



Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Vizepräsident, und Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, die Handelsrichter Ivo Eltschinger, Jean-Gaspard Comtesse und Alexander Pfeifer sowie der Gerichtsschreiber Roman Kariya

Urteil vom 18. März 2016

in Sachen

A._____ AG in Liquidation,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt X1._____,
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X2._____,

sowie

1. **B._____**,
 2. **C._____ AG**,
 3. **D._____ Versicherungen AG**,
- Streitberufene der Klägerin

2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____,

gegen

E._____ Treuhand AG,
Beklagte und Streitverkündungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. et lic. oec. publ. Z._____,

sowie

1. ...
2. **C._____ AG,**
Streitverkündungsbeklagte

2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____,

sowie

1. **A._____ AG in Liquidation,**
 2. **B._____,**
 3. **F._____,**
- Streitberufene der Streitverkündungsbeklagten 2

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren der Hauptklage:

(act. 1 S. 2)

- " 1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 445'800.00 nebst Zins zu 5% seit 22.11.2004 zu bezahlen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Rechtsbegehren der Streitverkündungsklage:

(act. 93 S. 4)

" [...].

4. Unter Vorbehalt eines ganzen oder teilweisen Unterliegens der Beklagten in der Hauptklage (Rechtsbegehren 1) sei die Ersatzpflicht/Regressverpflichtung der Streitverkündungsbeklagten 2, C._____ AG, (vormals C._____ ... AG), ... [Adresse], festzulegen und sie sei zu verpflichten, der Streitverkündungsklägerin die Regressschuld von maximal CHF 445'800 nebst Zins zu 5% seit 22. November 2004 zu bezahlen.
- Der exakte Regressbetrag kann erst nach dem Entscheid im Hauptklageverfahren festgelegt werden.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Streitverkündungsbeklagten 2 wie auch bezüglich des Hauptverfahrens.
6. Für den Fall der gänzlichen Abweisung der Hauptklage sei das Streitverkündungsklageverfahren als gegenstandslos abzuschreiben unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin auch bezüglich der Streitverkündungsklage i.S.v. Art. 107 Abs. 1 Bst. e und b ZPO."

Sachverhalt und Verfahrensgang

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist die Konkursmasse der A._____ AG (nachfolgend: Gemeinschuldnerin), einer Aktiengesellschaft in Liquidation, die ihren Sitz in .../ZH hatte und gemäss Handelsregisterauszug im Wesentlichen die Fabrikation und den Vertrieb von verschweissten Produkten aus Kunststoff sowie den Betrieb einer Offset- und Siebdruckerei bezweckte.

Bei der Beklagten und Streitverkündungsklägerin (vormals: G._____ AG REGION ZÜRICH; nachfolgend: Beklagte) handelt es sich um eine Aktiengesellschaft mit Sitz in .../ZH, welche gemäss Handelsregisterauszug im Wesentlichen Dienstleistungen im Bereich einer Treuhandgesellschaft (insbesondere Beratung im Bereich Steuern/Recht/Vorsorge, Buchführungen und Abschlussberatung, Revisionen, Controlling- und Supportfunktionen für Start-ups und Neuausrichtungen, Organisations- und EDV-Projektbegleitungen sowie Verwaltungstätigkeiten) bezweckt.

Bei der Streitverkündungsbeklagten 2 (vormals: C._____ ... AG) handelt es sich um eine Aktiengesellschaft, welche gemäss Handelsregisterauszug im Wesentlichen das Erbringen von Dienstleistungen in den Geschäftsbereichen einer national und international tätigen Treuhand-, Revisions- und Beratungsgesellschaft (wie Wirtschaftsprüfung, Buchführung, Gestion, Informatik, Steuer-, Rechts- und Unternehmensberatung, Gutachtertätigkeit, Immobilientreuhand) bezweckt.

b. Prozessgegenstand

Am 22. November 2004 wurde durch das Bezirksgericht Affoltern am Albis/ZH über die Gemeinschuldnerin der Konkurs eröffnet. Der Konkursöffnung ging ein Schreiben der Beklagten, damalige Revisionsstelle, vom 13. Oktober 2004 voraus, worin diese das Gericht von der Überschuldung der Gemeinschuldnerin informierte. Die Klägerin wird vom ausseramtlichen Konkursverwalter, Rechtsanwalt

X1._____, vertreten. Als Revisionsstelle der Gemeinschuldnerin war seit dem 13. Juli 2001 die Streitverkündungsbeklagte 2 tätig, danach die Beklagte, welche am 27. Oktober 2003 zu deren Revisionsstelle gewählt wurde.

Mit der vorliegenden Verantwortlichkeitsklage fordert die Klägerin von der Beklagten Schadenersatz. Nach Ansicht der Klägerin habe die Beklagte ihre Pflichten als Revisionsstelle nicht wahrgenommen und dem Konkursrichter die Überschuldung der Gemeinschuldnerin zu spät angezeigt, wodurch der Klägerin ein Schaden entstanden sei.

Für den Fall ihres ganzen oder teilweisen Unterliegens im Hauptprozess macht die Beklagte und Streitverkündungsklägerin gegenüber der Streitverkündungsbeklagten 2 eine Regressforderung in der maximalen Höhe der Hauptklage geltend, da ihrer Meinung nach diesfalls Letzterer eine Pflichtverletzung vorzuwerfen sei.

B. Prozessverlauf

Die Klägerin reichte am 21. Oktober 2011 (Datum Poststempel) die vorliegende Klage, datiert vom 20. Oktober 2011, ein (act. 1). Den von ihr mit Verfügung vom 25. Oktober 2011 geforderten Vorschuss für die Gerichtskosten leistete sie fristgerecht (Prot. S. 2 f.; act. 5). Im Weiteren leistete die Klägerin auf beklagtischen Antrag hin CHF 33'000.– als Sicherheit für deren Parteientschädigung (act. 8; Prot. S. 5 f.; act. 10). Die Klageantwort vom 23. März 2012 wurde innert angesetzter Frist eingereicht (Prot. S. 7; act. 12). Da die Beklagte darin Streitverkündungsklage gegen den ehemaligen Präsidenten des Verwaltungsrates, B.____ (vormals: Streitverkündungsbeklagter 1), und gegen die Streitverkündungsbeklagte 2 erhob, wurde das Zulassungsverfahren durchgeführt. Mit Beschluss vom 3. Juli 2012 wurde die Streitverkündungsklage gegen den damaligen Streitverkündungsbeklagten 1, nicht jedoch diejenige gegen die Streitverkündungsbeklagte 2 zugelassen (act. 22). Die dagegen erhobene Beschwerde wurde mit Urteil des Bundesgerichts vom 4. Februar 2013 gutgeheissen, und die Streitverkündungsklage wurde auch gegen die Streitverkündungsbeklagte 2 zugelassen (act. 28). Der daraufhin von der Beklagten vorerst geforderte Vorschuss für die Gerichtskosten betreffend die Streitverkündungsklage in der Höhe von CHF 6'500.– bezahlte sie

fristgerecht (act. 33; act. 36). In der Folge wurde bezüglich der Streitverkündungsklage das Verfahren mit Verfügung vom 15. Mai 2013 einstweilen bis zum Abschluss eines allfälligen Schriftenwechsels bezüglich des von der Klägerin gegenüber der Beklagten anhängig gemachten Verfahrens sistiert (act. 38). Am 5. November 2013 fand eine Vergleichsverhandlung mit der Klägerin, der Beklagten sowie den Streitverkündungsbeklagten 1 und 2 statt, die jedoch zu keiner Einigung führte (Prot. S. 26 f.). Mit ihren Eingaben, je datiert vom 6. November 2013, verkündete die Klägerin den Streitberufenen 1 bis 3 den Streit (act. 55-57), wovon Vormerk genommen wurde (act. 58). Die Streitberufene 3 der Klägerin ist bis dato nicht in den Prozess eingetreten bzw. hat sich nicht erklärt.

Mit Verfügung vom 27. November 2013 wurde – nach Gewährung des rechtlichen Gehörs – die Sistierung bezüglich der Streitverkündungsklage aufgehoben und der Beklagten Frist angesetzt, um die Streitverkündungsklage zu begründen. Gleichzeitig wurde der Beklagten Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten hinsichtlich ihrer erhobenen Streitverkündungsklage einen weiteren Vorschuss von CHF 13'500.– zu bezahlen (act. 63). Mit ihrer Eingabe vom 9. Dezember 2013 stellte die Beklagte den Antrag, die Verfügung vom 27. November 2013 neu abzufassen, da diese keine Rechtsmittelbelehrung enthalten habe (act. 65). Diesem Antrag wurde mit Verfügung vom 10. Dezember 2013 nicht stattgegeben (act. 66). In der Folge gelangte die Beklagte ans Bundesgericht, welches die gegen die Verfügung vom 27. November 2013 erhobene Beschwerde mit Urteil vom 22. April 2014 abwies (act. 86). Mit Verfügung vom 5. Mai 2014 wurde der Beklagten neu Frist angesetzt, um die erhobene Streitverkündungsklage zu begründen (act. 87). Daraufhin beantragte die Beklagte mit ihrer Eingabe vom 16. Mai 2014 unter anderem die Sistierung der Streitverkündungsklage bis 90 Tage nach dem rechtskräftigen Abschluss des laufenden Akteneinsichts- und Akteneditionsbegehrens, welches mit Eingabe vom 19. Dezember 2013 an die Klägerin gestellt worden war (act. 89; act. 90/1-2). Mit Beschluss vom 22. Mai 2014 wurden die Anträge der Beklagten abgewiesen (act. 90). Nachdem die Beklagte in ihrer Streitverkündungsklagebegründung die Streitverkündungsklage gegen den Streitverkündungsbeklagten 1 zurückgezogen hatte (act. 93), wurde das Streitverkündungsklageverfahren gegen den Streitverkündungsbeklagten 1 mit Beschluss vom

30. Juli 2014 abgeschrieben (act. 96). Mit ihrer Streitverkündungsklageantwort vom 17. November 2014 verkündete die Streitverkündungsbeklagte 2 gegenüber den Streitberufenen 1-3 den Streit (act. 102). Der Streitberufene 3 der Streitverkündungsbeklagten 2 ist bis dato nicht in den Prozess eingetreten bzw. hat sich nicht erklärt. Die Streitverkündungsklagereplik vom 24. Februar 2015 (act. 110) sowie die Streitverkündungsklageduplik vom 12. Juni 2015 (act. 120) gingen in der Folge fristgerecht ein und wurden jeweils der Gegenseite zugestellt (Prot. S. 47 und S. 52).

Inzwischen erfolgten hinsichtlich der Hauptklage auch die Replik vom 12. November 2014 (act. 100) sowie die Duplik vom 24. Februar 2015 (act. 108). Mit ihrer Eingabe vom 12. März 2015 erstattete die Klägerin hinsichtlich der Duplik vom 24. Februar 2015 unaufgefordert eine Novenstellungnahme (act. 113), worauf die Beklagte dazu mit ihrer Eingabe vom 24. März 2015 ihrerseits Stellung nahm (act. 115).

Mit Verfügung vom 7. Januar 2016 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zu erklären, ob auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichtet werde, unter Androhung, dass bei Stillschweigen Verzicht auf die Hauptverhandlung angenommen würde (act. 124). Die Verfügung konnte den Parteien am 11. bzw. 12. Januar 2016 zugestellt werden (act. 125/1-3). Sowohl die Klägerin als auch die Streitverkündungsbeklagte 2 erklärten, auf die Durchführung einer Hauptverhandlung zu verzichten (act. 126; act. 127). Da vonseiten der Beklagten innert Frist keine Erklärung einging, ist androhungsgemäss Verzicht auf die Hauptverhandlung anzunehmen. Der Prozess erweist sich als spruchreif (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

Es ist an dieser Stelle auf personelle Veränderungen in der Bearbeitung des vorliegenden Prozesses hinzuweisen. An der Vergleichsverhandlung vom 5. November 2013 wirkte noch Oberrichter Dr. Heinrich Andreas Müller als Instruktionsrichter mit, welcher in der Folge das Handelsgericht verliess und durch Oberrichterin Dr. Claudia Bühler ersetzt wurde. Auch der am Beschluss vom 22. Mai 2014 als Präsident mitwirkende Peter Helm ist zufolge Pensionierung nicht mehr am Handelsgericht tätig. Entsprechend setzt sich der Spruchkörper wie folgt zusammen:

Oberrichter Roland Schmid, Vizepräsident, und Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, die Handelsrichter Ivo Eltschinger, Jean-Gaspard Comtesse und Alexander Pfeifer sowie der Gerichtsschreiber Roman Kariya. Eine solche personelle Veränderung ist, weil begründet, zulässig (Urteil des Bundesgerichts 4A_271/2015 vom 29. September 2015, Erw. 8.2).

C. Wesentliche Prozessstandpunkte im Hauptklageverfahren

a) Wesentliche Prozessstandpunkte der Klägerin

Die Klägerin vertritt den Standpunkt, dass die Beklagte trotz ihrer Vorkenntnisse über die finanzielle Lage der Gemeinschuldnerin sowie der ihr zur Verfügung stehenden jüngsten Informationen bei ihrer Übernahme als Revisionsstelle der Gemeinschuldnerin keine genügenden Prüfungshandlungen durchgeführt und ihre Anzeigepflichten an den Konkursrichter wegen Überschuldung missachtet habe. Aufgrund dessen habe die Beklagte ihre Pflichten als Revisionsstelle verletzt. Hätte sich die Beklagte pflichtgemäss verhalten, wäre der Konkurs bereits am 8. Dezember 2003 und nicht erst am 22. November 2004 eröffnet worden. Die Beklagte sei daher für den dadurch entstehenden Fortsetzungsschaden (mit-) verantwortlich.

Für die Schadensberechnung bringt die Klägerin vor, dass eine konkrete Berechnung gar nicht möglich sei. Da eine Bilanz zu Liquidationswerten weder zum Zeitpunkt des tatsächlichen Konkurseröffnungszeitpunkts noch zum hypothetischen Konkurseröffnungszeitpunkt vorhanden sei, sei eine Schadensschätzung nach Ermessen des Richters gemäss Art. 42 Abs. 2 OR angezeigt (act. 1 S. 28 ff. Rz. 45 ff.; act. 100 S. 14 ff. Rz. 46 ff.).

b) Wesentliche Prozessstandpunkte der Beklagten

Demgegenüber ist die Beklagte der Meinung, dass ihr keine Pflichtverletzung vorzuwerfen sei. So seien zum Zeitpunkt der Übernahme als Revisionsstelle weder Handlungspflichten noch Anzeigepflichten wegen Überschuldung angezeigt gewesen. Die Klägerin argumentiere hier wissensfiktiv. Ohnehin sei der 8. Dezember 2003 als hypothetischer Konkurseröffnungszeitpunkt in zeitlicher

Hinsicht gar nicht möglich. Sodann ignoriere die Klägerin die grossen Anstrengungen zur Rettung der Gemeinschuldnerin sowohl durch den Verwaltungsrat als auch durch die Aktionäre.

Betreffend die Schadensberechnung bringt die Beklagte vor, dass kein Raum für eine Schadensschätzung nach Ermessen des Richters bestehe. Zudem sei die Schadensberechnung der Klägerin nicht substantiiert vorgetragen und willkürlich (act. 12 S. 25 ff. Rz. 47 ff.; act. 108 S. 41 ff. Rz. 72 ff.).

D. Beweisvorbringen der Parteien

Sowohl die Klägerin, die Beklagte, als auch die Streitverkündungsbeklagte 2 offerierten ihre Beweismittel form- und fristgerecht, versehen mit je einem Beweismittelverzeichnis (act. 2/1-64; act. 13/2-48; act. 95/2-8; act. 101/65-71; act. 103/1-34; act. 109/49; act. 121/1-21).

Erwägungen

I. Formelles

Das Handelsgericht des Kantons Zürich ist für die vorliegende Klage sowohl örtlich als auch sachlich zuständig (Art. 40 und Art. 6 Abs. 2 ZPO sowie § 44 lit. b GOG), was unbestritten ist (act. 1 S. 7 Rz. 4 f.; act. 12 S. 10 f. Rz. 1 ff.). Das Verfahren wurde mittels Klage gehörig eingeleitet (Art. 220 ZPO); ein Schlichtungsverfahren entfiel (Art. 198 lit. f ZPO). Die notwendigen Vollmachten (bezgl. der Beklagten: Rechtsanwalt lic. iur. et lic. oec. publ. Z._____, act. 7; bezgl. der Streitverkündungsbeklagten 2: Rechtsanwalt Dr. Y._____, act. 16) wurden beigebracht. Die Klägerin hat sowohl den von ihr geforderten Gerichtskostenvorschuss als auch die von ihr geforderte Sicherheit für die Parteientschädigung fristgerecht geleistet (Prot. S. 2; act. 5; Prot. S. 5; act. 10). Auch die Beklagte hat die von ihr geforderten Gerichtskostenvorschüsse fristgerecht geleistet (Prot. S. 17; act. 36;

Prot. S. 30 f.; act. 63; act. 75). Auf die Klage ist daher einzutreten (Art. 59 Abs. 1 ZPO).

II. Materielles

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.

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 Konkureröffnung festzusetzen wäre, offen bleiben.

2.1. Parteivorbringen

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 nachvollziehbare Darstellung des im Sinne von Art. 42 OR annäherungsweise zu berechnenden 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 Konkursöffnung auf die Verteilungsliste abgestellt werden könne. Hierzu führt sie im Wesentlichen aus, dass sich nach Liquidation der Vermögenswerte und Erstellung 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 hypothetischen Bilanzhinterlegung per 8. Dezember 2003 betreffe, würden ebenfalls keine

Bilanzen, weder zu Fortführungs- noch zu Liquidationswerten, vorliegen. Zur konkreten 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 Zeitpunkten sowie aus Gründen der Einfachheit und Nachvollziehbarkeit würden die massgebenden 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 ohnehin 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 Eigentum erworben habe. Des Weiteren löst sie die Forderungsverzichte aus dem Posten "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 Liquidationswerte 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 Liquidationsquote 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

(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 Insolvenzverfahren 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 Konkursituation auch hier von erschwerter Verkäuflichkeit ausgegangen werden müsse.

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 % zurückgelegen. 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-

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 2 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.).

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

der realen Konkureröffnung, 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 Konkureröffnungszeitpunkt, da diese vergleichsweise 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 Konkurerlös 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 %

- Warendorräte 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.).

2.1.3. Replicando hält die Klägerin an ihren Vorbringen in ihrer Klagebegründung fest mit dem Bemerken, 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-

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 zulasse, als nicht nur die Überschuldung im hypothetischen Konkursöffnungszeitpunkt normativ zu berechnen sei, sondern zwangsläufig auch derjenige per realem Konkursöffnungszeitpunkt. Die Art und Weise der Berechnung des im Konkursöffnungszeitpunkt 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 Konkursöffnungszeitpunkt 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 Konkursöffnung 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

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 Konkursöffnungszeitpunkt 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 gewesenem 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.).

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

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.

2.2. Rechtliches

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

Verletzung der Benachrichtigungspflicht mit dem (höheren) Verlust im Zeitpunkt der tatsächlich erfolgten Konkursöffnung 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 Konkursöffnung mit demjenigen Vermögensstand zu jenem Zeitpunkt zu vergleichen, auf welchen die eingeklagten Organe bzw. die Revisionsgesellschaft nach klägerischer Behauptung die Konkursöffnung bei pflichtgemäsem Handeln hätten herbeiführen müssen. Dabei kann der Überschuldungsgrad einzig gestützt auf Liquidationswerte ermittelt werden, da die Konkursöffnung 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 Konkursöffnung 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).

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.).

2.2.2. Schadensschätzung gemäss Art. 42 Abs. 2 OR

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-

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

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 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

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).

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-

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 Schadensberechnung substantiiert vorzutragen. Das bedeutet, dass die Klägerin dem Gericht den relevanten Zeitraum, die für die Schadensberechnung notwendigen Bilanzpositionen sowie die zur Bestimmung der Vermögenswerte zur Anwendung gebrachten Bewertungskriterien in rechtsgenügender Weise vortragen und die dafür notwendigen Beweise, soweit möglich, darlegen muss. Unterlässt sie es indes, 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 Substantiierungspflicht und damit des Grundsatzes der Verhandlungsmaxime.

2.3. Würdigung

2.3.1. Anwendbarkeit der Differenzhypothese

Wie erwähnt, stützt sich das Bundesgericht bei der Ermittlung des "Fortführungsschadens" auf die Differenzhypothese, deren Anwendbarkeit im Übrigen auch von den Parteien unbestritten ist. Demnach ist zur Ermittlung des Schadens die Überschuldung zu Liquidationswerten im hypothetischen mit derjenigen im tatsächlichen Konkursöffnungszeitpunkt zu vergleichen.

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 berücksichtigen gilt dabei, dass die mit Art. 42 Abs. 2 OR bezweckte Beweiserleichterung nur dann greifen darf, wenn der strikte Nachweis des Schadens bzw. der

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.

2.3.2.1. Bestimmung der Liquidationswerte im hypothetischen Konkursöffnungszeitpunkt

Die Klägerin behauptet, die Beklagte hätte den Richter spätestens am 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-

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

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

2.3.2.2. Bestimmung der Liquidationswerte im tatsächlichen Konkursöffnungszeitpunkt

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

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 Aushöhung 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 dargetan, 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

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.

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-

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 singuläre Spezialvorschrift darstellt (vgl. RÜEGG, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER

[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,

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: SZP 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-

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 Kostenauflage 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 Kostenauflage 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.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Hauptklage wird abgewiesen.
2. Das Verfahren betreffend die Streitverkündungsklage wird als gegenstandslos geworden erledigt abgeschlossen.
3.
 - a) Die Gerichtsgebühr für das Hauptklageverfahren wird festgesetzt auf CHF 30'000.–.
 - b) Die Gerichtsgebühr für das Streitverkündungsklageverfahren gegenüber der Streitverkündungsbeklagten 2 wird festgesetzt auf CHF 10'000.–.
4.
 - a) Die Kosten für das Hauptklageverfahren werden der Klägerin auferlegt und – soweit möglich – aus dem von ihr geleisteten Vorschuss gedeckt.
 - b) Die Kosten für das Streitverkündungsklageverfahren gegenüber der Streitverkündungsbeklagten 2 werden der Beklagten und Streitverkündungsklägerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Vorschuss gedeckt.
5.
 - a) Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten und Streitverkündungsklägerin eine Parteientschädigung von CHF 33'500.– zu bezahlen. Die Parteientschädigung wird – soweit möglich – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Beklagte und Streitverkündungsklägerin aus der von der Klägerin geleisteten Sicherheit ausbezahlt.
 - b) Die Beklagte und Streitverkündungsklägerin wird verpflichtet, der Streitverkündungsbeklagten 2 eine Parteientschädigung von CHF 33'500.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.

7. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 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 und Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt für die Hauptklage sowie für die Streitverkündungsklage jeweils CHF 445'800.–.

Zürich, 18. März 2016

Handelsgericht des Kantons Zürich

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter Roland Schmid

Roman Kariya