

Eingegangen

04. JUNI 1998

BUNDESGERICHTSHOF RA Dr. Christoph Klaas

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 79/97

Verkündet am:
12. Mai 1998
Weber
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

[REDACTED]

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Klaas -

gegen

[REDACTED]

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. Brandner
und Dr. Kummer -

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Mai 1998 durch den Vorsitzenden Richter Schimansky und die Richter Dr. Schramm, Dr. Siol, Nobbe und Dr. Müller

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel des Klägers wegen im Kostenpunkt und insoweit, als zum Nachteil des Klägers erkannt worden ist, das Urteil des 19. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 7. Januar 1997 aufgehoben und das Urteil der Zivilkammer 19 des Landgerichts Berlin vom 21. Mai 1996 abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger über den vom Landgericht zuerkannten Betrag von 119.135,14 DM nebst Zinsen hinaus 5% Zinsen über dem jeweiligen Diskontsatz der Deutschen Bundesbank aus 250 DM für die Zeit vom 16. März 1990 bis zum 20. Juni 1991, aus 566 DM für die Zeit vom 21. Juni bis zum 16. Juli 1991, aus 914 DM für die Zeit vom 17. bis zum 22. Juli 1991 und aus 1.814 DM seit dem 23. Juli 1991 zu zahlen, abzüglich bereits ausgeurteilter 4% Zinsen aus 1.814 DM seit dem 7. Februar 1996.

Im übrigen bleibt die Klage unter Zurückweisung der weitergehenden Rechtsmittel des Klägers abgewiesen.

Die Kosten der ersten und der zweiten Instanz tragen der Kläger zu 42% und die Beklagte zu 58%. Von den Kosten der Revisionsinstanz fallen dem Kläger 59% und der Beklagten 41% zur Last.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger verlangt von der beklagten Bank die Erstattung des Verlustes aus Geschäften mit Devisenoptionsscheinen sowie die Herausgabe von Nutzungen.

In den Jahren 1990 und 1991 erteilte der Kläger, vertreten durch seinen Vater, der Beklagten mehrere Aufträge zum Kauf und Verkauf selbständiger Dollaroptionsscheine. Die Beklagte erwarb die Scheine im eigenen Namen und auf eigene Kosten an der Börse, lieferte sie in das Depot des Klägers, belastete sein bei ihr geführtes Kontokorrentkonto mit den Kaufpreisen sowie der Courtage und schrieb Verkaufserlöse gut. Durch die Geschäfte fielen am 15. März 1990, 20. Juni, 16. und 22. Juli 1991 Provisionen der Beklagten in Höhe von 250 DM, 316 DM, 348 DM und 900 DM, insgesamt 1.814 DM, an, die ebenfalls dem Kontokorrentkonto belastet wurden.

Die Geschäfte mit den Dollaroptionsscheinen endeten für den Kläger mit einem Verlust von insgesamt 119.135,14 DM. Diesen sowie aus dem Betrag gezogene Nutzungen in Höhe von 81.091,75 DM für die Zeit bis zum 31. Dezember 1995 zuzüglich 5% Zinsen über dem jeweiligen Diskontsatz der Deutschen Bundesbank seit dem 1. Januar 1996, aufgezinst zu jedem Quartalsbeginn, und weitere 4% Prozeßzinsen verlangt der Kläger von der Beklagten erstattet.

Er macht geltend, alle Optionsscheingeschäfte seien unverbindlich, da er als Maschinenbauingenieur nicht börsentermingeschäftsfähig sei. Aus dem zu Unrecht verein-

nahmen Betrag von 119.135,14 DM habe die Beklagte Nutzungen in Höhe von 5% über dem jeweiligen Diskontsatz, aufgezinst zu jedem Quartalsbeginn, gezogen. In gleicher Höhe seien ihm Gewinne entgangen.

Das Landgericht hat der Klage über 200.226,89 DM zuzüglich Zinsen nur in Höhe von 119.135,14 DM nebst 4% Zinsen seit Rechtshängigkeit stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Berufungen beider Parteien zurückgewiesen. Mit seiner Revision erstrebt der Kläger die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung weiterer 81.091,75 DM zuzüglich Zinsen. Die Beklagte verfolgt mit ihrer Revision den Klageabweisungsantrag weiter. Der erkennende Senat hat die Revision der Beklagten nicht angenommen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision des Klägers, über die allein noch zu entscheiden ist, ist nur zu einem geringen Teil begründet.

I.

Das Berufungsgericht hat Ansprüche des Klägers auf Herausgabe gezogener Nutzungen aus ungerechtfertigter Bereicherung und auf Ersatz eines entgangenen Gewinns aus Verschulden bei Vertragsschluß verneint und dazu im wesentlichen ausgeführt:

Es könne nicht davon ausgegangen werden, daß die Beklagte aus dem ausgeurteilten Betrag von 119.135,14 DM Nutzungen gezogen habe. Die von der Beklagten erbrachten

Leistungen zur Anschaffung der Optionsscheine und die vom Konto des Klägers abgebuchten Beträge seien zwar nicht identisch, aber wirtschaftlich gleichzusetzen. Die Möglichkeit, aus den abgebuchten Beträgen tatsächlich Nutzungen zu ziehen, sei durch die eigenen Aufwendungen der Beklagten für die Anschaffung der Optionsscheine entfallen.

Nach der risikoreichen Anlagestrategie, die der Kläger, vertreten durch seinen Vater, verfolgt habe, könne auch nicht davon ausgegangen werden, daß er bei gehöriger Information nach § 53 Abs. 2 BörsG eine renditestarke Anlage gewählt und daraus Gewinne in der geltend gemachten Höhe erzielt hätte. Die Möglichkeit, daß Gewinne gemacht worden wären, sei nicht größer als die, daß Gewinne und Verluste sich ausgeglichen hätten.

II.

Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung zwar im wesentlichen, nicht aber in allen Punkten stand.

1. Dem Kläger steht gemäß §§ 812 Abs. 1 Satz 1, 818 Abs. 1 BGB ein Anspruch auf Herausgabe von Nutzungen in Höhe von 5% über dem jeweiligen Diskontsatz der Deutschen Bundesbank aus den von der Beklagten vereinnahmten, nach §§ 52, 53 Abs. 1 BörsG unverbindlichen Provisionen über insgesamt 1.814 DM zu.

a) Die Frage, ob ein Kunde, dessen Konto zu Unrecht mit Kaufpreisen aus unwirksamen Optionsgeschäften belastet worden ist, unter dem Gesichtspunkt der Herausgabe von

Nutzungen eine Verzinsung der belasteten Beträge verlangen kann, ist streitig.

Ein Teil der instanzgerichtlichen Rechtsprechung und der Literatur ist der Ansicht, die Bank erwerbe durch unberechtigte Sollbuchungen im Zusammenhang mit unverbindlichen Optionsscheingeschäften einen wirtschaftlich nutzbaren Vermögenswert und müsse die daraus erzielten Nutzungen gemäß § 818 Abs. 1 BGB an den Kunden herausgeben (OLG Frankfurt ZIP 1993, 1855, 1859 f.; OLG Zweibrücken WM 1995, 1272, 1275 f.; OLG Stuttgart ZIP 1996, 2162, 2163 f.; OLG Saarbrücken ZIP 1997, 1961 f.; OLG Karlsruhe EWiR 1997, 983; LG Hamburg ZIP 1992, 615, 616; LG Frankfurt ZIP 1997, 975, 976; LG Düsseldorf EWiR 1997, 981; Tilp, in: Allmendinger/Tilp, Börsentermin- und Differenzgeschäfte Rdn. 535; Kälberer ZIP 1997, 1055, 1056 f.; Drygala EWiR 1997, 981, 982).

Ein anderer Teil ist demgegenüber der Auffassung, ein Anspruch auf Herausgabe von Nutzungen bestehe nicht, soweit die Bank ihrerseits für den Erwerb der Optionsscheine habe Aufwendungen machen müssen, denn insoweit habe sie keine Gelegenheit, Nutzungen aus den Beträgen zu ziehen, die sie ihrem Kunden belastet habe (OLG Frankfurt ZIP 1997, 1740, 1743; LG Hannover WM 1996, 2111, 2112; AG Kaufbeuren WM 1996, 672, 673; Allmendinger, in: Allmendinger/Tilp, aaO Rdn. 525 ff.; Koller WuB I G 7. - 6.96; Zeller WuB I G 1. - 4.97; Hartung EWiR 1997, 983, 984).

b) Der erkennende Senat, der zu der Frage noch nicht Stellung genommen hat, entscheidet den Streit dahin, daß eine Bank zur Herausgabe von Nutzungen nur insoweit ver-

pflichtet ist, als ihr im Zusammenhang mit unverbindlichen Börsentermingeschäften ein Vermögenswert zugeflossen ist, den sie wirtschaftlich nutzen kann.

aa) Nach § 818 Abs. 1 BGB sind nur die tatsächlich gezogenen Nutzungen herauszugeben (BGHZ 115, 268, 270; Senatsurteil vom 24. September 1996 - XI ZR 185/94, WM 1996, 2247, 2250). Einen Kaufpreis für Optionsscheine kann eine Bank zur Anlage am Kapitalmarkt nutzen, wenn und soweit sich ihre Anlagemittel dadurch erhöht haben. Das ist nicht der Fall, wenn die Bank die Optionsscheine nach Erteilung der Order des Kunden im eigenem Namen an der Börse erwirbt und dafür ihrerseits den entsprechenden Kaufpreis aufwenden muß. In einem solchen Fall erhöhen sich ihre Mittel, die zur Anlage zur Verfügung stehen, nur in Höhe ihrer Provision. Nur daraus kann sie tatsächlich Nutzungen ziehen, nicht aber aus dem (übrigen) vereinnahmten Kaufpreis für die Optionsscheine. Eine Bereicherung der Bank durch tatsächlich gezogene Nutzungen, die § 818 Abs. 1 BGB ausgleichen soll, ist insoweit ausgeschlossen.

bb) Dem kann nicht mit Erfolg entgegengehalten werden (vgl. aber OLG Saarbrücken ZIP 1997, 1961; Kälberer ZIP 1997, 1055, 1056; Tilp, in: Allmendinger/Tilp, aaO Rdn. 535), die Bank, die die Kauforder eines Kunden mit Hilfe der Börse ausführe, leite nicht den Kaufpreis weiter, den sie ihrem Kunden belaste, sondern setze bei der Beschaffung der Optionsscheine eigenes Kapital ein und stelle einen eigenen unklagbaren Anspruch gegen den Kunden ins Kontokorrentkonto ein, der Einwand der Entreicherung nach § 818 Abs. 3 BGB wegen eigener Aufwendungen bei der

Beschaffung der Optionsscheine stehe der Bank gegenüber einem nicht termingeschäftsfähigen Kunden nicht zu.

(1) Letzteres trifft allerdings zu. Die Beantwortung der Frage, inwieweit nach eingetretener Bereicherung der Schuldner Aufwendungen im Zusammenhang mit der Erlangung des Bereicherungsgegenstands bereicherungsmindernd geltend machen kann, hängt maßgeblich davon ab, wer nach den Vorschriften des fehlgeschlagenen Geschäfts das Entreichungsrisiko zu tragen hat (BGHZ 109, 139, 145; 116, 251, 256; s. auch Senatsurteil vom 26. September 1995 - XI ZR 159/94, WM 1995, 1950, 1952). Dieses Risiko trifft nach dem Börsengesetz die Bank. Der von §§ 52 ff. BörsG bezweckte Schutz des nicht termingeschäftsfähigen Publikums würde leerlaufen, wenn Banken in Höhe ihrer Aufwendungen bei der Beschaffung von Optionsscheinen oder im Zusammenhang mit anderen Börsentermingeschäften den Entreichungseinwand erheben könnten. Der Bundesgerichtshof ist dementsprechend ohne weiteres davon ausgegangen, daß sich die Bank gegenüber dem Bereicherungsanspruch eines nicht termingeschäftsfähigen Kunden nicht auf einen Wegfall der Bereicherung gemäß § 818 Abs. 3 BGB durch eigene Beschaffungsaufwendungen berufen kann (vgl. BGH, Urteil vom 6. Mai 1985 - II ZR 227/84, WM 1985, 744, 745).

(2) Daraus folgt indes nicht, daß solche Aufwendungen für die Erledigung der Kundenorder mit Hilfe der Börse auch im Rahmen des § 818 Abs. 1 BGB nicht zu berücksichtigen sind. Daß sich der Bereicherungsschuldner - wie hier - auf eine tatsächlich eingetretene Entreichung nach § 818 Abs. 3 BGB nicht berufen kann, weil §§ 52 ff. BörsG ihm das Entreichungsrisiko aufbürden, besagt nicht, daß er

sich so behandeln lassen muß, als habe er aus dem Bereicherungsbetrag Nutzungen gezogen, obwohl ihm in Höhe der Entreichung ein wirtschaftlich nutzbarer Vermögenswert tatsächlich nicht zur Verfügung stand. Es muß insoweit unterschieden werden zwischen der rechtlichen Verteilung des Entreichungsrisikos und dem tatsächlich zur Ziehung von Nutzungen zur Verfügung stehenden Vermögen. Der Bereicherungsschuldner würde ansonsten schlechter stehen, als er ohne die unverbindlichen Börsentermingeschäfte gestanden hätte. Das ist mit § 818 Abs. 1 BGB, der nur zur Herausgabe tatsächlich gezogener Nutzungen verpflichtet, sowie mit dem Sinn und Zweck der §§ 812 ff. BGB, die, von der verschärften Haftung nach §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1 BGB abgesehen, nur eine tatsächlich eingetretene Bereicherung ausgleichen wollen, nicht vereinbar.

cc) Die vorstehenden Ausführungen bedeuten nicht, daß die Bank bei einem debitorisch geführten Girokonto berechnete Sollzinsen, die auf Ansprüche aus unverbindlichen Börsentermingeschäften entfallen und in Rechnungsabschlüssen und Saldenanerkennnisse eingegangen sind, behalten dürfte. Da die Belastungen aus solchen Geschäften nach Kondiktion der Anerkenntnisse bei der erforderlichen Neuberechnung des Girokontos nicht zu berücksichtigen sind, entfallen auch die durch die Belastungen bedingten Sollzinsen, ohne daß auf § 818 Abs. 1 BGB zurückgegriffen werden müßte.

c) Eine Herausgabe tatsächlich gezogener Nutzungen in Form von Zinsen kommt danach hier nur in Betracht, soweit die Beklagte, die die vom Kläger geordneten Optionsscheine ihrerseits an der Börse gekauft und bezahlt hat, bei den

Geschäften eine Provision vereinnahmt hat. Das ist nach den vorgelegten Wertpapierabrechnungen nur in Höhe von 1.814 DM der Fall. Daß die beklagte Bank diesen Betrag zinsbringend angelegt hat, entspricht der Lebenserfahrung (vgl. BGHZ 64, 322, 323; 102, 41, 48).

aa) Die Höhe des Zinssatzes ist, wenn - wie hier - hinreichende Angaben zur Berechnung der durchschnittlichen Wiederanlagezinsen fehlen, gemäß § 287 Abs. 1 ZPO zu schätzen. Dabei sind das allgemeine Zinsniveau und seine Veränderungen in dem Zeitraum, in dem der Betrag zur Anlage zur Verfügung steht, zu berücksichtigen. Dies kann durch Anknüpfung an den Diskontsatz und einen Aufschlag von 5% geschehen.

(1) Bei Krediten mit Ausnahme von Realkrediten können Banken ihren Verzugsschaden auch außerhalb des Anwendungsbereichs des § 11 Abs. 1 VerbrKrG nach einem Zinssatz von 5% über dem jeweiligen Diskontsatz abstrakt berechnen (BGHZ 115, 268, 273 f.; Senatsurteil vom 18. Februar 1992 - XI ZR 134/91, WM 1992, 566, 567; Senatsbeschuß vom 3. Mai 1995 - XI ZR 195/94, WM 1995, 1055).

(2) Was bei der Berechnung des Verzugsschadens zugunsten von Banken gilt, muß bei der Schätzung von Nutzungszinsen nach § 818 Abs. 1 BGB auch zu ihren Lasten gelten; in beiden Fällen geht es um die Höhe der Wiederanlagezinsen. Daß der Zinsertrag der Bank durch Aufwendungen und Zinsausfälle gemindert wird, ist ohne substantiiertes Vorbringen im Rahmen der Schätzung nach § 287 Abs. 1 ZPO nicht zu berücksichtigen. Erfahrungsgemäß liegt ein Zinssatz von 5% über dem jeweiligen Diskontsatz nicht unerheb-

lich unter den Zinssätzen, die Banken üblicherweise für Kontokorrentkredite oder gar für Ratenkredite berechnen (vgl. Monatsberichte der Deutschen Bundesbank für Kontokorrent- sowie für Ratenkredite, Statistischer Teil). Wenn eine Bank die Forderung von Nutzungszinsen in Höhe von 5% über dem jeweiligen Diskontsatz durch ihren Kunden nicht akzeptieren will, steht es ihr frei, zur geringeren Höhe von ihr gezogener Nutzungen unter Darlegung ihres Zinsgewinnungsaufwands und ihrer Zinsausfälle substantiiert vorzutragen.

bb) Die von der Beklagten gezogenen Nutzungen sind danach ausgehend von den ohne Rechtsgrund vereinnahmten Provisionsbeträgen anhand eines Zinssatzes von 5% über dem jeweiligen Diskontsatz der Deutschen Bundesbank ohne Kapitalisierung der Zinsen nach bestimmten Zeitabschnitten, die auch bei der abstrakten Berechnung eines Verzugsschadens nicht stattfindet (vgl. § 11 Abs. 1 VerbrKrG), zu berechnen. Auszugehen ist dabei für die Zeit vom 16. März 1990 bis zum 20. Juni 1991 von einem zu verzinsenden Betrag von 250 DM, für die Zeit vom 21. Juni bis zum 16. Juli 1991 von einem solchen von 566 DM, für die Zeit vom 17. bis zum 22. Juli 1991 von 914 DM und danach von 1.814 DM.

2. Ein weitergehender Anspruch steht dem Kläger auch nicht unter dem Gesichtspunkt von Schadensersatz wegen schuldhafter Aufklärungspflichtverletzung der Beklagten bei Abschluß der Optionsscheingeschäfte zu.

Für die geforderte Verzinsung des eingesetzten Kapitals in Höhe von 5% über dem jeweiligen Diskontsatz der

Deutschen Bundesbank fehlt ausreichend substantiiertes Vorbringen. Der Kläger hat nicht dargelegt, in welchen Papieren er das zur Verfügung stehende Kapital bei ordnungsgemäßer Aufklärung über die Risiken von Geschäften mit Optionsscheinen angelegt hätte. Er hat insoweit lediglich vorgetragen, es wären renditestarke Geschäfte in Aktien und in Aktienoptionsscheinen vorgenommen worden. Die Annahme, daß bei diesen Spekulationsgeschäften über Jahre eine vierteljährlich aufgezinste Rendite von 5% über dem jeweiligen Diskontsatz erzielt worden wäre, ist durch nichts gerechtfertigt.

Es ist auch nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht aufgrund des Klägervorbringens unter Berücksichtigung der Darlegungs- und Beweiserleichterungen der §§ 252 BGB und 287 ZPO bei der Ausübung des ihm zustehenden Ermessens keinen Mindestschaden geschätzt hat. Seine Erwägung, die Möglichkeit, daß der Kläger bei Spekulationsgeschäften Gewinne erzielt hätte, sei nicht größer als die, daß Gewinne und Verluste sich ausgeglichen hätten, ist nicht ermessensfehlerhaft. Es muß insoweit berücksichtigt werden, daß Bankkunden bei Geschäften mit Optionsscheinen erfahrungsgemäß überwiegend Verluste erleiden und auch bei Spekulationen mit Aktien nicht ohne weiteres von einem Gewinn ausgegangen werden kann.

3. Neben dem Anspruch auf Herausgabe gezogener Nutzungen nach § 818 Abs. 1 BGB steht dem Kläger nicht auch noch ein Anspruch auf Prozeßzinsen zu (OLG Saarbrücken ZIP 1997, 1961, 1962; OLG Frankfurt ZIP 1997, 1740, 1743; a.A. OLG Hamm WM 1988, 1441, 1446). Prozeßzinsen haben die Funktion, den Nachteil auszugleichen, den der Kläger da-

durch erleidet, daß er infolge nicht rechtzeitiger Zahlung des Schuldners daran gehindert ist, einen ihm zustehenden Geldbetrag zu nutzen. Wenn dem Kläger - wie hier - ein Anspruch auf Herausgabe gezogener Nutzungen in Höhe von 5% über dem jeweiligen Diskontsatz zuerkannt wird, ist dieser Nachteil vollkommen ausgeglichen (Büttner BB 1970, 233, 236). Die zusätzliche Zubilligung von Prozeßzinsen von 4% würde ihn ohne Grund besser stellen, als er bei rechtzeitiger Zahlung gestanden hätte.

Da das Berufungsgericht dem Kläger bereits 4% Zinsen auch von den Provisionen über 1.814 DM seit Rechtshängigkeit zuerkannt hat, war der Anspruch des Klägers auf Herausgabe von Nutzungen nach § 818 Abs. 1 BGB entsprechend zu kürzen.

III.

Auf die Revision des Klägers war das Berufungsurteil daher aufzuheben (§ 564 Abs. 1 ZPO). Da es weiterer Feststellungen nicht bedurfte, war in der Sache selbst zu entscheiden (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO) und die Beklagte zur Zahlung von Zinsen auf die ohne Rechtsgrund vereinnahmten

Provisionen in Höhe von 5% über dem jeweiligen Diskontsatz der Deutschen Bundesbank zu verurteilen, abzüglich bereits ausgeteilter 4% Zinsen von 1.814 DM seit Rechtshängigkeit.

Schimansky

Dr. Schramm

Dr. Siol

Nobbe

Dr. Müller

Ausgefertigt

Justizangestellte

als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle