

## 2.7. Schuldrecht – allgemein/Droit des obligations – en général

### BGer 4A\_297/2019: Täuschung beim Kauf von Fondsanteilen; Haftungsfolgen

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A\_297/2019 vom 29. Mai 2020, A. GmbH & Co. KG gegen Bank B. AG, Forderung, Anlageberatung.



ALFRED KOLLER\*

Kauf von Fondsanteilen mit erheblichem Verlustrisiko. – Absichtliche Täuschung des Käufers durch Verschweigung des Verlustrisikos (Art. 28 OR). – Vertragliche Haftung des Verkäufers wegen Verletzung einer vertraglichen Beratungspflicht (Art. 97 Abs. 1 OR). – Wegfall der Haftung infolge verspäteter Vertragsanfechtung (Art. 31 Abs. 1 und 3 OR)?

*Im Entscheid ging es um einen Kauf von Fondsanteilen, die der Käufer gestützt auf einen von der verkaufenden Bank abgegebenen Anlagerat erworben hatte. Dabei hatte die Bank wesentliche Anlagerisiken verschwiegen und sich damit sowohl einer absichtlichen Täuschung (Art. 28 OR) als auch einer Vertragsverletzung (Verletzung des mit dem Käufer geschlossenen Anlageberatungsvertrages) schuldig gemacht (Art. 97 Abs. 1 OR). Der Käufer unterliess eine rechtzeitige Anfechtung des Kaufvertrags (Art. 31 Abs. 1 und 2 OR), weshalb es ihm verwehrt war, den Kauf rückgängig zu machen (der Vertrag galt «als genehmigt», Art. 31 Abs. 1 OR). Hingegen war es ihm nach Ansicht des Bundesgerichts unbenommen, Schadenersatz in Höhe der Kaufpreissumme – gegen Rückerstattung der Fondsanteile – zu verlangen. Diese Ansicht stösst beim Verfasser der Urteilsbesprechung auf Bedenken.*

### I. Zusammenfassung des Urteils

Im fraglichen Bundesgerichtsentscheid ging es – vereinfacht – um Folgendes<sup>1</sup>: Die A. GmbH & Co. KG (Klägerin), eine Gesellschaft mit Sitz in Deutschland, schloss mit der

\* ALFRED KOLLER, Prof. em. Dr. iur., Rechtsanwalt in St. Gallen. Ich danke Herrn Prof. Arnold F. Rusch für wertvolle Hinweise sowie dafür, dass er in seiner Funktion als Redaktionsleiter die Urteilsbesprechung in die AJP aufgenommen hat, obwohl der besprochene Entscheid schon anderweitig in der AJP kommentiert wurde (s. FN 1).

<sup>1</sup> Für eine eingehendere Sachverhaltsdarstellung s. die Urteilsbesprechung von LUCA ELLENBERGER in AJP 2020, 1351 ff.

in der Schweiz ansässigen Bank B. (Beklagte) im Hinblick auf eine mögliche Investition einen Anlageberatungsvertrag. Hierauf bot die Beklagte der Klägerin 998 Anteile des X.-Fonds zu einem Preis von EUR 1'000'000 zum Kauf an und stellte dabei einen Profit von 12 % in Aussicht.<sup>2</sup> Die Klägerin war mit dem Kauf einverstanden, eröffnete bei der Beklagten ein Konto und überwies darauf einen Betrag in Höhe des Kaufpreises. Nachdem sie die Umbuchung dieses Betrags gegen 998 Anteile des X.-Fonds erlaubt hatte, bestätigte die Beklagte am 10. Mai 2011 die entsprechende Einbuchung in das Depot der Klägerin.

Mit Klage vom 31. Mai 2017 verlangte die Klägerin die Rückabwicklung des Vertrags, weil sie von der Beklagten absichtlich über die mit der Anlage verbundenen erheblichen Risiken getäuscht worden sei. Subsidiär verlangte sie Schadenersatz in Höhe des Kaufpreises unter dem Gesichtspunkt des negativen Vertragsinteresses; insoweit machte sie geltend, die Beklagte habe durch ihr täuschendes Verhalten auch den Anlageberatungsvertrag verletzt (Art. 97 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 398 Abs. 2 OR) und sie dadurch bewogen, wertlose Fondsanteile zu erstehen. Das Handelsgericht Zürich bejahte die Täuschung, wies aber das Rückabwicklungsbegehren unter Berufung auf Art. 31 Abs. 1 OR (verspätete Anfechtung des Vertrags) ab. Das Schadenersatzbegehren wies es mit der Begründung ab, die Wertlosigkeit der Fondsanteile sei nicht nachgewiesen.

Das Bundesgericht, an das die Klägerin mit Beschwerde in Zivilsachen gelangte, hiess hingegen das Schadenersatzbegehren – unter dem Titel des *positiven* Vertragsinteresses – gut. Dabei liess es die Frage der Werthaltigkeit bzw. Wertlosigkeit der Fondsanteile offen (E. 6.5). Entscheidend sei, dass die Klägerin bei vertragskonformer Beratung weder die streitgegenständlichen Fondsanteile gekauft noch eine sonstige Anlage getätigt hätte (E. 6.4). Sie habe daher Anspruch darauf, so gestellt zu werden, wie wenn sie keinerlei Kaufgeschäft getätigt hätte, und könne demzufolge die Rückerstattung des Kaufpreises gegen Rückgabe der Fondsanteile verlangen.

## II. Bemerkungen

Die Parteien hatten im Hinblick auf den Erwerb der Fondsanteile einen Anlageberatungsvertrag geschlossen. Eine vertragskonforme Beratung hätte vorausgesetzt, dass die beklagte Bank die erheblichen Verlustrisiken, welche mit dem Kauf der Fondsanteile verbunden waren, offengelegt hätte. Das hat sie nicht getan, sondern stattdessen die Anla-

ge ausdrücklich als risikoarm bezeichnet (E. 5). Darin war nicht nur eine Vertragswidrigkeit, sondern auch eine Täuschung i.S.v. Art. 28 OR zu sehen. Die Klägerin war daher berechtigt, den Vertrag anzufechten und dessen Rückabwicklung durch Rückerstattung des Kaufpreises gegen Rückgabe der Fondsanteile zu verlangen. Das hat sie zwar getan, jedoch nicht innert der Frist von Art. 31 Abs. 1 und 2 OR, wodurch das Anfechtungsrecht verwirkte. Das hinderte die Klägerin nach Ansicht des Bundesgerichts nicht daran, aufgrund der begangenen Vertragsverletzung (Art. 398 Abs. 2 OR) Ersatz des positiven Vertragsinteresses zu verlangen (Art. 97 Abs. 1 OR). Da die Klägerin bei vertragskonformer Beratung nachgewiesenermassen nicht nur auf den tatsächlich getätigten Fondsanteilskauf, sondern auch auf jede sonstige Anlage verzichtet hätte (E. 6.5), konnte die Klägerin verlangen, so gestellt zu werden, wie wenn sie keine Anlage getätigt hätte, und zwar nach Ansicht des Bundesgerichts im Wege des *Realersatzes*: durch Rückgabe der erworbenen Fondsanteile gegen Rückerstattung des Kaufpreises.<sup>3</sup> Demgegenüber hatte das Handelsgericht Zürich – zumindest der Sache nach – angenommen, die Klägerin könne lediglich die wertmässige Rückabwicklung des Vertrags verlangen, Schadenersatz in Höhe des gesamten Kaufpreises also nur dann, wenn die Fondsanteile wertlos waren. Dies war nicht erwiesen, weshalb das entsprechende Klagebegehren abzuweisen war.

Meines Erachtens verstösst es gegen Sinn und Zweck von Art. 31 Abs. 1 OR, wenn der getäuschten Partei – hier: der Klägerin – die Möglichkeit eröffnet wird, auf dem Wege des Schadenersatzes genau das zu erreichen, was sie auf dem Wege der Vertragsanfechtung infolge Säumnis bei der Geltendmachung der Täuschung nicht mehr erreichen kann. Die bundesgerichtliche Entscheidung (Zusprechung von Schadenersatz in Höhe des Kaufpreises gegen Rückgabe der Fondsanteile) überzeugt daher nicht. Eine *wertmässige* Rückabwicklung des Vertrags, wie sie vom Handelsgericht erwogen wurde, war hingegen «nicht ohne weiteres aus[geschlossen]» (Art. 31 Abs. 3 OR). Aus der vom Gesetzgeber gewählten Formulierung ist zu schliessen, dass auch diese Art der Schadensliquidation nur *ausnahmsweise* zulässig ist. Dahinter steckt die Überlegung, dass die getäuschte Partei, indem sie die Anfechtung unterlässt, die Wirkung des für sie an sich unverbindlichen

<sup>2</sup> Näheres zur Anlagestrategie des Fonds im referierten Bundesgerichtsentscheid sowie bei ELLENBERGER (FN 1), AJP 2020, 1352 f.

<sup>3</sup> Nach Art. 43 Abs. 1 OR entscheidet der Richter über die «Art» des Schadenersatzes (Realersatz oder Geldersatz), freilich unter Vorbehalt anderweitiger gesetzlicher Anordnung. Ausdrücklich brauchen solche Anordnungen nicht zu sein. Es genügt, dass eine bestimmte Art des Schadenersatzes nach der ratio legis einer Bestimmung ausgeschlossen sein soll (s. nachstehend im Text betr. Art. 31 Abs. 1 OR).

Vertrags in Kauf nimmt und dadurch – bei einem für sie ungünstigen Vertrag – den Schaden selbst herbeiführt.<sup>4</sup> Eine Schadensüberwälzung auf die Gegenpartei (den Täuschenden) rechtfertigt sich daher grundsätzlich nicht.<sup>5</sup> Eine Ausnahme ist nur dort zu machen, wo dem Getäuschten die Anfechtung aus besonderem Grund nicht zuzumuten ist, etwa weil er wegen zweifelhafter Zahlungsfähigkeit des Täuschenden vor der Wahl steht, entweder am Vertrag festzuhalten oder ihn anzufechten und Gefahr zu laufen, gar nichts zu bekommen,<sup>6</sup> oder weil durch Rückgabe der Sache ein beachtenswertes Affektionsinteresse beeinträchtigt würde. Wer daher einen angeblich reinrassigen Hund für CHF 1000 kauft, obwohl es sich beim Tier in Wirklichkeit um einen Mischling mit einem Wert von lediglich CHF 100 handelt, der kann auf die Anfechtung verzichten, den Hund behalten und CHF 900 als Schadenersatz verlangen, wenn er die Täuschung erst entdeckt, nachdem er den Hund ins Herz geschlossen hat und ihm daher eine Rückgabe an den Verkäufer undenkbar erscheint. Derlei Gründe waren im konkreten Fall nicht gegeben, weshalb das Schadenersatzbegehren ohne weiteres (ohne Schadensprüfung) hätte abgewiesen werden müssen.

Sinn und Tragweite von Art. 31 Abs. 3 OR sind allerdings seit jeher umstritten (s. BGE 40 II 40 E. 3). Die vorstehend vertretene Auslegung der Bestimmung wird in der herrschenden Lehre geteilt (s. die Nw. in BGE 109 Ia 5 E. 4b), sie entspricht auch der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (gleicher Entscheid). Eine abweichende Ansicht vertritt namentlich SCHMIDLIN.<sup>7</sup> Er nimmt an, auf wertmässige Rückabwicklung gerichtete Schadenersatzansprüche seien grundsätzlich nicht ausgeschlossen, sie dürften nur nicht dazu führen, dass der Täuschende schlechter stehe, als er im Falle einer Anfechtung stünde.<sup>8</sup> Folgt man dem, so war es der Klägerin im referierten Fall – entsprechend der

Auffassung des Handelsgerichts – unbenommen, den durch die Täuschung verursachten Schaden ersetzt zu verlangen. Demgegenüber war nach der herrschenden, auch hier vertretenen Ansicht ein Schadenersatzanspruch nicht gegeben, da die Klägerin keinen besonderen Grund hatte, die Anfechtung zu unterlassen.

Unterstellt man, dass die Klägerin entgegen der hier vertretenen Ansicht einen (vertraglichen) Anspruch auf Schadenersatz in Höhe des Kaufpreises gegen Rückgabe der Fondsanteile hatte, so fragt sich, ob der Anspruch auf Ersatz des negativen oder des positiven Vertragsinteresses ging. Bei der zweiten Variante (positives Vertragsinteresse) blieb ein allfällig verabredetes Honorar für die Anlageberatung geschuldet, bei der ersten (negatives Vertragsinteresse) nicht.<sup>9</sup> Dass im vorliegenden Fall angesichts der völligen Wertlosigkeit der Anlageberatung die Honorarpflicht entfallen musste, liegt auf der Hand.

Zur näheren Begründung Folgendes: Der Anspruch auf das negative Vertragsinteresse setzt den Rücktritt vom Vertrag voraus. Bei vielen Dienstleistungsverträgen ist ein Rücktrittsrecht wegen Schlechterfüllung nicht ausdrücklich vorgesehen, doch ist anerkannt, dass der Rücktritt ganz allgemein dann zulässig ist, wenn die erbrachte Dienstleistung ohne jeden Wert ist (z.B. BGE 110 II 375 E. 2 [unbrauchbare Zahnbehandlung]).<sup>10</sup> Im vorliegenden Fall war die Klägerin daher zum Rücktritt und damit zur Beseitigung der Honorarpflicht berechtigt. Von diesem Recht hat sie – zumindest konkludent – durch Geltendmachung des negativen Vertragsinteresses Gebrauch gemacht. Wer vom Vertrag rechtswirksam zurücktritt, hat bei Verschulden des Gegners Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses (vgl. Art. 109 Abs. 2 OR). Weshalb das Bundesgericht der Klägerin stattdessen Ersatz des positiven Vertragsinteresses zugesprochen hat, ist nicht ersichtlich.

<sup>4</sup> EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. A., Zürich 1988, 223, auch zum Folgenden.

<sup>5</sup> Beim Erlass von Art. 31 Abs. 3 OR dürfte der Gesetzgeber wohl nur an die ausservertragliche Haftung des Täuschenden (aus Art. 41 Abs. 1 OR bzw. culpa in contrahendo) gedacht haben. Nach ihrem Grundgedanken bezieht sich jedoch die Bestimmung auf jede Haftung, welche ihren Grund in der Täuschungshandlung hat. Der grundsätzliche Haftungsausschluss greift daher auch dort Platz, wo die Täuschungshandlung – wie im referierten Fall – ein vertragliches Verschulden beinhaltet und daher der Getäuschte einen vertraglichen Schadenersatzanspruch hat (Art. 97 Abs. 1 OR).

<sup>6</sup> HERMANN BECKER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–183 OR, 2. A., Bern 1945, Art. 31 OR N 15.

<sup>7</sup> BRUNO SCHMIDLIN, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23–31 OR, 2. A., Bern 2013, Art. 31 N 150.

<sup>8</sup> Ich gehe davon aus, dass SCHMIDLIN an der angeführten Stelle (s. FN 7) unter dem «Schädiger» (Täuschender) in Wirklichkeit den

Geschädigten (Getäuschten) versteht (eine «wörtliche Interpretation» würde m.E. keinen Sinn ergeben).

<sup>9</sup> Dass ein Honorar abgemacht gewesen wäre, lässt sich dem Entscheid nicht entnehmen. Bei Fehlen einer Honorarabmachung scheint zweifelhaft, ob die Parteien tatsächlich einen Anlageberatungsvertrag (Art. 1 OR) geschlossen hatten oder ob zwischen ihnen nicht vielmehr ein bloss vorvertragliches Beratungsverhältnis ohne Rechtsbindungswillen bestand. In diesem letzteren Fall wäre eine vertragliche Haftung ausgeschlossen. Allfällige Ansprüche aus Art. 41 Abs. 1 OR bzw. culpa in contrahendo aber waren bereits verjährt (Art. 60 Abs. 1 OR), und die Klage hätte schon aus diesem Grund abgewiesen werden müssen.

<sup>10</sup> ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, 4. A., Bern 2017, N 57.59.