

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB120097-O/U.doc

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Dr. G. Pfister und
Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. N. Balkanyi

Urteil vom 7. Juni 2013

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon vom 3. September
2012 (CG100017)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 1 S. 2, Urk. 32 S. 2 und 53)

1. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 475'000.- nebst Zins zu 5% seit 13. April 2010 zu bezahlen, eventualiter Zug um Zug gegen Herausgabe ihrer Aktie der C._____ AG.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten.

Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon vom 3. September 2012:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 20'000.- (Pauschalgebühr) festgesetzt. Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.
3. Die Gerichtskosten werden der Klägerin auferlegt und mit der geleisteten Kautionsverrechnung verrechnet.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 48'000.- zu entrichten.

(5./6. Mitteilungen, Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

der Klägerin und Berufungsklägerin (Urk. 53 S. 2):

- "1. Ziffer 1 des Urteils des Bezirksgerichtes Dietikon vom 3. September 2012 (Geschäfts-Nr.: CG100017-M) sei aufzuheben, und es sei die Klage gutzuheissen, eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Ziffer 3 und 4 des Urteils des Bezirksgerichtes Dietikon vom 3. September 2012 seien aufzuheben, die Gerichtskosten dem Beklagten und Appellanten aufzuerlegen, und dieser sei zu verpflichten, der Klägerin und Appellantin eine Parteientschädigung von CHF 48'000 zu entrichten; eventualiter, im

Falle einer Rückweisung, sei die Regelung von Kosten und Entschädigung im Endentscheid neu vorzunehmen.

3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten und Appellanten."

des Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 61 S. 2):

- "1. Es sei die Berufung vollumfänglich abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. Mehrwertsteuer zulasten der Klägerin und Berufungsklägerin."

Erwägungen:

I.

D._____, der vormalige Kläger, war Verwaltungsrat und Direktor der C.____ AG in Zürich. Er besass 100 und der Beklagte 200 der insgesamt 300 Namenaktien der Firma. Nach klägerischer Darstellung soll der Beklagte D._____ in der ersten Märzhälfte 1987 und dann nochmals am oder unmittelbar vor dem 1. Februar 1995 zugesichert haben, bei dessen Ausscheiden aus der Firma die 100 Aktien zu einem Preis von Fr. 4'750.– pro Aktie zu übernehmen. Der Beklagte bestreitet eine solche Abmachung. Nach einem Kapitalschnitt im Jahre 2010 zeichnete D._____ noch eine Aktie, während die restlichen 299 Aktien von der E._____ GmbH gehalten werden. D._____ verstarb am 1. Oktober 2011. A._____ war seine Ehefrau und ist die Rechtsnachfolgerin im Prozess.

Die Klägerin stützt sich für ihre Sachdarstellung zur Hauptsache auf eine eidesstattliche Erklärung von Rechtsanwalt Dr. Z._____, wonach der Beklagte diesem am 1. Februar 1995 seine Kaufverpflichtung gegenüber D._____ mitgeteilt habe, und auf eine Zeugenaussage von Dr. Z._____ bei der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat, worin dieser den Inhalt der eidesstattlichen Erklärung bestätigt.

Die Vorinstanz hat die Klage abgewiesen, weil sie den Bestand des behaupteten Vertrages für nicht bewiesen erachtete. Die Klägerin hält das Gegenteil für richtig.

II.

Die Klage wurde am 13. April 2010 bei der Vorinstanz anhängig gemacht (Urk. 1). Für den weiteren Prozessverlauf am Bezirksgericht Dietikon kann auf das erstinstanzliche Urteil verwiesen werden (Urk. 54 S. 2 f.). Die Klägerin hat gegen dieses fristgerecht am 17. Oktober 2012 Berufung erhoben. Die der Klägerin auferlegte Prozesskaution ist rechtzeitig geleistet worden (Urk. 58). Die Berufungsantwort datiert vom 13. Dezember 2012 (Urk. 61). Ein weiterer Schriftenwechsel fand nicht statt.

III.

1. Auf den 1. Januar 2011 ist die neue Schweizerische Zivilprozessordnung 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). Demnach ist vorliegend für das Berufungsverfahren die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) anwendbar. Demgegenüber hatte die Vorinstanz die bisherigen Bestimmungen der ZPO/ZH und des GVG/ZH anzuwenden (Urk. 54 S. 3). Soweit sich im Rahmen der Überprüfung des vorinstanzlichen Entscheids Fragen der Anwendung von Verfahrensregeln stellen, wird zu prüfen sein, ob die Vorinstanz die im Zeitpunkt der Entscheidfällung geltenden Normen richtig angewendet hat; eine Rückwirkung des neuen Rechts findet nicht statt.

2. Mit Berufung kann unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Zudem muss sie - im Gegensatz zur Klageschrift - nicht nur eine tatsächliche, sondern

auch eine rechtliche Begründung enthalten. Zwar prüft die Berufungsinstanz nicht nur die geltend gemachten Rügen (Rügeprinzip). Der Berufungskläger hat sich aber mit der Begründung des erstinstanzlichen Entscheids auseinanderzusetzen; das Gericht muss 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 (Reetz/Theiler in: ZPO-Komm. Sutter-Somm et al., 2. A., Art. 311 N. 36 f.). Aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis ist die Berufungsinstanz 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.

3. Im Berufungsverfahren können neue Tatsachen nur noch berücksichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht wurden und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

IV.

1. a) Die Vorinstanz hat als unbestrittenen Sachverhalt festgehalten, dass D._____ und der Beklagte im Jahre 1987 nach einer vertraglichen Lösung zur Regelung ihres Verhältnisses als Aktionäre gesucht hätten. Rechtsanwalt Dr. Z._____ habe dazu eine Optionsvereinbarung entworfen, wobei darin der Erwerb der Aktien zum inneren Wert geplant gewesen sei. Ein schriftlicher Vertrag sei jedoch nie geschlossen worden (Urk. 54 S. 6). Diese Ausführungen blieben im Berufungsverfahren unangefochten.

b) Die Parteistandpunkte können zusammengefasst dem vorinstanzlichen Urteil entnommen werden (Urk. 54 S. 6 ff.):

Der Kläger D._____ machte im Wesentlichen geltend, der Beklagte habe sich ihm gegenüber verpflichtet, seine Minderheitsbeteiligung an der C._____ AG im Zeitpunkt seines Ausscheidens aus der aktiven Geschäftsleitung zu dem Preis

zu übernehmen, den der Beklagte dem Veräusserer F. _____ bezahlt habe. Diesem habe der Beklagte seinerzeit einen Preis von Fr. 4'750.– je Aktie bezahlt. Der Beklagte habe sich am 1. Februar 1995 gegenüber Rechtsanwalt Dr. Z. _____, dem damaligen Präsidenten des Verwaltungsrates der C. _____ AG, in einem Gespräch unter vier Augen ebenfalls dahingehend geäussert, er, der Beklagte, habe sich gegenüber D. _____ verpflichtet, dessen 100 Namenaktien der C. _____ AG zum Preis von Fr. 4'750.– je Aktie käuflich zu erwerben. Der Beklagte habe dabei insbesondere zugesichert, er werde den genannten Preis bezahlen, und zwar unabhängig davon, ob die Aktien zum Zeitpunkt des Kaufs im Wert gestiegen oder gesunken seien, dies deshalb, um sich die Möglichkeit zu sichern, die C. _____ AG den Konzerninteressen unterzuordnen, ohne die Interessen des Minderheitsaktionärs zu gefährden. Der Beklagte habe sich auch später in diesem Sinne geäussert. Weiter führte der Kläger aus, es sei nicht relevant, ob der Beklagte seinerzeit tatsächlich Fr. 4'750.– je Aktie an F. _____ bezahlt habe. Irrelevant sei ausserdem, ob sich Dr. Z. _____ dieses möglichen Umstandes bewusst gewesen sei, als er eine eidesstattliche Erklärung über sein Gespräch mit dem Beklagten vom 1. Februar 1995 abgegeben habe. Relevant sei nur, dass der Beklagte den Kaufpreis von Fr. 4'750.– je Aktie im Kontext des heute strittigen Vertrages kommuniziert habe. An der Generalversammlung vom 9. Oktober 2009 sei D. _____ als Verwaltungsrat abgewählt und sinngemäss freigestellt worden. Weisungsgemäss habe er am 28. Januar 2010 seine Schlüssel zur C. _____ AG abgegeben. Damit sei die Bedingung für den Kauf der streitgegenständlichen 100 Aktien eingetreten. Der 1987 erstellte Entwurf eines Optionsvertrages habe zwar eine Aktienübertragung zum inneren Wert und nicht zu einem Fixpreis vorgesehen, er habe aber auch abweichende Preisabsprachen vorbehalten. Zudem sei die Preisberechnung nach innerem Wert und nicht zu einem Fixpreis ein diskutierbarer, ohne Instruktionen gemachter Vorschlag von Dr. Z. _____ gewesen, weshalb daraus nichts zu Gunsten des Beklagten abgeleitet werden könne. Die Regelung der Rechtsbeziehungen zwischen den Aktionären sei auch in den Folgejahren Thema von Besprechungen gewesen.

Der Beklagte bestritt, den geltend gemachten Vertrag mit D. _____ abgeschlossen zu haben. Das vorausgegangene Aktienkaufgeschäft mit F. _____ sei

schriftlich abgeschlossen worden. Es sei zwar richtig, dass zunächst ein Preis von Fr. 4'750.– pro Aktie abgemacht worden sei. Dies sei jedoch kein Fixpreis gewesen, sondern habe auf dem Eigenkapital der C._____ AG basiert. Deshalb habe sich dann der Preis später, als der Kauf tatsächlich vollzogen worden sei und sich das Eigenkapital der Firma vermindert habe, auf Fr. 4'406.56 pro Aktie gesenkt. Dieser Kaufvertrag sei von Dr. Z._____ aufgesetzt worden.

2. a) Dr. Z._____ hatte am 30. Juni 1995 vor dem Notar-Stellvertreter des Notariats G._____ eine eidesstattliche Erklärung mit folgendem Inhalt abgegeben (Urk. 4/4):

- "1. Am 1.2.95, ab 11.00 Uhr, fand in den Räumlichkeiten der C._____ AG, ...fabrik, Zürich (kurz C._____) eine VR-Sitzung statt, die vom Unterzeichneten geleitet wurde. Neben dem Delegierten des Verwaltungsrates, Herr D._____, waren auch noch Frau A._____, als Protokollführerin, und Herr B._____, als Hauptaktionär der C._____ zugegen. Die Sitzung wurde traktandengemäss abgewickelt.
2. Das Traktandum betreffend einer möglichen Aktienkapitalerhöhung wurde nur in Anwesenheit der Herren D._____, B._____ und Z._____ besprochen, ebenso die Fragen der Emissionsbedingungen und die Frage, welche Aktionäre den Erhöhungsbetrag liberieren sollten.
3. Schliesslich waren die Herren B._____ und Z._____ allein. Bei dieser Gelegenheit äusserte sich Herr B._____ u.a. bezüglich des Aktienbesitzes von Herrn D._____ und bezüglich seiner, B._____, Verpflichtung, diese Aktien im Zeitpunkt des Ausscheidens von Herrn D._____ aus der aktiven Geschäftsleitung der C._____ käuflich zu erwerben, folgendermassen:
 - a) Als er, B._____, seine Beteiligung an der C._____ von Herrn F._____ in Höhe von CHF 200'000.– nom. gekauft habe, habe Herr D._____ vom ganzen Aktienkapital von CHF 300'000.– nom. deren CHF 100'000.– nom. besessen, und zwar in Form von -100- Aktien à nom. je CHF 1'000.–.
 - b) Damals habe er, B._____, Herrn D._____ zugesichert und versprochen, ihm seine -100- Aktien dannzumal zum selben Preis abzukaufen, den er Herrn F._____ bezahlt habe. Konkret habe er sich deshalb verpflichtet, Herrn D._____ für dessen Aktien einen Kaufpreis von CHF 4'750.– pro Aktie, ge-

samthaft demzufolge CHF 475'000.–, zu bezahlen, unabhängig von der Frage, ob die Aktien im Zeitpunkt des Kaufs in ihrem Wert gestiegen oder gesunken seien. Er sei nach wie vor bereit, diese Verpflichtung einzuhalten.

- c) Dieses Gespräch zwischen den Herren B._____ und Z._____ fand statt am 1.2.95 gegen 14.00 Uhr.

4. Es ist mir nichts bekannt, was dieser Erklärung widerspricht."

b) Dr. Z._____ wurde am 15. Februar 2011 im Rahmen eines gegen die Klägerin und ihren Rechtsvertreter sowie gegen D._____ geführten Strafverfahrens als Zeuge zu dieser eidesstattlichen Erklärung einvernommen (Urk. 33/1).

In der Replik vor Vorinstanz schrieb der Kläger, es sei nicht davon auszugehen, dass Dr. Z._____ als Zeuge in diesem Verfahren anders aussagen würde, als er dies vor dem Untersuchungsrichter am 15. Februar 2011 gemacht habe. Der Untersuchungsrichter habe den Zeugen Dr. Z._____ einlässlich zur eidesstattlichen Erklärung befragt. Der Beklagte könne sich hierzu in der Duplik umfassend äussern. Aus Sicht des Klägers sei die Klage ohne (weiteres) Beweisverfahren gutzuheissen (Urk. 32 S. 6). Als Zeuge würde Dr. Z._____ das bestätigen, was er seinerzeit gegenüber dem Notar bekanntgegeben habe. Das habe er bereits in der Zeugeneinvernahme vom 15. Februar 2011 gemacht, weshalb auf eine erneute Einvernahme verzichtet werden könne (Urk. 32 S. 43).

Im Berufungsverfahren rügt die Klägerin, dass die Vorinstanz die Aussagen von Dr. Z._____ für nicht ausreichend glaubhaft eingestuft und festgehalten habe, selbst wenn die Aussagen als im Wesentlichen glaubhaft zu betrachten wären, könne daraus nicht eindeutig ein früherer oder aktueller Rechtsbindungswille des Beklagten abgeleitet werden. Diese "Forderung" [recte wohl: Folgerung] sei nicht richtig. Der die Untersuchung leitende Staatsanwalt habe einen anderen Fokus als der Zivilrichter gehabt. Bei ihm sei es im Wesentlichen darum gegangen zu klären, ob D._____ rechtmässig habe davon ausgehen können, dass er eine "Folgerung" [recte wohl: Forderung] gegen den Beklagten habe. Thema der Zeugeneinvernahme von Dr. Z._____ sei deshalb der Inhalt der eidesstattlichen Erklärung gewesen. Es sei darum gegangen, ob der Zeuge diese Erklärung bestäti-

gen werde. Thema sei namentlich auch gewesen, weshalb es zur eidesstattlichen Erklärung gekommen sei. Im Zivilverfahren gehe es weniger um diese Fragen als vielmehr darum, ob bzw. dass ein Vertrag zwischen den Parteien bestehe und welches der Inhalt der Kaufverpflichtung gewesen sei. Wenn der Zivilrichter hier allenfalls Schwächen in den vor einem anderen Hintergrund bzw. Fokus getätigten Aussagen ausgemacht hätte, hätte er den Zeugen mit dem besonderen Fokus auf die zivilrechtliche Forderung nochmals einvernehmen müssen (Urk. 53 S. 7 f.). Dem ist entgegenzuhalten, dass der Kläger vor Vorinstanz unmissverständlich zum Ausdruck gebracht hat, er verzichte auf eine erneute Befragung von Dr. Z._____ als Zeuge. Daher bestand für die Vorinstanz kein Anlass, dennoch eine solche Zeugenbefragung durchzuführen.

c) Auch der Beklagte wurde am 15. Februar 2011 als Zeuge einvernommen (Urk. 33/2). Die Vorinstanz erwog, die Aussage einer Person dürfe nicht als beweisbildendes Zeugnis herangezogen werden, wenn sie im Zivilverfahren Partei und damit vom Zeugnis ausgeschlossen sei. Die Zeugenaussage des Beklagten sei daher aus dem Recht zu weisen (Urk. 54 S. 10).

Die Klägerin anerkennt im Berufungsverfahren, dass die Aussage des Beklagten bei der Staatsanwaltschaft im vorliegenden Verfahren nicht als Zeugenaussage verwertet werden dürfe. Sie könne indessen durchaus als Parteiaussage verwertet werden, namentlich wenn die Aussage Eingeständnisse der beklagten Partei enthalte. Die Aussage wäre nur dann nicht verwertbar, wenn dem Beklagten im vorliegenden Verfahren ein Zeugnisverweigerungsrecht zustünde. Ein solches stehe ihm als Partei zweifelsfrei nicht zu. Wenn dem Beklagten kein Zeugnisverweigerungsrecht zustehe, könnten auch eine schriftliche Bestätigung der Person und Aussagen, die sie in einem früheren Verfahren als Zeuge gemacht habe, berücksichtigt werden (Urk. 53 S. 8). Richtigerweise wäre das entsprechende Protokoll nicht aus dem Recht zu weisen, sondern als Parteiaussage zu qualifizieren und als solche im Rahmen der freien Beweiswürdigung auch im Prozess zu berücksichtigen gewesen. Wenn die Vorinstanz dieses Protokoll indessen schon aus dem Recht weise, hätte sie den Beklagten zumindest einmal persönlich befragen und seine Aussagen zu den Vorbringen von Dr. Z._____ in der Zeu-

geneinvernahme vom 15. Februar 2011 und zur eidesstattlichen Erklärung einholen müssen (Urk. 53 S. 10).

Die Vorinstanz hat zutreffend erkannt, dass die Zeugenaussage des Beklagten bei der Staatsanwaltschaft im vorliegenden Verfahren nicht verwertbar ist (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, § 140 N 13a). Entgegen der klägerischen Auffassung kann diese Einvernahme auch nicht als Parteiaussage verwertet werden, weil die Einvernahme nach den besonderen Vorschriften des strafrechtlichen Zeugnisses (Aussagepflicht, Wahrheitspflicht, Strafandrohung, Zeugnisverweigerungsrecht; Art. 162 ff. StPO) durchgeführt wurde, während für die Parteibefragung nach der zürcherischen Zivilprozessordnung andere Regeln galten. Insbesondere zog die Aussageverweigerung nicht strafrechtliche Folgen nach sich (so aber Art. 176 StPO), sondern wurde bei der Beweiswürdigung berücksichtigt (§ 148 ZPO/ZH). Und erst bei der Beweisaussage, nicht schon bei der persönlichen Befragung, stand die Wahrheitspflicht unter Strafandrohung. Immerhin hat die Vorinstanz vor dem Hintergrund der staatsanwaltlichen Zeugeneinvernahme des Beklagten mit Fug auf dessen persönliche Befragung verzichtet: Der Beklagte hat unter Strafandrohung bestritten, dass er sich verpflichtet habe, D. _____ Fr. 475'000.– für seine Aktien zu bezahlen (Urk. 33/2 S. 5); unter diesen Umständen ist nicht zu erwarten, dass er im Zivilverfahren als Partei anders aussagen würde. Selbst wenn die Aussagen des Beklagten berücksichtigt würden, ergäbe sich aus ihnen entgegen der klägerischen Behauptung nicht, dass er die Klage "im Umfang des Preises pro Aktie, den der Beklagte behauptet, dem damaligen Verkäufer F. _____ bezahlt habe [recte: zu haben], nämlich CHF 4'406.56 pro Aktie bzw. CHF 440'656.– für die 100 Aktien" anerkannt hat (Urk. 53 S. 11). Vielmehr hat der Beklagte zu Protokoll gegeben: "Die eidesstattliche Erklärung von Z. _____ ist in der Substanz falsch. Die Summe, die ich dem Verkäufer der Aktien bezahlt habe, ist falsch. Ich habe ihm bloss etwa Fr. 4'500.– pro Aktie und nicht Fr. 4'750.– pro Aktie bezahlt." (Urk. 33/2 S. 6).

3. a) Der Beklagte macht geltend, Art. 169 ZPO bestimme, dass Zeugnis nur über solche Tatsachen abgelegt werden könne, die der Zeuge unmittelbar wahr-

genommen habe. Weite Teile der Lehre wollten diese Bestimmung, namentlich mit Blick auf die bundesrätliche Botschaft vom 28. Juni 2006, dahingehend verstanden wissen, dass nur das auf unmittelbarer Sinneswahrnehmung basierende direkte Zeugnis, nicht aber das Zeugnis vom Hörensagen zulässig sein soll. Aber auch dann, wenn der Zeuge vom Hörensagen nicht a priori ausgeschlossen sein soll, sei immerhin zu fordern, dass im Rahmen der Beweiswürdigung dem Umstand Rechnung zu tragen sei, dass dieser nur eine Hilfstatsache zu bezeugen vermöge und dass zum Beweis der relevanten Tatsachen noch weitere Beweise erforderlich seien (Urk. 61 S. 5 f.).

Wie bereits erwähnt, hatte die Vorinstanz die zürcherische Zivilprozessordnung anzuwenden. Diese bestimmte in § 165 Ziff. 3, dass der Zeuge über seine Wahrnehmungen zur Sache einvernommen werde. Handelt es sich um Aussagen vom Hörensagen, so ist mit ihnen nur die eigene Wahrnehmung des Zeugen beweiskräftig erstellt, doch kann das nach den Umständen ein Indiz ergeben und zur Beweiswürdigung beitragen (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 165 N 2; BGer 4P.10/2000 E. 1 a/bb). Die Äusserung gegenüber dem Gewährsmann kann ein Indiz darstellen (insbesondere dann, wenn sie den Charakter eines aussergerichtlichen Geständnisses hat) oder als Hilfstatsache zu berücksichtigen sein (Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 338 Fn 2). Walder-Richli/Grob-Andermacher halten dafür, Aussagen eines Zeugen fielen nur insofern in Betracht, als sie sich auf eine unmittelbare Sinneswahrnehmung des Zeugen stützten. Das sei in der Züricher ZPO nicht ausdrücklich gesagt, könne aber allgemein Geltung beanspruchen. Zeugen, die lediglich Aussagen von Gewährsleuten wiedergäben, fielen nicht als Beweismittel für die Richtigkeit dieser Äusserungen in Betracht. Immerhin werde etwa eine Aussage, die eine Partei über ihre Wahrnehmungen einem Dritten gemacht habe, sofern sie bezeugt werden könne, als Indiz für mangelnde Glaubwürdigkeit der betreffenden Partei verwendet, sobald das dort Gesagte dem im Prozess Behaupteten widerspreche (Walder-Richli/Grob-Andermacher, Zivilprozessrecht, 5. A., Zürich 2009, § 29 N 26). Auch Robert Hauser betont für den Zeugen von mittelbaren Wahrnehmungen, dass dieser nicht selbst die tatbestandserhebliche Beobachtung gemacht habe und dafür kein direktes Beweismittel liefere. Die Aussagen könnten aber ein Indiz für die

zu beweisende Tatsache enthalten. Eine andere Frage sei es, wie weit sich eine gerichtliche Instanz für die Urteilsbildung mit dem Zeugen vom Hörensagen begnügen dürfe. Für sich allein werde ein von einem solchen Zeugen geliefertes Indiz kaum genügen; es bedürfe vielmehr der Bestätigung durch andere wichtige Beweise (Hauser, Der Zeugenbeweis im Strafprozess mit Berücksichtigung des Zivilprozesses, Zürich 1974, S. 61 f.; ähnlich Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. A., Bern 2006, 10. Kap. N 126). Der Aussage von Dr. Z. _____ von vornherein jeglichen Beweiswert abzusprechen, weil er nur vom Hörensagen Angaben machen konnte, wäre jedenfalls unter der zürcherischen Zivilprozessordnung, welche die Einschränkung, wie sie Art. 169 ZPO vornimmt, nicht kannte, willkürlich (vgl. BGer 5P.148/2003, E. 2.1). Die Vorinstanz hat daher die Zeugenaussage von Dr. Z. _____ zu Recht als Beweismittel zugelassen und dabei erwogen, es sei selbstverständlich zu berücksichtigen, worauf sich seine Aussage beziehe, was der Zeuge aus eigener Wahrnehmung berichtet und was ihm von anderen bzw. vom Beklagten berichtet worden sein soll (Urk. 54 S. 9 f.).

b) Die Vorinstanz hat die eidesstattliche Erklärung von Dr. Z. _____ als Beweismittel nicht zugelassen. Es sei aber kein Grund ersichtlich, sie nicht bei der Würdigung der Zeugenaussage und damit als Indiz heranzuziehen, wenn eine verwertbare Zeugenaussage derjenigen Person vorliege, die auch die eidesstattliche Erklärung abgegeben habe (Urk. 54 S. 9). Diese Erwägungen blieben im Berufungsverfahren zu Recht unbeanstandet (Urk. 53 S. 12; Urk. 61 S. 5).

4. a) Die Klägerin rügt, Vorinstanz und Beklagter hätten vorgebracht, Dr. Z. _____ habe einen Vertragsentwurf erstellt, der nie unterzeichnet worden sei, was gegen einen mündlichen Vertrag spreche. Dies sei nicht zutreffend. Es sei zwar richtig, dass Dr. Z. _____ den Parteien im Sommer 1987 einen Entwurf über einen Optionsvertrag unterbreitet habe. Dieser Entwurf enthalte indessen entgegen der Darstellung des Beklagten nicht nur ein gegenseitiges Vorhandrecht, sondern auch ein einseitiges Kaufrecht des Beklagten an den Aktien des Klägers. Es treffe zu, dass Dr. Z. _____ damals eine Übernahme bzw. eine Übertragung der Aktien zum inneren Wert vorgeschlagen bzw. vorgesehen habe. Diese Regelung habe er mangels Instruktionen vorgeschlagen. Schon damals sei indessen in

Ziff. 2.2 des Vertragsentwurfs stipuliert worden: "Preisabsprachen der Parteien bleiben vorbehalten." Und genau eine solche Preisabsprache hätten die Parteien schon mündlich getroffen gehabt (Fr. 4'750.-). Mit Bezug auf die Dauer der Bindung habe der Vertragsentwurf vorgesehen, dass diese Vereinbarung in Kraft bleibe, solange beide Parteien direkt oder indirekt (auch die Erben) Eigentümer von mindestens je 10 Aktien der C._____ AG seien (Urk. 53 S. 8).

Die Vorinstanz hat geschrieben, es sei nicht nachvollziehbar, weshalb ein Vertrag von der geltend gemachten Tragweite nicht schriftlich verfasst worden sein sollte, um künftigen Streitigkeiten und Beweisproblemen vorzubeugen, zumal die Parteien von einem offenkundig erfahrenen Rechtsanwalt beraten worden seien und dieser bereits einen Entwurf für einen schriftlichen Vertrag erstellt habe (Urk. 54 S. 14). Dem vermag die Klägerin mit ihren Ausführungen nichts Stichhaltiges entgegenzusetzen. Tatsache ist, dass die Parteien keinen schriftlichen Vertrag schlossen, obwohl sie sich angeblich mündlich bereits geeinigt hatten und Dr. Z._____ sich offensichtlich um den Abschluss eines solchen bemühte. Wusste dieser damals noch nichts von der behaupteten mündlichen Vereinbarung, kommt diesbezüglich der Klausel "Preisabsprachen der Parteien bleiben vorbehalten." von vornherein keine Bedeutung zu.

b) Unter Ziff. 3 "Aussagen zum Vertragsabschluss" anerkennt die Klägerin, dass Dr. Z._____ beim behaupteten Vertragsabschluss nicht anwesend war, und wiederholt dessen Darstellung, wie es zur eidesstattlichen Erklärung gekommen sei. Diese und auch die verzögerte Beurkundung seien durchaus nachvollziehbar. Die Vorinstanz habe aus der späteren Beurkundung der Aussage zu Unrecht auf eine verminderte Glaubhaftigkeit der Aussage von Dr. Z._____ geschlossen (Urk. 53 S. 9). Mit diesen Ausführungen setzt sich die Klägerin nicht mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinander und genügt der Rügepflicht nicht. Auch im Folgenden wiederholt die Klägerin nur ihren Standpunkt, der Zeuge RA Dr. Z._____ habe in der Zeugeneinvernahme vor der Staatsanwaltschaft unter Strafandrohung konkret und genau das bestätigt, was er bereits am 1. Juni 1995 in seiner eidesstattlichen Erklärung festgehalten habe (Urk. 53 S. 9 f.). Dass im vo-

rinstanzlichen Urteil von etwas anderem ausgegangen wurde, macht die Klägerin nicht geltend.

c) Die Klägerin wirft der Vorinstanz vor, sich bei der Würdigung der Zeugenaussage von Dr. Z. _____ nicht mit den aussagepsychologischen Grundlagen auseinandergesetzt zu haben. Es gebe eine ganze Anzahl Realitätsmerkmale, auch Realkennzeichen genannt, welche zur Klärung der Frage, wie wahrscheinlich es sei, dass eine bestimmte Person mit ihren individuellen Voraussetzungen unter den entsprechenden Rahmenbedingungen eine Aussage mit der vorliegenden Qualität ohne Erlebnisgrundlage konstruiert haben könnte. Mit solchen Aspekten der 19 Realkennzeichen habe sich die Vorinstanz nicht einmal ansatzweise auseinandergesetzt. Entscheidend wäre aber ohnehin, dass allein das Vorhandensein von Realkennzeichen an sich noch nichts über die Glaubhaftigkeit einer Aussage aussage, sondern der Vergleich zwischen der Aussagequalität und der (Erfindungs-)Kompetenz des Aussagens erst aussagekräftig sei. Zu diesem Thema suche man vergeblich etwas im Urteil (Urk. 53 S. 12).

Die Klägerin unterlässt es, die Zeugenaussage von Dr. Z. _____ anhand der von ihr ins Feld geführten Realkennzeichen zu analysieren und konkret aufzuzeigen, inwiefern das vorinstanzliche Urteil fehlerhaft ist. Damit genügt die Klägerin ihrer Rügepflicht nicht (zu den Realkennzeichen vgl. auch sogleich lit. d).

d) Bezüglich der eidesstattlichen Erklärung kritisiert die Klägerin die vorinstanzlichen Ausführungen, wonach diese Erklärung auffällig kurz und sehr allgemein gefasst sei und sich nicht dazu äussere, wie, wann, wo und unter welchen Umständen der Kaufvertrag zustande gekommen sei. Es treffe nicht zu, dass die Aussage auffällig kurz und sehr allgemein gefasst sei. Dass die Aussage kurz (nicht "auffällig kurz") ausfalle, hänge damit zusammen, dass der Verfasser der eidesstattlichen Erklärung ja nur festhalten könne, was sein Gesprächspartner (der Beklagte) ihm auch tatsächlich gesagt habe. Demgegenüber werde in der eidesstattlichen Erklärung klar festgehalten, dass der Beklagte - nach eigenen Aussagen - seine Verpflichtung gegenüber D. _____ im Zeitpunkt, als er seine Beteiligung an der C. _____ von F. _____ gekauft habe, eingegangen sei. Wann und unter welchen Umständen der Beklagte sich verpflichtet habe, habe der Beklagte

RA Dr. Z._____ nicht mitgeteilt, weshalb dieser es in der eidesstattlichen Erklärung nicht habe festhalten können (Urk. 53 S. 13).

Die Vorinstanz hat ausgeführt, die sehr knappe Erklärung, die ohne jeden Zusammenhang dastehe, könne zwar dadurch erklärt werden, dass Dr. Z._____ möglicherweise für spätere Gespräche im Sinne einer Notiz nur die wichtigsten Eckwerte der Vereinbarung habe festhalten wollen. Das ändere aber nichts daran, dass der materielle Beweiswert der Erklärung dadurch sehr gering bleibe (Urk. 54 S. 13). Das ist zweifellos zutreffend und kann auch nicht durch die Einwände und Erläuterungen der Klägerin entkräftet werden. Wichtig für die Beweiswürdigung einer Aussage ist nämlich vor allem die kritische Würdigung des Aussagetextes im Sinne einer Aussageanalyse und weniger die Persönlichkeit der Aussageperson, ein allfälliges Motiv, die Unwahrheit zu sagen, und allfällige Lügensignale (Bender, Die häufigsten Fehler bei der Beurteilung von Zeugenaussagen, SJZ 1985 S. 56; Baumer/Ludewig/Tavor, Wie können aussagepsychologische Erkenntnisse Richtern, Staatsanwälten und Anwälten helfen?, AJP 2011 S. 1418). Bei der Aussageanalyse geht es darum, aufgrund von inhaltlichen Realkennzeichen Aussagen über selbst erlebte Ereignisse und über nicht selbst erlebte Vorgänge voneinander abzugrenzen. Diese Kriterien dürfen nur angewandt werden, wenn die zu analysierende Aussage mit einer bestimmten Fragetechnik erhoben wurde, bei der möglichst viele und richtige, unverfälschte Informationen gewonnen und auch richtig festgehalten werden (Dittmann, Zur Glaubhaftigkeit von Zeugenaussagen, plädoyer 2/97 S. 33). Baumer/Ludewig/Tavor betonen, ein längerer Bericht des Zeugen zum Sachverhalt sei wichtig (a.a.O., S. 1426). Die kurze Erklärung von Dr. Z._____ – notabene in Schriftform und nicht als Zeuge deponiert – genügt diesen Anforderungen von vornherein nicht.

Die Klägerin beanstandet weiter die vorinstanzliche Feststellung, es sei nichts darüber zu erfahren, wie es zum Gespräch zwischen dem Beklagten und Dr. Z._____ im Februar 1995 gekommen sei, obwohl es ungewöhnlich erscheine, dass das Thema des Aktienkaufs ohne jeden Anlass vom Beklagten angesprochen worden sein soll. Besonders ungewöhnlich erscheine, dass bei einem solchen Gespräch nicht nur der Vertrag an sich besprochen worden sei, sondern der

Beklagte offenbar unmotiviert konkrete Vertragsmodalitäten eingestanden haben soll. Diese Erwägungen seien unzutreffend. Es ergebe sich schon aus der eidesstattlichen Erklärung selbst, dass am 1. Februar 1995 in den Räumlichkeiten der C._____ AG eine Verwaltungsratssitzung stattgefunden habe, an der eine mögliche Aktienkapitalerhöhung traktandiert worden sei, und dass die Emissionsbedingungen ebenso Diskussionsthema gewesen seien wie die Frage, welche Aktionäre den Erhöhungsbetrag liberieren sollten. Es sei durchaus nachvollziehbar, dass der Beklagte im Anschluss an diese Sitzung Dr. Z._____, der nicht nur Verwaltungsratspräsident der C._____, sondern auch sein persönlicher Berater gewesen sei, im Umfeld einer möglichen Aktienkapitalerhöhung auf seine früher eingegangene Verpflichtung zur Übernahme der Aktien von D._____ angesprochen und ihm die für dieses (bestehende) Paket gültigen Übernahmebedingungen mitgeteilt habe. Diese Übernahmeverpflichtung könne durchaus konkrete Auswirkungen auf die Einzelheiten einer Kapitalerhöhung und der entsprechenden Liberierungspflichten haben (Urk. 53 S. 13).

Dass eine Verwaltungsratssitzung mit den angesprochenen Themen stattgefunden hatte, ergibt sich in der Tat aus der eidesstattlichen Erklärung. Dagegen ist die Behauptung, der Beklagte habe anschliessend Dr. Z._____ auf seine angeblich früher eingegangene Verpflichtung zur Aktienübernahme angesprochen, im Berufungsverfahren neu und daher unzulässig. Ohnehin ist aber nur schlecht einsehbar, weshalb die Übernahmeverpflichtung des Beklagten nicht schon vorher im Beisein von D._____ zur Sprache gekommen war, wenn sie doch Auswirkungen auf die Einzelheiten einer Kapitalerhöhung und der Liberierungspflichten haben konnte.

Die Klägerin widerspricht auch der vorinstanzlichen Auffassung, dass aus der eidesstattlichen Erklärung nicht eindeutig das Zugeständnis des Beklagten abgeleitet werden könne, er habe in der Vergangenheit (also 1987) oder aber anlässlich des angeblichen Gesprächs vom 1. Februar 1995 einen Rechtsbindungswillen kundgetan; auf Grund der sehr kurzen und allgemeinen Schilderung in der eidesstattlichen Erklärung könne ein Missverständnis zwischen Dr. Z._____ und dem Beklagten nicht ausgeschlossen werden; ebenso wenig könne ausge-

geschlossen werden, dass sich der Beklagte allenfalls im Sinne einer blossen rechtlich unverbindlichen Absichtserklärung geäussert haben könnte, dies zumal Dr. Z._____ selber mehrfach ausgeführt habe, er sei beim eigentlichen Vertragsabschluss nicht zugegen gewesen. Dr. Z._____ habe – so die Klägerin – in der eidesstattlichen Erklärung ohne Wenn und Aber von Verpflichtungen des Beklagten gesprochen, weshalb dieser seinen Rechtsbindungswillen gegenüber dem Zeugen unmissverständlich ausgedrückt habe. Aus der Zeugenaussage von Dr. Z._____ ergebe sich ferner, dass ein Missverständnis ausgeschlossen gewesen sei. Er habe gesagt, es habe kein Anlass bestanden, die Erklärung dem Beklagten vorzulegen. Er habe gewusst, was er gesagt habe, und er, Z._____, was er gehört habe. Aufgrund dieser Zeugenaussage sei auch klar, dass der Zeuge jeden Irrtum ausgeschlossen habe (Urk. 53 S. 14 f.).

Ob ein Missverständnis ausgeschlossen werden kann, kann naturgemäss nicht einzig aufgrund des Inhalts der eidesstattlichen Erklärung oder der Zeugenaussage von Dr. Z._____ beurteilt werden, da über den genauen Wortlaut der am 1. Februar 1995 angeblich vom Beklagten ihm gegenüber gemachten Äusserungen nichts bekannt ist und weitere Beweismittel dazu fehlen. Hinzu kommt, dass die eidesstattliche Erklärung erst fünf Monate später abgegeben wurde und der natürliche Vergessensprozess und weitere Einflüsse die Gedächtnisleistung eines Zeugen beeinflussen. Auch wenn ein Zeuge die Wahrheit sagen will, kann es aufgrund von Fehlern bei der Aufnahme, Speicherung oder beim Abruf eines Ereignisses zu unabsichtlichen Falschangaben kommen. Die subjektive Überzeugung eines Aussagenden steht nicht mit der objektiven Genauigkeit seiner Aussage in Beziehung (Baumer/Ludewig/Tavor, a.a.O., S. 1420 f.). Den Ausführungen der Vorinstanz ist daher beizupflichten.

e) Die Vorinstanz hat geschrieben, auch die Zeugenaussage vom 15. Februar 2011 könne die Unklarheiten, welche die eidesstattliche Erklärung hinterlasse, nicht erhellen (Urk. 54 S. 13). Abgesehen davon, dass die Klägerin überhaupt das Vorhandensein von Unklarheiten bestreitet, zielt ihrer Ansicht nach die vorinstanzliche Erwägung, der Zeuge habe sich zu den konkreten Umständen der Erklärung und deren Hintergründe wiederum bedeckt gehalten, an der Sache

vorbei. Die Zeugeneinvernahme sei mehr als 15 Jahre nach dem Vorfall und der Abgabe der eidesstattlichen Erklärung erfolgt. Es wäre völlig unglaubwürdig, wenn der Zeuge nach Jahr und Tag noch mit neuen Details aufwarten würde. Woher der Zeuge den Inhalt der eidesstattlichen Erklärung habe, ergebe sich schon aus der Erklärung selbst, nämlich vom Beklagten. Vor welchem Hintergrund die Erklärung abgegeben worden sei, stehe auch bereits in der eidesstattlichen Erklärung (mögliche Aktienkapitalerhöhung der C. _____ AG). Der Zeuge habe letztlich nur das in einer eidesstattlichen Erklärung festhalten können, was der Beklagte ihm gegenüber unmissverständlich kommuniziert habe. Das gelte natürlich auch für die Zeugenaussage (Urk. 53 S. 15 f.). Die Klägerin räumt damit ein, dass die Zeugenaussage inhaltlich nicht mehr enthält als die eidesstattliche Erklärung. Die Zeugenaussage beschränkt sich praktisch auf die Bestätigung der Richtigkeit der eidesstattlichen Erklärung. Damit bleibt es aber auch hier bei der Feststellung, dass der materielle Beweiswert der Aussage gering ist, weil sie einer kritischen Würdigung im Sinne einer Aussageanalyse nicht zugänglich ist.

Weiter hat die Vorinstanz ausgeführt, die Erklärung des Zeugen erscheine wenig plausibel, wonach er von seiner eidesstattlichen Erklärung, die er offensichtlich für bedeutsam erachtet habe, niemandem Kenntnis gegeben habe, insbesondere den Personen nicht, in deren Interesse er die Erklärung abgegeben haben wolle. In diesem Kontext sei erstaunlich, dass die Klägerin von dieser Erklärung erfahren habe, obwohl ihr der Zeuge darüber nichts gesagt haben wolle. Dies lasse bestenfalls auf Erinnerungslücken und/oder Erinnerungsverzerrungen schliessen, die angesichts des langen Zeitablaufs nachvollziehbar seien, aber dennoch die Beweiskraft sämtlicher Aussagen erheblich mindere (Urk. 54 S. 14). Die Klägerin stellt sich sowohl gegen die Plausibilität der zitierten Aussage des Zeugen als auch gegen allfällige Erinnerungslücken oder –verzerrungen. Der Zeuge habe klar ausgeführt, er habe die Erklärung für sich gemacht und zu seinen privaten Akten genommen. Sie wäre im Streitfall zum Einsatz gekommen. Die Klägerin habe nie ausgeführt, sie habe vom Zeugen von dieser Erklärung erfahren. Dass der Zeuge nicht gewusst habe, auf welche Art D. _____ in den Besitz der eidesstattlichen Erklärung gekommen sei, tue der Beweiskraft seiner Aussagen keinen Abbruch. Es sei ungeheuerlich, den unzulässigen Schluss zu ziehen,

der Zeuge leide an Erinnerungslücken oder –verzerrungen. Eine Erinnerungslücke wäre überdies durchaus nachvollziehbar (Urk. 53 S. 16).

Ob die zitierte Erklärung des Zeugen plausibel ist, kann letztlich dahingestellt bleiben. Abwegig ist sein Vorgehen und seine Absicht nicht, auch wenn sich Dr. Z. _____ hätte bewusst sein müssen, dass er mit seiner eidesstattlichen Erklärung, welche er ohne Wissen der angeblichen Vertragsparteien aufnehmen liess, im Streitfall kaum mit einem Schlage Rechtssicherheit schaffen würde. Unbestritten ist, dass D. _____ die eidesstattliche Erklärung im Herbst 2009 dem Beklagten vorlegte (Urk. 17 S. 16; Urk. 32 S. 46; vgl. auch Urk. 4/10). Dr. Z. _____ antwortete auf die Frage, wann er dem klägerischen Rechtsvertreter und D. _____ bzw. der Klägerin von der eidesstattlichen Erklärung Kenntnis gegeben habe, er habe weder Rechtsanwalt X. _____ noch der Klägerin Kenntnis gegeben. Er wisse nicht, wem er Kenntnis gegeben haben soll. Er habe die Erklärung nicht an D. _____ ausgehändigt (Urk. 33/1 S. 4 und 7). Wenn der Zeuge die eidesstattliche Erklärung nicht weitergegeben haben will, sie aber dennoch im Besitze von D. _____ war, dann stellt sich selbstverständlich die Frage nach dem Wahrheitsgehalt der diesbezüglichen Aussage des Zeugen und seiner Erinnerungsfähigkeit. Mit der Vorinstanz mindert dies die Beweiskraft des Zeugen respektive seiner Aussagen.

f) Die Vorinstanz gelangte somit zum zutreffenden Schluss, dass die Zeu-
genaussagen von Dr. Z. _____ auch unter Berücksichtigung der eidesstattlichen
Erklärung nicht genügend überzeugend erscheinen, um vernünftige Zweifel an ih-
rer Richtigkeit auszuräumen.

g) Die Vorinstanz sah dieses Ergebnis durch die folgenden Indizien bestä-
tigt:

aa) Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb ein Vertrag von der geltend ge-
machten Tragweite nicht schriftlich verfasst worden sein sollte, um künftigen Strei-
tigkeiten und Beweisproblemen vorzubeugen, zumal die Parteien von einem of-
fenkundig erfahrenen Rechtsanwalt beraten worden seien und dieser bereits
[1987, vgl. Urk. 18/11 und 18/12] einen Entwurf für einen schriftlichen Vertrag er-

stellt habe (Urk. 54 S. 14 f.). Die Klägerin behauptet dazu lediglich, die Parteien hätten auf einen schriftlichen Vertrag verzichtet (Urk. 53 S. 17). In der Replik hatte der Kläger geltend gemacht, die Parteien hätten zwar eine detailliertere, schriftliche Regelung mit verschiedenen Optionen angestrebt; diese sei indessen nie realisiert worden (Urk. 32 S. 44). Umso eher wäre aber mit der Vorinstanz (Urk. 54 S. 16) zu erwarten gewesen, dass die Parteien das schriftlich festgehalten hätten, was sie angeblich mündlich verbindlich vereinbart hatten.

bb) Aus der Handnotiz von Dr. Z. _____ vom 22. Juni 1987 und aus seinem Schreiben vom 24. Juni 1987 an F. _____ gehe hervor, dass es beim Aktienkauf zwischen dem Beklagten und F. _____ zumindest ein Thema gewesen sei, dass ersterer gerade nicht Fr. 4'750.– pro Aktie bezahlen würde. Es treffe zwar zu, dass es keine Rolle spielen würde, welchen Betrag der Beklagte an F. _____ bezahlt habe, wenn er gegenüber D. _____ den fixen Betrag von Fr. 4'750.– pro Aktie genannt hätte. Weil aber der Beklagte auch gesagt haben soll, er zahle D. _____ gleichviel pro Aktie, wie er früher an F. _____ bezahlt habe, wäre zu erwarten gewesen, dass Dr. Z. _____ in seiner eidesstattlichen Erklärung und/oder in seiner Zeugenaussage darauf eingegangen wäre, dass beim Geschäft mit F. _____ ein anderer Betrag auch zur Diskussion stand, um die damit zwangsläufig auftretenden Unklarheiten zu beseitigen. Es sei nicht nachvollziehbar und spreche gegen die Glaubhaftigkeit von Dr. Z. _____ ' Aussagen, wenn er diesen Punkt völlig übergehe (Urk. 54 S. 15).

Der klägerische Einwand, Dr. Z. _____ habe einfach das festgehalten, was der Beklagte ihm gesagt habe, ist zwar vom klägerischen Standpunkt aus zutreffend. Man hätte aber von Dr. Z. _____ erwarten können, dass er den Beklagten auf den wirklich bezahlten Preis ansprechen und entsprechend seine eidesstattliche Erklärung abfassen würde. Dass er dies angesichts der – gemäss klägerischer Darstellung – zahlenmässig genannten Kaufsumme nicht tat, mindert aber die Glaubhaftigkeit der Aussagen von Dr. Z. _____ nicht, zumal der Aktienkauf von F. _____ Jahre zurück lag und Dr. Z. _____ am 1. Februar 1995 keinen Anlass hatte, jene Akten zu konsultieren.

cc) Es sei nicht nachvollziehbar – so die Vorinstanz weiter –, weshalb Dr. Z. _____ D. _____ und den Beklagten nicht dazu hätte anhalten sollen, eine derart wichtige Angelegenheit spätestens nach dem Gespräch mit dem Beklagten im Februar 1995 in einem schriftlichen Vertrag zu regeln. Insbesondere wenn sich der Beklagte derart klar zu seiner angeblichen Pflicht bekannt habe, hätte er einen entsprechenden schriftlichen Vertrag ohne Zweifel unterzeichnet. Es wirke insbesondere befremdlich, dass diese Angelegenheit Dr. Z. _____ zwar fast ein halbes Jahr seit seinem Gespräch mit dem Beklagten bis zur Abgabe seiner eidesstattlichen Erklärung verfolgt haben soll, er aber die Parteien darauf nicht angesprochen und ihnen keinen schriftlichen Vertrag vorgeschlagen habe, was ohne Zweifel der einfachste Weg gewesen wäre, möglichen Unklarheiten zu begegnen. Stattdessen habe er lediglich eine eidesstattliche Erklärung abgegeben, nur um diese dann für sich zu behalten. Diese Sachverhaltsdarstellung wirke nicht plausibel (Urk. 54 S. 15).

Dem hält die Klägerin entgegen, dass es allein Sache der Vertragsparteien gewesen sei festzulegen, ob sie ihre Abmachung schriftlich festhalten wollten. Es sei daher ohne Relevanz, ob der Beklagte damals einen entsprechenden schriftlichen Vertrag unterzeichnet hätte. Das Zustandekommen der eidesstattlichen Erklärung habe Dr. Z. _____ plausibel erklären können (Urk. 53 S. 17 f.).

Dr. Z. _____ hatte als Zeuge ausgesagt, er sei jahrelang Präsident der C. _____ AG gewesen. Es habe zwei Aktionäre bei der C. _____ AG gegeben. Es könne einem Präsidenten einer solchen Gesellschaft nicht egal sein, wer Aktionär sei und ob sich die Aktionäre in diesem engen Verhältnis verstünden. Es könne einem Präsidenten des Verwaltungsrates nicht gleichgültig sein, zu welchem Preis eine Aktie dem anderen Aktionär verkauft werde. Er habe sich vorgestellt, dass es wichtig sei, die angebliche Abmachung zwischen dem Beklagten und D. _____ festzuhalten für den Fall, dass die Aktien weitergegeben werden sollten, und zu welchem Preis (Urk. 33/1 S. 5 f.). Vorher hatte Dr. Z. _____ auch gesagt: "Und mit dieser eidesstattlichen Erklärung hatten wir immerhin noch ein Beweismittel in Händen." (Urk. 33/1 S. 3). Wenn also Dr. Z. _____ die Wichtigkeit der behaupteten Kaufverpflichtung des Beklagten erkannt hatte und sie beweismässig

sichern wollte, wäre es naheliegend gewesen, den Parteien einen schriftlichen Vertrag vorzuschlagen und erst bei einem allfälligen Nichtzustandekommen des Vertrags den Weg der eidesstattlichen Erklärung zur Beweissicherung zu wählen und diese überdies dem Beklagten vorzulegen. Für letzteres sah der Zeuge keine Notwendigkeit, weil der Beklagte ja gewusst habe, was er gesagt habe (Urk. 33/1). Wenn es aber um die Beweissicherung einer Kaufverpflichtung in erheblichem Umfang geht, überzeugt eine so simple Erklärung nicht. Weshalb Dr. Z._____ weder einen schriftlichen Vertrag vorschlug noch die eidesstattliche Erklärung den Parteien oder zumindest dem Beklagten vorlegte, kann nur spekuliert werden. Sein Vorgehen und seine Erklärungen sind jedenfalls mit der Vorinstanz wenig plausibel.

dd) Die Vorinstanz hat zu Recht darauf hingewiesen, dass es schwer nachvollziehbar ist, dass die Parteien nach dem angeblichen Vertragsabschluss im Jahre 1987 immer wieder ihre Rechtsbeziehungen als Aktionäre besprochen haben (Urk. 54 S. 16). Die Klägerin hat dazu bemerkt, dass Parteien ihre Geschäftsbeziehung laufend überdenken könnten, auch wenn eine verbindliche Regelung bestehe. Für D._____ habe "auch deshalb Gesprächsbedarf und Gesprächsbereitschaft" bestanden, "weil er keinen schriftlichen Vertrag in den Händen hielt." (Urk. 53 S. 18). Dies lässt sich aber schlecht damit vereinbaren, dass der Beklagte am 1. Februar 1995 gegenüber Dr. Z._____ in aller Klarheit zu seiner Kaufverpflichtung gestanden haben soll, hätte der Beklagte doch riskiert, dass Dr. Z._____ die beiden Aktionäre zu einem entsprechenden schriftlichen Vertrag drängen würde.

ee) Gegen den behaupteten Vertragsabschluss spricht schliesslich gemäss vorinstanzlichem Urteil auch der Umstand, dass D._____ im Dezember 2008 bereit gewesen sei, seine Aktien für Fr. 400'000.– an den Beklagten zu verkaufen, unter Abgeltung auch allfälliger arbeitsrechtlicher Forderungen von D._____ (Urk. 54 S. 16). Es ist indessen nachvollziehbar, dass dieses Angebot im Zusammenhang mit der Übernahme aller Aktien der C._____ AG durch die H._____ AG stand, wobei D._____ aus der Firma, welche sich in stiller Liquidation befand, ausscheiden sollte (Urk. 32 S. 17 f.; Urk. 39 S. 40). Die Klägerin macht zudem zu

Recht geltend, dass er bei dieser Lösung nicht um sein Geld hätte kämpfen müssen (Urk. 53 S. 19).

h) Im Ergebnis dringt die Klägerin mit ihren Einwänden gegen das erstinstanzliche Urteil lediglich bei zwei Indizien durch. Dabei hätte es eigentlich an der Klägerin gelegen, das Beweismittel des Zeugen vom Hörensagen durch weitere Indizien zu stärken, was sie schon vor Vorinstanz unterlassen hat. Das Urteil der Vorinstanz ist zu bestätigen und die Klage abzuweisen.

V.

Bei diesem Verfahrensausgang ist die erstinstanzliche Kostenregelung zu bestätigen und wird die Klägerin für das zweitinstanzliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Rechtsvertreter des Beklagten hat für das Berufungsverfahren einen Mehrwertsteuerzuschlag verlangt (Urk. 61 S. 2). Da der Beklagte im Ausland wohnt, ist sein Rechtsvertreter jedoch nicht mehrwertsteuerpflichtig (vgl. Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts über die Mehrwertsteuer vom 17. Mai 2006, Ziff. 2.1.1; MWST-Branchen-Info 18 der Eidgenössischen Steuerverwaltung, Ziff. 2.1).

Es wird erkannt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 20'000.– festgesetzt. Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 20'250.– festgesetzt.
4. Die erst- und zweitinstanzlichen Gerichtskosten werden der Klägerin auferlegt und mit den geleisteten Kostenvorschüssen verrechnet. Im Mehrbetrag stellt die Obergerichtskasse Rechnung.

5. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 60'000.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Dietikon, 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. 475'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 7. Juni 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. N. Balkanyi

versandt am:

mc