

AG_HANDELSGERICHT HOR.2022.21 vom 15. Dezember 2023

Ag Handelsgericht, 2023-12-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ag_handelsgericht_HOR.2022.21

FR: AG_HANDELSGERICHT HOR.2022.21 du 15 décembre 2023

IT: AG_HANDELSGERICHT HOR.2022.21 del 15 dicembre 2023

Erwägungen

E. 1

Kammer HOR.2022.21 / SB Entscheid vom 15. Dezember 2023 Besetzung Obergerichter Dubs, Präsident Ersatzrichter Steiner Handelsrichter Baumann Handelsrichter Bäumlin Handelsrichter Meyer Gerichtsschreiber Bisegger Klägerin A._____ AG, [...] vertreten durch Rechtsanwalt B._____, [...] Beklagte C._____ AG Q._____, [...] vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Christoph D. Studer und Rechtsanwältin lic. iur. Claudia Marti, [...] Gegenstand Ordentliches Verfahren betreffend Verantwortlichkeit der Revisionsstelle; gemäss Art. 260 SchKG abgetretene Ansprüche der Masse

- 2 - Das Handelsgericht entnimmt den Akten:

E. 1.1

Zuständigkeit

E. 1.1.1

Örtliche Zuständigkeit Soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt, wird das angerufene Gericht zuständig, wenn sich die beklagte Partei ohne Einrede der fehlenden Zuständigkeit zur Sache äussert (Art. 18 ZPO; sog. Einlassung). Die Beklagte führte in der Klageantwort (Antwort Rz. 50) aus, die Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Aargau sei unbestritten. Sie hat sich demgemäss vorbehaltlos auf das Verfahren vor dem angerufenen Handelsgericht eingelassen. Das angerufene Handelsgericht wäre aber auch unabhängig von einer Einlassung örtlich zuständig. Nach Art. 40 Abs. 1 ZPO ist für Klagen aus gesellschaftsrechtlicher Verantwortlichkeit das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder am Sitz der Gesellschaft zuständig. Die Beklagte hat ihren Sitz im Kanton Aargau. Ebenfalls hatte die H._____ AG ihren Sitz im Kanton Aargau.

E. 1.1.2

Sachliche Zuständigkeit Der Kanton Aargau hat nach § 12 Abs. 1 lit. a EG ZPO von der Möglichkeit gemäss Art. 6 Abs. 1 ZPO Gebrauch gemacht, ein Fachgericht zu bezeichnen, welches als einzige kantonale Instanz für handelsrechtliche Streitigkeiten zuständig ist (Handelsgericht). Nach Art. 6 Abs. 2 ZPO gilt eine Streitigkeit als handelsrechtlich, wenn (a) die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen ist, (b) gegen den Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offen steht und (c) die Parteien im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sind. Nach Art. 6 Abs. 4 ZPO können die Kantone das Handelsgericht ausserdem zuständig erklären für (a) Streitigkeiten nach Art. 5 Abs. 1 ZPO und (b) Streitigkeiten aus dem Recht der Handelsgesellschaften und Genossenschaften. Der Kanton Aargau hat in § 12 Abs. 1 lit. a EG ZPO von der Möglichkeit Gebrauch gemacht,

das Handelsgericht auch für Streitigkeiten gemäss Art. 6 Abs. 4 ZPO zuständig zu erklären. Unter Streitigkeiten aus dem Recht der Handelsgesellschaften und Genossenschaften i.S.v. Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO fallen insbesondere Streitigkeiten aus gesellschaftsrechtlicher Verantwortlichkeit.² Folglich handelt es sich vorliegend um eine Streitigkeit aus dem Recht der Handelsgesellschaften. Das angerufene Handelsgericht ist sachlich zuständig. 1 BSK SchKG-BACHOFNER, 3. Aufl. 2021, Art. 260 N. 93 m.w.N. 2 KUKO ZPO-HAAS/SCHLUMPF, 3. Aufl. 2021, Art. 6 N. 13; BGer 4A_358/2020 vom 25. August 2020 E. 2.2.2.

- 8 -

E. 1.1.3

Funktionelle Zuständigkeit Nach Art. 198 lit. f ZPO entfällt bei Streitigkeiten, für die nach den Art. 5 und 6 ZPO eine einzige kantonale Instanz zuständig ist, das Schlichtungsverfahren. Damit ist das angerufene Handelsgericht auch funktionell zuständig.

E. 1.2

Prozessführungsbefugnis der Klägerin

E. 1.2.1

Darstellung der Klägerin Die Klägerin stützt ihre Befugnis, Verantwortlichkeitsansprüche der Masse der H._____ AG gegenüber der Beklagten (als ehemalige Revisionsstelle der H._____ AG) einzuklagen, darauf, dass ihr diese Ansprüche von der ausseramtlichen Konkursverwaltung abgetreten worden seien (Klage Rz. I.4; KB 2 und 3). Zwar seien diese Ansprüche nicht nur ihr, sondern auch drei weiteren Gläubigerinnen abgetreten worden. Indessen sei nicht davon auszugehen, dass die M._____ AG wegen eines Verlusts von Fr. 90.20 und die N._____ AG wegen eines Verlusts von Fr. 70.50 eine Verantwortlichkeitsklage einreichen. Die L._____ Bank AG habe sodann zwar erklärt, dass sie ebenfalls eine Verantwortlichkeitsklage einreichen wolle (KB 4-5). Ob und wann die L._____ Bank AG dies mache, entziehe sich jedoch der Kenntnis der Klägerin. Vorprozessual sei eine Anfrage der Klägerin an die L._____ Bank AG gestellt worden (KB 6). Trotz wiederholter Nachfrage sei es jedoch nicht möglich gewesen, die Klagen zu koordinieren. Es sei Sache des Gerichts, eine allfällige Klage einer anderen Gläubigerin mit der vorliegenden Klage zu koordinieren (Klage Rz. I.5). Alle Gläubigerinnen hätten ihre Klage beim Handelsgericht des Kantons Aargau einzureichen. Allerdings sei bis zum Ablauf der von der ausseramtlichen Konkursverwaltung angesetzten Frist zur gerichtlichen Geltendmachung der Ansprüche (30. April 2022) keine andere Klage als jene der Klägerin eingereicht worden (Replik Rz. II.2). Auch habe keine der anderen Abtretungsgläubigerinnen bei der ausseramtlichen Konkursverwaltung oder beim Konkursamt eine Verlängerung der Klagfrist beantragt (Replik Rz. II.3). Die anderen Gläubigerinnen seien folglich nicht prozesswillig. Eine Koordinationspflicht mit Abtretungsgläubigerinnen, welche von ihrem Recht zur Klage keinen Gebrauch machten, erübrige sich. Zudem führte eine Koordinationspflicht vor Einleitung des Klageverfahrens dazu, dass die klagewillige Abtretungsgläubigerin sich einer Abhängigkeit zu denjenigen Abtretungsgläubigerinnen aussetzen hätte, welche sich die Massansprüche nur pro forma hätten abtreten lassen (Replik, Rz. II.4).

E. 1.2.2

Darstellung der Beklagten Die Beklagte macht in ihrer beschränkten Klageantwort geltend, der Klägerin fehle es an der Prozessführungsbefugnis, um Verantwortlichkeitsansprüche der Masse der H._____ AG in Liquidation geltend zu machen. Die Klägerin führe selbst aus, dass die Ansprüche nicht nur ihr, sondern auch drei anderen Gläubigerinnen abgetreten worden seien (beschränkte Antwort Rz. 18). Die Abtretungsgläubigerinnen seien von der ausseramtlichen

- 9 - Konkursverwaltung explizit darauf hingewiesen worden, dass bei Abtretungen der gleichen Massrechte an mehrere Gläubiger diese in einem allfälligen Prozessverfahren als Streitgenossen aufzutreten hätten (beschränkte Klageantwort Rz. 19). Die drei anderen Gläubigerinnen hätten immer noch die Möglichkeit, Klage zu erheben. Es sei nichts von einem Widerruf der Abtretungen bekannt. Zudem sei ihnen die Frist zur gerichtlichen Geltendmachung allenfalls erstreckt worden. Es stehe somit nicht fest, dass die anderen Gläubigerinnen nicht mehr klagen könnten. Im Gegenteil: Nach den Angaben der Klägerin habe die L._____ Bank AG gegenüber der Klägerin explizit bestätigt, dass sie prozesswillig sei. Trotz der geringen Forderungen sei eine Klage auch bei den anderen Abtretungsgläubigerinnen nicht ausgeschlossen, könnten sie sich doch aus dem Erlös vorab befriedigen (beschränkte Klageantwort Rz. 22). Unter diesen Umständen dürfe das Gericht auf die Klage nicht eintreten. Es sei der Beklagten nicht zuzumuten, sich auf den Prozess einer einzelnen Abtretungsgläubigerin einzulassen, zumal die Klägerin lediglich eine Teilklage erhebe (beschränkte Klageantwort Rz. 23 f.).

E. 1.2.3

Rechtliches Jeder Gläubiger ist berechtigt, die Abtretung derjenigen Rechtsansprüche der Masse zu verlangen, auf deren Geltendmachung die Gesamtheit der Gläubiger verzichtet (Art. 260 Abs. 1 SchKG). Das Ergebnis dient nach Abzug der Kosten zur Deckung der Forderungen derjenigen Gläubiger, an welche die Abtretung stattgefunden hat, nach dem unter ihnen bestehenden Range. Der Überschuss ist an die Masse abzuliefern (Art. 260 Abs. 2 SchKG). Verzichtet die Gesamtheit der Gläubiger auf die Geltendmachung und verlangt auch kein Gläubiger die Abtretung, so können solche Ansprüche nach Art. 256 SchKG verwertet werden (Art. 260 Abs. 3 SchKG). Bei der "Abtretung" nach Art. 260 SchKG handelt es sich nicht um eine Abtretung im zivilrechtlichen Sinne (d.h. eine Zession i.S.v. Art. 164 ff. OR), sondern vielmehr um ein betreibungs- und prozessrechtliches Institut sui generis, mit dem die Prozessführungsbefugnis übertragen wird, prozessrechtlich eine Art der Prozessstandschaft.³ Die Abtretungsgläubiger handeln zwar im Prozess in eigenem Namen, auf eigene Rechnung und auf eigenes Risiko, werden durch die Abtretung indes nicht Träger des abgetretenen Anspruchs, sondern erwerben bloss das Recht, dieses geltend zu machen, respektive das Prozessführungsrecht.⁴ Die Konkursmasse beziehungsweise die konkursite Gesellschaft ist aber nicht Prozesspartei. Die Abtretungsgläubiger können Leistung direkt an sie selbst verlangen.⁵ Unter

E. 1.2.4

Beurteilung

E. 1.2.4.1

Abtretung von Ansprüchen gegen die C._____ AG (nicht gegen die C._____ AG Q._____) Laut der von der Klägerin eingereichten Abtretungsverfügung vom 22. April 2021 trat die ausseramtliche Konkursverwaltung Verantwortlichkeitsansprüche (unter anderem)

betreffend die C._____ AG ab (KB 3). Es handelt

E. 1.2.4.2

Verzicht der übrigen Gläubigerinnen auf eine Klage Die Klägerin macht Schwierigkeiten betreffend die Koordination mit den an- deren Gläubigerinnen geltend. Entgegen der Auffassung der Klägerin ist es jedoch nicht Aufgabe des Handelsgerichts, in diesem Fall für eine genü- gende Koordination zu sorgen (einmal davon abgesehen, dass es von ver- schiedenen Gläubigerinnen eingereichte Klagen gestützt auf Art. 125 lit. c ZPO in einem Verfahren zu vereinigen hat). Sollte eine Koordination unter den Gläubigerinnen nicht gelingen, hat vielmehr die Konkursverwaltung auf Antrag einer Gläubigerin die für die Koordination notwendigen Weisungen zu erteilen bzw. gegenüber einzelnen Abtretungsgläubigerinnen – die ein koordiniertes Vorgehen torpedieren oder sonst verunmöglichen – die Ab- tretung zu widerrufen. Vorliegend ist die Klägerin hinsichtlich der M._____ AG sowie der N._____ AG ohne Weiteres davon ausgegangen, diese würden aufgrund der Ge- ringfügigkeit ihrer kollektierten Forderungen keine Klage einreichen. Mit der L._____ Bank AG nahm sie Kontakt auf (KB 4), worauf deren Vertreter ihr mitteilte, dass die L._____ Bank AG ebenfalls prozesswillig sei (KB 5). Ein weiteres Schreiben betreffend Koordination der Klagen beantwortete die L._____ Bank AG aber nicht mehr (KB 6), worauf die Klägerin die L._____ Bank AG nicht mehr kontaktierte. Damit ist an sich nicht bewiesen, dass die anderen drei Abtretungsgläubigerinnen keine Klage einreichen werden. Auch wenn die Höhe der Forderungen der M._____ AG und der N._____ AG nahelegen, dass diese Gläubigerinnen nicht klagen werden, hätte die Klägerin sie auch kontaktieren müssen. Betreffend die mangelnde Koope- ration der L._____ Bank AG hätte sich die Klägerin an die ausseramtliche Konkursverwaltung wenden müssen, welche auf ihren Antrag hin die not- wendigen Weisungen betreffend Koordination hätte erteilen können. Da die Klägerin im vorliegenden Prozess weder Verzichtserklärungen der anderen drei Gläubigerinnen vorlegen kann, noch diesen gegenüber die Abtretung von der Konkursverwaltung widerrufen wurde, könnten die anderen drei Gläubigerinnen nach wie vor Klage anheben. Die Tatsache, dass die von

- 13 - der ausseramtlichen Konkursverwaltung angesetzte Klagefrist (30. April 2022; KB 3) abgelaufen ist, steht dem nicht entgegen. Das Bundesgericht liess als Nachweis dafür, dass die übrigen Gläubiger nicht prozesswillig sind, allerdings genügen, dass bis zum Ablauf der Kla- gefrist von diesen keine Klage angehoben wurde.²⁰ Vorliegend gingen je- denfalls beim Handelsgericht des Kantons Aargau keine Klagen von ande- ren Gläubigerinnen ein. Ebenfalls macht die Beklagte nicht geltend, sie sei vor einem anderen Gericht durch eine oder mehrere der anderen drei Ab- tretungsgläubigerinnen eingeklagt worden. Weiter macht die Beklagte nicht konkret geltend, den drei anderen Gläubigerinnen sei die Frist zur gericht- lichen Geltendmachung erstreckt worden. Jedenfalls wäre eine solche Er- streckung der Klägerin bekannt, hätte die Klagefrist in diesem Fall doch auch ihr erstreckt werden müssen. Die Klägerin versicherte hingegen, die Klagefrist sei nicht erstreckt worden. Ob der Ablauf der Klagefrist vorlie- gend als genügender Nachweis für die Prozessunwilligkeit der übrigen Ab- tretungsgläubigerinnen genügt, kann angesichts der nachfolgenden Erwä- gungen indessen ohnehin offenbleiben. 2. Verhandlungsmaxime Das vorliegende Verfahren unterliegt der Verhandlungsmaxime gemäss Art. 55 Abs. 1 ZPO.

E. 2

August 1994 (Publikation im SHAB) bis zum 8. Oktober 2015 (Publikation im SHAB) ihre Revisionsstelle. Anschliessend hatte die I. _____ AG das Revisionsmandat inne. Die H. _____ AG unterstand der eingeschränkten Revision (Klage Rz. II.4.1).

E. 2.1

Behauptungslast Gemäss Art. 55 Abs. 1 ZPO haben die Parteien dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben. Den Prozessparteien obliegt die Behauptungslast.²¹ Die Aufteilung der Behauptungslast zwischen den Parteien folgt der Beweislastverteilung nach Art. 8 ZGB.²² Somit trägt die Behauptungslast für rechtserzeugende Tatsachen, wer ein Recht oder Rechtsverhältnis behauptet; für rechtsaufhebende Tatsachen, wer die Aufhebung oder den Untergang eines Rechts behauptet (z.B. Verwirkung, Erlass etc.) und für rechtshindernde Tatsachen, wer sich darauf beruft (z.B. Verjährung, Stundung etc.).²³ Dementsprechend hat etwa das Bestehen einer vertraglichen Verpflichtung zu behaupten, wer einen vertraglichen Anspruch erhebt.²⁴ Eine Tatsachenbehauptung hat nicht alle Einzelheiten zu enthalten; es genügt, wenn die Tatsachen, die unter die das Begehren stützenden rechtlichen Normen zu subsumieren sind, in einer den Gewohnheiten des Lebens

E. 2.2

Bestreitungslast Die Kehrseite der Behauptungslast ist die sog. Bestreitungslast: Bestreitet eine Partei eine Tatsachenbehauptung ihres Gegners nicht, gilt diese als unbestritten und die betreffende Tatsache kann dem Entscheid ohne weiteres zugrunde gelegt werden, da über nicht bestrittene Tatsachen kein Beweis geführt zu werden braucht (vgl. Art. 150 Abs. 1 ZPO).³⁷ Art. 222 Abs. 2 ZPO verlangt von der beklagten Partei, darzulegen, welche Tatsachenbehauptungen der klagenden Partei im Einzelnen anerkannt oder bestritten werden. Es ist deshalb empfehlenswert, die Tatsachenbehauptungen der Klägerin detailliert, d.h. Punkt für Punkt zu bestreiten.³⁸ Bestreitungen sind dabei so konkret zu halten, dass sich bestimmen lässt, welche einzelnen Behauptungen damit bestritten werden; die Bestreitung muss ihrem Zweck entsprechend so bestimmt sein, dass die Gegenpartei weiss, welche einzelne Tatsachenbehauptung sie beweisen muss. Pauschale Bestreitungen reichen indessen selbst dann nicht aus, wenn sie explizit erfolgen. Erforderlich ist eine klare Äusserung, dass der Wahrheitsgehalt einer bestimmten gegnerischen Behauptung infrage gestellt wird.³⁹ Auch ein implizites Bestreiten genügt unter diesen Voraussetzungen den Anforderungen der rechtsgenügenden Bestreitung.⁴⁰

E. 2.3

Substantiierungslast Bestreitet aber der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei in rechtsgenügender Weise, so greift eine

E. 2.4

Bezeichnung der Beweismittel Die Parteien haben im Rahmen der Verhandlungsmaxime die einzelnen Beweismittel zu bezeichnen (vgl. Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO, wonach die Klage die Tatsachenbehauptungen sowie die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen zu enthalten hat). Dazu gehört auch, dass aus dem Zusammenhang klar wird, inwiefern die angerufenen Beweismittel den angestrebten Beweis erbringen sollen. Es genügt nicht, in der Klage Behauptungen aufzustellen und pauschal auf die Klagebeilagen zu verweisen.⁴⁴ Ein Beweismittel ist nur dann formgerecht angeboten, wenn sich die Beweisofferte eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lässt und umgekehrt.⁴⁵ Deshalb sind die einzelnen

Beweisofferten unmittelbar im Anschluss an die entsprechenden Tatsachenbehauptungen aufzuführen, welche durch sie bewiesen werden sollen ("Prinzip der sog. Beweismittelverbindung").⁴⁶ Es ist hingegen unzureichend, einen ganzen Sachverhaltskomplex zu behaupten und lediglich pauschal auf eine Vielzahl von Urkunden oder eine Anzahl Zeugen zu verweisen.⁴⁷ Bei umfangreichen Urkunden ist zudem die für die Beweisführung erhebliche Stelle zu bezeichnen (Art. 180 Abs. 2 ZPO).⁴⁸

E. 2.5

Aktenschluss und Noven In welchem Prozessstadium die Parteien Tatsachen zu behaupten und zu bestreiten sowie ihre Beweismittel einzureichen haben, ergibt sich aus

E. 2.6

Beurteilung Die Klägerin hat im Rahmen ihres Schlussvortrags zahlreiche neue Tatsachen vorgetragen und Beweisanträge gestellt. Insbesondere hat sie einleitend ausführliche Bemerkungen zum "Rahmengeschehen" des im vorliegenden Verfahren zu diskutierenden Konkurses der H.____ AG gemacht. Die Beklagte beanstandete dieses Vorgehen zu Recht. In der Tat hätte die Klägerin diese Tatsachen und Beweisanträge – bei welchen es sich unbestritten um keine Noven handelt – in ihren Schriftsätzen vor Eintritt des Aktenschlusses in den Prozess einbringen müssen. Die entsprechenden Vorbringen der Klägerin können daher nicht berücksichtigt werden. Nicht berücksichtigt werden können auch die von der Klägerin im Rahmen des Schlussvortrages in Entgegnung auf die Duplik der Beklagten vorgebrachten neuen Tatsachenbehauptungen und Beweisofferten. Die Beklagte unterliess es, darzulegen, inwieweit sie erst aufgrund der Duplik veranlasst war, diese Noven und Beweisofferten in den Prozess einzubringen.

3. Verantwortlichkeit der Revisionsstelle

E. 2.7

Im Konkursverfahren der H.____ AG in Liquidation wurden die Klägerin (mit Fr. 3'609'586.15 [nachrangig], Fr. 124'416.00 und Fr. 130'286.40), die L.____ Bank AG (mit Fr. 2'204'313.61), die M.____ AG (mit Fr. 90.20) und die N.____ AG (mit Fr. 70.50) als Gläubigerinnen kollektiv (Klage Rz. I.4 f.; Antwort Rz. 43; KB 3). Die ausseramtliche Konkursverwaltung der H.____ AG in Liquidation, die O.____ AG, trat diesen Gläubigerinnen am 22. April 2021 i.S.v. Art. 260 SchKG die Verantwortlichkeitsansprüche gegen die C.____ AG und die I.____ AG ab und setzte ihnen eine Frist zur gerichtlichen Geltendmachung der Ansprüche bis zum 30. April 2022. Gleichzeitig wurden die Gläubigerinnen darauf hingewiesen, dass sie in einem allfälligen Prozess als Streitgenossinnen aufzutreten hätten (Klage Rz. I.4; beschränkte Klageantwort Rz. 18 ff.; KB 3).

E. 2.8

Die Beklagte verzichtete am 16. Juli 2021 auf die Einrede der Verjährung bis zum 30. April 2022 im Zusammenhang mit den Ansprüchen der Klägerin gemäss Abtretungserklärung der O.____ AG vom 22. April 2021, soweit die Verjährung nicht bereits eingetreten ist (Klage Rz. I.8; KB 7).

E. 3

BGE 146 III 441 E. 2.5.1; 145 III 101 E. 4.1.1; 144 III 552 E. 4.1.1; 109 III 27 E. 1a; BSK SchKG- BACHOFNER (Fn. 1), Art. 260 N. 1 m.w.N.

E. 3.1

Einleitung Alle mit der Prüfung der Jahres- und Konzernrechnung, der Gründung, der Kapitalerhöhung oder Kapitalherabsetzung befassten Personen sind sowohl der Gesellschaft als auch den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen (Art. 755 Abs. 1 OR). Die vier Voraussetzungen für eine Haftung sind demnach (1) Schaden, (2) Pflichtverletzung, (3) Verschulden sowie (4) (natürlicher und adäquater) Kausalzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden.⁵³

E. 3.2

Pflichtverletzung 3.2.1. Rechtliches 3.2.1.1. Intertemporal-rechtliche Vorbemerkung Die für die Beurteilung des vorliegenden Streitfalls massgebenden Bestimmungen (insbesondere betreffend Pflichten der Organe im Falle einer Überschuldung) wurden im Rahmen der per 1. Januar 2023 in Kraft getretenen Aktienrechtsrevision teilweise geändert. Da sich die Umstände, die 52 BGE 146 III E. 2.5.2. 53 Vgl. BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl. 2022, § 16 N. 84 und N. 195 ff., N. 242 ff., N. 344 ff. und N. 358 ff.

- 19 - Gegenstand der vorliegend zu beurteilenden Klage bilden, noch unter altem Recht abgespielt haben, ist vorliegend das vormalige Aktienrecht anwendbar (Art. 1 Abs. 1 der Übergangsbestimmungen des Bundesgesetzes vom 19. Juni 2020 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 und 2 SchlT ZGB). 3.2.1.2. Pflichten bei einer Überschuldung Wenn begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht, muss eine Zwischenbilanz erstellt und diese einem zugelassenen Revisor zur Prüfung vorgelegt werden. Ergibt sich aus der Zwischenbilanz, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungswerten noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind, so hat der Verwaltungsrat das Gericht zu benachrichtigen, sofern nicht Gesellschaftsgläubiger im Ausmass dieser Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten (Art. 725 Abs. 2 aOR; zum neuen Recht vgl. nunmehr Art. 725b OR). Ist die Gesellschaft offensichtlich überschuldet und unterlässt der Verwaltungsrat die Anzeige, so benachrichtigt die Revisionsstelle das Gericht (Art. 728c Abs. 3 [bei ordentlicher Revision] bzw. Art. 729c OR [bei eingeschränkter Revision]⁵⁴). Eine offensichtliche Überschuldung liegt dann vor, wenn jeder verständige Mensch ohne weitere Abklärungen sofort sieht, dass die Aktiven die Schulden und notwendigen Rückstellungen nicht zu decken vermögen und wenn die eventuell vorhandenen Rangrücktritte nicht gültig oder zu kurz befristet sind oder im Ausmass nicht ausreichen. "Offensichtlich" meint jedoch nicht, dass eine besonders grosse Überschuldung vorliegen müsste. In der Praxis ist häufig streitig, ob wegen mangelnder Liquidität überhaupt noch zu Fortführungswerten bilanziert werden kann. Eine Umstellung auf Veräusserungswerte führt oft zu einer Überschuldung.⁵⁵ Zu berücksichtigen ist im Weiteren, dass der Revisionsstelle bei einer lediglich eingeschränkten Revision viel weniger Informationen zur Verfügung stehen als bei einer ordentlichen Revision. Nach Art. 729a Abs. 2 OR beschränkt sich die eingeschränkte Prüfung nämlich auf Befragungen, analytische Prüfungshandlungen und angemessene Detailprüfungen, was eine sehr kurze und (bewusst gewollte) summarische Prüfung zur Folge hat. Angesichts dessen stellt sich die Frage, inwieweit die Revisionsstelle überhaupt in der Lage ist, eine offensichtliche Überschuldung festzustellen, zumal bereits im Rahmen der ordentlichen Revisionspflicht Probleme im Zusammenhang mit der Feststellung der offensichtlichen Überschuldung bestehen.⁵⁶ Der Revisionsstelle wird man nur dann eine Verletzung ihrer Anzeigepflicht vorwerfen können, wenn sie eine offensichtliche Überschuldung nicht festgestellt hat, diese

aber unter Berücksichtigung ihres beschränkten Prüfungsauftrages 54 Sowohl 725b wie auch Art. 725c OR wurden mit der Revision nicht geändert. 55 BSK OR II-WATTER/MAIZAR, 5. Aufl. 2016, Art. 728c N. 34; vgl. auch CAMPONOVO, Wann ist die offensichtliche Überschuldung offensichtlich, Schweizer Treuhänder 8/2005 S. 544. 56 BSK OR II-WATTER/MAIZAR (Fn. 55), Art. 729 N. 10.

- 20 - und der stark reduzierten Informationslage hätte feststellen müssen. Dementsprechend ist es durchaus denkbar, dass eine eingeschränkt prüfende Revisionsstelle eine offensichtliche Überschuldung nicht feststellt, obwohl eine ordentlich prüfende Revisionsstelle zum gegenteiligen Schluss kommen würde.⁵⁷

E. 3.2.2

Bedarf nach weiteren Rückstellungen aufgrund der Betriebsdatenerfassung

E. 3.2.2.1

Darstellung der Klägerin Die Klägerin macht in Klage Rz. II.4.2.3.2. unter Bezugnahme auf die Betriebsdatenerfassung für die Projekte 11-016, 11-017 und 11-018 (Beilage 6 zu KB 11) sowie die Daten der entsprechenden Projekte aus der Aufstellung der angefangenen Arbeiten per 31. Dezember 2014 (Beilage 7 zu KB 11) geltend, es hätten zwingend weitere Rückstellungen im Betrag von rund Fr. 1.3 Millionen gebildet werden müssen. Da damals nur Eigenkapital im Betrag von rund Fr. 0.6 Millionen vorhanden gewesen sei,⁵⁸ habe entsprechend bereits Ende 2014 eine Überschuldung im Umfang von rund Fr. 0.7 Millionen vorgelegen (Klage Rz. II.4.2.4). Die Klägerin bezieht sich bezüglich der weiteren notwendigen Rückstellungen auf die nachfolgend abgebildete Tabelle (in welcher sie die relevanten Daten aus der Betriebsdatenerfassung sowie der Aufstellung der angefangenen Arbeiten per 31. Dezember 2014 zusammenfasste [Klage S. 14 oben]): Sie liest aus der Tabelle, dass für diese Projekte im Jahr 2014 insgesamt ein Verlust von Fr. 3'169'958.00 (Spalte 4) erwartet worden sei (werkvertraglich geschuldete Summe von total Fr. 16'872'743.00 [Spalte 2] abzüglich insgesamt erwarteter Kosten von Fr. 19'770'811.00 [Spalte 3]). Im Abschluss seien jedoch lediglich die bereits realisierten Verluste von Fr. 1'877'634.00 (Spalte 9) berücksichtigt worden, welche wie folgt zu berechnen seien: Fakturierte Leistungen von Fr. 6'599'096.00 (Spalte 5) plus angefangene Arbeiten von Fr. 1'456'382.00 (Spalte 6)⁵⁹ ergeben das Total der Erträge in Höhe von Fr. 8'055'478.00 (Spalte 7)⁶⁰, von welchen dann die Kosten (Fr. 9'711'650.00) abzuziehen sind (Spalte 8). 57 BSK OR II-WATTER/MAIZAR (Fn. 55), Art. 729 N. 11. 58 Die Beklagte dürfte sich auf Beilage 4 zu KB 11 – der ein Eigenkapital von Fr. 551'252.70 entnommen werden kann – beziehen, obwohl an entsprechender Stelle nicht auf diese Urkunde verwiesen wird. 59 Tatsächlich ergibt der Zusammenzug der Beträge in Spalte 6 allerdings ein Total von Fr. 1'456'381. 60 Tatsächlich beträgt das Total in Spalte 7 allerdings Fr. 8'055'477.

- 21 -

E. 3.2.2.2

Darstellung der Beklagten Die Beklagte erklärt, ihr sei das Projekt AD bekannt gewesen und sie habe diesem die erforderliche Beachtung geschenkt. Der Status per 31. Dezember 2014 sei aufgrund der damaligen Informationen und nach bestem Wissen und Gewissen erstellt worden. Insbesondere sei die Geschäftsleitung damals davon ausgegangen, der zweite Teil des Teilauftrages AD könne kostendeckend bewerkstelligt werden, sodass 2015 keine Verluste mehr anfielen (Antwort Rz. 35). Sowohl der damalige

Verwaltungsratspräsident J. _____ wie auch der Geschäftsführer AB. _____ seien im Januar 2015 explizit der Ansicht gewesen, dass der Auftrag AD "mit dem Verlust im Abschluss 2014 als Worst-Case-Szenarium" abgebildet sei (Antwort Rz. 36; AB 5). Hinsichtlich einer im Dezember 2014 von der H. _____ AG verschickten Nachtragsrechnung über Fr. 1'253'063 exkl. MwSt. (AB 6) habe die Beklagte – gegen erheblichen Widerstand seitens des Verwaltungsrates – sodann mit Unterstützung der für die Buchhaltung zuständigen AC. _____ AG eine Rückstellung in Höhe von Fr. 1.2 Millionen durchgesetzt (verbucht als Delkredere; Antwort Rz. 37) Überdies habe die Beklagte sich nicht nur auf die Ausführungen und Abklärungen der Gesellschaft beschränkt, sondern einen Bericht des direkt involvierten Personals (Baustellenleiter AD. _____ und Bauingenieur AE. _____) eingeholt (Antwort Rz. 38; AB 7). Dieser Bericht enthalte einen Rückblick auf das Jahr 2014 sowie einen Ausblick auf den künftigen Verlauf. Es werde festgehalten, dass umfangreiche Massnahmen getroffen worden seien, um Qualität und Leistung künftig zu steigern und die Gesellschaft aus den gewonnenen Erfahrungen nun wisse, wie ein solches Projekt angepackt und erfolgreich zu Ende geführt werden könne (Antwort Rz. 39). Diese Ausführungen seien plausibel gewesen und stammten von den Personen, welche aufgrund ihrer Stellung die nötige Kompetenz ausgewiesen hätten. Die Beklagte habe folglich von deren Richtigkeit ausgehen können (Antwort Rz. 40).

E. 3.2.2.3

Beurteilung Es ist unverständlich, weshalb in der Tabelle der Klägerin auch das Teilprojekt 11-015 abgebildet ist, die dieses Projekt betreffenden Zahlen aber nur selektiv nachgetragen bzw. in der Berechnung berücksichtigt worden sind. So erklärt die Klägerin nicht, weshalb sie dieses Teilprojekt bei der Ermittlung der Vertragssummen (Spalte 2) sowie der insgesamt erwarteten Kosten (Spalte 3) berücksichtigt, dann aber nicht bei der Ermittlung des Verlustes (Spalte 4). Würde das Teilprojekt 11-015 auch dort miteinbezogen, wäre dafür ein zu erwartender Gewinn von Fr. 271'890 (Fr. 1'613'914 [Spalte 2] – Fr. 1'342'024 [Spalte 3]) einzusetzen und das Total der voraussichtlichen Verluste (Spalte 4) würde sich um diesen Betrag auf Fr. 2'898'068 verringern. Auch bei der Ermittlung der bereits angefallenen Verluste wird das Teilprojekt 11-015 lediglich selektiv miteinberechnet. So wird es zwar zur Ermittlung der Gesamterträge (Spalten 5-7) und bei den

- 22 - bereits angefallenen Kosten (Spalte 8) einbezogen, nicht aber, um die gesamten bereits verbuchten Verluste (Spalte 9) zu berechnen. Berücksichtigt man das Teilprojekt 11-015 auch in Spalte 9, wird der Verlust von Fr. 1'877'634 (richtig: Fr. 1'877'635) um Fr. 221'462 (Fr. 1'318'226 – Fr. 1'096'764) auf Fr. 1'656'173 vermindert. Entsprechend wären – nach der Logik der Klägerin – leicht weniger hohe zusätzliche Rückstellungen von Fr. 1'241'895 (Fr. 2'898'068 – Fr. 1'656'173) zu bilden gewesen (also Fr. 50'429 weniger). Die Differenz ist nicht gross, aber auch nicht unerheblich. Entscheidender ist aber, dass unbestritten ist, dass im Jahresabschluss 2014 eine Nachtragsrechnung vom 16. Dezember 2014 (AB 6) im Teilprojekt 11-017 im Betrag von Fr. 1'253'063 exkl. MwSt. über das Delkredere im Umfang von Fr. 1'200'000 (Betrag ebenfalls exkl. MwSt., vgl. die Berechnung in Antwort Rz. 70 ff., wo stets ohne MwSt. gerechnet wurde) wieder ausgerechnet wurde (Antwort Rz. 72 f.; Replik Rz. III.17). In der obigen Tabelle in Spalte 5 beim Teilprojekt 11-017 versteht sich der Betrag von Fr. 3'415'273 inklusive die gesamte Nachtragsrechnung (d.h. ohne Berücksichtigung des Delkredere; so die Berechnung in Antwort Rz. 70). Die Fr. 3'415'273 (ebenfalls exkl. MwSt., vgl. Beilage 7 zu KB 11) sind

folglich rechnerisch um Fr. 1'200'000 auf Fr. 2'215'273 zu korrigieren. Somit beträgt der Ertrag des Teilprojekts 11-017 neu total Fr. 3'670'486 (Fr. 2'215'273 + Fr. 1'455'213) und der bereits verbuchte Verlust beläuft sich abzüglich der Kosten von Fr. 6'550'804 auf Fr. 2'880'318. Über alle Projekte ergeben sich somit bereits verbuchte Verluste von Fr. -2'856'173 (Fr. 221'462 – Fr. 56'948 – Fr. 2'880'318 – Fr. 140'369). Da sich an der werkvertraglich vereinbarten Vertragssumme im Teilprojekt 11-017 (Fr. 6'314'749) durch eine Nachtragsrechnung nichts ändert, bleiben die Zahlen in den Spalten "Stand Ende 2014" (Spalten 2-4) gleich. Dass die Nachtragsrechnung in dieser Spalte nicht berücksichtigt wurde, ergibt sich im Weiteren auch daraus, dass die Geschäftsleitung anlässlich des Bankengesprächs X._____ vom 19. Februar 2015 erklärte (Antwort Rz. 36; AB 5), dass es sich bei dem im Abschluss 2014 abgebildeten Verlust im Projekt AD um das Worst-Case-Szenario handle. Die nun folgenden Arbeiten würden mit berechtigten Mehrforderungen (angemeldet und in Verhandlung) ausgeführt (oder nicht ausgeführt). Das Projekt könne entsprechend voraussichtlich mit einem kleinen Gewinn abgeschlossen werden (AB 5). Diese Ausführungen würden keinen Sinn ergeben, wenn bei den Zahlen "Stand Ende 2014" die Nachtragsforderung bereits berücksichtigt wäre, weist doch das Gesamtprojekt gemäss Tabelle einen massiven Verlust aus und nicht – wie von der Geschäftsleitung damals behauptet – einen kleinen Gewinn. Das Projekt weist zwar auch unter Berücksichtigung der Nachtragsforderung noch einen Verlust aus. Diese Nachtragsforderung bezieht sich aber

- 23 - nur auf das Teilprojekt 11-017. Gemäss Darstellung anlässlich des Bankengesprächs hätten aber mehrere Nachtragsforderungen gestellt werden sollen (AB 5 S. 2). Überdies behauptet auch die Klägerin nicht, die Nachtragsrechnung sei in den Zahlen "Stand Ende 2014" bereits berücksichtigt worden (vgl. Replik Rz. III.17 ff. sowie Klage Rz. II.5, wo die Fr. 16.9 Millionen [genau: Fr. 16'872'743] als Vertragssumme bezeichnet werden, was nicht darauf schliessen lässt, dass Nachtragsforderungen bereits berücksichtigt wurden). Es ergibt sich somit die nachfolgende korrigierte Tabelle: Δ Leistung / Teilprojekt Stand Ende 2014 Verbuchte Leistungen Erträge Kosten Kosten Vertrag Erwartet Verlust Fakturiert Angef. Arb. Total 11-015 1'613'914 1'342'024 271'890 1'291'247 26'979 1'318'226 1'096'764 221'462 11-016 7'002'437 7'794'102 -791'665 603'835 -99'871 503'964 560'912 -56'948 11-017 6'314'749 8'493'060 -2'178'311 2'215'273 1'455'213 3'670'486 6'550'804 -2'880'318 11-018 1'941'643 2'141'625 -199'982 1'288'741 74'060 1'362'801 1'503'170 -140'369 Total Aufträge 16'872'743 19'770'811 -2'898'068 5'399'096 1'456'381 6'855'477 9'711'650 -2'856'173 rot = korrigierte Zahlen Damit vermindert sich der Bedarf für zusätzliche Rückstellungen auf Fr. 41'895 (Fr. 2'898'068 – Fr. 2'856'173). erwarteter Verlust 2'898'068 bereits verbuchter Verlust -2'856'173 zusätzliche Rückstellungen 41'895 Nach der von der Klägerin propagierten Berechnung war die Gesellschaft angesichts eines Eigenkapitals von Fr. 551'252.70 per Ende 2014 folglich nicht überschuldet. Auf die weiteren Einwendungen der Beklagten gegen diese Berechnungsweise braucht folglich nicht mehr eingegangen zu werden.

E. 3.2.3

Bedarf nach weiteren Rückstellungen aufgrund zu positiver Einschätzung des Kostenverlaufs

E. 3.2.3.1

Darstellung der Klägerin Die Klägerin macht weiter geltend, die per Ende 2014 erwarteten Kosten seien überdies viel zu tief eingeschätzt worden. Wie der weitere Verlauf gezeigt habe, seien insgesamt Kosten von rund Fr. 28.4 Millionen (Kosten bei Konkurseröffnung sowie während des Konkursverfahrens geltend gemachte Fertigstellungskosten) angefallen, mithin also rund Fr. 8.6 Millionen mehr als per Ende 2014 erwartet (Klage Rz. II.4.2.3):

- 24 - Wenn die Beklagte die Zahlen der H._____ AG (unter anderem bezüglich Arbeitsfortschritt) kritisch hinterfragt hätte, hätte sie weitergehender Rückstellungsbedarf für Verluste erkennen müssen (Klage Rz. II.4.2.3.2 und 4.2.4). Die Kosten seien während des gesamten Projekts mehr oder weniger parallel zum Fertigstellungsgrad angefallen. Das Projekt habe Ende 2014 einen Fertigstellungsgrad von 34.5% ausgewiesen, es seien aber schon Kosten von Fr. 8.05 Millionen angefallen, also die Hälfte der Vertragssumme von Fr. 16.9 Millionen. Man habe mit der Vertragssumme also lediglich 70% des Projekts realisieren können und es sei somit ein Verlust von 30% bzw. von Fr. 5 Millionen zu erwarten gewesen (Klage Rz. II.5).

E. 3.2.3.2

Darstellung der Beklagten Die Beklagte ist demgegenüber der Ansicht, dass im Zeitpunkt der Revision gerade nicht habe vorausgesehen werden können, dass sich die Kosten weiterhin wie in der Vergangenheit weiterentwickeln würden (Antwort Rz. 90 ff.).

E. 3.2.3.3

Beurteilung In der Tat kann der Beklagten nicht zum Vorwurf gemacht werden, damals nicht erkannt zu haben, dass sich die Kosten zukünftig so wie in der Vergangenheit weiterentwickeln werden. Die Klägerin legt denn auch lediglich dar, dass es sich rückblickend so verhalten habe, nicht jedoch weshalb dies im Zeitpunkt der Revision schon hätte erkennbar sein sollen. Zudem kann von der Beklagten als Revisionsstelle kein Fachwissen hinsichtlich der in einem Metallbauprojekt auflaufenden Kosten erwartet werden. Von einer Revisionsstelle kann Sachverstand im Bereich Rechnungslegung erwartet werden. Hingegen ist sie nicht Fachspezialistin in der Branche, in welcher die revidierte Unternehmung tätig war (hier Metallbau). Diesbezüglich war sie daher auf akkurate Information der revidierten Unternehmung angewiesen. Von der H._____ AG erhielt sie die Auskunft, dass Massnahmen getroffen worden seien, damit der zweite Teil des Projekts mit einem kleinen Gewinn abgeschlossen werden könne (AB 5) und der abgebildete erwartete Verlust das Worst-Case-Szenario darstelle. Eine Pflichtverletzung der Beklagten wird von der Klägerin folglich weder dargelegt, noch ist eine solche erkennbar.

- 25 -

E. 3.2.4

Sanierungskonzept / Überschuldungsanzeige

E. 3.2.4.1

Darstellung der Klägerin Die Klägerin behauptet, die Beklagte sei nicht nur Revisionsstelle gewesen. Sie sei auch federführend bei der Sanierung der H._____ AG gewesen. Sie habe das Sanierungskonzept vom 11. März 2015 erarbeitet. In diesem werde auf S. 4 festgehalten, dass die Umsetzungsschritte des Sanierungskonzepts miteinander verkettet seien, und falls diese nicht vollzogen würden, das Kartenhaus zusammenfalle. Die

Beklagte habe daher gewusst, dass die H._____ AG eigentlich die Bilanz hinterlegen müsste (Klage Rz. II.7).

E. 3.2.4.2

Darstellung der Beklagten Die Beklagte bestreitet, federführend bei der Sanierung gewesen zu sein. Im Weiteren habe sich die Finanzlage kurz nach Abgabe des Revisionsberichts weiter verschlechtert. Insbesondere habe sich gezeigt, dass der Liquiditätsbedarf der Gesellschaft bedeutend höher sei. So habe die AF._____ AG (Auftraggeberin im Projekt AD) ihre Werklohnzahlungen immer mehr verzögert. Der Fokus bei der Sanierung habe auf der Beschaffung von Liquidität gelegen. Die einzelnen Schritte des Sanierungskonzepts seien voneinander abhängig gewesen. Bei Nichtvollzug eines Schritts wären die anderen hinfällig geworden (Antwort Rz. 95 ff.).

E. 3.2.4.3

Beurteilung Aus dem Sanierungskonzept vom 11. März 2015 (KB 16) geht hervor, dass die H._____ AG im damaligen Zeitpunkt einen dringenden Liquiditätsbedarf von Fr. 1.5 Millionen (davon Fr. 0.5 Millionen innert weniger Tage) hatte. Die Tatsache, dass die H._____ AG sich damals in einem Liquiditätsengpass befunden hat, bedeutet nicht (zwingend), dass sie auch überschuldet war und die Bilanz i.S.v. Art. 725 Abs. 2 aOR hätte hinterlegen müssen. Im Fokus stand offenbar vielmehr die Abwendung eines Konkurses aus anderen Gründen (etwa zufolge Einstellung der Zahlungen gemäss Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG oder zufolge ordentlicher Konkursbetreibung gemäss Art. 159 ff. OR). Was die Ausdrucksweise angeht, das Kartenhaus falle zusammen, ist auf den genauen Wortlaut im Sanierungskonzept (KB 16, S. 4) zu verweisen: "Die obigen Schritte sind verkettet. Falls ein Schritt nicht vollzogen werden kann, 'fällt das Kartenhaus zusammen'." Demgemäss wird im Sanierungskonzept lediglich zum Ausdruck gebracht, dass die einzelnen Sanierungsschritte sich gegenseitig bedingen. Entgegen der Klägerin kann aus dem Sanierungskonzept somit nicht abgeleitet werden, dass der Revisionsstelle damals bewusst gewesen wäre, dass die H._____ AG überschuldet war.

E. 3.2.5

Abklärungen von CEO AB._____

E. 3.2.5.1

Darstellung der Klägerin Die Klägerin trägt vor, im Verlauf des Jahres 2015 sei dann auch vom CEO der H._____ AG (AB._____) festgestellt worden, dass der Jahresabschluss - 26 - 2014 falsch sei und insbesondere die angefangenen Arbeiten zu hoch bewertet worden seien. AB._____ habe den Verwaltungsrat entsprechend informiert (KB 21). Man habe sich daher geweigert, die ausstehende Honorarforderung der Beklagten zu begleichen, was der Beklagten mit Schreiben vom 23. Juli 2015 (KB 22) mitgeteilt worden sei. Gemäss Berechnungen des CEO der H._____ AG, welche er in einer Aktennotiz vom 2. Juni 2015 (KB 23) zusammengefasst habe, habe zwischen den bilanzierten Arbeiten für 2013 einerseits und dem effektiven Wert dieser Arbeiten eine Differenz von Fr. 1'387'702.00 bestanden. Für 2014 habe das Delta sogar Fr. 3'184'803.00 betragen. Diese Aktennotiz habe einerseits auf den angefangenen Arbeiten gemäss den Abschlüssen 2013 und 2014 sowie andererseits der Überprüfung dieser Bewertungen für die Arbeiten 2013 im Jahr 2014 und für die Arbeiten 2014 in der ersten Hälfte 2015 beruht. Im Jahresabschluss 2013 seien die angefangenen Arbeiten mit Fr. 2'088'000.00 bilanziert

worden. Dem stünden Vorauszahlungen von Kunden in Höhe von Fr. 2'513'000.00 (Konto-Nr. 2011) gegenüber. Diese Bilanzierung stütze sich auf die Betriebsdatenerfassung 2013 (KB 24). Obwohl 2013 bereits klar ersichtlich gewesen sei, dass der Auftrag AD schwer negativ ausfallen werde, seien die Grossaufträge 11-017 und 11-018 beispielsweise mit einer Gewinnmarge von Fr. 9.8% (11-017) oder gar 15% (11-018) bilanziert worden. Bei der Überprüfung der angefangenen Arbeiten im Juni 2015 habe AB. _____ diese Bewertung aufgrund der effektiven Ergebnisse überprüft und dabei einerseits grosse Differenzen zwischen der Bewertung und den effektiven Erlösen festgestellt (KB 25). Es habe sich eine Differenz von Fr. 1'387'702.00 ergeben. Es werde die Edition der Excel-Dateien (ge-meint: Betriebsdatenerfassung für das Jahr 2014 [Replik Rz. III.11]) bei AB. _____ sowie dessen Befragung als Zeuge beantragt. Neben der Überprüfung der Werte habe AB. _____ in allen Sparten auch bezüglich der angefangenen Arbeiten Unstimmigkeiten festgestellt. So seien Positionen in den angefangenen Arbeiten aufgeführt worden, für welche bereits Schlussrechnung gestellt worden sei. Für den Beweis dieser Unstimmigkeiten werde die Edition der Buchhaltungsunterlagen für 2013 bei der O. _____ AG bzw. beim Konkursamt S. _____ (recte: T. _____) beantragt. Die genau gleiche Überprüfung habe AB. _____ auch für das Jahr 2014 bei den angefangenen Arbeiten gemacht. Die angefangenen Arbeiten seien mit Fr. 3'162'000.00 bilanziert worden. Diesen angefangenen Arbeiten

- 27 - stünden Vorauszahlungen von nur Fr. 660'000.00 gegenüber (KB 15 [ge-meint wohl: Beilage 5 zu KB 11], Jahresrechnung 2014, Konto-Nr. 1080 und 2011). Das Vorgehen sei das Gleiche gewesen: Grundlage seien die angefangenen Arbeiten per 31. Dezember 2014 gewesen, wie sie aufgrund der Betriebsdatenerfassung (KB 26) in die Bilanz eingeflossen seien. Auch hier sei der Wert der angefangenen Arbeiten im Juni 2015 aufgrund der Abrechnungen und der Ergebnisse berücksichtigt worden. Der Auftrag (Teilprojekt) 11-017 sei im Jahresabschluss mit Fr. 1'455'213.00 bilanziert worden, resultiert habe aber ein negatives Ergebnis von Fr. 21'236.00, das als Vorauszahlung verbucht worden sei. Allein aus diesem Auftrag ergebe sich eine Differenz von Fr. 1'476'449.00. Ebenso gravierend sei der Auftrag (Teilprojekt) 11-018, der zwar nur mit Fr. 74'000.00 in die Rechnung eingeflossen sei, aber ein negatives Ergebnis in Höhe von Fr. 291'216.00 zur Folge gehabt habe, woraus sich allein aus diesem Auftrag eine Differenz von Fr. 365'276.00 ergebe. Im Weiteren seien wiederum unzählige Unstimmigkeiten bei der Bewertung der angefangenen Arbeiten festgestellt worden. Wäre die Beklagte ihren Prüfungspflichten nachgekommen, hätte sie die bilanzierten Arbeiten überprüfen müssen. Sie hätte niemals angefangene Arbeiten für AD im Wert von rund Fr. 1.5 Millionen genehmigen dürfen. Wären die angefangenen Arbeiten richtig berücksichtigt worden, so hätte sich 2013 anstatt eines Unternehmenserfolgs ein Unternehmensverlust von Fr. 1'240'412.43 ergeben (ausgewiesener Unternehmenserfolg von Fr. 147'289.57 abzüglich Überbewertung angefangener Arbeiten von Fr. 1'387'702.00). 2014 hätte sich ein Betriebsverlust von Fr. 4'638'397.64 (Betriebsverlust von Fr. 1'453'594.64 zuzüglich Überbewertung angefangener Arbeiten Fr. 3'184'803.00) ergeben. Indem es die Beklagte unterlassen habe, die angefangenen Arbeiten gesetzeskonform zu überprüfen, habe sie die Überschuldung der Gesellschaft nicht festgestellt (Klage Rz. II.4.2.5 und II.8 ff.).

E. 3.2.5.2

Darstellung der Beklagten Die Beklagte führte aus, es werde bestritten, dass der neue Verwaltungsrat der H. _____ AG im Juli 2015 darauf aufmerksam gemacht worden sei, dass

grosse Unregelmässigkeiten im Abschluss 2014 festgestellt worden

- 28 - seien. Die in der handschriftlichen Notiz von AB._____ dargestellten Zahlen (KB 23) seien nicht nachvollziehbar und würden in der Klage auch nicht hergeleitet. Die Zahlen würden bestritten. AB._____ habe sich im Sommer 2015 offenbar fast einen Monat lang einzig um die Aufarbeitung des Projekts AD gekümmert. Er sei aufgrund von Informationen, die im ersten Halbjahr 2015 neu dazugekommen seien, zu einer anderen Ansicht gelangt. Im Zeitraum Jahreswechsel 2014/2015 seien sowohl er wie auch die übrigen Gesellschafter noch anderer Ansicht gewesen. Damals habe er bestätigt, dass "der Auftrag AD (...) mit dem Verlust im Abschluss 2014 als Worst-Case-Szenarium abgebildet sei". Weiter habe er bestätigt, dass die "nun folgenden Arbeiten (...) mit berechtigten Mehrforderungen ausgeführt" und "voraussichtlich mit einem kleinen Gewinn abgeschlossen" würden. Die Fehler der ersten Etappe seien erkannt und die entsprechenden Korrekturen eingeleitet (AB 5). AB._____ habe natürlich ein Interesse daran gehabt, die Gründe für gegenwärtiges Ungemach in die Vergangenheit zu rücken, in einen Zeitraum, für welchen er die Gesamtverantwortung noch nicht getragen habe. Inwiefern sich aus den Ausführungen der Klägerin (respektive den Berechnungen von AB._____ im Sommer 2015) eine Pflichtverletzung der lediglich für Prüfungshandlungen zuständigen Beklagten ableiten lasse, werde nicht ansatzweise dargelegt. Bezeichnend sei auch, dass AB._____ die damaligen Bewertungen mit den effektiven Ergebnissen verglichen habe (die aber erst im zweiten Halbjahr 2015 eingetroffen seien). Die Klägerin versuche aus der Rückschau eine Pflichtverletzung zu konstruieren. Es werde bestritten, dass bereits im Jahr 2013 ersichtlich gewesen sei, dass der Auftrag AD schwer negativ ausfallen würde. Es werde auch bestritten, dass angefangene Arbeiten aufgeführt worden seien, für welche bereits Schlussrechnung gestellt worden sei. Ohnehin sei unklar, inwiefern sich das Betriebsergebnis ändere, wenn aufgrund einer Fehlbuchung dieselben Beträge im Konto angefangene Arbeiten anstatt im Konto Debitoren aufgeführt würden. Die von der Klägerin gestellten Editonsbegehren, mit welchen sie die Herausgabe von Excel-Dateien im Besitz von AB._____ verlange, seien ungenügend. Es werde bestritten, dass bereits Ende 2014 eine Überschuldung vorgelegen habe. Doch selbst wenn dies der Fall gewesen sein sollte, so sei sie durch die Sanierung im März 2015 behoben worden. Weiter werde bestritten, dass die Beklagte hinsichtlich der bilanzierten Höhe der angefangenen Arbeiten pflichtwidrig gehandelt habe (Antwort Rz. 106 ff.).

E. 3.2.5.3

Beurteilung Die Beklagte weist zu Recht daraufhin (Antwort Rz. 106 ff.), dass die Klägerin sich im Wesentlichen damit begnügt, auf Berechnungen des CEO zu

- 29 - verweisen und geltend zu machen, die Beklagte hätte diese Unstimmigkeiten erkennen müssen. Diese Berechnungen sind aber nur teilweise nachvollziehbar. Zwar kann der Klägerin noch gefolgt werden, wenn sie sich auf die Konten angefangene Arbeiten (Konto-Nr. 1080; 2013: Fr. 2'088'000.00; 2014: Fr. 3'162'000.00) und Vorauszahlungen (Konto-Nr. 2011; 2013: Fr. 2'513'000.00; 2014: Fr. 660'000.00) der Jahresrechnung (Beilage 5 zu KB 11) bezieht und in KB 23 die Differenz zwischen den angefangenen Arbeiten und den Vorauszahlungen (2013; Fr. -425'000.00; 2014: Fr. 2'502'000.00) berechnet. Auch kann nachvollzogen werden, wenn die Klägerin dann die Differenz zu diesem Betrag und den "effektiv" angefangenen Arbeiten, welche sie aus KB 25 und 27 herausliest, ermittelt (vgl. hierzu KB 25 für 2013: effektiv Fr. -1'812'702.00; ergibt eine Differenz zu Fr. -425'000.00 von Fr. -1'387'702.00; KB 27 für 2014: effektiv Fr. -682'803.00; ergibt eine

Differenz zu Fr. 2'502'000.00 von Fr. -3'184'803.00). Allerdings handelt es sich bei diesen effektiven Werten um Zahlen, die im Zeitpunkt der Revision des Abschlusses 2014 noch gar nicht vorlagen. Die Berechnungen sind folglich von vornherein nicht geeignet, eine Pflichtverletzung der Beklagten zu begründen. Bei dieser Sachlage kann auf die beantragte Edition der Betriebsdatenerfassung 2014 sowie aller Protokolle des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung bis April 2015 bei AB._____ bzw. dessen Einvernahme als Zeuge verzichtet werden (Antwort Rz. II.9; Replik Rz. III.11). Nicht nachvollzogen werden kann die Behauptung, es seien Unstimmigkeiten bei der Bewertung der angefangenen Arbeiten festgestellt worden, da Positionen in den angefangenen Arbeiten aufgeführt worden seien, für welche bereits Schlussrechnungen erstellt worden seien. Denn die Klägerin legt nicht dar, wie diese Unstimmigkeiten festgestellt werden können. Im Weiteren wurde diese Behauptung von der Beklagten auch bestritten. Den Beweis für ihre Behauptungen tritt die Klägerin nicht an. Zwar beantragt sie die Edition von Buchhaltungsunterlagen beim Konkursamt (Klage Rz. 9a). Ein solch unspezifisches Editionsbegehren ist indessen unzulässig, weil nicht klar wird, welche Dokumente genau gemeint sind. Die Klägerin unterliess es auch in der Replik, das Editionsbegehren trotz entsprechender Hinweise der Beklagten (Antwort Rz. 112) zu spezifizieren (Replik Rz. III.11). Ebenfalls reagierte sie nicht auf den berechtigten Einwand der Beklagten (vgl. Antwort Rz. 111), das Gesamtergebnis werde nicht beeinträchtigt, wenn Leistungen als angefangene Arbeiten bilanziert seien, obwohl sie (zufolge Stellung der Schlussrechnung) als Debitoren bilanziert werden müssten. Anders verhielte es sich nur, wenn diese Arbeiten doppelt (also sowohl bei den angefangenen Arbeiten wie auch bei den Debitoren) verbucht worden wären. Solches behauptete die Klägerin allerdings erst im Rahmen des - 30 - Schlussvortrages und damit verspätet (vgl. die anderslautende Behauptung der Beklagten in Antwort Rz. 111, die von der Klägerin in Replik Rz. III.31 nicht bestritten wurde, sondern erst in Schlussvortrag Rz. 14; zum Rechtlichen vgl. oben E. 2.5 f.).

E. 3.2.6

Falsche Mehrwertsteuerabrechnung

E. 3.2.6.1

Darstellung der Klägerin Die Klägerin beruft sich weiter darauf, dass sie gemeinsam mit der H._____ AG für das Los Stahlwasserbau Kraftwerk AG._____ eine Arbeitsgemeinschaft (ARGE) gebildet habe und für die ARGE eine eigene Mehrwertsteuer-Nummer eröffnet worden sei, wobei die H._____ AG für die Gesamtprojektleitung und die Administration verantwortlich gewesen sei. Die Revision der Mehrwertsteuer zeige, dass die H._____ AG über diese Mehrwertsteuer-Nummer in den Jahren 2012 bis 2014 viel zu hohe Umsätze abgerechnet habe und damit viel zu hohe Vorsteuerabzüge erhalten habe. Gemäss dieser Revision betrage die Steuerkorrektur zugunsten der Steuerverwaltung Fr. 226'506.00. Weil die Klägerin mit der H._____ AG eine ARGE gebildet habe, habe die Klägerin den gesamten zu Unrecht bezogenen Vorsteuerabzug zurückerstatten müssen. Die Klägerin erachte die Rückerstattung lediglich im Umfang von Fr. 45'000.00 für gerechtfertigt, da sie diesen Betrag selbst von der konkursiten Gesellschaft im Jahre 2013 unter dem Titel Rückerstattung Mehrwertsteuer erhalten habe. Die konkursite Gesellschaft habe dann aber zusätzlich am 18. Juni 2014 über die fingierte Rechnung 12-028 vom 28. Mai 2014 den Betrag von Fr. 216'000.00 bezogen. Dieser Betrag sei dem ARGE-Konto am 18. Juni 2014 belastet worden. Wenn die Beklagte ihrer Prüfungspflicht nachgekommen wäre, hätte sie

feststellen müssen, dass die H._____ AG in den Jahren 2013 und 2014 zu hohe Umsätze betreffend die ARGE abgerechnet habe. Der im Jahre 2013 deklarierte Vorsteuerabzug entspreche einem Umsatz von Fr. 2 Millionen. Eine solche Grössenordnung habe der Beklagten auffallen müssen, dies insbesondere deshalb, weil der Jahresumsatz der Sparte Stahlwasserbau im Jahr 2013 lediglich Fr. 7.2 Millionen betragen habe (Klage Rz. II.11).

E. 3.2.6.2

Darstellung der Beklagten Die Beklagte macht geltend, die Ausführungen der Klägerin seien für einen unabhängigen Dritten konfus. Es bleibe unklar, welchen direkten Schaden die Klägerin hier beziffere. Was die Pflichtwidrigkeit angehe, so enthalte die Klage nicht genügend substantiierte Ausführungen, um überhaupt bestreiten zu können. Es bleibe unklar, inwiefern die H._____ AG in den Jahren 2013 und 2014 zu hohe Umsätze im Rahmen der ARGE abgerechnet habe. Weiter werde auch nicht klar, weshalb die Beklagte hätte wissen sollen, dass die Rechnung 12-208 fingiert gewesen sei (Antwort Rz. 114 ff.).

E. 3.2.6.3

Beurteilung Das Handelsgericht versteht die Ausführungen der Klägerin nicht so, dass sie einen direkten Schaden geltend machen würde. Vielmehr scheint sie

- 31 - davon auszugehen, dass die gemeldeten zu hohen Umsätze ebenfalls dazu geführt hätten, dass der Jahresabschluss 2014 nicht korrekt gewesen sei und der Beklagten dies hätte auffallen müssen. Indessen ist der Beklagten zuzustimmen, dass es im Einzelnen nicht möglich ist, den Ausführungen der Klägerin zu folgen. So wird weder dargelegt, weshalb die H._____ AG aufgrund dieser falschen Mehrwertsteuerabrechnung überschuldet gewesen wäre, noch wird dargelegt, wie die Beklagte im Rahmen einer eingeschränkten Revision hätte feststellen können, dass die Rechnung 12-208 fingiert und die Mehrwertsteuerabrechnung falsch war. Auch bei diesem Vorbringen der Klägerin erübrigt sich eine weitere Prüfung der Pflichtverletzung bereits deshalb, weil es schon an einem schlüssigen Vortrag fehlt.

E. 3.2.7

Bewertung der Aktiven

E. 3.2.7.1

Darstellung der Klägerin Die Klägerin macht unter Bezugnahme auf ihre Behauptung, der Beklagten sei aufgrund der Erstellung des Sanierungskonzeptes klar gewesen, dass bei Scheitern der Sanierung über die H._____ AG der Konkurs hätte eröffnet werden müssen, geltend, die Beklagte hätte auch die übrigen Aktiven einer genaueren Prüfung unterziehen müssen. Weiter behauptet sie, wenn die Klägerin dies getan hätte, hätte sie feststellen müssen, dass die in den Sachanlagen prognostizierten stillen Reserven gleich null gewesen seien. Bei einer Bilanz zu Liquidationswerten seien die Positionen 1110 bis 1121 praktisch mit null einzusetzen. Im Rahmen der konkursamtlichen Verwertung seien für die Vorräte und das gesamte Anlagevermögen exklusive Liegenschaft Fr. 1'164'000.00 erzielt worden. Die Liegenschaft werde inklusive Aussenlagerplatz Kran mit Fr. 4.4 Millionen bilanziert. Die Liegenschaft der H._____ AG sei für Fr. 4.5 Millionen noch vor Konkurseröffnung zunächst an die Rechtsanwältin B._____ gehörende AH._____ AG verkauft worden und hernach an die (ursprünglich als Auffanggesellschaft gegründete) AI._____ AG zum selben Preis weiterübertragen worden. Die Liegenschaft habe schliesslich zum geschätzten Verkehrswert von Fr. 4.45 Millionen (also mit einem Verlust von Fr. 50'000.00) an die

AJ._____ AG verkauft werden können (Klage Rz. II.12).

E. 3.2.7.2

Darstellung der Beklagten Die Beklagte führt aus, es sei unklar, was die Klägerin mit diesen Ausführungen bezwecke. Fest stehe, dass die Liegenschaft bereits im Jahr 2002 mit Fr. 5'515'000.00 bewertet worden sei. Es sei gerichtsnotorisch, dass die Preise von Schweizer Liegenschaften im Verlauf der letzten Jahre und Jahrzehnte zumindest stabil geblieben, meist sogar stark gestiegen seien. Einer Revisionsstelle könne folglich nicht vorgeworfen werden, dass sie mangels gegenteiliger objektiver Anhaltspunkte eine professionelle Immobilienschätzung nicht hinterfrage (Antwort Rz. 118 ff.).

- 32 -

E. 3.2.7.3

Beurteilung Die Klägerin erwähnt in ihren Ausführungen Zahlen, ohne aufzuzeigen, auf welche Dokumente sie sich bezieht. Es scheint jedoch, sie beziehe sich auf die Bilanz per 31. Dezember 2014 (vgl. Beilage 5 zu KB 11). Verständlicher werden die Ausführungen allerdings auch dann nicht, wenn – entgegen der Verhandlungsmaxime – Beilage 5 zu KB 11 von Amtes wegen konsultiert wird. So macht die Klägerin geltend, dass die Liegenschaft zu einem Wert von Fr. 4'450'000.00 auf dem Markt habe verkauft werden können und die Vorräte (gemeint ist offenbar Position 1070; bilanziert zu Fr. 919'000.00) und das übrige Anlagevermögen (gemeint sind wohl die Positionen 1110 bis 1121, bilanziert zu Fr. 658'000.00) für Fr. 1'164'000.00 konkursamtlich hätten verwertet werden können. Die genannten Positionen (1070 und 1101 bis 1121) wurden per 31. Dezember 2014 mit Fr. 5'972'000.00 bilanziert und konnten gemäss Darstellung der Klägerin für Fr. 5'614'000.00 verkauft bzw. verwertet werden (Fr. 1'164'000.00 + Fr. 4'500'000.00). Die Differenz von Fr. 308'000.00 entspricht rund 5.2 % des bilanzierten Wertes und erscheint damit nicht als derart gross, dass eine Sorgfaltspflichtverletzung der Revisionsstelle erkennbar wäre, zumal es sich bei Beilage 5 zu KB 11 um eine Bilanz zu Fortführungswerten handelt, während die Verwertung letztlich natürlich zu Liquidationswerten erfolgte. Überdies ist auch nicht klar, ob der Bestand der Vorräte im hypothetischen Konkurszeitpunkt dem Bestand der Vorräte im Zeitpunkt der Konkurseröffnung entsprach. Die Vergleichbarkeit der Zahlen ist mit anderen Worten ebenfalls fraglich. Die Liegenschaft (Positionen 1101 bis 1104) schliesslich war nicht über- sondern unterbewertet (bilanziert zu Fr. 4'395'000.00, verkauft auf dem freien Markt für Fr. 4'450'000.00). Mit dem Verkauf wurden folglich stille Reserven aufgelöst. Was die Klägerin im Übrigen mit ihrem Hinweis auf stille Reserven meint, legt sie nicht dar. Beilage 5 zu KB 11 kann zwar entnommen werden, dass per Ende 2014 stille Reserven von netto Fr. 266'000.00 aufgelöst worden seien. Indessen ist nicht klar, auf welchen Aktiven stille Reserven aufgelöst wurden. Auf diese Thematik kann daher nicht weiter eingegangen werden.

E. 3.2.8

Fazit betreffend Pflichtverletzungen Zusammenfassend fehlt es folglich bereits an einer für eine Haftung der Beklagten notwendigen Pflichtverletzung.

E. 3.3

Schaden

E. 3.3.1

Vorbemerkung Da es schon an einer Pflichtverletzung fehlt, braucht auf den Schaden an sich nicht mehr eingegangen werden. Im Sinne einer Alternativbegründung soll nachfolgend aber dennoch dargelegt werden, dass es für eine Haftung der Beklagten auch an einem Fortführungsschaden fehlt.

- 33 -

E. 3.3.2

Rechtliches Wird durch die Pflichtverletzung der Revisionsstelle der Wert der Gesellschaft vermindert und diese dadurch geschädigt, erleiden – mittelbar – auch die Aktionäre einen Schaden (indem der Wert ihrer Beteiligung sinkt) und für den Fall des Konkurses der Gesellschaft auch deren Gläubiger, wenn bzw. soweit durch das Konkursergebnis ihre Forderungen nicht gedeckt werden. Die Klägerin macht gestützt auf eine Abtretung der ausseramtlichen Konkursverwaltung nach Art. 260 SchKG vorliegend einzig den Schaden der Gesellschaft geltend, durch welchen sie als Konkursgläubigerin mittelbar geschädigt ist. Ein unmittelbarer Schaden der Klägerin (unabhängig vom Schaden der Gesellschaft) ist nicht Verfahrensgegenstand. Der Begriff der Konkursverschleppung bezeichnet die Vermögensminderung, die durch ein Weiterwirtschaften trotz eindeutig eingetretener Überschuldung zustande kommt (sog. Fortführungsschaden).⁶¹ Der Fortführungsschaden zufolge Konkursverschleppung besteht in der Differenz zwischen der tatsächlich eingetretenen Überschuldung und jener, die bei einem Konkurs zum früheren Zeitpunkt bestanden hätte.⁶² Der Schaden, der durch eine verzögerte Konkurseröffnung entstanden ist, kann bundesrechtskonform in der Weise festgestellt werden, dass der aus den Buchhaltungsunterlagen ersichtliche Saldo im Zeitpunkt der Verletzung der Benachrichtigungspflichten mit dem (höheren) Verlust zum Zeitpunkt der tatsächlich erfolgten Konkurseröffnung verglichen wird.⁶³ Es gilt also, den Vermögensstand der Gesellschaft bei Konkurseröffnung mit dem Vermögen zu jenem Zeitpunkt zu vergleichen, auf welchen die eingeklagten Organe bzw. die Revisionsgesellschaft nach klägerischer Behauptung die Konkurseröffnung bei pflichtgemäsem Handeln hätten herbeiführen müssen (hypothetischer Zeitpunkt der Konkurseröffnung). Zu diesem Zweck kann die Überschuldung einzig gestützt auf Liquidationswerte ermittelt werden, denn die Konkurseröffnung zieht die Auflösung der Gesellschaft (Art. 736 Ziff. 3 OR) und deren Liquidation nach den Regeln des Konkursrechts (Art. 740 Abs. 5 OR) nach sich. In diesem Stadium hat der Fortführungswert, da der gewöhnliche Geschäftsbetrieb eingestellt wird, seine Bedeutung verloren.⁶⁴ Der Vermögensstand der Gesellschaft im Zeitpunkt der tatsächlichen Konkurseröffnung errechnet sich aus der Differenz zwischen den Aktiven und den Passiven, d.h. aus dem Wert der Massaktiven abzüglich der Summe aller kollozierten Forderungen.⁶⁵ Der Nachweis dieses Vermögensstandes

⁶¹ BÖCKLI (Fn. 53), § 16 N. 220. ⁶² BGer 4A_324/2011 vom 16. Januar 2012 E. 2.1; BGE 136 III 322 E. 3.2. ⁶³ BGE 136 III 322 E. 3.2.1; BGer 4C.263/2004 vom 23. Mai 2005 E. 3 (nicht abgedruckt in: BGE 132 III 222); 4A_84/2013 vom 7. August 2013, E. 2.1; BGer 4A_251/2013 vom 11. November 2013 E. 2.3. ⁶⁴ BGE 136 III 322 E. 3.2.1. ⁶⁵ GLASL, Die kollozierte Forderung im Verantwortlichkeitsprozess, SZW/RSDA 2005, S. 164.

- 34 - erfolgt aufgrund des Konkursinventars und des Kollokationsplans.⁶⁶ Fehlen die für die Feststellung des Vermögens im hypothetischen Zeitpunkt erforderlichen Unterlagen – für diesen Zeitpunkt liegen aufgrund der Pflichtverletzung in den wenigsten Fällen die von Art. 725 OR geforderten Zwischenbilanzen zu Fortführungs- und Liquidationswerten vor – kann sich ein ziffernmässiger Nachweis des Schadens als unmöglich erweisen. In

diesem Fall ist der Richter zwar nach Art. 42 Abs. 2 OR grundsätzlich gehalten, auf eine Schätzung abzustellen; dies entlastet den Kläger jedoch nicht von der Darlegungslast und der Obliegenheit, im Rahmen des Zumutbaren Beweis- anträge zu stellen. Der Kläger muss alles Zumutbare tun, um die Schätzung zu erleichtern bzw. rational nachvollziehbar zu machen (vgl. auch das oben in E. 2 Gesagte.).⁶⁷

E. 3.3.3

Darstellung der Klägerin Die Klägerin erklärt, sie berechne den Fortführungsschaden zwischen dem Zeitpunkt, in welchem der Konkurs über die H._____ AG hätte eröffnet werden müssen (31. März 2015), und dem effektiven Konkurszeitpunkt (28. September 2016) einzig gestützt auf die Kostenentwicklung des Pro- jektes AD (abzüglich der gewährten Rangrücktritte), weil dieses Projekt für die Überschuldung verantwortlich sei (Klage Rz. II.4.3). In der Replik bezifferte die Klägerin den Schaden gar auf Fr. 8.6 Millionen (Replik Rz. III.12) bzw. auf Fr. 8 Millionen (Replik Rz. III.23).

E. 3.3.4

Darstellung der Beklagten Die Beklagte macht geltend, eine konkrete Herleitung der angeblichen Überschuldungszunahme fehle in den Eingaben der Klägerin. Angesichts der unbestrittenen Sanierung der H._____ AG im März 2015 sei es offen- sichtlich, dass sich die Situation der Gesellschaft durch die Sanierung ver- bessert habe und eine allfällige, aber bestrittene Überschuldung beseitigt worden sei (Duplik Rz. 23). Die Klägerin behaupte ohne nachvollziehbare Begründung, der Schaden betrage Fr. 3'777'336.00 (Klage Rz. II.44), min- destens Fr. 8 Millionen (Replik Rz. III.23) bzw. Fr. 8.6 Millionen (Replik 66 vgl. BGE 136 III 322 E. 4.2. 67 BGE 95 II 501 E. 12; 98 II 37 E. 2; 122 III 219 E. 3a.

- 35 - Rz. III.12). Die Differenz zwischen den verschiedenen erwähnten angebli- chen Schadensbeträgen werde nicht erläutert (Duplik Rz. 25) und sei nicht nachvollziehbar (Duplik Rz. 26). Mit keinem Wort werde zudem auf die ge- mäss konstanter Rechtsprechung massgeblichen Liquidationswerte einge- gangen (Duplik Rz. 27). Der tatsächliche Konkurszeitpunkt sei rund zwei Jahre nach dem angebli- chen hypothetischen Konkurszeitpunkt. In dieser Periode seien unbestrit- tenermassen insbesondere Forderungsverzichte gewährt und Barmittel eingeschossen worden sowie Erträge angefallen, die bei der Schadensbe- rechnung zu berücksichtigen gewesen wären (Duplik Rz. 30). Im vorliegenden Fall habe die Klägerin (gemeint wohl die ausseramtliche Konkursverwaltung) offenbar bereits mit anderen potentiell haftpflichtigen Personen bzw. Parteien Kontakt aufgenommen, wobei zumindest gewisse Personen das Prozessrisiko mit einem relativ geringen Betrag ausgekauft hätten. Diese Vergleichszahlungen beliefen sich auf rund Fr. 200'000.00 und seien an einen allfälligen Schaden anzurechnen. Die Klägerin hätte diese Beträge erwähnen müssen (Duplik Rz. 32).

E. 3.3.5

Beurteilung Soweit die Klägerin in der Replik von einem Schaden in der Höhe von Fr. 8.6 Millionen bzw. mindestens Fr. 8 Millionen ausgeht, ist von vornhe- rein nicht weiter darauf einzugehen, weil die Klägerin nicht darlegt, wie sie auf diese Summe kommt. Die von der Klägerin vorgenommene Berechnung eines Schadens von Fr. 3'777'336.00 scheidet sodann daran, dass sie diesen Schaden nicht in bundesrechtskonformer Weise ermittelt hat. Zunächst ist zu beanstanden, dass die Klägerin nicht die Verhältnisse im hypothetischen Konkurszeitpunkt (31. März 2015) mit den Verhältnissen im tatsächlichen Konkurszeitpunkt (28. September 2016) vergleicht. Vielmehr geht sie vom Jahresabschluss

per 31. Dezember 2014 aus und vergleicht diesen Status mit demjenigen im Zeitpunkt des tatsächlichen Konkurszeitpunkts (28. September 2016, mithin rund 21 Monate nach dem 31. Dezember 2014). In der Folge kürzt sie den Schaden proportional um drei Monate (errechneter Schaden / 21 x 18). Zwar ist einzugestehen, dass es der Klägerin kaum zumutbar sein dürfte, den Schaden genau zu berechnen, da für den Zeitpunkt des hypothetischen Konkurszeitpunkts keine Bilanz vorliegt. Indessen hätte die Klägerin wenigstens darlegen müssen, weshalb es sich rechtfertigen soll, davon auszugehen, der Schaden habe sich monatlich jeweils um den gleichen Betrag erhöht.

- 36 - Im Weiteren kann der Schadensberechnung der Klägerin aber auch deshalb nicht gefolgt werden, weil sie den Schaden einzig gestützt auf die Kostenentwicklung im Projekt AD berechnete. Damit ignoriert sie die anderen Änderungen in den Bilanzpositionen der H._____ AG, welche zwischen dem 31. März 2015 und dem 28. September 2016 eingetreten sind. Von der Klägerin wird einzig berücksichtigt, dass Gesellschaftsgläubiger im Rang hinter alle anderen Gläubiger zurückgetreten sind, indem sie diese Rangrücktritte vom Schaden in Abzug bringt (vgl. Klage Rz. II.4.3; gemäss KB 3 bestanden im Konkurszeitpunkt nachrangige Forderungen im Betrag von Fr. 3'609'586.15, die Klägerin geht sogar von Fr. 3'622'500.00 aus). Diesen Abzug nimmt die Klägerin zu Recht vor. Zwar ist Art. 757 Abs. 4 nOR, der vorsieht, dass die Rangrücktritte vom Schaden in Abzug zu bringen sind, auf den vorliegenden Fall noch nicht anwendbar, da diese Bestimmung erst per 1. Januar 2023 in Kraft getreten ist. Auch unter altem Recht kann aber nichts anderes gelten. Denn soweit Rangrücktritte im Ausmass der Überschuldung vorliegen, besteht keine Pflicht zur Hinterlegung der Bilanz. Folglich liegt im Umfang der Rangrücktritte auch keine Pflichtverletzung vor, welche zu Schadenersatz berechtigen würde.⁶⁸ Zu Recht weist die Beklagte aber daraufhin, dass bei der Schadensberechnung auch die Sanierung der Gesellschaft, welche im März 2015 durchgeführt wurde, hätte berücksichtigt werden müssen. Im Zuge der Sanierung verzichteten Gläubiger auf Forderungen im Umfang von Fr. 2.8 Millionen. Zu berücksichtigen gewesen wäre überdies, dass die H._____ AG ausweislich Beilage 6 zu KB 11 neben AD auch noch weitere Aufträge hatte, die Erträge generierten. Auch diese hätten in die Berechnung des Fortführungsschadens einfließen müssen. Da die Klägerin diese Erträge nicht darlegt, verunmöglicht sie eine Schadensberechnung. Sodann hätten auch alle weiteren Änderungen der Bilanzpositionen zwischen hypothetischem und tatsächlichem Konkurszeitpunkt berücksichtigt werden müssen; so beispielsweise, dass die H._____ AG mit Kaufvertrag vom 21. September 2016 (Klage Rz. II.12; KB 33) die Liegenschaft mit einem Buchwert von Fr. 4'395'000.00 zu einem Preis von Fr. 4.5 Millionen verkaufen konnte und so einen Buchgewinn von Fr. 105'000.00 realisierte.

E. 3.3.6

Fazit Zusammengefasst ist nicht erstellt, dass zwischen dem von der Klägerin angenommenen hypothetischen Konkurszeitpunkt (31. März 2015) und dem tatsächlichen Konkurszeitpunkt (28. September 2016) ein Fortführungsschaden entstanden ist. ⁶⁸ BÖCKLI (Fn. 53), § 16 N. 239.

- 37 -

E. 3.4

Kausalzusammenhang zwischen Schaden und Pflichtverletzung Weil sowohl eine Pflichtverletzung als auch ein Schaden verneint werden, braucht auf das Vorliegen eines

Kausalzusammenhangs nicht mehr eingegangen zu werden. Immerhin sei darauf hingewiesen, dass der Beklagten der Fortführungsschaden, der entstanden sei, nachdem sie als Revisionsstelle im zweiten Halbjahr 2015 von der I._____ abgelöst wurde, nicht mehr zugerechnet werden könnte (die Klägerin scheint gemäss ihrem Schlussvortrag [Rz. 30] sogar davon auszugehen, dass die Beklagte nur für Fehlverhalten bis zum 31. März 2015 verantwortlich ist: "Sie hat für ihr Fehlverhalten bis zum 31.03.2015, beinhaltend den falschen Revisionsbericht und das unhaltbare Sanierungskonzept einzustehen [...]"). Die Konkursverschleppung durch unterlassende Benachrichtigung des Gerichts stellt eine dauernde Pflichtverletzung dar. Solange die Überschuldung anhält, sind die Gesellschaftsorgane zu jedem Zeitpunkt verpflichtet, das Konkursgericht zu benachrichtigen. Es handelt sich folglich um eine Haftung für Unterlassen. Nachdem die Beklagte als Revisionsstelle der H._____ AG abgelöst und damit ihrer Organstellung enthoben worden war, endete ihre Pflicht, das Konkursgericht zu benachrichtigen. Diese Pflicht oblag fortan der neuen Revisionsstelle. Die Klägerin hätte im Rahmen der Schadensberechnung daher den (angeblichen) Schaden auf das Datum des Ausscheidens der Beklagten abgrenzen müssen, d.h. darzustellen gehabt, welcher (angebliche) Schaden vor und welcher nach dem Wechsel der Revisionsstelle entstanden ist. Auch das unterliess die Klägerin indessen.

E. 3.5

Ergebnis Dem Gesagten zufolge ist die Klage unbegründet. Sie ist abzuweisen, soweit überhaupt darauf einzutreten ist. 4. Prozesskosten

E. 3.6

In der Folge stellte sich heraus, dass es bei den Streitverkündungen teilweise zu Personenverwechslungen (Verwechslung mit Personen mit gleichem Vor- und Nachnamen) kam oder die von der Beklagten angegebenen Adressen teilweise falsch waren: - Verwechslung betreffend P._____, richtig: [...] - Verwechslung betreffend D._____, richtig (anscheinend): [...] - Adresskorrektur betreffend AB._____, richtig: [...]

- 6 - Sämtliche Streitberufenen haben entweder durch Erklärung oder Still-schweigen erklärt, dem Verfahren weder beizutreten, noch dieses für die Beklagte zu führen. Mit Verfügung vom 3. Oktober 2022 wurde deshalb entschieden, das Verfahren ohne Rücksicht auf die Streitberufenen fortzusetzen.

E. 3.7

Im Rahmen des zweiten Schriftenwechsels (Replik vom 22. November 2022 sowie Duplik vom 30. Januar 2023) hielten die Parteien an ihren Rechtsbegehren fest und führten ihre jeweiligen Positionen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht weiter aus.

E. 3.8

Am 10. August 2023 erliess der Präsident eine Beweisverfügung. Gleichzeitig forderte er die Parteien auf, dem Handelsgericht mitzuteilen, ob sie auf eine Hauptverhandlung sowie auf die Schlussvorträge verzichten. Die Parteien wurden darauf hingewiesen, dass Stillschweigen innert Frist als Antrag auf Durchführung einer Hauptverhandlung gelte.

E. 3.9

Während die Beklagte mit Eingabe vom 25. August 2023 auf eine Hauptverhandlung und einen schriftlichen Schlussvortrag verzichtete, liess sich die Klägerin nicht vernehmen.

E. 3.10

Mit Verfügung vom 6. September 2023 überwies der Präsident die Streitsache an das Handelsgericht und gab den Parteien die Zusammensetzung des Spruchkörpers bekannt.

E. 3.11

Mit Verfügung vom 3. Oktober 2023 lud der Präsident die Parteien zur Hauptverhandlung am 15. Dezember 2023 vor.

E. 3.12

Am 15. Dezember 2023 fand die Hauptverhandlung statt, anlässlich welcher die Parteien die Schlussvorträge hielten. Im Anschluss an die Hauptverhandlung fällte das Handelsgericht das vorliegende Urteil. Das Handelsgericht zieht in Erwägung: 1. Prozessvoraussetzungen Gemäss Art. 60 ZPO prüft das Gericht von Amtes wegen, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind. Zu den Prozessvoraussetzungen gehören namentlich die örtliche und die sachliche (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO) sowie die funktionelle Zuständigkeit des angerufenen Gerichts. Im Weiteren handelt

- 7 - es sich auch bei der Prozessführungsbefugnis um eine Prozessvoraussetzung.1

E. 4

BGE 146 III 441 E. 2.5.1; 139 III 391 E. 5.1; 121 III 488 E. 2b, BSK
SchKG-BACHOFNER, BSK SchKG-BACHOFNER (Fn. 1), Art. 260 N. 1 m.w.N.

E. 4.1

Allgemeines Die Prozesskosten bestehen aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Sie werden der unterliegenden Partei auferlegt. Bei Nichteintreten und bei Klagerückzug gilt die klagende Partei, bei Anerkennung der Klage die beklagte Partei als unterliegend (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Klage ist, soweit überhaupt darauf einzutreten ist, abzuweisen. Demgemäss sind die Prozesskosten der Klägerin aufzuerlegen.

E. 4.2

Gerichtskosten Die Gerichtskosten bestehen vorliegend einzig aus der Entscheidgebühr (Art. 95 Abs. 2 lit. b ZPO). Der Grundansatz der Entscheidgebühr bestimmt sich nach Art. 96 ZPO i.V.m. § 7 Abs. 1 VKD in Abhängigkeit des gemäss § 4 Abs. 1 VKD nach Art. 91 ff. ZPO zu bestimmenden Streitwerts.

- 38 - Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt. Zinsen und Kosten des laufenden Verfahrens oder einer allfälligen Publikation des Entscheids sowie allfällige Eventualbegehren werden nicht hinzugerechnet (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Demgemäss beträgt der Streitwert Fr. 300'000.00. Der Grundansatz gemäss § 7 Abs. 1 VKD beträgt demgemäss Fr. 13'470.00 (Fr. 6'870.00 + 2.2% des Streitwertes [Fr. 6'600.00]). Eine Erhöhung bzw. Reduktion des Grundansatzes gemäss § 7 Abs. 3 VKD ist vorliegend nicht angezeigt. Die Gerichtskosten werden gestützt auf Art. 111 Abs. 1 Satz 1 ZPO mit dem Gerichtskostenvorschuss der Klägerin in gleicher Höhe verrechnet.

E. 4.3

Parteientschädigung Die Parteientschädigung bemisst sich gemäss Art. 96 ZPO i.V.m. § 3 Abs. 1 lit. a Ziff. 7 sowie § 4 Abs. 1 AnwT i.V.m. Art. 91 Abs. 1 ZPO ausgehend von einer gestützt auf den Streitwert (Fr. 300'000.00) zu bestimmenden Grundentschädigung

in Höhe von Fr. 23'430.00 (Fr. 10'230.00 + 4.4% des Streitwertes [Fr. 13'200.00]). Durch die Grundentschädigung sind Instruktion, Aktenstudium, rechtliche Abklärungen, Korrespondenz und Telefongespräche sowie eine Rechtsschrift und die Teilnahme an einer behördlichen Verhandlung abgegolten (vgl. § 6 Abs. 1 AnwT). Vorliegend wurde ein zweiter Schriftenwechsel durchgeführt, der zu einem ordentlichen Zuschlag gemäss § 6 Abs. 3 AnwT berechtigt. Entsprechend erhöht sich die Parteientschädigung auf Fr. 28'116.00. Ausserordentliche Zu- oder Abschläge nach § 7 AnwT sind entgegen der Beklagten (vgl. Duplik Rz. 159) keine vorzunehmen. Die Behauptung der Beklagten, dass der vorliegende Prozess aufwändig gewesen sei und nicht mit einem gewöhnlichen Forderungsprozess zu vergleichen sei, ist nicht nachvollziehbar. Der Aufwand – der sich insbesondere auch aus der Länge der eingereichten Rechtsschriften ergibt – bewegte sich im Rahmen eines durchschnittlichen handelsgerichtlichen Prozesses. Ferner kann auch die Tatsache, dass die Klägerin eine Teilklage einreichte, keine Erhöhung der Parteientschädigung rechtfertigen, ist es doch gerade einer der Vorteile der Teilklage, dass die klagende Partei mit überschaubaren Kostenrisiken eine Rechtsfrage klären kann.⁶⁹ Zur Entschädigung hinzuzurechnen ist eine Auslagenpauschale von präzisgemäss 3% (§ 13 Abs. 1 Satz 2 AnwT). Nicht zu gewähren ist demgegenüber der von der Beklagten beantragte Mehrwertsteuerzuschlag, denn die Beklagte ist selber mehrwertsteuerpflichtig und damit berechtigt, die ihr ⁶⁹ BSK ZPO-DORSCHNER, 3. Aufl. 2017, Art. 86 N. 4.

- 39 - von ihrer Rechtsvertretung in Rechnung gestellte Mehrwertsteuer zu 100% als Vorsteuer geltend zu machen.⁷⁰ Demgemäss hat die Klägerin der Beklagten gestützt auf Art. 111 Abs. 2 ZPO eine Parteientschädigung in Höhe von (gerundet) Fr. 28'959.50 zu bezahlen. Das Handelsgericht erkennt:

E. 5

BGE 146 III 441 E. 2.5.1; 139 III 391 E. 5.1; BSK SchKG-BACHOFNER (Fn. 1), Art. 260 N. 1 m.w.N.

- 10 - diesen Gesichtspunkten ist es für den Prozess der Abtretungsgläubiger auch nicht notwendig, dass die Gesellschaft (nach Abschluss des Konkursverfahrens, vgl. Art. 159a Abs. 1 lit. b HRegV) im Handelsregister eingetragen bleibt.⁶ Die Konkursverwaltung verliert aber (zumindest vorübergehend) die Verfügungsmacht über die abgetretenen Rechte. Namentlich kann sie die nach Art. 260 SchKG abgetretenen Ansprüche nicht mehr selbst geltend machen oder (anders) verwerten, z.B. durch Freihandverkauf.⁷ Der Abtretungsgläubiger ist nicht verpflichtet, eine Klage einzuleiten und den Prozess bis zu einer Entscheidung weiterzuführen.⁸ Der Abtretungsgläubiger ist den Interessen der übrigen Konkursgläubiger respektive der Masse gegenüber nicht verpflichtet und kann frei entscheiden, in welchem Umfang er den abgetretenen Anspruch geltend machen will. Er kann die ganze Forderung einklagen oder sich (insbesondere zur Reduktion seines Kostenrisikos) auf die Höhe seiner Konkursforderung – oder einen noch tieferen Betrag – beschränken. Dem Abtretungsgläubiger steht es frei, mit dem Forderungsschuldner einen gerichtlichen oder aussergerichtlichen Vergleich zu schliessen. Er benötigt hierfür keine Zustimmung der Konkursverwaltung.⁹ Die Konkursverwaltung kann dem Abtretungsgläubiger aber eine Frist setzen, innert welcher er den Anspruch gerichtlich geltend machen muss, widrigenfalls die Abtretung von der Konkursverwaltung widerrufen werden kann. Es besteht keine Pflicht, eine Frist zu setzen. Sie bietet sich aber insbesondere bei Vorliegen mehrerer Abtretungsgläubiger über den gleichen Anspruch zwecks Koordination der Klageeinreichung (die vom Konkursamt auf Begehren eines

Abtretungsgläubigers durch Erteilen der erforderlichen Weisungen vorzunehmen ist, wenn sich diese nicht einigen können an, da die Abtretung so den handlungsunwilligen Abtretungsgläubigern gegenüber widerrufen werden kann.¹⁰ Ein Widerruf ist indessen nur solange möglich, bis der Abtretungsgläubiger Klage erhoben hat.¹¹ Haben sich mehrere Abtretungsgläubiger den Anspruch abtreten lassen, so ist allen dieselbe Frist zur Klageeinreichung anzusetzen. Auch eine allfällige Fristerstreckung muss allen Abtretungsgläubigern erteilt werden.¹² Der Ab-

E. 6

BGE 146 III 441 E. 2.5.1.

E. 7

BSK SchKG-BACHOFNER (Fn. 1), Art. 260 N. 67 m.w.N.

E. 8

BGE 144 III 552 E. 4.1.1; 138 III 628 E. 5.3.2; 121 III 291 E. 3a; 138 III 628 E. 5.3.2 i.f.; BSK SchKG-BACHOFNER (Fn. 1), Art. 260 N. 77 m.w.N.

E. 9

BGE 102 III 29; 138 III 628 E. 5.3.2 i.f.; 121 III 488 E. 2c; BSK SchKG-BACHOFNER (Fn. 1), Art. 260 N. 79 m.w.N.

E. 10

BGE 145 III 101 E. 4.12; 121 III 488 E. 2d; BSK SchKG-BACHOFNER (Fn. 1), Art. 260 N. 81 m.w.N.

E. 11

BSK SchKG-BACHOFNER (Fn. 1), Art. 260 N. 81 m.w.N.; BGE 65 III 61.

E. 12

BGE 121 III 291 E. 3b; BSK SchKG-BACHOFNER (Fn. 1), Art. 260 N. 85.

- 11 - lauf der Frist lässt die Abtretung nicht automatisch dahinfallen. Das Prozessführungsrecht entfällt erst, wenn die Konkursverwaltung die Abtretung tatsächlich widerruft.¹³ Wird der abgetretene Anspruch einer Mehrzahl von Abtretungsgläubigern abgetreten, so darf er dennoch nur einmal materiell gerichtlich beurteilt werden. Er kann nicht Gegenstand von mehreren Prozessen einzelner Abtretungsgläubiger sein. Haben sich mehrere Abtretungsgläubiger denselben Anspruch abtreten lassen, so haben sie in einem allfälligen Prozessverfahren als (uneigentliche) notwendige Streitgenossen aufzutreten.¹⁴ An der Prozessführungsbefugnis fehlt es, wenn nicht alle Abtretungsgläubiger gemeinsam klagen.¹⁵ Es ist jedoch kein Abtretungsgläubiger verpflichtet, gerichtlich gegen den Anspruchsgegner vorzugehen.¹⁶ Wenn der Abtretungsanspruch mehreren Gläubigern abgetreten wurde, muss das Gericht sich versichern, dass das Prozessführungsrecht (nur noch) allen auftretenden Gläubigern zusteht. Die auftretenden Gläubiger haben dem Gericht nachzuweisen, dass die Verfügung den übrigen Gläubigern gegenüber widerrufen worden ist oder dass diese auf eine Klage verzichtet haben.¹⁷ Haben mehrere Abtretungsgläubiger beim selben Gericht selbstständige Klagen eingereicht, so hat das Gericht diese gemäss Art. 125 lit. c ZPO zu vereinen. Sieht das Gericht aufgrund der Nennung der Abtretungsgläubiger in der Abtretungsurkunde, dass nicht alle Abtretungsgläubiger bei ihm Klage eingereicht haben, so hat es den klagenden Gläubigern

Frist anzusetzen, den entsprechenden Nachweis zu erbringen.¹⁸ In einem Fall liess es das Bundesgericht indessen als Nachweis des Verzichts der übrigen Abtre- tungsgläubiger genügen, dass diese bis zu der von der Konkursverwaltung angesetzten Frist keine Klage eingereicht hatten.¹⁹

E. 13

BGE 138 III 628 E. 5.3.2; 121 III 291 E. 3c; BSK SchKG-BACHOFNER (Fn. 1), Art. 260 N. 86 m.w.N.

E. 14

BGE 144 III 552 E. 4.1.1; 121 III 488 E. 2; 138 III 628 E. 5.3.2; 136 III 534 E. 2.1; 121 III 488 E. 2b; BSK SchKG-BACHOFNER (Fn. 1), Art. 260 N. 98 m.w.N.

E. 15

BGE 145 III 101 E. 4.1.3; 144 III 552 E. 4.1.2; BSK SchKG-BACHOFNER (Fn. 1), Art. 260 N. 99 m.w.N.

E. 16

BGE 144 III 552 E. 4.1.1; 138 III 628 E. 5.3.2; BSK SchKG-BACHOFNER (Fn. 1), Art. 260 N. 98 m.w.N.

E. 17

BGE 144 III 552 E. 4.1.1; BGer 5P.204/2004 vom 11. August 2004 E. 5.4; BSK SchKG-BACHOFNER (Fn. 1), Art. 260 N. 95 m.w.N.

E. 18

BGE 145 III 101 E. 4.1.3; 144 III 552 E. 4.1.1; BGer 5P.204/2004 vom 11. August 2004 E. 5.4; BSK SchKG-BACHOFNER (Fn. 1), Art. 260 N. 99 m.w.N.

E. 19

BGer 4A_77/2014 vom 21. Mai 2014 E. 5.

- 12 - sich hierbei um eine Aktiengesellschaft mit Sitz in R. _____ (CHE-aaa). Ein- geklagt hat die Klägerin indessen die Beklagte, die C. _____ AG Q. _____ mit Sitz in Q. _____ (CHE-bbb). Beide Parteien scheinen aber – ohne die Frage freilich anzusprechen – davon auszugehen, dass die ausseramtliche Konkursverwaltung die Beklagte und nicht die C. _____ AG meinte, es sich mithin um eine "falsa demonstratio" (vgl. Art. 18 Abs. 1 OR) bzw. einen Ver- schrieb der ausseramtlichen Konkursverwaltung handelt. Dies erscheint in der Tat auch plausibel, war doch die Beklagte (damals noch als F. _____ AG firmierend) die Revisionsstelle der H. _____ AG. Die C. _____ AG hat demgegenüber – soweit ersichtlich – keine Berührungspunkte mit der H. _____ AG. Wie es sich hier genau verhält, mag indessen offenbleiben, wie sich aus den materiell-rechtlichen Erwägungen ergeben wird.

E. 20

BGer 4A_77/2014 vom 21. Mai 2014 E. 5.

E. 21

Vgl. BGer 5A_83/2019 vom 23. Juli 2019 E. 4, 4A_264/2015 vom 10. August 2015 E. 4.2.2; SCHNEUWLY, Lange Rechtsschriften – Wieso? Und was tun?, Anwaltsrevue 2019, S. 444.

E. 22

BGE 132 III 186 E. 4; BGer 5A_808/2018 vom 15. Juli 2019 E. 4.2.

E. 23

SUTTER-SOMM/SCHRANK, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, Art. 55 N. 18.

E. 24

BGE 128 III 271 E. 2.a.aa; weitergehend ZK ZGB-JUNGO, 3. Aufl. 2018, Art. 8 N. 387.

- 14 - entsprechenden Weise in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen behauptet werden.²⁵ Was offensichtlich in anderen, ausdrücklich vorgebrachten Parteibehauptungen enthalten ist, muss nicht explizit behauptet werden (sog. implizite bzw. mitbehauptete Tatsachen).²⁶ Blosser Mutmassungen stellen jedoch keine rechtsgenügenden Tatsachenbehauptungen dar.²⁷ Ist ein Tatsachenvortrag im erwähnten Sinne vollständig, so wird er als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angeführte Rechtsfolge zulässt.²⁸ Tatsachenbehauptungen sind grundsätzlich in den Rechtsschriften aufzustellen (Art. 221 Abs. 1 lit. d und Art. 222 Abs. 2 Satz 1 ZPO).²⁹ Der bloss pauschale Verweis auf Beilagen genügt in aller Regel nicht.³⁰ Zweck dieses Erfordernisses ist, dass einerseits das Gericht erkennen kann, auf welche Tatsachen sich der Kläger (bzw. der Beklagte hinsichtlich einer Gegenforderung) stützt und womit er diese beweisen will, und dass andererseits die Gegenpartei weiss, gegen welche konkreten Behauptungen sie sich verteidigen muss (Art. 222 ZPO).³¹ Durch einen Verweis auf Urkunden können Sachverhaltselemente jedoch ausnahmsweise als behauptet gelten, wenn es als blosser Leerlauf erscheinen würde, eine Übernahme des Urkundeninhalts in die Rechtsschrift zu verlangen.³² An einen rechtsgenügenden Verweis auf die Beilage werden im Wesentlichen drei Anforderungen gestellt: Erstens müssen in der Rechtsschrift die Tatsachen in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen behauptet sein.³³ Zweitens hat der entsprechende Verweis in der Rechtsschrift spezifisch ein bestimmtes Aktenstück zu nennen und aus dem Verweis selbst muss klar werden, welche Teile des Aktenstücks als Parteibehauptung gelten sollen.³⁴ Drittens muss die Beilage selbsterklärend sein. Sie hat genau die verlangten (beziehungsweise in der Rechtsschrift bezeichneten) Informationen zu enthalten und es darf kein Interpretationsspielraum bestehen. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, kann der Verweis nur genügen, wenn zusätzlich in der Rechtsschrift

E. 25

BGE 136 III 322 E. 3.4.2; BGer 4A_280/2019 vom 14. Oktober 2019 E. 4.1.

E. 26

BGE 144 III 519 E. 5.3; BGer 4A_243/2018 vom 17. Dezember 2018 E. 4.2.1 m.w.N.; JOSI, Behaupten, Bestreiten und Beweisen – praktische Fragen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Markus/Eichel/Rodriguez (Hrsg.), Der handelsgerichtliche Prozess, Chancen und Gefahren – national und international, 2019, S. 80.

E. 27

BGer 4A_667/2014 vom 12. März 2015 E. 3.2.2.

E. 28

BGer 4A_9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 2.1 m.w.N., 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.1; SCHNEUWLY (Fn. 21), S. 445.

E. 29

BGE 144 III 519 E. 5.2.1, 144 II 67 E. 2.1; BRUGGER, Der Verweis auf Beilagen in Rechtsschriften, SJZ 2019, S. 534; JOSI (Fn. 26), S. 60.

E. 30

BGer 4A_496/2019 vom 1. Februar 2021 E. 4.3.1, 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.1 m.w.N.; JOSI (Fn. 26), S. 61.

E. 31

BGer 4A_415/2021 vom 18. März 2022 E. 5.4.1 m.w.N.

E. 32

BGer 4A_415/2021 vom 18. März 2022 E. 5.4.2.

E. 33

BGer 4A_415/2021 vom 18. März 2022 E. 5.4.3, 4A_398/2018 vom 25. Februar 2019 E. 10.4.1, 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.2; BRUGGER (Fn. 29), S. 535 f.

E. 34

BGE 144 III 519 E. 5.2.1.2; 4A_415/2021 vom 18. März 2022 E. 5.4.3, 4A_535/2018 vom 3. Juni 2019 E. 4.2.1, 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.2; eingehend BRUGGER (Fn. 29), S. 536 ff.

- 15 - die Beilage derart konkretisiert und erläutert wird, dass die in der Beilage enthaltenen Informationen ohne weiteres zugänglich werden und nicht interpretiert und zusammengesucht werden müssen. Es genügt nicht, dass in den Beilagen die verlangten Informationen in irgendeiner Form vorhanden sind. Ein Verweis auf Akten darf nicht dazu führen, dass die Gegenpartei und das Gericht die relevanten Tatsachen aus der Beilage selbst zusammensuchen müssen.³⁵ Die in der Praxis beliebten Pauschalverweise auf eingereichte Akten bzw. die allgemeine Erklärung, diese würden "integrierenden Bestandteil" der Rechtsschrift bilden, stellen deshalb keine hinreichenden Behauptungen dar bzw. können fehlende Behauptungen nicht ersetzen.³⁶

E. 35

BGer 4A_415/2021 vom 18. März 2022 E. 5.4.3, 4A_496/2019 vom 1. Februar 2021 E. 4.3.1, 4A_535/2018 vom 3. Juni 2019 E. 4.4.2, 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.2, 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5.2 f.; eingehend BRUGGER (Fn. 29), S. 538 ff.

E. 36

BK ZPO I-HURNI, 2012, Art. 55 N. 21 m.w.N.; BRUGGER (Fn. 29), S. 540 Fn. 50 m.w.N.

E. 37

BK ZPO I-HURNI (Fn. 36), Art. 55 N. 37 mit Verweis auf Art. 150 Abs. 1 ZPO; JOSI (Fn. 26), S. 57.

E. 38

Ähnlich DROESE, Bestreitungsbedürftige Beilagen – ein Hinweis zur bundesgerichtlichen Speisekarte, Note zu Urteil 4A_11/2018, SZZZP 2019, S. 19.

E. 39

BGE 141 III 433 E. 2.6; BGer 4A_9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 2.3; SCHNEUWLY (Fn. 21), S. 445 f.

E. 40

SCHMID/HOFER, Bestreitung von neuen Tatsachenbehauptungen in der schriftlichen Duplik, ZZZ 2016, S. 285 m.w.N.

- 16 - über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast. Die Vorbringen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann.⁴¹ Das Beweisverfahren darf nicht dazu dienen, ein ungenügendes Parteivorbringen zu vervollständigen.⁴² Dies gilt auch für allfällige Gutachten. Solche können nur aufgrund substantiierter Behauptungen in Auftrag gegeben werden. Der nicht oder nicht substantiiert vorgebrachte Sachverhalt ist im Geltungsbereich der Verhandlungsmaxime dem nicht bewiesenen Sachverhalt gleichzusetzen.⁴³

E. 41

BGE 144 III 519 E. 5.2.1.1; BGer 4A_280/2019 vom 14. Oktober 2019 E. 4.1.

E. 42

DOLGE, Anforderungen an die Substanziierung, in: Dolge (Hrsg.), Substantiieren und Beweisen, 2013, S. 21; JOSI (Fn. 26), S. 86; vgl. auch BGE 108 II 337 E. 3.

E. 43

BGer 4A_210/2009 vom 7. April 2010 E. 3.2; KUKO ZPO-OBERHAMMER/WEBER, 3. Aufl. 2021, Art. 55 N. 12; ähnlich JOSI (Fn. 26), S. 62.

E. 44

BGer 4A_195/2014 und 4A_197/2014 vom 27. November 2014 E. 7.3.3 m.w.N. (nicht publ. in BGE 140 III 602).

E. 45

BGer 4A_291/2018 vom 10. Januar 2019 E. 4.4.2, 4A_370/2016 vom 13. Dezember 2016 E. 3.3 m.w.N.

E. 46

BK ZPO II-KILLIAS, 2012, Art. 221 N. 29; PAHUD, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2016, Art. 221 N. 16 ff.; BRUGGER (Fn. 29), S. 537.

E. 47

BK ZPO II-KILLIAS (Fn. 46), Art. 221 N. 29; JOSI (Fn. 26), S. 86; ähnlich BGer 4A_360/2017 vom 30. November 2017 E. 4.

E. 48

BK ZPO II-RÜETSCHI, 2012, Art. 180 N. 17 ff.; WEIBEL, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Fn. 23), Art. 180 N. 10 ff., je m.w.N.

- 17 - Art. 221 bis 226 ZPO sowie Art. 229 Abs. 2 ZPO und in Bezug auf neue Tatsachen und Beweismittel aus Art. 229 Abs. 1 ZPO (erstinstanzliches Verfahren) bzw. Art. 317 Abs. 1 ZPO (Berufungsverfahren). Nach der Rechtsprechung kann sich jede Partei in einem ordentlichen Verfahren zweimal unbeschränkt äussern: Ein erstes Mal im Rahmen des ersten Schriftenwechsels; ein zweites Mal entweder im Rahmen eines zweiten Schriftenwechsels oder – wenn kein solcher durchgeführt wird – an einer Instruktionsverhandlung (Art. 226 Abs. 2 ZPO) oder, sofern auch keine solche durchgeführt wird (oder die Parteien an der Instruktionsverhandlung nicht zum Vortrag zugelassen werden), "zu Beginn der Hauptverhandlung" vor den ersten Parteivorträgen (Art. 229 Abs. 2 ZPO).⁴⁹ Danach haben die Parteien nur noch unter den eingeschränkten Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO das Recht, neue Tatsachen und Beweismittel vorzubringen.⁵⁰ Dies bedeutet, dass neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und erst nach Abschluss des Schriftenwechsels oder nach der letzten Instruktionsverhandlung entstanden sind (echte Noven) oder bereits vor Abschluss des Schriftenwechsels oder vor der letzten Instruktionsverhandlung vorhanden waren, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten (unechte Noven). Das gilt insbesondere auch für die Entgegnung auf sog. Dupliknoven, d.h. neue Tatsachen oder Beweismittel, die von der beklagten Partei (erst) in der Duplik vorgetragen werden. Ist die klagende Partei zur Entgegnung von Behauptungen, die in der Duplik vorgetragen wurden und sich auf neue Tatsachen und Beweismittel stützen, auf echte Noven angewiesen, dürfen diese gemäss Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO ohne Weiteres vorgebracht werden. Bei unechten Noven ist gemäss Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO hingegen erforderlich, dass diese trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten.⁵¹ Grundsätzlich ist indes davon auszugehen, dass es der klagenden Partei weder möglich noch zumutbar ist, auf Vorrat in ihrer Replik sämtliche denkbaren Noven zu entkräften, mit denen der Prozessstoff in der Duplik noch ausgedehnt werden kann. Wenn daher in der Duplik Noven vorgebracht werden, welche die Klägerin ihrerseits mit unechten Noven entkräften will, so ist diesbezüglich die Voraussetzung von Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO, dass diese Noven vor Aktenabschluss trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorgebracht werden konnten, erfüllt. Damit der klagenden Partei dieser Sorgfaltsnachweis gelingt, ist immerhin unabdingbar, dass die Dupliknoven für diese Noveneingabe kausal sind. Erforderlich ist einerseits, dass (erst) die Dupliknoven das Vorbringen der unechten Noven veranlassen, und andererseits, dass die unechten Noven in technischer bzw. thematischer Hinsicht als Reaktion auf die Dup-

E. 49

BGE 144 III 67 E. 2.1.

E. 50

BGE 146 III 55 E. 2.3.1. 51 BGE 146 III 55 E. 2.5.2.

- 18 - liknoven aufzufassen sind. Für die Prüfung dieses Kausalzusammenhanges ist folglich eine genaue Betrachtung der zur Diskussion stehenden neuen Tatsachen und Beweismittel unumgänglich.⁵²