



Mitwirkend: die Oberrichter Peter Helm, Vizepräsident, und Dr. Hans Schmid, Instruktionsrichter, die Handelsrichter Paul J. Geisser, Fabio Oetterli und Stefan Haag sowie die juristische Sekretärin Patricia Tschudi

Beschluss und Urteil vom 16. August 2010

in Sachen

A._____ AG,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

B._____ AG,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

"Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 584'254.10 zuzüglich 5 % Verzugszins seit Klageeinleitung zu bezahlen;
unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

Das Gericht zieht in Erwägung:

I.

1. Am 8. September 2004 gingen die Weisung vom 7. Juni 2004 und die Klageschrift vom 7. September 2004 ein (act. 1 und act. 3). Nach Eingang der Klageantwortschrift vom 29. November 2004 (act. 8) fand am 31. März 2005 eine Referentenaudienz statt (Prot. S. 4 ff.). Mit Verfügung vom 1. April 2005 wurde das Verfahren schriftlich fortgesetzt (Prot. S. 8). Die Klägerin reichte am 28. Juni 2005 die Replik (act. 12) und die Beklagte am 31. Oktober 2005 die Duplik ein (act. 17). Mit Verfügung des Instruktionsrichters vom 1. November 2005 wurde das Hauptverfahren als geschlossen erklärt (Prot. S. 11). Mit Verfügung vom 25. September 2006 (Prot. S. 12 f.) wurde die Klägerin in verschiedenen Punkten zur Substanziierung ihrer Vorbringen angehalten. Ihre Stellungnahme ging am 16. November 2006 (act. 22) und diejenige der Beklagten am 30. Januar 2007 (act. 25) ein.

2. Mit Urteil vom 4. April 2008 hiess das Handelsgericht die Klage im Umfange von CHF 21'244.-- nebst Zins zu 5 % seit 9. Juni 2004 gut und wies sie im Mehrbetrag ab (act. 27). Die Klägerin focht diesen Entscheid, so weit ihre Klage abgewiesen worden war, beim Kassationsgericht des Kantons Zürich an, welches die Beschwerde am 13. Februar 2009 abwies (act. 34). Die an das Bundesgericht gerichtete Beschwerde in Zivilsachen gegen diesen Entscheid wurde mit Urteil vom 6. Oktober 2009 abgewiesen, soweit sie den kassationsgerichtlichen Entscheid betraf, jedoch hinsichtlich des Urteiles des Handelsgerichtes gutgeheissen. Dessen Dispositiv Ziff. 1 Absatz 2, Ziff. 3 und 4 wurden aufgehoben und die Sa-

che zur Ergänzung des Sachverhalts und neuer Entscheidung an das Handelsgericht zurückgewiesen (act. 42).

3. Somit ist Ziff. 1 Abs. 1 des Urteils des Handelsgerichtes vom 4. April 2008 in Rechtskraft erwachsen, wonach die Beklagte verpflichtet wurde, der Klägerin CHF 21'244.-- nebst Zins zu 5 % seit 9. Juni 2004 (Steuern ...) zu bezahlen.

Zu entscheiden bleibt die Frage, ob die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin Schadenersatz im Umfange von CHF 480'604.80 zuzüglich Verzugszinsen von CHF 21'483.98 (entsprechend der im Jahr 2001 geschuldeten direkten Bundessteuer nebst zufolge Ratenzahlungen angefallenen Verzugszinsen) und von CHF 82'165.30 (entsprechend der im Jahr 2001 geschuldeten kantonalen/kommunalen Gewinnsteuer im Kanton ...) zu bezahlen, alles zuzüglich Verzugszins seit Klageeinleitung, mithin seit 9. Juni 2004.

4. Dem Rechtsstreit liegt folgender Sachverhalt zu Grunde (die Darstellung folgt dem Wortlaut des bundesgerichtlichen Urteils):

a) Die Beklagte hat die Klägerin, ein im Immobilienbereich tätiges Unternehmen, seit Jahren namentlich in Steuerfragen beraten. Mit Vertrag vom 21. Dezember 2001 verkaufte die Klägerin fünf Stockwerkeigentumseinheiten und einen Miteigentumsanteil am Einkaufszentrum "C._____" in D._____ zum Preis von Fr. 22'500'000.-- an ihre zu 100% beherrschte Tochtergesellschaft "E._____ AG", welche sie im selben Jahr erworben hatte.

Aufgrund dieses Verkaufs resultierte in der Erfolgsrechnung der Klägerin für das Jahr 2001 ein Reingewinn von Fr. 11'927'915.--. In der Meinung, dass die im System der zweijährigen Vergangenheitsbemessung geltenden Verrechnungsmöglichkeiten Anwendung fänden, verrechnete die Klägerin in der Steuererklärung für das Jahr 2001 den Reingewinn mit einem Verlustvortrag von Fr. 12'169'671.-- aus den acht vorangegangenen Geschäftsjahren 1993 bis 2000. Damit wäre nach Auffassung der Klägerin für das Steuerjahr 2001 keine direkte Bundessteuer auf dem Gewinn abzurechnen gewesen.

b) Mit dem am 1. Januar 1995 in Kraft getretenen Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer (DBG; SR 642.11) erfolgte indessen ein Wechsel zur Gegenwartsbesteuerung. Die Verlustverrechnungsregeln wurden dabei insofern geändert, als nur noch die Verluste aus den sieben der Steuerperiode vorangegangenen Geschäftsjahren abgezogen werden konnten.

Da das DBG keine Übergangsbestimmungen zur Verlustverrechnung enthält, blieb bis Mai 2001 unklar, von welcher Verlustvortragsperiode nach dem Systemwechsel auszugehen war. Die Eidgenössische Steuerverwaltung hielt in ihrem Kreisschreiben Nr. 4 vom 26. November 1992 auf S. 4 zwar fest, dass für die neu-rechtliche Berechnung die Verluste aus sieben Vorjahren nach den Grundsätzen des neuen Berechnungssystems zu berücksichtigen seien. Nachdem das Kreisschreiben in der Lehre aber kritisiert wurde, gelangte die Eidgenössische Steuerverwaltung schliesslich zur Auffassung, dass das neue Recht die Verlustergebnisse der vor dem 1. Januar 1995 abgeschlossenen Geschäftsjahre "erbe": Die Verluste aus acht Vorjahren sollten bei der Berechnung nach altem Recht berücksichtigt werden können. Sofern dabei ein Verlust verbleibe, der noch nicht verrechnet werden konnte, könne dieser auch im System der Gegenwartsbesteuerung berücksichtigt werden. Mit Urteil 2A.532/1998 vom 17. Mai 2001 stellte sich das Bundesgericht jedoch gegen diese Praxis und schloss sich der ursprünglich von der Eidgenössischen Steuerverwaltung im Kreisschreiben Nr. 4 vertretenen Rechtsauffassung an. Es entschied u.a., dass das neue Recht so zur Anwendung gelange, wie wenn es schon vor 1995 gegolten hätte. Dies hatte zur Folge, dass der Reingewinn nach neurechtlicher Veranlagung ab 1995 nur noch mit Verlusten aus den sieben vorangegangenen Geschäftsjahren verrechnet werden konnte.

c) Mit Schreiben vom 13. August 2001 nahm die Beklagte mit Blick auf die geplante Veräusserung der genannten Liegenschaften an die Tochtergesellschaft "E._____ AG" Stellung zu diesem Urteil. Sie hielt dafür, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichts keinen Einfluss auf die Möglichkeit habe, die Verluste aus den acht Vorjahren zu verrechnen. Dabei handelte es sich - wie die Beklagte im Nachhinein eingesteht - um eine Fehleinschätzung.

Entsprechend der bundesgerichtlichen Rechtsprechung liess die Steuerverwaltung bei der Klägerin in der Folge nur die Verrechnung mit den Verlustvorträgen aus den Jahren 1994 bis 2000 in der Höhe von Fr. 6'273'741.-- zu und unterbreitete einen Einschätzungsvorschlag, der für das Jahr 2001 von einem Reingewinn von Fr. 5'741'926.-- ausging. Die Beklagte riet der Klägerin, diese Veranlagung zu akzeptieren. Gemäss provisorischer Steuerrechnung 2001 vom 31. Januar 2003 hatte die Klägerin somit bei einem steuerbaren Reingewinn von Fr. 5'654'174.-- einen Steuerbetrag von Fr. 480'604.80 zu bezahlen. Der aufgrund bewilligter Ratenzahlung geschuldete Verzugszins belief sich nach ihren Angaben auf Fr. 21'483.98, womit ihr insgesamt eine unerwartete Steuerlast von Fr. 502'088.80 entstanden sei. Diese stelle einen Schaden dar.

d) Die Klägerin wurde auch an ihrem Nebensteuerdomizil in ... zum Satz von Fr. 5'741'900.-- besteuert. Für den im Steuerjahr 2001 erzielten Ertrag von Fr. 481'600.-- wurde ein Steuerbetrag von Fr. 83'741.85 rechtskräftig veranlagt. Hätte der Verlustvortrag aus dem Jahr 1993 verrechnet werden können, so hätte der satzbestimmende Gewinn auch im Kanton ... Fr. 0.-- betragen, womit nur die Kapitalsteuer von insgesamt Fr. 1'576.55 zu entrichten gewesen wäre. Durch die Besteuerung zum höheren Satz resultierte somit eine steuerliche Mehrbelastung von Fr. 82'165.30.

5. Die Klägerin macht die Beklagte für diese Mehrbelastung zufolge Falschberatung verantwortlich. Sie wirft der Beklagten vor, sie habe bei der Ermittlung der (verrechenbaren) Verlustvorträge nicht den sichersten Weg gewählt. Die Berechnung der Vorjahresverluste sei damals in Lehre und Rechtsprechung kontrovers gewesen. Um den sichersten Weg zu gehen, hätte die Beklagte von der kürzest möglichen Verfallzeit der Vorjahresverluste ausgehen müssen. Statt dessen sei sie jedoch von einer optimistischen Berechnung ausgegangen, welche sich im Nachhinein als falsch erwiesen habe (act. 1 Rz. 32). Die Beklagte habe sie nie darauf aufmerksam gemacht, dass sie der Berechnung der Verfallzeit der Vorjahresverluste eine optimistische Betrachtungsweise zu Grunde gelegt habe, und dass gestützt auf die kontroverse Lehrmeinung sowie auf das Kreisschreiben der

EStV auch eine weit negativere Berechnung möglich gewesen wäre, obgleich die Veröffentlichungen der EStV klar in eine andere Richtung gewiesen hätten (act. 1 Rz. 19). Über das Risiko sei die Klägerin nicht im Bild gewesen (act. 1 Rz. 32). Seit 1998 sei zudem bekannt gewesen, dass das Bundesgericht in absehbarer Zeit zu dieser Frage würde Stellung nehmen, da ein diesbezüglicher Entscheid der Zürcher Bundessteuerrekurskommission an das Bundesgericht weitergezogen worden sei (act. 1 Rz. 19). Weder in der ursprünglichen Berechnung von 1998 noch in denjenigen der folgenden Jahre habe die Beklagte jemals darauf hingewiesen, dass ein Risiko bestehe, dass im Jahr 2000 ein Verlustvortrag von CHF 5'845'686.-- verfallen könnte (act. 12 Rz. 12). Noch am 9. August 2001 habe die Beklagte der Klägerin eine Übersicht zugestellt, aus der hervorgegangen sei, dass im Jahr 2001 Verlustvorträge von CHF 12'169'797.-- verrechnet werden könnten, obgleich das Bundesgericht am 17. Mai 2001 bezüglich des Verlustes aus dem achten Vorjahr bereits anders entschieden gehabt habe (act. 1 Rz. 7, 24, 33). Mit Blick gerade auf dieses Urteil schrieb die Beklagte der Klägerin: *"Wir werden Ihnen per Post den Bundesgerichtsentscheid betreffend Verlustverrechnung zukommen lassen. Dieser Entscheid ist u.E. für die A1._____ [die Klägerin] nicht relevant, da das Bundesgericht Stellung dazu nimmt, wie Gewinne der Jahre 1993 und 1994 im Differenzsteuerverfahren mit Verlustvorträgen verrechnet werden sollen. Da die A1._____ in den Jahren 1993 bis 1995 Verluste ausweist, hat dieser Entscheid u.E. keinen Einfluss auf den Verlustvortrag der A1._____"* (act. 4/5). Wäre sie (die Klägerin) über das Risiko informiert gewesen, dass der Verlustvortrag 1993 im Jahr 2000 verfallen könnte bzw. im Jahr 2001 bereits verfallen war, so hätte sie entweder den Kauf der E._____ AG bereits im Jahr 2000 vollzogen und die Liegenschaften an sie, nunmehr als Tochtergesellschaft, verkauft, oder sie hätte ebenfalls im Jahre 2000 zu diesem Zwecke eine neue Tochtergesellschaft gründen und den Verkauf der Liegenschaften bewerkstelligen oder auf den Verkauf der Liegenschaften im Jahre 2001 verzichten können. Mit Sicherheit hätte man im Jahr 2001 die Liegenschaften nicht mehr veräussert, wenn bekannt gewesen wäre, dass der verrechenbare Verlustvortrag nur noch CHF 6'273'741.-- betrug (act. 12 Rz. 12ff; act. 22 Rz. 3 f.; Rz. 6).

6. a) Das Handelsgericht befand in seinem Urteil vom 8. April 2008, die Behauptung der Klägerin, sie hätte den Kauf der E. _____ AG auf das Jahr 2000 vorgezogen, falls sie über das Risiko im Bild gewesen wäre, sei ungenügend substantiiert (act. 27 E. 5.c). Diese Auffassung hat das Bundesgericht geschützt (act. 41 E. 3.4, erster Absatz). Auf diese Argumentation kann daher nicht mehr eingegangen werden. Bezüglich der Variante, die Klägerin hätte im Jahr 2000 auch eine neue Tochtergesellschaft gründen können, hält das Bundesgericht hingegen fest, aus der Behauptung der Klägerin werde hinreichend klar, dass sie die neue Gesellschaft so hätte ausgestalten wollen, dass sie sowohl den angestrebten betriebswirtschaftlichen Zweck wie auch jenen der Steuerersparnis hätte erfüllen können. Es sei ein Beweisverfahren durchzuführen, wobei das Handelsgericht abzuklären habe, welche Kosten mit der Gründung der Tochtergesellschaft verbunden gewesen wären, und ob sich die betriebswirtschaftlichen Zwecke und die Steuerersparnis unter diesen Umständen hätten erreichen lassen (a.a.O., zweiter Absatz). Weiter führt das Bundesgericht aus, im Falle eines (hypothetischen) Verzichtes der Klägerin auf den Verkauf der Liegenschaften im Jahre 2001 bestehe der Schaden in der Differenz zwischen den höheren tatsächlich angefallenen Steuern und jenen Steuern, die während der massgebenden Steuerperiode bei einem Verzicht auf den Verkauf angefallen wären (act. 41 E. 4.2). Indessen habe sich das Handelsgericht nicht dazu geäußert, ob die Klägerin trotz der betriebswirtschaftlichen Hintergründe einzig aus steuerlichen Gründen auf den Verkauf verzichtet hätte, wenn sie von der Beklagten zutreffend aufgeklärt worden wäre (act. 41 E. 4.3).

b) Nicht entschieden worden ist bis jetzt die Frage nach einer der Beklagten vorwerfbaren Sorgfaltspflichtverletzung. Darauf ist vorab einzugehen sowie auf die damit zusammenhängende Behauptung der Beklagten, die Klägerin treffe ein Selbstverschulden, weil deren Rechtsberater, die Anwaltskanzlei F. _____, welche in Steuerrecht spezialisiert sei, das Risiko eines Verfalles des Verlustvortrages aus dem Jahr 1993 schon im Jahre 2000 ebenfalls nicht erkannt gehabt habe. Anschliessend ist auf die Auswirkungen einer allfälligen Sorgfaltspflichtverletzung einzutreten.

II.

1. a) Es ist unbestritten, dass zwischen den Parteien ein Auftragsverhältnis über Steuerberatung bestand (act. 1 Rz. 29; act. 8 Rz. 72). Die Meinungen gehen jedoch in Bezug auf dessen Inhalt auseinander. Die Klägerin behauptet, die G._____ Gruppe, zu der die Klägerin ursprünglich gehört habe, sei seit langer Zeit von der Beklagten steuerlich beraten worden (act. Rz. 5). Die Beklagte sei vor, während und nach dem Verkaufsprozess der GA._____ AG die Steuerberaterin der Klägerin gewesen. Mit ihr sei die Steuerstrategie entwickelt und fixiert worden. Dieser Prozess habe von 1998 bis 2000 stattgefunden, wobei die Strategie nachher nicht mehr geändert worden sei (act. 8 Rz. 8). Die Beklagte macht dagegen geltend, nur bis Mai 1999 mit der Steuerplanung der Klägerin beauftragt gewesen zu sein. Nachher sei dafür die Anwaltskanzlei F._____ verantwortlich gewesen. Ihr (der Beklagten) habe ab diesem Zeitpunkt nur das Vorbereiten der Steuererklärungen obliegen. Die Kanzlei F._____ habe auch die Übertragung der Liegenschaften auf die ... E._____ AG (nachfolgend E._____ AG) konzipiert und umgesetzt (act. 17 Rz. 6 f.). Zudem sei zu prüfen, ob der Klägerin die Kenntnis bzw. Unkenntnis dieser Kanzlei über die höchstrichterliche Rechtsprechung nicht anzurechnen sei (act. 8 Rz. 52). Sie (die Beklagte) sei jedoch nie ins Bild gesetzt, geschweige denn in die Diskussion von Geschäftsleitung bzw. Verwaltungsrat der Klägerin darüber einbezogen worden, wie mit dem Verlustvortrag umgegangen werden sollte, und ob dieser überhaupt noch relevant gewesen sei, nachdem der Börsengang geplatzt und das Sanierungskonzept 1999 nicht weiterverfolgt worden sei (act. 8 Rz. 29). Der von der Klägerin behauptete Schaden sei in keiner Weise adäquate Folge ihrer Berechnungen des Verlustvortrages. Die Klägerin habe auch keinen Schaden erlitten und sogar steuerlich relevantes Abschreibungspotential schaffen können (act. 8 Rz. 74 f.).

b) Im Auftragsverhältnis verpflichtet sich der Beauftragte, die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen (Art. 394 Abs. 1 OR). Vorliegend befasste sich die Beklagte im Auftrag der Klägerin im Jahre 2001 mit den steuerlichen Aspekten der "geplanten Veräusserung der Liegenschaften

C._____ und Hauptstrasse an die Gruppengesellschaft E._____"; sie berechnete die Steuerfolgen je nach Veräusserung zum Buchwert, zum Anschaffungswert und zum Verkehrswert, stets unter Berücksichtigung der Verrechnung der resultierenden Kapitalgewinne mit Verlustvorträgen. Wie erwähnt führte sie darin auch aus, dass der Bundesgerichtsentscheid vom 17. Mai 2001 keinen Einfluss auf die Verlustvorträge der Klägerin habe (vgl. den Telefax der Bekl. an die Klägerin vom 13. August 2001, act. 4/5 mit Anhang, für welche Arbeit sie gemäss act. 13/8 auch CHF 2'500 in Rechnung stellte; s. ferner die Zusammenstellung über Verlustvorträge und deren Verfall act. 4/4). Schon in den Vorjahren hatte sie Zusammenstellungen über die verrechenbaren Verlustvorträge erstellt, nämlich am 25. Juni 1998, als sie – wie auch im Schreiben vom 11. Juni 1999 (act. 13/11) – den Verlust 1993 als im Jahre 2001 verfallend auswies (act. 13/10). Damit hat die Beklagte Leistungen im Rahmen eines Auftragsverhältnisses erbracht und dabei bezüglich des Verfalles des Verlustvortrages eine objektiv falsche Auffassung vertreten.

c) Eine die Beklagte entlastende Mitverantwortung der Anwaltskanzlei F._____, welche die Klägerin auch in Steuerfragen beraten und die Fehlbeurteilung bezüglich der Verrechenbarkeit des Verlustvortrages 1993 auch nicht bemerkt habe, ist zu verneinen. Vergibt der Auftraggeber denselben Auftrag an zwei Beauftragte, so kann sich der eine nicht dadurch von seiner Sorgfaltspflicht befreien, dass er auf die Sorgfaltspflicht des anderen verweist. Die Haftung eines (unechten) Solidarschuldners wird auch bei Mithaftung Dritter nicht vermindert (BGer, 4C.96/2004 vom 13. August 2004, E. 5.5.1). Eine Zurechnung des Fachwissens eines weiteren Beauftragten des Auftraggebers kommt nur dann als Entlastung für den vertragsverletzenden Beauftragten in Frage, wenn ersterer gegenüber dem Vertragsverletzer als Hilfsperson in Erscheinung getreten ist. Der Auftraggeber muss ausserdem diesem Beauftragten eine Vorrangstellung gegenüber dem vertragsverletzenden Beauftragten eingeräumt haben, insbesondere indem er ihn mit der Erteilung von Anweisungen an den anderen betraut (BGer., a.a.O.). Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht erfüllt. Die Anwälte der Kanzlei F._____ traten gegenüber der Beklagten nicht als Hilfspersonen der Klägerin im genannten Sinne auf, weshalb eine allfällige Fehlbeurteilung der Situati-

on ihrerseits der Klägerin nicht im Sinne eines Selbstverschuldens angerechnet werden kann.

2. a) Die Klägerin wirft der Beklagten bezüglich des Liegenschaftenverkaufs im Jahr 2001 an die E. _____ AG zwei Vertragsverletzungen vor: Zum Einen soll diese bereits 1998/99 die falsche Auskunft erteilt haben, gemäss welcher der Verlustvortrag aus dem Jahr 1993 erst Ende 2001 verfallen würde. Wäre sie (die Klägerin) darüber informiert gewesen, dass das Risiko des Verfalles des Verlustvortrages schon im Jahre 2000 bestand, so hätte sie entweder den Kauf der E. _____ AG vorgezogen oder eine neue Tochtergesellschaft gegründet, um die Liegenschaften zu veräussern und so den Verlustvortrag zur Verrechnung mit dem aus dem Verkauf resultierenden Gewinn zu nutzen. Zum Anderen habe die Beklagte mit ihrem Schreiben vom 13. August 2001 (act. 4/5) den Bundesgerichtsentscheid vom 17. Mai 2001 falsch interpretiert und sie im Glauben gelassen, dieser habe keinen Einfluss auf die Frage der Verrechnung von Verlustvorträgen. Bei richtiger Interpretation hätte sie auf eine Veräusserung der Liegenschaften an die E. _____ AG in diesem Jahre verzichtet, um die dann tatsächlich angefallenen unerwarteten und hohen Steuern zu vermeiden. Im Einzelnen:

b) Als im Jahr 1997 beschlossen worden sei, einen Käufer für die Klägerin, damals noch GA. _____ AG, zu suchen, sei auch die Ermittlung des steuerlichen Wertes von erwirtschafteten Verlustvorträgen zu beachten gewesen (act. 12 Rz. 7). Im Rahmen dieses Verkaufsprozesses sei sodann erstmals eine Übersicht über die vorhandenen Verluste sowie deren Verfall erstellt worden. 1998 habe die Beklagte eine aus ihrer Sicht richtige Aufstellung über sämtliche Verluste sowie deren Verfallsdaten "gefunden" (recte wohl: erstellt). Bei den Berechnungen für die Folgejahre habe diese als Grundlage gedient. Es sei die klare Absicht gewesen, vorab die ordentlichen Erträge mit den Verlustvorträgen zu verrechnen und ausserordentliche Erträge mittels Verkäufen zwischen der Klägerin und ihren Tochtergesellschaften erst wenn notwendig zu generieren. Aus diesem Grund sei die Beklagte immer wieder aufgefordert worden, genau zu ermitteln, wann welcher Verlustvortrag verfalle (act. 12 Rz. 8). Die Klägerin habe in der Folge Verlustvorträge durch Verrechnung mit ausserordentlichen Erträgen im Jahr 2001

steuerlich ausnutzen und deswegen die Liegenschaften an eine Gruppengesellschaft namens E. _____ AG, welche 2001 erworben worden sei, verkaufen wollen (act. 1 Rz. 24 und act. 12 Rz. 13). Noch im August 2001 habe die Beklagte ein Verlustverrechnungspotenzial bestätigt, obschon das Bundesgericht mit Urteil vom 17. Mai 2001 anders entschieden habe (act. 1 Rz. 24 und Rz. 33). Als die Klägerin einen Teil der Grundstücke schliesslich im Dezember 2001 veräussert habe, habe sie in unerwarteter Weise Steuern bezahlen müssen (act. 1 Rz. 10 und Rz.23).

c) Die Beklagte entgegnet, die BA. _____ habe jährlich die Revision bei der Klägerin durchgeführt, wobei seitens der Beklagten (vormals: BB. _____) jeweils der Verlustvortrag berechnet worden sei (act. 8 Rz. 24). Sie habe auf Wunsch der Klägerin im Mai 1999 dem Steueramt des Kantons ... ein Sanierungskonzept vorgelegt. Im Rahmen einer eigentlichen Sanierung hätte der damals bestandene Verlustvortrag mit dem Ertrag aus der Aufwertung der Liegenschaften der Klägerin verrechnet werden können, wobei ein Verlustvortrag von CHF 2,6 Mio. zur Verrechnung mit künftigen Gewinnen verblieben wäre. Damit wäre im Einklang mit dem Steuerrecht eine Nutzung der Verlustvorträge möglich gewesen. Offensichtlich habe die Klägerin in der Folge auf dieses Konzept verzichtet, wobei die Beklagte nicht orientiert worden sei, was im Bereich der Steuerplanung weiter vorgesehen gewesen sei.

Bei der Berechnung der verrechenbaren Verlustvorträge habe sie (die Beklagte) sich an die in der Lehrmeinung und von der Eidgenössischen Steuerverwaltung (EStV) vertretene Auffassung gehalten, wie die nach Einführung des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer (DBG, SR 642.11) für die Verrechnung mit Verlusten der vorangegangenen Jahre massgebliche Frist zu berechnen sei (act. 8 Rz. 24).

d) Der Beauftragte hat die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss, d.h. getreu und sorgfältig auszuführen (Art. 394 Abs. 1 i.V.m. Art. 398 Abs. 2 OR). Er schuldet dabei keinen Erfolg, sondern das sorgfältige Tätigwerden (vgl. dazu Fellmann, Berner Komm., VI/2/4, 1992, N 342 ff. zu Art. 398 OR). Der Umfang der Sorgfaltspflicht in einem Auftragsverhältnis bemisst sich nach objekti-

ven Kriterien anhand eines berufsspezifischen Durchschnittsverhaltens. Es ist von jener Sorgfalt auszugehen, die ein gewissenhafter Beauftragter in der gleichen Lage bei der Besorgung der ihm übertragenen Geschäfte anzuwenden pflegt. Dabei dürfen an Spezialisten hohe Anforderungen gestellt werden (Fellmann, a.a.O., N 355 zu Art. 398 OR). Von einem Steuerberater muss verlangt werden, dass er einen Sachverhalt richtig erfasst und steuerrechtlich korrekt beurteilt, dass er die massgebenden Gesetze, die Standardwerke und die höchstrichterliche Rechtsprechung kennt und beachtet. Stehen mehrere Möglichkeiten zu Gebote, hat er den sichersten Weg zu wählen oder mindestens auf bestehende Risiken hinzuweisen (Fellmann, a.a.O., N 407 und N 421 ff. zu Art. 398 OR).

e) Vorliegend ging es um die Frage, wie mit den vor 1995 erwirtschafteten Verlustvorträgen im Zuge der Einführung des DBG per 1. Januar 1995 steuerrechtlich zu verfahren sei. In ihrem Kreisschreiben Nr. 4 vom 26. November 1992 hielt die EStV fest, dass je eine Steuerberechnung nach neuem und eine nach altem Recht vorzunehmen sei. Massgebend sei dann derjenige steuerbare Gewinn, welcher zum höheren Steuerbetreffnis führen würde. Gemäss altem Recht (Art. 58 Abs. 2 des Bundesratsbeschlusses vom 9. Dezember 1940 über die Erhebung einer direkten Bundessteuer (BdBSt)) war für die Bestimmung des steuerbaren Reinertrages grundsätzlich der Durchschnitt derjenigen Jahre massgebend, welche in die entsprechende Berechnungsperiode fielen. Wenn eines dieser beiden Jahre einen Verlust aufwies, so konnte dieser vom Reinertrag des anderen Jahres in Abzug gebracht werden. Vom durchschnittlichen Reinertrag der Bemessungsperiode konnte die Summe der durchschnittlichen Verluste aus drei vorangegangenen Berechnungsperioden in Abzug gebracht werden, sofern diese Verluste nicht schon mit einzelnen Gewinnen verrechnet werden konnten. Bei Anwendung des neuen Rechts werden gemäss Art. 67 Abs. 1 DBG Verlustvorträge aus maximal sieben der Steuerperiode vorgehenden Jahren berücksichtigt. Das neue Recht führt demnach dazu, dass Verlustvorträge aus dem Jahr 1993 am 31. Dezember 2000 verfallen. In der Folge wurde jedoch Kritik aus der Lehre an diesem Kreisschreiben laut (vgl. dazu BGE vom 17. Mai 2001 in: ASA 71 (2002) S. 300 m.w.H.). So wurde verlangt, dass die aus dem alten System noch offenen Verlustvorträge zunächst zu verdoppeln seien und so ins neue System

überführt werden müssten. Sofern dabei die siebenjährige Vorperiode das jüngere Jahr der unter dem BdBSt geltenden zweijährigen Berechnungsperiode erfassen würde, so sei das vorangegangene und damit achte Jahr vor der Berechnungsperiode noch in die Verlustverrechnung mit einzubeziehen (vgl. dazu Peter Agner/Beat Jung/Gotthard Steinmann, Kommentar zum Gesetz über die direkte Bundessteuer, Zürich 1995, N. 5 zu Art. 67; so auch Hans-Jürg Neuhaus, Die Verlustverrechnung juristischer Personen in der Steuerperiode 1995, in: ASA 64 (1995) S. 381 ff.). Diese Ansicht führt dazu, dass Verlustvorträge aus dem Jahr 1993 erst am 31. Dezember 2001 verfallen, da 1993 das jüngere Jahr in der Berechnungsperiode 1993/94 ist und demnach auch als achttes Jahr vor der Berechnungsperiode mit einzubeziehen ist. Diese Auffassung vertrat die Zürcher Bundessteuerrekurskommission mit Entscheid vom 2. Juli 1998. Die von der EStV gegen diesen Entscheid ergriffene Verwaltungsgerichtsbeschwerde wurde aber mit Entscheid des Bundesgerichts vom 17. Mai 2001 gutgeheissen und damit die Berechnungsmethode des Kreisschreibens Nr. 4 als anwendbar erklärt. Daraus folgt, dass bei der Anwendung des neuen Rechts in jedem Fall nur Verlustvorträge aus sieben der Berechnungsperiode vorgehenden Jahre berücksichtigt werden können. Die getrennte Anwendung von altem und neuem Recht verunmöglicht den Einbezug des achten Jahres vor der Steuerperiode.

Zu den Pflichten eines Steuerberaters gehört es, seinen Auftraggeber auf mögliche steuerrechtliche Risiken hinzuweisen. Der Ansicht der Klägerin, die Beklagte habe durch Unterlassen des Risikohinweises den Vertrag verletzt, ist zuzustimmen. Zwar durfte sich die Beklagte der optimistischeren Berechnungsmethode anschliessen, doch hätte es ihre Sorgfaltspflicht verlangt, dass sie die Klägerin auf die unterschiedlichen Berechnungsmöglichkeiten und die sich daraus ergebenden Risiken hingewiesen hätte. Dies ergibt sich nicht zuletzt aus der Tatsache, dass auch in der Zeit zwischen 1998 und 2000 das Kreisschreiben Nr. 4 der EStV vom 26. November 1992 weder offiziell widerrufen noch aufgehoben worden war. Es muss von einem Steuerexperten erwartet werden, dass er seinen Auftraggeber auf solch augenfällige Widersprüche zwischen geltendem Recht und dessen Anwendung hinweist und diesem die damit einhergehenden Risiken bewusst macht. Dies hätte der Beklagten nicht zuletzt auch wegen des Entscheides

der Zürcher Bundessteuerrekurskommission vom 2. Juli 1998 gegenwärtig sein müssen, da eben dieser ans Bundesgericht weiter gezogen wurde.

Da die Beklagte einen Hinweis auf das bestehende Risiko eines Verfalles des Verlustvortrages 1993 schon im Jahre 2000 unterliess, verletzte sie ihre vertragliche Sorgfaltspflicht.

f) Zum Erwerb der E._____ AG im Jahre 2001 und zum Verkauf der Liegenschaften an diese führt die Beklagte aus, dass dieses Geschäft der Beklagten vorgängig zur Beurteilung unterbreitet worden sei. Dabei habe diese mit Telefax vom 13. August 2001 nochmals ein steuerliches Verlustverrechnungspotential auf Bundesebene bestätigt (act. 1 Rz. 24). Einem Bundesgerichtsentscheid vom 17. Mai 2001 sei aber zu entnehmen gewesen, dass die zur Verrechnung gebrachten Verlustvorträge bereits im Jahr 2000 verfallen seien (act. 1 Rz. 33). Im Telefax vom 13. August 2001 habe die Beklagte demgegenüber aber mitgeteilt, dass der betreffende Entscheid des Bundesgerichts auf die Beurteilung der vorhandenen steuerlich nutzbaren Verlustvorträge keinen Einfluss habe und diesbezüglich keine Vorkehrungen zu treffen seien (act. 12 Rz. 34). Damit habe die Beklagte ihre Sorgfaltspflicht verletzt (act. 1 Rz. 33).

Die Beklagte anerkennt, dass sie den fraglichen Bundesgerichtsentscheid falsch interpretiert hat (act. 8 Rz. 49).

Die Klägerin erwartete von der Beklagten als Steuerberaterin zu Recht, dass sie aus dem Bundesgerichtsentscheid vom 17. Mai 2001 richtigerweise hätte folgern sollen, dass die Verlustvorträge aus dem Jahr 1993 schon Ende 2000 verfallen waren und daher der geplante Verkauf von Liegenschaften zu unvorgesehenen Steuern führen würde. Zwar entsprach der Entscheid der Zürcher Bundessteuerrekurskommission vom 2. Juli 1998 ihrer Einschätzung der Rechtslage, aber eben die gegen diesen Entscheid ergriffene Verwaltungsgerichtsbeschwerde wurde vom Bundesgericht gutgeheissen. Mit der Falschinterpretation dieses Urteils liess es die Beklagte an der objektiv gebotenen Sorgfalt mangeln, welche von einer Steuerberaterin gemäss berufsspezifischem Durchschnittsverhalten anzuwenden wäre. Eine Vertragsverletzung durch die Beklagte ist demnach zu bejahen.

3. Der der Klägerin aus dem Verkauf der Liegenschaften "C. _____" an die E. _____ AG erwachsene Schaden besteht, wie schon erwähnt, im Falle eines (hypothetischen) Verzichtes der Klägerin auf den Verkauf der Liegenschaften im Jahre 2001 in der Differenz zwischen den höheren tatsächlich angefallenen Steuern und jenen Steuern, die während der massgebenden Steuerperiode bei einem Verzicht auf den Verkauf angefallen wären.

a) Dass im Falle eines Verzichtes der Klägerin auf den Verkauf an die E. _____ AG im Jahre 2001 kein Reingewinn von CHF 11'927'915.-- angefallen wäre, der mit einem Verlustvortrag von CHF 12'169'671.-- hätte verrechnet werden sollen, ist offenkundig und ergibt sich aus der von der Beklagten als Vertreterin der Klägerin erstellten Steuererklärung für die Kantons- und Gemeindesteuern 2001 und die Direkte Bundessteuer 2001 (act. 4/8). Der – von der Klägerin unbestrittenermassen auf Anraten der Beklagten akzeptierte – Einschätzungsvorschlag lautete demgegenüber auf einen steuerbaren Reingewinn von CHF 5'741'926.-- (act. 4/9 und 4/10). Dies führte zu einer direkten Bundessteuer von CHF 480'604.80, zahlbar bis 31. 3. 2003 (act. 4/11), für welchen Betrag Ratenzahlung gewährt wurde gemäss act. 4/12. Daraus resultierten Verzugszinse in Höhe von CHF 21'438.98 (act. 1 Rz. 15 f.; act. 22 Rz. 11). Auf den Kanton ... entfiel ein Ertrag von CHF 481'600.--, der zum Satz von CHF 5'741'900.-- besteuert wurde. Wäre der Verlustvortrag 1993 nicht verfallen gewesen, so wäre der Steuerbetrag auch im Kanton ... mit dem Satz 0 besteuert worden, weshalb nur Kapitalsteuern hätten bezahlt werden müssen (CHF 1'506.75) und Kirchensteuern (CHF 1'576.55), weshalb der Schaden CHF 82'165.30 beträgt (act. 4/15).

b) aa) Dieses Ergebnis beruht jedoch auf einer hypothetischen Kausalität, da von einem Schaden nur gesprochen werden kann in der Annahme, die Klägerin hätte im Wissen um den Verfall des Verlustvortrages 1993 angesichts der daraus resultierenden hohen Steuerfolgen auf einen Verkauf der Liegenschaften im Jahre 2001 verzichtet. Zu prüfen ist, wie das Bundesgericht festgehalten hat, ob die Klägerin trotz der betriebswirtschaftlichen Hintergründe einzig aus steuerlichen

Gründen auf den Verkauf verzichtet hätte, wenn sie von der Beklagten zutreffend aufgeklärt worden wäre. Einen hypothetischen Kausalverlauf zu beweisen ist jedoch von der Natur der Sache her schwierig, weshalb der beweisbelasteten Partei, hier der Klägerin, eine Beweiserleichterung zugestanden wird, indem sie nicht den vollen Beweis (Regelbeweismass) für ihre Behauptung erbringen muss, sondern lediglich das reduzierte Beweismass der überwiegenden oder hohen Wahrscheinlichkeit erreichen muss (BGE 115 II 440 E. 6; Berger-Steiner, Das Beweismass im Privatrecht, Rz. 03.106).

bb) Beim Kauf der E. _____ AG und dem folgenden Verkauf eigener Liegenschaften an dieselbe ging es der Klägerin darum, aus betriebswirtschaftlichen Gründen eine Holdingstruktur zu errichten, um alle Liegenschaften eines Kantons in einer kantonalen Gesellschaft zu bündeln und damit neben den steuerlichen Vorteilen auch administrative Vorteile und Kosteneinsparungen zu erzielen (act. 12 Rz. 22). Beim Liegenschaftenverkauf handelte es sich um einen Beitrag zum Aufbau der angestrebten Holdingstruktur, wobei sich der Erwerb der E. _____ AG und der Verkauf der Liegenschaften an die neue Tochtergesellschaft als besonders geeignet erwies, weil letztere wie die Klägerin bereits Stockwerkeigentümerin bzw. Miteigentümerin im C. _____ D. _____ war (Kaufvertrag, act. 4/6, Ziff. 13). In finanzieller Hinsicht erzielte die Klägerin aus dem Liegenschaftenverkauf ein ausserordentliches Ergebnis von rund CHF 12 Mio. (act. 4/7), das sie aber aufgrund des hohen Verlustvortrages von 1993 glaubte vollständig verrechnen zu können, so dass keine Gewinnsteuern angefallen wären.

cc) Dass die Klägerin im Wissen, dass der Verlustvortrag 1993 bereits verfallen war, auch auf den Kauf der E. _____ AG verzichtet hätte, ist nicht behauptet. Es ist für den hypothetischen Fall demnach davon auszugehen, dass sie die E. _____ AG gleichwohl erworben, aber vom Verkauf ihrer eigenen Liegenschaften an die E. _____ in diesem Jahr verzichtet hätte. *Betriebswirtschaftlich* erweist sich auch dieses Vorgehen als sinnvoll, weil die Klägerin über ihre hundertprozentige Tochtergesellschaft E. _____ ihre Stellung als Stockwerkeigentümerin und Miteigentümerin im C. _____ genau gleich stärken konnte wie bei einer Übertragung auf die

Tochtergesellschaft. Auch die administrativen Vorteile und Kostenersparnisse wären zu erreichen gewesen, weil nicht zu sehen ist, was einer gemeinsamen Verwaltung aller C.____-Liegenschaften oder auch weiterer Liegenschaften im Kanton ... hätte entgegenstehen können. Eine spätere Übertragung der Liegenschaften an die E.____ oder an eine andere Tochtergesellschaft wäre möglich geblieben. In *steuerlicher Hinsicht* sind zwei Dinge zu beachten: Einerseits wären Steuern und Verzugszinse im Betrage von CHF 584'254.-- nicht angefallen. Andererseits wäre aber auch der Verlustvortrag 1994 im Umfange von CHF 714'931.-- ungenutzt verfallen, während jener aus dem Jahre 1995 von CHF 5'558'810.-- für das Folgejahr noch zur Verfügung gestanden wäre und z.B. auch im Rahmen einer nur teilweisen Übertragung der C.____-Liegenschaften an die E.____ AG noch hätte verrechnet werden können. Da die Gewinnsteuer bei der direkten Bundessteuer gemäss Art. 68 DBG 8,5 % beträgt, hätte der Verlust der Verrechnungsmöglichkeit des Verlustvortrages 1994 zu einer (hypothetischen) Einbusse von rund CHF 60'000.-- geführt, wogegen Steuern und Verzugzinse im Umfang von CHF 584'254.-- nicht zu bezahlen gewesen wären. Das heisst: Trotz eines Verzichts auf die Veräusserung der Liegenschaften an die E.____ AG im Jahre 2001 hätten wesentliche Teile der Holdingstruktur verwirklicht werden können bei einer "Steuerersparnis" in der Grössenordnung von jedenfalls CHF 500'000.--. Diese Ausgangslage begründet eine tatsächliche Vermutung dahingehend, dass die Klägerin en connaissance de cause mit hoher Wahrscheinlichkeit auf die Übertragung der Liegenschaften im Jahre 2001 an die E.____ AG verzichtet hätte, weil der sorgfältige Kaufmann nach allgemeiner Lebenserfahrung keine Geschäfte tätigt, die zu einer vermeidbaren Steuerbelastung führen.

dd) Was die Beklagte dagegen vorträgt, vermag diese Vermutung nicht umzustossen. In ihrer Replikschrift wirft sie der Klägerin Widersprüchlichkeit vor, da sie einmal behauptete, sie hätte die E.____ AG schon 2000 gekauft oder im Jahre 2000 eine neue Tochtergesellschaft gegründet, um die Liegenschaften an diese zu verkaufen oder auf den Verkauf ganz verzichtet (act. 17 Rz. 21). Diese Vorbringen seien ausserdem unsubstanziert (act. 17 Rz. 55), insbesondere der Verzicht auf die Veräusserung im Jahre 2001 werde nicht durch Verwaltungsrats-

Protokolle unterlegt (act. 17 Rz. 62). Ebenso werde nicht dargelegt, wie sie die fraglichen Liegenschaften anderweitig steuerlich günstig hätte eingliedern können (act. 17 Rz. 82). Die steuerlich beste und betrieblich vertretbare Lösung wäre es im damaligen Zeitpunkt aber gerade gewesen, die Liegenschaften nicht zu veräussern. Im Übrigen bestand für den Verwaltungsrat der Klägerin kein Anlass, angesichts der für sie vermeintlich klaren Sach- und Rechtslage über einen "Plan B" zu diskutieren, weshalb es nicht erstaunt, dass die Klägerin keine solchen Unterlagen ins Recht legt.

4. a) Den selben Schaden begründet die Klägerin auch mit der Variante "Gründung einer neuen Tochtergesellschaft und Veräusserung der Liegenschaften an diese bereits im Jahre 2000" geltend. Dazu äussert sie sich in ihrer Rechtsschrift vom 2. März 2010 (act. 45), welche sie nach erfolgter Rückweisung durch das Bundesgericht auf Veranlassung des Instruktionsrichters (dazu die begründete Verfügung vom 16. Februar 2010, Prot. S. 2 ff.) erstattete, wie folgt: Die neu zu gründende Gesellschaft hätte "Investitionen in Liegenschaften im Kanton ... sowie Ausübung aller kommerziellen, finanziellen und anderer Tätigkeiten, die mit dem Zweck der Gesellschaft im Zusammenhang stehen; die Gesellschaft kann sich an anderen Unternehmen beteiligen" zum Zweck gehabt (gleich wie die am 21. Dezember 2001 gegründete AA. _____ AG). Es hätte sich um eine Bargründung mit einem Aktienkapital von CHF 100'000.-- gehandelt. Sodann hätte die neue Gesellschaft die Liegenschaften von der Klägerin käuflich erworben, gleich wie man das bei der vorerwähnten AA. _____ AG im Jahr 2002 gemacht habe. Die Klägerin belegt das mit zwei Kaufverträgen (act. 46/1 und 2). Es wäre wie dort vereinbart worden, dass die Parteien über die Bezahlung des Kaufpreises ausservertraglich abrechnen würden, und der Kaufpreis wäre als Verbindlichkeit gegenüber der Klägerin stehen gelassen worden. Effektive Mittel für den Kauf hätte die neue Tochtergesellschaft nicht benötigt. Angesichts von flüssigen Mitteln und Wertchriften der Klägerin im Umfang von knapp CHF 2 Mio im Jahr 2000 hätte man das benötigte Aktienkapital zuzüglich Kosten problemlos aufbringen können. Diese Kosten hätten rund CHF 7'000.-- betragen und wären von der Klägerin zu tragen gewesen; unter Berücksichtigung der steuerlichen Abzugsmöglichkeit hätte

die Endbelastung aber lediglich CHF 5'000.-- ausgemacht. Im Jahr 2000 habe die Klägerin einen Gewinn von CHF 1'433'890.-- erzielt gehabt und der ausserordentliche Ertrag aus dem Verkauf der Liegenschaft im Jahr 2001 habe CHF 12'001'588.-- betragen, so dass im Jahr 2000 total ein Gewinn von CHF 13'435'478.-- angefallen wäre, mit dem man u.a. auch den Verlustvortrag aus dem Jahre 1993 hätte verrechnen können.

b) Dagegen wendet die Beklagte ein, dass dies von den Steuerbehörden als unzulässige Steuerumgehung betrachtet worden wäre, weil der Transaktion ausser der Steuerersparnis kein betriebswirtschaftlicher Zweck zugrundegelegen hätte.

Diese Betrachtungsweise liegt in der Tat nahe, was das geschilderte hypothetische Vorgehen zunächst als eher unwahrscheinlich erscheinen lässt. Indes hat die Beklagte im Jahr 2002 die AA. _____ AG gegründet und Grundstücke an diese veräussert, wobei die Kaufpreise nicht bezahlt, sondern als Forderungen der Klägerin gegenüber der neuen Tochtergesellschaft stehen gelassen wurden. In der Steuererklärung 2002 wurden Verlustvorträge in Höhe von CHF 3'734'935.-- mit einem Gewinn von CHF 5'614'051.-- verrechnet. Die Steuerbehörden haben die Verlustverrechnung akzeptiert (act. 46/5, 6). Dieses Vorgehen begründet eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür, dass die Klägerin bei rechtzeitiger Information über die unsichere Lage bezüglich der Frage des Verfalles des Verlustvortrages 1993 schon im Jahre 2000 so gehandelt hätte, in der Annahme, dass die Steuerbehörden die Transaktion nicht anders als später im Steuerjahr 2002 behandelt hätten.

c) Es ist daher davon auszugehen, dass die Klägerin durch Gründung einer Tochtergesellschaft im Jahre 2000 und Veräusserung der Liegenschaften an diese den Schadenseintritt hätte verhindern können und verhindert hätte.

5. Die Beklagte macht weiter geltend, dass der Vorteil, welcher durch die Schaffung von Abschreibungssubstrat in der Höhe von ca. CHF 5,8 Mio. entstanden sei, an einen allfälligen Schaden der Klägerin angerechnet werden müsse. Dieses Abschreibungssubstrat sei durch das Steueramt ... anerkannt worden, weshalb

durch Steuerersparnis die im vorliegenden Verfahren als Schaden geltend gemachten Steuern kompensiert würden (act. 8 Rz. 43 f.). Ausgehend von einem Verlustvortrag von ca. CHF 5,845 Mio., einem jährlichen Liegenschaften-Abschreibungssatz von 1,5 %, einem Zinssatz von 3 % sowie der Fälligkeit der direkten Bundessteuer per Ende März betrage der abdiskontierte Zinsnachteil rund CHF 210'000.-- (act. 8 Rz. 74).

Zwar wurde die Berechnung von der Klägerin nicht ausdrücklich bestritten, doch führte sie anlässlich der Referentenaudienz aus, dass das Abschreibungspotential nicht bei ihr, sondern bei einer Tochtergesellschaft entstanden sei (Prot. S. 4). In ihrer Replik macht sie dazu keine weiteren Ausführungen.

Ausgehend vom Schadensbegriff kann die Vermögensverminderung nur dann festgestellt werden, wenn die dem Geschädigten wegen des schädigenden Ereignisses zufallenden Vermögensvermehrungen berücksichtigt werden. Der endgültige Schaden ist demnach erst festgestellt, wenn sowohl die Schädigung als auch die Vorteile berücksichtigt sind (Oftinger/Stark, a.a.O., N 50 zu § 6). Einen Vorteil hat sich der Geschädigte auch aus dem im schweizerischen Schadensrecht geltenden Grundsatz des Bereicherungsverbot anrechnen zu lassen (Rey, ausservertragliches Haftpflichtrecht, 3. A., Zürich 2003, N 211). Anzurechnen sind aber nur Vorteile, die ohne das schädigende Ereignis nicht eingetreten wären (Oftinger/Stark, a.a.O., N 54 zu § 6). Eine Vorteilsanrechnung ist schliesslich dann gerechtfertigt, wenn neben dem Kausalzusammenhang auch eine Zusammengehörigkeit zwischen Schaden und Vorteil besteht. Dies wird als Kongruenz oder innerer Zusammenhang bezeichnet (Brehm, Berner Komm., VI/1/3/1, 3. A., 2006, N 34 zu Art. 42 OR).

Dem Vorbringen der Beklagten liegt die Betrachtung der Holding bzw. des Konzerns als juristische Einheit zugrunde. In der Lehre werden dazu hauptsächlich zwei Theorien angeführt: Die Einheitstheorie, welche den Konzern als eine einzige juristische Person behandelt, und die Theorie des Konzerns als einfache Gesellschaft. Während die Einheitstheorie von einem permanenten Durchgriff ausgeht, sieht die Theorie der einfachen Gesellschaft im Konzernzweck die Verfolgung eines gemeinsamen Ziels unter Einsatz der gesamten, gemeinsamen Mittel.

Diese Theorien führen jedoch ins Abseits (vgl. dazu Böckli, Schweizer Aktienrecht, 3. A., Zürich 2004, N 154 ff. zu § 11). Es bleibt dabei, dass bei Holdinggesellschaften bzw. Konzernen davon auszugehen ist, dass deren Gesellschaften eigene Rechtspersönlichkeit zukommt. Eine Durchbrechung dieses Grundsatzes ist nur für ausserordentliche Fälle vorgesehen, in welchen die mit der juristischen Persönlichkeit einhergehende Haftungsbeschränkung in rechtsmissbräuchlicher Art vorgeschoben werden. Demnach gilt auch in diesem Fall, dass bei der Schadensberechnung Vorteile, die ein Dritter und nicht der Geschädigte erhalten haben, nicht berücksichtigt werden können (Oftinger/Stark, a.a.O., N 53 zu § 6). Zu ergänzen bleibt, dass auch im Steuerrecht innerhalb der Schweiz eine einheitliche Konzernbesteuerung unbekannt ist (Böckli, a.a.O., N 141 zu § 11).

6. Es ergibt sich, dass die Rest-Klage im Betrag von CHF 502'088.80 (Bundessteuer 2001) und CHF 82'165.30 (Gewinnsteuern ... inkl. Kirchensteuer 2001), total CHF 584'254.10 zuzüglich Verzugszins zu 5 % seit 7. September 2004 (Datum der Klageeinleitung) gutzuheissen ist.

III.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beklagte kosten- und entschädigungspflichtig. Mitzuberücksichtigen ist auch der Streitwert von CHF 21'244.--, in welchem Umfange die Beklagte bereits rechtskräftig zur Zahlung verpflichtet wurde, weil mit dem Urteil des Bundesgerichtes das Kosten- und Entschädigungsdispositiv des Entscheides vom 4. April 2008 aufgehoben wurde.

Demnach beschliesst das Gericht:

1. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Handelsgerichtes vom 4. April 2008 insoweit in Rechtskraft erwachsen ist, als es die Beklagte verpflichtet, der Klägerin CHF 21'244.-- nebst Zins zu 5 % seit 9. Juni 2004 (Steuern Genf) zu bezahlen.

2. Mitteilung mit nachfolgendem Urteil

und erkennt:

1. In Gutheissung der (Rest-)Klage wird die Beklagte verpflichtet, der Klägerin CHF 584'254.10 nebst Zins zu 5 % seit 7. September 2004 zu bezahlen.
2. Die Gerichtsgebühr wird auf CHF 30'000.-- festgesetzt und der Beklagten auferlegt.
3. Die Beklagte wird verpflichtet der Klägerin eine Prozessentschädigung von CHF 40'000.-- zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je gegen Empfangsbestätigung.
5. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von dessen Zustellung an
 - a) beim Kassationsgericht des Kantons Zürich, Postfach, 8022 Zürich, durch eine § 288 der Zivilprozessordnung (ZPO) entsprechende Eingabe im Doppel kantonale Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne von § 281 ff. ZPO erhoben werden;
 - b) beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, nach Massgabe von Art. 72 ff. sowie Art. 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde, allenfalls nach Massgabe von Art. 113 ff. BGG subsidiäre Verfassungsbeschwerde erhoben werden.
Wird kantonale Nichtigkeitsbeschwerde erhoben, so läuft die Beschwerdefrist erst ab Zustellung des Entscheids des Kassationsgerichts.

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Vizepräsident:

Die juristische Sekretärin:

Oberrichter lic. iur. Peter Helm

lic. iur. Patricia Tschudi