

ZH_HANDELSGERICHT HG110226 vom 18. März 2016

Zh Handelsgericht, 2016-03-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG110226

FR: ZH_HANDELSGERICHT HG110226 du 18 mars 2016

IT: ZH_HANDELSGERICHT HG110226 del 18 marzo 2016

Erwägungen

E. 1

Voraussetzungen der Haftung der Revisionsstelle Durch das Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Änderungen des Obligationenrechts wurden die Bestimmungen über die Revisionsstelle revidiert. Das Gesetz ist am 1. Januar 2008 in Kraft getreten. Die der Beklagten vorgeworfenen Pflichtverletzungen beziehen sich auf die Jahre 2003 und 2004 und sind demgemäss nach dem früheren Recht zu beurteilen (Art. 7 der Übergangsbestimmungen der Änderung vom 16. Dezember 2005). Massgebend sind somit Art. 727 ff. aOR für die Prüfungspflichten und Art. 755 aOR für die Verantwortlichkeit der Revisionsstelle. Gemäss Art. 755 aOR, welcher unverändert übernommen wurde und Art. 755 OR entspricht, sind alle mit der Prüfung der Jahres- und Konzernrechnung 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 Haftung der Organe setzt eine schuldhafte Pflichtverletzung, einen Schaden und einen Kausalzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden voraus.

E. 2

Schaden Als Erstes ist zu prüfen, ob überhaupt ein Schaden vorliegt. Sollte bereits diese Haftungsvoraussetzung verneint werden, würde sich die Prüfung der weiteren Haftungsvoraussetzungen erübrigen. Namentlich könnte die Frage, ob der Beklagten eine Pflichtverletzung vorgeworfen werden kann, und bejahendenfalls, auf welchen Zeitpunkt die hypothetische Konkurseröffnung festzusetzen wäre, offen bleiben.

- 11 -

E. 2.1

Parteivorbringen

E. 2.1.1

Die Klägerin fordert von der Beklagten Schadenersatz in der Höhe von CHF 445'000.–. Diesbezüglich bringt sie im Wesentlichen vor, dass die Beklagte als Kontrollorgan der Gemeinschuldnerin den Richter spätestens am 8. Dezember 2003 hätte benachrichtigen müssen. Die mit Schreiben vom 13. Oktober 2004 erfolgte Konkursanmeldung durch die Beklagte habe sich auf die letzte geprüfte Jahresrechnung der Gemeinschuldnerin aus dem Jahr 2003 (act. 2/37) sowie auf eine ungeprüfte Zwischenbilanz per 31. Juli 2004 (act. 2/34) gestützt. Obwohl bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung gemäss Art. 725 Abs. 2 OR eine Zwischenbilanz hätte erstellt und der Revisionsstelle zur Prüfung vorgelegt werden müssen, würden zu den fraglichen Zeitpunkten keine solchen vorliegen. Der Einfachheit halber werde daher der Zeitraum zwischen dem 31. Dezember 2003 und dem

31. Oktober 2004 betrachtet. Diese Zeitspanne sei zwar kürzer als die Dauer der Konkursverschleppung, erlaube aber eine vereinfachte und nachvoll- ziehbare Darstellung des im Sinne von Art. 42 OR annäherungsweise zu berech- nenden Fortsetzungsschadens. Die Kürzung komme der Beklagten zugute und habe neben der vereinfachten Darstellung auch die Vermeidung von Streitigkeiten bezüglich der genauen Dauer der Konkursverschleppung zum Zweck (act. 1 S. 66 f. Rz. 123 ff.). Zur konkreten Berechnung des Fortsetzungsschadens weist die Klägerin unter Berufung auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung (Urteil des Bundesgerichts 4C.436/2006 vom 18.04.2007, E. 3.3) zunächst darauf hin, dass zur Feststellung der Überschuldung der Gemeinschuldnerin im Zeitpunkt der tatsächlichen Kon- kurseröffnung auf die Verteilungsliste abgestellt werden könne. Hierzu führt sie im Wesentlichen aus, dass sich nach Liquidation der Vermögenswerte und Erstel- lung des Kollokationsplans eine Überschuldung der Gemeinschuldnerin per 22. November 2004 von CHF 11'568'456.75 ergeben habe. Eine Bilanz der Aktiva und Passiva der Gemeinschuldnerin per Anmeldung der Überschuldung durch die Beklagte am 13. Oktober 2003 (recte: 2004) existiere ihrer Kenntnis nach nicht. Was die Überschuldung der Gemeinschuldnerin zum Zeitpunkt der hypotheti- schen Bilanzhinterlegung per 8. Dezember 2003 betreffe, würden ebenfalls keine

- 12 - Bilanzen, weder zu Fortführungs- noch zu Liquidationswerten, vorliegen. Zur kon- kreten Berechnung des Fortsetzungsschadens werde daher von der genannten Jahresrechnung per 31. Dezember 2003 und der Zwischenrechnung per 31. Juli 2004 ausgegangen. In Ermangelung genauer Daten zu den relevanten Zeitpunk- ten sowie aus Gründen der Einfachheit und Nachvollziehbarkeit würden die mass- gebenden Zahlen im Folgenden "abstrakt" berechnet. Dabei werde die relevante Zeitspanne gekürzt betrachtet. Im Endergebnis führe diese Berechnungsweise zu einem vereinfachten und damit klaren Bild, das der Beklagten entgegenkomme. Da eine ziffernmässig nachweisbare Substantiierung des Schadens meist ohne- hin nicht möglich sei, könne der Richter den Schaden in Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR aufgrund einer blossen Schätzung als ausgewiesen erachten (act. 1 S. 67 ff. Rz. 127 ff.). Die Klägerin führt eine eigene Schadensberechnung an, zusammengefasst wie folgt: Als Ausgangspunkt für die Berechnung des Fortsetzungsschadens zieht die Klägerin zunächst die letzte geprüfte Bilanz der Gemeinschuldnerin vom 31. Dezember 2003 heran. Diese bereinigt sie in einem ersten Schritt, um eine unrichtige Darstellung der jeweiligen Finanzlage zu vermeiden. Zunächst sondert sie die vorhandenen Leasingpositionen aus, da diese Positionen geleaste Objekte zum Gegenstand gehabt hätten, welche die Gemeinschuldnerin nicht zu Eigen- tum erworben habe. Des Weiteren löst sie die Forderungsverzichte aus dem Pos- ten "Aktive Rechnungsabgrenzung" heraus, da diese nur im Falle der Fortführung der Gemeinschuldnerin Bestand gehabt hätten. Bei der Ermittlung des Fortsetzungsschadens will die Klägerin sodann die Liqui- dationswerte zu den massgeblichen Zeitpunkten vergleichen. Um die fehlenden Bilanzen zu Liquidationswerten annäherungsweise herzustellen, zieht sie daher in einem zweiten Schritt für jede Aktivposition der Bilanz eine mutmassliche Liquida- tionsquote heran. Dabei wendet sie bei den Bilanzpositionen per 31. Dezember 2003 wie auch bei denjenigen per 31. Juli 2004 die gleichen Ansätze an. Diese Wertkorrekturen setzt sie mit Verweis auf die Ergänzung zum Gutachten vom 10. August 2008, Überleitung von Fortführungs- zu Veräusserungswerten

- 13 - (act. 2/57), entsprechend allgemeiner Erfahrung bei Liquidationssituationen wie folgt fest: - Betreffend die Bilanzposition "Debitoren" hält die Klägerin aufgrund dessen, dass

allgemein zu erwarten sei, dass die meisten Schuldner zahlen würden, eine Wertkorrektur von lediglich 10 % für gerechtfertigt. - Betreffend die Bilanzposition "Andere Forderungen" (wie Forderungen aus Verrechnungssteuer, Vorsteuer Warenaufwand, Forderungen aus einem In- solvenzverfahren in Deutschland) erachtet die Klägerin aufgrund ausstehender Abrechnungen sowie teilweise der Abhängigkeit von Passivpositionen, die zu einem leicht höheren Ausfallrisiko führten, eine Wertkorrektur von 20 % als gerechtfertigt. - Betreffend die Bilanzposition "Warenvorräte" sieht die Klägerin eine Wertkorrektur von 70 % als gerechtfertigt, 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. - Hinsichtlich der Bilanzposition "Finanzanlagen" hält die Klägerin eine Wertkorrektur von 75 % für gerechtfertigt, da diese Position nahestehende Gesellschaften betreffe, die sich in einer ähnlichen finanziellen Situation wie die Gemeinschuldnerin befunden hätten. - Bezüglich der Bilanzposition "Mobile Sachanlagen" erachtet die Klägerin angesichts dessen, dass erfahrungsgemäss alte auf die Bedürfnisse der Gemeinschuldnerin zugeschnittene Einrichtungsanlagen nur mit massivem Abschlag verkäuflich seien, eine Wertkorrektur von 60 % als begründet. - Betreffend die Bilanzposition "Immobilien" sieht die Klägerin eine Wertkorrektur von 50 % als gerechtfertigt, da aufgrund des Eintrags im Altlastenkataster sowie der Konkurrenzsituation auch hier von erschwerter Verkäuflichkeit ausgegangen werden müsse.

- 14 - Nach der Bereinigung der Leasingpositionen und der Auflösung der Forderungsverzichte über CHF 194'000.– sowie der Bilanzierung zu Liquidationswerten berechnet die Klägerin einen Bilanzverlust von CHF 9'035'000.– per 31. Dezember 2003 bzw. CHF 9'509'000.– per 31. Juli 2004. In der Differenz zwischen der Höhe der Überschuldung zu Veräusserungswerten zwischen dem 31. Dezember 2003 (rund CHF 7'601'000.–) und dem 31. Juli 2004 (rund CHF 8'075'000.–) stellt sie daher einen ersten (Teil-)Schaden 1 in der Höhe von CHF 474'000.– fest (act. 1 S. 71 ff. Rz. 136 ff.). In einem dritten Schritt zieht die Klägerin die Erfolgsrechnung 2004 der Gemeinschuldnerin unter Berücksichtigung der geprüften Ergebnisse der vorangehenden Jahre sowie der ungeprüften Zwischenrechnung der Gemeinschuldnerin per 31. Juli 2004 heran, womit ein möglichst wirklichkeitsnahes Bild von den Entwicklungen im Geschäftsjahr 2004 erhalten werden soll. Dabei hält die Klägerin dafür, die ermittelten Zwischenwerte per 31. Juli 2004 für die (gekürzte) Zeitspanne von zehn Monaten, zwischen dem 31. Dezember 2003 und dem 31. Oktober 2004, hochzurechnen, um eine lineare Vorstellung des Geschäftsverlaufs zu erhalten. Da nach Meinung der Klägerin in der besagten Zwischenrechnung per 31. Juli 2004 diverse Zahlen unrealistisch erscheinen würden, erachtet es die Klägerin für notwendig, die korrekten Zahlen zu ermitteln, wozu sie die vorangehenden (geprüften) Zahlen in den Jahresrechnungen 2002 und 2003 als Vergleichsbasis heranziehen will. Dabei will sie der sich aus den Büchern ergebenden Tendenz des angebrochenen Jahres 2004 – soweit plausibel – Rechnung tragen. Hierzu führt die Klägerin aus, dass angesichts dessen, dass der Umsatz zwischen dem 1. Januar 2004 und dem 31. Juli 2004 nur CHF 706'000.– statt der durch die Geschäftsleitung angepeilten CHF 900'000.– betragen habe, der angebliche Break-Even-Wert von CHF 900'000.– zum Zeitpunkt der Zwischenbilanz am 31. Juli 2004 bereits um über 20 % unterschritten worden sei. Auch gegenüber dem Vorjahr sei der Umsatz nach sieben Monaten um knapp 20 % zurückgefallen. Obschon der ausserbuchhalterisch aufgezeichnete Auftragsbestand für den Rest des Jahres 2004 einen weiteren Umsatzrückgang erkennen lasse, werde dennoch zugunsten der Beklagten der

Umsatz der ersten 7 Monate für den Rest der betrachteten Zeitperiode linear hochgerechnet. Um die fehlenden Zahlen der rele-

- 15 - vanten Verschleppungsperiode von zehn Monaten zu erhalten, würden die Aufwendungen um drei Monate bis zum 31. Oktober 2004 linear hochgerechnet, wobei die einzelnen Werte der Einfachheit halber jeweils gerundet würden (act. 1 S. 79 ff. Rz. 145 ff.). Mit der vorgenommenen Korrektur/Ergänzung in der Erfolgsrechnung 2004 zwischen dem 1. Januar 2004 und dem 31. Oktober 2004 errechnet die Klägerin damit einen Periodenverlust von CHF 959'000.-. Nach Hinzurechnung des in der Zwischenrechnung vom 31. Juli 2004 ausgewiesenen Gewinns von CHF 53'000.- kommt sie auf eine Differenz von insgesamt CHF 1'012'000.-. Nach Ergänzung dieser berechneten, nicht erfassten Aufwendungen bis 31. Juli 2004 in der Bilanz und nach Hochrechnung der in den drei weiteren Monaten zwischen dem 1. August 2004 und dem 31. Oktober 2004 erzielten Einnahmen wie auch der getätigten Ausgaben der Gemeinschuldnerin und Erfassung in der Bilanz, errechnet die Klägerin damit einen (Teil-)Schaden in der Höhe von CHF 1'012'000.-. Im Ergebnis geht die Klägerin somit von einem Fortsetzungsschaden von insgesamt CHF 1'486'000.- aus. Schliesslich fügt die Klägerin an, dass eine Alternativberechnung anhand der Kreditorenliste zu einem beinahe identischen Resultat führe. Rechne man nämlich die zwischen dem 18. Dezember 2003 und dem 22. November 2004 entstandenen, nach wie vor unbeglichenen Forderungen der 3. Konkursklasse zusammen, so komme man auf einen Betrag von rund CHF 1'468'000.-. Von diesem Schaden lastet die Klägerin der Beklagten im Rahmen der Schadensbemessung rund einen Drittel an, was der eingeklagten Forderung von CHF 445'000.- entspreche (act. 1 S. 70 ff. Rz. 133 ff.).

E. 2.1.2

Die Beklagte bestreitet die von der Klägerin dargelegte Schadensberechnung aus mehreren Gründen. Zunächst bringt sie vor, dass der 8. Dezember 2003, selbst wenn eine Pflichtverletzung zu bejahen wäre, unmöglich der hypothetische Konkursöffnungszeitpunkt sein könne. Auch sei es unzulässig, dass die Klägerin "der Einfachheit halber" den Zeitpunkt für die Schadensberechnung auf den 31. Dezember 2003 verschiebe. Dasselbe gelte auch für den Zeitpunkt

- 16 - der realen Konkursöffnung, den die Klägerin ebenfalls "der Einfachheit halber" auf den 31. Oktober 2004 verschiebe. Diese Vereinfachung sei aber unverständlich, da vom 31. Oktober 2004 keine Bilanzen existieren würden. Damit verstosse die Klägerin gegen die Schadensformel des Bundesgerichts. Unverständlich sei auch die durch die Klägerin vorgenommene Ermittlung des Vermögensstandes im tatsächlichen Konkursöffnungszeitpunkt, da diese vereinfachungsweise einfach sei. So zeige der Kollokationsplan die Passiven und das Inventar die Aktiven; beides zu Liquidationswerten. Es sei unverständlich, dass die Klägerin derart komplizierte Rechnungen anstelle. Denn heute bestünde genügend Klarheit über die effektiven Werte der konkursiten Gemeinschuldnerin. Die Aktiven seien verwertet und der Konkurserlös bekannt. Auch der Kollokationsplan sei längst rechtskräftig und gebe die Schuldverhältnisse gegenüber den Gläubigern wieder. Der Vermögensstand im realen Konkurs sei dadurch eindeutig bestimmbar. Es sei daher unverständlich, dass die Klägerin eine komplizierte Schadensberechnung erstellt habe. Damit sei der Schaden nicht rechtsgenügend substantiiert. Sodann sei der von der Klägerin behauptete Fortsetzungsschaden nicht im Sinne von Art. 42 Abs. 2 OR zu schätzen. Es dürfe nämlich

nur derjenige Schaden vom Richter abgeschätzt werden, der nicht ziffernmässig nachweisbar sei, sich aber mit einer gewissen Überzeugungskraft aufdränge. Es gehe dabei vor allem um immaterielle Schädigungen, die sich der Quantifizierung entziehen würden. Das sei aber bei einer Schadenersatzklage nicht der Fall. Schadensberechnungen in Verantwortlichkeitsfällen seien möglich und zumutbar. Die Klägerin habe den Fortsetzungsschaden willkürlich berechnet; vermutlich soll damit ein für die Beklagte günstiger Schadensverlauf kaschiert werden. Diese Abweichung von der klaren Rechtsprechung des Bundesgerichts sei nicht zulässig und führe mangels Substantiierung zur Abweisung der Klage. Im Weiteren bringt die Beklagte vor, dass die Klägerin hinsichtlich der Wertkorrekturen zu günstige Erfahrungswerte eingesetzt habe. So seien die folgenden Erfahrungswerte für Wertkorrekturen in Konkursen notorisch: - Debitoren 80-90 % - Andere Forderungen 90-100 %

- 17 - - Warenvorräte 90-100 % - Finanzanlagen 90-100 % - Mobile Sachanlagen 90-100 % - Immobilien 30-90 %. Gerade bei der Position "Immobilien" zeige sich die Willkür der von der Klägerin eingesetzten Erfahrungswerte deutlich. So bewerte die Klägerin dies gemäss "Erfahrung" mit 50 %. Vergleiche man die Buchwerte der Immobilien in der Bilanz am 31. Dezember 2003 von CHF 3'753'000.- mit dem Erlös im Konkurs gemäss Verteilungslisten von CHF 600'000.- und CHF 475'000.- bzw. total CHF 1'075'000.-, so ergebe sich offenbar in casu ein Einschlag von über 71 %. Der rechtfertigende Hinweis der Klägerin auf das Altlastenkataster werde ihr gar zum Bumerang, denn dieser Eintrag habe selbstverständlich auch ein Jahr vorher existiert. Alles spreche dafür, dass der Verkauf der Immobilien im hypothetischen Konkurszeitpunkt mit dem gleichen Einschlag von 71 % hätte erfolgen müssen. Die "Erfahrungswerte" der Klägerin würden sich offenbar als "abstrakte" "Schadensaufblähungen", um der Beklagten einen (real vermutlich nicht existierenden) Fortführungsschaden anzulasten, entpuppen. Es werde vermutet, dass in allen Fällen die "Erfahrungswerte" der Klägerin erheblich von den einzig relevanten effektiven Konkurserlösen bei der Gemeinschuldnerin abweichen würden (act. 12 S. 162 ff. 437 ff.).

E. 2.1.3

Replicando hält die Klägerin an ihren Vorbringen in ihrer Klagebegründung fest mit dem Bemerkten, dass ihr erlaubt sei, weniger Konkursverschleppungsschaden einzufordern, als ihr von Rechts wegen zustehe. Ausserdem würde die Beklagte fehl gehen, wenn sie annehme, der Differenzschaden ergebe sich aus dem Vermögensstand per Zeitpunkt der hypothetischen Konkursöffnung abzüglich des Vermögensstandes gemäss Wert der Konkursmasse nach der Konkursliquidation. Wäre dies der Fall, würden Äpfel mit Birnen verglichen. Durch Liquidation der Verantwortlichkeitsansprüche würde die Masse gemehrt. Zum Vermögensstand der Konkursmasse könne jedoch kein zukünftiger Vermögenszuwachs gezählt werden; es zähle nur das real existierende Vermögen. Im Zeit-

- 18 - punkt der Berechnung und Behauptung des Konkursverschleppungsschadens sei es regelmässig gar noch nicht möglich, 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. Der zu berechnende Konkursverschleppungsschaden könne und dürfe demnach nicht davon abhängen, was das monetäre Ergebnis gerade der aktuell geführten Verantwortlichkeitsklage sein werde. Beim Differenzschaden handle es sich demgegenüber um eine normative Schadensberechnungsmethode, weshalb das Gesetz

Vereinfachungen insofern zulässig, als nicht nur die Überschuldung im hypothetischen Konkurseröffnungszeitpunkt normativ zu berechnen sei, sondern zwangsläufig auch derjenige per realem Konkurseröffnungszeitpunkt. Die Art und Weise der Berechnung des im Konkurseröffnungszeitpunkt vorhandenen Überschuldungsüberhangs stütze sich deshalb grundsätzlich auf die für diesen Zeitpunkt zu erstellende Bilanz zu Liquidationswerten gemäss Buchhaltung sowie Rechnungslegung der Gemeinschuldnerin. Es sei eine Zwischenbilanz zu Liquidationswerten per letztmaligem Monatsabschluss, im vorliegenden Fall per Ende Oktober 2004, zu erstellen, als ob gerade diese Zwischenbilanz zu Liquidationswerten der Benachrichtigung des Konkursrichters dienen sollte und gedient habe. Deshalb habe sich der Gesetzgeber resp. die Rechtsprechung zu Recht dafür entschieden, der Differenzmethode zwei normative Schadensberechnungen zugrunde zu legen; und eben gerade nicht eine normative per hypothetischem Konkurseröffnungszeitpunkt und eine faktische gemäss Erlösergebnis der Konkursliquidation. Im Rahmen der Konkursliquidation resultierende Erlöse könnten allenfalls zur Plausibilisierung herangezogen werden. Diese Liquidationserlöse aus dem Konkursverfahren gerade eins zu eins zu übernehmen, sei jedoch nicht erlaubt. Im Weiteren betont die Klägerin, dass für den Fall, dass der effektiven Konkurseröffnung keine Bilanz zu Liquidationswerten zugrunde liege, eine solche normativ nacherstellt werden müsse. Dabei sei es erlaubt, u.a. im Sinne von Art. 42 Abs. 2 OR, z.B. als Anhaltspunkte, die anlässlich der Konkursverwertung erzielten Erlöse

- 19 - vergleichsweise heranzuziehen. Allein in diesem beschränkten Rahmen habe ein IST-Verwertungserlös seine Bedeutung. Zudem fügt die Klägerin an, dass insbesondere bestritten werde, dass bereits sämtliche Aktiven der Gemeinschuldnerin verwertet worden seien. Der vorliegende Verantwortlichkeitsprozess diene dazu, einen wichtigen Aktivanspruch zu liquidieren. Die Beklagte gehe demnach grundsätzlich fehl, indem sie einer Liquidationsbilanz im hypothetischen Konkurseröffnungszeitpunkt die nicht existierende Schlussabrechnung gemäss Schlussverteilungsliste im Konkursverfahren gegenüberstellen wolle. Sodann hält die Klägerin an den in der Klagebegründung dargestellten Wertkorrekturen fest. Die Beklagte scheine zu übersehen, dass die zweifache, identische Anpassung der Abschreibungsansätze zu keiner Veränderung des Differenzschadens führen würde. Zudem erscheine es als weltfremd anzunehmen, dass im Konkursfall bis zu 9 von 10 Schuldnern ihre Schulden gegenüber der Gemeinschuldnerin nicht mehr freiwillig begleichen würden. Diese generell-abstrakte, beklagliche Vermutung werde als falsch sowie auch als unbeweisbar bestritten. Dieselbe Bestreitung erfolge auch jeweils für die generell-abstrakt angenommene Entwertung anderer Forderungen zu 90-100 %, der Finanzanlagen zu 90-100 %, der mobilen Sachanlagen zu 90-100 % sowie der Immobilien zu 30-90 %. All diese behaupteten Annahmen würden durch nichts belegt und entsprächen weder dem Stand der Wissenschaft, noch allgemeinen Grundsätzen der Rechnungslegung. Die Korrektur der Immobilienwerte sei auf Grundlage der angemessenen, längst überfällig gewesenenen Berücksichtigung der durch die Altlastenproblematik resultierenden Entwertung erfolgt. Es könne nicht davon die Rede sein, dass der Schaden absichtlich aufgebläht worden sei (act. 100 S. 176 ff. Rz. 847 ff.).

E. 2.1.4

Duplicando hält die Beklagte an ihren Ausführungen in der Klageantwort fest und weist überdies im Wesentlichen darauf hin, dass der Vermögensstand im realen Konkurs erst durch die Verwertung der Aktiven und Bereinigung der Passiven eindeutig bestimmbar

werde. Daraus ergebe sich am Ende das

- 20 - Vermögen, und erst jetzt könne der Schaden berechnet werden, indem man dieses Vermögen mit demjenigen im hypothetischen Konkurszeitpunkt vergleiche. Erst jetzt, nachdem der Schaden feststehe, könnten Verantwortlichkeitsklagen angehoben werden, weil der Schaden feststehe. Wenn danach aus Verantwortlichkeitsklagen Leistungen an die Masse erfolgten, gehörten diese nicht mehr zur Berechnung des Schadens bzw. würden diese zur Schadensreduktion beitragen, seien aber nicht Teil des Vermögens, welches für die Schadenberechnung relevant sei. Der entscheidende Bezugsrahmen für die Differenzmethode sei nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts immer und ausschliesslich der IST-Verwertungserlös im realen Konkurs. Im Weiteren führt die Beklagte zwecks gehöriger substantiierter Bestreitung eine eigene Berechnung der Liquidationswerte für jede einzelne Bilanzposition an (act. 100 S. 162 ff. Rz. 437 ff.). Da die detaillierte Schadensberechnung der Beklagten für die Entscheidungsfindung nicht notwendig ist, kann vorliegend auf deren Wiedergabe verzichtet werden.

E. 2.2

Rechtliches

E. 2.2.1

"Fortführungsschaden" Nach dem allgemeinen Schadensbegriff, wie er in der Praxis des Bundesgerichts verwendet wird, ist der Schaden die unfreiwillige Vermögensverminderung, die in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder im entgangenen Gewinn bestehen kann. Er entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (sog. Differenztheorie; Urteile des Bundesgerichts 4A_364/2013, 4A_394/2013 und 4A_396/2013 vom 5. März 2014, E. 7.1; Urteil des Bundesgerichts 4C.158/2006 vom 10. November 2006, E. 4.3). Der Schaden, der durch eine verzögerte Konkurseröffnung entstanden ist – also der sogenannte "Fortführungsschaden" (BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 18 Rz. 369 f.) – kann in der Weise festgestellt werden, dass der aus den Buchhaltungsunterlagen ersichtliche Saldo im Zeitpunkt der

- 21 - Verletzung der Benachrichtigungspflicht mit dem (höheren) Verlust im Zeitpunkt der tatsächlich erfolgten Konkurseröffnung verglichen wird (Urteil des Bundesgerichts 4C.263/2004 vom 23. Mai 2005, E. 3, nicht publ. in: BGE 132 III 222; BGE 132 III 342, E. 2.3.3; BGE 132 III 564, E. 6.2; GERICKE/WALLER, in: HONSELL/VOGT/WATTER [HRSG.], Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 754 N. 22 und Art. 755 N. 9; SUTER CLAUDIA, Der Schaden bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht [SSHW], Bd. Nr. 295, S. 204 f.; LUTERBACHER THIERRY, Die Schadenminderungspflicht unter besonderer Berücksichtigung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht [SSHW], Bd. Nr. 238, N. 155; LUTERBACHER THIERRY, Versicherung und Revisorenhaftung – Aspekte zur vorgeschlagenen Haftungsbeschränkung, in: Der Schweizer Treuhänder [ST], 2006, S. 864-872, S. 867; BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, a.a.O., § 18 N. 176a). Es gilt also den Vermögensstand der Gemeinschuldnerin bei Konkurseröffnung mit demjenigen Vermögensstand zu jenem Zeitpunkt zu vergleichen, auf welchen die eingeklagten Organe bzw. die Revisionsgesellschaft nach klägerischer Behauptung die Konkurseröffnung bei

pflichtgemässes Handeln hätten herbeiführen müssen. Dabei kann der Überschuldungsgrad einzig gestützt auf Liquidationswerte ermittelt werden, da die Konkurseröffnung die Auflösung der Gesellschaft (vgl. Art. 736 Ziff. 3 OR) und deren Liquidation nach den Regeln des Konkursrechts (vgl. Art. 740 Abs. 5 OR) nach sich zieht. In diesem Stadium hat der Fortführungswert, da der gewöhnliche Geschäftsbetrieb eingestellt wird, nämlich diesbezüglich seine Bedeutung verloren (Urteil des Bundesgerichts 4A_462/2009 vom 16. März 2010, E. 3.2; Urteil des Bundesgerichts 4A_324/2011 vom 16. Januar 2012, E. 2.1). Zur Ermittlung der Überschuldung der Gemeinschuldnerin im Zeitpunkt der tatsächlichen Konkurseröffnung kann auf die Verteilisten abgestellt werden (Urteil des Bundesgerichts 4C.436/2006 vom 18. April 2007, E. 3.3). Die Gesamtheit der rechtskräftig kollozierten Forderungen bildet hingegen keine verbindliche Grundlage (Urteil des Bundesgerichts 4C.275/2000 vom 24. April 2001, E. 3a; GLASL DANIEL, Die kollozierte Forderung im Verantwortlichkeitsprozess, SZW 2005, S. 157 ff., S. 163).

- 22 - Von der Schadensberechnung (Art. 42 OR) ist die Schadenersatzbemessung (Art. 43 und 44 OR) zu unterscheiden. Während die Schadensberechnung ein rein kalkulatives Verfahren zur Eruiierung und Feststellung des Schadens darstellt, wird bei der Schadenersatzbemessung normativ verfahren, indem Aspekte wie das Verschulden des Schädigers und allfällige Reduktionsgründe berücksichtigt werden (vgl. HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich 2014, N. 1848 ff.).

E. 2.2.2

Schadensschätzung gemäss Art. 42 Abs. 2 OR

E. 2.2.2.1

Grundsätzlich hat die Klägerin gemäss Art. 42 Abs. 1 i.V.m. Art. 99 Abs. 3 OR die einzelnen Elemente des Schadens ziffernmässig zu substantiieren und zu beweisen (Art. 8 ZGB; Urteil des Bundesgerichts 4A_462/2009 vom 16. März 2010, E. 2, nicht publ. in: BGE 136 III 322; BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, a.a.O., § 18 N. 136, N. 366, N. 371; SUTER, a.a.O., S. 127). 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 Gericht für Fälle, in denen der strikte Nachweis des Schadens – sei es ziffernmässig oder mit Bezug auf den Schadenseintritt als solchen (vgl. etwa BGE 132 III 379, E. 3.1) – ausgeschlossen ist, einen erweiterten Ermessensspielraum ein, indem sie ihm gestattet, den Schaden aufgrund einer blossen Schätzung als ausgewiesen zu erachten. Eine Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR setzt aber voraus, dass ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist. Der Schaden gilt als erwiesen, wenn sich genügend Anhaltspunkte ergeben, die geeignet sind, auf seinen Eintritt zu schliessen. Der Schluss muss sich mit einer gewissen Überzeugungskraft aufdrängen (BGE 132 III 379, E. 3.1; BGE 122 III 219, E. 3a). Da der Vermögensstand im Zeitpunkt der Konkurseröffnung bei pflichtgemässem Verhalten notwendigerweise auf einer Hypothese beruht, kann ein "Fortführungsschaden" letztlich ohnehin nur geschätzt werden. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung spricht eine natürliche Vermutung für die schadensstiftende Wir-

- 23 - kung einer verspäteten Überschuldungsanzeige (Urteil des Bundesgerichts 4A_462/2009, E. 3.4.4).

E. 2.2.2.2

Die Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR bedeutet aber nicht, dass die Klägerin von ihrer Behauptungs- und Substantiierungslast befreit wäre. So ist auch in Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR erforderlich, dass die Klägerin sämtliche Grundlagen für eine Berechnung substantiiert behauptet. Mit Art. 42 Abs. 2 OR wird nämlich nur eine Beweiserleichterung bezweckt (BGE 122 III 319, E. 3a). Der Klägerin wird dadurch nicht etwa die Möglichkeit eröffnet, ohne nähere Angaben Schadenersatzforderungen in beliebiger Höhe zu stellen (BGE 122 III 219, E. 3a). Es erfolgt also keine generelle Abnahme der Beweislast und keine Aufhebung der Beweispflicht. Vielmehr hat die Klägerin, wie es das Bundesgericht ausdrücklich festhält, "alle Umstände, die für den Eintritt eines Schadens sprechen und dessen Abschätzung erlauben oder erleichtern, soweit möglich und zumutbar zu behaupten und zu beweisen" (Urteil des Bundesgerichts 4A_462/2009 vom 16. März 2010, E. 2.2; Urteil des Bundesgerichts 4C.295/2006 vom 30. November 2006, E. 5.2.2; BGE 128 III 271, E. 2b/aa, mit Hinweisen; BGE 122 III 219, E. 3.a, mit Hinweisen). Entsprechend hat die Klägerin so viele individuell-konkrete Indizien wie möglich und zumutbar und so viele generell-abstrakte Erfahrungssätze wie zur Ergänzung des Sachverhalts notwendig vorzubringen. Das heisst, dass sowohl die tatsächlichen wie auch die hypothetischen Parameter der Schadensberechnung detailliert dargelegt werden müssen (vgl. dazu sinngemäss: Urteile des Bundesgerichts 4A_364/2013, 4A_394/2013 und 4A_396/2013 vom

E. 2.2.3

Berechnung des "Fortführungsschadens" im Besonderen Hinsichtlich der Berechnung des "Fortführungsschadens" stellt die Bestimmung der Liquidationswerte im hypothetischen Konkursöffnungszeitpunkt das Hauptproblem dar. Denn gerade die Ermittlung des Zeitpunkts, in dem der Konkurs bei pflichtgemäsem Handeln hätte eröffnet werden sollen und die Feststellung der Vermögenslage in jenem Zeitpunkt ist regelmässig mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden, da die Preisentwicklung der Vermögenswerte meist nur noch geschätzt werden kann. Sollte sich ein genauer Nachweis als äusserst schwierig oder nicht möglich erweisen, darf daher der Schaden in Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR ohne Weiteres geschätzt werden (UMBACH/WEBER, Schadensberechnung in Verantwortlichkeitsprozessen, in: WEBER [HRSG.], Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Zürich 2003, S. 111-137, S. 126 f.; LUTERBACHER, Schadensminderungspflicht, a.a.O., N. 155). Für die Überführung der Fortführungs- zu den Liquidationswerten bedeutet dies, dass diese Werte anhand der allgemeinen Preisentwicklung in der Region geschätzt werden dürfen (Urteil des Bundesgerichts 4C.117/1999 vom 16. November 1999, E. 2b). Im Gegensatz zum hypothetischen Konkurszeitpunkt steht der tatsächliche Konkursöffnungszeitpunkt immer fest, was jedoch nicht bedeutet, dass diesfalls auch die Vermögenswerte ohne Weiteres ermittelt werden können. Ist der Konkurs im Zeitpunkt der Verantwortlichkeitsklage nämlich noch nicht abgeschlossen, und stehen die Liquidati-

- 25 - onswerte im Zeitpunkt des tatsächlichen Konkurses noch nicht fest, so ist auch hierfür unter Umständen eine Schätzung erforderlich und zulässig. Dabei hat die Klägerin – wie erwähnt – aber auch in Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR, soweit zumutbar, sämtliche

Rahmenbedingungen der Schadensbe- rechnung substantiiert vorzutragen. Das bedeutet, dass die Klägerin dem Gericht den relevanten Zeitraum, die für die Schadensberechnung notwendigen Bilanzpo- sitionen sowie die zur Bestimmung der Vermögenswerte zur Anwendung ge- brachten Bewertungskriterien in rechtsgenügender Weise vortragen und die dafür notwendigen Beweise, soweit möglich, darlegen muss. Unterlässt sie es indes- sen, die Rahmenbedingungen der Schadensschätzung darzulegen, obschon es ihr möglich wäre, so kann eine Schadensschätzung auch durch das Gericht nicht vorgenommen werden. Mittels eines Beweisverfahrens darf nämlich eine nicht oder nicht genügend substantiierte Behauptung nachträglich nicht mehr korrigiert werden, führte dies ansonsten doch zu einer Aushöhlung der Substantiierungs- pflicht und damit des Grundsatzes der Verhandlungsmaxime.

E. 2.3

Würdigung

E. 2.3.1

Anwendbarkeit der Differenzhypothese Wie erwähnt, stützt sich das Bundesgericht bei der Ermittlung des "Fortführungs- schadens" auf die Differenzhypothese, deren Anwendbarkeit im Übrigen auch von den Parteien unbestritten ist. Demnach ist zur Ermittlung des Schadens die Über- schuldung zu Liquidationswerten im hypothetischen mit derjenigen im tatsächli- chen Konkursöffnungszeitpunkt zu vergleichen.

E. 2.3.2

Anwendbarkeit von Art. 42 Abs. 2 OR Da gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung eine natürliche Vermutung für die schadensstiftende Wirkung einer verspäteten Überschuldungsanzeige besteht, ist Art. 42 Abs. 2 OR zur Ermittlung des geltend gemachten "Fortführungsschadens" – entgegen den Ausführungen der Beklagten – grundsätzlich anwendbar. Zu be- rücksichtigen gilt dabei, dass die mit Art. 42 Abs. 2 OR bezweckte Beweiserleich- terung nur dann greifen darf, wenn der strikte Nachweis des Schadens bzw. der

- 26 - für die Schadensberechnung notwendigen Grundlagen, nicht möglich oder nicht zumutbar ist. Wie sogleich zu zeigen sein wird, kann vorliegend eine Schadensschätzung in Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR nicht vorgenommen werden, da die Klägerin die entsprechenden Grundlagen für eine Schadensberechnung nicht bzw. nicht genügend substantiiert vorträgt.

E. 2.3.2.1

Bestimmung der Liquidationswerte im hypothetischen Konkursöff- nungszeitpunkt Die Klägerin behauptet, die Beklagte hätte den Richter spätestens am

E. 2.3.2.2

Bestimmung der Liquidationswerte im tatsächlichen Konkursöff- nungszeitpunkt Die Konkursöffnung erfolgte unbestrittenermassen am 22. November 2004. Hinsichtlich des tatsächlichen Konkursöffnungszeitpunkts legt die Klägerin ihrer Schadensberechnung aber nicht die realen Liquidationswerte zugrunde. Dies, obschon es ihr möglich und zumutbar gewesen wäre, die Liquidationswerte im tatsächlichen Konkursöffnungszeitpunkt mittels der Verteillisten und der Erlöse vorzutragen. Dass nämlich die Liquidationswerte im Zeitpunkt der tatsächlichen Konkursöffnung noch nicht

feststehen würden, womit die Darlegung der realen Vermögenswerte im tatsächlichen Konkursöffnungszeitpunkt unmöglich oder unzumutbar wäre, hat die Klägerin nicht behauptet. Stattdessen macht sie geltend, dass es im Zeitpunkt der Berechnung und Behauptung des Konkursverschleppungsschadens regelmässig gar noch 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. Mit ihren Vorbringen übersieht die Klägerin einerseits, dass der sich allfällig aus einer Verantwortlichkeitsklage ergebende Vermögenszuwachs – wie dies die Beklagte zurecht vorträgt – ohnehin nicht zur Bestimmung der Überschuldung im tatsächlichen Konkursöffnungszeitpunkt hinzuzurechnen wäre. Andererseits wird die Klägerin aufgrund des Umstands, dass gewisse Bilanzpositionen bei der Festsetzung der Überschuldung nicht miteinbezogen werden können, nicht davon befreit, dennoch – soweit als möglich – die realen Erlöse darzulegen und gestützt darauf die Überschuldung zum realen Konkursöffnungszeitpunkt festzulegen. Da es sich bei der Klägerin um die Konkursmasse handelt, stünden ihr auch die dafür notwendigen Konkursakten zur Verfügung. Unzutreffend ist der klägerische Einwand, wonach sich der Gesetzgeber resp. die Rechtsprechung für die Vorgehensweise der Klägerin mittels der normativen Schadensberechnungsmethode entschieden hätte, womit der Differenzmethode

- 29 - zwei normative Schadensberechnungen zugrunde zu legen seien. Wie erwähnt, gelangt gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung die Differenzhypothese zur Anwendung, und ist der Saldo per tatsächlichem Konkursöffnungszeitpunkt mittels der Verteillisten und der Erlöse zu errechnen. Ein "normativer" Schaden, d.h. ein Nachteil, der sich nicht in einer Vermögensdifferenz manifestiert hätte, ist von der Klägerin weder geltend gemacht worden noch ersichtlich. Nicht nachvollziehbar sind daher die diesbezüglichen klägerischen Ausführungen. Vorliegend kann die Ermittlung der Liquidationswerte im tatsächlichen Konkursöffnungszeitpunkt nicht anhand der von der Klägerin postulierten Schätzung mittels Hochrechnung vorgenommen werden. Damit fehlen im tatsächlichen Konkursöffnungszeitpunkt die zur Berechnung des Schadens notwendigen Angaben hinsichtlich der realen Liquidationswerte. Daher ist es dem Gericht auch nicht möglich, diese durch ein Beweisverfahren, also ein Gutachten bzw. durch die Edition der Konkursakten, wogegen sich die Klägerin im Übrigen wehrt, feststellen zu lassen, würde dies doch zu einer Aushöhlung der Substantiierungspflicht und damit des Grundsatzes der Verhandlungsmaxime führen. Dies gilt umso mehr, als die Klägerin bereits in der Klageantwort darauf hingewiesen wurde, dass die Festsetzung des Vermögens zum tatsächlichen Konkursöffnungszeitpunkt mittels Hochrechnung nicht haltbar sei. Dennoch hat es die Klägerin in der Folge unterlassen, die entsprechenden realen Liquidationswerte in den Prozess einzubringen. Somit hat die Klägerin die realen Liquidationswerte im tatsächlichen Konkursöffnungszeitpunkt nicht dargelegt, womit es an den für eine Schadensschätzung notwendigen Berechnungsgrundlagen fehlt. Kommt hinzu, dass die Klägerin für ihre Berechnung vom 31. Oktober 2004 ausgeht statt vom tatsächlichen Konkursöffnungszeitpunkt am 22. November 2004, ohne darzutun, inwiefern und aus welchen Gründen der Schaden am 31. Oktober 2004 mindestens gleich gross war wie am 22. November 2004 (vgl. act. 1 S. 66 f Rz. 125). Schliesslich ist festzuhalten, dass sich die von der Klägerin vorgenommene Berechnung der Liquidationswerte im tatsächlichen Konkursöffnungszeitpunkt auf

- 30 - diejenigen Liquidationswerte im hypothetischen Konkursöffnungszeitpunkt stützen. Angesichts dessen, dass sich bereits die Liquidationswerte im hypothetischen Konkursöffnungszeitpunkt – wie vorstehend ausgeführt (Erw. 2.3.2.1.) – als nicht hinreichend substantiiert erweisen, würde deshalb Entsprechendes ohnehin auch für diejenigen im tatsächlichen Konkursöffnungszeitpunkt gelten.

E. 2.3.3

Fazit Die Hauptklage erweist sich somit hinsichtlich des Schadens aufgrund der fehlenden bzw. nicht genügend dargelegten Berechnungsgrundlagen als nicht substantiiert, womit eine Schadensschätzung im Rahmen von Art. 42 Abs. 2 OR auch durch das Gericht nicht vorgenommen werden kann. Einerseits legt die Klägerin hinsichtlich des hypothetischen Konkursöffnungszeitpunkts nämlich die zur Bestimmung der bestrittenen Wertkorrekturen herangezogenen Kriterien nicht dar, womit sich die entsprechenden Liquidationswerte als nicht hinreichend substantiiert erweisen. Und andererseits fehlt es bezüglich des tatsächlichen Konkursöffnungszeitpunkts mangels Darlegung der realen Vermögenswerte an den für eine Schadensschätzung notwendigen Berechnungsgrundlagen. Ohnehin wären die von der Klägerin mittels Hochrechnung dargelegten Liquidationswerte im tatsächlichen Konkursöffnungszeitpunkt nicht hinreichend substantiiert, stützen sich diese doch auf die nicht rechtsgenügend vorgetragenen Liquidationswerte im hypothetischen Konkursöffnungszeitpunkt. Damit erübrigen sich weitere Ausführungen hinsichtlich des Schadens und der weiteren Haftungsvoraussetzungen. Die Hauptklage ist somit abzuweisen. 3. Gegenstandslosigkeit der Streitverkündungsklage Bei der Streitverkündungsklage handelt es sich um eine aufschiebend bedingte Klage, da die Ansprüche der Streitverkündungsklägerin von der Hauptklage abhängen (GROSS/ZUBER, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. I, Bern 2012, Art. 82 N. 39). Wird die Hauptklage abgewiesen, so führt dies zur Gegenstandslosigkeit der Streitverkündungsklage (SCHWANDER, in: SUT-

- 31 - TER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [HRSG.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Art. 82 ZPO N. 36; vgl. ferner PETER REETZ, Der neue Bauprozess - Tiefenbohrungen in der ZPO, in: Schweizerische Baurechtstagung 2011, ...für alle, die bauen, Zürich 2010, S. 77). Da vorliegend die Hauptklage abzuweisen ist, ist folglich die Streitverkündungsklage als gegenstandslos erledigt abzuschreiben. 4. Kosten- und Entschädigungsfolgen 4.1. Höhe der Gerichtsgebühr Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (Art. 96 ZPO i.V.m. Art. 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert, bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Vorliegend betragen die Streitwerte sowohl der Haupt- als auch der Streitverkündungsklage je CHF 445'800.–. Im Gesetz nicht geregelt und höchstrichterlich noch nicht entschieden ist, ob die Streitwerte der Haupt- und Streitverkündungsklage zur Festlegung der Gerichtskosten zusammenzurechnen sind. Es finden sich lediglich entsprechende Bestimmungen zur Klagehäufung und zur Widerklage (vgl. GROSS/ZUBER, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, a.a.O., Art. 82 N. 29 f.). In beiden Fällen – insbesondere bei der Widerklage, welches Institut am ehesten mit der vorliegenden Streitverkündungsklage vergleichbar ist – werden die Streitwerte zur Bestimmung der Prozesskosten zusammengerechnet, sofern sich die Ansprüche nicht gegenseitig ausschliessen (Art. 93 Abs. 1 ZPO bzw. Art. 94 Abs. 2 ZPO). Von einer entsprechenden analogen Anwendung ist aber abzusehen, setzt doch in Kostenfragen das Legalitätsprinzip einer analogen

Anwendung einer nicht einschlägigen Bestimmung Grenzen (vgl. BGE 132 I 117, E. 4.1). Zudem spricht gegen eine analoge Anwendung, dass der Gesetzgeber für die genannten Sondertatbestände die Streitwertberechnung gesondert geregelt hat, nicht jedoch für die Streitverkündungsklage. Das deutet darauf hin, dass in den anderen Fällen die allgemeinen Regeln gelten sollen. Dies umso mehr, als Art. 94 Abs. 2 ZPO lediglich eine sinnguläre Spezialvorschrift darstellt (vgl. RÜEGG, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER

- 32 - [HRSG.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 94 N. 4), die es eng auszulegen gilt (GROSS/ZUBER, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, a.a.O., Art. 82 N. 29; vgl. auch den Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern ZK 15 233 vom 17. Juli 2015, E. 19.1, mit weiteren Hinweisen). Damit sind die Gerichtsgebühren für Haupt- und Streitverkündungsklage nicht zusammenzurechnen, sondern je separat festzusetzen. Für die Hauptklage ist die Gerichtsgebühr angesichts des Umfangs des vorliegenden Falles auf der Grundlage eines Streitwerts von CHF 445'800.– in Anwendung von § 4 Abs. 1 GebV OG auf CHF 30'000.– festzusetzen. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen bezüglich der Streitverkündungsklage gegen den Streitverkündungsbeklagten 1 wurde bereits endgültig entschieden (act. 96). Vorliegend ist daher nur noch über die Kosten- und Entschädigungsfolgen der Streitverkündungsklage gegen die Streitverkündungsbeklagte 2 zu befinden. Für diese Streitverkündungsklage ist die Gebühr ausgehend von einem Streitwert von CHF 445'800.–, was eine Gerichtsgebühr von CHF 20'000.– ergibt, in Anwendung § 4 Abs. 2 und § 10 Abs. 1 GebV OG und unter Berücksichtigung einerseits einer Erhöhung aufgrund des Zulassungsverfahrens, andererseits einer Reduktion zufolge Abschreibung des Verfahrens betreffend die Streitverkündungsklage gegenüber der Streitverkündungsbeklagten 2 auf CHF 10'000.– festzusetzen. 4.2. Kostenfolge Wird die Hauptklage abgewiesen, hat die (Haupt-)Klägerin nach dem allgemeinen Grundsatz die Kosten des Hauptprozesses zu tragen. Die Abweisung der Hauptklage führt sodann – wie erwähnt – zur Gegenstandslosigkeit der Streitverkündungsklage, was zur Abschreibung des Streitverkündungsprozesses führt. Wie die Kostenverteilung bei Gegenstandslosigkeit der Streitverkündungsklage vorzunehmen ist, ist in der Lehre umstritten. Der überwiegende Teil der Lehre ist wohl der Meinung, dass zumindest ein Teil der Kosten des Streitverkündungsprozesses auch der (Haupt-)Klägerin auferlegt werden dürfe, sofern sich die Streitverkündungsklägerin in guten Treuen zur Erhebung der Streitverkündungsklage veranlasst sah (FREI, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER [HRSG.], Basler Kommentar,

- 33 - Schweizerische Zivilprozessordnung, a.a.O., Art. 81 N. 64; SCHWANDER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [HRSG.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Art. 82 ZPO N. 36; GÖKSU, in: BRUNNER/GASSER/SCHWANDER [HRSG.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Zürich/St.Gallen 2011, Art. 82 N. 27; GROSS/ZUBER, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. I, Bern 2012, Art. 82 N. 44; REETZ PETER, Der neue Bauprozess, a.a.O., S. 76 Fn. 8). Ein anderer Teil der Lehre erachtet es indes als zumutbar, das Kostenrisiko der Streitverkündungsklägerin aufzuerlegen (KLETT BARBARA/BIELMANN YVES, Die Streitverkündungsklage – Segen oder Fluch?, in: HAVE 4/2013, S. 315; GÜNGERICH ANDREAS, Die Streitverkündungsklage in Bausachen, in: BR 2014, S. 119; ferner DROESE LORENZ, Die Streitverkündungsklage nach Art. 81 f. ZPO, in: SZPP 2010, S. 319). Aus folgenden

Gründen ist letzterer Lehrmeinung zuzustimmen: Eine Kostenaufgabe gemäss Art. 106 und Art. 107 ZPO setzt voraus, dass ein Prozessrechtsverhältnis besteht, was bei einer Hauptklage und einer Streitverkündungsklage zwischen der (Haupt-)Klägerin und der Streitverkündungsbeklagten nicht der Fall ist. Die (Haupt-)Klägerin ist nicht am Streitverkündungsverfahren beteiligt. Es handelt sich daher um zwei unterschiedliche Prozessrechtsverhältnisse. Mit Ausnahme der Bestimmung von Art. 108 ZPO gibt es keine Möglichkeit, Dritte für kostenpflichtig zu erklären. Aufgrund dessen wird denn auch mit der Teilrevision des Obligationsrechts eine Änderung der Bestimmung von Art. 107 ZPO in Betracht gezogen, da mit der jetzigen Fassung keine gesetzliche Grundlage zur Kostenaufgabe an eine an einem Verantwortlichkeitsprozess unbeteiligte Gesellschaft – also einen Dritten – besteht (vgl. dazu BBl. 2009, 299, S. 327 f.; BINDER/ROBERTO, in: ROBERTO/TRÜEB [HRSG.], Handkommentar zur Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 756 N. 16). Eine Kostenaufgabe an die (Haupt-)Klägerin ist daher nicht angebracht. Eine Übernahme der Kosten des Streitverkündungsklageprozesses durch die Streitverkündungsklägerin ist auch deshalb nicht unbillig, weil sie nicht zu dieser Klage verpflichtet war und keine Notwendigkeit bestand, hätte sie sich doch darauf beschränken können, der Streitverkündungsbeklagten lediglich den Streit zu verkünden bzw. den Ausgang des Hauptprozesses abzuwarten und erst nach ei-

- 34 - nem allfälligen Unterliegen den Folgeprozess anheben können. Es erscheint daher auch zumutbar, der Streitverkündungsklägerin das Kostenrisiko zu überbinden. Kommt hinzu, dass vorliegend auch keine Gründe ersichtlich sind und im Übrigen auch von der Beklagten und Streitverkündungsklägerin nicht vorgebracht wurden, welche eine Kostenaufgabe an die (Haupt-)Klägerin rechtfertigen würden. Aus den dargelegten Gründen hat die (Haupt-)Klägerin die Kosten des Hauptklageverfahrens von CHF 30'000.– und die Beklagte und Streitverkündungsklägerin die Kosten der Streitverkündungsklage gegenüber der Streitverkündungsbeklagten 2 in der Höhe von CHF 10'000.– zu tragen. 4.3. Entschädigungsfolge Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die (Haupt-)Klägerin betreffend die Hauptklage gegenüber der Beklagten und Streitverkündungsklägerin entschädigungspflichtig (Art. 95 Abs. 1 ZPO; Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 105 ZPO). Dabei hat sie der Beklagten und Streitverkündungsklägerin ausgehend von einem Streitwert für den Hauptprozess von CHF 445'800.– in Anwendung von § 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV und § 11 Abs. 1 und Abs. 2 AnwGebV i.V.m. § 4 Abs. 1 AnwGebV eine Parteientschädigung von CHF 33'500.– zu bezahlen. Diese ist aus der von der (Haupt-)Klägerin geleisteten Sicherheit auszubezahlen. Entsprechend der Kostenaufgabe hinsichtlich der Streitverkündungsklage an die Beklagte und Streitverkündungsklägerin hat diese der Streitverkündungsbeklagten 2 ausgehend von einem Streitwert von CHF 445'800.– in Anwendung von § 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV und § 11 Abs. 1 und Abs. 2 AnwGebV i.V.m. § 4 Abs. 1 AnwGebV – eine Parteientschädigung von CHF 33'500.– zu bezahlen.

- 35 - Das Handelsgericht erkennt:

E. 5

März 2014, E. 9.3, mit weiteren Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts 4C.323/2004 vom 6. Juli 2005, E. 2.2 und E. 3.2; BGE 129 III 135, E. 4.2.1 = Pra 92 [2003] Nr. 69, E. 4.2.1; auch ROSAT CHRISTOPHE, Der Anlageschaden, Schadensberechnung beim Vermögensverwaltungsvertrag, Bern 2009, S. 70). Wie präzise die Klägerin den Schaden

behaupten und substantiieren muss, ist im Einzelfall zu entscheiden. Von der Klägerin kann aber erwartet werden, dass sie – soweit möglich und zumutbar – sämtliche Umstände behauptet und beweist, mit deren Hilfe das Gericht die Rahmenbedingungen der Schadensberechnung bestimmen und gestützt darauf den Schaden schätzen kann. Es gilt, je genauer die Klägerin den Schaden umschreiben kann, desto geringer wird im Verhältnis zur

- 24 - Substantiierung des richterlichen Ermessens für die Schätzung (PERINI FLAVIO, Richterliches Ermessen bei der Schadensberechnung, Zürich 1994, S. 114). Nimmt die Klägerin selbst eine Schadensschätzung vor, soll sie darauf achten, dass sie die eben erwähnten Umstände auch für den Fall angibt, dass das Gericht ihrer Schadensermittlung nicht folgt. Kommt sie diesen Auflagen nach, hat das Gericht den Schaden nämlich selbst dann abzuschätzen, wenn sie der Argumentation der Klägerin nicht in allen Punkten nachkommt. Nimmt die Klägerin aber keine Schadensberechnung vor und benennt auch keine genügenden Anhaltspunkte, die eine solche zumindest erlauben, trifft das Gericht keine Schadensschätzungspflicht (vgl. dazu ROSAT, Der Anlageschaden, a.a.O., S. 70; BGE 128 III 271, E. 2b/aa, mit Hinweisen).

E. 8

Dezember 2003 benachrichtigen müssen. Mithin geht sie von diesem Datum als hypothetischen Konkursöffnungszeitpunkt aus (act. 1 S. 66 f Rz. 123 und Rz 125). Vorab ist festzuhalten, dass sich der Nachweis des Vermögensstands im hypothetischen Konkursöffnungszeitpunkt angesichts dessen, dass im entsprechenden Zeitpunkt keine Liquidationswerte vorliegen, als nicht möglich erweist. Aufgrund dessen ist der Klägerin der Beweis zum zu beziffernden Schaden 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 von ihr vorgenommenen Berichtigung der einzelnen Bilanzpositionen korrekt vorgegangen ist, kann vorliegend offenbleiben, erweisen sich die von der Klägerin zur Schadensberechnung festgesetzten Liquidationswerte doch ohnehin als nicht hinreichend substantiiert. Für die Umstellung von Fortführungswerten zu Liquidationswerten der einzelnen Bilanzpositionen nimmt die Klägerin nämlich Wertkorrekturen vor, ohne diese näher zu begründen. So ist unklar, nach welchen Kriterien diese festgesetzt wurden. Auch aus der Ergänzung zum Gutachten vom 10. August 2008, Überleitung von Fortführungs- zu Veräusserungswerten (act. 2/57), worauf die Klägerin verweist und worauf die von der Klägerin eingesetzten Wertkorrekturen beruhen, lässt sich dies nicht erschliessen, geht daraus doch lediglich hervor, dass "aufgrund der Branche und der speziellen Situation die praxisnahen Ab-

- 27 - schläge und Wertkorrekturen" zu empfehlen seien. Dies genügt für eine nachvollziehbare Festlegung der Liquidationswerte und damit letztlich für die Festsetzung des Schadens nicht. So wäre zu erwarten gewesen, dass die Klägerin – soweit bestritten – vorträgt, auf welche Erfahrungen in welcher Branche, zu welchem Zeitraum und in welcher Region sie die entsprechenden Wertkorrekturen vorgenommen hat und insbesondere, worin die "spezielle Situation" besteht. Die Darlegung der Berechnungsgrundlagen in diesem Sinne wäre für die Klägerin durchaus zumutbar gewesen. Mit einem Beweisverfahren (Gutachten), wie von der Klägerin beantragt, lässt sich diese unzureichende Substantiierung nicht nachholen. Daran ändert auch nichts, dass vorliegend grundsätzlich Art. 42 Abs. 2 OR zur Anwendung gelangt; dies aber erst in einem zweiten

Schritt. Das Gericht und insbesondere ein Sachverständiger muss nämlich die Festsetzung der Liquidationswerte nachvollziehen können. Vorliegend unterliess es die Klägerin – trotz Beanstandung bereits in der Klageantwort –, die von ihr vorgenommenen Wertkorrekturen zu begründen, womit es auch der Beklagten nicht möglich war, diese in rechtsgenügender Weise bestreiten zu können. Auch vermag die Klägerin aus dem Umstand, dass die Beklagte selber Wertkorrekturen vorträgt, nichts zu ihren Gunsten abzuleiten, hat doch die Klägerin die für eine Schadensschätzung notwendigen Grundlagen zu substantiieren. Damit erweisen sich die zum hypothetischen Konkursöffnungszeitpunkt vorgetragenen Liquidationswerte als nicht in rechtsgenügender Weise dargelegt. Kommt hinzu, dass die Klägerin von einem hypothetischen Konkursöffnungszeitpunkt am 8. Dezember 2003 ausgeht, sich ihre Berechnung jedoch auf den 31. Dezember 2003 bezieht, ohne darzutun, inwiefern und aus welchen Gründen der Schaden am 8. Dezember 2003 mindestens gleich gross war wie am 31. Dezember 2003. Auch die weiteren Vorbringen der Klägerin vermöchten an der vorliegenden Beurteilung nichts zu ändern. Nicht gefolgt werden kann insbesondere dem klägerischen Vorbringen, wonach es durch die zweifache, identische Anpassung der Abschreibungsansätze bei den Liquidationswerten ohnehin zu keiner Veränderung des Differenzschadens kommen würde, handelt es sich bei den Wertkorrekturen

- 28 - doch um Prozentangaben, die zu einer im Verhältnis zwischen Anteil und Gesamtwert abnehmenden Veränderung führen.

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