

# Handelsgericht des Kantons Zürich



---

Geschäfts-Nr. HG090269-O/U/dz

Mitwirkend: die Obergerichter Thomas Seeger, Präsident, und Dr. Johann Zürcher  
die Handelsrichter Paul Josef Geisser, Caspar Comtesse und Ivo Eltschinger sowie die Gerichtsschreiberin Vera Keller Bachofner

## Urteil vom 31. Januar 2012

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG,**  
Klägerin

vertreten durch Fürsprecher W.\_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

**B.\_\_\_\_\_ AG,** bei C.\_\_\_\_\_ AG,  
Beklagte

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

betreffend **Forderung**

### **Rechtsbegehren:**

"Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin netto CHF 18'524'853.45 zuzüglich Zins zu 5% seit 21. Juni 2007 zu bezahlen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

### **Das Gericht zieht in Erwägung:**

#### **I.**

#### **Einleitung und Sachverhalt**

##### 1. Parteien

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in D.\_\_\_\_\_. Sie betreibt eine Bank (act. 4/2). Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in E.\_\_\_\_\_. Ihr Zweck ist die direkte oder indirekte Beteiligung an Unternehmen aller Art, in erster Linie an Unternehmungen mit Sitz in der Schweiz. Die frühere Beklagte, die F.\_\_\_\_\_ AG, wurde mit Fusionsvertrag vom tt.mm.2010 von der heutigen Beklagten mit Aktiven und Passiven übernommen und die F.\_\_\_\_\_ AG am tt.mm.2010 im Handelsregister gelöscht (act. 18/1). Im Folgenden wird mit "Beklagte" sowohl die frühere als auch die heutige Beklagte bezeichnet.

##### 2. Sachverhalt

Hintergrund des vorliegenden Rechtsstreits bildet eine Transaktion im Zusammenhang mit Aktien der Beklagten vom Februar 2000. Wie in den Jahren 1998 und 1999 war das Ziel der Beklagten Anfang 2000, ihr Kapital herabzusetzen. Am 10. Februar 2000 liess die Beklagte durch die G.\_\_\_\_\_ als Kommissionärin 20'000 eigene Inhaberaktien zum Preis von CHF 2'050.00 an der Börse verkaufen (act. 18/2). Gleichentags kaufte die Beklagte von der Klägerin 1 Mio. F1.\_\_\_\_\_ Call Warrants für je CHF 10.80. Diese berechtigten die Beklagte zum Erwerb von 20'000 ihrer eigenen Aktien. Ebenfalls am 10. Februar 2000 kaufte die Klägerin die selbe Anzahl Inhaberaktien der Beklagten ausserbörslich von der G.\_\_\_\_\_ zum gleichen Preis (CHF 2'059.00; act. 4/18). Die Beklagte übte ihre

Optionen nicht aus, sondern verkaufte diese am 28. Februar 2000 zum Preis von je CHF 10.40 wieder an die Klägerin. Sodann kaufte sie zum Zwecke der Kapitalherabsetzung von der Klägerin 20'000 eigene Inhaberaktien zum Preis von CHF 2'070.00 pro Aktie. Vom Kaufpreis (CHF 41'400'000.00) brachte sie die Verrechnungssteuer von 35% (CHF 14'140'000.00) in Abzug und überwältzte sie dadurch auf die Klägerin als Verkäuferin (act. 1 S. 11 ff.; act. 8 S. 15 ff.).

Am 9. Mai 2000 beschloss die Beklagte anlässlich ihrer ordentlichen Generalversammlung die Vernichtung derjenigen Titel, welche sie am 28. Februar 2000 von der Klägerin gekauft hatte. Am tt. August 2000 erfolgte der dementsprechende Eintrag im Handelsregister (act. 1 S. 17 Rz. 57; act. 8 S. 16 Rz. 50; act. 4/22).

Einem von der Klägerin am 15. März 2001 bei der eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV) gestellten Gesuch um Rückerstattung der im Geschäftsjahr 2000 an der Quelle erhobenen Verrechnungssteuer von CHF 14'140'000.00 wurde am 14. Mai 2001 stattgegeben. Nach Durchführung einer Nachprüfung verfügte die ESTV am 6. Juni 2003, die Klägerin habe den Betrag von CHF 14'140'000.00 zurückzubezahlen. Die Rückerstattung der Verrechnungssteuer sei zu Unrecht erfolgt, da die von den Beteiligten gewählte Rechtsgestaltung den Tatbestand der Steuerumgehung erfülle. Hiergegen erhob die Klägerin am 7. Juli 2003 Einsprache, wogegen die ESTV der Klägerin anzeigte, dass sie im Sinne einer reformatio in peius einen Verzugszins von 5% festsetzen werde.

Mit Entscheid vom 10. Mai 2005 wies die Eidgenössische Steuerverwaltung die Einsprache ab und erkannte, die Klägerin habe umgehend die zu Unrecht erlangte Rückerstattung der Verrechnungssteuer wieder einzubezahlen. Überdies habe sie einen Zins von CHF 1'321'697.00 sowie einen Zins von 5% auf CHF 14'140'000.00 zu leisten, berechnet vom 21. Mai 2003 bis zum Tag der effektiven Steuerentrichtung. Zur Begründung fügte sie an, die Klägerin habe wirtschaftlich betrachtet kein Recht zur Nutzung an den vorliegend zur Diskussion stehenden 20'000 Inhaberaktien der Beklagten gehabt. Im Übrigen sei das Vorgehen als Steuerumgehung zu qualifizieren. Die Klägerin habe sich zur Verfügung gestellt, Inhaberaktien der Beklagten, welche diese bereits in ihrem Besitz gehabt habe, im Hinblick auf die bevorstehende Kapitalherabsetzung "nochmals in Um-

lauf zu bringen". Dadurch habe die Beklagte die auf dem Liquidationsüberschuss der eigenen Aktien angefallene Verrechnungssteuer auf die Klägerin überwälzen können; hätte sie für die Kapitalherabsetzung Aktien aus dem Eigenbestand verwendet, so wäre eine Überwälzung nicht mehr möglich gewesen, und es hätte deshalb "ins Hundert" aufgerechnet werden müssen (Steuersatz 53,8% statt 35%, entsprechend CHF 21'700'000.00), wobei diese Verrechnungssteuer die Beklagte definitiv belastet hätte.

Die Eidgenössische Steuerrekurskommission hiess eine Beschwerde der Klägerin gegen den Einspracheentscheid am 3. Oktober 2006 gut und hob diesen auf. Am 8. Juni 2007 hiess das Bundesgericht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde der ESTV gut und hob den Entscheid der Eidgenössischen Steuerrekurskommission vom 3. Oktober 2006 auf. Der Einspracheentscheid der ESTV vom 10. Mai 2005 wurde bestätigt (act. 4/5).

Mit vorliegender Klage verlangt die Klägerin den Ersatz für ihre aus den geschilderten Vorgängen erlittenen Einbussen, welche sich folgendermassen zusammensetzen würden (act 1 S. 24):

|                      |   |
|----------------------|---|
| CHF 14'140'000.00    | nicht zurückerstattete Verrechnungssteuer         |
| CHF 1'321'697.00     | 5% Verzugszins vom 14. Mai 2001 bis 27. März 2003 |
| CHF 2'884'953.00     | 5% Verzugszins vom 21. Mai 2003 bis 20. Juni 2007 |
| CHF 125'581.00       | Kosten für die Vertretung im Steuerverfahren      |
| CHF 27'622.45        | Kosten für ein Gutachten im Steuerverfahren       |
| <u>CHF 25'000.00</u> | Gerichtsgebühren Bundesgerichtsurteil             |
| CHF 18'524'853.45    | Total   |

## II. Prozessgeschichte und Formelles

### 1. Prozessgeschichte

Am 18. November 2009 reichte die Klägerin Klageschrift und Weisung ein (act. 1 und 3). Die Klageantwortschrift datiert vom 8. März 2010 (act. 8). Am 24. Juni 2010 fand eine Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung statt, anlässlich welcher keine Einigung zwischen den Parteien gefunden werden konnte (Prot. S. 4 f.). Mit Verfügung vom 16. Juli 2010 wurden das Verfahren schriftlich fortgesetzt und den Parteien Substantiierungshinweise gegeben (Prot. S. 6 f.). Die Replik datiert vom 15. November 2010 (act. 13), die Duplik vom 28. Februar 2011 (act. 17). Mit Eingabe vom 9. Mai 2011 nahm die Klägerin Stellung zu den Dupliknoten (act. 21). Der Prozess erweist sich als spruchreif.

### 2. Übergangsrecht und Zuständigkeit

2.1. Am 1. Januar 2011 ist die eidgenössische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Nach deren Art. 404 Abs. 1 gilt für Verfahren, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich nach dem neuen Recht, wobei eine bestehende Zuständigkeit nach dem alten Recht erhalten bleibt (Art. 404 Abs. 2 ZPO). Für das vorliegende Verfahren ist demnach das frühere kantonale Prozessrecht (ZPO/ZH und GVG) massgebend. Das Rechtsmittel richtet sich hingegen nach dem Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist, mithin nach dem neuen Prozessrecht (Art. 405 Abs. 1 ZPO).

2.2. Die Zuständigkeit des hiesigen Gerichts ergibt sich demnach aus Art. 3 Abs. 1 lit. b GestG in Verbindung mit § 62 Abs. 1 GVG. Beides blieb unbestritten.

### **III. Materielles**

#### 1. Parteivorbringen

##### 1.1. Klageschrift

Die Klägerin macht in der Klageschrift zusammenfassend geltend, sie habe bei Vereinbarung der Transaktion mit der Beklagten die Überwälzung der Verrechnungssteuer deshalb akzeptiert, weil sich die Beklagte für allfällige aus der Transaktion resultierende finanzielle Einbussen der Klägerin zur vollen Schadloshaltung verpflichtet habe (act. 1 S. 6 Rz. 8).

Zum Zustandekommen der Vereinbarung führt sie im Einzelnen aus, dass die Klägerin mit Schreiben vom 25. Januar 2000 erstmals an die Beklagte gelangt sei und ihr darin Möglichkeiten aufgezeigt habe, die von der Beklagten beabsichtigten Aktienrückkäufe über die Ausgabe von Put-Optionen an die Aktionäre durchzuführen. Die Klägerin habe der Beklagten für die banken- und börsentechnische Abwicklung eines solchen Rückkaufprogramms ihre Dienstleistungen angeboten (act. 1 S. 11 Rz. 31). Das in weiteren Treffen und Schreiben diskutierte Aktienrückkaufprogramm mittels Put-Optionen habe die Beklagte jedoch schliesslich nicht zu realisieren gedacht (act. 1 S. 12 Rz. 32 ff.). Die Beklagte habe zum Ausdruck gebracht, dass sie nicht nur daran interessiert gewesen sei, dem Markt weitere F.\_\_\_\_-Aktien zu entziehen, um diese anschliessend zu vernichten. Reduziert werden sollen hätte auch der Bestand der bereits gehaltenen eigenen Aktien (act. 1 S. 12 Rz. 35). Die Beklagte habe vor diesem Hintergrund grosses Interesse an den von der Klägerin emittierten F1.\_\_\_\_ Call Warrants sowie den von der Klägerin zu deren Absicherung gehaltenen F.\_\_\_\_-Inhaberaktien gezeigt. Gestützt auf diese Informationen habe die Beklagte der Klägerin folgende Transaktion vorgeschlagen: Die Beklagte kaufe von der Klägerin 1 Mio. F1.\_\_\_\_ Call Warrants, welche sie zum Kauf von 20'000 Aktien berechtigen würde. Gleichzeitig platziere sie 20'000 Aktien aus dem eigenen Bestand auf dem Markt. Der Klägerin stehe es frei, die entsprechende Anzahl Aktien umgehend zu erwerben, um auf diese Weise weiterhin alle ausstehenden F1.\_\_\_\_ Call Warrants umfassend

durch Aktien abzusichern. Zu gegebener Zeit könne dann die Beklagte gestützt auf ihre F1.\_\_\_\_\_ Call Warrants von der Klägerin 20'000 Aktien zum Zwecke der Kapitalherabsetzung (d.h. unter Überwälzung der Verrechnungssteuer) erwerben. Unter der Bedingung einer vollumfänglichen Schadloshaltungsverpflichtung der Beklagten habe sich die Klägerin mit diesem Vorschlag einverstanden erklärt. Mit der von ihr vorgeschlagenen Transaktion habe die Beklagte eine Optimierung ihrer Steuersituation bezweckt. Die Parteien seien bei Vertragsschluss davon ausgegangen, dass die beschriebene Transaktion rechtlich zulässig sei, insbesondere auch aus verrechnungssteuerlicher Perspektive. Für diese Annahme bedeutend sei auch gewesen, dass die Parteien gestützt auf das im Verrechnungssteuerrecht geltende Prinzip des "First in, first out" davon ausgegangen seien, dass die 20'000 Aktien, welche bei Ausübung der Call Warrants an die Beklagte geliefert würden, als aus den Altbeständen der Klägerin stammend zu gelten hätten. In der Vorstellung der Parteien würden mit anderen Worten bei Ausübung der F1.\_\_\_\_\_ Call Warrants keine von der Klägerin neu zugekauften Titel an die Beklagte übertragen werden (act. 1 S. 13 Rz. 38 ff.).

Obwohl die Parteien von der Zulässigkeit der vereinbarten Transaktion ausgegangen seien, sei ihnen gleichzeitig auch bewusst gewesen, dass die Klägerin nach Überwälzung der Verrechnungssteuer einen Antrag auf Rückerstattung stellen und das entsprechende Verfahren vor den Steuerbehörden würde durchlaufen müssen. Wie bei jedem juristischen Verfahren habe dabei ein gewisses Risiko in Bezug auf den Ausgang dieses Verfahrens nicht vollständig ausgeschlossen werden können. Diesbezüglich habe es dem übereinstimmenden Verständnis beider Parteien entsprochen, dass die Beklagte, in deren alleinigem Interesse die Transaktion als Ganzes gelegen habe, auch allfällige unerwartete Steuerfolgen daraus tragen solle. Entsprechend sei vereinbart worden, dass die Beklagte die Klägerin für eine allenfalls verweigerte Steuerrückerstattung vollumfänglich schadlos halten würde (act. 1 S. 14 Rz. 44 ff., 103 ff.). Dass die Parteien diese Risikoverteilung gewählt hätten, sei angesichts der konkreten Interessenlage auf der Hand gelegen. So sei die vereinbarte Transaktion als Ganzes ausschliesslich im Interesse der Beklagten gelegen, welche damit ihre Steuersituation im Hinblick auf eine Kapitalherabsetzung habe optimieren wollen und eine Steuerersparnis von CHF

21'700'000.00 angestrebt habe. Selbst wenn die Beklagte bestreite, dass die dargestellte Verpflichtung zur vollumfänglichen Schadloshaltung der Klägerin dem tatsächlichen Konsens der Parteien entsprochen habe, wäre eine solche Verpflichtung trotzdem Vertragsinhalt geworden. Aufgrund des Vertrauensprinzips habe die Beklagte aufgrund der konkreten Umstände und Interessenlage nie davon ausgehen dürfen, dass sich die Klägerin die Überwälzung der Verrechnungssteuer und der damit einhergehenden Steuerrisiken würde gefallen lassen, ohne dass die Beklagte zur vollumfänglichen Schadloshaltung im Falle einer Verweigerung der Steuerrückerstattung verpflichtet wäre - erst Recht dann nicht, wenn, wie vorliegend, die Rückerstattung aufgrund einer Steuerumgehung durch die Beklagte verweigert würde (act. 1 S. 26 Rz. 104 f.). Eine solche Vereinbarung einer Schadloshaltung sei zudem auch nicht ungültig. Es handle sich dabei um die Vereinbarung einer Nettoleistung, welche auch aus Sicht des Steuerrechts zulässig sei (act. 1 S. 26 f. Rz. 106 ff.).

Die Klägerin macht geltend, sie habe die Beklagte im Zusammenhang mit Kapitalherabsetzungen nie beraten, schon gar nicht in steuerrechtlicher Hinsicht. An der von der Beklagten selbst vorgeschlagenen und schliesslich durchgeführten Transaktion habe die Klägerin lediglich als Emittentin von Call Warrants bzw. als Inhaberin und Verkäuferin von der zur Absicherung der Call Warrants gehaltenen Aktien mitgewirkt. Eine Beratung in steuerrechtlicher Hinsicht habe auch hier nicht stattgefunden (act. 1 S. 19 Rz. 68 ff.). Die Beklagte habe auch von Anfang an gewusst, dass die Titel, die sie bei Ausübung ihrer Call Warrants von der Klägerin geliefert bekommen würde, aus den in eigenem Namen und auf eigene Rechnung gehaltenen Beständen der Klägerin stammen würden (act. 1 S. 19 Rz. 72).

Im Weiteren würde die Beklagte auch auf der Grundlage der positiven Vertragsverletzung für den eingetretenen Schaden vollumfänglich haftbar. Sie habe nämlich die sich aus den Grundsätzen von Treu und Glauben ergebende Verpflichtung gegenüber dem Vertragspartner, sachwidrige Tatsachenbehauptungen gegenüber Öffentlichkeit und Steuerbehörden, welche zu einer Vermögenseinbusse der Klägerin führen könnten, zu unterlassen, nicht eingehalten. Das Bundesgericht habe für seinen Entscheid, mit dem es der Klägerin die Steuerrücker-

stattung verweigert habe, massgeblich auf die sachwidrigen beklagtischen Sachverhaltsdarstellungen abgestellt (act. 1 S. 22 f.; Rz. 85 ff.; S. 29 Rz. 118; act. 13 S. 29 f. Rz. 127 ff.).

Die Klägerin beruft sich ausserdem auf einen Anspruch aus ergänztem Vertrag, sollte das Gericht zur Auffassung gelangen, dass keine Schadloshaltungserklärung der Beklagten vorliege. Diesfalls sei davon auszugehen, dass die Parteien eine entsprechende Regelung nicht zum Inhalt des Vertrages gemacht hätten, weil es ihnen am Bewusstsein gefehlt habe, dass die Rückerstattung der Verrechnungssteuer im dargestellten Sinn verweigert werden könne. Dann würde eine Vertragslücke vorliegen (act. 1 S. 29 f. Rz. 119 ff.; act. 13 S. 30 f. Rz. 134 ff.).

Die Beklagte sei zudem auch auf der Anspruchsgrundlage der ungerechtfertigten Bereicherung zum Ausgleich der finanziellen Einbussen der Klägerin verpflichtet. Es sei erstellt, dass die Beklagte durch die Transaktion bereichert sei. Wie das Bundesgericht festgestellt habe, sei die Beklagte dadurch in den Genuss einer Steuerersparnis von rund CHF 21'700'000.00 gekommen, was einer Bereicherung in gleicher Höhe entspreche. Die Klägerin sei entreichert, da sie für die der Beklagten übertragenen Aktien im Gesamtwert von CHF 41'400'000.00 im Gegenzug erst CHF 27'260'000.00 erhalten habe. Entsprechend sei die Klägerin im Umfang von CHF 14'140'000.00 entreichert. Die Entreichung umfasse ferner die aus dem Steuerverfahren resultierenden Kosten von total CHF 4'384'853.45. Der positive Saldo von CHF 400'000.00, welcher aufgrund der damaligen Marktentwicklung aus dem Verkauf und Rückkauf der F1.\_\_\_\_\_ Call Warrants zugunsten der Klägerin resultiert habe, sei in Abzug zu bringen. Die Bereicherung der Beklagten sei ungerechtfertigt, da der Klägerin die Rückerstattung der Verrechnungssteuer gestützt auf eine Steuerumgehung der Beklagten verweigert worden sei (act. 1 S. 31 ff., Rz. 127 ff.).

## 1.2. Klageantwortschrift

Die Beklagte führt in der Klageantwortschrift aus, die Klägerin sei mit einem unaufgeforderten Schreiben vom 25. Januar 2000 an die Beklagte gelangt und habe ihre Dienste als "federführende Bank" für allfällige weitere Kapitalherabset-

zungen offeriert. Dieses Angebot habe die Beklagte angenommen und sie habe die Klägerin mit der Leitung und umfassenden Beratung im Rahmen der geplanten Kapitalherabsetzung beauftragt. Die Beklagte habe am 28. Februar 2000 von der Klägerin 20'000 eigene Inhaberaktien im Rahmen eines sog. Block Trades gekauft. Einziges Interesse der Beklagten an dieser Transaktion sei die Beschaffung der für die Kapitalherabsetzung geeigneten Aktien gewesen. Dementsprechend habe der Kern der Aufgabe der Klägerin darin bestanden, Aktien zu liefern, welche für eine "steuerneutrale" Kapitalherabsetzung geeignet gewesen seien. Zu diesem Zweck habe die Klägerin der Beklagten ihre Dienste angeboten und hierfür sei die Beklagte bereit gewesen, der Klägerin eine Entschädigung von CHF 400'000.00 zu bezahlen. Die Beklagte sei bei der Abwicklung der Rückkäufe nie in Verhandlung mit den Anbietern der Aktien getreten. Vielmehr sei die Abwicklung der Transaktion vollständig über die Klägerin erfolgt. Dabei sei die Beklagte jederzeit davon überzeugt gewesen, dass sie durch die Klägerin gut beraten und ein solches Vorgehen üblich, erlaubt und keineswegs ungewöhnlich sei. Beiden Parteien sei vollumfänglich bewusst gewesen, dass es in der Folge an der Klägerin gewesen sei, den abgelieferten Verrechnungssteuerbetrag bei der ESTV zurückzuverlangen. Dabei habe es zu den klägerischen Obliegenheiten gehört und sei auch in ihrem ausschliesslichen Machtbereich gelegen, die für eine Rückerstattung der Verrechnungssteuer notwendigen Voraussetzungen zu schaffen. Entsprechend habe die Beklagte niemals Anlass gehabt, die Herkunft der Aktien zu überprüfen, denn das Risiko für die Rückerstattung habe ja vollumfänglich bei der Klägerin gelegen. Zwischen den Parteien sei weder eine Steuerumgehung noch eine Schadloshaltung der Klägerin jemals ein Thema gewesen. Das Vorliegen einer Schadloshaltungsabrede sei von der Klägerin nicht genügend substantiiert vorgebracht worden und könne auch nicht bewiesen werden (act. 8 S. 7 ff. Rz. 15 ff.).

Den Parteien sei stets bewusst gewesen, dass die von der Beklagten bereits gehaltenen eigenen Aktien, welche nicht zum Zweck der Kapitalherabsetzung erworben worden seien und bei deren Ankauf entsprechend keine Verrechnungssteuer auf die Veräusserer überwält worden sei, nicht für die Kapitalherabsetzung geeignet gewesen seien. Denn die Beklagte hätte auf den von ihr bereits

gehaltenen Aktien nachträglich noch die Verrechnungssteuer bezahlen müssen, und zwar "ins Hundert" aufgerechnet (act. 8 S. 13 Rz. 36). Die Klägerin habe behauptet, sie könne der Beklagten für die geplante Aktienkapitalherabsetzung geeignete Aktien liefern. Die Beklagte habe sichergestellt haben wollen, dass ihr die 20'000 durch die Investoren vermittelbaren Inhaberaktien in der Folge auch wirklich angedient würden. Die Klägerin habe ihr daraufhin mitgeteilt, dies könne sie mit dem Kauf von Call Warrants sicherstellen. Für ihre Beratung, die Andienung der Aktien und die Abwicklung der Transaktion habe die Klägerin auch entschädigt werden sollen. Hierfür sei der Verkauf der Call Warrants ein geeignetes Mittel gewesen, habe die Klägerin doch innerhalb von nur 18 Tagen einen Gewinn von CHF 400'000.00 Franken generieren können. Um die notwendigen flüssigen Mittel zum Kauf der Call Warrants zu gewärtigen, habe die Beklagte am 10. Februar 2000 durch die G.\_\_\_\_\_ als Kommissionärin 20'000 eigene Inhaberaktien an der Börse verkaufen lassen. (act. 8 S. 14 ff. Rz. 44 ff.).

Mit der vereinbarten Transaktion sei beiden Parteien gedient gewesen. Die Beklagte habe von der Klägerin die für die Kapitalherabsetzung (vermeintlich) geeigneten Aktien erhalten. Die Klägerin habe innerhalb von 18 Tagen CHF 400'000.00 verdient (act. 8 S. 16 Rz. 49). Die Durchführung einer steuerneutralen Kapitalherabsetzung wäre vorliegend ohne Weiteres möglich gewesen und zwar sowohl über eine zweite Handelslinie (wie 1998 mit der H.\_\_\_\_\_ durchgeführt), als auch durch den unmittelbaren Rückkauf dafür geeigneter Aktien (wie 1999 mit der I.\_\_\_\_\_ AG durchgeführt) (act. 8 S. 17 Rz. 57). Vorliegend sei die ESTV aufgrund des Unvermögens der Klägerin, die Herkunft der Aktien nachzuweisen, zum Schluss gekommen, dass das beschriebene Vorgehen als Steuerumgehung zu qualifizieren sei. Die Klägerin habe nicht nachweisen können, dass es sich bei den Aktien, welche sie am 28. Februar 2000 der Beklagten verkauft habe, nicht um dieselben gehandelt habe, welche sie am 10. Februar 2000 von der G.\_\_\_\_\_ gekauft habe. Gemäss ESTV habe sich die Klägerin zur Verfügung gestellt, Inhaberaktien der Beklagten, "welche diese bereits in ihrem Besitz gehabt habe, im Hinblick auf eine bevorstehende Kapitalherabsetzung nochmals in Umlauf zu bringen". Der Kauf von 20'000 Aktien am 10. Februar 2000 durch die Klägerin habe somit zum Anschein geführt, dass die Beklagte Aktien auf den

Markt gegeben habe, welche von der Klägerin erworben und später wieder an die Beklagte zurück verkauft worden seien. Die Klägerin habe den Nachweis, dass dem nicht so war, erstaunlicherweise nicht erbringen können. Vielmehr bleibe die Herkunft der von der Klägerin an die Beklagte angedienten Aktien bis heute offen. Die Parteien hätten niemals vereinbart, dass die Beklagte der Klägerin Aktien verkaufen und später wieder dieselben Aktien zurückkaufen würde. Vielmehr sei die Beklagte immer davon ausgegangen, dass die ihr angedienten Aktien für die Kapitalherabsetzung geeignet seien und somit aus Drittbeständen (z.B. Kundendepots) der Klägerin stammen würden. Es sei der Beklagten nicht bekannt gewesen, dass es sich bei den von der Klägerin bezogenen Aktien um Stillhalteraktien für ausstehende F1.\_\_\_\_\_ Call Warrants gehandelt habe. Die Beklagte habe keinen Grund gehabt, die Herkunft der Aktien zu hinterfragen, da die rückfordernde Partei darlegen müsse, dass die Voraussetzungen einer Rückerstattung erfüllt seien. Die Beklagte habe somit keinerlei Risiko getragen (act. 8 S. 18 f. Rz. 61 ff.). Die Klägerin selbst habe es in der Hand gehabt, die Voraussetzungen für eine Rückerstattung zu schaffen. Hätte sie ihre vertraglichen Pflichten und damit gleichzeitig auch die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt, indem sie der Beklagten taugliche Aktien geliefert hätte, wäre ihr auch die Verrechnungssteuer erstattet worden (act. 8 S. 22 Rz. 73).

Zu ihrer Medienmitteilung vom 28. Februar 2000 führte die Beklagte aus, sie sei in guten Treuen davon ausgegangen, dass die Klägerin ihren Auftrag ordnungsgemäss ausführen und ihr für die Kapitalherabsetzung taugliche Aktien liefern würde. Nach erfolgter Transaktion sei sie deshalb der Ansicht gewesen, die Beklagte habe ihr Aktien von institutionellen Anlegern angedient. Die Beklagte habe mit dieser Mitteilung niemanden täuschen wollen. Sie sei in guten Treuen davon ausgegangen, dass die Aktien wirklich von institutionellen Anlegern stammen würden. Dass in der Medienmitteilung vom 28. Februar 2000 neben den institutionellen Anlegern fälschlicherweise auch der Name des Hauptaktionärs J.\_\_\_\_\_ aufgeführt worden sei, sei schlichtweg auf ein Versehen zurückzuführen. So habe eine Medienmitteilung vom 19. August 1999, in welcher ebenfalls institutionelle Anleger und der Hauptaktionär J.\_\_\_\_\_ als Verkäufer von Inhaberaktien aufgeführt worden seien, als Vorlage für jene vom 28. Februar 2000 gedient. Bei

letzterer sei einfach vergessen worden, die namentliche Nennung des Hauptaktionärs J.\_\_\_\_\_ herauszunehmen. Einen tieferen Hintergrund habe dies jedenfalls nicht und ändere auch nichts Wesentliches am Inhalt der Mitteilung. Vielmehr zeige doch die Unbedarftheit der Beklagten bei der Formulierung der Medienmitteilung, dass ihr nicht bewusst gewesen sei, woher die Klägerin die vermeintlich tauglichen Aktien beziehen würde (act. 8 S. 25 ff. Rz. 88 ff.). Die Beklagte bestreite insbesondere, dass die Klägerin die Beklagte informiert habe, dass 1'300'000 F1.\_\_\_\_\_ Call Warrants ausstehend gewesen seien und sie zur Absicherung dieser Positionen rund 23'000 Stück F.\_\_\_\_\_ -Aktien in eigenem Namen und auf eigene Rechnung gehalten habe (act. 8 S. 40 Rz. 149). Die Beklagte bestreite ebenfalls, dass die Klägerin davon ausgegangen sei, dass die Transaktionen rechtlich zulässig gewesen seien. Die Klägerin hätte wissen müssen, dass sie der Beklagten keine tauglichen Aktien werde liefern können (act. 8 S. 40 Rz. 151).

Die Beklagte bestreite, dass die Transaktion von ihr vorgeschlagen worden sei. Vielmehr habe sich die Klägerin ursprünglich zur Lieferung geeigneter Aktien anboten. Die Klägerin habe die Beklagte als federführende Bank umfassend beraten (act. 8 S. 28 Rz. 96 ff.).

Die Beklagte führt weiter aus, das Vorliegen einer Schadloshaltungserklärung sei frei erfunden. Die Beklagte habe gegenüber der Klägerin niemals eine Schadloshaltungserklärung abgegeben und habe dies auch nie gewollt. Zwischen den Parteien habe keine schriftliche Abmachung bestanden. Zudem sei auch keinerlei schriftliche Kommunikation vorhanden, welche auch nur auf eine Schadloshaltungsvereinbarung hindeuten würde. Es sei Unsinn, dass die Beklagte die Klägerin zur Beschaffung der geeigneten Aktien engagiert, dieser CHF 400'000.00 bezahlt habe und zudem für die Schlechterfüllung des Auftrages habe haften wollen. Die Klägerin habe das Risiko einer Nichtrückerstattung der Verrechnungssteuer bewusst übernommen. Sie hätte die Möglichkeit, wenn nicht gar die Pflicht gehabt, sich mittels eines Steuerrulings gegen ihre Risiken abzusichern, wie das die beratenden Banken im Rahmen der früheren Kapitalherabsetzungen gemacht hätten (act. 8 S. 30 ff. Rz. 105 ff.). Selbst wenn die Klägerin eine Schadloshaltungsvereinbarung glaubhaft vorbringen könnte, wäre diese unzulässig. Nach Art.

14 VStG seien privatrechtliche Vereinbarungen nichtig, welche dem Überwälzungszwang entgegenstünden. Der Leistungsschuldner könne deshalb die Verrechnungssteuer gar nicht zu eigenen Lasten übernehmen. Es handle sich bei solchen Abreden um nichtige Steuerübernahmeversprechen (act. 8 S. 32 Rz. 114). Sodann liege auch keine Lücke im Vertrag vor. Eine Schadloshaltungsvereinbarung sei vorliegend nicht vergessen worden, sondern sie sei nicht im Vertrag, weil sie für die Parteien von Anfang an nicht in Frage gekommen sei (act. 8 S. 33 Rz. 116 ff.).

Im Weiteren sei auch kein Tatbestandselement der ungerechtfertigten Bereicherung erfüllt. Die Bereicherung sei nicht auf Seiten der Beklagten eingetreten, sondern bei der ESTV. Bei richtiger Vertragserfüllung durch die Klägerin hätte die ESTV heute nämlich CHF 14'140'000.00 weniger. Diese sei bereichert, allerdings nicht ungerechtfertigt, wie das Bundesgericht festgestellt habe. Eine Entreichung bei der Klägerin habe sodann gar nie stattgefunden, weil sie aufgrund ihres eigenen Verschuldens auf eine Rückerstattung mangels Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen gar nie Anspruch gehabt habe. Die Rückerstattung der Verrechnungssteuer sei ihr von der ESTV verweigert worden, entsprechend würden ihr nicht etwa CHF 14'140'000.00 fehlen, sondern sie habe eben gerade keinen Anspruch darauf. Eine Rückgängigmachung der Vermögensverschiebung wäre sodann aufgrund von Art. 66 OR ausgeschlossen. Denn die bundesgerichtlich festgestellte Beteiligung der Klägerin an der behaupteten Steuerumgehung stelle einen Anwendungsfall von Art. 66 OR dar (act. 8 S. 34 ff. Rz. 121 ff.).

### 1.3. Replik

Die Klägerin führt in der Replik ergänzend aus, dass die Beklagte entgegen ihrer Sachdarstellung mit der Gesamttransaktion keine Eigenmittelausschüttung bezweckt habe (also Rückkauf von sich im Markt befindlichen Aktien und anschliessende Vernichtung derselben), sondern vielmehr eine Herabsetzung ihres Aktienkapitals bei gleichzeitiger Reduktion ihres Bestands an eigenen Aktien in gleicher Höhe. Durch Vermeidung der latent auf den bereits gehaltenen eigenen Aktien lastenden Verrechnungssteuer habe sie - wie erwähnt - eine Steuerersparnis von CHF 21,7 Mio. erzielt. Die Behauptung der Beklagten, sie hätte statt über

die Gesamttransaktion auch über die Errichtung einer zweiten Handelslinie oder über einen Rückkauf von "institutionellen Anlegern" vorgehen können, treffe somit nicht zu (act. 13 S. 7 Rz. 18 ff.). Der Beklagten sei von Anfang an bekannt gewesen, dass die Klägerin am 10. Februar 2000 den Absicherungskauf von 20'000 F.\_\_\_\_\_-Aktien tätigen würde, sobald die Beklagte die 1 Mio. Call Warrants erworben und dabei 20'000 ihrer F.\_\_\_\_\_-Aktien abgestossen habe. Ebenso sei der Beklagten von Anfang an bekannt gewesen, woher die Aktien stammen würden, deren Bezug sie durch den Kauf der F1.\_\_\_\_\_ Call Warrants gesichert habe, nämlich aus dem klägerischen Bestand an Stillhalter-Aktien. Etwas anderes habe sie der Klägerin nie zugesichert oder auch nur angetönt (act. 13 S. 8 Rz. 22 ff.). Die Klägerin habe aufgrund der durch die Beklagte zugesicherten gleichzeitigen Veräusserung von 20'000 F.\_\_\_\_\_-Aktien die Gewissheit erhalten, sich durch den Zukauf von 20'000 F.\_\_\_\_\_-Aktien weiterhin für alle ausgegebenen Call Warrants absichern zu können (act. 13 S. 47 Rz. 49).

Zur Vereinbarung einer Schadloshaltungserklärung führte die Klägerin aus, dass es das übereinstimmende, beidseitige Verständnis gewesen sei, dass der Klägerin aus der Steuersituation der Beklagten keinerlei Schaden erwachsen solle. Angesichts des alleinigen Interesses der Beklagten an der Gesamttransaktion als Ganzes hätten die Beklagten-Vertreter in guten Treuen von keinem anderen Verständnis ausgehen können und dürfen. Ihnen sei denn auch bewusst gewesen und habe bewusst sein müssen, dass die Schadloshaltung für die Klägerin unabdingbare Voraussetzung für ihre Zustimmung zur Gesamttransaktion und zur Überwälzung der Verrechnungssteuer gewesen sei. Aufgrund dieses übereinstimmenden Verständnisses der an den Gesprächen beteiligten Parteivertreter ergebe sich daher eine Verpflichtung der Beklagten, die Klägerin hierfür schadlos zu halten (act. 13 S. 13 Rz. 50 ff.). Die Kläger-Vertreter - und gemäss deren damaligen Wahrnehmung auch die Beklagten-Vertreter - seien bei der Diskussion und Vereinbarung der Gesamttransaktion davon ausgegangen, dass die damit von der Beklagten angestrebte Steuerersparnis zulässig sei. Da die Klägerin zur Absicherung der ausstehenden F1.\_\_\_\_\_ Call Warrants im Zeitpunkt der Vereinbarung der Gesamttransaktion bereits rund 23'000 Stillhalteraktien gehalten habe, seien die Vertreter beider Parteien davon ausgegangen, dass die bei Ausübung

der Warrants an die Beklagte zu liefernden 20'000 F.\_\_\_\_\_-Aktien aus Sicht des Verrechnungssteuerrechts nicht als aus den 20'000 neu zugekauften Stillhalter-Aktien, sondern als aus den Altbeständen von 23'000 Stillhalter-Aktien stammend betrachtet würden (act. 13 S. 13 Rz. 53 f.). Es liege ein tatsächlicher Konsens über eine Vereinbarung mit dem Inhalt vor, dass die Beklagte die Klägerin für all-fällige resultierende Einbussen schadlos halten würde. Dies sei das gegenseitige Verständnis gewesen (act. 13 S. 25 Rz. 110).

Die Klägerin habe keine Entschädigung oder ein Entgelt für die Durchführung der Gesamttransaktion erhalten. Es sei vom Marktverlauf und vom Zeitpunkt der Ausübung der Optionen durch die Beklagte abhängig gewesen, für welche der Parteien aus dem Erwerb und der Ausübung der Optionen ein Gewinn oder Verlust resultieren würde, sowie in welcher Höhe. Dass die Beklagte die F1.\_\_\_\_ Call Warrants nur gerade 18 Tage nach Erwerb ausüben bzw. die Position glattstellen würde, habe auch die Klägerin überrascht (act. 13 S. 14 Rz. 57 ff.).

Die Klägerin sei nicht federführende Bank gewesen und habe auch keine Beraterhaftung übernommen. Die Vorschläge der Klägerin hätten sich ausschliesslich auf Varianten zur Ausschüttung von Eigenmitteln bezogen. Keine der von der Klägerin thematisierten Ausschüttungsvarianten hätten die Ziele der Beklagten erreichen können. Die Beklagte habe die Klägerin ausschliesslich in ihrer Eigenschaft als Emittentin der F1.\_\_\_\_ Call Warrants benötigt, welche aufgrund dieser Position über eine hinreichende Anzahl an Stillhalter-Aktien verfügt habe. (act. 13 S. 15f. R. 60 ff.). Der Beklagten sei nie zugesichert worden, dass die Klägerin 20'000 Aktien von einer Drittpartei beschaffen könne und beschaffen werde. Die Beklagte habe gewusst, dass die Klägerin die Emittentin der F1.\_\_\_\_ Call Warrants gewesen sei, und dass damit die bei Ausübung bzw. Glattstellung der Warrants zu liefernden Aktien aus den zu diesem Zweck auf eigene Rechnung und in eigenem Namen gehaltenen Stillhalter-Beständen der Klägerin stammen würden. Der Verkauf von 20'000 eigenen Aktien am 10. Februar 2000 durch die Beklagte habe nicht dazu gedient, die flüssigen Mittel für den Kauf der F1.\_\_\_\_ Call Warrants zu beschaffen. Der Kaufpreis der F1.\_\_\_\_ Call Warrants habe CHF 10,8 Mio. betragen. Für diesen Zweck hätte die Beklagte nicht Aktien im

Wert von rund CHF 41 Mio. verkaufen müssen. Auch habe die Beklagte damals über hinreichend liquide Mittel verfügt, wie sie in den Medien am 28. Februar 2000 (act. 4/21) habe verlauten lassen (act. 13 S. 16 Rz. 67 ff.). Die Medienmitteilung der Beklagten sei sodann nicht versehentlich, sondern bewusst sachwidrig erfolgt. Die Beklagte habe keinerlei Anlass für die Vermutung gehabt, dass ihr die bei Glattstellung der F1.\_\_\_\_\_ Call Warrants von der Klägerin verkauften Aktien in Wirklichkeit von einer anderen Person als der Klägerin verkauft würden, schon gar nicht von "institutionellen Anlegern" bzw. "Hauptaktionär J.\_\_\_\_\_" (act. 13 S. 18 Rz. 77).

Die Klägerin macht ausserdem geltend, dass das Bundesgericht in seinem Urteil vom 8. Juni 2007 (2A.660/2006) neu die Rechtsfigur der Mitwirkung bei einer Steuerumgehung geschaffen habe. Die Rückerstattungsverweigerung gegenüber der Klägerin aufgrund einer Steuerumgehung auf Seiten der Beklagten beruhe somit auf einer neuen Rechtsfigur. Mit einer solchen Entwicklung sei im Zeitpunkt der Vereinbarung der Gesamttransaktion im Jahre 2000 nicht zu rechnen gewesen (act. 13 S. 22 f. Rz. 99 ff.).

#### 1.4. Duplik

Die Beklagte führt in ihrer Duplik ergänzend aus, die von der Klägerin (recte: Beklagten) erworbenen Aktien hätten für eine Kapitalherabsetzung verwendet werden sollen und diese Kapitalherabsetzung sei auch vollzogen worden. Dies habe sie von Anfang an so beschrieben. Dass sie bereits eigene Aktien besessen habe und dass diese nicht für die beabsichtigte Kapitalherabsetzung verwendet werden würden, habe die Beklagte dargestellt. Sie habe aber in jenem Zeitpunkt nicht 40'000 eigene Aktien benötigt, sodass sie einen Teil ihres Eigenbestandes am 10. Februar 2000 an der Börse veräussert habe. Dieser Erlös habe ihr den Kauf der Optionspapiere und die Finanzierung des Aktienerwerbs von der Klägerin ermöglicht. Ausserdem sei es ihr jederzeit frei gestanden, eigene Aktien selbst wieder am Markt zu platzieren, eine Tatsache, welche die Klägerin selbst anerkannt habe (act. 17 S. 9 f. Rz. 24 ff.). Es sei nie vereinbart gewesen, dass die Beklagte der Klägerin ihren Eigenbestand an Aktien verkaufen solle. Auch die angebliche Tatsache, dass die Beklagte gewusst habe, dass die Lieferung der Ak-

tien vom 28. Februar 2000 aus den Nostrobeständen der Klägerin stammen würden, sei frei erfunden (act. 17 S. 10 Rz. 30).

Die Formulierung der K.\_\_\_\_\_ im Schreiben vom 2. Juli 2002 (act. 4/23), wonach die Beklagte Anfang Februar 2002 an die Klägerin für einen der Beklagten unbekanntem Käufer 20'000 F.\_\_\_\_\_ -Titel aus ihrem Depot bei der G.\_\_\_\_\_ verkauft habe, sei nicht wahr. Die Beklagte habe ihre eigenen Aktien am 20. Februar 2000 an der Börse verkaufen lassen. Das Schreiben vom 2. Juli 2002 habe die Klägerin im Rahmen des Steuerverfahrens von der K.\_\_\_\_\_ anfertigen lassen. Warum die Auskunft der K.\_\_\_\_\_ den Transaktionsablauf nicht korrekt reflektiere, entziehe sich der Kenntnis der Beklagten (act. 17 S. 14 f. Rz. 47 ff.).

Die Beklagte bestreite, dass von einem kollusiven Verhalten der Parteien ausgegangen werden könne. Es sei nicht so, dass die Klägerin und die Beklagte eine "geheime Abmachung zur Täuschung" der ESTV eingegangen seien. Es habe kein Druck bestanden, irgendwelche zwingend anfallenden Steuern auf widerrechtliche Weise einzusparen. Eine steuerfreie Kapitalherabsetzung wäre unbestrittenermassen möglich gewesen (act. 17 S. 20 Rz. 67 ff.).

Der Klägerin sei es trotz der Aufforderung der Beklagten, ein gegenseitiges Verständnis zur Schadlosvereinbarung zu substantiieren, bis jetzt unmöglich gewesen, eine solche Vereinbarung auch nur im Ansatz zu belegen (act. 17 S. 21 Rz. 72). Die Überzeugung der Klägerin, dass die Rückerstattung problemlos möglich sei, sei ein starkes Indiz gegen das Vorliegen einer Schadlosvereinbarung. Die Klägerin habe die Verweigerung des Antrags nicht ernsthaft für möglich gehalten. Es sei daher nachvollziehbar, dass sie die Folgen einer Rückerstattungsverweigerung nicht vertraglich und entgegen der gesetzlichen Risikoverteilung geregelt habe. Sie habe dies nicht vereinbaren wollen, weil sie es nicht für möglich gehalten habe. Wie es bei dieser Ausgangslage für die Beklagte hätte erkennbar sein sollen, dass die klägerische Erklärung nur so verstanden werden dürfte, dass sie schadlos gehalten werden müsse, bleibe ungeklärt. Die Beklagte bestreite das Bestehen eines normativen Konsenses über eine Schadloshaltungsverpflichtung (act. 17 S. 22 Rz. 77). Die Beklagten-Vertreter hätten sodann mit Sicherheit auf eine schriftliche Vereinbarung bestanden, wenn sie sich tatsächlich zu einer sol-

chen potenziellen Bezahlung verpflichtet hätten, um darin die Voraussetzungen, unter welchen sie zur Schadloshaltung herangezogen werden könnten, zu definieren (act. 17 S. 37 Rz. 148).

Die Beklagte bestreitet sodann einen Anspruch der Klägerin aus positiver Vertragsverletzung. U.a. habe die Klägerin die genaue Pflicht (oder Nebenpflicht), welche die Beklagte verletzt haben solle, nicht spezifiziert. Zum Schaden äussere sich die Klägerin unter diesem Titel überhaupt nicht (act. 17 S. 25 f. Rz. 90 ff.).

Die Beklagte sei nicht bereichert. Sie habe auch nichts einzusparen gehabt. Sie sei nie in der Situation gewesen, das Entstehen einer Verrechnungssteuer auf den eigenen Aktien durch irgendwelche Manipulationen verhindern zu müssen. Es sei richtig, dass bei Vernichtung der bereits anfangs Februar 2000 vorhandenen eigenen Aktien die Verrechnungssteuer angefallen wäre. Dies sei jedoch nie geplant gewesen. Sie habe diese Aktien wieder an der Börse abgestossen und zwar vor Ablauf der gesetzlichen Frist, welche die Vernichtung des Eigenbestandes mit der Steuerfolge nötig gemacht hätte. Sie habe somit nichts in ungerechtfertigter Weise eingespart, denn von einer Ersparnisbereicherung könne nur dann die Rede sein, wenn eine Ausgabe unterblieben sei, die nach dem regelmässigen Lauf der Dinge getätigt worden wäre. Keine Gesellschaft vernichte aber normalerweise und solange es sich legal vermeiden lasse, eigene Aktien, wenn Steuerfolgen zu gewärtigen seien; folglich liege keine Ersparnisbereicherung vor. Die Verrechnungssteuer, hochgerechnet ins Hundert, wäre somit nie angefallen. Der Beklagten gegenüber sei formell auch keine Steuerumgehung festgestellt und es sei auch keine Steuernachforderung geltend gemacht worden. Das Bundesgericht sei insbesondere wegen der zeitgleichen Absicherung der Call Warrants mit weiteren F.\_\_\_\_\_ Aktien zum Schluss gekommen, dass die Klägerin an einer Steuerumgehung mitgewirkt habe. Dieses Absicherungsgeschäft habe die Beklagte aber weder veranlasst, noch sei sie darüber informiert gewesen, noch hätte sie es verhindern können. Die Beklagte bestreite aber auch, dass eine allfällige - und weiterhin bestrittene - Bereicherung ihrerseits ungerechtfertigt gewesen wäre. Wenn die Beklagte nämlich tatsächlich bereichert gewesen wäre und die Steuerverwaltung, wie die Klägerin ausgeführt habe, tatsächlich einen Anspruch auf

Nachzahlung habe, dann wäre dieser Anspruch in der Zwischenzeit verjährt und die Bereicherung damit nicht mehr ungerechtfertigt (act. 17 S. 27 ff. Rz. 101 ff.; S. 52 Rz. 230).

Der Verkauf der eigenen Aktien an der Börse über die G.\_\_\_\_\_ sei nicht Bedingung für den Erwerb der F1.\_\_\_\_\_ Call Warrants durch die Beklagte gewesen. Die Beklagte habe nicht gewusst, wie viele Stillhalteraktien die Klägerin besessen habe, wie viele Calls verkauft worden seien oder welche Hedging-Strategie die Klägerin verfolgt habe (act. 17 S. 37 Rz. 145). Nur weil eine Person eine Kaufoption schreibe, heisse dies noch lange nicht, dass diese Option mit eigenen Wertpapieren abgesichert sein müsse, schon gar nicht zu 100% (act. 17 S. 40 Rz. 164).

Zur Aufforderung des Instruktionsrichters vom 16. Juli 2010, zu der in der Medienmitteilung vom 28. Februar 2000 gemachten Aussage über die Finanzierung des Aktienrückkaufs Stellung zu nehmen, führt die Beklagte aus, es habe sich dabei um eine Aussage mit Prognosecharakter gehandelt. Der Verwaltungsrat sei im Februar 2000 davon ausgegangen, dass der Rückkauf der Aktien für die Kapitalherabsetzung aus dem Free-Cashflow finanziert werden könne. Die Annahmen der Beklagten über die Bezahlung der zurückgekauften Aktien seien zu Beginn des Geschäftsjahres gemacht worden und damit zwangsläufig eine Vorausschau gewesen (act. 17 S. 41 f. Rz. 169).

## 2. Würdigung

### 2.1. Steuersituation

2.1.1. Gestützt auf Art. 132 Abs. 2 BV wird eine Verrechnungssteuer u.a. auf dem Ertrag von beweglichem Kapitalvermögen erhoben (Art. 1 Abs. 1 VStG). Erwirbt eine Gesellschaft oder Genossenschaft gestützt auf einen Beschluss über die Herabsetzung des Kapitals oder im Hinblick auf eine Herabsetzung ihres Kapitals eigene Beteiligungsrechte wie etwa Aktien, so unterliegt die Differenz zwischen dem Erwerbspreis und dem einbezahlten Nennwert dieser Beteiligungsrechte der Verrechnungssteuer (Art. 4a Abs. 1 VStG). Diese Bestimmung gilt

sinngemäss, wenn eine Gesellschaft im Rahmen von Art. 659 OR eigene Beteiligungsrechte erwirbt, ohne anschliessend ihr Kapital herabzusetzen, sofern sie diese Beteiligungsrechte nicht innerhalb einer Frist von sechs Jahren wieder veräussert (Art. 4a Bs. 2 VStG). Steuerpflichtig ist der Schuldner der steuerbaren Leistung (Art. 10 Abs. 1 VStG). Die Verrechnungssteuer wird dem Empfänger der um die Steuer gekürzten Leistung nach Massgabe des Gesetzes vom Bund zurückerstattet (Art. 1 Abs. 2 i.V.m. Art. 30 Abs. 2 VStG). Im inländischen Verhältnis bezweckt die Verrechnungssteuer, die Deklaration der Erträge beweglichen Kapitalvermögens zu sichern; dem steuerehrlichen Inländer wird sie zurückerstattet (vgl. BGE 125 II 348 ff.).

Bei einem Aktienrückkauf zur Eigenmittelausschüttung kauft eine Gesellschaft sich im Markt befindliche eigene Aktien zum Zwecke der Kapitalherabsetzung zurück. Mithin werden die betreffenden Aktien anschliessend vernichtet. Damit werden im Umfang des von der Gesellschaft geleisteten Kaufpreises Eigenmittel an das Aktionariat ausgeschüttet. In der Terminologie des Verrechnungssteuerrechts handelt es sich um eine "Teilliquidation", womit die Kaufpreisleistung der Verrechnungssteuer untersteht. Die sog. "Aufrechnung ins Hundert" findet insbesondere in Situationen Anwendung, in welchen eine Gesellschaft eigene Beteiligungsrechte im Rahmen einer Kapitalherabsetzung vernichtet, ohne dass die Gesellschaft die dazu verwendeten Beteiligungsrechte durch Überwälzung der Verrechnungssteuer auf den Veräusserer erworben hatte. In einem solchen Fall wird die durch die Gesellschaft für den Erwerb der Beteiligungsrechte erbrachte steuerbare Leistung von den Steuerbehörden als blosser Nettogleistung betrachtet. Die steuerbare Bruttogleistung errechnet sich durch eine Aufrechnung "ins Hundert" und beträgt 53,84% anstelle von 35%. Der Steuerbetrag ist durch die Gesellschaft zu tragen (vgl. BGE 2A.660/2006 vom 8. Juni 2007, E. 3; Maja Bauer-Balmelli, Der Sicherungszweck der Verrechnungssteuer, Diss. ZH 2000, S. 3). Die Rückerstattung der Verrechnungssteuer ist in allen Fällen unzulässig, in denen sie zu einer Steuerumgehung führen würde (Art. 21 Abs. 2 VStG).

2.1.2. Vorliegend ist unstrittig, dass die Beklagte im Umfang von 53,84% steuerpflichtig geworden wäre, wenn sie die 20'000 von ihr bereits gehaltenen,

verrechnungssteuerfrei erworbenen und am 10. Februar 2000 an der Börse verkauften eigenen Aktien ohne vorgängigen Verkauf im Zuge einer Kapitalherabsetzung vernichtet hätte. In seiner Entscheidung vom 8. Juni 2007 (act. 4/5) führte das Bundesgericht aus, die Beklagte habe gar nicht effektiv beabsichtigt, die von ihr bereits gehaltenen Aktien zu veräussern und auf dem Markt neue eigene Aktien zum Zwecke der Kapitalherabsetzung zu erwerben. Dies decke sich mit den Äusserungen der Gesellschaft selber, die in einer Medienmitteilung vom 28. Februar 2000 über den betreffenden Aktienrückkauf informiert habe, dass sie von wenigen institutionellen Anlegern und von Hauptaktionär J.\_\_\_\_\_ insgesamt 20'000 Inhaberaktien zurückgekauft habe. Die Tatsache, dass die Beklagte damit die wirkliche Herkunft der streitigen Aktien bekanntgegeben und die Transaktionen mit der Klägerin nach aussen verschwiegen habe, könne nun aber nicht anders verstanden werden, als dass diesen Geschäften für die Beteiligten keine wirtschaftliche Bedeutung zugekommen sei (E. 5.4.1). Aus dem gewählten Vorgehen über den Verkauf und anschliessenden Rückkauf der eigenen Inhaberaktien und die damit verbundene Überwälzung der Verrechnungssteuer (zum Satz von 35%) auf die Klägerin habe eine erhebliche Steuerersparnis von rund CHF 21,7 Mio. resultiert (53,8% von CHF 40'400'000.00). Damit seien alle Merkmale einer Steuerumgehung auf Seiten der Beklagten nachweislich erfüllt (E. 5.4.2 und 5.4.3.).

Das Bundesgericht prüfte sodann, ob die Klägerin ihrerseits in relevanter Weise von dieser Steuerumgehung durch die Beklagte Kenntnis gehabt habe oder sogar daran beteiligt gewesen sei (E. 5.4.3., 5.5.), und bejahte diese Frage in Würdigung der Geschäftsabwicklung als Ganzes. Es kam zum Schluss, dass eine Rückerstattung der Verrechnungssteuer an die Klägerin zu einer Steuerumgehung führen würde, an welcher die Klägerin massgeblich beteiligt gewesen sei. Die Rückerstattung sei deshalb gemäss Art. 21 Abs. 1 lit. a VStG unzulässig (E. 5.6.).

2.1.3. Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, die Beklagte habe zwar - wie vom Bundesgericht festgestellt - eine Steuerumgehung begangen, die Klägerin habe daran jedoch nicht mitgewirkt und auch keine Kenntnis davon gehabt.

Die durchgeführte Gesamttransaktion sei von der Beklagten vorgeschlagen worden. Sie habe die Beklagte nie beraten und sei auch nicht die federführende Bank gewesen. Die Beklagte müsse deshalb die Verrechnungssteuer tragen und nicht sie. Unbestritten ist, dass die Parteien über eine Transaktion verhandelten, mit welcher die Beklagte eine Optimierung ihrer Steuersituation anstrebte, und die Klägerin davon wusste. Offensichtlich gingen beide Parteien davon aus, dass die Transaktion rechtlich zulässig sei. Erstellt ist weiter, dass die Beklagte durch diese Transaktion in den Genuss einer - im Nachhinein für unzulässig erkannten - Steuerersparnis von rund CHF 21,7 Mio. kam. Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Klägerin einen Anspruch gegen die Beklagte auf "Rück"erstattung der Verrechnungssteuer hat.

## 2.2. Ansprüche aus Vertrag

### 2.2.1. Schadloshaltungsvereinbarung

2.2.1.1. Was die Parteien im Einzelnen vereinbart haben, bestimmt sich nach den allgemeinen Auslegungsregeln. Danach ist in erster Linie der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien festzustellen (Art. 18 Abs. 1 OR). Erst wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Massgebend ist dabei der Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Nachträgliches Parteiverhalten ist bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht von Bedeutung (BGE 4C.120/2006, Erw. 2.3).

2.2.1.2. Aufgrund der Ausführungen der Parteien ist zunächst unbestritten, dass sie im Januar/Februar 2000 Verhandlungen über eine Transaktion mit Aktien der Beklagten führten und sie sich schlussendlich einig darüber wurden, dass die Beklagte von der Klägerin 20'000 eigene Aktien zum Zwecke der Kapitalherabsetzung zurückkaufen solle und die beim Erwerb dieser Aktien anfallende ordentliche Verrechnungssteuer auf die Klägerin überwältzt würde. Der Betrag der Verrechnungssteuer wurde beim Kaufpreis in Abzug gebracht, sodass die Beklagte

keine Steuerlast trug. Strittig ist, ob sich die Beklagte - wie von der Klägerin behauptet - für allfällige aus der Transaktion resultierende finanzielle Einbussen der Klägerin zur vollen Schadloshaltung verpflichtet hat. Ein schriftlicher Vertrag zwischen den Parteien besteht nicht. Die Klägerin beruft sich in ihrer Klageschrift auf einen tatsächlichen Konsens darüber, dass die Parteien vereinbart hätten, dass die Beklagte die Klägerin für eine allfällige Verweigerung der Rückerstattung der Verrechnungssteuer durch die ESTV schadlos halten würde.

Die Klägerin macht über den genauen Wortlaut dieser Vereinbarung keine näheren Angaben. In der Klageschrift führt sie aus, dass sie sich "unter der Bedingung einer vollumfänglichen Schadloshaltungsverpflichtung der Beklagten" mit der vorgeschlagenen Transaktion einverstanden erklärt habe (act. 1 S. 13 Rz. 39); es habe dem Vertragsverständnis beider Parteien entsprochen, dass unerwartete Steuerfolgen allein die Beklagte tragen solle (act. 1 S. 26 Rz. 103 ff.). Mit Verfügung des Instruktionsrichters vom 16. Juli 2010 wurden die Parteien aufgefordert, einen tatsächlichen Konsens der Parteien so konkret wie möglich zu behaupten. So seien der Zeitpunkt des Konsenses und die beteiligten natürlichen Personen anzugeben (Prot. S. 6 f.). Dieser Aufforderung kam die Klägerin nicht genügend nach. In der Replik führt sie aus, es sei das übereinstimmende, beidseitige Verständnis gewesen, dass der Klägerin aus der Steuersituation der Beklagten keinerlei Schaden erwachsen solle. Die Vertreter der Beklagten hätten in guten Treuen von keinem anderen Verständnis ausgehen können und dürfen. Wie sich dieses Verständnis geäußert haben soll oder ob und wie die Parteien bzw. die Parteivertreter darüber gesprochen haben, beschreibt sie nicht. Sie beruft sich weder auf entsprechende Erklärungen oder andere Willensäußerungen noch auf Verhaltensweisen der Parteivertreter, welche auf eine Einigung schliessen lassen. Dennoch beruft sich die Klägerin auf einen tatsächlichen Konsens über eine Schadloshaltungsvereinbarung. Zur Bejahung des tatsächlichen Konsenses müsste das Gericht den wirklichen Willen der Vertragsparteien feststellen können. Diese subjektive Vertragsauslegung beruht auf Beweiswürdigung (BGE 4C.120/2006 E. 2.3). Hierfür braucht es beweistaugliche Sachbehauptungen, welche die Klägerin nicht aufgestellt hat. Dementsprechend lässt sich mangels behaupteter übereinstimmender Willenserklärung in tatsächlicher Hinsicht

nicht ermitteln, ob die Parteien eine Schadloshaltung vereinbart haben. Auch von einem stillschweigenden Konsens kann nicht ausgegangen werden, hierfür fehlen jegliche Anhaltspunkte.

2.2.1.3. Es ist somit durch objektivierte Auslegung der Vertragswille zu ermitteln, den die Parteien mutmasslich gehabt haben. Die Willenserklärungen der Parteien sind aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Dabei hat der Richter zu berücksichtigen, was sachgerecht ist, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben (Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 9. A., Zürich 2008, N 1200 ff.). Primäres Auslegungsmittel bildet der Wortlaut der Erklärung. Ergänzende Auslegungsmittel sind Ort, Zeit und andere Begleitumstände des Vertragsabschlusses, das Verhalten der Parteien vor und nach Vertragsabschluss, die Interessenlage der Parteien bei Vertragsabschluss, die Verkehrsauffassung und die Verkehrsübung (Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, a.a.O., N 1206 ff.). Für die Vertrauensauslegung sind nur Umstände mit zu berücksichtigen, die den Parteien bei Vertragsschluss bekannt oder erkennbar waren. Später eintretende Umstände wie das nachträgliche Verhalten der Parteien lassen dagegen erkennen, wie sie selbst den Vertrag seinerzeit gemeint hatten (BGE 4C. 120/2006).

Wie unter 2.2.1.2. dargelegt, wurden von den Parteien keine Erklärungen vorgebracht, deren Wortlaut ausgelegt werden könnte. Auch ein schriftlicher Vertrag besteht nicht. Es ist deshalb aufgrund der anderen Auslegungsmittel zu eruieren, ob es vernünftigerweise das gegenseitige Verständnis der Parteien bei Vertragsschluss gewesen sein musste, dass sich die Beklagte verpflichtete, die Klägerin für allfällige finanzielle Einbussen schadlos zu halten. Die Klägerin beruft sich hierzu primär auf die Interessenlage der Parteien bei Vertragsabschluss. Wie erwähnt, ist unbestritten, dass die Beklagte ihr Kapital herabsetzen wollte, ohne dass sie eine Steuerlast würde tragen müssen. Mit der Klägerin wurde ein Weg gesucht, um dieses Ziel zu erreichen. Ob der Vorschlag am Ende von der Beklagten ausging, wie es die Klägerin ausführt, oder die Klägerin die initiiierende Partei

war, spielt an sich keine Rolle. Die Parteien wurden sich jedenfalls einig, die Transaktion durchzuführen, und sie gingen auch davon aus, dass diese zulässig war und zum gewünschten Ziel führen würde.

Die Klägerin macht geltend, die Transaktion als Ganzes habe im alleinigen Interesse der Beklagten gelegen, weshalb sie auch allfällige unerwartete Steuerfolgen daraus hätte tragen sollen. Dass eine Bank wie die Klägerin aus rein altruistischen Gründen mit einem Unternehmen wie der Beklagten Verhandlungen führt und eine Transaktion über Aktien in Millionenhöhe durchführt, ohne dabei einen monetären Vorteil zu erzielen, ist lebensfremd und kann von ihr nicht ernsthaft behauptet werden. So ist ohne Zweifel davon auszugehen, dass auch die Klägerin einen finanziellen Vorteil aus der Transaktion zog. Die Beklagte bezeichnet diesen mit CHF 400'000.00, welche durch den Kauf und Rückkauf der Call Warrants entstanden sei. Dieser Gewinn für die Klägerin sei vorgängig abgemacht gewesen und könne als "Lohn" für die Mitwirkung der Klägerin bei der Transaktion angesehen werden. Ob so oder anders, es kann mit Fug davon ausgegangen werden, dass die Klägerin für das Geschäft mit der Beklagten entschädigt wurde, oder sie sich jedenfalls einen wirtschaftlichen Vorteil versprach.

Dass die Klägerin das Risiko einer allfälligen Verweigerung der Rückerstattung der Verrechnungssteuer trug, ist richtig. Die Parteien gingen bei Vertragsschluss aber davon aus, dass sich dieses Risiko nicht verwirklichen würde. So ist es nach Ansicht der Klägerin das alleinige Verschulden der Beklagten, dass die Steuerbehörde zum Schluss gekommen sei, die Beklagte habe eine Steuerumgehung begangen bzw. die Klägerin habe daran mitgewirkt - und ihr deshalb die Rückerstattung verweigert. Dieser Schluss sei nur deshalb nahe gelegen, weil die Beklagte unwahre Angaben über die Mitwirkung der Klägerin an der Transaktion gegenüber der Steuerbehörde gemacht habe. Umgekehrt will die Beklagte beliebt machen, dass es alleine aufgrund des Unvermögens der Klägerin, für die besprochene Kapitalherabsetzung geeignete Aktien zu liefern, zu diesem Entscheid der ESTV gekommen sei. Bei Vertragsschluss schien es also für beide Parteien klar gewesen zu sein, dass, wenn sich beide Parteien korrekt verhalten - und hiervon geht man bei Vertragsschluss vernünftigerweise immer aus -, die Transaktion

auch ohne Probleme durchführbar und die Verrechnungssteuer ohne Probleme rückforderbar sein würde. Bei einer solchen Ausgangslage liegt es aber keineswegs auf der Hand, dass die Klägerin die Vereinbarung vernünftigerweise nur unter der Bedingung der Schadloshaltung eingegangen wäre. Lag doch das Risiko anscheinend alleine in den Händen der Parteien selber. Mit einem allfälligen Fehlverhalten der anderen Partei musste bei Vertragsschluss weder die Klägerin noch die Beklagte rechnen, mithin war dies den Parteien auch nicht bekannt oder erkennbar. Eine Schadloshaltung der Beklagten erscheint somit für das Zustandekommen des Vertrages nicht unabdingbar und entspricht bei Transaktionen dieser Art auch nicht der Verkehrsübung. Wäre letzteres anders, so ist der Beklagten insoweit zu folgen, als dass die Klägerin für eine solche Bedingung wohl auf Schriftlichkeit bestanden hätte oder mindestens hätte bestehen müssen.

2.2.1.4. Zusammenfassend kann jedenfalls gesagt werden, dass eine Schadloshaltungserklärung der Beklagten für allfällige Steuerrisiken der Klägerin nicht dem mutmasslichen Willen der Parteien bei Vertragsabschluss entsprochen hat bzw. die Beklagte - infolge Fehlens ausdrücklicher Willenserklärungen - aufgrund der Umstände in guten Treuen nicht davon ausgehen musste. Von einer Vereinbarung einer Schadloshaltung ist mithin nicht auszugehen.

## 2.2.2. Vertragsergänzung

Die Vertragsergänzung soll dann stattfinden, wenn zwischen zwei Vertragsparteien ein Punkt, der vertraglicher Regelung bedurft hätte, in dem von ihnen geschlossenen Vertrag nicht geregelt ist. Man spricht dann von einer Vertragslücke. Diese kann auf verschiedene Weise entstehen. Am häufigsten ist, dass die Parteien die nunmehr entscheidungserhebliche Frage nicht gesehen und sie deshalb nicht geregelt haben, so z.B. wenn sich die jetzt streitige Frage seinerzeit nicht gestellt hat. Keine Vertragslücke liegt vor, wenn der strittige Punkt durch zwingendes gesetzliches Recht geregelt ist (BLK-OR I, Wiegand, Art. 18 N 61 ff.).

Vorliegend bedurfte zunächst die Frage der Tragung der Verrechnungssteuer keiner vertraglichen Regelung. Die Klägerin war als Veräussererin der Aktien zur Rückforderung der an die ESTV abgeführten Verrechnungssteuer befugt. In-

soweit waren sich die Parteien auch bei Vertragsschluss einig. Die Klägerin ist aber der Ansicht, dass für den - nun eingetretenen - Fall, dass ihr diese Rückforderung verweigert würde, eine Abmachung hätte getroffen werden müssen. Insoweit liege - verneine man das Vorliegen einer Schadloshaltungsvereinbarung - eine Vertragslücke vor. Wie unter 2.2.1.3. gesehen, ist es aber nicht so, dass die Parteien die Möglichkeit der Verweigerung der Rückerstattung der Verrechnungssteuer durch die ESTV an die Klägerin nicht gesehen und eine Regelung deshalb unterlassen haben oder eine solche vergessen ging. Sie gingen davon aus, dass - bei korrektem Verhalten der Gegenpartei - dieser Fall eben nicht eintrete und haben damit diesen Punkt bewusst nicht geregelt. Die Parteien waren sich des Risikos bewusst und vertrauten darauf, dass es nicht eintrete. Damit liegt keine Vertragslücke vor, welche durch das Gericht zu schliessen wäre. Die Lückenfüllung durch das Gericht ist nicht dazu da, Risiken, die sich im Anschluss an die Erfüllung eines Vertrages ergeben, nachträglich abzusichern, insbesondere wenn das Risiko den Parteien bereits bei Vertragsschluss bekannt war und sie eine Regelung bewusst unterliessen. Im Unterlassen der Vereinbarung einer Schadloshaltung wurde durch die Parteien kein Nebenpunkt offen gelassen, der notwendigerweise einer Regelung bedurft hätte. Eine Ergänzung durch das Gericht ist deshalb nicht vorzunehmen.

### 2.3. Positive Vertragsverletzung

Der Standpunkt der Klägerin, die Beklagte hafte auch auf der Grundlage der positiven Vertragsverletzung, erweist sich ebenfalls als unbegründet. So beruft sich die Klägerin im Wesentlichen auf angeblich unwahre Aussagen der Beklagten im Rahmen des Steuerrückerstattungsverfahrens. Damit habe sie eine Nebenpflicht des Vertrages verletzt, nämlich unwahre Angaben gegenüber Dritten zu unterlassen. Nebenpflichten eines Vertrages werden aus der auf dem Vertrauensgrundsatz basierenden Pflicht zum loyalen Verhalten abgeleitet. Es handelt sich dabei um die Pflicht der Vertragspartner, aufeinander in umfassender Weise Rücksicht zu nehmen. Diese Pflicht konkretisiert sich im Einzelfall je nach dem in Aufklärungs-, Informations- und Beratungspflichten, sowie in Sorgfalts- und Obhutspflichten (Gauch/Schluop/Schmid/Rey, a.a.O, Rz. 2637 ff.). Allen diesen

Pflichten ist gemein, dass sie in unmittelbarem Zusammenhang mit der vertragsgemässen Erbringung der Leistung, mit der Sicherung und der sachgerechten Verwendung zur Erreichung des Vertragszweckes stehen. Selbst wenn die Aussagen der Beklagten gegenüber der Steuerbehörde unwahr gewesen wären, so erfolgten sie nicht mehr im Rahmen des Vertrages und hatten sie keine Auswirkungen auf die Erfüllung dessen. Die Beklagte hatte ihren Teil der vertraglich vereinbarten Transaktion bereits erfüllt, ebenso die Klägerin. Damit hat die Beklagte - auch mit allenfalls unwahren Angaben gegenüber der Steuerbehörde - keine Nebenpflichten des Vertrages verletzt, welche zu einer Haftung führen könnten, denn nicht jedes (Fehl-)Verhalten der Parteien nach Abschluss und Erfüllung des Vertrages löst einen potentiellen Schadenersatzanspruch aus.

Abgesehen davon hat das Bundesgericht in seinem Urteil vom 8. Juni 2007 (2A.660/2006) mit aller Deutlichkeit festgehalten, dass schon das objektiv feststellbare Verhalten (zusammengefasst: Verkauf und Kauf der Aktien innert 18 Tagen) missbräuchlich gewesen sei (E. 5.4.1 Abs. 1). Das damals vom Bundesgericht kritisierte Verhalten war der Klägerin stets bewusst. Sie wendet sich bei Lichte betrachtet nur gegen die Würdigung. Diese hätte auch ohne die kritisierten Verhaltensweisen der Beklagten gleich gelautet. Es kommt hinzu, dass die Klägerin in einem Schreiben an die Beklagte vom 17. Februar 2000 von der "kürzlich vereinbarten Rücknahme von 20'000 Inhaberaktien" durch die Beklagte sprach (act. 4/15). Zurücknehmen kann man nur etwas, was man zuvor geliefert hat.

## 2.4. Ungerechtfertigte Bereicherung

2.4.1. Nach Art. 62 Abs. 1 OR ist der Tatbestand der ungerechtfertigten Bereicherung erfüllt, wenn jemand in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines andern bereichert worden ist. Die Bereicherung kann dabei in einer Nichtverminderung des Vermögens bestehen, welche durch eine Ersparnis von Auslagen, die hätten gemacht werden müssen, entsteht. Man spricht dann von einer Ersparnisbereicherung. Der Vermögensvorteil des Bereicherten muss im Weiteren aus dem Vermögen eines andern stammen und ungerechtfertigt sein.

Die Klägerin macht geltend, die Beklagte sei durch die Einsparung der Verrechnungssteuer im Umfang von 21,7 Mio. (53,8% von CHF 40'400'000.00) bereichert. Da das Bundesgericht im Urteil vom 8. Juni 2007 eine Steuerumgehung auf Seiten der Beklagten festgestellt habe, habe die Beklagte diesen Betrag unge rechtfertigt eingespart. Die Klägerin sei im Umfang von CHF 14 Mio. entreichert, da ihr die Rückerstattung dieses Betrages aufgrund der Steuerumgehung der Beklagten von der ESTV verweigert worden sei.

2.4.2. Das Bundesgericht stellte in seinem Entscheid vom 8. Juni 2007 fest, dass auf Seiten der Beklagten nachweislich alle Merkmale einer Steuerumgehung im Sinne von Art. 21 Abs. 2 VstG erfüllt seien (act. 4/5 E. 5.4.3.). Im Weiteren prüfte es, ob die Klägerin ihrerseits in relevanter Weise davon Kenntnis gehabt habe oder sie sogar daran beteiligt gewesen sei. Das Bundesgericht bejahte diese Frage (zutreffend, wie die Vorbringen dieses Verfahrens zeigen) und stellte fest, dass eine Rückerstattung der Verrechnungssteuer an die Beschwerdegegnerin zu einer Steuerumgehung führen würde, an welcher die Klägerin massgeblich beteiligt gewesen sei. Die Rückerstattung der Verrechnungssteuer an die Klägerin erachtete es deswegen als unzulässig (E. 5.5.).

Die Klägerin bestreitet im vorliegenden Verfahren, dass sie an der von der Beklagten und vom Bundesgericht festgestellten Steuerumgehung beteiligt gewesen sei. Das Bundesgericht habe eine Mitwirkung der Klägerin insbesondere deshalb als erstellt erachtet, da sie auf Schreiben der Beklagten bzw. ihrer Steuerberaterin vom 2. Juli 2002 (act.4/23) und vom 5. August 2005 (act. 4/24) an die Eidgenössische Steuerverwaltung abgestellt habe, in welchen stehe, dass die Kapitalherabsetzung vom 9. Mai 2000 unter professioneller Beratung der Klägerin vorgenommen worden sei. Dies sei jedoch falsch, sie habe die Beklagte insbesondere in Steuerfragen nie beraten. Der Vorschlag zur Transaktion sei von der Beklagten gekommen.

Aufgrund der Akten sowie den Ausführungen der Parteien präsentiert sich folgendes Bild: Die Beklagte war sich der steuerrechtlichen Problematik der eigenen Aktien stets bewusst. Sie wusste, dass sie diese nur unter erheblichen Steuerfolgen vernichten und damit ihr Kapital herabsetzen konnte. Sie suchte deshalb

nach einer Möglichkeit, ihr Kapital durch Vernichtung eigener Aktien herabzusetzen, ohne dass sie dabei verrechnungssteuerliche Folgen zu tragen haben würde. Zu diesem Zwecke wurden Verhandlungen mit der Klägerin geführt, welche von den steuerrechtlichen Anliegen der Beklagten wusste. Aus dem schliesslich gewählten Vorgehen - Verkauf und anschliessender (Rück-)Kauf eigener Inhaberaktien und damit verbundene Überwälzung der Verrechnungssteuer auf die Klägerin - resultierte schliesslich ein Steuerersparnis der Beklagten von rund CHF 21,7 Mio. Insoweit sind sich die Parteien einig. Fest steht, dass das Ziel der Transaktionen vom 10. und vom 28. Februar 2000 eine Kapitalherabsetzung der Beklagten war und die Klägerin davon wusste. Zu diesem Zwecke liess die Beklagte - wie oben beschrieben - am 10. Februar 2000 durch die G.\_\_\_\_\_ als Kommissionärin 20'000 eigene Inhaberaktien an der Börse verkaufen. Gleichentags kaufte die Beklagte von der Klägerin 1 Mio. Call Warrants, welche sie berechtigten, 20'000 ihrer eigenen Aktien von der Klägerin zu beziehen. Ebenfalls am 10. Februar 2000 kaufte die Klägerin von der G.\_\_\_\_\_ 20'000 Inhaberaktien der Beklagten. Am 28. Februar 2000 kaufte die Beklagte von der Klägerin schliesslich 20'000 eigene Inhaberaktien.

Es ist - wie dargelegt - ausgeschlossen, dass die Klägerin - auch wenn sie die Beklagte nicht professionell beraten hat - die Hintergründe dieser Transaktionen nicht kannte. So stellt sich die Klägerin selber auf den Standpunkt, die Beklagte habe gewusst, dass sich die Klägerin zur Absicherung der Call Warrants umgehend mit entsprechenden Inhaberaktien der Beklagten eindecken würde; zu diesem Zwecke habe die Beklagte gleichentags die 20'000 Inhaberaktien an der Börse verkaufen lassen. Diesem Argument der Klägerin ist denn auch zu folgen. Was die Beklagte dagegen vorbringt ist nicht stichhaltig. So behauptet sie etwa, den Verkauf von 20'000 eigenen Inhaberaktien zum Zwecke der Beschaffung von flüssigen Mitteln für den Kauf der F1.\_\_\_\_\_ Call Warrants getätigt zu haben. Der Kaufpreis der F1.\_\_\_\_\_ Call Warrants betrug jedoch "lediglich" CHF 10,8 Mio. Eine plausible Erklärung, weshalb dafür ein Verkauf von Aktien im Wert von rund CHF 41 Mio. notwendig war, bleibt sie schuldig, genauso wie für die in der Medienmitteilung vom 28. Februar 2000 gemachte Aussage über die Finanzierung des Aktienrückkaufs (act. 4/21, Prot. S. 6 f.), wonach der Rückkauf der Aktien aus

dem Free-Cashflow finanziert werde. Die Beklagte führt auch wiederholt aus, dass sie die Herkunft der am 28. Februar 2000 gelieferten Aktien nicht habe interessieren müssen und diesbezüglich auch keine Kenntnis gehabt habe. Im Schreiben der K. \_\_\_\_\_ an die eidgenössische Steuerverwaltung vom 2. Juli 2002 (act. 4/23) heisst es diesbezüglich aber, die Beklagte habe die Andienung der Aktien "nur unter der ausdrücklichen Bedingung und mündlichen Zusicherung seitens der Klägerin akzeptiert, dass es sich bei den betroffenen Aktien nicht um dieselben Titel handle, die 20 Tage zuvor aus den Beständen der Beklagten verkauft worden seien". Insgesamt kann jedenfalls füglich davon ausgegangen werden, dass der Aktienverkauf vom 10. Februar 2000 durch die Beklagte zum Zwecke erfolgte, dass die Klägerin diese Aktien zur Absicherung ihrer Call Warrants kaufen würde.

Damit und unter Berücksichtigung der gegenseitigen Bezüge der einzelnen Transaktionen und unter Würdigung der Geschäftsabwicklung als Ganzes ist evident, dass die Klägerin massgebliche Kenntnis an den Hintergründen der Transaktion hatte. Das Bundesgericht stellte deshalb wie erwähnt auch fest, dass eine Rückerstattung der Verrechnungssteuer an die Beschwerdegegnerin zu einer Steuerumgehung führen würde, an welcher die Beschwerdegegnerin massgeblich beteiligt gewesen und eine Rückerstattung deswegen unzulässig sei (act. 4/5, E.5.6.). Mit der Rückerstattung des Steuerbetrags hatte die Klägerin somit also einen unrechtmässigen Vermögensvorteil erlangt, der seinen Grund in einem objektiven Verstoss gegen die einschlägige Verwaltungsgesetzgebung des Bundes hatte (vgl. act. 4/5, E. 6.2.).

Die Klägerin ist der Ansicht, durch die Wiedereinbezahlung des Verrechnungssteuerbetrages an die ESTV im Sinne von Art. 62 OR entreichert zu sein. Dabei verkennt sie, dass ihr die Rückerstattung der Verrechnungssteuer - wie oben dargestellt - nicht aufgrund der festgestellten Steuerumgehung der Beklagten verweigert wurde, sondern deshalb, weil sie daran mitgewirkt hat. So wurde der Entscheid der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV) vom 6. Juni 2003 bzw. 10. Mai 2005 (Einspracheentscheid) von der Eidgenössischen Steuerrekurskommission am 3. Oktober 2006 aufgehoben und der Klägerin die Rückerstattung

gewährt, obwohl die Eidgenössische Steuerrekurskommission ebenfalls von einer Steuerumgehung auf Seiten der Beklagten ausging. Nicht die Steuerumgehung der Beklagten führte also zum von der Klägerin geltend gemachten Vermögensnachteil, sondern erst ihre Mitwirkung an eben dieser. Damit fehlt es am notwendigen wirtschaftlichen Zusammenhang zwischen Bereicherung und Entreichung, welcher gemäss Bundesgericht auch bei der Ersparnisbereicherung vorliegen muss (vgl. BGE 129 III 652; BSK-Schulin, Art. 62 N 8 f.). Selbst wenn man also eine Bereicherung auf Seiten der Beklagten bejahen würde, fehlte der Klägerin der Anspruch auf diesen bei der Beklagten eingetretenen Vermögensvorteil. Das Vermögen der Klägerin hat sich aufgrund eines rechtskräftigen Entscheides der ESTV um CHF 14 Mio. vermindert und nicht aufgrund eines Eingriffes der Beklagten. Der allfällige Vermögensvorteil der Beklagten stammt damit nicht aus dem Vermögen der Klägerin, da der Klägerin kein Vermögensnachteil erwachsen wäre, hätte man eine Mitwirkung an der Steuerumgehung verneint. Anzumerken bleibt, dass selbst wenn der Entscheid der ESTV materiellrechtlich falsch begründet sein sollte, die Leistung der Klägerin nicht ohne Rechtsgrund erfolgt wäre (BGE 124 II 570 E. 4c.).

2.4.3. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Klägerin gegenüber der Beklagten keinen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung hat.

### 3. Fazit

Die Klage ist abzuweisen.

## **IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Klägerin kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 und § 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Der Streitwert beträgt CHF 18'524'853.45.

**Demgemäss erkennt das Gericht:**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 218'000.00.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von CHF 209'000.00 zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien je gegen Empfangsschein.
6. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von dessen Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, nach Massgabe von Art. 72 ff. sowie Art. 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde, allenfalls nach Massgabe von Art. 113 ff. BGG subsidiäre Verfassungsbeschwerde erhoben werden.

---

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Thomas Seeger

lic. iur. Vera Keller Bachofner