



Mitwirkend: Oberrichter Peter Helm, Präsident, und Oberrichterin Dr. Franziska Grob, die Handelsrichter Ivo Eltschinger, Jean-Gaspard Comtesse und Alexander Pfeifer sowie die Gerichtsschreiberin Isabelle Monferrini

## Urteil vom 9. Mai 2014

in Sachen

1. **A.**\_\_\_\_\_ **AG**,

2. **B.**\_\_\_\_\_ **AG**,

Klägerinnen

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

1. **C.**\_\_\_\_\_,

2. **D.**\_\_\_\_\_,

3. **E.**\_\_\_\_\_,

4. **F.**\_\_\_\_\_,

Beklagte

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1.\_\_\_\_\_

3, 4 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y2.\_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

## Inhaltsverzeichnis:

<b>Sachverhalt und Verfahren:</b> .....	<b>4</b>
A. Sachverhaltsübersicht .....	4
B. Prozessverlauf.....	4
<b>Erwägungen:</b> .....	<b>6</b>
<b>I. Verantwortlichkeit:</b> .....	<b>6</b>
1. Formelles.....	6
1.1. Zuständigkeit.....	6
1.2. Verbesserte Rechtsschriften .....	6
1.3. Vorbehalt der Nach- und Mehrklage.....	7
1.4. Zulassung der klägerischen Eingabe vom 3. September 2013 .....	7
1.5. Prozessführungsbefugnis.....	8
1.6. Stellung der Parteien.....	9
2. Sachverhalt .....	9
2.1. Unbestrittener Sachverhalt.....	9
2.2. Parteistandpunkte .....	11
2.2.1. Klägerinnen.....	11
2.2.2. Beklagte.....	16
2.2.2.1. Beklagter 1 und Beklagte 2 .....	16
2.2.2.2. Beklagte 3 und 4 .....	18
2.2.3. Weitere Ausführungen .....	19
3. Rechtliches.....	20
3.1. Anspruchsvoraussetzungen .....	20
3.2. Schaden und Klagerecht.....	20
3.2.1. Schadensbegriff .....	20
3.2.2. Schadenssubstanziierung und Schadensnachweis .....	21
3.2.3. Bundesgerichtliche Rechtsprechung.....	23
3.2.4. Schlussfolgerung und Anwendungsbeispiele.....	26
3.3. Würdigung des behaupteten Schadens der Klägerinnen .....	28
3.3.1. Ausgangslage .....	28
3.3.2. Nichtdeponierung der Bilanz .....	30
3.3.3. Unterlassung der Buchführung .....	32
3.3.4. Ungetreue Geschäftsbesorgung .....	33
3.3.5. Nachlässigkeit in der Berufsausübung .....	33
3.3.6. Verfahrensverzögerung und Falschaussagen.....	34
3.3.7. "Besetzung" durch die J._____ .....	37
3.3.8. Fazit .....	38
3.4. Unerlaubte Handlung .....	39
3.4.1. Standpunkte.....	39
3.4.2. Widerrechtlichkeit.....	40
3.4.3. Würdigung.....	41
3.5. Ausschliesslich gläubigerschützende Bestimmungen .....	42
3.6. Fazit .....	43
4. Eventualbegehren .....	43
4.1. Klagerecht.....	43

4.2. Gesellschaftsschaden .....	44
4.2.1. Standpunkte.....	44
4.2.2. Fortführungsschaden .....	46
4.2.3. Würdigung.....	48
4.2.4. Weiterer Gesellschaftsschaden .....	55
5. Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen .....	58
<b>II. Paulianische Anfechtung.....</b>	<b>58</b>
1. Übersicht über den klägerischen Eventualstandpunkt.....	58
2. Zuständigkeit.....	59
2.1. Parteistandpunkte .....	59
2.2. Rechtliches.....	59
2.3. Würdigung.....	61
<b>III. Kosten- und Entschädigungsfolgen .....</b>	<b>62</b>

**Rechtsbegehren:**

(act. 31 S. 2)

- "1. Es seien die Beklagten unter solidarischer Haftung zu verpflichten, den Klägerinnen den Betrag von Fr. 252'000.– (netto), nebst 5% Schadenszins seit dem 1. Februar 2011 zu bezahlen, unter dem Vorbehalt der Nach- und Mehrklage;  
eventualiter sei der Beklagte C.\_\_\_\_\_ aus mittelbarem Schaden zur Zahlung von brutto Fr. 400'000.–, nebst 5% Schadenszins seit dem 1. Februar 2011 zu verpflichten;
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge inklusive der gesetzlichen Mehrwertsteuern zulasten der Beklagten (Kosten der Klagebewilligung Fr. 950.–)."

## **Sachverhalt und Verfahren:**

### A. Sachverhaltsübersicht

Die Klägerin 1 ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in ... [ O r t , w e l c h e die B e-  
teiligung an Gesellschaften, vornehmlich an Unternehmen der Immobilienbranche  
und der Unterhaltungsindustrie, bezweckt (act. 5/1). Die Klägerin 2 (vormals  
G.\_\_\_\_\_ AG) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich. Ihr Zweck besteht vor-  
wiegend im Erwerb, in der Verwaltung und der Veräusserung von Grundstücken  
und Vermögensanlagen aller Art (act. 5/2; act. 36). Die Klägerinnen vermieteten  
der H.\_\_\_\_\_ GmbH (nachfolgend: "H.\_\_\_\_\_") ab dem 1. Oktober 1996 Räumlich-  
keiten an der I.\_\_\_\_\_gasse ..., ... Zürich, sowie einen Parkplatz an der I.\_\_\_\_\_ -  
g a s s e... Zürich, ab dem 1. Januar 1997. In den Geschäftsräumlichkeiten be-  
trieb die H.\_\_\_\_\_ das Restaurant "H1.\_\_\_\_\_" (act. 31 Rz. 8; 27/7-11; act. 12 Rz.  
17; act. 15 S. 3). Die Beklagten waren Gesellschafter der H.\_\_\_\_\_, wobei die Be-  
klagten 1 und 4 zusätzlich im Handelsregister als Geschäftsführer eingetragen  
waren (act. 39/29). Am 1. Februar 2011 wurde mit Konkurskenntnis des Kon-  
kursrichters des Bezirksgerichts Zürich über die H.\_\_\_\_\_ der Konkurs eröffnet  
(act. 4/8).

Die Klägerinnen erheben gegen die Beklagten in der Hauptsache den Vorwurf der  
Konkursverschleppung. Dementsprechend sind primär Ansprüche aus gesell-  
schaftsrechtlicher Verantwortlichkeit Gegenstand des vorliegenden Prozesses.  
Die Klägerinnen machen einen direkten Schaden geltend und fordern im Sinne  
einer Teilklage CHF 252'000.- (nebst Zins) von den Beklagten in deren Funktion  
als Gesellschafter und Geschäftsführer der H.\_\_\_\_\_. Im Eventualbegehren ma-  
chen die Klägerinnen eine "mittelbare" Schädigung geltend und fordern vom Be-  
klagten 1 CHF 400'000.- (nebst Zins). Im Rahmen einer Eventualbegründung  
machen die Klägerinnen gegen die Beklagten sodann Ansprüche aus pauliani-  
scher Anfechtung in der Höhe von CHF 82'378.70 geltend (act. 31 Rz. 16).

### B. Prozessverlauf

Die Klägerinnen reichten die Klageschrift mit Eingabe vom 13. August 2012 (Da-  
tum Überbringung: 14. August 2012) hierorts ein (act. 1). Mit Verfügung vom

15. August 2012 wurde den Klägerinnen Frist angesetzt, um einen Vorschuss für die Gerichtskosten zu bezahlen, welchen die Klägerin 1 daraufhin fristgerecht leistete (Prot. S. 2; act. 8). Am 2. November 2012 erstatteten die Beklagten 3 und 4 die gemeinsame Klageantwort (act. 12). Diejenige der Beklagten 1 und 2 erfolgte am 7. November 2012 (act. 15). Nachdem die Klägerinnen dem Gericht mit Eingabe vom 23. November 2012 mitgeteilt hatten, keine Vergleichsverhandlung zu wünschen, wurde mit Verfügung vom 26. November 2012 ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet (act. 23; Prot. S. 8; act. 24). Nach Einsicht in die zweite Rechtsschrift (Replik) der Klägerinnen vom 14. März 2013 (act. 26) wurde den Klägerinnen mangels konkreter Zuordnung der angerufenen Beweismittel zu den entsprechenden Tatsachenbehauptungen mit Verfügung vom 21. März 2013 eine einmalige Frist angesetzt, um ihre Klageschrift vom 13. August 2012 (act. 1) und ihre zweite Rechtsschrift (Replik) vom 14. März 2013 (act. 26) zu verbessern (Prot. S. 10 ff.; act. 28). Am 29. April 2013 reichten die Klägerinnen eine verbesserte Klageschrift (act. 31) und eine verbesserte zweite Rechtsschrift (Replik) ein (act. 32). Am 2. Juli 2013 reichten die Beklagten 1 und 2 sowie die Beklagten 3 und 4 jeweils ihre gemeinsamen Dupliktschriften ein (act. 37; act. 40). Mit Verfügung vom 11. Juli 2013 (act. 45) wurde den Klägerinnen Frist angesetzt, um sich zu allfälligen Noven in den Dupliktschriften der Beklagten zu äussern. Die entsprechende Stellungnahme der Klägerinnen erfolgte mit Eingabe vom 3. September 2013 (Datum Überbringung: 4. September 2013; act. 47). Mit Eingabe vom 12. September 2013 (act. 50) und vom 16. September 2013 (act. 53) wiesen die Beklagten darauf hin, dass die Stellungnahme der Klägerinnen vom 3. September 2013 in unzulässiger Weise Noven enthalte. Die Beklagten 3 und 4 ersuchten das Gericht um Ansetzung einer Frist, um zu den in der Eingabe der Klägerinnen enthaltenen Noven Stellung nehmen zu können. Die Eingaben der Beklagten wurden den Klägerinnen zugestellt (act. 51; act. 54). Mit Verfügung vom 13. September 2013 (act. 51) wurde das Gesuch der Beklagten 3 und 4 mit der Begründung abgewiesen, dass die Klägerinnen bereits in der Verfügung vom 11. Juli 2013 darauf hingewiesen worden seien, dass andere Äusserungen als eine Stellungnahme zu allfälligen prozessrelevanten Noven in den Dupliktschriften unbeachtlich seien. Die Klägerinnen haben stillschweigend, die Beklagten ausdrücklich auf die Durchfüh-

zung einer Hauptverhandlung im Sinne von Art. 233 ZPO verzichtet (act. 56; act. 58; act. 59).

Der Prozess erweist sich als spruchreif (Art. 236 Abs. 1 ZPO). Auf die einzelnen Parteivorbringen ist anschliessend nur einzugehen, soweit sie sich zur Entscheidungsfindung als notwendig erweisen.

## **Erwägungen:**

### **I. Verantwortlichkeit:**

#### 1. Formelles

##### 1.1. Zuständigkeit

Für Klagen aus gesellschaftsrechtlicher Verantwortlichkeit ist das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder am Sitz der Gesellschaft zuständig (Art. 40 ZPO). Sämtliche Beklagten haben ihren Wohnsitz im Kanton Zürich, womit die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts gegeben ist. Verantwortlichkeitsklagen sind Streitigkeiten aus dem Recht der Handelsgesellschaften, weshalb das Handelsgericht auch sachlich zuständig ist (Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG).

##### 1.2. Verbesserte Rechtsschriften

Den Klägerinnen wurde mangels konkreter Zuordnung der angerufenen Beweismittel zu den entsprechenden Tatsachenbehauptungen in Anwendung von Art. 56 ZPO und Art. 132 Abs. 1 ZPO Frist angesetzt, um ihre Klageschrift vom 13. August 2012 (act. 1) und ihre zweite Rechtsschrift (Replik) vom 14. März 2013 (act. 26) zu verbessern (Prot. S. 10 ff.; act. 28). Daraufhin reichten die Klägerinnen eine verbesserte Klageschrift (act. 31) und eine verbesserte zweite Rechtsschrift (Replik) ein (act. 32). Im Folgenden ist auf die in Bezug auf die Sachdarstellung unveränderten, hinsichtlich Beweiszuordnung verbesserten Rechtsschriften abzustellen.

### 1.3. Vorbehalt der Nach- und Mehrklage

Gemäss Ziff. 1 des Rechtsbegehrens behalten sich die Klägerinnen Nach- und Mehrforderungen ausdrücklich vor. Nach der Dispositionsmaxime steht es den Parteien frei, lediglich einen Teilbetrag einer grösseren Gesamtforderung geltend zu machen (vgl. auch Art. 86 ZPO). Dem Urteil über die Teilklage kommt indes grundsätzlich nur materielle Rechtskraft mit Bezug auf den eingeklagten Teilanspruch zu (vgl. BOPP/BESSENICH, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Aufl. 2013, N 10 zu Art. 86 ZPO); eines Nachklagevorbehaltes bedarf es nicht. Auf die Nach- und Mehrklage ist somit nicht näher einzugehen.

### 1.4. Zulassung der klägerischen Eingabe vom 3. September 2013

Die Klägerinnen haben sich nach Erhalt der Duplikschriften vom 2. Juli 2013 auf ihr Recht auf Stellungnahme zu den Noven berufen und reichten innert der ihnen mit Verfügung vom 11. Juli 2013 angesetzten Frist die Stellungnahme vom 3. September 2013 zu den Akten (Prot. S. 16; act. 47). Die Beklagten hielten in ihren Eingaben vom 12. September 2013 und vom 16. September 2013 dagegen, dass die klägerische Eingabe in unzulässiger Weise etliche Noven enthalte (act. 50 und 53).

Erfordern es die Verhältnisse, kann das Gericht einen zweiten Schriftenwechsel (Replik und Duplik) anordnen. Soweit die Beklagten allerdings duplicando neue Behauptungen aufstellten, ist der Gegenpartei in Erwahrung des rechtlichen Gehörs Gelegenheit zu bieten, hierzu Stellung zu nehmen (BGE 138 I 154 E. 2.3.3 S. 157; BGE 137 I 195 E. 2.3.1 S. 197; BGE 133 I 100 E. 4.3-4.7 S. 102 ff.). Erfolgt nach Durchführung des zweiten Schriftenwechsels eine Eingabe, sind – vorbehaltlich der Bestimmungen nach Art. 229 ZPO – allfällige darin enthaltene neue Tatsachenbehauptungen und Beweisofferten für die Entscheidungsfindung unbeachtlich.

In der Stellungnahme vom 3. September 2013 nehmen die Klägerinnen zu den neuen Vorbringen der Beklagten 3 und 4 betreffend die von den Klägerinnen ge-

gen die Beklagten eingereichte Strafanzeige wegen Hausfriedensbruchs Stellung. Die Beklagten 3 und 4 weisen in ihrer Duplikschrift darauf hin, dass das Strafverfahren von der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat eingestellt und die Verfahrenseinstellung vom Obergericht des Kantons Zürich sowie vom Schweizerischen Bundesgericht bestätigt worden sei (act. 40 Rz. 13). Weiter äussern sich die Klägerinnen zur Verrechnungsforderung des Beklagten 1, welcher duplicando zahlreiche Urkunden einreichte (act. 39/12-30; act. 47). Die Klägerinnen beschränken sich in ihren weiteren Vorbringen im Wesentlichen darauf, auf die Ausführungen in ihrer Klageschrift und Replik zu verweisen. Soweit sie dabei aber weitere Ausführungen zum Sachverhalt machen, zu denen sie nicht erst durch die Duplikschrift veranlasst wurden, sind ihre diesbezüglichen Ausführungen nur bei Erfüllung der Voraussetzungen nach Art. 229 ZPO zu hören. Ob dies im Einzelnen der Fall ist, wird nachfolgend zu prüfen sein, soweit die Ausführungen für die Entscheidungsfindung überhaupt von Bedeutung sind.

#### 1.5. Prozessführungsbefugnis

Die Beklagten 1 und 2 weisen in ihrer Klageantwort und in ihrer Duplikschrift darauf hin, dass eine gerichtliche Geltendmachung der abgetretenen Ansprüche im Konkurs durch die Klägerinnen bis 31. März 2012 vorgesehen worden sei. Eine Fristerstreckung sei nicht beantragt worden. Die Klägerinnen hätten nicht nachgewiesen, dass die Abtretung der Ansprüche nach wie vor gültig sei (act. 15 S. 2; act. 37 S. 2, S. 161).

Der Klarheit halber ist zunächst festzustellen, dass die Beklagten 1 und 2 nicht die Aktivlegitimation der Klägerinnen, sondern deren Prozessführungsbefugnis in Frage stellen. Nach Art. 260 SchKG kann die Konkursmasse dem Abtretungsgläubiger das Prozessführungsrecht für den abgetretenen Anspruch übertragen. Der Abtretungsgläubiger wird ermächtigt, anstelle der Masse einen allfälligen Prozess um den Anspruch zu führen (AMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl. 2013, § 47 N 34). Formell setzt die Abtretung unter anderem eine Abtretungsverfügung der Konkursverwaltung voraus. In dieser wird dem Abtretungsgläubiger Frist angesetzt, binnen welcher er den Anspruch geltend zu machen hat, und der Widerruf der Verfügung angedroht, wenn



er nicht rechtzeitig handle. Die anzusetzende Frist ist keine Verwirkungs-, sondern eine Ordnungsfrist. Lässt der Abtretungsgläubiger die Frist unbenützt verstreichen, gilt die Frist – solange die Konkursverwaltung die Abtretung nicht ausdrücklich widerruft – als stillschweigend verlängert (AMONN/WALTHER, a.a.O., § 47 N 52, N 69; Urteil 5C.54/2007 vom 29. Januar 2008 E. 2.3.2). Bei einem Widerruf handelt es sich um eine rechtsaufhebende Tatsache, welche derjenige zu beweisen hat, der die Tatsache vorbringt (Art. 8 ZGB).

Den Klägerinnen wurden die Verantwortlichkeitsansprüche gegen die Beklagten mit Verfügung des Konkursamtes Zürich (Altstadt) vom 22. Dezember 2011 und ergänzender Verfügung vom 6. Januar 2012 abgetreten (act. 4/1-5). Darin wird festgehalten, dass sich die Konkursverwaltung die Annullierung der Abtretung für den Fall vorbehalte, dass die gerichtliche Geltendmachung nicht bis zum 31. März 2012 erfolge. Die Klageeinleitung ist am 14. August 2012 erfolgt. Ein Widerruf durch die Konkursverwaltung wurde weder behauptet noch liegt ein solcher bei den Akten. Es wäre daher an den Beklagten 1 und 2 gelegen, einen allfälligen Widerruf durch die Konkursverwaltung rechtsgenügend zu behaupten und zu beweisen. Da sie dies nicht getan haben, ist nach dem Gesagten von einer stillschweigenden Verlängerung der Frist und somit von einer gültigen Prozessführungsbefugnis der Klägerinnen auszugehen.

#### 1.6. Stellung der Parteien

Die Klägerinnen handeln im vorliegenden Verfahren als aktive notwendige Streitgenossen im Sinne von Art. 70 ZPO (vgl. BERTI, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 2. Aufl. 2010, N 57 zu Art. 260 SchKG). Die Beklagten bilden in Bezug auf die Klage aus gesellschaftsrechtlicher Verantwortlichkeit eine einfache passive Streitgenossenschaft (Art. 71 ZPO).

## 2. Sachverhalt

### 2.1. Unbestrittener Sachverhalt

Die Klägerinnen vermieteten der H.\_\_\_\_\_ ab dem 1. Oktober 1996 Gewerberäumlichkeiten für einen Restaurationsbetrieb an der I.\_\_\_\_\_-gasse ..., ... Zürich,

sowie einen Parkplatz an der I.\_\_\_\_\_-gasse ..., ... Zürich, ab dem 1. Januar 1997. Der Mietvertrag über die Gewerberäumlichkeiten war bis 31. Dezember 2011 befristet. Die H.\_\_\_\_\_ betrieb in den Gewerberäumlichkeiten das Restaurant "H1.\_\_\_\_\_". Die Beklagten waren Gesellschafter der H.\_\_\_\_\_, wobei der Beklagte 1 und der Beklagte 4 im Handelsregister zusätzlich als Geschäftsführer eingetragen waren (act. 12 Rz. 17, Rz. 21; act. 15 S. 3, S. 5; act. 27/7-11; act. 31 Rz. 8; act. 39/29). Der Mietzins betrug zuletzt monatlich CHF 15'800.–. Mit Schreiben vom 24. Juni 2010 ersuchte der Beklagte 4 die Verwaltung der Klägerinnen im Namen der J.\_\_\_\_\_ GmbH (nachfolgend: "J.\_\_\_\_\_") um Übertragung des Mietverhältnisses von der H.\_\_\_\_\_ auf die J.\_\_\_\_\_ (act. 4/6; act. 31 Rz. 8; act. 12 Rz. 26; act. 15 S. 8 f.). Am 23. Juli 2010 richtete die Verwaltung der Klägerinnen ein Schreiben an den Beklagten 4, worin sie die Zustimmung zur Übertragung des Mietvertrages auf die J.\_\_\_\_\_ verweigerte (act. 4/7). Unbestritten ist, dass die H.\_\_\_\_\_ ab Juli 2010 keine Mietzinsen und Nebenkosten mehr bezahlte (act. 31 Rz. 9; act. 32 Rz. 20, Rz. 42, Rz. 47, Rz. 73 f.; act. 12 Rz. 46 ff.; act. 15 S. 9). In der Folge liessen die Klägerinnen im Zusammenhang mit den Geschäftsräumlichkeiten durch das Betreibungsamt Zürich 1 eine Retentionsurkunde aufnehmen und den Retentionsbeschluss durch die Einleitung einer Betreibung prosequieren (act. 31 Rz. 9; act. 13/11). Die Klägerinnen kündigten sodann das Mietverhältnis per 31. Oktober 2010 wegen Zahlungsverzugs und beantragten die Ausweisung der H.\_\_\_\_\_ aus dem Mietobjekt, nachdem die Räumlichkeiten nach Ablauf der Kündigungsfrist nicht geräumt worden waren (act. 31 Rz. 9, Rz. 13a). Mit Verfügung des Audienzrichteramtes des Bezirksgerichts Zürich vom 8. Dezember 2010 wurde die Ausweisung der H.\_\_\_\_\_ verfügt (act. 27/5). Gegen diesen Entscheid erhob die H.\_\_\_\_\_ Beschwerde beim Obergericht des Kantons Zürich (act. 31 Rz. 12; act. 32 Rz. 76). In der Folge reichten die Klägerinnen gegen die Beklagten Strafanzeige wegen Hausfriedensbruchs ein. Die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat stellte das Strafverfahren mit Verfügung vom 14. März 2012 ein. Die Verfahrenseinstellung wurde vom Obergericht des Kantons Zürich und vom Bundesgericht bestätigt (act. 40 Rz. 13).

Am 1. Februar 2011 wurde über die H.\_\_\_\_\_ mit Konkurserkennnis des Konkursrichters des Bezirksgerichts Zürich der Konkurs eröffnet, nachdem die Klägerin-

nen die sofortige Konkursöffnung gestützt auf Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG beantragt hatten (act. 31 Rz. 7, Rz. 12; act. 12 Rz. 51; act. 15 S. 11; act. 4/8). Am 22. Dezember 2011 bzw. am 6. Januar 2012 hat die Konkursverwaltung (Konkursamt Zürich Altstadt) die gesetzlichen Ansprüche der Konkursmasse aus Verantwortlichkeit gegen die Beklagten an die Klägerinnen abgetreten (act. 31 Rz. 2; act. 4/1-5). Mit Nachtrag zum Kollokationsplan wurde eine Forderung des Beklagten 1 für offene Rechnungen aus Weinlieferungen in der Höhe von CHF 145'142.75 in der dritten Klasse kolloziert (act. 39/14).

Die Klägerinnen erheben gegen die Beklagten in der Hauptsache den Vorwurf der Konkursverschleppung. Dementsprechend sind primär Ansprüche aus gesellschaftsrechtlicher Verantwortlichkeit Gegenstand des vorliegenden Prozesses. Die Klägerinnen machen einen direkten Schaden geltend und fordern im Sinne einer Teilklage CHF 252'000.– (nebst Zins) von den Beklagten in deren Funktion als Gesellschafter und Geschäftsführer der H.\_\_\_\_\_. Im Eventualbegehren machen die Klägerinnen eine "mittelbare" Schädigung geltend und fordern vom Beklagten 1 CHF 400'000.– (nebst Zins).

## 2.2. Parteistandpunkte

### 2.2.1. Klägerinnen

2.2.1.1. Die Klägerinnen stellen sich im Wesentlichen auf den Standpunkt, dass ihnen im Zusammenhang mit den der H.\_\_\_\_\_ vermieteten Räumlichkeiten ein direkter Schaden in der Höhe von CHF 251'538.20 entstanden sei. Dieser Betrag setze sich aus unbezahlt gebliebenen Mietzinsen und Nebenkosten seit 1. Juli 2010 sowie aus weiteren Kosten zusammen, welche im Zusammenhang mit den der H.\_\_\_\_\_ vermieteten Mieträumlichkeiten angefallen seien. Dementsprechend hätten die Klägerinnen im Konkurs der H.\_\_\_\_\_ Forderungen in der Höhe von CHF 285'550.90 kolloziert (act. 31 Rz. 11, Rz. 13). Die H.\_\_\_\_\_ habe die Mietzinsen bis zum ordentlichen Ablauf des befristeten Mietverhältnisses, also bis 31. Dezember 2011, geschuldet. Auch habe die H.\_\_\_\_\_ als Mieterin der Räumlichkeiten für Schäden gehaftet, welche den Klägerinnen aus der unbefugten "Besetzung" der Räumlichkeiten durch die J.\_\_\_\_\_ entstanden seien. Unbeachtlich

sei daher, ob das Entgelt für diese Zeitspanne nun als Mietzins oder als Schadenersatz gefordert werde (act. 31 Rz. 9 f., Rz. 13a; act. 32 Rz. 10, Rz. 42 f., Rz. 47, Rz. 51, Rz. 58). Demzufolge werde für die Monate Juli 2010 bis Mitte Mai 2011 ein Betrag von monatlich CHF 15'800.– für ausstehende Mietzinsen gefordert. Ab der Zwischenvermietung der Räumlichkeiten Mitte Mai 2011 bis zum vertraglich vorgesehenen Ablauf des befristeten Mietverhältnisses am 31. Dezember 2011 werde ein Mindermietzins im Umfang von monatlich CHF 5'800.– verlangt. Im Einzelnen setze sich der direkte Schaden der Klägerinnen wie folgt zusammen (act. 31 Rz. 13):

Mietzinsen Lokal Juli - Oktober 2010	Fr.	63'200.--
5% Zins seit 31. August 2010 (mittlerer Verfall) 150 Tage	Fr.	1'316.65
Parkplatz Nr. 12 Juli - Oktober 2010	Fr.	1'400.--
5% Zins wie oben	Fr.	29.15
Nebenkosten für das III. und IV. Quartal 2010 und bis Medio Mai 2011	Fr.	3'150.--
5% Zins darauf (210 Tage)	Fr.	91.90
Mietzins, resp. Schadenersatz für das Lokal ab November 2010 bis 15. Mai 2011	Fr.	102'700.--
5% Zins ab 1. Mai 2011 (mittlerer Verfall) 210 Tage	Fr.	2'995.40
Minderertrag vom 16. Mai - 31. Dezember 2011 (7,5 Monate zu Fr. 5'800.–)	Fr.	43'500.--

Wasserverbrauch für die folgenden Perioden:

12. Januar 2010 - 23. Februar 2010	Fr.	943.40
24. Februar 2010 - 26. April 2010	Fr.	1'428.30
27. April 2010 - 18. Juni 2010	Fr.	1'347.65
19. Juni 2010 - 1. September 2010	Fr.	2'039.75
2. September 2010 - 1. November 2010	Fr.	1'585.30
2. November 2010 - 4. Januar 2011	Fr.	1'391.65
5. Januar 2011 - 15. Februar 2011	Fr.	866.25
(act. 27/14-20)		
Rechnung EWZ vom 18. Mai 2011	Fr.	759.30
EWZ Leerstand	Fr.	591.90
(act. 27/21+22)		

Weitere Kosten (act. 27/4+5 und 23-27, 13/11)

Schlüsselservice für Zutritt zum Lokal (Rechnung [REDACTED] GmbH)	Fr.	200.15
dito für Schindler Lift	Fr.	336.95
Reinigung des Lokals	Fr.	6'662.95
Schlösserauswechslung nach verweigertem Zutritt trotz Ultimatum (Angst)	Fr.	592.90
GeGeb BGZ betreffend Ausweisung	Fr.	4'000.--
PE betr. Ausweisung	Fr.	5'380.--
PE Mietgericht gem. Beschluss vom 8. November 2011	Fr.	540.--

Dieser direkte Schaden der Klägerinnen sei deshalb entstanden, weil die Beklagten ihrer Obliegenheit nicht nachgekommen seien, die Bilanz der H.\_\_\_\_\_ im Zeitpunkt der Überschuldung beim zuständigen Konkursrichter zu deponieren. Es sei anzunehmen, dass die H.\_\_\_\_\_ bereits im Jahre 2008 überschuldet gewesen sei. Doch spätestens ab dem von den Klägerinnen willkürlich gewählten Datum Juni/Juli 2010 sei die H.\_\_\_\_\_ überschuldet und damit konkursreif gewesen (act. 32 Rz. 32, Rz. 51, Rz. 57, Rz. 62, Rz. 77). Durch die Unterlassung der Bi-

lanzdeponierung hätten die Beklagten pflichtwidrig gehandelt und einen Fortführungsschaden durch Konkursverschleppung verursacht. Bei einem früheren Konkurs der H.\_\_\_\_\_ – ohne Besetzung der Räume durch die den Beklagten zugehörige J.\_\_\_\_\_ – hätten die Mieträumlichkeiten "viel früher" bzw. "rascher" bzw. "inert weniger Wochen" neu vermietet werden können. Dadurch wäre kein Fortführungsschaden entstanden bzw. wäre den Klägerinnen kein direkter Schaden in Form von ausstehenden Mietzinsen, Nebenkosten und weiteren Kosten im Zusammenhang mit den Mieträumlichkeiten entstanden (act. 31 Rz. 11; act. 32 Rz. 24, Rz. 26, Rz. 64). Dieser Direktschaden sei zudem unabhängig vom Datum der Konkurseröffnung vom 1. Februar 2011 entstanden und dessen Ersatz folglich darüber hinaus geschuldet (act. 32 Rz. 58). Hätten die Beklagten die Räume nicht durch die J.\_\_\_\_\_ "besetzen lassen", wären sodann mehrere Schadensposten wie diejenigen für Schlüsselservice, Schlossauswechslung, Reinigung, Retentionsurkunde etc. gar nicht erst entstanden (act. 32 Rz. 64 f., Rz. 80).

Indem die H.\_\_\_\_\_ ab dem Zeitpunkt der Überschuldung bis zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung am 1. Februar 2012 (recte: 2011) weiterhin vertragliche Verpflichtungen aus dem Mietvertrag angehäuft habe, hätten sich zudem auch die Passiven der H.\_\_\_\_\_ vermehrt. Daher werde der Fortführungsschaden als direkter und indirekter Schaden geltend gemacht (act. 31 Rz. 11; act. 32, Rz. 8, Rz. 15, Rz. 48 f.). Die H.\_\_\_\_\_ sei auch durch die "Besetzung" der Liegenschaft durch die J.\_\_\_\_\_ geschädigt worden, wodurch den Klägerinnen ein "mittelbarer und unmittelbarer Schaden" entstanden sei (act. 31 Rz. 13a; act. 32 Rz. 29, Rz. 64, Rz. 68, Rz. 80). Für die schädigenden Handlungen der von den Beklagten beherrschten "Besetzerin" J.\_\_\_\_\_ seien die Beklagten haftbar (act. 31 Rz. 8; act. 32 Rz. 27, Rz. 29). Die Beklagten hätten es ausserdem zugelassen, dass die J.\_\_\_\_\_ sämtliche Einnahmen aus dem Restaurationsbetrieb habe einsacken können, während die H.\_\_\_\_\_ weiterhin Verpflichtungen angehäuft habe. Damit hätten die Beklagten in gesetzeswidriger Weise auf Einnahmen der H.\_\_\_\_\_ verzichtet. Solches Handeln sei als ungetreue Geschäftsbesorgung respektive Gläubigerschädigung, wenn nicht gar betrügerischer Konkurs, zu qualifizieren, wofür die Beklagten haften würden (act. 32 Rz. 23 und 25). Die Beklagten hätten sich ausserdem der Unterlassung der Buchführung verantwortlich gemacht, indem sie Verbindlichkeiten

aus dem Mietverhältnis nicht passiviert und Forderungen nicht aktiviert hätten (act. 31 Rz. 10).

Ferner hätten die Beklagten das Ausweisungsverfahren verzögert, indem sie behauptet hätten, dass die H.\_\_\_\_\_ nicht passivlegitimiert sei. Auch hätten sie den Ausweisungsentscheid an das Obergericht des Kantons Zürich weitergezogen (vgl. act. 31 Rz. 9, Rz. 12; act. 32 Rz. 21, Rz. 76). Diese "Falschaussage" hätten die Beklagten sodann anlässlich des Konkursverfahrens und sogar noch nach der Konkurseröffnung gegenüber dem Konkursamt getätigt, wodurch sie eine sofortige Siegelung der Räume erfolgreich zu verhindern versucht hätten. Aufgrund dieses wahrheitswidrigen, rechtsmissbräuchlichen und gesetzeswidrigen bzw. obstruktiven Verhaltens seien die Beklagten für den daraus erwachsenen Schaden haftbar (act. 31 Rz. 12; act. 32 Rz. 21, Rz. 65).

Aufgrund des im Recht der GmbH geltenden Grundsatzes der Selbstorganschaft seien alle Gesellschafter und damit alle Beklagten für die Geschäftsführung verantwortlich gewesen, selbst wenn einzelne Gesellschafter faktisch die Geschäftsführung übernommen hätten. Demzufolge würden alle Beklagten für die Nichtdeponierung der Bilanz, für die mangelnde Geschäftsführung und Kontrolle, für die Nachlässigkeit in der Berufsausübung und für den Schaden im Zusammenhang mit der "Besetzung" der Mieträumlichkeiten durch die J.\_\_\_\_\_ solidarisch haften (act. 31 Rz. 4, Rz. 7, Rz. 13a; act. 32 Rz. 31, Rz. 36 ff., Rz. 68).

2.2.1.2. Im Eventualbegehren fordern die Klägerinnen im Sinne einer Teilklage vom Beklagten 1 CHF 400'000.– aus "mittelbarem Schaden". Zur Begründung ihres Anspruchs führen die Klägerinnen aus, dass die Beklagten gemäss Kollokationsplan ein "ungedecktes Schuldenloch" von mindestens CHF 483'578.05 hinterlassen hätten (act. 31 Rz. 6, Rz. 14 f.). Dieser Schaden der H.\_\_\_\_\_ bestehe aus der Summe aller ungedeckten Passiva und könne noch nicht genau beziffert werden (act. 32 Rz. 13). Der Schaden bestehe aber nur teilweise aus dem Fortführungsschaden (act. 32 Rz. 62). Der weitere Gesellschaftsschaden bestehe unter anderem aus öffentlich-rechtlichen Forderungen, die nun im Konkurs der H.\_\_\_\_\_ rechtskräftig kolloziert worden seien. Die Beklagten seien Pensionskassenbeiträge, Mehrwertsteuern und den Arbeitnehmern bereits belastete Quellensteuern für

die Jahre 2009 und 2010 schuldig geblieben. Solches "Gebaren" gelte als Misswirtschaft. Auch weitere Gläubigerforderungen seien rechtskräftig kolloziert worden. Dieser Schaden sei von den Beklagten in Verletzung der Pflicht zur genügenden Kapitalausstattung und durch arge Nachlässigkeit in der Berufsausübung verursacht und durch Konkursverschleppung "enorm vergrössert" worden (act. 31 Rz. 14).

## 2.2.2. Beklagte

### 2.2.2.1. Beklagter 1 und Beklagte 2

Die Beklagten 1 und 2 halten dagegen, dass die Klägerinnen den Fortführungsschaden weder rechtsgenügend substantiiert noch belegt hätten. Der Fortführungsschaden könne, entgegen der klägerischen Behauptung, nicht der Summe der im Konkurs angemeldeten Forderungen entsprechen und daher nicht mit einem blossen Hinweis auf eine Kollokation von Forderungen im Konkurs der H.\_\_\_\_\_ belegt werden. Daher werde der Schaden hinsichtlich Art und Höhe bestritten. Dies gelte auch für den von den Klägerinnen behaupteten Direktschaden (act. 15 S. 6, S. 10 ff., S. 18; act. 37 S. 2, S. 150, S. 160, S. 173 f.).

Die H.\_\_\_\_\_ habe ihren Betrieb bereits per 31. März 2010 eingestellt, worüber die Klägerinnen mit Schreiben vom 16. April 2010 orientiert worden seien. Am 9. Juni 2010 seien die Beklagten 1 und 4 zum Betreibungs- und Konkursamt Zürich 10 geschritten, um die Bilanz der H.\_\_\_\_\_ zu hinterlegen, weil die laufenden Rechnungen nicht mehr hätten beglichen werden können bzw. die H.\_\_\_\_\_ "in Konkurs gewesen" sei (act. 15 S. 7; act. 37 S. 5). Der Beklagte 1 habe aber nicht realisiert, dass es sich dabei um die falsche Instanz gehandelt habe (act. 37 S. 152). Eine Überschuldung der H.\_\_\_\_\_ vor Juni 2010 werde bestritten und sei von den Klägerinnen auch nicht substantiiert worden (act. 37 S. 4, S. 151, S. 171). Die Beklagten 1 und 2 seien sodann davon ausgegangen, dass eine Übertragung der Mieträumlichkeiten von der H.\_\_\_\_\_ auf die J.\_\_\_\_\_ erfolgt sei (act. 15 S. 4, S. 13).



Selbst wenn die Beklagten die Bilanz am 9. Juni 2010 beim zuständigen Richter deponiert hätten, wären die klägerischen Mietzinsforderungen entstanden und im Konkurs der H.\_\_\_\_\_ zu kollozieren gewesen, weil es aufgrund des Konkursverfahrens zu einer massiven Verzögerung hinsichtlich einer Neuvermietung der Mieträumlichkeiten gekommen wäre. Damit seien die Mietzinsforderungen Folge des Konkurses der H.\_\_\_\_\_ an sich und nicht einer allfällig verspäteten Bilanzdeponierung (act. 15 S. 4, S. 11, S. 13 f., S. 17; act. 37 S. 3). Daher bestehe kein Kausalzusammenhang zwischen den Mietzinsausfällen der Klägerinnen und einer nicht rechtzeitig erfolgten Bilanzhinterlegung durch die Beklagten 1 und 2 (act. 15 S. 13). Gleiches gelte für die von den Klägerinnen behaupteten Nebenkosten, welche die J.\_\_\_\_\_ verursacht habe. Die J.\_\_\_\_\_, an welcher die Beklagten 1 und 2 in keiner Weise beteiligt gewesen seien, wäre auch im Falle einer Bilanzdeponierung am 9. Juni 2010 in den Räumlichkeiten der Klägerinnen verblieben, was ebenfalls zu einer massiven Verzögerung hinsichtlich einer Neuvermietung geführt hätte. Daher liege höchstens eine Pflichtverletzung der "Besetzerin" J.\_\_\_\_\_ und nicht der Beklagten 1 und 2 vor (act. 15 S. 11, S. 13 ff., S. 18; act. 37 S. 3, S. 150, S. 169, S. 171 ff.). Für die Zeit nach Konkurseröffnung vom 1. Februar 2011 könne ein Schaden ohnehin nicht kausal auf ein Verhalten der Beklagten 1 und 2 zurückgeführt werden (act. 15 S. 14 f.; act. 37 S. 159).

Die tagfertige Buchhaltung der H.\_\_\_\_\_ sei bis zum 8. Juni 2010, dem Tag vor der vermeintlichen Bilanzdeponierung, geführt worden (act. 15 S. 7; act. 37 S. 6). Bestritten werde ausserdem der Vorwurf der ungenügenden Kapitalausstattung und der Nachlässigkeit in der Berufsausübung (act. 15 S. 18). Folglich sei den Beklagten 1 und 2 kein pflichtwidriges Verhalten vorzuwerfen. Ausserdem sei die Beklagte 2 ohnehin nicht an der Geschäftsführung der H.\_\_\_\_\_ beteiligt und auch nicht zeichnungsberechtigt gewesen. Dadurch fehle es in Bezug auf die Beklagte 2 an der im vorliegenden Verantwortlichkeitsprozess notwendigen Passivlegitimation (act. 15 S. 3).

Soweit ein Fortsetzungsschaden zu bejahen wäre, was bestritten werde, erkläre der Beklagte 1 Verrechnung in der Höhe von CHF 145'142.75 für offene Forde-

rungen aus Weinlieferungen gegenüber allfälligen Schadenersatzansprüchen der H.\_\_\_\_\_ im Konkurs (act. 15 S. 6, S. 18; act. 37 S. 6 ff.).

#### 2.2.2.2. Beklagte 3 und 4

Die Beklagten 3 und 4 wenden ein, dass sie von einer Bilanzdeponierung abgesehen hätten, weil die H.\_\_\_\_\_ nicht überschuldet gewesen sei. Der Betrieb der H.\_\_\_\_\_ sei per 31. März 2010 vollständig eingestellt worden. Als einzige Schuldner (recte: Gläubiger) seien die Firma K.\_\_\_\_\_ AG und der Beklagte 1 ausgemacht worden, für welche aufgrund der Einstellung der Betriebsaktivitäten kein Schaden mehr habe entstehen können. Als sich die finanzielle Situation zunehmend verschärft habe und die H.\_\_\_\_\_ die Mietzinsen nicht mehr habe bezahlen können, sei der Mietvertrag auf die J.\_\_\_\_\_ übertragen worden (act. 12 Rz. 22 ff.). Eine Überschuldung im von den Klägerinnen behaupteten Zeitraum Juni/Juli 2010 habe insbesondere auch deshalb nicht vorgelegen, weil der H.\_\_\_\_\_ aus dem Mietverhältnis substantielle Entschädigungsforderungen gegen die Klägerinnen im Umfang von CHF 291'005.50 zugestanden hätten, welche als Aktivposition der H.\_\_\_\_\_ hätten bilanziert werden können (act. 12 Rz. 24, Rz. 33 ff., Rz. 78, Rz. 97, Rz. 101; act. 40 Rz. 34, Rz. 49 ff.). Die Klägerinnen hätten jedenfalls nicht substantiiert bzw. belegt, in welchem Zeitpunkt die H.\_\_\_\_\_ in welchem Umfang überschuldet gewesen sei und eine Pflicht der Beklagten 3 und 4 zur Deponierung der Bilanz bestanden habe (act. 40 Rz. 19, Rz. 36, Rz. 55, Rz. 80).

Eine allfällige Verletzung der Pflicht zur Deponierung der Bilanz könne ohnehin nicht zu einem direkten Gläubigerschaden im Sinne der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit führen. Die nicht belegte Schadensberechnung der Klägerinnen, welche die Mietzinsen, Nebenkosten und die weiteren Kosten im Zusammenhang mit dem Mietobjekt beinhalte, entspreche jedenfalls nicht dem Fortführungsschaden, wie er von der Gerichtspraxis bestimmt werde. Auch der Gesellschaftsschaden, welchen die Klägerinnen als "ungedecktes Schuldenloch" bezeichnen würden, sei von den Klägerinnen nicht substantiiert worden (act. 12 Rz. 47 ff., Rz. 56 ff., Rz. 62, Rz. 86, Rz. 110, Rz. 114 ff.; act. 40 Rz. 43, Rz. 45 f., Rz. 88).

Schliesslich fehle es auch an der natürlichen und adäquaten Kausalität zwischen der behaupteten Konkursverschleppung und dem klägerischerseits geltend gemachten Schaden. Selbst wenn die Beklagten 3 und 4 die Bilanz der H.\_\_\_\_\_ im Juni/Juli 2010 deponiert hätten, wären die Mietzinsen, Nebenkosten und die weiteren Kosten für den Schlüsselservice, "Schindler Lift", die Reinigung des Lokals, Schlösserauswechslung, Retentionsurkunde etc. unbezahlt geblieben. Selbst bei einer Räumung der Lokalität im Juni 2010 wäre eine Vermietung zum bisherigen Mietzins vor Mitte Mai 2011 nicht möglich gewesen. Die Klägerinnen hätten jedenfalls nicht dargelegt, dass sie die Mieträumlichkeiten bei einer Konkursöffnung im Sommer 2010 vor Mitte Mai 2011 hätten weitervermieten können (act. 12 Rz. 61 ff., Rz. 111, Rz. 116; act. 40 Rz. 56, Rz. 75, Rz. 99, Rz. 103).

Im Zusammenhang mit der behaupteten "Besetzung" der Mieträumlichkeiten durch die J.\_\_\_\_\_ sei anzumerken, dass diese im vorliegenden Verfahren nicht beklagt sei. Ausserdem sei das von den Klägerinnen gegen die Beklagten 3 und 4 initiierte, bis vor Bundesgericht weitergezogene Strafverfahren wegen Hausfriedensbruchs rechtskräftig eingestellt worden (act. 40 Rz. 13, Rz. 57).

Der von den Klägerinnen erhobene Vorwurf, die H.\_\_\_\_\_ sei unterkapitalisiert, ungenügend kapitalisiert oder illiquide gewesen, entbehre jeglicher Grundlage (act. 12 Rz. 17). Auch sei die Buchhaltung korrekt geführt worden, indem sie täglich nachgeführt worden sei. Es sei jeden Monat eine Bilanz und eine Erfolgsrechnung mit Vorjahresvergleich erstellt worden (act. 40 Rz. 32, Rz. 47, Rz. 60, Rz. 108). Zudem sei der Beklagte 3 nicht Geschäftsführer der H.\_\_\_\_\_, nicht im Handelsregister eingetragen und nicht zeichnungsberechtigt gewesen. Damit habe er keine Organfunktion ausgeübt, weshalb er im vorliegenden Verantwortlichkeitsverfahren nicht passivlegitimiert sei (act. 12 Rz. 11 ff.; act. 40 Rz. 64).

### 2.2.3. Weitere Ausführungen

Auf die weiteren Ausführungen wird nachfolgend – soweit notwendig – eingegangen.

### 3. Rechtliches

#### 3.1. Anspruchsvoraussetzungen

Gestützt auf Art. 827 OR i.V.m. Art. 754 Abs. 1 OR haften die mit der Geschäftsführung und der Kontrolle einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung betrauten Personen für den Schaden, den sie der Gesellschaft, den Gesellschaftern oder Gesellschaftsgläubigern durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursacht haben. Voraussetzung für die Haftung ist somit – entsprechend den allgemeinen haftpflichtrechtlichen Grundsätzen –, dass dem Anspruchsberechtigten ein Schaden entstanden ist, die Geschäftsführer pflichtwidrig und schuldhaft gehandelt haben und ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang zwischen Schaden und schuldhaft pflichtwidrigem Verhalten besteht (Urteil 4A\_127/2013 vom 22. Mai 2013 E. 3; Urteil 4A\_410/2011 vom 11. Juli 2012 E. 3.1; BGE 132 III 342 E. 4.1 S. 349). Entsprechend der allgemeinen Regel des Haftpflichtrechts, zu welchem die Art. 754 ff. OR gehören, obliegt es dem Verantwortlichkeitskläger, die Elemente des Verantwortlichkeitsanspruchs, welche kumulativ erfüllt sein müssen, zu substantzieren und zu beweisen (Art. 8 ZGB; Urteil 4A\_462/2009 vom 16. März 2010 E. 2, nicht publ. in: BGE 136 III 322).

#### 3.2. Schaden und Klagerecht

##### 3.2.1. Schadensbegriff

Der Schaden besteht in einer Vermögenseinbusse des Geschädigten im Sinne der sog. Differenztheorie: Der Schaden entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte, und kann in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder im entgangenen Gewinn bestehen (Urteil 4A.462/2009 vom 16. März 2010 E. 2.1; BGE 132 III 564 E. 6.2 S. 575; BGE 132 III 321 E. 2.2.1 S. 323 f.; BGE 132 III 186 E. 8.1 S. 205; BGE 129 III 331 E. 2.1 S. 332; GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2008, N 2848; SUTER, Der Schaden bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Diss. St. Gallen 2010, S. 110). Bei einer Vermehrung der Passiven tritt

der Schaden dabei bereits mit dem Entstehen der Verbindlichkeit und nicht erst mit deren Erfüllung ein (BGE 116 II 441 E. 3aa S. 444 f.).

### 3.2.2. Schadenssubstanziierung und Schadensnachweis

3.2.2.1. Es ist Sache des klagenden Gläubigers, den tatsächlich eingetretenen sowie den betragsmässig für die Schadenersatzklage relevanten, d.h. den bei Pflichterfüllung der Organe vermeidbaren Schaden geltend zu machen und gesondert nachzuweisen, und zwar pro haftpflichtiges Organmitglied je einzeln. Grundsätzlich hat er den Schaden also ziffernmässig im Einzelnen zu substanziieren und zu beweisen (Art. 8 ZGB; Urteil 4A\_462/2009 vom 16. März 2010 E. 2, nicht publ. in: BGE 136 III 322; BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, § 18 N 136, N 366, N 371; SUTER, a.a.O., S. 127). Für die Bestimmung des Schadens ist also nur derjenige Teil massgebend, der auf die pflichtwidrigen Handlungen bzw. Unterlassungen des betreffenden Gesellschaftsorgans zurückzuführen sind.

3.2.2.2. Die Klage des Verantwortlichkeitsklägers hat den Anforderungen von Art. 221 Abs. 1 lit. d und lit. e ZPO zu genügen. Es sind die Tatsachenbehauptungen und die zu den behaupteten Tatsachen zugehörigen Beweismittel in die Klage aufzunehmen. Die Tatsachen können nicht nur in ihren Grundzügen dargelegt werden, sondern müssen substanziiert (in Einzeltatsachen gegliedert) werden; sie sind so umfassend, detailliert und klar darzulegen, dass darüber im Bestreitungsfall Beweis abgenommen werden kann. Tatsachenbehauptungen müssen so konkret formuliert werden, dass ein substanziiertes Bestreiten möglich ist oder der Gegenbeweis angetreten werden kann. Die Anforderungen an die Konkretisierung der Behauptungen ergeben sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei (Urteil 4A\_410/2011 vom 11. Juli 2012 E. 6.1; WILLISEGGER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N 29 zu Art. 221 ZPO; LEUENBERGER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Aufl. 2013, N 43 zu Art. 221 ZPO). Die Tatsachen müssen in der Rechtsschrift selbst dargelegt bzw. behauptet werden. Tatsachen, die sich lediglich aus einer Beilage zu einer Rechtsschrift ergeben, sind vom Gericht – soweit die Verhandlungsmaxime das Verfahren be-

herrscht – nicht zu beachten. Selbst mit einem allgemeinen Verweis in der Rechtschrift auf eine Beilage oder mit der allgemeinen Erklärung, dass eingereichte Akten als integrierender Bestandteil der Rechtschrift gelten, wird der Behauptungslast nicht genügend nachgekommen. Eine Partei kann sich also nicht mit allgemeinen Vorbringen begnügen, in der Meinung, die Begründung ihres Prozessstandpunktes werde sich dann aus dem Beweisverfahren ergeben; denn die Durchführung eines solchen setzt entsprechende Behauptungen des Beweisführers voraus. Wird der Sachverhalt, auf den sich die Klage stützt, nicht vollständig in den Prozess eingeführt, so ist die Gegenpartei ausserstande, alle ihr sonst möglicherweise zu Gebote stehenden Einwendungen vorzubringen (WILLISEGGER, a.a.O., N 27, N 30 zu Art. 221 ZPO; KILLIAS, in: Berner Kommentar, Zivilprozessordnung, 2012, N 23 zu Art. 221 ZPO).

3.2.2.3. Art. 8 ZGB gibt der beweispflichtigen Partei dann einen Anspruch darauf, für rechtserhebliche Vorbringen zum Beweis zugelassen zu werden, wenn ihr Beweisantrag nach Form und Inhalt den Vorschriften des anwendbaren Prozessrechts entspricht (vgl. BGE 133 III 295 E. 7.1 S. 299 mit Hinweisen). Ein Beweismittel ist nur dann als formgerecht angeboten zu betrachten, wenn sich die Beweisofferte eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lässt und umgekehrt. In der Regel sind die einzelnen Beweisofferten unmittelbar im Anschluss an die Tatsachenbehauptungen aufzuführen, die damit bewiesen werden sollen. Dies ergibt sich ohne Weiteres aus dem Wortlaut der Bestimmungen von Art. 152 Abs. 1 i.V.m. Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO (Recht auf Abnahme von Beweismitteln bei "Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen"; vgl. dazu Urteil 4A\_56/2013 vom 4. Juni 2013 E. 4.4; BRÖNNIMANN, in: Berner Kommentar, Zivilprozessordnung, 2012, N 23 zu Art. 152 ZPO; KILLIAS, a.a.O. N 29 zu Art. 221 ZPO; WILLISEGGER, a.a.O., N 31 zu Art. 221 ZPO; LEUENBERGER, a.a.O., N 51 zu Art. 221 ZPO). Alle Tatsachen und Beweismittel sind im Grundsatz spätestens in der zweiten Rechtschrift anzufügen. Insbesondere sind verfügbare Urkunden zu bezeichnen und sogleich als Beilage einzureichen. Die klagende Partei wird nicht mit einem Beweisauflegebeschluss aufgefordert, weitere Beweismittel zu nennen (WILLISEGGER, a.a.O., N 32 zu Art. 221 ZPO; LEUENBERGER, a.a.O., N 52 zu Art. 221 ZPO). Nach dem zweiten Schriftenwechsel sind

neue Tatsachen und Beweismittel nur noch im Rahmen von Art. 229 ZPO zulässig. Urkunden, die ediert werden sollen, sind genau zu bezeichnen, so Art und Inhalt einer Urkunde, und von wem sie ediert werden soll. Die Edition darf sodann nicht dazu dienen, erst aus den edierten Urkunden die Grundlagen für die Behauptungen zu gewinnen (LEUENBERGER, a.a.O., N 53 zu Art. 221 ZPO).

### 3.2.3. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

3.2.3.1. Die Klage, über die ein Gesellschaftsgläubiger den Organen einer Gesellschaft gegenüber verfügt, hängt von der Art des erlittenen Schadens ab (vgl. insbesondere BGE 132 III 564 E. 3.1 ff. = Pra 2007 Nr. 57 S. 378 ff.; vgl. demgegenüber noch BGE 122 III 176, welcher Entscheid den Schaden anhand der tangierten Rechtsgrundlage der jeweiligen Schadenersatzpflicht qualifizierte). Diesbezüglich erfolgt eine Unterscheidung in direkte und indirekte Schäden, wobei drei Konstellationen in Betracht kommen: Der einzelne Gläubiger kann durch ein Verhalten der Organe persönlich geschädigt sein, unter Ausschluss jeglichen der Gesellschaft verursachten Schadens. In diesem Fall erleidet der Gläubiger einen direkten bzw. unmittelbaren Schaden. Demgegenüber kann der Gläubiger nur indirekt bzw. mittelbar geschädigt sein, wenn der Gläubiger deshalb einen Schaden erleidet, weil das Organ in Verletzung seiner rechtlichen Pflichten das Vermögen der Gesellschaft geschädigt hat. Eine Beeinträchtigung des Gesellschaftsvermögens tangiert über die Verringerung des Haftungssubstrates und damit die Erhöhung des Ausfallrisikos zwangsläufig auch den Gläubiger, weil seine Forderung auf der Passivseite der Bilanz figuriert. Der Gläubiger ist reflexweise geschädigt, wenn die Schädigung der Gesellschaft so weit geht, dass sie die Zahlungsunfähigkeit und dann den Konkurs der Gesellschaft nach sich zieht. Erst dann erleidet der Gläubiger einen Verlust, der einen mittelbaren Schaden darstellt. Um diesen Schaden zu qualifizieren, verwendet die Praxis in gleicher Weise die Begriffe Reflex-, indirekter oder mittelbarer Schaden oder Nachteil. Solange die Gesellschaft zahlungsfähig bleibt und in der Lage ist, ihren Verpflichtungen nachzukommen, bleibt der Schaden nur in ihrem Bereich (BGE 139 III 24 E. 3.1 S. 25; BGE 132 III 564 E. 3.1.2. S. 568 f. = Pra 2007 Nr. 57 S. 378 f. mit weiteren Hinweisen; Urteil 4C.142/2004 vom 4. Oktober 2004 E. 4; BGE 128 III 180 E. 2c S. 183; BÖCKLI,

a.a.O., § 18 N 364 ff.). Schliesslich kann sich die Situation ergeben, in welcher sowohl die Gesellschaft als auch der Gesellschaftsgläubiger direkt geschädigt sind. Mit anderen Worten führt das Verhalten der Organe direkt zu einer Schädigung des Vermögens der Gesellschaft und des Gesellschaftsgläubigers, ohne dass der Letzterem verursachte Schaden vom Konkurs der Gesellschaft abhängt (BGE 132 III 564 E. 3.1.3 S. 569 = Pra Nr. 57 S. 379; BGE 131 III 306 E. 3.1.2 S. 311).

3.2.3.2. Das Recht, als geschädigter Gläubiger gegen die Organe der Gesellschaft vorzugehen, variiert je nach den drei vorgenannten Situationen. Die nachfolgenden Unterscheidungen werden durch die allgemeinen Regeln des Haftpflichtrechts bestimmt. Zu diesen gehört der Grundsatz, wonach nur der direkt Geschädigte den Ersatz seines Schadens verlangen kann, während derjenige, der aufgrund einer besonderen Beziehung mit dem direkt Geschädigten nur einen mittelbaren Schaden erleidet, über keinerlei Schadenersatzklage gegen den Schadensverursacher verfügt.

Wenn das Verhalten eines Gesellschaftsorgans einem Gläubiger einen direkten Schaden verursacht, während die Gesellschaft selber keinerlei Schaden erleidet, kann der geschädigte Gläubiger persönlich vorgehen und vom Verantwortlichen Schadenersatz verlangen. Der Gläubiger kann den direkten Schaden im Konkurs grundsätzlich unabhängig vom Vorgehen der Konkursorgane geltend machen. Seine Klage untersteht den gewöhnlichen Regeln der zivilrechtlichen Haftung und ist, unter der Voraussetzung, dass sie sich auf ein gültiges rechtliches Fundament stützt, keinerlei Einschränkungen unterworfen. Die von der Rechtsprechung in Bezug auf die Möglichkeit des Gesellschaftsgläubigers, persönlich gegen ein Organ vorzugehen, aufgestellten Einschränkungen sind nicht anwendbar. Dies gilt jedenfalls, solange kein Konkurs über die Gesellschaft eröffnet ist. Das Gleiche gilt grundsätzlich auch nach der Eröffnung des Konkurses, wenn die Gesellschaft selber keinerlei Schaden erleidet, d.h. ausschliesslich Aktionäre bzw. Gesellschaftsgläubiger direkt geschädigt worden sind (BGE 132 III 564 E. 3.2.1 S. 569 = Pra 2007 Nr. 57 S. 379; BGE 131 III 306 E. 3.1.2 S. 311; vgl. auch BGE 139 III 24 E. 3.1 S. 25; Urteil 4A\_381/2012 vom 8. November 2012 E. 6.1; Urteil



4C.142/2004 vom 4. Oktober 2004 E. 4; Urteil 4C.200/2002 vom 13. November 2002 E. 3, nicht publ. in: BGE 129 III 129; BGE 110 II 391 E. 1 S. 393).

Soweit der Gesellschaftsgläubiger einen mittelbaren Schaden erlitten hat, ist in erster Linie die direkt geschädigte Gesellschaft legitimiert, gegenüber den verantwortlichen Organen Schadenersatz geltend zu machen. Demgegenüber kann der Gesellschaftsgläubiger keine persönliche Klage erheben, um den Ersatz des Schadens zu erwirken, den er mittelbar erlitten hat. Im Konkurs wird die Forderung, welche die Gesellschaft gegen das verantwortliche Organ geltend machen konnte, durch eine Forderung der Gläubigergesamtheit ersetzt. Deren Geltendmachung steht vorrangig der Konkursverwaltung zu (vgl. Art. 757 Abs. 1 OR). Soweit diese verzichtet, die Gesellschaftsklage einzureichen (Art. 757 Abs. 2 OR), kann ein Gesellschaftsgläubiger den Ersatz des von der Gesellschaft direkt erlittenen Schadens geltend machen. Er erhebt dann die Klage der Gläubigergemeinschaft. Legitimiert ist jeder rechtskräftig kollozierte Gläubiger, ohne dass die Legitimation als solche nachgeprüft werden darf. Für diese Vorgehensweise hat er sich in Anwendung von Art. 260 SchKG i.V.m. Art. 757 Abs. 3 OR die Rechte der Masse abtreten zu lassen. Er handelt dann aufgrund einer Prozessstandschaft (BGE 132 III 564 E. 3.2.2 S. 570 = Pra 2007 Nr. 57 S. 380; BGE 132 III 342 E. 2.2 S. 345 f.). Das Klagerecht der klagenden Gläubiger ist nicht von ihrem eigenen Ausfall abhängig, so dass jeder Gläubiger den ganzen Schaden einklagen kann (BÖCKLI, a.a.O., § 18 N 348a); das ergibt sich auch indirekt aus Art. 260 Abs. 2 zweiter Satz SchKG, wonach ein Überschuss an die Masse abgeliefert werden muss. Das eventuelle Ergebnis wird vorweg dazu dienen, seine eigene (kollozierte) Forderung zu decken.

Wenn hingegen nebst dem Gesellschaftsgläubiger auch die konkursite Gesellschaft direkt durch das Verhalten der Organe geschädigt ist, müssen die von der Praxis aufgestellten Regeln angewendet werden, um zu verhindern, dass die persönliche Klage des Gläubigers mit den Forderungen der Gesellschaft in Konkurrenz tritt. Nur in diesem Fall und zur Verhinderung der Gefahr einer Konkurrenz zwischen den von der Gesellschaft oder der Konkursverwaltung und direkt durch den Gläubiger angestregten Haftungsklagen hat die Rechtsprechung die Klage-

befugnis des Letzteren beschränkt, um der Gesellschaftsklage eine Priorität einzuräumen. Der Gläubiger kann im Konkurs der Gesellschaft nur dann auf Ersatz des direkten Schadens klagen, den er allein erlitten hat, wenn er seine Klage mit einer unerlaubten Handlung (Art. 41 OR), einer *culpa in contrahendo* oder einer ausschliesslich zum Schutz der Gläubiger konzipierten Bestimmung des Gesellschaftsrechts begründen kann (BGE 132 III 564 E. 3.2.3 S. 570 f. = Pra 2007 Nr. 57 S. 380; BGE 131 III 306 E. 3.1.2 S. 311; BGE 122 III 176 E. 7 S. 189 f.).

#### 3.2.4. Schlussfolgerung und Anwendungsbeispiele

3.2.4.1. Die Beantwortung der Frage, ob ein Gläubiger direkt oder nur mittelbar geschädigt ist, hängt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung also primär davon ab, welche Vermögensmasse durch das Verhalten der Organe direkt betroffen ist. Welcher Person diese "Direktgeschädigten"-Eigenschaft zukommt, hängt insofern mit der Frage der Pflichtverletzung zusammen, als nur derjenige Schadenersatz fordern kann, der durch die Verletzung einer besonderen Verhaltensnorm geschädigt wird, deren Zweck im Schutze vor Schäden in der Art des eingetretenen besteht. Massgeblich ist somit, in welcher Vermögensmasse der Schaden unmittelbar eingetreten ist bzw. ob haftungsbegründende Handlungen zu einer direkten Beeinträchtigung des Vermögens des Gläubigers oder der Gesellschaft geführt haben.

3.2.4.2. Beispielsweise werden Ansprüche aus direktem Gläubigerschaden gegen das handelnde Gesellschaftsorgan begründet, sobald dieses in Verletzung von gesetzlichen Bilanzierungsvorschriften Bilanzen gegenüber einem Kreditgeber verwendet hat, soweit der Kreditgeber der Gesellschaft bei Kenntnis der wahren Tatsachen keinen Kredit, einen Kredit zu einem höheren Zinssatz oder nur gegen Leistung von Sicherheiten gewährt hätte. Die Gesellschaft erhält in diesem Fall neue Mittel, weshalb sie nicht geschädigt ist (BGE 110 II 391 E. 2b) S. 394 f.; BGE 106 II 257 E. 1 f. S. 259 ff.; BÖCKLI, a.a.O., § 18 N 312 und N 361 f.; GERI-CKE/WALLER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. Aufl. 2012, N 16 zu Art. 754 OR; SUTER, a.a.O., S. 88, S. 105).

Anders verhält es sich, wenn der Gläubiger einen Schaden als Folge eines sog. Fortführungsschadens erleidet. Ein Fortführungsschaden entsteht dann, wenn die Zwischenbilanz einer zu Fortführungs- und Liquidationswerten überschuldeten Gesellschaft nicht rechtzeitig beim Gericht deponiert wird und sich die Vermögenssituation der Gesellschaft ab diesem hypothetischen Konkurszeitpunkt bis zum effektiven Konkurs weiter verschlechtert. Der Fortführungsschaden entsteht also durch Weiterwirtschaften der Gesellschaft trotz eindeutig eingetretener Überschuldung. Der Gläubiger erleidet nur deshalb einen Schaden, weil die Organe die Gesellschaft weiter haben verarmen lassen und sich deren Haftungssubstrat fortschreitend vermindert hat und die Forderung des Gläubigers deshalb an Wert eingebüsst hat. Somit handelt es sich beim Fortführungsschaden seinem Wesen nach um einen klassischen *mittelbaren* Schaden des Gesellschaftsgläubigers (BGE 132 III 342 E. 2.3.3 S. 348; BGE 132 III 564 E. 6.1 f. S. 575 f. = Pra 2007 Nr. 57 S. 385 f.; BÖCKLI, a.a.O., § 18 N 369 ff.; SUTER, a.a.O., S. 188).

Denkbar ist die Situation, in welcher ein Gläubiger bei bereits eingetretener Überschuldung direkt geschädigt wird. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn ein Neugläubiger der Gesellschaft in der Überschuldungsphase gestützt auf falsche oder irreführende Bilanzen oder in Verletzung einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht über die bereits bestehende Überschuldung einen neuen Kredit gewährt (BÖCKLI, a.a.O., § 18 N 316, N 369b). Demgegenüber wird der Gläubiger auch dort nur mittelbar geschädigt, wo durch eine falsche oder irreführende Bilanz eine bestehende Überschuldung verdeckt wird und bestehende Gläubiger deshalb geschädigt werden, weil die Massnahmen nach Art. 725 OR zu spät ergriffen werden. Selbst dann, wenn ein Gläubiger nach eingetretener Überschuldung der Gesellschaft mit dieser noch Austauschverträge abschliesst, ohne dass – wie im Fall des Kreditbetrugs – ein pflichtwidriges Verhalten gegenüber dem einzelnen Gläubiger vorliegt, erwächst diesem aus einem solchen Vertrag nur dann ein Schaden, wenn die Erfüllung seiner Forderung wegen der Überschuldung der Gesellschaft ausbleibt. Auch bei einem solchen Schaden des Gläubigers besteht somit ein Bezug zum Vermögen der Gesellschaft, weshalb er als mittelbar zu qualifizieren ist (GERICKE/WALLER, a.a.O., N 16 zu Art. 754 OR; BGE 122 III 176 E. 7b) S. 190 f.).

Von den genannten Anwendungsbeispielen ist der Fall abzugrenzen, in welchem ein Gläubiger in seiner vermögensrechtlichen Stellung nach allgemeinem Vertragsrecht beeinträchtigt ist. In erster Linie stehen dem Gläubiger Ansprüche aus Vertrag gegen die Gesellschaft zu. Dazu gehört beispielsweise Verzug in den Zinszahlungen oder bei Teil- und Vollrückzahlungen aus einem Darlehensvertrag. Dem Gesellschaftsgläubiger steht in dieser Situation die normale Klage aus Nichterfüllung des Vertrages gegen die Gesellschaft zu (FRICK, Der unmittelbare und der mittelbare Schaden im Verantwortlichkeitsrecht der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1953, S. 94; BGE 110 II 391 E. 2 S. 393 f.). Auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeit gegenüber einem Organ der Gesellschaft kann sich der Gläubiger aber nur dann berufen, wenn in der Nichterfüllung des Vertrags zugleich ein pflichtwidriges Verhalten des Organs der Gesellschaft gegenüber dem klagenden Gläubiger liegt. Wie gesehen, bedarf es hierzu der Verletzung einer dem Organ gegenüber dem klagenden Gläubiger obliegenden Pflicht. Das Klagerecht des Gläubigers im Konkurs hängt sodann davon ab, ob sein Vermögen direkt oder reflexweise geschädigt wurde und ob die Gesellschaft durch das Organverhalten ebenfalls geschädigt wurde.

### 3.3. Würdigung des behaupteten Schadens der Klägerinnen

#### 3.3.1. Ausgangslage

Die Klägerinnen machen in ihrem Hauptbegehren gegen die Beklagten – unter dem Vorbehalt der Mehr- und Nachklage – eine Forderung in der Höhe von CHF 252'000.– geltend. Zur Schadensbezifferung führen sie ausstehende Mietzinsen, Nebenkosten und weitere Kosten im Umfang von insgesamt CHF 251'538.20 auf. Unbestritten ist, dass die H.\_\_\_\_\_, als Mieterin der klägerischen Räumlichkeiten, ab 1. Juli 2010 keine Mietzinsen und Nebenkosten mehr bezahlt hat. Unstreitig ist weiter, dass die Klägerinnen mit Schreiben vom 23. Juli 2010 die Zustimmung zur Übertragung des Mietvertrages auf die J.\_\_\_\_\_ verweigerten und in der Folge das Mietverhältnis mit der H.\_\_\_\_\_ wegen Zahlungsverzugs per Ende Oktober 2010 kündigten. Unbestritten ist ferner, dass mit Verfügung des Audienzrichteramtes des Bezirksgerichts Zürich vom 8. Dezember 2010 gegen die H.\_\_\_\_\_ mangels rechtzeitiger Rückgabe der Mieträumlichkeiten die

Ausweisung aus den Mieträumlichkeiten verfügt wurde und dass den Klägerinnen im Zusammenhang mit der Räumung der Mieträumlichkeiten weitere Kosten entstanden sind. Damit sind die Klägerinnen unweigerlich in ihrer vermögensrechtlichen Stellung im Sinne der Differenztheorie nach allgemeinem Vertragsrecht beeinträchtigt worden (vgl. Art. 253 OR, Art. 257 f. OR, Art. 257d OR, Art. 263 Abs. 4 OR). Allein darin liegt aber noch keine auf ein pflichtwidriges Verhalten der Beklagten zurückzuführende Schädigung im Sinne der vorliegend zu beurteilenden Klage aus Verantwortlichkeit nach Art. 754 ff. OR. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sind nicht Ansprüche der Klägerinnen gegen die H.\_\_\_\_\_ aus allgemeinem Vertragsrecht, sondern die Beantwortung der Frage, ob die behauptete Vermögensbeeinträchtigung der Klägerinnen auf eine haftungsbegründende Handlung oder Unterlassung *der Beklagten* zurückzuführen ist.

Aus der klägerischen Schadensbezeichnung im Zusammenhang mit den der H.\_\_\_\_\_ vermieteten Räumlichkeiten geht nicht ohne Weiteres hervor, welchen Schaden die Klägerinnen im Sinne der vorgenannten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit geltend machen wollen. Denn der Schaden wird wiederholt als "direkter Schaden", "indirekter Schaden" bzw. "mittelbarer Schaden" und "Fortführungsschaden" bezeichnet (vgl. z.B. act. 31 Rz. 11: *"Die gesamte Forderung der Klägerinnen aus eigenem Schaden ist Fortführungsschaden [ ..!]"*; act. 32 Rz. 15: *"Der Fortführungsschaden durch Konkursverschleppung werde als direkter und indirekter Schaden geltend gemacht."*; oder act. 32 Rz. 68: *"Durch die Besetzung der Liegenschaft durch die J.\_\_\_\_\_ wurde nicht nur die Kridarin geschädigt, sondern damit auch die Klägerinnen mittelbar und unmittelbar."*). Entsprechend monieren auch die Beklagten, dass der von den Klägerinnen behauptete, als "direkt" bezeichnete Schaden der Klägerinnen nicht einem Fortführungsschaden im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entsprechen könne (vgl. z.B. act. 12 Rz. 47 ff.; act. 15 S. 10 f.).

Wie gesehen, können die Klägerinnen einen direkten Schaden im Konkurs der H.\_\_\_\_\_ nur dann selbstständig geltend machen, wenn ihnen "Direktgeschädigten"-Eigenschaft zukommt. Werfen die Klägerinnen den Beklagten demgegenüber ein Verhalten vor, welches primär das Vermögen der H.\_\_\_\_\_ direkt und das

Vermögen der Klägerinnen nur reflexweise geschädigt haben soll, können die Klägerinnen nicht ihren mittelbaren Schaden, sondern nur einen allfälligen Schaden der H.\_\_\_\_\_ geltend machen. Daher gilt es im Folgenden, die klägerischen Standpunkte im Sinne der obengenannten Rechtsprechung zunächst daraufhin zu prüfen, ob die Klägerinnen den Beklagten ein pflichtwidriges Verhalten vorwerfen, welches zu einer direkten Vermögensbeeinträchtigung der Klägerinnen geführt hat, welche unabhängig von einer Schädigung bzw. Zahlungsunfähigkeit der H.\_\_\_\_\_ erfolgt ist. Diesbezüglich ist vorab darauf hinzuweisen, dass die Klägerinnen den Schaden auf verschiedene Sachverhalte stützen.

### 3.3.2. Nichtdeponierung der Bilanz

Die Klägerinnen führen ihre Vermögensbeeinträchtigung – ungeachtet der Schadensbezeichnung – hauptsächlich darauf zurück, dass die Beklagten die Bilanz der H.\_\_\_\_\_ trotz eingetretener Überschuldung im Juni/Juli 2010 nicht deponiert hätten. Nach Ansicht der Klägerinnen habe diese Unterlassung der Beklagten dazu geführt, dass die H.\_\_\_\_\_ weiterhin vertragliche Verpflichtungen angehäuft habe, ohne entsprechende Einnahmen zu erzielen, wodurch sich die Passiven der H.\_\_\_\_\_ laufend vermehrt hätten. Dadurch sei auch den Klägerinnen Schaden entstanden (act. 31 Rz. 11; act. 32 Rz. 8, Rz. 15, Rz. 49).

Wie gesehen, entsteht der Fortführungsschaden durch Weiterwirtschaften einer Gesellschaft trotz eingetretener Überschuldung. Der Gläubiger ist nur deshalb geschädigt, weil sich durch die verspätete Konkurseröffnung das Haftungssubstrat fortschreitend vermindert und die Forderung des Gläubigers an Wert eingebüsst hat. Die Klägerinnen stellen sich auf den Standpunkt, dass das Verhalten der Beklagten dazu geführt habe, dass sich die Überschuldung der H.\_\_\_\_\_ ab Juni/Juli 2010 bis zur Konkurseröffnung am 1. Februar 2011 – und darüber hinaus – fortlaufend vergrößert habe und den Klägerinnen kein Schaden entstanden wäre, wenn die Beklagten die Bilanz im Juni/Juli 2010 deponiert hätten. Mit anderen Worten sehen die Klägerinnen die Ursache ihres Schadens in der Vergrößerung der Überschuldung der H.\_\_\_\_\_. Sie koppeln ihren Schaden damit eindeutig an die Vermögensbeeinträchtigung der H.\_\_\_\_\_ und behaupten eine reflexweise Schädigung ihres Vermögens. Die Behauptungen der Klägerinnen betreffend den

Fortführungsschaden beziehen sich somit – entgegen der wiederholten Bezeichnung als direkten Schaden – auf einen klassischen mittelbaren Schaden der Klägerinnen. Allein der Umstand, dass im Juni 2010 aus klägerischer Sicht noch keine Vermögensbeeinträchtigung *der Klägerinnen* vorgelegen habe, weil die Mietzinsen und Nebenkosten bis zu diesem Zeitpunkt unbestrittenermassen bezahlt wurden, ändert nichts an der Qualifikation ihres behaupteten Schadens als mittelbaren Schaden. Massgebend ist einzig, dass nach klägerischer Behauptung das Vermögen der Klägerinnen beeinträchtigt worden sei, *weil* sich die Vermögenssituation *der H.\_\_\_\_\_* ab dem behaupteten hypothetischen bis zum effektiven Konkurs weiter verschlechtert habe und deshalb die geltend gemachten Mietzinsen und Nebenkosten ausgeblieben bzw. die weiteren Kosten erst entstanden seien und sie im Konkurs einen Ausfall erleiden würden, der höher sei, als im Zeitpunkt der hypothetischen Konkurseröffnung. Denn der im Verantwortlichkeitsrecht relevante, auf Konkursverschleppung zurückzuführende Gläubigerschaden tritt nach der obengenannten Fiktion nicht bereits dann ein, wenn Forderungen der Gläubiger aufgrund von finanziellen Schwierigkeiten nicht mehr beglichen werden. Der Forderungsausfall des Gläubigers wird erst dann zu einem Gläubigerschaden, wenn die Forderungen des Gläubigers infolge Konkurses nicht vollständig gedeckt werden. Der Schaden des Gläubigers ist aber mittelbarer Art. Dahin zielt im Übrigen auch die Behauptung der Klägerinnen, sie seien zu Schaden gekommen, weil im Konkurs der H.\_\_\_\_\_ eine Dividende von null zu erwarten sei (act. 31 Rz. 8).

Die Aussagen der Klägerinnen in Bezug auf die Nichtdeponierung der Bilanz sind daher nicht geeignet, ein selbstständiges Klagerecht der Klägerinnen zu begründen. Wie gesehen, können die Klägerinnen im Falle einer mittelbaren Schädigung nur die Klage der Gesellschaft erheben und den direkten Schaden der H.\_\_\_\_\_ geltend machen, der auf ein pflichtwidriges und schuldhaftes Verhalten der einzelnen Beklagten zurückzuführen ist. Die Klägerinnen können indessen keine persönliche Klage erheben, um den Ersatz des Schadens zu erwirken, den sie mittelbar erlitten haben. Zu prüfen bleibt daher, ob die Klägerinnen in ihren weiteren Ausführungen eine direkte Schädigung in dem Sinne behaupten, dass sie einen Schaden erlitten haben, welcher nicht reflexartig als Folge der Vergrösserung

der Überschuldung der H.\_\_\_\_\_, sondern unabhängig davon, als Folge eines pflichtwidrigen Verhaltens der Beklagten den Klägerinnen gegenüber eingetreten ist.

### 3.3.3. Unterlassung der Buchführung

Die Klägerinnen behaupten, die Beklagten hätten Forderungen gegenüber der J.\_\_\_\_ und Verbindlichkeiten aus dem Mietverhältnis zwischen der H.\_\_\_\_ und den Klägerinnen in der Bilanz der H.\_\_\_\_ verbuchen müssen. Die Beklagten hätten es ausserdem unterlassen, Abschreibungen in Bezug auf die Mietinvestitionen vorzunehmen. Indem sie diese Buchungsvorgänge nicht vorgenommen hätten bzw. keine "tagfertige Buchhaltung" geführt hätten, hätten sie sich der Unterlassung der Buchführung verantwortlich gemacht (act. 31 Rz. 10; act. 32 Rz. 7, Rz. 10, Rz. 56).

Die Tathandlung bei der hier angesprochenen Unterlassung der Buchführung nach Art. 166 StGB besteht darin, dass der Schuldner die ihm gesetzlich obliegende Pflicht zur ordnungsmässigen Führung und Aufbewahrung von Geschäftsbüchern oder zur Aufstellung einer Bilanz verletzt. Die Norm soll gewährleisten, dass der Vermögensstatus eines Unternehmens im Interesse sowohl der daran beteiligten Personen als auch der Gläubiger stets vollständig ersichtlich ist.

Unklar ist, was die Klägerinnen aus diesen Ausführungen ableiten wollen. Wenn die Klägerinnen sinngemäss den Vorwurf erheben wollen, durch die Unterlassung der Buchführung sei eine bestehende Überschuldung verdeckt worden, so zielen diese Äusserungen höchstens auf eine direkte Schädigung der H.\_\_\_\_ und eine *mittelbare Schädigung* des klägerischen Vermögens. Dahin geht auch die klägerische Behauptung, die Beklagten hätten bei rechtmässiger Buchführung bemerken müssen, dass die H.\_\_\_\_ marode gewesen sei (act. 32 Rz. 11). Eine direkte Schädigung des klägerischen Vermögens wird im Zusammenhang mit den angeblich unterlassenen Buchungsvorgängen weder dargelegt, noch ist eine solche ersichtlich.



#### 3.3.4. Ungetreue Geschäftsbesorgung

Die Behauptungen der Klägerinnen, wonach sich die Beklagten einer ungetreuen Geschäftsführung respektive Gläubigerschädigung, wenn nicht gar eines betrügerischen Konkurses verantwortlich gemacht hätten, indem sie es zugelassen hätten, dass die J.\_\_\_\_\_ alle Einnahmen habe "einsacken" können, während die H.\_\_\_\_\_ selbst noch weiterhin Verpflichtungen angehäuft habe (act. 32 Rz. 23, Rz. 25), betreffen eine direkte Schädigung der H.\_\_\_\_\_ und damit höchstens eine *mittelbare Schädigung* der Klägerinnen. Die Klägerinnen sagen selber, dass durch diese Verhaltensweise auch die Aktiven der H.\_\_\_\_\_ vermindert worden seien (act. 31 Rz. 25). Auf eine direkte Schädigung der Klägerinnen nehmen sie aber in keiner Weise Bezug, womit die Klägerinnen auch in diesem Zusammenhang keine Behauptungen aufgestellt haben, die auf das Vorliegen einer unmittelbaren Vermögensschädigung ihrerseits schliessen lassen.

#### 3.3.5. Nachlässigkeit in der Berufsausübung

Auch der wiederholte klägerische Vorwurf der Nachlässigkeit in der Berufsausübung im Sinne von Art. 165 StGB durch "ungenügende Kapitalausstattung", "permanentes Wegsehen", "Nichtwissenwollen" und "völliges Unterlassen jeglicher Kontrollen" des Personals (act. 32 Rz. 31, Rz. 54 f., Rz. 66) steht nicht im Zusammenhang mit einem direkten Schaden der Klägerinnen. Die Bestimmung regelt den Tatbestand, wonach ein Täter durch Misswirtschaft seine Überschuldung herbeiführt oder verschlimmert, seine Zahlungsunfähigkeit herbeiführt oder im Bewusstsein seiner Zahlungsunfähigkeit seine Vermögenslage verschlimmert. Der Gläubiger würde demnach im Falle der Misswirtschaft indirekt geschädigt, indem die Gesellschaft aufgrund ihrer Zahlungsunfähigkeit nicht in der Lage ist, seine Forderung zu begleichen. Die Klägerinnen führen denn auch selbst aus, dass die Nachlässigkeit zum Zusammenbruch der H.\_\_\_\_\_ geführt habe (act. 31 Rz. 31). Geschädigt würde durch ein solches Vorgehen allenfalls die Gesamtheit der Gläubiger, nicht aber die einzelnen Klägerinnen. Damit beziehen sich die Ausführungen höchstens auf eine *mittelbare Schädigung* der Klägerinnen. Mit einer direkten Schädigung der Klägerinnen haben auch diese Ausführungen indessen nichts zu tun.

### 3.3.6. Verfahrensverzögerung und Falschaussagen

3.3.6.1. Weiter stellen sich die Klägerinnen auf den Standpunkt, dass die Beklagten das Ausweisungsverfahren gegen die H.\_\_\_\_\_ verzögert hätten, indem sie behauptet hätten, dass die H.\_\_\_\_\_ nicht mehr Mieterin der fraglichen Räume gewesen sei und indem sie den Ausweisungsentscheid anschliessend an das Obergericht des Kantons Zürich weitergezogen hätten (vgl. act. 31 Rz. 9, Rz. 12; act. 32 Rz. 21, Rz. 76). Diese "Falschaussage", nämlich die Behauptung, dass die H.\_\_\_\_\_ nicht passivlegitimiert sei, hätten die Beklagten sodann auch anlässlich des Konkursverfahrens und sogar noch nach Konkurseröffnung gegenüber dem Konkursamt getätigt. Damit hätten sie eine sofortige Siegelung der Räume erfolgreich zu verhindern versucht. Die Inventarisierung habe erst mit Verspätung erfolgen können, wodurch das Konkursverfahren verzögert worden sei. Aufgrund dieses wahrheitswidrigen, rechtsmissbräuchlichen und gesetzeswidrigen bzw. obstruktiven Verhaltens hätten die Mieträumlichkeiten nicht zeitnah zwischenvermietet werden können. Folglich seien die Beklagten für den daraus erwachsenen Schaden haftbar (act. 31 Rz. 12; act. 32 Rz. 21, Rz. 65).

3.3.6.2. Vorab ist darauf hinzuweisen, dass aus den klägerischen Ausführungen nicht hervorgeht, ob sie sich auf einen direkten oder nur mittelbaren Schaden der Klägerinnen beziehen. Die Schadensqualifikation kann aber ohnehin einstweilen offen bleiben, da die Klägerinnen den behaupteten Schaden aus den angeblichen Verfahrensverzögerungen und Falschaussagen überhaupt nicht beziffern. Die Formulierung, die Beklagten hätten für den "*daraus erwachsenen Schaden*" zu haften (act. 32 Rz. 21), stellt keine hinreichende Bezifferung respektive Substanziierung des Schadens dar. Weitere Ausführungen zu den angeblichen Verfahrensverzögerungen, welche auf einen Schaden Bezug nehmen, sind nicht ersichtlich. So haben die Klägerinnen insbesondere nicht dargelegt, welcher Schaden aus der angeblich verspätet erfolgten Siegelung der Räume bzw. Inventarisierung der Vermögenswerte der H.\_\_\_\_\_ entstanden sei. Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, die Schadenspositionen aus der sinngemässen Behauptung der Klägerinnen zu ermitteln, ohne Verfahrensverzögerungen bzw. Falschaussagen hätte eine Zwischenvermietung "zeitnah" erfolgen können (act. 32 Rz. 65). Es ist auch nicht

Aufgabe des Gerichts, die Schadenspositionen anhand der eingereichten Beilagen selber zu ermitteln. Im Übrigen ergeben sich Bestand und Höhe eines allfälligen Anspruchs aus der angeblich verspätet erfolgten Siegelung bzw. Inventarisierung auch nicht aus den eingereichten Beweismitteln. Es war vielmehr Sache der Klägerinnen, den tatsächlich aufgrund der behaupteten Verfahrensverzögerungen bzw. Falschaussagen eingetretenen sowie den betragsmässig für die Schadenersatzklage relevanten Schaden darzulegen.

3.3.6.3. Lediglich der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass die Klägerinnen auch nicht darlegen, welches pflichtwidrige Verhalten sie den Beklagten im Zusammenhang mit den angeblichen Verfahrensverzögerungen bzw. Falschaussagen vorwerfen. Daher könnte diesbezüglich selbst dann nichts zugunsten der Klägerinnen abgeleitet werden, wenn von einer hinreichenden Schadenssubstanziierung ausgegangen würde. Denn eine ungerechtfertigte Inanspruchnahme staatlicher Verfahren kann nur ausnahmsweise widerrechtlich im Sinne von Art. 41 Abs. 1 OR sein. Grundsätzlich ist jeder Bürger befugt, für Ansprüche, die er zu besitzen meint, den behördlichen Schutz anzurufen und insbesondere Rechtsmittel gegen einen behördlichen Entscheid zu ergreifen. Widerrechtlichkeit kann also nicht bereits dann bejaht werden, wenn der geltend gemachte Anspruch objektiv nicht besteht (BGE 117 II 394 E. 4 S. 398; OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Besonderer Teil, Band II/1, 1987, § 16 N 163 ff., N 206; BGE 93 II 170 E. 9 S. 183; BGE 88 II 276 E. 4 S. 280 f.; vgl. zum Missbrauch einer formalen Rechtsstellung durch ungerechtfertigte Inanspruchnahme staatlicher Verfahren sodann SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2012, N 51.01 ff.; BGE 124 III 297 E. 5e) S. 302 f.; BGE 115 III 18 E. 3b S. 21).

Es wäre daher an den Klägerinnen gelegen darzulegen, inwiefern die Beklagten prozessuale Schritte ohne sachliche Gründe vorgenommen bzw. keine eigentlichen Interessen verfolgt haben. Es reicht nicht aus, pauschal zu behaupten, das Vorbringen der fehlenden Passivlegitimation der H.\_\_\_\_\_ sei ein "sinnloser Einwand" der Beklagten gewesen (act. 32 Rz. 32). Die Klägerinnen behaupten insbesondere nicht, dass der einzige Zweck des prozessualen Verhaltens der Be-

klagten in der Schädigung der Klägerinnen als Verfahrenspartei gelegen habe. Die Klägerinnen weisen lediglich auf die generelle Absicht der Beklagten hin, diese hätten noch so lange wie möglich im Mietobjekt verbleiben wollen, um die Einnahmen aus dem weiter betriebenen Geschäft abzukassieren und dann letztlich auch die J.\_\_\_\_\_ mit einem Schuldenberg fallieren zu lassen (act. 32 Rz. 76). Mit dieser Aussage wird zwar indirekt auf eine Schädigung der Klägerinnen Bezug genommen, aber keineswegs behauptet, der Zweck der Ergreifung eines Rechtsmittels – nicht etwa des Verbleibs im Mietobjekt an sich – habe *einzig in der Schädigung der Klägerinnen* bestanden.

3.3.6.4. Gleiches gilt für die angeblichen Falschaussagen, welche nur im Falle des sog. Prozessbetrugs eine unerlaubte Handlung im Sinne von Art. 41 Abs. 1 OR darstellen können. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn eine Partei durch falsche Aussagen ein fälschlicherweise zu ihren Gunsten lautendes Urteil durch unerlaubte Mittel (arglistige Täuschung, gefälschte Beweismittel) erwirkt. Doch selbst bei bewussten Falschaussagen einer Verfahrensbeteiligten resultieren keine Schadenersatzfolgen nach Art. 41 Abs. 1 OR, wenn gegen einen solchen Entscheid auf dem Rechtsmittelweg vorgegangen werden kann. Liegt ein rechtskräftiges Urteil vor, so kann eine Schadenersatzklage ebenfalls nicht in Frage kommen (OFTINGER/STARK, a.a.O., § 16 N 174 ff.).

Die Klägerinnen haben nicht ansatzweise dargelegt, inwiefern durch die angebliche Falschaussage der Beklagten in Bezug auf die fehlende Passivlegitimation der H.\_\_\_\_\_ ein fälschlicherweise zu ihren Gunsten resultierendes Urteil ergangen sei (vgl. act. 31 Rz. 12). Die Ausweisungsverfügung erging zugunsten der Klägerinnen. Aus den Ausführungen zur sofortigen Siegelung bzw. Inventarisierung geht nicht hervor, ob diese Verfahrensschritte gar nicht oder lediglich verspätet erfolgt sind. Die Klägerinnen haben auch nicht dargelegt, inwieweit ihnen oder der H.\_\_\_\_\_ daraus ein Schaden erwachsen sei. Gleiches gilt auch für die angeblichen Einwendungen im Konkursverfahren vor und nach Konkurseröffnung. In Bezug auf die Handlungen der Beklagten nach erfolgter Konkurseröffnung stellt sich ohnehin die Frage, ob sie aus gesellschaftsrechtlicher Verantwortlichkeit belangt werden können. Die Haftung als Organ nach Art. 754 OR endet in dem Zeit-

punkt, in dem gesellschaftsintern die Möglichkeit entfällt, Entscheide der Gesellschaft zu beeinflussen (BGE 111 II 480 E. 2a) S. 484). Nach Konkurseröffnung sind die Organe der Gesellschaft in ihrem Amt automatisch eingestellt und verlieren grundsätzlich die Verfügungsbefugnis über die Konkursmasse, welche auf die Gläubiger übergeht. Die Konkursverwaltung besorgt die Liquidation nach den Vorschriften des Konkursrechts (Art. 826 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 740 Abs. 5 OR). Indem der aufgelösten Gesellschaft während der konkursamtlichen Liquidation nur noch die Rechte des gemeinen Schuldners zustehen, kommen den Organen nur noch Pflichten wie die Auskunftspflicht, die Pflicht zur Abgabe von Erklärungen über die Konkurseingaben oder die allgemeine Präsenzpflichten zu.

Schliesslich wurde seitens der Klägerinnen auch keine sittenwidrige Verhaltensweise der Beklagten behauptet, welche eine unerlaubte Handlung im Sinne von Art. 41 Abs. 2 OR darstellen würde.

### 3.3.7. "Besetzung" durch die J.\_\_\_\_\_

Die Klägerinnen führen einen Teil des behaupteten Schadens auf den Verbleib der J.\_\_\_\_\_ in den Mieträumlichkeiten der Klägerinnen zurück (act. 32 Rz. 29, Rz. 57, Rz. 64, Rz. 68, Rz. 80). Entsprechend seien mehrere Schadensposten, wie diejenigen für Schlüsselservice, Schlossauswechslung, Reinigung, Retentionsurkunde deshalb entstanden, weil die Mieträumlichkeiten durch die J.\_\_\_\_\_ "besetzt" worden seien bzw. weil die Beklagten die Mieträumlichkeiten durch die J.\_\_\_\_\_ hätten "besetzen lassen" (act. 31 Rz. 13a; act. 32 Rz. 29, Rz. 64). Obwohl die Klägerinnen den Schaden erneut als "mittelbar" und "unmittelbar" bezeichnen (act. 32 Rz. 68), ist davon auszugehen, dass die Klägerinnen – zumindest für die soeben genannten Schadenspositionen – eine von der Zahlungsfähigkeit der H.\_\_\_\_\_ unabhängige Beeinträchtigung des klägerischen Vermögens behaupten (vgl. act. 32 Rz. 29: *"Die Besetzung war sehr wohl kausal zum Schaden .]] . ...]*

Weiter gehen die Klägerinnen davon aus, dass durch die "Besetzung" der Mieträumlichkeiten durch die J.\_\_\_\_\_ auch die H.\_\_\_\_\_ geschädigt worden sei (act. 32 Rz. 68). So führen die Klägerinnen aus, dass sich die Passiven der

H.\_\_\_\_\_ vermehrt hätten, weil das Mietobjekt spätestens ab Juli 2010 nicht mehr genutzt und stattdessen der J.\_\_\_\_\_ überlassen worden sei. Die H.\_\_\_\_\_ sei deshalb geschädigt worden, weil sie keinen Gegenwert erhalten habe. Die H.\_\_\_\_\_ habe ausserdem für das Verhalten der J.\_\_\_\_\_ aus dem Mietverhältnis gehaftet. Entsprechend hätten sich die Passiven der H.\_\_\_\_\_ vermehrt, weil die Forderungen der Klägerinnen auf der Passivseite der Bilanz hätten verbucht werden müssen (act. 31 Rz.10; act. 32 Rz. 23, Rz. 25). Wie gesehen, ist das Vermögen nach der Differenztheorie bereits mit dem Entstehen einer Verbindlichkeit geschädigt. Damit behaupten die Klägerinnen also, dass die H.\_\_\_\_\_ durch dasselbe Verhalten der Beklagten *direkt geschädigt* worden sei, das auch die Klägerinnen direkt geschädigt habe.

Ihren direkten Schaden können die Klägerinnen im Konkurs der H.\_\_\_\_\_ nach dem Gesagten nur geltend machen, soweit die behauptete Vertragsverletzung gleichzeitig eine unerlaubte Handlung der Beklagten nach Art. 41 OR darstellt, einen Tatbestand der *culpa in contrahendo* erfüllt oder eine gläubigerschützende Bestimmung verletzt, welche ausschliesslich zum Zwecke des Schutzes des klägerischen Vermögens aufgestellt wurde (vgl. vorne Ziff. 3.2.3.2).

### 3.3.8. Fazit

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die klägerischen Vorwürfe der Nichtdeponierung der Bilanz, Unterlassung der Buchführung, ungetreuen Geschäftsbesorgung und Nachlässigkeit in der Berufsausübung höchstens im Zusammenhang mit einer direkten Schädigung der H.\_\_\_\_\_ und damit einer bloss mittelbaren Schädigung der Klägerinnen stehen. Eine mittelbare Schädigung können die Klägerinnen – wie dargelegt wurde – nicht geltend machen. Eine direkte Schädigung der H.\_\_\_\_\_ ist im Rahmen des Eventualbegehrens zu prüfen. Mangels genügender Schadenssubstanziierung und Widerrechtlichkeit kann auch aus den behaupteten Verfahrensverzögerungen und Falschaussagen nichts zugunsten der Klägerinnen abgeleitet werden. Schliesslich werfen die Klägerinnen den Beklagten im Zusammenhang mit dem Verbleib der J.\_\_\_\_\_ in den Mieträumen der Klägerinnen ein pflichtwidriges Verhalten vor, welches zu einer direkten Vermögensbeeinträchtigung der Klägerinnen geführt habe. Da sie zugleich eine

direkte Schädigung der H.\_\_\_\_\_ behaupten, bleibt zu prüfen, ob die Klägerinnen ihre Klage mit einer unerlaubten Handlung (Art. 41 OR) oder einer ausschliesslich zum Schutz der Gläubiger konzipierten Bestimmung des Gesellschaftsrechts begründen können.

### 3.4. Unerlaubte Handlung

#### 3.4.1. Standpunkte

3.4.1.1. Die Klägerinnen werfen den Beklagten im Zusammenhang mit dem Verbleib der J.\_\_\_\_\_ in den Mieträumlichkeiten vor, dass sie die Räumlichkeiten durch die J.\_\_\_\_\_ hätten "besetzen lassen", obwohl die Klägerinnen einer Übertragung der Mieträumlichkeiten nicht zugestimmt hätten. Entsprechend sei die Übergabe der Schlüssel zum Betrieb der H.\_\_\_\_\_ an die J.\_\_\_\_\_ "illegal" gewesen, wofür die Beklagten verantwortlich seien. Die Beklagten würden für die schädigenden Handlungen der "Besetzerin" sodann haften, weil sie die Geschäftsführung "angeblich an offenbar kriminelle Personen" delegiert und diese nie überwacht hätten (act. 31 Rz. 8; act. 32 Rz. 27, Rz. 29).

3.4.1.2. Die Beklagten bestreiten dagegen, dass ihnen im Zusammenhang mit dem Verbleib der J.\_\_\_\_\_ in den Mieträumlichkeiten ein pflichtwidriges bzw. widerrechtliches Verhalten vorzuwerfen sei. Die Beklagten 1 und 2 führen zudem aus, in keiner Weise an der J.\_\_\_\_\_ beteiligt gewesen zu sein. Die Geschäftsführung sei nicht an die J.\_\_\_\_\_ delegiert worden. Vielmehr habe dem Konzept eine Mietübertragung zugrunde gelegen, mit dem Ziel, dass die J.\_\_\_\_\_ den Betrieb im eigenen Namen und auf eigene Rechnung weiterführe. Die Beklagten 3 und 4 weisen zudem darauf hin, dass das von den Klägerinnen gegen die Beklagten angestrebte Verfahren wegen Hausfriedensbruchs eingestellt worden sei, weshalb die Klägerinnen daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten könnten. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sei auch nicht die Beurteilung des Verhaltens der J.\_\_\_\_\_, welche nicht beklagt sei (act. 15 S. 11, S. 13 ff.; act. 37 S. 3, S. 151, S. 160., S. 169, S. 171; act. 40 Rz. 13, Rz. 57).

### 3.4.2. Widerrechtlichkeit

Der Schaden aus unerlaubter Handlung im Sinne von Art. 41 Abs. 1 OR ist zu ersetzen, wenn er widerrechtlich, kausal und verschuldet verursacht wurde. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung ist eine Schadenszufügung im Sinne von Art. 41 OR widerrechtlich, wenn sie gegen eine allgemeine Pflicht verstösst, indem entweder ein absolutes Recht des Geschädigten beeinträchtigt (Erfolgsunrecht) oder eine reine Vermögensschädigung durch Verstoss gegen eine Norm bewirkt wird, die nach ihrem Zweck vor derartigen Schäden schützen soll (BGE 119 II 127 E. 3 S. 128 f. m.w.H.; OFTINGER/STARK, a.a.O., § 16 N 43, N 94 ff.; BÖCKLI, a.a.O., § 18 N 312). So gilt beispielsweise das Eigentum als absolutes Recht, dessen Verletzung grundsätzlich Widerrechtlichkeit im Sinne der Bestimmung begründet. Ist aber das Eigentumsrecht derart beeinträchtigt, dass der Eigentümer an der Nutzung einer in seinem Eigentum stehenden Sache gehindert wird, ohne dass die Sache beschädigt wird, liegt höchstens ein reiner Vermögensschaden vor, der nur in Verletzung einer Schutznorm zu ersetzen ist (BREHM, in: Berner Kommentar, Obligationenrecht, 3. Aufl. 2006, N 37 zu Art. 41 OR). Zur Beurteilung der Frage, ob eine solche Schutznorm vorliegt, sind der durch die Norm geschützte Personenkreis, das geschützte Rechtsgut und die durch sie zu vermeidende Gefahr zu eruieren. Schliesslich ist die Schutznorm auch vor dem Hintergrund zu prüfen, ob es der *ratio legis* entspricht, dass ein Verstoss Schadenersatzansprüche zur Folge haben soll. Solche Schutznormen finden sich vorwiegend im Bereich des Strafrechts, insbesondere bei den Vermögensdelikten (z.B. Art. 146 StGB).

Der Tatbestand des Hausfriedensbruchs nach Art. 186 StGB schützt das Hausrecht, d.h. die Privat- und Geheimsphäre des Wohnungsinhabers. Geschützt ist damit grundsätzlich das Hausrecht des Mieters, welches mit Einzug des Mieters beginnt und mit dem Auszug endet. Dies gilt zumindest für den Fall, dass er die Räumlichkeiten anfänglich rechtmässig, zum Beispiel aufgrund eines Mietvertrages, in Besitz genommen hat. Bleibt ein Mieter nach Ablauf des Mietvertrags in den Räumlichkeiten, so hat der Vermieter in diesen Räumen zu diesem Zeitpunkt schon rein faktisch keine Privat- und Geheimsphäre, die des strafrechtlichen



Schutzes bedürfte. Indem der Tatbestand des Hausfriedensbruchs das Rechtsgut "Geheim- und Privatsphäre" des Mieters schützt, der das Mietobjekt anfänglich rechtmässig in Besitz genommen hat, und nicht das Vermögen des Vermieters, kann in diesem Fall Art. 186 StGB auch nicht als Schutznorm qualifiziert werden, die dem Vermieter die Durchsetzung seiner zivilrechtlichen Ansprüche aus Mietvertrag erleichtern soll (vgl. Urteil 1B\_510/2012 vom 16. November 2012 E. 2.3 mit Verweis auf BGE 112 IV 31 E. 3c S. 34).

### 3.4.3. Würdigung

Die Klägerinnen stellen sich sinngemäss auf den Standpunkt, die J.\_\_\_\_\_ sei gegen den Willen der Klägerinnen im Mietobjekt verblieben, womit der Tatbestand des Hausfriedensbruchs angesprochen ist. Die angesprochene Bestimmung Art. 186 StGB schützt, wie gesehen, grundsätzlich die Geheim- und Privatsphäre der H.\_\_\_\_\_ als Mieterin der Räumlichkeiten. Diese hatte die Mieträumlichkeiten unbestrittenermassen ab dem 1. Oktober 1996 gestützt auf gültige Mietverträge (act. 27/7-11) anfänglich rechtmässig in Besitz genommen. Daher hatte sie das Hausrecht auch noch nach Ablauf der Kündigungsfrist vom 31. Oktober 2010 bis zu ihrem endgültigen Auszug inne. Als Inhaberin des Hausrechts war die H.\_\_\_\_\_ unter diesem Titel sodann grundsätzlich befugt, Dritte in die Mieträumlichkeiten zu lassen. Daher konnte auch die Schlüsselübergabe an die J.\_\_\_\_\_ nicht "illegal" im Sinne der genannten Bestimmung sein. Unter diesem Titel ist auch nicht zu beanstanden, dass die Beklagten gestützt auf ihre Organfunktion über die J.\_\_\_\_\_ angeblich keine Kontrolle ausgeübt hatten. Dazu waren sie in der Funktion als Organe der H.\_\_\_\_\_ aufgrund deren juristischen Unabhängigkeit von der J.\_\_\_\_\_ – ungeachtet einer teilweisen personellen Übereinstimmung bei den Beklagten 3 und 4 – im Übrigen auch nicht befugt. Die Klägerinnen können unter diesem Titel daher nichts zu ihren Gunsten ableiten. Indem der Tatbestand des Hausfriedensbruchs im Falle einer rechtmässigen Inanspruchnahme der Mieträumlichkeiten nicht das Vermögen des Vermieters schützt, kann Art. 186 StGB nicht als Schutznorm qualifiziert werden, welche den Klägerinnen als Vermieterinnen zur Durchsetzung ihrer zivilrechtlichen Ansprüche verhelfen soll. Im Übrigen ist auf die Ausführungen des Bundesgerichts zu verweisen, welches im

genannten Urteil 1B\_510/2012 vom 16. November 2012 den Tatbestand des Hausfriedensbruchs in Bezug auf das von den Klägerinnen gegen die Beklagten angestrebte strafrechtliche Verfahren zu beurteilen hatte. Das Bundesgericht führte aus, dass es zu den normalen Geschäftsrisiken des Vermieters gehöre, wenn ein Mieter die Mietsache nach Ablauf des Mietvertrags nicht freiwillig freigebe.

Eine andere Frage ist, ob den Klägerinnen zivilrechtliche Ansprüche aus Vertragsrecht gegen die H.\_\_\_\_\_ zustanden, was vorliegend aber nicht zu beurteilen ist. Das Verhalten der an der J.\_\_\_\_\_ beteiligten Beklagten 3 und 4 in ihrer Funktion als Organe der J.\_\_\_\_\_ gilt es vorliegend ebenso wenig zu beurteilen wie eine allfällige Schadenersatzpflicht der J.\_\_\_\_\_, weshalb sich weitere Erwägungen hierzu erübrigen.

Weitere Verhaltensweisen der Beklagten im Zusammenhang mit dem Verbleib der J.\_\_\_\_\_ in den Mieträumlichkeiten, die eine unerlaubte Handlung nach Art. 41 Abs. 1 OR darstellen könnten – wie beispielsweise eine allfällige Beschädigung der Mieträumlichkeiten –, wurden von den Klägerinnen nicht dargelegt und sind auch nicht ersichtlich.

### 3.5. Ausschliesslich gläubigerschützende Bestimmungen

Die Verletzung einer gläubigerschützenden Bestimmung des Aktienrechts, welche im Zusammenhang mit einer behaupteten direkten Schädigung der Klägerinnen steht, wurde seitens der Klägerinnen nicht behauptet. Die klägerischen Vorwürfe im Zusammenhang mit der Verletzung von Bestimmungen der Bilanzierung, über die Erhaltung des Grundkapitals und über die Anzeigepflichten bei Überschuldung nach Art. 725 OR stehen im Zusammenhang mit einer behaupteten direkten Schädigung der H.\_\_\_\_\_. Im Übrigen handelt es sich dabei um Bestimmungen, welche auch die Aktionäre bzw. die Gesellschaft und damit nicht ausschliesslich Gläubiger schützen (BGE 110 II 391 E. 2b) S. 395; BGE 128 III 180 E. 2c) S. 182 f.; KURER/KURER, in: Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Aufl. 2012, N 2 zu Art. 675 OR; BÖCKLI, a.a.O., § 18 N 305 f.; WATTER/TRUFFER, in: AJP 1996 S. 1583 f.).

### 3.6. Fazit

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Klägerinnen in ihrem Hauptbegehren ein Nebeneinander von mittelbaren und unmittelbaren Ansprüchen geltend machen. Erstere können die Klägerinnen im Konkurs der H.\_\_\_\_\_ nicht gegen die Beklagten geltend machen. Ein unmittelbarer Schaden aus Verfahrensverzögerungen oder Falschaussagen wurde von den Klägerinnen nicht hinreichend dargelegt. Weiter ist keine Verletzung einer für die ausservertragliche Geltendmachung eines unmittelbaren Vermögensschadens als Anspruchsgrundlage taugliche Schutznorm ersichtlich, welche Ansprüche gegen die Beklagten im Zusammenhang mit dem Verbleib der J.\_\_\_\_\_ in den Mieträumlichkeiten begründen könnte. Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich somit, dass die Klage aus unmittelbarer Schädigung der Klägerinnen abzuweisen ist. Auf die Prüfung der weiteren Tatbestandsvoraussetzungen – Kausalzusammenhang und Verschulden – kann daher verzichtet werden. Aufgrund der Klageabweisung mangels Substanziierung bzw. Widerrechtlichkeit erübrigt sich im Zusammenhang mit der direkten Schädigung auch die Prüfung der Passivlegitimation der Beklagten 1 bis 4. Es bleibt somit zu prüfen, ob ein von den Klägerinnen im Eventualbegehren geltend gemachter Gesellschaftsschaden vorliegt, für den die Beklagten verantwortlich sind.

## 4. Eventualbegehren

### 4.1. Klagerecht

Im Eventualbegehren machen die Klägerinnen den Schaden der H.\_\_\_\_\_ geltend, wozu sie als Abtretungsgläubigerinnen, deren Forderungen rechtskräftig kolloziert wurden, legitimiert sind. Die Aktivlegitimation der Klägerinnen ist nicht zu prüfen (BGE 132 III 342 E. 2.3 S. 347; BGE 132 III 564 E. 3.3 S. 571 = Pra 2007 Nr. 57 S. 381).

## 4.2. Gesellschaftsschaden

### 4.2.1. Standpunkte

4.2.1.1. In Bezug auf den direkten Schaden der H.\_\_\_\_\_ legen die Klägerinnen im Eventualbegehren unter dem Titel "mittelbarer Schaden" im Wesentlichen dar, dass die H.\_\_\_\_\_ ein "ungedecktes Schuldenloch" bzw. "ungedechte Passiva" von mindestens CHF 483'578.05 hinterlassen habe. Dieser Betrag entspreche dem gesamten Schaden gemäss Kollokationsplan. Es sei davon auszugehen, dass der gesamte Schaden noch erheblich höher sei, weil offenbar einige Konkursanmeldungen gar nicht erst erfolgt seien (act. 31 Rz. 6, Rz. 14; act. 32 Rz. 13). Auch sei die nachträgliche Forderung des Beklagten 1 noch nicht im Kollokationsplan enthalten. Rechtskräftig kolloziert worden seien öffentlich-rechtliche Forderungen wie Pensionskassen-Beiträge für die Jahre 2009 und 2010, Mehrwertsteuern für die Jahre 2009 und 2010 und den Arbeitnehmern bereits belastete Quellensteuern für die Jahre 2009 und 2010, welche die Beklagten schuldig geblieben seien. Solches "Gebaren" werde als "Misswirtschaft" bezeichnet (act. 31 Rz. 14). Im "ungedeckten Schuldenloch" seien sodann nur einzelne der rund 25 bis 30 Einzelgläubiger mit Forderungen von rund CHF 313'000.– gemäss der "Offen-Posten-Liste" (act. 27/3) enthalten. Dieser Schaden sei von den Beklagten unter Verletzung der Pflicht zur genügenden Kapitalausstattung und durch arge Nachlässigkeit in der Berufsausübung verursacht worden. Der Schaden sei nicht zuletzt aber durch die nicht zum gesetzlich vorgeschriebenen Zeitpunkt erfolgte Bilanzdeponierung "enorm vergrössert" worden (act. 31 Rz. 14; act. 32 Rz. 66).

Der Gesellschaftsschaden bestehe also keineswegs nur aus dem Fortführungsschaden, wie bereits die Forderungseingabe des Beklagten 1 belege (act. 32 Rz. 62). Die Höhe des Gesellschaftsschadens könne allerdings noch nicht ganz genau beziffert werden, weil das Konkursverfahren wegen der "Obstruktion des Beklagten 1" noch nicht habe beendet werden können. Alles, was der H.\_\_\_\_\_ gehört habe, sei konkursamtlich verwertet worden. Die Klägerinnen könnten sich aber noch nicht dazu äussern, ob es aus einem Mietzinsdepot oder anderen Aktiva der H.\_\_\_\_\_ noch eine geringe Ausschüttung geben werde. Höchstwahrscheinlich werde ein Überschuss von den Verfahrenskosten aufgezehrt werden

bzw. würden bei Gesamtaktiva von rund CHF 11'000.– kaum mehr als die Kosten des Verfahrens gedeckt werden können (act. 31 Rz. 6, Rz. 14; act. 32 Rz. 13, Rz. 30; Rz. 59, Rz. 61 f.). Es sei davon auszugehen, dass im Konkurs der H.\_\_\_\_\_ keine Dividende bezahlt werde. Ganz genau werde man das "später" wissen (act. 32 Rz. 71). Beim Gesellschaftsschaden müsse nicht mehr jeder einzelne Posten nochmals belegt werden, sondern hier könne man sich auf die Ergebnisse der Inventarisierung und des Schuldenerufes beziehen (act. 32 Rz. 62). Es gehe insbesondere nicht darum, zu belegen, welche hypothetische Dividende bei einer früheren Bilanzhinterlegung zu erwarten gewesen wäre, weil für die Klägerinnen im damaligen Zeitpunkt keine offenen Forderungen bestanden hätten. Es gehe also nicht darum, Liquidationswerte der H.\_\_\_\_\_ zu bestimmen, sondern um den Fortführungsschaden, welcher jeden Monat mehr angewachsen sei, weil die Fixkosten nicht mehr bezahlt worden seien (act. 32 Rz. 23, Rz. 57).

4.2.1.2. Die Beklagten bestreiten das Vorliegen eines Gesellschaftsschadens, wie er von den Klägerinnen geltend gemacht wird. Sie wenden ein, dass die Klägerinnen den Gesellschaftsschaden in der Höhe von CHF 483'578.05 nicht substantiiert hätten. Insbesondere könne der im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozess relevante Gesellschaftsschaden nicht mittels Hinweis auf die definitive Kollokation der Gläubigerforderungen substantiiert werden (act. 15 S. 6, S. 16; act. 12 Rz. 56 ff., Rz. 65). In Bezug auf den Fortführungsschaden werde klägerischerseits kein Vergleich zwischen einer hypothetischen und einer effektiven Konkursdividende angestellt, wie dies die Gerichtspraxis verlange. Der Fortführungsschaden entspreche insbesondere nicht der Summe der ungedeckten Passiva (act. 12 Rz. 62, Rz. 86, Rz. 110; act. 15 S. 11; act. 37 S. 150; act. 40 Rz. 43, Rz. 45 f., Rz. 88). Ergänzend bemängeln die Beklagten 1 und 2, dass die Klägerinnen keinen Vergleich zwischen konkreten Bilanzen angestellt hätten (act. 37 S. 150). Ausserdem weisen sie darauf hin, dass öffentlich-rechtliche Forderungen zwar teilweise offen geblieben seien, den genauen Umfang aber die Klägerinnen darzulegen hätten (act. 15 S. 17).

#### 4.2.2. Fortführungsschaden

4.2.2.1. Besteht der Schaden – wie hier im Wesentlichen behauptet – in der Vergrösserung der Verschuldung der Konkursitin, welche durch eine verspätete Konkurserklärung entstanden ist (vgl. Art. 820 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 725 Abs. 2 OR), im sogenannten "Fortführungsschaden" zufolge Konkursverschleppung, so ist die tatsächlich eingetretene Überschuldung der Konkursitin mit jener zu vergleichen, die bei einem Konkurs zum früheren Zeitpunkt bestanden hätte (BGE 136 III 322 E. 3.2 S. 325; BGE 132 III 342 E. 2.3.3 S. 348; BGE 132 III 564 E. 6.2 S. 575 f.). Es gilt, den Vermögensstand der Gesellschaft bei Konkurseröffnung mit dem Vermögen zu jenem Zeitpunkt zu vergleichen, auf welchen die Organe nach klägerischer Behauptung die Konkurseröffnung bei pflichtgemäsem Handeln hätten herbeiführen müssen (vgl. zur Differenztheorie vorne Ziff. 3.2.1). Zu diesem Zweck kann der Überschuldungsgrad einzig gestützt auf Liquidationswerte ermittelt werden, denn die Konkurseröffnung zieht die Auflösung der Gesellschaft nach sich (Art. 821 Abs. 1 Ziff. 3 OR; BGE 136 III 322 E. 3.2.1 S. 325 f., bestätigt in: Urteil 4A\_60/2010 vom 30. Juli 2012 E. 3) und deren Liquidation nach den Regeln des Konkursrechts (Art. 826 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 740 Abs. 5 OR). Es ist mit anderen Worten die effektive Konkursdividende mit der hypothetischen zu vergleichen, die bei rechtzeitiger Benachrichtigung des Richters resultiert wäre. Der Liquidationswert ist der Wert, der bei Liquidation des Unternehmens und Einzelverkauf aller verkehrsfähigen Vermögensgegenstände zu erzielen wäre. Der Vermögensstand der Gesellschaft im Zeitpunkt der tatsächlichen Konkurseröffnung errechnet sich aus der Differenz zwischen den Aktiven und Passiven, d.h. aus dem Wert der Massaaktiven abzüglich der Summe aller rechtskräftig kollozierten Forderungen (GLASL, Die kollozierte Forderung im Verantwortlichkeitsprozess, SZW 2005 S. 157 ff., S. 164; BGE 138 III 675 E. 3.2 S. 677). Auch die Feststellung des Vermögens zu Liquidationswerten im hypothetischen Zeitpunkt der Konkurseröffnung beruht auf einer Gegenüberstellung von Aktiven und Passiven.

Die Liquidationswerte für die noch vorhandenen Aktiven im Zeitpunkt des tatsächlichen Konkurses werden erst nach erzieltm Erlös endgültig feststehen. Wurden noch nicht alle Aktiven veräussert, kann eine Gegenüberstellung der genauen

Zahlen des tatsächlichen Konkurses mit den geschätzten des hypothetischen Konkurses nicht erfolgen. Es braucht jedoch für die Schadensberechnung nicht immer der Abschluss des Verkaufes aller Aktivposten abgewartet zu werden. Die Liquidationswerte im Zeitpunkt des tatsächlichen Konkurses können auch nach Art. 42 Abs. 2 OR ermittelt werden, sofern die Voraussetzungen für die richterliche Schadensschätzung erfüllt sind (vgl. dazu sogleich Ziff. 4.2.2.2; LUTERBACHER, Die Schadenminderungspflicht, SSHW Band 238, 2005, S. 112). Der Schaden, der durch eine verzögerte Konkurseröffnung entstanden ist, kann folglich in der Weise festgestellt werden, dass der aus den Buchhaltungsunterlagen ersichtliche Saldo im Zeitpunkt der Verletzung der Benachrichtigungspflicht mit dem (höheren) Verlust im Zeitpunkt der tatsächlich erfolgten Konkurseröffnung verglichen wird. Der Nachweis des Vermögensstandes anlässlich der Konkurseröffnung kann gestützt auf das Konkursinventar und den Kollokationsplan erbracht werden. Nur der *ziffernmässige* Nachweis kann sich im Einzelfall als schwierig erweisen, wenn dem Kläger zuverlässige Angaben zu den *Veräusserungswerten* der vorhandenen Aktiven fehlen (GLASL, a.a.O., S. 164).

Nach dem Gesagten genügt es nicht, wenn der klagende Gläubiger darlegt, dass er im Konkurs der Gesellschaft einen bestimmten Forderungsausfall erlitten hat, weil diese Vermögensminderung beim Gläubiger und nicht bei der Gesellschaft eingetreten ist und daher keinen Schaden der Gesellschaft darstellt (BÖCKLI, a.a.O., § 18 Rz. 364a; Urteil 4C.316/2003 vom 3. März 2003 E. 7.3.1; Urteil 4C.292/2003 vom 25. Mai 2004 E. 3.3). Der ersatzpflichtige Schaden darf daher auch nicht dem Gesamtbetrag der kollozierten Forderungen im Gesellschaftskonkurs gleichgesetzt werden (SUTER, a.a.O., S. 111; LUTERBACHER, a.a.O., S. 103; WEBER, Beurteilung der neueren Rechtsprechung zur Verantwortlichkeit in Unternehmen, in: WEBER [Hrsg.], Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht III, Zürich 2006, S. 158; BGE 136 III 322 E. 3.3 S. 326; BGE 132 III 342 E. 2.3.3 S. 348; a.A. BÄTTIG, Die Verantwortlichkeit der Kontrollstelle im Aktienrecht, Diss. Zürich 1976, S. 17 f.). Schliesslich kann nur der Teil des Fortführungsschadens für die Ersatzpflicht relevant sein, der (adäquat) kausal auf die Pflichtwidrigkeit des einzelnen Organs zurückzuführen ist (BGE 136 III 322 E. 3.2.2 S. 326; BÖCKLI, a.a.O., § 18 N 369a).

4.2.2.2. Ist der Schaden aufgrund von Schwierigkeiten ziffernmässig nicht nachweisbar, hat die richterliche Schadensschätzung in Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR von Amtes wegen zu erfolgen. Schwierigkeiten können sich insbesondere beim Nachweis des hypothetischen Vermögensstands im Zeitpunkt der pflichtwidrig unterlassenen Konkursanmeldung ergeben, weil Veräusserungswerte der Vermögenswerte in der Regel fehlen. Die richterliche Schadensschätzung zielt aber lediglich auf eine Beweiserleichterung. Dem Kläger obliegt nach wie vor die Pflicht, soweit zumutbar und möglich, alle Umstände zu behaupten und zu beweisen, die für den Eintritt eines Schadens sprechen und dessen Abschätzung erlauben oder erleichtern. Art. 42 Abs. 2 OR befreit den Kläger somit nicht von der Darlegungslast und der Obliegenheit, im Rahmen des Zumutbaren relevante Behauptungen aufzustellen und Beweisanträge zu stellen, weil Kläger das Zumutbare tun müssen, um die Schätzung zu erleichtern bzw. rational nachvollziehbar zu machen (Urteil 4A\_462/2009 vom 16. März 2010 E. 2.2, nicht publ. in: BGE 136 III 322 und E. 3.4.5 S. 328 f.; Urteil 4C.292/2003 vom 25. Mai 2004 E. 4.4.3; BGE 128 III 271 E. 2b/aa S. 275 ff.; Urteil 4C.160/2001 vom 18. Dezember 2001 E. 2d/bb; BGE 122 III 219 E. 3a S. 221 mit weiteren Hinweisen; MÜLLER, Verantwortlichkeitsansprüche der Gläubigergesamtheit: Schadenssubstanziierung, Verjährung und Treuepflichtverletzung, GesKR 2010 S. 386; BÖCKLI, a.a.O., § 18 N 373).

#### 4.2.3. Würdigung

4.2.3.1. Wie dargelegt wurde, präjudiziert eine rechtskräftige Kollokation weder die Höhe des Gesellschaftsschadens noch erübrigt sich deswegen die Schadenssubstanziierung im Verantwortlichkeitsprozess. Soweit die Klägerinnen den der H.\_\_\_\_\_ aufgrund nicht rechtzeitig erfolgter Bilanzdeponierung angeblich zugefügten Schaden mit der Summe der nach Durchführung des Konkurses der H.\_\_\_\_\_ voraussichtlich ungedeckt bleibenden Gläubigerforderungen, mit der Summe der im Konkurs kollozierten Forderungen oder nur mit einzelnen kollozierten Forderungen gleichsetzen, ist nach dem Gesagten unschwer erkennbar, dass die Klägerinnen die Anforderungen an die Substanziierung des Fortführungsschadens verfehlen.



Auch die weiteren Ausführungen der Klägerinnen genügen nicht den Anforderungen an die Substanziierung des Fortführungsschadens. Denn die Klägerinnen beschränken sich in Bezug auf die Darlegung des Fortführungsschadens darauf, darzulegen, dass sich die Passiven der H.\_\_\_\_\_ durch die im angeblichen Zeitpunkt der Überschuldung im Juni/Juli 2010 nicht erfolgte Bilanzdeponierung bis zur Konkurseröffnung aufgrund der ausstehenden Mietzinsen, Nebenkosten und weiteren im Zusammenhang mit den Mieträumlichkeiten entstandenen Kosten erhöht hätten. Damit behaupten sie implizit, dass der bilanzielle Passivposten der H.\_\_\_\_\_ "Mietzinsen" im Zeitpunkt der tatsächlichen Konkurseröffnung der von den Klägerinnen erlittenen Vermögensbeeinträchtigung in der Höhe von CHF 251'538.20 entsprochen habe. Über die weiteren Passiven im Zeitpunkt der Konkurseröffnung finden sich insoweit Hinweise, als pauschal auf die angemeldeten Gläubigerforderungen gemäss Kollokationsplan verwiesen wird. Unklar ist allerdings, ob die Klägerinnen mit der Bezeichnung "ungedeckte Passiva gemäss Kollokationsplan" die Summe der kollozierten Forderungen oder den Umfang der nach Abzug der mutmasslichen Dividende ungedeckt bleibenden Gläubigerforderungen zum Ausdruck bringen wollen.

Selbst wenn die Klägerinnen mit dieser Ausdrucksweise den Vermögensstand der H.\_\_\_\_\_ im Zeitpunkt der tatsächlichen Konkurseröffnung geltend machen wollen, lässt sich nichts zu ihren Gunsten ableiten. Die Klägerinnen unterlassen es jedenfalls, Ausführungen zu den Passiven der H.\_\_\_\_\_ im von ihnen behaupteten hypothetischen Konkurszeitpunkt Juni/Juli 2010 zu machen. Sie behaupten in diesem Zusammenhang nur, die Klägerinnen wären bei einer Bilanzdeponierung im genannten Zeitpunkt nicht in ihrem Vermögen beeinträchtigt worden, weil die Mietzinsen bis zu diesem Zeitpunkt bezahlt wurden. Sie behaupten aber nicht, dass *der H.\_\_\_\_\_* im hypothetischen Konkurszeitpunkt im Zusammenhang mit den Mieträumlichkeiten keine Verbindlichkeiten entstanden wären und ihr kein Schaden im Sinne der obengenannten Differenztheorie entstanden wäre. Die Klägerinnen machen dies im Übrigen zu Recht nicht geltend, da die Mietzinsen auch bei einer Bilanzerstellung im Juni/Juli 2010 weiterhin als Verbindlichkeiten der H.\_\_\_\_\_ zu verbuchen gewesen wären, weil das Mietverhältnis in diesem Zeitpunkt noch Bestand hatte und mit Konkurseröffnung nicht ohne Weiteres be-

endet worden wäre (vgl. Art. 266h OR; Art. 959 Abs. 5 OR). Es reicht zur Schadenssubstanziierung auch nicht aus, darzulegen, dass ein Passivposten in der Bilanz der H.\_\_\_\_\_ seit Juni/Juli 2010 zugenommen habe und der Schaden kleiner gewesen wäre, wenn die Mieträumlichkeiten "früher" vermietet worden wären. Angaben zu den weiteren Passiven der H.\_\_\_\_\_ im hypothetischen Zeitpunkt fehlen sodann gänzlich. Solche wären aber erforderlich gewesen, zumal die Klägerinnen selber behaupten, dass nicht nur der Schaden der H.\_\_\_\_\_ im Zusammenhang mit den Mieträumlichkeiten, sondern auch ein Teil des weiteren Schadens der H.\_\_\_\_\_ durch die nicht zum gesetzlich vorgeschriebenen früheren Zeitpunkt erfolgte Bilanzdeponierung "enorm vergrössert" worden sei (act. 31 Rz. 14; act. 32 Rz. 48). Diese Aussagen lassen aber keine Rückschlüsse auf die weiteren Passivposten der H.\_\_\_\_\_ im Juni/Juli 2010 zu. Daran ändert auch der pauschale Verweis auf die von den Klägerinnen eingereichte "Offen-Posten-Liste" nichts, welche offene Kreditoren der H.\_\_\_\_\_ per 9. Februar 2011 auflistet (act. 27/3). Denn die Klägerinnen führen selber aus, dass nur einzelne der in der Liste aufgeführten Gläubiger ihre Forderungen im Konkurs der H.\_\_\_\_\_ angemeldet hätten. Dadurch wird der Behauptungslast nicht genügend nachgekommen. Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, aus dieser Liste selber eine Auswahl der im Konkurs angemeldeten Gläubiger zu treffen und daraus Rückschlüsse auf im Zeitpunkt der hypothetischen Konkurseröffnung bestehende Passiven zu ziehen. Den Klägerinnen wäre als Prozessstandschafterinnen der Konkursmasse durchaus zumutbar gewesen, selber eine Auflistung der Passiven – wenn auch nur zu tatsächlichen Werten und nicht zu Liquidationswerten – vorzunehmen.

In Bezug auf die Aktiven der H.\_\_\_\_\_ erwähnen die Klägerinnen Gesamtktiven im Wert von rund CHF 11'000.–. Aus den klägerischen Ausführungen geht allerdings nicht hervor, ob es sich dabei um Aktiven der H.\_\_\_\_\_ im Zeitpunkt der tatsächlichen oder der behaupteten hypothetischen Konkurseröffnung handelt. Aus den weiteren Ausführungen der Klägerinnen hinsichtlich Aktiven der H.\_\_\_\_\_, wonach bereits Vermögenswerte verwertet worden seien und allenfalls noch weitere Vermögenswerte wie das Mietzinsdepot oder andere Aktiven noch verwertet würden, lässt sich lediglich ableiten, dass Aktiven im Zeitpunkt der tatsächlichen und hypothetischen Konkurseröffnung vorhanden waren. Konkrete Angaben der

Klägerinnen über Art und Umfang der Aktiven im Zeitpunkt der tatsächlichen Konkursöffnung fehlen jedoch gänzlich. Solche wären erforderlich gewesen, um den von den Organen verursachten Gesellschaftsschaden festzustellen, für den die Beklagten verantwortlich gemacht werden, da hierfür jedenfalls der Stand der Aktiven der Gesellschaft im Zeitpunkt der Konkursöffnung (vgl. Konkursinventar) bekannt sein müsste, weil das, was noch vorhanden ist, den Beklagten nicht als Schaden angerechnet werden kann. Schliesslich weisen auch die Klägerinnen in Bezug auf den Gesellschaftsschaden selber darauf hin, dass die Ergebnisse der Inventarisierung massgebend seien, ohne allerdings entsprechende Angaben zu machen (act. 32 Rz. 62). Für die Schadenssubstanziierung und eine richterliche Schadensschätzung müsste sodann auch der Stand der Aktiven im Zeitpunkt der hypothetischen Konkursöffnung bekannt sein. Die Klägerinnen führen in diesem Zusammenhang nur aus, dass auch die Aktiven der H.\_\_\_\_\_ durch die behauptete Konkursverschleppung gemindert worden seien. Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass im Zeitpunkt des hypothetischen Konkurses nach klägerischer Auffassung Aktiven in höherem Umfang als im Zeitpunkt der tatsächlichen Konkursöffnung vorhanden waren (act. 32 Rz. 25). Konkrete Angaben über allfällige Aktiven im Zeitpunkt des hypothetischen Konkurses oder den Umfang der behaupteten Minderung der Aktiven fehlen jedoch gänzlich. Auch diese Angaben über die Aktiven der H.\_\_\_\_\_ reichen für eine rechtsgenügende Substanziierung des Fortführungsschadens und für eine entsprechende richterliche Schadensschätzung nicht aus.

Vor diesem Hintergrund ist das klägerische Vorbringen in Bezug auf den Fortführungsschaden nicht hinreichend substantiiert, weshalb die Klage aus diesem Grund abzuweisen ist. Es wäre an den Klägerinnen gelegen, den angeblichen Fortführungsschaden zu substantiieren bzw. Darlegungen zu den Aktiv- und Passivpositionen der H.\_\_\_\_\_ zu machen. Auch wenn nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung unter Hinweis auf Art. 42 Abs. 2 OR detaillierte Angaben zu den Liquidationswerten im Einzelfall dann unterlassen werden können, wenn deren Darlegung den Klägerinnen mangels Verfügbarkeit nicht zugemutet werden kann, so sind die Klägerinnen keineswegs von der Darlegungslast befreit, in für sie zumutbarer Weise Angaben über die Vermögenssituation der H.\_\_\_\_\_ zu machen,

welche eine richterliche Schadensschätzung erst ermöglichen. Erforderlich sind insbesondere Angaben zu den wesentlichen Aktiven und Passiven der H.\_\_\_\_\_ im Zeitpunkt des behaupteten hypothetischen Konkurses und der tatsächlichen Konkurseröffnung. Zur Darlegung derselben waren sie durchaus in der Lage, hätten sie doch als Abtretungsgläubigerinnen auf die beim Konkursamt liegenden Gesellschaftsakten greifen können. Ausserdem legen die Klägerinnen selber dar, dass sie Einsicht in die – wenn auch ihrer Ansicht nach nicht ordnungsgemäss geführte – Buchhaltung der H.\_\_\_\_\_ hatten (vgl. act. 32 Rz. 10, Rz. 50; act. 40 Rz. 39).

4.2.3.2. Schliesslich ist den Klägerinnen anzulasten, dass sie keine Urkunden eingereicht und keine Beweismittel offeriert haben, welche eine Schadensschätzung durch das Gericht ermöglichen würden. Daher wäre die Klage mangels Schadensnachweis auch dann abzuweisen, wenn der Fortführungsschaden als rechtsgenügend substantiiert erachtet würde. Die Klägerinnen offerieren lediglich in Bezug auf das behauptete "Schuldenloch" bzw. die "ungedeckten Passiva" von mindestens CHF 483'000.– den Beizug "eines Berichtes des Konkursamtes Altstadt-Zürich" als Beweis (act. 32 Rz. 61, Rz. 63). Fraglich ist, ob diese Beweisofferte den Anforderungen an die formgerechte Beweisofferte zu genügen vermag, zumal die Klägerinnen nicht näher darlegen, um was für einen Bericht es sich handeln soll. Diese Frage kann jedoch offen bleiben, da der Bericht lediglich zur Behauptung offeriert wurde, dass die Summe der kollozierten Forderungen bzw. der ungedeckt bleibenden Gläubigerforderungen mindestens CHF 483'000.– betrage, womit ein Bericht des Konkursamtes einzig diesen Betrag bestätigen oder verwerfen könnte. Für eine richterliche Schätzung des Fortführungsschadens reichte ein solcher Beleg aber nicht aus, zumal eine Bestätigung dieses Betrags lediglich ein Indiz für eine generelle Zunahme sämtlicher Passiven der H.\_\_\_\_\_ darstellen würde. Daraus liesse sich aber insbesondere nicht ableiten, welche Aktiven in welchem Umfang im Zeitpunkt des hypothetischen Konkurses und des tatsächlichen Konkurses vorhanden waren. Gleiches gilt für den Kollokationsplan, welchen die Klägerinnen in einem allfälligen Beweisverfahren zum gegebenen Zeitpunkt edieren wollen (act. 32 Rz. 63). Aus denselben Gründen erweist sich auch die von den Klägerinnen in ihrer Klageschrift zu diesem Sachverhalt als Be-

weis offerierte, eingereichte "*Offen-Posten-Liste*" (act. 27/3) als ungeeignet, allfällige Rückschlüsse auf allfällige Aktiven der H.\_\_\_\_\_ zu ziehen, handelt es sich dabei lediglich um eine Auflistung von Kreditoren der H.\_\_\_\_\_ per 9. Februar 2011. Die von den Klägerinnen zur Frage, wem das im Restaurationsbetrieb vermietete Betriebsinventar gehört habe, offerierte Edition von Inventarlisten, bezieht sich nicht auf rechtserhebliche Tatsachen. So führen die Klägerinnen selber aus, die Beantwortung dieser Frage habe nichts mit der Inventarisierung im Konkurs zu tun (act. 32 Rz. 72). Auf eine Edition kann daher verzichtet werden. Eine von den Klägerinnen offerierte Expertise bezieht sich sodann nur auf den Zeitpunkt der Überschuldung der H.\_\_\_\_\_ und wurde nur für den Fall offeriert, dass das Gericht den Zeitpunkt der Überschuldung als relevant erachten sollte (act. 32 Rz. 32). Damit könnte die offerierte Expertise höchstens den Zeitpunkt der Überschuldung bestätigen bzw. festlegen, nicht aber Angaben über Art und Höhe allfälliger Vermögenswerte machen. Die Expertise wurde daher nicht zu der vorliegend rechtserheblichen Tatsache des hypothetischen Vermögensstandes der H.\_\_\_\_\_ im Juni/Juli 2010 offeriert, weshalb auf eine solche verzichtet werden kann. Gleiches gilt für die offerierte Edition der Buchhaltungsunterlagen. Diese Urkunden haben die Klägerinnen nur im Zusammenhang mit der angeblich unterlassenen Aktivierung von Entschädigungsforderungen aus dem Mietverhältnis (vgl. act. 32 Rz. 10, Rz. 50) sowie generell, ohne jeglichen Bezug zu einer behaupteten Tatsache (act. 32 Rz. 75), offeriert. Damit sind auch diese Urkunden, welche die Klägerinnen als Prozessstandschafterinnen der Konkursmasse im Übrigen spätestens mit ihrer Replikschrift hätten einbringen können, nicht zu rechtserheblichen Tatsachen offeriert worden, weshalb auf eine Edition derselben verzichtet werden kann. Schliesslich genügt auch der generelle Hinweis, die Klägerinnen würden den rechtsgenügenden Beweis auch dort erbringen, wo die Beweisofferten in der Klage und der Replik noch nicht abschliessend genannt seien (act. 32 Rz. 3), nicht den Anforderungen an die rechtzeitige und formgerechte Beweisofferte. Weitere Beweismittel, welche eine Schadensschätzung durch das Gericht erlauben würden, haben die Klägerinnen nicht bezeichnet.

4.2.3.3. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Fortführungsschaden durch die Klägerinnen nicht ausreichend substantiiert wurde, weshalb sich hier auch

kein Beweisthema öffnet. Überdies erweisen sich die bezeichneten Beweismittel als ungeeignet, einen Fortführungsschaden der H.\_\_\_\_\_ rechtsgenügend nachzuweisen bzw. richterlich zu schätzen. Eine Schadensschätzung hätte beispielsweise mithilfe von Bilanzen, des Kollokationsplanes und der Inventarliste der H.\_\_\_\_\_ vorgenommen werden können. Nur gestützt darauf ist ein Vergleich zwischen dem Vermögensstand der H.\_\_\_\_\_ im hypothetischen und im tatsächlichen Konkurszeitpunkt auf Basis von Liquidationswerten möglich. Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, aus den genannten Beträgen einen allfälligen Gesellschaftsschaden zu ermitteln, wofür die Nennung dieser Zahlen auch gar nicht ausreichen würde. Es wäre vielmehr Sache der Klägerinnen gewesen, das Erforderliche darzulegen und den Gesellschaftsschaden zu substantzieren und gegebenenfalls bis zur Höhe des eingeklagten Betrages von CHF 400'000.– zu beweisen. Das wäre ihnen auch durchaus möglich und zumutbar gewesen, weil sie – als Prozessführungsbefugte infolge Abtretung gemäss Art. 260 SchKG – auf die beim Konkursamt liegenden Gesellschaftsakten hätten greifen können. So lagen insbesondere die vorliegend relevanten Buchhaltungsunterlagen beim Konkursamt Altstadt-Zürich (act. 32 Rz. 10). Die Klägerinnen sind daher ihrer Darlegungslast und der Obliegenheit nicht nachgekommen, im Rahmen des Zumutbaren relevante Behauptungen aufzustellen und Beweisangebote zu stellen. Somit ist auch Art. 42 Abs. 2 OR nicht einschlägig, der – sofern der Schaden oder die Schadenshöhe aufgrund fehlender Veräusserungswerte ziffernmässig nicht nachweisbar ist und die exakte Berechnung sich als unzumutbar erweist – eine Schadensschätzung ermöglicht.

4.2.3.4. Im Übrigen haben die Beklagten 1 und 2 bereits in ihrer Klageantwort zu Recht auf die fehlende Substanziierung sowie auf die Entscheide BGE 136 III 322 und BGE 132 III 342 S. 348 und auf das Urteil des Bundesgerichts 4A\_507/2007 vom 22. Februar 2008 hingewiesen (act. 15 S. 11, S. 16). Die genannten Entscheide behandeln ausdrücklich die Berechnungs- und Substanziierungsproblematik hinsichtlich des Fortführungsschadens. Da die Klägerinnen bereits von den Beklagten auf die fehlende Substanziierung hingewiesen wurden, stellt sich auch nicht die Frage, ob das Gericht den Substanziierungshinweis hätte erteilen müssen (Art. 56 ZPO). Auf die Beweisproblematik und die Anforderungen an einen formgerechten Beweisangebot wurden die Klägerinnen bereits mit Verfügung vom

21. März 2013 (act. 28), unter Hinweis auf die einschlägige Literatur, aufmerksam gemacht. Den Klägerinnen wurde überdies Gelegenheit zur Verbesserung ihrer Klageschrift und Replik gegeben. Damit hatten die Klägerinnen spätestens in ihrer zweiten Rechtsschrift taugliche, den einzelnen Tatsachenbehauptungen zugeordnete Beweismittel zu bezeichnen (Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO in Verbindung mit Art. 229 Abs. 1 ZPO). Die Kläger kannten folglich die Problematik (vgl. auch act. 32 Rz. 23, Rz. 57, Rz. 64), so dass es damit sein Bewenden haben muss. Daran ändern auch ihre Ausführungen in der abschliessenden Stellungnahme (act. 47) nichts, die zur Substanziierung des Gesellschaftsschadens ihrerseits auf die Aussagen der Klageschrift und Replik verweisen, und wiederholen, dass es beim Gesellschaftsschaden nicht auf eine mutmassliche Dividende bei einer früheren Konkurseröffnung ankomme (vgl. insbesondere act. 47 Rz. 43). Ausserdem führen die Klägerinnen aus, dass im Rahmen des Konkursverfahrens Inventargegenstände der H.\_\_\_\_\_ admassiert worden seien, woraus erhellt, dass Aktiven vorhanden sind oder waren. Erneut fehlen aber konkrete Aussagen über Art und Umfang der Aktiven der H.\_\_\_\_\_. Erneut unterlassen es die Klägerinnen zudem, Beweise zu offerieren, welche dem Gericht eine Schadensschätzung erlauben würden (vgl. act. 47 Rz. 21, Rz. 42), so dass sich auch die Frage nach einem allfälligen Novenrecht nicht stellt.

4.2.3.5. Da die Klägerinnen keine Behauptungen aufgestellt haben, die auf das Vorliegen eines Fortführungsschadens schliessen lassen und ein solcher auch nicht nachgewiesen werden kann, kann auf die Prüfung der weiteren Tatbestandsvoraussetzungen - Pflichtverletzung, Kausalzusammenhang und Verschulden - verzichtet werden. Es erübrigt sich somit auch die Prüfung, ob und in welchem Zeitpunkt die H.\_\_\_\_\_ im Sinne von Art. 725 OR überschuldet gewesen sei.

#### 4.2.4. Weiterer Gesellschaftsschaden

4.2.4.1. Auch den weiteren von den Klägerinnen behaupteten Gesellschaftsschaden gilt es nach der anwendbaren Formel "Stand Gesellschaftsvermögen ohne pflichtwidrige Handlung – Stand Gesellschaftsvermögen infolge der pflichtwidrigen Handlung" zu bestimmen (vgl. dazu Ziff. 3.2.1).

Die Klägerinnen unterlassen es allerdings, den weiteren Gesellschaftsschaden auch nur annähernd zu substantizieren. Sie verweisen lediglich auf die rechtskräftig kollozierten öffentlich-rechtlichen Forderungen, welche angeblich auf Misswirtschaft zurückzuführen seien, und auf weitere kollozierte Forderungen, welche auf angebliche Nachlässigkeit in der Berufsausübung und auf die Verletzung der Pflicht zur genügenden Kapitalausstattung zurückzuführen seien. Die Klägerinnen verkennen wiederum, dass der Ausfall der Gläubiger nicht mit dem Schaden der Gesellschaft gleichgesetzt werden kann. Die Klägerinnen hätten vielmehr den Schaden darlegen müssen, welcher der H.\_\_\_\_\_ und nicht den einzelnen Gläubigern aufgrund der behaupteten Verhaltensweisen entstanden sei. Die Klägerinnen legen aber in keiner Weise dar, dass sich durch die Verhaltensweise der Beklagten die Aktiven der H.\_\_\_\_\_ vermindert oder die Passiven der H.\_\_\_\_\_ vermehrt hätten bzw. in welchem Umfang eine Vermögensbeeinträchtigung der H.\_\_\_\_\_ erfolgt sei. Es reicht nicht aus, darzulegen, es sei insgesamt "ein Schuldenloch" in der Höhe von CHF 483'000.– entstanden oder etwa "Schaden verursacht" und hernach aufgrund der verspäteten Bilanzdeponierung "enorm vergrössert" worden. Weiter legen die Klägerinnen auch nicht ansatzweise dar, was sie aus den Ausführungen in Bezug auf den krankheitsbedingten Ausfall des Beklagten 4 sowie Lohnbezüge desselben im Zeitraum von 2009 bis 2011 ableiten wollen (act. 32 Rz. 52 f.). Die angeblichen Veruntreuungen durch einen Mitarbeiter der H.\_\_\_\_\_, welche nach klägerischer Auffassung auf die unterlassene Kontrolle des Personals zurückzuführen seien, erachten die Klägerinnen im Übrigen ausdrücklich als nicht kausal für den Schaden der H.\_\_\_\_\_, indem sie sich auf den Standpunkt stellen, dass eine solche Tat den Betrieb der H.\_\_\_\_\_ ohnehin nicht nachhaltig habe schädigen können (act. 32 Rz. 40). Die einzigen Ausführungen in Bezug auf den weiteren Gesellschaftsschaden, in welchen eine Schädigung der H.\_\_\_\_\_ behauptet wird, stehen im Zusammenhang mit dem Vorwurf der ungetreuen Geschäftsbesorgung (act. 32 Rz. 25). Die Klägerinnen unterlassen es aber erneut, den Umfang der Verminderung der Aktiven oder der Vergrösserung der Passiven der H.\_\_\_\_\_ auch nur annähernd darzulegen bzw. den Schaden zu beziffern. Daher kann hieraus nichts zu Lasten der Beklagten abgeleitet werden.



Weitere Ausführungen, welche auf die Schädigung der H.\_\_\_\_\_ Bezug nehmen würden, sind nicht ersichtlich.

4.2.4.2. Schliesslich unterlassen es die Klägerinnen, das pflichtwidrige Verhalten der einzelnen Beklagten darzulegen, das zum weiteren Schaden der H.\_\_\_\_\_ geführt haben soll. Die Klägerinnen verweisen an mehreren Stellen pauschal auf angebliche Pflichtwidrigkeiten, aus denen nichts zugunsten der Klägerinnen abgeleitet werden kann. Sollten die Klägerinnen den Beklagten mit ihren pauschalen Vorwürfen, wie "solches Gebaren werde als Misswirtschaft bezeichnet" oder die Beklagten hätten sich "um das Geschäft futiert", "gesetzeswidrige Manöver und Manipulationen" durchgeführt, "Gläubiger zum Narren gehalten", die Kasse "kreuzblöd organisiert", den "Saftladen lausig organisiert", pflichtwidrige bzw. widerrechtliche Handlungen vorwerfen wollen, so vermögen diese den Anforderungen an eine rechtsgenügende Substanziierung nicht zu genügen (vgl. act. 32 Rz. 41 f., Rz. 47, Rz. 54, Rz. 69). Die Klägerinnen unterlassen es, näher darzulegen, welche konkrete Pflichtverletzung der unter diesem Titel belangte Beklagte 1 begangen haben und welchen Einfluss die Pflichtverletzungen auf den angeblichen Schaden der H.\_\_\_\_\_ gehabt haben soll. Unter der Herrschaft der Verhandlungsmaxime ist es die Sache der Klägerinnen, eine Auswahl aus den als Schadensursache in Frage kommenden Lebenssachverhalten zu treffen und das Klagefundament mit bestimmten Tatsachenbehauptungen auszufüllen. Sie können sich deshalb nicht darauf beschränken, behauptete Pflichtverletzungen der Beklagten aufzuzählen, ohne jeweils das verpönte Verhalten im Einzelnen zu umschreiben. Weiter sind behauptete Pflichtverletzungen unbeachtlich, von denen die Klägerinnen keinen Zusammenhang zur Entstehung des Schadens der H.\_\_\_\_\_ herstellen. Daher genügen auch die Aussagen in Bezug auf die angebliche Unterlassung der Buchführung und ungetreue Geschäftsbesorgung nicht den Anforderungen an die Substanziierung, weil sie sich auf die undifferenzierte Behauptung beschränken, dass dadurch Schaden entstanden sei.

4.2.4.3. Nachdem die Eventualklage bezüglich des weiteren Gesellschaftsschadens bereits an der Darlegung des Schadens der H.\_\_\_\_\_ und auch der Pflichtwidrigkeit des Beklagten 1 scheitert, ist die Eventualklage mangels Substanziie-

rung abzuweisen. Daher kann auch in Bezug auf den weiteren Gesellschaftschaden auf die Prüfung der übrigen Tatbestandsvoraussetzungen – Kausalzusammenhang und Verschulden – verzichtet werden. Da die Klage auch unter diesem Titel abzuweisen ist, stellt sich vorliegend die Frage der Verrechnung mit der Forderung des Beklagten 1 nicht, weshalb sich weitere Erwägungen dazu erübrigen.

#### 5. Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen

Die Klage ist aus mehreren Gründen abzuweisen. Der im Hauptbegehren aus gesellschaftsrechtlicher Verantwortlichkeit gegen die Beklagten geltend gemachte direkte Schaden der Klägerinnen konnte nicht erstellt werden. In den einzigen Ausführungen der Klägerinnen, welche auf eine direkte Schädigung im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Bezug nehmen, wird auch eine gleichzeitige Schädigung der H.\_\_\_\_\_ behauptet. In diesem Zusammenhang werfen die Klägerinnen den Beklagten Pflichtverletzungen und -versäumnisse vor, welche nicht als Verletzung einer für die ausservertragliche Geltendmachung ihres Vermögensschadens notwendigen und tauglichen Schutznorm qualifiziert werden können. Der im Eventualbegehren geltend gemachte Schaden der H.\_\_\_\_\_ ist mangels genügender Substanziierung nicht erstellt. Ausserdem ergibt sich aus den offerierten Beweismitteln nichts, was die Behauptung der Klägerinnen stützen und eine richterliche Schadensschätzung ermöglichen würde.

## **II. Paulianische Anfechtung**

### 1. Übersicht über den klägerischen Eventualstandpunkt

Die Klägerinnen machen als Eventualbegründung Ansprüche aus paulianischer Anfechtung im Sinne von Art. 288 SchKG in der Höhe von insgesamt CHF 82'378.70 gegen die Beklagten geltend. Zur Begründung ihres Anspruchs führen die Klägerinnen im Wesentlichen aus, die Beklagten hätten sich Organdarlehen bis zur Konkursöffnung vollständig zurückbezahlt, obwohl sie gewusst hätten, dass die H.\_\_\_\_\_ "vor dem Bankrott gestanden" habe und insbesondere nicht einmal mehr Pensionskassenbeiträge und Quellensteuern habe bezahlen

können. Aus der Buchhaltung der H.\_\_\_\_\_ ergebe sich, dass die Darlehenskonten per 1. Januar 2008 noch einen Betrag von CHF 41'174.90 (Beklagter 1 und Beklagte 2) sowie von CHF 41'203.80 (Beklagter 3 und 4) aufgewiesen hätten (act. 31 Ziff. 16).

## 2. Zuständigkeit

### 2.1. Parteistandpunkte

Die Klägerinnen erachten das Handelsgericht als zuständig für die Beurteilung der hilfsweise geltend gemachten Ansprüche aus paulianischer Anfechtung, weil es sich dabei um im Zusammenhang mit dem Geschäft stehende Forderungen im Sinne von Art. 15 Abs. 2 ZPO handle (act. 32 Rz. 34). Die Beklagten verneinen demgegenüber die Zuständigkeit des Handelsgerichts Zürich für die Beurteilung der genannten Anfechtungsansprüche (act. 15 S. 2; act. 40 Rz. 62).

### 2.2. Rechtliches

Bei der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit handelt es sich um Prozessvoraussetzungen (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO), welche von Amtes wegen zu prüfen sind (Art. 60 ZPO). Das Gericht tritt auf eine Klage nur ein, wenn es örtlich und sachlich zuständig ist (Art. 59 Abs. 1 ZPO). Die Anfechtungsklage ist beim Richter am Wohnsitz des Beklagten einzureichen (Art. 289 SchKG). Die Kantone können nach Art. 6 Abs.1 ZPO ein Fachgericht bezeichnen, welches als einzige kantonale Instanz für handelsrechtliche Streitigkeiten sachlich zuständig ist. Nach § 44 lit. b GOG entscheidet das angerufene Handelsgericht unter anderem handelsrechtliche Streitigkeiten gemäss Art. 6 Abs. 2 ZPO. Eine Streitigkeit gilt nach Art. 6 Abs. 2 ZPO als handelsrechtlich, wenn die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen ist, gegen den Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offen steht und die Parteien im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren Register eingetragen sind. Nicht ausreichend ist die Eintragung ins Handelsregister als Organ einer Gesellschaft (RÜETSCHI, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N 24 zu Art. 6 ZPO).

Die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts kann sich auch aus Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO ergeben, sofern es sich um Streitigkeiten aus dem Recht der Handelsgesellschaften handelt (§ 44 lit. b GOG). Darunter fallen sämtliche Streitigkeiten aus dem Recht der Handelsgesellschaften und Genossenschaften, die ihre Grundlage in Art. 552 OR bis Art. 926 OR haben (RÜETSCHI, a.a.O., N 36 zu Art. 6 ZPO; BERGER, a.a.O., N 46 zu Art. 6 ZPO). Bei der paulianischen Anfechtungsklage handelt es sich demgegenüber um *betreibungsrechtliche* Streitigkeiten, welche ihre Grundlage im Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz haben. Charakteristisch für Streitigkeiten aus dem Recht der Handelsgesellschaften, wie beispielsweise die Verantwortlichkeitsklage, ist, dass primär die Wahrung der Interessen der Gesellschaft im Vordergrund steht. Das Schuldbetreibungsrecht möchte hingegen primär eine Gleichbehandlung aller Gläubiger sicherstellen (FORSTMOSER, Paulianische Anfechtung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, in: OERTLE/BREITENSTEIN/WOLF/DIEM (Hrsg.), M&A Recht und Wirtschaft in der Praxis, Liber amicorum für Rudolf Tschäni, 2010, S. 439). Es handelt sich bei der paulianischen Anfechtungsklage daher nicht um eine Streitigkeit aus dem Recht der Handelsgesellschaften, womit Art. 6 Abs. 4 ZPO für die Beurteilung paulianischer Anfechtungsansprüche nicht einschlägig ist. Folglich kann sich die Zuständigkeit des Handelsgerichts auch nicht aus Art. 90 ZPO ergeben, da die klagende Partei mehrere Ansprüche gegen dieselbe Partei in einer Klage nur vereinen kann, wenn das *gleiche Gericht* dafür *sachlich zuständig* ist und die gleiche Verfahrensart gilt. Nach Art. 15 Abs. 1 ZPO ist das für eine beklagte Partei zuständige Gericht sodann für alle beklagten Parteien zuständig, sofern diese Zuständigkeit nicht nur auf einer Gerichtsstandsvereinbarung beruht. Diese Bestimmung bezieht sich nur auf die örtliche Zuständigkeit und kann ebenfalls keine sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts für paulianische Anfechtungsansprüche begründen (RÜETSCHI, a.a.O., N 41 zu Art. 6 ZPO). Eine Zuständigkeit kann schliesslich aus prozessökonomischen Überlegungen in Betracht kommen, wenn die gehäuften Ansprüche in einem engen sachlichen Zusammenhang stehen und eine Beurteilung aus dem Bestreben nach widerspruchsfreier Urteilsfindung angezeigt ist (BERGER, a.a.O., N 31 zu Art. 6 ZPO; BGE 138 III 471 E. 4 S. 479).

### 2.3. Würdigung

Die Beklagten sind in Zürich domiziliert, weshalb die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich gegeben ist. Die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts gestützt auf Art. 6 Abs. 2 ZPO fällt ausser Betracht, da die Beklagten nur als Gesellschafter bzw. Geschäftsführer (Beklagter 1 und 4) der H.\_\_\_\_\_ im Handelsregister eingetragen waren (act. 39/29), was zur Begründung der sachlichen Zuständigkeit des Handelsgerichts nicht ausreicht. Die Prüfung der weiteren Voraussetzungen nach Art. 6 Abs. 2 ZPO erübrigt sich daher. Die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts ist vorliegend auch in Anwendung von Art. 6 Abs. 4 ZPO zu verneinen, da die paulianische Anfechtungsklage nicht als Streitigkeit aus dem Recht der Handelsgesellschaften zu qualifizieren ist. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Klägerinnen ihre Ansprüche im Rahmen einer Eventualbegründung "hilfsweise" geltend machen. Die von den Klägerinnen ins Feld geführte Bestimmung Art. 15 ZPO ist in Bezug auf die sachliche Zuständigkeit nicht einschlägig, weil sie sich lediglich auf die örtliche Zuständigkeit bezieht. Die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts Zürich ist schliesslich auch deshalb zu verneinen, weil die von den Klägerinnen geltend gemachten Ansprüche aus Verantwortlichkeit und paulianischer Anfechtung im vorliegenden Fall unabhängig voneinander beurteilt werden können. Die Ansprüche aus paulianischer Anfechtung beziehen sich auf angeblich von den Beklagten an sich zurückbezahlte Orgendarlehen. Diese Verhaltensweise betrifft einen anderen Sachverhalt, als denjenigen, auf welchen die Klägerinnen im Rahmen der Verantwortlichkeit Bezug nehmen. Dementsprechend stützen die Klägerinnen die Ansprüche aus Verantwortlichkeit explizit nicht auf die Verhaltensweise betreffend die Darlehensrückzahlungen (act. 31 Rz. 14; act. 32 Rz. 17). Da die Rückzahlung der Darlehen aus Verantwortlichkeit nicht zu beurteilen ist, besteht auch nicht die Gefahr, dass sich widersprechende Urteile ergeben könnten. Somit lässt sich die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts für die Beurteilung der Ansprüche aus paulianischer Anfechtung gegen die Beklagten auch nicht mit prozessökonomischen Überlegungen begründen. Dementsprechend hat die Prüfung der Eventualbegründung zu unterbleiben. Insgesamt ist die Klage abzuweisen.

### **III. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens werden die Klägerinnen kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 95 Abs. 1 ZPO; Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 105 ZPO). Die Klägerinnen sind eine uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft (vgl. vorne Ziff. 1.6), weshalb ihnen die Prozesskosten unter solidarischer Haftung aufzuerlegen sind.

Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Der Streitwert beträgt vorliegend CHF 252'000.– (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Die Beklagten sind einfache Streitgenossen (vgl. vorne Ziff. 1.6), wobei paarweise die Beklagten 1 und 2 sowie die Beklagten 3 und 4 mit einem eigenen Rechtsvertreter prozessierten, so dass sich der Aufwand des Gerichts insofern wohl etwas erhöhte, als sie separate Eingaben einreichten. Andererseits gab die Urteilsfindung und die Urteilsredaktion als solche keinen wesentlichen Mehraufwand, weil aufgrund der gleichen Überlegungen und Rechtsfragen zu entscheiden war. Unter Berücksichtigung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf die volle Grundgebühr festzusetzen.

Die Parteientschädigung ist nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren zu bemessen (Art. 105 Abs. 2 ZPO). Grundlage ist auch hier der Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Anders als bei den Gerichtskosten gibt es grundsätzlich keine Synergien hinsichtlich der gemeinsamen Vertretung der Beklagten 1 und 2 einerseits und der Beklagten 3 und 4 andererseits, da die Interessen der Beklagten nur bedingt parallel verliefen. Hingegen ist die gemeinsame Vertretung bei der Bemessung der Entschädigung insoweit zu berücksichtigen, als die Beklagten nicht einzeln eine volle Entschädigung zugute haben. Die Grundgebühr ist mit der Begründung bzw. Beantwortung der Klage verdient; für jede zusätzliche Verhandlung und jede weitere Rechtsschrift ist ein Zuschlag zu gewähren (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV i.V.m. § 4 Abs. 1 AnwGebV). Den nicht mehrwertsteuerpflichtigen Beklagten ist die Parteientschädigung antragsgemäss unter Berücksichtigung der Mehrwertsteuer von 8% zuzusprechen.

**Das Gericht erkennt:**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 15'000.–.
3. Die Kosten werden den Klägerinnen unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt und aus dem von der Klägerin 1 geleisteten Kostenvorschuss gedeckt.
4. Die Klägerinnen werden unter solidarischer Haftbarkeit verpflichtet, den Beklagten 1, 2, 3 und 4 je eine Parteientschädigung von CHF 11'000.– zuzüglich Mehrwertsteuer von 8% zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 252'000.–.

Zürich, 9. Mai 2014

Handelsgericht des Kantons Zürich

Präsident:

Gerichtsschreiberin:

Peter Helm

Isabelle Monferrini