

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB120117-O/U.doc

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, und Dr. G. Pfister,  
Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin  
lic. iur. S. Subotic

## **Beschluss vom 14. Januar 2013**

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Forderung (Rückweisung)**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Hinwil vom 13. Juli 2010  
(CG080037)**

**Rückweisung: Urteil des Bundesgerichtes vom 21. November 2012  
(vormaliges Verfahren LB100068)**

### **Erwägungen:**

1. Der Kläger war seit längerer Zeit Kunde der damaligen B1.\_\_\_\_ (..) und heutigen B.\_\_\_\_ AG. Am 28. Juni 1996 kaufte er von der B1.\_\_\_\_ 4'500 Namenaktien der C.\_\_\_\_ AG zum Preis von insgesamt Fr. 42'120.45. Am 21. Januar 1997 wurde über die C.\_\_\_\_ AG der Konkurs eröffnet. Der Kläger geht davon aus, dass die B1.\_\_\_\_ beim Verkauf der Aktien sein Vertrauen missbraucht habe, da diese längst über die missliche finanzielle Situation der C.\_\_\_\_ AG orientiert gewesen sei. Die B1.\_\_\_\_ habe ihre Treuepflichten verletzt, indem sie ihm im Wissen um die Sanierungs - und Verkaufsbemühungen Aktien der C.\_\_\_\_ AG aus den eigenen Beständen verkauft habe. Sie habe ihren eigenen Beschluss vom 17. Juni 1996, wonach der Verkauf von Aktien der C.\_\_\_\_ AG einzustellen sei, nicht durchgesetzt. Es sei von einem Verstoss gegen Art. 398 Abs. 2 OR auszugehen.

2. Mit Klage vom 4. März 2002 beantragte der Kläger die Verpflichtung der damaligen B1.\_\_\_\_ zur Bezahlung von Fr. 42'210.45 zuzüglich Zins zu 5% seit 3. Juli 1996. Mit Urteil vom 13. Juli 2010 wies das Bezirksgericht Hinwil die Klage schliesslich ab. Mit Urteil vom 12. April 2012 wies das Obergericht die gegen dieses Urteil erhobene Berufung - und damit die Klage - ebenfalls ab. Für die Prozessgeschichte bis zu diesem Zeitpunkt kann auf die entsprechende Wiedergabe im Entscheid vom 12. April 2012 verwiesen werden (Urk. 206 S. 4 f.). Der Kläger erhob am 18. Mai 2012 Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht, mit welcher er die Aufhebung des obergerichtlichen Entscheides beantragte und erneut die Verpflichtung zur entsprechenden Zahlung von Fr. 42'210.45 verlangte. Mit Urteil des Bundesgerichts, I. zivilrechtliche Abteilung, vom 21. November 2012 (Eingang beim Obergericht: 17. Dezember 2012) wurde die Beschwerde gutgeheissen, der angefochtene Entscheid aufgehoben und die Sache zur Neuentscheidung zurückgewiesen (Urk. 210).

3. Die Aufhebung des Urteils der Kammer vom 12. April 2012 und die Rückweisung des Verfahrens zu neuer Entscheidung bewirkt, dass über die mit der seinerzeitigen Eingabe des Klägers vom 27. August 2010 erhobenen Berufung

erneut zu befinden ist. Damit ist das Verfahren trotz der auf den 1. Januar 2011 in Kraft getretenen neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung weiterhin nach den bisherigen Bestimmungen der ZPO/ZH und des GVG/ZH zu führen (vgl. dazu: Urk. 206 S. 6 Ziff. 2.a).

4. a) Die Kammer ging mit dem Urteil vom 12. April 2012 davon aus, dass die B1.\_\_\_\_\_ bei einem am 28. Juni 1996 erfolgten Verkauf von Aktien der C.\_\_\_\_\_ AG aus den Eigenbeständen eine Treuwidrigkeit begangen hätte, da sie sich bewusst gewesen sein musste, dass ein erhebliches kursrelevantes Informationsgefälle zwischen ihr und den Personen bestand, welche die Aktien tatsächlich kauften. Es würde bei einem entsprechenden Verkauf aus den Eigenbeständen an einer getreuen und sorgfältigen Ausführung des Geschäftes im Sinne von Art. 398 Abs. 2 OR fehlen (Urk. 206 S. 8 ff.). Mit Entscheid vom 12. April 2012 wurde allerdings weiter in Übereinstimmung mit der Vorinstanz festgehalten, dass die Behauptung der Beklagten, wonach von einem unechten Selbsteintritt auszugehen sei und die fraglichen Aktien an der Börse erworben worden seien, nicht widerlegt worden sei. Es wurde dabei angenommen, dass die vom Kläger eingereichte Wertschriftenabrechnung lediglich besage, dass die B1.\_\_\_\_\_ den Auftrag aufgrund der Statuten und Usancen der ... Effektenbörse als "Selbstkontrahent" ausgeführt habe. Dies genüge angesichts der Bestreitungen der Beklagten nicht für den Nachweis, dass die B1.\_\_\_\_\_ die an den Kläger verkauften Aktien der C.\_\_\_\_\_ AG aus den Eigenbeständen bezogen habe. Dementsprechend wurde geschlossen, dass dem Kläger der Nachweis nicht gelungen sei, dass die B1.\_\_\_\_\_ ihm Namenaktien der C.\_\_\_\_\_ aus den Eigenbeständen verkauft habe. Ein treuwidriges Verhalten sei daher nicht erstellt. Dies führte (nebst anderen Erwägungen) zur Abweisung der Klage (Urk. 206 S. 16 f.).

b) Bezeichnet sich eine Bank in ihrer Wertschriftenabrechnung bezüglich der Ausführung des Auftrages als Selbstkontrahentin, ohne eine andere Person als Verkäufer zu nennen, so löst dies nach den Erwägungen des Bundesgerichts jedoch die Vermutung aus, sie 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 bei einem Dritten zu verzichten, weil sie entsprechende Wertpa-

piere bereits in ihrem Eigentum hatte. Diese Vermutung sei widerlegbar, die Beweislast für die Widerlegung durch den Nachweis eines Börsenkaufs trage jedoch die Kommissionärin. Entsprechend schloss das Bundesgericht, dass die kantonalen Instanzen mit der Beweislastverteilung für die Beschaffung der Aktien zu Lasten des Klägers Art. 436 Abs. 1 und 437 OR i.V. mit Art. 8 ZGB verletzt haben (Urk. 210 S. 5 ff.). An diese Erwägungen ist die Kammer gebunden (BSK, BGG-Meyer/Dormann, 2.A., N 18 zu Art. 107 BGG).

Damit ist anzunehmen, dass gemäss Wertschriftenabrechnung vom 28. Juni 1996 (Urk. 16/3 = Urk. 57) die Vermutung erstellt ist, dass die B1.\_\_\_\_\_ die fraglichen Namenaktien der C.\_\_\_\_\_ AG aus ihren Eigenbeständen bezogen und dem Kläger verkauft hat. Kann die Beklagte diese Vermutung nicht widerlegen, so wäre entsprechend den (weiteren) Erwägungen gemäss Entscheid vom 12. April 2012, an welche die Kammer auch gebunden ist (vgl. § 104a GVG/ZH), von einer Treuwidrigkeit der B1.\_\_\_\_\_ und damit von einem Verstoss gegen Art. 398 Abs. 2 OR auszugehen (Urk. 206 S. 15). Die Klage wäre demnach gutzuheissen.

Die Beklagte hat indes u.a. bereits mit der Klageantwort vor Vorinstanz (Urk. 74 S. 6 f.) behauptet, dass sie nach dem 17. Juni 1996 keine Aktien der C.\_\_\_\_\_ AG mehr aus dem Eigenbestand verkauft habe. Es treffe nicht zu, dass die dem Kläger verkauften Aktien dem Eigenbestand entnommen worden seien. Der Beklagten ist die Möglichkeit einzuräumen, für diese Behauptung - und damit für eine allfällige Widerlegung der oben angeführten Vermutung - den Beweis anzutreten. Es wird an Stelle des Beweissatzes I.3. gemäss Beweisaufgabebeschluss der Vorinstanz vom 26. Februar 2009 (Urk. 145 S. 2) der Beklagten der Hauptbeweis aufzuerlegen sein, dass sie die dem Kläger am 17. Juni 1996 verkauften 4'500 Namenaktien der C.\_\_\_\_\_ AG, ..., im Hinblick auf diesen Verkauf an der Börse gekauft, d.h. bei einem Dritten bezogen hat. Das Beweisverfahren ist entsprechend zu ergänzen.

5. Der Entscheid der Vorinstanz vom 13. Juli 2010 ist somit aufzuheben. Die Berufungsinstanz kann das Verfahren zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückweisen (§ 270 ZPO/ZH). Zwar ist von dieser Möglichkeit zurückhaltend Gebrauch zu machen, doch kann eine Ergänzung des Beweisverfahrens eine Rück-

weisung rechtfertigen, um den Parteien zwei Instanzen mit voller Kognition zur Verfügung zu stellen (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, N 4 und 5 zu § 270 ZPO/ZH). Dies ist hier der Fall, nachdem beide kantonalen Instanzen bisher von einer unzutreffenden Beweislastverteilung ausgegangen sind. Das Verfahren ist daher zur Ergänzung des Beweisverfahrens und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

6. Da das Verfahren aufgrund der bisher unzutreffenden Beweislastverteilung zu ergänzen ist, rechtfertigt es sich in Anwendung von § 66 Abs. 2 ZPO/ZH die Kosten des vorliegenden Verfahrens auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Regelung der Entschädigungsfolgen ist dem Endentscheid der Vorinstanz vorzubehalten.

**Es wird beschlossen:**

1. Das Urteil des Bezirksgerichtes Hinwil vom 13. Juli 2010 wird aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Beweisverfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Die Regelung der Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid des Bezirksgerichtes Hinwil vorbehalten.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die Obergerichtskasse sowie – unter Beilage der erst- und zweitinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Hinwil, je gegen Empfangsschein.
5. 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 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, 14. Januar 2013

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Subotic

versandt am:  
mc