

# ZH\_HANDELSGERICHT HG160232 vom 15. Mai 2018

Zh Handelsgericht, 2018-05-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HG160232](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG160232)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HG160232 du 15 mai 2018

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HG160232 del 15 maggio 2018

## Erwägungen

### E. 1

Formelles und anwendbares Recht Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts blieben vorliegend zu Recht unbestritten (act. 1 N 2 ff; act. 12 N 11 f.). Die Parteien haben in Ziffer 5.23 der streitgegenständlichen Versicherungspolice (act. 3/1 S. 33) eine rechtsgültige Rechtswahl zugunsten des schweizerischen Rechts getroffen. Daher ist Schweizer Recht anwendbar, was unbestritten ist (act. 1 N 7).

### E. 2

Ungenügende Substantiierung der angefallenen Verteidigungskosten

#### E. 2.1

Streitpunkte Die Klägerin führt aus, ihr seien nach Aufforderung zur Vereinbarung einer "Ver- jährungsaufschubaufforderung" durch die SEC CHF 8'776'751.15, entsprechend USD 9'345'487.50, an Verteidigungskosten entstanden, deren Ersatz die Beklagte gestützt auf die vereinbarte Versicherungspolice schulde (act. 1 N 56). Die Kläge-

- 6 - rin habe die externen Rechtsberater "C.\_\_\_\_ (C'.\_\_\_\_)" und den forensischen Wirtschaftsprüfer "D.\_\_\_\_" damit beauftragt, bestimmte Problembereiche wie "warranties", "intangibles" und "exposure lists" zu behandeln. Diese Prüfung habe formell überwacht werden müssen, was aber aufgrund von Interessenkonflikten nicht vom Vorstand, sondern vom Prüfungsausschuss des Vorstands und dessen ausgewähltem Berater E.\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_ erfolgt sei (act. 1 N 57). Übersichts- halber ergebe sich daher folgende Kostenzusammenstellung (act. 1 N 58): Die Beklagte bestreitet die geltend gemachten Verteidigungskosten als unsub- stantiert (act. 12 N 108; act. 30 N 201 ff.). So erfolge beispielsweise keine Ver- knüpfung der klägerischen Parteivorbringen mit einzelnen Rechnungspositionen, sondern es werde nur pauschal auf Beilagen verwiesen (act. 30 N 202). Auch sei unklar, warum es zu Doppelspurigkeiten "unter Regie des Prüfungsausschusses" und "unter Regie des Unternehmens (Vorstand)" gekommen sei (act. 30 N 205). Jedenfalls seien die geltend gemachten Kosten weder angemessen noch not- wendig, und es werde auch nicht ausgeführt, ob sie tatsächlich aus der SEC- Untersuchung entstanden seien (act. 30 N 205).

#### E. 2.2

Rechtliches Gemäss Art. 221 Abs. 1 lit. d und e ZPO muss die Klage die Tatsachenbehauptungen und die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tat- sachen enthalten. Zweck dieses Erfordernisses ist, dass das Gericht erkennen kann, auf welche Tatsachen sich die Klägerin stützt und womit sie diese beweisen will, sowie die Gegenpartei weiss, gegen welche konkreten Behauptungen sie sich verteidigen muss (Art. 222 ZPO). Vor diesem Hintergrund verlangt die bun-

- 7 - desgerichtliche Rechtsprechung, dass der Behauptungs- und Substantiierungslast grundsätzlich in den Rechtsschriften nachzukommen ist, und lässt den blossen, pauschalen Verweis auf Beilagen in aller Regel nicht genügen (Urteil 4A\_195/2014 und 4A\_197/2014 vom 27. November 2014 E. 7.3, nicht publ. in BGE 140 III 602; Urteil 4A\_317/2014 vom 17. Oktober 2014 E. 2.2; Urteil 5A\_61/2015 vom 20. Mai 2015 E. 4.2.1.3; Urteil 4A\_264/2015 vom 10. August 2015 E. 4.2.2; Urteil 4A\_221/2015 vom 23. November 2015 E. 3, nicht publ. in BGE 141 III 549; Urteil 4A\_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5). Es geht darum, dass nicht das Gericht und die Gegenpartei aus den Beilagen die Sachdarstellung zusammensuchen müssen. Das bedeutet nicht, dass es ausgeschlossen ist, auf die Sachverhaltsdarstellung in einer Beilage zu verweisen. Entsprechend verlangt das Bundesgericht nicht, dass Beilagen, die der Substantiierung dienen, zwingend integral im Volltext in die Rechtsschriften übernommen werden. Der Verweis auf eine Beilage ist aber jedenfalls ungenügend, wenn die Beilagen für sich selbst nicht erlauben, die geltend gemachten Positionen zu prüfen und gegebenenfalls substantiiert zu bestreiten, und die Beilagen in den Rechtsschriften nicht hinreichend konkretisiert und erläutert werden (Urteil 4A\_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5.1).

### E. 2.3

Würdigung a.) Ungenügende Behauptungen bezüglich der Angemessenheit und Notwendigkeit der geltend gemachten Verteidigungskosten In casu macht die Klägerin einen vertraglichen Anspruch aus einem Versicherungsvertrag gegen die Beklagte geltend. Es ist daher an ihr, nachzuweisen, dass die vereinbarten Parameter erfüllt sind, worauf die Beklagte zu Recht hinweist (act. 30 N 219 ff.). Die massgebliche Ziffer 3.8 der Versicherungspolice gewährt der Klägerin Ersatz für "reasonable costs and expenses" (act. 3/1 S. 12). Die Klägerin hat folglich zu belegen, inwiefern die angefallenen Verteidigungskosten angemessen und notwendig waren. Dies unterlässt sie aber und führt nur pauschal aus, dass "hinsichtlich der Angemessenheit der Kosten diese bei professionellen Anbietern" anzunehmen sei (act. 24 N 145). Dies ist prozessual ungenügend.

- 8 - Aufgrund der konkreten Bestreitungen der Beklagten hätte die Klägerin insbesondere aufzeigen müssen, inwiefern der Beizug dreier externer Berater tatsächlich angemessen und notwendig war. Die Klägerin erklärt die Mandatierung von E.\_\_\_\_\_ in der Klageschrift noch "mit Interessenkonflikten von bestimmten Organen" (act. 1 N 57) und der Notwendigkeit einer formellen Überwachung der Arbeiten. In der Replik führt sie im Widerspruch zu diesen Vorbringen aus, der Beizug sei durch die Kanzlei C'.\_\_\_\_\_ – nicht durch die Klägerin – beschlossen worden, da die SEC dies "wohl bevorzugen würde" (act. 24 N 96; anders wiederum: act. 24 N 103: "Vertretung des Prüfungsausschusses in Bezug auf die Untersuchung [– nicht näher spezifizierter –] diverser Angelegenheiten (...), Angelegenheit Nr. 00002"). Abgesehen von der dargelegten Widersprüchlichkeit der Tatsachenbehauptungen, die für sich schon ungenügend ist, lässt sich die Angemessenheit und Notwendigkeit der Verteidigungskosten von E.\_\_\_\_\_ nicht mit einer "wohl" vorliegenden Bevorzugung von E.\_\_\_\_\_ durch die SEC rechtfertigen. Die angefallenen (und beklagenseits bestrittenen) Verteidigungskosten von E.\_\_\_\_\_ und C'.\_\_\_\_\_ werden durch die Klägerin auf USD 1'964'604.90 bzw. auf USD 2'141'954.26 beziffert und sind damit in etwa gleich hoch. Obschon die geltend gemachten Beträge nach der Auffassung der Klägerin ohnehin durchzuführende Arbeiten erfassen sollten, mithin sich der Arbeitsbereich der beiden Kanzleien nicht überschneiden sollte (so explizit: act. 24 N

96 in fine), nennt sie in nicht näher substantiierter Weise dieselbe Art von Arbeiten, die durch beide Kanzleien offenbar zeitgleich und insgesamt, wie gezeigt, zu ähnlichen Kostenansätzen erledigt wurden. Es ist deshalb aus dem Parteivortrag nicht möglich, eine Abgrenzung der Arbeitsbereiche der drei externen Berater vorzunehmen. Mit anderen Worten lässt sich nicht überprüfen, ob die eingeforderten Verteidigerkosten im Sinne der vertraglichen Vereinbarungen tatsächlich notwendig und angemessen waren. Exemplarisch sei nachfolgend eine Fundstelle der Replik angeführt, die diese Überschneidungen illustriert: act. 24 N 99 "C'.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ haben die vom SEC im 'formellen Ermittlungsverfahren' behaupteten Verletzungen des Wertpapierrechts vehement bekämpft. Sie haben Dokumente geprüft und eingereicht, tatsächliche und potentielle Zeugen befragt, Zeugen vorbereitet, die vor dem SEC unter Eid aussagen mussten und Zeugen verteidigt, wenn sie ihre Zeugenaussagen machten."

- 9 - Auch der Arbeitsbereich von D.\_\_\_\_\_ ergibt sich – alleine betrachtet – nicht schlüssig aus den klägerischen Vorträgen und ist widersprüchlich. Einerseits wird die Rolle von D.\_\_\_\_\_ als Unterstützer von C'.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ betont (act. 24 N 91, 96), andererseits wird wieder das "direkte Engagement von D.\_\_\_\_\_" gegenüber der SEC hervorgehoben (act. 24 N 97). Dieses soll sich aus der in die Replik integrierten Tabelle (act. 24 N 52) ergeben, wo D.\_\_\_\_\_ aber kein einziges Mal namentlich genannt wird, was wiederum gegen ein "direktes Engagement" sprechen dürfte. Die Klägerin hat zudem eingestanden, dass sie in der Zeit des SEC-Verfahrens zusammen mit dem Prüfungsausschuss in je verschiedenen und nicht näher spezifizierten Bereichen zusätzlich eine eigenständige, interne Untersuchung durchführte (act. 24 N 105). Die beigezogenen Berater hätten die entstandenen Kosten "nach bestem Wissen und so weit wie möglich aufgeteilt", so dass keine Kosten der internen Untersuchung im vorliegenden Verfahren geltend gemacht würden (act. 24 N 105). Die Klägerin unterlässt es aber gänzlich, was die Beklagte zutreffend festhält (act. 30 N 145), auszuführen, nach welchen Kriterien diese Aufteilung erfolgte. Sollte eine solche Aufteilung tatsächlich erfolgt sein, was mangels gehöriger Behauptungen weder beurteilt noch entschieden werden kann, erscheint sie zumindest zufällig und fehlerhaft. Die Klägerin weist nämlich selbst auf den Umstand hin, dass gewisse Rechnungen mit "interne Untersuchung" betitelt worden seien, obschon C'.\_\_\_\_\_ nicht zwingend interne Untersuchungsarbeiten geleistet habe (act. 24 N 113). Ausserdem vermerkt die Klägerin in einer Fussnote (act. 24 N 98 Fn. 1), dass "einige FedEx-Versandkosten", welche in den Rechnungen Nr. 16.31 und Nr. 16.32 erscheinen, in den zusammenfassenden Tabellen als Auslagen unter den Rechnungen Nr. 16.30 und 16.31 aufgelistet worden seien. Dies solle nach Angaben der Klägerin illustrieren, dass diese Versandkosten tatsächlich während der vorangehenden Dienstleistungsperiode angefallen seien. Auch diese Vorbringen verdeutlichen die Zufälligkeit der geltend gemachten Beträge und Auslagen, wurden sie doch offensichtlich inkorrekt verrechnet und/oder verbucht.

- 10 - Schliesslich kann das Fehlen von gehörig substantiierten Behauptungen im Geltungsbereich der Verhandlungsmaxime auch nicht durch die anbotenen Zeugeneinvernahmen von leitenden Angestellten der involvierten Berater, wie F.\_\_\_\_\_ (C'.\_\_\_\_\_; act. 24 N 100), G.\_\_\_\_\_ (D.\_\_\_\_\_; act. 24 N 102), H.\_\_\_\_\_ (E.\_\_\_\_\_; act. 24 N 103), geheilt werden (Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG150173-O vom 12. Juli 2017 E. 3.3.1 m.w.H.). Insofern ist es ohne Belang, ob die genannten Personen die angefallenen Kosten für angemessen und notwendig erachten oder nicht (vgl. act. 3/1-3).

Dies wäre durch die Klägerin selbst in ihren Rechtsschriften darzulegen gewesen. Die Aussagen der Genannten wären – aufgrund der besonderen Nähe und der damit verbundenen, offenkundigen Eigeninteressen – ohnehin nur mit der entsprechenden Zurückhaltung zu würdigen (vgl. Urteil BGer 4P.143/2005 vom 18. August 2005 E. 2.2).

b.) Ungenügende Behauptungen bezüglich der effektiv angefallenen Verteidigungskosten  
Die Klägerin nennt an keiner einzigen Stelle in ihren Tatsachenvorträgen konkrete Zahlen der effektiv angefallenen Verteidigungskosten, sondern verweist in diesbezüglicher Hinsicht ausschliesslich auf die eingereichten Rechnungen und tabellarischen Übersichten in den Beilagen. Dies ist bereits für sich genommen im Sinne der eingangs zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung ungenügend, werden die Beilagen in quantitativer Hinsicht in den Rechtsschriften selbst weder konkret erwähnt noch deren Inhalt in groben Zügen erläutert. Überhaupt müssten die in den Tabellen geltend gemachten Einzelpositionen mühselig, sofern überhaupt möglich, aus den eingereichten Rechnungen (act. 3/16) zusammengesucht und wiederum in Bezug zum SEC-Verfahren gebracht werden. Die Klägerin nennt in den Tabellen in act. 25/19 und act. 25/20 nämlich nur teilweise – entgegen ihrer weiterführenden Tabelle in der Replik selber (act. 24 N 52) – einzelne, allgemeine Eckpunkte des US-Verfahrens. Dies sei kurz an einem Beispiel erläutert: Gemäss der korrekterweise in die Replik integrierten Ablaufstabelle des SEC-Verfahrens richtete die SEC am 14. August 2014 eine informelle Dokumentenanfrage an die Klägerin (act. 24 N 52 Pos. 48). Unklar bleibt hier zum einen bereits, was mit der zusätzlichen Anforderung von Dokumenten betreffend das Produkt

- 11 - .../..., das zuvor nirgends erwähnt wurde (immerhin im Anschluss: act. 24 N 87, 93), gemeint ist, und zum anderen dürfte die Klägerin als reine Holdinggesellschaft nicht dessen Verkäuferin gewesen sein ("Verkauf durch A.\_\_\_\_\_ ab circa Oktober 2014"). Die Klägerin stützt sich zur Belegung dieser Aussage auf Beilage 10.19 (act. 25/10.19). Dieses Dokument wurde an E.\_\_\_\_\_ versandt. Aus Replikbeilage 25/20 S. 7 ergibt sich wiederum – allerdings ohne Verweis auf das vorerwähnte act. 25/10.19 – die Involvierung von E.\_\_\_\_\_, die diese Position in der Rechnung Nr. 101-0000018009, zusammen mit weiteren, abrechnete. Hierzu erfolgt ein erneuter Verweis auf die genannte Rechnung in act. 3/16.32. Spätestens ab hier reisst die "Behauptungskette" der Klägerin, bestehend aus Tabellen, Zusammenfassungen und Einzelbelegen, ab. Ein weiteres Durchforsten ergibt aber auch noch Folgendes: Offenbar war auch D.\_\_\_\_\_ in die "informelle Dokumentenanfrage am 14. August 2014" involviert (act. 25/20 S. 1). Sie stellte jedenfalls hierfür am 19. September 2014 eine Rechnung (act. 3/16.4). D.\_\_\_\_\_ war nach der Klägerin, wie sie dies in der Tabelle (act. 25/20) ausführt, für E.\_\_\_\_\_ tätig. Diese übernahmen wohl zum damaligen Zeitpunkt den Lead, wollten sie doch der SEC antworten ("provide forensic accounting services to assist E.\_\_\_\_\_ in responding to SEC proceedings and requests for documents and information"). Demnach dürfte C'.\_\_\_\_\_ zum damaligen Zeitpunkt, da es gemäss Angaben der Klägerin keine Doppelspurigkeiten gab (siehe vorne E. 1.3. a), nicht involviert gewesen sein. Sie war es aber doch, wie der Blick auf Replikbeilage 25/19 S. 4 zeigt, und fakturierte hierfür immerhin total USD 60'187.33. Dieses Beispiel liesse sich beliebig wiederholen und soll verdeutlichen, dass nur ein kompliziertes (und nicht widerspruchsfreies) Zusammensuchen der einzelnen Positionen aus den Beilagen überhaupt ermöglichen würde, die Beträge sämtlicher involvierter Berater im Quantitativ nachzuvollziehen. Die Klägerin wäre zumindest in Grundzügen gehalten gewesen, in der Klageschrift oder Replik vorzutragen, in welchem SEC-Verfahrensstadium die einzelnen Verteidigungskosten konkret angefallen waren und

warum diese angemessen und notwendig waren (siehe dazu auch E. 1.3. a.). Demnach erweist sich der Verweis auf die Beilagen

- 12 - im Sinne der eingangs zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung als ungenügend, da diese für sich selbst nicht erlauben, die geltend gemachten Positionen zu prüfen und gegebenenfalls substantiiert zu bestreiten.

#### **E. 2.4**

Fazit Die Klägerin tut nicht dar, inwiefern die angefallenen Verteidigungskosten notwendig und angemessen im Sinne der vertraglich vereinbarten Versicherungs- police sind. Auch ist das Quantitativ nicht nachvollziehbar. Der Verweis auf zahlrei- che Beilagen und tabellarische Übersichten erweist sich zudem im Geltungsbe- reich des Verhandlungsgrundsatzes als unzulässig, da sie nicht in Grundzügen in den Rechtsschriften erläutert werden. Die Klage ist deshalb ohne Weiteres abzu- weisen.

#### **E. 3**

Kosten- und Entschädigungsfolgen Sowohl die Festsetzung der Gerichtsgebühr als auch die Festsetzung der Partei- entschädigung richten sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG; § 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Der Streitwert wird im Grundsatz durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 ZPO). In casu beträgt er USD 9'345'487.50 (entsprechend CHF 9'238'760.– per Klageeinleitung), woraus eine ordentliche Gerichtsgebühr von CHF 113'000.– resultiert. Vorliegend recht- fertigt es sich, die Gerichtsgebühr gestützt auf § 4 Abs. 2 GebV OG um rund ei- nen Drittel auf CHF 75'000.– zu reduzieren. Sie ist ausgangsgemäss der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und aus dem von ihr geleisteten Kostenvor- schuss zu beziehen. Ausserdem ist die Klägerin zu verpflichten, der Beklagten ei- ne Parteientschädigung zu bezahlen. Die Durchführung einer Vergleichsverhand- lung, die Einreichung einer zweiten Rechtsschrift sowie weiterer Stellungnahmen rechtfertigen einen Zuschlag um die Hälfte, was zu einer Parteientschädigung in der Höhe von CHF 150'000.– (zzgl. 8 % MwSt.; dazu: act. 12 N 188) führt.

- 13 - Das Handelsgericht erkennt:

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