



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

XI ZR 164/00

Verkündet am:  
24. Juli 2001  
Weber,  
Justizhauptsekretärin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ:                    nein

-----

BGB §§ 675, 254 Dc, F

- a) Eine Bank, die einen tagesgültigen Wertpapierverkaufsauftrag nach Ablauf seiner Geltungsdauer ausführt, handelt rechtswidrig. Das gilt auch dann, wenn die rechtzeitige Auftragsausführung infolge eines Fehlers der Bank unterblieben war.
  
- b) Zur Frage der Anwendbarkeit des § 254 Abs. 2 BGB auf den Anspruch des Kunden auf Wiederbeschaffung zu Unrecht veräußerter Wertpapiere.

BGH, Urteil vom 24. Juli 2001 - XI ZR 164/00 - OLG Schleswig  
LG Itzehoe

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. Juli 2001 durch den Vorsitzenden Richter Nobbe und die Richter Dr. Siol, Dr. Bungereoth, Dr. van Gelder und Dr. Wassermann

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 4. Mai 2000 wird zurückgewiesen.

Auf die Rechtsmittel des Klägers werden das Urteil des 5. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 4. Mai 2000 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil des Klägers entschieden worden ist, sowie das Urteil der Einzelrichterin der 2. Zivilkammer des Landgerichts Itzehoe vom 18. November 1998 erneut geändert.

Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger 2.500 GS-Gutschriften über Aktien der EM. TV + Merchandising AG mit der Wertpapierkennnummer 568 480 Zug um Zug gegen Zahlung von 3.177,44 DM zu erteilen.

Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger verlangt von der beklagten Bank die Wiederbeschaffung verkaufter Aktien. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Kläger verwahrte im Sammeldepot der Beklagten 50 Aktien der EM. TV + Merchandising AG (im folgenden: EM. TV). Am Freitag, den 16. Januar 1998, erteilte er der Beklagten gegen 12 Uhr telefonisch den Auftrag, die Aktien "bestens - Börse Stuttgart - tagesgültig - variabel" zu verkaufen. Dieser Auftrag wurde bei der Beklagten versehentlich als "bestens - Börse Stuttgart - Verkauf Kasse" aufgenommen und kam am 16. Januar 1998 nicht mehr zur Ausführung. Am Abend des gleichen Tages erhielt der Kläger auf telefonische Nachfrage von der Beklagten die Auskunft, daß sein Auftrag nicht ausgeführt worden sei.

Am Montag, den 19. Januar 1998, plazierte die Beklagte den Verkaufsauftrag erneut an der Börse, wo er zum Kurs von 64 DM pro Aktie ausgeführt wurde. Nach Abzug von Gebühren und Provision schrieb sie dem Kläger 3.177,44 DM gut. Der Kläger erhielt am 20. Januar 1998 die Verkaufsabrechnung der Beklagten und forderte sie am Morgen des

21. Januar 1998 auf, den Verkauf zu stornieren und die Aktien in sein Depot wieder einzubuchen. Diese Aufforderung wiederholte er mit zwei Schreiben vom 27. Januar 1998 und vom 20. Februar 1998. Die Beklagte kam dem nicht nach, sondern lehnte die vom Kläger geforderte Stornierung mit Schreiben vom 27. Januar 1998 ausdrücklich ab.

Die Aktien der EM. TV, die zweimal im Verhältnis von insgesamt 1 zu 50 gesplittet wurden, erfuhren seit Januar 1998 erhebliche Kurssteigerungen.

Der Kläger verklagte die Beklagte zunächst auf Erteilung von 100, später (nach dem zweiten Aktiensplit) von 2.500 Aktiengutschriften, jeweils Zug um Zug gegen Zahlung von 3.177,44 DM. Er ist der Ansicht, die Beklagte habe seine Aktien, nachdem es am 16. Januar 1998 nicht zur Ausführung seines nur tagesgültigen Verkaufsauftrages gekommen sei, am 19. Januar 1998 nicht mehr verkaufen dürfen. Die Beklagte beruft sich darauf, daß der Kurs der Aktien am 19. Januar 1998 unstreitig höher war als am 16. Januar 1998, und macht geltend, durch die verspätete Auftragsausführung sei dem Kläger kein Schaden entstanden.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht hat die Beklagte zur Erteilung von 200 Aktiengutschriften verurteilt und die Berufung des Klägers im übrigen zurückgewiesen. Gegen das Berufungsurteil haben beide Parteien Revision eingelegt. Der Kläger verfolgt seine Klage in vollem Umfang weiter, die Beklagte erstrebt die Wiederherstellung des klageabweisenden landgerichtlichen Urteils.



Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten bleibt erfolglos. Die Revision des Klägers ist begründet und führt zur antragsgemäßen Verurteilung der Beklagten.

I.

Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im wesentlichen ausgeführt:

Da der tagesgültige Verkaufsauftrag des Klägers vom 16. Januar 1998 mit Ablauf dieses Tages seine Wirksamkeit verloren habe, sei die Beklagte am 19. Januar 1998 nicht mehr zum Verkauf der Aktien berechtigt gewesen. Mit der gleichwohl durchgeführten Veräußerung der Aktien habe sie gegenüber dem Kläger eine zum Schadensersatz verpflichtende positive Vertragsverletzung begangen.

Der Kläger müsse sich jedoch auf seinen Schadensersatzanspruch ein erhebliches Mitverschulden gemäß § 254 Abs. 2 BGB anrechnen lassen. Angesichts des Schreibens der Beklagten vom 27. Januar 1998, in dem diese eine Stornierung des Verkaufs vom 19. Januar 1998 unmißverständlich abgelehnt habe, sei der Kläger gehalten gewesen, seinerseits zur Abwehr künftiger weiterer Schäden einen Ersatzkauf vorzunehmen. Dabei sei ihm der Einsatz der ihm aus dem Aktienverkauf vom 19. Januar 1998 zugeflossenen 3.177,44 DM sowie weiterer Eigenmittel

von etwas mehr als 300 DM zuzumuten gewesen. Damit sei am Nachmittag des 27. Januar 1998 nach dem damaligen Kursstand der Erwerb von 46 EM. TV-Aktien möglich gewesen. Der Schadensersatzanspruch des Klägers reduziere sich deshalb auf ursprünglich 4 EM. TV-Aktien, aus denen infolge des Splittings nunmehr 200 Aktien geworden seien.

## II.

Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung nur teilweise stand.

1. Zutreffend ist allerdings der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, daß der auftraglose Aktienverkauf vom 19. Januar 1998 eine zum Schadensersatz verpflichtende positive Vertragsverletzung der Beklagten darstellt und daß der Schaden des Klägers im Verlust seiner Aktien liegt.

a) Dem kann nicht entgegengehalten werden (so aber Balzer EWiR § 325 BGB 2/2000, 759, 760), die Nichtausführung des Verkaufsauftrags am 16. Januar 1998 und der Aktienverkauf am 19. Januar 1998 seien als einheitliches Fehlverhalten der Beklagten zu bewerten, das angesichts des höheren Kurses der Papiere am 19. Januar 1998 keinen Schaden des Klägers verursacht habe. Beide Verhaltensweisen der Beklagten beruhen zwar auf der gleichen Ursache, nämlich der fehlerhaften Erfassung des vom Kläger am 16. Januar 1998 erteilten Verkaufsauftrags durch die Beklagte. Gleichwohl handelt es sich nach Art und Zeit

um zwei unterschiedliche Verfehlungen, deren Rechtsfolgen nicht miteinander vermengt werden dürfen. Am 16. Januar 1998 hat die Beklagte die gebotene Auftragsausführung schuldhaft unterlassen. Am 19. Januar 1998 hat sie mit dem auftraglosen Aktienverkauf durch positives Tun ihre Vertragspflichten verletzt und überdies unter Verstoß gegen § 823 Abs. 1 BGB rechtswidrig in die dingliche Rechtsstellung des Klägers als Inhaber der Aktien eingegriffen.

Die selbständige Bedeutung des auftraglosen Aktienverkaufs vom 19. Januar 1998 wird noch dadurch unterstrichen, daß die Beklagte dem Kläger am Abend des 16. Januar 1998 auf seine Nachfrage die Nichtausführung des zeitlich limitierten Verkaufsauftrages und damit den Fortbestand seiner Rechtsstellung als Inhaber der Aktien bestätigt hatte. Damit durfte einerseits der Kläger sich mit Recht weiterhin als Aktionär der EM. TV betrachten und hatte andererseits die Beklagte Anlaß, sich noch einmal um den nicht durchgeführten Auftrag zu kümmern. Das zeigt, daß die Rechtsverletzung vom 19. Januar 1998 nicht allein auf dem Fehler bei der Auftragsaufnahme, sondern auch auf dem Unterlassen einer rechtzeitigen Überprüfung beruht.

b) Der auftraglose Aktienverkauf vom 19. Januar 1998 kann entgegen der Ansicht der Revision der Beklagten auch nicht damit gerechtfertigt werden, daß die Beklagte aufgrund ihrer schuldhaften Nichtausführung des Verkaufsauftrages vom 16. Januar 1998 zum Schadensersatz und damit zur Nachholung des versäumten Verkaufs zum nächstmöglichen Zeitpunkt verpflichtet gewesen sei. Der Beklagten kann ein unzulässiger Eingriff in die Rechtsposition des Klägers nicht deshalb ge-



stattet sein, weil sie sich ihm gegenüber schon einmal pflichtwidrig verhalten hat.

Die im Geschäftsverkehr der Banken mit ihren Kunden bestehende Möglichkeit, tagesgültige Aufträge zum Kauf oder Verkauf von Wertpapieren zu erteilen, trägt der Schnellebigkeit des Geschäfts der Wertpapierspekulation Rechnung. Das, was der Kunde an einem Tag als vorteilhaft beurteilt und von ihm gewollt wird, kann ihm schon am nächsten Tag nachteilig erscheinen und seinem Willen nicht mehr entsprechen. Tagesgültige Kundenaufträge, die grundsätzlich nur an dem betreffenden Tag ausgeführt werden dürfen, haben daher den Sinn, daß es im Falle der Nichtausführung der freien Entscheidung des Kunden überlassen bleiben soll, ob er das gleiche Geschäft am nächsten Tag noch durchführen will. Kommt es - wie hier - infolge eines Fehlers der Bank zur Nichtausführung eines tagesgültigen Auftrages, so muß es der Einschätzung des Kunden überlassen bleiben, ob er darin einen Schaden oder im Gegenteil sogar einen Vorteil sehen will. Auf keinen Fall darf die Bank aus einem solchen Fehler die Befugnis ableiten, zu einem späteren Zeitpunkt ohne gültigen Kundenauftrag das versäumte, dem Kundenwillen jetzt möglicherweise nicht mehr entsprechende Geschäft nachzuholen.

Das gilt im vorliegenden Fall umso mehr, als die Beklagte dem Kläger am Abend des 16. Januar 1998 die Nichtausführung seines lediglich tagesgültigen Verkaufsauftrages mitgeteilt und dieser nicht mit einer Erneuerung des Auftrages reagiert hatte. Für einen objektiven Beobachter stand daher fest, daß der Kläger eine Nachholung des Aktienver-

kaufs zu einem späteren Zeitpunkt nicht wünschte. Die Beklagte durfte auch deshalb ihren früheren Fehler nicht zum Anlaß nehmen, entgegen den Absichten des Klägers dessen Aktien am 19. Januar 1998 zu verkaufen. Daß ihr die Interessenlage des Klägers verborgen geblieben war, weil sie seinen Auftrag vom Mittag des 16. Januar 1998 fehlerhaft erfaßt und ihren Fehler weder am Abend des 16. Januar noch am Morgen des 19. Januar bemerkt hatte, entlastet sie nicht.

2. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht jedoch den Schadensersatzanspruch des Klägers nach § 254 Abs. 2 BGB herabgesetzt.

a) Die Frage, ob die Schadensminderungsobliegenheit des Geschädigten nach § 254 Abs. 2 BGB in Fällen des rechtswidrigen Entzugs einer Sache oder eines Rechts überhaupt so weit geht, daß der Schädiger sich der geschuldeten Wiederbeschaffung unter Hinweis auf inzwischen gestiegene Marktpreise teilweise entziehen kann, braucht hier nicht entschieden zu werden. Ebenso kann offenbleiben, ob es für den Kläger, der die später eingetretene Kursentwicklung ja noch nicht kannte, am 27. Januar 1998 überhaupt zumutbar war, zu den schon damals nicht unerheblich angestiegenen Kursen eine Ersatzbeschaffung vorzunehmen und damit ein deutlich schlechteres Verhältnis von Chancen und Risiken in Kauf zu nehmen, als es bei seinem ursprünglichen, erheblich günstiger erworbenen Aktienbestand gegeben war. Selbst wenn beide Fragen zu bejahen sein sollten, ergäbe eine Abwägung der Verursachungs- und Verschuldensbeiträge beider Parteien, daß es nicht angemessen wäre, den Kläger mit einem Teil seines Schadens zu belasten.

b) Eine umfassende Abwägung der wechselseitigen Verursachungs- und Verschuldensbeiträge ist im gesamten Anwendungsbereich des § 254 BGB geboten. Auf sie kann im Rahmen des § 254 Abs. 2 Satz 1 weder bei der Alternative der Schadensabwendung noch bei der der Schadensminderung verzichtet werden (RGZ 156, 193, 206; Soergel/Mertens, BGB 12. Aufl. § 254 Rdn. 109; Palandt/Heinrichs, 60. Aufl. BGB § 254 Rdn. 51). Die in der Literatur (MünchKomm/Grunsky, 3. Aufl. § 254 BGB Rdn. 44 e.E.) vereinzelt vertretene Ansicht, daß der Geschädigte den vermeidbaren Schaden stets in vollem Umfang zu tragen habe, ist mit dem Wortlaut der Vorschrift nicht vereinbar, enthält einen Wertungswiderspruch sowohl zu § 254 Abs. 1 als auch zu § 254 Abs. 2 in der Alternative der unterlassenen Schadensabwendung und stellt überdies einen teilweisen Rückfall in das durch § 254 BGB überwundene Alles-oder-nichts-Prinzip dar.

c) Die gebotene Abwägung der wechselseitigen Verursachungs- und Verschuldensbeiträge hat das Berufungsgericht, wie die Revision des Klägers zu Recht rügt, rechtsfehlerhaft unterlassen, indem es ausschließlich auf die seiner Meinung nach vom Kläger begangenen Fehler abgestellt und nicht auch das Fehlverhalten der Beklagten in Betracht gezogen hat. Diese Abwägung kann der erkennende Senat auf der Grundlage der vom Berufungsgericht festgestellten Tatsachen nachholen. Sie führt zu dem Ergebnis, daß der Kläger keine Minderung seines Schadensersatzanspruchs hinzunehmen braucht.

aa) Ursächlich dafür, daß überhaupt ein Schaden entstanden ist, war allein das Verhalten der Beklagten, die am 19. Januar 1998 ohne

gültigen Auftrag des Klägers dessen Aktien verkauft hat. In diesem Zusammenhang trifft auch nur sie ein Verschulden, weil ihre Mitarbeiter den vom Kläger am 16. Januar 1998 lediglich tagesgültig erteilten Verkaufsauftrag fehlerhaft erfaßt haben.

bb) Für den Umfang, den dieser Schaden durch die spätere Kursentwicklung angenommen hat, hat die Beklagte ebenfalls die Hauptursache gesetzt, weil sie dem unverzüglich und wiederholt geltend gemachten berechtigten Verlangen des Klägers nach Wiederbeschaffung der Aktien beharrlich nicht nachgekommen ist. Eine Ursache für den Umfang des Schadens hat zwar auch der Kläger gesetzt, weil er die ablehnende Haltung der Beklagten nicht zum Anlaß genommen hat, eine Ersatzbeschaffung zu maßvoll angestiegenen Kursen vorzunehmen.

In diesem Zusammenhang wird jedoch das nur bei Bejahung der Zumutbarkeit der Ersatzbeschaffung am 27. Januar 1998 anzunehmende Verschulden des Klägers bei weitem durch das Verschulden der Beklagten übertroffen. Die Beklagte hatte, wie ihr Schreiben an den Kläger vom 27. Januar 1998 zeigt, ihren Fehler bei der Auftragsabwicklung frühzeitig erkannt und weigerte sich gleichwohl hartnäckig, den auftraglosen Aktienverkauf rückgängig zu machen. Damit handelte sie nicht nur objektiv rechtswidrig, sondern in außerordentlich schwerem Maße schuldhaft. Ihr vorangegangener Fehler hätte sie unbedingt veranlassen müssen, die Rechtslage - gegebenenfalls unter Einholung von Rechtsrat - besonders sorgfältig zu prüfen. Ihr muß dieser Vorwurf für den gesamten Zeitraum zwischen dem ersten Stornierungsverlangen und der letzten mündlichen Verhandlung des Berufungsgerichts gemacht werden.

Das Verschulden, das der Kläger sich allenfalls vorwerfen lassen muß, kann dagegen nur als verhältnismäßig gering bewertet werden. Er hatte bei seinem Verlangen nach Wiederbeschaffung der rechtswidrig verkauften Aktien das Recht auf seiner Seite. Außerdem muß berücksichtigt werden, daß dem Kläger seine Untätigkeit - bei Bejahung einer zumutbaren Ersatzbeschaffung für den 27. Januar 1998 - allenfalls für den kurzen Zeitraum zum Vorwurf gereichen kann, in dem der Kurs der EM. TV-Aktie noch nicht allzu stark angestiegen war.

III.

Das Berufungsurteil war daher im Kostenpunkt und insoweit aufzuheben, als zum Nachteil des Klägers entschieden worden ist (§ 564 Abs. 1 ZPO). Da weitere Feststellungen nicht zu treffen sind, konnte der Senat in der Sache selbst entscheiden (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO).

Nobbe

Siol

Bungeroth

van Gelder

Wassermann