

ZH_OBERGERICHT LB170024 vom 6. September 2017

ZH Obergericht, 2017-09-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB170024

FR: ZH_OBERGERICHT LB170024 du 6 septembre 2017

IT: ZH_OBERGERICHT LB170024 del 6 settembre 2017

Erwägungen

E. 1

Die B1._____ Switzerland SA, die seither von der B._____ AG (Klägerin, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin, fortan Klägerin) durch Fusi- on übernommen wurde, erwarb im Jahr 2000 sämtliche Aktien der C._____ Grup- pe (bestehend aus fünf Gesellschaften unter einem Holdingdach) von den beiden Eigentümern A._____ (Beklagter 1, Berufungskläger und Anschlussberufungsbe- klagter, fortan Beklagter 1) und D._____ (Beklagter 2). Der Kaufpreis bestand aus einer festen und einer variablen Komponente, die von den zukünftigen Geschäftsergebnissen abhängig war. Die Klägerin behauptet, die Beklagten, die nach dem Verkauf bis zu ihrer fristlosen Entlassung im Februar 2004 weiterhin als Geschäftsleiter und Verwaltungsräte für die C._____ Gruppe - 4 - tätig waren, hätten das Geschäftsergebnis manipuliert, um eine höhere Vergütung zu erhalten. Mit dieser Klage verlangt sie die Rückzahlung des variablen Teils des Kaufpreises, der auf diesen Manipulationen beruhe.

E. 2

Mit Einreichung der Weisung vom 29. Juli 2008 und der Klageschrift vom 20. November 2008 machte die Klägerin am 24. November 2008 beim Bezirksge- richt Zürich die Klage anhängig. Nachdem der Beklagte 1 die Einrede der örtli- chen Unzuständigkeit erhob, trat das Bezirksgericht mit Beschluss vom 4. Juni 2009 auf die Klage nicht ein. Auf Rekurs der Klägerin hob das Obergericht diesen Entscheid auf und wies das Verfahren zur Fortsetzung an das Bezirksgericht zu- rück. Nach Durchführung des doppelten Schriftenwechsels reichten die Klägerin und der Beklagte 2 einen Vergleich ein, worauf der Prozess mit Beschluss vom 9. Februar 2011 in Bezug auf den Beklagten 2 als durch Vergleich erledigt abge- schrieben wurde. Mit Bezug auf den Beklagten 1 wurde am 14. Mai 2012 der Beweisaufgabebe- schluss erlassen. Mit Beschluss vom 31. Januar 2013 wurde eine gegen den Be- klagten 1 gerichtete Verantwortlichkeitsklage vom vorliegenden Verfahren abge- trennt und selbständig weitergeführt. Im Rahmen des Beweisverfahrens wurde ein Schriftgutachten eingeholt und verschiedene Zeugen wurden teilweise durch das Gericht, teilweise auf dem Weg der Rechtshilfe einvernommen. Am 17. Dezember 2014 fällte das Bezirksgericht das eingangs genannte Urteil und hiess die Klage teilweise gut. Für eine ausführlichere Darstellung der vorinstanzlichen Prozessge- schichte wird auf das angefochtene Urteil verwiesen (act. 341 S. 3 ff.).

E. 3

Mit Eingabe vom 10. Februar 2015 (act. 339) erhob der Beklagte 1 rechtzei- tig Berufung gegen das vorinstanzliche Urteil vom 17. Dezember 2014 (act. 341), das ihm am 12. Januar 2015 zugestellt worden war (act. 336). Mit Verfügung vom 17. Februar 2015 wurde ihm Frist angesetzt, um einen Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 60'000.00 zu leisten (act.

342). Diesen leistete er fristgerecht (act. 344). Mit Verfügung vom 9. März 2015 wurde der Klägerin Frist zur Berufungsantwort angesetzt (act. 345).

- 5 - Mit Eingabe vom 13. April 2015 beantragte die Klägerin in prozessualer Hinsicht die Verpflichtung des Berufungsklägers zur Leistung einer Sicherheit für ihre Parteientschädigung sowie die Abnahme der Frist zur Einreichung der Berufungsantwort (act. 347). Dieser Antrag wurde mit Verfügung vom 14. April 2015 abgewiesen (act. 349). Dagegen wandte sich die Klägerin am 21. April 2015 mit Beschwerde an das Bundesgericht (act. 359) und am 22. April 2015 mit einem Wiedererwägungsgesuch an die Kammer (act. 354). Auf Anweisung des Bundesgerichts sistierte die Kammer mit Beschluss vom 27. April 2015 das Berufungsverfahren. Nachdem das Bundesgericht die Beschwerde mit Urteil vom 21. Dezember 2015 abgewiesen hatte (act. 369), wurde die Sistierung mit Beschluss vom 19. Januar 2016 aufgehoben (act. 370). Mit Eingabe vom 20. Januar 2016 beantwortete die Klägerin die Berufung und erhob Anschlussberufung (act. 372). Mit Verfügung vom 26. Januar 2016 wurde der Klägerin Frist zur Leistung eines Vorschusses von Fr. 17'400.00 zur Sicherstellung der Gerichtskosten angesetzt (act. 373). Mit Beschluss vom 8. Februar 2016 wurde dem Beklagten 1 eine Frist angesetzt, um für eine allfällige Parteientschädigung einen Vorschuss von Fr. 80'449.00 zu leisten (act. 375). Beide Vorschüsse wurden rechtzeitig geleistet. Die Anschlussberufungsantwort des Beklagten 1 vom 15. April 2015 (recte 2016) (act. 381) wurde der Klägerin zugestellt (act. 382 und act. 383), ohne dass sie sich dazu vernehmen liess. Mit Urteil vom 22. Juli 2016 hiess die Kammer die Berufung gut, hob das Urteil des Bezirksgerichts vom 17. Dezember 2014 auf und wies die Klage ab (act. 384 = act. 397).

E. 4

Auf Beschwerde der Klägerin vom 14. September 2016 (act. 387) hob das Bundesgericht mit Urteil vom 6. März 2017 (act. 398) das Urteil der Kammer vom 22. Juli 2016 auf und wies die Sache zu neuer Beurteilung an das Obergericht zurück.

E. 5

Die Revisionsgesellschaft E._____ AG schloss am 23. November 2004 mit der C._____ Holding AG eine Vereinbarung, in der sie ausstehende Honorarsprüche von CHF 474'000.00 auf CHF 138'000.00 reduzierte und damit im Umfang von CHF 336'000.00 auf ihr Honorar verzichtete (act. 130/27). Das qualifizierte die Vorinstanz als Schadenersatzleistung, die sie an den vom Beklagten 1 zu ersetzenden Schaden anrechnet (act. 341 S. 62). a) Mit der Anschlussberufung macht die Klägerin geltend, die Honorarforderung der E._____ AG habe nichts mit den zu viel bezahlten Earn-out-Zahlungen zu tun und sei damit keine Schadensposition. Die Klägerin habe im vorinstanzlichen Verfahren ausgeführt, dass E._____ von den Beklagten ebenfalls getäuscht worden sei. Für eine solidarische Haftung bestünden deshalb keine Anhaltspunkte. Der Verzicht der E._____ AG auf einen Teil des Honorars stelle daher keine Leistung an den Schaden dar und sei nicht an den von der Klägerin gegen den Beklagten 1 geltend gemachten Schadenersatzanspruch anzurechnen (act. 372 S. 7 f.). b) Der Beklagte 1 wirft der Klägerin in der Anschlussberufungsantwort vor, indem sie die von der E._____ AG erstellten Unterlagen nicht eingereicht habe, habe sie ihre Mitwirkungspflicht verletzt. Durch Einreichen des Vergleichs im Rahmen der Antretung der Gegenbeweise habe sie anerkannt, dass ein Vergleich mit E._____ gemacht worden sei, der im Zusammenhang mit den behaupteten Unregelmässigkeiten bei der C._____ Gruppe stehe. Die Klägerin könne

ihre Ansprüche nicht kumulieren. Ohne Anrechnung der Honorarreduktion wäre sie bereichert. Sie müsse daher die Honorarreduktion vom geltend gemachten Schaden in Abzug bringen. Er wisse ausserdem, dass die Klägerin nicht nur auf ihr Honorar verzichtet habe, sondern dass E. _____ mit der Klägerin auch noch einen Vergleich auf Leistung von Schadenersatz in beträchtlicher Höhe abgeschlossen habe, der ebenfalls zu berücksichtigen wäre (act. 381 S. 4 f.).

- 21 - c) Als Grund für den Honorarverzicht wird im Vergleich mit der E. _____ AG "the settlement of certain dissensions" angeführt. Die Vorinstanz erachtete als unbestritten, dass sich diese Meinungsverschiedenheiten auf die den Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildenden Unregelmässigkeiten bei der C. _____ Gruppe bezogen, welche die E. _____ AG als Revisionsgesellschaft der Klägerin nicht erkannte (vgl. dazu act. 2 S. 15 ff., insbes. S. 17 Rz. 34). Davon ist in der Tat auszugehen. Daraus folgt jedoch nicht, dass es sich dabei um eine Leistung an den Schadenersatzanspruch handelte, der Gegenstand dieses Verfahrens ist. Wie oben gezeigt wurde, besteht der eingeklagte Schaden aus den ungerechtfertigten Earn-Out-Zahlungen (vgl. III.1). Die Kosten, welche der Klägerin im Zusammenhang mit der Aufdeckung der Verfehlungen der Beklagten entstanden, stellen grundsätzlich weitere Schadenspositionen dar, soweit es sich nicht um Aufwendungen handelt, die ohnehin angefallen wären (sog. Ohnehin-Kosten, bspw. Kosten für ordentliche Revisionsarbeiten). Da die Klägerin darauf verzichtete, diese Schadenspositionen gegenüber den Beklagten geltend zu machen, sondern sich auf die Rückforderung der ihrer Auffassung nach unberechtigten Earn-Out-Zahlungen beschränkte, handelt es sich beim Honorar nicht um eine Position des zu beurteilenden Schadens, so dass die Reduktion dieses Honorars nicht an den eingeklagten Schaden anzurechnen ist. Wenn die Klägerin geltend macht, die E. _____ AG habe die Verfehlungen der Beklagten nicht entdeckt, wirft sie ihr eine Schlechterfüllung ihrer vertraglichen Leistungspflicht vor, was einen Schadenersatzanspruch auslöst, der mit dem Honorarverzicht abgegolten wird. Damit reduzieren sich die Aufwendungen, die der Klägerin im Zusammenhang mit der Aufdeckung der Verfehlungen der Beklagten entstanden sind. Auf den eingeklagten Schaden wirkt sich diese Honorarreduktion jedoch nicht aus. d) Eine Bereicherung oder eine Kumulation von Schadenersatzleistungen liegt somit entgegen der Auffassung des Beklagten 1 nicht vor. Aus dem Zeitpunkt der Einreichung des Vergleichs mit der E. _____ AG erst im Beweisverfahren kann der Beklagte 1 nichts zu seinen Gunsten ableiten. Seine Behauptung, dass es neben der Honorarreduktion auch zu einer Schadenersatzleistung in beträchtlicher Höhe

- 22 - gekommen sei, ist nicht nur neu (vgl. act. 307 S. 48 f.), sondern auch völlig unbelagt und hat den Stellenwert einer reinen Spekulation, so dass darauf nicht einzugehen ist. Die Anschlussberufung ist daher mit Bezug auf die Anrechnung des Vergleichs mit der E. _____ AG gutzuheissen. Die Honorarreduktion um CHF 336'000.00 ist nicht an den Schadenersatzanspruch der Klägerin anzurechnen.

E. 6

Mit der Begründung, die Klägerin habe ihre Zinsforderung nicht begründet, sprach ihr die Vorinstanz den Verzugszins nicht seit der behaupteten Entstehung des Schadens, sondern erst seit Einreichung des Sühnbegehrens am 26. Juni 2008 zu (act. 341 S. 65). a) Mit der Anschlussberufung verlangt die Klägerin Verzugszins ab dem 30. Juni 2004, was sie mit der an diesem Tag erfolgten Zustellung eines Zahlungsbefehls über CHF 9'606'000.00 begründet (act. 330/1). Sie habe den Zahlungsbefehl unter Berufung auf § 115 Ziff. 2

ZPO-ZH als Beilage zur Eingabe vom 28. November 2014 eingereicht (act. 328). Da es sich beim Zahlungsbefehl um eine Urkunde handle, welche den sofortigen Beweis erbringe, sei der Ausnahmetatbestand von § 115 Ziff. 2 ZPO-ZH erfüllt und liege kein verspätetes Novum vor (act. 372 S. 8 f.). Der Beklagte 1 bestreitet die Rechtzeitigkeit der klägerischen Vorbringen (act. 381 S. 5 f.). b) Die Klägerin reichte den Zahlungsbefehl vor Vorinstanz als Nachweis für die Unterbrechung der Verjährung ein (act. 328 S. 4). Dass sie damit den Zinsenlauf des Verzugszinses ausgelöst habe, behauptet sie erstmals mit der Anschlussberufung. Demnach handelt es sich um eine neue Behauptung im Berufungsverfahren. Wie eingangs erwähnt, gilt für das Berufungsverfahren die Schweizerische Zivilprozessordnung, was bedeutet, dass die Zulässigkeit von Noven nach anderen Grund-

- 23 - lagen zu beurteilen ist, als vor erster Instanz, wo noch die von der Klägerin angerufene kantonale Zivilprozessordnung galt. Gemäss Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO sind neue Behauptungen im Berufungsverfahren nur zu berücksichtigen, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt, da der Beklagte 1 bereits in der Klageantwort bestritten hatte, dass eine Mahnung erfolgt war, wie die Klägerin selbst einräumt (act. 372 S. 8 Rz. 31 m.H. auf act. 21 S. 31 Rz. 94). Dass die Einreichung der als Beweis angerufenen Urkunde im vorinstanzlichen Verfahren nach den damals anwendbaren Bestimmungen des kantonalen Rechts einen eigenen Grund für die Zulässigkeit des Novums darstellte (§115 Ziff. 2 ZPO/ZH), vermag daran nichts zu ändern, da die Klägerin die neue Behauptung, die sie heute damit belegen will, damals noch nicht aufgestellt hatte. Nicht nur das Beweismittel, sondern schon die Behauptung ist nach der im Berufungsverfahren einschlägigen Novenregelung der Schweizerischen Zivilprozessordnung verspätet. c) Die Anschlussberufung ist demnach mit Bezug auf den Verzugszins abzuweisen. Der Klägerin ist Verzugszins auf ihre Schadenersatzforderung in gesetzlicher Höhe von 5 % seit Einreichung des Sühnbegehrens am 26. Juni 2008 zuzusprechen.

E. 7

Der Beklagte 1 wird verpflichtet, der Klägerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von CHF 80'000.00 (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen. Diese ist von der Obergerichtskasse aus der vom Beklagten 1 geleisteten Sicherheitsleistung zu entrichten. Ein allfällig verbleibender Mehrbetrag ist dem Beklagten 1 zurückzuerstatten.

E. 8

Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Bezirksgericht Zürich, 7. Abteilung, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

E. 9

Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 4'231'207.80. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

- 27 - Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Der Vorsitzende: Der Leitende
Gerichtsschreiber: lic. iur. P. Diggelmann lic. iur. M. Hinden versandt am:

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