

# **BGer 4A 271/2016 vom 16. Januar 2017**

Bundesgericht, 2017-01-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_271\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_271_2016)

FR: TF 4A 271/2016 du 16 janvier 2017

IT: TF 4A 271/2016 del 16 gennaio 2017

## **Regeste**

aktienrechtliche Verantwortlichkeit; Streitverkündungsklage, | Gesellschaftsrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Beide Beschwerden richten sich gegen dasselbe Urteil des Handelsgerichts vom 18. März 2016. Es rechtfertigt sich daher, die Beschwerdeverfahren 4A\_271/2016 und 4A\_291/2016 zu vereinigen.

### **E. 2**

Das angefochtene Urteil betrifft eine Zivilsache ( Art. 72 BGG ) und ist von einem oberen kantonalen Gericht erlassen worden, das als Fachgericht für handelsrechtliche Streitigkeiten als einzige kantonale Instanz eingesetzt ist ( Art. 75 Abs. 1 lit. b BGG ). Sowohl die Klägerin als auch die Beklagte sind mit ihren Begehren vor der Vorinstanz ganz oder teilweise unterlegen ( Art. 76 BGG ) und die Beschwerden sind innert der Beschwerdefrist eingereicht worden ( Art. 100 BGG ). Auf sie ist unter Vorbehalt rechtsgenügender Begründung ( Art. 42 Abs. 2 BGG und Art. 106 Abs. 2 BGG ) einzutreten. Beschwerde der Klägerin (4A\_291/2016)

### **E. 3**

Gemäss Art. 755 Abs. 1 OR sind alle mit der Prüfung der Jahres- und Konzernrechnung, der Gründung, der Kapitalerhöhung oder Kapitalherabsetzung befassten Personen sowohl der Gesellschaft als auch den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen. Die Verantwortlichkeit der Revisionsstelle setzt eine schuldhafte Pflichtverletzung, einen Schaden und den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden voraus ( BGE 127 III 453 E. 5a; Urteil 4C.118/2005 vom 8. August 2005 E. 4). Entsprechend der allgemeinen Regel des Haftpflichtrechts, zu welchem die Art. 754 ff. OR gehören, obliegt dem Verantwortlichkeitskläger, die Elemente des Verantwortlichkeitsanspruchs, namentlich des Schadens, zu substantiieren und zu beweisen (Urteil 4A\_462/2009 vom 16. März 2010 E. 2, nicht publ. in: BGE 136 III 322 ).

#### **E. 3.1**

Schaden ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts die ungewollte Verminderung des Reinvermögens. Er kann in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder in entgangenem Gewinn bestehen und entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte ( BGE 129 III 331 E. 2 mit Verweisen; vgl. auch BGE 139 V 176 E. 8.1.1 S. 188 mit Hinweisen). Besteht der Schaden - wie hier

behauptet - in der Vergrößerung der Verschuldung der Konkursitin, welche durch eine verspätete Konkurserklärung entstanden ist (vgl. Art. 725 Abs. 2 und 729b Abs. 2 OR), im sogenannten Fortführungsschaden zufolge Konkursverschleppung, so ist die tatsächlich eingetretene Überschuldung der Konkursitin mit jener zu vergleichen, die bei einem Konkurs zum früheren Zeitpunkt bestanden hätte ( BGE 132 III 342 E. 2.3.3 S. 348; 132 III 564 E. 6.2 S. 575 f.). Er kann bundesrechtskonform in der Weise festgestellt werden, dass der aus den Buchhaltungsunterlagen ersichtliche Saldo im Zeitpunkt der Verletzung der Benachrichtigungspflicht zu Liquidationswerten mit dem (höheren) Verlust im Zeitpunkt der tatsächlich erfolgten Konkursöffnung verglichen wird (Urteil 4C.263/2004 vom 23. Mai 2005 E. 3, nicht publ. in: BGE 132 III 222 ). Es gilt also, den Vermögensstand der Gesellschaft bei Konkursöffnung mit dem Vermögen zu jenem Zeitpunkt zu vergleichen, auf welchen die eingeklagten Organe bzw. die Revisionsgesellschaft nach klägerischer Behauptung die Konkursöffnung bei pflichtgemäßem Handeln hätten herbeiführen müssen. Zu diesem Zweck kann der Überschuldungsgrad einzig gestützt auf Liquidationswerte ermittelt werden, denn die Konkursöffnung zieht die Auflösung der Gesellschaft nach sich ( Art. 736 Ziff. 3 OR ) und deren Liquidation nach den Regeln des Konkursrechts ( Art. 740 Abs. 5 OR ). In diesem Stadium hat der Fortführungswert, da der gewöhnliche Geschäftsbetrieb eingestellt wird, diesbezüglich seine Bedeutung verloren ( BGE 136 III 322 E. 3.2).

### **E. 3.2**

Ist der Schaden ziffernmässig nicht nachweisbar, ist er nach Art. 42 Abs. 2 OR nach Ermessen des Richters mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen abzuschätzen. Diese Bestimmung räumt dem Sachgericht für Fälle, in denen der strikte Nachweis des Schadens, sei es ziffernmässig oder mit Bezug auf den Schadenseintritt als solchen (vgl. BGE 132 III 379 E. 3.1 S. 381), ausgeschlossen ist, einen erweiterten Ermessensspielraum ein, indem sie ihm gestattet, den Schaden aufgrund einer blossen Schätzung als ausgewiesen zu erachten. Allerdings soll dem Geschädigten damit nicht die Möglichkeit eröffnet werden, ohne nähere Angaben Schadenersatzforderungen in beliebiger Höhe zu stellen. Art. 42 Abs. 2 OR zielt lediglich auf eine Beweiserleichterung und nicht etwa darauf ab, dem Geschädigten die Beweislast generell abzunehmen. Vielmehr hat der Geschädigte alle Umstände, die für den Eintritt eines Schadens sprechen und dessen Abschätzung erlauben oder erleichtern, soweit möglich und zumutbar zu behaupten und zu beweisen ( BGE 140 III 409 E. 4.3.1; 128 III 271 E. 2b/aa S. 276 f.; 122 III 219 E. 3a S. 221). Die vom Geschädigten vorgebrachten Umstände müssen geeignet sein, den Bestand des Schadens hinreichend zu belegen und seine Grössenordnung hinreichend fassbar werden zu lassen. Der Schluss, dass tatsächlich ein Schaden vom behaupteten ungefähren Umfang eingetreten ist, muss sich dem Gericht mit einer gewissen Überzeugungskraft aufdrängen ( BGE 122 III 219 E. 3a S. 221 f. mit Hinweisen).

### **E. 4**

Die Klägerin wirft der Vorinstanz vor, diese sei zu Unrecht zum Schluss gelangt, die Voraussetzungen einer Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR seien mangels hinreichender Substanziierung der Berechnungsgrundlagen nicht gegeben. Mit ihrer Beurteilung habe die Vorinstanz "einen gesamten, zusammenhängenden String von prozessualen sowie materiellrechtlichen Bundesnormen verletzt, nämlich u.a. Art. 150 ZPO , Art. 152 Abs. 1 ZPO , Art. 157 ZPO , Art. 55 ZPO , Art. 57 ZPO , Art. 8 ZGB , Art. 9 BV ,

Art. 5 BV (a fortiori), Art. 754 ff. OR , Art. 42 Abs. 2 OR . "

#### **E. 4.1**

Gemäss den Feststellungen im angefochtenen Entscheid - die für das Bundesgericht verbindlich sind ( Art. 105 Abs. 1 BGG ) - machte die Klägerin in ihren Rechtsschriften vor der Vorinstanz hinsichtlich des Eintritts und Ausmasses des Fortsetzungsschadens geltend, die Beklagte als Kontrollorgan der Gemeinschuldnerin hätte den Richter spätestens am 8. Dezember 2003 über die Überschuldung benachrichtigen müssen. Sowohl für diesen wie auch den Zeitpunkt der tatsächlich erfolgten Konkursanmeldung vom 13. Oktober 2004 existiere jedoch keine Zwischenbilanz. Der "Einfachheit halber" stellte die Klägerin für den geltend gemachten Fortsetzungsschaden daher auf den Zeitraum zwischen dem 31. Dezember 2003 und dem 31. Oktober 2004 ab. Diese Zeitspanne sei zwar kürzer als die Dauer der Konkursverschleppung, erlaubt nach Auffassung der Klägerin aber eine vereinfachte und nachvollziehbare Darstellung des im Sinne von Art. 42 OR "annäherungsweise" zu berechnenden Fortsetzungsschadens. Als Ausgangspunkt für die Schadensberechnung zog die Klägerin die letzte geprüfte Bilanz der Gemeinschuldnerin vom 31. Dezember 2003 heran. Bei der Ermittlung des Fortsetzungsschadens wollte die Klägerin die Liquidationswerte zu den massgeblichen Zeitpunkten vergleichen. Um die fehlenden Bilanzen zu Liquidationswerten annäherungsweise herzustellen, zog sie für jede Aktivposition der Bilanz eine mutmassliche Liquidationsquote heran. Dabei wendete sie bei den Bilanzpositionen per 31. Dezember 2003 wie auch bei denjenigen per 31. Juli 2004 die gleichen Ansätze an. Diese Wertkorrekturen setzte sie mit Verweis auf von ihr in Auftrag gegebene Privatgutachten eines Wirtschaftsprüfers und Betriebsökonomen ("Kurzgutachten zu den Verantwortlichkeitsansprüchen im Konkurs B. \_\_\_\_\_ AG" vom 30. Juni bzw. 10. August 2008 sowie "Ergänzung zum Gutachten vom 10.8.2008" vom 15. September 2011), "entsprechend allgemeiner Erfahrung bei Liquidationssituationen" wie folgt fest: - Für die Bilanzposition "Debitoren" eine Wertkorrektur von 10% aufgrund dessen, dass allgemein zu erwarten sei, dass die meisten Schuldner zahlen würden; - Für die Bilanzposition "Andere Forderungen" (wie Forderungen aus Verrechnungssteuer, Vorsteuer Warenaufwand, Forderungen aus einem Insolvenzverfahren in Deutschland) eine Wertkorrektur von 20% aufgrund ausstehender Abrechnungen sowie teilweise der Abhängigkeit von Passivpositionen, die zu einem leicht höheren Ausfallrisiko führen würden; - Für die Bilanzposition "Warenvorräte" eine Wertkorrektur von 70%, da erfahrungsgemäss bei einer Liquidation der Grossteil der Warenvorräte beinahe wertlos sei, weil hier meist Ware betroffen sei, die auf die Bedürfnisse der Gemeinschuldnerin zugeschnitten gewesen sei, weshalb kaum ein Markt bestanden habe; - Für die Bilanzposition "Finanzanlagen" eine Wertkorrektur von 75%, da diese Position nahestehende Gesellschaften betreffe, die sich in einer ähnlichen finanziellen Situation wie die Gemeinschuldnerin befunden hätten; - Für die Bilanzposition "Mobile Sachanlagen" eine Wertkorrektur von 60%, da erfahrungsgemäss alte, auf die Bedürfnisse der Gemeinschuldnerin zugeschnittene Einrichtungsanlagen nur mit massivem Abschlag verkäuflich seien; - Für die Bilanzposition "Immobilien" eine Wertkorrektur von 50%, da aufgrund des Eintrags im Altlastenkataster sowie der Konkursituation auch hier von erschwerter Verkäuflichkeit ausgegangen werden müsse; Nach der Bereinigung der Leasingpositionen und der Auflösung der Forderungsverzichte über Fr. 194'000.-- sowie der Bilanzierung zu Liquidationswerten berechnete die Klägerin einen Bilanzverlust von Fr. 9'035'000.-- per 31. Dezember 2003 bzw. von Fr. 9'509'000.-- per 31. Juli 2004. In der Differenz zwischen der Höhe der Überschuldung zu Veräusserungswerten zwischen dem

31. Dezember 2003 (rund Fr. 7'601'000.--) und dem 31. Juli 2004 (rund Fr. 8'075'000.--) stellte sie einen (Teil-) Schaden in der Höhe von Fr. 474'000.-- fest.

#### **E. 4.2**

Gestützt auf die klägerischen Ausführungen prüfte die Vorinstanz, ob die Voraussetzungen einer Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR gegeben sind. Dabei erwog sie, dass für den hypothetischen Konkursöffnungszeitpunkt keine Liquidationswerte vorliegen, weshalb der Nachweis des genauen Vermögensstands zu diesem Zeitpunkt unmöglich erscheine. Folglich sei der Klägerin der Beweis des Schadensausmasses insofern zu erleichtern, als dass die im Recht liegenden Jahresabschlüsse und Bilanzen zur Berechnung des Vermögensstandes im hypothetischen Konkursöffnungszeitpunkt herangezogen werden dürfen. Ob die Klägerin bei der Berichtigung der einzelnen Bilanzpositionen korrekt vorgegangen sei, könne indessen offen bleiben, da die von der Klägerin zur Schadensberechnung festgesetzten Liquidationswerte nicht genügend substantiiert seien. Für die Umstellung von Fortführungswerten zu Liquidationswerten der einzelnen Bilanzpositionen habe die Klägerin nämlich Wertkorrekturen vorgenommen, ohne diese hinreichend zu begründen. So sei unklar, nach welchen Kriterien diese festgesetzt worden sind. Auch aus der Ergänzung zum Gutachten vom 10. August 2008, worauf die Klägerin verweise, lasse sich dies nicht erschliessen. Daraus gehe lediglich hervor, dass "aufgrund der Branche und der speziellen Situation die praxisnahen Abschläge und Wertkorrekturen" zu empfehlen seien. Dies genüge für eine nachvollziehbare Festlegung der Liquidationswerte und damit letztlich für die Festsetzung des Schadens jedoch nicht. So wäre nach Auffassung der Vorinstanz zu erwarten gewesen, dass die Klägerin vorträgt, gestützt auf welche Erfahrungen in welcher Branche, in welchem Zeitraum und in welcher Region sie die entsprechenden Wertkorrekturen vorgenommen habe und insbesondere, worin die "spezielle Situation" bestehe. Die Darlegung der Berechnungsgrundlagen in diesem Sinne sei für die Klägerin durchaus zumutbar gewesen. Mit einem Beweisverfahren, insbesondere der Einholung eines Gutachtens wie von der Klägerin beantragt, lasse sich diese unzureichende Substantiierung nicht nachholen. Weiter komme hinzu, dass die Klägerin von einem hypothetischen Konkursöffnungszeitpunkt am 8. Dezember 2003 ausgehe, sich ihre Berechnung jedoch auf den 31. Dezember 2003 beziehe, ohne dass die Klägerin dartue, inwiefern und aus welchen Gründen der Schaden am 8. Dezember 2003 mindestens gleich gross gewesen sei wie am 31. Dezember 2003. Zur Berechnung des Vermögensstandes der Gemeinschuldnerin im Zeitpunkt der tatsächlichen Konkursöffnung hielt die Vorinstanz fest, dass diese unbestrittenermassen am 22. November 2004 erfolgt sei. Die Klägerin lege ihrer Schadensberechnung jedoch nicht die realen Liquidationswerte zugrunde, obschon es ihr möglich und zumutbar gewesen sei, diese mittels der Verteillisten und der Erlöse vorzutragen. Dass nämlich die Liquidationswerte im Zeitpunkt der tatsächlichen Konkursöffnung noch nicht feststünden, habe die Klägerin nicht behauptet. Stattdessen mache sie geltend, dass es im Zeitpunkt der Berechnung und Behauptung des Konkursverschleppungsschadens regelmässig noch gar nicht möglich sei, den definitiven, zur Abschlags- resp. Schlussverteilung gelangenden Vermögensstand der Konkursmasse zu bestimmen, da der Wert des durch die Führung des Verantwortlichkeitsprozesses resultierenden Vermögenszuwachses noch nicht bestimmt werden könne. Damit übersehe die Klägerin aber einerseits, dass der sich aus einer Verantwortlichkeitsklage möglicherweise ergebende Vermögenszuwachs ohnehin nicht zur Bestimmung der Überschuldung im tatsächlichen Konkursöffnungszeitpunkt hinzuzurechnen wäre. Andererseits werde die Klägerin aufgrund des Umstands, dass

gewisse Bilanzpositionen bei der Festsetzung der Überschuldung nicht miteinbezogen werden können, nicht davon befreit, dennoch im Rahmen des Möglichen die realen Erlöse darzulegen und gestützt darauf die Überschuldung zum realen Konkursöffnungszeitpunkt festzulegen. Die hierfür notwendigen Konkursakten stünden der Klägerin denn auch zur Verfügung. Mittels der von der Klägerin postulierten Schätzung können die Liquidationswerte im tatsächlichen Konkursöffnungszeitpunkt nach Auffassung der Vorinstanz jedenfalls nicht mittels Hochrechnung ermittelt werden. Damit fehlten für den tatsächlichen Konkursöffnungszeitpunkt die zur Berechnung des Schadens notwendigen Angaben hinsichtlich der realen Liquidationswerte. Das Gericht könne diese auch nicht durch ein Beweisverfahren, also ein Gutachten bzw. die Edition der Konkursakten feststellen lassen, würde dies doch zu einer Aushöhlung der Substanziierungspflicht und damit des Verhandlungsgrundsatzes führen. Weiter komme hinzu, dass die Klägerin für ihre Berechnung vom 31. Oktober 2004 ausgehe statt vom tatsächlichen Konkursöffnungszeitpunkt am 22. November 2004, ohne darzutun, inwiefern und aus welchen Gründen der Schaden am 31. Oktober 2004 mindestens gleich gross gewesen sei wie am 22. November 2004.

### **E. 4.3**

Gemäss Art. 42 Abs. 2 BGG ist in der Beschwerdebeurteilung in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt. Dies bedeutet, dass die Beschwerde auf die Erwägungen des angefochtenen Entscheids einzugehen und im Einzelnen aufzuzeigen hat, worin eine Verletzung von Bundesrecht liegt. Die beschwerdeführende Partei soll dabei in der Beschwerdeschrift nicht bloss die Rechtsstandpunkte, die sie im kantonalen Verfahren eingenommen hat, erneut bekräftigen, sondern mit ihrer Kritik an den als rechtsfehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz ansetzen ( BGE 140 III 86 E. 2 S. 89, 115 E. 2 S. 116). Denn vor Bundesgericht wird der vorinstanzliche Prozess nicht fortgeführt oder gar wiederholt, sondern es werden die Erwägungen des angefochtenen Entscheids im Lichte gezielt dagegen formulierter Rügen überprüft (Urteile 4A\_619/2015 vom 25. Mai 2016 E. 1.4.2; 6B\_235/2016 vom 9. August 2016 E. 4.2). Soweit ein Entscheid auf mehreren selbständigen alternativen Begründungen beruht, ist sodann für jede einzelne darzutun, weshalb sie Recht verletzt; denn soweit nicht beanstandete Begründungen das angefochtene Urteil selbständig stützen, fehlt das Rechtsschutzinteresse an der Beurteilung der gehörig begründeten Rügen ( BGE 133 IV 119 E. 6.3 S. 120 f.; vgl. auch BGE 132 III 555 E. 3.2 S. 560; je mit Hinweisen).

### **E. 4.4**

Wie die Beklagte in ihrer Beschwerdeantwort zu Recht geltend macht, setzt sich die Klägerin mit den Erwägungen der Vorinstanz nicht in einer den Begründungsanforderungen nach Art. 42 Abs. 2 BGG genügenden Weise auseinander:

#### **E. 4.4.1**

So behauptet die Klägerin zwar wiederholt, dass der Detaillierungsgrad der Substanziierung in den eingereichten Privatgutachten hoch sei und dass die vorinstanzliche Gerichtsdelegation anlässlich der Referentenaudienz vom 5. November 2013 die Darlegungen ihres Gutachters als "instruktiv sowie makellos" gelobt habe. Dabei handelt es sich aber um blosser Behauptungen; der Kritik der Vorinstanz, wonach nicht nachvollziehbar sei, gestützt auf welche Grundlagen die behaupteten Liquidationswerte errechnet worden sind, begegnet die Klägerin zwar mit einigen (vagen) Ausführungen. Mit

dem berechtigten Vorwurf der Vorinstanz, die Klägerin habe keine konkreten Zahlen zu den Liquidationswerten im Zeitpunkt des effektiven Konkurses vorgebracht, setzt sich diese indessen überhaupt nicht bzw. nicht hinreichend substantiiert auseinander. Eine solche Auseinandersetzung ist mit Blick auf die Begründungsanforderungen nach Art. 42 Abs. 2 BGG aber unerlässlich und lässt sich weder mit dem mehrfachen Hinweis auf die angebliche "Gegensubstanziierung" durch die Beklagte noch mit dem Hinweis auf die angeblich lobenden Worte der Gerichtsdelegation anlässlich der Referentenaudienz ersparen. In diesem Zusammenhang scheint die Beschwerdeführerin denn auch zu verkennen, dass es an einer Referentenaudienz in erster Linie darum geht, einen Vergleich abzuschliessen. Um die Bereitschaft hierzu zu fördern, kann ein Privatgutachten nützliche Dienste leisten, was seitens des Gerichts auch lobend vermerkt werden darf, aber keineswegs bedeutet, dass dieses bereits den Anforderungen an eine substantiierte Klage genügt. Unbehelflich ist schliesslich auch der Einwand, dass die Beklagte in der Lage gewesen sei, ihre eigene Streitverkündungsklage zu substantiieren: Denn eine Streitverkündungsklägerin muss ihrer Streitverkündungsklage notgedrungen einstweilen den Standpunkt der Hauptklägerin zugrunde legen (vgl. Urteil 4A\_618/2013 vom 22. April 2014 E. 1.4), womit sich aus dem blossen Umstand, dass eine Streitverkündungsklage erhoben wird, hinsichtlich der gehörigen Substanziierung der Hauptklage nichts ableiten lässt.

#### **E. 4.4.2**

Überhaupt keine Auseinandersetzung erfolgt sodann mit dem Vorwurf der Vorinstanz, die Klägerin beziehe sich bei ihrer Schadensberechnung nicht auf die Zeitpunkte der hypothetischen Konkurseröffnung am 8. Dezember 2003 und der tatsächlichen Konkurseröffnung am 22. November 2004, sondern auf den 31. Dezember 2003 und den 31. Oktober 2004, ohne darzutun, inwiefern und aus welchen Gründen der Fortsetzungsschaden zwischen diesen beiden Zeitpunkten mindestens gleich gross gewesen sei wie zwischen dem 8. Dezember 2004 und dem 22. November 2004. Damit genügt die Klägerin den Begründungsanforderungen auch insoweit nicht, als sie sich nicht mit allen Begründungssträngen, die das vorinstanzliche Urteil stützen, auseinandersetzt.

#### **E. 4.5**

Auf die Beschwerde der Klägerin ist damit mangels hinreichender Auseinandersetzung mit den Erwägungen im angefochtenen Entscheid nicht einzutreten. Beschwerde der Beklagten (4A\_271/2016)

#### **E. 5**

Die Beklagte wirft der Vorinstanz vor, diese habe gegen Art. 104 ff. ZPO verstossen, indem sie die Kosten für das Streitverkündungsverfahren der Beklagten statt ganz oder zumindest teilweise der Klägerin auferlegt habe. Die Klägerin sei entgegen der Auffassung der Vorinstanz keine "Dritte" im Streitverkündungsprozess, weshalb ihr die Kosten als unterliegende Hauptpartei aufzuerlegen sei. Im Übrigen sei die Beklagte in guten Treuen zur Erhebung einer Streitverkündungsklage veranlasst gewesen, was eine Kostenverteilung nach Ermessen gestützt auf Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO rechtfertige.

#### **E. 5.1**

Die Vorinstanz erwog, dass es sich bei der Streitverkündungsklage um eine aufschiebend bedingte Klage handle, da die Ansprüche der Streitverkündungsklägerin von der Hauptklage abhingen. Werde die Hauptklage abgewiesen, so führe dies daher zur

Gegenstandslosigkeit der Streitverkündungsklage. Was die Kostenverlegung für den Streitverkündungsprozess anbelangt, verwies die Vorinstanz auf verschiedene Lehrmeinungen und schloss sich dabei jener an, welche das Kostenrisiko für den gegenstandslos gewordenen Streitverkündungsprozess der Streitverkündungsklägerin auferlegen will. Denn eine Kostenaufgabe gemäss Art. 106 und Art. 107 ZPO setze voraus, dass zwischen den Parteien ein Prozessrechtsverhältnis bestehe, was zwischen der Hauptklägerin und der Streitverkündungsbeklagten gerade nicht der Fall sei, da die Hauptklägerin nicht am Streitverkündungsverfahren beteiligt sei. Mit Ausnahme der Bestimmung von Art. 108 ZPO gebe es keine Möglichkeit, Dritte für kostenpflichtig zu erklären. Eine Kostenaufgabe an die Hauptklägerin sei daher nicht angebracht. Eine Übernahme der Kosten des Streitverkündungsprozesses durch die Streitverkündungsklägerin sei auch deshalb nicht unbillig, weil diese sich darauf hätte beschränken können, der Streitverkündungsbeklagten lediglich den Streit zu verkünden bzw. den Ausgang des Hauptprozesses abzuwarten und erst nach einem allfälligen Unterliegen den Folgeprozess anzuheben.

### **E. 5.2**

Nach Art. 81 Abs. 1 ZPO kann die streitverkündende Partei ihre Ansprüche, die sie im Falle des Unterliegens gegen die streitberufene Person zu haben glaubt, beim Gericht, das mit der Hauptklage befasst ist, geltend machen. Mit der Erhebung einer Streitverkündungsklage können Ansprüche verschiedener Beteiligten in einem einzigen Prozess - statt in sukzessiven Einzelverfahren - behandelt werden ( BGE 142 III 271 E. 1.1; 139 III 67 E. 2.1 S. 71). Der Prozess erweitert sich dadurch zu einem Gesamt- bzw. Mehrparteienverfahren, in dem sowohl über die Leistungspflicht des Beklagten (Hauptprozess) als auch über den Anspruch der unterliegenden Partei gegenüber einem Dritten (Streitverkündungsprozess) befunden wird ( BGE 142 III 271 E. 1.1; 142 III 102 E. 5.3.2; 139 III 67 E. 2.1 S. 71). Zu beurteilen sind zwei je selbständige Klagen ( BGE 142 III 271 E. 1.1; 142 III 102 E. 5.3.2), wobei die Streitverkündungsklage als solche nicht etwa bedingt ist, sondern nur der damit geltend gemachte Anspruch ( BGE 142 III 102 E. 5.3.2). Die Erweiterung zu einem Gesamtverfahren ändert nichts daran, dass mit der Haupt- und Streitverkündungsklage je eigene Prozessrechtsverhältnisse begründet werden mit unterschiedlichen Parteikonstellationen und Rechtsbegehren ( BGE 142 III 271 E. 1.1; 139 III 67 E. 2.1 S. 71 mit Hinweisen). Für die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen von Streitverkündungsklagen kommen - mangels besonderer Regelung - die allgemeinen Grundsätze von Art. 106 ff. ZPO zur Anwendung (LORENZ DROESE, Die Streitverkündungsklage nach Art. 81 f. ZPO, in: SZPP 2010, S. 319).

### **E. 5.3**

Die Vorinstanz ging davon aus, dass es sich bei der Streitverkündungsklage um eine bedingte Klage handle. Mit der Abweisung der Hauptklage - also dem Nichteintritt der Bedingung - falle diese dahin und werde damit gegenstandslos. Dies wird auch von jenem Teil der Lehre vertreten, welche die Streitverkündungsklage als durch die Hauptklage aufschiebend bedingte Klage betrachtet (DANIEL SCHWANDER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Sutter-Somm et al. [Hrsg.], 3. Aufl. 2016, N. 24 zu Art. 81 ZPO, N. 36 zu Art. 82 ZPO; NINA J. FREI, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N. 11 f. und 59 zu Art. 81 ZPO; TARKAN GÖKSU, in: Brunner et al. [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. Aufl., 2016, N. 24 zu Art. 81 ZPO). Nach der bundesgerichtlichen

Rechtsprechung handelt es sich bei der Streitverkündungsklage aber gerade nicht um eine bedingte, sondern um eine unbedingte und selbständige Klage : Bedingt ist nur der mit der Streitverkündungsklage geltend gemachte Regressanspruch (oben E. 5.2 m.H. auf BGE 142 III 102 E. 5.3.2). Mit der Abweisung der Hauptklage entfällt damit die Bedingung für den Regressanspruch, womit die Streitverkündungsklage nicht etwa gegenstandslos wird, sondern sich als unbegründet erweist und abzuweisen ist. Die Vorinstanz hätte die Streitverkündungsklage im vorliegenden Fall daher richtigerweise abweisen müssen, statt sie als gegenstandslos abzuschreiben. Für eine ermessensweise Verteilung der Prozesskosten nach Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO , wie dies in der Lehre teilweise vertreten wird (so etwa von SCHWANDER, a.a.O., N. 36 zu Art. 82 ZPO , und FREI, a.a.O., N. 63 zu Art. 81 ZPO ), bleibt kein Raum. Vielmehr gelangt das Unterliegerprinzip gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO zur Anwendung, was bedeutet, dass die Prozesskosten vollumfänglich der unterliegenden Streitverkündungsklägerin aufzuerlegen sind (so auch ANDREAS GÜNGERICH, Die Streitverkündungsklage in Bausachen, BR 2014, S. 119; BARBARA KLETT/YVES BIELMANN, Die Streitverkündungsklage - Segen oder Fluch?, HAVE 2013, S. 315; PETER REETZ, Der neue Bauprozess - Tiefenbohrungen in der ZPO, in: Schweizerische Baurechtstagung 2011, 2011, S. 76), wie dies die Vorinstanz im Ergebnis zutreffend entschieden hat. Erst recht kein Raum verbleibt für eine Kostenauflegung an die Hauptklägerin, denn diese ist am Streitverkündungsprozess nicht beteiligt, weshalb ihr die daraus entstandenen Kosten auch nicht auferlegt werden können (GÜNGERICH, a.a.O., S. 119; BARBARA KLETT/YVES BIELMANN, a.a.O., S. 315). Entgegen der Auffassung der Beklagten rechtfertigt sich vorliegend auch keine Abweichung vom Unterliegerprinzip gestützt auf Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO : Danach kann das Gericht die Prozesskosten nach Ermessen verteilen, wenn eine Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst war. Eine solche Konstellation liegt jedoch beim Streitverkündungsprozess gerade nicht vor: Wer sich freiwillig dafür entscheidet, trotz ungewissen Ausgangs des Hauptverfahrens bereits mit der Klageantwort oder der Replik im Hauptprozess (vgl. Art. 82 Abs. 1 ZPO ) Streitverkündungsklage gegen einen Dritten zu erheben, muss die damit verbundenen Prozessrisiken auf sich nehmen, zumal diesen mit einer einfachen Streitverkündung leicht zu entgehen wäre (vgl. BGE 142 III 102 E. 5.1). Es ist daher zumutbar, die Streitverkündungsklägerin das volle Kostenrisiko des Streitverkündungsprozesses tragen zu lassen (so auch GÜNGERICH, a.a.O., S. 119). Die Vorinstanz hat damit die Prozesskosten des Streitverkündungsprozesses im Ergebnis zu Recht der Streitverkündungsklägerin auferlegt.

## **E. 6**

Die Beklagte rügt weiter, die Vorinstanz habe "offensichtlich irrtümlich vergessen ", die Kostenverteilung des vom Bundesgericht mit Urteil 4A\_435/2012 vom 4. Februar 2013 aufgehobenen Beschlusses der Vorinstanz vom 3. Juli 2012 (Nichtzulassung der Streitverkündungsklage) neu zu ordnen. Die Rüge ist unbegründet: Im Streitverkündungsprozess wird zunächst über die Zulassung der Streitverkündungsklage, also über deren Prozessvoraussetzungen, und anschliessend über deren Begründetheit entschieden. Obwohl sich damit die Zulässigkeits- und Begründetheitsprüfung der Streitverkündungsklage klar auseinanderhalten lassen, handelt es sich dabei lediglich um zwei Phasen des gleichen Prozesses , über dessen Kostenfolgen einheitlich zu entscheiden ist. Dies hat die Vorinstanz getan, indem sie den Kostenpunkt für das Streitverkündungsverfahren im vorliegend angefochtenen Entscheid einheitlich und abschliessend geregelt hat. Dass die Streitverkündungsklägerin hinsichtlich der Zulassung

zunächst durchgedrungen ist, ändert nichts daran, dass sie bezüglich der Begründetheit und damit im Streitverkündungsprozess insgesamt unterlegen ist. Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz die Kosten dieses Prozesses nach dem Unterliegerprinzip vollumfänglich der Streitverkündungsklägerin auferlegt hat.

## **E. 7**

Die Beklagte rügt weiter, die Vorinstanz habe die Höhe der Parteientschädigung für das Streitverkündungsverfahren willkürlich festgesetzt. Die Vorinstanz habe die Gerichtskosten für das Hauptverfahren auf Fr. 30'000.-- und für das Streitverkündungsverfahren auf Fr. 10'000.-- festgelegt, was in einem angemessenen Verhältnis von 1 zu 3 stehe. Im Gegensatz dazu betrage die Parteientschädigung in beiden Verfahren Fr. 33'500.--. Dies sei willkürlich, da der Aufwand im Streitverkündungsverfahren geringer gewesen sei als im Hauptverfahren. Ausserdem wende die Vorinstanz § 11 Abs. 2 der Zürcher Verordnung über die Anwaltsgebühren (AnwGebV/ZH; LS 215.3) zu Unrecht an, da weder eine zusätzliche Verhandlung noch ein zusätzlicher Schriftenwechsel stattgefunden habe.

### **E. 7.1**

Willkür in der Rechtsanwendung liegt nicht schon dann vor, wenn eine andere Lösung ebenfalls in Betracht zu ziehen oder gar vorzuziehen wäre, sondern nur, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft; dabei ist erforderlich, dass der Entscheid nicht nur in der Begründung, sondern auch im Ergebnis willkürlich ist (vgl. BGE 138 IV 13 E. 5.1 S. 22; 138 III 378 E. 6.1; 135 V 2 E. 1.3).

### **E. 7.2**

Gemäss § 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV/ZH bildet der Streit- bzw. Interessenwert die Grundlage für die Festsetzung der Anwaltsgebühr im Zivilprozess. Nach § 4 Abs. 1 AnwGebV/ZH liegt die Gebühr bei einem Streitwert zwischen Fr. 300'000.-- und Fr. 400'000.-- bei Fr. 19'400.-- zuzüglich 2 % des Fr. 300'000.-- übersteigenden Streitwerts. Der Anspruch auf die Gebühr entsteht mit der Erarbeitung der Begründung oder Beantwortung der Klage oder des Rechtsmittels (§ 11 Abs. 1 Satz 1 AnwGebV/ZH). Für die Teilnahme an zusätzlichen Verhandlungen und für weitere notwendige Rechtsschriften wird ein Einzelzuschlag von je höchstens der Hälfte der Gebühr berechnet (§ 11 Abs. 2 AnwGebV/ZH).

### **E. 7.3**

Die Vorinstanz ging sowohl für die Haupt- wie auch für die Streitverkündungsklage, mit der die Beklagte gegenüber der Streitverkündungsbeklagten Regress nehmen wollte, vom gleichen Streitwert in der Höhe von Fr. 445'800.-- aus. In Anwendung von § 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV/ZH und § 11 Abs. 1 und Abs. 2 AnwGebV/ZH i.V.m. § 4 Abs. 1 AnwGebV/ZH berechnete die Vorinstanz eine Parteientschädigung von Fr. 33'500.--.

### **E. 7.4**

Diese Berechnung ist unter Willkür Gesichtspunkten nicht zu beanstanden: Sie stützt sich auf die klaren Vorschriften der Zürcher Anwaltsgebührenverordnung, gemäss denen für die Berechnung der Parteientschädigung vom Streitwert auszugehen ist. Dass die Vorinstanz diesen falsch berechnet hätte, macht die Beklagte zu Recht nicht geltend. Weiter ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz vorliegend auch auf § 11 Abs. 2 AnwGebV/ZH abgestellt hat, fanden doch im Streitverkündungsprozess mehrere Schriftenwechsel statt,

nämlich zunächst zur Zulassung der Streitverkündungsklage und anschliessend zu deren Begründetheit. Damit rechtfertigt sich eine Erhöhung der Grundgebühr gestützt auf die genannte Norm. Die Rüge, die Vorinstanz habe die Zürcher Anwaltsgebührenverordnung willkürlich angewandt, erweist sich als unbegründet.

#### **E. 8**

Auf die Beschwerde der Klägerin ist nicht einzutreten und die Beschwerde der Beklagten ist abzuweisen. Ausgangsgemäss sind die bundesgerichtlichen Kosten der jeweiligen Beschwerdeführerin aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ) und diese zur Zahlung einer Parteientschädigung an die jeweils obsiegende Gegenpartei zu verurteilen ( Art. 68 Abs. 2 BGG ).

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