

Nachschlagewerk: ja

Amtliche Sammlung: ja

2135 036

HGB §§ 128, 159; BGB § 425

Hat eine Bank, die in der Rechtsform einer offenen Handelsgesellschaft betrieben wird, nach dem Ausscheiden eines Gesellschafters über Aktien, die ein Dritter in das Girosammeldepot gegeben hat, schuldhaft zu Gunsten eines Nichtberechtigten verfügt, so ist auch der ausgeschiedene Gesellschafter dem Dritten schadensersatzpflichtig, wenn er bei Abschluß des Depotvertrages der Gesellschaft angehört hat und keine fünf Jahre verstrichen sind, seitdem er aus der Gesellschaft ausgeschieden ist.

EGH Urt. v. 21. Dezember 1961 - II, ZR 74/59 - KG Berlin
LG Berlin

Verkündet
am 21. Dezember 1961
Schwingen, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

I m · N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

1. des Bankhauses E. J. [REDACTED], [REDACTED],
[REDACTED] str., vertreten durch die persönlich haftenden
Gesellschafter Dr. Hermann [REDACTED] und Frau Eva
[REDACTED] geb. le [REDACTED], beide in [REDACTED],
2. des Bankkaufmanns Dr. Hermann [REDACTED],
[REDACTED] B [REDACTED] str.,
3. der Witwe Eva [REDACTED] geb. le [REDACTED],
[REDACTED] str.,
4. des Kaufmanns Hans Wilhelm von [REDACTED], [REDACTED],
[REDACTED] str.,

Beklagte und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter zu 1 - 3: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -
- Prozeßbevollmächtigter zu 4: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

den Bankier Alois [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 7. Dezember 1961 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Nastelski, des Senatspräsidenten
Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Nörr, Liesecke und
Dr. Reinicke

für Recht erkannt:

Auf die Revisionen der Beklagten wird das Urteil
des 2. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom

- 1.a -

3. Februar 1959 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

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](#)

Tatbestand:

Der Kläger, deutscher Staatsangehöriger und Rechtsnachfolger der B [REDACTED] Bankvereinigung N.V. (im folgenden BBV genannt), führte bis zur Enteignung in den Niederlanden in Amsterdam das Bankierskantoor Alois M [REDACTED] als Alleininhaber. Die BBV stand mit der unter 1 verklagten Bank (die im folgenden Beklagte genannt wird) in Geschäftsverbindung; sie unterhielt dort ein Girosammeldepot, in dem sich im Frühjahr 1944 381 000 RM Aktien der Sch [REDACTED] Handels AG befanden. Daneben bestand ein als à meta Geschäft geführtes Depot über 61 300 RM Sch [REDACTED] Aktien. Der Kaufpreis, der auf dieses Geschäft entfiel, ist vom Kläger noch nicht bezahlt worden. Die Beklagte (zu 1) ist eine offene Handelsgesellschaft. Die Beklagten zu 2 und 3 sind ihre persönlich haftenden Gesellschafter. Der Beklagte zu 4 war persönlich haftender Gesellschafter. Er ist jedoch am 31. Mai 1952 ausgeschieden; dies ist am gleichen Tage im Handelsregister eingetragen worden.

Im Rahmen der Wertpapierbereinigung fragte die Beklagte am 27. Januar 1950 bei der BBV an, ob sie die erforderlichen Arbeiten für sie vornehmen solle. Am 18. Februar 1950 erhielt sie ein bejahendes Antwortschreiben, in dem der gedruckte Briefkopf der BBV durchstrichen und in Schreibmaschinenschrift durch die Worte "Bankierskantoor Alois M [REDACTED]" ersetzt worden und das mit der Unterschrift eines Verwalters (K [REDACTED]) versehen war. Die Beklagte führte daraufhin die Wertpapierbereinigung zugunsten des Bankierskantors Alois M [REDACTED] durch.

Im Jahre 1955 wandte sich die S [REDACTED] B [REDACTED], B [REDACTED] en T [REDACTED] Rechtspersonen, die von dem N [REDACTED] B [REDACTED]-institut zum Liquidator des Bankierskantoor Alois M [REDACTED] ernannt worden war, an die Beklagte und gab ihr den Auftrag, die beiden Posten Sch [REDACTED] Aktien zu verkaufen. Die Beklagte

veräußerte darauf die Aktien und überwies den Erlös der S [REDACTED] B [REDACTED] "zugunsten Bankierskantoor Alois M [REDACTED]" unter Verrechnung des Depotsaldos aus dem offen gebliebenen à meta Geschäft.

Der Kläger ist der Ansicht, die Beklagte hätte den Auftrag nicht ausführen dürfen. Er verlangt Schadensersatz und hat beantragt, die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn nominell 411 650 RM Aktien (NGS Anteile) der Sch [REDACTED] Handels Aktiengesellschaft Berlin mit der Maßgabe zu liefern, daß eine Teillieferung von 30 650 RM Aktien (NGS Anteile) nur Zug um Zug gegen Zahlung von 9 000 RM nebst Zinsen zu erfolgen habe. Die Beklagten haben um Abweisung der Klage gebeten. Sie sind der Ansicht, die deutsche Gerichtsbarkeit sei nicht gegeben, und tragen vor, die Beklagte habe den Depotvertrag nicht schuldhaft verletzt. Der Beklagte zu 4 ist der Auffassung, er könne aus einer etwaigen Verletzung des Depotvertrages nicht in Anspruch genommen werden. Das Bankierskantoor Alois M [REDACTED], Amsterdam, vertreten durch die S [REDACTED] B [REDACTED], B [REDACTED] en T [REDACTED], dem die Beklagten zu 1 bis 3 den Streit verkündet haben, ist den Streitverkündern beigetreten und hat ebenfalls Abweisung der Klage beantragt.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Mit den Revisionen verfolgen die Beklagten ihre Anträge auf Abweisung der Klage weiter. Der Kläger bittet um Zurückweisung der Revisionen.

Entscheidungsgründe:

A. Revision der Beklagten zu 1 bis 3.

I.

1. Die deutsche Gerichtsbarkeit ist gegeben. Sie ist einmal nicht durch Artikel 3 des VI. Teils des Vertrages zur Regelung aus Krieg und Besatzung entstandener Fragen - Überleitungsvertrag - (Bundesgesetzbl. 1955 II S. 405) ausgeschlossen. Es kann offen bleiben, ob, wie die Beklagten meinen, die Voraussetzungen dieser Bestimmung gegeben sind. Jedenfalls ist der Überleitungsvertrag nicht in Berlin anzuwenden. Das in Berlin geltende Recht ist maßgebend, weil die Sch [REDACTED] Handels AG ihren Sitz in Berlin hat und die Sch [REDACTED] Aktien, die den Gegenstand des Rechtsstreits bilden, in Berlin verwahrt worden sind. In Berlin ist der Überleitungsvertrag nicht anwendbar. Gesetze der Bundesrepublik gelten nur dann in Berlin, wenn der Berliner Gesetzgeber festgestellt hat, daß sie in Berlin Anwendung finden (vgl. § 12 ff des Dritten Überleitungsgesetzes, Bundesgesetzbl. 1952, I S. 1, 115; Berliner Verfassung Art. 87 Abs. 2 und BVerfGE 7, 1, 13). Eine derartige Feststellung ist hier nicht ergangen.

2. Die deutsche Gerichtsbarkeit ist auch nicht auf Grund des Gesetzes Nr. 63 der Alliierten Hohen Kommission (Amtsblatt der AHK 1951 S. 1107) ausgeschlossen. Dieses Gesetz gilt zwar auch in Berlin (Gesetz Nr. 18 der Alliierten Kommandantur Berlin, Amtsblatt der Alliierten Kommandantur 1952, S. 402). Die Voraussetzungen des Gesetzes Nr. 63 sind aber nicht gegeben. Nach Art. 3 dieses Gesetzes ist die Erhebung von Klagen, die sich auf die Übertragung, Liquidierung oder Übergabe unter dieses Gesetz fallender Vermögensgegenstände gründen oder sich auf sie beziehen, unter bestimmten Umständen unzulässig. Die Klage, die der Kläger erhoben

hat, bezieht sich jedoch nicht auf die Vermögensgegenstände, die unter das Gesetz Nr. 63 fallen. Die Voraussetzungen des Art. 1 Abs. 1 a des Gesetzes Nr. 63 liegen nicht vor, weil diese Bestimmung lediglich Vermögensgegenstände erfaßt, die in einem ausländischen Staat gelegen waren. Die Sch. AG ist aber eine Aktiengesellschaft, die ihren Sitz in Deutschland hat, und die Aktien sind auch stets in Deutschland verwahrt worden. Überdies fallen nach Art. 1 Abs. 2 a Nr. 63 in Deutschland ausgestellte Wertpapiere nicht unter Art. 1 Abs. 1 a des Gesetzes. Artikel 1 Abs. 1 b des Gesetzes Nr. 63 bezieht sich allerdings auch auf Vermögenswerte, die vor oder bei Inkrafttreten des Gesetzes nicht in einem ausländischen Staat gelegen waren (Seidl-Hohenveldern, Recht der internationalen Wirtschaft, 1956, S. 134 ff Fœaux de la Croix, NJW 1961, 1951). Diese Vorschrift erfaßt Gegenstände, die nach dem 8. Mai 1945 im Wege der Reparation oder Rückerstattung aus deutschem Gebiet unter der Kontrolle der britischen, französischen oder amerikanischen Behörden an eine Regierung, die Inter-Alliierte Reparationsagentur oder eine sonstige mit der Verwaltung deutscher Vermögensgegenstände betraute Stelle übertragen oder übergeben worden sind oder werden. Die Voraussetzungen dieser Bestimmung sind aber ebenfalls nicht gegeben. Das Berufungsgericht hat gemäß Art. 3 Abs. 2 des Gesetzes Nr. 7 der Alliierten Kommandantur Berlin (Amtsblatt der Alliierten Kommandantur Berlin 1950 S. 11) bei der Britischen Militärregierung in Berlin angefragt, ob eine entsprechende Anordnung der Alliierten Kommandantur Berlin vorliege, und die Britische Militärregierung hat am 5. November 1958 geantwortet:

"A thorough investigation has been made, but it has not been possible to trace any record of any order - tacit or otherwise - of the Allied Kommandatura under which "Het Nederlandse B. " and/or "S. B. B. en T. Rechtspersonen" were authorized to carry out the measures which gave rise to the present proceedings."

3. Die Revision meint, das Berufungsgericht habe bei der

Frage, ob Artikel 1 Abs. 1 b des Gesetzes Nr. 63 anwendbar sei, nicht beachtet, daß die Sch[REDACTED] AG und auch die Deutsche Reichsbank, in deren Sammeldepot sich die Sch[REDACTED] Aktien befunden hätten, ihren Sitz in Berlin-Ost gehabt hätten; die dort verwahrten Wertpapiere seien von sowjetischen Stellen sichergestellt worden. Hierauf kommt es aber nicht an. Für die Anwendbarkeit des Art. 1 Abs. 1 b des Gesetzes Nr. 63 ist allein entscheidend, ob die Vermögensgegenstände unter der Kontrolle der britischen, französischen oder amerikanischen Behörden bestimmten Stellen übertragen oder übergeben worden sind. Überdies sind die Wirkungen einer etwaigen sowjetischen Beschlagnahme der Wertpapiere durch die Wertpapierbereinigung gegenstandslos geworden.

4. Die Revision ist weiter der Ansicht, es sei für die Anwendbarkeit des Art. 1 Abs. 1 b des Gesetzes Nr. 63 nicht maßgebend, ob eine Sondergenehmigung der westlichen Besatzungsmächte vorgelegen habe. Es genüge, daß diese Besatzungsmächte die niederländische Verordnung über Feindvermögen vom 20. Oktober 1944 (Böhmer/Duden/Janssen, Deutsches Vermögen im Ausland, I S. 282) durch das Abkommen über Reparationen aus Deutschland ... vom 14. Januar 1946 (Böhmer/Duden/Janssen aaO I S. 10) anerkannt hätten. Der Angriff der Revision kann aber, von andern Bedenken abgesehen, schon deshalb keinen Erfolg haben, weil dieses Abkommen und auch die von der Revision herangezogenen Richtlinien der Inter-Alliierten Reparationsagentur für die Abrechnung über deutsche Vermögenswerte vom 21. November 1947 (Böhmer/Duden/Janssen aaO I S. 20) sich nicht auf Wertpapiere eines deutschen Staatsangehörigen beziehen, die in Deutschland ausgestellt und dort verwahrt worden sind.

II.

Die Revision ist der Ansicht, die Beklagten könnten aus einer Verletzung des Depotvertrages nicht haften, weil dieser Vertrag nicht von der Beklagten, sondern ihrer Rechtsvorgängerin, der Kommanditgesellschaft M [REDACTED], abgeschlossen worden sei, und die Beklagte die Rechte und Pflichten aus dem Girodepot und dem à meta Geschäft, was auch im Handelsregister eingetragen und veröffentlicht worden sei, nicht übernommen habe. Diese Tatsachen können jedoch in der Revisionsinstanz nicht berücksichtigt werden. Die Beklagten haben sie in den Tatsacheninstanzen nicht vorgetragen; sie können den Vortrag in der Revisionsinstanz nicht nachholen.

III.

Die Beklagte hat dadurch, daß sie die Sch [REDACTED] Aktien veräußert und den Erlös an die S [REDACTED] B [REDACTED] als den Liquidator des Bankierskantoores Alois M [REDACTED], Amsterdam, überwies, den Depotvertrag mit dem Kläger verletzt. Der Liquidator ist nicht etwa auf Grund einer Fürsorgetätigkeit des niederländischen Staates als eine Art Notverwalter für den in den Niederlanden abwesenden Kläger, sondern im Rahmen der niederländischen Gesetzgebung über feindliches Vermögen tätig geworden. Er ist durch die Verfügung des N [REDACTED] B [REDACTED] Institut vom 9. April 1954 bestellt worden, und dieses Institut ist nach Art. 151 des Niederländischen Beschlusses zur Wiederherstellung des Rechtsverkehrs vom 17. September 1944 (Staatsblad van het Koninkrijk der

Niederlanden E 100; Böhmer/Duden/Janssen aaO III S. 385, 404) das in der niederländischen Verordnung über Feindvermögen genannte Verwaltungsinstitut. Die S [REDACTED] B [REDACTED] durfte nicht über die Sch [REDACTED] Aktien verfügen. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Niederländische Verordnung über Feindvermögen die Aktien erfassen wollte, die in Deutschland ausgestellt waren und dort verwahrt wurden, sofern nur ihr Eigentümer deutscher Staatsangehöriger war und seinen Wohnsitz in den Niederlanden gehabt hatte. Selbst wenn dies der Fall wäre, wäre die vom niederländischen Gesetzgeber angeordnete Enteignung (Art. 3 ff der Verordnung vom 20. Oktober 1944) der Sch [REDACTED] Aktien wirkungslos gewesen, da nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die privatrechtlichen Folgen einer ausländischen Hoheitsmaßnahme an den Grenzen dieses Staates enden, Enteignungen und Beschlagnahmen also nur das der Gebietshoheit des betreffenden Staates unterliegende, nicht aber das in Deutschland belegene Vermögen ergreifen (BGHZ 25, 127, 129 mit Nachweisen). Hierbei ist unerheblich, ob die enteignende Stelle die enteigneten Gegenstände zur Tilgung der Verbindlichkeiten des Enteigneten verwertet und nur den Überschuß für sich verwendet.

IV.

1. Die Beklagte hat den Depotvertrag schuldhaft verletzt. Sie hat die S [REDACTED] B [REDACTED] nicht etwa als Notverwalter für den abwesenden Kläger angesehen. Sie hat vielmehr selbst vorgetragen, es sei ihr bekannt gewesen, daß das N [REDACTED] B [REDACTED] als Vermögensverwalter für das von der niederländischen Regierung beschlagnahmte

deutsche Vermögen tätig gewesen sei und daß dieses Institut die S [REDACTED] B [REDACTED] als Liquidator eingesetzt habe. Die Beklagte durfte den Auftrag dieses Liquidators nicht ausführen, da sie jedenfalls bei Beachtung der erforderlichen Sorgfalt mit der Möglichkeit rechnen mußte, daß der Liquidator nicht berechtigt war, über die Sch [REDACTED] Aktien zu verfügen.

Die Revision meint, ein Verschulden der Beklagten liege deshalb nicht vor, weil die Beklagte der Auffassung gewesen sei, die Aktien hätten noch der Rechtsvorgängerin des Klägers, der BBV, gehört; wäre dies der Fall gewesen, dann hätte die Beklagte davon ausgehen können, daß die Enteignung wirksam gewesen sei. Das Vorbringen der Revision steht jedoch im Widerspruch zu dem Vortrag der Beklagten in den Tatsacheninstanzen. Die Beklagten haben dort vorgebracht, das Bankierskantoor Alois M [REDACTED] in Amsterdam sei im Geschäftsverkehr mit der Beklagten seit Sommer 1944 als Nachfolgerin der BBV in Erscheinung getreten; die Beklagte hat weiter zugegeben, es sei ihr bekannt gewesen, daß die S [REDACTED] B [REDACTED] als Liquidator für das Bankierskantoor Alois M [REDACTED] eingesetzt worden sei. Die Beklagte wußte also, daß die S [REDACTED] B [REDACTED] sich im Jahre 1955 in dieser ihrer Eigenschaft und nicht etwa als Vermögensverwalterin der BBV an sie wandte. Dies ergibt sich auch aus dem Schriftwechsel, den die Beklagte nach 1945 mit den niederländischen Stellen führte. Auf Grund dieses Schriftwechsels hat die Beklagte denn auch die Wertpapierbereinigung zugunsten des Bankierskantoores Alois M [REDACTED] und nicht zugunsten der BBV durchgeführt.

V.

1. Die Beklagte hat sich durch ihr Verschulden unmöglich gemacht, dem Kläger, wozu sie nach dem Depotvertrag verpflichtet war, die in das Girosammeldepot gegebenen Aktien herauszugeben. Sie muß daher dem Kläger Schadensersatz leisten. Die Revision ist der Auffassung, die Klägerin könne deshalb keinen Schadensersatz verlangen, weil das Berufungsgericht offengelassen habe, ob die ins Depot gegebenen Schantung Aktien dem Kläger oder dessen Bankkunden gehört hätten; die Voraussetzungen der Schadensliquidation im Drittinteresse seien nicht gegeben, weil der Kläger nicht dargetan habe, daß seine Kunden ihn in Anspruch nähmen. Der Auffassung der Revision kann schon deshalb nicht gefolgt werden, weil das Wertpapierbereinigungsverfahren nicht zugunsten der Kunden des Klägers durchgeführt worden ist und die in diesem Verfahren getroffenen Entscheidungen gemäß § 60 WBG die Gerichte binden. Überdies hätte die Beklagte beweisen müssen, daß die Aktien Kunden des Klägers gehört hätten; der Depotkunde ist der vermutete Miteigentümer an den im Sammelbestand der Wertpapiersammelbank verwahrten Aktien (Opitz, Depotgesetz, 2. Aufl. Anm. 14 zu den §§ 6, 7, 8). Schließlich ist auch nicht Voraussetzung für die Schadensliquidation im Drittinteresse, daß der Verletzte dartut, er werde von dem Dritten in Anspruch genommen (vgl. RGRK 11. Aufl. vor §§ 249 - 255, Anm. 62).

2. Die Revision meint, der Kläger habe jedenfalls in der Höhe, in der die Sch[redacted] Aktien verkauft worden seien, keinen Schaden erlitten; die Beklagte habe den Erlös der S[redacted] B[redacted] überwiesen und dieser habe ihn dazu verwendet, Verbindlichkeiten des überschuldeten Bankierskantors Alois M[redacted], Amsterdam, zu tilgen. Es kann dahinge-

stellt bleiben, ob der Kläger einen Schaden erlitten hätte, oder ob zumindest der eingetretene Schaden ausgeglichen worden wäre, soweit die S [REDACTED] B [REDACTED] mit dem Erlös aus dem Verkauf der Sch [REDACTED] Aktien Schulden des Klägers bezahlt hätte. Jedenfalls ist das Vorbringen der Beklagten nicht substantiiert. Die Beklagten hatten zur Begründung ihrer Auffassung, der Kläger sei nicht Eigentümer der hinterlegten Sch [REDACTED] Aktien gewesen, beiläufig behauptet, das Bankierskantoor Alois M [REDACTED], Amsterdam, sei nach Mitteilung des Liquidators beim Zusammenbruch überschuldet gewesen, und sie haben sich, generell, auf die Ausführungen des Nebenintervenienten bezogen, der, zur Stützung seiner Auffassung, die Verwertung der Sch [REDACTED] Aktien sei ein handelsrechtlicher, auch in der Bundesrepublik wirksamer Vorgang gewesen, ebenfalls beiläufig vorgetragen hatte, mit dem Erlös aus dem Verkauf der Sch [REDACTED] Aktien seien Verbindlichkeiten des Klägers getilgt worden. Der Kläger war diesem Vorbringen jedoch entgegengetreten. Er hatte vorgetragen, der Liquidator habe zwar eine Überschuldung behauptet, diese sei aber nicht vorhanden gewesen; der niederländische Staat habe Steuerforderungen konstruiert, um sich auf diese Weise seiner Verpflichtung zu entziehen, die Erlöse aus dem verwerteten Feindvermögen an eine internationale Stelle abzuführen. Der Kläger hat sich auch gegen die allgemein gehaltene und nicht substantiierte Behauptung des Nebenintervenienten gewandt, er habe mit dem Erlös Schulden des Klägers bezahlt. Die Beklagten sind daraufhin auf diese Vorgänge (mit denen sie in den Tatsacheninstanzen auch nicht einen Schaden des Klägers hatten leugnen wollen) nicht mehr zurückgekommen.

Die Beklagten haben ihr Vorbringen im übrigen auch nicht unter Beweis gestellt. Die Revision rügt, daß das Berufungsgericht sich nicht den Brief des Liquidators vom 8. September 1956 habe vorlegen lassen, in dem dieser geschrieben habe, das Bankierskantor Alois M. sei überschuldet gewesen. Die Beklagten hätten den Beweis aber durch Vorlage des in ihren Händen befindlichen Briefes antreten müssen (§ 420 ZPO); es genügt nicht, daß sie sich zur Vorlage des Briefes erbieten. Überdies war die von dem Beklagten vorgetragene Tatsache unerheblich. Es kommt nicht darauf an, was der Liquidator behauptet hatte, sondern höchstens darauf, ob das, was der Liquidator behauptet hatte, der Wirklichkeit entsprach. Hierfür haben die Beklagten jedoch keinen Beweis angetreten.

3. Die Revision ist der Ansicht, der Kläger könne Schadensersatz nicht in der beantragten Art und in der begehrten Höhe verlangen. Die Beklagten hätten behauptet und das Berufungsgericht habe unterstellt, daß der Kläger die Sch. Aktien, die die Beklagte über das Bankhaus D. habe veräußern lassen, selbst erworben habe. Der Schaden des Klägers bestehe also nur in dem Kaufpreis, den er für den Erwerb der Aktien bezahlt habe.

Der Ansicht der Revision kann nicht gefolgt werden. Der Kläger hat zwar dadurch, daß er die Sch. Aktien (nach dem Vorbringen der Beklagten) erworben hat, den Vorteil erlangt, daß der Kurs dieser Aktien gestiegen ist. Dieser Vorteil ist aber nicht auf den Schaden anzurechnen, den er dadurch erlitten hat, daß die Beklagte die Sch. Aktien

Aktien nicht herausgeben kann. Nicht jeder Vorteil, der durch die schadensersatzpflichtige Handlung eingetreten ist, verringert den erlittenen Schaden. Es kann offenbleiben, ob ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen der Veräußerung der Aktien durch die Beklagte über das Bankhaus D. und dem Erwerb der Aktien durch den Kläger von diesem Bankhaus bestanden hat. Mit der Bejahung dieser Frage ist noch nicht entschieden, daß der Vorteil anzurechnen ist. Die Anrechnung darf nur im Rahmen der Zumutbarkeit erfolgen (BGHZ 10, 107, 108). Dem Kläger ist aber nicht zuzumuten, den erzielten Vorteil auf den erlittenen Schaden anzurechnen. Der Kläger hätte mit dem Geld, mit dem er die Schantung Aktien kaufte, andere Aktien kaufen können, wenn die Beklagte die Schantung Aktien nicht veräußert hätte. Dem Kläger wäre dann sowohl das Steigen der Sch. Aktien als auch das Steigen der Wertpapiere zugute gekommen, die er anstelle der Sch. Aktien angeschafft hätte. Der Kläger hat, als er die Sch. Aktien erwarb, nach den Feststellungen des Berufungsgerichts auch nicht gewußt, daß es sich hierbei um die Girostücke handelte, die er der Beklagten zur Aufbewahrung gegeben hatte. Als er sie erwarb, schloß er ein Geschäft, das mit einem Risiko verbunden war. Fielen die Sch. Aktien, dann mußte er den Schaden tragen. Er hätte in diesem Falle von den Beklagten nur Schadensersatz in Höhe des späteren, niedrigeren Kurses verlangen können, aber nicht in Höhe von 34 % des Nennbetrages, zu dem er die Sch. Aktien (möglicherweise) gekauft hat. In gleicher Weise muß ihm das Steigen der Aktien zugute kommen. Die schutzwürdigen Interessen der Beklagten werden hierdurch nicht beeinträchtigt.

Hätte ein Dritter (und nicht zufällig der Kläger) die Sch[REDACTED] Aktien gekauft, dann müßten sie ebenfalls Schadensersatz in voller Höhe leisten.

4. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Kläger könne, da Sch[REDACTED] Aktien an der Börse gehandelt würden, als Schadensersatz Lieferung dieser Aktien verlangen; er sei nicht darauf angewiesen, Schadensersatz in Geld zu fordern. Die Beklagten seien auch nicht nach § 251 Abs. 2 BGB berechtigt, den Kläger in Geld zu entschädigen. Es möge sein, daß der Börsenkurs für Sch[REDACTED] Aktien in letzter Zeit (vom Kläger) manipuliert worden sei. Es stehe den Beklagten jedoch frei, den Börsenkurs durch entsprechendes Vorgehen von ihrer Seite zu beeinflussen. Im übrigen sei die Anschaffung von Sch[REDACTED] Aktien zu einem Kurs von 60 % nicht als außergewöhnliche Aufwendung anzusehen, da bei der Frage, ob diese Voraussetzung vorliege, nicht nur die Höhe des Opfers, sondern auch das Maß des Verschuldens einen Beurteilungsmaßstab darstelle; die Beklagte habe aber sehr nachlässig gehandelt.

Diese Ausführungen halten, wie die Revision mit Recht dargelegt hat, einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Der Beklagten ist nach der Veräußerung der Sch[REDACTED] Aktien nicht möglich, ihre Verpflichtung aus dem Depotvertrag zu erfüllen, dem Kläger aus dem Sammelbestand Wertpapiere in Höhe des Nennbetrages auszuliefern (§ 7 Depotgesetz); sie hat in ihrem Bestand keine weiteren Sch[REDACTED] Aktien. Damit ist jedoch noch nicht die Frage entschieden, ob den Beklagten die Herstellung des Zustandes, der ohne die zum Schadens-

ersatz verpflichtende Handlung bestehen würde, nicht möglich ist und sie deshalb nach § 251 Abs. 1 BGB zur Entschädigung des Klägers in Geld verpflichtet sind. Denn die Frage, ob die Herstellung unmöglich ist, ist, unter Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben, nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu beantworten (RGRK 11. Aufl. § 251 Anm. 2). Hat der Schuldner die Herausgabe vertretbarer Sachen unmöglich gemacht, so ist er in der Regel verpflichtet, dem Gläubiger andere Sachen dieser Art zu liefern. Dies gilt auch für Aktien (RG Recht 1924 Nr. 218). Die Beklagten hatten aber geltend gemacht, es liege eine Ausnahme von dieser Regel vor. Sie hatten vortragen, der Kläger sei der Hauptaktionär der Sch. AG, an der außer ihm nur ein kleiner, ihm nahestehender Kreis interessiert sei. Es fänden äußerst selten Verkäufe von Sch. Aktien an der Börse statt, und diese seien darauf zurückzuführen, daß der Kläger einige Aktien zum Verkauf anbiete, die er dann selbst erwerbe. Das Berufungsgericht hat auch unterstellt, daß der Aktienkurs von 60 % "manipuliert" worden sei. Es hält dies aber für unerheblich, weil es den Beklagten freistehe, den Börsenkurs durch entsprechendes Vorgehen im Börsenhandel von ihrer Seite zu beeinflussen. Es ist aber nicht recht verständlich, was das Berufungsgericht mit diesem Hinweis meint; denn die Beklagten besitzen keine Sch. Aktien. Der Kläger hatte sich zwar bereit erklärt, den Beklagten Sch. Aktien zur Verfügung zu stellen. Möglicherweise will der Kläger aber seine eigenen Aktien hierzu verwenden. Wäre dies der Fall, dann wäre das Vorbringen der Beklagten richtig, sie könnten Sch. Aktien nur kaufen, wenn der Kläger sie ihnen verkaufe. Den Beklagten wäre aber nicht zuzumuten, Sch. Aktien, deren

Kurs der Kläger beeinflussen könnte, zu kaufen und diesem alsdann wieder zu übertragen. Es käme dann nur eine Entschädigung in Geld in Betracht.

Das Berufungsurteil, das die Beklagten zu 1 bis 3 zur Lieferung von Sch. Aktien verurteilt hat, war daher insoweit aufzuheben. Der Rechtsstreit gegen die Beklagten zu 1 bis 3 ist nicht zur Endentscheidung reif, da das Berufungsgericht keine Feststellungen darüber getroffen hat, in welcher Weise es den Beklagten möglich ist, Sch. Aktien zu erwerben. Die Sache ist daher insoweit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem in diesem Umfang auch die Entscheidung über die Kosten der Revision übertragen wird.

In der neuen Verhandlung wird das Berufungsgericht erneut prüfen müssen, ob der Kläger möglicherweise, was die Beklagten vor dem Revisionsgericht mit Nachdruck vorgetragen haben, nicht nur die von der Beklagten veräußerten Sch. Aktien selbst erworben, sondern auch bei dem Erwerb dieser Aktien gewußt habe, daß es sich hierbei um seine eigenen Girostücke handelte. Das Berufungsgericht wird den Beklagten Gelegenheit zu geben haben, ihr Vorbringen in dieser Hinsicht zu substantiieren und unter Beweis zu stellen. Sollten die Beklagten ihr Vorbringen beweisen können, so würde die Klage, worauf das Berufungsgericht mit Recht hingewiesen hat, an den Grundsätzen von Treu und Glauben scheitern. Sollten die Beklagten den Beweis nicht erbringen können, so wird das Berufungsgericht die Frage, ob den Kläger nicht jedenfalls ein mitwirkendes Verschulden trifft, erneut

untersuchen müssen. Das Berufungsgericht hat im Rahmen dieser Untersuchung bisher lediglich erörtert, ob der Kläger gewußt habe, daß sich die Schantung Aktien im Depot der Beklagten befänden, und ihm bekannt gewesen sei, daß die Aktien, die er möglicherweise erworben habe, ihm selbst gehört hätten. Das Berufungsgericht wird aber auch zu prüfen haben, ob der Kläger insoweit fahrlässig gehandelt hat und inwieweit sich sein etwaiges Verschulden im Rahmen des § 254 BGB auswirkt.

B. Revision des Beklagten zu 4.

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Beklagte zu 4 sei, obwohl er bereits 1952 aus der verklagten Gesellschaft ausgeschieden sei, in gleicher Weise schadensersatzpflichtig wie die anderen Beklagten. Diese Auffassung hält den Angriffen der Revision stand.

1. Die persönliche Haftung des Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft bleibt nach seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft bestehen, die während seiner Zugehörigkeit zur Gesellschaft entstanden sind (§§ 128, 159 HGB). Die Verpflichtung der Beklagten auf Herausgabe der Schantung Aktien beruht auf dem Depotvertrag, und dieser Vertrag ist zu einer Zeit geschlossen worden, als der Beklagte zu 4 der verklagten Gesellschaft angehört hat. Für die Haftung aus § 128 HGB ist unerheblich, daß diese Verpflichtung in dem Zeitpunkt, in dem der Beklagte zu 4 aus der Gesellschaft ausschied, noch nicht fällig war (Schlegelberger/Geßler HGB

3. Aufl. § 128 Anm. 30, 31 mit Nachweisen). Hieran ändert nichts, daß der Depotvertrag ein Dauerschuldverhältnis ist und der Kläger berechtigt war, jederzeit die Herausgabe der Aktien zu verlangen. Der Anspruch auf Herausgabe ist bereits mit Abschluß des Depotvertrages entstanden; er erneuert sich nicht etwa fortlaufend (RGZ 125, 417, 419).

2. Der Kläger hat den Beklagten zu 4 auch nicht dadurch, daß er den Verwahrungsvertrag nach dessen Ausscheiden nicht gekündigt hat, aus seiner Haftung nach § 128 HGB entlassen. Ob ein Gläubiger in derartigen Fällen dem ausgeschiedenen Gesellschafter die Mithaftung ausdrücklich oder stillschweigend erläßt, ist Tatfrage, die nur auf Grund der Beurteilung des Einzelfalles entschieden werden kann (RGZ 125, 417, 419; Flechtheim in Düringer/Hachenburg HGB 3. Aufl. § 128 Anm. 17). Das Berufungsgericht hat eine Haftentlassung ohne Rechtsirrtum verneint. Die Revision hat insoweit auch keine Rüge erhoben.

3. Die Revision ist jedoch der Ansicht, der Beklagte zu 4 sei frei geworden, weil die Herausgabe der Sch. Aktien nicht durch sein Verschulden, sondern höchstens durch ein Verschulden der verklagten Gesellschaft unmöglich geworden sei und dieses Verschulden gemäß § 425 BGB nicht gegen ihn wirke. Der Ansicht der Revision kann nicht zugestimmt werden. Die Verbindlichkeit eines Gesellschafters erlischt nicht, wenn die offene Handelsgesellschaft nach dessen Ausscheiden durch ihr Verschulden die Unmöglichkeit der Leistung herbeiführt (Baumbach/Duden HGB 13. Aufl. § 128 Anm. 5 C; Hueck, Recht der offenen Handelsgesellschaft 2. Aufl. S. 290; Jacobi, Zentralblatt für Handelsrecht 1931, 237; Würdinger Gesellschaften S. 136).

Diese Auffassung ist allerdings in der Rechtslehre bestritten (vgl. vor allem Flechtheim aaO § 128 Anm. 16, 17 und Schlegelberger/Gessler aaO § 128 Anm. 32). Vielfach wird die Anwendbarkeit des § 425 BGB mit der Erwägung begründet (vgl. Lehmann, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht 1916, 57 ff), die offene Handelsgesellschaft und der (ihr angehörende) Gesellschafter seien keine Gesamtschuldner, weil die Forderung gegen die Gesellschaft mit der Forderung gegen den Gesellschafter identisch sei, es also, was eine Gesamtschuld voraussetze, an zwei Verbindlichkeiten fehle; scheide aber der Gesellschafter aus, so lägen, was die Anwendbarkeit des § 425 BGB zwangsläufig zur Folge habe, zwei Forderungen vor, da die Forderung gegen die Gesellschaft nicht mehr mit der Forderung gegen den früheren Gesellschafter identisch sein könne, dieser vielmehr als Dritter anzusehen sei. Diese Begründung überzeugt jedoch nicht. Die Unanwendbarkeit des § 425 BGB auf das Verhältnis zwischen den Verbindlichkeiten der Gesellschaft und den Verbindlichkeiten der Gesellschafter folgt nicht aus der Darstellungsweise, es liege nur eine Schuld mit zwei verschiedenen Haftungsobjekten (Gesellschaftsvermögen und Privatvermögen der Gesellschafter) vor. Auch wenn man diese Auffassung nicht teilen und insoweit zwei Forderungen annehmen sollte, ergreifen alle Tatsachen, die die Verbindlichkeit der Gesellschaft berühren, zugleich die persönliche Verbindlichkeit der Gesellschafter. Diese Regelung ergibt sich aus der Interessenlage der Beteiligten. Bei der offenen Handelsgesellschaft ist keine gesetzliche Einlagepflicht vorgesehen; es bestehen auch keine Sicherungsmaßnahmen zur Erhaltung des Gesellschaftsvermögens. An ihre Stelle tritt zum Schutz der Gläubiger ausschließ-

lich die persönliche Haftung der Gesellschafter. Dieser Schutz würde beeinträchtigt oder vereitelt werden, wenn die Gesellschafter auf Grund des § 425 BGB frei würden, falls die Gesellschaft die Unmöglichkeit der Leistung verschuldet hätte und aus diesem Grunde schadensersatzpflichtig wäre.

Bei der Frage, wie die Rechtslage nach dem Ausscheiden des Gesellschafters ist, sind ebenfalls die Interessen der Beteiligten gegeneinander abzuwägen. Die Situation des Gesellschafters ist seit diesem Zeitpunkt schlechter geworden. Er hat keine Möglichkeit, die Geschäftsführung der Gesellschaft zu beeinflussen oder zu überwachen. Er hat keinen Einblick in die Tätigkeit der Gesellschaft; er erfährt von dem, was dort geschieht, in der Regel nichts mehr. Man wird daher möglicherweise die Ansicht vertreten können, der Gläubiger müsse den ausgeschiedenen Gesellschafter mahnen, wenn er ihn in Verzug setzen wolle; es genüge nicht mehr die Mahnung gegenüber der Gesellschaft (vgl. RGZ 65, 26). Das gleiche mag für Fristsetzungen, Kündigungen und ähnliche Maßnahmen gelten. Dem Gläubiger mag in diesem Falle zuzumuten sein, derartige Erklärungen auch gegenüber dem ausgeschiedenen Gesellschafter abzugeben, der nicht mehr mit den anderen Gesellschaftern zusammenwirkt; er bringt dadurch keine erheblichen Opfer. Die Frage, ob das Verschulden der Gesellschaft nach dem Ausscheiden eines Gesellschafters nicht mehr gegen diesen wirkt, berührt jedoch den Kern der Gläubigerrechte. Würde der Gläubiger in diesen Fällen nicht mehr gegen den ausgeschiedenen Gesellschafter vor-

gehen können, so wäre der Schutz, den ihm die persönliche Haftung der Gesellschafter verschaffen soll, nicht gewährleistet. Der Gläubiger darf im Vertrauen darauf handeln, daß ihm die Gesellschafter persönlich haften. Diese Haftung kann nicht durch Vorgänge wegfallen, auf die er keinen Einfluß hat. Hat der Gläubiger z.B. einen Mietvertrag auf eine bestimmte Zeit abgeschlossen, so muß er sich darauf verlassen können, daß der Gesellschafter auch nach seinem Ausscheiden für die Miete aufkommt und Schadensersatz leistet, wenn der Mietvertrag vorzeitig gekündigt wird, weil über das Vermögen der Gesellschaft das Konkurs- oder Vergleichsverfahren eröffnet worden ist (RGZ 140, 10). Der Gläubiger muß in gleicher Weise darauf vertrauen dürfen, daß der Gesellschafter schadensersatzpflichtig ist, wenn die Gesellschaft nach seinem Ausscheiden die Mietsache schuldhaft beschädigt oder vernichtet; die Kreditwürdigkeit gerade des ausgeschiedenen Gesellschafters kann den Gläubiger zu dem Abschluß des Mietvertrages und der Hingabe der wertvollen Mietsache veranlaßt haben. Das gleiche gilt für einen Depotvertrag. Der ausgeschiedene Gesellschafter wird also nicht frei, wenn die Leistung, für deren Erbringung er nach § 128 HGB haftet, nach seinem Ausscheiden durch ein Verschulden der Gesellschaft unmöglich wird. Hierbei kann offen bleiben, ob § 425 BGB insoweit überhaupt unanwendbar oder ob er grundsätzlich anzuwenden ist, sich aber, was diese Bestimmung ausdrücklich vorsieht, aus dem Schuldverhältnis etwas anderes als die nur grundsätzlich geltende Regelung ergibt, daß das Verschulden ausschließlich gegen den Schuldner wirkt, zu dessen Person es eingetreten ist. Jedenfalls folgt aus den

§§ 128, 159 HGB, daß der Gesellschaftsgläubiger den ausgeschiedenen Gesellschafter in Anspruch nehmen kann, wenn die Gesellschaft die vor seinem Ausscheiden begründete Verpflichtung nach seinem Ausscheiden schuldhaft verletzt. § 159 HGB kommt dem ausgeschiedenen Gesellschafter nur dadurch entgegen, daß er die Haftung auf fünf Jahre begrenzt. Im übrigen muß es dem ausscheidenden Gesellschafter überlassen bleiben, sich durch Vereinbarungen mit der Gesellschaft und den anderen Gesellschaftern zu sichern.

4. In der Rechtslehre wird die Ansicht vertreten, der ausgeschiedene Gesellschafter brauche für die laufenden Verbindlichkeiten aus einem Dauerschuldverhältnis nicht mehr zu haften, wenn der Gläubiger nicht von seinem Recht Gebrauch gemacht habe, das Schuldverhältnis zum ersten zulässigen Termin zu kündigen (vgl. vor allem Hueck, Recht der offenen Handelsgesellschaft, 2. Aufl. S. 289 Anm. 35). Der erkennende Senat braucht zu dieser Ansicht keine Stellung zu nehmen, da die Verpflichtung einer Bank, Aktien auf Grund eines Depotvertrages herauszugeben, keine derartige neu erwachsende Verbindlichkeit darstellt (vgl. die Ausführungen unter B I 1, 2). Für eine Verpflichtung, bei der diese Voraussetzung nicht gegeben ist, eine (vollständige) Haftungsbefreiung also nicht eintritt, läßt sich auch nicht die Auffassung vertreten, der Schuldner hafte nach dem erstmöglichen Kündigungstermin jedenfalls nur nach Maßgabe des § 425 BGB, so daß seine Haftung, wenn der Gläubiger nicht kündigt, zwar nicht ausgeschlossen, aber inhaltlich beschränkt würde, weil der Schuldner dann das Verschulden der Gesellschaft nur bis zum Zeitpunkt der

ersten Kündigungsmöglichkeit gegen sich gelten lassen müßte, nach diesem Zeitpunkt aber frei würde, wenn die Herausgabe wegen eines Verschuldens der Gesellschaft unmöglich würde. Für eine solche Besserstellung des Schuldners besteht, wenn nicht besondere Gründe vorliegen, ebensowenig ein Anlaß wie für eine vollständige Entlassung des Schuldners aus der Haftung.

II.

Für den Beklagten zu 4 gilt daher das gleiche wie für die Beklagten zu 1 bis 3. Das Berufungsurteil war deshalb auch aufzuheben, soweit der Beklagte zu 4 verurteilt worden ist, und die Sache war auch insoweit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem auch in diesem Umfang die Entscheidung über die Kosten der Revision übertragen wird.

Dr.Nastelski Dr.Haidinger Dr.Nörr Liesecke Dr.Reinicke