



Geschäfts-Nr.: HG160283-O
(vormals HG160037)

U/dz

Mitwirkend: Obergerichter Dr. George Daetwyler, Präsident, und Obergerichterin Dr. Helen Kneubühler Dienst, die Handelsrichter Dr. Arnold Huber, Prof. Dr. Othmar Strasser und Dr. Thomas Lörtscher sowie die Gerichtsschreiberin Claudia Lunco-Feier

Urteil vom 6. April 2018

in Sachen

A._____ **[Bank]**,
Klägerin

handelnd durch den Rechtsdienst (Rechtsanwalt X1._____ und Rechtsanwalt X2._____), daselbst

gegen

B._____,
Beklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **aktienrechtliche Verantwortlichkeit**

Inhaltsverzeichnis

Rechtsbegehren:	4
Sachverhalt und Verfahren	4
A. Sachverhaltsübersicht	4
a. Parteien und ihre Stellung	4
b. Hintergrund und Prozessgegenstand	4
B. Prozessverlauf	4
C. Gerichtsbesetzung	6
1. Formelles	6
1.1. Tragweite der Rückweisung	6
1.2. Zuständigkeit	7
1.2.1. Örtliche Zuständigkeit	7
1.2.2. Sachliche Zuständigkeit	7
1.3. Noven	7
2. Anspruch aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit	8
2.1. Unbestrittener Sachverhalt	8
2.2. Parteistandpunkte	9
2.3. Voraussetzungen von aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen	11
2.4. Anspruchsvoraussetzungen im Einzelnen	11
2.4.1. Aktiv- und Passivlegitimation	11
2.4.2. Ungleichbehandlung der Gläubiger / Vier-Parteien-Vereinbarung (vgl. Urteil vom 10. Mai 2016 [act. 6], S. 11 ff.)	12
2.4.2.1. Pflichtverletzung	12
2.4.2.2. Schaden	13
2.4.2.3. Zwischenfazit	16
2.4.3. Pflichtwidriges Verhalten in Konkursnähe (vgl. Urteil vom 10. Mai 2016 [act. 6], S. 18 ff.)	16
2.4.3.1. Pflichtverletzung	16
2.4.3.2. Schaden	17
2.4.3.3. Zwischenfazit	18
2.4.4. Aushöhlung (vgl. Urteil vom 10. Mai 2016 [act. 6], S. 20 ff.)	18
2.4.4.1. Pflichtverletzung	18
2.4.4.1.1. Parteistandpunkte	18
2.4.4.1.2. Rechtliches	19
2.4.4.1.3. Beweismittel	20
2.4.4.1.4. Würdigung	24
2.4.4.2. Scheinverwaltungsräte?	28
2.4.4.2.1. Zwischenfazit	29
2.4.4.3. Schaden	29
2.4.4.3.1. Rechtliches	29
2.4.4.3.2. Parteistandpunkte	30
2.4.4.3.3. Beweismittel	31
2.4.4.3.4. Würdigung	31
2.4.4.3.5. Zwischenfazit	33
2.4.4.4. Kausalzusammenhang	33
2.4.4.4.1. Rechtliche Grundlagen	33
2.4.4.4.2. Parteistandpunkte	34

2.4.4.4.3. Würdigung	34
2.4.4.5. Verschulden.....	35
2.4.4.6. Zinsen.....	35
3. Zusammenfassung	35
4. Kosten- und Entschädigungsfolgen	36
4.1. Gerichtskosten.....	36
4.2. Parteientschädigung	36
Das Handelsgericht erkennt:	37

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- " 1. Die Beklagte 1 und der Beklagte 2 seien unter solidarischer Haftbarkeit zu verpflichten, der Klägerin einen Betrag von CHF 193'675.97 zzgl. Zins zu 5 % seit 1. Juni 2011 zu bezahlen;
2. alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten und unter solidarischer Haftung der Beklagten. "

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft mit Sitz in Sie betreibt eine gewinnorientierte Universalbank gemäss Kantonalbankgesetz (act. 2/2/1). Der Beklagte (vormals Beklagter 2) war bis 14. Juli 2011 Verwaltungsratspräsident der C._____ AG (seit 19. Oktober 2011 D1._____ AG) (act. 2/2/3).

b. Hintergrund und Prozessgegenstand

Am 12. März 2012 wurde über die D1._____ AG (nachfolgend Konkursitin) der Konkurs eröffnet. Die Klägerin, welche der Konkursitin einen Kredit gewährt hatte, hat sich die Verantwortlichkeitsansprüche der Masse gemäss Art. 260 SchKG abtreten lassen. Im vorliegenden Prozess macht sie Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit gemäss Art. 754 OR geltend, namentlich wirft sie dem Beklagten Ungleichbehandlung von Gläubigern, pflichtwidriges Verhalten in Konkursnähe und Aushöhlung der Konkursitin vor.

B. Prozessverlauf

Am 11. März 2014 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin hierorts Klage ein (act. 2/1). Darin machte sie Ansprüche sowohl aus paulianischer Anfechtung gegen die D._____ AG (vormals Beklagte 1) als auch aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit gegen den Beklagten geltend. Die Klageantwort datiert vom 18. Juni

2014 und enthielt einen Nichteintretensantrag gestützt auf verschiedene Gründe (act. 2/8). Nach Einholung beidseitiger Stellungnahmen wurde der Nichteintretensantrag mit Beschluss vom 1. September 2014 abgewiesen (act. 2/14). Am 19. November 2014 fand eine Vergleichsverhandlung statt, an welcher die damaligen Parteien einen Vergleich mit Widerrufsvorbehalt schlossen (act. 2/18). Mit Eingabe vom 11. Dezember 2014 widerriefen die ursprünglichen Beklagten den Vergleich, worauf das Verfahren fortgesetzt wurde (act. 2/19 und 2/20). Mit Eingabe vom 10. Februar 2015 stellte die Klägerin Editionsbegehren, welche abgewiesen wurden (act. 2/22 und 2/23). Die Replik datiert vom 5. März 2015, die Duplik vom 8. Juni 2015 (act. act. 2/25 und 2/29). Es folgten Stellungnahmen der Parteien zu neuen Vorbringen (act. 2/33 und 2/34). Mit Verfügung vom 22. Oktober 2015 wurden Stellungnahmen zur Frage der sachlichen Zuständigkeit des Handelsgerichts für paulianische Anfechtungsklagen eingeholt (act. 2/35, act. 2/37, 2/38, 2/39 und 2/40).

Mit Beschluss vom 12. Februar 2016 trat das Handelsgericht mangels sachlicher Zuständigkeit auf die paulianische Anfechtungsklage gegen die D._____ AG nicht ein und schrieb das Verfahren ab. Das Verfahren gegen den Beklagten aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit wurde unter der neuen Prozessnummer HG160037 fortgeführt und mit Urteil vom 10. Mai 2016 erledigt (act. 1 und 6).

Gegen dieses Urteil vom 10. Mai 2016 erhob der Beklagte Beschwerde ans Bundesgericht, welche teilweise gutgeheissen wurde. Das Urteil vom 10. Mai 2016 wurde aufgehoben und die Sache zu neuer Beurteilung ans Handelsgericht zurückgewiesen (act. 12). Hierauf erliess das Handelsgericht unter der Prozessnummer HG160283 am 19. Januar 2017 einen Beweisbeschluss. Gleichzeitig setzte das Handelsgericht den Parteien Frist an, um sich zum Beweisergebnis zu äussern (act. 13). Die Stellungnahmen datieren vom 10. bzw. 14. Februar 2017 (act. 15 und 16). Mit Verfügung vom 27. Februar 2017 wurden die Stellungnahmen jeweils der Gegenseite zugestellt (act. 17). Das Verfahren ist nun spruchreif.

C. Gerichtsbesetzung

Beim vorliegenden Urteil wirken die gleichen Richter mit wie beim Urteil vom 10. Mai 2016. Neu amtiert aber Gerichtsschreiberin lic. iur. Claudia Iunco-Feier anstelle des aus dem Staatsdienst ausgetretenen Dr. Thomas Steininger.

Erwägungen

1. Formelles

1.1. Tragweite der Rückweisung

Hebt das Bundesgericht einen Entscheid auf und weist es die Sache zur neuen Beurteilung an die kantonale Instanz zurück, wird der Streit in jenes Stadium vor der kantonalen Instanz zurückversetzt, in dem er sich vor Erlass des angefochtenen Entscheids befand. Das kantonale Gericht hat seine neue Entscheidung auf die rechtlichen Erwägungen des bundesgerichtlichen Entscheids zu stützen. Wie weit die Gerichte und Parteien an die erste Entscheidung gebunden sind, ergibt sich aus der Begründung des Rückweisungsentscheides, der sowohl den Rahmen für die neuen Tatsachenfeststellungen als auch jenen für die neue rechtliche Begründung vorgibt. Soweit das Bundesgericht sich nicht ausgesprochen hat, fällt die kantonale Instanz ihre neue Entscheidung frei, ohne an ihren ersten Entscheid gebunden zu sein (BGE 135 III 334 E. 2 und 2.1).

Vorliegend hat das Bundesgericht die Beschwerde teilweise gutgeheissen und das Urteil des Handelsgerichts vom 10. Mai 2016 gesamthaft aufgehoben (act. 12). Es ist demnach ein neuer Entscheid zu fällen, wobei die Erwägungen des Bundesgerichts zu beachten sind. Die Klägerin hat dem Beklagten in dreifacher Hinsicht Pflichtverletzungen vorgeworfen, namentlich durch Ungleichbehandlung der Gläubiger durch die Vier-Parteien-Vereinbarung, durch spezifische Pflichtverletzungen in Konkursnähe und durch Aushöhlung der Konkursitin. Das Handelsgericht verneinte in seinem Urteil vom 10. Mai 2016 Ansprüche unter den ersten beiden Aspekten, was unbeanstandet geblieben ist. Das Bundesgericht befasste sich ausschliesslich mit dem dritten Punkt (Aushöhlung). Die Erwägungen des

Handelsgerichts zu den ersten beiden Punkten (sowie zu nicht beanstandeten prozessualen Fragen) werden daher im Wesentlichen in den vorliegenden Entscheidung übernommen.

1.2. Zuständigkeit

1.2.1. Örtliche Zuständigkeit

Für Klagen aus gesellschaftsrechtlicher Verantwortlichkeit ist das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder am Sitz der Gesellschaft örtlich zuständig (Art. 40 ZPO). Der Sitz der C._____ AG (seit 19. Oktober 2011 D1._____ AG) befand sich in E._____ (act. 2/2/4), weshalb die Zürcher Gerichte örtlich zuständig sind. Die örtliche Zuständigkeit wird von den Parteien auch nicht bestritten.

1.2.2. Sachliche Zuständigkeit

Bei der Klage aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit handelt es sich um eine Streitigkeit aus dem Recht der Handelsgesellschaften und Genossenschaften. Das Handelsgericht ist demnach gestützt auf Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO in Verbindung mit § 44 lit. b GOG für die Beurteilung der vorliegenden Streitigkeit sachlich zuständig.

1.3. Noven

Nach der Rückweisung erliess das Handelsgericht am 19. Januar 2017 einen Beweisbeschluss, welcher sich auf den Vorwurf der Aushöhlung und kalten Liquidation der Gesellschaft bezog (act. 13). Da in diesem Beweisbeschluss nur Urkunden zugelassen wurden, wurde den Parteien im selben Beschluss Frist angesetzt, um sich zum Beweisergebnis zu äussern. Dieser Aufforderung kamen die Parteien mit Eingaben vom 10. Februar 2017 und 14. Februar 2017 nach (act. 15 und 16), wobei der Beklagte unter anderem neue Beweismittel nannte (bzw. um deren Zulassung ersuchte) und neue Behauptungen aufstellte, mit der Begründung die entsprechenden Beweismittel seien vor Bundesgericht gemäss Art. 99 BGG zurecht ins Verfahren eingebracht worden und daher auch vorliegend zu be-

rücksichtigen (act. 15). Die Klägerin hat in ihrer Stellungnahme im Wesentlichen ihre bereits in den Rechtsschriften dargelegte Sichtweise wiederholt und bekräftigt.

Art. 99 BGG ist für das Verfahren vor Handelsgericht nicht massgebend. Die Zulässigkeit von Noven ist vielmehr nach Art. 229 ZPO zu beurteilen. Danach können neue Tatsachen und Beweismittel nach Abschluss des zweiten Schriftenwechsels und nach der letzten Instruktionsverhandlung nur noch beschränkt vorgebracht werden. Noven sind nach diesem Prozesstadium nur noch zulässig, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und wenn sie erst nach Abschluss des Schriftenwechsels bzw. nach der letzten Instruktionsverhandlung gefunden worden sind, oder wenn sie bereits vor Abschluss des Schriftenwechsels oder vor der letzten Instruktionsverhandlung vorhanden waren, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten (LEUENBERGER, in: SUTTERSOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, Kommentar zur ZPO, 2010, N 4 zu Art. 229).

Die neuen Vorbringen und Beweismittel des Beklagten in act. 15 enthalten unechte Noven, welche bereits vor Abschluss des Schriftenwechsels vorhanden waren. Als solche wären sie nur zulässig, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher hätten vorgebracht werden können (Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO). Die neuen Vorbringen und Beweismittel dienen dem Beklagten dazu, die Vorwürfe der Klägerin betreffend Aushöhlung und kalte Liquidation zu entkräften. Der Beklagte hätte sie ohne weiteres bereits während des Schriftenwechsels in den Prozess einbringen können, weshalb sie nicht als Noven zugelassen werden können. Überdies wurden die als Beweis genannten Beilagen zur Beschwerde im vorliegenden Verfahren nicht einmal eingereicht.

2. Anspruch aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit

2.1. Unbestrittener Sachverhalt

Die Klägerin schloss mit der C._____ AG (später "D1._____ AG", Konkursitin) am 25. Mai 2007 / 7. Juni 2007 einen Rahmenkreditvertrag mit einer Kreditlimite von CHF 750'000.– (act. 2/8 Rz. 19). Am 1. Juni 2011 schloss die C._____ AG (später

"D1._____ AG", Konkursitin) mit drei konzernmässig verbundenen Gesellschaften (D._____ AG, D2._____ SA [nachfolgend D2._____] und D3._____ AG [nachfolgend D3._____]) eine sog. Vier-Parteien-Vereinbarung (act. 2/2/11), dies mit folgendem Hintergrund: Die D._____ AG war die Muttergesellschaft der Konkursitin und hatte dieser gegenüber eine Forderung in der Höhe von CHF 222'239.20. Die Konkursitin wiederum hatte gegenüber ihrer Schwestergesellschaft D2._____ eine offene Forderung von CHF 176'709.37 und gegenüber ihrer anderen Schwestergesellschaft D3._____ eine offene Forderung von CHF 16'966.60. Mit der Vier-Parteien-Vereinbarung zederte die D._____ AG ihren Anspruch gegen die Konkursitin im Umfang von CHF 16'699.60 an die D3._____ und im Umfang von CHF 176'709.37 an die D2._____. Die Zessionen erfolgten entgeltlich. Die D3._____ und die D2._____ verrechneten sodann ihre Schuld gegenüber der Konkursitin mit den erworbenen Gegenforderungen (act. 2/1 Rz. 29 ff.).

Die D._____ AG trat am 31. Dezember 2004 im Umfang ihres Aktionärsdarlehens von CHF 100'000.– an die Konkursitin (langfristiges Fremdkapital) im Rang zurück. Dieser Rangrücktritt wurde im Rahmen der Vier-Parteien-Vereinbarung ebenfalls aufgehoben (act. 2/1 Rz. 34; act. 2/2/11 Ziff. 2).

Mit Kaufvertrag vom 30. Juni 2011 übertrug die D._____ AG ihre Beteiligungen an der Konkursitin vollständig an F._____ für einen Kaufpreis von CHF 10'000.–. Eine "due dilligence" wurde nicht durchgeführt. Die Klägerin wurde über den Verkauf am 6. Juli 2011 informiert und teilte dem Beklagten darauf unverzüglich die Kündigung des Kreditvertrags mit. Am 12. März 2012 wurde auf Betreiben der Klägerin der Konkurs über die Konkursitin eröffnet (act. 2/1 Rz. 55-59). Zu diesem Zeitpunkt verfügte sie nur noch über Bankguthaben im Gesamtbetrag von CHF 3'004.91 (act. 2/8 Rz. 27).

2.2. Parteistandpunkte

2.2.1. Die Klägerin macht im Wesentlichen geltend, der Beklagte habe in seiner Rolle als Verwaltungsratspräsident der Konkursitin durch die Unterzeichnung der

Vier-Parteien-Vereinbarung der Aufhebung des Rangrücktritts und damit der Schaffung der Verrechnungsmöglichkeit zugestimmt, was zur Schmälerung des Verwertungssubstrats der Konkursitin aktiv beigetragen habe (act. 2/1 Rz. 32 ff.). Bereits vor Abschluss der Vier-Parteien-Vereinbarung sei die Liquiditätslage der Konkursitin prekär gewesen. Daher habe die begründete Besorgnis einer Überschuldung der Konkursitin bestanden (act. 2/1 Rz. 44 ff.). Die hieraus resultierende Konkursnähe aktiviere gewisse Sorgfaltspflichten des Verwaltungsrates, welchen der Beklagte nicht nachgekommen sei (act. 2/25 Rz. 9). Insbesondere verletze ein Verwaltungsrat, der das Substrat einer konkursgefährdeten Unternehmung durch bevorzugte Befriedigung einzelner Gläubiger schmälere, in der Regel seine aktienrechtliche Sorgfaltspflicht, was Verantwortlichkeitsansprüche auslöse (act. 2/25 Rz. 15, 77 f.).

Eventualiter macht die Klägerin eine Aushöhlung der Konkursitin durch den Beklagten bzw. durch von ihm eingesetzte Scheinverwaltungsräte nach dem Verkauf der Aktien an F._____ geltend (act. 2/25 Rz. 36). Die Scheinverwaltungsräte hätten eine kalte Liquidation der Konkursitin vorgenommen (act. 2/25 Rz. 26 ff.). So habe der Beklagte dafür gesorgt, dass die laufenden Verträge der Konkursitin auf die neu gegründete G._____ AG übertragen worden seien (act. 2/25 Rz. 35). Der Beklagte habe damit in der Absicht, die Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen, über die Aktiven verfügt und das Vermögen der Konkursitin unlauter geschmälert.

2.2.2. Der Beklagte bestreitet, eine notwendige Überschuldungsanzeige unterlassen zu haben. Die damals angespannte Liquiditätslage der Konkursitin dürfe nicht mit einer Überschuldung verwechselt werden (act. 2/8 Rz. 24). Die Konsolidierungshandlungen der Vier-Parteien-Vereinbarung hätten zudem die Gesellschaft nicht geschädigt. Selbst wenn man der klägerischen Ansicht folgen und in den Handlungen der Vier-Parteien-Vereinbarung eine Pflichtverletzung sehen würde, seien diese Handlungen nicht geeignet gewesen, einen Gesellschaftsschaden herbeizuführen, da der Konkursitin damit weder flüssige Mittel entzogen noch ihre Nettovermögenssituation geschwächt worden sei. Aktiv- und Passivseite der Bi-

lanz seien vielmehr gleichermassen verringert worden (act. 2/8 Rz. 74 ff.; act. 2/29 Rz. 44 f.).

Weiter bestreitet der Beklagte, dass er die Konkursitin ausgehöhlt habe (act. 2/29 Rz. 37 ff.). Ebenso bestreitet er den klägerischen Vorwurf, er habe die Konkursitin mit dem Zweck einer kalten Liquidation Scheinverwaltungsräten anvertraut (act. 2/29 Rz. 41). Mit Abschluss des Kaufvertrags vom 30. Juni 2011 habe vielmehr der Käufer die Verantwortung für die operative Leitung der Gesellschaft übernommen, weshalb den Beklagten ab diesem Zeitpunkt kein Verschulden für ein etwaiges Verschwinden von Aktiven treffen könne (act. 2/8 Rz. 25).

2.3. Voraussetzungen von aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen

Die Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen sind sowohl der Gesellschaft als auch den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen (Art. 754 Abs. 1 OR). Die Voraussetzungen einer Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit sind demnach das Vorliegen eines Schadens, einer Pflichtverletzung, des natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhangs zwischen Schaden und Pflichtverletzung sowie eines Verschuldens (BGE 132 III 342 E. 4.1). Es obliegt dem Kläger, der die aktienrechtliche Verantwortlichkeit behauptet, die kumulativen Voraussetzungen zu beweisen (BGE 132 III 564 E. 4.2.).

2.4. Anspruchsvoraussetzungen im Einzelnen

2.4.1. Aktiv- und Passivlegitimation

Die Klägerin ist Abtretungsgläubigerin gemäss Art. 260 SchKG der Verantwortlichkeitsansprüche der Masse. Ihre Aktivlegitimation bzw. Prozessführungsbefugnis wird vom Beklagten nicht bestritten.

Es ist unbestritten, dass der Beklagte bis zum Aktienverkauf vom 30. Juni 2011 Verwaltungsratspräsident der Konkursitin gewesen war (act. 2/1 Rz. 24). Er ist damit passivlegitimiert. Der Beklagte macht aber geltend, er habe nicht für Ent-

scheide, Handlungen oder Unterlassungen einzustehen, die *nach* dem Verkauf der Aktien erfolgt seien, da mit diesem die Verantwortung für die operative Leitung der Konkursitin vollständig auf F._____ übertragen worden sei (act. 2/8 Rz. 25, 76).

Mit dem Verlust der formellen Organeigenschaft endet in aller Regel auch die Verantwortlichkeit. Der Beklagte ist daher grundsätzlich nur für Handlungen während seiner Amtszeit verantwortlich. Es ist allerdings nicht erforderlich, dass ein allfälliger Schaden während der Amtszeit eingetreten ist. Vielmehr wird gegebenenfalls im Rahmen der Kausalität zu prüfen sein, ob ein nach seinem Austritt entstandener Schaden auf während der Amtszeit begangene Pflichtverletzungen zurückzuführen ist.

2.4.2. Ungleichbehandlung der Gläubiger / Vier-Parteien-Vereinbarung (vgl. Urteil vom 10. Mai 2016 [act. 6], S. 11 ff.)

2.4.2.1. Pflichtverletzung

Die Klägerin macht geltend, unter den gegebenen Umständen habe eine Pflicht des Verwaltungsrats zur Gleichbehandlung aller Gläubiger bestanden. Durch Unterzeichnung der Vier-Parteien-Vereinbarung habe er dagegen verstossen.

Das Aktienrecht statuiert zwar eine Gleichbehandlungspflicht der Aktionäre (Art. 717 Abs. 1 OR), kennt aber – anders als das Konkursrecht – keine Gleichbehandlungspflicht der Gesellschaftsgläubiger. Nichts anderes resultiert aus dem von der Klägerin zitierten Aufsatz von PETER FORSTMOSER: Seiner Auffassung nach besteht auch in Konkursnähe einer Gesellschaft kein Anlass, von der Verpflichtung des Verwaltungsrates auf die Interessen der Gesellschaft abzuweichen. Dies könne dazu führen, dass bei knapper Liquidität eine Priorisierung der Zahlungsverpflichtungen vorgenommen werden müsse, mithin eine Gleichbehandlung der Gläubiger gerade nicht geboten sei. Zwischen SchKG und Aktienrecht bestehe somit eine Wertungsdifferenz (FORSTMOSER, a.a.O., S. 440 f.). Der klägerische Rückschluss, dass in Konkursnähe die Gleichbehandlung der Gläubiger stets im Interesse der Gesellschaft liege und eine Abweichung nur ausnahmsweise zuläs-

sig sein soll (act. 2/25 Rz. 15 f.), wird vom Autor nicht postuliert. FORSTMOSER hält vielmehr fest, dass es "eine aktienrechtliche Gleichbehandlungspflicht zugunsten der Gläubiger nicht gibt". In Konkursnähe seien die besonderen Vorschriften von Art. 725 OR zu beachten, womit indirekt einer Gleichbehandlung der Gläubiger Rechnung getragen werde, soweit dies das Aktienrecht wolle. "Irgendwelche darüber hinausgehenden Pflichten zur Gleichbehandlung sind nicht vorgesehen [...]" (FORSTMOSER, a.a.O., S. 442 f.). Auch mit Blick auf das Urteil des Bundesgerichts 5C.29/2000 vom 19. September 2000 (Raichle-Urteil) – welches die Klägerin ebenfalls für ihre Argumentation heranzieht – ist gemäss FORSTMOSER festzuhalten, dass das Bundesgericht in E. 4b/cc ausschliesslich eine Nichtbeachtung der Pflichten von Art. 725 Abs. 2 OR gerügt, jedoch keine irgendwie geartete selbständige Gleichbehandlungspflicht der Gläubiger behauptet hat (FORSTMOSER, a.a.O., S. 443 f.). Diesen Überlegungen FORSTMOSERS ist mit Blick auf den zitierten Raichle-Entscheid zuzustimmen. Auch WÜSTINER hält fest, dass durch die Pflicht zur Anzeige der Überschuldung eine gleichmässige Befriedigung der Gläubiger sichergestellt und eine Bevorzugung einzelner oder eine Konkursverschleppung verhindert werden solle. Art. 725 Abs. 2 OR diene dementsprechend sowohl dem Schutz der Gläubiger, der Allgemeinheit als auch zukünftiger Geldgeber (WÜSTINER, a.a.O. N 4 f. zu Art. 725 OR). Eine direkte Gleichbehandlungspflicht der Gläubiger in Konkursnähe postuliert auch er nicht.

Eine Gleichbehandlungspflicht der Gläubiger in Konkursnähe existiert im Ergebnis nicht, weshalb der Beklagte dagegen auch nicht verstossen konnte.

2.4.2.2. Schaden

Die Klägerin macht geltend, der Schaden entspreche dem Betrag der Forderungen, deren Tilgung der Beklagte durch Schaffung der Verrechnungslage ermöglicht habe (CHF 193'675.97, act. 2/25 Rz. 36; act. 2/1 Rz. 35). Der Beklagte bestreitet, dass der Konkursitin durch die Vier-Parteien-Vereinbarung ein Schaden entstanden sei, da keine Aktiven aus der Gesellschaft abgeflossen seien, die dann in der Konkursmasse gefehlt hätten (act. 2/29 Rz. 27, 38 ff.).

Schaden ist – auch im Verantwortlichkeitsrecht – nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts die ungewollte Verminderung des Reinvermögens. Er entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis gehabt hätte. Die Differenz kann in einer Vermehrung der Passiven, einer Verminderung der Aktiven oder in entgangenem Gewinn bestehen (BGE 132 III 359 E. 4, m.w.H.). Es ist Sache des Klägers, den tatsächlich eingetretenen sowie den betragsmässig für die Schadenersatzklage relevanten, d.h. den bei Pflichterfüllung des entsprechenden Organs vermeidbaren Schaden, geltend zu machen und nachzuweisen. Grundsätzlich hat er den Schaden also ziffernmässig im Einzelnen zu substantiieren und zu beweisen (BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, § 18 Rz. 136, 366 und 371; SUTER, Der Schaden bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Diss. St. Gallen 2010, S. 127).

Die Klägerin macht einen Anspruch geltend, den ihr die Konkursverwaltung gemäss Art. 260 SchKG abgetreten hat (act. 2/2/7). Gemäss der bundesgerichtlichen Raschein-Praxis handelt es sich hierbei um einen Anspruch der Gläubiger-gesamtheit (BGE 117 II 432; BSK OR II-GERICKE/WALLER; N 12 zu Art. 757 OR). Die Klägerin ist daher berechtigt, den gesamten Schaden einzuklagen – wie sie es vorliegend getan hat – und nicht nur den Verlust ihrer Forderung (BGE 122 III 201; 117 II 441). Es geht um die Liquidation eines Schadens der Gesellschaft (Urteil des Bundesgerichts 4A_410/2011 vom 11. Juli 2012, E. 3.2), mithin um einen mittelbaren Schaden der Gläubiger. Der gesamte Schaden besteht in der unfreiwilligen Vermögenseinbusse, welche die konkursite Gesellschaft durch die pflichtwidrigen Handlungen ihrer Organe erlitten hat (BGE 132 III 342, E. 2.3.3). Lediglich die Vermögenseinbusse ist Gegenstand des Schadenersatzes (PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Aufl. 2012, § 16 Rz. 576c). Der Verlust einer Chance stellt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung hingegen keinen Schaden dar (BGE 133 III 462 S. 468 ff.).

Die vorliegende Verrechnung der Forderungen führte weder zu einer Verminderung der Aktiven noch zu einer Vermehrung der Passiven (oder zu einem entgangenem Gewinn) der Konkursitin, sondern lediglich zu einer Verkürzung der Bilanz.

Aus den Verrechnungen der Vier-Parteien-Vereinbarung resultierte keine Einbusse im Gesellschaftsvermögen der Konkursitin und damit auch keine mittelbare Schädigung des klägerischen Vermögens. Der von der Klägerin geltend gemachte verhinderte Zufluss neuer Liquidität aufgrund der Verrechnungen (vgl. act. 2/1 Rz. 53 f.) stellt selbst keinen Schaden im Sinne der Differenztheorie dar, da durch die Verrechnungen gleichzeitig die Passiven der Konkursitin im selben Umfang reduziert wurden. Der behauptete verhinderte Zufluss könnte allenfalls als Verlust einer Chance, welche mit der entzogenen Liquidität hätte ergriffen werden können, umgedeutet werden. Im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wäre jedoch auch dieser Ansatzpunkt für die Klägerin nicht zielführend.

Es ist ohnehin fraglich, ob die durch die streitgegenständlichen Verrechnungen getilgten Forderungen die Liquidität der Konkursitin tatsächlich hätten beeinflussen können. Zu den liquiden Mittel zählen nur diejenigen Geldmittel und Vermögensgegenstände eines Unternehmens, die zur Zahlung vorhanden bereitstehen oder in kürzester Zeit in Geld umgewandelt werden können. Es sind dies daher Kassenbestände, Post- und Bankguthaben sowie Checks (NEUHAUS/BLÄTLER, in: Honsell/Vogt/Watter [Hrsg.], Basler Kommentar OR II, 4. Aufl. 2011, N 16 zu Art. 663a OR; DELLMANN, Bilanzierung nach neuem Aktienrecht, 3. Aufl. 1996, S. 90 f.). Die verrechneten Forderungen selbst waren daher nicht zu den liquiden Mitteln zu zählen, erst die aus ihnen allenfalls resultierenden Rückzahlungen. Wie die Klägerin selbst darlegt (act. 2/1 Rz. 45), und wie auch dem klägerischen Schreiben vom 5. April 2011 an die Konkursitin (act. 2/2/14) zu entnehmen ist, erachtete die Konkursitin eine Rückzahlung der Verbindlichkeiten der D2._____ erst in den nächsten vier bis fünf Monaten als realistisch (vgl. act. 2/2/14 S. 2). Demgemäss war es aus damaliger Sicht noch nicht gesichert, dass die Forderungen nach Ablauf dieser Frist beglichen würden und der Konkursitin so neue liquide Mittel zufließen würden. Der Zufluss zukünftiger Liquidität stand vielmehr unter der Prämisse, dass die Auftragslage der D2._____ tatsächlich so gut wäre, wie im Schreiben behauptet, und dass in der Zwischenzeit keine unvorhergesehenen Verpflichtungen der D2._____ entstehen würden, welche eine Rückzahlung innert angekündigter Frist nicht mehr erlaubt hätten. Letzteres behauptet jedoch der Beklagte, indem er auf ein laufendes Verfahren in Deutschland gegen die D2._____

verweist, welches selbst flüssige Mittel über EUR 850'000.– gebunden habe (act. 2/8 Rz. 23). Dieses Verfahren nennt auch der Revisionsbericht vom 9. Mai 2011. Darin wird ausgeführt, dass die Forderung aus Lieferung und Leistung des Debtors D2._____ aufgrund der laufenden Gerichtsverfahren und der zur Verfügung stehenden Unterlagen nicht endgültig beurteilt werden könne (act. 2/2/12). Bereits aus dem Revisionsbericht ergeben sich mithin Zweifel hinsichtlich der Werthaltigkeit der Forderung. Zur Frage, ob es die Geschäftsgänge der D2._____ tatsächlich erlaubt hätten, rund fünf Monate nach dem Schreiben der Klägerin vom 5. April 2011 die Verbindlichkeiten in Höhe von CHF 179'919.17 zu begleichen, äussert sich die Klägerin nicht. Zum voraussichtlichen Rückzahlungszeitpunkt der Forderung gegen die D3._____ äussern sich die Parteien gar nicht erst. Es kann somit nicht als erstellt erachtet werden, dass die verrechneten Forderungen tatsächlich in einem späteren Zeitpunkt – nach der Unterzeichnung der Vier-Parteien-Vereinbarung – die Liquidität der Konkursitin rechtzeitig hätten verbessern können.

2.4.2.3. Zwischenfazit

Die Vier-Parteien-Vereinbarung und die dadurch ermöglichten Verrechnungen stellen weder eine Pflichtverletzung dar noch führten sie zu einem Schaden der Konkursitin, weshalb daraus keine Verantwortlichkeitsansprüche abgeleitet werden können.

2.4.3. Pflichtwidriges Verhalten in Konkursnähe (vgl. Urteil vom 10. Mai 2016 [act. 6], S. 18 ff.)

2.4.3.1. Pflichtverletzung

Die Klägerin macht geltend, bei der Konkursitin habe bereits im Zeitpunkt der Unterzeichnung der Vier-Parteien-Vereinbarung die begründete Besorgnis einer Überschuldung bestanden, worauf der Beklagte nicht reagiert habe, was eine Pflichtverletzung im Sinne von Art. 725 OR darstelle. Der Beklagte bestreitet dies (act. 2/8 Rz. 62 f.). Als Beweis für ihre Behauptung offeriert die Klägerin den Revisionsbericht vom 9. Mai 2011 (act. 2/2/12) sowie ein Schreiben der Klägerin an

die Konkursitin vom 5. April 2011 (act. 2/2/14). Der Revisionsbericht hält zum Thema der begründeten Besorgnis einer Überschuldung lediglich fest, dass die Position "Debitoren" Forderungen aus Lieferung und Leistung vom Debitor D2._____ enthalte, welche aufgrund des damals laufenden Gerichtsverfahrens und der verfügbaren Unterlagen nicht beurteilt werden können. In Verbindung mit der sehr angespannten Liquiditätslage könne dies die Fortführung des Unternehmens ernsthaft gefährden, was zu einer begründeten Besorgnis der Überschuldung führen würde.

Mit dem Erwähnen dieser blossen Möglichkeit vermag die Klägerin jedoch noch nicht den Beweis dafür zu erbringen, dass die begründete Besorgnis einer Überschuldung bzw. eine Illiquidität im damaligen Zeitpunkt vorlag. Aus dem Schreiben der Klägerin vom 5. April 2011 ergibt sich ebenfalls, dass die Liquidität der Konkursitin zum damaligen Zeitpunkt "äusserst angespannt" gewesen sei und dass die Konkursitin nicht in der Lage sein werde, die Rückführung der Limite von CHF 550'000.- auf 500'000.- zu leisten, da dies zur Zahlungsunfähigkeit und Liquidation des Unternehmens führen könne (act. 2/2/14, Ziff. 1). Auch daraus lässt sich nicht mit der erforderlichen Sicherheit ableiten, dass zum damaligen Zeitpunkt bereits eine begründete Besorgnis der Überschuldung bzw. Illiquidität bestand, da auch diese Urkunde lediglich von einer Möglichkeit spricht. Das Schreiben liefert zwar ein Indiz dafür, dass die Fortführung des Unternehmens womöglich gefährdet war. Eine Verletzung von Pflichten gemäss Art. 725 Abs. 2 OR vermag es jedoch nicht zu beweisen. Selbst wenn man von einer Pflichtverletzung ausgehen würde, fehlt es an einem Schaden, wie nachfolgend zu zeigen ist.

2.4.3.2. Schaden

Die Verletzung der Pflicht zur Überschuldungsanzeige führt zu einem Konkursverschleppungsschaden. Bei der Festsetzung des Konkursverschleppungsschadens ist das Vermögen im Zeitpunkt, in welchem der Konkurs hätte erfolgen müssen, mit demjenigen bei Konkurseröffnung zu vergleichen. Massgebend sind die Liquidationswerte, während den Fortführungswerten keine Bedeutung zukommt. (vgl. BGE 136 III 322, E. 3).

Die Klägerin fordert explizit keinen Schadenersatz wegen Konkursverschleppung (act. 1/2/25 Rz. 36). Entsprechend macht sie auch keine Ausführungen zum Konkursverschleppungsschaden und zum Kausalzusammenhang zwischen einer allfälligen Pflichtverletzung und dem Schaden.

2.4.3.3. Zwischenfazit

Es können keine Verantwortlichkeitsansprüche aus der Verletzung von Pflichten aus Art. 725 Abs. 2 OR abgeleitet werden, zumal die Klägerin selbst ausdrücklich erklärt hat, sie mache keinen Schaden aus Konkursverschleppung geltend.

2.4.4. Aushöhlung (vgl. Urteil vom 10. Mai 2016 [act. 6], S. 20 ff.)

2.4.4.1. Pflichtverletzung

2.4.4.1.1. Parteistandpunkte

Die Klägerin wirft dem Beklagten eine Aushöhlung und kalte Liquidation der Konkursitin vor. Am 31. März 2011 habe der Bilanzwert der Aktiven gemäss Revisionsbericht noch CHF 1'908'970.06 betragen (act. 2/2/12, Beilage 1), während sie am 18. Mai 2012 gemäss Konkursinventar nur noch über Bankguthaben in Gesamthöhe von CHF 3'004.91 verfügt habe (act. 2/2/9, S. 4). Im Zeitraum von knapp 14 Monaten habe das Unternehmen mithin seinen gesamten Wert verloren, wofür der Beklagte verantwortlich sei. Die neuen Verwaltungsräte seien lediglich Scheinverwaltungsräte gewesen (act. 2/25 Rz. 33). Aus den Umständen sei zu schliessen, dass der Käufer der Aktien kein Interesse an der Unternehmensfortführung gehabt habe, weshalb es zweifelhaft sei, ob er den Kaufpreis überhaupt bezahlt habe (act. 2/25 Rz. 27). Der Verzicht auf eine "due dilligence", Dokumentationslücken hinsichtlich wesentlicher Verkaufspunkte sowie der Umstand, dass die im Anhang zum Kaufvertrag beigefügten Unterlagen nicht mehr auffindbar sein sollen, sprächen gegen einen ernsthaften Unternehmensverkauf. Es sei damit nämlich unklar, mit welchen Aktiven und Passiven die Konkursitin übergegangen sei. Eine derart intransparente Vertragsgestaltung spreche gegen die ernsthafte Absicht zur Unternehmensübernahme und zeige, dass der Beklagte eine Aushöhlung und kalte Liquidation der Konkursitin angestrebt habe (act. 2/25

Rz. 28 ff.). Der Beklagte habe zudem dafür gesorgt, dass die laufenden Verträge der Konkursitin auf die neu gegründete G._____ AG übertragen worden seien (act. 2/25 Rz. 35). Damit habe er in der Absicht, die Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen, über die Aktiven verfügt und das Vermögen der Konkursitin unlauter geschmälert.

Der Beklagte bestreitet eine Aushöhlung der Konkursitin. Der Verkauf der Aktien sei ordnungsgemäss abgelaufen und der Käufer habe sich auch ohne "due dilligence" ein umfassendes Bild der Konkursitin machen können (act. 2/29 Rz. 13). Der Kaufpreis über CHF 10'000.– sei bezahlt worden (act. 2/29 Rz. 17). Der klägerische Vorwurf, der Beklagte habe die Gesellschaft einem Dritten anvertraut, von dem er wisse, dass er eine kalte Liquidation unterstütze oder gar im eigenen Interesse vornehme, sei lächerlich (act. 2/29 Rz. 40 f.). Der Verkauf habe keine kalte Liquidation zum Ziel gehabt (act. 2/29 Rz. 19). Die Gesellschaft sei vielmehr mit Aktiven in Höhe von CHF 1,7 Mio. an den Käufer übergegangen (act. 2/29 Rz. 40). Der Vermögensverlust sei mithin erst eingetreten, nachdem der Beklagte aus dem Verwaltungsrat zurückgetreten sei, weshalb er dafür nicht verantwortlich sei.

2.4.4.1.2. Rechtliches

Die Organe einer AG haften für die von ihnen begangenen Pflichtverletzungen (Art. 754 Abs. 1 OR). Eine Pflichtwidrigkeit liegt dann vor, wenn ein Organ gegen eine Gesetzes-, Statuten- oder Reglementsbestimmung verstösst. Eine Pflichtverletzung kann in einer unrechtmässigen Handlung oder in einer pflichtwidrigen Unterlassung bestehen.

Die aktienrechtliche Treuepflicht gemäss Art. 717 Abs. 1 OR bedeutet, dass ein Mitglied des Verwaltungsrates die Interessen der AG zu wahren und seine eigenen Interessen und diejenigen ihm nahe stehender Personen hintenan zu stellen hat. Interessenkonflikte hat er daher zu meiden. Besteht auch nur die Gefahr einer Interessenkollision, so hat er durch geeignete Massnahmen sicherzustellen, dass die Interessen der AG den Vorrang erhalten (ROLF WATTER, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, N 15 zu Art. 718a OR mit Hinweisen). Handelt der

Verwaltungsrat nicht im Interesse der AG, sondern im eigenen Interesse oder in demjenigen von Dritten, so sind nach Lehre und Rechtsprechung strenge Massstäbe anzusetzen (BGE 130 III 213 ff.).

Grundsätzlich wird ein pflichtgemässes Verhalten eines Verwaltungsrates vermutet, es sei denn, er handle unter Interessenkonflikt. Handelt ein Organ einer AG unter Interessenkonflikt, so kann es sich nicht auf die Vermutung der sorgfältigen und getreuen Mandatserfüllung berufen, sondern hat gerade im Gegenteil die durch den Interessenkonflikt begründete Vermutung einer Verletzung der Treuepflicht zu widerlegen. Das Handeln unter Interessenkonflikt begründet somit eine Vermutung der Pflichtverletzung: Das Gesellschaftsorgan hat daher bei einem Interessenkonflikt nachzuweisen, dass eine Benachteiligung der Gesellschaftsinteressen ausgeschlossen ist. Ansonsten ist davon auszugehen, dass er seine Pflichten verletzt hat und damit nach den Regeln der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit für einen allfälligen Schaden haftbar wird (SZW 2003 S. 102 ff., BETTINA STUTZ / HANS CASPAR VON DER CRONE, Kontrolle von Interessenkonflikten im Aktienrecht, S. 106).

Gemäss Art. 222 Abs. 2 ZPO hat die beklagte Partei im Einzelnen darzulegen, ob und inwiefern Tatsachenbehauptungen der klagenden Partei anerkannt oder bestritten werden. Die Bestreitungen haben sich auf konkrete Behauptungen der Gegenseite zu beziehen.

2.4.4.1.3. Beweismittel

In seinem Rückweisungsentscheid hat das Bundesgericht festgehalten, dass der Beklagte die Behauptung, er habe die Konkursitin ausgehöhlt, detailliert bestritten habe. Er habe bestritten, dass er mit dem Kaufvertrag nicht sämtliche bilanzierten Aktiven übertragen bzw. der Konkursitin vor oder anlässlich des Aktienverkaufs die Geschäftsgrundlage entzogen habe. Damit, so das Bundesgericht, wäre es der Klägerin oblegen, ihre Behauptungen so zu detaillieren, dass darüber Beweis geführt werden könnte. Welche konkreten Behauptungen die Klägerin aufgestellt und welche Beweise sie angeboten hatte, sei im angefochtenen Urteil nicht voll-

ständig festgestellt worden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_393/2016 vom 8. Dezember 2016, E. 3.3).

Aufgrund letzterer Feststellung des Bundesgerichts wurde mit Datum vom 19. Januar 2017 ein Beweisbeschluss erlassen, welcher die klägerischen Behauptungen zur Pflichtverletzung aufführte und die entsprechenden Beweismittel zulies (act. 13). Zum Beweis dafür, dass der Beklagte die Konkursitin als Verwaltungsrat wirtschaftlich ausgehöhlt habe, indem er Aktiven im Gesamtwert von rund CHF 1'704 Mio. auf Dritte übertragen habe, und insbesondere laufende Verträge auf die neu gegründete G._____ AG übertragen habe und die G._____ AG die bisherige Geschäftstätigkeit der C._____ übernommen habe, nennt die Klägerin folgende Beweismittel:

- Auflösungsvertrag Gemeinschuldnerin / H._____ vom 30. Juni 2011 / 12. August 2011 (act. 2/26/24)
- Übernahmevertrag G._____ AG / H._____ vom (mutmasslich) 30. Juni 2011 / 12. August 2011 (act. 2/26/25)
- Schreiben der Gemeinschuldnerin vom 22. August 2011 (act. 2/26/26)

Zum Beweis, dass der Verkauf der Konkursitin lediglich mit dem Zweck einer kalten Liquidation erfolgte und der Käufer nicht ernsthaft beabsichtigt hat, die bisherige Geschäftstätigkeit der Konkursitin weiterzuführen, sondern als Scheinverwaltungsrat amtierte, nennt die Klägerin die bereits vorstehend erwähnten act. 2/26/24, 2/26/25 und 2/26/26 sowie zusätzlich folgende Beweismittel:

- Einvernahmeprotokoll von I._____ vom 19. März 2012 (act. 2/26/22)
- Schreiben des Konkursamtes E._____ / Bezirksgericht Winterthur vom 19. März 2012 (act. 2/26/23)

Im Folgenden sind die genannten Beweismittel näher zu betrachten:

a) *Vereinbarung I* (act. 2/26/24)

In Bezug auf die Behauptung der Übertragung laufender Verträge beruft sich die Klägerin zunächst auf eine Vereinbarung zwischen der H._____ AG und der Konkursitin vom 30. Juni / 12. August 2011. Diese hält Folgendes fest:

"Infolge einer Handänderung/Verkauf der Firma C._____ AG wird die Auftragsbestätigung vom 15. April 2011 an die G._____ AG abgetreten. Der mit der H._____ AG laufende Vertrag, wird gemäss Stichtag, 30. Juni 2011 aufgelöst."

Diese Vereinbarung wurde vom Beklagten am 30. Juni 2011 namens der Konkursitin unterzeichnet. Sie betrifft Arbeiten am ..., J._____, [Ort] Metaldecken WC-Anlagen sowie Decke Smokerlounge D.

b) Vereinbarung II (act. 2/26/25)

Diese Vereinbarung zwischen der H._____ AG und der G._____ AG vom 12. August 2011 regelt die Übernahme der Auftragsbestätigung vom 15. April 2011 durch Letztere. Sie wurde ebenfalls vom Beklagten, allerdings namens der G._____ AG, am 12. August 2011 unterzeichnet. In Ziff. 3 wird sodann festgehalten:

"Die Unternehmerin sichert dem Bauherrn zu, das Werk mit der gleichen Fachkompetenz (Herr K._____) und Erfahrung im Umgang mit den Materialien und Verarbeitungstechniken auszuführen."

c) Schreiben der Konkursitin vom 22. August 2011 (act. 2/26/26)

Das weiter als Beweismittel eingereichte Schreiben der Geschäftsleitung der Konkursitin an die H._____ AG enthält insbesondere folgende Passage:

"Gemäss Kaufvertrag vom 30. Juni 2011 wurden sämtliche Aufträge vollumfänglich der G._____ AG abgetreten, da wir als Käufer keine Kenntnisse und Mitarbeiter für die vereinbarten Arbeiten/Gewerke haben."

d) Einvernahmeprotokoll I._____ vom 19. März 2012 (act. 2/26/22)

Am 19. März 2012 wurde der letzte eingetragene Verwaltungsrat der Konkursitin, I._____, anlässlich der Durchführung des Konkursverfahrens durch das Konkursamt E._____ einvernommen. In dieser Einvernahme führte I._____ aus, dass

er im Sommer 2011 am Bahnhof E._____ einen Herrn L._____ kennengelernt habe. Dieser habe ihn um Unterschriften in verschiedenen Angelegenheiten gebeten. Er habe diese Unterschriften gegeben, weil er an dessen Wissen geglaubt habe. Später habe er ihn gebeten, Unterschriften im Zusammenhang mit der Konkursitin zu geben. Er habe alles unterschrieben, was ihm vorgelegt worden sei, ohne zu wissen, worum es gehe. Er könne über die Konkursitin nichts aussagen. Er habe weder die schulische Ausbildung noch das fachliche Wissen, um eine Firma zu führen. Es sei alles über L._____ gelaufen. Er sei vom 15. Oktober 2011 bis 21. Dezember 2011 Aktivist bei der ...-Bewegung gewesen und habe nichts zu tun gehabt mit der Konkursitin.

e) Schreiben Konkursamt E._____ / Bezirksgericht Winterthur vom 19. März 2012 (act. 2/26/23)

Ebenfalls am 19. März 2012 stellte das Konkursamt E._____ dem Bezirksgericht Winterthur den Antrag auf Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven. Darin verwies das Konkursamt E._____ u.a. auf die vorstehend genannte Einvernahme mit I._____ und fügte als Bemerkung hinzu, dass L._____ in der Zwischenzeit auch dem Bezirksgericht Winterthur bekannt sei. Die Sammlung der Pleite-Firmen von L._____ sei mit der Konkursitin nun um ein Exemplar reicher.

f) Editionen

Ferner beantragt die Klägerin folgende Editionen (act. 2/26):

- durch D._____ AG:

Anhang zum Kaufvertrag zwischen der D._____ AG und F._____ vom 30. Juni 2011 gemäss klägerischem act. 15, Ziff. 7 (Liste der aktuellen Kreditoren und der angefangenen Arbeiten);

- durch Revisionsstelle:

Details zum Buchhaltungskonto "Beteiligungen der D._____ AG" per 31. März 2011, aus welchem hervorgeht, mit welchem Wert die Aktien der C._____ AG in der Buchhaltung der D._____ AG eingesetzt wurden.

Kontoauszug, auf dem der Eingang des Kaufpreises für die Aktien der D1._____ AG von CHF 10'000 ersichtlich ist.

Im anlässlich der Vergleichsverhandlung abgeschlossenen (und am 11. Dezember 2014 widerrufenen) Vergleich vom 19. November 2014 hatte sich der Beklagte verpflichtet, der Klägerin bis spätestens 26. November 2014 den Anhang zum Kaufvertrag zuzusenden (Prot. S. 9). Wie die Klägerin in ihrer Replikschrift ausführt, habe die Beklagte der Klägerin noch vor dem Widerruf des Vergleichs telefonisch mitteilen lassen, dass dieser Anhang nicht mehr auffindbar sei (act. 2/25 S. 14 RZ 46). Die Beklagte hat dies in der Duplikatschrift nicht bestritten.

Vorliegend kann jedoch von einer Edition des Anhangs des Kaufvertrages sowie der weiteren gemäss Begehren der Klägerin zu edierenden Unterlagen abgesehen und offen gelassen werden, mit welchen Aktiven die Gesellschaft an den Käufer übergegangen ist. Wie nachfolgend darzulegen sein wird - wird selbst wenn Aktiven in der Höhe von CHF 1,7 Mio. im Zeitpunkt des Verkaufes der Aktien noch vorhanden waren (wie der Beklagte behauptet, act. 2/29 Rz. 40, jedoch von der Klägerin bestritten wird), eine pflichtwidrige Aushöhlung der Gesellschaft aus anderen Gründen anzunehmen sein.

Die von der Klägerin beantragten Editionen können daher unterbleiben.

2.4.4.1.4. Würdigung

a) Übertragung von Geschäftstätigkeit auf neue G._____ AG

Mit den Vereinbarungen I und II hat die Klägerin bewiesen, dass das Vertragsverhältnis zwischen der Konkursitin und der H._____ AG wegen des Verkaufes der Konkursitin auf die G._____ AG übertragen wurde. Aus der aus der Vereinbarung II zitierten Passage ist überdies zu schliessen, dass auch Know-how und Mitarbeiter der Konkursitin auf die G._____ AG übertragen wurden. Dies ergibt sich auch aus dem von der Klägerin eingereichten Schreiben der Konkursitin an die H._____ AG vom 22. August 2011 (act. 2/26/26). Darin räumt die Konkursitin unumwunden ein, dass sie "als Käufer" keine Kenntnisse und Mitarbeiter für die vereinbarten Arbeiten/Gewerke hätte. Schliesslich bestätigt die Konkursitin auch,

dass *sämtliche* Aufträge zufolge des Know-how-Mangels der G._____ AG abgetreten worden seien. Dass damit nicht nur die vertragliche Beziehung mit der H._____ AG gemeint war, ergibt sich daraus, dass die Konkursitin aufgrund des (zugegebenen) Fehlens von Know-how gar nicht in der Lage gewesen wäre, ihre Geschäfte selber, wie bisher, weiterzuführen (und nicht nur den Auftrag der H._____ AG). Die Beklagte hat sich zum Vorwurf der Übertragung von Verträgen nicht geäußert und auch keine eigene Interpretation der vorstehend gewürdigten Urkunden dargetan.

Sodann fällt auch auf, dass im Schreiben vom 22. August 2011 festgehalten wird, diese Abtretung "sämtlicher Aufträge" sei "gemäss Kaufvertrag vom 30.06.2011" erfolgt" (act. 2/26/26). Dies widerspricht jedoch den Bestimmungen des Kaufvertrages vom 30. 6. 2011, der vorliegend von der Klägerin eingereicht wurde (act. 2/15, Ziff.4 und 7). Dieser Widerspruch lässt sich vorliegend nicht klären, könnte aber durchaus dafür sprechen, dass die Bestimmungen des Kaufvertrages vom 30. 6. 2011 nicht ernst gemeint waren, zumal der Beklagte bereits am 30. 6. 2011 die Vereinbarung I unterzeichnete und damit die Übertragung der Geschäfte an eine Nachfolgefirma bereits am Tag der Unterzeichnung des Aktienkaufvertrages in die Wege leitete. Letztlich kann dies jedoch vorliegend offen bleiben. Entscheidend ist einzig, ob diese Handlungen dem Beklagten anzulasten sind.

Im Schreiben der Konkursitin an M._____ von der H._____ AG vom 22. August 2011 (act. 2/26/26) wird sodann erwähnt:

"Somit können wir als C._____ AG keine Forderungen abtreten und die A._____ auch keine Zession geltend machen."

Die Abtretung an die neu gegründete G._____ AG bewirkte somit, dass die Klägerin keine Zessionen auf Forderungen aus dem Aufträgen der H._____ AG geltend machen konnte, was die Stellung der Klägerin verschlechterte.

Schliesslich wird in diesem Schreiben noch festgehalten:

"Die gestellte Akontozahlung vom 29.06.2011 können Sie stornieren, da zu diesem Zeitpunkt keine Aufwände (Lieferantenfakturen) verbucht waren."

Der Umstand, dass die Konkursitin bereits vor dem Aktienverkauf eine Akontorechnung stellte, spricht dafür, dass diese Zahlung nach Meinung Konkursitin damals fällig war. Daran würde auch der Umstand, dass noch keine Lieferantefakturen verbucht worden waren, nichts ändern. Falls die Konkursitin bereits Arbeiten im Zusammenhang mit den Aufträgen beim ..., J._____ geleistet hat, würde wohl die Aufforderung an die H._____ AG, eine bereits gestellte Rechnung zu stornieren, zu einer Schädigung der Konkursitin führen.

Auch dies kann jedoch vorliegend offen gelassen werden. Es genügt festzuhalten, dass erstellt ist, dass laufende Verträge auf die G._____ AG übertragen wurden und letztere die bisherige Geschäftstätigkeit der Konkursitin übernommen hat.

b) Doppelvertretung des Beklagten/ Interessenkonflikt

Weiter stellt sich die Frage, ob dem Beklagten die Übertragung der Geschäftstätigkeit auf die G._____ AG als Pflichtverletzung angelastet werden kann. Der Beklagte beruft sich vor allem darauf, dass er nach dem Verkauf der Aktien keine Kontrolle mehr über die Konkursitin gehabt habe, weshalb er auch nicht zur Verantwortung gezogen werden könne (act. 2/29 S. 9). Gemäss Handelsregisterauszug wurde er erst per tt.mm.2011 im Handelsregister als Mitglied des Verwaltungsrates der Konkursitin gelöscht und er ist somit auch für Handlungen verantwortlich, die nach dem Verkauf, aber vor der Löschung aus dem Handelsregister erfolgt sind.

Im Zusammenhang mit der Übertragung der Aufträge H._____ AG handelte der Beklagte sowohl für die C._____ AG (Konkursitin) als auch für die G._____ AG als einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat. Es stellt sich die Frage, ob das Verhalten des Beklagten aufgrund dieser Doppelvertretung eine Verletzung der Treuepflicht nach Art. 717 Abs. 1 OR darstellt. Gemäss den von der Klägerin eingereichten Urkunden wurde die Übertragung der Aufträge nicht mit einem Vertrag zwischen C._____ AG (Konkursitin) und G._____ AG, sondern mit einem Auslösungsvertrag zwischen C._____ AG (Konkursitin) (Vereinbarung 1, act. 2/26/24) und der H._____ AG sowie mit einem Übernahmevertrag zwischen der G._____ AG und der H._____ AG (Vereinbarung 2, act. 2/26/25) vorgenommen. Dies än-

dert jedoch nichts daran, dass dies im Resultat einer unzulässigen Doppelvertretung gleichkommt, da sich der Beklagte als Verwaltungsrat beider Firmen in einem Interessenkonflikt stand.

Schon am 30.06.2011 hat der Beklagte als Verwaltungsratspräsident der Konkursitin dafür gesorgt, dass die Aufträge der H._____ AG aufgelöst werden und kurz darauf die G._____ AG als Nachfolgefirma gegründet (am tt.mm.2011 ins Handelsregister eingetragen). Diese hat weitgehend den gleichen Geschäftszweck wie die Konkursitin. Bei der Gründung hatte sie ihren Sitz in ... Uri (act. 2/26/25), wobei bereits in der "Vereinbarung 2 / Übernahme Auftrag (act. 2/26/25) bei der Adresse festgehalten wurde "(Sitzverlegung in Bearbeitung)". Danach verlegte sie ihren Sitz an den gleichen Ort, an dem ursprünglich die Konkursitin ihren Sitz hatte, nämlich "... [Strasse] ..., E._____".

Wie erwähnt, ergibt sich sodann aus der Vereinbarung 2 sowie dem Schreiben vom 22. August 2011 (act. 2/26/26), dass auch Know-how und Mitarbeiter an die neue Firma übertragen wurden und es der Konkursitin mithin nicht mehr möglich war, ihre bisherige Geschäftstätigkeit weiterzuführen.

Bereits aufgrund der Tatsache, dass der Beklagte sowohl auf Seiten der Konkursitin als auch für die G._____ AG handelte, ist eine Interessenkollision des Beklagten nachgewiesen. In einer solchen Situation wird gemäss Lehre und Rechtsprechung eine Treupflichtverletzung vermutet. Es obliegt deshalb dem Gesellschaftsorgan, welches unter Interessenkonflikt handelt, die durch den Interessenkonflikt begründete Vermutung einer Verletzung der Treupflicht zu widerlegen und nachzuweisen, dass er sein Mandat sorgfältig und getreu erfüllt hat.

Das Handeln unter Interessenkonflikt begründet somit die Vermutung, dass der Beklagte seine Treupflicht als Verwaltungsrat der Konkursitin verletzt hat. Zu seiner Entlastung müsste er dartun und nachweisen können, dass eine Benachteiligung der Gesellschaftsinteressen ausgeschlossen ist. Ansonsten ist davon auszugehen, dass er als Verwaltungsrat seine Pflichten verletzt hat und damit nach den Regeln der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit für einen allfälligen

Schaden haftbar wird (SZW 2003 S. 102 ff., Bettina Stutz, Hans Caspar von der Crone, Kontrolle von Interessenkonflikten im Aktienrecht, S. 106).

Der Beklagte führt keine Gründe an, welche sein Verhalten rechtfertigen könnten. Er unterlässt es vielmehr, sich in der Duplik zur Übertragung der Geschäfte der Konkursitin auf die G._____ AG zu äussern. Es wäre Sache des Beklagten gewesen, diese Vermutung zu entkräften und darzutun, weshalb das Geschäft im Interesse der Konkursitin war und dieser dadurch kein Schaden entstanden ist. Es genügt nicht, in unsubstantierter Weise zu behaupten, der Schaden sei erst nach seinem Rücktritt aus dem Verwaltungsrat entstanden. Mangels Nachweises von Rechtfertigungsgründen ist daher davon auszugehen, dass der Beklagte seine Treuepflichten als Verwaltungsrat (Art. 717 OR) verletzt hat und die in Frage stehenden Handlungen des Beklagten eine Benachteiligung der Konkursitin zur Folge hatten.

2.4.4.2. Scheinverwaltungsräte?

Aus den Unterlagen des Konkursamtes E._____ ist sodann zu schliessen, dass I._____, welcher am 13. September 2011 als Verwaltungsrat der Konkursitin eingesetzt wurde, keine Absicht der Weiterführung der Geschäftstätigkeit der Konkursitin hatte und nur als Unterschriftengeber fungierte. Eine solche Person kann – um die Terminologie der Klägerin zu übernehmen – als Schein-Verwaltungsrat bezeichnet werden. Insbesondere das Schreiben des Konkursamtes E._____ vom 19. März 2012 macht deutlich, dass das Einsetzen von Scheinverwaltungsräten in Gesellschaften, welchen der Konkurs bevorsteht, Teil eines Vorgehens eines L._____ war, welches schon wiederholt praktiziert wurde. Die als Beweismittel eingereichten act. 2/26/22 und 2/26/23 betreffen indessen nur I._____, welcher laut Handelsregister erst am tt.mm.2011 und damit drei Monate nach dem Verkauf als Verwaltungsrat in die Gesellschaft eingetreten ist. Daraus kann nicht ohne Weiteres geschlossen werden, dass (auch) andere Personen, namentlich der Käufer F._____, Teil des "Systems L._____" und damit Scheinverwaltungsräte waren.

Vorliegend kann indessen offen gelassen werden, ob auch F._____ ein Teil des "Systems L._____" war. Die bereits erwähnten Urkunden betreffend die Übertragung von Verträgen auf die G._____ AG, insbesondere act. 2/26/26 mit der expliziten Formulierung "(...) wurden sämtliche Aufträge vollumfänglich an die G._____ AG abgetreten, da wir als Käufer keine Kenntnisse und Mitarbeiter für die vereinbarten Arbeiten/Gewerke haben." belegen in genügender Weise, dass der Käufer F._____ nicht ernsthaft beabsichtigte, die bisherige Geschäftstätigkeit der Konkursitin weiterzuführen und insoweit bei der "Aushöhlung" der späteren Konkursitin mitwirkte.

2.4.4.2.1. Zwischenfazit

Die Übertragung sämtlicher Aufträge auf eine andere (Konzern)-Gesellschaft und der Verkauf aller Aktien an einen Käufer, der nicht ernsthaft beabsichtigt, und auch nicht in der Lage ist, die bisherige Geschäftstätigkeit weiterzuführen, widersprechen offenkundig den Interessen der Gesellschaft, welche der Beklagte als Verwaltungsrat gemäss Art. 717 Abs. 1 OR zu wahren hat.

Eine Verletzung der Treuepflicht nach Art. 717 Abs. 1 OR ist umso mehr zu bejahen, als bereits aufgrund der Tatsache, dass der Beklagte bei der Übertragung der Verträge sowohl auf Seiten der Konkursitin als auch für die G._____ AG handelte, eine Interessenkollision des Beklagten nachgewiesen ist. In einer solchen Situation wird eine Treuepflichtverletzung vermutet. Es obliegt deshalb dem Gesellschaftsorgan, welches unter Interessenkonflikt handelt, die durch den Interessenkonflikt begründete Vermutung einer Verletzung der Treuepflicht zu widerlegen und nachzuweisen, dass eine Benachteiligung der Gesellschaftsinteressen ausgeschlossen ist. Ansonsten ist davon auszugehen, dass er seine Pflichten verletzt hat. Der Beklagte führte aber keine Gründe an, welche sein Verhalten rechtfertigen könnten.

Der Klägerin gelingt somit der Beweis, dass der Beklagte gegen seine aktienrechtliche Treuepflicht gemäss Art. 717 Abs. 1 OR verstossen hat.

2.4.4.3. Schaden

2.4.4.3.1. Rechtliches

Wie bereits an anderer Stelle ausgeführt, ist Schaden eine unfreiwillige Vermögensverminderung. Nach konstanter Rechtsprechung entspricht der Schaden der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte. Unter Vermögensstand ist das Nettovermögen zu verstehen. Die Differenz kann in einer Vermehrung der Passiven, einer Verminderung der Aktiven oder in entgangenem Gewinn bestehen. Bei der Ermittlung des Vermögensstandes einer Unternehmung sind sowohl die Aktiven wie auch die Passiven zu berücksichtigen (vgl. Rückweisungsentscheid des Bundesgerichts 4A_393/2016 vom 8. Dezember 2016, E. 4.1, m.w.H. [act. 12], so auch BGE 142 III 23, Erw. 4 ff.).

Es ist Sache des Klägers, den tatsächlich eingetretenen sowie den betragsmässig für die Schadenersatzklage relevanten, d.h. den bei Pflichterfüllung des entsprechenden Organs vermeidbaren Schaden, geltend zu machen und nachzuweisen. Grundsätzlich hat er den Schaden ziffernmässig im Einzelnen zu substantiieren und zu beweisen (BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, § 18 Rz. 136, 366 und 371; SUTER, Der Schaden bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Diss. St. Gallen 2010, S. 127).

Wie konkret und detailliert die Substantiierung sein muss, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Die Anforderungen sind niedriger, wenn es um Tatsachen geht, die sich ausserhalb der Sphäre des Behauptenden ereignet haben.

2.4.4.3.2. Parteistandpunkte

Die Klägerin führt zum Schaden im Wesentlichen aus, dass die Aktiven der Konkursitin gemäss Revisionsbericht vom 31. März 2011 CHF 1'908'970.06 betragen hätten, während sie am 18. Mai 2012 gemäss Konkursinventar nur noch über Bankguthaben in Gesamthöhe von CHF 3'004.91 verfügt habe. Im Zeitraum von knapp 14 Monaten habe das Unternehmen damit seinen gesamten Wert verloren. Implizit macht die Klägerin damit geltend, dass der hypothetische Vermögensstand ohne das schädigende Ereignis dem in der Bilanz vom 31. März 2011 dar-

gestellten Vermögensstand (act. 2/2/12) entsprochen hätte. Den durch das schädigende Ereignis verminderten Vermögensstand entnimmt die Klägerin dem Konkursinventar und dem Kollokationsplan (act. 2/2/4 und 2/2/9). Die Klägerin geht demnach von einem Schaden zufolge Aushöhlung von CHF 1,704 Mio. aus. Von diesem Schaden mache sie nur einen Teilbetrag von CHF 193'675.97 geltend (act. 25 Rz. 36).

Der Beklagte bestreitet einen Schaden und moniert im Wesentlichen, dass die Klägerin das Vorliegen eines Schadens unzureichend behauptet und bewiesen habe (act. 29 Rz. 37 f.).

2.4.4.3.3. Beweismittel

Die Klägerin stützt sich zum Beweis ihrer Behauptungen auf den Revisionsbericht samt Bilanz vom 9. Mai 2011 (act. 2/2/12), den Kollokationsplan vom 5. Juni 2012 (act. 2/2/4) sowie das Konkursinventar vom 18. Mai 2012 (act. 2/2/9).

2.4.4.3.4. Würdigung

a) Anforderungen an Substantiierung des Schadens

Vorliegend ereigneten sich die in Frage stehenden Handlungen ausserhalb der Sphäre der Klägerin. Insoweit dürfen vorliegend die Anforderungen an die Detaillierung der Behauptungen zum Schaden nicht zu hoch angesetzt werden. Der Klägerin war es auch nicht möglich, Einsicht in Buchhaltungsunterlagen der Konkursitin zu nehmen: offenbar waren solche aber bei Konkurseröffnung nicht mehr vorhanden. Die Klägerin hat sich auch vergeblich bemüht, in den Besitz des Anhangs zum Kaufvertrag zu gelangen, welcher Aufschluss darüber gegeben hätte, mit welchen Aktiven und Passiven die C._____ an den Käufer übertragen wurde; dieser war - wie erwähnt - gemäss eigenen Angaben des Beklagten nicht mehr verfügbar. Die letzten vorhandenen Buchhaltungsabschlüsse datieren vom 31. März 2011. Der Klägerin gelang es somit auch im Rahmen des vorliegenden Prozesses nicht, sich besser über die für die Berechnung des Schadens massgebenden Faktoren zu informieren. Insoweit erscheint es nicht zumutbar, von der Kläge-

rin eine detaillierte Darlegung von Elementen der Schadensberechnung zu verlangen, von denen sie trotz entsprechender Bemühungen keine Kenntnis erlangen konnte. Es genügt daher, wenn die Klägerin ihre Behauptungen zum Schaden auf den Revisionsbericht samt Bilanz vom 9. Mai 2011 (act. 2/2/12), den Kollokationsplan vom 5. Juni 2012 (act. 2/2/4) sowie das Konkursinventar vom 18. Mai 2012 (act. 2/2/9) stützt.

b) Aktiven

Es ist zwischen den Parteien unbestritten, dass der Wert der Aktiven des Unternehmens beim Verkauf bzw. per Ende März 2011 "grob umrissen" mindestens CHF 1,644 Mio. betrug (CHF 1,644 Mio. gemäss der Beklagte; CHF 1,864 Mio. gemäss der Klägerin; [act. 2/8 Rz. 26; act. 2/25 Rz. 25]). Ferner behauptet der Beklagte in der Replik, die Gesellschaft sei beim Verkauf an F._____ mit Aktiven von ca. CHF 1,7 Mio übertragen worden (act. 2/29 S. 9 RZ. 40).

Sodann ist unbestritten, dass die Konkursitin bei Konkurseröffnung über praktisch keine Aktiven mehr verfügte (act. 2/8 Rz. 27; act. 2/25 Rz. 36). Die Konkursitin erlitt mithin im Zeitraum zwischen dem Verkauf der Aktien vom 30. Juni 2011 bis zur Erstellung des Konkursinventars vom 18. Mai 2012 eine Abnahme der Aktiven von mindestens CHF 1,644 Mio.

c) Passiven

Gemäss Revisionsbericht beliefen sich die Passiven (= Fremdkapital) der Konkursitin am 31. März 2011 auf CHF 1'766'793.51 (act. 2/2/12). Im Kollokationsplan Forderungen von insgesamt CHF 1'336'689.07 zugelassen (act. 2/2/4). Betrachtet man die zugelassenen Forderungen als Passiven, ergibt sich eine Abnahme der Passiven seit März 2011 um rund CHF 430'000.

d) Massgebender Zeitraum für die Schadensberechnung

Der Beklagte bestreitet auch nicht, dass zwischen dem Verkauf der Aktien an F._____ und der Konkurseröffnung eine erhebliche Vermögensverminderung erfolgt ist. Er macht jedoch geltend, dass der Zeitraum nach dem Verkauf der Aktien an F._____ für die Schadensberechnung nicht massgebend sei.

Ein Schaden muss jedoch nicht unbedingt sofort im Zeitpunkt der Pflichtverletzung entstehen, sondern kann auch erst später eintreten. Es ist deshalb nicht von entscheidender Bedeutung, welches Vermögen im Zeitpunkt des Aktienverkaufs noch vorhanden war. Entscheidend ist vielmehr, ob ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung des Beklagten und dem Schaden besteht.

2.4.4.3.5. Zwischenfazit

Der Schaden berechnet sich vorliegend aus der Differenz zwischen der Abnahme der Aktiven und der Abnahme der Passiven. Auch unter Berücksichtigung der Verminderung der Passiven ergibt im Zeitraum zwischen dem 31. März 2011 und der Konkurseröffnung im Jahre 2012 eine Abnahme des Vermögensstandes der Konkursitin, der die eingeklagte Forderung von CHF 193'675.97 bei Weitem über übertrifft.

2.4.4.4. Kausalzusammenhang

2.4.4.4.1. Rechtliche Grundlagen

Zwischen dem Schaden und der Pflichtverletzung muss ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang bestehen. Ursachen im Sinne des natürlichen Kausalzusammenhanges sind alle Umstände, ohne deren Vorhandensein der eingetretene Erfolg nicht als eingetreten oder nicht als in der gleichen Weise eingetreten gedacht werden kann. Eine Ursache ist dann adäquat kausal, wenn sie nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeig-

net ist, den entstandenen Schaden herbeizuführen. Es kommt also auf "die generelle Eignung der fraglichen Ursachen an, Wirkungen der eingetretenen Art herbeizuführen" (vgl. GAUCH et al., Schweizerisches Obligationenrecht, AT, 9. Aufl., Zürich 2008, N 2750 ff. mit Hinweisen auf Rechtsprechung). Der Beweis des natürlichen Kausalzusammenhangs obliegt grundsätzlich der Klägerin.

2.4.4.4.2. Parteistandpunkte

Die Beklagte bestreitet einen Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Beklagten und dem Abfluss von Aktiven. Die D._____ AG habe F._____ die Aktien einer nicht überschuldeten Gesellschaft verkauft. Auf den weiteren Geschäftsgang hätten weder die D._____ AG noch der Beklagte einen Einfluss gehabt. Die Verantwortung für die Entwicklungen seit dem 1. Juli 2011 läge bei den neuen Verwaltungsräten. Die Konkursituation sei einzig und allein unter der Verantwortung der neuen Verwaltungsräte herbeigeführt worden. Eine Einflussnahme seitens der ehemaligen Verwaltungsratsmitglieder sei nicht mehr möglich gewesen und es seien auch unter der Verantwortung des Beklagten keine Ursachen für den später eingetretenen Konkurs gesetzt (act. 8 Rz. 77).

Die Klägerin macht geltend, die Pflichtverletzung des Beklagten sei ursächlich für den Schaden. Es spiele keine Rolle, ob der Beklagte die Aushöhlung vor oder nach der Übertragung der Aktien vorgenommen habe, zumal er die Verantwortung der Gesellschaft Dritten anvertraut habe, von welchen er wisse, dass sie ihn bei einer kalten Liquidation unterstützen oder dass sie eine kalte Liquidation in eigenem Interesse vornehmen (act. 25 Rz. 36).

2.4.4.4.3. Würdigung

Wie bereits ausgeführt, hat der Beklagte veranlasst, dass sowohl Verträge als auch Know-how der Konkursitin auf eine neu gegründete Unternehmung übertragen wurden. Damit hat er der Konkursitin die Geschäftsgrundlage entzogen; diese konnte ihre Geschäfte nicht mehr in gleicher Weise wie zuvor weiterführen. Überdies hat der Beklagte erwiesenermassen die Aktien der Konkursitin an einen Käufer übertragen, der kein Interesse an der Weiterführung der Geschäftstätigkeit des

Unternehmens hatte. Nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung sind diese nachgewiesenen Handlungen des Beklagten geeignet, den entstandenen Schaden herbeizuführen.

2.4.4.5. Verschulden

Es gilt ein objektiver Verschuldensmassstab. Ein Verschulden ist also immer dann gegeben, wenn ein Organ nicht so gehandelt hat, wie es von einem objektivierten Organ in der konkreten Stellung verlangt werden darf (BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 32 mit Hinweis auf BGE vom 12. Februar 2007, 4C.358/2005, Erw. 5.6). Die Mitglieder des Verwaltungsrates haften für jedes Verschulden, d.h. auch für leichte Fahrlässigkeit.

Da der Beklagte – wie oben ausgeführt – gegen die aktienrechtliche Treuepflicht gemäss Art. 717 Abs. 1 OR verstossen hat und keinerlei Rechtfertigungsgründe behauptet, ist auch sein Verschulden zu bejahen. Der Beklagte hat zumindest in Kauf genommen, dass der Konkursitin faktisch ihre Geschäftsgrundlage entzogen und ihr damit ein Schaden entstanden ist.

2.4.4.6. Zinsen

Schadenzins ist ab dem Zeitpunkt geschuldet, in welchem sich das schädigende Ereignis finanziell ausgewirkt hat. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts wird der Schadenzins in der Regel auf 5 % festgesetzt (BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 50 mit Hinweisen auf Rechtsprechung).

Aus der Klagebegründung ergibt sich allerdings, dass die Klägerin nicht Schadenzins, sondern Verzugszins von 5 % seit 1. Juni 2011 fordert. Ein solcher ist ab Klageeinleitung, d.h. 12. März 2014, geschuldet, nachdem die Klägerin nicht dardat, dass sie den Beklagten gemahnt hat.

3. Zusammenfassung

Die Klägerin macht verantwortlichkeitsrechtliche Ansprüche aus drei Handlungskomplexen geltend. Zunächst moniert sie eine aus der Vier-Parteien-Vereinbarung resultierende Ungleichbehandlung der Gläubiger. Daraus lassen

sich indes keine Ansprüche ableiten, da keine Gleichbehandlungspflicht besteht – auch nicht in Konkursnähe. Überdies führte die Vier-Parteien-Vereinbarung auch nicht zu einem Schaden. Sodann wirft die Klägerin die Frage des fehlerhaften Verhaltens in Konkursnähe auf, ohne jedoch einen Konkursverschleppungsschaden geltend zu machen. Schliesslich wirft die Klägerin dem Beklagten die Aushöhung der Konkursitin vor, deren Nachweis ihr aber gelingt. Die Verantwortlichkeitsklage ist somit gutzuheissen, und der Beklagte ist zu verpflichten, der Klägerin CHF 193'675.97 nebst Zins von 5 % seit 12. März 2014 zu bezahlen.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Gerichtskosten

Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse, dem Zeitaufwand des Gerichts sowie der Schwierigkeit des Falles. Vorliegend beträgt der Streitwert 193'675.97. In Anbetracht des Umstandes, dass ein Teil des ursprünglichen Prozesses bereits kostenpflichtig durch Nichteintreten erledigt wurde, wobei von der Hälfte der ordentlichen Gerichtsgebühr ausgegangen wurde, ist die Gerichtsgebühr vorliegend ebenfalls auf 50 % der Grundgebühr (entspricht rund CHF 6'250.–) festzulegen (§ 4 Abs. 1 und 2 GebV OG). Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten dem Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Klägerin leistete in Anwendung von Art. 98 ZPO einen Vorschuss für die Gerichtskosten. Die Gerichtskosten sind aus diesem Vorschuss zu beziehen.

4.2. Parteientschädigung

Die Höhe der Parteientschädigung ist nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV) zu bemessen (Art. 105 Abs. 2 ZPO). Grundlage bildet auch hier der Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Die Grundgebühr ist mit der Begründung bzw. Beantwortung der Klage verdient (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV, entspricht rund CHF 15'680.–). Ferner sind die Anzahl der eingereichten Rechtsschriften sowie die Vergleichsverhandlung zu berücksichtigen,

weshalb sich grundsätzlich eine Parteientschädigung von 150 % der Grundgebühr rechtfertigen würde (§§ 2 und 6 AnwGebV). Für die Entschädigung eines angestellten Anwalts ist diese Gebühr in Ermangelung einer ausgedehnten Einarbeitung in die Verhältnisse der Klientschaft praxisgemäss um rund einen Drittel zu reduzieren (vgl. SUTER/VON HOLZEN in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2016, N 42 zu Art. 95 ZPO). Damit ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 16'000.– zu bezahlen.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 193'675.97 nebst Zins von 5 % seit 12. März 2014 zu bezahlen.
2. Die Gerichtskosten werden auf CHF 12'500.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten gemäss Ziffer 2 werden dem Beklagten auferlegt. Sie werden im Umfang von CHF 9'000.– aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Der Klägerin wird dafür der Rückgriff auf den Beklagten eingeräumt. Im Umfang von CHF 3'500.– werden die Kosten direkt vom Beklagten bezogen.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung in Höhe von CHF 16'000.– 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 193'675.97.

Zürich, 6. April 2018

Handelsgericht des Kantons Zürich

Präsident:

Gerichtsschreiberin:

Dr. George Daetwyler

Claudia Iunco-Feier