

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB200007-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende,
Oberrichter Dr. M. Kriech, Ersatzoberrichterin Dr. C. Schoder
sowie Gerichtsschreiber Dr. O. Hug

Beschluss vom 10. Dezember 2020

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____ **AG**,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 7. Abteilung, im ordentlichen Verfahren vom 29. Oktober 2019 (CG160098-L)

Klagebegehren:

(Urk. 2 S. 2)

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger CHF 115'000.– nebst Zins zu 5% seit dem 10. Juni 2015 zu bezahlen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. Mehrwertsteuer) zu Lasten der Beklagten.

Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung, vom 29. Oktober 2019:

([unbegründet] Urk. 81; [begründet] Urk. 87 = Urk. 92)

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf CHF 11'220.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden dem Kläger auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Vorschuss verrechnet. Ein allfällig nicht beanspruchter Teil des Kostenvorschusses wird dem Kläger nach Eintritt der Rechtskraft zurückerstattet.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 14'000.– (inkl. MWST) zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je gegen Empfangsschein.
6. [Rechtsmittel]

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 91 S. 2):

- "1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 29. Oktober 2019 aufzuheben und die [die] Beklagte zu verpflichten, dem Kläger CHF 115'000.– nebst Zins zu 5% seit dem 10. Juni 2015 zu bezahlen;
2. Eventualiter sei die Angelegenheit zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten der Beklagten."

der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 97 S. 2):

- "1. Es sei die Berufung vom 17.02.2020 gegen das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 29.10.2019, Geschäfts-Nr. CG160098-L/U, vollumfänglich abzuweisen und es sei das vorinstanzliche Urteil vollumfänglich zu bestätigen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MwSt. 7.7%) zu Lasten des Berufungsklägers."

Erwägungen:

I.

1. A._____ reichte am 26. Oktober 2016 (Datum des Poststempels) gegen die B._____ AG beim Bezirksgericht Zürich Klage mit dem eingangs erwähnten Schadenersatzbegehren ein. Der Kläger geht davon aus, mit der Beklagten einen Anlageberatungsvertrag abgeschlossen zu haben, woraus sich der Schadenersatzanspruch ableite. Er wirft der Beklagten vor, ihn betreffend den Kauf von Aktien der C._____ AG, einem *Start-up*-Unternehmen in der bio-pharmazeutischen Branche, falsch beraten zu haben. Die Aktien der C._____ AG seien wertlos gewesen, was die Beklagte gewusst habe.
2. Das Bezirksgericht Zürich wies die Klage am 29. Oktober 2019 mit der Begründung ab, dass die Parteien keinen Beratungsvertrag abgeschlossen hätten und es somit keine vertragliche Grundlage zur Geltendmachung einer Schadenersatzforderung gebe (Urk. 92).
3. In der Folge legte der Kläger am 17. Februar 2020 gegen das bezirksgerichtliche Urteil beim Obergericht des Kantons Zürich Berufung mit den eingangs aufgeführten Anträgen ein (Urk. 91).

4. Mit Verfügung vom 21. Februar 2020 wurde dem Kläger Frist zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses in der Höhe von CHF 9'350.— angesetzt (Urk. 94). Der Vorschuss ging rechtzeitig bei der Gerichtskasse ein (Urk. 95).
5. Daraufhin setzte die Kammer mit Verfügung vom 1. April 2020 der Beklagten Frist zur Einreichung einer Berufungsantwort an (Urk. 96). Die Beklagte reichte die Berufungsantwort fristgemäss am 19. Mai 2020 mit den eingangs erwähnten Anträgen ein (Urk. 97).

II.

1.
 - 1.1 Angefochten ist ein erstinstanzlicher Endentscheid in einer vermögensrechtlichen Angelegenheit mit einem über CHF 10'000.— liegenden Streitwert. Dagegen steht die Berufung offen (Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO). Ein Ausschlussgrund gemäss Art. 309 ZPO liegt nicht vor. Die Berufungsanträge sind ebenfalls zulässig. Die weiteren Voraussetzungen des Sachentscheids sind erfüllt und geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die Berufung ist einzutreten.
 - 1.2 Die Berufung hemmt die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheids im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Der Kläger beantragte die vollständige Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils, eventualiter die Rückweisung der Sache zur neuen Beurteilung. Das angefochtene Urteil ist demnach in keinem Teil in Rechtskraft erwachsen.
 - 1.3 Mit Berufung kann sowohl die Rechtsanwendung als auch die Sachverhaltsfeststellung gerügt werden (Art. 310 lit. a und b ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine vollständige Überprüfungsbefugnis der Streitsache und kann das erstinstanzliche Urteil demnach sowohl auf rechtliche wie tatsächliche Mängel überprüfen (BGE 142 III 413 E. 2.2.4).
 - 1.4 Im Berufungsverfahren können neue Tatsachen und Beweismittel nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO berücksichtigt werden, d.h.

wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). In seiner Berufungsschrift brachte der Kläger vor, die Beklagte habe ihm eine Geburtstagskarte zugestellt und ihm persönlich den Wechsel seines Beraters angezeigt (Urk. 91 S. 8). Der Kläger unterliess es aber, dabei darzutun, dass sein Vorbringen novenrechtlich zulässig sei (Art. 317 Abs. 1 ZPO) bzw. wo er entsprechende Behauptungen schon vor Vorinstanz ausgeführt habe, weshalb dieser Umstand nicht berücksichtigt werden kann.

2. Das Bezirksgericht äusserte sich im angefochtenen Urteil zunächst zur Qualifikation des vom Kläger behaupteten Beratungsvertrags und zu den Formvorschriften. Es erwog, der Vertrag über die Anlageberatung unterstehe den Vorschriften des Auftragsrechts. Der Anlageberatungsvertrag könne formlos abgeschlossen werden. In Frage komme ein ausdrücklicher Vertragsabschluss durch mündlich oder schriftlich kundgetane Willensäusserungen oder aber ein Vertragsabschluss durch konkludentes Verhalten der Parteien (Urk. 92 S. 7 Ziff. 3). Im vorliegenden Fall bestreite die Beklagte das Zustandekommen eines Beratungsvertrags. Da der Kläger aus dem Vertrag einen Schadenersatzanspruch ableite, trage er für dessen Zustandekommen die Behauptungs- und Beweislast (Urk. 92 S. 8 Ziff. 4).

Weiter führte das Bezirksgericht aus, der Kläger habe nicht substantiiert und schlüssig behauptet, dass ein Beratungsvertrag ausdrücklich, d.h. mündlich oder schriftlich, zustande gekommen sei (Urk. 92 S. 9 Ziff. 5). Nach den unbestritten gebliebenen Behauptungen des Klägers habe dieser vier Kaufverträge über C.____-Aktien abgeschlossen (Urk. 92 S. 4-5 Ziff. 1-2). Auf den vier Kaufverträgen sei die Beklagte nirgends erwähnt. Der Kläger habe sämtliche vier Kaufverträge mit der CEO der C.____ AG, einer gewissen D.____, abgeschlossen. Inwiefern der Abschluss des ersten Kaufvertrags für das Zustandekommen eines Beratungsvertrags zwischen dem Kläger und der Beklagten massgeblich sein solle, sei nicht ersichtlich (Urk. 92 S. 9 Ziff. 5).

Zur Frage eines möglicherweise konkludent abgeschlossenen Beratungsvertrags stellte das Bezirksgericht fest, es sei unbestritten, dass der erste Kontakt zwischen den Parteien im November/Dezember 2013 auf Initiative der Beklagten stattgefunden habe. Die Beklagte habe den Kontakt zum Kläger gesucht und ihm den Kauf von C.____-Aktien empfohlen. Die Parteien seien sich vorher aber nicht bekannt gewesen. Vor dem Abschluss des ersten Kaufvertrags über C.____-Aktien am 11. Dezember 2013 habe demnach kein Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien bestanden, aus dem der Kläger etwas zu seinen Gunsten ableiten könnte (Urk. 92 S. 9-10 Ziff. 6.1).

Auch im Umstand, dass die Beklagte ihre Mitarbeiter als "Berater" vorgestellt habe, lasse sich in Bezug auf den behaupteten Abschluss eines Beratungsvertrags im Zeitraum des Abschlusses des ersten Kaufvertrags nichts ableiten, da das entsprechende Schreiben der Beklagten vom 4. Juni 2014 datiere und dem Kläger demnach erst nach Abschluss des ersten Kaufvertrags zugegangen sei (Urk. 92 S. 10 Ziff. 6.2). Zudem könne in der Bezeichnung der Mitarbeiter als "Berater" kein Wille zum Abschluss eines Beratungsvertrags mit dem Kläger erkannt werden. Die Tätigkeit der Beklagten habe sich darauf beschränkt, dem Kläger den Kauf von C.____-Aktien zu empfehlen. Sie habe ihm keine anderen Investitionsmöglichkeiten und keine anderen Dienstleistungen angeboten. Der Kläger seinerseits habe solches nicht in Anspruch nehmen wollen. Der Beklagten sei es offensichtlich einzig darum gegangen, den Kläger als Käufer von C.____-Aktien zu gewinnen (Urk. 92 S. 10 Ziff. 6.2).

Die Beklagte habe von der C.____ AG bzw. von D.____ für die Vermittlung von C.____-Aktien jeweils eine Provision erhalten, die meistens 60% des Kaufpreises betragen habe. Sie habe demnach gewerbsmässig gehandelt und ein gewichtiges finanzielles Interesse daran gehabt, dass ein Kaufvertrag über C.____-Aktien zustande komme. Dieses finanzielle Interesse lasse aber ebenfalls nicht auf einen Willen zum

Abschluss eines Beratungsvertrags mit dem Kläger schliessen (Urk. 92 S. 10-11 Ziff. 6.3).

Somit bestünden im Zeitraum des Abschlusses des ersten Kaufvertrags über C.____-Aktien am 11. Dezember 2013 keine Anhaltspunkte für das Zustandekommen eines Beratungsvertrags zwischen dem Kläger und der Beklagten. Weder könne aus dem Verhalten noch den Erklärungen der Beklagten auf einen Willen zum Abschluss des streitgegenständlichen Beratungsvertrags geschlossen werden (Urk. 92 Ziff. 6.4 S. 11).

Nichts anderes ergebe sich in der Phase des Abschlusses der drei weiteren Kaufverträge. Die Parteien seien zwar miteinander in Kontakt gestanden, und die Beklagte habe den Kläger mit Informationen und Unterlagen zur C.____ AG beliefert. Der Beklagten sei es aber erkennbar ausschliesslich darum gegangen, den Kläger als Käufer von C.____-Aktien zu gewinnen. Über andere Anlagemöglichkeiten hätten die Parteien nie diskutiert. Gegen das Zustandekommen eines Beratungsvertrags spreche zudem, dass der Kläger der Beklagten nie ein Entgelt gezahlt habe. Dies wäre aber zu erwarten gewesen, wenn ein Beratungsvertrag abgeschlossen worden wäre. Der Kläger habe die Beklagte auch nicht indirekt über die Provision honoriert. Die Beklagte habe die Provision, wie gesagt, von D.____ als Gegenleistung für die Vermittlung von Käufern von C.____-Aktien erhalten. Dies zeige, dass die Beklagte vor allem die Interessen der C.____ AG resp. von D.____ wahrgenommen habe (Urk. 92 S. 12-13 Ziff. 7.1).

Der vom Kläger geäusserte Vorwurf, die Beklagte habe "Front Running" (Informationsmissbrauch) betrieben, gehe ebenfalls fehl, da diese Frage nur im Zusammenhang mit einer Vertragsverletzung, nicht aber für die Frage des Zustandekommens eines Beratungsvertrags eine Rolle spielen würde. Gleichermassen unerheblich sei, ob D.____ oder die C.____ AG Vertragspartei der Kaufverträge sei (Urk. 92 S. 13-14 Ziff. 7.3).

Da zwischen dem Kläger und der Beklagten kein Beratungsvertrag zustande gekommen sei, fehle eine Haftungsgrundlage und sei die Schadenersatzklage demnach abzuweisen (Urk. 92 S. 14 Ziff. 8).

3.

3.1 Der Kläger stellte sich in der Berufungsschrift auf den Standpunkt, die Vorinstanz habe den Sachverhalt nicht umfassend abgeklärt und nur einzelne Aspekte beleuchtet. Daher sei sie zu einem falschen Auslegungsergebnis gelangt. Zudem hätte sie eine Haftung der Beklagten gestützt auf falsche Raterteilung prüfen müssen (Urk. 91 S. 13-14 und S. 16).

Zunächst wies der Kläger darauf hin, dass im Kanton Zug gegen die Exponenten der Beklagten mittlerweile Anklage wegen Betrugs erhoben worden sei. Die Beklagte habe wahrheitswidrige Angaben zur C._____ AG gemacht und Zusicherungen gegeben, die sie gar nicht habe einhalten wollen. In der Anklageschrift werde das Vorgehen der Beklagten detailliert beschrieben. Wesentliche Eckpfeiler des «Systems» der Beklagten seien das Cold Calling, die Kontaktpflege zu nicht-professionellen Anlegern, der Einsatz von auf dem Gebiet der Anlageberatung unerfahrenen Telefonverkäufern und die fehlende Risikoaufklärung der Kunden. Die Staatsanwaltschaft Zug habe erstellt, dass die Anleger mittels «Jubelbotschaften» versorgt worden seien, die Telefonverkäufer wahrheitswidrige Behauptungen (z.B. über einen bevorstehenden Börsengang) aufgestellt und den Kunden gegenüber Fachkompetenz vorgegaukelt hätten. Die verantwortlichen Personen der Beklagten hätten gewusst, dass die Anleger nicht sorgfaltsgemäss beraten worden seien und in der Folge irrtumsbehaftete Anlageentscheide getroffen hätten (Urk. 91 S. 3-5).

Sodann hielt der Kläger daran fest, dass zwischen ihm und der Beklagten ein Beratungsvertrag zustande gekommen sei. Auch die Staatsanwaltschaft Zug gehe in der Anklageschrift davon aus, dass die Beklagte mit ihren Kunden konkludent ein Beratungsverhältnis eingegangen sei (Urk. 91 S. 4

und S. 6). In Bezug auf ihn persönlich begründete dies der Kläger in erster Linie mit der Art des Kontakts zwischen ihm und der Beklagten. Der erste Kontakt sei auf Initiative der Beklagten zustande gekommen (Urk. 91 S. 6). Diese habe ihm in der Folge immer wieder Unterlagen zur C._____ AG zugestellt (Urk. 91 S. 6, S. 8). Dazu hätten Geschäftsberichte und sogar die Protokolle der Generalversammlung gehört (Urk. 91 S. 7, S. 8 und S. 11-12). Der Kontakt zwischen dem Kläger und der Beklagten sei persönlich, langandauernd und intensiv gewesen (Urk. 91 S. 7 und S. 10). Der Kläger habe sogar eine Geburtstagskarte von der Beklagten erhalten (Urk. 91 S. 8). Bereits aus diesen vielfältigen Kontakten sei auf ein Beratungs- und Betreuungsverhältnis im Zusammenhang mit dem Kauf von C._____ -Aktien zu schliessen (Urk. 91 S. 10).

Sodann stützte der Kläger das Beratungsverhältnis auf den Umstand, dass die Mitarbeiter der Beklagten als Berater vorgestellt worden seien. Die Beklagte habe dem Kläger den Wechsel "seines" Beraters persönlich mitgeteilt. Dabei habe es sich nicht um einen Massenversand gehandelt, was sich daran zeige, dass im betreffenden Schreiben auf einzelne Kaufgeschäfte Bezug genommen worden sei. Zudem habe sich der Berater des Klägers, ein gewisser Herr E._____, selber als Kundenberater bezeichnet. Dieses Verhalten müsse sich die Beklagte anrechnen lassen (Urk. 91 S. 8 und S. 10). Auch gegen aussen werbe die Beklagte als Beraterin. Auf ihrer Webseite habe sie massgeschneiderte Lösungen für Privatinvestitionen angeboten. Aufgrund der Aussenwerbung habe der Kläger davon ausgehen dürfen, dass er früher oder später betreffend weitere Investitionsmöglichkeiten kontaktiert werde (Urk. 91 S. 9).

Der Kläger wies des Weiteren darauf hin, dass die Abwicklung der Kaufverträge jeweils über die Beklagte erfolgt sei. Auf den Kaufverträgen sei zwar das Logo der C._____ AG aufgeführt. Jedoch habe die Beklagte sog. «Reservierungsbogen» versandt und hierzu ihr eigenes Briefpapier verwendet (Urk. 91 S. 5). Die Kaufverträge seien irreführend ausgestaltet worden. Der Kläger sei davon ausgegangen, dass der von ihm investierte

Betrag direkt der C._____ AG zugehen würde. Er habe erst später realisiert, dass nicht die C._____ AG, sondern D._____ Vertragspartei gewesen sei. Die Beklagte habe die Käufer bewusst darüber täuschen wollen, wohin die Mittel fliessen würden (Urk. 91 S. 7).

Laut Kläger falle des Weiteren ins Gewicht, dass die Beklagte von ihren Kunden jeweils eine Passkopie verlangt habe. Dies sei bei einer blossen Vermittlertätigkeit aber nicht erforderlich. Die Beklagte habe den Eindruck erwecken wollen, eng mit der C._____ AG zusammenzuarbeiten. Durch die bankähnliche Identifizierung des Kunden habe die Beklagte ein besonderes Vertrauensverhältnis geschaffen. Dies spreche ebenfalls für das Bestehen eines Beratungsverhältnisses (Urk. 91 S. 7 und S. 8).

Schliesslich habe die Vorinstanz die wirtschaftlichen Interessen der Beklagten ausser Acht gelassen. Die Beklagte habe gegenüber dem Kläger nicht aus blosser Gefälligkeit gehandelt. Entscheidend sei, dass die Beklagte ihre Tätigkeit gegen eine Entschädigung erbracht habe. Zudem sei die ihr von D._____ resp. der C._____ AG ausbezahlte Provision von 60% des Kaufpreises der Aktien ungewöhnlich hoch gewesen. Die Beklagte habe vom Kaufpreis, den der Kläger für die C._____ -Aktien bezahlt habe, demnach CHF 69'000.- für sich eingestrichen. Dies erlaube den Schluss, dass die Beklagte einen klaren Willen gehabt habe, den Kläger bei der Investition in C._____ -Aktien zu beraten (Urk. 91 S. 6, S. 9-10 und S. 12-13). Durch die Ausgestaltung des Kaufvertrags sei der Kläger darüber getäuscht worden, dass der bezahlte Kaufpreis statt an die C._____ AG an D._____ gegangen sei (Urk. 91 S. 7). Die Bezahlung einer Provision seitens von D._____ resp. der C._____ AG schliesse im Übrigen nicht aus, dass die Beklagte vorgab, die Interessen des Klägers zu vertreten. Jedenfalls zeige das Vorgehen der Beklagten, dass sie den Kläger im Glauben gelassen habe, er werde von ihr entsprechend betreut (Urk. 91 S. 11-12).

- 3.2 Die Beklagte stellte nicht in Abrede, dass der erste Kontakt zwischen ihr und dem Kläger auf ihre Initiative zurückging und sie dem Kläger jeweils Informationsmaterial über die C._____ AG zustellte. Sie bestritt aber das

Zustandekommen eines Beratungsvertrags mit dem Kläger. Zudem stellte sie sich auf den Standpunkt, weder eine Aufklärungspflicht verletzt zu haben noch aus falscher Raterteilung zu haften. Dazu liess sie im Wesentlichen Folgendes vorbringen:

Die Beklagte sei jeweils nur im Auftrag der Verkäuferin als Vermittlerin aufgetreten (Urk. 97 S. 7). Ihre Leistung habe sich darauf beschränkt, den Kläger auf den vorteilhaften Preis der C.____-Aktien hinzuweisen, die C.____ AG zu beschreiben und ihm Informationsmaterial über die Gesellschaft zu übergeben. Damit habe die Beklagte gegenüber dem Kläger keinen Willen zum Abschluss eines Beratungsvertrags kundgetan (Urk. 97 S. 9 und S. 21). Die Beklagte habe den Kläger weder individuell beraten noch habe der Kläger je eine solche Dienstleistung verlangt (Urk. 97 S. 20, 23, 25). Der Kläger habe sich nur die Unterlagen zukommen lassen, den Kaufentschluss aber autonom gefällt (Urk. 97 S. 8, 10).

Auch nach Abschluss des ersten Kaufvertrags habe man stets nur über C.____-Aktien gesprochen. Andere Investitionsmöglichkeiten seien nie zur Diskussion gestanden (Urk. 97 S. 19, 22, 25). Das Ziel der Beklagten habe nur darin bestanden, für C.____-Aktien Käufer zu finden (Urk. 97 S. 9). Dies sei für den Kläger stets erkennbar gewesen (Urk. 97 S. 22). Das Geschäftsmodell der Beklagten bestehe in der Vermittlung von Aktien an mögliche Käufer. Zwischen ihr und den jeweiligen Verkäufern der Wertpapiere bestehe ein Vermittlungsvertragsverhältnis. Es liege in der Natur dieses Geschäftsmodells, dass die Beklagte an andere Käufer andere Aktien vermittele. Dies ändere aber nichts daran, dass die Beklagte dem Kläger nur C.____-Aktien vermittelt habe. Es sei daher nicht nachvollziehbar, weshalb der Kläger von einem umfassenden Finanzberatungsverhältnis ausgehen wolle (Urk. 97 S. 23, 26).

Es gebe keinerlei Anhaltspunkte für einen konkludent abgeschlossenen Beratungsvertrag zwischen dem Kläger und der Beklagten (Urk. 97 S. 9). Aufgrund der Bezeichnung der Mitarbeiter der Beklagten als Berater könne jedenfalls nicht auf das Zustandekommen eines Anlageberatungsvertrags

geschlossen werden (Urk. 97 S. 16, 23, 25). Entgegen der Behauptung des Klägers habe es sich beim in der Klageschrift erwähnten Schreiben vom 4. Juni 2014, in welchem der Kläger über einen Personalwechsel orientiert worden sei, um einen Massenversand gehandelt. Daraus könne der Kläger nichts zu seinen Gunsten ableiten (Urk. 97 S. 25).

Der Kläger habe im Zeitraum von Dezember 2013 bis August 2014 vier Aktienkaufverträge abgeschlossen. Aufgrund von lediglich vier Kaufverträgen habe kein Vertrauensverhältnis zur Beklagten entstehen können (Urk. 97 S. 23). Auch der Umstand, dass die Beklagte eine Kopie des Reisepasses des Klägers verlangt habe, habe kein Vertrauensverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten geschaffen. Das Einfordern der Passkopie beruhe auf dem Vertrag zwischen der Beklagten und der Verkäuferin. Die Überprüfung der Personalien habe zu den Sorgfaltspflichten der Beklagten gemäss dem mit dem Verkäufer der Wertpapiere eingegangenen Vermittlungsvertrag gehört (Urk. 97 S. 21).

Aus dem Umstand, dass die Beklagte von der C._____ AG resp. von D._____ eine Provision erhalten habe, könne der Kläger ebenfalls nichts für sich ableiten. Auch die Höhe der Provision spiele für die Frage des Zustandekommens eines Beratungsvertrags zwischen dem Kläger und der Beklagten keine Rolle (Urk. 97 S. 14, 18, 24). Der Kläger selbst habe der Beklagten nie ein Entgelt für die behauptete Beratung gezahlt. Auch daraus sei ersichtlich, dass kein Beratungsvertrag abgeschlossen worden sei (Urk. 97 S. 19, 24, 27). Die Ausgestaltung der Verträge sei nicht irreführend gewesen, sondern es sei daraus klar hervorgegangen, wer Käufer und wer Verkäufer gewesen sei (Urk. 97 S. 16). Der Kläger habe demnach gewusst, dass die C._____ AG resp. D._____ die Verkäuferin der Aktien gewesen sei und wohin sein Geld gegangen sei (Urk. 97 S. 20). Zudem sei der Kläger von Beruf diplomierter Ingenieur, habe ein sehr hohes Bildungsniveau und sei in Anlagegeschäften erfahren. Er habe den Unterschied zwischen Vermittlung und Beratung daher ohne Weiteres erkennen können (Urk. 97 S. 4 und S. 26-27).

Die Beklagte habe auch nie falsche Angaben zur C._____ AG gemacht und nie irgendwelche Zusicherungen abgegeben (Urk. 97 S. 6, 15, 17). Sie habe zu keinem Zeitpunkt Zugriff auf betriebsinterne Informationen der C._____ AG gehabt (Urk. 97 S. 6, 10). Sämtliche Informationen über die Unternehmung habe die Beklagte von der C._____ AG bzw. von D._____ erhalten. Sie habe auf die Richtigkeit dieser Informationen vertrauen dürfen (Urk. 97 S. 10 und S. 17).

Die Beklagte habe keine Kenntnis von den finanziellen Problemen der C._____ AG gehabt. Dementsprechend habe auch keine Pflicht bestanden, den Kläger zu warnen (Urk. 97 S. 7). Zudem habe nach dem dannzumal geltenden Börsengesetz keine Rechtspflicht bestanden, Kunden über sog. Standardrisiken zu informieren (Urk. 97 S. 12). Der Kläger sei ohnehin nicht Kunde der Beklagten gewesen. Effektive Kundin sei D._____ gewesen (Urk. 97 S. 13).

Als erfahrener Anleger habe der Kläger gewusst, dass er in ein nicht börsenkotiertes *Start-up*-Unternehmen im Bereich Biotechnologie investiere und diese Investition mit hohen Risiken verbunden gewesen sei (Urk. 97 S. 4, 11). Im ersten Kaufvertrag sei auf das Risiko sogar hingewiesen worden (Urk. 97 S. 17).

4.

- 4.1 Der Anlageberatungsvertrag ist im Obligationenrecht nicht ausdrücklich geregelt. Nach Rechtsprechung und Lehre untersteht er den Regeln des Auftragsrechts (Art. 394 ff. OR; BGE 144 III 155 E. 2.2; KASPAR PROJER/HANS CASPAR VON DER CRONE, Kundensegmentierung in der Anlageberatung, in: SZW 2015 S.156 ff., 159; CHRISTOPH P. GUTZWILLER, Schadensstiftung und Schadensberechnung bei pflichtwidriger Vermögensverwaltung und Anlageberatung, in: SJZ 2005, S. 357 ff., 358). Der Anlageberatungsvertrag kann formfrei abgeschlossen werden. Aufgrund

der Formfreiheit ist auch ein konkludentes Zustandekommen des Anlageberatungsvertrags möglich.

- 4.2 In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist der Begriff des Anlageberatungsvertrags nicht definiert, sondern wird durch Abgrenzung zum Vermögensverwaltungsvertrag und zur Konto-/Depot-Beziehung zwischen dem Bankkunden und der Bank umschrieben. Die Anlageberatung unterscheidet sich von der Vermögensverwaltung dadurch, dass die Bank (die Vermögensverwalterin) die auszuführenden Transaktionen auf der Grundlage der mit dem Bankkunden im Vermögensverwaltungsvertrag vereinbarten Anlagestrategie selbst bestimmt, während bei der Anlageberatung der Kunde für den Anlageentscheid zuständig bleibt. In Abgrenzung zur reinen Konto-/Depot-Beziehung zeichnet sich die Anlageberatung dadurch aus, dass der Kunde die Anlageentscheide zwar selber trifft, die Bank ihm dabei aber beratend zur Seite steht (BGE 144 III 155 E. 2.1; 138 III 755 E. 5.5; 133 III 97 E. 5.4; BGer, Urteile 4A_449/2018 vom 25.3.19, E. 3; 4A_248/2018 vom 12.9.18, E. 3.1).

Im Schrifttum finden sich unterschiedliche Definitionen für die Anlageberatung (vgl. die Übersicht bei FABRICE ECKERT, Überwachungs- und Warnpflichten im Kapitalanlagegeschäft, 2019, S. 30 ff.). Die einen Autoren knüpfen den Begriff an die Mitwirkung einer Fachperson bei der Planung oder Umdisposition einer Geldanlage, wobei der Kunde den Anlageentscheid selbständig trifft (MONIKA ROTH, Die Spielregeln des Private Banking in der Schweiz, 4. Aufl. 2016, S. 13). Dabei ist unbestritten, dass Beratungsleistungen nicht nur von Banken resp. ihren Fachpersonen, sondern auch von anderen Finanzintermediären erbracht werden können. Andere Autoren definieren den Begriff über die Anforderungen an die Erbringung der Beratungsleistung. Danach gilt als Anlageberatung die sorgfältige und adressatengerechte Beratung des Kunden bei einer Geld- und Kapitalanlage (URS EMCH/HUGO RENZ/RETO ARPAGAU, Das schweizerische Bankgeschäft, 7. Aufl. 2011, Rz. 1751). Nach Auffassung eines weiteren Autors geht bei der Anlageberatung die Initiative vom

Finanzdienstleister aus und wird der Begriff auf die Erscheinungsform der dauerhaften (im Gegensatz zur punktuellen) Beratung in Geld- und Kapitalanlagen eingegrenzt (ROLF H. WEBER, Kontoführung, Anlageberatung und Vermögensverwaltung für Privatkunden, in: Jusletter 31. August 2015, Rz. 27 und Rz. 36). Ein weiterer Teil der Lehre geht von einem offenen Begriffsverständnis aus. Danach liegt eine Anlageberatung vor, wenn sich der Kunde im Zusammenhang mit der Vermögensanlage beraten lässt (und entsprechende Empfehlungen erhält), er den Anlageentscheid danach aber selber fällt (PROJER/VON DER CRONE, a.a.O., S. 159).

Auch das Finanzmarktrecht geht von einer weiten, mit dem offenen Begriff aus dem Zivilrecht weitgehend deckungsgleichen Definition aus (vgl. ECKERT, a.a.O., S. 32 Rz. 64). Als Anlageberatung gilt die Erteilung von persönlichen Empfehlungen, die sich auf Geschäfte mit Finanzinstrumenten beziehen (Art. 3 lit. c Ziff. 4 des Bundesgesetzes vom 15. Juni 2018 über die Finanzdienstleistungen [Finanzdienstleistungsgesetz, FIDLEG; SR 950.1]).

- 4.3 Die charakteristische Leistung des Anlageberaters – die Beratung – besteht aus zwei Komponenten: Einerseits erteilt der Anlageberater seinem Kunden Auskünfte über objektiv verifizierbare Tatsachen (Rating, Einschätzung des Entwicklungspotentials eines Finanzprodukts in der Fachwelt) und andererseits gibt er seinem Kunden Empfehlungen (Ratschläge; ROTH, a.a.O., S. 71; WEBER, a.a.O., Rz. 27; PROJER/VON DER CRONE, a.a.O., S. 160).

Die im Rahmen eines Anlageberatungsverhältnisses erteilten Empfehlungen zeichnen sich als persönliche Empfehlungen aus (ECKERT, a.a.O., Rz. 66; DAVID JOST, Der Anlegerschutz im Finanzdienstleistungsgeschäft, 2020, S. 54; JAN M. ROETHLISBERGER/ANSGAR SCHOTT, Neue Finanzmarktarchitektur – Das Wichtigste aus FIDLEG und FINIG, 2020, Rz. 165; DANIEL GUGGENHEIM/ANATH GUGGENHEIM, Les contrats de la pratique bancaire suisse, 5. Aufl. 2014, S. 257 Rz. 777). Anlageberatung bedeutet die individuelle und adressatengerechte Erteilung von Rat für die Vermögensanlage des Kunden (EMCH/ RENZ/ARPAGAU, a.a.O., Rz. 1751).

Der Kunde darf erwarten, dass der Finanzdienstleister bei den an ihn gerichteten Empfehlungen seine konkreten Bedürfnisse berücksichtigt (ROTH, a.a.O., S. 85). Damit der Anlageberater eine individuelle Empfehlung erteilen kann, muss er die persönlichen Verhältnisse seines Kunden kennen. Dazu gehören die finanziellen Verhältnisse, die Anlageziele, die familiäre und berufliche Situation, das Alter und der Liquiditätsbedarf des betreffenden Kunden (ROTH, a.a.O., S. 76, 92 und 93). Den Berater trifft eine Pflicht zur Beschaffung von Informationen über den Kunden, die je nach Ausgestaltung des Beratungsverhältnisses aber unterschiedlich umfangreich sein kann (BGE 124 III 155 E. 3a; BGer, Urteile 4A_449/2018 vom 25.3.19, E. 3.2; 4A_364/2013 vom 5.3.14, E. 6.2).

Das Erteilen einer persönlichen Empfehlung unterscheidet die Anlageberatung von den Execution-only-Geschäften. Darunter werden blosse Konto-/Depotbeziehungen bei einer Bank oder die reine Vermittlung von Geschäften mit Finanzinstrumenten durch den Finanzdienstleister subsumiert (sog. Anlagevermittlung; vgl. zu diesem aus dem deutschen Recht stammenden Begriff ECKERT, a.a.O., S. 58, Fn. 263). Das FIDLEG definiert das Execution-only-Geschäft als Annahme und Übermittlung von Aufträgen, welche Finanzinstrumente zum Gegenstand haben (Art. 3 lit. c Ziff. 2 FIDLEG; vgl. THOMAS JUTZI/KSENIA WESS, Die neuen Pflichten im Execution-only-Geschäft, Zusammenspiel von FIDLEG und OR, in: SZW 2019, S. 589 ff., S. 591 f.). Beim Execution-only-Geschäft handelt es sich um ein beratungsfreies Geschäft. Der Finanzdienstleister erteilt keine individualisierten Anlageempfehlungen, sondern beschränkt seine Tätigkeit auf die technische Ausführung von Transaktionen (ECKERT, a.a.O., S. 58; JUTZI/WESS, a.a.O., S. 593). Die Botschaft zum FIDLEG nennt als Beispiel einer Execution-only-Beziehung (in Abgrenzung zur Anlageberatung) den Fall, in welchem der Finanzdienstleister dem Kunden lediglich allgemeine Erwartungen über die Entwicklung bestimmter Finanzinstrumente mitteilt und der Kunde im Anschluss daran Transaktionen in Auftrag gibt (Botschaft vom 4. November 2015 zum Finanzdienstleistungsgesetz [FIDLEG] und zum Finanzinstitutsgesetz [FINIG], BBl 2015 8901 ff., 8946 f.).

- 4.4 Die Frage, ob im konkreten Fall eine Beratungskomponente vorliegt, es sich mithin um ein Beratungsverhältnis handelt, kann allerdings Schwierigkeiten bereiten, namentlich bei der Abgrenzung der punktuellen (transaktionsbezogenen) Anlageberatung von der Anlagevermittlung oder vom blossen Verkauf (etwa von Fondsanteilen; EMCH/RENZ/ARPAGAU, a.a.O., Rz. 1763; ROTH, a.a.O., S. 82).

Für einen Anlageberatungsvertrag dürfte regelmässig sprechen, wenn der Finanzdienstleister ein Kundenprofil erstellt. Die Erkundung der persönlichen und finanziellen Umstände des Kunden sind ein Zeichen dafür, dass der Finanzdienstleister eine individualisierte Beratungsdienstleistung erbringen will (ECKERT, a.a.O., S. 64 Rz. 133; vgl. auch BGer, Urteil 4A_436/2016 vom 7.2.17, E. 3.2). Aber auch wenn die Kundenangaben tatsächlich nicht berücksichtigt werden, kann es sich bei einer abgegebenen Empfehlung aus objektiver Sicht betrachtet um eine Anlageberatung handeln. Dies dürfte dann zutreffen, wenn beim Kunden der Eindruck erweckt wird, dass seine persönlichen Umstände in die erteilte Empfehlung einfließen. In diesem Fall nimmt der Finanzdienstleister Kundenvertrauen in Anspruch. Die Inanspruchnahme des Kundenvertrauens durch den Finanzdienstleister spricht für einen Anlageberatungsvertrag (vgl. BGE 133 III 97 E. 7.2).

Anhaltspunkte, die für oder gegen einen Anlageberatungsvertrag sprechen, können sich sodann aus Inhalt und Art der Äusserungen des Finanzdienstleisters über ein Finanzinstrument ergeben. Die Erteilung objektiver, wertneutraler Auskünfte über ein Finanzprodukt (Kurs, Kosten, Rendite etc.) gilt nicht als Empfehlung. Ratschläge, die über Informationsverbreitungs Kanäle oder für die Öffentlichkeit bekannt gegeben werden (z.B. im Internet, im Fernsehen oder in Fachzeitschriften), gelten ebenfalls nicht als Anlageberatung (ECKERT, S. 37 Rz. 74). Dagegen dürfte die Schwelle von der reinen Information zur Erteilung einer persönlichen Empfehlung dann überschritten werden, wenn der Finanzdienstleister objektive Produktinformationen in einer Art «aufbereitet», dass er seinen Kunden beim Anlageentscheid unterstützt. Ebenso kann in der Zusendung

individualisierter Produktinformationen an einen Kunden das Angebot zum Abschluss eines Anlageberatungsvertrags liegen, insbesondere dann, wenn der Kunde in Wertschriftengeschäften unerfahren ist (ROETHLISBERGER/SCHOTT, a.a.O., S. 58 Rz. 185).

Ein weiterer möglicher Hinweis kann die gegen aussen kundgetane Interessenvertretung des Finanzdienstleisters sein. Während der Finanzdienstleister bei der Anlageberatung auf die persönlichen Umstände und Interessen des Kunden abstellt, handelt er bei der Vermittlung von Geschäften mit Finanzinstrumenten im Interesse des Anbieters. Bei der Vermittlung steht der informative, allenfalls werbende Charakter seiner gegenüber dem Kunden getätigten Äusserungen im Vordergrund (EMCH/RENZ/ARPAGAU, a.a.O., Rz. 1764).

Indizien ergeben sich auch aus der Häufigkeit der Kontakte des Finanzdienstleisters zu seinem Kunden und den daran anschliessend tatsächlich erfolgten Transaktionen (WEBER, a.a.O., Rz. 35; JOST, a.a.O., S. 53).

Ein Anlageberatungsvertrag wird in der Praxis ausserdem bejaht, wenn sich aufgrund der andauernden Geschäftsbeziehung zwischen dem Finanzdienstleister (meistens einem Bankinstitut) 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. 7.2; ECKERT, a.a.O., S. 40 Rz. 85; WEBER, a.a.O., Rz. 34 f., der die Vertrauensgrundlage allerdings im Fachwissen der Bank sieht).

Nicht massgeblich ist dagegen, ob der Kunde dem Finanzdienstleister eine Entschädigung bezahlt. Anlageempfehlungen werden häufig erteilt, ohne dass eine Entschädigung vereinbart wurde. Aus Sicht des Kunden erscheint die Anlageberatung häufig als «Gratisdienstleistung», da er für die Beratung in den meisten Fällen nicht unmittelbar eine Gebühr entrichten muss (EMCH/RENZ/ARPAGAU, a.a.O., Rz. 1756). Das Anlageberatungsverhältnis

dürfte dennoch regelmässig als entgeltlich zu qualifizieren sein, weil der Finanzdienstleister indirekt eine Entschädigung vom Kunden erhält. Der Anlageberater, oftmals eine Bank, subventioniert die Dienstleistung üblicherweise mittels Depotgebühren, Courtagen und Emissionsgebühren quer. Zudem erhält der Finanzdienstleister für den Erwerb oder das Halten von Finanzinstrumenten auf Rechnung des Kunden teilweise Rückvergütungen von Dritten (Retrozessionen bzw. Bestandespflegekommissionen; EMCH/RENZ/ARPAG AUS, a.a.O., Rz. 1756; GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, a.a.O., S. 259 Rz. 782; ECKERT, a.a.O., S. 44 f. Rz. 92; PROJER/VON DER CRONE, a.a.O., S. 164).

Ob im konkreten Fall ein Beratungsverhältnis vorliegt, ergibt sich bei Fehlen einer ausdrücklichen Parteivereinbarung aus den jeweiligen Umständen. Dabei muss nach dem Vertrauensprinzip beurteilt werden, ob der Kunde als korrekte und redliche Person aus den Umständen auf das Zustandekommen eines Beratungsvertrags schliessen durfte (JUTZI/ WESS, a.a.O., 594.). Für die Qualifikation des Vertrages ist nicht entscheidend, welche Bezeichnung die Parteien verwenden, sondern welche Leistungen der Klient im vereinbarten Rahmen verlangt und der Finanzintermediär tatsächlich erbringt (BGer, Urteile 4A_202/2019 vom 11.12.19, E. 5.1; 4A_449/2018 vom 25.3.19, E. 3).

- 4.5 Die Behauptungs- und Beweislast für das Zustandekommen des Vertrags trägt die Partei, die daraus Rechte ableiten will (Art. 8 ZGB). Die beweisbelastete Partei hat sämtliche Tatsachen zu behaupten und zu beweisen, aus denen sie ihren Anspruch ableitet (BGE 139 III 396 E. 2.2). Die Verteilung der Beweislast bestimmt, welche Partei die Folgen der Beweislosigkeit der beweisbedürftigen Tatsachen zu tragen hat (BGE 127 III 519 E. 2a).

5.

- 5.1 Im vorliegenden Fall steht ausser Frage, dass die Parteien weder einen schriftlichen noch einen mündlichen Anlageberatungsvertrag eingingen.

Uneinigkeit besteht nur in der Frage, ob es zu einem konkludenten Vertragsabschluss kam. Weiter steht fest, dass die Parteien erstmals unmittelbar vor dem Abschluss des ersten Kaufvertrags im November/Dezember 2013 miteinander in Kontakt traten (vgl. Urk. 92 S. 9), mithin keine gegenseitige Vertrauensgrundlage aus einer vorbestehenden Geschäftsbeziehung bestand. Als Hauptargument für das konkludente Zustandekommen eines Anlageberatungsvertrags machte der Kläger den andauernden, persönlichen und intensiven Kontakt zwischen ihm und der Beklagten geltend.

Die Vorinstanz verneinte, dass die Geschäftsbeziehung der Parteien, welche von November/Dezember 2013 bis August 2014 dauerte und zum Abschluss von vier Kaufverträgen über C.____-Aktien führte, im Anschluss an das Zustandekommen des ersten Kaufvertrags als vertrauensbildend qualifiziert werden könne. Dem ist zuzustimmen. Die Geschäftsbeziehung der Parteien dauerte nur kurze Zeit und betraf ein einziges Finanzprodukt. Der Kläger durfte aufgrund des Umstands, dass die Beklagte ihn im Anschluss an den ersten Kaufvertrag auf weitere Möglichkeiten des Erwerbs von C.____-Aktien aufmerksam machte, deshalb nicht bereits von einer Vertrauensbasis ausgehen resp. erwarten, dass er von der Beklagten beraten werde.

Der Kläger brachte vor, dass der Kontakt zur Beklagten persönlich gewesen sei. Indessen behauptete er nicht, dass die Beklagte resp. ihre Mitarbeiter sich je nach seinen persönlichen und finanziellen Verhältnissen, wie etwa seinen Anlagewünschen, seiner Risikoneigung, seiner Altersvorsorge etc., erkundigt hätte. Den Behauptungen des Klägers lässt sich jedenfalls nicht entnehmen, dass die Beklagte Informationen über ihn beschafft und dadurch zum Ausdruck gebracht hätte, ihm eine individualisierte, persönliche Anlageempfehlung unterbreiten zu wollen. Der Kontakt der Parteien kann insoweit nicht als persönlich bezeichnet werden.

Als Beweis seiner Behauptung, der Kontakt sei persönlich und intensiv gewesen, reichte der Kläger eine Vielzahl von Unterlagen ins Recht, die ihm die Beklagte in der Zeitspanne von November/Dezember 2013 bis August

2014 (Zeitraum des Abschlusses der vier Kaufverträge über C.____-Aktien) zustellte. Darunter befinden sich zwei Unternehmensbewertungen über die C.____ AG, erstellt von F.____ GmbH (Urk. 5/7 und Urk. 5/11). Diese Dokumente enthalten Angaben von neutraler Seite zur damaligen Bewertung der C.____ AG und den Prognosen ihrer Entwicklung. Des Weiteren reichte der Kläger einen Geschäftsbericht der C.____ AG aus dem Jahr 2012 (Urk. 5/8), ein Beschluss-Protokoll der Generalversammlung vom 30. Juni 2014 (Urk. 5/18), einen Quartalsbericht aus dem Jahr 2014 (Urk. 5/23) sowie eine Pressemitteilung der C.____ AG über die Einleitung einer Testphase ihrer Pharmaprodukte (Urk. 5/17) zu den Akten. Auch diese Unterlagen beschränken sich auf allgemeine Informationen über die Anbieterin.

Einzig bei einem Fact Sheet über die C.____ AG, das der Kläger zusammen mit einer Unternehmenspräsentation erhielt (Urk. 5/4 Konvolut), stellt sich die Frage, ob die Beklagte mit der Zusendung dieses Dokuments einen Beratungswillen zu erkennen gegeben haben könnte. Auf diesem Dokument erscheint das Logo der Beklagten, weshalb anzunehmen ist, dass das Fact Sheet von der Beklagten verfasst wurde. Dessen Inhalt beschränkt sich aber wiederum auf bloße Werbung für die C.____ AG resp. für Anlagen in der Pharmabranche. Darüber hinaus enthält das Dokument keine für die Einschätzung des Anlagerisikos brauchbaren Angaben über C.____-Aktien. Insbesondere fehlt auch hier die Herstellung eines Bezugs zur Interessenlage des individuellen Aktienkäufers. Für den Kläger war bei genauem Hinsehen erkennbar, dass das Fact Sheet bloße Werbung für Aktien aus der Pharmabranche enthielt.

Bei den Unterlagen, welche die Beklagte dem Kläger zustellte, handelte es sich somit lediglich um allgemeine Informationen zur C.____ AG oder um Werbung im Interesse der C.____ AG. Die Einschätzung des Anlagerisikos blieb vollständig beim Kläger. Aus der Zustellung der im Recht liegenden Unterlagen kann demnach nicht abgeleitet werden, dass die Beklagte – aus objektiver Sicht betrachtet – den Willen zum Abschluss eines

Beratungsvertrags zu erkennen gegeben hätte. Selbst wenn es zutreffen sollte, dass die Beklagte den Kläger häufig angegangen und ihm häufig Informationen zur C._____ AG gegeben haben sollte (die Beklagte bestreitet dies), so könnte aus den eingereichten Unterlagen nicht auf einen Beratungswillen seitens der Beklagten geschlossen werden.

Der Kläger machte des Weiteren geltend, die Beklagte habe auf ihrer Webseite mit Anlageberatungsleistungen geworben und ihre Mitarbeiter gegen aussen als «Berater» bezeichnet. Sie müsse sich darauf behaften lassen. Einem vom Kläger eingereichten Print-Screen der damals aufgeschalteten Homepage der Beklagten ist zu entnehmen, dass diese mit «massgeschneiderten Lösungen für Privatinvestitionen in nicht börsennotierte Unternehmen» warb und die Fachkompetenz ihrer Verwaltungsräte hervorhob (Urk. 5/3). Die Beklagte nahm damit gewissermassen Kundenvertrauen in Anspruch. Darauf müsste sie sich etwa behaften lassen, wenn sie mit einer persönlichen Empfehlung oder einer individualisierten Darstellung eines Finanzprodukts an einen bestimmten Kunden herangetreten wäre. Dies traf in Bezug auf den Kläger aber gerade nicht zu. Auch andere Finanzdienstleister, namentlich Banken, werben auf ihrer Homepage mit Fachkompetenz und einer Produktpalette von Dienstleistungen. Allein aus der auf der Homepage aufgeschalteten Werbung und der Art der Bezeichnung der Mitarbeiter als «Berater» kann nicht auf einen Willen zum Abschluss eines Vertrags über eine bestimmte Dienstleistung aus der angebotenen Produktpalette geschlossen werden.

Der Kläger berief sich sodann darauf, dass die Beklagte die Abwicklung der Kaufverträge betreut und sogar eine Passkopie verlangt habe. Dabei handelte es sich aber um typische Leistungen im Rahmen einer Execution-only-Beziehung, bei welcher der Finanzdienstleister die technische Abwicklung des Finanzgeschäfts übernimmt. Ebenfalls ohne weitere Bedeutung sind die vom Kläger ins Recht gelegten Schreiben, worin die Beklagte jeweils kundtat, dass sie sich auf eine weitere Zusammenarbeit mit dem Kläger freue (vgl. Urk. 5/5, 5/13, 5/15). Die Beklagte verwendete

lediglich eine geschäftsübliche Floskel, die darauf hinwies, dass die Beklagte an der Geschäftsbeziehung interessiert war. Der Kläger durfte daraus nicht auf ein bestehendes Vertragsverhältnis schliessen, zumal er sich aufgrund der intensiven Werbung der Beklagten für C.____-Aktien bewusst sein musste, dass diese an der Vermittlung dieses Finanzprodukts interessiert war.

Ebenso wenig ist erkennbar, inwiefern der Umstand, dass der Kaufvertrag auf der Verkäuferseite nicht auf die C.____ AG, sondern auf D.____ lautete, einen Einfluss auf die Frage des Zustandekommens eines Anlageberatungsvertrags zwischen dem Kläger und der Beklagten haben könnte. Der besagte Umstand könnte gegebenenfalls im Strafverfahren betreffend Betrug zum Nachteil der Aktionäre der C.____ AG eine Rolle spielen, wenn es zutreffen sollte, dass der Kaufpreis nicht in die Gesellschaft, sondern in andere Taschen floss. Wie auch die Vorinstanz festhielt, ist dies für die zivilrechtliche Frage des Zustandekommens eines Anlageberatungsvertrags zwischen dem Kläger und der Beklagten aber bedeutungslos.

Entgegen der Ansicht der Vorinstanz kann indessen aus dem Umstand, dass der Kläger der Beklagten kein Entgelt entrichtete, nichts zu seinen Ungunsten abgeleitet werden. Beratungsleistungen erscheinen für den Kunden zwar meist unentgeltlich, werden aber indirekt finanziert. Aufgrund dessen, dass der Kläger die Beklagte nicht entschädigte, kann daher nicht gefolgert werden, dass kein Vertragsverhältnis vorliege. Auch die Schlussfolgerung der Vorinstanz, dass die Parteien nur den Kauf von C.____-Aktien besprochen und keine anderen Investitionsmöglichkeiten in Betracht gezogen hätten, spricht nicht gegen den Abschluss eines Anlageberatungsvertrags. Eine Anlageberatung kann auch nur ein einziges Finanzinstrument betreffen (punktuelle, transaktionsbezogene Anlageberatung). Massgebend ist, ob der Finanzdienstleister dem Kunden bezüglich eines Produkts eine persönliche Empfehlung abgab oder ob er als Vermittler oder Verkäufer auftrat.

- 5.2 Nach dem Gesagten ist es dem Kläger nicht gelungen, Umstände substantiiert darzutun und zu beweisen, woraus auf den konkludenten Abschluss eines Anlageberatungsvertrags zu schliessen wäre. Die Geschäftsbeziehung der Parteien dauerte nur wenige Monate an. Der Kläger behauptete nicht, dass die Beklagte je zu erkennen gegeben hätte, seine Interessen wahrnehmen und eine seiner Interessenlage entsprechende Anlageempfehlung erteilen zu wollen. Die Unterlagen, welche die Beklagte dem Kläger zustellte, enthielten bloss allgemeine Informationen oder Werbung. Die weitere Tätigkeit der Beklagten beschränkte sich auf die Abwicklung der Kaufverträge, mithin um typische Tätigkeiten im Execution-only-Geschäft. Der Kläger durfte auf dieser Basis nicht davon ausgehen, dass die Beklagte ihn beraten würde. Die Vorinstanz hat das Verhalten der Parteien nach objektiven Gesichtspunkten zutreffend ausgelegt. Das angefochtene Urteil ist insoweit nicht zu beanstanden. Die Berufung erweist sich in diesem Punkt als unbegründet.
6. Der Kläger beanstandete des Weiteren, dass die Vorinstanz nur das Zustandekommen eines Beratungsvertrags geprüft, sich jedoch nicht mit der Frage befasst habe, ob die Beklagte aus falscher Raterteilung (Vertrauenshaftung, Deliktsrecht) für den entstandenen Schaden hafte (Urk. 91 S. 14 f.).

In der Klageschrift brachte der Kläger vor, die Beklagte habe bewusst unwahre Angaben über die C._____ AG und den tatsächlichen Wert der Aktien gemacht. Aufgrund dieser Angaben habe er den Entschluss gefasst, die vier Kaufverträge abzuschliessen. Die Vorinstanz hat das allfällige Bestehen einer ausservertraglichen Haftungsgrundlage nicht geprüft. Dabei handelt es sich um eine Rechtsfrage, die nach dem Grundsatz «iura novit curia» von Amtes wegen zu prüfen ist (Art. 57 ZPO). In diesem Punkt erweist sich die Berufung als begründet. Die Vorinstanz wird zu prüfen haben, ob eine ausservertragliche Haftungsgrundlage besteht und der Kläger die Haftungsvoraussetzungen substantiiert behauptet und belegt hat.

7. Nach dem Gesagten ist die Sache in teilweiser Gutheissung der Berufung zu weiterer Veranlassung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Im Übrigen ist die Berufung abzuweisen.
8. Abschliessend ist über die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu befinden. Im Falle eines Rückweisungsentscheids kann sich die Rechtsmittelinstanz damit begnügen, lediglich ihre Gerichtskosten festzusetzen und deren Verteilung sowie den Entscheid über die Parteientschädigung der Vorinstanz zu überlassen, d.h. vom definitiven Ausgang des Verfahrens abhängig zu machen (Art. 104 Abs. 4 ZPO). Demnach sind die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens in Anwendung von § 4 GebV OG auf CHF 9'350.– festzulegen. Es ist vorzumerken, dass der Kläger einen Kostenvorschuss in der gleichen Höhe geleistet hat. Die Verteilung der Kosten sowie der Entscheid über die Parteientschädigung ist der Vorinstanz zu überlassen.

Es wird beschlossen:

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung wird das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung, vom 29. Oktober 2019 aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen. Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 9'350.– festgesetzt.
3. Die Entscheidung über die Verteilung der Prozesskosten des Berufungsverfahrens sowie die Höhe der Parteientschädigung im Berufungsverfahren wird dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehalten.
4. Es wird vorgemerkt, dass der Kläger für die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens einen Kostenvorschuss von CHF 9'350.– geleistet hat.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erst- und zweitinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz.

6. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt CHF 115'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 10. Dezember 2020

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Präsidentin:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. D. Scherrer

Dr. O. Hug

versandt am: