

# ZH\_OBERGERICHT LB150051 vom 24. Mai 2016

ZH Obergericht, 2016-05-24, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LB150051](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB150051)

FR: ZH\_OBERGERICHT LB150051 du 24 mai 2016

IT: ZH\_OBERGERICHT LB150051 del 24 maggio 2016

## Erwägungen

### E. 1

a) Der zentrale Vorwurf des Klägers lautet im Wesentlichen, dass die Beklagte ihre Treuepflichten verletzt habe, indem sie dem Kläger - im Wissen um die Sanierungs- und Verkaufsbemühungen - Aktien der D.\_\_\_\_\_ Holding AG aus den

- 9 - eigenen Beständen verkauft habe. Der Kläger macht somit einen Schaden in der Höhe des Wertes der verkauften Aktien geltend, der ihm entstanden sei, weil die Beklagte ihre Aufklärungs- und Abmahnungspflichten aus einem konkludenten Beratungsvertrag verletzt habe, indem sie ihn nicht über die mit den D.\_\_\_\_\_ - Aktien verbundenen Risiken informiert habe, obschon sie über entsprechende Informationen verfügt habe. b) Die Vorinstanz erwog, dass sich die C.\_\_\_\_\_ in der Wertschriftenabrechnung vom 28. Juni 1996 bezüglich der Ausführungen des Auftrages als Selbstkontrahentin bezeichnet habe, ohne eine andere Person als Verkäuferin zu nennen. Gemäss dem Urteil des Bundesgerichtes vom 21. November 2012 habe dies die Vermutung ausgelöst, die C.\_\_\_\_\_ habe als Kommissionärin im Sinne von Art. 437 i.V. mit Art. 436 Abs. 1 OR von der Befugnis Gebrauch gemacht, auf den Einkauf der Aktien, die sie bei einem Dritten einkaufen sollte, zu verzichten, weil sie entsprechende Wertpapiere bereits in ihrem Eigentum hatte. Diese Vermutung sei widerlegbar. Die Beweislast für die Widerlegung durch den Nachweis des Börsenkaufs trage die Beklagte als Kommissionärin (Urk. 261 S. 6 mit Verweis auf Urk. 185c S. 6 f.). Dieser Argumentation folgend habe das Obergericht des Kantons Zürich in seinem Rückweisungsbeschluss vom 14. Januar 2013 erwogen, dass gemäss Wertschriftenabrechnung vom 28. Juni 1996 die Vermutung erstellt sei, dass die C.\_\_\_\_\_ die fraglichen Namenaktien der D.\_\_\_\_\_ Holding AG aus ihren Eigenbeständen bezogen und dem Kläger verkauft hätte. Könne die Beklagte diese Vermutung nicht widerlegen, so wäre entsprechend den (weiteren) Erwägungen gemäss Entscheid vom 12. April 2012 des Obergerichtes von einer Treuwidrigkeit der C.\_\_\_\_\_ und damit von einem Verstoss gegen Art. 398 Abs. 2 OR auszugehen. In diesem Falle hätte die C.\_\_\_\_\_ Aktien verkauft, obwohl sie sich hätte bewusst sein müssen, dass ein erhebliches kursrelevantes Informationsgefälle zwischen ihr und den Aktienkäufern bestanden habe. Die Klage wäre demnach gutzuheissen. Entscheidend für die Frage nach einer Haftung der Beklagten sei somit die Herkunft der von der C.\_\_\_\_\_ an den Kläger verkauften Aktien. Der Kläger habe geltend gemacht, dass die ihm verkauften Aktien aus dem Eigenbestand der Beklagten stammten. Die Beklagte habe dies bestritten und behauptet, dass die vom Kläger gekauften Aktien von ihr an der Börse erworben worden sei-

- 10 - en. Der Beklagten sei daher der Hauptbeweis dafür auferlegt worden, dass sie die dem Kläger am 28. Juni 1996 verkauften 4'500 Namenaktien der D.\_\_\_\_\_ Holding AG, Valor ..., im Hinblick auf diesen Verkauf an der Börse, d.h. bei einem Dritten bezogen habe (Urk. 214). Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass dieser Beweis der Beklagten misslungen sei.

Die Vorinstanz erachtete daher die Voraussetzungen für eine Haftung der Beklagten als gegeben und hiess die Klage gut (Urk. 261). c) Die Beklagte machte im Berufungsverfahren geltend, dass das Bundesgericht sich einzig mit den vom Kläger geltend gemachten Rügen beschäftigt und nur geprüft habe, ob die Beweislastverteilung bezüglich der Behauptung, dass die an den Kläger verkauften Aktien über die Börse, d.h. bei einem Dritten gekauft worden seien, korrekt erfolgt sei. Das Bundesgericht habe erwogen, dass die Beweislast fälschlicherweise dem Kläger auferlegt worden sei. Nicht geprüft habe das Bundesgericht hingegen die Frage, ob der entsprechende Beweissatz vorliegend überhaupt entscheiderelevant sei oder nicht. Mit andern Worten habe das Bundesgericht sein Urteil unter der Annahme gefällt, dass der Beweissatz für die Beurteilung der Haftung der Beklagten eine rechtserhebliche Tatsache betreffe, was jedoch nicht der Fall sei. Die Herkunft der Aktien sei entgegen der Ansicht der Vorinstanz für die Beurteilung der Frage, ob der Beklagten eine Sorgfaltpflichtverletzung vorgeworfen werden könne, nicht von Bedeutung. Es sei erstellt, dass die Beklagte dem Kläger 4'500 D.\_\_\_\_-Aktien geliefert habe. Wo sich die Beklagte mit den D.\_\_\_\_-Aktien eingedeckt habe, damit sie ihrer Lieferverpflichtung nachkommen könne, spiele für den Kläger keine Rolle. Auch wenn die gelieferten D.\_\_\_\_-Aktien aus dem Sanierungsbestand gewesen wären, was nicht zutreffend und von der Beklagten belegt worden sei, wären sie nicht mit einem Mangel behaftet gewesen. Ein Mangel werde vom Kläger auch nicht behauptet. Der Kläger habe behauptet, dass ihm ein Schaden entstanden sei, weil die Beklagte ihm D.\_\_\_\_-Aktien aus dem Eigen- bzw. Sanierungsbestand geliefert habe. Es sei allerdings nicht ansatzweise nachvollziehbar, weshalb dem Kläger kein Schaden erwachsen wäre, wenn ihm die Beklagte über die Börse erworbene Aktien verkauft hätte. Der vom Kläger behauptete Kausalzusammenhang zwischen seinem Schaden und der Herkunft der Aktien sei daher nicht erstellt, wes-

- 11 - halb die Beschaffungsweise unerheblich sei (Urk. 260 S. 6). Wenn die Herkunft der Aktien keine Rolle spiele, sei der Beweisaufgabebeschluss der Vorinstanz vom 19. Dezember 2013 ohne Bedeutung für die Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts. Damit habe die Vorinstanz ihr Urteil auf einen nicht relevanten Beweissatz abgestützt und dadurch Art. 150 Abs. 2 ZPO nicht richtig angewendet. Aus dem Umstand, dass die Beklagte den Nachweis des Börsenkaufs nicht erbringen könne, könne der Beklagten kein treuwidriges Verhalten vorgeworfen werden (Urk. 260 S. 8). Sollte die Berufungsinstanz wider Erwarten der Auffassung sein, dass die Herkunft der Aktien einen Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens habe, wäre die Klage dennoch abzuweisen. Die Parteien und die Gerichte seien davon ausgegangen, dass unter dem Begriff "Eigenbestand" immer nur der Sanierungsbestand verstanden worden sei, der jedoch keineswegs dem gesamten Eigenbestand der D.\_\_\_\_-Aktien der Beklagten entsprochen habe. Die Beklagte bestreite nicht, dass sie im Zusammenhang mit der Sanierung der D.\_\_\_\_-Holding AG D.\_\_\_\_-Aktien in den Eigenbestand übernommen habe. Sie habe jedoch seit Prozessbeginn durchwegs bestritten, dass sie dem Kläger Aktien aus dem Sanierungsbestand verkauft habe (Urk. 260 S. 10). Das Bundesgericht habe keine Ausführungen darüber gemacht, wer die Beweislast trage, wenn sich im Eigentum des Kommissionärs verschiedene Gruppen von Aktien befänden und der Kläger behauptete, er habe Aktien aus einer bestimmten Gruppe verkauft erhalten. Die Relevanz des vorliegend strittigen Beweissatzes habe das Obergericht nicht geprüft. Im Ergebnis sei die Klage auch dann abzuweisen, wenn die Herkunft der Aktien als relevant beurteilt würde, da der Kläger seine Behauptung, die ihm verkauften Aktien stammten aus dem Sanierungsbestand der

Beklagten, nicht nachweisen können (Urk. 260 S. 16). d) Der Kläger bestritt diese Ausführungen im Berufungsverfahren. Er machte geltend, dass diese von der Beklagten im Berufungsverfahren gemachte Unterscheidung beim Eigenbestand zwischen dem Sanierungsbestand als Teilmenge des Eigenbestandes und weiteren nicht zum Sanierungsbestand gehörenden Depotbeständen im Eigenbestand der Beklagten, eine neue und damit verspätet vorgebrachte Behauptung sei. Ebenso verhalte es sich mit der Behauptung, dass die Beklagte die verkauften Aktien zwar dem Eigenbestand, nicht aber dem Sa-

- 12 - nierungsbestand entnommen habe. Die Beklagte habe die Behauptung des Klägers, wonach sie ihm die D.\_\_\_\_-Aktien aus ihren Eigenbeständen verkauft habe, zuvor stets bestritten und behauptet, sie habe diese Aktien an der Börse erworben (Urk. 266 S. 5). Im Übrigen hätten auch sämtliche angerufenen Gerichte keine Unterscheidung verschiedener Kategorien von Aktien im Rahmen des Eigenbestandes der Beklagten gemacht (Urk. 266 S. 6). Entgegen der Auffassung der Beklagten sei es für die Beurteilung einer allfälligen Haftung relevant, woher die Aktien stammten. Der selbsteintretende Kommissionär befindet sich - im Unterschied zum Kommissionär, der an der Börse kaufte - regelmässig in einem klaren Interessenskonflikt, habe er doch einerseits die Pflicht, die für den Kommissionär optimalen Bedingungen zu realisieren, andererseits aber den Wunsch, für sich selbst einen hohen Preis herauszuholen (Urk. 266 S. 7). Im vorliegenden Fall sei das Obergericht in seiner Entscheidung vom 12. April 2012 davon ausgegangen, dass die Beklagte mit dem Verkauf von Aktien aus Eigenbeständen eine Treuwidrigkeit begangen hätte, da sie Aktien verkauft hätte, obwohl sie sich bewusst sein müssen, dass ein erhebliches kursrelevantes Informationsgefälle zwischen ihr und denjenigen Kreisen bestanden habe, die die Aktien tatsächlich gekauft hätten. Das Obergericht habe in seinem Urteil vom 12. April 2012 ausgeführt, dass es sich von selbst verstehe, dass auch bei einem Verkauf von Aktien der D.\_\_\_\_ Holding AG aus Eigenbeständen der C.\_\_\_\_ am 28. Juni 1996 unter diesen angeführten Vorgaben von einer Treuwidrigkeit der C.\_\_\_\_ und damit einem Verstoß gegen Art. 398 Abs. 2 OR auszugehen wäre, d.h. es wäre alsdann eine Verletzung der auftragsrechtlichen Treuepflicht anzunehmen (Urk. 266 S. 7). Nachdem die Beklagte heute nicht mehr bestreite, dass sie die als Selbstkontrahentin an den Kläger verkauften D.\_\_\_\_-Aktien ihrem Eigenbestand entnommen habe, liege eine entsprechende Verletzung der Treuepflicht vor (Urk. 266 S. 8).

### **E. 1.1**

Auf den 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt für Verfahren, die bei Inkrafttreten der Zivilprozessordnung rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Für die Rechtsmittel gilt das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Der vorinstanzliche Entscheid datiert vom 21. Juli 2015 und wurde den Parteien am 24. Juli 2015 schriftlich eröffnet (Urk. 259; BGE 137 III 130). Somit ist für das Berufungsverfahren die Schweizerische Zivilprozessordnung anwendbar. Demgegenüber hatte die Vorinstanz in verfahrensrechtlicher Hinsicht die bisherigen Bestimmungen der ZPO/ZH und des GVG/ZH anzuwenden. Soweit sich im Rahmen der Überprüfung des vorinstanzlichen Entscheids Fragen der Anwendung von Verfahrensregeln stellen, wird deshalb zu prüfen sein, ob die Vorinstanz die für ihr Verfahren massgeblichen Normen des bisherigen (kantonalen) Rechts

- 6 - richtig angewandt hat; eine Rückwirkung des neuen Rechts findet nicht statt (vgl. Art. 404 Abs. 1 ZPO; ZR 110 Nr. 6 E. 3; BGE 138 I 1 E. 2.1 S. 3; BGer 5A\_330/2013 vom 24. September 2013, E. 2.2).

### **E. 1.2**

Die Berufung ist "schriftlich und begründet" einzureichen (Art. 311 ZPO). Aus der Rechtsmittelschrift muss hervorgehen, dass und weshalb die Berufungs- klägerin den erstinstanzlichen Entscheid anfechtet und inwieweit dieser geändert oder aufgehoben werden soll. Deshalb hat die Berufungseingabe – obwohl im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt – Berufungsanträge zu enthalten (BGer 4A\_659/2011 vom 7. Dezember 2011, E. 4), wobei mit Blick auf die reformatori- sche Natur der Berufung (Art. 318 Abs. 1 lit. b ZPO) grundsätzlich ein Antrag in der Sache selbst zu stellen ist. Dieser muss bestimmt sein. Hat ein Berufungsan- trag eine Geldzahlung zum Gegenstand, ist er nach ständiger Praxis zu beziffern, und zwar selbst dann, wenn der Entscheid darüber der Official- und Untersuchungsmaxime unterliegt. Das Erfordernis der Bezifferung gilt auch mit Bezug auf die Anfechtung der Kosten- und Entschädigungsfolgen (vgl. BGer 1C\_399/2012 vom 28. November 2012, E. 4.2.1 m.w.H.; 4A\_352/2011 vom 5. August 2011, E. 2). Werden unbezifferte Berufungsanträge gestellt, ist auf die Berufung bzw. die ungenügend bestimmten Berufungsanträge nicht einzutreten, ohne dass der Be- rufungsklägerin eine Nachfrist nach Art. 132 Abs. 1 und 2 ZPO einzuräumen wä- re. Eine Ausnahme vom Nichteintreten besteht (mit Blick auf das Verbot des überspitzten Formalismus) lediglich dann, wenn sich aus der Begründung, allen- falls in Verbindung mit dem angefochtenen Entscheid, ergibt, was die Berufungs- klägerin in der Sache genau verlangt oder – im Falle zu beziffernder Rechtsbe- gehen – welcher Geldbetrag ihrer Meinung nach zuzusprechen ist (vgl. zum Ganzen BGE 137 III 617 E. 4 ff. S. 618 ff.; BGer 5A\_94/2013 vom 6. März 2013, E. 2.2; 4A\_383/2013 vom 2. Dezember 2013, E. 3.2.1; BK ZPO-Sterchi, Art. 311 N 13 ff., N 21; Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. Aufl., Art. 311 N 34 f.). In der Berufungsbegründung sind die gestellten Berufungsanträge zu be- gründen. Es ist darzulegen, weshalb der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten fehlerhaft sein soll bzw. als unrichtig erachtet wird. Dazu sind

- 7 - in der Berufungsschrift die zur Begründung der Berufungsanträge wesentlichen Argumente vorzutragen. Die Berufungsschrift muss deshalb – im Gegensatz zur Klageschrift – regelmässig nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtli- che Begründung enthalten (Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 311 N 36). Die Berufungs- klägerin hat – unter Vorbehalt des Novenrechts – mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo sie die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erho- ben hat. Es ist nämlich nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und die Rechtsschriften des vorinstanzlichen Verfahrens zu durchforsten, um festzustel- len, was welche Partei wo ausgeführt hat. Damit ist gesagt, dass den gesetzlichen Begründungsanforderungen weder durch eine pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften noch durch eine neuerliche Darstel- lung der Sach- oder Rechtslage Genüge getan wird, welche nicht darauf eingeht, was vor der Vorinstanz vorgebracht und von dieser erwogen worden ist (BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375; BGer 5A\_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3.2). Pau- schale Verweisungen auf die vor der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften oder die blosser Wiederholung von bereits vor Vorinstanz Vorgetragenen sind namentlich dann unzulässig bzw. nicht genügend, wenn sich die Vorinstanz mit den Ausführungen der

Berufungsklägerin auseinandergesetzt hat. Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere selbstständige Begründungen, muss sich die Berufungsklägerin in der Berufungsschrift mit allen Begründungen auseinandersetzen. Das Gleiche gilt im Falle von Haupt- und Eventualbegründung. Auch hier muss sich die Berufungsklägerin mit beiden Begründungen auseinandersetzen (Ivo W. Hungerbühler/Manuel Bucher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 36 ff.). Wenn die Berufungsklägerin eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts rügt, sollte sie auch zeigen, dass die Korrektur der Sachverhaltsfeststellung für den Ausgang des Verfahrens entscheidend ist. Hat die Vorinstanz tatsächliches Vorbringen oder zu berücksichtigende aktenkundige Tatsachen übersehen, muss die Berufungsklägerin in der Berufungsbegründung explizit darauf hinweisen, dass (und wo) die entsprechenden Umstände bereits vor der Vorinstanz vorgebracht wurden bzw. in den Akten enthalten waren (Ivo W. Hungerbühler/Manuel Bucher, a.a.O., Art. 311 N 34). Soweit die Begründung diesen formellen Anforderungen - 8 - nicht genügt, ist – ebenfalls ohne vorgängige Ansetzung einer Nachfrist im Sinne von Art. 132 Abs. 1 und 2 ZPO – auf die Berufung nicht einzutreten (BGer 5A\_82/2013 vom 18. März 2013, E. 3.3.3; 4A\_203/2013 vom 6. Juni 2013, E. 3.2). Die Begründungsanforderungen für die Berufungsantwort entsprechen denjenigen für die Berufung (Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 312 N 7, BGer 4A\_211/2008 vom 3. Juli 2008, E. 2). Zwar prüft die Berufungsinstanz nicht nur die geltend gemachten Rügen (Rügeprinzip). Die Berufungsklägerin hat sich nach dem eben Ausgeführten aber mit der Begründung des erstinstanzlichen Entscheids auseinanderzusetzen und gibt mit ihren Beanstandungen den primären Prüfungsgegenstand des Berufungsverfahrens vor. Im Gegensatz zum früheren zürcherischen Prozessrecht (vgl. § 269 ZPO/ZH) muss das Gericht den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus auf Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt worden oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden und diese Fehlerhaftigkeiten träten klar zutage (Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 311 N 36). Aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis ist die Berufungsinstanz auch nicht an die mit den Rügen vorgebrachten Argumente oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; sie kann die Rügen auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen (vgl. Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 310 N 6). Im Ergebnis besteht für die Berufungsinstanz eine Prüfungspflicht hinsichtlich der in der Berufungsschrift (rechtsgenügend) geltend gemachten Mängel und ein Prüfungsrecht bezüglich allfälliger anderer Mängel des angefochtenen Entscheids.

### **E. 1.3**

Bei Rückweisungen ist die untere Instanz und, bei erneuter Befassung mit dem Fall, die rückweisende Instanz an die Rechtsauffassung gebunden, welche dem Rückweisungsentscheid zu Grunde liegt. III.

### **E. 2**

Februar 2000 i.S. A. \_\_\_\_\_ Group und A. \_\_\_\_\_ ... (Urk. 11 bzw. Urk. 16/9) zum Schluss, dass davon auszugehen sei, dass die C. \_\_\_\_\_ mit dem Verkauf von D. \_\_\_\_\_-Aktien aus Eigenbeständen eine Treuwidrigkeit begangen habe, da sie die Aktien verkauft habe, obwohl sie sich bewusst sein müssen, dass ein erhebliches kursrelevantes Informationsgefälle zwischen ihr und denjenigen Kreisen bestanden habe, die die Aktien tatsächlich gekauft hätten (vgl. auch Urk.

- 17 - 185b S. 15). Die Kammer kam auch aufgrund dieser Bundesgerichtsentscheidung vom 2. Februar 2000 in ihrem Urteil vom 12. April 2012 zum Schluss, dass bei einem Verkauf von Aktien der D.\_\_\_\_\_ Holding AG aus Eigenbeständen der C.\_\_\_\_\_ am 28. Juni 1996 unter den angeführten Vorgaben vorliegend ebenfalls von einer Treuwidrigkeit der C.\_\_\_\_\_ und damit von einem Verstoss gegen Art. 398 Abs. 2 OR auszugehen wäre, d.h. es wäre alsdann eine Verletzung der auftragsrechtlichen Treuepflicht anzunehmen. Es sei unbestritten geblieben, dass der Ausschuss der Generaldirektion am 17. Juni 1996 klar festgehalten habe, dass keine Aktien der D.\_\_\_\_\_ Holding AG mehr aus dem Eigenbestand hätten verkauft werden dürfen. Damit wäre aber erst recht von einer Treuwidrigkeit auszugehen, wenn im Nachgang zum Beschluss vom 17. Juni 1996 noch Aktien aus dem Eigenbestand verkauft worden wären. Es würde gemäss dem angeführten Entscheid des Bundesgerichtes ein Verstoss gegen Treu und Glauben vorliegen, da die C.\_\_\_\_\_ über ein Insiderwissen verfügt habe, über das der Kläger (bzw. die Kleinaktionäre) nicht verfügen hätten, und das dazu geführt habe, dass die C.\_\_\_\_\_ eben keine Aktien aus den Eigenbeständen mehr habe verkaufen wollen. Es hätte bei einem entsprechenden Verkauf an einer getreuen und sorgfältigen Ausführung des Geschäftes im Sinne von Art. 398 Abs. 2 OR gefehlt. Allerdings ging die Kammer - wie oben erwähnt - damals davon aus, dass der Kläger diesen Beweis nicht erbracht habe, dass die C.\_\_\_\_\_ ihm am 28. Juni 1996 - also klarerweise nach dem 17. Juni 1996 - D.\_\_\_\_\_ -Aktien aus ihren Eigenbeständen verkauft habe, weshalb die Klage abgewiesen wurde (Urk. 185b S. 15). Wie bereits erwähnt, hat die Kammer in diesem Entscheid jedoch - entsprechend der Vorbringen der Parteien - nie eine Differenzierung zwischen Aktien aus dem Sanierungsbestand als Teilmenge des Eigenbestandes und weiteren nicht zum Sanierungsbestand gehörenden Depotbeständen solcher Aktien vorgenommen, sondern allgemein einen Verkauf aus Eigenbeständen nach dem 17. Juni 1996 als treuwidrig bezeichnet. c) Das im Anschluss angerufene Bundesgericht kam in seinem Entscheid vom 21. November 2012 (Urk. 185c = BGE 138 III 781) zum Schluss, dass im vorliegenden Prozess die Herkunft der von der Beklagten gelieferten Aktien strittig sei. Indem sich die Beklagte in ihrer Wertschriftenabrechnung bezüglich der Aus-

- 18 - führung des Auftrages als Selbstkontrahentin bezeichne, ohne eine andere Person als Verkäuferin zu nennen, habe sie die Vermutung ausgelöst, sie habe als Kommissionärin im Sinne von Art. 437 i.V.m. Art. 436 Abs. 1 OR von der Befugnis Gebrauch gemacht, auf den Einkauf der Aktien bei einem Dritten zu verzichten, weil sie entsprechende Wertpapiere bereits in ihrem Eigentum gehabt habe. Die Vermutung sei widerlegbar; die Beweislast der Widerlegung durch Nachweis eines Börsenkaufs trage aber die Beklagte als Kommissionärin. Indem die Beweislast bezüglich der Beschaffungsweise der Aktien dem Kläger auferlegt worden sei, sei Art. 436 Abs. 1 und Art. 437 OR i.V.m. Art. 8 ZGB verletzt worden (Urk. 185c = BGE 138 III 781 E. 3.5.3). Auch das Bundesgericht ging somit nicht davon aus, dass zwischen verschiedenen Kategorien von Aktien im Eigenbestand zu unterscheiden sei, sondern lediglich zwischen einem Verkauf von Aktien, die sich bereits im Eigentum der Bank befanden und einem solchen, bei dem die Aktien bei einem Dritten beschafft werden mussten. Zusammenfassend trifft es demnach entgegen der Auffassung der Beklagten (Urk. 260 S. 8 f.) nicht zu, dass bis zum Bundesgerichtsentscheid vom 21. November 2012 (Urk. 185 c) unter dem Eigenbestand immer nur der Sanierungsbestand verstanden wurde. Dies wurde weder von den Parteien noch von den mit diesem Fall befassten Gerichtsstufen je konkret so formuliert. Auf die diesbezüglichen Ausführungen der Beklagten ist daher nicht näher einzugehen (Urk.

260 S. 9 ff.). d) Die urteilende Kammer erwog in ihrem nach der Rückweisung gefassten Beschluss vom 14. Januar 2013 (Urk. 213; LB120117) in Nachachtung der Ausführungen des Bundesgerichts, es sei anzunehmen, dass gemäss Wertschriftenabrechnung vom 28. Juni 1996 die Vermutung erstellt sei, dass die C.\_\_\_\_\_ die fraglichen Namenaktien der D.\_\_\_\_\_ Holding AG aus ihren Eigenbeständen bezogen und dem Kläger verkauft habe. Könne die Beklagte diese Vermutung nicht widerlegen, so wäre entsprechend den (weiteren) Erwägungen gemäss obergerichtlicher Entscheidung vom 12. April 2012 (LB100068), an welche die Kammer gebunden sei, von einer Treuwidrigkeit der C.\_\_\_\_\_ und damit von einem Verstoss gegen Art. 398 Abs. 2 OR auszugehen und die Klage demgemäss gutzuheissen. Das Verfahren wurde in der Folge an die Vorinstanz zurückgewiesen, um die unzutreffende Beweislastverteilung zu korrigieren und ein entsprechendes Beweis-

- 19 - verfahren durchzuführen. Die Vorinstanz wurde aufgefordert, der Beklagten den Hauptbeweis dafür aufzuerlegen, dass sie die dem Kläger am 17. Juni 1996 verkauften 4'500 Namenaktien der D.\_\_\_\_\_ Holding AG, Valor Nr. ..., im Hinblick auf diesen Verkauf an der Börse gekauft, d.h. bei einem Dritten bezogen habe. Das Beweisverfahren sei entsprechend zu ergänzen (Urk. 185d S. 4 = Urk. 211). Auch in diesem Entscheid des Obergerichts wurde somit in keiner Weise zwischen verschiedenen Kategorien von Eigenbeständen unterschieden. Es wurde allein auf die Behauptungen der Beklagten abgestellt, welche vorgebracht hatte, die dem Kläger verkauften Aktien an der Börse erworben zu haben; allein dies sollte die Beklagte nun beweisen, da die (widerlegbare) Vermutung dafür bestand, dass der Verkauf aus Eigenbeständen an D.\_\_\_\_\_ -Aktien erfolgte. Allerdings ging die Kammer aktenwidrig - offenbar versehentlich - von einem Verkaufsdatum vom 17. statt korrekterweise 28. Juni 1996 aus, welches Verkaufsdatum unbestritten ist. e) Gemäss diesem Rückweisungsbeschluss des Obergerichtes auferlegte das Bezirksgericht Hinwil in der Folge mit Beschluss vom 2. Mai 2013 der Beklagten den Hauptbeweis dafür, dass sie die dem Kläger am 17. Juni 1996 verkauften 4'500 Namenaktien der D.\_\_\_\_\_ Holding AG, Valor Nr. ..., im Hinblick auf diesen Verkauf an der Börse gekauft, d.h. bei einem Dritten bezogen habe (Urk. 214). Die Beklagte monierte in der Folge, dass sie diesen Beweissatz insofern nicht nachvollziehen könne, als die betreffenden Aktien dem Kläger am 28. Juni 1996 und nicht am 17. Juni 1996 verkauft worden seien. Dieser Beweissatz entspreche auch nicht dem vom Bezirksgericht Hinwil, dem Obergericht und dem Bundesgericht zugrunde gelegten Sachverhalt. Die Beklagte gehe deshalb davon aus, dass der Beweissatz wie folgt zu verstehen sei: "Der Beklagten wird der Hauptbeweis dafür auferlegt, dass die dem Kläger am 28. Juni 1996 verkauften 4'500 Namenaktien der D.\_\_\_\_\_ Holding AG, Valor ..., nicht aus dem von der Gesellschaft erworbenen Eigenbestand/Sanierungsbestand der Beklagten von rund 1,7 Mio. Titel stammten" (Urk. 218 S. 2). Die Vorinstanz ging zunächst davon aus, dass eine solche Korrektur entbehrlich sei, da die Transaktion zwar nicht am 17. Juni 1996, sondern unbestrittenermassen am 28. Juni 1996 durchgeführt worden sei, was sich jedoch unmissverständlich aus der zutreffenden Valorenummer ergebe, mit

- 20 - welcher auf das richtige Datum der Transaktion geschlossen werden könne, weshalb keine Zweideutigkeiten bestünden (Urk. 221). Ebenso äusserte sich der Kläger (Urk. 225 S. 2). Mit Beschluss vom 19. Dezember 2013 wurde dieses offensichtliche Versehen bezüglich des Datums vom 17. auf den 28. Juni 1996 jedoch formell korrigiert (Urk. 231 S. 7). Die weiteren Einwendungen der Beklagten gegen den von der Vorinstanz aufgestellten

Beweissatz wurden von der Vorinstanz mit überzeugender Begründung verworfen. Auf jene zutreffenden Ausführungen kann vorab verwiesen werden (Urk. 231 S. 5 ff.). Die diesbezüglichen Ausführungen der Beklagten sind unzulässig, da es sich dabei um neue Tatsachen handelt, welche erst im Beweisverfahren aufgestellt wurden und welche den Anforderungen gemäss § 115 Ziff. 1-5 ZPO/ZH nicht entsprechen. Die Beklagte unterliess denn auch jegliche Begründung, weshalb diese verspätet vorgebrachten Behauptungen nicht früher erhoben wurden und noch zulässig sein sollten (Urk. 218). Sie ging auch mit keinem Wort darauf ein, dass diese Vorbringen in eklatantem Widerspruch zu ihren bisherigen Tatsachenbehauptungen stehen. Wie oben ausführlich dargestellt, wurde in dem bis zu diesem Beweisauflegebeschluss über 10 Jahre dauernden Verfahren von der Beklagten stets explizit behauptet, dass die dem Kläger verkauften Aktien nicht aus (irgendwelchen) Eigenbeständen stammten, sondern an der Börse erworben worden waren. Sämtliche damit befassten Gerichtsinstanzen gingen in der Folge genau von diesem (bestrittenen) Sachverhalt aus. Nie zuvor wurde eine Differenzierung bzw. Präzisierung bezüglich Eigenbestand im Sinne des Sanierungsbestandes oder anderer Eigenbestände vorgenommen. Der Kläger hatte nie explizit behauptet, dass es um einen Verkauf aus dem Sanierungsbestand der D.\_\_\_\_\_ Holding AG von rund 1,7 Mio. Titeln gegangen sei. Es standen sich immer nur die Versionen "Verkauf aus Eigenbestand" (Kläger) und "Kauf an der Börse" (Beklagte) gegenüber. Nur über diese tatsächlichen Behauptungen war nach der Rückweisung durch das Bundesgericht mit der vom Bundesgericht angeordneten Beweislastverteilung noch Beweis zu erheben (§ 133 ZPO/ZH), wie sich dem Bundesgerichtsentscheid vom 21. November 2012 (Urk. 185c = BGE 138 III 781) klar entnehmen lässt. Es geht nicht an, die Klage - auch im Berufungsverfahren (Art. 317 ZPO) - mit neuen Behauptungen plötzlich auf ein anderes Fundament stellen zu wollen, weil offensichtlich

- 21 - wird, dass der ursprünglich behauptete Sachverhalt nicht bewiesen werden kann. Vermutungsweise behauptete die Beklagte deshalb, dass sie die Aktien an der Börse gekauft habe, weil sie sich nicht dem Verdacht aussetzen wollte, nach dem 17. Juni 1996, zu welchem Datum der Ausschuss der Generaldirektion den Verkauf von D.\_\_\_\_\_ -Aktien einstellte, noch Titel aus dem Eigenbestand verkauft zu haben. Diese neuen Vorbringen können jedoch nicht berücksichtigt werden. Die Beklagte ist an ihre ursprünglichen Behauptungen gebunden. Was sie allenfalls anderes gedacht oder angenommen hat, kann nicht relevant sein. Es ist vom klaren Wortlaut der Behauptungen der Parteien auszugehen. Das von der Beklagten vorgebrachte Verständnis des Beweisauflegebeschlusses vom 2. Mai 2013 entspricht weder diesen Behauptungen, dem Wortlaut des Bundesgerichtsentscheides noch demjenigen der Kammer vom 14. Januar 2013 (Urk. 213 S. 4 unten). Das Bundesgericht hat unmissverständlich festgehalten, die Beklagte trage die Beweislast für den Nachweis, dass sie die Aktien an der Börse gekauft habe (Urk. 210 S. 7 = Urk. 185c = BGE 138 III 781 E. 3.5.3). Sämtliche gegenteiligen Behauptungen der Beklagten zielen daher ins Leere (z.B. Urk. 218 und 253). Entgegen ihrer Auffassung handelt es sich somit nicht um einen irrelevanten Beweissatz (Urk. 260 S. 8). Wie die Vorinstanz zutreffend festhielt, ist daher am Element des Börsenkaufs festzuhalten (Urk. 261 S. 7 mit Verweis auf Urk. 231 S. 5 ff.). Der entsprechende Beweissatz ist von der Vorinstanz korrekt formuliert worden und entspricht den Vorgaben der oberen Instanzen. Die von der Beklagten im Berufungsverfahren dagegen erhobenen Argumente (Urk. 260 S. 3 ff.) sind daher nicht stichhaltig.

### **E. 3**

Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren werden zu  $\frac{1}{4}$  dem Kläger und zu  $\frac{3}{4}$  der Beklagten auferlegt. Die dem Kläger auferlegten Kosten werden, soweit deckend, aus den von ihm geleisteten Kostenvorschüssen von insgesamt Fr. 700.-- und die der Beklagten auferlegten Kosten werden, soweit deckend, aus den von ihr geleisteten Kostenvorschüssen von insgesamt Fr. 700.-- bezogen.

### **E. 4**

Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das erstinstanzliche Verfahren (Geschäfts-Nr. CG020004, CG080037 und CG130001) eine Prozessentschädigung von Fr. 16'000.-- zu bezahlen.

### **E. 5**

Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das Berufungsverfahren, Geschäfts-Nr. LB100068, eine Prozessentschädigung von Fr. 5'000.-- zu bezahlen.

- 25 -

### **E. 6**

Die zweitinstanzliche Entscheidgebür wird auf Fr. 4'920.-- festgesetzt.

### **E. 7**

Die Entscheidgebür für das zweitinstanzliche Verfahren wird der Beklagten auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.

### **E. 8**

Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 4'000.-- zu bezahlen.

### **E. 9**

Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

### **E. 10**

Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 42'120.45. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 24. Mai 2016 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Vorsitzende: Der Gerichtsschreiber: Dr. L. Hunziker Schnider lic. iur. M. Kirchheimer versandt am: jc