



Mitwirkend: Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, Vizepräsidentin, und Oberrichter Dr. Daniel Schwander, die Handelsrichter Fabio Oetterli, Dr. Felix Graber und Martin Fischer sowie der Gerichtsschreiber Leonard Suter

**Urteil vom 7. Mai 2019**

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ GmbH & Co. KG,**  
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1. \_\_\_\_\_  
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X2. \_\_\_\_\_

gegen

**B.\_\_\_\_\_ AG, E**  
Beklagte

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

betreffend **Forderung**

**Rechtsbegehren gemäss Klageschrift:**

(act. 1)

- " 1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von EUR 1'007'242.51 nebst Zins zu 5% seit 1. Januar 2012 zu bezahlen, Zug um Zug gegen die Ausbuchung der unter der Kundennummer 1 bei der Beklagten verbuchten 898.2 Fondsanteile des C1.\_\_\_\_\_ Fund (LU2; Valoren-Nr. 3).
2. Eventualiter sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von EUR 887'593.29 nebst Zins zu 5% seit 2. Mai 2011 sowie den Betrag von EUR 3'772.00 zu bezahlen, Zug um Zug gegen die Ausbuchung der unter der Kundennummer 1 bei der Beklagten verbuchten 898.2 Fondsanteile des C1.\_\_\_\_\_ Fund (LU2; Valoren-Nr. 3).
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% MWST) zu Lasten der Beklagten.

**Rechtsbegehren gemäss Replik:**

(act. 19)

- " 1. [unverändert]
2. [unverändert]
3. Subeventualiter sei festzustellen, dass die Beklagte der Klägerin schadenersatzpflichtig ist im Umfang der Differenz zwischen dem Betrag von EUR 887'593.29 nebst Zins zu 5% seit 2. Mai 2011 zuzüglich des Betrages von EUR 3'772.00 und dem Anteil am Liquidationserlös des C1.\_\_\_\_\_ Fund (LU2; Valoren-Nr. 3), der auf die unter der Kundennummer 1 bei der Beklagten verbuchten 898.2 Fondsanteile entfällt.
4. [unverändert]."

## Inhaltsverzeichnis

A. Parteien und ihre Stellung .....	5
B. Unbestrittener Sachverhalt .....	5
C. Wesentliche Parteistandpunkte .....	6
a. Standpunkte der Klägerin .....	6
b. Standpunkte der Beklagten .....	7
c. Weitere Behauptungen .....	8
D. Prozessverlauf .....	8
Erwägungen .....	8
I. Formelles .....	8
1. Prozessvoraussetzungen .....	8
2. Klageänderung .....	9
II. Materielles .....	9
1. Anwendbares Recht .....	9
2. Hintergrund .....	10
2.1. Der C. _____-Fonds .....	10
2.2. Anlagestrategie des C. _____-Fonds .....	10
2.3. Verzögerung / Ausbleiben der Erstattung der Kapitalertragsteuer .....	11
2.4. Gerichtsverfahren der US-Pensionsfonds .....	12
3. Überblick über die relevanten Streitpunkte .....	12
4. Allgemeines zur Qualifikation und Auslegung von Vertragsverhältnissen ....	13
4.1. Verhältnis der Vertragsqualifikation und -auslegung .....	13
4.2. Allgemeine Auslegungsregeln des Obligationenrechts .....	13
5. Auslegung / Qualifikation der Vertragsverhältnisse .....	14
5.1. Rechtsverhältnis hinsichtlich des Aktienerwerbs .....	14
5.1.1. Parteistandpunkte .....	14
5.1.2. Rechtliches .....	15
5.1.3. Würdigung .....	17
5.1.3.1. Kommissionsverhältnis .....	17
5.1.3.2. Kaufvertragsverhältnis .....	17
5.1.3.3. Auftragsverhältnis .....	18
5.1.3.4. Zwischenfazit .....	19
5.2. Anlageberatung / execution-only .....	19
5.2.1. Parteistandpunkte .....	19
5.2.2. Abgrenzung der verschiedenen Verträge .....	20
5.2.2.1. Vermögensverwaltung .....	20
5.2.2.2. Anlageberatung .....	20
5.2.2.3. Konto- und Depotführung .....	21
5.2.3. Würdigung .....	21
5.3. Fazit .....	22
6. Erfüllungsanspruch .....	22
6.1. Parteistandpunkte .....	22
6.1.1. Standpunkte der Klägerin .....	22
6.1.2. Standpunkte der Beklagten .....	23
6.2. Würdigung .....	23

6.3.	Fazit zum Erfüllungsanspruch .....	26
7.	Absichtliche Täuschung .....	26
7.1.	Vorbemerkung.....	26
7.2.	Voraussetzungen .....	26
7.3.	Parteistandpunkte .....	27
7.4.	Täuschungshandlung .....	27
7.4.1.	Rechtliches .....	27
7.4.2.	Objektive Risiken der Investition in den C._____ -Fonds.....	28
7.4.3.	Täuschung betreffend Anlagerisiko.....	29
7.5.	Absicht .....	31
7.6.	Widerrechtlichkeit.....	32
7.7.	Irrtum.....	32
7.8.	Kausalität .....	33
7.9.	Zwischenfazit .....	33
7.10.	Rechtzeitige Geltendmachung der Täuschung.....	33
7.10.1.	Parteistandpunkte .....	33
7.10.2.	Rechtliches .....	34
7.10.3.	Würdigung.....	34
7.11.	Fazit zur absichtlichen Täuschung .....	36
8.	Schadenersatz .....	36
8.1.	Voraussetzungen .....	36
8.2.	Vertragsverletzung .....	36
8.3.	Schaden .....	37
8.3.1.	Parteistandpunkte .....	37
8.3.1.1.	Standpunkte der Klägerin.....	37
8.3.1.2.	Standpunkte der Beklagten.....	38
8.3.2.	Rechtliches .....	38
8.3.3.	Würdigung.....	39
8.3.3.1.	Schaden durch Wertlosigkeit der Fonds-Anteile .....	39
8.3.3.2.	Schaden durch Entbehrung des Kapitals .....	41
8.3.3.3.	Fazit zum Schaden .....	41
9.	Feststellungsbegehren .....	41
9.1.	Parteistandpunkte .....	42
9.2.	Rechtliches.....	42
9.3.	Würdigung.....	43
9.4.	Fazit zum Feststellungsbegehren .....	43
III.	Kosten- und Entschädigungsfolgen .....	43

## **Sachverhalt und Verfahren**

### A. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist eine deutsche Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in D.\_\_\_\_\_, Deutschland, welche den An- und Verkauf, sowie die Verwaltung und Vermietung von Immobilien aller Art bezweckt. Als einzelvertretungsberechtigter Geschäftsführer fungiert E.\_\_\_\_\_ (act. 3/C). Die Klägerin hält substantielle Teile des Privatvermögens von F.\_\_\_\_\_ und seiner beiden Kinder, welche Kommanditisten der Gesellschaft sind (act. 3/B; act. 1 Rz 2).

Die Beklagte ist eine Schweizer Privatbank mit Sitz in G.\_\_\_\_\_ (act. 3/D) und einer Zweigniederlassung in Zürich (act. 3/E).

### B. Unbestrittener Sachverhalt

Streitgegenständlich ist ein im Jahr 2011 getätigter Kauf der Klägerin von Anteilen des C.\_\_\_\_\_ -Fonds im Umfang von EUR 1'000'000.– (zur Beschaffenheit und Anlagestrategie des C.\_\_\_\_\_ -Fonds siehe unten unter Ziffer II.2.).

Am 28. März 2011 trafen sich H.\_\_\_\_\_ von der Beklagten und E.\_\_\_\_\_ und besprachen eine mögliche Investition der Klägerin in den C.\_\_\_\_\_ -Fonds. Dabei wurde der Klägerin ein maximaler Profit von 12% ihrer Investitionssumme in Aussicht gestellt (act. 1 Rz 14; act. 9 Rz 13).

In der Folge teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass sie ihr Anteile des C.\_\_\_\_\_ -Fonds zu einem Preis von EUR 1'000'000.– anbieten könne (act. 3/7; act. 1 Rz 29). Daraufhin eröffnete die Klägerin ein Konto bei der Beklagten und überwies den Betrag von EUR 1'000'000.– (act. 3/7; 3/10). Nachdem die Klägerin die Umbuchung der EUR 1'000'000.– gegen Anteile des C.\_\_\_\_\_ -Fonds erlaubt hatte (act. 3/12; act. 3/14; act. 9 Rz 15), bestätigte die Beklagte am 10. Mai 2011, 998 Anteile zu einem Kurswert von je EUR 1'000.– in das klägerische Depot eingebucht zu haben (act. 3/15).

Später teilte die Beklagte der Klägerin mit, "das Unternehmen" habe entschieden, 10% der Anteile des C.\_\_\_\_-Fonds zurückzukaufen. Entsprechend wurden am 3. Januar 2012 99.8 Anteile zurückgenommen und die Anteile gegen eine Gutschrift von EUR 111'914.69 aus dem klägerischen Depot ausgebucht (act. 3/20; act. 1 Rz 44; act. 9 Rz 21).

Seither erkundigte sich die Klägerin mehrmals nach der Erstattung der verbleibenden 90% des Investments (act. 3/21; act. 3/23; 3/27). Am 23. November 2012 und 30. Mai 2013 übermittelte die Beklagte der Klägerin Mitteilungen der Fondsleitung, wonach diese aufgrund mangelnder Liquidität weitere Rücknahmen von Fondsanteilen zeitweise aussetze (act. 11/9-12; act. 9 Rz 27 f.; act. 19 Rz 111). Seither wurden keine weiteren Auszahlungen an die Klägerin geleistet.

### C. Wesentliche Parteistandpunkte

#### a. Standpunkte der Klägerin

(i) Die Klägerin behauptet, die Beklagte um Empfehlung einer sicheren Anlage er sucht zu haben. Diese habe ihr Anteile des C.\_\_\_\_-Fonds zum Kauf angeboten und versichert, dass dieses Investment dem hohen Sicherheitsbedürfnis der Klä gerin entspreche und eine kurze Laufzeit habe (act. 1 Rz 6, 13 und 20; act. 19 Rz 18). Konkret habe sie versprochen, der Klägerin das investierte Kapital an fangs 2012 zuzüglich der per Ende 2011 ausgewiesenen Rendite wieder zur Ver fügung zu stellen (act. 19 Rz 18). Das Versprechen sei nicht namens einer Dritt partei erfolgt. Die Beklagte habe erläutert, das Geld der Kunden werde faktisch von der Bank im Rahmen eines Fonds verwaltet. Daher habe die Klägerin einen entsprechenden Erfüllungsanspruch gegenüber der Beklagten, unabhängig von der Entwicklung des C.\_\_\_\_-Fonds (act. 19 Rz 22 f., 33 und 97).

(ii) Eventualiter begehrt die Klägerin Schadenersatz gestützt auf einen Anlagebe ratungsvertrag. Diesen habe die Beklagte verletzt, indem sie den Kauf der Fondsanteile wider besseren Wissens als risikoarmes Investment angepriesen habe (act. 1 Rz 37; act. 19 Rz 39). Auch habe sie der Klägerin verschwiegen,

dass der Fonds seine Gewinne durch Cum-Ex-Geschäfte erziele, indem aufgrund von Leerverkäufen zweifache Steuererstattungen erreicht würden (act. 1 Rz 56).

(iii) Subeventualiter verlangt die Klägerin die Rückerstattung des Kaufpreises wegen absichtlicher Täuschung (act. 19 Rz 75 ff.). Die Beklagte habe ihr gegenüber bewusst verschwiegen, dass die von ihr empfohlene risikoarme Anlagestrategie in Wahrheit eine hochspekulative Investition dargestellt habe (act. 19 Rz 78 ff.).

b. Standpunkte der Beklagten

(i) Die Beklagte bestreitet, dass zwischen den Parteien eine Vereinbarung bestanden habe, wonach die Beklagte das klägerische Kapital neun Monate faktisch verwalte und es danach zuzüglich Rendite zurückerstatte. Die Beklagte habe bloss auf Instruktion und Rechnung der Klägerin Anteile des C.\_\_\_\_-Fonds erworben. Das dadurch begründete Rechtsverhältnis bestehe nur zwischen dem C.\_\_\_\_-Fonds und der Klägerin (act. 9 Rz 47 ff.; act. 19 Rz 17 und 25).

(ii) Die Beklagte behauptet, die Klägerin habe die Risiken der Anlage gekannt. H.\_\_\_\_ habe der Klägerin auf deren Wunsch anhand des Fonds-Prospekts vom März 2011 die Anlagestrategie des Fonds und dessen Risiken erläutert, namentlich dass im Extremfall der Totalverlust des eingesetzten Kapitals drohe. Ohnehin liege auf der Hand, dass eine Anlage, welche einen kurzfristigen Profit von 12% verspreche, mit erheblichen Risiken verbunden sei (act. 9 Rz 8 ff.; act. 11/4). Auch stehe ein Schaden der Klägerin noch nicht fest. Der Wert der Fondsanteile sei abhängig vom Entscheid des deutschen Bundeszentralamtes für Steuern über die Anträge der mit dem C.\_\_\_\_-Fonds geschäftlich verbundenen Pensionsfonds auf Erstattung der Kapitalertragsteuer (act. 9 Rz 44 und 54; act. 19 Rz 74).

(iii) Da sie die Klägerin über die Anlagerisiken aufgeklärt habe, liege auch keine Täuschung vor. Ohnehin könne die Klägerin ihr gegenüber keine Willensmängel betreffend den Kauf der Fondsanteile geltend machen, da diesbezüglich kein Rechtsverhältnis zwischen den Parteien bestehe. Zudem habe die Klägerin einen allfälligen Vertrag zwischen den Parteien durch Verstreichenlassen der Anfechtungsfrist gemäss Art. 31 OR genehmigt (act. 19 Rz 36).

c. Weitere Behauptungen

Ergänzend wird auf die weiteren Behauptungen in den Schriftsätzen der Parteien (act. 1; act. 9; act. 19; act. 23; act. 30) Bezug genommen, soweit diese für die Entscheidungsfindung wesentlich sind.

D. Prozessverlauf

Die Klägerin reichte am 31. Mai 2017 (Datum Poststempel) die vorliegende Klage ein (act. 1). Den von ihr geforderten Vorschuss für die Gerichtskosten leistete sie fristgerecht (act. 4; act. 6). Die Klageantwort vom 27. September 2017 (act. 9) wurde innert Frist eingereicht. Am 23. Januar 2018 fand eine Vergleichsverhandlung statt, anlässlich welcher keine Einigung erzielt werden konnte (Prot. S. 7 f.). Daraufhin wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet (act. 17). Sowohl die Replik als auch die Duplik ergingen rechtzeitig (act. 19; act. 23). Mit Eingabe vom 4. Juli 2018 nahm die Klägerin sodann Stellung zu den Noven in der beklagti-schen Duplik (act. 30). Diese Stellungnahme wurde der Beklagten zugestellt (Prot. S. 14). Weitere Eingaben ergingen nicht. Mit Verfügung vom 6. März 2019 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zu erklären, ob auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichtet werde, unter Androhung, dass bei Stillschweigen Verzicht auf die Hauptverhandlung angenommen würde (act. 31). Die Parteien verzichteten innert Frist ausdrücklich auf die Durchführung einer Hauptverhandlung (act. 33, act. 34). Der Prozess erweist sich als spruchreif (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

## Erwägungen

### **I. Formelles**

1. Prozessvoraussetzungen

Die internationale und örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts Zürich ergibt sich aus einer Gerichtsstandsvereinbarung der Parteien, welche den Sitz oder den Ort einer schweizerischen Zweigniederlassung der Beklagten als Gerichtsstand



vorsieht. Da die Geschäftsbeziehung der Parteien von der Zürcher Zweigniederlassung der Beklagten betreut wurde, besteht gemäss Art. 23 LugÜ eine internationale und örtliche Zuständigkeit in Zürich (act. 3/1 S. 5; act. 1 Rz 9).

Der Streitwert beträgt vorliegend über CHF 30'000.–. Die Streitigkeit betrifft die geschäftliche Tätigkeit der Parteien, welche im Schweizerischen Handelsregister bzw. in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sind. Das Handelsgericht Zürich ist damit auch sachlich zuständig (Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG).

Die übrigen Prozessvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt, weshalb auf die Klage einzutreten ist (vgl. Art. 59 Abs. 1 und 2 ZPO).

## 2. Klageänderung

Die Klägerin verlangt in der Replik, es sei ihr Schadenersatzanspruch festzustellen, falls ihre konkrete Schadenersatzforderung abgewiesen würde (act. 19).

Eine Klageänderung ist nach Art. 227 Abs. 1 ZPO zulässig, wenn der neue Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist und mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht (lit. a) oder die Gegenpartei zustimmt (lit. b).

Der neue Anspruch ist vorliegend nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen und auch der Sachzusammenhang ist ohne Weiteres zu bejahen. Schliesslich basiert das Feststellungsbegehren auf dem identischen Sachverhalt wie das Begehren auf Leistung von Schadenersatz. Die Klageänderung ist somit zulässig.

## **II. Materielles**

### 1. Anwendbares Recht

Die Klägerin hat ihren Sitz in Deutschland, die Beklagte in der Schweiz; daher liegt ein internationaler Sachverhalt vor. Das anwendbare Recht bestimmt sich bei einem solchen unter Vorbehalt allfälliger völkerrechtlicher Verträge nach dem

IPRG (Art. 1 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 IPRG). Gemäss Art. 116 Abs. 1 IPRG untersteht ein Vertrag dem von den Parteien gewählten Recht. Im Kontoeröffnungsvertrag wurde zwischen den Parteien für alle Rechtsbeziehungen die Anwendbarkeit von Schweizer Recht vereinbart (act. 3/1, S. 5; act. 1 Rz 89). Entsprechend gelangt vorliegend dieses zur Anwendung, was denn auch unbestritten blieb.

## 2. Hintergrund

### 2.1. Der C.\_\_\_\_-Fonds

Der C.\_\_\_\_-Fonds ist ein Spezialfonds in der Form einer Aktiengesellschaft nach luxemburgischem Recht und wurde am tt.mm.2011 gegründet. Der Fonds besteht als "umbrella fund" aus verschiedenen Teilfonds. Vorliegend hat die Klägerin in den Teilfonds "C1.\_\_\_\_ Fund" investiert. Wird nachfolgend vom C.\_\_\_\_-Fonds gesprochen, so ist damit stets dieser Teilfonds gemeint (act. 1 Rz. 4 ff.; act. 9 Rz. 49 ff.; act. 11/4 S. 5).

### 2.2. Anlagestrategie des C.\_\_\_\_-Fonds

Gemäss dem Fonds-Prospekt basiert die Strategie des C.\_\_\_\_-Fonds auf Equity Performance Verträgen ("Swaps") mit US-amerikanischen Pensionsfonds. Konkret nutzten die Pensionsfonds das ihnen vom C.\_\_\_\_-Fonds zugeführte Kapital, um während des Dividendenausschüttungszeitraumes in Aktien börsennotierter Unternehmen zu investieren. Die Aktien würden einschliesslich des Dividendenanspruches erworben und kurze Zeit später wieder verkauft, um Gewinne aus Preisdifferenzen bei Aktien- und Termingeschäften zu generieren, die sich im Zuge von Abschlägen um den Dividendenzahlungstag ergäben. Diese Anlagestrategie setze voraus, dass die Pensionsfonds eine bevorzugte Behandlung nach den für sie einschlägigen Doppelbesteuerungsabkommen erhielten.

Der C.\_\_\_\_-Fonds solle über die Swaps indirekt an den Erträgen aus den Transaktionen der Pensionskassen partizipieren, indem er dabei deren Risiken absichere. Der Erfolg des C.\_\_\_\_-Fonds hänge vornehmlich von den Zahlungen ab, die er nach den Swaps von den Pensionsfonds erhalte (act. 11/4, S. 33 ff.).

Laut dem Fonds-Prospekt ist nicht sicher, dass die Arbitragestrategie der Pensionsfonds letztlich erfolgreich umgesetzt werden könne, da *"kaum oder keine Erfahrungswerte"* vorlägen. Die Strategie stütze sich auf die Annahme, dass die Pensionsfonds Dividenden ohne oder mit einem verminderten Quellensteuerabzug beziehen können. Je nach Quellenstaat müssten die Pensionsfonds eine Erstattung von zunächst einbehaltener und abgeführter Quellensteuer (nachfolgend Kapitalertragsteuer) beantragen. Daraus könnten sich Erstattungsrisiken zu Lasten der Pensionsfonds und damit indirekt über die Swaps zu Lasten des C.\_\_\_\_-Fonds ergeben. Konkret bestehe das Risiko, dass die Pensionsfonds keine oder zeitlich extrem verzögerte Zahlungen an den C.\_\_\_\_-Fonds leisten müssten. Im Extremfall könne dies zu *"einem Totalverlust des unter dem jeweiligen Swap eingesetzten Kapitals"* führen (act. 11/4 S. 35).

### 2.3. Verzögerung / Ausbleiben der Erstattung der Kapitalertragsteuer

Im Jahresbericht des C.\_\_\_\_-Fonds 2011 teilte die Fondsleitung ihren Anlegern mit, wider Erwarten seien die Kapitalertragsteuererstattungen den mit dem C.\_\_\_\_-Fonds geschäftlich verbundenen Pensionsfonds im Laufe des vierten Quartals 2011 nicht gutgeschrieben worden. Da diese Erstattungen eine Voraussetzung dafür seien, dass die Pensionsfonds gemäss den Swapverträgen Zahlungen an den C.\_\_\_\_-Fonds leisten würden, seien die Forderungen des C.\_\_\_\_-Fonds so lange nicht fällig, bis die Steuererstattungen bei den Pensionsfonds eingehen würden. Vor diesem Hintergrund habe der C.\_\_\_\_-Fonds entschieden, 10% der ausgegebenen Fondsanteile zurückzukaufen, um den Anlegern zumindest teilweise Liquidität zur Verfügung zu stellen (act. 11/8 S. 6).

Am 22. November 2012 informierte die Fondsleitung darüber, dass das deutsche Bundeszentralamt für Steuern über die Erstattungsanträge der Pensionsfonds noch nicht entschieden habe. Jedoch hätten Pensionsfonds die Bundesrepublik Deutschland auf Schadenersatz wegen Amtspflichtsverletzung verklagt, um den Entscheidungsdruck auf das Bundeszentralamt zu erhöhen (act. 11/10).

Am 22. Mai 2013 erklärte die Fondsleitung aufgrund mangelnder Liquidität die zeitweise Aussetzung der Rücknahme von Anteilen des C.\_\_\_\_-Fonds. Zwar

verfüge der C.\_\_\_\_-Fonds über ausreichende Forderungen aus den Swapverträgen mit seinen Vertragspartnern. Diese seien aber nicht fällig, da die Pensionsfonds immer noch auf die Steuererstattungen warteten (act. 11/12).

Sodann teilte die Fondsleitung am 24. März 2014 mit, den Fonds zu liquidieren. Dies habe keinen Einfluss auf die Ansprüche gegenüber den Pensionsfonds. Ein Entscheid über deren Erstattungsanträge sei aber noch nicht erfolgt (act. 11/19).

#### 2.4. Gerichtsverfahren der US-Pensionsfonds

Das Landgericht Bonn entschied am 15. Januar 2014 über zwei Amtshaftungsklagen gegen das Bundeszentralamt für Steuern. Dabei beehrten die dortigen Kläger – mit dem C.\_\_\_\_-Fonds in geschäftlicher Verbindung stehende US-Pensionsfonds – Schadenersatz aufgrund der Nichtbescheidung ihrer Anträge auf Erstattung von Kapitalertragsteuern. Das Landgericht erwog, das Bundeszentralamt für Steuern begehe keine Amtspflichtverletzung, indem es vor der Erstattung umfangreiche Prüfungen vornehmen wolle, ob den von den US-Pensionsfonds geltend gemachten Kapitalertragsteuererstattungsansprüchen tatsächliche Kapitalertragsteuerzahlungen gegenüberstünden (Urteil des Landgerichts Bonn 1 O 302/12, Rz 85 ff.; Urteil des Landgerichts Bonn 1 O 271/12, Rz 35 ff. und 65 ff.).

### 3. Überblick über die relevanten Streitpunkte

Mit Blick auf die Parteivorbringen bedürfen im Wesentlichen folgende Punkte der Klärung:

Zunächst ist strittig, ob hinsichtlich des Erwerbs der Fondsanteile ein Rechtsverhältnis zwischen den Parteien besteht. Während die Klägerin von einem Kaufvertrag zwischen den Parteien ausgeht, erachtet die Beklagte diesbezüglich nur den C.\_\_\_\_-Fonds als Schuldner der Klägerin (siehe unten unter Ziffer II.5.1).

Weiter ist umstritten, inwiefern die Beklagte sich zur Rückzahlung der klägerischen Investition zuzüglich Rendite verpflichtet hat (siehe unten unter Ziffer II.6).

Sodann sind sich die Parteien uneinig, ob die Beklagte aufgrund eines Anlageberatungsvertrages verpflichtet war, die Klägerin über die Risiken einer Investition in

den C.\_\_\_\_\_ -Fonds aufzuklären, und inwiefern sie dieser Pflicht nachgekommen ist (siehe unten unter Ziffern II.5.2, II.7, II.8 und II.9).

Es ist daher zunächst durch Auslegung und Qualifizierung der relevanten Vertragsverhältnisse zu eruieren, welche Rechte und Pflichten überhaupt zwischen den Parteien bestehen. Anhand des Ergebnisses sind in einem zweiten Schritt die geltend gemachten Ansprüche der Klägerin zu prüfen.

#### 4. Allgemeines zur Qualifikation und Auslegung von Vertragsverhältnissen

##### 4.1. Verhältnis der Vertragsqualifikation und -auslegung

Auslegung und Qualifikation eines Vertrages hängen zusammen, sind aber voneinander zu unterscheiden. Durch die richterliche Auslegung wird der vereinbarte Inhalt des Vertrages im Streitfall bestimmt. Aus der Qualifikation, die auf den Vertragsinhalt abstellt, ergibt sich die Rechtsnatur des Vertrages. Es handelt sich dabei um eine Rechtsfrage, auf deren Beantwortung die Parteien keinen Einfluss haben. Der Richter hat die Qualifikationsfrage von Amtes wegen zu prüfen, ohne an die Meinungen der Parteien gebunden zu sein (GAUCH, in: Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Gauch/Schmid [Hrsg.], Auslegung, Ergänzung und Anpassung schuldrechtlicher Verträge, S. 209 ff. und 220).

##### 4.2. Allgemeine Auslegungsregeln des Obligationenrechts

Bei der Vertragsauslegung ist in erster Linie auf den übereinstimmenden tatsächlichen Willen der Parteien abzustellen (Art. 18 Abs. 1 OR; vgl. BGE 115 II 464 E. 2c). Ist ein solcher nicht nachgewiesen, sind die Erklärungen der Parteien "aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten". Man spricht hierbei vom mutmasslichen Willen, welcher durch objektivierte Auslegung festgestellt wird (BGE 138 III 659 E. 4.2.1).

Bei der Auslegung bildet der Wortlaut das primäre Auslegungsmittel. Dabei kommt dem Sinngehalt des Wortes, den ihm der allgemeine Sprachgebrauch zulegt, entscheidende Bedeutung zu (BGer 5C.87/2002 vom 24. Oktober 2002

E. 2.2 ff.). Massgeblich für die Bedeutung eines Wortes ist jedoch weniger dessen unmittelbarer Wortsinn als seine Stellung im Kontext und wiederum dessen Stellung im Gesamtkonzept des Vertrages (BSK OR-WIEGAND, 6. Auflage, Art. 18 N 24). Jedoch hat es immer beim Wortlaut sein Bewenden, wenn die übrigen Auslegungsmittel, insbesondere der Vertragszweck, nicht sicher einen anderen Schluss erlauben (BGer 5C.87/2002 vom 24. Oktober 2002, E. 2.2 ff.).

Für eine Auslegung sind im Weiteren die Umstände zu berücksichtigen, die den Parteien bei Vertragsschluss bekannt oder erkennbar waren. Es ist somit der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses massgebend, weshalb bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nachträgliches Parteiverhalten nicht von Bedeutung ist. Später eintretende Umstände lassen dagegen erkennen, wie die Parteien selbst den Vertrag seinerzeit gemeint hatten. Das ergibt den wirklichen Parteiwillen und ist deshalb eine tatsächliche Feststellung (BGE 123 III 626 E. 3.1).

Die Behauptungs- und Beweislast für den Bestand und den Inhalt eines vom objektivierten Auslegungsergebnis abweichenden tatsächlichen Parteiwillens trägt jene Partei, welche aus diesem Willen zu ihren Gunsten eine Rechtsfolge ableitet. Denn während es sich bei der Frage nach dem mutmasslichen Willen um eine Rechtsfrage handelt, beruht die Feststellung des tatsächlichen Willens auf Beweiswürdigung (BGE 121 III 118 E. 4a).

## 5. Auslegung / Qualifikation der Vertragsverhältnisse

### 5.1. Rechtsverhältnis hinsichtlich des Aktienerwerbs

Es ist strittig, ob hinsichtlich des Erwerbs der Anteile des C.\_\_\_\_\_-Fonds ein Kaufvertrag oder ein Kommissions- bzw. Auftragsverhältnis vorliegt.

#### 5.1.1. Parteistandpunkte

Gemäss der Klägerin besteht ein Kaufvertrag zwischen den Parteien. Die Beklagte habe ihr per E-Mail ein Angebot zum Kauf von Fondsanteilen zum Preis von EUR 1'000'000.– gemacht. Dabei habe die Beklagte dieses Angebot nicht im Namen einer Drittpartei oder in der Funktion als Kommissionärin gemacht. Die Klä-

gerin habe die Beklagte auch nie beauftragt, Fondsanteile für sie zu erwerben (act. 19 Rz 29, 99 und 135). Selbst wenn aber ein Kommissionsvertrag vorläge, kämen zufolge Selbsteintritts die Bestimmungen des Kaufvertrags zur Anwendung, da die Beklagte den Erwerb der Fondsanteile über ein Nostro-Konto abgewickelt habe, bevor sie die Anteile an die Klägerin verkauft habe (act. 19 Rz 75).

Die Beklagte entgegnet, die Anteile auf Instruktion und Rechnung der Klägerin erworben zu haben. Den Auftrag habe die Klägerin am 1. April 2011 erteilt und die Beklagte habe diesen umgehend ausgeführt. Da die Klägerin noch über kein Konto bei der Beklagten verfügt habe, hätten die Anteile jedoch nicht direkt im klägerischen Depot eingebucht werden können (act. 9 Rz 15; act. 23 Rz 25).

#### 5.1.2. Rechtliches

Beim Effektenhandel zwischen gewerbsmässigen Effektenhändlern i.S.v. Art. 2 lit. d BEHG und Kunden sind verschiedene Arten von Vertragsverhältnissen gebräuchlich.

5.1.2.1. Üblicherweise richtet sich das Effektengeschäft nach Kommissionsrecht gemäss Art. 425 OR. Der Kommissionär übernimmt die Verpflichtung, in eigenem Namen, aber auf Rechnung des Kommittenten, Wertpapiere zu kaufen oder zu verkaufen. Anders als im einfachen Auftrag ist die Entgeltlichkeit Wesensmerkmal der Kommission (BSK OR I-LENZ/VON PLANTA, 6. Aufl., 2016, Art. 425 N 1 ff.).

Bei Kommissionen zum Kauf von Wertpapieren, die einen Marktpreis haben, ist der Kommissionär berechtigt, die einzukaufenden Papiere als Verkäufer selbst zu liefern, indem er Selbsteintritt erklärt (Art. 436 OR). Dabei besteht der Hauptanwendungsfall darin, dass der Kommissionär die Wertpapiere aus Nostrobeständen liefert. Der Selbsteintritt wird darüber hinaus vermutet, wenn der Kommissionär die Ausführung des Auftrages meldet, ohne eine andere Person namhaft zu machen (Art. 437 OR; BGE 138 III 781 E. 3.5.3).

Durch den Selbsteintritt entsteht ein Mischtatbestand zwischen Kommissions- und Kaufvertragsrecht: Zwar behält der Effektenhändler seinen Anspruch auf die Provision, im Übrigen ist das Geschäft jedoch als Kaufvertrag zu behandeln. Insbe-

sondere hat der Effekthändler die Gewährleistungspflicht des Verkäufers zu übernehmen, weshalb der Kommitent gegenüber dem Kommissionär Willensmängel geltend machen kann (ZOBL/KRAMER, Schweizerisches Kapitalmarktrecht, Zürich 2004, § 21 Rz. 1214 und 1233; WYSS, Verhaltensregeln für Effekthändler, Diss., Zürich 1999, S. 30; GAUTSCHI, Berner Kommentar, Band VI, 1962, N. 3b zu Art. 436 OR).

5.1.2.2. Erteilt der Kunde dem Effekthändler einen Kaufauftrag für Wertpapiere und wird dabei keine Provision vereinbart, so ist nicht Kommissionsrecht anwendbar, sondern das Recht des einfachen Auftrags i.S.v. Art. 398 OR.

Wird für Kommissionsverträge die Zulässigkeit des Selbsteintritts ausdrücklich statuiert, fehlt im Auftragsrecht eine solche Bestimmung. Die herrschende Lehre betrachtet im Auftragsrecht den Selbsteintritt grundsätzlich als unzulässig. Eine Ausnahme besteht jedoch, wenn die Natur des Geschäftes die Gefahr der Benachteiligung des Auftraggebers ausschliesst (BK OR-Fellmann, Bern 1992, Art. 398 N 126 f.)

Art. 436 OR zeigt auf, dass gemäss dem Gesetzgeber keine Gefahr der Benachteiligung für den Kommittenten besteht, wenn die zu besorgenden Wertpapiere einen Markt- oder Börsenpreis aufweisen. Diese Wertung des Gesetzgebers ist analog auf das Auftragsrecht anzuwenden (PULVER, Börsenmässige Optionsgeschäfte, Auftrag und Abwicklung, Diss., Zürich 1987, S. 53 ff.; BK OR-FELLMANN, Bern 1992, Art. 398 N 111; ZOBL/KRAMER, a.a.O., S. 456 Rz 1222).

Wie bei der Kommission wandelt sich beim Selbsteintritt auch beim Auftrag das Rechtsverhältnis zu einem gemischten Verhältnis mit kauf- und auftragsrechtlichen Elementen (ZOBL/KRAMER, a.a.O., S. 459 Rz 1232).

5.1.2.3. Tritt der Effekthändler dem Kunden unmittelbar als Verkäufer gegenüber, kommt ausschliesslich Kaufrecht zur Anwendung. Ein Festpreisgeschäft liegt vor, wenn ein Vertrag über eine bestimmte Menge einer bestimmten Effekte zu einem festen Preis gemäss Art. 184 OR vereinbart wird (WYSS, a.a.O., S. 32).



### 5.1.3. Würdigung

#### 5.1.3.1. Kommissionsverhältnis

Der Abschluss eines Kommissionsvertrages zwischen den Parteien fällt ausser Betracht: Von keiner Seite wird behauptet, es wäre eine Provision vereinbart oder geleistet worden. Auch ist auf der Abrechnung vom 10. Mai 2011, welche die Einbuchung der Fondsanteile in das klägerische Depot bestätigt, keine Provisionszahlung ersichtlich (act. 3/15).

#### 5.1.3.2. Kaufvertragsverhältnis

Unbestrittenermassen führten die Parteien Ende März 2011 Gespräche über eine mögliche klägerische Investition in den C.\_\_\_\_-Fonds. Am 4. April 2011 teilte die Beklagte der Klägerin dann Folgendes per E-Mail mit: *"Auf diesem Weg danke ich Ihnen für Ihren Anruf vom vergangenen Freitag. Wie mit Ihnen besprochen, freuen wir uns, Ihnen/Herrn F.\_\_\_\_ Fondsanteile am C.\_\_\_\_ Solutions Fonds im Gegenwert von EUR 1 Mio. anbieten zu können, welchen Sie zum netto Ausgabepreis erhalten."* (act. 3/7).

Das E-Mail nimmt Bezug auf einen Anruf vom 1. April 2011, mit welchem die Klägerin laut der Beklagten den Auftrag zum Kauf von Fonds-Anteilen erteilt haben soll, was diese bestreitet. Der Wortlaut der E-Mail-Nachricht stützt die klägerische Ansicht: Die Beklagte erklärt, dass sie der Klägerin Anteile des C.\_\_\_\_-Fonds zu einem bestimmten Preis anbiete. Mit keinem Wort wird dabei angedeutet, dass die Anteile zunächst im Rahmen einer Beauftragung durch die Klägerin von einem Dritten erworben wurden bzw. noch erworben werden müssten. Das Schreiben muss vernünftigerweise als Kaufangebot aufgefasst werden und nicht etwa als Auftragsbestätigung oder Aufforderung zu einer Beauftragung.

Weiter ist erstellt, dass die Beklagte die Klägerin am 3. Mai 2011 – nachdem der Betrag von EUR 1'000'000.– auf deren neu eröffnetem Konto eingegangen war – um einen schriftlichen Auftrag für den Kauf der Fondsanteile ersuchte (act. 3/14; act. 19 Rz 101). Am selben Tag erlaubte die Klägerin per E-Mail die "Umbuchung" des Betrages gegen die Einbuchung der Fonds-Anteile auf ihr Konto (act. 3/14).

Eine Beauftragung der Beklagten zum Kauf der Fondsanteile ist darin nicht zu sehen. Die Klägerin durfte ihre Erlaubnis zur Umbuchung vielmehr als Annahme des zuvor erfolgten Kaufangebots erachten. Dies gilt umso mehr, als erwiesen ist, dass die Beklagte die streitgegenständlichen Fondsanteile zu diesem Zeitpunkt längst in ihrem Nostrobestand hielt und daher gar keine Notwendigkeit einer Beauftragung bestand, diese von einem Dritten zu erwerben. In ihrer Klageantwort erklärt die Beklagte denn auch, dass sie den angeblichen Auftrag zum Kauf der Anteile nach dessen Erteilung am 1. April 2011 "umgehend" ausgeführt habe, die Anteile mangels eines Kontos der Klägerin bei der Beklagten jedoch noch nicht im Depot der Klägerin habe einbuchen können (act. 9 Rz 15; act. 19 Rz 75 und 103).

Es ist daher davon auszugehen, dass gemäss dem mutmasslichen Willen der Parteien hinsichtlich des Erwerbs der Fondsanteile zwischen den Parteien ein Kaufvertrag bestand. Nachweise, wonach die Parteien einen vom mutmasslichen Willen abweichenden tatsächlichen Willen hatten, bestehen keine.

#### 5.1.3.3. Auftragsverhältnis

Selbst wenn hinsichtlich des Aktienerwerbs von einem Auftragsverhältnis ausgegangen würde, wäre aufgrund eines Selbsteintritts der Beklagten von einem gemischten Verhältnis mit auftrags- und kaufrechtlichen Elementen auszugehen.

Wie oben erläutert, sind auch im Auftragsverhältnis die Regelungen zum Selbsteintritt des Kommissionärs anwendbar. Bei den Anteilen des C.\_\_\_\_-Fonds handelt es sich unbestrittenermassen um Wertpapiere, die einen Marktpreis i.S.v. Art. 436 Abs. 1 OR haben, weshalb ein Selbsteintritt der Auftragnehmerin ohne die Gefahr einer Übervorteilung der Auftraggeberin möglich ist.

Sollte die Klägerin der Beklagten den Auftrag zum Kauf von Fondsanteilen erteilt haben, liesse sich ein solcher, wenn überhaupt, erst aus der E-Mail vom 3. Mai 2011 ableiten, in welchem die Klägerin die Umbuchung der Investitionssumme erlaubte (act. 3/14). Zu diesem Zeitpunkt hatte die Beklagte die streitgegenständlichen Anteile aber bereits in ihrem Eigenbestand, lieferte sie also als Verkäuferin.

Darüber hinaus wäre der Selbsteintritt auch zu vermuten, da die Beklagte die Ausführung des angeblichen Auftrages mit der Abrechnung vom 10. Mai 2011 vermeldete, ohne einen Dritten als Verkäufer zu nennen (Art. 437 OR). Die Beweislast zur Widerlegung dieser Vermutung trägt der Auftragnehmer. Diesbezügliche Beweisschwierigkeiten für den Effektenhändler wurden durch die Einführung des Börsengesetzes stark gemildert. Gemäss dem zum Zeitpunkt des relevanten Vorganges in Kraft stehenden Art. 1 BEHV-FINMA waren Effektenhändler verpflichtet, über ihre Geschäfte Journal zu führen und darin etwa den Zeitpunkt des Eingangs des Auftrags sowie dessen Ausführung, die Bezeichnung des Auftraggebers und der Gegenpartei festzuhalten (BSK OR I-LENZ/VON PLANTA, 6. Aufl., Art. 438 N 3). Um die Vermutung zu widerlegen, wäre es also an der Beklagten gewesen, bezüglich des Journals entsprechende Behauptungen aufzustellen und dieses einzureichen. Da sie dies nicht getan hat, wäre auch aus diesem Grund von einem Selbsteintritt auszugehen.

#### 5.1.3.4. Zwischenfazit

Zwischen den Parteien besteht hinsichtlich des Erwerbs der Anteile des C.\_\_\_\_-Fonds ein Kaufvertrag, genauer ein Festpreisgeschäft. Selbst wenn von einem Auftragsverhältnis ausgegangen würde, wäre aufgrund des Selbsteintritts der Beklagten (teilweise) Kaufrecht anzuwenden (vgl. Art. 436 Abs. 3 OR).

#### 5.2. Anlageberatung / execution-only

Wie bereits ausgeführt, fanden im Vorfeld der klägerischen Investition Gespräche zwischen den Parteien statt. Es ist daher zu prüfen, ob dadurch neben dem Kaufvertrag ein weiteres Rechtsverhältnis begründet wurde. Dies ist insbesondere im Hinblick auf eine allfällige Aufklärungspflicht der Beklagten von Bedeutung.

##### 5.2.1. Parteistandpunkte

Die Klägerin behauptet, dass die Parteien neben dem Kaufvertrag einen Anlageberatungsvertrag geschlossen hätten. Die Beklagte habe bestätigt, die klägerische Investition in den C.\_\_\_\_-Fonds sei aufgrund ihrer Empfehlung erfolgt (act. 1 Rz 36; act. 19 Rz 136). Die Geschäftsbeziehung der Parteien sei im Kon-

toeröffnungsdokument "Kundenprofil - kontobezogen" denn auch als "Anlageberatung/Vermögensverwaltung" charakterisiert worden (act. 3/8; act. 1 Rz 30).

Die Beklagte erwidert, sie habe die Klägerin über die Risiken der Anlage informiert und somit keine Vertragsverletzungen begangen. Es könne offen bleiben, ob die Beziehung zwischen den Parteien als Anlageberatungsvertrag oder "execution only" qualifiziert würde (act. 9 Rz 51). Indessen habe das Treffen zwischen den Parteien auf Initiative der Klägerin stattgefunden, welche zuvor von einem Dritten auf den C.\_\_\_\_\_Fonds aufmerksam gemacht worden sei (act. 9 Rz 8).

#### 5.2.2. Abgrenzung der verschiedenen Verträge

Nach der Praxis des Bundesgerichts kommen für die Anlagetätigkeit grundsätzlich die Vermögensverwaltung, die Anlageberatung und die blossen Konto-/Depot-Beziehung in Frage (BGE 144 III 155, E. 2.1; BGE 133 III 97 E. 7.1).

##### 5.2.2.1. Vermögensverwaltung

Vermögensverwaltung bedeutet die selbstständige Betreuung von Anlagen durch einen mit dieser Aufgabe betrauten Verwalter. Dieser übernimmt die umfassende Fürsorge für das anvertraute Vermögen, trifft im Rahmen der vereinbarten Anlagestrategie selbstständig Anlageentscheidungen und ist verpflichtet, das Vermögen des Kunden zu überwachen.

##### 5.2.2.2. Anlageberatung

Bei der Anlageberatung trifft der Kunde den definitiven Anlageentscheid selbst, die Bank steht ihm jedoch beratend zur Seite, beispielsweise durch die Lieferung von Informationen oder Anlagevorschlägen. Ein derartiges Verhältnis setzt keinen bewussten Vertragsschluss voraus. Es kann bereits durch die Tatsache einer engen Betreuung eines Kunden entstehen (SCHENKER, Zwischen Marktrisiko und Haftung - Das Haftungsrisiko beim Anlagegeschäft, S. 32).

Die Anlageberatung kann im Rahmen eines auf Dauer angelegten Vertragsverhältnisses oder von Fall zu Fall ("punktuell") erfolgen. In der Regel muss dann vom Vorliegen eines Beratungsauftrages ausgegangen werden, wenn sich die

Bank auf eine Beratung einlässt, eine tatsächliche Beratung der Kunden erfolgt, der Kunde diese Beratungsleistung entgegennimmt und danach handelt.

Die Ratschläge beruhen auf der Fachkompetenz des Anlageberaters sowie auf seinen Kenntnissen der individuellen Kundenbedürfnisse. Ob ein Rat auf Initiative des Kunden erteilt wird, ändert nichts an der geforderten inhaltlichen Qualität des Ratschlags. Der "punktuellen" Anlageberatung liegt ein Auftragsverhältnis zu Grunde. Wird die Erteilung einer Auskunft weder in Ausübung eines Gewerbes noch sonst gegen Entgelt erteilt, liegt ausservertragliches Handeln vor (BERTSCHINGER, Sorgfaltspflichten der Bank bei Anlageberatung und Verwaltungsaufträgen, Diss. Zürich 1991, S. 2 ff.; GUTZWILLER, Rechtsfragen der Vermögensverwaltung, 2008, S. 49 f. und 62 ff.; BGer 4A\_525/2011 vom 3. Februar 2012 E. 3.1).

#### 5.2.2.3. Konto- und Depotführung

Werden keine Dienstleistungen der Bank betreffend Vermögensverwaltung oder Anlageberatung in Anspruch genommen, beschränkt sich die Kundenbeziehung auf die blossе Konto- bzw. Depotführung. Der "execution-only"-Kunde verlangt weder eine Auskunft noch ersucht er die Bank um Rat; er erteilt der Bank kommentarlos einen Anlageauftrag (GUTZWILLER, a.a.O., S. 73 f.).

#### 5.2.3. Würdigung

Es ist unbestritten, dass die Beklagte die Klägerin über eine mögliche Investition in den C.\_\_\_\_-Fonds informierte. Zwar sind sich die Parteien uneinig darüber, auf wessen Initiative das Gespräch stattgefunden hat (act. 9 Rz 8; act. 19 Rz 94). Wie oben ausgeführt, ist dies jedoch nicht von Belang.

Die Klägerin behauptet, anlässlich dieses Gesprächs habe die Beklagte ihr die Investition empfohlen, was die Beklagte bestreitet (act. 1 Rz 4; act. 19 Rz 106). Aus der Korrespondenz zwischen den Parteien lässt sich diese Empfehlung indes erstellen (act. 1 Rz 36). In der E-Mail vom 31. März 2011 fasst die Beklagte das Gespräch und das weitere Vorgehen zusammen und schliesst mit der Bemerkung, sie hoffe, dass sich die Klägerin für eine Anlage entscheide, und stehe für

weitere Informationen zur Verfügung. Weiter erklärt die Beklagte im Schreiben vom 10. Mai 2011: "*Aufgrund unserer Empfehlung vom 10.05.2011 haben Sie uns den Auftrag zum Kauf/zur Zeichnung des Fonds gegeben.*" Im selben Schreiben führt die Beklagte aus, das Anlage-Risikoprofil der Klägerin habe die Basis für die Beratung betreffend die geeignete Anlagestrategie gebildet, welche als "*Ergebnis des Anlageberatungsprozesses*" vereinbart worden sei (act. 3/15).

Damit ist ein tatsächlicher Parteiwille erstellt: Die Beklagte stand der Klägerin in Ausübung ihres Gewerbes beratend und informierend zur Seite. Die Anlageberatung erfolgte zwar vor dem Hintergrund einer beständigen umfassenden künftigen Geschäftsbeziehung (vgl. act. 9 Rz 67; act. 3/6), bezog sich mit dem C.\_\_\_\_\_ - Fonds aber auf ein bestimmtes Produkt, wobei die Klägerin der Empfehlung der Beklagten folgte. Es ist daher von einer punktuellen Anlageberatung auszugehen.

### 5.3. Fazit

Das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien weist sowohl Merkmale eines Anlageberatungs- als auch eines Kaufvertrags auf. Zudem besteht unbestrittenermaßen ein Kontovertrag, da die Klägerin für den Erwerb der Fondsanteile ein Konto bei der Beklagten eröffnete.

## 6. Erfüllungsanspruch

### 6.1. Parteistandpunkte

#### 6.1.1. Standpunkte der Klägerin

Die Klägerin macht geltend, die Beklagte habe ihr anlässlich des Kaufangebots versprochen, die Investition sei gegen Verluste versichert und werde – ihr zuzüglich per Ende 2011 ausgewiesener Rendite – Anfang 2012 wieder zur Verfügung gestellt. Faktisch, so habe die Beklagte vorgegeben, würde das Geld von der Bank im Rahmen des Fonds verwaltet. Daher habe ihr die Beklagte – in Erfüllung dieser Zusicherungen – die noch verbleibenden 90% ihrer Investition zuzüglich Rendite auszubezahlen (act. 1 Rz 20; act. 19 Rz 29 und 81).

Die Versprechen seien von H.\_\_\_\_\_ mündlich gegenüber E.\_\_\_\_\_ abgegeben worden. Die Aussagen von H.\_\_\_\_\_ im Strafverfahren Nr. 113 Js 219/15 der Staatsanwaltschaft Köln (nachfolgend Kölner Strafverfahren) würden dies bestätigen (act. 19 Rz 28).

Um Bedenken der Klägerin entgegenzuwirken, habe die Beklagte die Anlageempfehlung zudem als einen für die Klägerin guten ersten Schritt angepriesen, um zu sehen, dass die Beklagte ihre Versprechen halte (act. 1 Rz 22 und 27; act. 19 Rz 24). Zudem habe die Beklagte mit Schreiben vom 9. Januar 2012 erklärt, "*das Unternehmen*" habe sich entschieden, 10% der Fondsanteile zurückzukaufen. Damit könne nur die Beklagte gemeint gewesen sein, da der Rückkauf für sie die einzige Möglichkeit gewesen sei, ihr Versprechen einzuhalten (act. 19 Rz 32).

#### 6.1.2. Standpunkte der Beklagten

Die Beklagte widerspricht, je solche Versprechen abgegeben zu haben. Auch sei nie vereinbart worden, die Beklagte würde das Kapital der Klägerin faktisch verwalten (act. 23 Rz 17 und 25). Tatsächlich seien die Kursrisiken der vom C.\_\_\_\_\_ -Fonds gehaltenen Aktien abgesichert gewesen. Eine Versicherung der Kursrisiken sei jedoch nie versprochen worden. Betreffend der Dauer der Anlage sei die Leitung des C.\_\_\_\_\_ -Fonds davon ausgegangen, dass sie die ausgegebenen Anteile Anfang 2012 zurückkaufen würde. Dies habe die Beklagte der Klägerin mitgeteilt (act. 9 Rz 14).

Im Übrigen habe nicht die Beklagte Fondsanteile zurückgekauft, sondern der C.\_\_\_\_\_ -Fonds selbst. Dieser habe im Gegensatz zur Beklagten das einseitige Recht gehabt, ausgegebene Anteile zurückzukaufen (act. 23 Rz 47).

#### 6.2. Würdigung

6.2.1. Es bestehen keinerlei Hinweise dafür, dass die Parteien vereinbart haben, die Beklagte würde die klägerische Investitionssumme faktisch selbst verwalten. Wie bereits ausgeführt, hat die Beklagte der Klägerin ausdrücklich Anteile des C.\_\_\_\_\_ -Fonds zum Kauf angeboten und somit ein bestimmtes Produkt. Wie die Beklagte zu Recht ausführt, erklärte die Klägerin mit Schreiben vom 21. März

2014, sie habe "auf die Empfehlung Ihres Hauses am 2. Mai 2011 insgesamt 998 Anteile an dem Investmentfonds C1.\_\_\_\_\_ Fund" erworben (act. 3/52; act. 23 Rz 16). Damit ist sowohl nach subjektiver als auch objektiver Auslegung ausgeschlossen, dass eine Art Vermögensverwaltungsvertrag zwischen den Parteien bestand, wie es die Klägerin impliziert.

6.2.2. Aus den Erklärungen der Parteien erhellt weiter nicht, dass die Beklagte tatsächlich die von der Klägerin behaupteten Versprechen abgegeben hat.

Die Beklagte schrieb in der E-Mail vom 31. März 2011 Folgendes (Hervorhebungen hinzugefügt): "*Gerade für einen vorsichtigen Anleger scheint mir die besprochene Arbitrageanlage interessant zu sein, da das Aktienrisiko vollumfänglich abgesichert ist und diese Anlage eine kurze Laufzeit hat. [...]. Aus meiner Sicht ist diese Anlage ein guter erster Schritt, um für Sie zu sehen, dass wir unsere Versprechen einhalten."* (act. 3/6). Auch wenn die Beklagte ein Versprechen erwähnt, kann aus dem Wortlaut nicht geschlossen werden, dass die Beklagte der Klägerin zusicherte, ihr den investierten Betrag zu einem bestimmten Zeitpunkt – allenfalls sogar aus eigenen Mitteln – wieder zur Verfügung zu stellen. Eine solche Zusicherung hätte ausdrücklich vereinbart werden müssen oder müsste sich konkludent ergeben. Vielmehr musste diese Aussage vernünftigerweise so verstanden werden, dass die Beklagte bloss ihre Erwartungen betreffend das Risiko und die Laufzeit der Investition kundtat. Ob die Beklagte dadurch ihre Sorgfaltspflicht verletzt haben könnte, ist andernorts zu prüfen, kann aber nicht Grundlage eines Erfüllungsanspruchs bilden. Auch dass die klägerische Investition gegen Verluste versichert sein solle, lässt sich der Erklärung nicht entnehmen. Es wird bloss erwähnt, das Aktienrisiko sei vollumfänglich abgesichert. Eine Versicherung gegen Verluste wäre zudem auch geradezu lebensfremd; würde dies doch bedeuten, dass für die Klägerin jegliches Risiko komplett ausgeschlossen gewesen wäre.

Aus der Erklärung der Beklagten lässt sich somit kein mutmasslicher Wille betreffend die behaupteten Zusicherungen erstellen.

6.2.3. Ebenso wenig lässt sich ein diesbezüglicher tatsächlicher Parteiwille erstellen. Insbesondere aus dem Rückkauf von 10% der Fondsanteile lässt sich



nichts zugunsten der Klägerin ableiten. Dass die Beklagte die Anteile selbst zurückgekauft haben soll, verfängt nicht, zumal keine diesbezügliche Rechtsgrundlage ersichtlich ist. Zudem erklärte die Leitung des C.\_\_\_\_-Fonds im Jahresbericht 2011, 10% der Anteile zurückgekauft zu haben, um den Anlegern teilweise Liquidität zur Verfügung zu stellen (act. 11/8 S. 6). Weiter ist im Fonds-Prospekt ersichtlich, dass sich der C.\_\_\_\_-Fonds vorbehält, *"Anteile einseitig gegen Zahlung des Rücknahmepreises zurückzukaufen"* (act. 11/4 S. 37; act. 23 Rz 47). Es ist also offensichtlich, dass der C.\_\_\_\_-Fonds selbst die Anteile zurückkaufte.

Auf die offerierte Befragung von E.\_\_\_\_ (act. 1 Rz 22 f.) kann verzichtet werden, da nicht ersichtlich ist, inwiefern Beweisaussagen des Geschäftsführers nach dem Gesagten für sich allein den Beweis für die behaupteten Versprechen zu erbringen vermöchten, selbst wenn E.\_\_\_\_ diese bestätigen würde.

Weiter verlangt die Klägerin die Edition der vollständigen Vernehmungsniederschrift zur Einvernahme von H.\_\_\_\_ im Kölner Strafverfahren (act. 19 Rz 25). Zwar ist der auszugsweise im Recht liegenden Vernehmungsniederschrift zu entnehmen, dass H.\_\_\_\_ aussagte, der Klägerin die Investition als risikoarm dargestellt zu haben (act. 20/1). Die von der Klägerin behaupteten Versprechen, wonach die Investition gegen Verluste versichert sei und ihr Anfang 2012 wieder zur Verfügung stehen werde, werden von H.\_\_\_\_ im Auszug jedoch nicht erwähnt. Ausserdem sagte H.\_\_\_\_ in der gleichen Vernehmung aus, er selbst habe immer standardmässig erklärt, das Produkt sei sicher, es könne höchstens ein Verlust von 50% entstehen (act. 20/1). Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass H.\_\_\_\_ in derselben Vernehmung die von der Klägerin behaupteten Versprechen bestätigt hätte. Selbst wenn er dies getan hätte, vermöchte eine solche isolierte Aussage im Kölner Strafverfahren keinen hinreichenden Beweis zu bilden, zumal H.\_\_\_\_ in der gleichen Vernehmung erwähnte, dass er jeweils erklärt habe, es könne höchstens ein Verlust von 50% entstehen, was ein solches Versprechen ohnehin relativieren würde. Kommt hinzu, dass es der Klägerin offen gestanden hätte, H.\_\_\_\_ als Zeuge im vorliegenden Verfahren zu offerieren. Diesfalls hätte er ausdrücklich und unter Hinweis auf die strafrechtlichen Folgen des falschen Zeugnisses gemäss Art. 171 ZPO zu den angeblichen Zusicherungen

befragt werden können. Aussagen, die in einem anderen Verfahren – namentlich in einem deutschen Strafverfahren – getätigt werden, vermögen eine Zeugenbefragung durch das zuständige Zivilgericht nicht zu ersetzen. Aus den genannten Gründen ist daher auf die Edition der besagten Vernehmungsniederschrift zu verzichten.

### 6.3. Fazit zum Erfüllungsanspruch

Weder aus dem Wortlaut der relevanten Parteierklärungen noch aus dem Parteiverhalten nach erfolgter Investition ergibt sich, dass die Beklagte der Klägerin zusicherte, ihr die Investition Anfang 2012 wieder zur freien Verfügung zu stellen. Selbiges gilt für die angebliche Zusicherung, die Investition sei gegen Verluste versichert. Damit ist das klägerische Begehren auf Erfüllung abzuweisen.

## 7. Absichtliche Täuschung

### 7.1. Vorbemerkung

Die Klägerin behauptet, von der Beklagten über das tatsächliche Risiko einer Investition in den C.\_\_\_\_-Fonds getäuscht worden zu sein, weshalb sie so zu stellen sei, als wäre der Vertrag nie geschlossen worden.

Wie oben ausgeführt, besteht zwischen den Parteien ein Kaufvertrag bzw. ein Auftrag mit Selbsteintritt, weshalb es der Klägerin möglich ist, gegenüber der Beklagten Willensmängel geltend zu machen (siehe oben unter Ziffer II.5.1).

### 7.2. Voraussetzungen

Eine absichtliche Täuschung im Sinne von Art. 28 OR liegt vor, wenn ein Vertragsschliessender durch eine Täuschungshandlung (i) seitens des andern absichtlich (ii) in einen Motivirrtum versetzt wird (iii) und deswegen (iv) einen Vertrag abschliesst, den er irrtumsfrei nicht oder nicht mit diesem Inhalt abgeschlossen hätte. Diesfalls ist der Vertrag vorbehaltlich einer Genehmigung (v) für den Irrenden nicht verbindlich, auch wenn der erregte Irrtum kein wesentlicher war.

### 7.3. Parteistandpunkte

Gemäss Darstellung der Klägerin wusste die Beklagte, dass die Klägerin bis anhin nur in Immobilien investiert hatte und bloss über eine marginale Risikobereitschaft verfügte (act. 1 Rz 21). Die Beklagte habe der Klägerin bestätigt, das Investment sei gerade für einen vorsichtigen Anleger interessant (act. 1 Rz 5, 20 und 82; act. 19 Rz 79). Die Beklagte habe der Klägerin also vorgespiegelt, dass die Anlage für einen risikoaversen Anleger geeignet sei. Dabei habe sie bewusst verschwiegen, dass der Anlage eine hochspekulative Strategie zugrunde lag (act. 1 Rz 79; act. 19 Rz 79). Bankintern sei die Beklagte denn auch bereits im Februar 2011 über die erheblichen Kapitalverlustrisiken gewarnt worden, und es sei die Anlage intern der höchsten Risikostrategie zugeordnet worden (act. 19 Rz 39 und 174).

Die Beklagte entgegnet, die Klägerin habe in Betracht gezogen, in einen Fonds mit einer Zielrendite von 12% zu investieren. Es habe auf der Hand gelegen und sei der Klägerin bewusst gewesen, dass damit erhebliche Risiken verbunden gewesen seien. Auf die Risiken sei etwa im Fonds-Prospekt hingewiesen worden. Selbst wenn ein Täuschungsversuch vorgelegen hätte, wäre dieser mit einem Blick in die offiziellen Dokumente des C.\_\_\_\_-Fonds leicht erkennbar gewesen (act. 9 Rz 10, 13 und 44; act. 23 Rz 20). Die Angaben im Anlage-Risikoprofil der Klägerin seien sodann nur im Rahmen einer Gesamtschau auf erhoffte künftige Geschäfte erfolgt (act. 9 Rz 13, 44 und 107).

### 7.4. Täuschungshandlung

#### 7.4.1. Rechtliches

Ein täuschendes Verhalten kann in der Vorspiegelung falscher Tatsachen oder im Verschweigen vorhandener Tatsachen erblickt werden. Die aktive Täuschung erfolgt meist in der Gestalt von Zusicherungen, die den vorgespiegelten Tatsachen eine trügerische Sicherheit verleihen. Eine Zusicherung gilt auch dann noch als Täuschung, wenn der Getäuschte zwar selbst den wirklichen Sachverhalt feststellen könnte, dies aber im Vertrauen auf seinen Partner unterlässt.

Das Verschweigen von Tatsachen stellt nur dann eine Täuschungshandlung dar, wenn eine Aufklärungspflicht besteht, welche sich etwa aus gesetzlicher Vorschrift, Vertrag oder Treu und Glauben ergeben kann. Eine Aufklärungspflicht besteht immer, wenn der Täuschende tatsächlich weiss, dass sein Partner sich irrt und bei Kenntnis der wirklichen Tatsachen den Vertrag nicht schliessen würde. Das Bestehen und der Umfang einer Aufklärungspflicht richten sich nach dem Grad der Erkennbarkeit und der Schwere des verschwiegenen Mangels.

Gegenstand der Täuschung sind bestehende oder in Aussicht gestellte Tatsachen, von denen der Täuschende weiss, dass sie in Wirklichkeit nicht vorliegen.

Die Risikomarge ist grundsätzlich von beiden Parteien in Kauf zu nehmen. Dennoch ist diesbezüglich eine Täuschung möglich. Nämlich dann, wenn der Täuschende seinen Wissensvorsprung ausnützt, um seinen Partner zum Vertragsabschluss zu verleiten, wobei er weiss, dass das von ihm heruntergespielte Risiko seinen Partner zum Vertragsschluss bewegt. Eine optimistisch ausgegebene Einschätzung fällt noch nicht unter die Täuschung, riskante Fakten als risikofrei auszugeben jedoch schon. Tatsachen, von denen jedermann wissen muss, dass sie von Natur aus risikobehaftet, spekulativ und daher ungewiss sind, wie etwa Börsengeschäfte, entziehen sich grundsätzlich der Täuschung (BGE 116 II 434 E. 3; BGE 117 II 228 E. 6; SCHMIDLIN, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 2. Aufl. 2013, N. 31 ff. und 58 ff. zu Art. 28 OR).

#### 7.4.2. Objektive Risiken der Investition in den C.\_\_\_\_\_-Fonds

Bei der Täuschung müssen die dargestellten Tatsachen von der Wirklichkeit abweichen. Daher ist vorliegend bedeutsam, welche Risiken objektiv bei einer Investition in den C.\_\_\_\_\_-Fonds bestanden. Denn die Tatsache, dass sich der Fonds in Liquidation befindet und allenfalls ein totaler Verlust des Investitionskapitals droht, sagt noch nichts über die Höhe des Risikos zum Zeitpunkt der Investition aus. Auch ein grundsätzlich kleines Risiko vermag bekanntlich zu einem Totalverlust zu führen.

Es ist nicht notwendig, die zu diesem Thema eingereichten Beweismittel eingehend zu würdigen, da die Beklagte das erhebliche Risiko einer Investition in den C.\_\_\_\_-Fonds zum streitgegenständlichen Zeitpunkt anerkennt. Sie führt in ihren Rechtsschriften aus, eine Anlage in den C.\_\_\_\_-Fonds sei mit erheblichen Risiken – bis zum Totalverlust des Kapitals – behaftet gewesen (act. 9 Rz 8 ff. und 107 f.). Weiter habe das Risiko erheblicher Verzögerungen bei der Erstattung der Kapitalertragsteuer an die Pensionsfonds – und damit der Rückzahlungen an die Anleger des C.\_\_\_\_-Fonds – bestanden (act. 9 Rz 44 und 93). Diese Ausführungen decken sich sowohl mit dem Fonds-Prospekt als auch mit dem von der Klägerin eingereichten bankintern am 24. März 2011 erstellten "Management Summary Dividend arbitrage via USPP". Dieses hält fest, die rechtliche Situation des Fonds könne sich in unvorhergesehener Weise ändern. Der Erfolg der Anlage hänge von Steuerrückforderungen ab, welche von den deutschen Steuerbehörden genehmigt werden müssten. Sollten diese abgelehnt werden, drohe den Investoren erheblicher Verlust (act. 1 Rz 63; act. 3/43 S. 7). Weder Inhalt der Urkunde noch deren Kenntnis durch die Beklagte wird von dieser bestritten.

#### 7.4.3. Täuschung betreffend Anlagerisiko

Nach dem Gesagten ist erstellt, dass die streitgegenständliche Investition mit einem hohen Risiko behaftet war und dies der Beklagten bewusst war. Weiter ist zu prüfen, ob die Beklagte die Klägerin betreffend diese Risiken täuschte.

7.4.3.1. Die eingereichten Beweismittel bestätigen die klägerische Behauptung, wonach die Beklagte die Investition in den C.\_\_\_\_-Fonds als risikoarm beschrieb. So erklärte die Beklagte der Klägerin am 31. März 2011: "*Gerade für einen vorsichtigen Anleger scheint mir die besprochene Arbitragenanlage interessant zu sein, da das Aktienrisiko vollumfänglich abgesichert ist und eine kurze Laufzeit hat.*" (act. 3/6). Zudem sagte H.\_\_\_\_ im Kölner Strafverfahren aus, er habe der Klägerin die Investition als sicher und risikoarm beschrieben (act. 20/1).

Weiter vermerkte die Beklagte im Dokument, welches die Einbuchung der Fonds-Anteile in das klägerische Depot bestätigte: "*Sie haben sich für das Risikoprofil "1 – Tief" entschieden. Ihre Anlage-Risikoprofil "1 – Tief" erlaubt eine Anlagestrate-*

*gie mit minimalem Risiko, die auf Kapitalerhaltung ausgerichtet ist. Sie rechnen mit minimalen Wertschwankungen des Portfolios." (act. 3/15).* Dass diese Risiko einschätzung bloss im Rahmen einer Gesamtschau betreffend künftige Geschäfte erfolgt sei, verfängt nicht.

7.4.3.2. Es ist also erstellt, dass die Beklagte der Klägerin betreffend das Verlustrisiko sowie das Risiko einer verzögerten Rückzahlung der Investition falsche Tatsachen vorspiegelte bzw. Tatsachen verschwieg. Zu klären bleibt, ob und in welchem Ausmass die Beklagte eine Aufklärungspflicht hatte und diese verletzte.

Vorliegend ergibt sich die Aufklärungspflicht aus dem Kauf- und dem Anlageberatungsvertrag zwischen den Parteien. Wie weit die Aufklärungspflicht gemäss Art. 398 Abs. 2 OR bei der Anlageberatung geht, hängt von der Art des konkreten Geschäftes sowie der Erfahrung und den Kenntnissen des Kunden ab (BGer 4A\_336/2014 vom 18. Dezember 2014 E. 4.2). Verlangt wird in jedem Fall, dass die Auskunft im Hinblick auf den Abschluss eines Anlagegeschäftes nicht zu einer irrtumsbehafteten Willensbildung führt. Dabei ist über Umstände aufzuklären, soweit erkennbar ist, dass diese dem Beratenen nicht bekannt und für seine Willensbildung erheblich sind (BGer 4C.394/2005 vom 29. März 2006 E. 2.3).

Die Klägerin teilte der Beklagten mit, bisher bloss "in Steine" – also Immobilien – investiert zu haben, wie die Beklagte in einer E-Mail-Nachricht vom 31. März 2011 festhielt (act. 3/6). Für die Beklagte war somit offensichtlich, dass es sich bei der Klägerin nicht um eine erfahrene Investorin handelte. Darüber hinaus wusste die Beklagte, dass die Klägerin nur an einer risikoarmen Anlagestrategie interessiert war. Weiter ist davon auszugehen, dass die Klägerin keine Kenntnisse der spekulativen Strategie des C.\_\_\_\_\_-Fonds hatte. Dass ihr von der Beklagten ein Fondsprospekt oder andere ähnliche Dokumente ausgehändigt worden sind, ist nicht erwiesen. Auch das Vorbringen der Beklagten, wonach der Fondsprospekt öffentlich einsehbar gewesen sei, verfängt nicht. Denn schliesslich suchte die unerfahrene Klägerin gerade den Rat der Beklagten.

Es war für die Beklagte demnach klar erkennbar, dass die Klägerin über das Risiko der empfohlenen Anlage irrte, als sie sich für die Investition entschied. Statt ih-

rer Aufklärungspflicht nachzukommen, bestärkte sie die Klägerin jedoch noch im von ihr erzeugten Glauben, eine risikoarme Investition mit kurzer Laufzeit zu tätigen. Die notwendige Schwere des verschwiegenen Mangels ist daher zu bejahen.

7.4.3.3. Sodann entzieht sich das streitgegenständliche Geschäft nicht grundsätzlich der Täuschung. So liegt etwa kein Börsengeschäft vor, welches notorisch stark risikobehaftet ist. Die riskante Strategie des C.\_\_\_\_-Fonds hingegen ist nicht ohne Weiteres für jedermann ersichtlich. Zwar ist ein Fonds mit einer Zielrendite von 12% in einem notorisch tiefen Zinsumfeld objektiv als spekulativ einzustufen. Von einer sachkundigen und erfahrenen Investorin wäre zu erwarten, dies zu erkennen. Um eine solche handelte es sich bei der Klägerin aber nicht.

Zwar ist eine gewisse Vorsicht von jeder Investorin zu erwarten; namentlich muss sie wissen, dass keine Anlage mit einem hohen Renditeversprechen gänzlich risikofrei ist. Jedoch darf gerade eine unerfahrene Anlegerin der in Anspruch genommenen Anlageberatung weitestgehend vertrauen. Sie muss nicht damit rechnen, dass die erhaltenen Auskünfte diametral von der Wirklichkeit abweichen könnten. Würde man von einer Anlegerin ein derartiges Misstrauen verlangen, verlöre die Anlageberatung ihre Daseinsberechtigung.

7.4.3.4. Demgemäss täuschte die Beklagte die Klägerin über das Risiko der empfohlenen Anlage, indem sie eine riskante Anlage als risikoarm anpries. Aufgrund der Unerfahrenheit und der kommunizierten Risikoaversion der Klägerin kam der Beklagten eine Aufklärungspflicht zu, welche sie verletzte.

Da eine täuschende Handlung damit erstellt ist, erübrigt es sich, auf die weiteren behaupteten Täuschungshandlungen einzugehen. Insbesondere ist nicht zu prüfen, ob der Gewinn des C.\_\_\_\_-Fonds tatsächlich auf durch Ausnützung von Leerverkäufen erreichter zweimaliger Kapitalertragssteuererstattung basiert und die Beklagte diesen Umstand verschwieg (vgl. dazu act. 1 Rz 56; act. 9 Rz 80).

## 7.5. Absicht

Die Täuschung muss absichtlich erfolgen. Absichtlich handelt der Täuschende, wenn er die Unrichtigkeit der vorgegebenen Tatsachen kannte und mit dem Willen

handelte, den Partner in einen Irrtum zu führen oder einen Irrtum aufrechtzuerhalten, um ihn zum Vertragsabschluss zu motivieren (SCHMIDLIN, a.a.O., Art. 28 N 69; BSK OR I-SCHWENZER, 6. Aufl., act. 28 Rz 11).

Wie bereits ausgeführt (siehe oben unter Ziffer 7.4.2), wusste die Beklagte um die tatsächlichen Risiken einer Investition in den C.\_\_\_\_-Fonds und somit die Unrichtigkeit ihrer diesbezüglichen Angaben. Gleichzeitig erklärte sie mit E-Mail vom 31. März 2011, dass sie die Klägerin gerne zu ihren Kunden zählen würde (act. 3/6). Im Kölner Strafverfahren sagte H.\_\_\_\_ sogar aus, dass er die Investition als risikoarm bezeichnet habe, weil er Herrn F.\_\_\_\_ *"unbedingt"* als Kunde habe gewinnen wollen (act. 20/1).

Es ergibt sich also ohne Weiteres, dass die Beklagte versuchte, die Klägerin zum Vertragsschluss zu motivieren und dabei bzw. deshalb wissentlich falsche Tatsachen vorspiegelte. Damit ist die verlangte Absicht erwiesen.

#### 7.6. Widerrechtlichkeit

Dass eine absichtliche Täuschung widerrechtlich ist, wird vom Gesetzgeber stillschweigend vorausgesetzt. Täuschendes Verhalten ist nur unter Umständen gerechtfertigt, etwa wenn beim Abschluss eines Arbeitsvertrages wahrheitswidrige Angaben gemacht werden, um persönlichkeitsverletzenden Fragen zu begegnen (KuKo OR-BLUMER, Basel 2014, Art. 28 N 6).

Vorliegend sind keine solchen rechtfertigenden Gründe ersichtlich, weshalb die Widerrechtlichkeit gegeben ist.

#### 7.7. Irrtum

Die Täuschung muss beim Getäuschten eine von der Wirklichkeit abweichende Vorstellung hervorrufen. Der Irrtum braucht anders als bei Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR nicht wesentlich zu sein (KuKo OR-BLUMER, a.a.O., Art. 28 Rz 7).

Wie bereits ausgeführt, ging die Klägerin davon aus, eine risikoarme und befristete Investition zu tätigen, womit ein Irrtum zu bejahen ist.



## 7.8. Kausalität

Die Täuschung muss für die Abgabe der Willenserklärung kausal gewesen sein. Hieran fehlt es, wenn die Getäuschte den wahren Sachverhalt erkannt hat oder die Willenserklärung auch bei Kenntnis des wahren Sachverhalts abgegeben hätte. Die Beweislast für die Kausalität der Täuschung trägt die Getäuschte (BGE 136 III 528 E. 3.4.2; BGE 129 III 320 E. 6.3).

Es ist erstellt, dass es der klare Wille der Klägerin war, eine risikoarme Investition vorzunehmen. Es gibt keinerlei Hinweise dafür, dass die Klägerin die Bereitschaft gehabt hätte, wissentlich eine derart risikoreiche Investition wie die streitgegenständliche vorzunehmen. Daraus lässt sich folgern, dass sie bei Kenntnis der relevanten Tatsachen nicht in den C. \_\_\_\_\_-Fonds investiert hätte.

## 7.9. Zwischenfazit

Die Voraussetzungen der absichtlichen Täuschung sind vorliegend erfüllt.

## 7.10. Rechtzeitige Geltendmachung der Täuschung

### 7.10.1. Parteistandpunkte

Die Beklagte behauptet, die Klägerin kenne die Diskrepanz zwischen den tatsächlichen und den angeblich von der Beklagten aufgezeigten Anlagerisiken mindestens seit dem klägerischen Schreiben vom 27. Februar 2015 (act. 11/2) und nicht erst seit der Anfechtungserklärung anlässlich ihrer Replik. Deswegen sei ihre Anfechtung verspätet und der Vertrag i.S.v. Art. 31 OR genehmigt (act. 23 Rz 34).

In der Replik äussert sich die Klägerin nicht zur rechtzeitigen Geltendmachung der Täuschung. In ihrer Stellungnahme zu den Dupliknoten behauptet sie, zunächst keinen Anlass gesehen zu haben, der Beklagten absichtliches Verhalten zu unterstellen. Das absichtlich täuschende Vorgehen habe sie erst erkannt, als sie am 13. November 2017 Einsicht in die Vernehmungsniederschrift zur Einvernahme von H. \_\_\_\_\_ im Kölner Strafverfahren erhalten habe (act. 30 Rz 15 ff.).

### 7.10.2. Rechtliches

Ein Vertrag ist für die getäuschte Partei unverbindlich, wenn sie den Willensmangel innert Jahresfrist geltend macht, welche mit Kenntnis der Täuschungshandlung zu laufen beginnt (Art. 31 Abs. 1 OR). Die Frist ist keine Verjährungs-, sondern eine Verwirkungsfrist und ist vom Gericht von Amtes wegen zu berücksichtigen. Dem fruchtlosen Verstreichen der Jahresfrist kommt dieselbe Wirkung wie eine Genehmigung zu (BGE 114 II 141, E. 2b; BGE 108 II 102, E. 2a und c; SCHMIDLIN, a.a.O., Art. 31 N 125).

Die Beweislast für die rechtzeitige Geltendmachung des Willensmangels liegt gemäss herrschender Lehre beim Getäuschten. Dies, obwohl der Fortbestand eines nachgewiesenen Rechts im Allgemeinen nicht zu den rechtserzeugenden Tatsachen gehört und daher die Beweislast für den Untergang trägt, wer sich rechtsvernichtend darauf beruft. Ist jedoch der Bestand eines Rechts von Anfang an auf Zeit gestellt, gehört es zu seiner Wirksamkeit, es rechtzeitig geltend zu machen (BSK OR I-SCHWENZER, 6. Aufl., Art. 31 N 16; BK ZGB-WALTER, Bern 2012, Art. 8 N 624). Dies deckt sich mit der bundesgerichtlichen Praxis, wonach für die Einhaltung einer Verwirkungsfrist derjenige die Beweislast trägt, der aus ihrer Einhaltung Rechte ableitet (BGer 4A\_588/2009 vom 25. Februar 2010, E. 3.3).

### 7.10.3. Würdigung

Nach dem eben Gesagten treffen Beweis- und Behauptungslast für die rechtzeitige Geltendmachung der Täuschung die Klägerin. Indem sie im Rahmen des doppelten Schriftenwechsels zwar die Täuschung vorbringt, nicht aber deren rechtzeitige Geltendmachung darlegt, hat sie gar keinen wirksamen Anspruch geltend gemacht. Ihre diesbezügliche Ausführung in der Stellungnahme zu den Dupliknoten ist unter dem Aspekt des Novenrechts gemäss Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO verspätet und daher unbeachtlich. Diese Tatsachen in der Replik vorzubringen, wäre der Klägerin ohne Weiteres zumutbar gewesen, denn den Auszug aus der Vernehmungsniederschrift zur Einvernahme von H.\_\_\_\_\_, durch welchen sie Kenntnis von der Täuschung erlangt haben will, reichte sie bereits mit der Replik als

Beweismittel ein (act. 20/1; vgl. dazu MORET, Aktenschluss und Novenrecht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss., Zürich 2014, S. 244 Rz 655 ff.).

Selbst unter Beachtung der Stellungnahme zu den Dupliknoten misslingt der Klägerin der Nachweis der rechtzeitigen Geltendmachung der Täuschung: Sie vermag nämlich nicht darzulegen, inwiefern erst die Kenntnis der Aussagen von H.\_\_\_\_\_ im Kölner Strafverfahren am 13. November 2017 zur Kenntnis der Täuschungshandlung geführt haben soll. Bereits in der Klageschrift vom 31. Mai 2017 führte die Klägerin aus, die Beklagte habe ihr bewusst eine tatsächlich hochrisikante Anlage als risikoarmes Produkt empfohlen und verkauft (act. 1 Rz 39, 79 und 87). Dies lässt keinen anderen Schluss zu, als dass die Klägerin bereits vor Kenntnisnahme der Aussagen von H.\_\_\_\_\_ davon ausging, absichtlich von der Beklagten getäuscht worden zu sein. Ein solches Vorgehen kann keinen anderen Zweck haben, als beim Vertragspartner einen Irrtum hervorzurufen, um ihn zum Vertragsschluss zu motivieren.

Wann die Klägerin tatsächlich Kenntnis von der Täuschung erlangte, ist unklar. Mit Schreiben vom 27. Februar 2015 hielt die Klägerin der Beklagten vor, ihr eine angeblich sichere Anlage empfohlen zu haben, ohne dabei auf die bekannten Risiken hinzuweisen (act. 11/2). Am 9. September 2016 bekräftigte die Klägerin diese Standpunkte in einem weiteren Schreiben an die Beklagte. Konkret brachte sie vor, die Beklagte habe im Zeitpunkt ihrer Anlageempfehlung bereits gewusst, dass die deutschen Behörden die Anlagestrategie des C.\_\_\_\_\_ -Fonds nicht mehr länger tolerieren würden (act. 3/59). In beiden Schreiben verlangte die Klägerin die Rückzahlung der Investitionssumme, ohne jedoch eine Anfechtung aufgrund von Täuschung geltend zu machen.

Damit ist erstellt, dass die Klägerin, anders als von ihr behauptet, nicht erst am 13. November 2017, sondern spätestens am 9. September 2016 von der behaupteten Täuschung Kenntnis erlangt hatte. Ihre Anfechtung im Rahmen der Replik vom 16. April 2018 erfolgte daher erst nach Ablauf der einjährigen Verwirkungsfrist, weshalb der Kaufvertrag als genehmigt gilt.

#### 7.11. Fazit zur absichtlichen Täuschung

Zwar wären die Voraussetzungen der absichtlichen Täuschung durch die Beklagte erfüllt. Jedoch konnte die Klägerin die rechtzeitige Geltendmachung der Täuschung nicht nachweisen; vielmehr ist gar die verspätete Geltendmachung erstellt. Damit gilt der Kaufvertrag der Parteien über die Anteile des C.\_\_\_\_-Fonds – unter Massgabe von Art. 31 Abs. 1 OR – als von der Klägerin genehmigt. Das klägerische Begehren auf Rückerstattung des Kaufpreises ist daher abzuweisen.

### 8. Schadenersatz

Die Klägerin macht weiter einen Schadenersatzanspruch gestützt auf die Verletzung des Anlageberatungsvertrags geltend.

#### 8.1. Voraussetzungen

Voraussetzung einer Haftung nach Art. 97 ff. OR ist das Vorliegen eines Vertragsverhältnisses, einer Vertragsverletzung, eines Schadens, einer kausalen Verkettung von Vertragsverletzung und Schaden, sowie eines Verschuldens der Partei, die den Vertrag verletzt hat.

#### 8.2. Vertragsverletzung

Betreffend die Qualifikation des streitgegenständlichen Vertragsverhältnisses als Anlageberatungsvertrag und die daraus fliessenden Rechte und Pflichten ist auf die vorne gemachten Ausführungen zu verweisen (siehe vorne Ziffer II. 5.2.3.).

Wie erläutert, hat die Beklagte gegenüber der Klägerin täuschende Angaben zum Risiko der Investition in den C.\_\_\_\_-Fonds gemacht und so bei der Klägerin einen Irrtum bewirkt (siehe oben Ziffer II. 7.4.3.). Damit hat die Beklagte ihre Beratungs- und Aufklärungspflicht gemäss Art. 398 Abs. 2 OR verletzt.

### 8.3. Schaden

#### 8.3.1. Parteistandpunkte

##### 8.3.1.1. Standpunkte der Klägerin

Die Klägerin beziffert den von der Beklagten verursachten Schaden mit EUR 887'593.29. Dies entspreche dem Kaufpreis der Fondsanteile in der Höhe von EUR 999'507.98 abzüglich des Betrages von EUR 111'914.69, welchen sie beim Rückkauf von 10% der Fondsanteile erhalten habe.

Die Klägerin behauptet, die von ihr gehaltenen Anteile des C.\_\_\_\_\_-Fonds seien wertlos. Dies ergebe sich zunächst daraus, dass die in ihrem Depot eingebuchten Fondsanteile nicht handelbar seien. Die Beklagte habe ihr mitgeteilt, die Fondsanteile könnten nicht zum Verkauf aufgegeben werden, da sich der Fonds in Liquidation befinde (act. 19 Rz 46). Weiter ist der C.\_\_\_\_\_-Fonds gemäss der Klägerin überschuldet, sodass den einzelnen Fondsanteilen kein Wert zukomme (act. 19 Rz 51). Dies bestätige sich dadurch, dass das angebliche Fondsvermögen von EUR 229'600'000.– im Umfang von EUR 226'400'000.– aus Positionen bestehe, deren Bestand nicht einmal eine professionelle Revisionsgesellschaft – namentlich die I.\_\_\_\_\_  
Luxembourg, Société coopérative – habe verifizieren können (act. 20/12; act. 19 Rz 52 ff.).

Dass die Liquidation des C.\_\_\_\_\_-Fonds noch nicht abgeschlossen und über die angeblichen Anträge des Fonds auf Erstattung von Kapitalertragssteuer noch nicht befunden worden sei, bestreitet die Klägerin. Es sei eine unbelegte Behauptung, dass solche Anträge überhaupt bestünden (act. 19 Rz 61 f.). Doch selbst wenn den Anteilen zurzeit keine Wertlosigkeit attestiert werden könnte, läge ein Schaden vor, da der Klägerin durch die beklagte Pflichtverletzung die Nutzung ihres Investitionskapitals verunmöglicht werde (act. 19 Rz 69 ff.).

Sollte der Schaden als unbewiesen erachtet werden, sei die Schadensberechnung als nicht möglich einzustufen und vom Gericht zu schätzen (act. 19 Rz 67).

### 8.3.1.2. Standpunkte der Beklagten

Die Beklagte erwidert, ein Verkauf der Fondsanteile sei weiterhin möglich, falls die Klägerin einen Käufer fände. Ohnehin bedeute eine fehlende Handelbarkeit nicht, dass die Anteile wertlos seien. Erst wenn der Entscheid des Bundeszentralamts für Steuern über die Anträge der Pensionsfonds auf Erstattung der Kapitalertragssteuer vorläge, könne eine allfällige Vermögensverminderung der Klägerin festgestellt werden. Denn die Werthaltigkeit der Forderungen des C.\_\_\_\_-Fonds gegenüber den Pensionsfonds und damit die Werthaltigkeit der klägerischen Fondsanteile hingen von diesem Entscheid ab. Daher sei es der I.\_\_\_\_ nicht möglich gewesen, die Forderungen des C.\_\_\_\_-Fonds gegenüber den Pensionsfonds zu überprüfen (act. 9 Rz 53 ff.; act. 23 Rz 31, 56 und 60).

Im Übrigen habe nicht der C.\_\_\_\_-Fonds Erstattungsanträge an das Bundeszentralamt für Steuern gestellt, sondern die mit dem C.\_\_\_\_-Fonds geschäftlich verbundenen Pensionsfonds (act. 11/8; act. 11/14; act. 23 Rz 66 ff.).

### 8.3.2. Rechtliches

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist ein Schaden eine ungewollte Verminderung des Reinvermögens und entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (BGE 142 III 23 E. 4.1). Eintritt und Höhe des Schadens sind vom Geschädigten zu behaupten und zu beweisen (Art. 42 Abs. 1 OR).

Bei Vorliegen eines Anlageberatungsvertrages hat der Beauftragte dem Geschädigten für Verletzungen der Beratungspflicht grundsätzlich das Erfüllungsinteresse (positives Interesse) zu ersetzen (BGE 144 III 155 E 2.2; GUTZWILLER, SJZ 101 [2005] 357, S. 361-362). Dabei entspricht der Schaden dem tatsächlichen Stand des für die Schadensberechnung relevanten Vermögens und dem Vermögensstand, der bestünde, wenn die Anlagen aufgrund pflichtkonformer Beratung getätigt worden wären. Der Anspruchsteller muss deshalb darlegen, wie sich das relevante Vermögen bei pflichtgemässer Beratung bzw. Anlage entwickelt hätte. Dazu

hat er darzulegen, dass er eine bestimmte alternative Investition getätigt hätte (BGer 4A\_539/2014 vom 7. Mai 2015 E. 3.3 und 3.5).

Ist der ziffernmässige Nachweis des Schadens nach der Natur der Sache unmöglich, ist er i.S.v. Art. 42 Abs. 2 OR vom Gericht zu schätzen. Unmöglichkeit besteht regelmässig im Zusammenhang mit zukünftigen Tatsachen, wenn zahlreiche Entwicklungen in Frage kommen, weil die nachzuweisende Tatsache noch nicht eingetreten ist (BGE 132 III 381 E. 3.1.; BGE 95 II E. 12a; PASQUIER, Die Schätzung nach gerichtlichem Ermessen – unmittelbare und sinngemässe Anwendung des Art. 42 Abs. 2 OR, Diss., Zürich 2014, Rz 68, 151, 155 und 175).

Die Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR befreit den Geschädigten jedoch nicht von der Beweislast; diese wird bloss erleichtert. Der Geschädigte hat alle Umstände, die für den Eintritt eines Schadens sprechen und dessen Abschätzung erlauben, zu behaupten und zu beweisen (BGer 4C.295/2006 vom 30. November 2006 E. 5.2.2). Das Beweismass wird dabei auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit herabgesetzt (BGE 133 III 153 E. 3.3).

### 8.3.3. Würdigung

#### 8.3.3.1. Schaden durch Wertlosigkeit der Fonds-Anteile

Zunächst ist der Beklagten darin zuzustimmen, dass sich die Wertlosigkeit der Fondsanteile nicht dadurch belegen lässt, dass für sie kein Käufer gefunden werden konnte.

Nach Abschluss des Liquidationsverfahrens des C.\_\_\_\_-Fonds liesse sich ein allfälliger Schaden der Klägerin ohne Weiteres ermitteln. Indem die Klägerin aber bloss pauschal bestreitet, dass das Liquidationsverfahren noch laufe, kommt sie ihrer Beweis- und Substantiierungslast nicht nach (act. 19 Rz 69). Wäre der Fonds tatsächlich bereits liquidiert, ginge dies aus dem luxemburgischen Handelsregister hervor. Es wäre an der Klägerin gewesen, den entsprechenden Auszug als Beweismittel zu offerieren. Dies hat sie jedoch unterlassen. Ohnehin liegen aber keinerlei Hinweise vor, dass die Liquidation bereits abgeschlossen ist.

Ein Schaden der Klägerin liesse sich allenfalls auch schon vor Abschluss der Liquidation feststellen, wenn sich die Forderungen des C.\_\_\_\_-Fonds gegenüber der mit ihnen geschäftlich verbundenen Pensionsfonds als wertlos erweisen würden. Dass das Vermögen des C.\_\_\_\_-Fonds nahezu vollständig aus ebendiesen Forderungen besteht, ist im Liquidationsbericht per 7. Juli 2014 ersichtlich und wird auch nicht bestritten ("Forderungen aus Collateral" und "Unrealisiertes Ergebnis aus Swaps"). Diese Forderungen werden aber erst fällig, wenn die Steuererstattungen bei den Pensionsfonds eingehen. Somit ist der diesbezügliche, gemäss der Beklagten noch ausstehende Entscheid des Bundeszentralamtes für Steuern für den Eintritt und die Höhe des behaupteten Schadens massgeblich.

Dass die mit dem C.\_\_\_\_-Fonds geschäftlich verbundenen Pensionsfonds beim Bundeszentralamt Anträge auf Kapitalertragssteuererstattung stellten, hat als notorisch zu gelten. Dazu ist etwa auf die oben erwähnten Mitteilungen der Leitung des C.\_\_\_\_-Fonds und die Urteile des Landgerichts Bonn zu verweisen (siehe oben unter Ziffern I.2.3 und 2.4).

Dass über diese Erstattungsanträge schon entschieden worden wäre, wird von der Klägerin weder belegt noch substantiiert behauptet. Im von der Klägerin eingereichten Revisionsbericht der I.\_\_\_\_ wird sogar ausdrücklich ausgeführt, dass die Steuererstattungsansprüche der Pensionsfonds bisher weder abgelehnt noch bezahlt worden seien, da sich die deutsche Finanzverwaltung derzeit noch in Ermittlungen befände (act. 20/12 S. 2). Es ist somit der Beklagten zu folgen, wonach das Erstattungsverfahren noch läuft und es daher nicht möglich ist, definitive Aussagen über das Nettovermögen des C.\_\_\_\_-Fonds zu machen.

Da Eintritt und Höhe des Schadens vorliegend somit von zukünftigen Tatsachen abhängen, ist ein ziffernmässiger Nachweis des Schadens unmöglich. Das Beweismass ist daher auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit herabzusetzen. Jedoch sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, welche erlaubten, den Entscheid über die Anträge der Pensionsfonds und den Ausgang des Liquidationsverfahrens des C.\_\_\_\_-Fonds mit überwiegender Wahrscheinlichkeit festzustellen.



Selbst wenn von der Wertlosigkeit der Anteile des C.\_\_\_\_-Fonds ausgegangen würde, wäre der nach Art. 42 Abs. 2 OR zu ermittelnde Schaden nicht hinreichend substantiiert. Denn die Klägerin legt nicht dar, welche alternative Anlage sie getätigt hätte, wenn die Investition in den C.\_\_\_\_-Fonds unterblieben wäre. Die Klägerin unterlässt es somit, entsprechende Umstände darzulegen, die eine Abschätzung des Schadens erlauben würden.

#### 8.3.3.2. Schaden durch Entbehmung des Kapitals

Mit dem Schadenszins, der ab dem Tag läuft, an dem sich das schädigende Ereignis ausgewirkt hat, soll der Nachteil ausgeglichen werden, der dadurch entsteht, dass ein Kapital nicht genutzt werden kann (BGE 131 III 12 E. 9.1). Soweit ist den klägerischen Ausführungen zuzustimmen (act. 19 Rz 180).

Jedoch ist der Schlussfolgerung der Klägerin nicht beizupflichten, wonach diese Entbehmung des Kapitals für sich alleine einen Schaden – zumal in der Höhe des gesamten investierten Kapitals – darstellt (act. 19 Rz 70). Die zeitweise verhinderte Nutzung des Kapitals stellte nur dann einen Schaden dar, wenn die Klägerin nachweisen könnte, dass ihr deswegen ein Gewinn entgangen sei (BSK OR I-KESSLER, 6. Auflage, Art. 41 N 7). Etwa, wenn dargelegt wäre, dass die Klägerin aufgrund des Kaufs der Fondsanteile eine andere, gewinnbringende Investition nicht tätigen konnte. Entsprechende Nachweise oder nur schon substantiierte Behauptungen wurden jedoch nicht vorgebracht. Somit vermag die Klägerin keinen durch die Entbehmung des Kapitals verursachten Schaden nachzuweisen.

#### 8.3.3.3. Fazit zum Schaden

Es gelingt der Klägerin nicht nachzuweisen bzw. als überwiegend wahrscheinlich zu machen, dass ihr durch die Pflichtverletzung der Beklagten ein Schaden entstanden ist. Das entsprechende Begehren ist daher abzuweisen.

### 9. Feststellungsbegehren

Schliesslich verlangt die Klägerin in Ziffer 3 ihres Rechtsbegehrens, es sei festzustellen, dass die Beklagte der Klägerin schadenersatzpflichtig sei im Umfang der

Differenz zwischen dem Betrag von EUR 887'593.29 und dem Anteil am Liquidationserlös des C.\_\_\_\_-Fonds, der auf die Anteile der Klägerin entfalle.

#### 9.1. Parteistandpunkte

Sollte ihr Schaden, so die Klägerin, erst mit Abschluss des Liquidationsprozesses des C.\_\_\_\_-Fonds bestimmbar sein, könne ihr die Ungewissheit über das Bestehen der beklagtschen Ersatzpflicht nicht zugemutet werden. Die Feststellungsklage sei gerechtfertigt, da die Ungewissheit nur so beseitigt werden könne und bei einer Forderungssumme von EUR 887'593.29 keine Bagatellstreitigkeit vorliege (act. 19 Rz 11 ff.; act. 30 Rz 7).

Gemäss der Beklagten ist nicht ersichtlich, weshalb es der Klägerin unzumutbar sein soll, die Entscheide über die Erstattungserträge abzuwarten. Insbesondere lege sie nicht dar, inwieweit die Ungewissheit sie in ihrer Bewegungsfreiheit behindern würde (act. 23 Rz 2 ff.).

#### 9.2. Rechtliches

Zunächst ist festzuhalten, dass die Feststellungsklage subsidiär gegenüber der Leistungs- bzw. Gestaltungsklage ist. Eine Feststellungsklage ist weiter nur zuzulassen, wenn der Kläger an der sofortigen Feststellung ein erhebliches schutzwürdiges Interesse hat. Diese Voraussetzung ist namentlich gegeben, wenn die Rechtsbeziehungen der Parteien ungewiss sind und die Ungewissheit durch die richterliche Feststellung beseitigt werden kann und ihre Fortdauer der Klagepartei nicht zugemutet werden kann, weil sie sie in ihrer Bewegungsfreiheit behindert (BGE 136 III 523, E. 5).

In der Praxis wurde die Unzumutbarkeit insbesondere im Rahmen von negativen Feststellungsklagen geprüft. Die entsprechenden Ausführungen sind jedoch auch bei der positiven Feststellungsklage zu beachten: So wurde Unzumutbarkeit etwa angenommen bei einer Forderung von CHF 37'900.– gegen eine natürliche Person (HGer ZH, 12. Juni 2007, ZR 106 Nr. 79). Verneint wurde die Unzumutbarkeit dagegen bei einer Forderung über 10.6 Millionen Franken gegen eine Bank mit eigenen Mitteln von 96 Millionen Franken. In diesem Fall schloss das Gericht aus,

dass die Klägerin durch eine allenfalls drohende Inanspruchnahme in besagter Grössenordnung in ihrer wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit auch nur annähernd tangiert werden könnte (HGer ZH, 27. August 1993, ZR 93 Nr. 23).

### 9.3. Würdigung

Die Rechtsbeziehung der Parteien ist ungewiss und ein Urteil könnte diese Ungewissheit beseitigen. Jedoch weist die Klägerin nicht nach, dass ihr die Fortdauer dieser Ungewissheit unzumutbar ist. Denn die Höhe der streitgegenständlichen Forderung ist für sich alleine kein Argument für die Behinderung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit. Vielmehr ist auf das Verhältnis der Forderung zu den verfügbaren Mitteln zu achten. Dazu macht die Klägerin keine substantiierten Ausführungen. Daher und unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Klägerin nach eigenen Angaben substantielle Teile des Vermögens von F. \_\_\_\_\_ und seiner Kinder hält, ist nicht belegt, dass die Ungewissheit über den streitgegenständlichen Betrag die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit der Klägerin tangieren könnte.

### 9.4. Fazit zum Feststellungsbegehren

Nach dem Erwogenen sind die Voraussetzungen des klägerischen Feststellungsbegehrens nicht erfüllt, weshalb auch dieses abzuweisen ist.

## **III. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

Die Prozesskosten, bestehend aus Gerichtskosten und Parteientschädigung, sind nach der allgemeinen Kostenregelung der Klägerin als unterliegende Partei aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 105 ZPO).

Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (Art. 96 ZPO i.V.m. Art. 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert, dem Zeitaufwand des Gerichts sowie der Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 lit. a, c und d sowie § 4 GebV OG). Vorliegend beträgt der Streitwert gemäss dem klägerischen Rechtsbegehren CHF 1'097'680.– (Umrech-

nungskurs vom 31. Mai 2017: EUR 1.00 = CHF 1.08979). Die Gerichtsgebühr ist aufgrund des Umfangs der Akten und der Komplexität der sich stellenden Rechtsfragen unter Erhöhung der Grundgebühr um einen Drittel auf rund CHF 42'500.– festzusetzen.

Antragsgemäss ist der Beklagten eine Parteientschädigung zuzusprechen. Die Grundgebühr, auf die der Anspruch mit der Erarbeitung oder Beantwortung der Klage entsteht, deckt auch den Aufwand für die Teilnahme an einer allfälligen Hauptverhandlung ab. Für die Teilnahme an zusätzlichen Verhandlungen und weitere notwendige Rechtsschriften wird ein Einzelzuschlag von jeweils höchstens der Hälfte der Grundgebühr berechnet; diese darf insgesamt jedoch nicht überschritten werden (§ 11 Abs. 1-3 AnwGebV). Vorliegend nahm die Beklagte an einer Vergleichsverhandlung teil und verfasste die Duplik. Unter Berücksichtigung des Zeitaufwands sowie der Schwierigkeit des Falls rechtfertigt es sich, in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 11 AnwGebV, die Grundgebühr um 40% zu erhöhen und auf CHF 45'000.– festzusetzen.

#### **Das Handelsgericht erkennt:**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 42'500.–.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt und, soweit ausreichend, aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 45'000.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 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 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 1'097'680.–.

Zürich, 7. Mai 2019

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vizepräsidentin:

Gerichtsschreiber:

Dr. Claudia Bühler

Leonard Suter