

TE OGH 2013/4/25 20b74/12i

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 25.04.2013

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Baumann als Vorsitzenden und durch die Hofräte Dr. Kalivoda, Dr. Veith, Dr. E. Solé und Dr. Schwarzenbacher als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei S***** B*****, vertreten durch HASLINGER/NAGELE & PARTNER RECHTSANWÄLTE GMBH in Linz, gegen die beklagte Partei M***** Aktiengesellschaft, *****, vertreten durch Kunz Schima Wallentin Rechtsanwälte OG in Wien, wegen 15.276,88 EUR sA, über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 21. Dezember 2011, GZ 30 R 47/11v-11, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 21. Dezember 2010, GZ 49 Cg 299/10b-7, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die angefochtene Entscheidung wird dahin abgeändert, dass das Urteil des Erstgerichts in seinem stattgebenden Teil wiederhergestellt wird.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 3.633,90 EUR (darin 389,65 EUR USt und 1.296 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Der Kläger verfügt über ein Wertpapierdepot bei der beklagten Partei. Er hatte am 13. 12. 2005 über Vermittlung der J***** GmbH (in der Folge: Vermittlerin) 672 Zertifikate der M***** Ltd (MEL) erworben. Am 28. 5. 2007 erteilte der Kläger der beklagten Partei den Auftrag für ihn weitere MEL-Zertifikate im Wert von 17.000 EUR zu erwerben. Gleichzeitig richtete er eine von einem Mitarbeiter der Vermittlerin (in der Folge: Berater) formulierte Stop-Loss-Order folgenden Wortlauts an die beklagte Partei, die dieser im Wege der M***** AG übermittelt wurde:

„Stop Loss Order für M***** Ltd, Depot-Nr. [...]

Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit bitte ich Sie um Einrichtung einer Stop-Loss-Order für 90 Tage für alle Aktien von M***** Ltd in meinem o.a. Depot zu einem Kurs von EUR 19,40.

Sollte diese Order zur Ausführung gelangen, bitte ich Sie, den Verkaufserlös auf folgendes Konto zu überweisen: [...]

Am 11. 6. 2007 wurde der Kaufauftrag des Klägers durchgeführt. Seinem Depot wurden weitere 799 MEL-Zertifikate angereiht. Am 27. 7. 2007 sank der Kurs der MEL-Zertifikate unter das vom Kläger gesetzte Limit. Die beklagte Partei veräußerte daraufhin 672 MEL-Zertifikate zu einem Kurs von 19,12 EUR. Dies wurde dem Kläger mit

Transaktionsbestätigung vom 30. 7. 2007, welche er am 1. 8. 2007 erhielt, mitgeteilt. Der Kläger erkannte, dass die Zertifikate, die er aufgrund seines Auftrags vom 28. 5. 2007 erworben hatte, nicht verkauft worden waren. Auf seine telefonische Anfrage bei der beklagten Partei erhielt er keine näheren Auskünfte zum konkreten Fall, sondern wurde an den Beratungsdienst der Vermittlerin verwiesen. Dort teilte man dem Kläger mit, dass es sich um einen Fehler der beklagten Partei handle und man die Sache klären werde.

Mit Schreiben vom 26. 9. 2007 forderte der Kläger die M***** AG zu einer Stellungnahme auf, warum nicht alle MEL-Zertifikate verkauft worden seien. Die M***** AG antwortete, aus seiner Stop-Loss-Order ergebe sich nicht, dass sich diese auch auf die zukünftig erworbenen MEL-Zertifikate beziehen sollte, weswegen die Order ausschließlich hinsichtlich der zum 28. 5. 2007 im Depot befindlichen MEL-Zertifikate eingerichtet worden sei. Diese Antwort ging dem Kläger am 8. 10. 2007 zu. Zu diesem Zeitpunkt betrug der Schlusskurs der MEL-Zertifikate 10,59 EUR.

„In der Folge“ riet der Berater dem Kläger von einem Verkauf der MEL-Zertifikate ab und stellte eine Kurserholung in Aussicht. Er versicherte ihm, dass entweder der M***** AG oder der beklagten Partei bei der Ausführung der Order ein Fehler passiert sein müsse.

Wären die weiteren 799 MEL-Zertifikate am 27. 7. 2007 ebenfalls veräußert worden, hätte der Kläger hierfür einen Erlös von 15.276,88 EUR erzielt.

Ziffer 14 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) der beklagten Partei lautet:

„(1) Der Kunde hat für eine klare und eindeutige Formulierung seiner Aufträge an das Kreditinstitut zu sorgen. Abänderungen, Bestätigungen oder Wiederholungen müssen ausdrücklich als solche gekennzeichnet sein.

(2) Will der Kunde dem Kreditinstitut besondere Weisungen für die Ausführung von Aufträgen geben, so hat er dies dem Kreditinstitut gesondert und ausdrücklich, bei formularmäßig erteilten Aufträgen außerhalb des Formulars, mitzuteilen. Dies gilt vor allem dann, wenn die Ausführung der Aufträge besonders eilbedürftig oder an bestimmte Fristen und Termine gebunden ist.“

Der Kläger begehrte mit der am 5. 10. 2010 beim Erstgericht eingebrachten Klage von der beklagten Partei 15.276,88 EUR sA Zug um Zug gegen Übergabe von 799 Stück Zertifikate der M***** Ltd, nunmehr A***** Ltd. Außerdem stellte er ein auf Zahlung von 6.815,47 EUR sA (ohne Zug-um-Zug-Verpflichtung), hilfsweise auf die Feststellung der Haftung der beklagten Partei für diesen Betrag bei einem künftigen Verkauf der 799 Stück Zertifikate lautendes Eventualbegehren.

Er brachte vor, die beklagte Partei hätte nach dem eindeutigen Wortlaut der Stop-Loss-Order auch das neu zugekaufte Aktienpaket am 27. 7. 2007 veräußern müssen, wodurch ein weiterer Erlös von 15.276,88 EUR erzielt worden wäre. Durch die unvollständige Ausführung der Order habe sie ihm einen Schaden zugefügt. Da dieser Schaden infolge des Haltens der Wertpapiere und der Unzumutbarkeit des Verkaufs nicht bezifferbar sei, begehere er Schadenersatz durch Naturalrestitution. Der Kläger sei so zu stellen, wie er stünde, hätte die beklagte Partei die Stop-Loss-Order ordnungsgemäß ausgeführt. Die beklagte Partei habe jede Beratung des Klägers, wie mit den im Depot verbliebenen Wertpapieren zu verfahren sei, verweigert und ihn an die Vermittlerin verwiesen. Der Berater, Erfüllungsgehilfe der beklagten Partei, habe ihm vom Verkauf abgeraten, weil eine Kurserholung möglich sei. Ein Verkauf der Wertpapiere entgegen diesem Rat sei dem Kläger nicht zumutbar gewesen. Der Rat sei überdies falsch gewesen; bei Einbringung der Klage sei der Kurs der Zertifikate bei 4,144 EUR gelegen. Die AGB der beklagten Partei seien zwischen den Streitteilen nicht gültig vereinbart worden.

Lediglich für den Fall, dass von einer Veräußerungspflicht des Klägers nach dem Erkennen des Scheiterns der Stop-Loss-Order ausgegangen werden sollte, werde das Eventualbegehren gestellt. Zu diesem Zeitpunkt (8. 10. 2007) wäre ein Verkauf der Zertifikate - wenn überhaupt - nur zum Kurs von 10,59 EUR möglich gewesen, woraus sich ein Erlös von 8.461,41 EUR statt 15.276,88 EUR und somit ein bestimmbarer Differenzbetrag von 6.815,47 EUR ergeben hätte.

Die beklagte Partei stützte sich auf Z 14 ihrer AGB und wandte ein, die Stop-Loss-Order habe sich nach ihrem eindeutigen Wortlaut auf sämtliche Aktien bezogen, die sich zum Zeitpunkt der Erteilung der Order, also am 28. 5. 2007, im Depot des Klägers befunden hätten. Eine Stop-Loss-Order für „künftig womöglich zu erwerbende Aktien“ hätte gesondert erteilt werden müssen. Aufgrund (zunächst) mangelnder Deckung des Kontos habe der Transaktionsauftrag vom 28. 5. 2007 erst am 11. 6. 2007 durchgeführt werden können. Zum Zeitpunkt der Erteilung der Order sei also noch nicht einmal festgestanden, ob und für wieviele weitere Zertifikate die Order gelten solle. Den

Kläger treffe ein Mitverschulden, sei er doch nicht daran gehindert gewesen, die MEL-Zertifikate selbst zu veräußern. Statt dessen habe er sich nach positiver Kenntnis vom Erreichen des ursprünglich festgesetzten Verkaufskurses für das Behalten der Zertifikate entschieden. Der behauptete Schaden sei der beklagten Partei mangels Kausalität ihres Verhaltens daher nicht zurechenbar. Für den Berater des Klägers habe sie nicht einzustehen. Die beklagte Partei stütze sich auf Ziffer 14, ihrer AGB und wande ein, die Stop-Loss-Order habe sich nach ihrem eindeutigen Wortlaut auf sämtliche Aktien bezogen, die sich zum Zeitpunkt der Erteilung der Order, also am 28. 5. 2007, im Depot des Klägers befunden hätten. Eine Stop-Loss-Order für „künftig womöglich zu erwerbende Aktien“ hätte gesondert erteilt werden müssen. Aufgrund (zunächst) mangelnder Deckung des Kontos habe der Transaktionsauftrag vom 28. 5. 2007 erst am 11. 6. 2007 durchgeführt werden können. Zum Zeitpunkt der Erteilung der Order sei also noch nicht einmal festgestanden, ob und für wieviele weitere Zertifikate die Order gelten solle. Den Kläger treffe ein Mitverschulden, sei er doch nicht daran gehindert gewesen, die MEL-Zertifikate selbst zu veräußern. Statt dessen habe er sich nach positiver Kenntnis vom Erreichen des ursprünglich festgesetzten Verkaufskurses für das Behalten der Zertifikate entschieden. Der behauptete Schaden sei der beklagten Partei mangels Kausalität ihres Verhaltens daher nicht zurechenbar. Für den Berater des Klägers habe sie nicht einzustehen.

Das Erstgericht gab dem Klagehauptbegehren mit Ausnahme eines Zinsenteilbegehrens, das abgewiesen wurde, statt. Dabei ging es „ohne Aufnahme von weiteren Beweisen“ vom eingangs wiedergegebenen Sachverhalt aus, den es mangels substantiierten Bestreitens des „entscheidungs wesentlichen Tatsachenvorbringens“ als unstrittig ansah.

Das Erstgericht vertrat die Ansicht, die Stop-Loss-Order des Klägers stelle ein Effektenkommissionsgeschäft dar. Die Formulierung des Auftrags sei eindeutig dahin zu verstehen gewesen, dass dieser für alle Aktien, die sich beim Erreichen des gesetzten Limits im Depot des Klägers befinden, gelten sollte. Für das davon abweichende Verständnis der beklagten Partei bleibe kein Raum. Die Unterscheidung zwischen der gewählten Bezeichnung „Aktien“ an Stelle von „Zertifikaten“ hätten die Parteien nicht thematisiert. Es könne offen bleiben, ob die AGB der beklagten Partei der Geschäftsbeziehung zwischen den Streitteilen zugrunde gelegt worden seien, weil der Auftrag des Klägers den Anforderungen der Z 14 AGB jedenfalls genügt habe. Das Erstgericht vertrat die Ansicht, die Stop-Loss-Order des Klägers stelle ein Effektenkommissionsgeschäft dar. Die Formulierung des Auftrags sei eindeutig dahin zu verstehen gewesen, dass dieser für alle Aktien, die sich beim Erreichen des gesetzten Limits im Depot des Klägers befinden, gelten sollte. Für das davon abweichende Verständnis der beklagten Partei bleibe kein Raum. Die Unterscheidung zwischen der gewählten Bezeichnung „Aktien“ an Stelle von „Zertifikaten“ hätten die Parteien nicht thematisiert. Es könne offen bleiben, ob die AGB der beklagten Partei der Geschäftsbeziehung zwischen den Streitteilen zugrunde gelegt worden seien, weil der Auftrag des Klägers den Anforderungen der Ziffer 14, AGB jedenfalls genügt habe.

Gemäß § 384 Abs 1 UGB sei der Kommissionär verpflichtet, das übernommene Geschäft mit der Sorgfalt eines ordentlichen Unternehmers auszuführen. Diese Ausführungspflicht habe die beklagte Partei verletzt. Dass sie daran kein Verschulden treffe, habe sie nicht behauptet. Der reale Schaden des Klägers bestehe primär darin, dass er wegen der unterlassenen Veräußerung durch die beklagte Partei über Wertpapiere mit einem Kurswert verfüge, den er nicht zu akzeptieren bereit gewesen sei. Für diesen Schaden sei das nachgelagerte Verhalten des Klägers nicht kausal. Auch unter dem Aspekt der Schadensminderungspflicht könne ihm nicht vorgeworfen werden, dass er die Wertpapiere nach Erkennen der Nichtausführung seiner Order nicht selbst veräußert habe. Es sei notorisch und ergebe sich auch aus dem Sachverhalt, dass sich der Kurs der MEL-Zertifikate ab Ende Juli 2007 „stark volatil“ verhalten habe, weshalb die weitere Entwicklung seines Vermögensschadens für den Kläger nicht abschätzbar gewesen sei. In der Rechtsprechung werde davon ausgegangen, dass eine schuldhafte Verletzung der Verkaufs- oder Behalteobliegenheit des Anlegers nur in einer besonderen, hier nicht vorliegenden Fallkonstellation zu bejahen sei. Aufgrund dieser rechtlichen Überlegungen komme es nicht darauf an, wem der Berater zuzurechnen sei. Gemäß Paragraph 384, Absatz eins, UGB sei der Kommissionär verpflichtet, das übernommene Geschäft mit der Sorgfalt eines ordentlichen Unternehmers auszuführen. Diese Ausführungspflicht habe die beklagte Partei verletzt. Dass sie daran kein Verschulden treffe, habe sie nicht behauptet. Der reale Schaden des Klägers bestehe primär darin, dass er wegen der unterlassenen Veräußerung durch die beklagte Partei über Wertpapiere mit einem Kurswert verfüge, den er nicht zu akzeptieren bereit gewesen sei. Für diesen Schaden sei das nachgelagerte Verhalten des Klägers nicht kausal. Auch unter dem Aspekt der Schadensminderungspflicht könne ihm nicht vorgeworfen werden, dass er die Wertpapiere nach Erkennen der Nichtausführung seiner Order nicht selbst veräußert habe. Es sei notorisch und ergebe sich auch aus dem Sachverhalt, dass sich der Kurs der MEL-Zertifikate ab Ende Juli 2007 „stark volatil“ verhalten habe, weshalb die weitere

Entwicklung seines Vermögensschadens für den Kläger nicht abschätzbar gewesen sei. In der Rechtsprechung werde davon ausgegangen, dass eine schuldhafte Verletzung der Verkaufs- oder Behalteobliegenheit des Anlegers nur in einer besonderen, hier nicht vorliegenden Fallkonstellation zu bejahen sei. Aufgrund dieser rechtlichen Überlegungen komme es nicht darauf an, wem der Berater zuzurechnen sei.

Die beklagte Partei habe den Kläger daher so zu stellen, wie er stünde, hätte sie den Auftrag des Klägers ordnungsgemäß ausgeführt. Es entspreche dem vorrangigen Prinzip der Naturalrestitution, wenn die beklagte Partei, die als Bank das Kommissionsgeschäft grundsätzlich durch Selbsteintritt ausgeführt hätte, dem Kläger den hypothetischen Verkaufserlös zahle und im Gegenzug die Wertpapiere erhalte.

Das nur von der beklagten Partei angerufene Berufungsgericht änderte diese Entscheidung dahin ab, dass es das Klagebegehren zur Gänze abwies. Es sprach zunächst aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 5.000 EUR, nicht aber 30.000 EUR übersteige und die ordentliche Revision nicht zulässig sei.

Das Berufungsgericht führte aus, die Wertpapiere hätten nach dem Zweck der Stop-Loss-Order bei Unterschreiten eines bestimmten Kurswerts verkauft werden sollen. Für das Unterbleiben dieses Verkaufs sei aber nicht nur die unterlassene Befolgung der Stop-Loss-Order durch die beklagte Partei kausal gewesen, sondern auch das nachfolgende Verhalten des Klägers selbst. Es gebe keine Anhaltspunkte dafür, dass es ihm nicht einfach möglich gewesen wäre, die Wertpapiere selbst zu veräußern, nachdem er erfahren habe, dass die beklagte Partei seiner Anweisung nicht nachgekommen sei.

Dem Kläger stünde zwar „denkbarer Weise“ der Ersatz jenes Schadens zu, der sich dadurch berechne, dass er durch die unterlassene Befolgung der Stop-Loss-Order erst mit einer zeitlichen Verzögerung von wenigen Tagen in die Lage versetzt worden sei, die Wertpapiere zu veräußern. Diese Überlegung könnte aber nur dann „greifen“, wenn der Kläger seinen Entschluss, die Wertpapiere bei Unterschreitung eines bestimmten Kurswerts zu verkaufen, in die Tat umgesetzt und dadurch bereits einen Schaden erlitten hätte. Durch das Behalten der Aktien „mindestens bis zum Schluss der Verhandlung erster Instanz“ könne diese Überlegung nicht zu einem Zuspruch führen, weil wegen der ungewissen Kursentwicklung in der Zukunft ein solcher Schaden nicht nur nicht berechnet werden könnte, sondern gar nicht feststehe.

Der „Schutzzweck“ der auftragsgemäßen Erfüllung der Stop-Loss-Order habe darin bestanden, den Kläger von der Verpflichtung zu entheben, den Kurs selbständig verfolgen zu müssen und sei jedenfalls dann erfüllt gewesen, als er „aus anderer Quelle“ erfahren habe, dass der Kurs jenen Wert unterschreite, bei dem er die Wertpapiere „loswerden“ habe wollen. Wenn er danach die Wertpapiere dennoch behalte, trete die Kausalität der unterlassenen Befolgung der Stop-Loss-Order gegenüber dem eigenständigen Willensentschluss des Klägers, die Wertpapiere zu behalten, schon deswegen zur Gänze zurück, weil die Stop-Loss-Order nicht den Zweck habe, den Kläger in seiner nachfolgenden freien Willensentscheidung zu beschränken. Er könne die beklagte Partei für seinen Entschluss nicht weiter verantwortlich machen, die Zertifikate entgegen seiner ursprünglichen Intention zu behalten. Der „Schutzzweck“ der Stop-Loss-Order habe nicht darin bestanden, dem Kläger trotz dessen positiver Kenntnis vom Unterschreiten des vorgesehenen Kursgrenzwerts die Verantwortung für die Entscheidung abzunehmen, in einer bestimmten Weise mit den Zertifikaten zu verfahren.

Auch mit seinem Eventualbegehren dringe der Kläger nicht durch. Da er sich trotz Fallens des Kurses unter seine „Schmerzgrenze“ entschlossen habe, die Zertifikate zu behalten, könne er nicht in der Zukunft bei einem Verkauf der Zertifikate zu einem derzeit völlig ungewissen Kurs mit Recht geltend machen, er habe seinerseits dadurch einen Schaden erlitten, dass er die Zertifikate nicht schon am 27. 7. 2007, sondern erst einige Tage später oder - wie er nun vorbringe - am 8. 10. 2007 verkauft habe (oder - besser gesagt - nicht verkauft habe). Der Kläger sehe seinen dem Eventualbegehren unterstellten Schaden ja nicht darin, dass er die Zertifikate überhaupt behalten habe, sondern darin, dass ihm nur mit Verspätung die Entscheidung ermöglicht worden sei, sie zu verkaufen oder trotz gefallenen Kurses zu behalten. Da er sie behalten habe, verliere die „zeitliche Verschiebung der Möglichkeit eines nicht in die Tat umgesetzten Entschlusses“ jede kausale Wirkung für die künftige Entwicklung.

Seinen nachträglichen Ausspruch, dass die ordentliche Revision doch zulässig sei, begründete das Berufungsgericht damit, dass Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zum „Schutzzweck“ einer Stop-Loss-Order fehle.

Gegen das Berufungsurteil richtet sich die Revision des Klägers aus den Revisionsgründen der Aktenwidrigkeit und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem (sinngemäßen) Abänderungsantrag, das erstinstanzliche Urteil

wiederherzustellen. Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die beklagte Partei beantragt in ihrer Revisionsbeantwortung die Revision zurückzuweisen, in eventu ihr nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist zulässig, weil sich der Oberste Gerichtshof zu den Rechtsfolgen der pflichtwidrigen Nichtausführung einer Stop-Loss-Order bisher noch nicht geäußert hat. Sie ist auch berechtigt.

Der Kläger macht geltend, der „Schutzzweck“ einer Stop-Loss-Order sei auf Risikominimierung und Verlustbegrenzung ausgerichtet. Ein späterer Verkauf zu einem deutlich unter dem gesetzten Limit liegenden Kurs sei aus Sicht des Klägers nicht gewünscht gewesen. Das bloße Behalten der Wertpapiere beruhe daher nicht auf einem freien Willensentscheid, sondern sei durch das vertragswidrige Verhalten der beklagten Partei erzwungen worden. Das angefochtene Urteil stehe überdies im Widerspruch zur ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs, wonach eine Verkaufs- oder Behalteobliegenheit des Anlegers im Regelfall zu verneinen sei. Der Berater sei Erfüllungsgehilfe der beklagten Partei; seine Fehlberatung (Behalten der Papiere) sei daher der beklagten Partei zuzurechnen.

Hierzu wurde erwogen:

1. Die gerügte Aktenwidrigkeit bezieht sich auf die Auslegung der erstinstanzlichen Sachverhaltsannahmen durch das Berufungsgericht und ist der rechtlichen Beurteilung zuzuordnen. Der Revisionsgrund liegt daher nicht vor (§ 510 Abs 3 Satz 3 ZPO). 1. Die gerügte Aktenwidrigkeit bezieht sich auf die Auslegung der erstinstanzlichen Sachverhaltsannahmen durch das Berufungsgericht und ist der rechtlichen Beurteilung zuzuordnen. Der Revisionsgrund liegt daher nicht vor (Paragraph 510, Absatz 3, Satz 3 ZPO).

2. Stop-Loss-Order:

2.1 Bei der Stop-Loss-Order handelt es sich um einen (bedingten) Verkaufsauftrag für börsengängige Wertpapiere, der nach Erreichen oder Unterschreiten eines Preislimits (Kurses) als unlimitierter Auftrag ins Auftragsbuch gestellt wird (vgl Oppitz in Apathy/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht VI² [2007] Rz 2/33; Ekkenga in MünchKomm HGB Bd V² [2009] Effektingeschäft Rn 470; BeckRS 2008, 24579 [OLG München]). Die Order hat den Zweck, das Risiko des Bankkunden zu begrenzen, ihn also gegen drohende Verluste zu schützen und bereits erzielte Gewinne zu sichern (Ekkenga aaO Rn 470; vgl jüngst auch 2 Ob 22/12t [Konvertierungsklausel]). 2.1 Bei der Stop-Loss-Order handelt es sich um einen (bedingten) Verkaufsauftrag für börsengängige Wertpapiere, der nach Erreichen oder Unterschreiten eines Preislimits (Kurses) als unlimitierter Auftrag ins Auftragsbuch gestellt wird vergleiche Oppitz in Apathy/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht VI² [2007] Rz 2/33; Ekkenga in MünchKomm HGB Bd V² [2009] Effektingeschäft Rn 470; BeckRS 2008, 24579 [OLG München]). Die Order hat den Zweck, das Risiko des Bankkunden zu begrenzen, ihn also gegen drohende Verluste zu schützen und bereits erzielte Gewinne zu sichern (Ekkenga aaO Rn 470; vergleiche jüngst auch 2 Ob 22/12t [Konvertierungsklausel]).

2.2 Die vom Kläger erteilte Stop-Loss-Order war auf 90 Tage befristet und durch das Erreichen eines Kurses von 19,40 EUR bedingt. Die beklagte Partei war aufgrund der Order verpflichtet, bei Erreichen des Kurslimits die im Wertpapierdepot des Klägers verwahrten - in der Order als „Aktien“ bezeichneten - Zertifikate bestmöglich zu verkaufen. Zwischen den Streitteilen ist strittig, ob sich die Order nur auf das erste (so die beklagte Partei) oder auch auf das zweite (so der Kläger) „Paket“ von Zertifikaten bezog.

3. Auslegung der Order:

3.1 Die beklagte Partei vertritt die Ansicht, Gegenstand der Order seien jene Zertifikate gewesen, die sich im „Zeitpunkt der Auftragserteilung, also am 28. 5. 2007“ im Depot des Klägers befunden hätten. Sie stützt sich dabei auch noch in der Revisionsbeantwortung auf Z 14 ihrer AGB, deren Wortlaut jenem der Z 14 der Allgemeinen Bedingungen für Bankgeschäfte (ABB 2000) exakt entspricht. Die Einbeziehung der ABB 2000 in das Vertragsverhältnis wurde aber selbst vom Kläger nicht in Frage gestellt (vgl auch Beilage ./3). 3.1 Die beklagte Partei vertritt die Ansicht, Gegenstand der Order seien jene Zertifikate gewesen, die sich im „Zeitpunkt der Auftragserteilung, also am 28. 5. 2007“ im Depot des Klägers befunden hätten. Sie stützt sich dabei auch noch in der Revisionsbeantwortung auf Ziffer 14, ihrer AGB, deren Wortlaut jenem der Ziffer 14, der Allgemeinen Bedingungen für Bankgeschäfte (ABB 2000) exakt entspricht. Die Einbeziehung der ABB 2000 in das Vertragsverhältnis wurde aber selbst vom Kläger nicht in Frage gestellt vergleiche auch Beilage ./3).

3.2 Nach der klaren und eindeutigen Formulierung der Order (Z 14 Abs 1 AGB) bezog sich der Auftrag auf alle „Aktien“ (Zertifikate) der MEL im Depot des Klägers. Ausgehend vom Empfängerhorizont eines sorgfältigen, auf die Wahrung der Interessen seiner Kunden bedachten Kreditinstituts konnte diese Order schon nach ihrem Wortlaut nur dahin verstanden werden, dass sie auch die - laut Kauforder vom selben Tag - neu zuzukaufenden Zertifikate umfasst. Es war nicht auf den Zeitpunkt der Erteilung der Order, sondern auf jenen ihres Wirksamwerdens abzustellen. Da der Auftrag erst mit Erreichen des Kurslimits wirksam werden sollte, bleibt für das Verständnis der beklagten Partei kein Raum. Insbesondere kann vom Erfordernis einer eigenen Order für „künftig (womöglich) zu erwerbende Wertpapiere“ keine Rede sein. Es wäre Sache der beklagten Partei gewesen, die Order in ihrem System so einzurichten, dass sie auch das zweite Paket von Zertifikaten erfasst. Einer Anwendung des § 915 ABGB bedarf es nicht, wenn schon die einfache Auslegung zu einem eindeutigen Ergebnis führt.

3.2 Nach der klaren und eindeutigen Formulierung der Order (Ziffer 14, Absatz eins, AGB) bezog sich der Auftrag auf alle „Aktien“ (Zertifikate) der MEL im Depot des Klägers. Ausgehend vom Empfängerhorizont eines sorgfältigen, auf die Wahrung der Interessen seiner Kunden bedachten Kreditinstituts konnte diese Order schon nach ihrem Wortlaut nur dahin verstanden werden, dass sie auch die - laut Kauforder vom selben Tag - neu zuzukaufenden Zertifikate umfasst. Es war nicht auf den Zeitpunkt der Erteilung der Order, sondern auf jenen ihres Wirksamwerdens abzustellen. Da der Auftrag erst mit Erreichen des Kurslimits wirksam werden sollte, bleibt für das Verständnis der beklagten Partei kein Raum. Insbesondere kann vom Erfordernis einer eigenen Order für „künftig (womöglich) zu erwerbende Wertpapiere“ keine Rede sein. Es wäre Sache der beklagten Partei gewesen, die Order in ihrem System so einzurichten, dass sie auch das zweite Paket von Zertifikaten erfasst. Einer Anwendung des Paragraph 915, ABGB bedarf es nicht, wenn schon die einfache Auslegung zu einem eindeutigen Ergebnis führt.

3.3 Aus Z 14 Abs 2 AGB ist für den Standpunkt der beklagten Partei nichts zu gewinnen. Inwiefern die Order des Klägers eine andere als die „routinemäßige Erledigung“ durch die beklagte Partei und deshalb eine gesonderte Mitteilung erfordert hätte (vgl Iro/Koziol, Allgemeine Bedingungen für Bankgeschäfte [2001] Z 14 Rz 3), ist nicht ersichtlich und wird auch von der beklagten Partei nicht dargetan.

3.3 Aus Ziffer 14, Absatz 2, AGB ist für den Standpunkt der beklagten Partei nichts zu gewinnen. Inwiefern die Order des Klägers eine andere als die „routinemäßige Erledigung“ durch die beklagte Partei und deshalb eine gesonderte Mitteilung erfordert hätte (vergleiche Iro/Koziol, Allgemeine Bedingungen für Bankgeschäfte [2001] Ziffer 14, Rz 3), ist nicht ersichtlich und wird auch von der beklagten Partei nicht dargetan.

3.4 Die Order ist demnach zusammengefasst dahin auszulegen, dass die beklagte Partei bei Erreichen des gesetzten Kurslimits zur Veräußerung sämtlicher zu diesem Zeitpunkt im Depot des Klägers eingelagerter MEL-Zertifikate verpflichtet war.

4. Effektenkommission:

4.1 Der Kläger hat der beklagten Partei Aufträge zu Effektengeschäften iSd § 1 Abs 1 Z 7 lit e BWG erteilt. Aufträge zum Ankauf oder Verkauf von Wertpapieren führen Banken als Kommissionäre in der Regel durch Selbsteintritt aus (2 Ob 31/07h mwN; 8 Ob 25/10z; RIS-Justiz RS0019567; vgl Oppitz aaO Rz 2/14 f und Rz 2/121). Eine abweichende Vereinbarung haben die Parteien auch für den streitgegenständlichen Verkaufsfall nicht behauptet. Die beklagte Partei ließ in der Rechtsrüge ihrer Berufung die diesbezüglichen Ausführungen des Erstgerichts vielmehr unbekämpft.

4.1 Der Kläger hat der beklagten Partei Aufträge zu Effektengeschäften iSd Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 7, Litera e, BWG erteilt. Aufträge zum Ankauf oder Verkauf von Wertpapieren führen Banken als Kommissionäre in der Regel durch Selbsteintritt aus (2 Ob 31/07h mwN; 8 Ob 25/10z; RIS-Justiz RS0019567; vergleiche Oppitz aaO Rz 2/14 f und Rz 2/121). Eine abweichende Vereinbarung haben die Parteien auch für den streitgegenständlichen Verkaufsfall nicht behauptet. Die beklagte Partei ließ in der Rechtsrüge ihrer Berufung die diesbezüglichen Ausführungen des Erstgerichts vielmehr unbekämpft.

4.2 Macht die Bank vom Selbsteintrittsrecht Gebrauch, so hat sie die vertragsgegenständlichen Wertpapiere selbst als Verkäufer zu liefern oder als Käufer zu übernehmen (§ 400 Abs 1 UGB). Sie übernimmt dann die zu verkaufenden Wertpapiere als Käufer und liefert zu erwerbende Wertpapiere als Verkäufer (Oppitz aaO Rz 2/14). Das Kommissionsgeschäft wird dadurch zwar nicht zu einem reinen Kaufvertrag, es tritt aber eine kaufvertragliche Rechtsbeziehung zur Kommission hinzu. Deren Regeln werden insofern verdrängt, als sie mit der Position der Parteien als Käufer bzw Verkäufer unvereinbar sind, also vor allem bezüglich der Hauptleistungspflichten (2 Ob 31/07h mwN; 8 Ob 25/10z; 6 Ob 60/10g; 4 Ob 65/10g; Oppitz aaO Rz 2/125).

4.2 Macht die Bank vom Selbsteintrittsrecht Gebrauch, so

hat sie die vertragsgegenständlichen Wertpapiere selbst als Verkäufer zu liefern oder als Käufer zu übernehmen (Paragraph 400, Absatz eins, UGB). Sie übernimmt dann die zu verkaufenden Wertpapiere als Käufer und liefert zu erwerbende Wertpapiere als Verkäufer (Oppitz aaO Rz 2/14). Das Kommissionsgeschäft wird dadurch zwar nicht zu einem reinen Kaufvertrag, es tritt aber eine kaufvertragliche Rechtsbeziehung zur Kommission hinzu. Deren Regeln werden insofern verdrängt, als sie mit der Position der Parteien als Käufer bzw Verkäufer unvereinbar sind, also vor allem bezüglich der Hauptleistungspflichten (2 Ob 31/07h mwN; 8 Ob 25/10z; 6 Ob 60/10g; 4 Ob 65/10g; Oppitz aaO Rz 2/125).

4.3 Aus § 400 Abs 2 Satz 2 iVm § 405 Abs 3 UGB ist abzuleiten, dass das kaufähnliche Verhältnis zwischen Kommittent und Kommissionär bereits mit der Absendung der Ausführungsanzeige zustande kommt (Oppitz aaO Rz 2/126; Griss in Straube, UGB I/24 § 400 Rz 9). Die Ausführungsanzeige ist zugleich als Benachrichtigung vom Selbsteintritt der Bank zu verstehen (Oppitz aaO Rz 2/124). 4.3 Aus Paragraph 400, Absatz 2, Satz 2 in Verbindung mit Paragraph 405, Absatz 3, UGB ist abzuleiten, dass das kaufähnliche Verhältnis zwischen Kommittent und Kommissionär bereits mit der Absendung der Ausführungsanzeige zustande kommt (Oppitz aaO Rz 2/126; Griss in Straube, UGB I/24 Paragraph 400, Rz 9). Die Ausführungsanzeige ist zugleich als Benachrichtigung vom Selbsteintritt der Bank zu verstehen (Oppitz aaO Rz 2/124).

4.4 Während die herrschende Lehre in Deutschland in Fällen der Verkaufskommission durch Selbsteintritt einen Zwischenerwerb der Bank ablehnt und der Konstruktion einer Verkaufsermächtigung durch den Kunden den Vorzug gibt (vgl Canaris, Bankvertragsrecht² [1981] Rn 1999; Roth in Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts³ [2007] § 11 Rz 199; wN bei Oppitz aaO Rz 2/184 FN 761), vertritt Oppitz (aaO Rz 2/184 ff) die Auffassung, dass die (erforderlichenfalls „kurzer Hand“ erfolgende) Übergabe der Wertpapiere an die Bank zur Erfüllung eines durch Selbsteintritt auszuführenden Kommissionsgeschäfts als „unbedingte“ Übereignung zu werten sei. Ein Titel für den Eigentumserwerb der Bank existiere allerdings erst mit der Möglichkeit des Abschlusses eines Deckungsgeschäfts, weil der Selbsteintritt grundsätzlich unter diesem Vorbehalt vorgenommen werde (vgl auch aaO Rz 2/121). Die Bank werde daher in der Regel erst mit dem Abschluss des Deckungsgeschäfts oder sonst mit der Übersendung der Ausführungsanzeige Eigentümerin der Papiere (skeptisch Graf in Heiss/Tangl, Geschäftsbedingungen der österreichischen Banken [2000] 150 ff). 4.4 Während die herrschende Lehre in Deutschland in Fällen der Verkaufskommission durch Selbsteintritt einen Zwischenerwerb der Bank ablehnt und der Konstruktion einer Verkaufsermächtigung durch den Kunden den Vorzug gibt vergleiche Canaris, Bankvertragsrecht² [1981] Rn 1999; Roth in Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts³ [2007] Paragraph 11, Rz 199; wN bei Oppitz aaO Rz 2/184 FN 761), vertritt Oppitz (aaO Rz 2/184 ff) die Auffassung, dass die (erforderlichenfalls „kurzer Hand“ erfolgende) Übergabe der Wertpapiere an die Bank zur Erfüllung eines durch Selbsteintritt auszuführenden Kommissionsgeschäfts als „unbedingte“ Übereignung zu werten sei. Ein Titel für den Eigentumserwerb der Bank existiere allerdings erst mit der Möglichkeit des Abschlusses eines Deckungsgeschäfts, weil der Selbsteintritt grundsätzlich unter diesem Vorbehalt vorgenommen werde vergleiche auch aaO Rz 2/121). Die Bank werde daher in der Regel erst mit dem Abschluss des Deckungsgeschäfts oder sonst mit der Übersendung der Ausführungsanzeige Eigentümerin der Papiere (skeptisch Graf in Heiss/Tangl, Geschäftsbedingungen der österreichischen Banken [2000] 150 ff).

4.5 Im vorliegenden Fall ist die beklagte Partei im Umfang des neu zugekauften Pakets von MEL-Zertifikaten der Verkaufsoorder des Klägers nicht nachgekommen, die Ausführung und die Ausführungsanzeige bezogen sich nur auf das erste Paket. Das beschriebene kaufähnliche Verhältnis zwischen Kommittenten und Kommissionär wurde daher hinsichtlich der nicht veräußerten Zertifikate mangels Selbsteintritts der beklagten Partei nicht begründet. Eigentümer der Papiere blieb, auch wenn man sich der soeben referierten Auffassung von Oppitz anschließen wollte, weiterhin der Kläger. Anderes haben die Parteien auch gar nicht vorgebracht.

5. Schadenersatz wegen Nichterfüllung:

5.1 Die beklagte Partei hat durch die teilweise Nichtvornahme des Ausführungsgeschäfts trotz der unstrittig vorhandenen Möglichkeit eines solchen die von ihr aufgrund der Order geschuldete Hauptleistungspflicht verletzt (vgl Oppitz aaO Rz 2/121; Ekkenga aaO Rn 435; Roth aaO § 11 Rn 184). Nach der Natur des Geschäfts und dem der beklagten Partei bekannten Leistungszweck lag die verspätete Ausführung der Order typischerweise nicht mehr im Interesse des Klägers (§ 919 Satz 2 ABGB), sodass die Rechtsfolgen eines relativen Fixgeschäfts anzuwenden sind (vgl Reischauer in Rummel, ABGB³ § 919 Rz 7; Binder/Reidinger in Schwimann, ABGB³ § 919 Rz 5). Dass er auf die nachträgliche Erfüllung der Order gedrungen hätte, hat der Kläger nicht behauptet. Mit dem Verstreichen des

Erfüllungstags (27. 7. 2007) fiel der Vertrag daher von selbst dahin (P. Bydlinski in KBB³ § 919 Rz 1). In Frage kommt daher nur ein auf das Erfüllungsinteresse gerichteter Schadenersatzanspruch gemäß § 921 ABGB (P. Bydlinski aaO § 919 Rz 2), den der Kläger auch geltend macht. Besteht dieser Anspruch zu Recht, so sind ihm jene Nachteile zu ersetzen, die ihm durch die verschuldete Nichterfüllung entstanden sind (P. Bydlinski aaO § 921 Rz 3).^{5.1} Die beklagte Partei hat durch die teilweise Nichtvornahme des Ausführungsgeschäfts trotz der unstrittig vorhandenen Möglichkeit eines solchen die von ihr aufgrund der Order geschuldete Hauptleistungspflicht verletzt vergleiche Oppitz aaO Rz 2/121; Ekkenga aaO Rn 435; Roth aaO Paragraph 11, Rn 184). Nach der Natur des Geschäfts und dem der beklagten Partei bekannten Leistungszweck lag die verspätete Ausführung der Order typischerweise nicht mehr im Interesse des Klägers (Paragraph 919, Satz 2 ABGB), sodass die Rechtsfolgen eines relativen Fixgeschäfts anzuwenden sind vergleiche Reischauer in Rummel, ABGB³ Paragraph 919, Rz 7; Binder/Reidinger in Schwimann, ABGB³ Paragraph 919, Rz 5). Dass er auf die nachträgliche Erfüllung der Order gedrungen hätte, hat der Kläger nicht behauptet. Mit dem Verstreichen des Erfüllungstags (27. 7. 2007) fiel der Vertrag daher von selbst dahin (P. Bydlinski in KBB³ Paragraph 919, Rz 1). In Frage kommt daher nur ein auf das Erfüllungsinteresse gerichteter Schadenersatzanspruch gemäß Paragraph 921, ABGB (P. Bydlinski aaO Paragraph 919, Rz 2), den der Kläger auch geltend macht. Besteht dieser Anspruch zu Recht, so sind ihm jene Nachteile zu ersetzen, die ihm durch die verschuldete Nichterfüllung entstanden sind (P. Bydlinski aaO Paragraph 921, Rz 3).

5.2 Dem Grunde nach sind sämtliche Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruchs erfüllt:

5.2.1 Der weite Schadensbegriff des ABGB umfasst jeden Zustand, der rechtlich als Nachteil aufzufassen ist, an dem also ein geringeres rechtliches Interesse als am bisherigen besteht (RIS-Justiz RS0022537). Für das Vorliegen eines „realen Schadens“ ist - im Gegensatz zu dem stets durch Differenzrechnung zu ermittelnden „rechnerischen Schaden“ - eine in Geld messbare Vermögenseinbuße nicht unbedingt erforderlich (6 Ob 145/08d mwN; 4 Ob 140/12k). Es reicht aus, dass die Zusammensetzung des Vermögens des Geschädigten nach dem schadensbegründenden Ereignis nicht seinem Willen entspricht (6 Ob 145/08d; G. Kodek, Ausgewählte Fragen der Schadenshöhe bei Anlegerschäden, ÖBA 2012, 11; P. Bydlinski, Haftung für fehlerhafte Anlageberatung: Schaden und Schadenersatz, ÖBA 2008, 159 [161]). Vor diesem Hintergrund wird in der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs etwa bei Erwerb eines in Wahrheit nicht gewollten Finanzprodukts aufgrund einer schuldhaften Fehlberatung ein Anspruch auf „Naturalrestitution“ gewährt (4 Ob 67/12z mwN; vgl G. Kodek aaO ÖBA 2012, 13 ff).^{5.2.1} Der weite Schadensbegriff des ABGB umfasst jeden Zustand, der rechtlich als Nachteil aufzufassen ist, an dem also ein geringeres rechtliches Interesse als am bisherigen besteht (RIS-Justiz RS0022537). Für das Vorliegen eines „realen Schadens“ ist - im Gegensatz zu dem stets durch Differenzrechnung zu ermittelnden „rechnerischen Schaden“ - eine in Geld messbare Vermögenseinbuße nicht unbedingt erforderlich (6 Ob 145/08d mwN; 4 Ob 140/12k). Es reicht aus, dass die Zusammensetzung des Vermögens des Geschädigten nach dem schadensbegründenden Ereignis nicht seinem Willen entspricht (6 Ob 145/08d; G. Kodek, Ausgewählte Fragen der Schadenshöhe bei Anlegerschäden, ÖBA 2012, 11; P. Bydlinski, Haftung für fehlerhafte Anlageberatung: Schaden und Schadenersatz, ÖBA 2008, 159 [161]). Vor diesem Hintergrund wird in der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs etwa bei Erwerb eines in Wahrheit nicht gewollten Finanzprodukts aufgrund einer schuldhaften Fehlberatung ein Anspruch auf „Naturalrestitution“ gewährt (4 Ob 67/12z mwN; vergleiche G. Kodek aaO ÖBA 2012, 13 ff).

Die Parallele zu diesen Fällen liegt hier darin, dass der Kläger nach dem Scheitern der Order gegen seinen ursprünglich erklärten Willen von erheblichen Kursverlusten bedrohte Wertpapiere weiterhin in seinem Vermögen hatte. Schon durch den Verlust des vertraglichen Leistungsanspruchs wurde er schlechter gestellt als bei vollständiger Erfüllung der Order (vgl 6 Ob 145/08d), war ihm doch eine sofortige Veräußerung zu den von ihm festgelegten Bedingungen nicht mehr möglich. Die Parallele zu diesen Fällen liegt hier darin, dass der Kläger nach dem Scheitern der Order gegen seinen ursprünglich erklärten Willen von erheblichen Kursverlusten bedrohte Wertpapiere weiterhin in seinem Vermögen hatte. Schon durch den Verlust des vertraglichen Leistungsanspruchs wurde er schlechter gestellt als bei vollständiger Erfüllung der Order vergleiche 6 Ob 145/08d), war ihm doch eine sofortige Veräußerung zu den von ihm festgelegten Bedingungen nicht mehr möglich.

5.2.2 Für diesen Schaden war das pflichtwidrige Verhalten der beklagten Partei jedenfalls kausal. Die Rechtswidrigkeit ihres Verhaltens liegt in der teilweisen Nichterfüllung der Order, die sie bzw die ihr gemäß § 1313a ABGB zuzurechnenden Erfüllungsgehilfen infolge der - gemessen am Sorgfaltsmaßstab des § 1299 ABGB (vgl RIS-Justiz RS0026135) - unvertretbaren Fehlinterpretation des Inhalts der Order als Verschulden zu verantworten hat. Auch der

Rechtswidrigkeitszusammenhang ist zu bejahen. Dem Kläger ist hingegen insoweit kein Mitverschulden vorwerfbar. 5.2.2 Für diesen Schaden war das pflichtwidrige Verhalten der beklagten Partei jedenfalls kausal. Die Rechtswidrigkeit ihres Verhaltens liegt in der teilweisen Nichterfüllung der Order, die sie bzw die ihr gemäß Paragraph 1313 a, ABGB zuzurechnenden Erfüllungsgehilfen infolge der - gemessen am Sorgfaltsmaßstab des Paragraph 1299, ABGB vergleiche RIS-Justiz RS0026135) - unvertretbaren Fehlinterpretation des Inhalts der Order als Verschulden zu verantworten hat. Auch der Rechtswidrigkeitszusammenhang ist zu bejahen. Dem Kläger ist hingegen insoweit kein Mitverschulden vorwerfbar.

6. Berechnung des Schadens:

6.1 Vorauszuschicken ist, dass die den Schadenersatz wegen Nichterfüllung beim (auch einseitigen) Warenkauf - zu dem gemäß § 381 Abs 1 UGB auch Wertpapierkäufe zählen - regelnde Bestimmung des § 376 UGB für die Berechnung des Schadenersatzes hier nicht anzuwenden ist. Nicht das kaufähnliche Verhältnis blieb unerfüllt, sondern der Auftrag des Klägers, ein solches durch Selbsteintritt zu begründen. 6.1 Vorauszuschicken ist, dass die den Schadenersatz wegen Nichterfüllung beim (auch einseitigen) Warenkauf - zu dem gemäß Paragraph 381, Absatz eins, UGB auch Wertpapierkäufe zählen - regelnde Bestimmung des Paragraph 376, UGB für die Berechnung des Schadenersatzes hier nicht anzuwenden ist. Nicht das kaufähnliche Verhältnis blieb unerfüllt, sondern der Auftrag des Klägers, ein solches durch Selbsteintritt zu begründen.

6.2 Haftet ein Schuldner für den Nichterfüllungsschaden, dann hat er dem Gläubiger den Schaden zu ersetzen, der diesem durch die pflichtwidrige Nichterfüllung entstand (positives Vertragsinteresse); der Gläubiger muss regelmäßig so gestellt werden, wie wenn ordnungsgemäß erfüllt worden wäre (vgl 9 Ob 85/09d = JBl 2010, 713 [P. Bydlinski]; 1 Ob 181/11s; RIS-Justiz RS0016377, RS0018239). 6.2 Haftet ein Schuldner für den Nichterfüllungsschaden, dann hat er dem Gläubiger den Schaden zu ersetzen, der diesem durch die pflichtwidrige Nichterfüllung entstand (positives Vertragsinteresse); der Gläubiger muss regelmäßig so gestellt werden, wie wenn ordnungsgemäß erfüllt worden wäre (vergleiche 9 Ob 85/09d = JBl 2010, 713 [P. Bydlinski]; 1 Ob 181/11s; RIS-Justiz RS0016377, RS0018239).

Hätte die beklagte Partei ihrer vertraglichen Verpflichtung entsprochen und die Order durch Selbsteintritt vollständig ausgeführt, wäre dem Kläger ein weiterer Veräußerungserlös von 15.276,88 EUR zugeflossen. Dafür, dass er diesen Betrag anderweitig veranlagt hätte, ergibt sich aus dem Vorbringen der Streitteile kein Hinweis. Demnach stünde dem Kläger der mit seinem Hauptbegehren geforderte Betrag abzüglich einer als Gegenleistung für die Transaktion allenfalls vorgesehenen Provision und der Transaktionskosten zu (vgl Oppitz aaO Rz 2/193). Den Einwand einer entsprechenden Gegenforderung hat die beklagte Partei hier aber nicht erhoben. Hätte die beklagte Partei ihrer vertraglichen Verpflichtung entsprochen und die Order durch Selbsteintritt vollständig ausgeführt, wäre dem Kläger ein weiterer Veräußerungserlös von 15.276,88 EUR zugeflossen. Dafür, dass er diesen Betrag anderweitig veranlagt hätte, ergibt sich aus dem Vorbringen der Streitteile kein Hinweis. Demnach stünde dem Kläger der mit seinem Hauptbegehren geforderte Betrag abzüglich einer als Gegenleistung für die Transaktion allenfalls vorgesehenen Provision und der Transaktionskosten zu (vergleiche Oppitz aaO Rz 2/193). Den Einwand einer entsprechenden Gegenforderung hat die beklagte Partei hier aber nicht erhoben.

6.3 Einer „möglichst naturalersatznahen“ Schadensberechnung, die der Kläger anstrebt, entspricht auch die in sein Klagehauptbegehren aufgenommene Zug-um-Zug-Verpflichtung (vgl P. Bydlinski aaO ÖBA 2008, 159 [161 f]), wobei an dieser Stelle auf die in Punkt 4.4 dargestellte Meinungslage zurückzukommen ist. Bejaht man (iSv Oppitz) einen Zwischenerwerb der Bank, wird durch die Übergabe der Papiere an sie eine vollständige Ersatzlage herbeigeführt. Hält man hingegen die in Deutschland herrschende Lehre (Verfügungsermächtigung) für sachgerecht, hätte die beklagte Partei zwar in keiner Phase der hypothetischen Abwicklung des Ausführungsgeschäfts Eigentum an den Papieren erworben. Die allein maßgebliche wirtschaftliche Lage des Klägers (vgl G. Kodek aaO ÖBA 2012, 15) wäre aber mit jener, die bei ordnungsgemäßer Erfüllung eingetreten wäre, deckungsgleich. 6.3 Einer „möglichst naturalersatznahen“ Schadensberechnung, die der Kläger anstrebt, entspricht auch die in sein Klagehauptbegehren aufgenommene Zug-um-Zug-Verpflichtung (vergleiche P. Bydlinski aaO ÖBA 2008, 159 [161 f]), wobei an dieser Stelle auf die in Punkt 4.4 dargestellte Meinungslage zurückzukommen ist. Bejaht man (iSv Oppitz) einen Zwischenerwerb der Bank, wird durch die Übergabe der Papiere an sie eine vollständige Ersatzlage herbeigeführt. Hält man hingegen die in Deutschland herrschende Lehre (Verfügungsermächtigung) für sachgerecht, hätte die beklagte Partei zwar in keiner Phase der hypothetischen Abwicklung des Ausführungsgeschäfts Eigentum an den Papieren erworben. Die allein maßgebliche wirtschaftliche Lage des Klägers (vergleiche G. Kodek aaO ÖBA 2012, 15) wäre aber mit jener, die bei ordnungsgemäßer

Erfüllung eingetreten wäre, deckungsgleich.

7. Schadenminderungspflicht:

7.1 Aus § 1304 ABGB ergibt sich auch die Verpflichtung des Geschädigten, den (ohne sein Zutun) eingetretenen Schaden möglichst gering zu halten, wenn und soweit ihm ein entsprechendes Verhalten möglich und zumutbar ist (RIS-Justiz RS0027043; Reischauer in Rummel, ABGB³ II/2a § 1304 Rz 37 f). Nur eine schuldhafte Verletzung der Schadenminderungspflicht kann zur Kürzung der Ansprüche des Geschädigten führen (RIS-Justiz RS0027062). 7.1 Aus Paragraph 1304, ABGB ergibt sich auch die Verpflichtung des Geschädigten, den (ohne sein Zutun) eingetretenen Schaden möglichst gering zu halten, wenn und soweit ihm ein entsprechendes Verhalten möglich und zumutbar ist (RIS-Justiz RS0027043; Reischauer in Rummel, ABGB³ II/2a Paragraph 1304, Rz 37 f). Nur eine schuldhafte Verletzung der Schadenminderungspflicht kann zur Kürzung der Ansprüche des Geschädigten führen (RIS-Justiz RS0027062).

7.2 In den Fällen, in denen der Geschädigte aufgrund pflichtwidriger Anlageberatung risikoträchtige statt der gewünschten risikolosen Wertpapiere erworben hat, wird nach herrschender Ansicht eine Verletzung der Behalte- oder Verkaufsobliegenheit unter dem Gesichtspunkt der Schadenminderungspflicht nur für „besondere Fallkonstellationen“ bejaht. Begründet wird dies im Wesentlichen damit, dass die Kursentwicklung im Regelfall keine sicheren Schlüsse des einzelnen Anlegers auf Unternehmenswert und objektiven Wert seiner Beteiligung zulasse (8 Ob 123/05d mwN; 1 Ob 188/12x; RIS-Justiz RS0120785; P. Bydlinski aaO ÖBA 2008, 171; Leupold/Ramharter, Anlegerschaden und Kausalitätsbeweis bei risikoträchtiger hypothetischer Alternativanlage, ÖBA 2010, 718 [732]; Dullinger, Aktuelle Fragen der Haftung wegen Beratungsfehlern bei der Vermögensanlage, JBl 2011, 693 [698]; G. Kodek aaO ÖBA 2012, 21).

Im Schrifttum wird auch bisweilen die Ansicht vertreten, den Anleger treffe die Obliegenheit, nach Entdecken des Beratungsfehlers mit dem Berater Kontakt aufzunehmen und ihm idealerweise auch die ungewollten Papiere gegen Ersatz des erlittenen Schadens zur Übernahme anzubieten (P. Bydlinski aaO ÖBA 2008, 171). Unterlasse er dies, sei ein nachträglicher weiterer Wertverlust der Papiere vom Ersatzanspruch nicht mehr umfasst. Dies könne freilich nur dann gelten, wenn der Berater nachweisen kann, dass er bei rechtzeitiger Aufforderung im Sinne des Anlegers reagiert und Ersatz geleistet hätte. Ansonsten fehle es an der nötigen Kausalität der entsprechenden Obliegenheitsverletzung des Geschädigten (Dullinger aaO 698; vgl auch Leupold/Ramharter aaO 733 ff). Dieser Beweis werde regelmäßig misslingen, wenn der Anlageberater im Prozess seine Haftung schon dem Grunde nach bestreitet (G. Kodek aaO 21). Im Schrifttum wird auch bisweilen die Ansicht vertreten, den Anleger treffe die Obliegenheit, nach Entdecken des Beratungsfehlers mit dem Berater Kontakt aufzunehmen und ihm idealerweise auch die ungewollten Papiere gegen Ersatz des erlittenen Schadens zur Übernahme anzubieten (P. Bydlinski aaO ÖBA 2008, 171). Unterlasse er dies, sei ein nachträglicher weiterer Wertverlust der Papiere vom Ersatzanspruch nicht mehr umfasst. Dies könne freilich nur dann gelten, wenn der Berater nachweisen kann, dass er bei rechtzeitiger Aufforderung im Sinne des Anlegers reagiert und Ersatz geleistet hätte. Ansonsten fehle es an der nötigen Kausalität der entsprechenden Obliegenheitsverletzung des Geschädigten (Dullinger aaO 698; vergleiche auch Leupold/Ramharter aaO 733 ff). Dieser Beweis werde regelmäßig misslingen, wenn der Anlageberater im Prozess seine Haftung schon dem Grunde nach bestreitet (G. Kodek aaO 21).

7.3 Ein Anleger, der den ungewollten Erwerb risikoträchtiger Wertpapiere mit ungewisser Kursentwicklung zur Kenntnis nehmen musste, steht typischerweise vor der Entscheidung, ob er die Papiere (endgültig oder vorläufig) behalten oder ob er sie veräußern soll. Der Kläger hatte hingegen anfangs keine ungewollten Papiere in seinem Besitz. Er hatte zudem bereits den Entschluss gefasst, bei Erreichen des gesetzten Limits das Risiko eines weiteren Kursverfalls nicht mehr tragen zu wollen. Trotz dieser (zunächst) unterschiedlichen Interessenlage könnte die mögliche Verletzung einer Schadenminderungspflicht nach Kenntnis von der teilweisen Nichtausführung der Stop-Loss-Order und des dadurch bewirkten Schadens (Punkt 5.2.1) auch im Fall des Klägers darin liegen, dass er die Papiere entgegen seiner ursprünglichen Absicht nun doch behält.

7.4 Eine Verletzung der Schadenminderungspflicht ist für die Phase bis zur Klärung der wechselseitigen Standpunkte jedenfalls zu verneinen:

Nach dem unstrittigen Sachverhalt hatte sich der Kläger nach dem Erhalt der Transaktionsbestätigung am 1. 8. 2007 an die beklagte Partei gewandt, von dieser aber zunächst keine Auskunft erhalten. Die Vermittlerin, an die ihn die beklagte Partei verwiesen hatte, sprach von einem Fehler der beklagten Partei und davon, dass man die Sache klären

werde. Nach Aufforderung des Klägers vom 26. 9. 2007 erlangte er schließlich am 8. 10. 2007 Kenntnis vom Standpunkt der M***** AG, der sich mit jenem der beklagten Partei deckt. Zu diesem Zeitpunkt betrug der Schlusskurs der Zertifikate nur noch 10,59 EUR.

Dem Kläger ist nicht vorwerfbar, dass er die Zertifikate in dieser Phase nicht selbst verkaufte, musste ihm doch vor dem Setzen weiterer Schritte zugebilligt werden, den Grund für das Scheitern seiner Order abzuklären. Auch für die Dauer der Klärung trifft ihn keine Verantwortung; die beklagte Partei hätte es in der Hand gehabt, bereits bei der ersten Anfrage des Klägers die entsprechenden Auskünfte zu erteilen. Im Hinblick auf die jede Haftung ablehnende Haltung der beklagten Partei kommt es nach den oben dargestellten Kriterien auch nicht darauf an, ob der Kläger bei erster Gelegenheit (1. 8. 2007) von der beklagten Partei außergerichtlich Schadenersatz gefordert und die Papiere zur Übernahme angeboten hat.

7.5 Aber auch für die Phase ab jenem Zeitpunkt, in dem der Kläger vom Rechtsstandpunkt der beklagten Partei unterrichtet war (8. 10. 2007), fällt ihm keine Verletzung der Schadenminderungspflicht zur Last:

In den Fällen der Anlageberatung hat sich der Oberste Gerichtshof zuletzt in mehreren Entscheidungen mit der Frage auseinandergesetzt, ob und unter welchen Voraussetzungen die durch einen (von der Bank abhängigen oder unabhängigen) Wertpapierdienstleister erteilte Beratung und Aufklärung des Kunden einer Depotbank, die - wie hier die beklagte Partei - über das reine Depotgeschäft hinaus die Abwicklung von Effktengeschäften übernimmt, zuzurechnen ist (vgl 4 Ob 50/11y; 10 Ob 69/11m; 1 Ob 48/12h; 4 Ob 129/12t; 8 Ob 104/12w; RIS-Justiz RS0127117 [T3]; RS0128476). Dabei geht es im Kern um die Frage nach der Verantwortlichkeit der Depotbank für einen Schaden, der ohne ihr eigenes Zutun durch einen Dritten (den Berater) verursacht worden ist. Davon unterscheidet sich der vorliegende Sachverhalt aber grundlegend darin, dass hier die Bank den Schaden selbst herbeigeführt, als erster Ansprechpartner des Klägers jegliche Auskunft verweigert und diesen an den Dritten verwiesen hat. In den Fällen der Anlageberatung hat sich der Oberste Gerichtshof zuletzt in mehreren Entscheidungen mit der Frage auseinandergesetzt, ob und unter welchen Voraussetzungen die durch einen (von der Bank abhängigen oder unabhängigen) Wertpapierdienstleister erteilte Beratung und Aufklärung des Kunden einer Depotbank, die - wie hier die beklagte Partei - über das reine Depotgeschäft hinaus die Abwicklung von Effktengeschäften übernimmt, zuzurechnen ist (vergleiche 4 Ob 50/11y; 10 Ob 69/11m; 1 Ob 48/12h; 4 Ob 129/12t; 8 Ob 104/12w; RIS-Justiz RS0127117 [T3]; RS0128476). Dabei geht es im Kern um die Frage nach der Verantwortlichkeit der Depotbank für einen Schaden, der ohne ihr eigenes Zutun durch einen Dritten (den Berater) verursacht worden ist. Davon unterscheidet sich der vorliegende Sachverhalt aber grundlegend darin, dass hier die Bank den Schaden selbst herbeigeführt, als erster Ansprechpartner des Klägers jegliche Auskunft verweigert und diesen an den Dritten verwiesen hat.

Nach ständiger Rechtsprechung liegt eine Verletzung der Schadenminderungspflicht vor, wenn der Geschädigte Handlungen unterlassen hat, die geeignet gewesen wären, den Schaden abzuwehren oder zu verringern, obwohl sie - objektiv betrachtet - von einem verständigen Durchschnittsmenschen gesetzt worden wären, um eine nachteilige Veränderung des eigenen Vermögens hintanzuhalten (2 Ob 144/11g mwN; RIS-Justiz RS0023573; vgl auch RS0022681 [T4], RS0027015 [T6, T8, T10], RS0104931). Was dem Geschädigten dabei zuzumuten ist, bestimmt sich nach den Interessen beider Teile und nach den Grundsätzen des redlichen Verkehrs (2 Ob 144/11g mwN; RIS-Justiz RS0027787). Nach ständiger Rechtsprechung liegt eine Verletzung der Schadenminderungspflicht vor, wenn der Geschädigte Handlungen unterlassen hat, die geeignet gewesen wären, den Schaden abzuwehren oder zu verringern, obwohl sie - objektiv betrachtet - von einem verständigen Durchschnittsmenschen gesetzt worden wären, um eine nachteilige Veränderung des eigenen Vermögens hintanzuhalten (2 Ob 144/11g mwN; RIS-Justiz RS0023573; vergleiche auch RS0022681 [T4], RS0027015 [T6, T8, T10], RS0104931). Was dem Geschädigten dabei zuzumuten ist, bestimmt sich nach den Interessen beider Teile und nach den Grundsätzen des redlichen Verkehrs (2 Ob 144/11g mwN; RIS-Justiz RS0027787).

Es entspricht dem Verhalten eines verständigen durchschnittlichen Anlegers, dass er sich an die Vermittlerin wandte, an die ihn die beklagte Partei verwiesen hat. Zumindest unter dem Aspekt der Schadenminderungspflicht muss sich der Kläger unter diesen Umständen auch nicht vorwerfen lassen, dass er die Ratschläge des Dritten befolgte. Die Vermittlerin hat dem Kläger, wie dieser - von der beklagten Partei ebenfalls nicht substantiiert bestritten - mehrfach vorgebracht hat, „stets“ bzw „im Vorfeld“, demnach also schon bei seinem auf die vergebliche Anfrage bei der beklagten Partei folgenden Kontakt, von der Veräußerung der Papiere abgeraten. Mag sich dieser Rat auch nachträglich als unrichtig herausgestellt haben, so liegt im konkreten Einzelfall keine dem Kläger anzulastende

Verletzung der Schadenminderungspflicht vor. Insoweit wäre ihm eine allfällige Fehlberatung der Vermittlerin nicht zurechenbar.

8. Kein „freier Willensentschluss“ des Klägers:

Auch der vom Berufungsgericht in den Vordergrund gerückte Aspekt der „freien Willensentscheidung“ könnte zu keiner abweichenden Beurteilung der Sachlage führen:

8.1 Nach der - den Erwägungen des Berufungsgerichts möglicherweise zugrunde gelegenen -

Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs kann die Zurechnung einer Schadensfolge trotz Bejahung der Adäquanz dann nicht mehr gerechtfertigt sein, wenn die Schadensfolge auf einem selbständigen, durch den haftungsbegründenden Vorgang nicht herausgeforderten Entschluss des Klägers beruhte, der sie deshalb auch allein zu verantworten hat (2 Ob 114/11w mwN; RIS-Justiz RS0022912). 8.1 Nach der - den Erwägungen des Berufungsgerichts möglicherweise zugrunde gelegenen -, Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs kann die Zurechnung einer Schadensfolge trotz Bejahung der Adäquanz dann nicht mehr gerechtfertigt sein, wenn die Schadensfolge auf einem selbständigen, durch den haftungsbegründenden Vorgang nicht herausgeforderten Entschluss des Klägers beruhte, der sie deshalb auch allein zu verantworten hat (2 Ob 114/11w mwN; RIS-Justiz RS0022912).

8.2 In diesem Sinne verneinte der erkennende Senat in jüngerer Vergangenheit in zwei Fällen die Zurechnung von Verdienstentgangsansprüchen des bei einem Verkehrsunfall Geschädigten, der eine sichere Anstellung ohne Aussicht auf eine gleichwertige Erwerbsmöglichkeit aufgegeben (2 Ob 205/08y) bzw sich zur Beteiligung als atypischer stiller Gesellschafter unter Hinnahme von Anlaufverlusten und nachteiligen steuerlichen Folgen entschlossen (2 Ob 114/11w) hatte. In der zuletzt zitierten Entscheidung wurde hervorgehoben, dass der Entschluss des Geschädigten mit dem Unfallereignis in keinem Zusammenhang stehe, sondern durch die berufliche Neuorientierung seines Schwiegersohns ausgelöst worden sei. Der den zusätzlichen Schaden herbeiführende Willensentschluss des Geschädigten sei der vom Schädiger geschaffenen Gefahrenlage „weit, wenn nicht zur Gänze entrückt“ (vgl auch 3 Ob 192/10x [Folgeschaden nach Ablehnung ärztlicher Empfehlungen]). 8.2 In diesem Sinne verneinte der erkennende Senat in jüngerer Vergangenheit in zwei Fällen die Zurechnung von Verdienstentgangsansprüchen des bei einem Verkehrsunfall Geschädigten, der eine sichere Anstellung ohne Aussicht auf eine gleichwertige Erwerbsmöglichkeit aufgegeben (2 Ob 205/08y) bzw sich zur Beteiligung als atypischer stiller Gesellschafter unter Hinnahme von Anlaufverlusten und nachteiligen steuerlichen Folgen entschlossen (2 Ob 114/11w) hatte. In der zuletzt zitierten Entscheidung wurde hervorgehoben, dass der Entschluss des Geschädigten mit dem Unfallereignis in keinem Zusammenhang stehe, sondern durch die berufliche Neuorientierung seines Schwiegersohns ausgelöst worden sei. Der den zusätzlichen Schaden herbeiführende Willensentschluss des Geschädigten sei der vom Schädiger geschaffenen Gefahrenlage „weit, wenn nicht zur Gänze entrückt“ vergleiche auch 3 Ob 192/10x [Folgeschaden nach Ablehnung ärztlicher Empfehlungen]).

8.3 Im Gegensatz zu diesen Fällen muss hier aber davon ausgegangen werden, dass der Entschluss des Klägers, die Zertifikate doch zu behalten, durch das haftungsbegründende Verhalten der beklagten Partei „herausgefordert“ war. Erst durch deren pflichtwidriges Verhalten kam der Kläger überhaupt erst in die Lage, eine solche Entscheidung treffen zu müssen. Dem Kläger musste in dieser Situation zugebilligt werden, die Möglichkeit einer Kurserholung abzuwarten. Da er den Erwerb einer Alternativanlage nicht anstrebte - wie erwähnt liegen keine diesbezüglichen Anhaltspunkte vor - bestand zwar theoretisch die Möglichkeit, durch das Behalten der Wertpapiere zu Lasten der beklagten Partei zu spekulieren. Tatsächlich lag eine derartige Spekulation aber auch im Interesse der beklagten Partei, der es daran gelegen sein musste, ihre Ersatzpflicht möglichst gering zu halten (vgl G. Kodek aaO ÖBA 2012, 21). In jener (späteren) Phase aber, in der eine Kurserholung möglicherweise nicht mehr realistisch erschien, befand sich der Kläger in einer den typischen Anlageberatungsfällen vergleichbaren Lage, in der eine Verkaufsobliegenheit regelmäßig zu verneinen ist (Punkt 7.2). 8.3 Im Gegensatz zu diesen Fällen muss hier aber davon ausgegangen werden, dass der Entschluss des Klägers, die Zertifikate doch zu behalten, durch das haftungsbegründende Verhalten der beklagten Partei „herausgefordert“ war. Erst durch deren pflichtwidriges Verhalten kam der Kläger überhaupt erst in die Lage, eine solche Entscheidung treffen zu müssen. Dem Kläger musste in dieser Situation zugebilligt werden, die Möglichkeit einer Kurserholung abzuwarten. Da er den Erwerb einer Alternativanlage nicht anstrebte - wie erwähnt liegen keine diesbezüglichen Anhaltspunkte vor - bestand zwar theoretisch die Möglichkeit, durch das Behalten der Wertpapiere zu Lasten der beklagten Partei zu spekulieren. Tatsächlich lag eine derartige Spekulation aber auch im Interesse der beklagten Partei, der es daran gelegen sein musste, ihre Ersatzpflicht möglichst gering zu halten vergleiche G. Kodek

aaO ÖBA 2012, 21). In jener (späteren) Phase aber, in der eine Kurserholung möglicherweise nicht mehr realistisch erschien, befand sich der Kläger in einer den typischen Anlageberatungsfällen vergleichbaren Lage, in der eine Verkaufsobliegenheit regelmäßig zu verneinen ist (Punkt 7.2).

9. Ergebnis und Kosten:

In Stattgebung der Revision ist die Entscheidung des Erstgerichts wiederherzustellen.

Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsmittelverfahrens beruht auf den §§ 50, 41 ZPO. Der für die Revision gebührende ERV-Zuschlag (§ 23a RATG) beträgt nur 1,80 EUR (RIS-Justiz RS0126594). Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsmittelverfahrens beruht auf den Paragraphen 50, 41, ZPO. Der für die Revision gebührende ERV-Zuschlag (Paragraph 23 a, RATG) beträgt nur 1,80 EUR (RIS-Justiz RS0126594).

Schlagworte

Gruppe: Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Wertpapierrecht

Textnummer

E104010

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2013:0020OB00074.12I.0425.000

Im RIS seit

21.05.2013

Zuletzt aktualisiert am

24.09.2015

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at