

BayObLG 21 U 1897/03
5 O 6602/01 LG München II

Verkündet am 3.9.2003

Die Urkundsbeamtin:
Barbogiannis
Justizangestellte



**IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL**

In dem Rechtsstreit

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte ...

- Klägerin und Berufungsklägerin -

gegen

XY

- Beklagter und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwältin Dagmar Schön, Wilhelmstr. 32. 80801 München

wegen Forderung

erlässt der 21. Zivilsenat des Oberlandesgerichtes München durch die Richter am Oberlandesgericht Schmidt, Haußner und Dr. Klemm auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 24.06.2003 folgendes

ENDURTEIL

- I. Die Berufung vom 16.12.2002 wird zurückgewiesen.
- II. Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.
- III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung In Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Beklagte vor Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages
- IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

Der Senat begründet das Urteil gemäß § 540 Abs. 1 Satz 1 ZPO wie folgt:

Tatsächliche Feststellungen:

Die klagende Direkt-Brokerin verlangt nach Kündigung der Kontenverbindung von dem Beklagten den Ausgleich seines Kontokorrent- und Währungskontos.

Auf die tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts im angefochtenen Urteil wird Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO)

Das Landgericht hat die Klage als unbegründet abgewiesen. Hiergegen richtet sich die Berufung der Klägerin.

Die Klägerin beantragt zu erkennen:

1. Das Urteil des Landgerichts München II vom 16.12.2002 (Az. 5 O 6602/01) wird aufgehoben.
2. Es wird festgestellt, dass der Rechtsstreit aufgrund Zahlung in Höhe von EUR 511,29 (DM 1.000,00) erledigt ist.
3. Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin EUR 45.551,53 (DM 89.091,05) nebst 5% Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit 01.09.2001 und 5% Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz aus EUR 511,29 vom 01.09.2001 bis 12.10.2001 sowie vorgerichtliche Mahnkosten in Höhe von EUR 7,67 (DM 15,00) zu bezahlen.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Ergänzend wird auf die Berufungsbegründung der Klägerin vom 10.04.2003 (Bl. 161/170 d.A.), auf die Berufungserwiderung des Beklagten vom 23.05.2003 (Bl. 177/190 d.A.) und die weiteren Schriftsätze der Parteien im Berufungsverfahren Bezug genommen.

Begründung:

Die zulässige Berufung ist nicht begründet.

Der Senat hält die Auffassung des Landgerichts für zutreffend und nimmt auf das angefochtene Urteil (Bl. 123/141 d.A.) Bezug, in der für ein Berufungsurteil gesetzlich vorgeschriebenen (§ 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO) und zulässigen (BVerfG NJW 1996, 2785; 1999, 1387/1388) Kürze - die sich aus daraus erklärt, dass die Sache in der mündlichen Vorhandlung vor dem Senat sachlich und rechtlich eingehend erörtert wurde (vgl. hierzu Thomas/ Putzo/ Reichold. ZPO, 25. Auflage, § 313 Rn. 27) - wird ausgeführt:

I. Der Senat ist gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO n.F. an die tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts gebunden. Die strengen Voraussetzungen des § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO n.F., dass nämlich konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten, sind nicht erfüllt.

Der Senat teilt die Auffassung des Landgerichts, dass die Klageforderung durch wirksame Aufrechnung des Beklagten mit einer entsprechenden Schadensersatzforderung wegen positiver Vertragsverletzung des zwischen den Parteien zustande gekommenen Vertragsverhältnisses (Geschäftsbesorgungs- und Kommissionsvertrag; vgl. § 31 Abs. 1 Nr. 1 WpHG sowie § 385 Abs. 1 HGB) erloschen ist (§§ 387 - 389 BGB). Eine Wertung der Pflichtwidrigkeit als Verzug führt zum selben Ergebnis. Verzug kann auch eintreten, wenn sich die besondere Dringlichkeit der Leistung aus dem Vertragsinhalt ergibt (Palandt/ Heinrichs, BGB, 61. Auflage, § 284 Rn. 35 m.w.N.). Das Landgericht hat zutreffend ausgeführt, dass der Auftrag zum Verkauf der Aktien bei einem Kurs ab 50 US \$ so schnell wie möglich hätte ausgeführt werden müssen. Zu ersetzen ist der durch den Verzug entstandene Schaden (§ 286 Abs. 1 BGB). Der Verzögerungsschaden umfasst dem Beklagten entstandene Kursverluste und Zinsnachteile.

Der Senat ist an die Beweiswürdigung des Landgerichts gebunden. Diese Würdigung ist möglich und enthält keine Rechtsfehler im Sinne von § 513 Abs. 1 ZPO. Schon nach der alten Fassung der Zivilprozessordnung konnte nur unter besonderen Voraussetzungen von der Beweiswürdigung des Gerichts 1. Instanz abgewichen werden (vgl. § 398 ZPO und die Kommentierung zum Stand vor der Reform). Nach dem neuen Recht ist diese Bindung eher verstärkt. Die 2. Instanz hat nunmehr nur noch die Aufgabe einer Fehlerkontrolle. Es handelt sich nicht mehr um eine zweite Tatsacheninstanz

wie vor der Reform.

1. Zwischen den Parteien war nach dem "Reverse Stock Split" ein Geschäftsbesorgungsvertrag gerichtet auf den Umtausch der im Depot des Beklagten bei der Klägerin vorhandenen 3.000 AremisSoft-Aktien mit der WKN 913771 (CUSIP-Nr. 040028102) in 1.753 AremisSoft-Aktien mit der WKN 920865 (CUSIP-Nr. 040026106) geschlossen worden (Schreiben der Klägerin vom 22.09.2000, Anlage B 9 zu Bl. 15/30 d.A.; Schreiben der Beklagtenvertreterin vom 04.10.2000, Anlage K 15 zu Bl. 50/67 d.A.). Davon geht auch die Klägerin aus.

2. Ohne Erfolg wendet sich die Klägerin gegen die vom Landgericht nach durchgeführter Beweisaufnahme getroffene Feststellung, dass der Beklagte ihr mit Schreiben seiner anwaltlichen Vertreterin vom 10.11.2000 den Auftrag zum Verkauf der umgetauschten Aktien erteilt hat (vgl. Nr. 1 Abs. 1 der Sonderbedingungen für Wertpapiergeschäfte, Anlage K 2 zu Bl. 7/11 dA), um die Sollstände auf seinen Konten bei der Klägerin auszugleichen und den beim Beklagten infolge des früheren, fehlgeschlagenen Verkaufsversuchs eingetretenen Schaden zu vermindern.

Die Feststellung des Landgerichts beruht auf einer rechtsfehlerfreien Auslegung des Anwaltsschreibens vom 10.11.2000 (§§ 133, 167 BGB) i.V.m. der Würdigung der Aussagen der vom Landgericht vernommenen Zeuginnen Schön und Maußner.

Die Aussage der Zeugin Maußner, dass sie das Schreiben vom 10.11.2000 nur als erneute Aufforderung, mit der Sammelstelle in den USA die Grundvoraussetzungen für einen Verkauf zu schaffen, aufgefasst habe, oder eine Wertung des Anwaltsschreibens lediglich als ironischen Hinweis darauf, dass die Klägerin ihre Bearbeitung der Angelegenheit beschleunigen möge, findet in dem eindeutigen Inhalt des Schreibens vom 10.11.2000 keine Stütze und lässt sich darüber hinaus mit der Aussage der Zeugin Schön nicht vereinbaren. Im übrigen läge auch in dem Unterlassen, sich dann wenigstens durch Rückfragen bei der Beklagtenvertreterin des wirklichen Auftragsinhalts zu vergewissern, eine schuldhafte Pflichtverletzung.

3. Die Klägerin war danach im Rahmen des Vertragsverhältnisses verpflichtet, den Zwischenkommissionär weisungsgemäß zu beauftragen, das Ausführungsgeschäft abzuschließen. Dies hat die Klägerin pflichtwidrig nicht, jedenfalls nicht rechtzeitig, getan. Die von der Klägerin gegen den vom Landgericht festgestellten Pflichtenverstoß erhobenen Einwände sind unbegründet.

a) Der mit Anwaltsschreiben vom 10.11.2000 (Anlage B 12 zu Bl. 15/30 dA) bestätigte

Verkaufsauftrag hat seinen Inhalt zweifelsfrei erkennen lassen und hat der gebotenen Klarheit von Aufträgen genügt (vgl. auch § 384 Abs. 1 HOB. Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 Sonderbedingungen für Wertpapiergeschäfte, Nr. 11 Abs. 2 AGB Banken). Es war zwischen den Parteien, auch nach dem sog. Empfängerhorizont der Klägerin, klar, dass es im Grunde nur um die wirksame Wiederholung des früheren Verkaufsauftrags von Ende Februar/Anfang März 2000 gegangen ist, nachdem der frühere Aktienverkauf wegen des damals noch nicht vollzogenen Umtausches der Aktien storniert worden war. Die von der Klägerin geforderten Mindestangaben waren danach zwischen den Parteien ohnehin klar und in dem Schreiben vom 10.11.2000 enthalten. Der Börsenplatz sollte derselbe wie vorher sein. Das "stop loss-Limit" für die Klägerin, die den Kurs der Aktien beobachten sollte, ergab sich mit 50 US \$ auch aus dem Bestätigungsschreiben vom 10.11.2000. Die Zahl der zu verkaufenden Wertpapiere, nämlich alle, nunmehr 1.753 AremisSoft-Aktien, war ebenfalls klar. Auch vorher sollten alle, damals 3.000 Stück, verkauft werden. Limit und Zahl der Aktien folgten darüber hinaus auch für die Klägerin aus dem beiden Parteien gemeinsamen Sinn und Zweck des Verkaufs, nämlich den Sollstand auf den Konten des Beklagten bei der Klägerin auszugleichen, wie z.B. im Schreiben der Klägerin vom 12.12.2000 (Anlage B 11 zu Bl. 13/30 d.A.) bestätigt wird. Schließlich war auch die Gültigkeitsdauer des Auftrags zum Verkauf der umgetauschten Aktien, nämlich ab sofort und ohne zeitliche Begrenzung (bis auf Widerruf), nicht zweifelhaft. Im übrigen wäre die Klägerin, wie erwähnt, zu Rückfragen bei der anwaltlichen Vertreterin des Beklagten verpflichtet gewesen, wenn sie den Verkaufsauftrag für nicht eindeutig formuliert gehalten hätte.

b) Unbegründet ist der Einwand der Klägerin, in der Anweisung vom 10.01.2001, die Splitstücke der Aktie mit der WKN 920865 in das Depot des Beklagten bei der Klägerin abzubuchen, lägen ein konkludentes Anerkenntnis der Buchungsvorgänge vordem 10.01.2001 und ein Widerruf des angeblichen Verkaufswunsches vom 10.11.2000. Ein darauf gerichteter Erklärungswille des Beklagten ist in dem Schreiben der anwaltlichen Vertreterin des Beklagten an die Klägerin vom 10.01.2001 (Anlage K 13 zu Bl. 55/67 d.A.) nicht enthalten. Das Schreiben ist nach seinem Wortlaut und objektiven Sinn ausschließlich als Aufforderung an die Klägerin zu verstehen, nun die nach dem erneuten "Stock Split" vom 06.01.2001 notwendig gewordenen Maßnahmen zu treffen. Dem Beklagten blieb im Interesse einer Schadensminderung gar keine andere Möglichkeit, nachdem die Klägerin bis dahin den Verkaufsauftrag des Beklagten immer noch nicht erfüllt hatte.

c) Entgegen dem (keineswegs unstreitigen) Vortrag der Klägerin war der Verkauf der Aktien gemäß dem Verkaufsauftrag des Beklagten vom 10.11.2000 auch möglich. Die Klägerin als Discount-Broker AG hat schuldhaft (§ 276 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F.) den rechtzeitigen Verkauf der Aktien unterlassen. Das folgt aus den vorgelegten Urkunden und wird durch die Aussage der Zeugin Maußner nicht

entkräftet. Auch hierzu ist die Würdigung des Landgerichts zutreffend und enthält keine Rechtsfehler.

Es handelt sich hier um eigenes Verschulden der Klägerin, unabhängig von einem eventuellen Verschulden eines Drittverwahrers (vgl. § 3 Abs. 2 Satz 1 DepotG; Nr. 19 Abs. 2 Sonderbedingungen für Wertpapiergeschäfte, Anlage K 2 zu Bl. 7/11 d.A.; Nr. 3 Abs. 2 AGB Banken).

Die Klägerin hatte aufgrund des Telefax-Schreibens der BNY Clearing Services (BNY Clearing) vom 06.10.2000 (Anlage K 17 zu Bl. 55/67 d A) davon Kenntnis, dass

- das Zertifikat bereits am 27.07.2000 in eine aktuelle Urkunde umgetauscht worden war,
- die BNY Clearing die Stücke dann am 31.07.2000 vom Transferagenten (im Bundesstaat New Jersey) erhalten und ordnungsgemäß auf das Depot der Klägerin eingebucht hatte.

Die Einbuchungsbestätigung gibt das Datum der Einbuchung auf dem Depot der Klägerin und die Anzahl der Aktien nach dem Split - 1.753 -zutreffend wieder (Seite 2 des Telefax-Schreibens vom 06.10.2000). Die das Schreiben vom 06.10.2000 einleitenden Worte „Hiermit möchte ich Sie über den Fall 3.000 AremisSoft in Kenntnis setzen“ kennzeichnen demgegenüber eindeutig lediglich den Betreff (vor dem Umtausch handelte es sich um 3.000 Stück) und bedeuten nicht, dass nach dem „Reverse Stock Split“ gleichwohl 3.000 Stock am 31.07.2000 eingebucht worden wären. Ein ausreichender Anlass für die Klägerin, an der Wahrheit der schriftlichen, inhaltlich klaren und eindeutigen, laut Text mit Eingangsbestätigungen für die Stücke versehenen Bestätigung der zuständigen BNY Clearing vom 06.10.2000 zu zweifeln, hat danach nicht bestanden.

Damit kann die Klägerin die angebliche Unmöglichkeit eines Aktienverkaufs ab 10.11.2000 nicht damit begründen, die 1.753 Aktien seien auf dem Depot-Konto des Beklagten bei ihr noch nicht gutgeschrieben gewesen. Dies unverzüglich zu tun, wäre nach Erhalt der Einbuchungsbestätigung vom 06.10.2000 Sache der Klägerin gewesen.

Das Schreiben der Klägerin an die Beklagtenvertreterin vom 12.12.2000 (Anlage B 11 zu Bl. 15/30 d.A.) entlastet die Klägerin nicht. Dass der „angedachte Umtausch der Papiere tatsächlich überflüssig (ist), weil bereits geschehen“ ergab sich aus dem Telefax-Schreiben der BNY Clearing bereits vom 06.10.2000 ebenso wie der angeblich noch nicht mitgeteilte Zeitpunkt der Einbuchung, nämlich der 31.07.2000.

Das bei der Klägerin am 02.01.2001 eingegangene Telefax-Schreiben der BNY Clearing vom 28.12.2000 (Anlage B 17 zu Bl. 49/54 d.A.) stellt keine Abweichung, sondern eher eine Bestätigung

dar. Entgegen dem Vortrag der Klägerin besteht sein Inhalt nicht darin, "dass der Erlass einer Einbuchungsbestätigung bis dato nicht möglich war, weil das Zertifikat nicht auf Consors AG, sondern auf einen nicht näher bezeichneten Namen (vermutlich dem des Beklagten) angelegt war". Vielmehr wird in dem Schreiben über den damaligen Ablauf ab Kenntnis der BNY Clearing im Juni 2000 von dem „verkehrten Split“ unter Bestätigung der ordnungsgemäßen Übersendung des Zertifikats an die entsprechende Adresse in Bundesstaat New Jersey, des Umtauschs und der Einbuchung mit der neuen Stückzahl berichtet. Im übrigen wird von BNY Clearing lediglich erklärt, warum sie die Klägerin damals nicht über die Vorgänge unterrichtet hatte. Eine Änderung der Einbuchungsbestätigung vom 06.10.2000 ist damit nicht verbunden.

Unzutreffend ist die Ansicht der Klägerin, die unabdingbare Einbuchungsbestätigung über die handelbaren 1.753 Stück WKN 920865 sei bei ihr erst mit dem Telefax-Schreiben vom 05.01.2001 am 08.01.2001 eingegangen (Anlage B 19 zu Bl. 108/115 d.A.; K 20 zu Bl. 96/99 d.A.). Hiermit bestätigt BNY Clearing nur abermals, dass sie das umgetauschte Zertifikat auf das Konto der Klägerin am 31.07. (gemeint 2000) eingebucht hatte.

Die Tatsache, dass die Klägerin die am 08.01.2001 eingegangene Bestätigung der BNY Clearing für die Einbuchung auf dem Kundenkonto des Beklagten bei ihr für ausreichend hielt, zwischen jener und der Bestätigung vom 06.10.2000 aber kein Unterschied besteht erhärtet das Ergebnis; die Klägerin hätte die umgewandelten Aktien des Beklagten bereits gemäß dem Auftrag vom 10.11.2000 verkaufen können und müssen.

Ein Anlass für eine wiederholte Vernehmung der Zeuginnen, namentlich der Zeugin Maußner, besteht nicht (vgl. § 398 Abs. 1 ZPO und oben I.).

4. Die Schadensursächlichkeit der verzögerten Ausführung des Verkaufsauftrages und die Höhe des dem Beklagten dadurch entstandenen Schadens (Kursverluste, Zinsnachteile) folgt aus dem unstreitigen Sachvortrag der Parteien I. Instanzen, auf den allein Bezug genommen worden ist und zu welchem die Berufungsbegründung keine konkrete Abweichung enthält. Mit Schriftsatz vom 14.10.2002 (Seite 4 = Bl. 99 dA) hat die Klägerin selbst dargelegt, dass am 11.12.2000 und am 13.12.2000 ein kontodeckender Verkauf der AremisSoft-Aktien möglich gewesen wäre. Der Beklagte hat sich dem angeschlossen (Bl. 109, 111, 184 dA). Wie darlegt, haben die Voraussetzungen zur Herbeiführung der Verkaufsfähigkeit und der Verkaufsauftrag des Beklagten rechtzeitig vorher vorgelegen. Damit ist nicht das Spekulationsrisiko auf die Klägerin übertragen worden.

Der Einwand der Klägerin, dass der Beklagte dann, wenn man von einem hypothetischen Verkauf der 1.753 Aktienstücke im November oder Dezember 2000 ausgeht, die nach dem Schreiben der Beklagtenvertreterin vom 10.01.2001 eingetauchten Splitstücke bzw. den darauf entfallenen Verkaufserlös herausgeben müsse, geht ins Leere. Der im Januar 2001 tatsächlich erzielte, dem Beklagten zustehende Verkaufserlös für seine Aktien fließt wirtschaftlich in voller Höhe der Klägerin zu, indem mit diesem der durch Stornierung der Aktienverkäufe vom Februar und März 2000 entstandene Saldo bei der Klägerin und insoweit der von der Klägerin dem Beklagten zu ersetzende Schaden zurückgeführt werden.

5. Die Ersatzpflicht der Klägerin ist nicht nach § 254 BGB beschränkt. Es geht insoweit um die Schadensersatzforderung des Beklagten wegen der Verzögerung des Aktienverkaufs durch die Klägerin. Das von der Klägerin geltend gemachte (Mit-)Verschulden des Beklagten betrifft im wesentlichen die Klageforderung, von deren Bestehen gegen den Beklagten, der nicht seinerseits Berufung eingelegt hat (vgl. BGH NJW 2002, 900), bereits das Landgericht ausgegangen ist, nicht aber die Gegenforderung, mit welcher der Beklagte aufgerechnet hat. Eine zu berücksichtigende Mitverursachung des Verzögerungsschadens durch den Beklagten, dessen anwaltliche Vertreterin die für den Aktienverkauf seitens des Beklagten erforderlichen Maßnahmen getroffen und auf den Verkauf gedrängt hat, ist nicht ersichtlich. Im übrigen durfte der Beklagte aufgrund des Schreibens der AremisSoft Corporation vom 07.05.1999 (Anlage B 4 zu Bl. 15/30 dA: "Auch wenn es nicht erforderlich ist, können Aktionäre ...") damals bis zum Erhalt gegenteiliger Hinweise einen Umtausch seiner Aktien wegen des "Reverse Stock Split" eben für nicht erforderlich halten. Auch hätten die vom Beklagten zutreffend unter der WKN 913771 erteilten Verkaufsaufträge vom 22.02., 23.02. und 03.03.2000 nichts bewirken können, wenn nicht Mitarbeiter der Klägerin die Verkaufsaufträge für 3.000 Aktien unter eigenmächtiger Änderung der WKN in 920865 weitergeleitet hätten.

Aus jenem Grund kommt es hier auch nicht mehr an auf die Fragen angeblicher Bösgläubigkeit des Beklagten (vgl. §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292, 969 BGB), eines Wegfalls der Bereicherung (§ 818 Abs. 3 BGB) bei dem Beklagten sowie angeblicher weiterer Anspruchsgrundlagen für die Klageforderung (vgl. Nr. 11 Abs. 4 AGB Banken: OLG München WM 1971, 264 ff.; OLG Zweibrücken WM 1997, 2398 ff.) an.

II.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO, die über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung. Die Zulassung der Revision ist auch nicht zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich.

Schmidt

Haußner
Richter am Oberlandesgericht

Dr. Klemm
deg-SH

RiOLG Haußner ist wegen Urlaubs
verhindert zu unterschreiben

Schmidt
Richter
am Oberlandesgericht