



---

Geschäfts-Nr. HG090284-O

U/ei

Mitwirkend: die Oberrichter Peter Helm, Vizepräsident, und Dr. Alexander Brunner, die Handelsrichter Hans Moser, Jean-Gaspard Comtesse und Ivo Eltschinger sowie die Gerichtsschreiberin Claudia Marti

## Urteil vom 8. Dezember 2011

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG,**  
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_

gegen

1) **B.\_\_\_\_\_ AG,**

2) **C.\_\_\_\_\_,**

Beklagte

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr.iur. et lic.oec.HSG Z.\_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei die Beklagte 1 zu verurteilen, der Klägerin im Einzelnen darüber Auskunft zu erteilen und Rechenschaft abzulegen, welche der von der Beklagten 1 in den Jahren 2000 bis 2006 in Rechnung gestellten Honorare mit der Gründung, der Verwaltung oder sonstwie mit der D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_, im Zusammenhang stehen.
2. Es seien die Beklagten 1 und 2 bei solidarischer Haftbarkeit zu verurteilen, der Klägerin einen nach Abschluss des Beweisverfahrens zu beziffernden Betrag zu bezahlen, mindestens aber
  - a) CHF 449'758.– nebst Zins zu 5 % seit 31. Dezember 2002 sowie
  - b) - CHF 165'970.05 nebst Zins zu 5 % seit 11. Juli 2005;  
- USD 25'110.– nebst Zins zu 5 % seit 11. Juli 2005;  
- EUR 16'147.– nebst Zins zu 5 % seit 11. Juli 2005;  
- HKD 112'008.– nebst Zins zu 5 % seit 11. Juli 2005;  
- GBP 10'701.25 nebst Zins zu 5 % seit 11. Juli 2005.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten der Beklagten 1 und 2 bei solidarischer Haftbarkeit."

**Das Gericht zieht in Erwägung:**

**I.**  
**Einleitung und Sachverhalt**

1. Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in F.\_\_\_\_\_. Ihr Zweck ist die Entwicklung, der Verkauf und die Fabrikation magnetischer Lastaufnahmemittel sowie hydraulischer Antriebslösungen inklusive zugehöriger Dienstleistungen (act. 4/3). Sie wurde im Jahre 2000 unter der Firma G.\_\_\_\_\_ AG gegründet (act. 4/3) und kaufte sodann im Rahmen einer Umstrukturierung von der damaligen A.\_\_\_\_\_ AG (nachfolgend "alte A.\_\_\_\_\_ AG" genannt) mit Unternehmenskauf vom 18. Juli 2000 den Geschäftsbereich des Maschinenbaus sowie die Marke,

die Bezeichnung "A.\_\_\_\_\_", das entsprechende Logo, die Corporate Identity und das Recht, "A.\_\_\_\_ AG" als Firma zu führen (act. 1 S. 10). Sodann wurde am 19. Juli 2000 die Firma der Klägerin von G.\_\_\_\_ AG in A.\_\_\_\_ AG geändert (act. 4/3). Die Aktien der alten A.\_\_\_\_ AG wurden ebenfalls am 18. Juli 2000 an die H.\_\_\_\_ AG mit Sitz in I.\_\_\_\_ verkauft und die Gesellschaft in J.\_\_\_\_ AG umfirmiert (act. 1 S. 10) .

2. Die Beklagte 1 ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz im Kanton Zürich. Ihre Firma lautete bis zum 11. Januar 2007 K.\_\_\_\_ AG. Die Gesellschaft bezweckt die Führung einer Treuhandgesellschaft, die Revision, die Steuerberatung, die Wirtschaftsberatung und alle Geschäfte, die mit dem Gesellschaftszweck in direktem oder indirektem Zusammenhang stehen (act. 4/2). Der Beklagte 2 ist Mitglied des Verwaltungsrates der Beklagten 1 mit Einzelunterschrift (act. 4/2).

3. Ausgangspunkt der vorliegenden Klage war Folgendes: Die alte A.\_\_\_\_ AG führte zwei Geschäftsbereiche: den Maschinenbau und den Pumpenbau. Ihre Aktien wurden von der A.\_\_\_\_ & Co. gehalten, deren Gesellschafter AA.\_\_\_\_ und AB.\_\_\_\_ waren. Diese beiden beschlossen in den neunziger Jahren, die Nachfolge in der alten A.\_\_\_\_ AG zu regeln. Im Rahmen der daraus entstehenden Umstrukturierung der alten A.\_\_\_\_ AG wurde die Beklagte 1 beauftragt, in Bezug auf die Steuerfolgen beratend tätig zu werden (act. 1 S. 8, act. 14 S. 6; act. 8 S. 49, act. 18 S. 4 f. ).

4. Mit der vorliegenden Klage macht die Klägerin geltend, die Beratung der Beklagten 1 sei sorgfaltswidrig gewesen, weshalb ihr ein Schaden entstanden sei (act. 1 S. 45 ff.). Das von der Beklagten 1 empfohlene Vorgehen habe für sie zu keinen Steuerersparnissen geführt, sondern es seien zu ihren Lasten die Doppelbesteuerungsfolgen eingetreten, die zu verhindern Aufgabe der Beklagten 1 gewesen wäre (act. 1 S. 13). Der Schaden bestehe in einem Steuermindestschaden von CHF 449'758.–, welchen Betrag die Klägerin bei richtiger Beratung an Steuern mindestens hätte einsparen können (act. 1 S. 47). Ausserdem sei ihr ein Schaden entstanden in der Höhe der folgenden Honorarleistungen, welche für sie zufolge der Falschberatung nutzlos gewesen seien (act. 1 S. 40):

|   |     |            |
|---|-----|------------|
| Total Rechnungen K._____ AG an (neue)<br>A._____ AG | CHF | 165'970.05 |
| Total Rechnungen L._____ an (neue) A._____ AG       | CHF | 0.00       |
| Total Rechnungen M._____ Ltd. an D._____            | USD | 25'110.00  |
| Total Rechnungen N._____ Ltd. an D._____            | EUR | 3'533.00   |
| Total Rechnungen O._____ an D._____                 | HKD | 112'008.00 |
| Total Rechnungen P._____ Ltd. an D._____            | EUR | 12'614.00  |
| Total Rechnungen Q._____ & Co. an D._____           | GBP | 10'701.25  |

Bei zahllosen weiteren (Sammel-)Positionen in den Honorarrechnungen sei dagegen unklar, ob sie nicht ebenfalls, mindestens teilweise, auf das D.\_\_\_\_\_ - Konstrukt zurückzuführende Bemühungen einschliessen würden. Deshalb verlangt die Klägerin mit ihrem Rechtsbegehren Ziffer 1, die Beklagte 1 habe ihr darüber Auskunft zu erteilen, welche der von der Beklagten 1 in den Jahren 2000 bis 2006 in Rechnung gestellten Honorare mit der Gründung, der Verwaltung oder sonstwie mit der D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_, im Zusammenhang stehen. Die Klägerin macht den Betrag von CHF 165'970.05 an Honorarrechnungen der Beklagten 1 deshalb vorerst als Mindestbetrag geltend und will die definitive Forderung nach Abschluss des Beweisverfahrens beziffern (act. 1 S. 40, 47 f.). Im Umfang der oben aufgeführten Honorarrechnungen und des Steuermindestschadens macht die Klägerin gegenüber der Beklagten 1 gestützt auf Art. 398 in Verbindung mit Art. 97 OR einen Schadenersatzanspruch geltend (act. 1 S. 47).

Gegenüber dem Beklagten 2 macht die Klägerin mit der vorliegenden Klage ebenfalls Schadenersatzansprüche in derselben Höhe geltend. Sie stützt diese Ansprüche entweder auf einen konkludent geschlossenen Beratungsvertrag zwischen der Klägerin und dem Beklagten 2 und verweist sodann bezüglich der Haftungsvoraussetzungen auf die Ausführungen zum Anspruch gegenüber der Beklagten 1. Alternativ führt sie aus, der Schadenersatzanspruch lasse sich auf die ausservertragliche Haftungsnorm von Art. 41 OR abstützen (act. 1 S. 49).

5. Die Beklagten beantragen die Abweisung der Klage (act. 8 S. 2). Sie machen im Wesentlichen geltend, ein Anspruch der Klägerin sei zunächst mangels Aktivlegitimation nicht gegeben (act. 8 S. 6). Ihren Rechenschaftspflichten sei die

Beklagte 1 vollumfänglich nachgekommen (act. 8 S. 62). Sodann habe die Beklagte 1 keinen Auftrag angenommen, welcher die Vermeidung jeder Doppelbesteuerung zum Inhalt gehabt hätte. Die Aufgabenstellung werde von der Klägerin nicht richtig wiedergegeben (act. 18 S. 5, act. 8 S. 49). Die Beklagten hätten keine Sorgfaltspflichten verletzt (act. 8 S. 61). Es fehle im vorliegenden Fall an einer realisierten und damit nachweisbaren Vermögenseinbusse bei der Klägerin selbst, welche auf das der Beraterin vorgeworfene angeblich schädigende Ereignis zurückzuführen wäre (act. 8 S. 58). Soweit die Klägerin Honorarleistungen zurückfordere, werde die Einrede der Verjährung erhoben (act. 8 S. 71). Fremdrechnungen, gerichtet an das Partnership im Ausland, beträfen die Klägerin ohnehin nicht. Ob diese Rechnungen überhaupt bezahlt worden seien, und ob sie von der Klägerin bezahlt worden seien, sei offen und werde bestritten (act. 8 S. 39 f.). Die Leistungen im Zusammenhang mit der D.\_\_\_\_\_ Gründung seien gar nicht durch die Klägerin bezahlt worden, sondern eine Dritte habe diese Kosten übernommen. Ein Schaden könne der Klägerin somit gar nicht entstanden sein (act. 8 S. 38). Der Beklagte 2 habe nie in eigenem Namen einen Vertrag mit der Klägerin geschlossen, und die Voraussetzungen für eine ausservertragliche Haftung seien nicht erfüllt (act. 8 S. 67 ff.).

## II. **Prozessverlauf**

Am 20. November 2009 (Datum des Poststempels) reichte die Klägerin Klageschrift und Weisung ein (act. 1 und act. 3). Nach Eingang der Klageantwortschrift vom 18. Februar 2010 (act. 8) fand am 18. Mai 2010 eine Referentenaudi-  
enz und Vergleichsverhandlung statt, welche zu keiner Einigung führte (Prot. S. 4 f.). Das Verfahren wurde schriftlich fortgesetzt mit der Replikschrift vom 18. Oktober 2010 (act. 14) und der Duplikatschrift vom 7. Januar 2011 (act. 18). Mit Verfügung vom 10. Januar 2011 wurde die von der Beklagten (act. 18 S. 34 f.) beantragte Edition von Amtes wegen der Akten des Zivilprozesses beim Richteramt Solothurn-Lebern abgewiesen und das Hauptverfahren - unter Zustellung der

Duplik an die Klägerin - als geschlossen erklärt (Prot. S. 9). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

### III. **Zuständigkeit**

In Bezug auf die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts kann auf die Ausführungen im Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 18. November 2009 verwiesen werden (act. 4/4). Darin wird festgehalten, dass das Handelsgericht des Kantons Zürich für die Klage gegen die Beklagte 1 örtlich und sachlich zuständig ist. Die örtliche Zuständigkeit für die Klage gegen den Beklagten 2 wird aus Art. 7 Abs. 1 GestG hergeleitet. So dann wird das Handelsgericht des Kantons Zürich gestützt auf § 65 GVG für den Rechtsstreit der Klägerin gegen die Beklagten 1 und 2 als sachlich zuständiges Gericht bezeichnet (act. 4/4 S. 5 ff.).

### IV. **Materielles**

#### **A. Schadenersatzanspruch gegen die Beklagte 1**

1. Die Klägerin macht einerseits für einen "Steuermindestschaden" von CHF 449'758.– sowie andererseits für einen Schaden wegen der Bezahlung nutzloser Honorare in Höhe von mindestens CHF 165'970.05, USD 25'110.–, EUR 16'147.–, HKD 112'008 und GBP 10'701.25 einen Schadenersatzanspruch gegen die Beklagte 1 geltend. Zur Begründung dieses Anspruchs beruft sich die Klägerin auf ein Vertragsverhältnis zur Beklagten 1, welches als Auftragsverhältnis zu qualifizieren sei (act. 1 S. 45). Daher ist als Erstes zu klären, auf die Verletzung welchen Vertrages sie ihren Anspruch stützt.

2.1 Die Klägerin führt dazu aus, dem vorliegend in Frage stehenden Auftragsverhältnis habe der Beschluss von AA.\_\_\_\_ und AB.\_\_\_\_ zugrunde gelegen, die alte A.\_\_\_\_ AG umzustrukturieren. Der eine Geschäftsbereich dieser

Gesellschaft, der Pumpenbau, sollte an einen Dritten verkauft werden, während der andere Geschäftsbereich, der Maschinenbau, von den Söhnen AB.\_\_\_\_s, ABA.\_\_\_\_ und ABB.\_\_\_\_, weitergeführt werden sollte. Vor diesem Hintergrund sei der der Beklagten erteilte Auftrag ein doppelter gewesen. Die Gestaltung der Umstrukturierung der alten A.\_\_\_\_ AG auf eine Weise, dass sie möglichst geringe Steuerfolgen für AA.\_\_\_\_ und AB.\_\_\_\_ zeitige, sei bloss der eine Teil des Auftrags gewesen, während der andere Teil gleichzeitig die Schaffung optimaler steuerlicher Verhältnisse für die aus dieser Umstrukturierung hervorgehende Klägerin sowie ihre Inhaber ABB.\_\_\_\_ und ABA.\_\_\_\_ beinhaltet habe (act. 14 S. 6, 56). Die Beklagten hätten diesen Auftrag mit der Gründung eines Partnership - der D.\_\_\_\_ - im Ausland erfüllen wollen. Nach Ansicht der Beklagten hätten dadurch mit Bezug auf AA.\_\_\_\_ und AB.\_\_\_\_ jegliche Steuerfolgen abgewendet werden können, während hinsichtlich des zweiten Teils des Auftrags die steuerliche Doppelbelastung der Klägerin einerseits und deren Inhaber andererseits zu vermeiden gewesen wäre (act. 14 S. 6 f.). Aufgrund der Beratung durch den Beklagten 2 sei am 20. Dezember 1999 ein Partnership Agreement unter r.\_\_\_\_ischem Recht zur Errichtung der D.\_\_\_\_ geschlossen worden (act. 1 S. 9). Der Entscheid zur Umstrukturierung der alten A.\_\_\_\_ AG unter Einbezug der D.\_\_\_\_ sei aber erst im Frühjahr 2000 gefällt worden (act. 14 S. 27 und 65). Die gewählte Art der Umstrukturierung habe auf steuerlichen Überlegungen beruht, die von den Beklagten angestellt worden seien (act. 14 S. 24). Die Empfehlung der Beklagten 1 zur Gründung des Offshore-Konstrukts D.\_\_\_\_ lasse sich mit der Pflicht zur sorgfältigen Ausführung ihres Auftrags nicht vereinbaren (act. 1 S. 46). Das Offshore-Konstrukt D.\_\_\_\_ sei für die Klägerin völlig wertlos gewesen. Namentlich habe es für sie zu keinerlei Steuerersparnissen geführt. Statt wie die Beklagten einzig und allein ein untaugliches Offshore-Konstrukt zu empfehlen, hätte ein sorgfältiger Steuerberater davon abgesehen, dafür aber der Klägerin jedenfalls geraten, ein marktgerechtes und betriebswirtschaftlich angemessenes Entlohnungs- und Spesensystem einzuführen (act. 1 S. 42).

Demzufolge stützt die Klägerin ihren Anspruch auf einen Beratungsvertrag im Zusammenhang mit der Umstrukturierung der alten A.\_\_\_\_ AG zwischen derselben und der Beklagten 1 und macht geltend, dass dieser Vertrag nicht richtig

erfüllt worden sei. Die Beklagten bestreiten nicht, dass ein solcher Vertrag geschlossen wurde. Indessen machen sie geltend, die Aufgabenstellung werde von der Klägerin nicht richtig wiedergegeben. Die Beklagte 1 sei primär mit der Frage konfrontiert worden, wie nach Möglichkeit die sehr hohen Steuerfolgen, die der geplante Verkauf der Aktien der alten A. \_\_\_\_\_ AG unweigerlich mit sich gebracht hätte, abgedeckt werden könnten (act. 8 S. 49).

Demnach ist davon auszugehen, dass zwischen der alten A. \_\_\_\_\_ AG und der Beklagten 1 im Zusammenhang mit der Umstrukturierung der ersteren ein Beratungsvertrag geschlossen wurde. Welche Partei den Inhalt des Vertrages richtig umschreibt, kann indes aufgrund der nachfolgenden Erwägungen offen bleiben. Unabhängig davon ist dieser Beratungsvertrag mit den Parteien (act. 1 S. 45, act. 8 S. 53) als Auftrag im Sinne von Art. 394 ff. OR zu qualifizieren. Allfällige Ansprüche aus Verletzung dieses Vertrages würden sich demnach nach Art. 97 OR in Verbindung mit Art. 398 Abs. 2 OR richten.

2.2 Die Klägerin stützt ihren vorliegend eingeklagten Anspruch auf diesen Beratungsvertrag zwischen der alten A. \_\_\_\_\_ AG und der Beklagten 1. Indes macht sie in ihren weiteren Ausführungen darüber hinaus noch geltend, Vertragspartnerin der Beklagten sei auch sie gewesen. Die Beklagten hätte nicht nur die alte A. \_\_\_\_\_ AG beraten, sondern auch sie (act. 14 S. 24). Dazu ist das Folgende festzuhalten:

Im Zeitpunkt des Abschlusses des oben genannten Beratungsvertrages zwischen der Beklagten 1 und der alten A. \_\_\_\_\_ AG existierte die Klägerin noch nicht; sie erwarb die Rechtsfähigkeit im März 2000 mit ihrer Eintragung im Handelsregister (act. 4/3), der Vertrag wurde bereits 1998 geschlossen (act. 1 S. 8). Da die Klägerin in keiner Weise darlegt, wie sie bereits vor ihrer Gründung als Vertragspartei an diesem Vertrag hätte partizipieren können, und auch einen späteren Vertragsbeitritt nicht geltend macht, kann sich ihre Behauptung eines Vertrages mit den Beklagten nicht auf eine Beteiligung ihrerseits als Partei an diesem Vertrag zwischen der alten A. \_\_\_\_\_ AG und der Beklagten 1 beziehen.

Einen anderen als den oben genannten Vertrag aber, auf welchen sie ihre Ansprüche stützen würde, behauptet die Klägerin nicht. Wohl erklärt sie, sie anerkenne durchaus, dass die Beklagte ihr gegenüber nicht nur im Zusammenhang mit dem D.\_\_\_\_-Konstrukt, sondern auch mit den Vertrags- und Abspaltungsarbeiten sowie mit der Buchführung und Buchprüfung umfangreiche Beratungsdienstleistungen erbracht habe (act. 14 S. 46). Doch sie erwähnt nur ihr gegenüber erbrachte Leistungen, nicht hingegen einen Vertrag, der zwischen ihr und einem der Beklagten geschlossen worden wäre.

Desgleichen bringt die Klägerin vor, schadensstiftend auf ihrer Seite sei das D.\_\_\_\_-Konstrukt gewesen bzw. das Unterlassen von adäquaten Steueroptimierungsmassnahmen in den Jahren 2000 bis 2004, wodurch ihr ein Steuerschaden in Höhe von mindestens CHF 449'758.– erwachsen sei (act. 14 S. 35 f.). Doch was das Unterlassen von adäquaten Steueroptimierungsmassnahmen in den Jahren 2000 bis 2004 betrifft, ist hervorzuheben, dass die Klägerin die diesbezüglichen Ausführungen, wonach die Empfehlung eines marktgerechten und betriebswirtschaftlich angemessenen Entlohnungs- und Spesensystems hätte erfolgen sollen, im Zusammenhang mit ihrer Schadensberechnung macht (vgl. act. 1 S. 42 ff.). Einen zusätzlichen Vertrag zwischen ihr und einem der Beklagten, welcher die Beklagten zur Empfehlung von adäquaten Steueroptimierungsmassnahmen verpflichtet hätte und der verletzt worden wäre, nennt sie auch in diesem Zusammenhang nicht. Ihre Ausführungen bringen wiederum keinen anderen Vertrag zutage, auf dessen Verletzung sie ihre Schadenersatzansprüche stützen würde.

Schliesslich macht die Klägerin geltend, dass sich aus den von ihr eingereichten Honorarrechnungen eine fortlaufende Beratung durch die Beklagten ergebe (act. 14 S. 46). Doch selbst wenn diese Honorarrechnungen noch im Zusammenhang mit der D.\_\_\_\_ gestanden hätten, ergibt sich aus der blossen Rechnungsstellung nach August 2000 kein Hinweis auf eine andere vertragliche Grundlage für Ansprüche der Klägerin als den zwischen der Beklagten 1 und der alten A.\_\_\_\_ AG geschlossenen Beratungsvertrag. Auch damit nennt die Klägerin keinen anderen Vertrag, auf den sie sich stützen würde.

2.3 Zusammengefasst geht aus den Ausführungen der Klägerin kein anderer Vertrag hervor, bei welchem sie Vertragspartei der Beklagten gewesen wäre und auf den sie ihre Ansprüche stützen würde. Als massgebliches Vertragsverhältnis, aus dem sie ihren Schadenersatzanspruch ableitet, hat die Klägerin nur den zwischen der Beklagten 1 und der alten A. \_\_\_\_\_ AG im Zusammenhang mit deren Umstrukturierung geschlossenen Auftrag vorgebracht. Dessen Vertragsparteien sind aber nur die alte A. \_\_\_\_\_ AG und die Beklagte 1, nicht die Klägerin. Demnach hat sich die Beklagte 1 durch diesen Vertrag der Klägerin gegenüber nicht zu einer Leistung verpflichtet.

3. Ihre Legitimation, Ansprüche aus dem Auftragsverhältnis zwischen der alten A. \_\_\_\_\_ AG und der Beklagten 1 geltend zu machen, begründet die Klägerin im Folgenden damit, dass sie die Rechtsnachfolge der alten A. \_\_\_\_\_ AG angetreten habe (act. 14 S. 34). Demgegenüber bestreiten die Beklagten die Aktivlegitimation der Klägerin und führen aus, der Vertrag über den Verkauf des Teilbereichs Maschinenbau vom 18. Juli 2000 sei unter Art. 181 OR abgeschlossen worden. Da keine Zession einer zukünftigen Forderung gegenüber einem Berater erfolgt sei, bezeichne sich die Klägerin im Hinblick auf das Beratungsmandat der Beklagten 1 zu Unrecht gegenüber der alten A. \_\_\_\_\_ AG als Rechtsnachfolgerin (act. 8 S. 19 und 77, act. 18 S. 41 f.).

Auch die Klägerin führt übereinstimmend aus, dass sie von der alten A. \_\_\_\_\_ AG das Maschinenbaugeschäft im Rahmen eines Unternehmenskaufvertrages am 18. Juli 2000 gekauft hat (act. 1 S. 10). Ein derartiger Vertrag über die Übernahme eines Geschäfts richtete sich nach Art. 181 OR. Gemäss Abs. 1 dieser Bestimmung wird, wer ein Vermögen oder Geschäft mit Aktiven und Passiven übernimmt, den Gläubigern aus den damit verbundenen Schulden ohne weiteres verpflichtet, sobald von dem Übernehmer die Übernahme den Gläubigern mitgeteilt oder in öffentlichen Blättern angekündigt worden ist. Weiter ist Rechtsfolge des Übernahmevertrages, dass der Veräusserer verpflichtet wird, dem Erwerber die übernommenen Aktiven zu übertragen. Es gilt das Prinzip der Singularsukzession; die Übertragung der einzelnen Aktiven erfolgt nach den jeweils für

sie geltenden Vorschriften (GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2008, Rz 3628).

Die Übertragung allfälliger Ansprüche respektive Forderungen aus dem Beratungsvertrag zwischen der alten A. \_\_\_\_\_ AG und der Beklagten 1 im Rahmen des Unternehmenskaufvertrages an die Klägerin hätte demnach gemäss Art. 164 f. OR durch schriftliche Abtretung erfolgen müssen. Die Klägerin macht jedoch nicht geltend, es sei eine schriftliche Abtretung der Ansprüche der alten A. \_\_\_\_\_ AG aus dem Beratungsvertrag gegen die Beklagte 1 an sie vorgenommen worden. Demnach ist keine Übertragung dieser Ansprüche nach den für sie geltenden Vorschriften an die Klägerin erfolgt; sie sind nicht an sie übergegangen. Ob sie überhaupt zu den mit dem Unternehmenskaufvertrag an die Klägerin verkauften Aktiven gehörten, kann deshalb offen bleiben. Eine Rechtsnachfolge der Klägerin durch Singularsukzession in Ansprüche aus dem Beratungsvertrag liegt nicht vor.

Die Klägerin wurde somit hinsichtlich des Beratungsvertrages nicht Rechtsnachfolgerin der alten A. \_\_\_\_\_ AG und kann einen allfälligen Schadenersatzanspruch nicht auf eine Rechtsnachfolge stützen.

4. Im Folgenden ist daher zu prüfen, ob gestützt auf einen anderen Rechtsgrund ein Schadenersatzanspruch der Klägerin gegen die Beklagte 1 gegeben ist.

4.1 Als Grundlage für ihren Schadenersatzanspruch macht die Klägerin ferner geltend, sie könne eigene Ansprüche geltend machen aus Beratungsleistungen, welche die Beklagten der alten A. \_\_\_\_\_ AG im Zusammenhang mit deren Umstrukturierung erbracht hätten. Vorliegend rechtfertige sich die Annahme eines (echten) Vertrages zugunsten der Klägerin bzw. (als dessen besondere Ausprägung) eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten der Klägerin. Ein stillschweigender Einbezug von Dritten in den Vertrag sei namentlich dann anzunehmen, wenn der Schuldner im Zeitpunkt des Vertragsschlusses erkennen könne, dass die Verletzung des Vertrages Gefahren für Dritte schaffe, die dem Gläubiger nahe stünden und an deren direktem Klagerecht dieser deshalb ein Interesse habe. Die in Frage stehenden Beratungsdienstleistungen der Beklagten im Zusammenhang

mit der Umstrukturierung der alten A.\_\_\_\_\_ AG seien von allem Anfang an darauf ausgerichtet gewesen, dass deren Unternehmen im Wesentlichen von der Klägerin weitergeführt würde. Die Beratungsdienstleistungen hätten deshalb namentlich auch ihr zukommen sollen (Replik; act. 14 S. 35).

4.2 Demgegenüber führen die Beklagten aus, die Klägerin bleibe den Nachweis einer übereinstimmenden Willensmeinung oder Übung schuldig, inwiefern die alte A.\_\_\_\_\_ AG und die Beklagte 1 einen echten Vertrag zu Gunsten Dritter im Sinne von Art. 112 Abs. 2 OR abschliessen wollten. Eine angeblich stillschweigende Schutzwirkung zu Gunsten Dritter durch richterliche Lückenfüllung werde nicht im Ansatz substantiiert. Eine entsprechende Interessenlage sei denn auch nicht ersichtlich (Duplik; act. 18 S. 44).

4.3 Art. 112 Abs. 1 OR umschreibt den Vertrag zugunsten Dritter wie folgt: "Hat sich jemand, der auf eigenen Namen handelt, eine Leistung an einen Dritten zu dessen Gunsten versprechen lassen, so ist er berechtigt, zu fordern, dass an den Dritten geleistet werde." Ein (gewöhnlicher) Schuldvertrag wird zu einem Vertrag zugunsten Dritter durch Verknüpfung mit einer Drittbegünstigungsklausel. Durch diese wird der Schuldner verpflichtet, eine Leistung an einen Dritten zu erbringen (PATRICK KRAUSKOPF, Der Vertrag zugunsten Dritter, 2000, S. 46). Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ist die Rechtsfähigkeit des Dritten nicht erforderlich. Demgegenüber ist zur Zeit der Vertragserfüllung die Rechtsfähigkeit des Dritten unerlässlich (PATRICK KRAUSKOPF, a.a.O., S. 67)

Gemäss der (bestrittenen) Darstellung der Klägerin habe vorliegend die Beklagte den Auftrag gehabt, zum einen die Umstrukturierung der alten A.\_\_\_\_\_ AG so zu gestalten, dass sie möglichst geringe Steuerfolgen für deren Inhaber AA.\_\_\_\_\_ und AB.\_\_\_\_\_ zeitigte, und zum anderen gleichzeitig optimale steuerliche Verhältnisse für die den Geschäftsbereich Maschinenbau übernehmende Klägerin sowie für deren Inhaber ABA.\_\_\_\_\_ und ABB.\_\_\_\_\_ zu schaffen. Insbesondere habe die Doppelbesteuerung der Gewinne der Klägerin vermieden werden sollen. Diesen doppelten Auftrag hätten die Beklagten auf der Gründung eines Partnership im Ausland - der D.\_\_\_\_\_ - erfüllen wollen (act. 14 S. 6). Die Klägerin führt weiter aus, am 24. Oktober 1998 habe eine Besprechung mit dem Be-

klagten 2 stattgefunden, anlässlich welcher er die Gründung eines Partnership im Ausland vorgeschlagen habe. Dieses habe zugunsten der Klägerin eine aktive Tätigkeit aufnehmen und als Nebentätigkeit 100 % des Aktienkapitals der alten A.\_\_\_\_\_ AG halten sollen. Der Beklagte 2 habe die Ansicht vertreten, dass dadurch namentlich wie gewünscht die steuerliche Doppelbelastung der Klägerin einerseits und ihrer Inhaber andererseits vermieden werden könne und mit Bezug auf die Umstrukturierung der alten A.\_\_\_\_\_ AG jegliche Steuerfolgen abgewendet werden könnten. Aufgrund der Beratung durch den Beklagten 2 sei am 20. Dezember 1999 ein Partnership Agreement unter r.\_\_\_\_\_ischem Recht zur Errichtung der D.\_\_\_\_\_ abgeschlossen worden (act. 1 S. 8 f.).

Der so von der Klägerin umschriebene Auftrag würde nunmehr gemäss obiger Definition einen Vertrag zugunsten der Klägerin darstellen, wenn die vereinbarte Leistung, das heisst die Beratung im Zusammenhang mit der Umstrukturierung der alten A.\_\_\_\_\_ AG, an die Klägerin zu ihren Gunsten zu leisten gewesen wäre. Dass die Beratung an sie zu erbringen war, wird jedoch von der Klägerin nicht geltend gemacht. Aus ihrer Sachverhaltsdarstellung geht im Gegenteil klar hervor, dass die vereinbarte Beratung im Zusammenhang mit der Umstrukturierung an die alte A.\_\_\_\_\_ AG mit AA.\_\_\_\_\_ als deren Vertreter geleistet wurde (vgl. act. 1 S. 8 f.). Da die D.\_\_\_\_\_ im Dezember 1999 gemäss den Ausführungen der Klägerin gegründet wurde, musste die Empfehlung zur Gründung des ausländischen Partnership durch die Beklagte 1 bereits vorher erfolgt sein. Dies wird auch daraus deutlich, dass die Klägerin wegen in den Jahren 2000 bis 2006 bezahlter Honorare explizit einen Schadenersatzanspruch geltend macht (act. 14 S. 45) und nicht vorbringt, irgend ein Teil dieser Honorare sei für die angebliche Falschberatung geleistet worden. Sie geht demnach selbst davon aus, dass mit den Honorarzahlungen in den Jahren 2000 bis 2006 nicht diejenige Beratung bezahlt wurde, welche sie als unsorgfältig rügt. Auch daraus ergibt sich, dass diese Beratung vor dem Jahr 2000 erfolgt sein muss, und damit auch vor Gründung der Klägerin. Wenn somit aus der Sachverhaltsdarstellung der Klägerin eindeutig hervorgeht, dass die Empfehlung der Beklagten 1 zur Gründung der D.\_\_\_\_\_ als Erfüllung des Beratungsauftrages noch vor Gründung der Klägerin am 8. März 2000 an die alte A.\_\_\_\_\_ AG erbracht wurde, und die Klägerin auch nicht behauptet,

dass diese Beratungsleistung an sie hätte erbracht werden müssen, dann sind die Voraussetzungen für das Vorliegen eines Vertrages zugunsten der Klägerin nicht erfüllt. Die Voraussetzung, dass die Leistung an die Klägerin zu ihren Gunsten versprochen wurde, ist nicht gegeben. Hinzu kommt, dass die Rechtsfähigkeit der Klägerin im Zeitpunkt der Vertragserfüllung für einen Vertrag zu ihren Gunsten unerlässlich gewesen wäre (ROLF H. WEBER, in: Berner Kommentar, Art. 110-113 OR, 2002, N 39 zu Art. 112 OR). Die Empfehlung zur Gründung der D.\_\_\_\_\_, mit welcher die Beklagte 1 den Vertrag gemäss den Ausführungen der Klägerin habe erfüllen wollen, wurde jedoch vor der Gründung der Klägerin erteilt. Damit fehlte die Rechtsfähigkeit der Klägerin im Zeitpunkt der Vertragserfüllung. Auch diese Voraussetzung für einen Vertrag zugunsten der Klägerin ist somit nicht erfüllt.

Es liegt kein Vertrag zugunsten der Klägerin vor. Folglich ist auch kein Anspruch der Klägerin auf Schadenersatz gestützt auf einen (echten) Vertrag zugunsten Dritter gegeben. Im Weiteren ist deshalb der von der Klägerin alternativ geltend gemachte Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zu prüfen.

5. Beim Vertrag mit Schutzwirkung Dritter erstrecken sich die Schutzpflichten eines Vertrages (z.B. Sorgfalts- und Obhutspflichten) nicht nur auf den Partner, mit dem man den Vertrag geschlossen hat, sondern auch auf all diejenigen Personen, die nach dem normalen Lauf der Dinge mit der vom Schuldner erbrachten Leistung typischerweise in Berührung kommen (WOLFGANG WIEGAND, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht. Aufl. 2007, N 9 zu Einl. zu Art. 97-109 OR). Dem Dritten soll im Falle einer Leistungsstörung ein eigener (vertraglicher) Schadenersatzanspruch als Sekundäranspruch zustehen (SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2006, N 87.01). Dieser Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter wurde von der deutschen Rechtsprechung entwickelt, ist in der Schweiz jedoch umstritten (RAINER GONZENBACH, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht. Aufl. 2007, N 22 ff. zu Art. 112 OR). Für das Schweizer Recht ist das Institut des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte indes abzulehnen (u.a. SCHWENZER, a.a.O., N 87.05). Eine Haftung aus Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter ist in der bisherigen bundesgerichtlichen Praxis auch nie grundsätzlich bejaht worden (BGE 130 III 345, S. 348; Urteil des Bun-

desgerichts 4A\_226/2010 vom 28. Juli 2010 E. 3.2.1). Es gibt keinen Grund, von dieser Praxis abzuweichen. Die Klägerin kann sich somit nicht auf das Institut des Vertrages mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter berufen.

Zudem wären vorliegend die Voraussetzungen eines Drittanspruches auch nicht gegeben. Denn der Gläubiger müsste für das "Wohl und Wehe" des Dritten verantwortlich sein. Die dafür notwendige Leistungsnähe lässt sich am ehesten bejahen, wenn dem Schuldner gewisse Schutz- und Fürsorgepflichten gegenüber dem Dritten obliegen (ROLF H. WEBER, in: Berner Kommentar, a.a.O., N 177 ff. zu Art. 112 OR). Solche Schutz- und Fürsorgepflichten der alten A.\_\_\_\_\_ AG gegenüber der Klägerin in Bezug auf ihre Steueroptimierung sind nicht ersichtlich.

6. Was die Bezahlung angeblich nutzloser Honorare betrifft, so ist festzuhalten, dass die Klägerin mit ihrem Rechtsbegehren Ziffer 2.b) nicht die Rückerstattung von Honoraren für die angeblich fehlerhaften Beratungsleistungen im Zusammenhang mit der Umstrukturierung der alten A.\_\_\_\_\_ AG verlangt. Vielmehr stellt die Klägerin ausdrücklich klar, dass sie die Belastung mit solchen Honoraren als Schadensposition geltend mache (act. 14 S. 45). So führt sie aus, ihr sei zufolge Falschberatung durch die Beklagte 1 ein Schaden dadurch entstanden, dass sie mit nutzlosen Honoraren belastet worden sei. Sie habe an die Beklagten direkt mindestens CHF 165'970.05 und an die von ihnen beherrschten bzw. ihnen nahe stehenden Gesellschaften mindestens USD 25'110.-, EUR 16'147.-, HKD 112'008.- und GBP 10'701.25 bezahlt für Beratungsleistungen, die mit der Gründung, Verwaltung oder sonst wie mit der D.\_\_\_\_\_ im Zusammenhang gestanden seien. In dieser Höhe seien die Honorare für die Klägerin wertlos und sei ihr aufgrund der Falschberatung durch die Beklagte 1 ein Schaden entstanden (act. 1 S. 47). Die Klägerin macht somit nicht geltend, diese Honorare wären nicht geschuldet gewesen, weil sie als Entschädigung für unsorgfältige Leistungen erbracht worden wären. Ein Rückforderungsanspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung ist deshalb nicht zu prüfen.

7. Ein ausservertraglicher Schadenersatzanspruch der Klägerin gegenüber der Beklagten 1 nach Art. 41 Abs. 1 OR scheidet bereits an der Voraussetzung der Widerrechtlichkeit. Eine Schadenszufügung ist widerrechtlich, wenn sie gegen

eine allgemeine gesetzliche Pflicht verstösst, indem entweder ein absolutes Recht des Geschädigten beeinträchtigt (Erfolgsunrecht) oder eine reine Vermögensschädigung durch Verstoss gegen eine einschlägige Schutznorm bewirkt wird (Verhaltensunrecht). Die im objektiven Normverstoss begründete Widerrechtlichkeit entfällt daher, wenn eine Schädigung reiner Vermögensrechte stattgefunden hat, dabei jedoch keine Verhaltensnorm verletzt worden ist, die nach ihrem Zweck vor derartigen Schädigungen schützen soll (BGE 119 II 127 E. 3, mit weiteren Hinweisen). Die Klägerin nennt keine einschlägige Schutznorm, welche die Beklagte 1 verletzt hätte. Eine solche ist auch nicht ersichtlich.

Die Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruches der Klägerin nach Art. 41 Abs. 1 OR sind daher nicht weiter zu prüfen. Es ist kein solcher Anspruch gegeben.

8. Schliesslich hält die Klägerin fest, die D.\_\_\_\_ sowie AB.\_\_\_\_, ABA.\_\_\_\_ und ABB.\_\_\_\_ hätten ihr sämtliche Ansprüche gegenüber den Beklagten abgetreten (act. 1 S. 48). Sie legt indes nicht dar, um was für Ansprüche es sich dabei handelt und worauf sich diese stützen. Ausserdem begründet sie ihre mit der vorliegenden Klage geltend gemachten Ansprüche nicht mit Ansprüchen von AB.\_\_\_\_, ABA.\_\_\_\_ und ABB.\_\_\_\_ oder der D.\_\_\_\_, zu deren Geltendmachung sie zufolge der Abtretung legitimiert wäre. Sie macht zur Begründung ihrer Klage nur Ausführungen zu einem eigenen Anspruch gegen die Beklagte 1. Abgetretene Forderungen macht sie nicht geltend, und sie führt dazu auch nichts weiter aus, als dass eine Abtretung stattgefunden habe. Nachdem die Beklagten das Bestehen irgendwelcher Ansprüche sowohl von AB.\_\_\_\_, ABA.\_\_\_\_ und ABB.\_\_\_\_ als auch der D.\_\_\_\_ bestreiten (act. 18 S. 69 f.) und die Klägerin nur eine Abtretung derselben an sie geltend macht, ihre Forderungen gegen die Beklagten aber nicht mit dem Bestehen solcher Ansprüche begründet, sind diese nicht weiter zu prüfen.

9. Zusammengefasst ist kein Anspruch der Klägerin auf Schadenersatz für einen Steuermindestschaden von CHF 449'758.– oder für nutzlose Honorare in Höhe von mindestens CHF 165'970.05, USD 25'110.–, EUR16'147.–,

HKD 112'008 und GBP 10'701.25 gegenüber der Beklagten 1 gegeben. Damit ist das Rechtsbegehren Ziffer 2 hinsichtlich der Beklagten 1 abzuweisen.

## **B. Schadenersatzanspruch gegen den Beklagten 2**

1. Die Klägerin macht die Schadenersatzansprüche gemäss Rechtsbegehren Ziffer 2, CHF 449'758.– Steuermindestschaden sowie Schaden durch Bezahlung nutzloser Honorare von mindestens CHF 165'970.05, USD 25'110.–, EUR 16'147.–, HKD 112'008.– und GBP 10'701.25, auch gegenüber dem Beklagten 2 in solidarischer Haftung mit der Beklagten 1 geltend. Sie führt im Wesentlichen aus, namentlich aufgrund der vom Beklagten 2 (auch) auf seinem privaten Briefpapier geführten Korrespondenz sei ein konkludent geschlossener Beratungsvertrag zwischen ihr und dem Beklagten 2 anzunehmen. Bezüglich der daraus resultierenden Haftung verweist die Klägerin sodann auf ihre Ausführungen hinsichtlich der Beklagten 1. Ferner vertritt die Klägerin die Auffassung, die Voraussetzungen der ausservertraglichen Haftung nach Art. 41 OR seien erfüllt. Die Widerrechtlichkeit sei gegeben, da der Beklagte 2 sich immer wieder publikumswirksam und namentlich auch gegenüber der Klägerin als gewiefter Steuerberater vermarktet habe und mindestens leichtfertig gehandelt habe, indem sich seine steuerlichen Optimierungsmassnahmen in der Schaffung des D.\_\_\_\_-Konstrukts erschöpft hätten, von dem er habe wissen müssen, dass es von den Steuerbehörden nicht akzeptiert würde (act. 1 S. 49 f.).

Die Beklagten bringen dagegen vor, der Beklagte 2 habe nie als natürliche Person irgendwelche Beratungstätigkeiten für die Klägerin selber ausgeführt, sondern ausschliesslich über juristische Personen. Die von der Klägerin getroffene Annahme eines konkludent geschlossenen Beratungsvertrages entbehre jeder Grundlage. Der Beklagte 2 sei nie einen Beratungsvertrag oder ein anderes Auftragsverhältnis mit der Klägerin eingegangen. Es liege keine vertragliche Haftung des Beklagten 2 vor. Weiter machen die Beklagten geltend, der Beklagte 2 habe lediglich als Mitarbeiter im Rahmen seines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten 1 Arbeit geleistet. Ein widerrechtliches Verhalten sei nicht ersichtlich (act. 8

S. 67 ff.). Die Klägerin substantiiere nicht, welche angebliche Auskunft des Beklagten 2 leichtfertig unrichtig gewesen oder mit Verschweigen wesentlicher Tatsachen einhergegangen sein soll. Mithin sei seitens des Beklagten 2 keine Garantstellung übernommen worden (act. 18 S. 74).

2. Die Klägerin macht nicht geltend, es habe eine tatsächliche Willensübereinstimmung zum Abschluss eines Vertrages bestanden (vgl. act. 14 S. 64), sondern nur, dass die Annahme eines konkludenten Vertragsschlusses namentlich aufgrund der teilweisen Verwendung des privaten Briefpapiers des Beklagten 2 für die Korrespondenz gerechtfertigt sei. Ein konkludenter Vertragsschluss könnte nur bejaht werden, wenn die Klägerin nach dem Vertrauensgrundsatz in ihrem Verständnis der Willensäußerungen des Beklagten 2 zu schützen und damit letzterer auf seinen Äusserungen in deren objektiven Sinn zu behaften wäre. Bei der Frage, ob der Beklagte 2 ein Verhalten an den Tag gelegt habe, aus dem die Klägerin in guten Treuen auf das Vorliegen eines solchen Willens schliessen dürfte, sind die Umstände massgebend, die den Parteien im fraglichen Zeitraum bekannt oder erkennbar waren (Urteil des Bundesgerichts 4C.394/2009 vom 29. März 2006 E. 2.1).

Die Klägerin führt als relevantes Verhalten die teilweise auf dem privaten Briefpapier des Beklagten 2 geführte Korrespondenz an (act. 1 S. 49, act. 14 S. 25, 43) und stützt sich insbesondere auf zwei Briefe vom 19. August 2002 an die neue A.\_\_\_\_\_ AG respektive ABB.\_\_\_\_\_ und ABA.\_\_\_\_\_ (act. 4/39.1 und 4/39.2) sowie einen solchen vom 18. August 1992 an den Verwaltungsrat der alten A.\_\_\_\_\_ AG (act. 15/22). Als weiteres Indiz nennt sie die Tatsache, dass für die Klägerin und die alte A.\_\_\_\_\_ AG immer der Beklagte 2 Ansprechperson gewesen sei und seine Gesellschaften, die seit den 80er Jahren gekommen und gegangen seien, zweitrangig gewesen seien (act. 14 S. 63). Die Beklagten halten diesbezüglich fest, dass die Klägerin aus der Verwendung des privaten Briefpapiers nichts ableiten könne und dass es sich nicht um private Schreiben des Beklagten 2 handle, sondern um solche, die in Vertretung der Beklagten 1 aufgesetzt worden seien (act. 8 S. 67 f.).

Die Briefe des Beklagten 2 auf privatem Briefpapier, auf welche sich die Klägerin hauptsächlich beruft, stammen aus dem Jahre 2002. Da die D. \_\_\_\_\_ im Jahr 1999 und die Klägerin im Jahr 2000 gegründet wurden und die Umstrukturierung durch Verkauf der Aktien der alten A. \_\_\_\_\_ AG an die H. \_\_\_\_\_ AG und Unternehmenskaufs des Maschinenbaugeschäfts durch die Klägerin im Juli 2000 erfolgte, lassen Briefe aus dem Jahr 2002 nicht auf einen Willen des Beklagten 2 zum Vertragsschluss bezüglich der Beratung im Zusammenhang mit der dann zumal vorgenommenen Umstrukturierung der alten A. \_\_\_\_\_ AG schliessen. Die Klägerin durfte nicht in guten Treuen aufgrund dieser Briefe aus dem Jahr 2002 vom Vorliegen eines Willens des Beklagten 2 zum Vertragsschluss bezüglich eines Beratungsvertrages im Zusammenhang mit der Umstrukturierung ausgehen. Hinzu kommt, dass die genannten Briefe inhaltlich nicht im Zusammenhang mit der Umstrukturierung stehen, sondern gemäss den Ausführungen der Klägerin vom Beklagten 2 im Zusammenhang mit der Einspracheverhandlung vom 18. Dezember 2002 betreffend Staats- und Bundessteuer 2000 der Klägerin verfasst wurden (act. 14 S. 43). Auch der Brief aus dem Jahr 1992 stellt kein Verhalten des Beklagten 2 dar, gestützt auf welches die Klägerin in guten Treuen auf das Vorliegen eines solchen Willens hinsichtlich eines Beratungsvertrages im Zusammenhang mit der Umstrukturierung schliessen durfte. Zumal dieser Brief Jahre vor der Gründung der Klägerin verfasst wurde, kann daraus insbesondere kein Wille zum Vertragsschluss mit der Klägerin hervorgehen. Ausserdem führt die Kenntnis der Tatsache, dass der Beklagte 2 die alte A. \_\_\_\_\_ AG gemäss den Ausführungen der Klägerin schon über Jahre als Ansprechpartner verschiedener Gesellschaften beraten hat, dazu, dass die Klägerin im Gegenteil davon ausgehen musste, dass der Beklagte 2 - zusätzlich zum Vertrag der alten A. \_\_\_\_\_ AG mit der Beklagten 1, deren Verwaltungsrat mit Einzelunterschrift der Beklagte 2 war und für die er als Organ handelte - gerade keinen Willen zum Abschluss eines (gleich lautenden) Vertrages in eigenem Namen hatte. Der Beklagte 2 handelte nur als Organ der Beklagten 1 im Sinne von Art. 55 Abs. 2 ZGB. Ein konkludenter Vertragsschluss des Beklagten 2 mit der Klägerin ist daher zu verneinen; es wurde kein Vertrag geschlossen. Somit besteht auch kein vertraglicher Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten 2.

3. Für sein Verschulden bleibt der Beklagte 2 aber aufgrund von Handlungen als Organ der Beklagten 1 gemäss Art. 55 Abs. 3 ZGB persönlich verantwortlich. Es ist deshalb zu prüfen, ob eine solche Haftung gegeben ist.

Hierzu macht die Klägerin geltend, gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts handle widerrechtlich und mache sich aus Art. 41 OR schadenersatzpflichtig, wer aufgrund seines Fachwissens in Anspruch genommen werde, wunschgemäss Auskünfte erteile oder Gefälligkeitsleistungen erbringe und dabei wider besseres Wissen handle oder wer leichtfertig unrichtige Angaben mache oder wesentliche Tatsachen verschweige, die ihm bekannt seien und von denen er sich sagen müsse, dass ihre Kenntnis den in Frage stehenden Entschluss beeinflussen könnte (act. 1 S. 50).

Gemäss Art. 41 Abs. 1 OR wird, wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es aus Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, ihm zum Ersatze verpflichtet. Das Bundesgericht wertet Gefälligkeiten, welche weder in Ausübung eines Gewerbes noch gegen Entgelt erfolgen, als ausservertragliches Handeln (BGE 112 II 350 E. 1a mit Hinweis). In einer solchen Situation macht sich der Auskunft Erteilende allenfalls gegenüber dem Anfragenden oder Adressaten der Auskunft aus Art. 41 OR schadenersatzpflichtig, wenn er aufgrund seines Fachwissens in Anspruch genommen wird, wunschgemäss Auskünfte erteilt oder Gefälligkeitsleistungen erbringt und dabei wider besseres Wissen oder leichtfertig unrichtige Angaben macht oder wesentliche Tatsachen verschweigt, die ihm bekannt sind und von denen er sich sagen muss, dass ihre Kenntnis den in Frage stehenden Entschluss beeinflussen könnten (BGE 111 II 474 E. 3). Vorliegend handelte der Beklagte 2 aber nicht in eigenem Namen. Die von ihm erbrachten Auskünfte erteilte er im Namen der Beklagten 1 als deren Organ. Diese hatte die Beratung der alten A.\_\_\_\_\_ AG in Ausübung ihres Gewerbes und gegen Entgelt, aufgrund eines Auftragsverhältnisses, vorzunehmen. Es handelte sich nicht um die Erteilung einer Auskunft als Gefälligkeit. Ausserdem wurde die Beratung an die alte A.\_\_\_\_\_ AG erteilt; sie war Anfragende und Adressatin der Beratung. Daher liegt keine Situation vor, in welcher die von der Klägerin zitierte Rechtsprechung des Bundesge-

richts zur ausservertraglichen Haftung für Gefälligkeiten Anwendung finden würde.

Es ist auch keine andere, durch das Handeln des Beklagten 2 gegenüber der Klägerin verletzte Schutznorm ersichtlich. Deshalb ist die Widerrechtlichkeit des von ihr geltend gemachten reinen Vermögensschadens zu verneinen. Die Voraussetzungen für eine Haftung des Beklagten 2 aus Art. 41 Abs. 1 OR liegen somit nicht vor. Es ist kein ausservertraglicher Schadenersatzanspruch der Klägerin gegeben.

4. Zusammengefasst besteht auch kein Schadenersatzanspruch der Klägerin gegen den Beklagten 2. Damit ist das Rechtsbegehren Ziffer 2 auch hinsichtlich des Beklagten 2 abzuweisen.

### **C. Auskunftserteilung durch die Beklagte 1**

1. Mit ihrem Rechtsbegehren Ziffer 1 verlangt die Klägerin von der Beklagten 1 im Einzelnen die Erteilung von Auskunft und Rechenschaftsablegung darüber, welche der von ihr der Klägerin in den Jahren 2000 bis 2006 in Rechnung gestellten Honorare mit der Gründung, der Verwaltung oder sonst wie mit der D.\_\_\_\_\_ in Zusammenhang stehen (act. 1 S. 2). Die Klägerin komme auf einen Betrag von CHF 165'970.05, wenn die Honorarrechnungen der Beklagten 1, mit welchen die Klägerin in den Jahren 2000 bis 2006 belastet worden sei, nach den Positionen untersucht würden, welche unzweifelhaft mit der Gründung, Verwaltung oder sonst wie mit der D.\_\_\_\_\_ in Zusammenhang stünden. Bei zahllosen weiteren (Sammel-)Positionen in diesen Honorarrechnungen sei dagegen unklar, ob sie nicht ebenfalls, mindestens teilweise, auf das D.\_\_\_\_\_ -Konstrukt zurückzuführende Bemühungen einschliessen würden und ob damit der Schaden, welcher der Klägerin entstanden sei, nicht noch höher liege. Hinsichtlich dieser Honorarpositionen sei die Klägerin darauf angewiesen, dass die Beklagte 1 im Einzelnen darüber Auskunft erteile und Rechenschaft ablege, welche Bemühungen mit der Gründung, der Verwaltung oder sonst wie mit der D.\_\_\_\_\_ in Zusammenhang

stunden (act. 1 S. 48, act. 14 S. 45 f., 60). Die Beklagte 1 könne sich nicht mit der Behauptung ihrer Rechenschaftspflicht entziehen, diese Pflichten würden gar nicht bestehen, da die Klägerin die entsprechenden Rechnungen bezahlt habe und sie diesen Pflichten längst nachgekommen sei. Da die Rechtsansprüche der alten A.\_\_\_\_\_ AG gegenüber den Beklagten auf die Klägerin übergegangen seien, sei sie auch berechtigt, von der Beklagten 1 Rechenschaft über deren Bemühungen zu verlangen, die namentlich mit der Gründung der D.\_\_\_\_\_ in Zusammenhang stehen würden (act. 14 S. 61).

2. Dagegen macht die Beklagte 1 geltend, sie sei ihren Rechenschaftspflichten vollumfänglich nachgekommen. Die Klägerin habe ihre Fakturen immer zusammen mit den Rechnungsdetails erhalten, kontrolliert und genehmigt. Die gesetzliche Rechenschaftspflicht gehe nicht so weit, dass von der Beauftragten - Jahre, nachdem die Rechnungen genehmigt und beglichen, und Jahre, nachdem die Rechnungsdetails der Klientin geliefert worden seien - nachträgliche Erläuterungen oder Erklärungen abgegeben werden müssten (act. 8 S. 62). Ausserdem verweist die Beklagte 1 auf Folgendes: Die Rechnungen 2000 bis 2006 würden keinerlei Gründungskosten der D.\_\_\_\_\_ enthalten. Diese sei 1999 vollzogen worden. Die Beklagten hätten die D.\_\_\_\_\_ nicht verwaltet und die Rechnungen der Beklagten 1 würden keine Kosten der Verwaltung der D.\_\_\_\_\_ enthalten. Die Rechnungen würden auch keine anderen Kosten im Zusammenhang mit der D.\_\_\_\_\_ als diejenigen enthalten, die detailliert in den Rechnungen ausgewiesen worden seien. Den Fakturen-Details der Beklagten 1 sei zu entnehmen, dass vereinzelt unter der Rubrik "Strukturfragen II" gewisse Abklärungen betreffend die D.\_\_\_\_\_ auf Wunsch der Klägerin vorgenommen worden seien. Diese Arbeiten seien minutiös und exakt aufgelistet worden. Jedermann könne somit ohne weiteres nachvollziehen, welche Arbeiten wann und in welchem Umfang und zu welchem Preis erbracht worden seien. Offen und unklar sei, worüber die Klägerin weitere Auskunft verlange (act. 8 S. 63). Die Rechnungen seien der Klägerin immer zugestellt und die Geschäftskorrespondenz jeweils in Kopie der Klientin versandt worden, sofern es sich nicht ohnehin um direkt zugestellte Schreiben gehandelt habe. Über Gespräche seien in der Regel Memoranden erstellt worden,

so dass die jeweilige Auftraggeberin im Detail die Aufwendungen der Beklagten 1 habe nachvollziehen können und könne (act. 18 S. 69).

3. Die Klägerin verlangt mit dem Rechtsbegehren Ziffer 1 von der Beklagten 1 zu den Abrechnungen der Jahre 2000 bis 2006 zusätzliche Angaben. Unabhängig davon, ob die Aktivlegitimation der Klägerin hierfür zu bejahen ist oder nicht, kann zu diesem Begehren Folgendes festgehalten werden:

Gemäss Art. 400 Abs. 1 OR ist der Beauftragte schuldig, auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und alles, was ihm infolge derselben aus irgendeinem Grunde zugekommen ist, zu erstatten. Der Beauftragte schuldet dem Auftraggeber Abrechnung. Sie muss, wie die übrige Information, vollständig, wahrheitsgemäss und rechtzeitig erfolgen. Die Abrechnung hat alle Angaben zu enthalten, die nötig sind, um überprüfen zu können, ob die Geschäfte getreulich und haushälterisch besorgt worden sind. Sie ist deshalb schriftlich und detailliert zu erstellen sowie mit den Belegstücken zu versehen (JOSEF HOFSTETTER, in: Schweizerisches Privatrecht, VII/6, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, 2000, S. 118). Die Beklagten bestreiten die Abrechnungspflicht denn auch nicht grundsätzlich. Sie machen jedoch insbesondere geltend, diese Pflicht sei bereits vollständig erfüllt. Dazu verweisen sie in erster Linie auf die von der Klägerin eingereichten Abrechnungen (act. 4/25) und führen aus, dass die Abrechnungen keine anderen Kosten im Zusammenhang mit der D.\_\_\_\_\_ als diejenigen enthalten, die detailliert in den Rechnungen ausgewiesen worden seien.

Aufgrund dieser Darstellung der Beklagten wäre es Aufgabe der Klägerin gewesen, in der Replik näher auszuführen, inwiefern zur Erfüllung der Rechenschaftspflicht weitere Informationen als die in den von ihr eingereichten Abrechnungen (act. 4/25) enthaltenen notwendig gewesen wären. Denn werden Vorbringen von der Gegenpartei bestritten und wird damit die Schlüssigkeit der klägerischen Begründung in Frage gestellt, ist die behauptungsbelastete Partei gehalten, konkretere Behauptungen aufzustellen, um diese Schlüssigkeit wieder herzustellen. Die rechtserheblichen Tatsachen sind dann so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen werden könnte. Die jeweiligen Anforde-

rungen an die Konkretisierung der Behauptung ergeben sich damit einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei (BGE 127 III 365 E. 2.b; Urteil des Bundesgerichts 4C.220/2002 vom 7. Oktober 2002, E. 2.1). Die Klägerin führt in der Replik aber lediglich aus, die Beklagte 1 könne sich nicht ihren Rechenschaftspflichten entziehen mit der Behauptung, sie sei diesen Pflichten längst vollumfänglich nachgekommen. Sie stellt keine konkreteren Behauptungen auf, welche Positionen der Abrechnungen ihrer Meinung nach "Sammelpositionen" sind, die zu ihrer Überprüfung eine weitere Aufschlüsselung notwendig machen würden und bezüglich derer die Beklagte 1 ihrer Pflicht nicht vollumfänglich nachgekommen wäre. Folglich hat die Klägerin nicht genügend konkret behauptet, dass eine Rechenschaft über das bereits von der Beklagten 1 Erbrachte hinaus notwendig gewesen wäre. Ausserdem bestreitet die Klägerin auch die Darstellung der Beklagten 1 nicht, dass bezüglich Gründung und Verwaltung der D. \_\_\_\_\_ keine Honorare in ihren Abrechnungen enthalten sind und dass in den Abrechnungen keine anderen Kosten als die detailliert ausgewiesenen im Zusammenhang mit der D. \_\_\_\_\_ stehen. Daher ist davon auszugehen, dass die Beklagte 1 ihrer Abrechnungspflicht vollumfänglich nachgekommen ist. Eine erneute Erbringung derselben Rechenschaftsablegung verlangt die Klägerin nicht. Damit ist ein entsprechender Anspruch nicht ausgewiesen. Die Frage der Aktivlegitimation der Klägerin bezüglich der Rechenschaftsablegung kann offen gelassen werden.

4. Demnach ist das Begehren Ziffer 1 abzuweisen.

#### **D. Fazit**

Die Klage ist abzuweisen.

Die Verrechnungserklärung der Beklagten 1 von allfälligen Forderungen der Klägerin mit ausstehenden Rechnungen im Umfang von CHF 6'864.00 zuzüglich Verzugszins zu 5 % (act. 8 S. 46) ist daher nicht weiter zu prüfen.

**V.**  
**Kosten- und Entschädigungsfolgen**

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten der unterliegenden Klägerin aufzuerlegen und sie ist zu verpflichten, den Beklagten gemeinsam eine Prozessentschädigung zu bezahlen (§ 64 ff. ZPO/ZH). Der Streitwert für eine allfällige Beschwerde ans Bundesgericht beträgt CHF 698'372.05 (Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG).

**Demgemäss erkennt das Gericht:**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 33'000.–.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, den Beklagten eine Prozessentschädigung von CHF 38'000.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien je gegen Empfangsschein.
6. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von dessen Zustellung an 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.

---

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Vizepräsident:

die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Peter Helm

lic. iur. Claudia Marti

