

ZH_HANDELSGERICHT HG140077 vom 6. April 2016

Zh Handelsgericht, 2016-04-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG140077

FR: ZH_HANDELSGERICHT HG140077 du 6 avril 2016

IT: ZH_HANDELSGERICHT HG140077 del 6 aprile 2016

Erwägungen

E. 1

Formelles

E. 1.1

Örtliche Zuständigkeit Die internationale und örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts Zürich ergibt sich aus einer zwischen den Parteien geschlossenen Gerichtsstandsvereinbarung, welche den Sitz oder den Ort einer schweizerischen Zweigniederlassung der Beklagten als Gerichtsstand vorsieht. Da die Geschäftsbeziehung zwischen der Klägerin und der Beklagten unbestrittenermassen von der Zürcher Zweigniederlassung der Beklagten betreut wurde, besteht gemäss Art. 23 LugÜ eine internationale und örtliche Zuständigkeit in Zürich (act. 3/4 S. 5; act. 1 Rz. 15; act. 9 Rz. 10). Für die lauterkeitsrechtlichen Ansprüche besteht ebenfalls eine entsprechende Zuständigkeit am Ort der Zweigniederlassung der Beklagten (Art. 2 LugÜ i.V.m. Art. 129 IPRG).

E. 1.2

Sachliche Zuständigkeit 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 Han-

- 13 - delsggericht Zürich ist damit auch sachlich zuständig (Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG).

E. 1.3

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

E. 1.4

Aktenschluss und Novenrecht Im vorliegenden Fall wurde der Aktenschluss durch einen zweiten Schriftenwechsel im Sinne von Art. 225 ZPO hergestellt (BGE 140 III 312 E. 6). Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen gemäss Art. 229 Abs. 1 ZPO (Ingress) im Prozess nur berücksichtigt werden, wenn sie "ohne Verzug" durch eine Noveneingabe in den Prozess eingeführt werden. Dies bedeutet, dass Noven unverzüglich in den Prozess einzuführen sind; es kann damit nicht etwa bis zur Hauptverhandlung zugewartet werden. Vorbehalten bleiben allerdings Noven, die erst unmittelbar vor der Hauptverhandlung bekannt geworden sind. Machen die Parteien anlässlich der Hauptverhandlung Noven geltend, so haben sie überdies darzutun, dass auch ihre inhaltlichen Voraussetzungen gemäss Art. 229 Abs. 1 lit. a und b ZPO erfüllt sind. Auf die soeben beschriebenen Voraussetzungen des Novenrechts wurden die Parteien mit Brief des Vorsitzenden vom 13. Januar 2016 (act. 37 hingewiesen. Die Parteien wurden dort namentlich darauf aufmerksam

gemacht, dass sie es in der Hauptverhandlung ausdrücklich zu deklarieren hätten, wenn sie von ihrem Novenrecht Gebrauch machen wollten. Dabei hätten sie die Voraussetzungen des Novenrechts im Sinne von Art. 229 Abs. 1 ZPO sowohl in zeitlicher als auch in inhaltlicher Hinsicht darzutun. In diesem Sinne hat sich anlässlich der Hauptverhandlung vom 6. April 2016 keine der Parteien auf Noven berufen, die hätten zu Protokoll genommen werden müssen (Prot. S. 18 f.). Folglich wurden anlässlich der Hauptverhandlung keine prozessual zulässigen Noven eingeführt, welche bei der Erstellung des Sachverhaltes zu berücksichtigen wären; es ist auf die Sachdarstellungen der Parteien, die vor Hauptverhandlung in den Rechtsschriften er-

- 14 - folgten, abzustellen. Eine Fristansetzung an die Beklagte zur Stellungnahme zur klägerischen Noveneingabe vom 14. März 2016 erweist sich wie erwähnt als gegenstandslos.

E. 1.5

Prozessualer Antrag Die Klägerin stellt in der Replik gestützt auf Art. 190 ZPO den Antrag, dass bei der Zürcher Staatsanwaltschaft I Auskunft über die Cum-Ex-Geschäfte der Beklagten und insbesondere über das Geschäftsmodell des C._____ Fonds einzuholen sei und diesbezüglich die Akten beizuziehen seien; dies, weil die Klägerin aus der Presse erfahren habe, dass bei der Beklagten im Zusammenhang mit Cum-Ex-Geschäften Hausdurchsuchungen stattgefunden hätten. Eine Akteneinsicht der Klägerin sei nicht möglich, weil ihr gemäss Auskunft der Staatsanwaltschaft im laufenden Entsigelungsverfahren keine Parteistellung zukomme (act. 18 Rz. 14 ff.). Gemäss Art. 190 ZPO kann das Gericht Amtsstellen um schriftliche Auskunft ersuchen, wobei strittig ist, ob eine Mitwirkungspflicht der Amtsstellen besteht (WEIBEL/NAEGELI, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [Hrsg.], 2. Aufl. 2013, N. 5 zu Art. 190 ZPO). Sinn und Zweck von Art. 190 ZPO besteht jedoch nicht in der Umgehung von strafprozessualen Bestimmungen. Soweit der Klägerin keine Parteistellung und keine Akteneinsicht im erwähnten Strafverfahren zukommt, kann dies auch nicht über Art. 190 ZPO erwirkt werden. Eine Vorwegnahme des Entscheids über die Entsigelung von Akten durch zivilprozessuale Anordnungen kommt nicht in Betracht. Schliesslich wäre ohnehin auf den Beizug entsprechender Akten zu verzichten, da sich der Prozess als spruchreif erweist. Zudem bewilligte das Amtsgericht Köln das Akteneinsichtsgesuch der Klägerin (act. 41 Rz. 1), wodurch sie Zugang zu Akten betreffend in der Schweiz rechtshilfeweise durchgeführte Untersuchungshandlungen erhielt.

- 15 -

E. 1.6

Klageänderung Die Klägerin verlangt replicando Zins seit dem 15. April 2011, statt seit dem 29. Oktober 2013 (act. 18 Rz. 5 ff.). Eine Klageänderung ist nach Art. 227 Abs. 1 ZPO zulässig, wenn der geänderte oder 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 Sachzusammenhang ist zu bejahen, wenn die beiden prozessualen Ansprüche dem gleichen oder einem benachbarten Lebenssachverhalt entstammen (DANIEL WILLISEGGER, in: Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N. 29 zu Art. 227 ZPO). Vorliegend wird nur der Zins abgeändert, mithin sind die neuen Ansprüche nach der gleichen

Verfahrensart zu beurteilen und auch der Sachzusammenhang ist ohne Weiteres zu bejahen.

E. 2

Vorbemerkungen

E. 2.1

Anwendbares Recht Da die Klägerin ihren Sitz in den Niederlanden und die Beklagte ihren Sitz in der Schweiz hat, rechtfertigt sich es vorweg das anwendbare Recht zu bestimmen. Das anwendbare Recht bestimmt sich bei Vorliegen eines internationalen Sachverhalts unter Vorbehalt allfälliger völkerrechtlicher Verträge nach dem IPRG (Art. 1 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 IPRG). Das nationale, kollisionsrechtlich berufene Recht hinsichtlich des Verhältnisses zwischen den Streitparteien bestimmt sich, da vertragliche Ansprüche geltend gemacht werden, nach dem auf Verträge anwendbaren Recht (Art. 116 ff. IPRG). Gemäss Art. 116 Abs. 1 IPRG untersteht der Vertrag dem von den Parteien gewählten Recht. Im Kontoeröffnungsvertrag vom 9. April 2011 wurde Folgendes vereinbart: "All legal relations between Applicant and the Bank are governed by Swiss substantive law." (act. 3/4 S. 5). Entsprechend der Übereinkunft zwischen den Parteien gelangt Schweizerisches Recht zur Anwendung, was unbestritten ist (act. 1 Rz. 15; act. 9 Rz. 10). Die von der Klägerin geltend gemachten lauterkeitsrechtlichen Ansprüche werden gemäss

- 16 - Art. 136 Abs. 3 i.V.m. Art. 133 Abs. 3 IPRG akzessorisch an das vorbestehende Rechtsverhältnis angeknüpft, womit dafür ebenfalls Schweizerisches Recht zur Anwendung gelangt (FELIX DASSER, in: Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3. Aufl., 2013, N. 20 zu Art. 136 IPRG).

E. 2.2

Zur Behauptungs- und Substantiierungslast Da das rechtsgenügeliche Behaupten und damit auch die Beweislast wiederholt Basis der nachfolgenden Würdigungen bilden wird, rechtfertigt es sich, die diesbezüglichen rechtlichen Grundlagen bereits an dieser Stelle darzulegen. Die Behauptungslast folgt der Beweislast, d.h. sie darf nur derjenigen Partei überbunden werden, welche für die entsprechende Tatsache beweisbelastet ist (Urteile des Bundesgerichts 4A_709/2011 vom 31. Mai 2012 E. 3.1; Urteil des Bundesgerichts 4C.166/2006 vom 25. August 2006 E. 3). Die Behauptungslast verlangt, dass eine Partei diejenigen Tatsachen angibt, auf die sie ihre Begehren stützt (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Aus den entsprechenden Behauptungen sollen sich mithin die Tatbestandsmerkmale der anwendbaren Rechtsnormen ergeben. Die Tatsachenbehauptungen müssen in der Rechtsschrift selbst dargelegt werden. Tatsachen, die sich lediglich aus einer Beilage zu einer Rechtsschrift ergeben, sind vom Gericht im Anwendungsbereich der Verhandlungsmaxime nicht zu beachten. Selbst mit einem allgemeinen Hinweis in der Rechtsschrift auf eine Beilage oder mit der allgemeinen Erklärung, dass die eingereichten Akten als integrierender Bestandteil der Rechtsschrift gelten, wird der Behauptungslast grundsätzlich nicht Genüge getan (Urteil des Bundesgerichts 4C.351/2000 vom 20. Juli 2001 E. 5a; Urteil des Bundesgerichts 4C.304/2000 vom 9. Mai 2001 E. 2). Die Substantiierungslast verlangt, dass die erforderlichen Tatsachenbehauptungen überdies konkret und bestimmt vorgebracht werden. Dabei bestimmt das materielle Bundesrecht, wie weit ein Sachverhalt inhaltlich zu substantieren ist, damit er unter die massgeblichen Bestimmungen des materiellen Rechts subsumiert werden kann. Die jeweiligen Anforderungen an die Konkretisierung der Behauptungen ergeben sich damit einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem

prozessualen Verhalten der Gegenpartei.

- 17 - Eine Tatsachenbehauptung braucht nicht alle Einzelheiten zu enthalten. Es genügt (in einem ersten Schritt), wenn die Tatsache in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen behauptet worden ist. Tatsachenbehauptungen müssen immerhin so konkret formuliert sein, dass ein substantiiertes Bestreiten möglich ist oder der Gegenbeweis angetreten werden kann. Bestreitet der Prozessgegner das an sich schlüssige Vorbringen der behauptungsbelasteten Partei, kann diese – um ihrer Substantiierungslast zu genügen – gezwungen sein, die rechtserheblichen Tatsachen nicht (mehr) nur in den Grundzügen, sondern so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen werden kann (BGE 127 III 365 E. 2.b; Urteil des Bundesgerichts 4A_410/2011 vom 11. Juli 2012 E. 6.1; Urteil des Bundesgerichts 4A_438/2010 vom 15. November 2010 E. 3.4.2.1; je m.w.H.). Eine Partei kann sich mithin nicht mit allgemeinen Behauptungen begnügen, in der Meinung, die Begründung ihres Prozessstandpunktes werde sich aus dem Beweisverfahren ergeben. Die Durchführung eines solchen setzt vielmehr entsprechende Behauptungen des Beweisführers voraus (Urteile des Bundesgerichts 5P.210/2005 vom 21. Oktober 2005 E. 4.1; Urteil des Bundesgerichts 4P.241/2004 vom 22. März 2005 E. 4).

E. 2.3

Editionsanträge / angebotene Beweismittel der Klägerin Vorab gilt es zudem Folgendes zu bemerken: Die Klägerin offeriert zu diversen Sachverhaltsfragen unter anderem die Zeugen- bzw. Parteiaussage von Organen der Klägerin und der Beklagten sowie von Verantwortlichen des C._____ Fonds. Gestützt auf die Ausführungen der Parteien ist nicht davon auszugehen, dass die Befragten im Rahmen einer Einvernahme von den in den Rechtsschriften vorgebrachten Positionen abweichen würden. Zudem ist die Strategie des C._____ Fonds in rechtlicher Hinsicht äusserst komplex. Dass hierzu gestützt auf das Erinnerungsvermögen verlässliche Ausführungen gemacht würden, ist nicht anzunehmen. Die bereits im Recht liegenden Beweismittel – insbesondere die detaillierte Beschreibung der Strategie des C._____ Fonds im Gutachten D._____ (vgl. Ziff. 4.4 hernach) – sind hinreichend, um über die vorliegenden Sachverhalts- und Rechtsfragen zu befinden. Dasselbige gilt für die zahlreichen Editionsanträge hin-

- 18 - sichtlich interner Dokumente der Beklagten sowie für die von der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA gestützt auf Art. 190 ZPO verlangten Auskünfte. Eine nähere Begründung dazu erfolgt nachfolgend dort, wo dies von Relevanz ist.

E. 3

Hintergrund / Unbestrittener Sachverhalt: Investition in den C._____ Fonds

E. 3.1

Der C._____ Fonds Der C._____ Fonds ist ein Spezialfonds in der Form einer Aktiengesellschaft nach luxemburgischem Recht und wurde am tt.mm.2011 gegründet. Emissionstag des C._____ Fonds war der tt.mm.2011. Der Fonds besteht als "umbrella fund" aus verschiedenen Teilfonds. Vorliegend hat die Klägerin in den Teilfonds "C1._____ Fund" investiert. Zulässige Investoren sind ausschliesslich Investoren, die als "sachkundige Investoren" im Sinne des luxemburgischen Gesetzes vom 13. Februar 2007 betreffend spezialisierte Investmentfonds eingeordnet werden. Das Anlagevolumen des C._____ Fonds erreichte insgesamt ca. EUR 220 Mio. und wurde unter anderem über die

Beklagte vertrieben (act. 1 Rz. 78 ff.; act. 9 Rz. 49 ff.; act. 3/31 S. 5).

E. 3.2

Besprechung vom 18. März 2011 Am 18. März 2011 fand eine Besprechung zwischen Vertretern der Parteien in ..., Portugal, statt. Vorgängig unterhielten weder die Klägerin noch Gesellschaften der G._____ Gruppe Geschäftsbeziehungen zur Beklagten. Anlässlich der Be- sprechung schlugen die Vertreter der Beklagten unter anderem eine Investition in den C._____ Fonds vor und erklärten anhand der Produktbeschreibung die Ei- genschaften des C._____ Fonds. Die Produktbeschreibung (act. 3/14), welche ei- ne jährliche Zielrendite von 12% in Aussicht stellte, wurde den Vertretern der Klä- gerin ausgehändigt. Schliesslich erwähnten Vertreter der Beklagten, dass Kunden der Beklagten bereits positive Erfahrungen mit ähnlichen Produkten gemacht hät- ten. Im Laufe der Produktvorstellung wiesen die Vertreter der Beklagten darauf hin, dass ein Gutachten zur Strukturierung des C._____ Fonds bestehe, welches für den Fall seiner Fehlerhaftigkeit versichert sei. Dabei handelte es sich um das

- 19 - Steuergutachten der Kanzlei D._____ (act. 19/5), das in der Besprechung jedoch weder namentlich genannt noch vorgelegt wurde (act. 1 Rz. 37 ff.; act. 9 Rz. 15 ff.; act. 18 Rz. 200 ff.; act. 26 Rz. 84).

E. 3.3

Produktbeschreibung des C._____ Fonds (act. 3/14) Die Produktbeschreibung machte zur Strategie des C._____ Fonds folgende An- gaben (S. 2): "- Investment in publicly listed blue-chip companies with high dividend yield - Short-term investment over dividend date (long stock) - Simultaneously hedged with short future position (market neutral hedge) - Take advantage of price inefficiencies due to dividend and corresponding taxation - Increased profit through leverage" Zu den Steuerrisiken wurde Folgendes festgehalten (S. 6): "The legal and tax treatment of investment funds as well as the applied strategies may change in a way which is unpredictable and beyond control. The success of certain investment strategies may depend on the realization of certain tax consequences. The non realization of such consequences may result in substantial risks - even the risk of total loss - for the investor. Among other things, the following risks have a tax background: Realization of claims for refund of withholding tax. Acknowledgement of right to claim dividends. Tax acknowledgement for set-off of profit and loss from trading, e.g. the investment in shares and the hedging transaction through derivatives."

E. 3.4

Weitere Informationen über den C._____ Fonds Nach Analyse der Produktbeschreibung teilte die Klägerin der Beklagten mit E- Mail vom 22. März 2011 (act. 3/17) mit, dass ein Investment in die vorgeschlage- ne Anlage geprüft werde und stellte darin noch weitere Fragen zum C._____ Fonds. Gleichentags sandte die Beklagte der Klägerin weiteres Informationsmate- rial über den C._____ Fonds zu, nämlich den Prospekt vom März 2011 (act. 3/15)

- 20 - sowie das Termsheet vom Februar 2011 (act. 3/16; act. 1 Rz. 48 ff.; act. 9 Rz. 32 ff.).

E. 3.5

Prospekt (act. 3/15) und Termsheet (act. 3/16) des C._____ Fonds Zusammengefasst sollten gemäss der im Prospekt beschriebenen Strategie die vom C._____ Fonds beauftragten US-Pensionsfonds das ihnen über Swap- Geschäfte zugeführte Kapital nutzen, um während

des Dividendenausschüttungs- zeitraumes in Aktien börsennotierter Unternehmen zu investieren. Die Aktien soll- ten einschliesslich des damit verbundenen Dividendenanspruches erworben und kurze Zeit später wieder verkauft werden, wobei Gewinne aus Preisdifferenzen bei den Aktien- und Termingeschäften während des Dividendenausschüttungs- zeitraumes generiert werden sollten (Arbitragestrategie). Im Einzelnen wird im "... Prospect" vom März 2011 (in Englisch) das Anlageziel des Teilfonds "C1._____ Fund" unter Ziff. 2 wie folgt beschrieben (act. 3/15; nach- folgend übersetzt gemäss der deutschen Fassung vom September 2011; act. 3/31 S. 33 f.; [Hervorhebungen durch das Gericht]): Ziel der Anlagepolitik dieses Teilfonds ist die nachhaltige Wertsteigerung der von den Anlegern ein- gebrachten Anlagemittel durch die Anlage von bis zu 100% des Netto-Gesellschaftsvermögens nach dem Grundsatz der Risikomischung in Equity Performance Verträge (Swaps) mit US- amerikanischen Pensionsfonds (Pensionsfonds). Die Anlagepolitik ist auf die Erreichung eines mög- lichen hohen und gleichmäßigen Wertzuwachses ausgerichtet. [...] Der Teilfonds wird über die Swaps indirekt an möglichen Erträgen aus Referenztransaktionen parti- zipieren, indem er die sich aus der Durchführung der Referenztransaktionen für die Pensionsfonds ergebenden Risiken absichert. Bei den Referenztransaktionen handelt es sich um Arbitragegeschäfte in börsengehandelten Referenzaktien und Referenz-Future Verträgen, die Pensionsfonds erwerben bzw. verkaufen, um marktrisikoneutral von Bewertungsunterschieden zwischen den Referenzaktien und den Referenz-Future Verträgen zu profitieren. Namentlich nutzen die Pensionsfonds das ihnen über die Swaps zugeführte Kapital, um während des Dividendenausschüttungszeitraums kurzfristig in Aktien von börsennotierten Unternehmen zu investieren. Die Aktien werden einschliesslich des

- 21 - damit verbundenen Dividendenanspruches erworben und kurzfristig danach wieder verkauft. Dabei machen sich die Pensionsfonds damit verbundene Marktineffizienzen zu Nutze und verfolgen die Anlagestrategie, Gewinne aus Preisdifferenzen bei Aktien- und Termingeschäften zu generieren, die sich im Zuge von Abschlägen um den Dividendenzahlungstag ergeben. Kursrisiken der börsen- gehandelten Aktien werden von den Pensionsfonds stets durch den gleichzeitigen Erwerb von bör- sengehandelten Short Futures über die erworbenen Aktien vollständig und marktneutral abgesi- chert, so dass weder zwischenzeitliche Börsenkursgewinne noch Börsenkursverluste der jeweils erworbenen Werte Auswirkungen auf die Pensionsfonds haben. Diese Anlagestrategie setzt über- dies voraus, dass die Pensionsfonds eine bevorzugte Behandlung nach den für diese einschlägigen Doppelbesteuerungsabkommen erhalten. Im Termsheet vom Februar 2011 (act. 3/16) ist eine verkürzte, aber dem Prospekt entsprechende Beschreibung des Anlageziels des C._____ Teilfonds wiederge- geben. Im Prospekt wird auf das Erstattungsrisiko von Quellensteuern [präziser: Kapital- ertragsteuern, die der Quellenbesteuerung unterliegen] wie folgt hingewiesen (act. 3/15 S. 31 f.; act. 3/31 S: 35 f.; [Hervorhebungen durch das Gericht]): Der Erfolg des Teilfonds hängt vornehmlich von den Zahlungen ab, die der Teilfonds nach den Swaps von den Pensionsfonds erhält. Diese wiederum hängen von dem Erfolg der Referenztrans- aktionen der Pensionsfonds ab. Der Erfolg der Pensionsfonds und damit indirekt des Teilfonds hängt vornehmlich davon ab, dass die Marktineffizienzen (Preisdifferenzen an den einschlägigen Märkten, auf denen die Aktiengeschäfte und die Termingeschäfte getätigt werden) weiterhin beste- hen bleiben. Da es sich dabei um verhältnismässig geringe Ineffizienzen handelt, können sich die dadurch bedingten Handelschancen beispielsweise durch Veränderungen des Marktumfelds, rechtliche und/oder steuerliche Rechtsanpassungen, Änderungen des Kreditmarktes und

Veränderungen der Handelsmöglichkeiten sehr kurzfristig einebnen. Der Anleger muss deswegen damit rechnen, dass ihm Kosten durch die Beteiligung am Teilfonds entstehen, obgleich sich die Handelsstrategie im Nachhinein nicht verwirklichen lässt. Es kann keine Zusicherung gegeben werden, dass die Arbitragestrategie der Pensionsfonds und damit mittelbar des Teilfonds, die sich auf bestimmte rechtliche (einschließlich steuerliche) Gegebenheiten und Verfahren stützt, erfolgreich umgesetzt werden kann; es handelt sich um eine ver-

- 22 - hältnismäßig junge Anlagestrategie, so dass sowohl in tatsächlicher wie auch in (steuer)rechtlicher Hinsicht kaum oder keine Erfahrungswerte vorliegen. Insbesondere stützen sich die Referenztransaktionen auf die rechtliche Annahme, dass die Pensionsfonds Dividenden ohne oder mit einem verminderten Quellensteuerabzug beziehen können. Je nach Quellenstaat müssen die Pensionsfonds eine Erstattung von zunächst einbehaltener und abgeführter Quellensteuer im Quellenstaat beantragen. Daraus können sich Erstattungsrisiken ergeben, die zu Lasten der Pensionsfonds und damit indirekt über die Swaps zu Lasten des Teilfonds gehen. Das kann dazu führen, dass die Pensionsfonds keine oder zeitlich extrem verzögerte Zahlungen unter den Swaps an den Teilfonds leisten müssen. Im Extremfall kann dies zu einem Totalverlust des unter dem jeweiligen Swap eingesetzten Kapitals führen.

E. 3.6

Zeichnung der Aktien des C._____ Fonds Nachdem sich die Klägerin für ein Investment in den C._____ Fonds entschieden hatte, wurde ihr mit E-Mail vom 30. März 2011 eine Vorlage für ein Schreiben übermittelt, welches die Verpflichtung zur Zeichnung von Aktien des C._____ Fonds vorsah (act. 3/20). G1._____ unterzeichnete das Schreiben am 31. März 2011 und sandte dieses der Beklagten zu. Am 4. April 2011 wurden der Beklagten die unterzeichneten Kontoeröffnungsdokumente (act. 3/4) und das Formular "Nominee investments in private placements, private equity and hedge funds" übermittelt, in welcher die Klägerin bestätigte, über die Risiken in Fonds Bescheid zu wissen, insbesondere dass auch ein Totalverlust möglich sei (act. 3/23 Ziff. 4). Am 15. April 2011 überwies die Klägerin der Beklagten EUR 6'552'000.-, woraufhin 6'500 Aktien des C._____ Fonds zu einem Kurs von je EUR 1'000.- in das Depot der Klägerin eingebucht wurden. Für Kommissionen der Bank wurden EUR 42'250.- und für die eidgenössische Stempelsteuer EUR 9'750.- belastet, was die Beklagte auf der Abrechnung vom 18. April 2011 (act. 3/28) auswies. Am 19. April 2011 sandten Vertreter der Klägerin der Beklagten das unterzeichnete "Subscription Form" (act. 3/29) zu, welches eine Zeichnung der Aktien direkt beim Fonds vorsah, dem aber unbestrittenemassen keine Bedeutung zukommt, da die Klägerin die Aktien von der Beklagten erworben und nicht direkt beim C._____ Fonds gezeichnet hatte (act. 1 Rz. 58 ff. und 67; act. 9 Rz. 43 ff.).

- 23 -

E. 3.7

Teilweise Rücknahme der Aktien des C._____ Fonds Da der Anlagehorizont auf sechs bis sieben Monate beschränkt war, erkundigte sich die Klägerin am 6. September 2011, wann der C._____ Fonds liquidiert und die Aktien ausbezahlt würden. Daraufhin wurde ihr von der Beklagten beschieden, dass der C._____ Fonds erst noch Steuergutschriften erhalten müsse und eine Rücknahme der Aktien erst stattfinden könne, sobald diese Gutschriften eingetroffen seien. Am 15. Dezember 2011 wurde die Klägerin von der Beklagten infor-

miert, dass sich die Rücknahme der Aktien "as a result of an unpredictable change in the administration" verspäten würde. Am 29. Dezember 2011 übermittelte die Beklagte der Klägerin ein Schreiben des Verwaltungsrates des C._____ Fonds vom 15. Dezember 2011, worin mitgeteilt wurde, dass der C._____ Fonds 10% der Aktien zurücknehmen werde. Entsprechend wurden am 6. Januar 2012 650 Aktien zu einem Preis von je EUR 1'121.40 (insgesamt EUR 728'910.–) zurückgenommen. Seither wurden keine weiteren Rücknahmen vorgenommen bzw. Auszahlungen des C._____ Fonds an die Klägerin geleistet (act. 1 Rz. 68 ff; act. 9 Rz. 43 ff.).

E. 3.8

Liquidation des C._____ Fonds Seit dem 19. März 2014 befindet sich der C._____ Fonds gestützt auf einen Beschluss des Verwaltungsrats in Liquidation, welche gegenwärtig noch nicht abgeschlossen ist (act. 1 Rz. 76; act. 9 Rz. 43 ff.).

E. 4

Geschäftsmodell des C._____ Fonds

E. 4.1

Wesentliche Parteistandpunkte Die Klägerin bringt wie bereits erwähnt vor, der C._____ Fonds habe in Wirklichkeit auf einem (mutmasslich) illegalen Cum-Ex-Geschäftsmodell beruht, bei dem der deutsche Staat Kapitalertragsteuern erstatte, die zuvor gar nicht abgeführt worden seien (act. 1 Rz. 43, 51, 55, 84 f., 91 ff. und 168; act. 18 Rz. 17, 45 ff., 60, 90, 106 und 119). Überdies stellt die Klägerin die Behauptung auf, der C._____ Fonds habe ein illegales Cum-Ex-Geschäftsmodell verfolgt, indem er nur einmal abgeführte Kapitalertragsteuern doppelt oder mehrfach zurückverlangt habe

- 24 - (act. 18 Rz. 18, 205 und 245). Sodann handle es sich bei den US-Pensionsfonds um Scheinkonstrukte, welche von den Initiatoren des C._____ Fonds – den deutschen Rechtsanwälten Dr. I._____ und Dr. H._____ – gesteuert worden seien (act.1 Rz. 45, 47, 55, 79 f., 85, 124 und 175; act. 18 Rz. 137) Die Beklagte bestreitet, dass der C._____ Fonds ein illegales Geschäftsmodell verfolgt habe, indem er einmal abgeführte Kapitalertragsteuern doppelt oder mehrfach zurückverlangt habe. Auch habe er nicht mit anderen Marktteilnehmern an solchen Machenschaften mitgewirkt. Weder eine Behörde noch ein Gericht hätten solches festgestellt. Soweit die Klägerin behaupte, das Geschäftsmodell des C._____ Fonds beruhe darauf, dass die Erstattung eines höheren als des tatsächlich abgeführten Betrages an Kapitalertragsteuern verlangt würde, sei die Behauptung unsubstantiiert, weil nicht dargelegt werde, wer wie agiert haben soll und welche Folgen worauf beruhen würden. Die US-Pensionsfonds seien überdies keine Scheinkonstrukte (act. 9 Rz. 52 ff., 62 f. und 69; act. 26 Rz. 6 und 33 ff.). Einig sind sich die Parteien darüber, dass Cum-Ex-Geschäftsmodelle um den Dividendenstichtag nicht generell als illegale Steuerumgehungen einzustufen sind (act. 18 Rz. 17 und 98; act. 26 Rz. 23 und 66).

E. 4.2

Urteile des Landgerichts Bonn vom 15. Januar 2014 (act. 19/13a; act. 19/13b)

E. 4.2.1

Parteistandpunkte Für ihre Behauptung, dass das Geschäftsmodell des C._____ Fonds auf der mehrfachen Rückerstattung von Kapitalertragsteuern beruhe, beruft sich die Klägerin

zunächst auf zwei Urteile des Landgerichts Bonn vom 15. Januar 2014. Die Klägerin macht geltend, dass das Landgericht Bonn über zwei Amtshaftungsklagen gegen das Bundeszentralamt für Steuern entschieden habe, weil sich das Bundeszentralamt geweigert habe, den beiden Klägern in diesem Verfahren – zwei US-Pensionsfonds des C._____ Fonds – Kapitalertragsteuern zu erstatten. Aus den Erwägungen des Landgerichts Bonn erhelle, dass das Geschäftsmodell

- 25 - des C._____ Fonds mit grosser Wahrscheinlichkeit darauf beruhe, Kapitalertragsteuern doppelt und mehrfach vom deutschen Fiskus zurückzuverlangen (act. 1 Rz. 123 ff.; act. 18 Rz. 46 ff.). Dagegen bringt die Beklagte vor, die Amtshaftungsklagen der US-Pensionsfonds seien erfolgt, weil das Bundeszentralamt für Steuern nicht über ihre Erstattungsanträge entschieden habe. Die US-Pensionsfonds seien der Auffassung gewesen, das Bundeszentralamt erledige seine Aufgabe nicht beförderlich. Das Landgericht Bonn habe die Berechtigung der US-Pensionsfonds zur Erstattung der Kapitalertragsteuer oder die Legitimität des Geschäftsmodells des C._____ Fonds jedoch nicht prüfen müssen (act. 9 Rz. 69; act. 26 Rz. 38 ff.).

E. 4.2.2

Erwägungen des Landgerichts Bonn

E. 4.2.2.1

Parteien Das Landgericht Bonn führte zu den Klägern bzw. zu den US-Pensionsfonds aus, dass es sich um Trusts nach amerikanischem Recht handle, welche in den USA als Pensionsfonds anerkannt und dadurch gemäss dem Doppelbesteuerungsabkommen zwischen den USA und Deutschland von der Dividendenbesteuerung befreit seien, vorausgesetzt, die Dividenden entstammten nicht einer gewerblichen Tätigkeit der Pensionsfonds. Gemäss Landgericht hätten die US-Pensionsfonds im Zeitraum vom 12. April 2011 bis zum 1. Juni 2011 über die Börse (in erheblichem Masse kreditfinanziert) Aktien verschiedener deutscher DAX Unternehmen im Volumen von jeweils über 6 Milliarden Euro erworben. Der Kauf habe jeweils kurz vor dem Datum der Hauptversammlung (Generalversammlung), an welcher der Beschluss über die Dividendenausschüttung erfolgt sei, stattgefunden. Kurz nach der Hauptversammlung hätten die Kläger die Aktienpakete wieder verkauft (act. 19/13a und 19/13b Rz. 4 ff.). Beklagte Partei war das deutsche Bundeszentralamt für Steuern. Unbestritten ist, dass die hängig gemachte Klage Amtspflichtverletzungen im Zusammenhang mit der Erstattung von Kapitalertragsteuern zum Gegenstand hatte.

- 26 -

E. 4.2.2.2

System der Erhebung der Kapitalertragsteuer auf Dividenden bei Börsengeschäften Zur Abwicklung von Börsengeschäften führte das Landgericht aus, dass sich die Aktien von grossen Unternehmen in Sammelverwahrung befänden, wodurch es möglich sei, dass die sachenrechtliche Erfüllung der über die Börse abgeschlossenen Kaufverträge nicht unmittelbar mit Kauf bzw. Verkauf der Aktien erfolge. Gemäss der Rechtslage im Jahr 2011 werde die Kapitalertragsteuer (nebst dem Solidaritätszuschlag) direkt von den Aktienunternehmen nach dem Prinzip der Quellenbesteuerung abgeführt. Die Abführung erfolge für die Aktionäre, da diese letztlich Schuldner der Kapitalertragsteuer seien. Die Depotbanken der Aktionäre bescheinigten daraufhin die Abfuhr der Kapitalertragsteuer.

Berechtigter der Dividende sei der wirtschaftliche Eigentümer der Aktie im Zeitpunkt der Beschlussfassung, was bei einem Verkauf "cum Dividende" kurz vor dem Dividendenstichtag der Käufer sei, auch wenn die Aktien sachenrechtlich erst nach dem Dividendenstichtag geliefert würden. Um die Dividendenzahlung an den Käufer als wirtschaftlichen Eigentümer sicherzustellen, erfolge im Rahmen der Sammelverwahrung ein Sperrvermerk, der die Auszahlung der Dividende an den bisherigen Eigentümer verhindere. Dieses System funktioniere allerdings nicht bei einem Leerverkauf kurz vor dem Dividendenstichtag, bei dem der Verkäufer die fraglichen Aktien nicht auch tatsächlich im Eigentum habe, weil der Verkäufer den Vertrag zwei Tage später ohne Dividendenbezugsrecht "ex Dividende" erfüllen könne. Zum Ausgleich sei der Verkäufer nach Börsenusage verpflichtet, eine Dividendenausgleichszahlung in der Höhe der Nettodividende (Bruttodividende abzüglich Kapitalertragsteuer) zu leisten, welche die Depotbank dem Käufer gutschreibe. Die Depotbank sei nach der Rechtslage im Jahr 2011 auch verpflichtet gewesen, dem Käufer eine Bescheinigung über die Abfuhr der Kapitalertragsteuer auszustellen, dies obwohl die Depotbank nicht wissen konnte, ob der Bescheinigung eine tatsächliche Kapitalertragsteuerzahlung gegenüberstehe oder ob der Verkäufer leer verkauft habe. Dadurch sei es möglich gewesen, dass für die gleiche Aktie vom dividendenzahlenden Aktienunternehmen nur einmal Kapitalertragsteuer abgeführt worden sei und gleichzeitig mehrere Personen von ihren (ausländischen) Depotbanken Bescheinigungen über die Abfuhr von Kapitalertragsteuer erhalten

- 27 - hätten. Bei einem Leerverkauf sei als Gläubiger eines etwaigen Kapitalertragsteuererstattungsanspruchs der Käufer als wirtschaftlicher Eigentümer anzusehen, auch dann, wenn die Aktie sachenrechtlich erst nach dem Dividendenstichtag geliefert werde, womit im Ergebnis im Fall von Leerverkäufen über ausländische Depotbanken die Gefahr bestehe, dass für dieselbe Aktie mehrere Kapitalertragsteuererstattungsansprüche geltend gemacht würden, denen nur eine einmalige Kapitalertragsteuerzahlung durch das Aktienunternehmen gegenüberstehe (act. 19/13a und 19/13b Rz. 11 ff.).

E. 4.2.2.3

Keine Amtspflichtverletzung Das Landgericht Bonn wies die Amtshaftungsklagen schliesslich ab und erwog, dass keine schuldhaftige Amtspflichtverletzung darin liege, dass die Beamten des Bundeszentralamts für Steuern umfangreiche Prüfungen vornehmen würden, ob den von den US-Pensionsfonds geltend gemachten Kapitalertragsteuererstattungsansprüchen tatsächliche Kapitalertragsteuerzahlungen gegenüberstünden. Vorwerfbar sei eine Rechtsanwendung nur, die gegen den klaren Wortlaut einer Bestimmung oder gegen die höchstrichterliche Rechtsprechung verstosse. Dies sei vorliegend nicht der Fall, weil es an der höchstrichterlichen Klärung der Rechtsfrage fehle, ob die Kapitalertragsteuererstattung bei Dividendenzahlungen die tatsächliche Entrichtung der Kapitalertragsteuer voraussetze. Es erachtete jedoch die Rechtsauffassung des Bundeszentralamts für Steuern, wonach Voraussetzung eines Erstattungsanspruchs eine vorangegangene tatsächliche Steuerzahlung sei, als naheliegend. Die doppelte Erstattung einfach gezahlter Steuern widerspreche den Denkgesetzen der Logik. Weiter erwog es, dass die konkrete Möglichkeit des Vorliegens eines Investitionsvehikels für Anlegergelder zur Ausnutzung der Regelungsschwächen des deutschen Steuerrechts zur Dividendenbesteuerung bestehe, was eine nähere und genaue Prüfung rechtfertige (act. 19/13a und act. 19/13b Rz. 70 ff.).

E. 4.2.3

Würdigung Es ist der Beklagten insofern zuzustimmen, als das Landgericht Bonn im Rahmen der eingereichten Amtshaftungsklagen die Berechtigung der US-Pensionsfonds zur Erstattung der Kapitalertragsteuer nicht zu prüfen hatte. Es nahm eine Beurteilung der von den US-Pensionsfonds gegenüber den Beamten des Bundeszentralamts für Steuern vorgeworfenen Amtspflichtverletzungen vor. In diesem Zusammenhang äusserte sich das Landgericht obiter dictum zur Rechtslage hinsichtlich der Rückerstattung von Kapitalertragsteuern, letztlich hatte es aber über das Geschäftsmodell des C._____ Fonds und die damit verbundenen Rechtsfragen nicht zu befinden. Gemäss den Erwägungen des Landgerichts haben die US-Pensionsfonds in ihrer Klage aber offenbar ausführen lassen, dass bei Leerverkäufen nach der gesetzlichen Konzeption die Vervielfachung des wirtschaftlichen Eigentums an Aktien und damit das Risiko doppelter Kapitalertragsteuererstattungen hinzunehmen sei (act. 19/13a und act. 19/13b Rz. 42). Damit implizieren die US-Pensionsfonds jedoch zumindest die Möglichkeit, dass es zu einer mehrfachen Rückerstattung von Kapitalertragsteuern kommen kann. Dass hingegen sie, die US-Pensionsfonds bzw. der C._____ Fonds, mehrfach Kapitalertragsteuern zurückverlangen würden, lässt sich daraus nicht folgern.

E. 4.3

Urteil des Oberlandesgerichts Köln vom 11. Dezember 2014 (act. 19/14)

E. 4.3.1

Parteistandpunkte Die Klägerin bringt vor, dass ein Urteil des Landgerichts Bonn vom 15. Januar 2014 mit Berufung an das Oberlandesgericht Köln weitergezogen worden sei, welches die Berufung mit Urteil vom 11. Dezember 2014 "zurückgewiesen" (bzw. abgewiesen) habe. Vor dem Oberlandesgericht Köln sei nunmehr unbestritten geblieben, dass das Geschäftsmodell des C._____ Fonds darauf beruhe, Kapitalertragsteuern doppelt und mehrfach vom deutschen Fiskus zurückzuverlangen (act. 18 Rz. 53 ff.).

- 29 - Die Beklagte entgegnet, die klägerische Behauptung, es sei vor dem Oberlandesgericht Köln unbestritten geblieben, dass das Geschäftsmodell des C._____ Fonds darauf beruhe, Kapitalertragsteuern doppelt und mehrfach zurückzuverlangen, sei unsubstantiiert und unzutreffend (act. 26 Rz. 44 ff.).

E. 4.3.2

Erwägungen des Oberlandesgerichts Köln Das Oberlandesgericht Köln hielt für fraglich, ob der US-Pensionsfonds als Kläger eine Erstattung der Kapitalertragsteuer letztlich erfolgreich geltend machen könne. Dazu führte es aus, dass es bei Aktiengeschäften um den Dividendenstichtag hinsichtlich derselben Aktien zur Existenz von zwei Eigentümern kommen könne, nämlich zum Veräusserer als zivilrechtlicher und zum Erwerber als wirtschaftlicher Eigentümer. Während bei einem normalen Verkauf vor dem Dividendenstichtag der Veräusserer weder die Dividende noch eine Steuerbescheinigung erhalte, weil hinsichtlich der veräusserten Aktien ein Sperrvermerk in seinem Depot angebracht werde, gehe der Sperrvermerk beim Leerverkauf ins Leere, weil sich die Aktien nicht im Depotbestand des Veräusserers befänden. Als Leerverkauf werde die Marktpraxis bezeichnet, ein Finanzinstrument zu verkaufen, das zum Zeitpunkt der Transaktion nicht im Eigentum des Verkäufers stehe. Damit bekomme am Dividendenstichtag der Eigentümer, bei dem sich der Veräusserer die Aktien noch beschaffen müsse, sowohl die Nettodividende als auch die Steuerbescheinigung (für den Abzug der Kapitalertragsteuer).

Gleichzeitig bekomme der Erwerber, der die Aktie cum Dividende erworben habe, einen Betrag in Höhe der Nettodividende (Dividendenausgleichszahlung) gutgeschrieben sowie ebenfalls eine Steuerbescheinigung. Da für ausländische Kreditinstitute keine Pflicht bestehe, auf der Dividendenausgleichszahlung Kapitalertragsteuer einzubehalten und abzuführen, habe dies dazu geführt, dass bei der Beteiligung eines ausländischen Kreditinstituts auf der Seite des Veräusserers sowohl der ursprüngliche Aktieninhaber als auch der Erwerber jeweils eine Bescheinigung über entrichtete Kapitalertragsteuer erhalten hätten, obwohl diese nur einmal abgeführt worden sei. Diese steuerrechtliche Problematik sei durch das "OGAW-IV-Umsetzungsgesetz" per 1. Januar 2012 beseitigt worden (act. 19/14 Rz. 48 ff.).

- 30 - Im Hinblick auf den Erstattungsanspruch des US-Pensionsfonds stelle sich diese dargestellte Problematik, da unstreitig sei, dass dieser die Aktien kurz vor dem Dividendenstichtag gekauft und kurz danach wieder verkauft habe. Vorliegend sei es durchaus möglich, dass den streitgegenständlichen Wertpapiergeschäften solche Cum-Ex-Leerverkäufe unter Beteiligung einer ausländischen Depotbank zugrunde lägen. Vor diesem Hintergrund sei es nicht zu beanstanden, dass das Bundeszentralamt für Steuern Ermittlungen durchgeführt habe, ob der US-Pensionsfonds als wirtschaftlicher Eigentümer der Aktien anzusehen sei (act. 19/14 Rz. 57 ff.). Das Bundeszentralamt für Steuern sei auch berechtigt zu prüfen, ob eine zweite Kapitalertragsteuer einbehalten und abgeführt worden sei. Vorliegend sei weiterhin unklar, ob der Leerverkäufer von seiner Depotbank zusätzlich mit dem auf die Dividendenkompensationszahlung entfallenden Steueranteil belastet worden sei oder nicht (act. 19/14 Rz. 54 f.). Da der US-Pensionsfonds auch nicht behauptete, dass eine zweite Kapitalertragsteuer tatsächlich abgeführt worden sei, seien insoweit entsprechende Ermittlungen des Bundeszentralamts für Steuern zulässig (act. 19/14 Rz. 57).

E. 4.3.3

Würdigung Das Oberlandesgericht Köln nahm im Rahmen seiner Beurteilung der Berufung gegen die abgewiesenen Amtshaftungsklagen ebenfalls keine Überprüfung des Geschäftsmodells des C._____ Fonds vor. Es hielt fest, dass das Bundeszentralamt für Steuern die Entscheidung über den Antrag auf Erstattung der Kapitalertragsteuern einen komplexen Sachverhalt aufklären und höchstrichterlich nicht geklärte Rechtsfragen beantworten müsse (act. 19/14 Rz. 46), weshalb der Berufung gegen die Amtshaftungsklagen auch kein Erfolg beschieden war. Ob tatsächlich eine zweite Kapitalertragsteuer abgeführt wurde oder nicht, liess das Oberlandesgericht indes offen. Unter anderem aus dem Umstand, dass die US-Pensionsfonds die Abführung einer zweiten Kapitalertragsteuer nicht behauptet haben, schloss es auf die Zulässigkeit von entsprechenden Ermittlungen durch das Bundeszentralamt für Steuern (act. 19/14 Rz. 57).
Entgegen der Klägerin

- 31 - kann demzufolge aus dem Urteil nicht der Schluss gezogen werden, es sei unbestritten geblieben, dass Kapitalertragsteuern doppelt zurückverlangt werden. Das Oberlandesgericht äusserte sich zur Rechtslage hinsichtlich der Rückerstattung von Kapitalertragsteuern. Dabei wies es auf eine bestehende Regelungslücke im Erhebungssystem der Kapitalertragsteuern hin, welche bis Ende 2011 bestand. Es erwog, dass die Erstattungsansprüche der US-Pensionsfonds nach der Rechtslage im Jahr 2011 beurteilt werden müssten, wobei klärungsbedürftig sei, ob einem Erstattungsanspruch eine Absprache oder eine Nichtabführung einer zweiten Kapitalertragsteuer entgegenstehe (act.

19/14 Rz. 49). Selbst für den Fall, dass keine zweite Kapitalertragsteuer abgeführt worden sei, könne nicht eindeutig beantwortet werden, ob die Kapitalertragsteuer dem US-Pensionsfonds zu erstatten sei (act. 19/14 Rz. 54). Daraus erhellt, dass die Illegalität des Geschäftsmodells des C._____ Fonds mit dem Urteil des Oberlandesgerichts Köln noch nicht feststeht.

E. 4.4

Gutachten D._____ (act. 19/5)

E. 4.4.1

Vorbemerkung Das 164 Seiten umfassende Gutachten von Dr. I._____ der Kanzlei D._____ befasst sich mit der steuerrechtlichen Beurteilung der Strategie des C._____ Teilfonds. Es wurde anlässlich der Besprechung in Portugal von der Beklagten (nicht namentlich) erwähnt (vgl. Ziff. 3.2 hiervor; act. 1 Rz. 37; act. 9 Rz. 22; act. 26 Rz. 84). Daraus ist zu schliessen, dass es der Beklagten zum Zeitpunkt der Besprechung auch vorlag. Gegenteiliges behauptet die Beklagte jedenfalls nicht. Anzumerken ist ferner, dass es sich nicht um ein gerichtliches Gutachten im Sinne von Art. 183 ZPO handelt.

E. 4.4.2

Parteistandpunkte Die Klägerin bringt vor, aus dem Gutachten gehe hervor, dass eine mehrfache Erstattung der nur einmal bezahlten Kapitalertragsteuer angestrebt werde. Zudem habe der Gutachter das Risiko aufgrund einer abweichenden Auffassung der Finanzverwaltung erkannt, dass nur der tatsächliche Eigentümer und nicht der wirtschaftliche Eigentümer von Aktien zur Erstattung von Kapitalertragsteuern berechtigt sei (act. 18 Rz. 78 ff.). Die Beklagte entgegnet, im Gutachten werde mit keinem Wort erwähnt, dass eine mehrfache Erstattung der nur einmal bezahlten Steuer angestrebt werde. Im Gutachten werde auf die Auffassung der Finanzverwaltung hingewiesen, wonach im Falle von Absprachen zwischen Leerverkäufer und Käufer eine Erstattung der Kapitalertragsteuer nicht in Betracht komme. Diese Auffassung werde vom Gutachter jedoch nicht geteilt. Ohnehin gehe der Gutachter davon aus, dass keine Absprachen über Leerverkäufe erfolgen würden (act. 26 Rz. 54 ff.).

E. 4.4.3

Geschäftsstrategie des C._____ Fonds gemäss Gutachten Dem Gutachten ist zu entnehmen, dass der C._____ Fonds auf einer komplexen Struktur basiert. Auf eine detaillierte Darstellung kann mangels Relevanz verzichtet werden. Grob zusammengefasst beschreibt der Gutachter den C._____ Fonds wie folgt: Die vertraglichen Beziehungen zwischen den US-amerikanischen Pensionsfonds und dem C._____ (Teil-)fonds seien in einer Swap-Vereinbarung geregelt (vgl. dazu act. 42/8a-b). Die US-Pensionsfonds würden sich als Limited Partners an einer Limited Partnership nach dem Recht von Gibraltar beteiligen (GLP). Über einen zwischengeschalteten Prime Broker werde vor der Hauptversammlung (bzw. Generalversammlung) ein Future-Kontrakt (Buy-Future bzw. Terminkauf) über den Kauf einer bestimmten Aktie eingegangen, welcher am Tag der Hauptversammlung oder einen Tag zuvor fällig werde, um die Aktien vor dem Dividendenstichtag "cum Dividende" zu erwerben. Entsprechend der rechtlichen Ausgestaltung des Buy-Future sei der Vertrag durch physische Lieferung der Aktien zu erfüllen. Die Hauptversammlung beschliesse sodann die Ausschüttung einer Dividende, von welcher das Aktienunternehmen die Kapitalertragsteuer (25% der Bruttodividende) plus

Solidaritätszuschlag einbehalte und an das Finanzamt ab- führe. Die GLP erhalte als Gläubigerin der Kapitalerträge eine Kompensations- zahlung in Höhe der Nettodividende. Die GLP verkaufe einige Tage nach der

- 33 - Hauptversammlung die Aktien wieder, nunmehr ohne Dividendenberechtigung (ex Dividende) und lasse ein Erstattungsverfahren der einbehaltenen Kapitalertrag- steuer plus Solidaritätszuschlag durchführen (act. 19/5 S. 6 ff., 117 und 120). Insoweit stellen die Ausführungen im Gutachten eine nähere Umschreibung der Angaben im Prospekt und in den Verkaufsunterlagen der Beklagten dar.

E. 4.4.4

Steuerrechtliche Folgen Von Interesse sind vorliegend die steuerrechtlichen Ausführungen. Diesbezüglich lässt sich dem Gutachten entnehmen, dass die US-Pensionsfonds über die GLP im Zeitpunkt der Fälligkeit des Buy-Future am Tag der Hauptversammlung oder einen Tag zuvor wirtschaftliches aber noch kein zivilrechtliches Eigentum an den Aktien erwerben würden. Der zivilrechtliche Eigentumserwerb erfolge erst später am vierten Börsentag nach Fälligkeit des Buy-Futures mit der Umbuchung der Gi-rosammelverwahrung. Die anlässlich der Dividendenausschüttung abgezogene Kapitalertragsteuer werde aus steuerrechtlicher Warte für Rechnung der an der GLP beteiligten US-Pensionsfonds einbehalten und abgeführt. Der Abzug der Kapitalertragsteuer erfolge "somit zu Lasten (auch) [Hervorhebung durch das Ge- richt] des wirtschaftlichen Eigentümers der Aktien" (act. 19/5 S. 74). Die einbehal- tene und abgeführte Kapitalertragsteuer (samt dem Solidaritätszuschlag) sei den US-Pensionsfonds gestützt auf §50d Abs. 1 des deutschen Einkommensteuerge- setzes (EStG) in Verbindung mit Art. 10 Abs. 3 lit. b des Doppelbesteuerungsab- kommens zwischen den USA und Deutschland vom Bundeszentralamt für Steu- ern zurückzuerstatten. Dies stelle keinen Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmög- lichkeiten (Steuerumgehung) dar und die von den US-Pensionsfonds geltend ge- machte Kapitalertragsteuererstattung sei auch nicht als "gesetzlich nicht vorgese- hener" Steuervorteil zu werten (act. 19/5 S. 26 ff., 38, 52, 67 und 72 ff.). Ferner wird im Gutachten auf eine abweichende Auffassung der Finanzverwal- tung verwiesen, wonach bei Leerverkäufen von Aktien über den Dividendenstich- tag die Kapitalertragsteuer nicht zu Lasten des Erwerbers und wirtschaftlichen Ei- gentümers einbehalten werde, wenn ein wirtschaftlicher Zusammenhang zwi- schen Leerverkauf und Kauf bestehe (act. 19/5 S. 75). Diese Auffassung wird

- 34 - auch im Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 29. März 2011 wiedergegeben, welches die Klägerin in ihrer Noveneingabe eingereicht hat (act. 42/11). Der Gutachter lehnt die Auffassung der Finanzverwaltung ab und hält dagegen, dass das Gesetz allgemein und einschränkungslos davon ausgehe, "dass die Dividendenzahlung und damit auch der darauf entfallende Kapitaler- tragsteuereinbehalt stets (auch) dem wirtschaftlichen Eigentümer der jeweiligen Aktien an der ausschüttenden Gesellschaft zuzurechnen" sei (act. 19/5 S. 76). Vor dem Hintergrund der verfehlten Ansicht der Finanzverwaltung sei Vorsorge zu treffen, dass keine Absprachen über Leerverkäufe getroffen würden, um die An- nahme eines wirtschaftlichen Zusammenhangs zu vermeiden (act. 19/5 S. 77 f.).

E. 4.4.5

Würdigung Die Strategie des C._____ Fonds basiert gemäss Gutachten unter anderem da- rauf, dass Aktien vor dem Zeitpunkt des Gewinnverwendungsbeschlusses (Divi-

dendenbeschluss) der Hauptversammlung (Generalversammlung) "cum dividende" erworben und nach dem Dividendenstichtag "ex dividende" geliefert und unmittelbar nach Lieferung wieder weiterveräußert werden. Dies bezeichnet der Gutachter als "Dividenden Arbitrage Strategie um den Tag der Hauptversammlung", wobei durch die Ausnutzung von Marktineffizienzen ein Gewinn erzielt werden sollte (act. 19/5 S. 6 und 113). Diese Beschreibung stimmt auch mit den Angaben im Prospekt und in den Verkaufsunterlagen der Beklagten überein. Im Gutachten wird auf den Seiten 36 bis 110 vordergründig die Frage thematisiert, ob die US-Pensionsfonds des C._____ Fonds als wirtschaftliche, aber noch nicht als zivilrechtliche Eigentümer der Aktien, berechtigt sind, die einbehaltene und abgeführte Kapitalertragsteuer erstatten zu lassen. Dies bejaht der Gutachter, da die US-Pensionsfonds aus steuerrechtlicher Sicht als Gläubiger der einbehaltenen und abgeführten Kapitalertragsteuer anzusehen seien. Die US-Pensionsfonds könnten demzufolge die einbehaltene und abgeführte Kapitalertragsteuer erstatten lassen, was keinen Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten (Steuerumgehung) darstelle (act. 19/5 S. 112 ff.).

- 35 - Wenn nun ausgeführt wird, dass der Kapitalertragsteuereinbehalt stets auch dem wirtschaftlichen Eigentümer zuzurechnen sei (act. 19/5 S. 76), geht der Gutachter zumindest implizit davon aus, dass sich auch der zivilrechtliche Eigentümer die Kapitalertragsteuer erstatten lässt, womit es zu einer doppelten Erstattung von nur einmal einbehaltener und abgeführter Kapitalertragsteuer kommen kann. Darauf deuten auch die Überlegungen des Gutachters hin, wonach dem Gesetzgeber bekannt gewesen sei, dass in Konstellationen von Leerverkäufen eventuell ein höheres Dividendenvolumen bescheinigt und steuerlich berücksichtigt werde, als von der Aktiengesellschaft tatsächlich ausgeschüttet worden sei (act. 19/5 S. 114). Überdies hätte es der Begründung, dass keine Steuerumgehung vorliegt, nicht bedurft, wenn die Möglichkeit der doppelten Erstattung von nur einmal einbehaltener und abgeführter Kapitalertragsteuern nicht bestünde. Aus dem Gutachten geht jedoch nicht hervor, dass der C._____ Fonds selbst Kapitalertragsteuern doppelt oder mehrfach zurückverlangen würde.

E. 4.5

Replik des deutschen Bundesministeriums der Finanzen vom 11. März 2014 (act. 19/15)

E. 4.5.1

Parteistandpunkte Die Klägerin bringt vor, aus der besagten Replik des deutschen Bundesministeriums der Finanzen vom 11. März 2014 lasse sich schlussfolgern, dass das Geschäftsmodell des C._____ Fonds darauf beruhe, mittels Cum-Ex-Trades um den Dividendenstichtag nur einmal abgeführte Kapitalertragsteuer mehrfach zurückzuverlangen (act. 18 Rz. 62). Die Beklagte bestreitet dies und hält dagegen, dass das Bundesministerium der Finanzen ohnehin nicht zuständig wäre, über die Frage der Legalität des Geschäftsmodells des C._____ Fonds ein Urteil zu fällen (act. 26 Rz. 51 f.).

E. 4.5.2

Würdigung Die Replik betrifft einen Rechtsstreit zwischen der J._____ Beteiligungsgesellschaft gegen das Finanzamt Hamburg-... vor dem Bundesfinanzhof im Zusam-

- 36 - menhang mit Cum-Ex-Geschäften. Das Bundesministerium äusserte sich nur beiläufig zum C._____ Fonds, indem es ausführte, dass die US-Pensionsfonds mittels Cum-Ex-Trades deutsche Aktien erwerben würden (act. 19/15 S. 6). Der C._____ Fonds

war an diesem Verfahren indes nicht beteiligt und überdies stellt die Replik des Bundesministeriums der Finanzen eine Parteieingabe dar. Insofern lassen sich daraus auch keine näheren Schlüsse zum Geschäftsmodell des C._____ Fonds ziehen.

E. 4.6

Schreiben des Verwaltungsrats des C._____ Fonds (act. 3/46)

E. 4.6.1

Parteistandpunkte Die Klägerin behauptet, der Verwaltungsrat des C._____ Fonds bestätige mit seinem Schreiben vom 25. März 2014, dass der C._____ Fonds auf dem Geschäftsmodell des "Dividendenstripings" beruhe (act. 3/46). Im Schreiben werde auf ein Urteil des Bundesfinanzhofs vom 6. März 2013 sowie auf einen Aufsatz von Prof. Dr. K._____ verwiesen, worin es um die Frage gehe, ob neben dem Verkäufer als tatsächlicher Eigentümer der Aktien auch der wirtschaftliche Eigentümer einen Anspruch auf Erstattung von nur einmal abgeführter Kapitalertragsteuer habe (act 18 Rz. 89 f.). Die Beklagte bestreitet die klägerischen Ausführungen und erachtet sie überdies als unsubstantiiert. Sie macht ferner geltend, dass ein "Dividendenstripping" nicht grundsätzlich etwas Illegales sei (act. 26 Rz. 66 ff.).

E. 4.6.2

Würdigung Im Schreiben des Verwaltungsrats des C._____ Fonds wird der Begriff "Dividendenstripping" zwar erwähnt und es wird der Entscheid des Bundesfinanzhofs vom

E. 4.7

Gutachten E._____ (act. 42/16)

E. 4.7.1

Parteistandpunkte Die Klägerin behauptet, dass die Kanzlei E._____ am 4. März 2013 ein Gutachten für die Beklagte erstellt habe, welches zum Schluss gekommen sei, dass eine Steuererstattung an die US-Pensionsfonds eher unwahrscheinlich sei (act. 18 Rz. 91). Die Beklagte entgegnet, selbst wenn das Gutachten zu diesem Schluss gelangt wäre, könnte mit einer solchen Einschätzung die klägerische Behauptung, wonach das Cum-Ex-Geschäftsmodell des C._____ Fonds illegal sei, nicht bewiesen werden (act. 26 Rz. 69).

E. 4.7.2

Zulässiges Novum Die Klägerin konnte das Gutachten anlässlich der ihr durch das Amtsgericht Köln gewährten Akteneinsicht am 1. März 2016 erhältlich machen (act. 1 Rz. 1 f.) und hat dieses unverzüglich vorgebracht, womit ein zulässiges Novum vorliegt (Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO).

E. 4.7.3

Würdigung Das Gutachten E._____ kommt zwar zum Schluss, dass in Abweichung zum Gutachten D._____ das Vorliegen belastender Absprachen bei Leerverkäufen [bzw. ein wirtschaftlicher Zusammenhang vgl. Ziff. 4.4.4 hiervor] deutlich wahrscheinlicher bzw. eine Erstattung eher unwahrscheinlich sei (act. 42/16 Ziff. 8.19 S. 28). Es hält jedoch auch fest, dass noch keine "orientierende" Aussage des Bundesfinanzhofs vorliege und das Ergebnis eines allfälligen Prozesses offen sei (act. 42/16 Ziff. 10 S. 30). Ein nachträglich

erstelltes Rechtsgutachten, welches zum Schluss gelangt, dass eine Erstattung der Kapitalertragsteuern an die US- Pensionsfonds unwahrscheinlich sei, vermag jedoch nicht zu beweisen, dass die Illegalität des C._____ Fonds bereits festgestanden hätte. Dass sowohl Sachver- halts- als auch Rechtsfragen bezüglich des C._____ Fonds strittig bzw. noch un-

- 38 - geklärt sind, wird bereits durch die beiden Urteile des Landgerichts Bonn und durch das Urteil des Oberlandesgerichts Köln illustrativ aufgezeigt. Ferner verweist die Klägerin auf eine Stellungnahme von E._____, welche hin- sichtlich eines von L._____ gegen die Klägerin angestregten Prozesses erstellt wurde (act. 41 Rz. 36 ff.; act. 42/17). Daraus lassen sich jedoch keine weiteren Erkenntnisse für das vorliegende Verfahren ableiten, insbesondere nicht hinsicht- lich der nach Schweizer Recht zu beurteilenden Aufklärungspflichten.

E. 4.8

Gutachten F._____ (act. 42/33)

E. 4.8.1

Zulässiges Novum Die Klägerin konnte das Gutachten anlässlich der ihr durch das Amtsgericht Köln gewährten Akteneinsicht am 1. März 2016 erhältlich machen (act. 1 Rz. 1 f.) und hat dieses unverzüglich vorgebracht, womit ein zulässiges Novum vorliegt (Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO).

E. 4.8.2

Würdigung Das Gutachten F._____ wurde erstellt, um das Gutachten D._____ zu beurteilen, insbesondere hinsichtlich der Erstattung der Kapitalertragsteuer an die US- Pensionsfonds. Das Gutachten bestätigt grds. die Darstellungen im Gutachten D._____ und geht ebenfalls davon aus, dass die US-Pensionsfonds wirtschaftli- ches Eigentum und damit Dividendeneinkünfte erzielt haben. Es wird jedoch da- rauf hingewiesen, dass die Finanzgerichte eine andere Auffassung vertreten und deswegen die Ansprüche der US-Pensionsfonds versagen könnten, zumal die Frage der Erstattbarkeit von Kapitalertragsteuern im Zusammenhang mit Leerver- käufen kontrovers diskutiert werde (act. 42/33 S. 3). Ferner wird erläutert, falls der Leerverkäufer bekannt wäre, keine Erstattung möglich sein könnte, weil die Auf- fassung vertreten werden könnte, dass den US-Pensionsfonds nur die Nettodivi- dende zugerechnet werden sollte (act. 42/33 S. 21). Daraus ist zu folgern, dass die Gutachter – selbst für den Fall von Absprachen zwischen US-Pensionsfonds und Leerverkäufern – eine Erstattung nicht ohne Weiteres ausschliessen. Damit

- 39 - unterstützen sie letztlich die Auffassung des Gutachtens D._____ (vgl. Ziff. 4.4.3 ff. hiervor), auch wenn sie eine vorsichtigere Einschätzung abgeben.

E. 4.9

Beschluss des Landgerichts Köln vom 16. Juli 2015 (act. 34/1)

E. 4.9.1

Parteistandpunkte Die Klägerin behauptet, das Landgericht Köln habe mit Beschluss vom 16. Juli 2015 über eine Beschwerde von Dr. I._____ (Verfasser des Gutachtens D._____) gegen eine bei ihm stattgefundene Hausdurchsuchung entschieden. Das Landge- richt Köln gehe von hinreichenden Anhaltspunkten dafür aus, dass das Ge- schäftsmodell des C._____

Fonds einzig auf der Erstattung von nicht abgeführten Kapitalertragsteuern beruhe (act. 33 Rz. 24 ff.).

E. 4.9.2

Zulässiges Novum Neue Tatsachen und Beweismittel, die erst nach Abschluss des Schriftenwechsels oder nach der letzten Instruktionsverhandlung entstanden oder gefunden worden sind, sind zulässig, wenn sie ohne Verzug vorgebracht wurden (Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO). Der Beschluss des Landgerichts Köln vom 16. Juli 2015 ist nach Erstattung der Replik ergangen, womit es sich um ein echtes Novum handelt. Mit Schreiben vom 24. August 2015 erhielt der klägerische Rechtsvertreter Kenntnis vom Beschluss des Landgerichts Köln (act. 33 Rz. 19; act. 34/2). Mit ihrer Eingabe vom 3. September 2015 hat die Klägerin dieses Novum ohne Verzug vorgebracht.

E. 4.9.3

Erwägungen des Landgerichts Köln Aus dem Beschluss des Landgerichts Köln vom 16. Juli 2015 geht hervor, dass gegen Dr. I. _____ wegen des Verdachts der Steuerhinterziehung in besonders schweren Fällen und des Betrugs ermittelt wird. Dabei geht es um den Vorwurf, er habe länderübergreifend organisiert im Anschluss an Cum-Ex-Aktienkäufe nicht gerechtfertigte Steuervorteile erstrebt (act. 34/1 Rz. 1 ff.). Den Erwägungen ist zu entnehmen, dass Dr. I. _____ seine Beschwerde gegen die bei ihm durchgeführte

- 40 - Hausdurchsuchung damit begründete, dass die US-Pensionsfonds einen Anspruch auf Erstattung der Kapitalertragsteuern gehabt hätten (act. 34/1 Rz. 5). Das Landgericht Köln erwog, das Vorliegen der Erstattungsvoraussetzungen sei im Sinne eines Anfangsverdachts zweifelhaft. Eine Zurechnung der Einbehaltung und Abführung der Kapitalertragsteuer auf Grund der Annahme einer doppelten Zurechnung des wirtschaftlichen Eigentums widerspreche dem Gesetz. Zusammenfassend bestünden erhebliche Anhaltspunkte dafür, dass über die US-Pensionsfonds Cum-Ex-Geschäfte getätigt worden seien, um damit dem C. _____ Fonds die Erstattung nicht abgeführter Kapitalertragsteuern zuteil werden zu lassen. Auch bestünden tatsächliche Anhaltspunkte dafür, dass es sich bei den US-Pensionsfonds um Scheingesellschaften handle, die lediglich formal eingeschaltet wurden, um den Investoren des C. _____ Fonds Abkommensvorteile zu sichern, die ihnen sonst nicht zugestanden hätten (act. 34/1 Rz. 14, 20 und 34).

E. 4.9.4

Würdigung Aus dem Beschluss des Landgerichts Köln vom 16. Juli 2015 geht hervor, dass Dr. I. _____ mit der seinem Gutachten zugrunde liegenden Argumentation, wonach die Kapitalertragsteuer aus steuerrechtlicher Sicht als zugunsten der US-Pensionsfonds einbehalten und abgeführt gelte, gegen die bei ihm durchgeführte Hausdurchsuchung Beschwerde führte. Das Landgericht hatte letztlich die durchgeführte Hausdurchsuchung im Hinblick auf das Bestehen eines Anfangsverdachts zu beurteilen und nicht über die Erstattungsanträge des C. _____ Fonds zu befinden, es äusserte sich in diesem Zusammenhang jedoch deutlich gegen die von Dr. I. _____ vertretene Rechtsauffassung (act. 34/1 Rz. 20).

E. 4.10

Verfügung der Staatsanwaltschaft Köln vom 6. Februar 2015 (act. 42/12)

E. 4.10.1

Zulässige Noven Die Verfügung der Staatsanwaltschaft Köln vom 6. Februar 2015 (act. 42/12) so- wie das entsprechende Rechtshilfeersuchen der Oberstaatsanwaltschaft Köln vom 15. Juli 2015 (act. 42/13) standen der Klägerin erst seit dem 1. März 2016 zur Einsicht offen, nachdem ein von der Klägerin gestelltes Akteneinsichtsgesuch

- 41 - vom Amtsgericht Köln gutgeheissen wurde (act. 41 Rz. 1 und 35). Somit handelt es sich um zulässige Noven, die unverzüglich vorgebracht wurden.

E. 4.10.2

Würdigung Die Klägerin bringt vor, aus der Verfügung gehe hervor, dass die Initiatoren des C._____ Fonds beabsichtigt hätten, sich ungerechtfertigt Kapitalertragsteuern vom deutschen Fiskus zurückerstatten zu lassen (act. 41 Rz. 30). In der Verfügung wird im Wesentlichen die bereits im Gutachten D._____ beschriebene steuerrechtliche Strategie des C._____ Fonds wiedergegeben, insofern können daraus keine diesbezüglich weitergehenden Erkenntnisse abgeleitet werden (vgl. Ziff. 4.4.3 f. hiervor; act. 42/12; act. 42/13 S. 2 ff.). Zwar wirft die Staatsanwaltschaft den beschuldigten Initiatoren des C._____ Fonds vor, dass sie bewusst verschwiegen hätten, dass es sich bei den zugrunde liegenden Wertpapiergeschäften um Cum-Ex-Geschäfte handle, bei denen zuvor keine Steuern an den deutschen Fiskus abgeführt worden bzw. dass die US-Pensionsfonds nicht die tatsächlich Nutzungsberechtigten seien. Inwiefern sich einzelne Beteiligte des C._____ Fonds bei der Geltendmachung der Erstattungsanträge der US-Pensionsfonds strafbar gemacht haben bzw. ob der Umstand, dass die Steuererstattungen indirekt dem C._____ Fonds zukommen sollten, hätte offengelegt werden müssen, ist für den vorliegenden Fall jedoch nicht von Relevanz (vgl. Ziff. 6.3 hernach). Überdies wird im Prospekt aufgeführt, dass die steuerlichen Vorteile den US-Pensionsfonds zukommen sollten und nicht dem C._____ Fonds selbst (vgl. Ziff. 3.5 hiervor).

E. 4.11

Fazit Soweit die Klägerin behauptet, der C._____ Fonds habe in Wirklichkeit auf einem (mutmasslich) illegalen Cum-Ex-Geschäftsmodell beruht, gilt Folgendes: Ein wesentlicher Aspekt des Geschäftsmodells des C._____ Fonds basiert auf der steuerrechtlichen Rechtsfrage, ob die Kapitalertragsteuer auf den Dividenden den US-Pensionsfonds als wirtschaftliche – aber noch nicht als zivilrechtliche – Eigentümer als einbehalten und abgeführt zuzurechnen ist. Das Gutachten von Dr. I._____ stellt eine rechtliche Argumentation für eine solche Zurechnung zu-

- 42 - gunsten der US-Pensionsfonds – und damit für das Bestehen eines steuerrechtlichen Erstattungsanspruchs – dar. Im Gutachten wird dabei implizit von der Möglichkeit ausgegangen, dass auch die zivilrechtlichen Eigentümer, zu welchen die Klägerin keine substantiierten Behauptungen vorbringt, Erstattungsanträge stellen, womit eine doppelte Erstattung von nur einmal einbehaltener und Kapitalertragsteuer zumindest in Kauf genommen wird. Unterstützt wird die Auffassung von Dr. I._____ im Wesentlichen vom Gutachten F._____. Das Gutachten E._____ äussert sich vorsichtiger und hält eine Erstattung für unwahrscheinlicher. Unbewiesen bleibt dagegen, dass der C._____ Fonds selbst Kapitalertragsteuern doppelt zurückverlangen würde. Ob allerdings Absprachen (im Sinne eines wirtschaftlichen Zusammenhangs) zwischen Leerverkäufern und den US-Pensionsfonds stattgefunden haben, kann offen bleiben, da alle drei Gutachten die Risiken für diesen Fall zwar unterschiedlich adressieren, eine Erstattung jedoch nicht für grundsätzlich ausgeschlossen halten. Mithin läge selbst im Fall, dass Absprachen vorliegen

würden, noch ein spekulatives Element hinsichtlich der Erstattungsfähigkeit der Kapitalertragsteuern vor, was der Annahme eines Irrtums entgegenstände (vgl. dazu die Ausführungen in Ziff. 6.3 hernach). Zurzeit steht nicht fest, ob die US-Pensionsfonds mit ihren Erstattungsanträgen durchdringen werden. Es ist unbestritten, dass diesbezüglich noch keine Entscheidung in der Sache vorliegen. Das Landgericht Bonn und das Oberlandesgericht Köln haben im Rahmen der Beurteilung der Amtshaftungsklagen Zweifel an der Argumentation der US-Pensionsfonds hinsichtlich der Zurechnung der Kapitalertragsteuern geäußert; das Landgericht Köln im Rahmen ihrer Beurteilung der Beschwerde gegen die durchgeführte Hausdurchsuchung zuletzt äusserst deutlich. Aus den Erwägungen dieser Gerichtsurteile und aus dem Gutachten geht jedenfalls klar hervor, dass der C._____ Fonds in steuerrechtlicher Hinsicht eine äusserst komplexe Struktur aufweist, welche im Bereich einer möglichen Steuerumgehung anzusiedeln ist. Wie die deutschen Gerichte dies letztlich beurteilen und ob die Erstattungsanträge als Steuerumgehung qualifiziert werden oder nicht, ist für die Beurteilung des vorliegenden Falls jedoch nicht von Relevanz (vgl. Ziff. 6.3 hernach).

- 43 - Zur Frage, ob die US-Pensionsfonds des C._____ Fonds "Scheinkonstrukte" darstellen oder nicht, äusserte sich das Landgericht Bonn insoweit, als es die Möglichkeit des Vorliegens eines Investitionsvehikels für Anlegergelder zur Ausnutzung der Regelungsschwächen des deutschen Steuerrechts in Betracht zog. Auch das Landgericht Köln erwog, dass tatsächliche Anhaltspunkte für das Bestehen von Scheingesellschaften bestehen. Diese Erwägungen sind jedoch obiter dictum erfolgt und vermögen die klägerische Behauptung noch nicht zu beweisen. Ob es sich bei den US-Pensionsfonds um "Scheinkonstrukte" im Sinne der klägerischen Behauptungen handelt, kann indes offen gelassen werden (vgl. Ziff. 6.3.1.3 hernach).

5. Kenntnis der Beklagten über das Geschäftsmodell des C._____ Fonds

5.1. Frühere Beteiligung der Beklagten an Cum-Ex-Geschäften

5.1.1. Parteistandpunkte Die Klägerin behauptet, die Beklagte habe bereits vor der streitgegenständlichen Investition an illegalen Cum-Ex-Geschäften mitgewirkt. So habe die Beklagte basierend auf einer strategischen Partnerschaft mit den deutschen Rechts- und Steueranwälten Dr. I._____ und Dr. H._____ illegale Cum-Ex-Geschäfte der M._____ GmbH (M._____) initiiert, die wie der C._____ Fonds auf der mehrfachen Erstattung nur einmal abgeführte Kapitalertragsteuern beruht hätten. Die N._____ -Bank habe dafür ein Darlehen von EUR 500 Mio. gewährt. Am 3. Februar 2011 habe das Finanzamt ... mit einem geänderten Steuerbescheid die an die M._____ geleistete Steuererstattung zurückverlangt. In der Entscheidung werde die Beklagte als Initiatorin dieser Aktiengeschäfte erwähnt (act. 18 Rz. 24 ff.). Die Beklagte bestreitet nicht, dass Dr. H._____ und Dr. I._____ die Beklagte in bankenregulatorischen Fragen beraten und steueroptimierte Produkte und Transaktionen entwickelt hätten, welche in der Folge der Beklagten zum Vertrieb zur Verfügung gestellt worden seien. Es liege jedoch keine strategische Partnerschaft vor. Es sei in den Jahren 2010 und 2011 zwar eine vertiefte, partnerschaftliche Zusammenarbeit unter dem Projekt "... " in Betracht gezogen, letztlich aber nicht

- 44 - umgesetzt worden. Unzutreffend sei, dass die Beklagte in das Cum-Ex-Anlagemodell der M._____ involviert gewesen sei. Die Beklagte habe vom Anlagemodell keine Kenntnis gehabt. Sie habe der M._____ lediglich einen Kontakt zur N._____ -Bank vermittelt und dafür eine Zuführungsprovision erhalten. Entsprechend habe sie vom Entscheid des Finanzamts Wiesbaden II auch nichts gewusst. Die Rolle der Beklagte sei

darin unrichtig festgehalten worden, wogegen sie sich mangels Parteistellung nicht wehren können. Die M._____ habe dies in der Erklärung vom 20. März 2015 richtiggestellt (act. 26 Rz. 16 ff.). 5.1.2. Würdigung Zwar erwähnte das Finanzamt Wiesbaden II in seinem Beschluss vom 3. Februar 2011 beiläufig, dass die Beklagte die fraglichen Aktiengeschäfte initiiert habe (act. 19/9 S. 3). Eine nähere Auseinandersetzung zur Rolle der Beklagten im Zusammenhang mit dem Anlagemodell der M._____ fand jedoch nicht statt. Die Beklagte war an diesem Verfahren vor dem Finanzamt Wiesbaden II unbestrittenermassen nicht beteiligt und konnte sich folglich nicht äussern. Angesichts dessen und unter Berücksichtigung der vorliegenden Erklärung der M._____, worin diese bestätigt, dass die Beklagte nur den Kontakt zur N._____-Bank vermittelt habe und an den Transaktionen der M._____ nicht beteiligt gewesen sei (act. 27/1), gelingt es der Klägerin nicht, die Beteiligung der Beklagten an illegalen Cum-Ex-Geschäften der M._____ zu beweisen. 5.2. Entscheid des Finanzamtes Wiesbaden II (act. 19/9) 5.2.1. Parteistandpunkte Die Klägerin behauptet, die Beklagte habe vor dem Investitionsentscheid der Klägerin vom Entscheid des Finanzamts Wiesbaden II vom 3. Februar 2011 hinsichtlich der M._____ Kenntnis gehabt. Damit habe sie gewusst, dass Cum-Ex-Geschäftsmodelle, die zum Ziel haben, einmal abgeführte Kapitalertragsteuern doppelt zurückzuerstatten, als illegale Steuerumgehung eingestuft würden. Ferner habe sie auch gewusst, dass der C._____ Fonds auf diesem Geschäftsmodell beruhe und die Finanzämter die Rückerstattung der Kapitalertragsteuer bei Be-

- 45 - kanntsein des Geschäftsmodells mit hoher Wahrscheinlichkeit verweigern würden (act. 18 Rz. 35 f.). Die Beklagte bestreitet, im Zeitpunkt der streitgegenständlichen Investition Kenntnis vom Entscheid des Finanzamt Wiesbaden II gehabt zu haben. Sie habe davon erst im Jahr 2013 erfahren (act. 26 Rz. 19 und 24 ff.). 5.2.2. Würdigung Der Klägerin gelingt es nicht, die Beteiligung der Beklagten an Cum-Ex-Geschäften der M._____ zu beweisen, insofern ist eine Kenntnis der Beklagten des Entscheids des Finanzamts Wiesbaden II auch nicht naheliegend. Doch selbst wenn von der Kenntnis des Entscheids des Finanzamts Wiesbaden II ausgegangen würde, substantiiert die Klägerin nicht, inwiefern aus der knappen Begründung des Finanzamts (act. 19/9) Rückschlüsse auf das äusserst komplexe Geschäftsmodell des C._____ Fonds gezogen hätten werden müssen. Somit erübrigen sich auch die von der Klägerin diesbezüglich gestellten Editionsanträge hinsichtlich der geführten Korrespondenz zwischen der Beklagten und Dr. I._____ sowie Dr. H._____ (act. 18 Rz. 35 f.). Dazu kommt, dass bereits im Gutachten D._____ auf eine abweichende Auffassung des Finanzamts im Falle des Vorliegens eines wirtschaftlichen Zusammenhangs hingewiesen wird (act. 19/5 S. 75; vgl. Ziff. 4.4.4 hiervor), wobei jedoch nicht auf den Entscheid bezüglich der M._____ Bezug genommen wird. 5.3. Memorandum "Neubegutachtung Exceptional Business – steueroptimierte Produkte und Transaktionen" (act. 3/55; vollständige Version act. 42/15) 5.3.1. Parteistandpunkte Gemäss klägerischer Darstellung habe sich bei der Beklagten im Dezember 2010 eine Arbeitsgruppe zu möglichen Risiken im steuerlichen Bereich formiert. Diese habe auch das Projekt "...", welches zum Ziel gehabt habe, mittels Spezialsteuerstrukturen bzw. Cum-Ex-Geschäften Neugelder zu beschaffen, einer Neubeteiligung unterzogen. Das von dieser Arbeitsgruppe ausgearbeitete Memorandum "Neubegutachtung Exceptional Business – steueroptimierte Produkte und Trans-

- 46 - aktionen" sei am 16. Juni 2011 fertiggestellt worden. Dem Memorandum könne entnommen werden, dass die Beklagte den C._____ Fonds selbst als steuerreputationell

nicht ok eingestuft habe. Zudem sei der Beklagten gemäss Memorandum bekannt gewesen, dass es sich beim Gutachten der Kanzlei D._____ nicht um ein unabhängiges Gutachten handle. Schliesslich sei der C._____ Fonds intern gar nicht zum Vertrieb freigegeben worden (act. 1 Rz. 134 ff.; act. 18 Rz. 37 ff.). Die Beklagte bestreitet nicht, dass die Arbeitsgruppe in der ersten Hälfte 2011 eine interne Neubeurteilung vorgenommen habe, bei welcher eine kritische Auseinandersetzung mit bisherigen Abläufen und Produkten erwünscht gewesen sei. Ferner stellt sie nicht in Abrede, dass dabei Mitarbeiter den C._____ Fonds als kritisch eingeschätzt hätten. Die Äusserungen im Memorandum seien jedoch ausschliesslich auf das Doppelbesteuerungsabkommen Deutschland-USA bezogen. Die geäusserten Bedenken hätten nichts mit einer mehrfachen Erstattung deutscher Kapitalertragsteuern zu tun. Zudem handle es sich beim Memorandum um ein internes Dokument, welches der Beklagten gestohlen worden sei. Bestritten werde, dass es sich beim Gutachten der Kanzlei D._____ nicht um ein unabhängiges Rechtsgutachten handle. Der Hinweis im Memorandum sei erfolgt, weil die Gutachter für ihre Dienstleistung im Zusammenhang mit dem Aufsetzen des C._____ Fonds und ähnlicher Fonds Honorare erhalten hätten, was sie noch nicht abhängig mache. Die Beklagte habe keine Kenntnis anderer Interessen der Gutachter. Unzutreffend sei ferner, dass der C._____ Fonds intern nicht für den Vertrieb freigegeben worden sei (act. 9 Rz. 72 ff.; act. 26 Rz. 28 ff. und 80 ff.).

5.3.2. Würdigung Bei der Würdigung des Memorandums ist zu berücksichtigen, dass es sich dabei unbestrittenermassen um ein internes Dokument der Beklagten handelt, welches mit der Zielsetzung der Vornahme einer Risikobeurteilung erstellt wurde. Im Memorandum wird ausgeführt, dass der C._____ Fonds mit einer komplexen Struktur operiere, welche nach einer schweizerischen Beurteilung mit Sicherheit im Bereich der Steuerumgehung sowie des Abkommensmissbrauchs anzusiedeln sei. Durch diese Struktur komme ein Investor in Abkommensvorteile, welche ihm

- 47 - sonst nicht zustehen würden. Konkret komme ein Privatinvestor via Struktur zu den Abkommensvorteilen eines "Pension Plans (Personalvorsorge BVG 2. Säule)", was als steuerlich aggressiv mit Bezug auf einen Abkommensmissbrauch gewertet werden müsse, weshalb der C._____ Fonds als steuerreputationell nicht ok einzustufen sei (act. 3/55 S. 14). Dem Memorandum kann nicht entnommen werden, dass sich die darin geäusserten Bedenken auf eine mehrfache Zurückforderung von Kapitalertragsteuern bezogen hätten. Vielmehr geht aus dem Zusammenhang hervor, dass sich die Einschätzung der Arbeitsgruppe auf das Doppelbesteuerungsabkommen Deutschland-USA bezog. Zu den Gutachtern wird ausgeführt, dass diese an der Umsetzung der von ihnen empfohlenen steueroptimierten Strukturen und Produkte ein finanzielles Interesse hätten. Es wird deshalb die Frage aufgeworfen, ob die Risiken in den entsprechenden Rechtsgutachten angemessen adressiert würden, was durch unabhängige Gutachter zu überprüfen wäre (act. 3/55 S. 21). Genauere Angaben zu den finanziellen Interessen der Gutachter werden indes nicht gemacht und es wird auch nicht speziell Bezug auf das Gutachten betreffend den C._____ Fonds genommen. Aus den Ausführungen im Memorandum lässt sich noch kein Schluss auf die "Abhängigkeit" der Gutachter ziehen. Die Klägerin legt sodann auch nicht dar, inwiefern eine fehlende Unabhängigkeit Auswirkungen auf die Ausführungen im Gutachten gehabt hätte. Im Gutachten selbst werden Vorbehalte angebracht, insbesondere dass eine abweichende Würdigung durch ein Finanzgericht oder die Finanzverwaltung nicht ausgeschlossen werden könne (act. 19/5 S. 163). Überdies weisen die Gutachter auch hinsichtlich der Frage des Einbehalts der Kapitalertragsteuer bei Leerverkäufen auf abweichende Meinungen hin (act. 19/5 S. 75). Im Memorandum werden ferner Mängel im

Produktannahmeprozess moniert. Daraus kann aber nicht auf eine fehlende interne Freigabe des C._____ Fonds geschlossen werden (act. 3/15 S. 14 f.). Ferner folgert die Klägerin aus S. 29 des Memorandums, dass ein Gutachten bei der Anwaltskanzlei O._____ zum amerikanischen Recht in Auftrag gegeben worden sei und verlangt die Edition desselbigen. Inwiefern die Aspekte des amerika-

- 48 - nischen Rechts für die vorliegende (nach deutschem Recht) zu beurteilende Steuerproblematik weitergehende Erkenntnisse bringen sollen, legt die Klägerin nicht dar, weshalb auf eine Edition zu verzichten ist (act. 41 Rz. 46). 5.4. "Erpressung" der Beklagten 5.4.1. Parteistandpunkte Die Klägerin behauptet, die Beklagte sei in der Aufbau- und Vertriebsphase des C._____ Fonds mit der Offenlegung dessen illegaler Struktur erpresst worden. Die Beklagte habe sich an Verhandlungen mit dem Erpresser beteiligt, was nur mit ihrem Interesse, das illegale Geschäftsmodell des C._____ Fonds nicht offenzulegen, erklärbar sei. Hätte die Beklagte über den Erpressungsversuch vollständig informiert, hätte die Klägerin gar nicht erst in den C._____ Fonds investiert (act. 1 Rz. 143 ff.; act. 18 Rz. 244; act. 33 Rz. 27 ff.). Die Beklagte bestreitet, Zahlungen an einen Erpresser geleistet zu haben (act. 9 Rz. 80 ff.; act. 26 Rz. 210). 5.4.2. Würdigung Die Klägerin bezieht sich neben verschiedenen Zeitungsartikeln auf den Beschluss des Landgerichts Köln vom 16. Juli 2015, welches eine Beschwerde von Dr. I._____ gegen eine bei ihm durchgeführte Hausdurchsuchung zum Gegenstand hatte (vgl. Ziff. 4.8 hiervor). Aus den Urteilsabwägungen ist zu entnehmen, dass der Beklagten am 26. April 2011 eine E-Mail zugesandt wurde, in welcher der Verfasser mitgeteilt hatte, dass ihm über die Struktur des C._____ Fonds detaillierte Kenntnis vorliegen würde. Dieses E-Mail wurde von der Beklagten offenbar an Dr. I._____ weitergeleitet, woraufhin der Verfasser des E-Mails mit dem C._____ Fonds eine Vertraulichkeitsvereinbarung abschloss. Eine über die Weiterleitung des E-Mails hinausgehende Involvierung der Beklagten geht aus den Urteilsabwägungen nicht hervor (act. 34/1 Rz. 25 f.). Ob sich die Beklagte darüber hinausgehend an Verhandlungen beteiligt hat, kann indessen offen bleiben, da die E-Mail bei der Beklagten erst rund einen Monat nach dem Investitionsent-

- 49 - scheid der Klägerin einging, weshalb sie die Klägerin zuvor auch nicht darüber hätte aufklären können (vgl. ferner Ziff. 7.3.1.3 hernach). 5.5. Fazit Eine Entscheidung über die Erstattungsanträge der C._____ Fonds liegt bis heute nicht vor; entsprechend ist noch keine Qualifikation als Steuerumgehung erfolgt. Eine sichere Kenntnis der Beklagten, dass eine solche erfolgen würde, lässt sich aus den angeführten Beweismitteln nicht herleiten, auch nicht aus dem von der Klägerin eingereichten Dokument "Management Summary Dividend arbitrage via USPP" der Beklagten (welches als unechtes Novum unverzüglich vorgebracht wurde und damit zulässig ist; act. 41 Rz. 1 f.), worin festgehalten wird, dass der Erfolg der Transaktionen des C._____ Fonds von den Steuererstattungen abhängt (act. 42/29, Abschnitt Rechtliche und steuerliche Risiken). Dass die Beklagte eine Qualifikation des Geschäftsmodells als Steuerumgehung in Betracht zog und den C._____ Fonds als steuerreputationell nicht ok einstuft, geht aus ihrem internen Memorandum "Neubegutachtung Exceptional Business – steueroptimierte Produkte und Transaktionen" hervor. Wie noch zu zeigen sein wird, erschliesst sich dieses Risiko jedoch ebenfalls aus dem Prospekt und den Verkaufsunterlagen der Beklagten (vgl. Ziff. 6.3.1.2 hernach).

E. 6

Willensmängel

E. 6.1

Vorbemerkung Die Klägerin macht als Willensmängel eine absichtliche Täuschung bzw. einen Grundlagenirrtum geltend, was es vor ihrem eventualiter erhobenen Schadenersatzanspruch gestützt auf Anlageberatungsvertrag zu prüfen gilt (vgl. Ziff. 7 her- nach).

E. 6.2

Qualifizierung des Rechtsverhältnisses hinsichtlich des Aktienerwerbs

E. 6.2.1

Parteistandpunkte Strittig ist zwischen den Parteien, ob hinsichtlich des Erwerbs der Aktien des C._____ Fonds ein Kaufvertrag bzw. ein Kommissionverhältnis vorliegt.

- 50 - Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, es bestehe ein Kaufvertrag. Selbst wenn ein Kommissionsvertrag vorläge, wäre von einem Selbsteintritt der Beklagten auszugehen, womit die Bestimmungen über den Kaufvertrag zur Anwendung kämen. Dies, da der Aktienkauf über ein Nostro-Konto der Beklagten abgewickelt worden sei und gemäss einem Bundesgerichtsurteil (BGE 138 III 781) ohnehin die Beklagte die Beweislast dafür trage, dass kein Selbsteintritt vorliege (act. 1 Rz. 152 ff.; act. 33 Rz. 71 ff.). Die Beklagte hält dagegen, dass zwischen den Parteien ein Kommissionverhältnis vorliege. Ein Willensmangel bezüglich des Kommissionsverhältnisses werde von der Klägerin allerdings nicht geltend gemacht. Aufgrund des kommissionsrechtlichen Rechtsübergangs sei das Recht zur Anfechtung wegen Willensmängeln (von der Beklagten) auf die Klägerin übergegangen, was im Einklang mit dem Grundsatz stehe, wonach der Kommittent das Erfüllungsrisiko des Ausführungsgeschäfts trage. Willensmängel müssten folglich gegenüber dem C._____ Fonds und nicht gegenüber der Beklagten geltend gemacht werden. Die Transaktion sei über ein Nostro-Konto der Beklagten abgewickelt worden, weil die Klägerin im Zeitpunkt des Erwerbs noch über kein Konto bei der Beklagten verfügt habe (act. 26 Rz. 96 ff.).

E. 6.2.2

Effektenkommission Bei Erteilung eines Kauf- oder Verkaufsauftrages für Wertpapiere (Effektenkommission) richtet sich das Rechtsverhältnis zwischen dem auftragserteilenden Kunden und dem Effektenhändler nach Kommissionsrecht gemäss Art. 425 ff. OR (DIETER ZOBL / STEFAN KRAMER, Schweizerisches Kapitalmarktrecht, § 21 Rz. 1215). Davon ist vorliegend auszugehen, was sich auch aus dem Umstand ergibt, dass von der Klägerin eine Kommissionsgebühr in Höhe von EUR 42'250.– für den Erwerb der Aktien des C._____ Fonds an die Beklagte bezahlt wurde (vgl. Abrechnung vom 18. April 2011; act. 3/28).

- 51 -

E. 6.2.3

Selbsteintrittsrecht des Effektenhändlers Bei Kommissionen zum Kauf oder zum Verkauf von Waren, Wechseln und anderen Wertpapieren, die einen Börsenpreis oder Marktpreis haben, ist der Kommissionär, wenn der Kommittent nicht etwas anderes bestimmt hat, befugt, das Gut, das er einkaufen soll, als Verkäufer selbst zu liefern, oder das Gut, das er zu verkaufen beauftragt ist, als Käufer für sich zu behalten (Art. 436 Abs. 1 OR). Bei einem derartigen Selbsteintritt ist der Kommissionär verpflichtet, den zur Zeit der Ausführung des Auftrages geltenden Börsen- oder Marktpreis in Rechnung zu bringen. Er kann sowohl die gewöhnliche Provision als die bei Kommissionsgeschäften sonst

regelmässig vorkommenden Unkosten berechnen (Art. 436 Abs. 2 OR). Im Übrigen ist das Geschäft als Kaufvertrag zu behandeln (Art. 436 Abs. 3 OR). Der Effektenhändler hat in der Regel die Wahl, einen Kundenauftrag in indirekter Stellvertretung auszuführen oder Selbsteintritt zu erklären. Durch den Selbsteintritt übernimmt der Effektenhändler die Sachleistungspflicht des Käufers bzw. Verkäufers (DIETER ZOBL / STEFAN KRAMER, a.a.O., § 21 Rz. 1214 und 1233), was dazu führt, dass der Kommitent gegenüber dem eingetretenen Kommissionär ausserdem Willensmängel geltend machen kann (GEORG GAUTSCHI, Berner Kommentar, Band VI, 1962, N. 3b zu Art. 436 OR). Nach Art. 437 OR wird der Selbsteintritt vermutet, wenn der Kommissionär die Ausführung des Auftrages meldet, ohne eine andere Person namhaft zu machen (vgl. dazu BGE 138 III 781 E. 3.5.3). Der Abrechnung vom 18. April 2011 lässt sich nicht entnehmen, dass die Beklagte den Selbsteintritt erklärt hätte (act. 3/28). Der Hinweis auf der Abrechnung "On 18. April 2011 we purchased on your behalf (P. _____ AG)" spricht auch nicht dafür, dass die Lieferung der Aktien des C. _____ Fonds aus eigenen Beständen der Beklagten erfolgt ist. Ob es angesichts dessen weiter erforderlich ist, dass die Beklagte ihr Börsenjournal über den Kauf der C. _____ Fonds Aktien ediert – wie die Klägerin beantragt (act. 33 Rz. 77) – kann jedoch offen gelassen werden, da die einzelnen Voraussetzungen einer Anfechtung wegen Willensmängeln ohnehin nicht vorliegen, wie die nachfolgenden Ausführungen erhellen.

- 52 -

E. 6.3

Absichtliche Täuschung Eine absichtliche Täuschung im Sinne von Art. 28 OR liegt vor, wenn ein Vertragsschliessender durch absichtliche Täuschung seitens des andern zu dem Vertragsabschluss verleitet worden ist. Diesfalls ist der Vertrag für den Irrenden nicht verbindlich, auch wenn der erregte Irrtum kein wesentlicher war.

E. 6.3.1

Täuschungshandlung / Irrtum

E. 6.3.1.1

Rechtliches Ein täuschendes Verhalten kann in der Vorspiegelung falscher Tatsachen oder im Verschweigen vorhandener Tatsachen erblickt werden. Die Vorspiegelung falscher Tatsachen kann durch positive Handlungen bzw. durch das Unterdrücken wahrer Tatsachen erfolgen. Das Verschweigen von Tatsachen stellt nur dann eine Täuschungshandlung dar, wenn eine Aufklärungspflicht besteht, welche sich aus besonderer gesetzlicher Vorschrift, aus Vertrag oder aus Treu und Glauben ergeben kann. Wann eine Aufklärungspflicht besteht, ist im konkreten Einzelfall zu bestimmen. Dabei ist die Natur des Vertrages und die jeweilige Stellung der Parteien zu berücksichtigen. Eine Aufklärungspflicht besteht immer dann, 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 wahre Tatsachen, von denen der Täuschende weiss, dass sie in Wirklichkeit nicht vorliegen. Täuschung und Irrtum sind sich insofern gleich: Die subjektiv fehlerhafte Vorstellung deckt sich nicht mit der objektiv richtigen Vorstellung. Tatsachen, von denen jedermann weiss oder wissen müsste, dass sie von Natur aus risikobehaftet, spekulativ und daher ungewiss sind, wie beispielsweise Börsengeschäfte, entziehen sich grundsätzlich der Täuschung. Lässt sich jemand auf die Überredungskünste

seines Partners ein, so täuscht er sich im Grunde auch nicht über Tatsachen und deren Risiken, sondern über das Vertrauen, das er in seinen Partner und dessen Angaben hegte. Sein Vertrauen galt der Person und deren Risikoeinschätzung. Dies trifft vor allem dann zu, wenn

- 53 - sich der in seinen Erwartungen Enttäuschte selbst gar nicht richtig und objektiv um die Tatsachen gekümmert hat. Ein Irrtum ist die falsche Vorstellung über einen Sachverhalt. Bewusstes Nicht-wissen schliesst einen Irrtum aus (BGE 116 II 434 E. 3; BGE 117 II 228 E. 6; BRUNO SCHMIDLIN, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 2. Aufl. 2013, N. 31 ff. und 58 ff. zu Art. 28 OR; INGEBORG SCHWENZER, in: Basler Kommentar Obligationenrecht, 5. Aufl 2011, Rz. 2 f. zu Art. 23 OR und Rz. 4 ff. zu Art. 28 OR).

E. 6.3.1.2

Cum-Ex-Geschäftsmodell 6.3.1.2.1. Parteistandpunkte Die Klägerin wirft der Beklagten vor, verschwiegen zu haben, dass dem C._____ Fonds das mutmasslich illegale Cum-Ex-Geschäftsmodell zugrunde liege, die deutschen Gerichte dieses als illegale Steuerumgehung einstufen würden, und es zu einem Totalverlust kommen könne. Solche Hinweise seien weder in den Verkaufsunterlagen noch im Prospekt zu finden (act. 1 Rz. 168 ff; act. 18 Rz. 111 und 133 ff.). Die Beklagte bringt sinngemäss vor, dass die Klägerin über die Frage der Legalität des Geschäftsmodells nicht getäuscht worden sei (act. 9 Rz. 90). 6.3.1.2.2. Vorstellung der Klägerin über den C._____ Fonds / Angaben im Prospekt und in den Verkaufsunterlagen Zur Frage, ob eine Täuschungshandlung bzw. ob ein Irrtum vorliegt, gilt es zunächst die Vorstellung der Klägerin über den C._____ Fonds bzw. die Angaben im Prospekt und in den Verkaufsunterlagen zu erörtern. Eine von der Klägerin eigens für interne Zwecke erstellte Präsentation gibt unbestrittenermassen ihr Verständnis des C._____ Fonds im Zeitpunkt der Investition wieder (act. 3/11; act. 3/12; act. 18 Rz. 208; act. 26 Rz. 90). In dieser Präsentation machte die Klägerin bei der Beschreibung des C._____ Fonds folgende Angaben: "buying the shares for a short period of time to receive the dividends"; "taking advantage of tax inefficiencies [Hervorhebung durch das Gericht] regarding the

- 54 - taxation of dividends" (act. 3/12 S. 2). Bei den Risiken wird in der Präsentation als erster Punkt aufgeführt: "Risk of non recover of tax over dividends" (act. 3/12 S. 4). Die Klägerin wusste demnach entsprechend ihrer selbst erstellten Präsentation, dass eine Erstattung der Kapitalertragsteuern mit steuerlichen Risiken behaftet war, wobei sich der C._____ Fonds hinsichtlich der Dividendenbesteuerung "Ineffizienzen" (act. 1 Rz. 3) zu Nutzen machen sollte. Unter steuerlichen "Ineffizienzen" kann in diesem Zusammenhang nichts anderes verstanden werden, als dass Regelungsschwächen im steuerlichen Bereich zu Nutzen gemacht werden sollten; andernfalls ergäbe der Hinweis auf bestehende Erstattungsrisiken keinen Sinn. Jedenfalls legen die Parteien nicht dar, was sonst unter steuerlichen "Ineffizienzen" zu verstehen wäre. Damit war der Klägerin bekannt, dass die Umsetzung des Geschäftsmodells des C._____ Fonds aufgrund von rechtlichen Risiken hinsichtlich der Erstattung von Kapitalertragsteuern keineswegs sicher war. Gleiches ergibt sich aus dem Prospekt, in welchem darauf hingewiesen wird, dass keine Zusicherung gegeben werden könne, dass sich die Strategie des C._____ Fonds, welche sich auf bestimmte rechtliche (einschliesslich steuerliche) Gegebenheiten und Verfahren stütze, umsetzen lasse. Einerseits, da es sich um eine junge Anlagestrategie handle, und andererseits, da in steuerrechtlicher Hinsicht kaum Erfahrungswerte vorliegen würden.

Ferner wird ausdrücklich auf die Erstattungsrisiken und auf die Möglichkeit eines Totalverlustes hingewiesen. Überdies kann dem Prospekt entnommen werden, dass eine Beteiligung an US-Pensionsfonds erfolgen würde, um zu steuerlichen Vorteilen hinsichtlich des Doppelbesteuerungsabkommens zwischen Deutschland und den USA zu gelangen ("Diese Anlagestrategie setzt überdies voraus, dass die Pensionsfonds eine bevorzugte Behandlung nach den für diese einschlägigen Doppelbesteuerungsabkommen erhalten"; vgl. Ziff. 3.5 hiervor). Entsprechendes geht aus der beklagten Produktbeschreibung hervor, worin als Strategie der Punkt "Take advantage of price inefficiencies due to dividend and corresponding taxation" aufgeführt wird. Hinsichtlich der Steuerrisiken wird erwähnt, dass der Erfolg der Strategie von der Realisierung "of certain tax consequences" abhängt und dass die Möglichkeit eines Totalverlusts bestehe.

- 55 - Schliesslich hätten auch die folgenden Risiken einen steuerlichen Hintergrund: "Realization of claims for refund of withholding tax" sowie "Acknowledgement of right to claim dividends". Aus dem Umstand der Verfolgung einer marktneutralen Strategie ("market neutral hedge") erschliesst sich sodann, dass die angeführten steuerlichen Aspekte als zentraler Punkt der Geschäftsstrategie des C._____ Fonds anzusehen waren (vgl. Ziff. 3.3 hiervor). 6.3.1.2.3. Legalität des Geschäftsmodells des C._____ Fonds als spekulative Tatsache Es ist unstrittig, dass das Geschäftsmodell des C._____ Fonds im Rahmen der eingereichten Erstattungsanträge noch nicht beurteilt worden ist bzw. noch keine Entscheidung in der Sache vorliegt. Selbst wenn das Geschäftsmodell letztlich als Steuerumgehung bzw. als illegal eingestuft würde, wäre dies für die Beurteilung des vorliegenden Falls nicht entscheidend. Soweit die Klägerin nämlich geltend macht, sie sei über die Illegalität bzw. über die Möglichkeit der Einstufung des C._____ Fonds als Steuerumgehung getäuscht worden, ist ihr Folgendes entgegenzuhalten: Es ist evident, dass die Klägerin als juristische Person keinen Bezug zu US-Pensionsfonds bzw. zur Altersvorsorge aufweist. Die Möglichkeit der indirekten Erlangung von Pensionsfonds vorbehaltenen steuerlichen Vorteilen über die Beteiligung am C._____ Fonds erschliesst sich aus dem Prospekt. Angesichts dessen ist das Risiko des Vorliegens einer Steuerumgehung naheliegend. Mit ihrer Investition spekulierte die Klägerin auf die rechtliche Umsetzbarkeit der Strategie des C._____ Fonds und im Besonderen darauf, dass die Erstattung der Kapitalertragsteuern Erfolg haben würde. Die Legalität des C._____ Fonds stellte damit keine wahre, sondern eine spekulative Tatsache dar, zumal aus den Urteilerwägungen des Oberlandesgerichts Köln und den im Recht liegenden Gutachten hervorgeht, dass die im Zusammenhang mit den Erstattungsanträgen aufkommenden Rechtsfragen keineswegs eindeutig sind und teils einer höchststrich-terlichen Klärung bedürfen, im Speziellen nach der geltenden Rechtslage im Jahr 2011 (vgl. Ziff. 4.3.3). Mit anderen Worten war die Strategie des C._____ Fonds nicht von Anfang an aussichtslos, selbst wenn Absprachen zwischen Leerverkäufern und den US-Pensionsfonds stattgefunden hätten (vgl. Ziff. 4.11 hiervor). Die

- 56 - Legalität des Geschäftsmodells des C._____ Fonds als spekulative Tatsache ist der Täuschung jedoch entzogen. 6.3.1.2.4. Mehrfache Erstattung von Kapitalertragsteuern Insofern die Klägerin behauptet, es liege eine Täuschung über die mehrfache Erstattung von Kapitalertragsteuern vor, was folgt: Dass der C._____ Fonds selber mehrfach Kapitalertragsteuern zurückverlangt hat, bleibt unbewiesen (vgl. Ziff. 4.10 hiervor). Dies wäre vorliegend jedoch auch nicht entscheidend, wie die nachfolgenden Ausführungen erhellen. Im Prospekt wird angeführt, dass die Pensionsfonds die Erstattung von einbehal-

tener und abgeführter Quellensteuer [Kapitalertragsteuer] beantragen (vgl. Ziff. 3.5 hiervor). Wie erwähnt bildet das Gutachten D._____ die Argumentation dafür, dass der Einbehalt und die Abführung der Kapitalertragsteuer zugunsten der US-Pensionsfonds als wirtschaftliche Eigentümer der Aktien erfolgt, wobei auch eine Erstattung der Kapitalertragsteuer an die zivilrechtlichen Eigentümer implizit in Kauf genommen wird. Die Frage des Einbehalts und der Abführung zugunsten der US-Pensionsfonds hat sich deshalb in der Folge hinsichtlich der Erstattungsanträge als umstritten erwiesen. Dass dies die strittige Rechtsfrage darstellen würde, geht weder aus dem Prospekt noch aus den Verkaufsunterlagen der Beklagten hervor, da die rechtlichen Risiken hinsichtlich der Erstattungsanträge nirgends näher umschrieben werden. Fraglich ist somit, ob eine Täuschung darin zu erblicken ist, dass Hinweisen, wonach die Frage der Einbehaltung und Abführung – bzw. das Bestehen eines Anspruchs zugunsten der wirtschaftlichen Eigentümer der Aktien (und damit die Möglichkeit mehrfacher Erstattungen) – die zentral umstrittene Rechtsfrage bildet. Es ist unstrittig, dass die Klägerin die Vorlage des Gutachtens D._____, aus welchem ebendies ersichtlich gewesen wäre, nicht verlangt hat (act. 26 Rz. 84). Wenn sich die Klägerin nun allerdings mit den aus dem Prospekt und den Verkaufsunterlagen ersichtlichen Hinweisen bezüglich den Steuerrisiken begnügt und sich für die hinsichtlich der Erstattung von Kapitalertragsteuern problematischen Rechtsfragen nicht interessiert und diesbezüglich – als sachkundige und erfahre-

- 57 - ne Investorin (vgl. Ziff. 7.3.1.2 hernach) – auch keine weitergehenden Informationen einholt, liegt insoweit keine falsche Vorstellung über einen Sachverhalt vor. Vielmehr ist dies unter den vorliegenden Umständen als bewusstes Nichtwissen einzuordnen, was einen Irrtum diesbezüglich ausschließt. Entscheidend ist mit hin, dass hinsichtlich des Vorliegens von steuerlichen Risiken bei der Erstattung von Kapitalertragsteuern, der Ausnutzung von steuerlichen "Ineffizienzen" und damit verbunden dem Risiko des Vorliegens einer Steuerumgehung sowie des Umstands der Verfolgung einer steuerrechtlich jungen Anlagestrategie ohne Erfahrungswerte kein Irrtum vorliegt. Doch selbst wenn von einem Irrtum ausgegangen würde, müsste das Bestehen einer Aufklärungspflicht im vorliegenden Fall verneint werden, wenn die Klägerin als sachkundige und erfahrene Investorin keine näheren Auskünfte über die Problematik hinsichtlich der Erstattung von Kapitalertragsteuern verlangt und sie der Beklagten gegenüber die Bereitschaft zeigt, in einen hochspekulativen Fonds zu investieren, dessen Strategie auf der Ausnutzung von steuerrechtlichen "Ineffizienzen" beruht. Ein Wissen der Beklagten, dass die Klägerin bei Bekanntsein der umstrittenen Rechtsfragen nicht in den C._____ Fonds investiert hätte, kann unter den vorliegenden Umständen nicht angenommen werden. Es würde somit auch an der notwendigen "Schwere" der verschwiegenen Tatsache fehlen. Ob das Fehlen von Hinweisen im Prospekt, wonach die Einbehaltung und Abführung zugunsten der wirtschaftlichen Eigentümer der Aktien die zentrale strittige Rechtsfrage bildet, allenfalls eine Prospekthaftung zu begründen vermöchte, kann dahingestellt bleiben, zumal die Klägerin eine Involvierung der Beklagten an der Prospekterstellung nicht behauptet.

E. 6.3.1.3

US-Pensionsfonds als "Scheinkonstrukte" Die Klägerin bringt weiter vor, sie sei darüber getäuscht worden, dass es sich bei den involvierten US-Pensionsfonds nicht um unabhängige Parteien, sondern um von Dr. I._____ gesteuerte Scheinkonstrukte handle, bei welchen jeweils nur ein einzelner Pensionsberechtigter dahinterstehe (act. 1 Rz. 124 und 175; act. 18 Rz. 50 f., 113 und 137; act. 33 Rz. 36 ff.). Die Beklagte bestreitet, dass es sich

bei

- 58 - den US-Pensionsfonds um Scheinkonstrukte handle (act. 9 Rz. 93; act. 26 Rz. 86 f.). Die Frage, ob es sich bei den US-Pensionsfonds des C._____ Fonds um "Scheinkonstrukte" handelt, kann dahingestellt bleiben. Wenn sich die Klägerin als juristische Person indirekt an US-Pensionsfonds beteiligt, um von steuerlichen "Ineffizienzen" im Bereich der Dividendenbesteuerung zu profitieren – was offensichtlich keinen Bezug zur regulären Tätigkeit eines Pensionsfonds aufweist – muss ihr bekannt sein, dass bereits damit ein "Scheinkonstrukt" vorliegen könnte. Ein Irrtum kommt diesbezüglich somit nicht in Betracht. Selbst wenn ein Irrtum vorliegen würde, bestünde aus den bereits erwähnten Überlegungen keine Aufklärungspflicht seitens der Beklagten (vgl. Ziff. 6.3.1.2.4 hiervor).

E. 6.3.1.4

"Unabhängigkeit" Rechtsgutachten D._____ Schliesslich macht die Klägerin geltend, sie sei über die Unabhängigkeit des Rechtsgutachtens D._____ getäuscht worden. Dr. I._____ und Dr. H._____ seien zugleich Initiatoren des C._____ Fonds und in den Vertrieb eingebunden gewesen, worüber die Beklagte hätte aufklären müssen (act. 1 Rz. 79 f., 139 f. und 176; act. 18 Rz. 41 f., 112 und 138; act. 33 Rz. 34 f.). Die Beklagte bestreitet diese Behauptung und hält dagegen, dass zu substantiieren wäre, inwiefern sich eine Abhängigkeit auf das Gutachten ausgewirkt hätte (act. 9 Rz. 92; act. 26 Rz. 80 ff.). Es kann auf die Ausführungen im Zusammenhang mit der Beurteilung des Memorandums – aus welchem die Klägerin primär auf die fehlende Unabhängigkeit schliesst – in Ziff. 5.3.2 hiervor verwiesen werden. Ergänzend ist zu bemerken, dass bereits aus dem Gutachten erhellt, dass Dr. I._____ als Verfasser desselben Urheber der steuerrechtlichen Strategie des C._____ Fonds war. Selbst wenn Dr. I._____ in den Vertrieb des C._____ Fonds eingebunden gewesen wäre, substantiiert die Klägerin nicht, inwiefern ein Interessenkonflikt vorliegen würde. Schliesslich legt sie auch nicht dar, wie eine fehlende Unabhängigkeit bzw. ein Interessenkonflikt konkrete Auswirkungen auf das Gutachten gehabt hätte. Aus dem Gutachten geht der spekulative Charakter der beschriebenen Steuerstrategie

- 59 - hervor, indem auf die Möglichkeit einer abweichenden Würdigung durch die Rechtsprechung hingewiesen wird (act. 19/5 S. 163). Dazu kommt, dass sich die hochspekulative Steuerstrategie bereits aus der in Aussicht gestellten Zielrendite von jährlich 12% erschliesst. Unter diesen Umständen ist nicht ersichtlich, dass Risiken im Gutachten nicht angemessen adressiert worden wären bzw. dass die Strategie des C._____ Fonds vom Gutachter als rechtlich unbedenklich beurteilt worden wäre. Auch behauptet die Klägerin nicht, dass die Beklagte mit der Richtigkeit des Gutachtens geworben hätte. Unbestritten ist, dass die Beklagte an der Besprechung vom 18. März 2011 (vgl. Ziff. 3.2 hiervor) eine Einschätzung über das Gutachten abgab. Verlässt sich die Klägerin auf ein von der Beklagten abgegebenes Werturteil, so stellt dies keine Täuschung über eine Tatsache dar, sondern über das Vertrauen, welches sie gegenüber der Einschätzung der Beklagten hegte. Eine Täuschung bzw. ein Irrtum bei der Klägerin liegt damit nicht vor.

E. 6.3.1.5

Reputationsrisiken Sodann macht die Klägerin geltend, sie hätte sich in einem Irrtum über die mit einer Investition in den C._____ Fonds verbundenen Reputationsrisiken befunden. Zahlreiche Investoren des C._____ Fonds seien in unzähligen Presseberichten unlauterer Machenschaften bezichtigt worden (act. 18 Rz. 114 f. und 139). Die Beklagte entgegnet,

das Reputationsrisiko sei nicht vorausgesehen worden (act. 26 Rz. 88 ff.). Wenn die Klägerin in einen Fonds investiert, um über die Beteiligung an US- Pensionsfonds von "Ineffizienzen" im Bereich der Dividendenbesteuerung zu profitieren, müssen ihr die damit verbundenen Reputationsrisiken als sachkundige und erfahrene Investorin bekannt sein. Ohnehin ginge es um einen Irrtum über einen künftigen Sachverhalt, welcher sich nur auf Tatsachen beziehen kann, die von beiden Parteien als sicher angenommen wurden (INGEBORG SCHWENZER, a.a.O., N. 18 zu Art. 24 OR.). Dass die Parteien Reputationsrisiken mit Sicherheit ausgeschlossen hätten, behauptet die Klägerin indes nicht.

- 60 -

E. 6.3.1.6

Leerverkäufe Die Klägerin macht geltend, sie sei darüber getäuscht worden, dass keine Leerverkäufe ("no uncovered short selling") stattfinden würden (act. 1 Rz. 42, 81 und 173). Die Beklagte entgegnet, dies betreffe nur ungedeckte Leerverkäufe, nicht auch gedeckte (act. 9 Rz. 27 und 55). Die Klägerin stellt zur Frage, inwiefern der C._____ Fonds ungedeckte Leerverkäufe getätigt hätte bzw. was unter dem Hinweis ("no uncovered short selling") genau zu verstehen gewesen wäre, keine weiteren substantiierten Behauptungen auf. Insofern kann auch nicht beurteilt werden, ob die Klägerin diesbezüglich getäuscht worden ist.

E. 6.3.1.7

Versicherungsdeckung Ebenfalls macht die Klägerin geltend, es bestehe entgegen der Zusicherung der Beklagten keine Versicherungsdeckung, worüber eine Täuschung vorliege (act. 1 Rz. 174; act. 18 Rz. 259). Die Beklagte verweist dazu auf eine Erklärung des Verwaltungsrats des C._____ Fonds, wonach eine Versicherungsdeckung für den Fall der Unrichtigkeit des Gutachtens D._____ bestehe (act. 9 Rz. 105 f.; act. 26 Rz. 217). Im Recht liegt eine Erklärung des Verwaltungsrats des C._____ Fonds vom 5. Juni 2014, wonach eine Haftpflichtversicherung hinsichtlich des Gutachtens der Kanzlei D._____ bestehe, wobei Vermögensschäden bis EUR 230 Mio. gedeckt seien (act. 27/4). Entgegen der Klägerin (act. 41 Rz. 57) kann auch aus dem Gutachten E._____ nicht geschlossen werden, es würde keine Versicherungsdeckung mehr bestehen. Vielmehr wird ausgeführt, der Versicherungszeitraum bestehe vom 1. Januar 2011 bis zum 31. Dezember 2011 [in der Zeit, als die fraglichen Cum-Ex-Geschäfte getätigt wurden] mit einem verlängerten Meldezeitraum von 3 Jahren (act. 42/16 Ziff. 1.23 S. 6 f.). Dass eine Meldung an die Versicherung unterblieben sei, behauptet die Klägerin indes nicht. Angesichts dessen fällt eine Täuschung seitens der Beklagten ausser Betracht.

E. 6.3.2

Täuschungsabsicht

- 61 - Die Täuschung muss absichtlich erfolgen. Absichtlich handelt der Täuschende immer dann, 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 (BRUNO SCHMIDLIN, a.a.O., N. 69 zu Art. 28 OR). Die Klägerin stellt keine substantiierten Behauptungen zur Absicht der Beklagten auf. Sie hält lediglich fest, die Beklagte habe die Klägerin über das illegale Geschäftsmodell und die Risiken getäuscht, um sie zu einem Kaufentscheid zu bewegen (act. 1 Rz. 177 f.;

act. 18 Rz. 140 f.). Selbst wenn man mit der Klägerin davon ausginge, die Illegalität des C._____ Fonds sei bereits im Zeitpunkt der Investition festgestanden, stünde die Kenntnis der Unrichtigkeit dieser Tatsache seitens der Beklagten nicht fest: Mit dem Gutachten D._____ bestand eine Einschätzung eines deutschen Steueranwalts, welche die Einbehaltung und Abführung der Kapitalertragsteuern zugunsten des wirtschaftlichen Eigentümers bejaht und darin keine Steuerumgehung erblickt. Wenn die Beklagte in komplexen Fragen des ausländischen Steuerrechts auf die Einschätzung eines ausländischen Steueranwalts abstellt, kann ihr eine Kenntnis der Illegalität – hinsichtlich einer steuerrechtlichen spekulativen Strategie – nicht unterstellt werden.

E. 6.3.3

Kausalität Die Täuschung muss für die Abgabe der Willenserklärung kausal gewesen sein. Hieran fehlt es, wenn die Willenserklärung auch bei Kenntnis des wahren Sachverhalts abgegeben worden wäre. Die Beweislast für die Kausalität der Täuschung trägt der Getäuschte (BGE 136 III 528 E. 3.4.2; BGE 129 III 320 E. 6.3). Die Klägerin unterlässt es, die Kausalität rechtsgenügend zu substantiieren. Sie hält lediglich fest, dass sie nicht in den C._____ Fonds investiert hätte, wenn sie um das illegale Geschäftsmodell, die US-Pensionsfonds als Scheinkonstrukte und die fehlende Unabhängigkeit des Gutachtens gewusst hätte (act. 1 Rz. 178; act. 18 Rz. 141). Sie zeigte mit ihrer Investition in den C._____ Fonds jedoch die

- 62 - Bereitschaft, eine risikoreiche Investition zu tätigen, bei der es unter anderem um die Ausnutzung von steuerlichen "Ineffizienzen" im Bereich der Dividendenbesteuerung ging. In Anbetracht dessen obliegt es der Klägerin, genau darzulegen, inwiefern die erwähnten Tatsachen bei ihrer Investitionsentscheidung von Relevanz gewesen wären. Da sie dies unterlässt, kann nicht gefolgert werden, sie hätte bei Kenntnis der von ihr behaupteten Tatsachen nicht in den C._____ Fonds investiert.

E. 6.3.4

Fazit Die Voraussetzungen einer absichtlichen Täuschung liegen nicht vor.

E. 6.4

Grundlagenirrtum Eventualiter beruft sich die Klägerin hinsichtlich der Willensmängel auf einen Grundlagenirrtum (act. 1 Rz. 1 und 152 ff.; act. 18 Rz. 108 ff.). Ein Vertrag ist für denjenigen unverbindlich, der sich beim Abschluss in einem wesentlichen Irrtum befunden hat (Art. 23 OR). Nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR gilt ein Irrtum namentlich dann als wesentlich, wenn er einen bestimmten Sachverhalt betraf, der vom Irrenden nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet wurde (Grundlagenirrtum). Die Berufung auf einen Grundlagenirrtum ist beim Erwerb von Aktien nicht grundsätzlich ausgeschlossen (BGE 43 II 487; BGE 79 II 155; BGE 107 II 424). Erfolgt der Erwerb von Aktien bzw. von Wertpapieren dagegen an der Börse, muss gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung mit der Möglichkeit gerechnet werden, dass dem Papier der Wert, der ihm vorher aufgrund der bekannten Unterlagen zugemessen wurde, in Wirklichkeit aus gewissen nicht in die Öffentlichkeit gedrungenen Gründen abgeht oder dass es sogar ganz wertlos ist. Der Erwerb erfolgt mithin mangels gegenteiliger Abrede auf eigene Gefahr (grundlegend BGE 41 II 571 E. 5; BGE 97 II 43 E. 2). Angesichts der spekulativen Natur des Erwerbs von Aktien an der Börse können enttäuschte Wert- oder Kurserwartungen somit nicht als objektiv wesentlich bezeichnet werden (BRUNO SCHMIDLIN, Berner Kom-

- 63 - mentar, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 2. Aufl. 2013, N. 122 f. zu Art. 24 OR). Ein Irrtum wurde bereits bei der Prüfung der absichtlichen Täuschung verneint. Doch selbst wenn ein solcher vorläge, wäre dieser aufgrund der angeführten bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht wesentlich. Wenn nicht einmal die Wertlosigkeit einer Aktie die Wesentlichkeit zu begründen vermag, gilt dies erst recht nicht für die Strategie eines Fonds bzw. für die von der Klägerin behaupteten weiteren Umstände. Die Geltendmachung eines Grundlagenirrtums fällt damit mangels Wesentlichkeit ausser Betracht.

E. 6.5

Fazit Somit liegen hinsichtlich der klägerischen Investition in den C._____ Fonds keine Willensmängel vor.

E. 7

Schadenersatz aus Anlageberatungsvertrag

E. 7.1

Vorbemerkung Die Klägerin macht neben den Willensmängeln eventualiter einen Schadenersatzanspruch gestützt auf die Verletzung eines Anlageberatungsvertrags geltend, welchen es nachfolgend zu prüfen gilt.

E. 7.2

Qualifikation als Anlageberatungsvertrag

E. 7.2.1

Parteistandpunkte Die Klägerin behauptet, dass zwischen der Beklagten und der Klägerin zumindest ein konkludent abgeschlossener Anlageberatungsvertrag bestehe (act. 1 Rz. 195 ff.; act. 18 Rz. 158). Die Beklagte geht neben dem Kommissionsvertrag nur vom Bestehen eines Kontovertrags aus (act. 9 Rz. 101; act. 26 Rz. 123).

- 64 -

E. 7.2.2

Abgrenzung der verschiedenen Verträge

E. 7.2.2.1

Vermögensverwaltung Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts wird hinsichtlich der vertragsrechtlichen Sorgfalts- und Treuepflicht der Bank zwischen der Vermögensverwaltung, der Anlageberatung und der blossen Konto-/Depot-Beziehung differenziert (BGE 133 III 97 E. 7.1.). Vermögensverwaltung bedeutet die selbstständige Betreuung von Anlagen durch einen mit dieser Aufgabe betrauten Verwalter. Der Vermögensverwalter 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. Eine solche liegt unstrittig nicht vor.

E. 7.2.2.2

Anlageberatung Bei der Anlageberatung trifft der Kunde den definitiven Anlageentscheidungen selbst, die Bank steht ihm jedoch dabei durch Ratschlag oder Auskunft beratend zur Seite, beispielsweise durch die Lieferung von Informationen oder Anlagevorschlägen. 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 Bank hat bei einer punktuellen Anlageberatung aber keine Pflicht zu aktivem Handeln, d.h. sie übernimmt keine Fürsorge für das ihr anvertraute Vermögen. Die erteilten Auskünfte und Empfehlungen gelten im Zeitpunkt, in welchem diese erteilt werden. Nach Abschluss des Gesprächs ist die Bank aus ihrer Verantwortung entlassen. Der Anlageberater ist nicht zur Richtigstellung verpflichtet, wenn sich seit dem Gespräch die Verhältnisse geändert haben. In diesem Fall besteht keine Überwachungspflicht der Bank. Die Ratschläge beruhen auf der Fachkompetenz des Anlageberaters, auf seiner persönlichen Integrität, welche Eigeninte-

- 65 - ressen zurückstellt, sowie auf seinen Kenntnissen der individuellen Kundenbedürfnisse. Ob ein Rat auf Anfrage oder auf Initiative des Kunden erteilt wird, ändert grundsätzlich 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 (URS BERTSCHINGER, Sorgfaltspflichten der Bank bei Anlageberatung und Verwaltungsaufträgen, Diss. Zürich 1991, S. 2 ff.; THOMAS GROSS, Fehlerhafte Vermögensverwaltung - Klage des Anlegers auf Schadenersatz, in: AJP 2006, S. 162; P. CHRISTOPH GUTZWILLER, Rechtsfragen der Vermögensverwaltung, 2008, S. 49 f und 62 ff.; URS EMCH/HUGO RENZ/RETO ARPAGAU, Das schweizerische Bankgeschäft, 7. Aufl., 2011, N. 1752; Urteil des Bundesgerichts 4C.205/2006 vom 21. Februar 2007 E. 3.4.1; Urteil des Bundesgerichts 4A_168/2008 vom 11. Juni 2008 E. 2.1; Urteil des Bundesgerichts 4A_521/2008 vom 26. Februar 2009 E. 5.1; Urteil des Bundesgerichts 4A_525/2011 vom 3. Februar 2012 E. 3.1; Urteil des Bundesgerichts 4A_436/2011 vom 2. April 2012 E. 3.1).

E. 7.2.2.3

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 (P. CHRISTOPH GUTZWILLER, a.a.O., S. 73 f.).

E. 7.2.3

Würdigung Unstrittig ist, dass die Beklagte der Klägerin anlässlich der Besprechung vom 18. März 2011 verschiedene Produkte vorgestellt und auch die Investition in den C. _____ Fonds vorgeschlagen hat. Anhand der Produktbeschreibung wurden der Klägerin die wesentlichen Eigenschaften des C. _____ Fonds erklärt. Am 22. März 2011 stellte die Beklagte der Klägerin weiteres Informationsmaterial über den C. _____ Fonds zu und beantwortete Fragen der Klägerin (vgl. Ziff. 3 hiervor). Damit stand sie in Ausübung ihres Gewerbes der Klägerin durch die Erteilung von

- 66 - Ratschlag und Auskunft beratend zur Seite. Zwar standen die Parteien zuvor noch in keiner Geschäftsbeziehung, die Anlageberatung erfolgte indes im Hinblick auf eine zukünftige Geschäftsbeziehung und bezog sich auf bestimmte Produkte, wobei die Klägerin der Empfehlung der Beklagten folgte. Folglich ist von einer "punktuellen" Anlageberatung

und damit einem Auftragsverhältnis auszugehen.

E. 7.3

Vertragsverletzung Die Klägerin wirft der Beklagten vor, verschiedene Unterpflichten der auftrags- rechtlichen Sorgfalts- und Treuepflicht sowie die Informationspflicht nach Art. 11 BEHG verletzt zu haben (act. 1 Rz. 207 ff; act. 18 Rz. 52 ff.).

E. 7.3.1

Auftragsrechtliche Sorgfalts- und Treuepflicht

E. 7.3.1.1

Rechtliches Der Anlageberatungsvertrag wird als einfacher Auftrag im Sinne von Art. 394 ff. OR qualifiziert. Die Bank, die als Anlageberaterin tätig ist, hat die ihr übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen (Art. 394 Abs. 1 OR). Sie haftet dem Kunden im Rahmen der Auskunfts- und Raterteilung für sorgfältige und getreue Beratung (Art. 398 Abs. 2 OR), hat aber nicht für den Erfolg ihrer Tä- tigkeit einzustehen.

Haftungsbegründend ist vielmehr eine unsorgfältige oder treuwidrige und für den Kunden schädigende Ausführung des Auftrages. Das Mass der Sorgfalt bestimmt sich nach objektiven Kriterien. Erforderlich ist die Sorgfalt, die ein gewissenhafter Beauftragter in der gleichen Lage bei der Besor- gung der ihm übertragenen Geschäfte anzuwenden pflegt (BGE 115 II 62 E. 3a). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts wird hinsichtlich der vertragsrecht- lichen Sorgfalts- und Treuepflicht der Bank bei der Abwicklung von Börsenge- schäften für die Kundschaft zwischen der Vermögensverwaltung, der Anlagebera- tung und der blossen Konto- bzw. Depotführung differenziert (BGE 133 III 97 E. 7.1; 124 III 155 E. 3a; 119 II 333 E. 5a; 115 II 62 E. 3a). Die Qualifikation des zwischen Bank und Kunde bestehenden Vertragsverhältnisses beeinflusst Be- stand und Umfang der vertraglichen Aufklärungs-, Beratungs- und Warnpflichten. Am umfassendsten ist die Aufklärungs- und Beratungspflicht bei der Vermögens-

- 67 -
verwaltung. Wie weit die Aufklärungs- und Beratungspflicht bei der Anlagebera- tung im Einzelnen geht, kann nicht allgemein festgelegt werden, sondern hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, namentlich von der Ausgestaltung des je- weiligen Beratungsverhältnisses, der Art des konkreten Anlagegeschäftes sowie der Erfahrung und den Kenntnissen des Kunden (Urteil des Bundesgerichts 4A_336/2014 vom 18. Dezember 2014 E. 4.2; Urteil des Bundesgerichts 4A_364/2013 vom 5. März 2014 E. 6.2; Urteil des Bundesgerichts 4A_331/2012 vom 2. April 2013 E. 2.2.1; Urteil des Bundesgerichts 4A_525/2011 vom 3. Feb- ruar 2012 E. 3.2; Urteil des Bundesgerichts 4C.205/2006 vom 21. Februar 2007 E. 3.2). Art. 398 OR verlangt ferner, dass der Ratschlag bzw. die Auskunft im Hinblick auf den Abschluss eines Anlagegeschäftes nicht zu einer irrtumsbehafteten Willens- bildung führt. Dabei ist über Umstände aufzuklären, soweit erkennbar ist oder er- kennbar sein sollte, dass diese dem Beratenen nicht bekannt und für seine Wil- lensbildung erheblich sind. Es gilt allerdings zu beachten, dass bezüglich ge- machter Werturteile ein weiter Ermessensspielraum einzuräumen ist, weshalb ei- ne solche Qualifikation erst dann als irreführend und damit als haftungsbegrün- dend betrachtet werden kann, wenn dabei unrichtige Tatsachen zugrunde gelegt oder die Vorsicht und Zurückhaltung ausser acht gelassen wurde, die bei Progno- sen im allgemeinen erforderlich ist (Urteil des Bundesgerichts 4C.394/2005 vom 29. März 2006 E. 2.3).

E. 7.3.1.2

Anlageempfehlung Die Klägerin macht geltend, die Beklagte hätte ihr die Anlage in den C._____ Fonds als sehr sichere und seriöse Alternative zu Cash Positionen angepriesen. Ein Totalverlust sei entgegen den Verkaufsunterlagen nicht möglich. Die Anlage habe somit nicht ihrem Risikoprofil entsprochen. Die Beklagte bestreitet dies und hält dagegen, dass die steuerlichen Risiken allen Beteiligten klar gewesen seien. Sie habe nie behauptet, es sei kein Totalverlust möglich (act. 1 Rz. 3, 37 ff., 48, 63 f. und 84; act. 9 Rz. 19 ff.).

- 68 - Bei der Frage, ob die Beklagte mit ihrer Anlageempfehlung für den C._____ Fonds die auftragsrechtliche Sorgfalts- und Treuepflicht verletzt hat, gilt es zu berücksichtigen, dass die Klägerin als juristische Person die Tätigkeit von Finanzinvestitionen bezweckt. Sie ist der international tätigen G._____ Group zuzuordnen, welche für die Betreuung ihrer Finanzinvestitionen und Geldanlagen über eine eigene Abteilung "Banking Relations" und ein "Investment Departement" verfügt. Entsprechend wurde die Abwicklung der Investition in den C._____ Fonds von einem Banking Relationship Manager der G._____ Group betreut (act. 1 Rz. 23 ff.; act. 9 Rz. 11; act. 3/1). Angesichts dessen verfügt die Klägerin über eine professionelle Tresorie, weshalb sie auch als qualifizierte Anlegerin im Sinne von Art. 10 Abs. 3 lit. d KAG gilt (WERNER W. WYSS, in: Basler Kommentar Kollektivanlagen- gesetz, 2009, Rz. 15 f. zu Art. 10 KAG). Gemäss Produktbeschreibung der Beklagten war der C._____ Fonds denn auch für sogenannte "UHNWIs" (Ultra High Net Worth Individuals) mit entsprechender Risikofähigkeit ("with respective risk capability") bestimmt (act. 3/14 S. 3). Dass die Klägerin und die hinter ihr stehende G._____ Group finanziell äusserst potente und zudem sehr erfahrene Investorinnen sind, stellt die Klägerin denn auch nicht in Abrede (act. 1 Rz. 8). Demnach ist von einer erhöhten Anlageerfahrung und von hoher Sachkunde in Finanzangelegenheiten auszugehen. Die Parteien begegneten sich mithin "auf Augenhöhe" (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 4A_336/2014 vom 18. Dezember 2014 E. 6.1). Ferner gilt es vorliegend zu beachten, dass nur eine "punktuelle" Anlageberatung erfolgt ist, welche sich – abgesehen von der eineinhalbstündigen Besprechung in Portugal (act. 9 Rz. 15) – unbestrittenermassen auf die Bereitstellung von Informationsmaterial und die Beantwortung einzelner Fragen zum C._____ Fonds beschränkte. Selbst wenn Vertreter der Beklagten den C._____ Fonds als sichere Anlage angepriesen hätten – was offen gelassen werden kann –, hätte die Klägerin als erfahrene und sachkundige Investorin darauf nicht vertrauen dürfen. Ein Fonds mit einem jährlichen Renditeversprechen von 12% erweist sich in einem – auch damals – notorisch tiefen Zinsumfeld als hochspekulativ, was einer qualifizierten Anlegerin bekannt sein muss. Da die Klägerin ihre Investitionen in einem internationalen Umfeld tätigt und ihr Sitz in den Niederlanden (und nicht in Portugal) liegt,

- 69 - ist auch ihr Hinweis, wonach ihr eine jährliche Rendite von 12% aufgrund des Zinsniveaus in Portugal nicht per se als aussergewöhnlich erschienen sei, unbehelflich (act. 1 Rz. 40). Überdies darf bei einer erfahrenen Investorin das Wissen vorausgesetzt werden, dass ohnehin eine hohe Rendite mit einem hohen Risiko korreliert. Angesichts dessen geht auch der klägerische Einwand fehl, die Investition hätte nicht ihrem Risikoprofil "moderate" entsprochen. Einerseits bestand im Zeitpunkt des klägerischen Investitionsentscheids kein Risikoprofil. Dieses wurde erst nach dem erfolgten Investitionsentscheid am 13. April 2011 erstellt (act. 3/24), offenbar im Hinblick auf zukünftige Beziehungen zwischen den Parteien (act. 9 Rz. 108). Andererseits hätte die Klägerin bei einer in Aussicht gestellten Zielrendite von jährlich 12% erkennen müssen, dass der C._____ Fonds eine hochspekulative Anlage darstellt, die keinem moderaten

Risikoprofil entspricht. Weicht ein Anlageratschlag für den Kunden erkennbar von den vereinbarten Anlagezielen ab, trägt er jedoch alleine die Verantwortung für den Anlageentscheid bzw. für allfällige Verluste, die allenfalls aus der Befolgung des Ratschlags entstanden sind (P. CHRISTOPH GUTZWILLER, a.a.O., S. 60 f.). Sodann kann offen bleiben, ob Vertreter der Beklagten anlässlich der Besprechung in Portugal die Möglichkeit eines Totalverlusts entgegen den Angaben in den Verkaufsunterlagen relativiert und als einziges Risiko die Änderung des Doppelbesteuerungsabkommens zwischen Deutschland und den USA angeführt haben (act. 1 Rz. 37, 48 und 89). Die Möglichkeit eines Totalverlusts des investierten Kapitals wird im Prospekt mehrfach erwähnt (act. 3/31 S. 24 und 35). Damit geht auch der klägerische Hinweis, wonach eine Täuschung darüber vorliege, dass beim C._____ Fonds als einziges Aktivum nur Steuergutschriften bestünden, ins Leere (act. 18 Rz. 22). Die steuerrechtlichen Risikohinweise im Prospekt und in den Verkaufsunterlagen beschränken sich sodann nicht auf eine Änderung des Doppelbesteuerungsabkommens. Als erfahrene und sachkundige Investorin darf die Klägerin nicht auf vom Prospekt abweichende Zusicherungen abstellen, worauf im Prospekt ebenfalls ausdrücklich hingewiesen wird (act. 3/31 S. 1). Nicht ersichtlich ist ferner, dass sich die Beklagte hinsichtlich des erteilten Ratschlags in einem Interessenkonflikt befunden hätte. Die Klägerin bringt diesbezüglich keine substantiierten Ausführungen vor (act. 1 Rz. 227). Eine Verletzung der Sorgfalts- und Treuepflicht - 70 - durch die Beklagte hinsichtlich des Ratschlags in den C._____ Fonds zu investieren liegt damit nicht vor.

E. 7.3.1.3

Aufklärungspflicht Fraglich ist, ob eine Verletzung der Aufklärungspflicht vorliegt, welche zu einer irrtumsbehafteten Willensbildung bei der Klägerin geführt hat. Wie bereits dargelegt, geht aus dem Prospekt und den Verkaufsunterlagen hervor, dass sich der C._____ Fonds mit einer steuerrechtlichen Strategie ohne Erfahrungswerte über die Beteiligung an US-Pensionsfonds "Ineffizienzen" bzw. Regelungsschwächen im Bereich der Dividendenbesteuerung zu Nutzen machen sollte, woraus Risiken bei der Erstattung von Kapitalertragsteuern resultierten. Bei der Klägerin lag darüber kein Irrtum vor. Selbst wenn die Willensbildung der Klägerin irrtumsbehaftet gewesen wäre, müsste die Erkennbarkeit bei der Beklagten, dass die von der Klägerin vorgebrachten Umstände für ihre Willensbildung erheblich gewesen wären, verneint werden. Es kann auf die entsprechenden Ausführungen zur absichtlichen Täuschung verwiesen werden (vgl. Ziff. 6.3.1 hiervor). Vollständigkeitshalber ist zu bemerken, dass über nach der Investition erfolgte Umstände – wie die von der Klägerin behauptete Erpressung der Beklagten – aufgrund des Vorliegens einer "punktuellen" Anlageberatung keine Aufklärungspflicht besteht. Nach Abschluss der Beratung ist die Bank aus ihrer Verantwortung entlassen. Eine Verletzung der Sorgfalts- und Treuepflicht durch unterbliebene Aufklärung liegt damit ebenfalls nicht vor.

E. 7.3.2

Informationspflicht nach BEHG Neben der auftragsrechtlichen Sorgfalts- und Treuepflicht besteht nach Art. 11 Abs. 1 lit. a BEHG eine Informationspflicht des Effekthändlers gegenüber seinem Kunden, wonach er diesen auf die mit einer bestimmten Geschäftsart verbundenen Risiken hinzuweisen hat. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kommt Art. 11 BEHG parallel zu den auftragsrechtlichen Bestimmungen zur Anwendung

(Urteil des Bundesgerichts 4A_331/2012 vom 2. April 2013 E. 2.2.2;

- 71 - Urteil des Bundesgerichts 4A_525/2011 vom 3. Februar 2012 E. 3.3; Urteil des Bundesgerichts 4C.270/2006 vom 4. Januar 2007 E. 4.2). Der Effektenhändler muss zwar über die Risiken einer Geschäftsart an sich, nicht aber über die Risiken einer konkreten Effektenhandelstransaktion informieren (BGE 133 III 97 E. 5.3). Eine Verletzung der Informationspflicht nach Art. 11 BEHG ist entgegen der Ansicht der Klägerin (act. 1 Rz. 229 ff.) nicht einschlägig, da die Risiken der Geschäftsart hinreichend im Prospekt dargestellt sind (act. 3/31 S. 25 ff.).

E. 7.3.3

Fazit Eine Vertragsverletzung der Beklagten hinsichtlich des Anlageberatungsvertrags liegt somit nicht vor.

E. 7.4

Schaden

E. 7.4.1

Parteistandpunkte Die Klägerin führt zum Schaden aus, sie hätte bei richtiger Betrachtung anstelle des C._____ Fonds in portugiesische Festgelder investiert. In der Periode von April 2011 bis Oktober 2011 habe sie in 25 verschiedene Festgeldanlagen von portugiesischen Banken mit einer durchschnittlichen Rendite von jährlich 6.21% investiert. Die Aktien des C._____ Fonds könne die Klägerin nicht verkaufen, weil sie wertlos seien (act. 1 Rz. 134 ff.; act. 18 Rz. 261). Sodann macht die Klägerin in ihrer Stellungnahme zu den Dupliknoten weitere Ausführungen zur Schadenssubstantiierung und verlangt eventualiter eine richterliche Schätzung des Schadens nach Art. 42 Abs. 2 OR (act. 33 Rz. 78 ff.). Die Beklagte entgegnet, es sei im heutigen Zeitpunkt noch unklar, ob sich für den C._____ Fonds ein Steuerrisiko verwirkliche, womit der Schaden der Klägerin noch nicht feststehe und auch unsubstantiiert sei. Bestritten werde die Behauptung, die Klägerin habe im Jahr 2011 ihre Cash-Bestände in kurzfristige Festgeldanlagen in Portugal investiert (act. 9 Rz. 112 ff.; act. 26 Rz. 110 ff.).

- 72 -

E. 7.4.2

Rechtliches Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist ein Schaden eine ungewollte Verminderung des Reinvermögens und entspricht nach allgemeiner Auffassung der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (BGE 104 II 198, E. a). In Anwendung von Art. 42 Abs. 1 OR ist die Höhe des Schadens durch den Geschädigten zu behaupten und zu beweisen. In erster Linie ist dabei der ziffernmässig nachweisbare Schaden massgebend. Ist eine Schadensberechnung nicht möglich oder nicht zumutbar, kommt Art. 42 Abs. 2 OR zur Anwendung. Von einem in diesem Sinne ziffernmässig nicht nachweisbaren Schaden ist auszugehen, wenn sich der Schaden nicht aufgrund eines konkreten Wertersatzes berechnen lässt. In diesen Fällen – dem Grundsatz nach Ausnahmefälle – ist der Schaden vom Richter, gestützt auf eine Sachverhaltshypothese, zu schätzen. Das Ermessen des Richters beginnt dabei dort, wo die vernünftigerweise möglichen Beweise aufhören (ROLAND BREHM, Berner Kommentar, Art. 41-61 OR, 4. Aufl., Bern 2013, Art. 42). Nach den Grundsätzen des Prozessrechts hat der beweisbelastete Geschädigte den Schaden zu behaupten und zu beweisen. Dies gilt auch im

Anwendungsbereich von Art. 42 Abs. 2 OR. Die Anwendung der Ausnahmebestimmung befreit den Geschädigten nicht vom Beweis. Vielmehr wird dieser unter bestimmten Voraussetzungen erleichtert. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hat der Geschädigte alle Umstände, die für den Eintritt eines Schadens sprechen und dessen Abschätzung erlauben oder erleichtern, soweit möglich und zumutbar zu behaupten und zu beweisen (Urteil des Bundesgerichts 4C.295/2006 vom 30. November 2006 E. 5.2.2).

E. 7.4.3

Würdigung Die Liquidation des C._____ Fonds ist unbestrittenermassen noch nicht abgeschlossen und auch über die Erstattungsanträge des C._____ Fonds wurde noch nicht befunden. Ob sich die Erstattung der Kapitalertragsteuer verwirklichen lässt bzw. in welchem Umfang bei einer Nichterstattung gegebenenfalls eine Versicherungsdeckung besteht, ist zurzeit ungewiss. Damit steht noch nicht fest, ob sich die Anlage in den C._____ Fonds dereinst als wertlos erweisen bzw. in welchem

- 73 - Umfang ein Verlust resultieren wird. Eine Vermögenminderung ist damit noch nicht eingetreten. Doch selbst wenn von der Wertlosigkeit der Aktien des C._____ Fonds ausgegangen würde, wäre der nach Art. 42 Abs. 2 OR zu ermittelnde Schaden nicht hinreichend substantiiert. Die Klägerin legt lediglich eine Auflistung von verschiedenen Zinssätzen portugiesischer Festgeldanlagen ins Recht (act. 3/13), was angesichts der beklaglichen Bestreitung der erfolgten Investition in portugiesische Festgeldanlagen unzureichend ist. Nicht dargelegt ist sodann, weshalb die Klägerin – als juristische Person mit Sitz in den Niederlanden – ihre Cash-Positionen in portugiesische Festgelder investiert hätte. Die Klägerin unterlässt es, entsprechende Umstände darzulegen, die eine Abschätzung des Schadens erlauben würden. Verspätet sind die nach Aktenschluss erfolgten Ausführungen der Klägerin zur Schadenssubstantiierung (act. 33 Rz. 78 ff.; BGE 140 III 312). Entgegen der Klägerin wäre in einem allfällig im März / April 2015 erfolgten Verfall von Swap-Verträgen, die aus dem bereits mit der Klagebegründung eingereichten Jahresbericht 2012 hervorginge, kein Novum im Sinne von Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO zu erblicken (act. 33 Rz. 85 ff.; act. 3/47); entsprechend substantiierte Ausführungen zum Verfall von Swap-Verträgen hätten mit der Klagebegründung bzw. mit der Replik erfolgen müssen.

E. 7.4.4

Fazit Selbst wenn eine Vertragsverletzung bejaht würde, müsste das klägerische Eventualbegehren mangels Vorliegens eines (hinreichend substantiierten) Schadens abgewiesen werden. Auf die Prüfung der weiteren Voraussetzungen (Kausalität und Verschulden) kann damit verzichtet werden.

- 74 -

E. 7.5

Rechenschaftspflicht

E. 7.5.1

Parteistandpunkte Die Klägerin verlangt die Verpflichtung der Beklagten, eine detaillierte Aufstellung der von dieser vereinnahmten Retrozessionen, Kick-backs oder unter sonstiger Bezeichnung zugeflossenen geldwerten Leistungen betreffend die der Klägerin verkauften Aktien des C._____ Fonds zuzustellen. Es sei nicht davon auszugehen, dass die Beklagte den C._____ Fonds aus altruistischen Motiven verkauft habe (act. 1 Rz. 248 ff.; act. 18 Rz. 263). Die Beklagte bestreitet, im Zusammenhang mit der Investition der Klägerin Retro-

zessionen oder ähnliche Vergütungen erhalten zu haben (act. 9 Rz. 115).

E. 7.5.2

Rechtliches Nach Art. 400 Abs. 1 OR ist der Beauftragte schuldig, auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und alles, was ihm infolge derselben aus irgendeinem Grund zugekommen ist, zu erstatten. Die Ablieferungspflicht betrifft nicht nur diejenigen Vermögenswerte, die der Beauftragte direkt vom Auftraggeber zur Erfüllung des Auftrags erhält, sondern auch indirekte Vorteile, die dem Beauftragten infolge der Auftragsausführung von Dritten zukommen (BGE 132 III 430 E. 4.1).

E. 7.5.3

Würdigung Wenn es wie vorliegend um den Beweis einer negativen Tatsache geht (Nichterhalt von Retrozessionen oder ähnlichen Vergütungen), ist die Gegenpartei nach Treu und Glauben gehalten, ihrerseits verstärkt bei der Beweisführung mitzuwirken, namentlich indem sie einen Gegenbeweis erbringt oder zumindest konkrete Anhaltspunkte für die Vereinnahmung von Retrozessionen oder ähnlichen Vergütungen aufzeigt (vgl. zum Beweis von negativen Tatsachen: Urteil des Bundesgerichts 1C_59/2015 vom 17. September 2015 E. 3.2). Die Klägerin legt keine solchen Anhaltspunkte dar, die auf die Vereinnahmung von Retrozessionen oder ähnlichen Vergütungen schliessen lassen würden. Die Beklagte belastete der

- 75 - Klägerin für den Erwerb der Aktien eine Kommissiongebühr von EUR 42'250.–, insofern kann auch nicht gefolgert werden, sie hätte eine Investition in den C._____ Fonds aus altruistischen Motiven empfohlen (act. 3/28).

E. 7.5.4

Fazit Damit hat keine Verpflichtung der Beklagten zur Rechenschaftsablegung zu erfolgen.

E. 8

Lauterkeitsrechtliche Ansprüche Schliesslich macht die Klägerin lauterkeitsrechtliche Ansprüche geltend, wobei sie die Feststellung der Widerrechtlichkeit des beklaglichen Handelns verlangt (Art. 9 Abs. 1 lit. c UWG) und eventualiter ihren geltend gemachten Schadenersatzanspruch auf Art. 9 Abs. 3 UWG stützt. Zudem begehrt sie gestützt auf Art. 9 Abs. 2 UWG das Urteil auf der Homepage der Beklagten zu publizieren. Sie begründet dies damit, dass die Angaben im Termsheet vom Februar 2011 und im Prospekt irreführend bzw. täuschend seien (act. 1 Rz. 254 ff.). Die Beklagte stellt in Abrede, irreführende oder täuschende Angaben gemacht zu haben (act. 9 Rz. 116). Art. 9 Abs. 1 lit. c UWG setzt hinsichtlich des Feststellungsinteresses voraus, dass sich eine Verletzung weiterhin störend auswirkt. Wodurch sich die Angaben hinsichtlich des C._____ Fonds – der unbestrittenermassen nicht mehr vertrieben wird – nach wie vor störend auswirken würden, legt die Klägerin indes nicht dar. Ein pauschaler Hinweis, wonach die Beklagte abertausende von strukturierten Produkten verkaufe, genügt nicht zur Begründung eines Feststellungsinteresses (act. 1 Rz. 273), weshalb auf das Feststellungsbegehren gemäss Ziff. 7 des Rechtsbegehrens nicht einzutreten ist. Ausserdem bleiben ihre lauterkeitsrechtlichen Ansprüche unsubstantiiert, da nicht dargelegt wird, inwiefern die Klägerin durch unlauteren Wettbewerb in ihrer Kundschaft, ihrem Kredit oder beruflichen Ansehen, in ihrem Geschäftsbetrieb oder sonst in ihren wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt wäre (Art. 9 Abs. 1 UWG). Im Übrigen kann auf die vor-

- 76 - herigen Ausführungen verwiesen werden, insbesondere hinsichtlich des Fehlens der Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruchs (vgl. Ziff. 7 hiavor).

E. 9

Vorprozessuale Anwaltskosten

E. 9.1

Parteistandpunkte Die Klägerin macht schliesslich vorprozessuale Anwaltskosten geltend und begründet dies mit der Notwendigkeit des Beizugs einer luxemburgischen Anwaltskanzlei sowie von Rechtsanwalt Dr. Z._____, welcher andere Geschädigte in Deutschland vertreten und der Klägerin wichtige Informationen über die äusserst komplexe Struktur und die Legalität des C.____ Fonds mittels einem Memo verschafft habe. Zudem habe sich die Beklagte in Verletzung ihrer Rechenschaftspflicht geweigert, Informationen über den C.____ Fonds preiszugeben. Vorprozessuale Anwaltskosten seien überdies seit dem Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung nicht von der Parteientschädigung umfasst (act. 1 Rz. 183 ff.; act. 18 Rz. 159 ff.). Die Beklagte bestreitet, dass der behauptete Aufwand bei der Klägerin angefallen sei. Es sei nicht ersichtlich, dass die ins Recht gelegten Rechnungen bezahlt worden seien. Zudem seien vorprozessuale Anwaltskosten durch die Parteientschädigung gedeckt. Ohnehin wären die getroffenen Aufwendungen nicht notwendig und angemessen gewesen (act. 9 Rz. 95 ff.; act. 18 Rz. 118 ff.).

E. 9.2

Rechtliches Vorprozessuale Rechtsverfolgungskosten werden als Kosten definiert, die den Parteien durch ihre Bemühungen im Kampf ums Recht vor Einleitung eines Zivilprozesses erwachsen, aber Prozesscharakter haben. Unter diese vorprozessuale Rechtsverfolgungskosten fallen die vom Betrag her am meisten ins Gewicht fallenden vorprozessualen Anwaltskosten (ZR 107 [2008] Nr. 14). Nach der zürcherischen Praxis sind vorprozessuale Rechtsverfolgungskosten nicht als Schadensposten geltend zu machen, sondern bei der Bemessung der Prozessentschädigung nach Massgabe des beidseitigen Unterliegens bzw. Obsiegens zu berücksichtigen (vgl. § 68 Abs. 1 ZPO/ZH; ZR 72 [1973] Nr. 17; ZR 63 [1974] Nr. 100).

- 77 - Folgerichtig kann die Klägerin als haftpflichtrechtlichen Teil eines Schadens und somit ausserhalb der Parteientschädigung höchstens jene Kosten geltend machen, welche nicht mehr als vorprozessuale Rechtsverfolgungskosten qualifiziert werden können (ZR 107 [2008] Nr. 14). Das Bundesgericht hielt bezüglich vorprozessualer Anwaltskosten im Haftpflichtrecht wiederholt fest, dass solche Kosten nur dann einen haftpflichtrechtlichen Bestandteil des Schadens bilden, wenn sie notwendig und angemessen waren, der direkten Durchsetzung der Schadenersatzforderung dienen und nicht durch die nach kantonalem Recht zuzusprechende Parteientschädigung gedeckt sind (Urteil des Bundesgerichts 4A_127/2011 vom 12. Juli 2011 E. 12.2; BGE 117 II 106; BGE 117 II 396; BGE 126 III 391). Die Parteientschädigung umfasst u.a. die Kosten der berufsmässigen Vertretung (Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO). Darin enthalten sind auch die vorprozessualen Anwaltskosten, d.h. diejenigen Kosten, die im Zeitpunkt des Endentscheids, retrospektiv betrachtet, notwendig oder nützlich waren für die Vorbereitung des Prozesses oder dessen mögliche Verhinderung (SUTTER/VON HOLZEN, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., 2. Aufl., 2013, Art. 95 N. 38). Die Partei, die den Ersatz vorprozessualer Anwaltskosten einklagt, hat substantiiert darzutun, das heisst die Umstände zu nennen, die dafür sprechen, dass die

geltend gemachten Aufwendungen haftpflichtrechtlich als Bestandteil des Schadens zu betrachten sind, mithin gerechtfertigt, notwendig und angemessen waren, der Durchsetzung der Schadenersatzforderung dienen und nicht durch die Parteientschädigung gedeckt sind (Urteil des Bundesgerichts 4A_264/2015 vom 10. August 2015 E. 4.2.2).

E. 9.3

Würdigung Zwar listet die Klägerin die anwaltlichen Aufwendungen der luxemburgischen Kanzlei und von Rechtsanwalt Dr. Z._____ im Einzelnen in ihrer Replik auf (act. 18 Rz. 168 ff.). Sie unterlässt es aber, substantiiert dazulegen, inwiefern die einzelnen Positionen nicht als vorprozessuale Rechtsverfolgungskosten zu qualifizieren und von einer Prozessentschädigung separat zuzusprechen sein sollen. Auch stellt sie keine entsprechenden Tatsachenbehauptungen dazu auf, inwiefern die einzelnen Positionen gerechtfertigt, notwendig und angemessen zur Durch-

- 78 - setzung ihres Anspruchs waren. Ein pauschaler Hinweis, wonach sich der Beizug einer luxemburgischen Anwaltskanzlei sowie von Dr. Z._____ aufgrund der Komplexität und des internationalen Bezugs als notwendig erwiesen habe, genügt nicht (act. 1 Rz. 192). Schliesslich wird die von der Klägerin behauptete Verletzung der Rechenschaftspflicht, die sie zur Begründung der Notwendigkeit des Beizugs externer Spezialisten anführt, nicht substantiiert behauptet; so legt sie nicht dar, wann und wie sich die Beklagte geweigert hätte, Informationen zu liefern (act. 18 Rz. 190).

E. 9.4

Fazit Mangels Substantiierung besteht kein Anspruch auf Ersatz vorprozessualer Anwaltskosten.

E. 10

Ergebnis Da die Voraussetzungen für die Geltendmachung von Willensmängeln (absichtliche Täuschung und Grundlagenirrtum) nicht vorliegen, kein Schadenersatzanspruch besteht, keine Verpflichtung zur Rechenschaftsablegung zu erfolgen hat und endlich auch keine lauterkeitsrechtlichen Ansprüche bestehen, ist die Klage vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Zu bemerken ist endlich, dass allenfalls aufsichtsrechtliche und allenfalls auch strafrechtliche Aspekte nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bilden.

E. 11

Kosten- und Entschädigungsfolgen

E. 11.1

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

E. 11.2

Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG), während die Höhe der Parteientschädigung gemäss der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 festzusetzen ist (Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003). So-

- 79 - wohl die Gerichtsgebühr als auch die Parteientschädigung richten sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG; § 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV).

E. 11.3

Der Streitwert wird gemäss Art. 91 Abs. 1 ZPO durch das Rechtsbegehren bestimmt, wobei Zinsen und Kosten des laufenden Verfahrens nicht hinzugerechnet werden. Vorliegend beträgt der Streitwert CHF 7'251'095.–.

E. 11.4

Angesichts des Umfangs der Akten, der mehrfachen gerichtlichen Verfügungen, des Verfahrensaufwandes, einschliesslich der Durchführung einer Vergleichsverhandlung und schliesslich auch der Komplexität der Rechtsfragen rechtfertigt es sich, die nach § 4 GebV OG bemessene Gerichtsgebühr um rund 1/2 zu erhöhen und auf CHF 140'000.– festzusetzen sowie teilweise aus dem Kostenvorschuss der Klägerin in der Höhe von CHF 94'000.– zu beziehen. Die Klägerin ist zu verpflichten, der Beklagten eine Parteientschädigung zu bezahlen, welche in Anwendung von § 4 Abs. 1 und § 11 Abs. 1 AnwGebV auf CHF 130'000.– festzusetzen ist.

- 80 - Das Handelsgericht beschliesst:

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