

BGer 4A_297/2019 vom 29. Mai 2020

Bundesgericht, 2020-05-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_297_2019

FR: TF 4A_297/2019 du 29 mai 2020

IT: TF 4A_297/2019 del 29 maggio 2020

Erwägungen

E. 1

Die Beschwerdeführerin hat ihren Sitz in Deutschland, die Beklagte den ihren in der Schweiz. Gemäss den Feststellungen der Vorinstanz wurde im Kontoeröffnungsvertrag die Anwendbarkeit von Schweizer Recht vereinbart. Nach Art. 116 Abs. 1 IPRG untersteht ein Vertrag dem gewählten Recht. Das ist denn auch unbestritten.

E. 2

Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es prüft aber unter Berücksichtigung der allgemeinen Begründungsanforderungen (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind. Es ist nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden (BGE 140 III 86 E. 2 S. 88 f., 115 E. 2 S. 116).

E. 3

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den streitgegenständlichen Lebenssachverhalt als auch jene über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" (BGE 140 III 115 E. 2 S. 117). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können (Art. 97 Abs. 1 BGG).

Für eine Kritik am festgestellten Sachverhalt gilt das strenge Rügeprinzip von Art. 106 Abs. 2 BGG (BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266 mit Hinweisen). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern diese Voraussetzungen erfüllt sein sollen (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18 mit Hinweisen). Wenn sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit präzisen Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat (BGE 140 III 86 E. 2 S. 90). Genügt die Kritik diesen Anforderungen nicht, können Vorbringen mit Bezug auf einen Sachverhalt, der vom angefochtenen Entscheid abweicht, nicht berücksichtigt werden (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18).

Zu beachten ist, dass das Bundesgericht in die Beweiswürdigung des Sachgerichts nur eingreift, wenn diese willkürlich ist. Willkür liegt nicht schon dann vor, wenn eine andere

Lösung ebenfalls in Betracht zu ziehen oder gar vorzuziehen wäre, sondern nur, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (BGE 141 III 564 E. 4.1 S. 566; 140 III 16 E. 2.1 S. 18 f.; je mit Hinweisen). Die Beweiswürdigung ist mithin nicht schon dann willkürlich, wenn sie nicht mit der Darstellung der beschwerdeführenden Partei übereinstimmt, sondern bloss, wenn sie offensichtlich unhaltbar ist (BGE 141 III 564 E. 4.1 S. 566; 135 II 356 E. 4.2.1 S. 362). Dies ist dann der Fall, wenn das Gericht Sinn und Tragweite eines Beweismittels offensichtlich verkannt hat, wenn es ohne sachlichen Grund ein wichtiges und entscheidwesentliches Beweismittel unberücksichtigt gelassen oder wenn es auf der Grundlage der festgestellten Tatsachen unhaltbare Schlussfolgerungen gezogen hat (BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266; 137 III 226 E. 4.2 S. 234). Inwiefern die Beweiswürdigung willkürlich sein soll, ist in der Beschwerde klar und detailliert aufzuzeigen (BGE 134 II 244 E. 2.2 S. 246).

E. 4

Die Beschwerdeführerin rügt eine offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung und willkürliche Beweiswürdigung sowie eine Verletzung ihres Anspruchs auf Beweis durch unzulässige antizipierte Beweiswürdigung im Zusammenhang mit der von ihr behaupteten Zusicherung seitens der Beschwerdegegnerin, wonach das ursprünglich investierte Kapital zurückerstattet werde zuzüglich der per Ende 2011 ausgewiesenen Rendite.

E. 4.1

Die Vorinstanz verneinte sowohl einen tatsächlich übereinstimmenden Parteiwillen wie auch einen gemäss Vertrauensprinzip der Beschwerdegegnerin zurechenbaren Parteiwillen, wonach diese der Beschwerdeführerin versprochen hätte, dieser die von ihr getätigte Investition Anfang 2012 wieder zurückzuzahlen bzw. dass die Investition gegen Verluste versichert sei. Sie stellte fest, in ihrer E-Mail vom 31. März 2011 habe die Beschwerdegegnerin ausgeführt: "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". Auch wenn die Beschwerdegegnerin ein Versprechen erwähne, könne daraus nicht geschlossen werden, sie habe damit der Beschwerdeführerin zugesichert, ihr den investierten Betrag zu einem bestimmten Zeitpunkt - allenfalls sogar aus eigenen Mitteln - wieder zur Verfügung zu stellen. Vielmehr müsse die Aussage vernünftigerweise so verstanden werden, dass die Beschwerdegegnerin bloss ihre Erwartungen betreffend das Risiko und die Laufzeit der Investition kundgetan habe. Auch dass die klägerische Investition gegen Verluste versichert sein solle, lasse sich der Erklärung nicht entnehmen. Es werde bloss erwähnt, dass das Aktienrisiko abgesichert sei. Eine Versicherung gegen Verluste wäre lebensfremd, würde dies doch bedeuten, dass für die Beschwerdeführerin jegliches Risiko komplett ausgeschlossen gewesen wäre. Auch aus dem Rückkauf von 10 % der Fondsanteile lasse sich nicht - gemeint im Sinn eines nachträglichen tatsächlichen Verhaltens der Beschwerdegegnerin - auf einen solchen tatsächlichen Willen schliessen. Es gebe keine Grundlage dafür, dass die Beschwerdegegnerin selber diese Anteile zurückgekauft habe. Zudem habe die Leitung des X. _____-Fonds im Jahresbericht 2011 erklärt, 10 % der Anteile zurückgekauft zu haben, um den Anlegern teilweise Liquidität zur Verfügung zu stellen. Es sei daher offensichtlich, dass der X. _____-Fonds selbst die

Anteile zurückgekauft habe.

E. 4.2

Diese Beweiswürdigung ist nicht willkürlich. Es ist offensichtlich, dass eine Partei nach Treu und Glauben nicht erwarten kann, es gebe ein Anlagevehikel, das für sie Null-Risiko enthalte, gleichzeitig aber 12 % Gewinn abwerfe. Darauf läuft die von der Beschwerdeführerin vertretene Vertragsauffassung aber hinaus. Denn bei ihrem Standpunkt, ein Verlust wäre versichert gewesen, hätte eine Versicherung das volle Risiko getragen; und bei der Auffassung, die Beschwerdegegnerin habe zugesichert, die Investition zurückzuerstatten, hätte es die Beschwerdegegnerin getragen. Insbesondere vor diesem Hintergrund konnte die Vorinstanz die E-Mail vom 31. März 2011 willkürlich in dem von ihr dargelegten Sinn auslegen. Wenn die Beschwerdeführerin sich zu den dort verwendeten Formulierungen wie "Anlage eine kurze Laufzeit hat" oder "dass wir unsere Versprechen einhalten" äussert und diese anders verstanden haben will, ist das bloss appellatorische Kritik.

Die Beschwerdeführerin beruft sich sodann auf ein Aussageprotokoll von F. _____, Teamleiter bei der Beschwerdegegnerin in Basel, aus einem in Köln durchgeführten Strafverfahren. Dieses zeige die Methodik der Beschwerdegegnerin, wie diese ihre Kunden zum Kauf der Fondsanteile bewegt habe. So habe F. _____ unter anderem angegeben, wesentlicher Bestandteil seiner Argumentation sei auch die Versicherung des Produkts durch die G. _____ AG gewesen. Dies habe seinem Kenntnisstand aus den Mitteilungen von E. _____ entsprochen. Damit unterschlägt die Beschwerdeführerin einen Teil des von ihr selber an der angegebenen Stelle zitierten Protokolls. Der Zeuge sagte nämlich auch aus, E. _____ habe ihm mitgeteilt, es handle sich um ein risikoaverses Produkt. Dass der Beschwerdeführerin aber - fälschlicherweise - gesagt worden war, es handle sich um ein risikoarmes Produkt, gab auch E. _____ selber gemäss den Feststellungen der Vorinstanz zu. Risikoarm bedeutet aber nicht Null-Risiko. Ein Erfüllungsanspruch würde aber Letzteres voraussetzen. Soweit sich die Beschwerdeführerin schliesslich auf die Aussage des Zeugen zur Laufzeit der Anlage bezieht, ist nicht ersichtlich, dass diese für die Frage, ob ein Erfüllungsanspruch bestand, entscheidend sein könnte. Mit dem Hinweis auf die Aussage von F. _____ lässt sich offensichtlich keine willkürliche Beweiswürdigung begründen.

Schliesslich behauptet die Beschwerdeführerin hinsichtlich der 10 % Fondsanteile einen "Rückkauf durch die Beschwerdegegnerin", was "der Umsetzung ihrer Zusicherungen entsprochen" habe. Die Vorinstanz hat aber keinen Rückkauf durch die Beschwerdegegnerin festgestellt, sondern vielmehr gerade das Gegenteil, dass nämlich gemäss Jahresbericht 2011 des Fonds dieser selber 10 % Anteile zurückgekauft habe. Dass diese Feststellung willkürlich wäre, legt die Beschwerdeführerin mit ihren Hinweisen erneut nicht dar.

E. 4.3

Die Beschwerdeführerin rügt eine unzulässige antizipierte Beweiswürdigung, weil die Vorinstanz die Beweisaussage ihres Geschäftsführers und die von ihr beantragte Edition der vollständigen Vernehmungsniederschrift zur Einvernahme von E. _____ im Kölner Strafverfahren nicht zugelassen habe.

E. 4.3.1

Der Beweisführungsanspruch - der sich als Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör allgemein aus Art. 29 Abs. 2 BV und für das Bundesprivatrecht besonders aus Art. 8 ZGB ergibt, sowie seit Inkrafttreten der ZPO auch in Art. 152 ZPO verankert ist - verschafft der beweispflichtigen Partei in allen bundesrechtlichen Zivilrechtsstreitigkeiten einen Anspruch darauf, für rechtserhebliche Vorbringen zum Beweis zugelassen zu werden, soweit entsprechende Anträge im kantonalen Verfahren form- und fristgerecht gestellt worden sind (BGE 143 III 297 E. 9.3.2 S. 332; 133 III 295 E. 7.1). Diese Bestimmungen schreiben jedoch dem Gericht nicht vor, mit welchen Mitteln es den Sachverhalt abzuklären hat (vgl. BGE 114 II 289 E. 2a S. 291) und sie schliessen namentlich die antizipierte Beweiswürdigung nicht aus (BGE 143 III 297 E. 9.3.2 S. 332).

E. 4.3.1.1

Eine antizipierte Beweiswürdigung liegt vor, wenn das Gericht zum Schluss kommt, ein an sich taugliches Beweismittel vermöge seine Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer strittigen Tatsache, die es insbesondere aufgrund der bereits abgenommenen Beweismittel gewonnen hat, nicht zu erschüttern (BGE 143 III 297 E. 9.3.2 S. 332 ; 140 I 285 E. 6.3.1 S. 299; 138 III 374 E. 4.3.2 S. 376). Bei dieser Überlegung hat das Gericht zu unterstellen, das Beweismittel falle zu Gunsten der Partei aus, die es angerufen hat, und spreche dafür, dass die zu beweisende Behauptung zutrifft (vgl. Urteile 4A_254/2019 vom 5. September 2019 E. 3.4.1; 4A_66/2018 vom 15. Mai 2019 E. 2.1.1; 4A_427/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5.1.1).

E. 4.3.1.2

Von einer antizipierten Beweiswürdigung ist ebenfalls die Rede, wenn das Gericht einem beantragten Beweismittel die Erheblichkeit oder die Tauglichkeit abspricht, um die behauptete Tatsache zu erstellen, zu deren Beweis es angerufen wurde. Das Gericht verzichtet diesfalls darauf, das von ihm als untauglich eingestufte Beweismittel abzunehmen - und zwar losgelöst von seiner Überzeugung hinsichtlich der Verwirklichung der damit zu erstellenden Tatsache, also insbesondere auch bei offenem Beweisergebnis (zit. Urteile 4A_254/2019 E. 3.4.1; 4A_66/2018 E. 2.1.2; 4A_427/2017 E. 5.1.1; je mit Hinweisen).

E. 4.3.2

Die Vorinstanz hat auf die Einvernahme des Geschäftsführers der Beschwerdeführerin verzichtet, weil dessen Beweisaussagen für sich allein den Beweis für das behauptete Erfüllungsversprechen nicht zu erbringen vermöchte. Damit hat das Gericht den Beweis - ohne in Willkür zu verfallen - im Sinne der unter E. 5.3.1.1 dargestellten Variante gewürdigt.

E. 4.3.3

Auf die Edition der vollständigen Einvernahme von E. _____ verzichtete die Vorinstanz insbesondere, weil E. _____ gemäss den dem Gericht vorliegenden Protokollen ausgesagt habe, er habe standardmässig erklärt, das Produkt sei zu 50 % sicher. Es bestünden deshalb keine Anhaltspunkte, dass E. _____ in derselben Vernehmung das von der Beschwerdeführerin behauptete Versprechen (100%ige Sicherheit) bestätigt hätte. Und selbst wenn er dies getan hätte, vermöchte eine solche isolierte Aussage im Kölner Strafverfahren keinen hinreichenden Beweis zu bilden, da er (jedenfalls) in der gleichen Vernehmung auch ausgesagt hatte, er habe den Kunden erklärt, es könne höchstens ein Verlust von 50 % entstehen.

Damit hat die Vorinstanz im Sinn der oben unter E. 5.3.1.2 dargestellten Variante auf die Edition verzichtet. Sie nahm an, es sei nicht zu erwarten, dass der Zeuge wie behauptet bestätigt habe, es bestehe eine 100%ige Sicherheit, wenn er ausgewiesenermassen bereits die Angabe einer 50%igen Sicherheit bestätigt hatte. Insofern erachtete sie den Beweisantrag als untauglich. Als untauglich erachtete sie die Edition zudem, weil eine solche sich letztlich widersprechende Aussage unglaubhaft wäre. Auch diese Würdigung hält dem Willkürvorwurf stand. Damit muss nicht auf die ergänzende Begründung der Vorinstanz eingegangen werden, wonach es der Beschwerdeführerin frei gestanden hätte, E. _____ als Zeuge im vorliegenden Verfahren zu offerieren, welche Begründung von der Beschwerdeführerin ebenfalls beanstandet wird.

Die Vorinstanz hat somit den von der Beschwerdeführerin mit ihrem Hauptbegehren beantragten Erfüllungsanspruch zu Recht verneint.

E. 5

Die Vorinstanz hat eine absichtliche Täuschung der Beschwerdeführerin durch die Beschwerdegegnerin bejaht, indem diese absichtlich eine riskante Anlage als risikoarm und mit kurzer Laufzeit angepriesen habe. Jedoch habe der hierfür beweispflichtige Beschwerdeführer die Tatsache der rechtzeitigen Geltendmachung des Willensmangels im Rahmen des doppelten Schriftenwechsels nicht rechtzeitig in den Prozess eingeführt.

E. 5.1

Im Einzelnen stellte die Vorinstanz fest, die Beschwerdeführerin habe sich in ihrer Replik auf Täuschung berufen, ohne aber die Tatsachen zu deren rechtzeitiger Geltendmachung darzulegen. Die Beschwerdegegnerin habe in der Folge in der Duplik geltend gemacht, die Beschwerdeführerin habe sich nicht rechtzeitig auf Täuschung berufen und der Vertrag sei daher im Sinn von Art. 31 Abs. 1 OR genehmigt. In einer nachträglichen Eingabe habe die Beschwerdeführerin dann dargelegt, weshalb dies nicht zutrefte. Die Vorinstanz erachtete die Vorbringen in der nachträglichen Eingabe als verspätet. Diese Tatsachen in der Replik vorzubringen, wäre der Beschwerdeführerin zumutbar gewesen, denn den Auszug aus der Vernehmungsschrift zur Einvernahme von E. _____, durch welchen sie Kenntnis von der Täuschung erlangt haben wolle, habe sie bereits mit der Replik als Beweismittel eingereicht.

E. 5.2

Die Beschwerdeführerin rügt, es treffe nicht zu, dass sie in der Replik die Rechtzeitigkeit der Geltendmachung nicht dargelegt habe. Mit ihren diesbezüglichen Hinweisen auf ihre Ausführungen in der Replik vermag sie aber nicht der Vorinstanz eine willkürliche Feststellung des Prozesssachverhalts (vgl. E. 3 hiervor) nachzuweisen. An den zitierten Stellen äussert sie sich nur allgemein zum täuschenden Verhalten durch die Beschwerdegegnerin, wie es sich aus dem Kölner Strafverfahren ergebe. Eine substantiierte Aussage zu einem Fristenlauf findet sich darin nicht.

E. 5.3

Die Vorinstanz erachtete auch zu Recht die Vorbringen erst nach Aktenschluss als verspätet. Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass es sich dabei um unechte Noven handelt und daher die Voraussetzungen gemäss Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO hätten erfüllt sein müssen. Sie macht aber geltend, die Vorinstanz habe diese Bestimmung verletzt. Da sich die Beschwerdegegnerin erstmals in der Duplik unter Verweis auf das Schreiben der

Beschwerdeführerin vom 27. Februar 2015 auf die frühere Kenntnis der Beschwerdeführerin und die sich daraus resultierende Genehmigung der absichtlichen Täuschung berufen habe, hätte die Vorinstanz die diesbezüglichen Ausführungen der Beschwerdeführerin in deren nachträglicher Stellungnahme zulassen müssen.

Unechte Noven können im Anschluss an die Duplik noch berücksichtigt werden, wenn Dupliknoven für diese Ausführungen kausal waren (BGE 146 III 55 E. 2.2). Davon ging sinngemäss auch die Vorinstanz aus und sie verneinte diese Kausalität, weil die Beschwerdeführerin - wenn diese sich in der Replik auf einen sich auf einen Willensmangel abstützenden Anspruch berufen will - alle Voraussetzungen für diesen Anspruch darlegen müsse. Das ist nicht zu beanstanden. Die Beschwerdeführerin scheint demgegenüber davon auszugehen, erst die von der Beschwerdegegnerin in der Duplik bestrittene Rechtzeitigkeit habe sie zu den Ausführungen in der nachträglichen Eingabe veranlassen müssen. So behauptet sie auch, es sei an der Gegenpartei (hier also der Beschwerdegegnerin), die behauptete Genehmigung (durch Verpassen der Frist) zu behaupten (und zu beweisen), was nicht zutrifft. Die Anfechtungsfrist nach Art. 31 OR ist nicht eine nur auf Einrede (des Täuschenden) hin zu berücksichtigende Verjährungsfrist, sondern eine Verwirkungsfrist (BGE 114 II 131 E. 2b S. 141), die von Amtes wegen zu beachten ist (Urteil 4C.37/2007 vom 11. Oktober 2007 E. 3; zur Beachtung einer Verwirkungsfrist von Amtes wegen vgl. auch Urteile 4A_10/2012 vom 2. Oktober 2012 E. 3.1 [betr. Art. 706b Abs. 1 OR], 4A_438/2010 vom 15. November 2010 E. 3.3, nicht publ. in BGE 136 III 545 [betr. Art. 510 Abs. 3 OR]; BGE 131 III 566 E. 3.2 [betr. Art. 270b Abs. 1 OR]), wie die Vorinstanz zu Recht darlegte. Nichts anderes ergibt sich auch aus dem von der Beschwerdeführerin zitierten BGE 108 II 102 , der sich auf die Behauptungs- und Beweislast bezüglich einer Genehmigung

handlung bezieht. Die Beschwerdeführerin konnte also ihre Vorbringen zum Fristenlauf nicht zurückhalten bzw. davon abhängig machen, ob sich die Beschwerdegegnerin in der Duplik auf die Genehmigungsfiktion berufe. Die Vorinstanz erachtete somit die Vorbringen der Beschwerdeführerin betreffend Rechtzeitigkeit der Anfechtung zu Recht als verspätet. Ob dies tatsächlich der Fall war, braucht nicht geprüft zu werden.

E. 6

Die Beschwerdeführerin begründet ihr Eventualbegehren auf Leistung von Schadenersatz mit einer Verletzung der auftragsrechtlichen Sorgfaltspflichten durch die Beschwerdegegnerin.

E. 6.1

Die Vorinstanz erwog unter dem Titel "Schaden durch Wertlosigkeit der Fonds-Anteile", die Beschwerdegegnerin habe durch ihre täuschenden Angaben auch eine Vertragsverletzung gemäss Art. 398 Abs. 2 OR begangen. Die Beschwerdeführerin beziffere ihren dadurch verursachten Schaden auf 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 der 10 % Fondsanteile erhalten habe. Sie mache geltend, die Fondsanteile seien wertlos. Allein dadurch, dass für die Fondsanteile kein Käufer gefunden worden sei, lasse sich die Wertlosigkeit aber nicht belegen. Nach Abschluss des Liquidationsverfahrens des X. _____-Fonds liesse sich - so die Vorinstanz weiter - ein allfälliger Schaden der Beschwerdeführerin ohne weiteres ermitteln. Es gebe aber keinen Beweis, dass das Liquidationsverfahren bereits abgeschlossen sei; die

Beschwerdeführerin habe keine entsprechenden Beweismittel offeriert. Ein Schaden der Beschwerdeführerin liesse sich allenfalls auch schon vor Abschluss des Liquidationsverfahrens ermitteln, wenn sich die Forderungen des X. _____-Fonds gegenüber den mit ihnen geschäftlich verbundenen Pensionsfonds als wertlos erweisen würden. Diese Forderungen würden aber erst fällig, wenn die Steuererstattungen bei den Pensionsfonds eingehen. Somit sei der diesbezüglich noch ausstehende Entscheid des Bundeszentralamtes für Steuern für den Eintritt und die Höhe des behaupteten Schadens massgeblich. Dieses Verfahren laufe aber noch. Ein Schaden gestützt auf die Wertlosigkeit der Fondsanteile lasse sich somit - auch wenn das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit angewendet werde - nicht feststellen.

Selbst wenn von der Wertlosigkeit des X. _____-Fonds ausgegangen würde, wäre im Übrigen der nach Art. 42 Abs. 2 OR zu ermittelnde Schaden nicht hinreichend substantiiert. Denn die Beschwerdeführerin lege nicht dar, welche alternativen Anlagen sie getätigt hätte, wenn die Investition in den X. _____-Fonds unterblieben wäre. Es fehlten somit Umstände, die eine Abschätzung des Schadens erlauben würden.

Weiter verneinte die Vorinstanz auch einen "Schaden durch Entbehrung des Kapitals", nämlich für den Zinsausfall auf dem nicht zur Verfügung gestandenen Kapital. Die zeitweise verhinderte Nutzung des Kapitals würde nur dann einen Schaden darstellen, wenn die Beschwerdeführerin nachweisen könnte, dass ihr deswegen ein Gewinn entgangen sei durch eine andere, gewinnbringende Investition.

E. 6.2

Nach dem allgemeinen Schadensbegriff, ist der Schaden eine unfreiwillige Vermögensverminderung, der in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder im entgangenen Gewinn bestehen kann. Er 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 S. 27; 139 V 176 E. 8.1 S. 187 f.; je mit Hinweisen).

Aufgrund der Unterstellung des Anlageberatungsvertrages unter das Auftragsrecht ist bei dessen nicht gehöriger Erfüllung nach Art. 398 Abs. 2 i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR grundsätzlich das Erfüllungsinteresse (positives Vertragsinteresse) zu ersetzen (BGE 144 III 155 E. 2.2 S. 158 mit Hinweisen). Das Erfüllungsinteresse setzt sich zusammen aus dem *damnum emergens*, der durch die pflichtwidrige Anlage hervorgerufenen Vermögensverminderung (Differenz zwischen dem Einstandswert und dem gegenwärtigen Wert einer Anlage), sowie aus dem entgangenen Gewinn, der erzielt worden wäre, wenn der gleiche Betrag vertragsgemäss, der Sorgfaltspflicht entsprechend, angelegt worden wäre (CHRISTOPH GUTZWILLER, Schadenstiftung und Schadensberechnung bei pflichtwidriger Vermögensverwaltung und Anlageberatung, SJZ 2005, S. 357 ff., S. 363). Als Vergleichsmassstab kommen passende Alternativanlagen in Betracht, die der vertraglichen Anlagestrategie entsprechen und pflichtgemäss vom Vertragspartner oder einem durchschnittlich erfolgreichen Vermögensverwalter bzw. Anlageberater getätigt worden wären (BGE 144 III 155 E. 2.2.2 S. 159; Urteil 4A_202/2019 vom 11. Dezember 2019 E. 6.1). Auf diese Rechtsprechung stützte sich die Vorinstanz. Entsprechend stellte sie einerseits zum tatsächlichen Wert der Fondsanteile fest, dieser liesse sich nicht feststellen. Und gleichzeitig erachtete sie andererseits die Schadenermittlung im Sinn der Differenztheorie als unmöglich, weil die Beschwerdeführerin nicht dargelegt habe, welche

alternativen Anlagen sie getätigt hätte, wenn sie die X. _____-Fonds nicht gekauft hätte.

E. 6.3

Die Beschwerdeführerin macht demgegenüber geltend, bei der Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten durch einen Vermögensverwalter stelle die herrschende Lehre auf das hypothetische Alternativverhalten des Anlegers ab. Massgeblich seien die konkreten Umstände. Sofern diese darauf schliessen liessen, dass das hypothetische Alternativverhalten des Anlegers zu keinem Vertragsschluss geführt hätte, sei der Schaden nach Massgabe des negativen Interesses zu berechnen. So habe auch das Bundesgericht in BGE 124 III 155 ff., S. 166 zufolge pflichtwidriger Anlageberatung das negative Interesse zugesprochen, indem es davon ausgegangen sei, bei pflichtgemässer Beratung wäre es gar nicht zu einem Vertragsschluss gekommen. Auch sie, die Beschwerdeführerin, hätte den Kauf bei pflichtgemässer Aufklärung nie getätigt; sie hätte darauf verzichtet, ihr Kapital im Umfang von EUR 1 Mio. zu investieren und sich stattdessen auch im Zeitraum nach dem 2. Mai 2011 ihres unveränderten Bargeldbestandes erfreuen können. Der Erwerb der X. _____-Fondsanteile sei unbestrittenermassen einziger Auslöser gewesen für die Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien. Diese Auffassung hatte die Beschwerdeführerin bereits in der Replik (Rz. 83 i.v.m. Rz 34) vertreten, worauf sie in der Beschwerde hinweist.

Im Übrigen, so die Beschwerdeführerin weiter, würde vorliegend das Erfüllungsinteresse im Ergebnis dem negativen Interesse entsprechen. Wenn die Beschwerdeführerin so zu stellen sei, wie wenn die Beschwerdegegnerin ihre Beratungspflicht korrekt erfüllt hätte, wäre der Kauf der Fondsanteile nämlich nicht zustande gekommen.

E. 6.4

Die Beschwerdegegnerin übernahm - nach den von den Parteien nicht in Frage gestellten Feststellungen der Vorinstanz - den punktuellen Auftrag, die Beschwerdeführerin zu beraten. Zu prüfen bleibt somit, ob die Beschwerdeführerin ihren Schaden aus pflichtwidriger Erfüllung eines Beratungsvertrages entgegen der Vorinstanz substantiiert hat.

E. 6.4.1

Die Beschwerdegegnerin wendet diesbezüglich ein, die Beschwerdeführerin mache neu und damit unzulässigerweise (Art. 99 Abs. 2 BGG) geltend, sie hätte bei gehöriger Beratung ihr Kapital von EUR 1 Mio. nicht investiert. Diesem prozessualen Einwand ist nicht zu folgen. Die Beschwerdeführerin hat in der Replik (Rz. 83 i.v.m. Rz 34) den von ihr mit dem Eventualantrag geltend gemachten Schadenersatzanspruch im Sinn des negativen Interesses damit begründet, dass sie die X. _____-Fondsanteile nicht gekauft hätte, worauf sie in der Beschwerde hinweist. Damit hat sie zwar nicht explizit behauptet, dass sie keine andere Anlage getätigt hätte. Ihre ganze Begründung des Schadenersatzanspruchs beruht aber auf dieser impliziten Tatsache. In der Beschwerdeduplik weist sie überdies zutreffend auf ihre Ausführungen in der Replik (Rz. 66), wonach sie die Fonds-Anteile nicht gekauft "und sich stattdessen auch im Zeitraum nach dem 2. Mai 2011 ihres unveränderten Bargeldbestandes (hätte) erfreuen dürfen".

E. 6.4.2

Die Beschwerdeführerin muss mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darlegen können, dass sie bei richtiger Beratung die X. _____-Fondsanteile nicht gekauft und auch keine

alternative Anlage getätigt hätte (zit. Urteil 4A_202/2019 E. 6.5.1). Die Vorinstanz stellte im Rahmen ihrer Ausführungen zum Kausalzusammenhang hinsichtlich der Täuschung fest, der klare Wille der Beschwerdeführerin, eine risikoarme Investition wahrzunehmen, sei erstellt. Es sei daher davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin in Kenntnis der Tatsachen das Geschäft nicht getätigt hätte. Dem ist zu folgen. Es bleibt zu prüfen, ob aufgrund der Umstände mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden kann, dass die Beschwerdeführerin bei einer Nicht-Investition auch keine andere Anlage getätigt hätte.

E. 6.4.2.1

Die Art der hypothetischen Vermögensanlage, die der Beschwerdeführer bei gehöriger Beratung getätigt hätte, lässt sich nicht nach allgemeiner Lebenserfahrung generell für alle Anleger bestimmen. Vielmehr hängt die Art, wie eine Person ihr Vermögen anlegt, von den Umständen und insbesondere auch von ihrem Willen ab, der naturgemäss nicht direkt feststellbar ist. Geht es um einen in der Vergangenheit liegenden Anlageentscheid, ist zu berücksichtigen, dass die Entwicklung der Werte für damals in Betracht fallende Anlagen bekannt ist und es daher nicht angehen kann, dem Geschädigten zu überlassen, die für ihn aus heutiger Sicht in Kenntnis dieser Entwicklung bestmögliche Anlage auszusuchen (Urteil 4A_539/2014 vom 7. Mai 2015 E. 3.5). Die oben (E. 7.2) dargestellte Rechtsprechung beruht darauf, dass zwischen den Parteien ein Anlageberatungsvertrag besteht. Im Rahmen dieses Vertrages

will der Kunde Investitionen tätigen und die Bank verpflichtet sich, ihn bei diesen zu beraten. Es entspricht deshalb diesem Vertragsverhältnis, dass der Kunde bei pflichtgemässer Anlageberatung nicht in die empfohlene, aber in eine andere Anlage investiert hätte (zit. Urteil 4A_202/2019 E. 6.5.1 und Urteil 4A_449/2018 vom 25. März 2019 E. 6.2.2). Daher setzt die Geltendmachung des Schadens im Sinn des Erfüllungsinteresses voraus, dass der Kunde darlegt, welche alternative Anlage er bei pflichtgemässer Beratung getätigt hätte und es kann im Rahmen eines solchen Vertragsverhältnisses die sog. Passivhypothese - dass also überhaupt auf eine Investition verzichtet worden wäre - nicht leichthin angenommen werden (zit. Urteile 4A_202/2019 E. 6.5.1 und 4A_449/2018 E. 6.2.2).

Dass es durchaus einen Unterschied ausmachen kann, ob ein Kunde im Laufe eines vorbestehenden Anlageberatungsvertrages Transaktionen bestreitet oder im Rahmen einer erstmaligen bzw. einmaligen Beratung, zeigt auch der von der Beschwerdeführerin erwähnte BGE 124 III 155. Dieser Entscheid betrifft einen Fall, wo wie vorliegend keine vorbestehende Geschäftsbeziehung existierte; der Kläger hatte auf erstmalige Beratung die streitgegenständlichen Optionen erworben und einen Beratungsvertrag unterzeichnet. Das Bundesgericht erwog, es gehe um einen hypothetischen Kausalverlauf zufolge ungenügender Aufklärung. Im konkreten Fall sei anzunehmen, dass sich der Kläger nicht auf die Optionsgeschäfte eingelassen hätte, wenn er ausreichend aufgeklärt worden wäre. Entsprechend diesen Überlegungen zur Kausalität sei er schadenersatzmässig so zu stellen, als ob er sich nicht darauf eingelassen hätte, weshalb er Anspruch auf den gesamten Anlagebetrag habe (BGE 124 III 155 E. 2d s. 165f.). In der Literatur stiess der Entscheid grundsätzlich auf Zustimmung, wobei einschränkend gesagt wurde, er lasse sich nicht auf alle Fälle nicht gehöriger Erfüllung eines Auftrages übertragen (THOMAS KOLLER, Bundesgerichtsentscheide zum Allgemeinen Teil des OR und zum Kaufrecht, 2015, S. 349 ff., S. 361) bzw., zwar habe das Bundesgericht das negative Interesse zugesprochen, doch

seien die Besonderheiten des Falls in Rechnung zu stellen (CHRISTOPH GUTZWILLER, a.a.O., S. 362).

E. 6.4.2.2

Vorliegend bedeutet das was folgt: In der bereits erwähnten E-Mail vom 31. März 2011 hatte E._____ ausgeführt, die Beschwerdeführerin habe gemäss ihren Angaben bisher zwar nur in Steine (sprich Immobilien) investiert, denke aber aktuell über den Aufbau von Aktienpositionen nach. Gleichzeitig betonte er, dass die Beschwerdegegnerin Herrn D._____ gerne zu ihren Kunden zählen würde und die Anlage in den X._____ -Fonds "ein guter erster Schritt (sei), um für Sie zu sehen dass wir unsere Versprechen einhalten". Ausserdem verwies er darauf, dass die Anlage eine kurze Laufzeit habe. Die Vorinstanz stellte denn auch fest, die Beschwerdeführerin sei deshalb in der irrigen Annahme gewesen, eine Investition mit kurzer Laufzeit zu tätigen. Mit andern Worten bestand zwar - jedenfalls gemäss der Darstellung von E._____ in der E-Mail vom 31. März 2011 - eine vage Bereitschaft der Beschwerdeführerin, nicht mehr nur in Immobilien, sondern auch in Aktien zu investieren. Daraus ergibt sich jedoch nicht, dass sie deshalb statt der streitgegenständlichen Anlage im relevanten Zeitraum eine alternative Anlage getätigt hätte. Vielmehr betrachteten sowohl sie wie die Beschwerdegegnerin den Kauf der X._____ -Fondsanteile offenbar als eine Art Testlauf ("guter erster Schritt") mit kurzer Laufzeit, nach deren Ablauf man sich aufgrund der gemachten Erfahrungen allenfalls zu weiteren Anlagen entscheiden könnte. Die Beschwerdeführerin hat deshalb überwiegend wahrscheinlich gemacht, dass sie im Zeitpunkt ihres Kaufs der X._____ -Fondsanteile und bis zu deren (kurzfristigem) Ablauf keine alternative Anlage getätigt hätte. Die Beschwerdegegnerin muss sich auch ihre eigenen Behauptungen entgegenhalten lassen, wonach das Treffen zwischen E._____ und C._____ vom 28. März 2011 auf Initiative der Beschwerdeführerin stattgefunden habe, welche zuvor von einem Dritten auf den X._____ -Fonds aufmerksam gemacht worden sei. Damit bestätigt sie, dass es der Beschwerdeführerin spezifisch um den Erwerb dieser Fondsanteile gegangen ist. Die Beschwerdeführerin ist deshalb entsprechend ihrem Eventualantrag so zu stellen, wie wenn sie die Vertragsbeziehung mit der Beschwerdegegnerin nie eingegangen wäre.

E. 6.5

Hätte die Beschwerdeführerin die X._____ -Fondsanteile nicht gekauft und auch keine andere Anlage getätigt, besteht ihr Schaden im geleisteten Kaufpreis bzw. EUR 887'593.29 (nach Abzug des Preises für die bereits zurückgegebenen 10 %); sie wäre dann auch nicht im Besitz der Fondsanteile, weshalb sie die ihr verbliebenen 90 % Fondsanteile zurückzugeben hat. Auf den heutigen allenfalls noch bestehenden Restwert der Fondsanteile kommt es demnach nicht an. Sodann erübrigen sich auch Ausführungen zum eventualiter gestellten Begehren um Feststellung der Schadenersatzpflicht.

Unter dem Titel "Entschädigung für entbehrtes Kapital" beantragt die Beschwerdeführerin ausserdem einen "Schadenzins" von 5 % auf dem Betrag von EUR 887'593.29 seit 2. Mai 2011 und einen Betrag von EUR 3'772.--. Der Betrag von EUR 3'772.-- entspreche 5 % auf dem zurückerstatteten Teilbetrag von EUR 111'914.98 für den Zeitraum, während dem sie über diesen Betrag nicht habe verfügen können (2. Mai 2011 bis 3. Januar 2012), ohne dass sie diesen Anspruch weiter begründet. Damit widerspricht sich die Beschwerdeführerin selber. Ihre ganze Argumentation zum Schadenersatz beruht darauf, dass sie bei richtiger

Beratung keine Alternativanlage getätigt und sich stattdessen ihres unveränderten Bargeldbestandes erfreut hätte. Also hätte sie zur Schadenssubstanziierung darlegen müssen, welchen Zins sie bei dieser unveränderten Bargeldanlage hätte erwirtschaften können. Es geht nicht um einen Schadenzins, sondern um entgangenen Gewinn. Mangels Substanziierung ist diese Klageposition abzuweisen. Die Beschwerdeführerin hat jedoch ab dem Datum der Klageeinreichung (31. Mai 2017) Anspruch auf 5 % Verzugszins auf dem zugesprochenen Betrag.

E. 7

Die Beschwerdeführerin obsiegt teilweise. Bei diesem Ergebnis erscheint es angemessen, die Gerichtskosten zu 70 % der Beschwerdegegnerin und zu 30 % der Beschwerdeführerin zu auferlegen und die Beschwerdegegnerin zu einer reduzierten Parteientschädigung zu verpflichten.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.