

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB170024-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur
sowie Leitender Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hinden

Beschluss und Urteil vom 6. September 2017

in Sachen

1. **A.** _____,

2. ...,

Beklagter, Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagter

1 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____ **AG**,

Klägerin, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Forderung / Rückweisung**

**Berufung gegen ein Urteil der 7. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom
17. Dezember 2014; Proz. CG080224**

**Urteil II. Zivilkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 22. Juli
2016; Proz. LB150013**

Urteil Bundesgericht vom 6. März 2017; Proz. 5A_539/2016

Rechtsbegehren:

Der Beklagte 1 sei unter Vorbehalt des Nachklagerechts zu verpflichten, der Klägerin CHF 9'606'000.-- nebst Zins zu 5% (i) auf CHF 2'268'000.-- seit 6. März 2001, (ii) auf CHF 1'914'000.-- seit 15. Februar 2002 und (iii) auf CHF 5'424'000.-- seit 1. Februar 2003 zu bezahlen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten 1.

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 7. Abteilung, vom 17. Dezember 2014:

1. Der Beklagte 1 wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 3'895'207.80 zuzüglich Zins von 5% seit 26. Juni 2008 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 155'000.-- festgesetzt. Die Dolmetscherkosten betragen Fr. 787.50 und die Zeugenentschädigungen Fr. 1'130.--. Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.
3. Die Gerichtskosten werden der Klägerin zu 60 % und dem Beklagten 1 zu 40 % auferlegt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten 1 eine reduzierte Parteient-schädigung von Fr. 35'500.-- (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
- 5./6. Mitteilungen / Rechtsmittel

Berufungsanträge:

des Beklagten, Berufungsklägers und Anschlussberufungsbeklagten (act. 339, 381):

Es sei das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 17. Dezember 2014 im Verfahren CG08224-L bzw. CG100034/U aufzuheben und die Klage der Klägerin bzw. Berufungsbeklagten **vollumfänglich** abzuweisen.

Eventualiter sei das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 17. Dezember 2014 im Verfahren CG08224-L bzw. CG100034/U aufzuheben und die Kla-

ge zur Fortsetzung des Beweisverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Die Anschlussberufung sei vollumfänglich abzuweisen.

Alles unter Kosten und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten der Klägerin bzw. Berufungsbeklagten.

der Klägerin, Berufungsbeklagten und Anschlussberufungsklägerin (act. 372):

Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 17. Dezember 2014 im Verfahren CG080224 sei aufzuheben und der Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagte sei zu verurteilen, der Berufungsbeklagten und Anschlussberufungsklägerin CHF 4'231'207.80 zuzüglich Zins zu 5% seit 30. Juni 2004 zu zahlen;

Eventualiter sei die Berufung abzuweisen und das Urteil des Bezirksgerichts Zürich im Verfahren CG080224 zu bestätigen;

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Berufungsklägers und Anschlussberufungsbeklagten.

Erwägungen:

I.

1. Die B1._____ Switzerland SA, die seither von der B._____ AG (Klägerin, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin, fortan Klägerin) durch Fusion übernommen wurde, erwarb im Jahr 2000 sämtliche Aktien der C._____ Gruppe (bestehend aus fünf Gesellschaften unter einem Holdingdach) von den beiden Eigentümern A._____ (Beklagter 1, Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagter, 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

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.

2. Mit Einreichung der Weisung vom 29. Juli 2008 und der Klageschrift vom 20. November 2008 machte die Klägerin am 24. November 2008 beim Bezirksgericht Zürich die Klage anhängig. Nachdem der Beklagte 1 die Einrede der örtlichen 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 zurück. 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 abgeschlossen wurde.

Mit Bezug auf den Beklagten 1 wurde am 14. Mai 2012 der Beweisauftragbeschluss erlassen. Mit Beschluss vom 31. Januar 2013 wurde eine gegen den Beklagten 1 gerichtete Verantwortlichkeitsklage vom vorliegenden Verfahren abgetrennt 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 Prozessgeschichte wird auf das angefochtene Urteil verwiesen (act. 341 S. 3 ff.).

3. Mit Eingabe vom 10. Februar 2015 (act. 339) erhob der Beklagte 1 rechtzeitig 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).

Mit Eingabe vom 13. April 2015 beantragte die Klägerin in prozessualer Hinsicht die Verpflichtung des Berufungsklägers zur Leistung einer Sicherheit für ihre Parteienschädigung 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 Parteienschädigung 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).

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.

5. Die Klage wurde am 24. November 2008 bei der Vorinstanz eingereicht. Das angefochtene Urteil datiert vom 17. Dezember 2014. In der Zwischenzeit trat am 1. Januar 2011 die Schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft, welche die zuvor geltenden kantonalen Prozessordnungen ablöste. Nach den Übergangsbestimmungen zur Schweizerischen Zivilprozessordnung kam auf das vorinstanzliche

Verfahren das kantonale Verfahrensrecht zur Anwendung (Art. 404 Abs. 1 ZPO), während für das Rechtsmittelverfahren das neue Recht gilt (Art. 405 Abs. 1 ZPO).

II.

1. Das "Sale and Share Purchase Agreement of Shares" (act. 5/1) zwischen der Klägerin und den Beklagten sah neben einer festen Kaufpreistranche von CHF 7,5 Mio. (in zwei Raten) einen variablen Kaufpreisanteil (sogenannter Earn-out) vor. Dieser wurde (stark vereinfacht ausgedrückt) berechnet, indem die Differenz zu einem im Voraus festgelegten Schwellenwert für das Geschäftsjahr 2000 bzw. der jährlichen Ertragssteigerung für die Folgejahre (ermittelt aufgrund der konsolidierten Konzernrechnung der Klägerin) mit dem Faktor drei multipliziert wurde (vgl. act. 2 S. 9 Rz 23). Mit dem Deed of Amendment to the Share Purchase Agreement vom 17. Juli 2003 (act. 5/2) welches die Berechnung für die Jahre 2003 bis 2005 neu regelt, wurde dieser Faktor von drei auf zwei reduziert. Für die genaue Berechnungsformel und die Definition der einzelnen Faktoren wird auf die Vertragsdokumente verwiesen.

Gestützt darauf bezahlte die Klägerin den Beklagten neben dem fixen Kaufpreisanteil für die Jahre 2000 bis 2002 (für die Jahre 2003 erfolgten keine Zahlungen mehr) einen variablen Kaufpreis von CHF 8'897'000.00 bzw. je CHF 4'448'500.00 (act. 2 S. 11 ff. Rz 28 f.; act. 21 S. 15 Rz. 43; act. 341 S. 48).

a) Vor Vorinstanz machte die Klägerin geltend, die Beklagten, die bis zu ihrer fristlosen Entlassung am 11. Februar 2004 weiterhin in der Geschäftsleitung der verkauften Gesellschaften tätig waren, hätten die für die Berechnung des variablen Kaufpreisanteils massgeblichen Kennzahlen manipuliert, indem sie die konzerninterne Praxis der Aktivierung von auszustellenden Rechnungen (AR, *factures à émettre*, act. 2 S. 11 Rz. 26) ausgenutzt und Rechnungen für fiktive Leistungen aktiviert und im nächsten Geschäftsjahr durch neue fiktive Rechnungen ersetzt oder mit Selbstzahlungen aus der eigenen Tasche (durch Bareinzahlungen im Namen von Kunden auf Poststellen in der Nähe ihres jeweiligen Wohn-

oder Arbeitsorts) beglichen hätten, was sich für sie rentiert habe, weil sie diese als Earn-out-Zahlungen dreifach erhalten hätten (act. 2 S. 22 ff. Rz. 50 ff.).

b) Mit Bezug auf den Vorwurf der ungerechtfertigten Aktivierung von fiktiven Leistungen bezeichnete die Vorinstanz die klägerische Darstellung als unsubstanziert (act. 341 S. 19 ff.), was zur teilweisen Abweisung der Klage führte. Das hat die Klägerin akzeptiert (act. 372 S. 6 Rz. 20), so dass darauf nicht mehr einzugehen ist (vgl. unten II.5).

Mit Bezug auf die behaupteten Selbstzahlungen folgte die Vorinstanz nach dem Beweisverfahren der Darstellung der Klägerin und ermittelte ungerechtfertigte Earn-out-Zahlungen von insgesamt CHF 6'386'000.00, was unter Anrechnung der um die Mehrwertsteuer verminderten Selbstzahlungen von CHF 369'905.00 im Jahr 2000 und CHF 1'212'387.20 im Jahr 2002 einen Schaden von CHF 4'803'707.80 ergab (act. 341 S. 48 f.). Davon brachte die Vorinstanz den vom Beklagten 2 vergleichsweise anerkannten Betrag von CHF 572'500.00 und den vergleichweisen Honorarverzicht der E._____ im Umfang von CHF 336'000.00 in Abzug und hiess die Klage im verbleibenden Umfang von CHF 3'895'207.80 gut (act. 341 S. 60 ff. und S. 65).

c) Der Beklagte 1 war mit der Beweiswürdigung der Vorinstanz nicht einverstanden. Im B._____ -Konzern habe ein (von ihm als ENRON französischer Art bezeichnetes) System erfundener Rechnungen bestanden, das dazu gedient habe, die Umsatzzahlen zur Stützung des Börsenkurses und in der Hoffnung auf eine Markterholung aufzublähen. Diese Praktiken hätten sich nicht auf ungerechtfertigte Aktivierungen oder fiktive Rechnungen beschränkt, sondern auch Selbstzahlungen von fiktiven Rechnungen umfasst und seien von den Mitgliedern der Konzernleitung beschlossen und umgesetzt worden, ohne dass der Beklagte 1 daran beteiligt gewesen wäre (act. 339 S. 17 Rz. 59; act. 80 S. 15 ff. Rz. 25 ff.).

Für den Fall, dass ihm entgegen seiner Darstellung eine Vertragsverletzung vorzuwerfen sei und ein Schadenersatzanspruch damit grundsätzlich gegeben wäre, machte der Beklagte 1 geltend, mit Art. 6 der Zusatzvereinbarung (Deed of Amendment) vom 17. Juli 2003, der wie folgt lautet (act. 5/2):

"The Parties hereby declare having discussed and negotiated all arrangements and having freely accepted them. The Parties confirm by signing this Deed of Amendment that all Payments to be made for the years 2000, 2001 and 2002 under the Sale and Purchase Agreement signed on the 11th of September 2000 have been made in full and are settled."

hätten die Parteien eine Saldoklausel abgeschlossen, was eine Rückforderung der Earn-out-Zahlungen ausschliesse (act. 21 S. 12 Rz. 36; act. 339 S. 27 ff.).

Die Vorinstanz hatte diesen Einwand mit der Begründung verworfen, dass die Klägerin, welche nicht mit solchen Manipulationen (d.h. mit der Selbstzahlung von fiktiven Rechnungen) habe rechnen müssen, diese Vereinbarung rechtzeitig wegen Irrtums angefochten habe (act. 341 S. 52 ff.). Dagegen wendete der Beklagte 1 ein, weil die Konzernleitung damals über die Vorwürfe der Manipulation von Geschäftszahlen in den einzelnen Ländergesellschaften im Bild gewesen sei, könne die Klägerin die Saldoklausel nicht wegen Irrtums widerrufen (act. 339 S. 27 ff.).

Ferner machte der Beklagte 1 geltend, die Vorinstanz habe den Schaden falsch berechnet, indem sie einen ausserordentlichen Bonus von CHF 2'037'000.00 zu Unrecht als Earn-Out-Zahlung erfasst habe. Der Schaden vermindere sich daher von CHF 4'803'707.80 auf CHF 2'766'707.80 bzw. der Forderungsbetrag auf CHF 1'858'207.80 (act. 339 S. 23 ff., Rz. 79 ff.; act. 341 S. 48 m.H. auf act. 2 S. 14). Ausserdem habe die Vorinstanz die Mehrwertsteuerkorrektur nicht richtig vorgenommen, was zu einer weiteren Reduktion der Forderung um CHF 3'935.00 führe (act. 339 S. 27 Rz. 94 ff.).

d) Die Anschlussberufung der Klägerin richtet sich gegen die Anrechnung des vergleichsweisen Honorarverzichts der E._____ um CHF 336'000.00 auf den Schaden. Ausserdem will sie einen früheren Beginn des Verzugszinsenlaufs erreichen (act. 372 S. 7 f.).

2. Im Urteil vom 22. Juli 2016 folgte die Kammer den Einwänden des Beklagten 1 gegen die vorinstanzliche Beweiswürdigung und erachtete die dem Beklagten 1 vorgeworfenen Selbstzahlungen als nicht rechtsgenügend erstellt (act. 397 S. 19 E. 3.5). In einer Eventualbegründung qualifizierte die Kammer die Zusatz-

vereinbarung (Deed of Amendment) vom 17. Juli 2003 als Saldoerklärung (act. 397 S. 22) und versagte der Klägerin die Berufung auf einen Irrtum mit der Begründung, dass keine rechtzeitige Irrtumsanfechtung erfolgt sei (act. 397 S. 24) und dass davon auszugehen sei, dass im Zeitpunkt des Abschlusses der Zusatzvereinbarung die allfälligen Verfehlungen bekannt waren und ein Irrtum somit entfiel (act. 397 S. 28).

3. Auf Beschwerde der Klägerin kam das Bundesgericht mit Urteil vom 6. März 2017 nach einer einlässlichen Auseinandersetzung mit der Beweiswürdigung zum Schluss, dass die Kammer in Willkür verfallen war, indem sie entgegen dem Bezirksgericht Selbstzahlungen durch die Beklagten verneint hatte (act. 398 S. 15 E. 6.4).

Den Einwand des Beklagten 1, selbst wenn man ihm ein Fehlverhalten nachweisen könnte, wäre ihm dies nicht vorwerfbar, denn die Klägerin hätte durch ihre Vertreter solche Verfehlungen genehmigt, verwarf das Bundesgericht unter Verweis auf die zutreffenden Erwägungen des Bezirksgerichts (act. 398 S. 15 E. 7.1). Ferner hielt das Bundesgericht fest, dass sich der Beklagte 1 als Verkäufer nicht auf die Décharge-Erteilung berufen könne (act. 398 S. 16 f. E. 7.2).

Zur Zusatzvereinbarung hielt das Bundesgericht fest, in dieser sei in der Tat eine Saldoklausel zu sehen. Mit Blick auf den Gesamtzusammenhang könne aber aufgrund des Vertragstextes nach Treu und Glauben nicht davon ausgegangen werden, das Problem von Selbstzahlungen werde von der Saldoklausel erfasst, auch wenn dieser isoliert betrachtet vielleicht eine derartige Bedeutung zugemessen werden könnte. Auch ausserhalb der Vereinbarung liegende Umstände würden nach dem Vertrauensprinzip nicht die Annahme erlauben, die Saldoklausel beziehe sich auch auf allfällige Selbstzahlungen. Zusammenfassend ergebe sich, der Beklagte 1 habe nicht in guten Treuen davon ausgehen dürfen, die Klägerin wolle mit Art. 6 der Zusatzvereinbarung auch auf ungerechtfertigte Earn-Out-Zahlungen zufolge fiktiver Rechnungen und Selbstzahlungen verzichten (act. 398 S. 20 ff.). Damit verwarf das Bundesgericht den vom Beklagten 1 erhobenen Einwand der Saldierung im Ergebnis.

Das Bundesgericht hob das Urteil der Kammer vom 22. Juli 2016 daher auf. Da sich die Kammer nicht zu den weiteren Voraussetzungen des geltend gemachten Rückforderungsanspruchs geäußert hatte, war das Bundesgericht nicht in der Lage, die Sache abschliessend zu beurteilen, und wies die Sache deshalb zur Neuurteilung an die Kammer zurück (act. 398 S. 23 f. E. 9).

4. Die Erwägungen des Bundesgerichts sind für die Kammer verbindlich. Die im bundesgerichtlichen Rückweisungsentscheid behandelten Einwendungen des Beklagten 1 sind daher nicht mehr zu prüfen, sondern es ist insoweit auf das Urteil des Bundesgerichts zu verweisen. Das gilt für seine Einwände gegen die vorinstanzliche Beweiswürdigung, wonach die Selbstzahlungen durch ihn und den Beklagten 2 vorgenommen wurden, was als erstellt zu gelten hat, sowie für die Einwände der Einwilligung, der Entlastung und der Saldierung.

In der Folge ist demnach nur noch auf die übrigen, von der Kammer im Urteil vom 22. Juli 2016 nicht behandelten Voraussetzungen des geltend gemachten Rückforderungsanspruchs einzugehen. Gegen die vorinstanzlichen Feststellungen, dass die erstellten Selbstzahlungen eine Vertragsverletzung darstellen und dass sowohl der natürliche als auch der adäquate Kausalzusammenhang sowie das Verschulden gegeben seien (act. 341 S. 43 f. lit. hh und S. 49 f. E. 3), brachte der Beklagte 1 mit der Berufung (act. 339) nichts vor, so dass nachfolgend nur noch der Schaden zu prüfen ist. Ferner sind die Einwendungen des Beklagten 1 zu untersuchen, mit denen sich die Kammer im Urteil vom 22. Juli 2016 und damit auch das Bundesgericht noch nicht befasste, und es ist die Anschlussberufung zu behandeln.

5. Nachdem die Berufungsbeklagte vor Vorinstanz verlangt hatte, es sei der Berufungskläger zu verpflichten, ihr CHF 9'606'000.00 nebst Zins zu 5% ab verschiedenen Daten auf verschieden hohen, näher bestimmten Teilbeträgen zu bezahlen, und die Vorinstanz die Klage lediglich im Umfang von CHF 3'895'207.80 gutgeheissen hatte, verlangt die Klägerin im Berufungsverfahren, es sei der Berufungskläger zu verpflichten, ihr CHF 4'231'207.80 zu bezahlen (vgl. act. 372 S. 2 und act. 381 S. 3 Rz. 5). Im Urteil der Kammer vom 22. Juli 2016 wurde daher vorgemerkt, dass die den Betrag von CHF 4'231'207.80 übersteigende Klageab-

weisung rechtskräftig ist. Da der Entscheid der Kammer vom 22. Juli 2016 vom Bundesgericht vollumfänglich aufgehoben wurde, ist diese nach wie vor zutreffende Feststellung zu wiederholen.

III.

1. Um den Schaden zu ermitteln, stellte die Vorinstanz die tatsächlich erfolgten Earn-out-Zahlungen den Zahlungen gegenüber, die erfolgt wären, wenn die Beklagten keine Selbstzahlungen vorgenommen hätten (act. 341 S. 44).

Die Vorinstanz geht von folgenden Earn-out-Zahlungen aus (act. 341 S. 45):

CHF 1'560'000.00 im Jahr 2000

CHF 1'913'000.00 im Jahr 2001

CHF 5'424'000.00 im Jahr 2002

und von folgenden Selbstzahlungen (act. 341 S. 45):

CHF 399'897.00 im Jahr 2000

CHF 1'313'107.30 im Jahr 2002

Unter der Annahme, dass keine Selbstzahlungen geleistet worden wären, ermittelte die Vorinstanz für das Jahr 2000 Earn-out-Zahlungen von CHF 450'000.00, was eine Differenz von CHF 1'110'000.00 ergibt (act. 341 S. 46).

Ohne Selbstzahlungen wären gemäss der Vorinstanz im Jahr 2001 Earn-out-Zahlungen von CHF 2'061'000.00 geflossen, also mehr als tatsächlich ausbezahlt wurde, was eine (positive) Differenz von CHF 148'000.00 ergibt. Zwar sind in diesem Jahr keine Selbstzahlungen erfolgt (act. 341 S. 46 f.). Der Abzug der Selbstzahlungen für das Jahr 2000 führt jedoch zu einer Reduktion des Schwellenwerts, ab dem im Folgejahr eine Earn-out-Zahlung fällig ist, weshalb sich die Elimination der Selbstzahlungen auch im Jahr 2001 auswirkt.

Im Jahr 2002 wären ohne Selbstzahlungen keine Earn-out-Zahlungen erfolgt, was eine Differenz von CHF 5'424'000.00 ergibt (act. 341 S. 47 f.).

Von der Summe der zu Unrecht erfolgten Earn-out-Zahlungen von CHF 6'386'000.00 (CHF 1'110'000.00 ./ CHF 148'000.00 + CHF 5'424'000.00) bringt die Vorinstanz die um die Mehrwertsteuer verminderten Selbstzahlungen in Abzug, welche sie für das Jahr 2000 auf CHF 369'905.00 und für das Jahr 2002 auf CHF 1'212'387.20 beziffert, und berechnet so einen Schaden von CHF 4'803'707.80 (act. 341 S. 48 f.).

Für die Herleitung dieses Ergebnisses aus der vertraglichen Berechnungsformel wird auf das vorinstanzliche Urteil verwiesen (act. 341 S. 44 ff.). In diesem Entscheid wird darauf nur so weit eingegangen, wie es zur Behandlung der Vorbringen der Parteien erforderlich ist.

2. Der Beklagte 1 beanstandet die vorinstanzliche Schadensberechnung in zweierlei Hinsicht. So berücksichtige die Vorinstanz bei der Berechnung für das Jahr 2002 zu Unrecht einen ausserordentlichen Bonus, welcher eine Verminderung des Geschäftsergebnisses für das Jahr 2001 und damit eine Veränderung der Berechnungsgrundlage bewirkt habe (act. 339 S. 23 ff. Rz. 79 ff.). Ausserdem habe die Vorinstanz bei der Anrechnung der Selbstzahlungen die Mehrwertsteuer-Korrektur nicht richtig vorgenommen (act. 339 S. 27 Rz. 94 ff.).

a) Gestützt auf die unwidersprochen gebliebenen Ausführungen der Klägerin in der Klageschrift hatte die Vorinstanz bei der Berechnung der Differenz zwischen tatsächlichen Earn-out-Zahlungen und Earn-out-Zahlungen ohne Selbstzahlungen einen ausserordentlichen Bonus berücksichtigt, "welcher eine Verminderung des Ergebnisses für das Geschäftsjahr 2001 um CHF 679'000.00 bewirkte, welches seinerseits als Ausgangsbasis für die Berechnung des Earn-outs für 2002 diente" Unter Anwendung des Multiplikators sei daraus ein weiterer Anspruch in Höhe von CHF 2'037'000.00 (3 x CHF 679'000.00) entstanden (act. 341 S. 48).

b) Der Beklagte 1 bestreitet, dass es sich dabei um einen Bestandteil des durch die unberechtigten Selbstzahlungen verursachten Schadens handle. Die Klägerin hätte beweisen müssen, dass auch der als ausserordentlicher Bonus bezeichnete Betrag von CHF 2'037'000.00 nur aufgrund von Manipulationen durch die Beklagten errechnet und ausbezahlt worden sei. Diesen Beweis habe die Klä-

gerin nicht erbringen können. Dieser Betrag sei völlig unabhängig von einem allfälligen Geschäftsergebnis ausgerichtet worden. Im fraglichen Zeitraum seien ausserordentliche Zuschüsse bezahlt worden, die im französischen Untersuchungsbericht mit richtigen Geschenken (*de véritables cadeaux*) gleichgesetzt worden seien. Der errechnete Schaden sei deshalb um CHF 2'037'000.00 zu reduzieren (act. 339 S. 23 ff.).

c) Die Klägerin macht geltend, dass es sich dabei um eine neue Tatsachenbehauptung handle, die im Widerspruch zu dem Sachverhalt stehe, den der Beklagte 1 im erstinstanzlichen Verfahren anerkannt habe. Der Beklagte 1 führe nicht aus, weshalb es ihm trotz zumutbarer Sorgfalt bisher nicht möglich gewesen sei, diese Behauptung vorzutragen (act. 372 S. 18 Rz. 75).

Der Beklagte 1 weist in seiner Stellungnahme zur Anschlussberufung nicht nach, dass er diese Behauptung schon vor erster Instanz aufstellte, und er zeigt nicht auf, dass er sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorbringen konnte (act. 381 S. 23). Es handelt sich demnach um eine neue Tatsachenbehauptung, die gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht mehr zu berücksichtigen ist.

d) Für den Fall, dass dieser Einwand des Beklagten 1 im Berufungsverfahren zugelassen würde, weist die Klägerin darauf hin, dass ohne Selbstzahlungen im Jahr 2002 keine Earn-out-Zahlung geschuldet gewesen wäre. Die über den Sonderbonus freiwillig gewährte Reduktion der Berechnungsbasis habe sich aber nur unter der Voraussetzung auf die Earn-out-Zahlung ausgewirkt, dass überhaupt eine Earn-out-Zahlung geschuldet war. Davon sei die Klägerin irrtümlich ausgegangen, weshalb eine Reduktion der Berechnungsgrundlage zu einer zusätzlichen Zahlung von CHF 2'037'000.00 geführt habe, die in Wahrheit nicht geschuldet gewesen sei (act. 341 S. 18 Rz. 76).

Der Beklagte 1 hält dem entgegen, die Klägerin hätte beweisen müssen, dass auch der als ausserordentlicher Bonus bezeichnete Betrag von CHF 2'037'000.00 nur aufgrund von Manipulationen der Beklagten errechnet und ausbezahlt worden sei (act. 381 S. 23).

Die Auffassung des Beklagten 1 geht fehl. Es ist unerheblich, wie dieser Betrag errechnet wurde, es genügt, dass seine Auszahlung die adäquat kausale Folge einer anderen, den Beklagten zurechenbaren Vertragsverletzung ist. Das ist der Fall. Die mit dem Sonderbonus verbundene Reduktion der Berechnungsbasis um CHF 679'000.00 wirkte sich nur unter der Voraussetzung auf die Earn-out-Zahlung aus, dass es überhaupt zu einer Auszahlung kam, was nicht der Fall gewesen wäre, wenn die Beklagten keine Selbstzahlungen vorgenommen hätten. Die auf den Sonderbonus zurückzuführende Erhöhung der Earn-out-Zahlung um CHF 2'037'000.00 stellt somit eine adäquat kausale Folge der Vertragsverletzung dar, welche die Beklagten mit den Selbstzahlungen begangen haben, und ist damit ein Teil des Schadens.

Somit würde der Beklagte 1 mit seinem Einwand gegen die Berücksichtigung des Sonderbonus auch dann nicht durchdringen, wenn er diesen nicht verspätet erhoben hätte.

e) Die Vorinstanz hatte von den Selbstzahlungen der Beklagten die Mehrwertsteuer abgezogen. Dies kam zum einen bei der Korrektur der Berechnungsbasis zum Tragen (act. 341 S. 46) und zum andern bei der Anrechnung der Selbstzahlungen an den Schaden (act. 341 S. 49).

Dabei brachte die Vorinstanz vom Betrag der Selbstzahlungen 7,5% für das Jahr 2000 bzw. 7,6% für das Jahr 2002 in Abzug. Wie der Beklagte 1 aufzeigt, übersah die Vorinstanz, dass die Mehrwertsteuer ausgehend vom Nettobetrag (ohne Mehrwertsteuer) berechnet wird. Das bedeutet, dass der Nettobetrag 100% ist, während der Bruttobetrag 107,5% bzw. 107,6% entspricht (act. 339 S. 27). Dieser Rechnungsfehler ist von Amtes wegen zu berichtigen (act. 381 S. 24 Rz. 62).

Die anzurechnenden Selbstzahlungen von CHF 399'897.00 für das Jahr 2000 reduzieren sich somit um CHF 27'899.80 auf CHF 371'997.20. Die anzurechnenden Selbstzahlungen von CHF 1'312'107.30 für das Jahr 2002 reduzieren sich um CHF 92'676.70 auf CHF 1'219'430.60 (act. 339 S. 27 Rz. 95). Das für die korrekte Earn-out-Berechnung zu berücksichtigende Geschäftsergebnis sinkt demnach für das Jahr 2000 von gerundet CHF 1'150'000.00 auf gerundet

CHF 1'148'000.00 und für das Jahr 2002 von gerundet CHF 2'439'000.00 auf gerundet CHF 2'432'000.00 (vgl. act. 341 S. 27 i.V.m. act. 339 S. 46).

Im Jahr 2000 wäre demnach eine Earn-out-Zahlung von CHF 444'000.00 (anstatt CHF 450'000.00) fällig gewesen. Die Differenz zur tatsächlich erfolgten Earn-out-Zahlung vergrössert sich somit um CHF 6'000.00 auf CHF 1'116'000.00. Dafür hätte sich die (positive) Differenz im Jahr 2001 ebenfalls um CHF 6'000.00 verändert. Im Jahr 2002 wäre nach wie vor keine Earn-out-Zahlung fällig gewesen, so dass die Differenz zur tatsächlich erfolgten Zahlung für dieses Jahr unverändert bleibt. An der Summe der zu Unrecht ausgeführten Earn-Out-Zahlungen von CHF 6'386'000.00 ändert sich demnach nichts (vgl. act. 341 S. 46 f.).

Rechnet man an diesen Betrag die korrigierten Selbstzahlungen ohne Mehrwertsteuer von CHF 371'997.20 und CHF 1'219'430.60 an, ergibt sich ein Schaden von CHF 4'794'572.20. Der Beklagte 1 kommt auf ein anderes Ergebnis. Da seine Berechnung unvollständig ist, lässt sie sich nicht nachvollziehen. Da seine Berechnung für ihn nachteiliger ist, ist gestützt auf die Dispositionsmaxime von seinen Zahlen auszugehen. Der von der Vorinstanz ermittelte Schaden von CHF 4'803'707.80 reduziert sich demnach um CHF 3'935.00 auf CHF 4'799'772.80 (act. 339 S. 27 Rz. 97).

3. Der Beklagte 1 machte geltend, da er und der Beklagte 2 jeweils nur die Hälfte der Kaufpreiszahlungen erhalten hätten, habe er nur für die Hälfte des Schadens einzustehen. Die Vorinstanz ist dem nicht gefolgt und hielt dafür, die Beklagten hätten zusammengewirkt und seien deshalb gestützt auf Art. 99 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 50 Abs. 1 OR solidarisch haftbar. Sie verpflichtete den Beklagten 1 deshalb zum Ersatz des ganzen Schadens unter Anrechnung des vom Beklagten 2 in einem Vergleich mit der Klägerin anerkannten Betrages von CHF 572'500.00 (act. 341 S. 60 f.).

a) Solidarität bedeutet, dass jeder von mehreren Haftpflichtigen dem Geschädigten für den ganzen Schaden haftbar ist, unabhängig vom Anteil seiner Haftung im Verhältnis zu anderen Haftpflichtigen. Als Folge davon kann sich der Geschädigte einen Haftpflichtigen aussuchen, der ihm den ganzen Schaden ersetzen

muss. Diesem bleibt es überlassen, hinterher von den anderen Haftpflichtigen auf dem Weg des Rückgriffs das zurückzufordern, was er über seinen Haftpflichtanteil hinaus geleistet hat, wobei im internen Verhältnis jedoch keine Solidarität besteht, so dass er von jedem anderen Haftpflichtigen nur dessen jeweiligen Anteil fordern kann (Keller, Haftpflicht im Privatrecht, Band II, 2. A., Bern 1998, S. 175 ff.).

b) Der Beklagte 1 bestreitet ein gemeinsames Zusammenwirken und damit auch eine solidarische Haftbarkeit mit dem Beklagten 2. Die beiden Beklagten hätten stets bestritten, von allfälligen schädigenden Handlungen des anderen Beklagten gewusst zu haben, und es sei im Rahmen des erstinstanzlichen Verfahrens nicht bewiesen worden, dass sie gegenseitig um ihre jeweiligen Handlungen gewusst hätten (act. 339 S. 31 Rz. 112).

Art. 50 Abs. 1 OR setze voraus, dass mehrere Täter einen Schaden adäquat kausal und gemeinsam verursachten, d.h. es werde ein Zusammenwirken mehrerer Täter verlangt, wobei jeder Schädiger um das pflichtwidrige Verhalten des anderen wisse oder jedenfalls wissen konnte. Die Rechtsprechung verlange nicht nur das gemeinsame Verursachen, sondern auch ein gemeinsames Verschulden, d.h. die Täter müssten die Absicht zur gemeinsamen Schädigung haben. Entscheidend sei der gemeinsame Wille zum Zusammenwirken (act. 339 S. 31 f. Rz. 114).

Die Klägerin habe den gemeinsamen Willen zum Zusammenwirken nicht rechtsgenügend behauptet und die Vorinstanz habe diese Voraussetzung zur Annahme einer solidarischen Haftbarkeit überhaupt nicht geprüft. Die Annahme eines gemeinsamen Verschuldens der beiden Beklagten sei reine Spekulation (act. 339 S. 32 Rz. 115).

Der eingeklagte Gesamtschaden bestehe aus verschiedenen Einzelposten. Es könne klar auseinandergelassen werden – dies zeige auch die Vorinstanz in ihrer Urteilsbegründung – welcher der zwei ursprünglichen Beklagten welche Selbstzahlung gemacht habe. Die beiden Beklagten hätten – sollte das Gericht die Selbstzahlungen durch die Beklagten als bewiesen erachten – eben gerade verschiedene voneinander unabhängige Handlungen vorgenommen, ohne dass dies abgesprochen gewesen wäre oder einem gemeinsamen Willen entsprochen

hätte. Es sei deshalb die individuelle Schadenersatzpflicht im Urteil festzulegen (act. 339 S. 32 Rz. 116 f.).

c) Die Vorinstanz begründete die Solidarität der Beklagten mit einem Verweis auf die Beweiswürdigung, aus der sich das Zusammenwirken der Beklagten und ihr gegenseitiges Wissen um ihr pflichtwidriges Verhalten ergebe (act. 341 S. 60).

Dass mit Einzahlungsscheinen, welche seine Assistentin F._____ laut deren eigener Zeugenaussage für den Beklagten 1 vorbereitet hatte, im Raum Basel verschiedene Selbstzahlungen im Namen von G._____, H._____ und I._____ Holding AG vorgenommen wurden, kurze Zeit nachdem der in Basel wohnhafte Beklagte 2 hohe Bargeldbeträge abgehoben hatte, unterstreiche das Zusammenwirken der Beklagten, erwog die Vorinstanz im Rahmen der Beweiswürdigung (act. 339 S. 40).

Auch die Klägerin hebt in der Berufungsantwort die für die Selbstzahlungen verwendeten Einzahlungsscheine hervor, die die Zeugin F._____ im Auftrag des Beklagten 1 ausgefüllt und ihm übergeben hatte, und merkt an, dass der Beklagte 2 diese Einzahlungsscheine demnach nur vom Beklagten 1 erhalten haben könne (act. 372 S. 20 Rz. 85).

Diesem Argument vermag der Beklagte 1 in seiner letzten Stellungnahme nichts entgegen zu setzen. Sein Verweis auf die sogenannte differenzierte Solidarität gemäss Art. 759 Abs. 1 OR (act. 381 S. 25; vgl. BSK OR II-Gericke / Waller, Art. 759 N 3 ff.) geht fehl, weil diese Bestimmung nur die aktienrechtliche Verantwortlichkeit beschlägt, die nicht Gegenstand dieses Verfahrens ist.

d) Der Beklagte 1 vermag die vorinstanzliche Annahme eines Solidaritätsverhältnisses nicht zu erschüttern. Es nützt ihm nichts, dass er nur die Hälfte der Earn-out-Zahlungen empfangen hat, denn für die Berechnung des Schadens ist nicht seine Bereicherung sondern die bei der Klägerin eingetretene Vermögensverminderung relevant. Über die von der Zeugin F._____ in seinem Auftrag vorbereiteten Einzahlungsscheine lässt sich die Vermögensverminderung ohnehin ihm zurechnen, unabhängig vom Tatbeitrag des Beklagten 2. Allfällige Unsicherheiten

darüber, wie das Zusammenwirken der Beklagten aussah und worin der Tatbeitrag des Beklagten 2 bestand, nützen ihm daher nichts, solange keine Zweifel daran bestehen, dass er selbst massgeblich daran beteiligt war.

e) Der Beklagte 1 haftet der Klägerin demnach solidarisch für den ganzen Schaden. Als Konsequenz der Annahme eines Solidaritätsverhältnisses zwischen den Beklagten, muss sich die Klägerin den vom Beklagten 2 vergleichsweise anerkannten Betrag von CHF 572'500.00 an ihren Schadenersatzanspruch anrechnen lassen (vgl. act. 341 S. 63).

4. Der Beklagte 1 erhob mit der Berufung weitere Einwendungen, die im Urteil der Kammer vom 22. Juli 2016 nicht behandelt wurden, die jedoch Punkte betreffen, die Gegenstand des Urteils des Bundesgerichts vom 6. März 2017 waren, so dass sich die Frage stellt, ob und wie weit darauf noch einzugehen ist. Es handelt sich um folgende Einwendungen:

a) Der Beklagte 1 macht geltend, die Vorinstanz habe das Verhalten der Klägerin im Beweisverfahren falsch gewürdigt. Die Klägerin habe es unterlassen, die Protokolle der Generalversammlung zu edieren und damit die Mitwirkung im Beweisverfahren verweigert. Dieses Verhalten hätte dazu führen müssen, dass der Beweis als erbracht gelte, d.h. dass im vorliegenden Fall als bewiesen gelte, dass die Klägerin über sämtliche im Zusammenhang mit den entsprechenden Jahresrechnungen im Detail Bescheid gewusst und sämtliche Positionen genehmigt habe. Dazu gehörten auch sämtliche Zahlungseingänge, welche in die Umsatzzahlen der Klägerin einberechnet worden seien. Damit seien auch sämtliche beanstandeten Selbstzahlungen genehmigt worden (act. 339 S. 33 f.).

Dazu ist vorab zu bemerken, dass der Beklagte 1 vor Vorinstanz mit diesen Protokollen beweisen wollte, es sei ihm Décharge erteilt worden (act. 127 S. 7; vgl. act. 372 S. 29 Rz. 88). Etwas anderes kann er somit aus der Verweigerung der Mitwirkung durch die Klägerin im Beweisverfahren von vornherein nicht ableiten.

Das Bundesgericht äusserte sich zu diesem Einwand und verwarf ihn mit der Begründung, es sei nicht ersichtlich, inwiefern die Stellung des Beklagten 1 als Ver-

käufer von der Décharge-Erteilung betroffen sei (act. 398 S. 17 E. 7.2). Die vom Beklagten 1 beantragte Würdigung des Verhaltens der Klägerin im Beweisverfahren würde an dieser Ausgangslage nichts ändern, so dass der Beklagte 1 mit diesem Einwand keinen Erfolg hat.

b) Ausserdem rügt der Beklagte 1, mit der Nichtzulassung seiner Ergänzungsfragen an die Zeugen J._____ und K._____, beides Mitglieder der Konzernleitung der Klägerin, habe die Vorinstanz sein rechtliches Gehör verletzt. Er habe mit diesen Ergänzungsfragen klären wollen, wer welche Manipulationen in Auftrag gegeben und wer diese dann ausgeführt habe. Nur so hätte er den Gegenbeweis führen können, dass er selber keine der ihm vorgeworfenen Einzahlungen an Postschaltern getätigt habe. Er stellt deshalb den Eventualantrag, das Verfahren sei zur Gewährung des rechtlichen Gehörs an die Vorinstanz zurückzuweisen (act. 339 S. 34 ff., insbes. S. 36 Rz. 132 und S. 37 Rz. 137).

Der vom Beklagten 1 angesprochene Gegenbeweis war Thema der bundesgerichtlichen Erwägungen. Das Urteil der Kammer vom 22. Juli 2016 hatte diesen Gegenbeweis für erbracht und den klägerischen Hauptbeweis damit für gescheitert erachtet (act. 397 S. 15 ff. E. 3.3). Dieser Würdigung hielt das Bundesgericht entgegen, das Gericht dürfe zwar berücksichtigen, dass Personen aus dem B._____ -Konzern ein eigenes Interesse am Ausstellen fiktiver Rechnungen auch bei der Klägerin hätten haben können. Dieses Indiz wäre aber konkret in Bezug zu setzen zur Tatsache, dass für Zahlungen solcher Rechnungen teilweise Einzahlungsscheine verwendet wurden, welche die Assistentin des Beklagten 1 in seinem Auftrag ausgefüllt und ihm übergeben hatte. Wie im Auftrag des Beklagten 1 ausgefüllte Einzahlungsscheine von anderen Personen für Einzahlungen für fiktive Rechnungen hätten verwendet werden können, wenn er damit nichts zu tun hatte, sei erklärungsbedürftig (act. 398 S. 10).

Keine der Ergänzungsfragen, deren Nichtzulassung der Beklagten 1 moniert, bezieht sich auf diese Einzahlungsscheine (vgl. act. 339 S. 37). Mit Blick darauf, dass der Beklagte 1 nach den verbindlichen Feststellungen des Bundesgerichts erklären müsste, wie es dazu kam, dass diese Einzahlungsscheine für die Einzahlungen, die Gegenstand dieses Verfahrens sind, verwendet wurden, ohne dass er

etwas damit dazu tun hatte, sind diese Ergänzungsfragen von vornherein untauglich, um ihn zu entlasten. Ihre Nichtzulassung ist daher vor dem Hintergrund der bundesgerichtlichen Erwägungen nicht zu beanstanden.

5. Die Revisionsgesellschaft E._____ AG schloss am 23. November 2004 mit der C._____ Holding AG eine Vereinbarung, in der sie ausstehende Honoraransprüche 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 anrechnete (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.).

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

gekommen sei, ist nicht nur neu (vgl. act. 307 S. 48 f.), sondern auch völlig unbelegt 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.

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-

lagen zu beurteilen ist, als vor erster Instanz, wo noch die von der Klägerin ange-rufene 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.

7. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Berufung in Bezug auf die Anrechnung der Mehrwertsteuer auf den geänderten Earn-Out-Anspruch gutzuheissen ist (act. 339 S. 27 Rz. 94 ff.). Das führt zu einer Korrektur zugunsten des Beklagten 1 um CHF 3'935.00 (vgl. oben 7). Im übrigen, weit überwiegenden Umfang ist die Berufung abzuweisen.

Die Anschlussberufung ist mit Bezug auf die zu Unrecht erfolgte Anrechnung der Honorarreduktion der E. _____ AG um CHF 336'000.00 gutzuheissen und mit Bezug auf den Beginn des Verzugszinsenlaufs abzuweisen.

Vom aufgrund der teilweisen Guttheissung der Berufung neu ermittelten Schaden von CHF 4'799'772.00 ist infolge der teilweisen Guttheissung der Anschlussberufung nur die Vergleichszahlung des Beklagten 2 von CHF 572'500.00 in Abzug zu bringen, was einen klägerischen Anspruch von CHF 4'227'272.00 ergibt. Darauf ist Verzugszins in der Höhe von 5 % seit 26. Juni 2008 geschuldet. Im Mehrumfang ist die Klage abzuweisen.

IV.

1. Die vorinstanzliche Bemessung der Entscheidgebühr und der Prozessentschädigung wurde nicht beanstandet und ist zu bestätigen. Deren Verlegung ist jedoch unter Berücksichtigung des Ausgangs des Rechtsmittelverfahrens neu vorzunehmen.

Wegen der Guttheissung des ersten Antrags der Anschlussberufung wird das vorinstanzliche Urteil um CHF 336'000.00 zugunsten der Klägerin korrigiert. Bezogen auf den vorinstanzlichen Streitwert von CHF 9'606'000.00 sind das ungefähr 5 %. Die vorinstanzliche Kostenverlegung im Verhältnis von 60% zu 40% ist dementsprechend neu festzusetzen.

Demnach sind die vorinstanzlichen Gerichtskosten zu 55 % der Klägerin und zu 45 % dem Beklagten 1 aufzuerlegen. Die von der Vorinstanz durch Verrechnung der beiden Ansprüche ermittelte reduzierte Prozessentschädigung für den Beklagten 1 ist demgemäss zu halbieren.

2. Im Rechtsmittelverfahren unterliegt der Beklagte 1 sowohl mit der Berufung als auch in Bezug auf die Anschlussberufung praktisch vollumfänglich. Er hat daher sämtliche Kosten des Rechtsmittelverfahrens zu tragen und der Klägerin für das Rechtsmittelverfahren eine Prozessentschädigung zu bezahlen, die aus der vom Beklagten 1 zu diesem Zweck geleisteten Sicherheit zu beziehen ist.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass die CHF 4'231'207.80 übersteigende Abweisung der Klage durch das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung, vom 17. Dezember 2014 rechtskräftig ist.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung, vom 17. Dezember 2014 wird in teilweiser Gutheissung der Berufung und der Anschlussberufung aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

Der Beklagte 1 wird verpflichtet, der Klägerin CHF 4'227'272.80 zuzüglich Zins von 5 % seit 26. Juni 2008 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.

Im Übrigen werden die Berufung und die Anschlussberufung abgewiesen.

2. Dispositiv-Ziffer 2 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung, vom 17. Dezember 2014 wird bestätigt.
3. In Abänderung von Dispositiv-Ziffer 3 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung vom 17. Dezember 2014 werden die erstinstanzlichen Gerichtskosten (Entscheidgebür von CHF 155'000.00, Dolmetscherkosten von CHF 787.50 und Zeugenentschädigung von CHF 1'130.00 sowie allfällige weitere Kosten) der Klägerin zu 55 % und dem Beklagten 1 zu 45 % auferlegt.
4. In Abänderung von Dispositiv-Ziffer 4 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung vom 17. Dezember 2014 wird die Klägerin verpflichtet, dem Beklagten 1 für das erstinstanzliche Verfahren eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 17'750.00 (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 63'000.00 festgesetzt.
6. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten 1 auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss von CHF 45'600.00 verrechnet. Der Restbetrag der zweitinstanzlichen Kosten in der Höhe von CHF 17'400.00 wird aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Der Beklagte 1 wird verpflichtet, der Klägerin den Betrag von CHF 17'400.00 zu ersetzen.
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.
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.

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.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Der Leitende Gerichtsschreiber:

lic. iur. P. Diggelmann

lic. iur. M. Hinden

versandt am: