

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB100068-O/U.doc

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

Urteil vom 12. April 2012

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. V. _____

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Z. _____

betreffend **Forderung**

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

Rechtsbegehren:

"Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger Fr. 42'120.45 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 3. Juli 1996 zu bezahlen."

Urteil des Bezirksgerichtes Hinwil vom 13. Juli 2010:

1. Die Klage wird vollumfänglich abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 5'000.-; die Barauslagen betragen:
Fr. 120.- Zeugenentschädigung
3. Die Kosten werden dem Kläger auferlegt.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 14'000.- zu bezahlen.

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 192 S. 2):

1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichtes Hinwil vom 13. Juli 2010 aufzuheben.
2. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger Fr. 42'120.45 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 3. Juli 1996 zu bezahlen.

der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 197 S. 2):

Es sei die Berufung abzuweisen.

Sachverhalt und Prozessgeschichte:

1. Der Kläger war seit längerer Zeit Kunde der damaligen B1._____. Er unterhielt bei der Filiale C._____ ein Wertschriftendepot. Am 28. Juni 1996 kaufte er - nach seinen Angaben - gestützt auf ein Gespräch mit dem Berater D._____ 4'500 Namenaktien der E._____ AG aus den Eigenbeständen der B1._____ zum

Preis von je Fr. 9.25, insgesamt somit (zuzüglich Kommission und Gebühren) für einen Betrag von Fr. 42'120.45.

Im Dezember 1996 wurden sämtliche Produktionsbetriebe der E._____ AG verkauft. Der Kaufpreis reichte indes nicht aus, um sämtliche Kredite und Schulden der E._____ AG abzudecken. Schliesslich wurde am tt. Januar 1997 der Konkurs über die E._____ AG eröffnet. Der Kläger geht davon aus, dass die B1._____ beim Verkauf von Aktien der E._____ AG ab Februar 1996 das Vertrauen der Käufer missbraucht habe. Der Wert der Aktien sei bereits im Zeitpunkt des Verkaufs durch die B1._____ praktisch Null gewesen. Die B1._____ habe einen Informationsvorsprung gehabt und hätte den Verkauf der Aktien unterlassen müssen. Die E._____ AG sei bereits im Jahre 1994 in Zahlungsschwierigkeiten geraten und im Jahr darauf habe sich der Zustand der Firma drastisch verschlechtert. Am tt. Februar 1996 habe eine Pressekonferenz stattgefunden, anlässlich welcher das Jahresergebnis 1995 bekannt gegeben worden sei. In der Folge habe die B1._____ mit dem Verkauf der E._____ -Aktien aus ihrem Sanierungsbestand begonnen. Verkaufsbemühungen der E._____ AG sowie ein Sanierungskonzept seien gescheitert. Deshalb habe die Generaldirektion der B1._____ den Verkauf der Aktien am 17. Juni 1996 wieder gestoppt. Die Eidgenössische Bankkommission habe die Beklagte schliesslich verpflichtet, den zu Unrecht erwirtschafteten Ertrag wieder abzugeben. Die Beklagte habe jedoch nur ein Angebot per Saldo aller Ansprüche mit einer Zahlung von 40% der Kaufsumme unterbreitet und ohne den Geschädigten einen entgangenen Zins vergüten zu wollen. Er habe deshalb auf das entsprechende Angebot verzichtet. Der Kläger verlangt - nachdem die Aktionäre zu einem Totalverlust kamen - den Ersatz des gesamten Schadens von Fr. 42'120.45 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 3. Juli 1996.

Es ist inzwischen unbestritten, dass sich die Klage heute gegen die aus der ehemaligen B2._____ hervorgegangene B._____ AG richtet, welche die Bankbeziehungen des Klägers mit der B1._____ weitergeführt hat. Die Beklagte bestreitet indes die geltend gemachte Schadenersatzpflicht.

2. a) Der Kläger machte die Klage unter Einreichung der Weisung am 5. März 2002 anhängig, worauf die Vorinstanz das Verfahren unter der Geschäfts-Nr. CG0020004 anhand nahm. Mit der schriftlichen Klageantwort bestritt die Beklagte ihre Passivlegitimation. Das weitere Verfahren wurde zunächst auf diese Frage beschränkt und mit einem Beweisverfahren ergänzt. Dieses wurde aufgrund einer Umstrukturierung der Beklagten indes obsolet. Hernach wurde das Verfahren mit der Ergänzung der Klageantwort fortgesetzt. Auch die weiteren Stellungnahmen wurden schriftlich erstattet und mit der Duplik am 28. März 2006 abgeschlossen. In der Folge erging ein Beweisverfahren zur Frage der Aktivlegitimation des Klägers (vgl. ergänzend Urk. 187 S. 2 f.). Mit Urteil vom 27. August 2007 wies die Vorinstanz die Klage mangels Nachweis der Aktivlegitimation ab (Urk. 123).

b) Mit Eingabe vom 8. Oktober 2007 erhob der Kläger Berufung gegen das Urteil des Bezirksgerichts Hinwil vom 27. August 2007. In diesem Berufungsverfahren war ausschliesslich über die Frage der Aktivlegitimation zu befinden. Aufgrund von erst kurz vor der Berufungsverhandlung eingereichten Urkunden stellte die Kammer mit Urteil vom 15. Juli 2008 fest, dass die Aktivlegitimation des Klägers nunmehr aufgrund einer Rückzession der Ansprüche zu bejahen sei. Dieser Entscheid blieb unangefochten. Damit blieb es beim weiteren Beschluss, wonach das Urteil der Vorinstanz vom 27. August 2007 aufgehoben und der Prozess zur Fortsetzung des Verfahrens zurückgewiesen wurde. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens wurden dabei dem Kläger auferlegt und er wurde verpflichtet, die Beklagte für das Berufungsverfahren zu entschädigen, da die massgeblichen Zessionserklärungen erst im Laufe des Berufungsverfahrens eingereicht worden waren (vgl. ergänzend Urk. 144).

c) Am 26. Februar 2009 erliess die Vorinstanz in der Folge einen Beweisaufgebesschluss, am 9. Juni 2009 erging der Beweisabnahmebeschluss. Das Beweisverfahren wurde mit den Stellungnahmen der Parteien zum Beweisverfahren am 11. Mai 2010 abgeschlossen (vgl. für das Beweisverfahren im Ein-

zelenen: Urk. 187 S. 3). Mit Urteil vom 13. Juli 2010 wies das Bezirksgericht Hinwil die Klage ab (Urk. 187).

3. Mit Eingabe vom 27. August 2010 erhob der Kläger rechtzeitig Berufung (Urk. 188), worauf ihm mit Verfügung vom 23. September 2010 Frist zur Begründung der Berufung angesetzt wurde (Urk. 190). Die Berufungsbegründung datiert vom 15. November 2010 (Urk. 192), die Berufungsantwort vom 25. Januar 2011 (Urk. 197). Mit Verfügung vom 28. Januar 2011 wurde das Verfahren schriftlich fortgesetzt (Urk. 198). Am 15. März 2011 ging die Replikschrift ein (Urk. 200), am 26. April 2011 die Duplikatschrift (Urk. 203). Diese wurde mit Verfügung vom 28. April 2011 dem Kläger zugestellt, womit der Schriftenwechsel abgeschlossen wurde (Urk. 204). Die Parteien haben auf ihre Anwesenheit an der Urteilsberatung und -eröffnung verzichtet (Urk. 205 und Prot. II S. 6).

Erwägungen:

I.

1. Die Vorinstanz ging bei ihrem Entscheid davon aus, dass der Kläger börsenerfahren war und dass ihm bekannt gewesen sein musste, dass es sich bei den E.____-Titeln um hochspekulative Papiere handelte. Es habe aufgrund der Pressemeldungen jedem Anleger klar sein müssen, dass mit dem Kauf von E.____-Titeln ein kaum abschätzbares Risiko eingegangen werde. Weiter nahm das Bezirksgericht zwar an, dass die Generaldirektion der B1.____ am 17. Juni 1996 einen weiteren Verkauf von E.____-Titeln untersagt habe, dass aber nicht nachgewiesen sei, dass der Verkauf vom 28. Juni 1996 tatsächlich aus den Eigenbeständen erfolgte. Ebenso nahm das Bezirksgericht an, es sei nicht nachgewiesen, dass die B1.____ sichere Kenntnis vom bevorstehenden Konkurs der E.____ AG hatte. Dies gilt auch für die Behauptung, die B1.____ habe auch nach dem 17. Juni 1996 die E.____-Titel auf der internen Empfehlungsliste noch aufgeführt. Zusammengefasst wies die Vorinstanz die Klage ab, da kein wider-

rechtliches Verhalten der B1._____ festzustellen sei und da eine vertragliche Haftung aus Auftragsrecht nicht ersichtlich sei (Urk. 187 S. 10-25).

2. a) Auf den 1. Januar 2011 ist die neue Schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft getreten. Gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt indes für Verfahren, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Die Berufung wurde noch unter dem Regime der bisherigen ZPO/ZH erhoben. Damit sind für das Verfahren (auch) vor Obergericht weiterhin die bisherigen Bestimmungen der ZPO/ZH und des GVG/ZH anzuwenden.

b) Im Sinne einer Vorbemerkung ist sodann festzuhalten, dass vor der Berufungsinstanz neue Vorbringen (Noven: tatsächliche Behauptungen, Einreden und Beweismittel) nur noch unter den Voraussetzungen der §§ 115 und 138 ZPO/ZH zulässig sind (§ 267 Abs. 1 ZPO/ZH). Gemäss § 115 ZPO/ZH sind solche Vorbringen nur zulässig, wenn sich ihre Richtigkeit aus den Prozessakten ergibt oder diese durch neu eingereichte Urkunden sofort bewiesen werden können (§ 115 Ziff. 2 ZPO/ZH), oder wenn es sich um Tatsachen handelt, von denen glaubhaft gemacht wird, dass sie trotz angemessener Tätigkeit nicht rechtzeitig angerufen werden konnten (§ 115 Ziff. 3 ZPO/ZH). Liegt keiner dieser Umstände vor, so sind die neuen Vorbringen nicht weiter zu prüfen. Dies gilt ebenso für die erst mit der Stellungnahme zum Beweisergebnis vorgebrachten neuen Tatsachenbehauptungen. Zu prüfen sind daher grundsätzlich nur die bis und mit der erstinstanzlichen Duplik vom 28. März 2006 (Urk. 88) vorgebrachten Behauptungen (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., N 6 zu § 147 ZPO und N 2 zu § 267 ZPO/ZH).

II.

1. a) Zu den Vorbringen des Klägers im erstinstanzlichen Verfahren kann vorweg auf die Zusammenfassung im angefochtenen Urteil verwiesen werden (Urk. 187 S. 4-7). Im Rahmen der Berufung wies der Kläger erneut darauf hin,

dass er seit längerer Zeit ein Wertschriftendepot bei der B1._____ hatte, und dass er sich vor dem Kauf von Wertschriften jeweils von den ihm zugeteilten Berater habe beraten lassen. Der Kauf der fraglichen 4'500 Namenaktien der E._____ AG zum Preis von je Fr. 9.25 mit der B1._____ als Selbstkontrahentin sei auf Empfehlung des Kundenberaters D._____ erfolgt (so schon vor Vorinstanz: Urk. 11 S. 3 und Urk. 81 S. 7 Ziff. 10). Die B1._____ habe zuvor in der Zeit vom 21. Februar 1996 bis zum 17. Juni 1996 540'000 Aktien der E._____ AG aus ihrem eigenen Bestand verkauft. Der Verkauf sei erfolgt gestützt auf eine Vereinbarung zwischen den Abteilungen "... " und der Abteilung "... " der B1._____ vom 26. Januar 1996 betreffend den Verkauf von insgesamt 1'696'826 Namenaktien. Im Zeitpunkt, in welchem der Kläger von der B1._____ die Aktien der E._____ AG kaufte, hätten die Anlageberater über die "Research Notes" des B1._____ Investment vom 21. Februar 1996 mit der Empfehlung: "Untergewichten" verfügt. In den Research Notes sei auf massive Verluste im Geschäftsjahr 1995 und andererseits auf angestrebte Rationalisierungserfolge hingewiesen, aber auch angeführt worden, dass die Gesellschaft mit 30% über eine eher knappe Kapitalausstattung verfüge, so dass sich eine Kapitalerhöhung aufdrängen würde, falls kein Käufer/Partner gefunden werden könne. Die Kaufempfehlung des Kundenberaters sei im Widerspruch zur Empfehlung der Research Abteilung gestanden. Ausserdem sei die B1._____ aufgrund des von ihr in den Verwaltungsrat der E._____ AG delegierten F._____ über die Überschuldung sowie die Sanierungsbedürftigkeit der E._____ AG informiert gewesen. Dies sei gegen aussen aber nicht mitgeteilt worden, um die Eigenbestände verkaufen zu können. Am 17. Juni 1996 habe die Generaldirektion der B1._____ beschlossen, keine weiteren Aktien der E._____ AG zu verkaufen, da die Bank Kenntnis von der Wertlosigkeit der Aktien erlangt habe. Der Ausschuss der Generaldirektion habe erkannt, dass mit dem weiteren Verkauf von Aktien an die Kunden die Treuepflicht verletzt würde. Dieser Beschluss sei indes nicht sofort umgesetzt worden (Urk. 192 S. 5-8).

Die Beklagte sei von der Eidgenössischen Bankenkommission verpflichtet worden, den zu Unrecht erwirtschafteten Betrag wieder abzugeben. Dies sei aber auf die Käufe vom 20. Februar 1996 bis zum 17. Juni 1996 beschränkt gewesen.

Der Kläger habe deshalb Klage eingereicht (Urk. 192 S. 9). Er hält daran fest, dass ein konkludenter Beratungsvertrag vorgelegen habe und dass die B1. _____ ihrer Aufklärungspflichten nicht nachgekommen sei; sie hätte ihn auf die Risiken des fraglichen Aktienkaufs hinweisen müssen (Urk. 192 S. 17-22). Der Schaden, der dem Kläger entstanden sei, entspreche dem gesamten Kaufpreis, da der Wert der Aktien im Zeitpunkt des Kaufes gleich Null gewesen sei (Urk. 192 S. 23).

b) Die Beklagte macht dagegen weiterhin geltend, dass aufgrund von Pressepublikationen allgemein bekannt gewesen sei, dass es sich bei den Aktien der E. _____ AG um hoch spekulative Anlagen gehandelt habe. Dass die E. _____ AG in Konkurs gehen werde, habe am 28. Juni 1996 allerdings noch nicht fest gestanden. Es treffe sodann nicht zu, dass die dem Kläger verkauften Titel aus dem Eigenbestand der Beklagten stammten, die fraglichen Aktien seien über die Börse beschafft worden (Urk. 197 S. 6). Das Urteil der Vorinstanz sei daher richtig. Die B1. _____ habe gegenüber dem in Börsendingen erfahrenen Kläger keine besondere Aufklärungspflicht gehabt. Die B1. _____ habe davon ausgehen dürfen, dass der Kläger - zu welchem kein konkludenter Beratungsvertrag und kein besonderes Vertrauensverhältnis bestanden habe - das Risiko seiner Investitionen kannte. Die B1. _____ habe keine Treuepflichten verletzt (Urk. 197 S. 7 ff.). Wesentlich sei schliesslich, dass allfälliges Wissen des Ausschusses der Generaldirektion der B1. _____ nicht dem Kundenberater angerechnet werden dürfe. Letzterer habe dem Kläger mit Bezug auf den Aktienkauf keine Kaufempfehlung abgegeben (Urk. 197 S. 16).

2. a) Zentraler Vorwurf im erstinstanzlichen Verfahren bildete die Behauptung, dass aufgrund des Entscheides der EBK bzw. des Bundesgerichts vom 2. Februar 2000 heute bekannt sei, dass die Hauptaktionäre der E. _____ AG, insbesondere auch die B1. _____, sofort nach der Orientierung über die Situation sowie die Bedürftigkeit der E. _____ AG mit dem Verkauf ihrer Aktien über die Börse begonnen hätten. Der Kläger hätte seine Aktienkäufe nicht vorgenommen, wenn er in gleicher Weise informiert worden wäre wie die Mehrheitsaktionäre (Urk. 11 S. 24 f.). Der Kläger sieht eine Pflichtverletzung der B1. _____ darin, dass

sie das besondere Vertrauensverhältnis, dass durch die rechtsgeschäftlichen Beziehungen entstanden sei, missachtet habe und dass sie eine Interessenkollision nicht vermieden habe. Die B1._____ habe einen Informationsvorsprung gehabt, den sie nicht preisgegeben habe. Damit sei sie aber verpflichtet gewesen, das für den Kläger nachteilige Geschäft zu unterlassen. Die B1._____ habe ihre Treuepflichten verletzt, indem sie dem Kläger - im Wissen um die Sanierungs- und Verkaufsbemühungen - Aktien der E._____ AG aus den eigenen Beständen verkauft habe. Zudem habe die B1._____ den eigenen Beschluss vom 17. Juni 1996 nicht durchgesetzt, wonach der Verkauf von Aktien der E._____ AG einzustellen sei (Urk. 11 S. 8 f., vgl. auch die Zusammenfassung der Vorinstanz in Urk. 187 S. 10).

b) Die von der Vorinstanz dargelegten Voraussetzungen für eine Haftung der Beklagten blieben im Berufungsverfahren unbestritten. Sie sind denn auch zutreffend, weshalb auf sie verwiesen werden kann (Urk. 187 S. 10 ff.). Ergänzend ist beizufügen, dass der Kauf oder Verkauf von Wertschriften durch eine Bank im Auftrag des Kunden Kommissionsgeschäfte im Sinne von Art. 425 ff. OR darstellen. Hierbei besteht die Eigenheit, dass die Banken in der Regel als Eigenhändler, d.h. als sog. Selbstkontrahenten, auftreten (Boemle, M./Gsell, M.: Geld-, Bank- und Finanzmarkt-Lexikon der Schweiz, Zürich 2002, S. 655). Bei Kommissionen zum Einkauf von Wertpapieren, die einen Börsenpreis haben, ist der Kommissionär, wenn der Kommittent nicht etwas anderes bestimmt hat, nämlich befugt, das Gut, das er einkaufen soll, als Verkäufer selbst zu liefern (Art. 436 Abs. 1 OR). Die Banken praktizieren in diesem Sinne häufig nach aussen hin, d.h. im Verhältnis zu ihrem Kunden, den Selbsteintritt auch dann, wenn sie den Auftrag tatsächlich über die Börse abgewickelt haben. Mit der Erklärung des Selbsteintritts übernimmt die Bank die Verpflichtung der Gegenpartei aus dem an der Börse abgeschlossenen und dem Kunden gemeldeten Geschäft. Sie wird insoweit ihrem Kunden gegenüber zum Verkäufer bzw. Käufer. Ein solcher sogenannter unechter Selbsteintritt liegt im Interesse des Kunden und der Bank. Der Kunde kann sich für die Erfüllung des Geschäfts direkt an die Bank halten. Die Bank ist

andererseits nicht verpflichtet, den Dritten, von dem sie das Wertpapier gekauft hat, zu nennen (Boemle, M./Gsell, M., a.a.O., S. 951 f.).

c) aa) Der Kläger stützte sich von allem Anfang an (vgl. Klagbebe-
gründung Urk. 11 S. 7 f.) auf den Entscheid des Bundesgerichtes vom 2. Februar
2000 in Sachen B._____ und BA._____ mit welchem die Verkäufe der Aktien der
E._____ AG durch die B1._____ beurteilt wurden (Urk. 16/9 = 154/2). Mit diesem
Entscheid, der auf der Anfechtung von Verfügungen der Eidgenössischen Ban-
kenkommission mit einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde basierte, wurde zu fol-
gendem im EBK Bulletin festgehaltenen Sachverhalt Stellung genommen (Urk.
16/9 S. 39 f.):

"Die E._____ AG, umfassend die ... G._____ und H._____ sowie andere Tochtergesellschaften,
geriet 1994 in Zahlungsschwierigkeiten. Mit Hilfe eines Bankenkonsortiums wurde eine Sanierung
durchgeführt, wobei die Grossbanken Aktien der E._____ AG übernahmen und dafür durch je ein
Geschäftsleitungsmitglied in deren Verwaltungsrat vertreten waren. Unter anderem übernahm
auch die damalige B1._____ (nachfolgend: B1._____) rund 1,7 Mio. Aktien der E._____ AG. Ver-
treter der B1._____ im E._____ -Verwaltungsrat war X.

Die Aktien wurden innerhalb der B1._____ beim Ressort ... eingebucht. 1995 verschlechterte sich
die Lage der E._____ AG weiter, so dass der Verwaltungsrat weitere Sanierungsmöglichkeiten
diskutierte. Daneben wurden Verkaufsvarianten geprüft. Am 6. November 1995 entschieden die
Banken, eine Bilanzsanierung (Projekt "...") ins Auge zu fassen, da ein Verkauf nur mit Verlust
möglich gewesen wäre.

Der Verwaltungsrat der E._____ AG nahm am 4. Dezember 1995 vom Konsens der Banken be-
züglich "... " Kenntnis, bedauerte aber, dass die Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital nicht das
gewünschte Ausmass von 200 Mio. erreichen, sondern nur 150 Mio. Franken betragen sollte.

Am 5. Dezember 1995 beschloss der Ausschuss der Generaldirektion (im Folgenden: GDA) der
B1._____, die E._____ -Aktien zusammen mit anderen Effektenbeständen in die Verantwortung
des Wertschriftenhandels (Handelsbestand) zu übertragen. X hatte den GDA zuvor über die Ver-
waltungsratssitzung der E._____ AG vom Vortag orientiert. Der Leiter der Handelsabteilung erhielt
die Instruktion, allfällige Bestandesänderungen bei den E._____ -Aktien erst nach Bekanntgabe
der Konzernrechnung 1995 der E._____ -Gruppe vorzunehmen. Anfangs Februar 1996 liessen die
Grossbanken das Sanierungsprojekt "... " fallen.

Am tt. Februar 1996 wurde die Öffentlichkeit an einer Bilanzpressekonferenz über das Jahresergebnis 1995 der E.____-Gruppe orientiert. Die E.____ AG wies für 1995 einen Konzernverlust von 63 Mio. Franken bzw. einen Gesamtverlust von 322 Mio. Franken aus. Dieser resultierte unter anderem aus eine Sonderabschreibung von 466 Mio. Franken zur Korrektur der festgestellten Aktivenüberbewertung.

Nach dieser Pressekonferenz begann die B1.____ mit dem Verkauf der E.____-Aktien aus dem ehemaligen Sanierungsbestand. In der Folge konnte keine Sanierung der E.____ AG durchgeführt werden. Am 17. Juni 1996 beschloss der GDA, den Verkauf der E.____-Aktien einzustellen. Bis zu diesem Zeitpunkt hatte die B1.____ 540 000 Aktien verkauft, woraus ein Erlös von 4,265 Mio. Franken resultierte.

Am tt. Januar 1997 wurde der Konkurs über die E.____ AG eröffnet."

bb) Bei der Beurteilung des Vorgehens der B1.____ wurde mit dem Entscheid des Bundesgerichts vorweg darauf hingewiesen, dass die EBK ihren Entscheid zu Unrecht sowohl auf das Bankengesetz als auch auf das Börsengesetz abgestützt habe. Letzteres stehe jedoch erst seit dem 1. Februar 1997 in Kraft und sei daher auf die Beurteilung des fraglichen Sachverhalts nicht anwendbar (Urk. 16/9 S. 49). Dies muss auch für die Beurteilung der Aktienkäufe des Klägers vom 28. Juni 1996 gelten (so auch schon die Vorinstanz: Urk. 187 S. 12). Die Vorwürfe des Klägers sind daher nicht gemäss den Bestimmungen des Börsengesetzes zu prüfen, sondern - wie der oben angeführte Sachverhalt - unter den Vorgaben des Bankengesetzes und des OR. In dem vom Kläger angeführten Entscheid des Bundesgerichts stand indes nur zur Diskussion, ob das Verhalten der B1.____ den Anforderungen von Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG stand gehalten habe. Danach haben die mit der Verwaltung und Geschäftsführung betrauten Personen Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit zu bieten. In der Folge wurde darauf hingewiesen, dass einzig wesentlich sei, ob während der Periode vom 17. Februar 1996 bis zum 17. Juni 1996, in welchem der Verkauf der Aktien der E.____ AG aus eigenen Beständen erfolgte, ein Informationsvorsprung vorgelegen habe, der zu einem Verkaufsstopp hätte führen müssen (Urk. 16/9 S. 57). Zu beachten war auch, dass es nicht um einen üblichen Sachverhalt gegangen sei, in dem eine Handelsabteilung im normalen Tagesgeschäft Papiere kaufe und verkaufe, über deren Wert eine andere Bankabteilung allenfalls Insiderkenntnisse

habe. Vielmehr sei es um eine Beteiligung gegangen, die ursprünglich nicht in der Handelsabteilung gelegen habe, sondern erst dorthin verschoben worden sei mit der Auflage, nur unter bestimmten Suspensivbedingungen zu verkaufen. Hier sei hinzu gekommen, dass gemäss der Vereinbarung zwischen der Handelsabteilung und der ... die Verkaufsstrategie unter Beteiligung von Y (GD-Mitglied) und X. (Vertreter der B1. _____ im Verwaltungsrat E. _____ AG) festzulegen und periodisch zu überprüfen war. Es sei nicht darum gegangen, ob das Wissen, das im Ausschuss der Generaldirektion vorhanden war, der Handelsabteilung zuzurechnen war, sondern darum, ob die Verkaufssperre beizubehalten bzw. der Handelsabteilung der Verkauf zu untersagen gewesen wäre. Indem der Ausschuss der Generaldirektion am 17. Juni 1996 einen Verkaufsstopp tatsächlich verhängte, sei belegt, dass er gegenüber der Handelsabteilung diese Möglichkeit hatte. Entscheidend ist daher nach Auffassung des Bundesgerichts, ob die bis zum 20. Februar 1996 bestehende Sperre gar nie hätte aufgehoben werden dürfen (Urk. 16/9 S. 61). Zu prüfen war in diesem Zusammenhang, ob die mit der Sanierung befassten Personen der B1. _____ in der Zeit, in welcher die fraglichen Aktienverkäufe getätigt wurden, Kenntnisse von nicht öffentlichen Tatsachen hatten, welche geeignet waren, zu einer erheblichen Änderung der Börsenkurse zu führen (Urk. 16/9 S. 63).

Als treuwidrig zu erachten sei dabei nur die Ausnützung von Kenntnissen über vertrauliche Tatsachen, wobei eine Tatsache - so das Bundesgericht weiter - im strafrechtlichen Sinne nicht mehr vertraulich sei, wenn ein Dritter sie erlangen könnte, wenn auch nur mit Anstrengungen. Ebenso wenig fallen darunter Erkenntnisse und Folgerungen, welche Dritte aus öffentlich zugänglichen Informationen ziehen können. Eine Kenntnis, die von Finanzanalysten aufgrund öffentlich zugänglicher Informationen erschlossen werden kann, ist nicht mehr vertraulich, auch wenn sie den Kleinanlegern möglicherweise nicht bekannt ist (Urk. 16/9 S. 64 f., mit Hinweisen auf die Lehre). Diese strafrechtliche Sicht gilt jedoch nicht bei der Beurteilung der fraglichen Vorgänge nach dem zivil- und aufsichtsrechtlichen Gebot des Handelns nach Treu und Glauben. Dieses Gebot geht weiter. Eine Treuwidrigkeit in zivilrechtlicher Hinsicht ist nach dem Bundesgericht jedenfalls

dann anzunehmen, wenn eine Bank Aktien verkauft, obwohl sie sich bewusst ist, dass ein erhebliches kursrelevantes Informationsgefälle zwischen ihr und denjenigen Kreisen besteht, welche tatsächlich Aktien kaufen (Urk. 16/9 S. 65).

Das Bundesgericht hielt in der Folge fest, dass die Öffentlichkeit an der Pressekonferenz vom tt. Februar 1996, in den daraufhin erschienenen Presseberichten sowie im Geschäftsbericht klar und transparent darüber informiert worden sei, dass die die Aktiven früher überbewertet waren und dass infolge der durchgeführten Neubewertung ein grosser ausserordentlicher Verlust verzeichnet werden musste. Es sei auch für Aussenstehende klar geworden, dass ein weiterer Betriebsverlust das Akteinkapital beeinträchtigen würde. Es sei auch darüber orientiert worden, dass die Situation als schwierig erachtet wurde und für die Zukunft alle Optionen offen stünden. Es sei für die Öffentlichkeit klar geworden, dass die E. _____ AG in erheblichen Schwierigkeiten steckte und dass eine nachhaltige Verbesserung der Situation nur durch eine markante marktseitige Erholung oder durch eine Übernahme erfolgen konnte. Es habe daher auch dem aussenstehenden Betrachter als sehr fraglich erscheinen müssen, ob die Banken zu einer weiteren Sanierung bereit sein würden, nachdem sie bereits 1994 erhebliche Mittel in die Sanierung investiert hatten. Gesamthaft habe es den Käufern klar sein müssen, dass die Aktien der E. _____-Holding AG eine riskante und spekulative Anlage darstellten (Urk. 16/9 S. 66 f.).

Trotz dieser Ausgangslage schloss das Bundesgericht, dass damit ein Informationsvorsprung der B1. _____ nicht von vorneherein ausgeschlossen gewesen sei. Wohl seien die Aussichten der E. _____-Gruppe ungewiss gewesen und habe die weitere Entwicklung nicht als feststehend angenommen werden können. Stünden Ereignisse nicht fest, so sei eine Risikobeurteilung erforderlich. Diese stütze sich wiederum auf Informationen, deren Kenntnis unterschiedlich sein könnten. Massgeblich sei, ob die Kenntnisse des Publikums erheblich geringer waren als diejenigen des Verwaltungsrates bzw. der B1. _____ und ob damit ungleiche Wissensvoraussetzungen für die Risikobeurteilung vorlagen (Urk. 16/9 S. 67). Dies wurde in der Folge bejaht (Urk. 16/9 S. 69 und 71), da

- die Arbeitsgruppe E._____ am 14. März 1996 feststellte, der aktuell eingeschlagene Weg gehe Richtung Verkauf, wobei als Verkaufspreisziel die Deckung des Fremdkapitals vorgegeben wurde, was bedeutete, dass die Beteiligten davon ausgingen, das Eigenkapital sei verloren (Urk. 16/9 S. 68),

- da bei realistischer Lagebeurteilung zumindest die grosse Wahrscheinlichkeit bestand, dass bei einem Verkauf höchstens das Fremdkapital gedeckt werden könnte (Urk. 16/9 S. 69),

- dass auch ein Konkurs ins Auge gefasst wurde (Urk. 26/9 S. 69),

welche Informationen dem Publikum im Detail nicht bekannt waren (Urk. 16/9 S. 69). Die Arbeitsgruppe E._____ habe an der Sitzung vom 14. März 1996 zudem festgestellt, dass die Pressekonferenz vom tt. Februar 1996 nicht "in der gewünschten Schärfe durchgekommen" sei. Sie sei sich bewusst gewesen, dass der Aktienkurs nach wie vor zu hoch war, und dass die Zahl der v.a. Kleinaktionäre zunahm. Trotzdem sei beschlossen worden, einen koordinierten Verkauf vorzubereiten, um die Beteiligungen der Hausbanken zu senken.

Unter den gegebenen Umständen habe den Bankverantwortlichen klar sein müssen, dass dieser Verkauf zu Lasten der Kleinaktionäre gehen würde, welche die Aktien zu überhöhtem Kurs kaufen würden. Wohl habe ein sorgfältiger Kleinanleger aufgrund öffentlich zugänglicher Informationen damit rechnen müssen, dass ein Engagement in E._____ -Aktien mit einem Totalverlust enden könnte, doch seien die Grundlagen für die Risikobeurteilung im Verwaltungsrat der E._____ -Gruppe, in der Arbeitsgruppe E._____ und damit auch in der B1._____ besser gewesen als in der Öffentlichkeit. Erstere verfügten über nicht öffentliche Informationen, welche geeignet waren, zu einer erheblichen Änderung der Börsenkurse zu führen, und sie mussten sich bewusst sein, dass der Verkauf der Aktien zum Nachteil der Käufer gehen würde (Urk. 16/9 S. 70 f.). Das Bundesgericht schloss daher, dass die Beurteilung der EBK, wonach das Verhalten der B1._____ gegen Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG verstossen habe, nicht gegen Bundesrecht verstosse (Urk. 16/9 S. 71).

cc) Es ist daher davon auszugehen, dass die B1._____ mit dem Verkauf von Aktien aus den Eigenbeständen eine Treuwidrigkeit begangen hat, da sie Aktien verkauft hat, obwohl sie sich bewusst sein musste, dass ein erhebliches kursrelevantes Informationsgefälle zwischen ihr und denjenigen Kreisen bestand, die die Aktien tatsächlich kauften (Urk. 16/9 S. 37 Ingress Ziff. 4, vgl. auch S. 65).

d) aa) Es versteht sich von selbst, dass auch bei einem Verkauf von Aktien der E._____ AG aus Eigenbeständen der B1._____ am 28. Juni 1996 unter den oben angeführten Vorgaben von einer Treuwidrigkeit der B1._____ und damit von einem Verstoss gegen Art. 398 Abs. 2 OR auszugehen wäre, d.h. es wäre alsdann von einer Verletzung der auftragsrechtlichen Treuepflicht auszugehen. Die Vorinstanz hat in ihrem Beweisverfahren die klägerische Behauptung, wonach der Ausschuss der Generaldirektion den Verkauf von E._____ -Aktien aus Eigenbeständen am 17. Juni 1996 verboten habe, zum Beweis verstellt (Urk. 145, Beweissatz I.1.). Sie hat aber weiter unter Hinweis auf den oben angeführten Entscheid des Bundesgerichts und Urk. 154/1 richtigerweise auch gefolgert, dass diese Behauptung nachgewiesen sei (Urk. 187 S. 19 f.). Es blieb denn auch in der Berufungsantwort unbestritten, dass der Ausschuss der Generaldirektion am 17. Juni 1996 klar festgehalten habe, dass keine Titel der E._____ AG mehr aus dem Eigenbestand verkauft werden dürften (Urk. 197 S. 6; so auch schon in der ergänzenden Klageantwort vom 5. September 2005, Urk. 74 S. 3). 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 Bundesgerichts ein Verstoss gegen Treu und Glauben vorliegen, da die B1._____ über ein Insiderwissen verfügte, über das der Kläger (bzw. die Kleinaktionäre) nicht verfügen konnten, und das dazu führte, dass die B1._____ eben keine Aktien aus den Eigenbeständen mehr verkaufen wollte (vgl. Bodmer/Kleiner/Lutz, Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, N 223 zu Art. 3 BankG). Es fehlte bei einem entsprechenden Verkauf an einer getreuen und sorgfältigen Ausführung des Geschäftes im Sinne von Art. 398 Abs. 2 OR.

bb) Die Vorinstanz hat ein Beweisverfahren zu den Behauptungen des Klägers durchgeführt, dass die Beklagte (d.h. die B1._____) auch nach dem 17. Juni E._____-Aktien aus Eigenbeständen verkaufte hat (Urk. 145, Beweissatz I.2.), und dass namentlich der Kläger am 28. Juni 1996 4'500 Namenaktien der E._____, Valor ..., zum Preis von insgesamt Fr. 41'120.435 aus Eigenbeständen der damaligen B1._____ erworben hatte (Urk. 145, Beweissatz I.3.).

Der Kläger berief sich für den Beweis, dass die von ihm erworbenen 4'500 Namenaktien der E._____ aus den Eigenbeständen der B1._____ stammten, einzig auf die Wertschriftenabrechnung vom 28. Juni 1996 (Urk. 155 S. 3). Diese Wertschriftenabrechnung besagt indes lediglich, dass die B1._____ den Auftrag aufgrund der Statuten und Usancen der Zürcher Effektenbörse als "Selbstkontrahent" ausgeführt habe (Urk. 16/3 = Urk. 57). Dies genügt angesichts der Bestreitungen der Beklagten (vgl. u.a. Klageantwort vom 5. September 2005, Urk. 74 S. 6 f.) indes nicht für den Nachweis, dass die B1._____ die an den Kläger verkauften Aktien der E._____ AG aus den Eigenbeständen bezogen hat. Es kann hierfür auf die obenstehenden Erwägungen verwiesen werden, wonach häufig auch dann von einem Selbsteintritt, von "Selbstkontrahent" die Rede ist, obwohl der Auftrag über die Börse abgewickelt wurde. Dies geschieht implizit weil vom Gesetz die Vermutung ausgeht, dass den Selbsteintritt erklärt, wer als Kommissär seinem Kunden die Ausführung des Auftrages meldet, ohne eine bestimmte Person als Verkäufer zu nennen (Art. 437 OR). Die Behauptung der Beklagten, dass von einem unechten Selbsteintritt auszugehen sei und die fraglichen Aktien an der Börse erworben wurden, ist daher mit dem vom Kläger eingereichten Beweismittel, nämlich der Wertschriftenabrechnung, nicht widerlegt (vgl. ergänzend die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz in Urk. 187 S. 20).

Selbst wenn die Behauptung des Klägers, wonach die B1._____ auch nach dem 17. Juni 1996 Aktien der E._____ AG aus den Eigenbeständen verkauft hat, nachgewiesen wäre, könnte damit nicht als erstellt gelten, dass auch die dem Kläger verkauften Aktien aus dem Eigenbestand der B1._____ bezogen wurden. Der Kläger hat mit den von ihm angeführten Beweismitteln indes auch gar nicht

nachgewiesen, dass weiterhin Verkäufe aus dem Eigenbestand vorgenommen wurden. Vorweg ist nicht ersichtlich, wie den von der Beklagten nicht herausgegebenen Dokumenten für die Zeit vor dem 17. Juni 1996 entnommen werden könnte, dass weiterhin Aktien aus dem Eigenbestand verkauft wurden, nachdem nachgewiesen ist, dass (erst) an diesem Datum ein Verkaufsstopp erlassen wurde. Diesbezüglich kann daher aus der Nichtherausgabe durch die Beklagte nichts abgeleitet werden. Dies gilt auch für die von der Beklagten herausgegebene Vereinbarung ... der B1._____ und Wertschriftenhandel der B1._____ vom 26. Januar 1996 (Urk. 163/1). Nachdem aber auch das Bundesgericht davon ausging, dass am 17. Juni 1996 ein Verkaufsstopp erlassen wurde (Urk. 16/9 S. 40), erscheint fraglich, ob mit den Unterlagen und Anordnungen zum Vollzug dieses Beschlusses an die unterstellten und mit dem Vollzug befassten Stellen der B1._____ der Beweis erbracht werden könnte, dass trotz dieses Entscheides weiterhin Aktien aus dem Eigenbestand verkauft wurden bzw. dass Gegenteiliges angeordnet wurde. Es ist sodann anzunehmen, dass die Beklagte in diesem Punkt nicht mit einer Aufbewahrungspflicht über die Frist von zehn Jahren gemäss Art. 962 OR hinaus rechnen musste. Es ist daher mit der Vorinstanz (Urk. 187 S. 19) zu folgern, dass aus dem Verhalten der Beklagten (Angabe im Beweisverfahren: "Die Beklagte hat trotz intensiven Nachforschungen keine 'Unterlagen und Anordnungen zum Vollzug des Beschlusses' gefunden. Sie geht davon aus, dass die Instruktion der mit dem Eigenbestand befassten Stellen mündlich erfolgte, da beim Vollzug nur wenige Adressaten existiert haben dürften", Urk. 162 S. 3) nicht auf eine Beweisvereitelung im Sinne von § 148 ZPO geschlossen und damit angenommen werden kann bzw. angenommen werden muss, dass weiterhin Aktien aus den Eigenbeständen verkauft wurden. Wie erwähnt ist dies jedoch für die Beurteilung des konkret gerügten Verkaufs nicht entscheidend.

cc) Damit ist insgesamt davon auszugehen, dass dem Kläger der Nachweis nicht gelungen ist, dass ihm die B1._____ Aktien der E._____ AG aus ihren Eigenbeständen verkauft hat. Es ist daher diesbezüglich kein treuwidriges Verhalten der B1._____ erstellt.

3. a) Der Kläger macht indes weiter geltend, dass aufgrund des langjährigen Vertrauensverhältnisses ein konkludenter Beratungsvertrag bestanden habe, dass die B1._____ seine Risikobereitschaft und Risikofähigkeit nie abgeklärt habe, dass sie ihn aufgrund des besonderen Vertrauensverhältnisses unaufgefordert hätte beraten und abmahnen müssen, es habe ein erhebliches Informationsgefälle bestanden. Die B1._____ habe die Treuepflicht verletzt, da sie die eigenen Interessen, nämlich den Verkauf von wertlosen Aktien als Selbstkontrahent, vorangestellt habe (Urk. 197 S. 17 ff.). Da der Nachweis eines Verkaufs aus den Eigenbeständen nicht erbracht wurde, bleibt zu prüfen, ob aufgrund der anderen angeführten Umstände auf ein treuwidriges Verhalten der B1._____ zu schliessen ist.

b) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist hinsichtlich der vertragsrechtlichen Sorgfalts- und Treuepflicht der Bank bei der Abwicklung von Börsengeschäften für die Kundschaft zwischen drei verschiedenen Vertragsbeziehungen zu differenzieren: die Vermögensverwaltung, die hier nicht zur Diskussion steht, die Anlageberatung und die blosse Konto-/Depotbeziehung (BGE 133 III 97 E 7.1). Führt die Bank nur punktuell Börsengeschäfte für den Kunden aus, ist sie nach der Praxis des Bundesgerichts nicht zu einer generellen Interessenwahrung verpflichtet und muss den Kunden deshalb nur auf Verlangen aufklären. Das Ausmass der Aufklärungspflicht richtet sich alsdann nach den Kenntnissen und dem Stand der Erfahrung des Auftraggebers. Kennt dieser die Risiken der Spekulationstätigkeit, braucht er keine Aufklärung. Ist ohne weiteres ersichtlich, dass der Kunde von den Risiken keine Ahnung hat, muss ihn die Bank darauf hinweisen (BGE 133 III 97 E 7.1.1). Gemäss der Praxis des Bundesgerichts besteht sodann grundsätzlich keine Beratungspflicht der Bank im Rahmen gezielter Weisungen des Kunden zu kontorelevanten Verfügungen, wenn der Kunde durch die unbedingte Erteilung eines entsprechenden Auftrages zu erkennen gibt, dass er Aufklärung und Beratung seitens der Bank weder benötigt noch wünscht. Eine Warnpflicht besteht hier nur in Ausnahmefällen, etwa wenn die Bank bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit erkennen muss, dass der Kunde eine bestimmte, mit der Anlage verbundene Gefahr nicht erkannt hat, oder wenn sich in der andau-

ernden Geschäftsbeziehung zwischen der Bank und dem Kunden ein besonderes Vertrauensverhältnis entwickelt hat, aus welchem der Kunde nach Treu und Glauben auch unaufgefordert Beratung und Abmahnung erwarten darf (BGE 133 III 97 E 7.1.2).

c) Bei der Prüfung, ob ein treuwidriges Verhalten der B1._____ vorlag, ist in diesem Zusammenhang von folgenden im erstinstanzlichen Verfahren erhobenen - und damit rechtzeitig eingebrachten - Behauptungen auszugehen:

- der Kläger habe sich am 28. Juni 1996 vorgängig des mündlich in Auftrag gegebenen Kaufs mit dem Kundenberater über die Aktien der E._____ AG unterhalten und sich gestützt auf dieses Gespräch zum Kauf der Aktien entschieden (Urk. 11 S. 3 Ziff. 2)

- der Kläger hätte seine Aktienkäufe nicht vorgenommen, wenn er in gleicher Weise orientiert worden wäre, wie die Mehrheitsaktionäre (Urk. 11 S. 25 Ziff. 44),

- sollte der Ausschuss der Generaldirektion der B1._____ den Verkauf von Aktien der E._____ AG am 17. Juni 1996 verboten haben, um eine Schädigung der Kunden zu verhindern, so hätte er gleichentags eine Weisung an die Kundenberater der B1._____ erlassen müssen, keine Aktien der E._____ AG an Kunden zu verkaufen oder zu vermitteln. Da der Ausschuss der Generaldirektion damit gerechnet habe, dass die Aktien zu jenem Zeitpunkt ohne jeden Wert waren und die Kunden einen Totalverlust erleiden würden, sei es seine Pflicht gewesen, die Kunden vor Schaden zu bewahren (Urk. 81 S. 3),

- es sei davon auszugehen, dass die interne Empfehlungsliste der B1._____ auch nach dem 17. Juni 1996 weiterhin die Empfehlung an die Kundenberater bzw. die Kunden enthalten habe, Aktien der E._____ AG zu kaufen (Urk. 81 S. 4 und 7),

- die Empfehlungsliste sei am 17. Juni 1996 nicht geändert worden, weshalb der Kundenberater D._____ dem Kläger zum Kauf der Aktien der E._____ AG gerate habe, ihn jedenfalls nicht abgemahnt habe (Urk. 81 S. 4 und 6),

- die Aktien der E._____ AG seien bis zum 17. Juni 1996 gemäss Empfehlungsliste zum Kauf empfohlen worden und hätten nach dem 17. Juni 1996 mit dem Vermerk: "Verkaufen" erscheinen müssen, was jedoch unterlassen worden sei (Urk. 81 S. 10 f.),

- der Ausschuss der Generaldirektion der B1._____ habe es bewusst unterlassen, die Kundenberater in dem Sinne anzuweisen, dass sie in Zukunft Aktien der E._____ AG nicht mehr zum Kauf empfehlen, sondern vom Kauf abmahnen sollten (Urk. 81 S. 6),

- der Kläger - der in Börsendingen nicht erfahren gewesen sei (Urk. 81 S. 12) - habe sich zum Kauf der Aktien der E._____ AG entschieden, nachdem sein Kundenberater bei der B1._____, D._____, ihm diesen Kauf empfohlen habe; es sei anzunehmen, dass sich D._____ dabei auf die interne Empfehlungsliste der B1._____ abgestützt habe, die den Kauf von "E._____ -Aktien" auch nach dem 17. Juni 1996 anführte (Urk. 81 S. 7),

- es sei dem Generaldirektor der B1._____, F._____, sowie aufgrund dessen Informationen auch dem Ausschuss der Generaldirektion am 17. Juni 1996 und erst recht am 28. Juni 1996 bekannt gewesen, dass die E._____ AG vor dem Konkurs stand (Urk. 81 S. 8),

- es gehe um den Verkauf von Aktien an einen Kunden, mit Bezug auf welche die B1._____ als Universalbank im Rahmen der Kapitalerhöhung des Jahres 1994 die Sanierung unterstützt und damit auch den Kauf von Aktien empfohlen und aus diesem Grund einen Generaldirektor in den Verwaltungsrat der Gesellschaft entsandt habe, womit sie in der Öffentlichkeit berechtigtes Vertrauen in die Sanierung geschafft habe (Urk. 81 S. 8).

d) aa) Der Kläger hat in seinen massgeblichen erstinstanzlichen Vorbringen nicht dargetan, dass von einer eigentlichen Anlageberatung durch die B1._____ auszugehen ist, die nach der Praxis des Bundesgerichts zu einer erhöhten Pflicht zur Interessenwahrung durch die Bank hätte führen müssen. Es fehlen jegliche detaillierten Angaben über einzelne Bankgeschäfte bzw. Wert-

schriftenanlagen des Klägers. Es ist daher zu schliessen, dass eine blosser Konto-/Depotbeziehung bestand, in welcher die Bank den Anleger entsprechend der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur auf Verlangen über die Risiken einer Anlage aufzuklären hat. Andererseits hat die Beklagte ihre Bemerkung, dass der Kläger "in Börsendingen durchaus erfahren" gewesen sei (Urk. 74 S. 8), nach dessen Bestreitung (Urk. 81 S. 12), ebenfalls nicht näher erläutert (Urk. 88 S. 19). Es kann deshalb nicht auf entsprechende besondere Kenntnisse des Klägers geschlossen werden.

Damit ist für das vorliegende Verfahren davon auszugehen, dass der Kläger weder stets eine Anlageberatung durch die B1._____ genoss, noch dass er besonders "börsenerfahren" war. Daran ändert das Ergebnis des erstinstanzlichen Beweisverfahrens nichts, wo der Beklagten der Beweis auferlegt wurde, dass der Kläger in "Börsendingen erfahren" ist (Urk. 145, Beweissatz II.9.). Die Aussagen der von den Parteien hiezu angerufenen Zeugen D._____ und I._____ lassen jedenfalls nicht darauf schliessen, dass der Kläger sich der Risiken einer besonders spekulativen Anlage bewusst war. So hielt der Zeuge D._____ auf die Frage: "Haben sie den Kläger als in Börsendingen erfahrene Person wahrgenommen ?" bloss fest: "Ja" (Urk. 167 S. 3). Aus dieser knappen Antwort können ohne nähere Angaben keine Rückschlüsse auf besondere Kenntnisse gezogen werden. Es fehlt ein Hinweis auf nachvollziehbare Umstände, weshalb der Kläger "in Börsendingen erfahren" gewesen und was damit genau gemeint sein soll; insbesondere fehlt eine Aussage dazu, wie weit der Kläger im Stande war, Risiken zu beurteilen. Auch aus den Aussagen des Zeugen I._____ können keine genauen Schlüsse gezogen werden. Dieser Zeuge wurde mit den Fragen konfrontiert, ob er den Kläger beraten habe und ob der Kläger ein erfahrener Wertschriftenkunde gewesen sei. Nach den Angaben des Zeugen war der Kläger Wertschriftenkunde und es sei mit ihm über Anlagen diskutiert worden, er sei über dem Durchschnitt gewesen, interessiert und geschäftsnahe. Er habe auch einen kaufmännischen Hintergrund gehabt, woraus sich die eine oder andere Diskussion ergeben habe (Urk. 168 S. 2). Auch aufgrund dieser Aussagen kann indes nicht angenommen werden, dass der Kläger die Risiken spekulativer Anlagen kannte. Dazu sind die Aus-

sagen zu unverbindlich, wenn geantwortet wurde, dass Anlagen diskutiert worden seien und dass der Kläger "über dem Durchschnitt, interessiert und geschäftsnah" gewesen sei. Es fehlen konkrete, nachvollziehbare und detaillierte Aussagen zum "durchschnittlichen" Wertschriftenkunden und zum Interesse und der Geschäftsnähe, aus denen allenfalls auf besondere Börsenkenntnisse geschlossen werden könnte. Fest steht allerdings aufgrund der angeführten Aussagen, dass der Kläger nicht zu denjenigen Personen gehört, die von Risiken mit Wertschriftenanlagen keine Ahnung haben.

Damit ist - mangels anderen im erstinstanzlichen Verfahren erhobenen Behauptungen - davon auszugehen, dass der Kläger einerseits zu denjenigen Kunden zu zählen ist, für welche die B1._____ nur punktuell Börsengeschäfte abwickelte und dass er nicht stets beraten wurde. Die B1._____ war damit nicht generell zur Interessenwahrung des in Börsengeschäften nicht völlig unerfahrenen Klägers verpflichtet, sondern sie musste ihn nur auf Verlangen aufklären. Solches macht der Kläger indes sinngemäss geltend, wenn er anführte, er habe sich am 28. Juni 1996 vorgängig des mündlich in Auftrag gegebenen Kaufs mit dem Kundenberater über die Aktien der E._____ AG unterhalten und sich gestützt auf dieses Gespräch zum Kauf der Aktien entschieden. Beschliesst der Ausschuss der Generaldirektion der B1._____ angesichts der ihr bekannten desolaten Lage der E._____ AG den Verkauf der Eigenbestände an Aktien der E._____ AG einzustellen, so würde selbstredend eine anschliessende Kaufempfehlung der Kundenberater der selben Bank für die entsprechenden Aktientitel zweifellos eine treuwidrige Handlung darstellen.

bb) Die Vorinstanz hat damit zu Recht die Behauptung des Klägers zum Beweis verstellt, wonach sein Kundenberater ihm den Kauf der Aktien der E._____ AG empfohlen und dass er erst aufgrund dieser ausdrücklichen Empfehlung den Kauf getätigt habe (Urk. 145, Beweissatz I.4. und I.5.).

Der Kläger hat sich für den Beweis seiner Behauptungen einerseits auf die Zeugeneinvernahme des Kundenberaters und andererseits auf die Herausgabe sämtlicher Bankunterlagen (Aktennotizen und interne Anweisungen an den Kun-

denberater), welche zum Kauf der 4'500 Namenaktien durch den Kläger führten, sowie auf eigene Schreiben berufen (Urk. 156 S. 5).

Vorweg ist festzuhalten, dass die eigenen Schreiben des Klägers vom 23. Dezember 1996 (Urk. 16/4), vom 22. April 1997 (Urk. 16/5) und vom 27. Mai 1999 (Urk. 16/6), mit denen er um Auskunft bzw. Ersatz des erlittenen Schadens ersuchte, nicht geeignet sind, den Nachweis dafür zu liefern, dass der Kauf der fraglichen Aktien auf ausdrückliche Empfehlung des Kundenberaters erfolgte. Auf diese Schreiben ist daher an dieser Stelle nicht weiter einzugehen.

Der Zeuge D._____ bestätigte, dass er bei der B1._____ in C._____ als Kundenberater des Klägers tätig gewesen war. Er hielt fest, dass die Wertschriftengeschäfte des Klägers in der Regel per Telefon zustande gekommen seien, teilweise sei der Kläger auch ins Büro gekommen. Er habe als Kundenberater sich selber informiert, z.B. aus Zeitungen. Von der Bank habe es Empfehlungen und Aktienauswahllisten gegeben. Auf die Frage, ob es bezüglich der E._____ AG spezielle Memos gegeben habe, erklärte er: "Nein, das glaube ich nicht". An den Kauf der 4'500 Namenaktien der E._____ AG konnte er sich konkret nicht erinnern. Schliesslich beantwortete der Zeuge die Frage zur Aussage des Klägers, wonach er den Kauf nicht getätigt hätte, wenn ihm gesagt worden wäre, wie es um die Firma stehe, mit: "Dies ist eine Aussage, welche ich in meiner langjährigen Erfahrung auch schon gehört habe. Meistens wenn es zu lasten dieser geht. Wenn es einer Firma nicht gut geht, empfiehlt auch niemand einen Aktienkauf. Ein steigendes Depot ist auch im Interesse der Bank, weil auch Depotgebühren anfallen." Weiter bestätigte der Zeuge, dass er jeweils ausdrücklich Kaufempfehlungen abgegeben habe. Er konnte sich sodann erinnern, dass der Kläger ausdrücklich einen Wunsch über eine Anlage geäussert habe, er könne "aber nicht konkret sagen was". Schliesslich hielt er fest, dass er sich nicht erinnern könne, dass die B1._____ mit Bezug auf die E._____ gesagt habe: "Stopp, keine Verkäufe mehr". Er wusste nicht mehr, welche Empfehlungen er von der B1._____ hatte (Urk. 167 S. 2 f.).

Der Zeuge konnte sich somit weder mit Bezug auf den konkreten Kauf der fraglichen Aktien erinnern, noch wusste er, ob die B1._____ hinsichtlich der Aktien der E._____ AG Empfehlungen abgegeben oder einen Verkaufsstopp angeordnet hatte. Wesentlich erscheint indes die Aussage des Zeugen, dass er als Kundenberater jeweils ausdrücklich Kaufempfehlungen abgegeben hat (Urk. 167 S. 3). Der Zeuge hat diese Aussage in absoluter Form gemacht. Dies lässt es zwar als durchaus möglich erscheinen, dass er auch in Bezug auf die Aktien der E._____ AG eine Empfehlung abgegeben hat. Ein Beweis dafür, dass der Kauf vom 28. Juni 1996 auf ausdrückliche Empfehlung der B1._____ erfolgte, ist damit jedoch aufgrund der übrigen insgesamt unbestimmten Aussagen nicht zweifelsfrei erbracht. Der Zeuge konnte sich - wie gesagt - nicht konkret an den Kauf und entsprechende Gespräche erinnern.

Weiter ist zu bedenken, dass der Kläger, der anlässlich seiner persönlichen Befragung keine Einzelheiten nannte und keine detaillierten Angaben zu seiner Geschäftstätigkeit und seinen Wertschriftenanlagen mit der B1._____ machte (Prot. I S. 22 oben), bloss erwähnte, dass D._____ "das Geschäft mit dem Kauf der E._____ Aktien über die Bühne gebracht" habe (Prot. I S. 22 Mitte). Er hielt sodann auf die Frage, wie er jeweils den Wertschriftenhandel eingefädelt habe, fest: "Es war unterschiedlich. In der Regel tat ich dies telefonisch. Es ist eine Tatsache, dass ich die E._____ Aktien nicht gekauft hätte, wenn ich über die konkreten Informationen verfügt hätte." Eine konkrete Erinnerung an den Kauf hatte er nicht mehr, er erwähnte bloss, dass er die Aktien nicht gekauft hätte, wenn er korrekt informiert worden wäre (Prot. I S. 23 oben). Damit nahm er aber Bezug auf die ihm nachträglich bekannt gewordene Beteiligung der B1._____ und das Wissen des Ausschusses der Generaldirektion, was aus den oben erwähnte Schreiben Urk. 16/4-6 klar hervorgeht. Entsprechend äusserte er sich auch auf die konkrete Frage, ob es eine ausdrückliche Empfehlung bezüglich des Kaufes der Aktien der E._____ AG gegeben habe: "Ich weiss nicht mehr, wer was gesagt hat. Die 'Oberen' der Beklagten hatten Kenntnis von allem. Deshalb sind wir auch so sicher, dass wir den Prozess gewinnen werden."

Damit kann aber selbst aufgrund der eigenen Aussagen des Klägers nicht davon ausgegangen werden, dass ihm der Kauf der fraglichen Aktien durch seinen Kundenberater empfohlen wurde und dass der Kauf nur deshalb getätigt wurde. Es fehlt insbesondere auch ein Hinweis darauf, dass der Kläger von seinem Kundenberater eine Aufklärung verlangt hat. Dies ist indes bei einer blossen Konto-/Depotbeziehung - wie erwähnt - Voraussetzung für eine allfällige Haftung der Beklagten. Daran ändern auch die im Ausschuss der Generaldirektion der B1._____ vorhandenen Kenntnisse über die desolate Lage der E._____ AG nichts. Der Kundenberater war - ohne entsprechendes Verlangen - nicht verpflichtet, detailliert zu orientieren. Es bestand auch keine Pflicht der B1._____, jegliche Börsengeschäfte bezüglich der E._____ AG zu unterbinden bzw. vor einem Kauf "abzumahnen".

Das Fehlen von konkreten Anhaltspunkten, wonach der Kläger vor dem Kauf der Aktien der E._____ AG eine Aufklärung über die Risiken dieser Anlage verlangt hat, führt schliesslich auch dazu, dass das Verhalten der Beklagten, die erklärt hat, dass sie die herausverlangten internen Bankunterlagen zum Kauf der 4'500 Namenaktien der E._____ AG trotz aufwändiger Nachforschungen nicht habe auffinden können und ihr nicht bekannt sei, ob und inwieweit solche Unterlagen existiert hatten, nicht im Sinne von § 148 ZPO/ZH zu Ungunsten der Beklagten gewürdigt werden darf. Zwar wurde der Prozess bereits am 5. März 2002 anhängig gemacht und die Beklagte musste damit rechnen, dass allfällige Unterlagen von Bedeutung sein konnten, weshalb sie sich nicht einfach auf die Aufbewahrungsfrist von (bloss) zehn Jahren berufen kann (Urk. 162 S. 3). Es ist jedoch zu beachten, dass eine Beweiswürdigung zu Ungunsten einer Partei aufgrund ihres Verhaltens stets nur mit Zurückhaltung Platz greifen darf und dass damit nicht ein bisheriges Beweisergebnis völlig umgestossen werden kann, sondern damit nur ein bereits vorliegendes Beweisergebnis ergänzt werden darf und allfällige Lücken gefüllt werden können (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., 3. A., N 10 und 10a zu § 148 ZPO/ZH). Ein solches bisheriges Beweisergebnis fehlt indes im vorliegenden Verfahren.

Damit ist abschliessend davon auszugehen, dass es am Nachweis dafür fehlt, dass der Kundenberater D._____ die fraglichen Aktien dem Kläger ausdrücklich zum Kauf empfohlen hat.

e) Insgesamt ist daher mit der Vorinstanz, auf deren Ausführungen - soweit sie die vorstehenden Erwägungen ergänzen - verwiesen werden kann (Urk. 187 S.10 ff.), davon auszugehen, dass kein Verhalten der B1._____ erstellt ist, das eine Haftung für den vom Kläger erlittenen Verlust begründen könnte. Die Klage ist deshalb abzuweisen.

III.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv zu bestätigen. Dementsprechend sind dem Kläger auch die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen. Dabei ist die Gerichtsgebühr gestützt auf die Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 auf Fr. 4'900.- festzusetzen (§ 4 Abs. 1 GGebVO). Weiter ist der Kläger zu verpflichten, die Beklagte auch für dieses Verfahren zu entschädigen. In Anwendung der § 3 Abs. 1, § 6 Abs. 1 lit. c und § 12 Abs. 1 der Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006 ist diese Entschädigung ausgehend von einer Grundgebühr von Fr. 6'280.- auf Fr. 5'000.- festzusetzen (reduzierte Grundgebühr von Fr. 3'000.- sowie ein Zuschlag von Fr. 2'000.- für die Duplik). Ein Zuschlag für Mehrwertsteuer ist nicht geschuldet.

Es wird erkannt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Disp. Ziff. 2-4) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 4'900.- festgesetzt.

4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt.
5. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 5'000.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Hinwil, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

7. 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. 42'120.445.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 12. April 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

OR Dr. R. Klopfer

lic. iur. S. Subotic

versandt am:

mc