

2546 084

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

BrREG Art. 11, 39 Abs. 1;
AmREG Art. 14, 47 Abs. 1;
REAOBln Art. 12, 40 Abs. 1

Eine Bank, die Wertpapiere eines jüdischen Verkäufers
im Eigenhandel erworben hat, ist rückerstattungs-
pflichtig.

BGH, Urt. v. 18. März 1959 - IV ZR 155/58 - Kammergericht
LG Berlin

731
IV ZR 155/58

Verkündet
am 18. März 1959
Fischer, Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Bankhauses M., F. & Co - OHG - in M.,
F.straße,
vertreten durch ihre vertretungsberechtigten Gesell-
schafter:

August von F., M., Pf.straße,
Elisabeth W., M., Pf.straße,
Wilhelm von T., M.-S.,

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. in
Karlsruhe -

g e g e n

Frau Katharina von Br. geb. von W. in Bad H.
v. d. H., L.straße,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. in
Karlsruhe -

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 13. März 1959 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Ascher und der Bundesrichter Johann-
sen, Dr. v. Werner, Maaß und Dr. Loewenheim

für Recht erkannt:

Das Urteil des 2. Zivilsenats des Kammergerichts
in Berlin vom 14. Februar 1958 wird aufgehoben.
Der Rechtsstreit wird zur anderweiten Verhandlung
und Entscheidung, auch über die Kosten der Revi-
sion, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

73

- 2 -

Tatbestand:

Der Vater der Klägerin erwarb im Mai 1938 von der Beklagten Aktien der Me [REDACTED] Aktiengesellschaft in M [REDACTED] im Nennbetrage von 15.000 RM zum Kurse von 124 %. Vor dem Erwerb durch die Beklagte hatten diese Aktien dem jüdischen Kaufmann Manfred A [REDACTED] gehört, dem entsprechende Aktien zurückerstattet wurden. Als Alleinerbin ihres Vaters nimmt die Klägerin jetzt Rückgriff gegen die Beklagte als Rechtsvorgängerin ihres Vaters, weil die Aktien nach ihrer Auffassung der Rückerstattung unterlagen.

Das Grundkapital der Gesellschaft betrug im Jahre 1938 500.000 RM. Es zerfiel in Inhaberaktien, die an der Börse nicht notiert wurden. A [REDACTED] war Großaktionär der genannten Gesellschaft; seine Aktien im Nennbetrag von 357.340 RM befanden sich überwiegend in Verwahrung beim Bankhaus D [REDACTED] in B [REDACTED], zu dessen Mitinhabern der jüdische Bankier W [REDACTED] gehört hatte. Das im heutigen Ostsektor von Berlin gelegene Bankhaus und seine Wertpapierdepots gingen im März 1938 auf die Beklagte über. W [REDACTED] war im Rahmen seines bisherigen Wirkungskreises noch einige Monate für die Beklagte tätig.

A [REDACTED] lebte damals schon als Emigrant in Holland. Von W [REDACTED] und dem damaligen Aufsichtsratsvorsitzenden der Me [REDACTED] AG, Dr. G [REDACTED], dazu veranlaßt, verkaufte er im Mai 1938 seine Aktien zum Kurse von 118 % an die Beklagte. Von diesen Aktien ging im Mai 1938 ein Paket im Nennbetrag von 251.000 RM an eine Reihe von Personen über, die mit dem gegenwärtigen Alleinvorstand der Gesellschaft, Dipl.-Ing. Georg K [REDACTED], verwandt oder verschwägert sind.

Zu diesem Personenkreis gehörte auch der Kaufmann Alexander von W [REDACTED], der Vater der Klägerin.



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

Zur Erhaltung und Sicherung der bei dieser Gruppe liegenden Aktienmehrheit der Gesellschaft schlossen die Erwerber untereinander den Konsortialvertrag vom 25. September 1938.

Das Grundkapital der Gesellschaft wurde 1942 auf 600.000 RM erhöht. Den Aktionären wurde ein Bezugsrecht auf die neu ausgegebenen Aktien eingeräumt, derart, daß auf fünf alte Aktien das Recht zum Erwerb einer neuen Aktie entfiel. Die Mitglieder des Konsortiums erwarben im Laufe der Jahre noch weitere Aktien, so daß sie zusammen schließlich mit Aktien im Nennbetrag von 506.000 RM an dem erhöhten Grundkapital beteiligt waren. Der Klägerin gehörten davon Aktien im Nennbetrag von 25.000 RM. Sie befanden sich beim Zusammenbruch des Deutschen Reichs im Depot der Reichskreditgesellschaft, einem Bankinstitut im heutigen Ostsektor von Berlin; dort gingen sie verloren.

Der Kaufmann Manfred A. meldete seine Rückerstattungsansprüche für das Gebiet der ehemaligen britischen Zone rechtzeitig beim Zentralamt für Vermögensverwaltung in Bad Ne. an. Es leitete den Rückerstattungsanspruch an das Wiedergutmachungsamt in Bi. Dort hatte die Klägerin damals ihren Wohnsitz. Die Klägerin verkündete mit Schriftsatz vom 22. Februar 1951 der Beklagten den Streit. Diese lehnte eine Stellungnahme ab, weil sie davon gehört hatte, daß Vergleichsverhandlungen schwebten. Am 30. Juni 1951 nahm der Rückerstattungsberechtigte Aron seinen Antrag beim Wiedergutmachungsamt Bi. zurück, weil ein bei der Wiedergutmachungsbehörde für Ober- und Mittelfranken in Fürst/Bayern anhängiges gegen andere Aktionäre gerichtetes Parallelverfahren am 24. Mai 1951 durch einen Vergleich beendet worden war. An ihm waren alle Aktionäre der Gruppe K., also auch die Klägerin, beteiligt.

7J

Nach diesem Vergleich erhielt Aron zur Abgeltung aller seiner Ansprüche Aktien im Nennbetrage von 301.000 RM zurück. Diese Aktien befanden sich im Besitz der Gesellschaft; sie konnten mit Lieferbarkeitsbescheinigungen im Sinne des § 2 WBG ausgestattet werden. Im übrigen vereinbarten die Parteien den Übergang eines vom Rückerstattungsberechtigten Aron angemeldeten Entschädigungsanspruchs gegen die Bundesrepublik Deutschland auf die Aktionäre der Gruppe K██████, weil der Rückerstattungs-berechtigte von dem ihm bei der Veräußerung der Aktien an die Beklagte zugeflossenen Gegenwert 207.840 RM Judenvermögensabgabe entrichten mußte. Die Parteien waren dabei darüber einig, daß A██████ einige Tage nach Gutschrift des Verkaufserlöses nicht mehr über ihn verfügen konnte, da seine Konten durch die Gestapo beschlagnahmt worden waren. Außerdem einigten sich die Beteiligten über eine Reihe von Satzungsänderungen. Die Aktien werden auch heute an der Börse nicht notiert.

Unter Berufung auf Art. 47 AMREG verlangt die Klägerin von der Beklagten die Lieferung von Mo██████-Aktien im Nennbetrage von 15.000 DM. Von diesem Anspruch hat sie mit der Klage eine Forderung auf Lieferung von Aktien im Nennbetrag von 7.000 DM geltend gemacht.

Die Beklagte hat um Abweisung der Klage gebeten. Das Landgericht hat den Rechtsstreit zugunsten der Klägerin entschieden. Dieses Urteil hat die Beklagte mit der Berufung angefochten. Sie bemängelt in erster Linie die Beweiswürdigung durch das Landgericht. Sie meint, das Tatsachengericht des ersten Rechtszuges habe das Ergebnis der Beweisaufnahme, soweit es den Übergang der Aktien von Aron auf die Gruppe K██████ betrifft, nicht nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten gewertet. Eine solche Beurteilung hätte nämlich zu dem Ergebnis geführt, daß die

Aktion bei der Beklagten nur "durchgehandelt" worden seien. Selbst wenn damit ein Eigentumserwerb der Beklagten verbunden gewesen sei, so werde sie dadurch doch nicht zum Rückerstattungspflichtigen im Sinne des Art. 14 AmREG und des Art. 11 BrREG.

Im übrigen hat die Beklagte zur Rechtfertigung ihrer Berufung noch vorgetragen, daß weder das AmREG noch das BrREG anwendbar seien, weil der Entziehungsort im Ostsektor von Berlin gelegen habe, so daß allenfalls die Berliner Rückerstattungsverordnung anwendbar gewesen sei. Bei der hiernach zuständigen Anmeldestelle habe aber der Rückerstattungsberechtigte A. [REDACTED] keinen Antrag auf Rückerstattung gestellt und somit die Anmeldefrist in Berlin versäumt.

Schließlich hat die Beklagte noch darauf hingewiesen, daß die Klägerin wegen des Verlustes ihres Depots bei der Reichskreditgesellschaft dem Rückerstattungsberechtigten keine Aktienurkunden zurückgegeben habe. Fehle es aber an einer Rückgabe der entzogenen Wertpapiere an den Rückerstattungsberechtigten, so seien die Voraussetzungen für einen Rückgriffsanspruch gegen die Beklagte nach §§ 440, 441 BGB, Art. 47 AmREG, Art. 39 BrREG nicht gegeben. Der Klägerin habe allenfalls ein Anspruch nach dem Gesetz zur Bereinigung des Wertpapierwesens zugestanden; an diesen hätte sich Aron ausschließlich halten können.

Der Lieferungsanspruch der Klägerin sei, wie die Beklagte weiter vorgetragen hat, nicht erfüllbar, da neue auf D-Mark umgestellte Aktien der Me. [REDACTED] AG im Wertpapierhandel nicht beschafft werden könnten. Hierbei sei zu berücksichtigen, daß die Aktien schon seit Jahren in Eigentum eines kleinen Kreises von Personen stünden, die sie als dauernde Vermögensanlage behandelten. Schließlich hat die

Beklagte noch geltend gemacht, daß der Grundsatz von Treu und Glauben verletzt werde, wenn die Klägerin und, ihrem Beispiel folgend, die anderen Mitglieder der Gruppe K[REDACTED] verlangten, daß ihnen der gesamte Schaden aus der Rückgewähr der Wertpapiere von der Beklagten erstattet werde. Der geringe Nutzen der Beklagten an dem Geschäft sei fast ganz durch Provisionen an Vermittler aufgezehrt worden.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Die Klägerin hat neben der Lieferung von Aktien im Nennbetrag von 7.000 DM im Wege der Anschlußberufung die Herausgabe der Gewinnanteilscheine Nr. 5 bis 8 gefordert und ferner den Hilfsantrag gestellt, einen Teilbetrag von 10.000 DM als Schadenersatz zu zahlen. Zur Begründung ihrer Auffassung, daß die Beklagte als Ersterwerberin der Aktien in Anspruch genommen werden könnte, hat sie darauf hingewiesen, daß beim Erwerb und bei der Weiterveräußerung der Aktien die Beklagte nicht als Kommissionärin aufgetreten sei, sondern nach Nr. 29 Abs. 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken als Eigenhändlerin gehandelt habe.

Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und auf die Anschlußberufung unter ihrer Zurückweisung im übrigen entschieden, daß neben den Aktien im Nennbetrag von 7.000 DM auch die Gewinnanteilscheine Nr. 5 ff zu liefern seien.

Mit der Revision sucht die Beklagte wiederum die Abweisung der Klage zu erreichen. Sie hat ferner geltend gemacht, daß der Rückgriffsanspruch der Klägerin nach den Grundsätzen von Treu und Glauben hier mindestens teilweise unzulässig sei.

Die Klägerin hat um Zurückweisung der Revision gebeten.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten ist begründet.

1. Die Ansprüche der Klägerin beruhen auf Art. 39 Abs. 1 REG (brZ). Nach dieser Vorschrift gilt die Rückerstattungspflicht als Rechtsmangel im Sinne des § 439 BGB. Die Haftung der Beklagten für einen solchen Mangel hängt danach davon ab, daß die Klägerin zur Rückerstattung der von ihrem Vater erworbenen Aktien verpflichtet war und diese Verbindlichkeit erfüllt hat.

Das Berufungsgericht hat das letztere angenommen und die Frage, ob eine die Rückerstattungspflicht begründende Entziehung der Aktien stattgefunden hat, nach den Vorschriften des Rückerstattungsgesetzes für die frühere britische Besatzungszone beurteilt. Gegen die Anwendung dieses Gesetzes und damit seiner Art. 1 bis 3, 11, 17 bestehen keine rechtlichen Bedenken.

Anzuwenden ist das Rückerstattungsgesetz, in dessen räumlichem Geltungsbereich der zurückzuerstattende Vermögensgegenstand zur Zeit der Anmeldung des Anspruchs "belegen" war. Dieser Grundsatz ist im Anschluß an das Schrifttum von den Obersten Rückerstattungsgerichten für die britische Zone und für Berlin mehrfach ausgesprochen worden, wenn es zweifelhaft war, ob Anknüpfungsmerkmale für die Anwendung eines Rückerstattungsgesetzes gegeben waren (ORG Berlin RzW 56, 205; ORG Berlin RzW 56, 249; BOR RzW 54, 288). Der Bundesgerichtshof ist noch einen Schritt weitergegangen: Für die Anwendung eines der im Bereich der Bundesrepublik erlassenen Rückerstat-

tungsgesetzes genügt es, wenn sich unrechtmäßig entzogene Vermögensgegenstände innerhalb des Geltungsbereiches des Gesetzes feststellen lassen (IM Nr. 1 zu Art. 21 REG (amZ)). Wird die Rückerstattung der nach sachenrechtlichen Grundsätzen zu übertragenden Inhaberaktien verlangt, so bestimmt sich das anzuwendende Recht zunächst nach dem Ort, an dem sich zur Zeit der Anmeldung der Ansprüche die Aktienurkunden befanden (lex cartae sitae, vgl. RGZ 107, 44). In diesem Zeitpunkt; waren die früher im Bereich des sowjetischen Sektors von Berlin verwahrten Aktien nicht mehr vorhanden. Selbst wenn das anders gewesen wäre, folgt aus § 3 WBG, daß der Ort, an dem sich die Aktienurkunden im maßgeblichen Zeitpunkt befanden, nicht mehr von Belang sein kann. Wurden diese Aktien nämlich, wie hier nach §§ 1 bis 3 WBG schon vor Anmeldung der Rückerstattungsansprüche mit dem 1. Oktober 1949 kraftlos, so verloren sie damit jegliche rechtliche Bedeutung für die Übertragung der Mitgliedschaftsrechte an der Körperschaft. Deshalb muß der Ort ihrer Verwahrung als Anknüpfungsmerkmal für das anzuwendende Recht ausscheiden.

Der Verlust oder das Kraftloswerden der Aktienurkunden läßt die Mitgliedschaftsrechte der Aktionäre grundsätzlich unberührt. Das zeigt schon § 66 AktG. Auf dieser Trennung zwischen der Urkunde und dem durch sie verbrieften Recht beruht auch die Wertpapierbereinigung auf Grund des schon mehrfach erwähnten Gesetzes. Seine Vorschriften gewähren anstelle der kraftlos gewordenen Urkunden einen Ersatz, nämlich das Miteigentum an einer vom Aussteller der Aktienurkunden vorzulegenden Sammelurkunde (§§ 9, 12, 13 WBG).

Dieses Recht erhält aber nur derjenige Inhaber eines Mitgliedschaftsrechtes, der seine Berechtigung nach § 14 WBG fristgerecht bei der Prüfstelle angemeldet und dabei das Wertpapier so genau wie möglich bezeichnet hat (§ 16 WBG). Der an die Stelle des kraftlos gewordenen Wertpapiers vom Gesetz gewährte Anspruch auf das Miteigentum an der Sammelurkunde ist zugleich mit dem Mitgliedschaftsrecht selbst am Wohnort der zur Anmeldung berechtigten Person belegen und mindestens dort feststellbar (vgl. auch Wengler NJW 1954, 738 ff).

Damit bestimmt sich das anzuwendende Rückerstattungsrecht im vorliegenden Falle nach dem damaligen Wohnort der Klägerin, also nach dem Rückerstattungsgesetz der früheren britischen Zone. Unabhängig davon ergibt sich aus dem Sitz der Verwaltung der Me [REDACTED] AG in N [REDACTED] auch für die Mitgliedschaftsrechte dieser Gesellschaft und deren Übertragung die Anwendung des Rückerstattungsgesetzes der früheren amerikanischen Zone. Das kann auf sich beruhen, so daß nicht zu prüfen ist, ob der Rückerstattungsberechtigte A [REDACTED] seine Ansprüche auch nach diesem Gesetz form- und fristgerecht angemeldet hat.

2. Ob eine Entziehung der Aktienrechte stattgefunden hat und nach dem Rückerstattungsgesetz der früheren britischen Zone eine Rückerstattungspflicht besteht, ist nicht schon deshalb zu bejahen, weil sich die Klägerin durch den am 24. Mai 1951 vor dem Wiedergutmachungsamt für Mittel- und Oberfranken in Fürth i. Bayern abgeschlossenen Vergleich zur Rückerstattung verpflichtet hat. Ein solcher Vergleich bindet den Rückgriffsgegner in der Regel nicht, wie das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum angenommen hat. Entscheidend ist vielmehr, ob der Vergleich der wirklichen Rechtslage entsprach (BGHZ 11, 6, 9).

Das ist mit dem Berufungsgericht zu bejahen. Nach Art. 3 REG (brZ) wird zugunsten des Rückerstattungsberechtigten A. vermutet, daß die Voräußerung seiner Aktien im Mai 1938 eine ungerechtfertigte Entziehung war. Das Berufungsgericht ist von dieser Rechtslage ausgegangen. Es hat im Anschluß daran untersucht, ob die Vermutung nach Abs. 2 des Art. 3 REG (brZ) hier dadurch widerlegt werde, daß Aron einen angemessenen Kaufpreis zur freien Verfügung erhalten habe. Das Berufungsgericht hat das letztere verneint, weil der von der Beklagten an A. gezahlte Kaufpreis verfolgungsbedingten Verfügungsbeschränkungen unterworfen gewesen sei. Die Revision äußert Zweifel, ob diese rechtliche Würdigung mit dem vom Berufungsgericht hierzu festgestellten Sachverhalt vereinbar ist.

Auf diese Zweifel braucht nicht weiter eingegangen zu werden, weil es auf die Frage der freien Verfügung nicht ankommt. Das Berufungsgericht und die Revision haben nicht bedacht, daß die erwähnte Vermutung einer ungerechtfertigten Entziehung bei Voräußerungen, die sich in der Zeit vom 15. September 1935 bis zum 8. Mai 1945 abgespielt haben, nicht schon dadurch widerlegt wird, daß der Verkäufer einen angemessenen Kaufpreis zu seiner freien Verfügung erhalten hat. Nach Art. 3 Abs. 3 des Gesetzes muß hinzukommen, daß nach der Überzeugung des Tatrichters ein in diesem Zeitraum abgeschlossenes Rechtsgeschäft auch ohne die Herrschaft des Nationalsozialismus zustande gekommen wäre oder der Erwerber den Schutz der Vermögensinteressen des Berechtigten in besonderer Weise und mit wesentlichem Erfolge wahrgenommen hat. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat Aron sich von seinen Aktien erst getrennt, nachdem der Bankier Wa. und der damalige Aufsichtsratsvorsitzende der Gesellschaft im Frühjahr

1938 bei ihm erschienen waren und ihn dazu veranlaßt hatten. Dies war, wie keiner weiteren Begründung bedarf, die Folge solcher Gesetzesvorschriften, die die Ausschaltung der Juden aus dem Wirtschaftsleben herbeiführen sollten. Nur infolge der Herrschaft des Nationalsozialismus konnte also die Beklagte die Aktien erwerben. Von einer Widerlegung der Entziehungsvormutung kann bei diesem Sachverhalt keine Rede sein.

3. Die Sondervorschriften über den Schutz der ordnungsmäßigen Geschäftsverkehr erworbenen Inhaberaktien stehen dem Rückerstattungsanspruch nicht entgegen. Dieser Schutz (Art. 17 Abs. 1 REG (brZ)) versagt, wenn die veräußerten Inhaberaktien eine Beteiligung an einem Unternehmen mit geringer Gesellschafterzahl darstellten (Abs. 3 a20). Hierzu hat das Berufungsgericht festgestellt, daß neben A mit seiner bedeutenden Beteiligung von mehr als 60 % des Grundkapitals nur noch wenige Aktionäre mit unbedeutendem Aktienbesitz vorhanden waren. Bei einem solchen Beteiligungsverhältnis ist Art. 17 Abs. 1 BrREG unanwendbar.

4. Das Recht zum Rückgriff setzt ferner voraus, daß die Beklagte rückerstattungspflichtig war. Die Beklagte tritt dem entgegen und macht geltend, sie habe keine eigentümergeleiche Stellung im Sinne des Art. 11 BrREG innegehabt. Die hierzu von der Revision vorgebrachten Bedenken stehen im Mittelpunkt ihrer Ausführungen. Sie meint, bei der in diesem Zusammenhang gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise erlange die Bank beim Wertpapierhandel nur ein gebundenes Durchgangseigentum, das ihr nicht diejenige Stellung verschaffe, an die der Erfüllungsanspruch des § 440 BGB anknüpfe. Dabei macht es nach der Ansicht der Revision keinen Unterschied,

75

ob die Wertpapiere im Rahmen eines Kommissionsgeschäfts oder im bankgewerblichen Einzelhandel erworben worden seien. Für ihre Ansicht beruft sich die Revision vornehmlich auf die Abhandlungen von Opitz, die sich mit dem "Rückerstattungsschutz der Banken" befassen (Opitz, Die Rechtsnatur des Wertpapiereigenhandels, ZKredW 1951, 167; derselbe, Der Rückerstattungsschutz im bankgewerblichen Wertpapierhandel, ZKredW 1952, 183, 210, 257, 281; ferner, Eigentumserwerb der Bank im Wertpapierhandel?, ZKredW 1951, 564; derselbe, Eine Wendung im Rückerstattungsschutz, ZKredW 1957, 139 und ZKredW 1957, 607; schließlich der gleiche Verfasser, Börsen-, Kommissions- und Eigenhandelsgeschäft in der Rückerstattung, ZKredW 1958, 127).

Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte neigte ursprünglich dazu, die Banken selbst dann als rückerstattungspflichtige Ersterwerber anzusehen, wenn dem Eigentumserwerb an den Wertpapieren ein Kommissionsgeschäft mit Selbsteintritt zugrunde lag. Dem entsprechen die in RzW 1951, 6 (OLG Stuttgart), RzW 1951 106 (OLG München), ferner RzW 1956, 162 (OLG München) abgedruckten Entscheidungen. Dieser Ansicht hat sich auch der Board of Review in der RzW 1954, 290 wiedergegebenen Entscheidung angeschlossen, obwohl die Vorinstanz, das Oberlandesgericht Celle, die entgegengesetzte Auffassung zum Ausdruck gebracht hatte (RzW 1952, 268). Später hat das OLG Nürnberg mehrfach ausgesprochen, daß eine Bank nicht nach Art. 14 AmREG (= Art. 11 BrREG) als rückerstattungspflichtig anzusehen sei, wenn sie bei ihr deponierte Wertpapiere verfolgter Kunden durch Selbsteintritt übernommen und den Erlös nach Anweisung der Kunden verwertet hatte (OLG Nürnberg, RzW 1957, 66, ferner RzW 1957, 261). Nach Ansicht dieses Rückerstattungsgerichts hat die Bank in diesen Fällen keine eigentümergeleiche Stellung erworben.

Es kann dahingestellt bleiben, ob der Entwicklung der Rechtsprechung zu folgen ist, soweit es sich um Wertpapierkommissionsgeschäfte handelt. Da es sich nämlich bei den Aktien der Mo [REDACTED] AG zu allen Zeiten um Aktion ohne Börsennotiz gehandelt hat, vollzog sich der Erwerb der Bank in anderen Rechtsformen. Nach Nr. 29 Abs. 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken erwarb und veräußerte sie die Wertpapiere im Eigenhandel. Das bedeutet, daß dem Bankkunden ein fester Preis berechnet wird. Tritt die Bank dagegen als Kommissionärin auf, so stehen ihr neben dem amtlich festgesetzten Börsenkurs nur Maklergebühren und Provisionen zu. In diesem Falle muß die Bank einem Kunden sogar einen günstigeren Preis berechnen, falls sie bei pflichtmäßiger Sorgfalt die Anschaffung oder Veräußerung der Wertpapiere zu einem für den Kunden günstigeren als dem amtlich notierten Börsenkurs vornehmen konnte (§ 401 Abs. 1 HGB). Auch beim Kommissionsgeschäft mit Selbstointritt des Kommissionärs muß die Bank demnach die Interessen ihres Auftraggebers im Auge behalten. Eine solche Pflicht, fremde Interessen wahrzunehmen, fehlt beim Eigenhandel. Bei ihm ist die Bank vollständig frei, welchen Preis sie beim An- und Verkauf von Wertpapieren berechnen will. Als Eigenhändlerin kann sie jede wirtschaftliche Chance des Geschäfts ausnutzen. Daran ändert nichts, daß die Banken zuweilen auch beim Eigenhandel sich mit geringen Gewinnspannen begnügen. In solchen Fällen ist vielfach das Geschäft aus sonstigen Gründen so lohnend, daß die Gewinnhöhe daneben nicht ausschlaggebend ist.

Zeigt also der Eigenhandel ein anderes rechtliches und wirtschaftliches Gepräge als das Kommissionsgeschäft, so kann das für die Frage der Rückerstattungspflicht nicht außer Betracht bleiben. Als Eigenhändlerin kann die Bank nicht anders behandelt werden als jeder andere

Händler, auch wenn dieser, wie das in manchen Zweigen des Ein- und Ausfuhrhandels vorkommt, nur geringe Gewinnspannen verdienen kann. Ebenso ist unerheblich, daß die Bank auch im Falle des Eigenhandels beim Ankauf von Wertpapieren häufig sehr bald wieder ein Verkaufsgeschäft abschließt. Auch in diesem Punkte unterscheidet sich ein derartiger bankgewerblicher Wertpapierhandel nicht vom Ablauf der Geschäftsvorfälle in zahlreichen Zweigen des Groß-, Ein- und Ausfuhrhandels.

Diese rechtlichen und wirtschaftlichen Merkmale des Eigenhandels in unnotierten Aktien hält Opitz nicht für ausschlaggebend. Er meint in einer Reihe seiner bereits zitierten Abhandlungen, daß die Bank auch beim Eigenhandel nur ein gebundenes Durchgangseigentum erwerbe. Er beruft sich dafür vor allem auf § 31 DepG. Dieser einwand ist jedoch nicht stichhaltig. Es ist zwar richtig, daß nach § 31 aaO beim Wertpapiereigenhandel die Verpflichtungen zu erfüllen sind, die nach §§ 18 - 30 DepG den Kommissionär treffen. Ein Depotkunde soll beim Eigenhandel nicht weniger gesichert sein als beim Kommissionsgeschäft. Auch beim Konkurs des Eigenhändlers soll der Wertpapierkunde nicht schlechter gestellt sein als im Konkurs des Kommissionärs (§ 32 Abs. 1 und 2 DepG). Alle diese Vorschriften verfolgen jedoch nur den Zweck, dem Auftraggeber der Bank sobald als möglich Klarheit über die Abwicklung des Geschäfts und den Eigentumserwerb zu verschaffen. Dieser "Kundenschutz" beim Kommissionsgeschäft darf nicht dadurch ausgeschaltet werden, daß die Banken zum Eigenhandel übergehen. Deshalb wird in diesem Zusammenhang der Eigenhändler dem Kommissionär gleichgestellt (Anm. 2 zu § 31 bei Opitz in seinem Erläuterungswerk zum DepG).

Hieraus folgt aber nichts für die Frage der Rückerstattungspflicht nach Art. 11 des BrREG. Wer im Eigenhandel

erwirbt und veräußert, hat die Aktien frei von Rechtsmängeln zu liefern. Das ergibt sich nach dem Gesagten aus der Rechtsstellung des Eigenhändlers, der bei der Ausnutzung der in dem An- oder Verkauf liegenden Chancen jeden Vorteil ausnutzen kann. Irgendwelche rechtlichen Bindungen gegenüber dem Bankkunden schränken seine wirtschaftliche Bewegungsfreiheit dabei in der Regel nicht ein. Diese Umstände rechtfertigen es, die Rückerstattungspflicht einer Bank in einem solchen Falle zu bejahen. Bei dieser Rechtslage kommt es daher auf die Frage nicht an, ob die Tatsachengerichte die wirtschaftliche Stellung der Beklagten beim An- und Verkauf des A. [REDACTED] gehörenden Wertpapierpaketes im übrigen zutreffend beurteilt haben. Die Rüge, das Berufungsgericht habe bei der Beurteilung der Wertpapiergeschäfte § 286 ZPO verletzt, bedarf deshalb keiner Erörterung.

5. Das Recht zum Rückgriff setzt nach §§ 440 Abs. 2 und 3, 441 BGB, Art. 39 BrREG eine Rückgewähr des entzogenen Gegenstandes voraus. Die Beklagte hat eingewandt, daß die Klägerin eine solche Leistung nicht erbracht habe. Das Berufungsgericht hat aber mit Recht angenommen, daß es für die Anwendung des § 440 Abs. 3 BGB genügt, daß andere Angehörige der Gruppe K. [REDACTED] mit ihnen gehörenden Aktien auch die Ansprüche erfüllt haben, die Aron gegen die Klägerin gerichtet hatte. Aus dem Wortlaut des Vergleiches in Verbindung mit der Rücknahme des gegen die Klägerin gerichteten Rückerstattungsanspruchs ergibt sich ohne weiteres, daß durch die Rückgewähr von Aktien im Nennbetrag von 301.000 RM auch die gegen die Klägerin erhobenen Ansprüche abgegolten wurden. Aron wurde durch diese Leistung abgefunden. Da davon auszugehen ist, daß durch die Rückgewähr dieser Aktien durch andere Mitglieder des Konsortiums die Klägerin mit Ausgleichsverpflichtungen belastet worden ist, so ist ihr Anspruch auf Lieferung

von Aktien im Nennbetrage von nur 7.000 DM rechtlich begründet. Dieser Anspruch macht weniger als die Hälfte dessen aus, was der Rechtsvorgänger der Klägerin zunächst erworben hatte.

6. Die Revision muß aber aus anderen Gründen zur Aufhebung des Urteils führen. Gegenüber dem Anspruch der Klägerin auf Lieferung von Aktien im Nennbetrage von 7.000 DM hat die Beklagte eingewandt, solche Aktien seien nicht zu beschaffen. Dieser Einwand ist schlüssig, da sich der Anspruch nach § 440 BGB in erster Linie auf Erfüllung der ursprünglich eingegangenen Verpflichtung richtet (BGHZ 11, 16, 22; LM Nr. 1 zu Art. 21 AmREG). Nach der Auffassung des Berufungsgerichts sind die Schwierigkeiten bei der Beschaffung solcher Aktien nicht so übermäßig, daß sie zur Befreiung von der Erfüllungspflicht führen könnten. Es mag sein, wie das Berufungsgericht auf Grund der Darstellung der Beklagten angenommen hat, daß ein kleiner Teil der Aktien der Gesellschaft solchen Personen gehört, die mit dem Unternehmen nicht in besonderer Weise verbunden sind. Auf die Beschaffungsmöglichkeiten für die Lieferung von Aktien im Nennbetrage von 7.000 DM kann es aber nicht abgestellt werden. Für die Nachfrage nach Aktien kann es nicht nur auf den mit der Klage geltend gemachten Anspruch ankommen; es muß vielmehr auch in Betracht gezogen werden, in welchem Umfang der schon mehrfach erwähnte Vergleich Rückgriffsansprüche eröffnet. Diese Gesichtspunkte hat der Senat bei der Beurteilung der Frage berücksichtigt, ob und welche Schwierigkeiten dem Erfüllungsanspruch entgegenstehen (vgl. LM Nr. 1 zu Art. 21). Das Berufungsgericht hätte daher in diesem Zusammenhang nicht außer Betracht lassen dürfen, daß nach Lage der Sache eine Verurteilung zur Lieferung von Aktien an ein Mitglied

der Gruppe K [REDACTED] entsprechende Ansprüche der übrigen Mitglieder dieses Konsortiums auslösen wird. Es ist ausgeschlossen, daß die nachfolgenden Ansprüche der Mitglieder der Gruppe K [REDACTED] durch Lieferung von Aktien befriedigt werden können. Das scheitert schon daran, daß die gesamten Rückgriffsansprüche dieser Gruppe auf die Lieferung von Aktien im Nennbetrage von 301.000 DM lauten würden. Ein entsprechendes Aktienkapital steht nicht zur Verfügung. Die Beschaffung der mit der Klage verlangten Aktien ist somit der Beklagten nicht zuzumuten. Deshalb ist sie so zu behandeln, als ob die Erfüllung objektiv unmöglich sei.

7. Das Berufungsgericht hätte daher nur auf einen Schadenersatzanspruch erkennen dürfen. Schon aus diesem Grunde muß die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

8. Das Berufungsgericht wird dann zu prüfen haben, wie weit die von der Beklagten geltend gemachte Einrede aus § 242 BGB gegenüber dem Anspruch der Klägerin durchgreift. Die Revision hat eingewandt, daß die Durchsetzung der Schadenersatzansprüche in voller Höhe zu einem Ergebnis führe, das dem Rechtsempfinden grob zuwiderlaufe. Ob die zur Begründung dieser Auffassung geltend gemachten Gesichtspunkte es rechtfertigen, § 242 anzuwenden, kann dahinstehen. Bedenken begegnet jedenfalls der Hinweis der Revision, daß im Jahre 1938 die für die Aktion bezahlten Beträge schon stark entwertet waren. Das Berufungsgericht hätte aber in diesem Zusammenhang weiter aufklären müssen, in welchem Ausmaß der Erworber K [REDACTED] einen Anstoß zum Ankauf der Aktien durch die Beklagte gegeben hatte. In dem Urteil des Kammergerichts wird zwar hervorgehoben, daß weder der Erblasser der Klägerin noch die Käufergruppe K [REDACTED] an die Beklagte

herangetreten seien, um diese zum Ankauf von Aktien aus jüdischem Besitze zu veranlassen. Hiermit ist aber nicht ohne weiteres vereinbar, daß nach der Überzeugung des Berufungsgerichts Ankauf und Weiterverkauf der Aktien durch die Beklagte vor sich gingen, nachdem eine gewisse Verbindung zwischen allen Beteiligten geschaffen worden war.

Der Bankier Wa[REDACTED] war der Vertraute von A[REDACTED]. Er wollte, um Aron vor einem Vermögensverlust zu bewahren, dessen Aktienpaket veräußern. Er hat die Beklagte, bei der er angestellt war, nicht sofort veranlaßt, das Paket zu erwerben, sondern er hat sich nach Interessenten umgehört. Die Me[REDACTED] AG war nur ein verhältnismäßig kleines Unternehmen. Es ist denkbar, daß ein großes Paket ihrer Aktien nicht so leicht unterzubringen gewesen wäre. Wa[REDACTED] traf nun mit K[REDACTED] zusammen. Dieser war Elektrodiplomingenieur und hatte, wie behauptet worden ist, die Absicht, aus jüdischem Besitz Aktien zu erwerben, um auf diese Weise nicht nur Kapital anzulegen, sondern sich selbst eine Position in der Wirtschaft zu verschaffen. Durch Vermittlung von Wa[REDACTED] kaufte die Beklagte jetzt das Paket von A[REDACTED] und verkaufte gleichfalls durch Vermittlung von Wa[REDACTED] einen wesentlichen Teil dieses Pakets an die Gruppe K[REDACTED].

Für die Anwendung des § 242 BGB ist es nicht erforderlich, daß der Beklagten von den Mitgliedern der Gruppe K[REDACTED] schon ein bestimmter Auftrag erteilt worden war. Eine Verknüpfung zwischen dem An- und Verkauf liegt vor, wenn die Beklagte nur Aussicht hatte, einen bedeutenden Posten der zu beschaffenden Aktien alsbald an die Gruppe K[REDACTED] abgeben zu können. Liegt ein solcher Zusammenhang zwischen den Geschäften vor, so wird er dazu führen können, der Klägerin einen Teil der Schadenersatzansprüche zu versagen. Den vollen Ausgleich des Schadens zu gewähren,

ist mit dem Gerechtigkeitsempfinden unvereinbar, wenn der Geschädigte selbst dazu beigetragen hat, daß ihm solche Aktien geliefert wurden, die mit Rechtsmängeln behaftet waren. Das hat der Senat schon in der unter Nr. 7 zu Art. 39 BrREG bei LM abgedruckten Entscheidung ausgeführt.

Für die Entscheidung der Frage, in welchem Umfang die Einrede aus § 242 BGB durchgreift, kommt es wesentlich darauf an, in welchem Maß der Wunsch K., einen bedeutenden Posten der Aktien zu erwerben, ursächlich für ihren Ankauf durch die Beklagte gewesen ist. Sollte sich ergeben, daß die Beklagte die Aktien nicht erworben hätte, wenn ihr K. nicht zuvor als Abnehmer für diesen Posten benannt worden wäre, dann könnte, falls auch die Klägerin die Zusammenhänge gekannt hätte, die Einrede aus § 242 BGB möglicherweise insoweit durchgreifen, als die Klägerin mehr als die von ihr selbst für den Erwerb der Aktien gemachten Aufwendungen ersetzt verlangt.

Für die Entscheidung, ob und in welchem Ausmaß die Zubilligung des Schadenersatzes in voller Höhe mit § 242 BGB unvereinbar ist, wird weiter von Belang sein, welchen Wert die Aktien heute verkörpern. Eine ungewöhnliche, die Kursentwicklung bei anderen Elektrowerten übertreffende Wertsteigerung kann nicht in voller Höhe zu Lasten der Beklagten gehen. Auch das hat der Senat in der NJW RzW 1958, 58 abgedruckten Entscheidung bereits ausgeführt. Es mag sein, daß der von der Klägerin bisher geltend gemachte Hilfsanspruch, ihr 10.000 DM Schadenersatz zu gewähren, auf alle Fälle gerechtfertigt ist. Die Beurteilung dieser Frage steht aber allein dem Tatrichter zu.

Um entscheiden zu können, ob der von der Klägerin verlangte Schadenersatzanspruch begründet ist, wird er die volle Höhe des Schadens prüfen und danach beurteilen müssen, ob die Anwendung des § 242 BGB in Betracht kommt. Ist dies der Fall, ist zu bestimmen, in welcher Höhe die Schadensersatzansprüche der Klägerin verkürzt werden und ob danach die jetzt geltend gemachten Ansprüche bestehen bleiben können.

Ascher Johannsen v. Werner Maaß Dr. Loewenheim