

ZH_HANDELSGERICHT HG140244 vom 20. April 2016

Zh Handelsgericht, 2016-04-20, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG140244

FR: ZH_HANDELSGERICHT HG140244 du 20 avril 2016

IT: ZH_HANDELSGERICHT HG140244 del 20 aprile 2016

Erwägungen

E. 1

Zuständigkeit Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des hiesigen Handelsgerichts ist gegeben (Art. 6 Abs. 2 und 3 sowie Art. 85 Abs. 1 Satz 2 ZPO i.V.m. § 44 GOG sowie Art. 40 ZPO; vgl. ferner RÜETSCHI, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 40 N 8) und auch unbestritten geblieben (act. 1 Rz. 2; act. 25 Rz. 1 ff.).

E. 2

Streitverkündung Die Klägerin hat in Anwendung von Art. 78 Abs. 1 ZPO den folgenden Personen den Streit verkündet: C._____, D._____, E._____, F._____ und G._____ (Prot. S. 5). Diese haben in der Folge keine Prozesshandlungen vorgenommen.

E. 3

Unbeziffertes Rechtsbegehren

E. 3.1

Parteistandpunkte Die Klägerin klagt gemäss obgenanntem Rechtsbegehren 1 auf einen noch zu beziffernden Betrag, der sich jedoch mindestens auf CHF 1'000'000.– belaufe. Sie führt dazu aus, die Klage gehe vorläufig auf eine Mindestsumme als provisorischem Streitwert. Sie behalte sich – unter Hinweis auf Art. 85 ZPO – eine endgültige Bezifferung nach Abschluss des Beweisverfahrens vor. Letzteres beinhalte die Erstellung von Expertisen, die Edition von Prüfungsprotokollen der Beklagten bzw. deren Auskunft über die von ihr durchgeführten Prüfungshandlungen und deren Resultate. Die Klägerin habe bis anhin von der Beklagten trotz zweimaliger Aufforderung keine Prüfungsprotokolle erhalten. Auch würden erst die beantragten Expertisen zeigen, welche Vergütung für das Management des Heims im fraglichen Zeitraum marktüblich und damit vom statutarischen Zweck der Klägerin als

- 7 - gemeinnütziger, steuerbefreiter Stiftung gedeckt gewesen wäre, sowie welche Prüfungshandlungen für die Beklagte geboten gewesen wären (act. 1 Rz. 3). Die Beklagte äussert sich nicht zur Frage der Zulässigkeit einer solchen Klage und weist lediglich darauf hin, dass die Möglichkeit, den Forderungsbetrag allenfalls erst nach Abschluss eines Beweisverfahrens festzulegen, keine Erleichterungen im Zusammenhang mit der Substantiierung der Haftungsvoraussetzungen bedeute (act. 36 Rz. 221).

E. 3.2

Grundlagen Eine Forderungsklage auf Geld ist grundsätzlich zu beziffern (Art. 84 Abs. 2 ZPO). Genügende Bestimmtheit des Rechtsbegehrens ist eine Prozessvoraussetzung, mangels welcher grundsätzlich auf die Klage nicht einzutreten ist (BK ZPO-MARKUS, Art. 85 N 11). Die Anforderung der Bezifferung gilt allerdings nicht absolut, sondern hat

in Form der unbezifferten Forderungsklage eine Ausnahme erfahren. Nach Art. 85 Abs. 1 ZPO kann die klagende Partei eine unbezifferte Forderungsklage erheben, wenn es ihr unmöglich oder unzumutbar ist, ihre Forderung bereits zu Beginn des Prozesses zu beziffern. Sie muss dabei einen Mindeststreitwert angeben, der als vorläufiger Streitwert gilt. Dies hat insbesondere dort zu gelten, wo erst das Beweisverfahren die Grundlage der Bezifferung der Forderung abgibt; hier ist dem Kläger zu gestatten, die Präzisierung erst nach Abschluss des Beweisverfahrens vorzunehmen. Dabei regelt Art. 85 Abs. 1 ZPO sowohl die unbezifferte Forderungsklage im engeren Sinne einerseits wie die Stufenklage andererseits (BGE 140 III 409, E. 4.3. und E. 4.3.1. sowie Urteil des Bundesgerichts 4A_375/2015 vom 26. Januar 2016, E. 3. und 5.3.1.). Bei der unbezifferten Forderungsklage im engeren Sinne wird die Bezifferung als Ergebnis des Beweisverfahrens nachträglich möglich bzw. zumutbar, wobei die klagende Partei entsprechende Begehren auf Edition von Urkunden oder Einvernahmen von Zeugen stellt, die ihr zur notwendigen Information zur Bezifferung verhelfen (BK ZPO-MARKUS, Art. 85 N 3). Sie wird vor diesem Hintergrund auch als "nachträglich zu beziffernde Forderungsklage aufgrund des Beweisergebnisses" bezeichnet (GUT, Die unbezifferte Forderungsklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Basel, Basel 2014 = BSR Reihe A Bd. 116, - 8 - Rz. 274). Die Stufenklage ist dagegen dadurch charakterisiert, dass ein materiell-rechtlicher Hilfsanspruch auf Rechnungslegung mit einer unbezifferten Forderungsklage verbunden wird (BGE 140 III 409, E. 4.3.).

E. 3.3

Unbezifferte Forderungsklage im engeren Sinne Vorliegend erhebt die Klägerin keinen materiell-rechtlichen Hilfsanspruch auf Rechnungslegung. Solches ergibt sich weder aus den Klagebegehren noch aus deren Begründung. Zwar weist die Klägerin darauf hin, die Beklagte habe die Arbeitsunterlagen bezüglich ihrer Revision trotz entsprechender Aufforderung bislang nicht herausgegeben, was im Übrigen auch den anerkannten Prüfungsstandards widerspreche (act. 1 Rz. 157 ff., 191 und 204; vgl. ferner act. 32 Rz. 231). Ein auf materielles Recht abgestütztes selbständiges (Hilfs)Begehren, mit welchem im Sinne einer (sukzessiven) objektiven Klagenhäufung – zusätzlich zur Forderung auf Geldzahlung – Auskunfts- oder Rechenschaftsansprüche eingeklagt würden (GUT, a.a.O., Rz. 241; siehe auch BK ZPO-MARKUS, Art. 85 N 16 ff.), liegt aber gerade nicht vor. Vielmehr wird die endgültige Bezifferung der Klagesumme für den Zeitpunkt nach Abschluss des Beweisverfahrens vorbehalten und mit dem Ausstehen verschiedener Beweiserhebungen (Edition Prüfungsprotokolle, Gutachten) begründet (act. 1 Rz. 3). Es geht daher hier um eine unbezifferte Forderungsklage im engeren Sinne.

E. 3.4

Keine Unmöglichkeit / Unzumutbarkeit der Bezifferung

E. 3.4.1

Leitlinien Die Bezifferung des Rechtsbegehrens ist insbesondere dann als unmöglich anzusehen, wenn die klagende Partei die Höhe ihres Anspruchs nicht kennen kann, weil diese von Informationen bzw. Tatsachen abhängig ist, über die sie nicht verfügt und die nicht in ihrem Einflussbereich liegen. Die Unmöglichkeit ist gegeben, wenn diese Informationen erst und nur durch das Beweisverfahren im Prozess oder – im Falle der hier nicht vorliegenden Stufenklage – durch ein vorgängig zu behandelndes Begehren auf Abrechnung im Rahmen einer Stufenklage erlangt werden können. Erst wenn die fehlenden

Informationen überhaupt vorprozessual erlangt werden können, stellt sich die Frage nach der Zumutbarkeit der entspre-

- 9 - chenden Massnahmen (GUT, a.a.O., Rz. 116 f.). Die Zulassung der unbezifferten Forderungsklage ist restriktiv zu handhaben. Der blosser Umstand, dass es schwierig ist, einen Schaden zu quantifizieren, stellt für sich genommen grundsätzlich keine Unzumutbarkeit dar, die Forderung zu beziffern (B. KLETT, Schadenersatzrente: Die Rahmenbedingungen aus dem Verfahrensrecht und aus dem Anwaltsrecht, HAVE Personen-Schaden-Forum 2011, S. 76). Der Begriff der Unzumutbarkeit ist eng zu umschreiben, da das Beweisverfahren grundsätzlich nicht dazu dienen soll, Lücken bezüglich der Bezifferung oder der Behauptungen zu schliessen. Die Unzumutbarkeit ist deshalb nur für Situationen annehmbar, in welchen sich die klagende Partei in einer regelrechten Behauptungsnot befindet (WALDMANN, Informationsbeschaffung durch Zivilprozess, Diss. Basel, Basel 2009 = BSR Reihe A Bd. 96, S. 286 f.; BSK ZPO-SPÜHLER, Art. 85 N 5; für einen grosszügigeren Massstab dagegen KUKO ZPO-OBERHAMMER, Art. 85 N 4 ff.). Im Weiteren ist hervorzuheben, dass sich die Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit auf die Forderungsbezifferung beziehen muss. Besteht diesbezüglich kein Informationsdefizit, kann von vornherein keine Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit vorliegen und muss die Klage auch von Beginn weg beziffert werden (BAUMANN WEY, Die unbezifferte Forderungsklage nach Art. 85 ZPO, Diss. Luzern, Zürich/Basel/Genf 2013 = LBR Bd. 75, Rz. 426 f.; anschaulich auch Entscheid des Obergerichts des Kantons Thurgau ZB 96 118 vom 18. Februar 1997, publiziert in: RBOG 1997 200). Das Beweisverfahren dient nicht dazu, dem Kläger seine Behauptungs- und Substantiierungslast abzunehmen, wenngleich die unbezifferte Forderungsklage diesen Grundsatz natürlich betreffend die Bezifferung des Forderungsbetrags abmildert, insoweit diese nicht möglich oder zumutbar ist (vgl. auch BGE 140 III 409, E. 4.3.1.). Ein Editionsbegehren kann über diesen engen Rahmen hinaus aber – ausser es ist Teil einer zulässigen Stufenklage – gerade nicht der Beschaffung rechtsgenügender Tatsachenbehauptungen dienen, sondern bloss dem Beweis derselben (vgl. Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG020374 vom 15. November 2004, publiziert in: sic! 2007 843 ff., E. 4.1.3.). Wird eine (für ein Beweisverfahren erforderliche) rechtsgenügende Substantiierung des Hauptanspruchs erst aufgrund der zu edierenden Informationen möglich, ist vielmehr ein

- 10 - Vorgehen mittels Stufenklage notwendig (BOPP/BESSENICH, in: SUTTERSOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 85 N 10; so auch BAUMANN WEY, a.a.O., Rz. 123). Die Zulassung der unbezifferten Forderungsklage im engeren Sinne darf nicht den Weg für eine unzulässige Beweisausforschung ebnen (BAUMANN WEY, a.a.O., Rz. 451; BK ZPO-MARKUS, Art. 85 N 14). Schliesslich obliegt der klagenden Partei der Nachweis, dass und inwieweit eine Bezifferung unmöglich oder unzumutbar ist. Dafür genügt nicht, wenn sie einzig unter Hinweis auf fehlende Informationen auf die an sich erforderliche Bezifferung verzichtet (BGE 140 III 409, E. 4.3.2.).

E. 3.4.2

Würdigung Vorliegend zeigt die Klägerin nicht auf und ist im Übrigen auch nicht ersichtlich, weshalb die Bezifferung der Klage ohne die von der Klägerin angeführten Beweisabnahmen nicht möglich oder nicht zumutbar sein sollte. Sie behält sich die endgültige Bezifferung für einen Zeitpunkt nach abgeschlossenem Beweisverfahren unter anderem

mit Blick auf die Edition der Prüfungsprotokolle der Beklagten vor. Wie dargestellt, kann diese offerierte Edition zwar dazu dienen, von der Klägerin rechtsgenüßlich behauptete Pflichtverletzungen der Beklagten zu beweisen. Soweit solche der Klägerin noch nicht bekannt bzw. solche nicht behauptet sind, kann es aber nicht Aufgabe des Beweisverfahrens sein, ihr erst die nötigen Informationen dafür zu beschaffen. Eine Stufenklage, die solches unter Umständen leisten könnte, liegt – wie ausgeführt – nicht vor. Die Klägerin legt im Weiteren nicht dar, inwiefern erst die Kenntnis der Prüfungsprotokolle die Bezifferung der Klage möglich oder zumutbar erscheinen liesse. Immerhin führt sie – wenn auch an anderem Ort als bei ihrer (knappen) Begründung der fehlenden Bezifferung der Klage – aus, sie kenne weder die Prüfungshandlungen noch die Prüfungsergebnisse der Beklagten für die Geschäftsjahre 2003 bis 2007 und könne deshalb die Angemessenheit der von der Beklagten durchgeführten Prüfungen noch nicht im Detail nachvollziehen und beurteilen (act. 1 Rz. 191 und 204). Selbst wenn dies zutreffen sollte, wird auch damit noch nicht klar aufgezeigt, in welcher Weise dieser Umstand einer Bezifferung der klägerischen Forderung entgegen stehen sollte.

- 11 - Der geltend gemachten Forderung liegen nämlich die – unabhängig vom Vorliegen der Prüfungsprotokolle – erhobenen Vorbringen zugrunde, die Beklagte habe während ihrer gesamten Amtsdauer ihre Kontroll- und Sorgfaltspflichten als Revisionsstelle gravierend missachtet. Die Beklagte hätte erkennen müssen, dass die externen Management-Beauftragten der Klägerin vertraglich nicht geschuldete und nicht marktkonforme, völlig überrissene Honorare bezogen hätten und dass diese die von ihnen zu erledigenden Aufgaben an Dritte übertragen hätten, die von der Klägerin dafür noch einmal entlohnt worden seien. Da die Beklagte pflichtwidrig keine entsprechenden Einschränkungen ihrer Revisionsberichte und Anzeigen an die Aufsichtsbehörde vorgenommen habe und über alle gravierenden Unregelmäßigkeiten bei der Klägerin hinweggeschaut habe, sei der eingeklagte (Fortsetzungs)Schaden entstanden (act. 1 Rz. 4 ff.; vgl. auch Rz. 228 ff.). Dieser bestehe aus den unzulässigen Mittelabflüssen in den Jahren 2004 bis September 2010. Würden nur die Überweisungen an die externen Management-Beauftragten, die dem Wortlaut der einschlägigen Vereinbarung entgegenstünden, berücksichtigt, betrage dieser Schaden CHF 1'802'439.58. Berücksichtige man zusätzlich den Umstand, dass nicht nur vereinbarungswidrige Bezüge, sondern auch nicht marktkonforme Bezüge unzulässig seien, betrage der Fortsetzungsschaden in der nämlichen Zeit CHF 3'407'439.40 (act. 1 Rz. 222). Hätte die Beklagte die pflichtgemässen Einschränkungen des Revisionsberichts für das Geschäftsjahr 2002 oder 2003 gemacht, wäre der danach bei der Klägerin aufgrund der Machenschaften der externen Management-Beauftragten entstandene Folgeschaden vermieden worden (act. 1 Rz. 225). Gestützt auf diese Annahme ermittelt die Klägerin die erwähnten Schadensbeträge, indem sie für jedes Geschäftsjahr die tatsächlich geleisteten Vergütungen bzw. Mittelabflüsse denjenigen gegenüberstellt, die sich ihrer Ansicht nach aus der Management-Vereinbarung ergäben bzw. die marktkonform seien (act. 1 Rz. 41 ff. und 151 ff.). Daraus ergibt sich, dass die Höhe des Schadens, welcher der Klägerin nach ihren Behauptungen durch die ungenügende Revisionsstätigkeit der Beklagten entstanden sei, nicht von deren einzelnen Prüfungshandlungen oder Prüfungsergebnissen abhängt. Dieser Schaden ergibt sich vielmehr aus der Summe der Mittelabflüsse, die ab dem Jahr 2004 durch die Management-Beauftragten der Klägerin

- 12 - veranlasst wurden. Laut klägerischem Standpunkt hätte nämlich in diesem Zeitpunkt die Beklagte pflichtgemäss Einschränkungen des Revisionsberichts für das Geschäftsjahr 2003 sowie auch eine Anzeige an die Aufsichtsbehörde vorgenommen haben müssen, welche insbesondere aufgrund der Zweck- und Statutenwidrigkeit und Nichtgenehmigung der Management-Vereinbarung, der unzulässigen alleinigen Verfügungsberechtigung der Management-Verantwortlichen über das Bankkonto der Klägerin, der fehlenden Kostendeckung bzw. gar Überschuldung, der fehlenden Reservebildung der Klägerin sowie der übrigen Unregelmässigkeiten (z.B. bezüglich der nicht statutenkonformen Zusammensetzung des Stiftungsrates und nichtigen Wahl von C._____) geboten gewesen wären (act. 1 Rz. 218 und 221). Der klägerische Standpunkt geht davon aus, dass auf diese Weise die zweck- und statutenwidrigen Mittelabflüsse spätestens Ende 2004 hätten gestoppt werden können (act. 1 Rz. 221). Es sei der Beweis der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erbracht, dass durch ein rechtzeitiges Eingreifen der Beklagten mit den (versäumten) pflichtgemässen Einschränkungen ihres Revisionsberichts für das Geschäftsjahr 2002 oder 2003 der danach bei der Klägerin aufgrund der Machenschaften der Management-Verantwortlichen entstandene Folgeschaden hätte vermieden werden können (act. 1 Rz. 225). Die beantragte Edition der Prüfungsprotokolle der Beklagten sowie die beantragte Expertise zu den für die Beklagte gebotenen und von dieser unterlassenen Revisionshandlungen werde das "konkret grosse Ausmass ihres Verschuldens noch verdeutlichen" (act. 1 Rz. 234). Soweit war es der Klägerin offensichtlich möglich, Behauptungen aufzustellen und diese Behauptungen – zu deren allfälliger Substantiiertheit hier allerdings nichts gesagt ist – hätten sie auch in die Lage versetzt, ihre Klage zu beziffern. Nichts anderes belegt sie selbst in der Klageschrift, indem sie die Mittelabflüsse – wenn auch in Bezug auf zwei unterschiedliche Referenzgrössen (Vergütungen nach Massgabe der Management-Vereinbarung und nach Massgabe des Marktüblichen) – auf den Rappen genau ausrechnet (CHF 1'802'439.58 bzw. CHF 3'407'439.40; act. 1 Rz. 222). Dies verwundert auch nicht, da die Mittelabflüsse bei ihr selbst und nicht etwa bei der Beklagten stattgefunden haben.

- 13 - Nun ist zwar ein Wissen um die Umstände, welche genauen Prüfungshandlungen von der Beklagten unternommen wurden bzw. welche Prüfungsergebnisse zu welchem Zeitpunkt genau vorlagen, für die Klägerin zweifelsohne von Interesse. Sie wäre dadurch allenfalls in die Lage versetzt, besser nachzuvollziehen oder aufzuzeigen, vor welchem Hintergrund das behauptete pflichtwidrige Unterlassen, bestimmte Einschränkungen in den Revisionsberichten oder Anzeigen an die Aufsichtsbehörde vorzunehmen, zu sehen ist. Dies kann nicht zuletzt auch die Erfolgsaussichten der (bereits erfolgten) Darstellungen beschlagen, es seien Einschränkungen in den Revisionsberichten oder Anzeigen an die Aufsichtsbehörde pflichtwidrig unterlassen worden, und so bei der Entscheidung helfen, in welcher Höhe der ermittelte Schaden geltend gemacht werden soll. In diesem Sinne führt die Klägerin ebenso aus, die Nichtherausgabe der Protokolle "erschwere" ihr "den Nachweis der entsprechenden Pflichtverletzungen der Beklagten" (act. 32 Rz. 231). Die unbezifferte Forderungsklage dient jedoch gerade nicht dazu, der Klägerin diesbezügliche Unsicherheiten zu nehmen oder Erleichterungen einzuräumen, indem sie es ihr erlauben würde, erst nach dem Beweisverfahren die ausgemachten Pflichtverletzungen detaillierter darzustellen (vgl. dagegen offenbar act. 1 Rz. 176 und act. 32 Rz. 210) oder allenfalls auch auf das Geltendmachen bestimmter Positionen, bezüglich derer sich die anfänglichen Behauptungen nicht beweismässig erhärten liessen, zu verzichten. Lediglich soweit die Unkenntnis der fraglichen Umstände die Forderungsbezifferung verunmöglicht oder un-

zumutbar macht, darf die Bezifferung (einschliesslich deren Substantiierung) erst später erfolgen. Es kann dagegen nicht darum gehen, die Klägerin erst mit Durchführung des Beweisverfahrens in die Lage zu versetzen, zu entscheiden, welchen Teil eines behaupteten und bezifferbaren Schadens sie einklagen möchte, und damit ihre Risiken aus einem ungewissen Ausgang des Beweisverfahrens zu minimieren. Wie bereits dargelegt, war vorliegend – ausgehend von der bereits erfolgten, klägerischen Darstellung – sehr wohl eine Bezifferung der Mittelabflüsse ab dem Zeitpunkt, ab welchem der Beklagten ein unterbliebenes Einschreiten der Stiftungsaufsicht angelastet wird, möglich und geboten. Es ist weder ersichtlich noch aufgezeigt worden, wie eine genauere "Unterfütterung" der bereits behaupteten

- 14 - Unterlassungen die der Beklagten zur Last gelegte und auf den Unterlassungen beruhende Höhe der Mittelabflüsse beeinflussen würden. Sofern im Übrigen Erkenntnisse aus den zu edierenden Prüfungsprotokollen eine Zurechnung von darüber hinausgehenden Mittelabflüssen infolge (der Klägerin jetzt noch unbekannt) weiteren Unterlassungen oder Pflichtverletzungen erlauben sollen, kann das Beweisverfahren auch hier gerade nicht als Mittel der Informationsbeschaffung dienen. Das Ausgeführte gilt ebenfalls, soweit die Klägerin die Bezifferung von einer "Auskunft der Beklagten über die von ihr durchgeführten Prüfungshandlungen" (act. 1 Rz. 3) abhängig machen möchte, womit sie allem Anschein nach auf die an verschiedenen Orten offerierte persönliche Befragung von I._____ (act. 1 Rz. 24 f., 51, 63, 80, 97 und 110) Bezug nimmt. Im Weiteren führt die Klägerin an, erst die Erstellung der anbotenen einschlägigen Expertisen würde Aufschluss darüber geben, welche Prüfungshandlungen für die Beklagte in Anbetracht der gesamten Umstände des vorliegenden Falles geboten gewesen wären (act. 1 Rz. 3). Dabei bezieht sie sich namentlich auf die von ihr offerierte Expertise durch einen geeigneten Revisionsexperten bezüglich der in den Geschäftsjahren 2002-2008 gebotenen Revisionshandlungen und Berichterstattung (act. 1 Rz. 25, 28 f., 51, 63, 80, 97 und 110). Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Klägerin auch hier nicht darlegt, weshalb erst das Vorliegen der fraglichen Expertise eine Bezifferung der Forderung möglich oder zumutbar machen würde. Vielmehr erlaubt die von ihr an die behaupteten, pflichtwidrigen Unterlassungen geknüpfte Hypothese, bestimmte Mittelabflüsse wären verhindert worden, eine Bezifferung des Schadens. Darüber hinaus kann es auch nicht angehen, der Klägerin über das Institut der unbezifferten Forderungsklage im engeren Sinne und damit über das Beweisverfahren die Einschätzung abzunehmen, welche Prüfungshandlungen der Beklagten geboten gewesen sind oder nicht, sofern überhaupt darüber gutachterliche Aussagen erfolgen könnten (vgl. auch act. 36 Rz. 277). Soweit die Schwierigkeit der Einschätzung auf einen eingeschränkten Wissensstand der Klägerin über die genaue Vornahme dieser Prüfungshandlungen zurückgeht (vgl. act. 1 Rz. 191 und 204), kann sie diesen – wie

- 15 - bereits ausgeführt – über das Beweisverfahren gerade nicht korrigieren, da die Beweisabnahme den entsprechenden substantiierten Behauptungen folgt und nicht umgekehrt. Geht es dagegen um den Beweis genügend erhobener Behauptungen, kann es – auch in Bezug auf anbotene Gutachten – nicht der Sinn der unbezifferten Forderungsklage im engeren Sinne sein, dass einer (bezifferbaren) Klage immanente Risiko, mehr einzuklagen, als schlussendlich durch das Beweisverfahren erstellt werden kann, der klagenden Partei über eine spätere Bezifferung abzunehmen. Nur wo eine Grundlage zur Bezifferung schlicht fehlt, darf die Bezifferung erst nach dem Beweisverfahren erfolgen (vgl. auch LEUMANN LIEBSTER, Die Stufenklage im schweizerischen Zivilprozessrecht,

Diss. Basel, Basel 2005, S. 106, zitiert nach GUT, a.a.O., Rz. 115). Ferner legt die Klägerin in Bezug auf die von ihr angeführten Unterlassungen dar, weshalb diese aus ihrer Sicht pflichtwidrig gewesen seien bzw. dass die Beklagte gebotene Prüfungshandlungen nicht vorgenommen habe (act. 1 Rz. 8 f., 24 ff., 51, 62 f., 80, 97, 110, 132 ff., 166 ff. und 177 ff.; act. 32 Rz. 14 ff.). Auch dies hätte ihr das erst zu erstellende Gutachten nicht abnehmen können. Schliesslich wird die fehlende Bezifferung der Klage damit begründet, erst die beantragten Expertisen würden die Höhe einer marktüblichen Vergütung für das Management des Heims im fraglichen Zeitraum aufzeigen. Auch dies vermag nicht zu überzeugen. Die Klägerin beziffert nämlich sehr wohl die Höhe des Schadens für den Fall, dass nicht nur vereinbarungswidrige Bezüge von Managementverantwortlichen unzulässig, sondern sämtliche nicht marktkonforme Bezüge gesetzes- und statutenwidrig seien, und zwar auf CHF 3'407'439.40. Sie legt dieser Bezifferung Annahmen der "marktüblichen Vergütung für ein Alters- und Pflegezentrum in der Grösse des H. _____" zugrunde, die sich auf Lohn- und Gehaltsdaten einer Gehaltserhebung aus dem Jahre 2005 des Curaviva-Dachverbands stützen (act. 1 Rz. 151 ff.). Damit widerlegt sie selbst die Behauptung, eine diesbezügliche Bezifferung sei weder möglich noch zumutbar. Dass offen ist, ob diese Annahmen im Rahmen eines allfälligen Beweisverfahrens durch die beantragten Expertisen gestützt würden, bedeutet gerade nicht, die Klägerin könne die Bezifferung erst nach Vorliegen der Expertise vornehmen.

- 16 -

E. 3.4.3

Zwischenfazit Nach dem Ausgeführten liegen die Voraussetzungen einer unbezifferten Forderungsklage im engeren Sinne nach Art. 85 Abs. 1 ZPO nicht vor. Das (unbeziffert) gestellte Rechtsbegehren erweist sich daher im Hinblick auf Art. 84 Abs. 2 ZPO als ungenügend.

E. 3.5

Keine Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht Ist das Vorbringen einer Partei unklar, widersprüchlich, unbestimmt oder offensichtlich unvollständig, so gibt ihr das Gericht durch entsprechende Fragen Gelegenheit zur Klarstellung und zur Ergänzung (Art. 56 ZPO). Nach der Verhandlungsmaxime tragen grundsätzlich die Parteien die Verantwortung für die Beibringung des Tatsachenfundaments. Der Zweckgedanke der allgemeinen gerichtlichen Fragepflicht nach Art. 56 ZPO besteht darin, dass eine Partei nicht wegen Unbeholfenheit ihres Rechts verlustig gehen soll, indem der Richter bei klaren Mängeln der Parteivorbringen helfend eingreifen soll. Die Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht darf keine Partei einseitig bevorzugen und nicht zu einer Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Parteien führen. Vor allem dient die gerichtliche Fragepflicht nicht dazu, prozessuale Nachlässigkeiten der Parteien auszugleichen. Wie weit das Gericht eingreifen soll, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, namentlich von der Unbeholfenheit der betroffenen Partei. Bei anwaltlich vertretenen Parteien hat die richterliche Fragepflicht nur eine sehr eingeschränkte Tragweite (Urteil des Bundesgerichts 4A_375/2015 vom 26. Januar 2016, E. 7.1. mit weiteren Hinweisen). Zunächst ist vorliegend fraglich, ob überhaupt von einem unklaren, widersprüchlichen, unbestimmten oder offensichtlich unvollständigen Vorbringen bzw. Rechtsbegehren im Sinne des Art. 56 ZPO gesprochen werden kann. Eine Annahme von Unvollständigkeit scheidet bereits daran, dass keine eigentliche Lücke im Rechtsbegehren vorliegt, sondern

sich die anwaltlich vertretene Klägerin vielmehr bewusst des Instruments der unbezifferten Forderungsklage bedient hat, in der Auffassung, deren Voraussetzung lägen hier vor bzw. seien genügend dargelegt (vgl. act. 1 Rz. 3 sowie das zur Publikation vorgesehene Urteil des Bundesgerichts 4A_375/2015 vom 26. Januar 2016, E. 7.1.). Daher liegt auch weder ein unklares

- 17 - Vorbringen noch ein (unbegründet) unbestimmt gebliebenes Rechtsbegehren vor (vgl. SUTTER-SOMM/GRIEDER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 56 N 24). Aber auch, wenn man das unbezifferte Rechtsbegehren, bei dem eine Bezifferung möglich und zumutbar gewesen wäre, als unbestimmtes oder offensichtlich unvollständiges Vorbringen im Sinne von Art. 56 ZPO auffassen wollte (vgl. GUT, a.a.O., Rz. 133; LEUENBERGER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 221 N 39), verbliebe hier kein Raum für eine Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht. Die Klägerin ist nämlich anwaltlich vertreten und war von sich aus zur Bezifferung ihrer Klage bzw. im Falle der bewussten Erhebung einer unbezifferten Forderungsklage im engeren Sinne zur umfassenden Darlegung der Voraussetzungen nach Art. 85 ZPO gehalten (BGE 140 III 409, E. 4.3.2.; MOHS, OFK-ZPO, Art. 84 N 3). Damit konform geht auch die Ansicht, dass ebenfalls im Anwendungsbereich von Art. 85 Abs. 2 ZPO keine Bezifferungsnachfrage an die anwaltlich vertretene Partei zu erfolgen hat, sobald diese in die Lage versetzt wird, die Bezifferung vorzunehmen (MOHS, OFK-ZPO, Art. 85 N 4 sowie Entscheidung der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern, ZK 12 366, vom 13. März 2014, E. 9.4 f.). Eine Aufforderung zur Bezifferung durch das Gericht, welches nach den klägerischen Vorbringen die Voraussetzungen von Art. 85 ZPO nicht für gegeben erachtet, würde vor diesem Hintergrund auch eine einseitige Bevorzugung der Klägerin bedeuten (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_375/2015 vom 26. Januar 2016, E. 7.1.; vgl. ferner GLASL, DIKE-Komm-ZPO, Art. 56 N 19, der unzulängliche oder unzulässige Rechtsbegehren überhaupt von der richterlichen Fragepflicht ausnehmen möchte). Lediglich ergänzend ist anzuführen, dass die Annahme einer ausgedehnten gerichtlichen Fragepflicht trotz anwaltlicher Vertretung auch einen gewissen Anreiz für die klagende Partei darstellen könnte, bei Klageanhebung (versuchsweise) auf die Bezifferung zu verzichten, wenn sich die Bezifferung zwar als schwierig oder aufwendig, nicht jedoch als tatsächlich unmöglich oder unzumutbar erweist.

- 18 -

E. 3.6

Keine Aufforderung zur Verbesserung nach Art. 132 Abs. 1 ZPO Die fehlende Bezifferung der Klage stellt im Weiteren keinen Mangel im Sinne von Art. 132 Abs. 1 ZPO dar, zu dessen Verbesserung das Gericht eine Nachfrist einzuräumen hätte (BGE 140 III 409, E. 4.3.2.; Urteil des Bundesgerichts 4A_375/2015 vom 26. Januar 2016, E. 7.2.; vgl. auch BGE 137 III 617, E. 6.4.).

E. 3.7

Rechtsfolge

E. 3.7.1

Grundsatz Wird ein Rechtsbegehren nicht beziffert, ohne dass ausnahmsweise auf dessen Bezifferung verzichtet werden könnte (z.B. gestützt auf Art. 85 ZPO), ist auf die Klage

nicht einzutreten (BGE 140 III 409, E. 4.4.; GUT, a.a.O., Rz. 131 und 335 m.w.H.; MOHS, OFK-ZPO, Art. 85 N 4; BSK ZPO-SPÜHLER, Art. 85 N 11).

E. 3.7.2

Auslegung des Rechtsbegehrens Die Rechtsfolge des Nichteintretens auf unbezifferte Begehren steht unter dem Vorbehalt des überspitzten Formalismus (Art. 29 Abs. 1 BV), weshalb grundsätzlich zu prüfen ist, ob durch eine Auslegung des Rechtsbegehrens im Lichte seiner Begründung ermittelt werden kann, dass die Klage auf die Zusprechung eines bestimmten Geldbetrages gerichtet ist (BGE 137 III 617, E. 6.2. mit weiteren Hinweisen). Vorliegend steht einer Auslegung des Rechtsbegehrens im Sinne der Einforderung eines bestimmten Klagebetrages entgegen, dass die Klägerin eindeutig und offenbar bewusst eine unbezifferte Forderungsklage im engeren Sinne nach Art. 85 ZPO erhoben hat, was sich nicht nur aus der Formulierung des Rechtsbegehrens (unter Nennung eines Mindestwertes der Klage, vgl. Art. 85 Abs. 1 Satz 2 ZPO), sondern auch aus dessen Begründung ergibt (act. 1 Rz. 3). Sie möchte sich vor dem Vorliegen der oben im Einzelnen abgehandelten Beweiserhebungen gerade auf keinen Klagebetrag festlegen bzw. steht auf dem Standpunkt, ihr Informationsdefizit verhindere eine Bezifferung. Es wäre daher nicht statthaft, die von ihr angestrebte unbezifferte Forderungsklage in eine Klage umzudeuten, die auf die Leistung eines bestimmten Betrages geht (auch nicht auf den Mindest-

- 19 - wert, dazu sogleich unten), obwohl sie immerhin bestimmte Schadensbeträge im Einzelnen errechnet und gegenübergestellt. Es könnte zudem auch nicht gesagt werden, welcher dieser klägerischerseits genannten Schadenssummen den Forderungsbetrag der Klage bilden sollten: In Frage kämen hauptsächlich die als unzulässig eingestuftes Mittelabflüsse basierend auf den Management-Vergütungen nach Massgabe der Management-Vereinbarung (CHF 1'802'439.58) oder nach Massgabe des Marktüblichen (CHF 3'407'439.40; act. 1 Rz. 222). Die Klägerin hat jedenfalls bewusst keinen dieser (von ihr errechneten) Beträge zum Inhalt des Rechtsbegehrens gemacht.

E. 3.7.3

Mindestwert als Klagebetrag? In der Literatur wird teilweise die Meinung vertreten, die Klage sei – anstatt, dass auf sie nicht eingetreten werde – in Höhe des angegebenen Mindeststreitwerts zu beurteilen (KUKO ZPO-OBERHAMMER, Art. 85 N 9, und BOHNET, in: BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, Code de procédure civile commenté, Art. 85 N 20; BAUMANN WEY, a.a.O., Rz. 470 und 568, jedoch nur unter der Voraussetzung einer entsprechenden vorgängigen Androhung). Dies ist indessen – im Einklang mit der Rechtsprechung und Lehre, die auf Nichteintreten schliesst (vgl. auch die oben unter Erw. 3.7.1. zitierten Fundstellen) – abzulehnen. Der Mindestwert wird nach Art. 85 Abs. 1 ZPO angegeben, um die Bestimmung des provisorischen Streitwerts vorzunehmen, nach welchem sich wiederum die sachliche Zuständigkeit und Verfahrensart bestimmt (BK ZPO-MARKUS, Art. 85 N 20; vgl. auch Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006, 7287). Der Mindestwert ist vor diesem Hintergrund nicht als Aussage der klagenden Partei zu verstehen, was sie letztlich will; er ist kein Akt der Disposition über den geltend gemachten Anspruch. Seine Bedeutung liegt vielmehr lediglich in der Nennung eines Streitwertes (MEIER, in FELLMANN/WEBER, Haftpflichtprozess 2010, S. 27 f.; GUT, a.a.O., Rz. 491). Eine Umdeutung der vorliegend angegebenen "Mindestsumme als provisorischem Streitwert" von CHF 1'000'000.– (Rechtsbegehren 1 und act. 1 Rz. 3) in

eine bezifferte Klageforderung erschiene hier darüber hinaus als problematisch, da nicht ohne Weiteres klar ist, wie diese Klagesumme zu ermitteln wäre. Es sind

- 20 - verschiedene Berechnungen mit entsprechend unterschiedlicher Höhe des Schadens für die Jahre 2004 bis 2010, jeweils pro Jahr, nebeneinander dargelegt worden (act. 1 Rz. 222). Im Übrigen wird in der Klageschrift erwähnt, die Klägerin habe die Beklagte mit Schreiben vom 14. Februar 2013 aufgefordert, ihr einen Vorschlag zur Regelung des durch die Überweisungen der Management-Verantwortlichen an die J._____ AG sowie durch die Belastung der angeblichen Lizenzkosten Spitex entstandenen Schadens in Höhe von CHF 976'500.– zu unterbreiten (act. 1 Rz. 157; diese Summe ergibt sich allem Anschein nach aus der Addition verschiedener der genannten Mittelabflüsse, vgl. act. 3/184). Dieser bereits einmal gegenüber der Beklagten geltend gemachte Betrag weist zumindest von der Höhe her eine starke Nähe zum angegebenen Mindestwert von CHF 1'000'000.– auf. Es wird nun nicht deutlich, ob ein allfälliger Schaden in Höhe des genannten Mindestwertes, der sich aus verschiedenen der geltend gemachten Schadenposten, jeweils in ganzem oder nur teilweise Umfang, zusammensetzen kann, anhand einer blossen Addition von Mittelabflüssen (vgl. act. 1 Rz. 157), anhand einer solchen unter Abzug der Beträge, auf welche die Management-Verantwortlichen nach der Management-Vereinbarung Anspruch gehabt hätten (vgl. act. 1 Rz. 149) oder unter Abzug einer marktüblichen Vergütung (vgl. act. 1 Rz. 151 ff.), zu bestimmen wäre. Offen bliebe mit anderen Worten, welche, wie berechneten Schadenspositionen zu welchem Teil geltend gemacht würden. In einer solchen Ausgangslage wäre zumindest fraglich, ob der anzunehmende (Teil)Klagebetrag sich als genügend substantiiert erweise (vgl. BK ZPO-MARKUS, Art. 86 N 12 m.w.H., wobei auch nach den jüngeren Urteilen des Bundesgerichts 4A_194/2012 vom 20. Juli 2012, E. 1.3 f., und 4A_91/2014 vom 11. Juli 2014, E. 5., eine Substantiierung und eindeutige Bestimmung des über den eingeklagten (Teil)Betrag hinausgehenden Schadens verlangt wird). Eine durch das Gericht vorzunehmende Umdeutung der Klage im Sinne einer Beschränkung auf den angegebenen Mindestwert ist daher nicht angezeigt, zumal die Klage bewusst auf die Bezifferung und eine entsprechende abschliessende Substantiierung eines Forderungsbetrages verzichtet hat.

- 21 -

E. 4

Ergebnis Nachdem das Rechtsbegehren nach zweifach durchgeführtem Schriftenwechsel nicht den Anforderungen von Art. 84 Abs. 2 ZPO genügt, und auch kein Anwendungsfall von Art. 85 ZPO vorliegt, ist auf die Klage nicht einzutreten. Das Nicht-eintreten hat vor einer allfälligen Fortführung des Verfahrens zu erfolgen (vgl. BGE 140 III 159, E. 4.2.4, BK ZPO-ZINGG, Art. 59 N 22, und ZÜRCHER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 60 N. 13-15, wobei vorliegend die Frage der unbezifferten Forderungsklage im bisherigen Verfahren von der Klägerin durchaus thematisiert wurde; vgl. act. 1 Rz. 3 und ferner auch act. 36 Rz. 221). Der von der Beklagten mit Klageantwort erneuerte prozessuale Antrag um Beizug von Strafakten (act. 25 S. 2 und Rz. 4 ff.; act. 36 S. 2 Rz. 7 ff.; vgl. act. 17 und 19), ist daher ebenfalls nicht zu behandeln. Auch erübrigt sich die Durchführung einer allfälligen Hauptverhandlung.

E. 5

Kosten- und Entschädigungsfolgen

E. 5.1

Streitwert Die von der Klägerin angegebene Mindestsumme von CHF 1'000'000.– gilt als provisorischer Streitwert der vorliegenden Klage (Art. 85 Abs. 1 ZPO; vgl. auch zur Bemessung des Vorschusses für die Gerichtskosten act. 5). Gegen diese klägerische Mindestwertangabe opponiert im Übrigen auch weder die Beklagte (vgl. act. 25 und 36) noch erweist sich die Angabe als offensichtlich unrichtig im Sinne von Art. 91 Abs. 2 ZPO (vgl. BOPP/BESSENICH, in: SUTTER-SOMM/HASEN-BÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 85 N 19; GUT, a.a.O., Rz. 496 f.). Da der Prozess vor einer nachträglichen Bezifferung endet, wird der Mindeststreitwert definitiv (GUT, a.a.O., Rz. 498).

E. 5.2

Prozesskosten Die Prozesskosten, welche die Gerichtskosten und die Parteientschädigung umfassen (Art. 95 Abs. 1 ZPO), werden der unterliegenden Partei auferlegt, wobei im Falle des Nichteintretens die klagende Partei als unterliegend gilt (Art. 106 Abs. 1

- 22 - ZPO). Diesem Ausgang entsprechend sind die Kosten und Entschädigungen vorliegend vollumfänglich der Klägerin aufzuerlegen. 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 nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse, dem Zeitaufwand des Gerichts sowie der Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 lit. a, c und § 4 GebV OG). Die ordentliche Gerichtsgebühr beträgt vorliegend CHF 30'750.–. Sie ist in Anwendung von §§ 4 und 10 Abs. 1 GebV OG auf vier Fünftel, das heisst auf CHF 24'600.–, zu reduzieren, da zwar ein zweifacher Schriftenwechsel erfolgte, jedoch weder eine Vergleichsverhandlung durchgeführt wurde noch ein Entscheid in der Sache ergiebt. Die der Klägerin auferlegten Gerichtskosten werden aus dem von ihr geleisteten Vorschuss bezogen (Art. 111 Abs. 1 ZPO; Prot. S. 2 f. und act. 9). Die Höhe der Parteientschädigung wird nach der Anwaltsgebührenverordnung (AnwGebV) festgesetzt. Die Grundgebühr ist mit der Beantwortung der Klage verdient und deckt auch den Aufwand für die Teilnahme an einer allfälligen Hauptverhandlung ab; für jede weitere Rechtsschrift ist ein Zuschlag zu gewähren (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Weitere Erhöhungen sind – entgegen den Vorbringen der Beklagten, die Rechtsschriften der Klägerin seien sehr umfangreich und hätten der Beklagten durch Unübersichtlichkeit sowie unzählige Wiederholungen zusätzlich einen unverhältnismässigen Aufwand generiert (act. 25 S. 68; act. 36 Rz. 280 ff.) – nicht vorzunehmen. Die Parteientschädigung beträgt daher vorliegend nach Massgabe von §§ 2, 4 und 11 AnwGebV CHF 39'250.– (125 % der Grundgebühr).

E. 5.3

Mehrwertsteuer Die Beklagte beantragt, ihr sei die Parteientschädigung unter Zuzug von Mehrwertsteuer zuzusprechen (act. 25 S. 2), wogegen die Klägerin nicht opponiert (vgl. act. 32). Der in Frage stehende Anspruch auf Parteientschädigung ist daher in Anwendung des Kreisschreibens der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 17. Mai 2006 (mit Ergänzung vom 17. September 2010) ohne Weiteres um

- 23 - den Mehrwertsteuerzusatz von 8 % zu erhöhen. Daraus ergibt sich ein Entschädigungsanspruch der Beklagten von CHF 42'390.–. Das Handelsgericht beschliesst: