlichen Raten von 329,50 DM zu tilgendes "persönliches Darlehen mit Versicherungsschutz" in Höhe von 20.000 DM. Mit einem Teil der Darlehenssumme wurde der zur Kraftfahrzeugfinanzierung gewährte Kredit abgelöst. Die Revision meint, mit der Rückzahlung dieses Darlehens habe sich die Sicherungsübereignung erledigt. Dem kann nicht beigetreten werden. Dem Formularvertrag über die Sicherungsübereignung eines Kraftfahrzeugs läßt sich nicht entnehmen, daß durch die Übereignung des Kraftfahrzeugs ausschließlich der zu seiner Anschaffung gewährte Kredit gesichert werden sollte. Der Vertrag enthält vielmehr auf der Vorderseite deutlich lesbar die Bestimmung: "Es (das Kraftfahrzeug) dient als Sicherheit für alle gegenwärtigen und künftigen - auch bedingten oder befristeten - Ansprüche der ... Bank und ihrer Niederlassungen gegen den Sicherungsgeber, gleichviel aus welchem Grunde diese Ansprüche entstanden oder auf die Bank übergegangen sein mögen." Diese, im wirtschaftlichen Ergebnis mit Nr. 19 Abs. 2 AGB der Privatbanken übereinstimmende Vertragsbestimmung ist allgemein üblich und kann grundsätzlich nicht beanstandet werden. Aber auch wenn man mit der Revision davon ausgeht, daß nur der Kraftfahrzeugfinanzierungskredit habe gesichert

werden sollen, ergibt sich nichts anderes. Nach Nr. 19 Abs. 4 der AGB der Privatbanken, die nach ausdrücklicher Bestimmung in Nr. 13 der Allgemeinen Vertragsbestimmungen des Sicherungsübereignungsvertrages ergänzend gelten, haften alle der Bank ... als Sicherheit dienenden Werte auch dann für sämtliche Forderungen der Bank, wenn sie nur für eine besondere Forderung als Sicherheit gegeben worden sind, es sei denn, daß die Haftung für andere Forderungen ausdrücklich ausgeschlossen worden ist. Letzteres hat der Beklagte nicht behauptet; dafür gibt es auch keine Anhaltspunkte. Gegen die Zulässigkeit dieser Bestimmung bestehen ebenfalls grundsätzlich keine Bedenken (vgl. SenUrt. v. 24. 4. 58 - II ZR 94/57, LM Allg. Geschäftsbedingungen der Banken Nr. 10). Da somit das der Beklagten übereignete Kraftfahrzeug auch als Sicherheit für das persönliche Darlehen mit Versicherungsschutz dient und dieses unstreitig noch nicht getilgt ist, steht dem Kläger das Eigentum an dem Kraftfahrzeug und damit auch an dem dazugehörigen Kraftfahrzeugbrief nicht zu.

VI. Der mit der Widerklage verfolgte Anspruch der Beklagten auf Herausgabe des ihr zur Sicherung übereigneten Kraftfahrzeugs scheitert, worauf die Revision mit Recht hinweist, an dem fehlenden Besitz des Klägers. Es ist unstreitig, daß diesem das Fahrzeug während des Rechtsstreits gestohlen worden ist. Das Berufungsgericht sieht darin mit Rücksicht auf § 283 BGB indessen kein Hindernis, den Beklagten dennoch zur Herausgabe zu verurteilen. Dem kann nicht gefolgt werden.

Der Herausgabeanspruch aus § 985 BGB setzt Besitz des Schuldners voraus. Die Verurteilung des unmittelbaren Besitzers zur Herausgabe erfordert daher, daß dieser im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz den Besitz noch nicht verloren hatte. Ist dies jedoch der Fall, dann ist die Herausgabeklage abzuweisen, denn eine Verurteilung, aus der keinesfalls vollstreckt werden kann, ist widersinnig (vgl. BGH, Urt. v. 4. 11. 1971 - VII ZR 175/69, LM BGB § 283 Nr. 2 m. w. N; Urt. v. 28. 2. 1974 - VII ZR 75/73, LM BGB § 419 Nr. 27). Daran ändert § 283 BGB, der auch auf den Anspruch aus § 985 BGB anzuwenden ist, nichts. Das Reichsgericht hat mit Rücksicht auf diese Vorschrift nur in dem Falle die Verurteilung zu einer Leistung, die unmöglich sein könnte, zugelassen und damit den Beweis der Unmöglichkeit nicht für erforderlich erachtet, in dem feststeht, daß die etwaige Unmöglichkeit vom Schuldner zu vertreten sein würde (RGZ 54, 28). Ausdrücklich abgelehnt wurde schon in dieser Entscheidung die Verurteilung zu einer Leistung, deren Unmöglichkeit bereits feststeht (aaO S. 33; RGZ 107, 15, 18, 19). Eine dauernde Unmöglichkeit bzw. ein dauerndes Unvermögen steht dann fest, wenn völlige Ungewißheit darüber herrscht, ob und wann das Leistungshindernis behoben werden kann (vgl. BGH, Urt. v. 30. 10. 1953 - V ZR 76/52, LM BGB § 275 Nr. 4). Davon aber ist bei einem gestohlenen Kraftfahrzeug, dessen Verbleib bis zur letzten mündlichen Verhandlung nicht ermittelt werden konnte, obwohl - wie hier - seit dem Diebstahl mehrere Monate (24. April 1973 bis 12. Dezember 1973) vergangen sind, ohne weiteres auszugehen. Aus diesen Gründen erweist sich die Verurteilung des Klägers zur Herausgabe des Kraftfahrzeugs als un begründet.

VII. Der Rechnungslegungsanspruch des Klägers hinsichtlich der Bürgschaft für den Kunden Po [REDACTED] der Beklagten hat sich in der Berufungsinstanz erledigt (§ 91 a ZPO; Schriftsatz des Klägers v. 5. 12. 1973).

VIII. Der Streitwert für die Revisionsinstanz beträgt 210.318,11 DM. Der Unterschied zu dem vom Berufungsgericht angenommenen Wert von 420.480 DM beruht im wesentlichen darauf, daß das Berufungsgericht bei seiner Berechnung unzutreffend nicht von dem bezifferten Zahlungsantrag ausgegangen ist, sondern die im Rahmen der Abrechnung nur inzident zu prüfenden umstrittenen Einzelposten angesetzt hat.

Stempel Fleck Dr. Bauer Bundschuh Dr. Skibbe