

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB120046-O /U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Muraro-Sigalas.

Beschluss und Urteil vom 4. Dezember 2012

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Inhaber der im Handelsregister eingetragenen Einzelfirma "B. _____ Consulting",
Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil der 7. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom
18. April 2012; Proz. CG100212**

Rechtsbegehren:

- "1. Der Beklagte habe dem Kläger unter dem Vorbehalt des Nachklagerechtes Fr. 600'000.- zuzüglich 5% Zins seit 23. Dezember 2008 zu bezahlen.
2. Unter Kosten- Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten."

Urteil der 7. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom 18. April 2012
(act. 75):

1. Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 303'301.40 nebst Zins zu 5% seit 23. Dezember 2008 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.
2. Die Entscheidunggebühr wird auf Fr. 22'750.– festgesetzt. Allfällige weitere Auslagen blieben vorbehalten.
3. Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
4. Die Prozessentschädigungen werden wettgeschlagen.
- 5./6. Mitteilung / Rechtsmittel

Berufungsanträge:

Des Beklagten und Berufungsklägers (act. 72 S. 2):

"Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 18. April 2012, Geschäfts-Nr.: CG100212-L, aufzuheben und es sei die Klage unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) zulasten des Klägers/Berufungsbeklagten vollumfänglich abzuweisen."

Des Klägers und Berufungsbeklagten (act. 82 S. 2):

5. Unter Bestätigung des angefochtenen Urteils sei die Berufung vollumfänglich abzuweisen.
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten für beide Instanzen.

Erwägungen:

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte:

1. Der Kläger war ab 11. Januar 2007 Angestellter bei der C._____ AG in Liquidation (nachfolgend C._____ AG), welche vormals C1._____ AG hiess. Die C._____ AG ist beziehungsweise war eine in Zürich domizilierte Aktiengesellschaft mit dem hauptsächlichen Zweck der "Immobilienberatung, insbesondere für Investoren und Nutzer erstklassiger Immobilien und Ladenlokale im Detailhandel". Der Kläger war gemäss Arbeitsvertrag Berater für Detailhandelsstandorte und Mandatsleiter. Vereinbart waren ein Fixlohn und Provisionsanteile, namentlich für von ihm vermittelte Vermietungen von Geschäftslokalen (act. 2 S. 2, act. 16 S. 3). Bis zu seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft Ende Juni 2008 war der Kläger zeichnungsberechtigt mit Kollektivunterschrift zu zweien (act. 5/1 und act. 16 S. 3).

Der Beklagte war anfänglich Delegierter des Verwaltungsrates der damaligen C1._____ AG mit Kollektivunterschrift zu zweien. Ab dem 27. Juni 2008 zeichnete er mit Einzelunterschrift.

Am 8. September 2008 wurde die Firma von C1._____ AG in C._____ AG geändert. Am 6. Januar 2009 wurde über sie der Konkurs eröffnet. Seither befindet sich die Gesellschaft in Liquidation (act. 2 S. 2 und 3, act. 16 S. 3, act. 5/1).

Im Konkursverfahren wurde der Kläger für seine Lohn- und Provisionsforderungen gegen die C._____ AG im Betrag von Fr. 302'846.00 (Fr. 222'825.00 1. Klasse, Fr. 80'021.00 3. Klasse) rechtskräftig kolloziert. Gleichzeitig liess er sich die Verantwortlichkeitsansprüche der Masse im Sinne von Art. 260 SchKG abtreten.

2. Mit Weisung des Friedensrichteramtes der Stadt D. _____ vom 18. November 2010 und der Klageschrift vom 19. November 2010 gelangte der Kläger in eigenem Namen an Stelle der Konkursmasse an das Bezirksgericht Zürich und gedachte die auf aktienrechtlicher Verantwortlichkeit beruhenden Ansprüche gegenüber dem Beklagten gerichtlich durchzusetzen. Mit Urteil vom 18. April 2012 hiess die Vorinstanz die Klage teilweise gut und verpflichtete den Beklagten, dem Kläger Fr. 303'301.40 nebst Zins zu 5% seit 23. Dezember 2008 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wies die Vorinstanz die Klage ab (act. 75).

3. Gegen diesen Entscheid erhob der Beklagte rechtzeitig Berufung. Er verlangt die Abweisung der Klage (act. 72 S. 2). Mit Verfügung vom 31. Mai 2012 wurde dem Beklagten eine Frist von 10 Tagen angesetzt, um für die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens einen Vorschuss von Fr. 20'000.00 zu leisten (act. 76). Innert erstreckter Frist (act. 77, 78) leistete der Beklagte den Vorschuss (act. 80). Der Kläger schliesst seinerseits auf Bestätigung des angefochtenen Urteils (act. 82 S. 2). Der Prozess ist spruchreif.

II. Formelles:

1. Am 1. Januar 2011 ist die eidgenössische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Für die Rechtsmittel gilt das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Da das angefochtene Urteil vom 18. April 2012 nach dem 1. Januar 2011 eröffnet wurde, beurteilt sich die Zulässigkeit des Rechtsmittels nach der ZPO. Ebenso sind deren Bestimmungen für das Rechtsmittelverfahren vor Obergericht massgebend.

Das bezirksgerichtliche Verfahren zwischen den Parteien war bei Inkrafttreten der eidgenössischen Zivilprozessordnung am 1. Januar 2011 bereits rechtshängig. Für dieses gilt daher das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz (Art. 404 Abs. 1 ZPO). Dementsprechend ist im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens zu prüfen, ob die für das erstinstanzliche Verfahren gel-

tenden Bestimmungen der zürcherischen Zivilprozessordnung vom 13. Juni 1976 (ZPO/ZH) etc. korrekt angewendet wurden.

2. Die Vorinstanz hat ihre örtliche und sachliche Zuständigkeit gestützt auf Art. 29a GestG sowie die §§ 62 Abs. 1 und 31 Ziffer 1 GVG zu Recht bejaht. Das ist von den Parteien denn auch nicht beanstandet worden.

3. Der Kläger hat gegen das Urteil der Vorinstanz kein Rechtsmittel eingelegt, weshalb die Klageabweisung im Umfang von Fr. 296'698.60 rechtskräftig ist. Das ist vorzumerken.

III. Materielles:

1. Der Beklagte hält dafür, die Forderung des Klägers sei im Fr. 273'000.00 übersteigenden Betrag abzuweisen, da der Kläger dem Konkursamt D._____ mit Schreiben vom 19. August 2010 bestätigt habe, dass die Verantwortlichkeitsklage seine im Konkurs angemeldete Forderung über rund Fr. 303'000.00 abzüglich der auf ihn voraussichtlich anfallenden Netto-Konkursdividende von rund Fr. 31'000.00 nicht übersteigen werde, sofern diese Dividende effektiv in dieser Höhe ausbezahlt werde. Unter dieser Bedingung würde sich die Klageforderung voraussichtlich im Rahmen von Fr. 270'000.00 bewegen (act. 18/2). Gemäss der vom 19. September 2009 datierten Spezialanzeige an die Gläubiger über die Auflage der Verteilungsliste werde dem Kläger bestätigt, seine Konkursdividende betrage Fr. 37'134.00, nämlich Fr. 34'172.30 (Netto-Konkursdividende) sowie Fr. 2'961.70 (Sozialversicherungen). Damit sei die vom Kläger gestellte Bedingung erfüllt und bewirke die Verbindlichkeit seiner Verzichtserklärung.

Die Vorinstanz ist dieser Auffassung des Beklagten aus drei Gründen nicht gefolgt: Erstens handle es sich bei der Bestätigung des Klägers gegenüber dem Konkursamt D._____ um eine rein interne, d.h. zwischen den beiden Beteiligten getroffene Abrede, die keinerlei Wirkung gegenüber einer Drittpartei zeitige. Zweitens ergebe sich bereits aus dem Wortlaut des Schreibens, dass dieses in keiner Weise eine bindende Verpflichtung des Klägers statuieren werde doch festgehal-

ten: "Unter dieser Bedingung wird sich die Klageforderung von Herrn B._____ also voraussichtlich im Rahmen von Fr. 270'000.00 bis Fr. 273'000.00 bewegen." Schliesslich wäre eine solche Verpflichtung auch widersinnig und entgegen dem Interesse des Konkursamtes, da ein Überschuss gemäss Art. 757 Abs. 2 OR automatisch an die klagenden Aktionäre bzw. an die Konkursmasse falle (act. 75 S. 8).

Diesen Erwägungen der Vorinstanz ist beizupflichten. Der Beklagte bringt im Berufungsverfahren (act. 52 S. 3 f.) nichts vor, das zu einem anderen Ergebnis führte. Er wiederholt einzig das bereits vor Vorinstanz Geäusserte (act. 16 S. 3/4, act. 33 S. 4), welches die Vorinstanz als unrichtig widerlegt hat, und setzt sich zweitinstanzlich mit der Begründung der Vorinstanz nicht auseinander. Insofern kommt der Beklagte seiner Rügepflicht nicht nach.

2. Die Vorinstanz hat die allgemeinen Voraussetzungen der Verantwortlichkeitsklage korrekt wiedergegeben. Danach sind gemäss Art. 754 Abs. 1 OR die Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen sowohl der Gesellschaft als den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen. Mithin setzt die Haftung der Organe eine schuldhafte Pflichtverletzung, einen Schaden und den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden voraus (BGE 132 III 342 E. 4.1). Pflichtverletzung ist hierbei die besondere Form der Widerrechtlichkeit (Art. 41 OR), die das Recht der Organverantwortlichkeit beherrscht. Zu den möglichen Beispielen einer Widerrechtlichkeit beziehungsweise Sorgfaltswidrigkeit und damit Pflichtverletzung durch den Verwaltungsrat hätten Lehre und Rechtsprechung verschiedene Fallgruppen erarbeitet. Dazu gehörten neben der unbefugten Delegation von Aufgaben an untergeordnete Organe beispielsweise auch die mangelnde Finanzkontrolle und -planung, die Verletzung von Treue- und Sorgfaltspflichten oder die Unterlassung der Benachrichtigung des Richters bei fehlenden Sanierungsaussichten (BGE 99 II 176, 179 f.; BGE 122 IV 279, 281 ff.; BGE 116 II 533, 541).

3. Die Vorinstanz stellt vorab fest (act. 75 S. 14 f.), der Kläger behaupte, der Beklagte habe es pflichtwidrig unterlassen, den Richter gemäss Art. 725 Abs. 2 OR von der bereits im Mai/Juni 2008 eingetretenen Überschuldung zu benachrichtigen beziehungsweise schon in diesem Zeitraum den Konkurs der Firma zu veranlassen. Trotz der dem Beklagten bekannten massiven Überschuldung der C._____ AG habe dieser mit ihr auch nach dem desolaten Abschluss per 30. Juni 2008 unbekümmert weitergefuehrt (act. 75 S. 15 in Verbindung mit act. 2 S. 12). Insofern berufe sich der Kläger zur Begründung seiner Klage aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit auf den Tatbestand der Konkursverschleppung nach Art. 725 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 OR (Böckli, Schweizerisches Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 18 N 367). Unter dem Titel "Pflichtverletzung" führe der Kläger zudem an, der Beklagte habe das Firmenkonto geleert, keine genügenden Rückstellungen für künftige und ungewisse Verpflichtungen der Gesellschaft gebildet und damit das gebotene Vorsichtsprinzip verletzt (act. 75 S. 15 in Verbindung mit act. 2 S. 12). Er werfe dem Beklagten überdies die Vornahme anfechtbarer Handlungen gemäss Art. 288 SchKG vor, so indem dieser beispielsweise namens der C1._____ (holding) ag die Verrechnung eines behaupteten Dividendenguthabens mit einer gegenüber der C._____ AG behaupteten Darlehensschuld von Fr. 205'000.00 erklärt habe (act. 75 S. 15 in Verbindung mit act. 2 S. 14 f.).

4. Die Vorinstanz prüfte in erster Linie den Vorwurf (act. 75 S. 15 ff.), ob der Beklagte es pflichtwidrig unterlassen habe, den Richter zu benachrichtigen. Die Vorinstanz erwog hierzu, bestehe begründeter Anlass zur Annahme, die Gesellschaft könnte überschuldet sein, müsse gemäss Art. 725 Abs. 2 Satz 1 OR eine Zwischenbilanz erstellt und diese der Revisionsstelle zur Prüfung vorgelegt werden. Ergebe sich aus der Zwischenbilanz, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind, so habe der Verwaltungsrat den Richter zu benachrichtigen, sofern nicht Gesellschaftsgläubiger im Ausmass dieser Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurückträten (Art. 725 Abs. 2 Satz 2 OR in Verbindung mit Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 OR). Eine fahrlässige oder gar absichtliche Missachtung dieser Regelungen könne zur persönlichen Verantwortlichkeit der zu-

ständigen Organe führen (Forstmoser/Meyer-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 50 N 229).

Die Vorinstanz erwog weiter, es bestehe hingegen die Möglichkeit, durch finanziell-bilanzielle Massnahmen die Überschuldung zu beseitigen, indem beispielsweise Gläubiger auf Forderungen verzichteten oder mit der Umwandlung in Aktienkapital einverstanden seien. Rein bilanziell sei auch eine Aufwertung von Aktiven, z.B. des Buchwertes von Beteiligungen und Liegenschaften. Schliesslich dürfe der Verwaltungsrat bei konkreter Aussicht auf eine betriebliche Sanierung oder eine Beseitigung der Überschuldung von einer sofortigen Benachrichtigung des Richters absehen, sofern dabei die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger nicht durch eine neuerliche Verschlechterung der finanziellen Lage gefährdet würden. Nach der Rechtsprechung sei in diesem Fall die Sanierung innert einer Frist von maximal 60 Tagen seit Erstellung der Zwischenbilanz zu erwirken (Druey/Glanzmann, Gesellschafts- und Handelsrecht, Zürich 2010, § 8 N 65, 66; BSK OR II-Wüstiner, Art. 725 N 40a mit weiteren Hinweisen). Vorausgesetzt sei jedoch, dass die Sanierungsbemühungen realistisch und zielführend seien und die positive Einstellung von wichtigen Gläubigern und Lieferanten gegeben sei (BSK OR II-Wüstiner, Art. 725 N 40a).

Die Vorinstanz hält fest (act. 75 S. 16 f.), der Beklagte mache geltend, die C._____ AG habe zwar per 30. Juni 2008 einen Bilanzverlust von Fr. 824'090.57 ausgewiesen, sie sei jedoch nicht zu Fortführungswerten mit Fr. 678'590.57 überschuldet gewesen. Namentlich hätten die nahestehenden Gesellschaften wie auch er selbst und E._____ ihren Rangrücktritt im Sinne von Art. 725 OR erklärt (act. 16 S. 8). Die Bilanz müsse auf der Passivseite um Fr. 146'184.85 (Verbindlichkeiten gegenüber nahestehenden und von ihnen beherrschten Gesellschaften), Fr. 47'735.65 (Guthaben der Verwaltungsräte) sowie Fr. 260'000.00 (Verbindlichkeiten gegenüber Aktionären) korrigiert werden (act. 75 S. 17 in Verbindung mit act. 16 S. 9 und act. 33 S. 14 f.). Unter diesen Umständen habe aber von einer Benachrichtigung des Richters abgesehen werden können.

Die Vorinstanz äussert sich korrekt zum Rangrücktritt (act. 75 S. 17 f.): Durch den Rangrücktritt verzichte ein Gläubiger nicht etwa auf seine Forderung, er erkläre

sich aber bereit, für den Fall des Konkurses oder der Liquidation Befriedigung erst und nur dann zu verlangen, wenn sämtliche übrigen Gläubiger voll befriedigt worden sind. In der Praxis werde ein Rangrücktritt oft durch der Gesellschaft nahestehende Personen ausgesprochen. Um seine Funktion – die Vermeidung des Gangs zum Richter – zu erfüllen, müsse der Rangrücktritt einer Reihe gesetzlich nicht erwähnter Anforderungen genügen (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, a.a.O., § 50 N 215 ff.; Böckli, a.a.O., § 13 N 794). Insbesondere sei auch zu beachten, dass die Forderung, für die der Rangrücktritt erklärt worden sei, weiterhin zu bilanzieren sei. Dies ergebe sich daraus, dass der Rangrücktritt keinen Forderungsverzicht darstelle. Richtigerweise müsse die Gesellschaft die von einem Rangrücktritt betroffenen Schulden darüber hinaus nach dem Grundsatz des "true and fair view" separat als solche in der Bilanz ausweisen. Es handle sich beim Rangrücktritt um ein klassisches Beispiel einer Angabe, die im Anhang erscheinen müsse. Eine Angabe sei unerlässlich, weil bei einer technisch überschuldeten Gesellschaft die Rangrücktritte eine derartige wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung hätten, dass nur mit einer entsprechenden Offenlegung – sei es durch gesonderten Ausweis in der Bilanz selbst, sei es durch eine Angabe im Anhang – die Vermögenslage der Gesellschaft zuverlässig beurteilt werden könne (Jörg Witmer, Der Rangrücktritt im schweizerischen Aktienrecht, Diss. 1999, S. 277; Böckli, a.a.O., § 13 N 812; BSK OR II-Wüstiner, Art. 725 N 47).

Der Rangrücktritt stelle gemäss herrschender Auffassung einen echten Vertrag zu Gunsten Dritter dar (Böckli, a.a.O., § 13 N 798 mit weiteren Hinweisen) und bedürfe als solcher zu seiner Gültigkeit grundsätzlich nicht der Schriftform. Das Schriftformerfordernis entspreche hier jedoch der herrschenden Lehre und ergebe sich insbesondere aus dem buchhalterischen Gebot der Ordnungsmässigkeit der Rechnungslegung gemäss Art. 662a OR. Bei einer so wichtigen Vereinbarung wie dem Rangrücktritt erscheine es auch in kleineren Verhältnissen schlicht nicht haltbar, auf eine mündliche Vereinbarung abzustellen (Witmer, a.a.O., S. 236).

Die Vorinstanz erwog (act. 75 S. 18 f.), der Beklagte habe mit seinen Rechtschriften keine schriftlichen Rangrücktrittserklärungen eingereicht. Erst anlässlich der Verhandlung vom 26. Oktober 2011 habe er auf Befragen zu Protokoll

gegeben, alle diese Erklärungen müssten in schriftlicher Form vorliegen (Prot. I S. 6, 7). Innert erstreckter Frist habe der Beklagte dann ein mit "Rangrücktrittserklärung" betitelt, vom 8. Juli 2008 datiertes und von ihm alleine für alle angeführten Gesellschaften unterzeichnetes Dokument eingereicht (act. 57). Weitere Beweismittel habe er nicht bezeichnet und er habe insbesondere auch nicht geltend gemacht, andere (weitere) Erklärungen seien lediglich mündlich abgegeben worden (act. 56). Die eingereichte schriftliche Erklärung betreffe das 'Guthaben C1._____ (holding) ag aus Dividendenausschüttung 2007' in der Höhe von Fr. 169'000.00 sowie weitere Verbindlichkeiten in der Höhe von Fr. 154'406.70, insgesamt mithin Schulden in der Höhe von Fr. 323'406.70.

Die Vorinstanz erwog weiter (act. 75 S. 19 f.), gemäss Handelsregisterauszug sei (oder war) der Beklagte für die C1._____ (holding) ag erst seit dem 16. Januar 2009 einzelzeichnungsberechtigt (act. 5/17; vorher Kollektivunterschrift zu zweien), für die C1._____ investment ag seit dem 22. Juli 2008 (act. 5/19; vorher Kollektivunterschrift zu zweien). Für die C1._____ markets ag schliesslich habe der Beklagte jedenfalls noch am 1. April 2008 kollektiv zu zweien gezeichnet (act. 61). Als Erklärung für die Einzelzeichnung habe der Beklagte angeführt, E._____ sei bereits vor der formellen, im August 2008 erfolgten Entflechtung der Gesellschaften, nämlich bereits Ende April 2008, von seinen diesbezüglichen Funktionen zurückgetreten (vgl. act. 64). Inwiefern dieser (behauptete) Umstand einen Einfluss auf die formelle Zeichnungsberechtigung gehabt haben solle, sei unerfindlich. Mithin seien die Zweifel an der Gültigkeit der vom Beklagten nachgereichten Rangrücktrittserklärung berechtigt. Es erübrige sich aber, diese Frage weiter zu erörtern. Selbst wenn man nämlich von der Gültigkeit der ins Recht gelegten Rangrücktrittserklärungen ausginge, wäre damit die Behauptung des Beklagten, dass im Umfang von rund Fr. 450'000.00 (Fr. 146'184.85 Verbindlichkeiten gegenüber nahestehenden und von ihnen beherrschten Gesellschaften, Fr. 47'735.65 Guthaben der Verwaltungsräte sowie Fr. 260'000.00 Verbindlichkeiten gegenüber Aktionären, act. 16 S. 9; act. 33 S. 14 f.) Rangrücktritt erklärt worden sei, nicht bewiesen. Erstens beschlage die eingereichte schriftliche Erklärung lediglich Schulden in der Höhe von Fr. 323'406.70 (das 'Guthaben C1._____ (holding) ag aus Dividendenausschüttung 2007' in der Höhe von Fr. 169'000.00 sowie

weitere Verbindlichkeiten in der Höhe von Fr. 154'406.70). Zweitens ergebe sich aus den Akten und werde vom Beklagten nicht bestritten, dass seitens der C1._____ (holding) ag nur rund einen Monat später, am 7. August 2008, die vorzeitige Rückzahlung einer Darlehensschuld von Fr. 205'000.00 im Umfang von Fr. 171'191.85 durch Verrechnung der Forderung auf Dividendenausschüttung 2007 in der Höhe von Fr. 169'000.00 sowie der Zinsforderung von Fr. 2'191.85 bewirkt worden sei (act. 5/42). Die Rangrücktrittserklärung enthalte jedoch ein stillschweigendes Verrechnungsverbot beziehungsweise seitens des Gläubigers einen Verzicht auf Verrechnung und seitens der Gesellschaft ein Tilgungsverbot, andernfalls der Rangrücktritt keine „eigenkapitalähnliche“ Wirkung entfalte (BSK OR II-Wüstiner, Art. 725 N 46; Böckli, a.a.O., § 13 N 794 f.). Somit sei zumindest in Bezug auf diese Verbindlichkeit im Umfang von Fr. 171'191.85 (Fr. 169'000.00 + Fr. 2'191.85) kein gültiger Rangrücktritt erfolgt. Die vom Beklagten eingereichte schriftliche Rangrücktrittserklärung könnte damit einzig noch Verbindlichkeiten in der Höhe von rund Fr. 152'000.00 (Fr. 323'406.70 abzüglich Fr. 171'191.85) betreffen. Die Vorinstanz befand schliesslich, selbst wenn von der Rechtsgültigkeit der Erklärung in diesem Umfang auszugehen wäre, würde dies dem Beklagten nichts nützen. Damit nämlich der Verwaltungsrat von seiner Anzeigepflicht entoben wäre, hätte der Rangrücktritt mindestens im Umfang der Überschuldung zu erfolgen (BSK OR II-Wüstiner, Art. 725 OR N 40 und 48), was hier offensichtlich nicht erfüllt sei.

Hinzu komme, dass die Schulden, welche vom Rangrücktritt erfasst sein sollen, zwar in der Bilanz der C._____ AG per 30. Juni 2008 als Passiven aufgeführt (act. 5/11; vgl. auch act. 16 S. 8 f.; act. 33 S. 8), jedoch nicht speziell ausgewiesen seien; mit anderen Worten sei aus der Bilanz nicht ersichtlich, dass für die diesbezüglichen Posten der Rangrücktritt erklärt worden sein soll. Weder seien für die betreffenden Forderungen in der Bilanz Unterposten gebildet worden (beispielsweise mit dem Untertitel "davon dem Rangrücktritt nach Art. 725 Abs. 2 OR unterstellt"), noch seien die selbstständig aufgeführten Posten als Rangrücktritte (allenfalls sogar mit Verweis auf Art. 725 Abs. 2 OR) bezeichnet worden. Sie unterschieden sich im Gegenteil in keiner Weise von den übrigen Verbindlichkeiten; es fehle ihnen sogar der Zusatz "nachrangig".

Ferner sei der Verwaltungsrat gestützt auf Art. 725 Abs. 2 OR selbst bei erfolgten Rangrücktrittserklärungen verpflichtet, die Bilanz der Revisionsstelle vorzulegen. Diese prüfe den Rangrücktritt sowie die Bonität des Rangrücktrittgebers (BSK OR II-Wüstiner, Art. 725 N 48). Vorliegend sei von einem Einbezug der Revisionsstelle aus den Akten nichts ersichtlich. Anlässlich der Verhandlung vom 26. Oktober 2011 habe der Beklagte denn auch bestätigt, die Zwischenbilanz sei der Revisionsstelle nicht vorgelegt worden. Es sei das opting-out gemacht worden, wobei er aber nicht mehr wisse, wann genau (Prot. I S. 9). Auch dies könne offenbleiben, betont die Vorinstanz. Bei Gesellschaften ohne Revisionsstelle (gemäss Art. 727a Abs. 2 OR; opting-out) seien nämlich die Zwischenbilanzen einem ad hoc bestimmten zugelassenen Revisor zur Prüfung zu unterbreiten, welcher denselben Anzeigepflichten unterstehe wie die eingeschränkt prüfende Revisionsstelle (Art. 725 Abs. 3 OR); das opting-out sei in diesem Fall unbeachtlich (BSK OR II-Wüstiner, Art. 725 OR N 39c-e). Auch dies sei unterlassen worden.

Die Vorinstanz schliesst zusammenfassend (act. 75 S. 21), gestützt auf die obigen Ausführungen sei dem Beklagten ein Verstoss gegen Art. 725 Abs. 2 OR und damit eine verantwortlichsrechtlich relevante Pflichtverletzung vorzuwerfen.

Diesen überzeugenden Erwägungen vermag der Beklagte im Berufungsverfahren nichts entgegen zu halten. Er setzt sich mit den Argumenten der Vorinstanz nicht auseinander. In dem Sinne genügt die Berufungsschrift den Begründungsanforderungen im Rechtsmittelverfahren nicht. Er begnügt sich vielmehr damit, seine von der Vorinstanz widerlegte Darstellung zu erneuern. Namentlich behauptet er nach wie vor, die Rangrücktritte und die positive Einstellung wichtiger Gläubiger hätten für die Fortführungsfähigkeit der Gesellschaft mit einer dauerhaften finanziellen Gesundung gesprochen (act. 72 S. 6).

5. Die Vorinstanz erwog weiter (act. 75 S. 21 f.), Gesellschaftsorgane hafteten für Schaden, der als Folge der Verletzung ihrer aktienrechtlichen Pflichten entstehe. Sowohl der mittelbare als auch der unmittelbare Schaden sei ein reiner Vermögensschaden und nach der allgemein im Haftpflichtrecht gültigen Schutznormtheorie nur zu ersetzen, wenn die Schädigung durch Verstoss gegen eine Norm bewirkt worden sei, die nach ihrem Zweck vor derartigen Schäden schützen

solle (BSK OR II-Widmer/Gericke/Waller, Art. 754 N 23). Die nach Art. 725 Abs. 2 OR bestehende Benachrichtigungspflicht des Richters im Falle der Überschuldung sei gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine Norm mit doppelter Schutzfunktion. Nebst den Gläubigern schütze sie die Allgemeinheit, indem verhindert werde, dass überschuldete juristische Personen im Verkehr blieben (BGer 4C.160/2001 vom 18. Dezember 2001).

Bestehe der Schaden in der Vergrösserung der Verschuldung der Konkursitin, welche durch eine verspätete Konkurserklärung entstanden sei (vgl. Art. 725 Abs. 2 und Art. 729b Abs. 2 OR), im sogenannten "Fortführungsschaden" zufolge Konkursverschleppung (Böckli, a.a.O., § 18 N 369 f.), so sei die tatsächlich eingetretene Überschuldung der Konkursitin mit jener zu vergleichen, die bei einem Konkurs zum früheren Zeitpunkt bestanden hätte. Der Schaden, der durch eine verzögerte Konkursöffnung entstanden sei, könne bundesrechtskonform 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 Konkursöffnung verglichen werde (Urteil des Bundesgerichts 4C.263/2004 vom 23. Mai 2005 E. 3, nicht publ. in: BGE 132 III 222). Es gelte also, den Vermögensstand der Gesellschaft bei Konkursöffnung mit dem Vermögen zu jenem Zeitpunkt zu vergleichen, auf welchen die eingeklagten Organe beziehungsweise die Revisionsgesellschaft nach Behauptung des Klägers die Konkursöffnung bei pflichtgemäsem Handeln hätten bzw. hätte herbeiführen müssen. Zu diesem Zweck könne der Überschuldungsgrad einzig gestützt auf Liquidationswerte ermittelt werden, denn die Konkursöffnung ziehe die Auflösung der Gesellschaft nach sich (Art. 736 Ziff. 3 OR) und deren Liquidation nach den Regeln des Konkursrechts (Art. 740 Abs. 5 OR). In diesem Stadium habe der Fortführungswert, da der gewöhnliche Geschäftsbetrieb eingestellt werde, diesbezüglich seine Bedeutung verloren. Wann der Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft begründete Besorgnis einer Überschuldung haben müsse, beurteile sich anhand der wirtschaftlichen und finanziellen Lage und der Eigenkapitalbasis im Einzelfall. Dabei seien grundsätzlich hohe Anforderungen an die Pflicht des Verwaltungsrats zu stellen, die wirtschaftliche und finanzielle Lage der Gesellschaft im Rahmen seiner Oberleitung (Art. 716a Ziff. 1 OR)

kontinuierlich zu überwachen. Mitunter müsse der Verwaltungsrat bei einer schmalen Eigenkapitalausstattung oder einem bestehenden Verlustvortrag die finanzielle Situation der Gesellschaft genau überwachen und laufend darauf achten, ob Anlass für eine begründete Besorgnis einer Überschuldung bestehe (BSK OR II-Wüstiner, Art. 725 N 32 mit Hinweisen).

Begründete Besorgnis einer Überschuldung bestehe naturgemäss spätestens im Moment, in dem die Bilanz erstmals eine Überschuldung ausweise. In diesem Zeitpunkt könne der Verwaltungsrat vor der Erkenntnis, dass sich das Unternehmen in einer schweren Krise befinde, nicht mehr die Augen verschliessen. Abzustellen sei hier für die Schadensberechnung damit auf den Zeitpunkt, in welchem die Zwischenbilanz erstmals eine Überschuldung ausgewiesen habe, mithin auf den 30. Juni 2008. Spätestens in diesem Moment hätte der Beklagten seiner Pflicht gemäss Art. 725 Abs. 2 OR nachkommen müssen. Dieser Zeitpunkt werde überdies auch vom Beklagten nicht bestritten, stelle er doch für seine eigene Berechnung ebenfalls auf die Zwischenbilanz per 30. Juni 2008 ab (act. 75 S. 25 in Verbindung mit act. 16 S. 8).

Der Schaden bestehe entsprechend der oben erläuterten Berechnung in der Differenz zwischen der festgestellten Überschuldung per 30. Juni 2008 (Fr. 678'590.57; act. 5/11) und der Überschuldung gemäss der Insolvenzbilanz per 23. Dezember 2008 (Fr. 981'891.95; act. 5/14). Somit beziffere sich der Schaden auf Fr. 303'301.38.

Der Beklagte setzt sich im Berufungsverfahren mit diesen zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz nicht auseinander. Er erneuert einzig seine vor Vorinstanz vorgebrachte Sachdarstellung. Immerhin räumt er ein, er habe die im Recht liegenden Zwischenbilanzen keiner Revisionsstelle vorgelegt (act. 72 S. 4). Weshalb es sich hierbei lediglich um interne Arbeitspapiere gehandelt haben soll, ist nicht einsichtig. Die vier Zwischenbilanzen (act. 5/10-13) zeigen genau den Weg, der schliesslich zur Insolvenzbilanz der C._____ AG per 23. Dezember 2008 geführt hat (act. 5/14). Auch der Hinweis auf mögliche, angeblich vielversprechende Geschäfte mit der zur F._____ -Gruppe gehörenden G._____ GmbH, welche bei Unterzeichnung eines Mietvertrages zu einem Honorar von Euro 600'00.00 geführt

und mit einem Schlag zur finanziellen Gesundung der Gesellschaft geführt hätte (act. 72 S. 6), ist unbehelflich. Das Gleiche gilt für die blosser Behauptung, auf Grund von Zusicherungen der – möglichen – Kunden (H._____, ..., vom 16. Januar 2008, I.____ AG vom 26. März 2008 sowie der J.____ AG vom 28. April 2008), welche die Abschlussbereitschaft konstant wiederholt, jedoch den definitiven Entscheid hinausgezögert hätten, sei zudem mit einer raschen Realisierung von weiteren Honorareinnahmen im sechsstelligen Bereich bzw. von rund Fr. 1 Million zu rechnen gewesen (act. 72 S. 6). Auch die vom Beklagten zum Beweis seiner Darstellung eingereichten Urkunden (act. 18/45-47) sind als unverbindliche Interessenbekundungen zu werten. Es handelt sich hierbei insgesamt um vage Hoffnungen auf Vertragsabschlüsse, die jedoch nie zu Stande gekommen sind.

6. Zwischen dem pflichtwidrigen Verhalten und dem eingetretenen Schaden müsse – so die Vorinstanz (act. 75 S. 25 f.) – ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen. Bei Pflichtverletzungen durch Unterlassung gelte ein Schaden dann als adäquat kausal verursacht, wenn er durch pflichtgemässes Verhalten hätte vermieden werden können (BKS OR II-Widmer/Gericke/Waller, Art. 754 N 43). Der Kläger habe deshalb nachzuweisen, dass der Schaden nicht eingetreten wäre, wenn das Organ gehandelt hätte, sobald dies von ihm erwartet werden durfte.

Es sei zutreffend, dass der Kläger die Beweislast für den (natürlichen) Kausalzusammenhang trage (BSK OR II-Widmer/Gericke/Waller, Art. 754 N 42). Rechtlich relevant für die Haftung des Organs sei jedoch allein der vom Beklagten auf Grund einer richterlichen Hypothese verursachte Schaden. In einfachen Konstellationen, wo – wie hier – nur ein einzelnes Organ, nämlich das einzige Verwaltungsratsmitglied, ins Recht gefasst werde und daher insbesondere die Solidarität im Aussenverhältnis gestützt auf Art. 759 OR nicht zu berücksichtigen sei, spiele die Frage der adäquaten Verursachung indessen nur eine untergeordnete Rolle (vgl. zur Bedeutung der Adäquanz im Zusammenhang mit der differenzierten Solidarität gemäss Art. 759 Abs. 1 OR: BSK OR II-Widmer/Gericke/Waller, Art. 759 N 3 ff.). Habe das Organ nachweislich pflichtwidrig gehandelt und sei ein Schaden entstanden, bereite die Bejahung des Kausalzusammenhangs prinzipiell keine

weiteren Schwierigkeiten. Dies gelte auf jeden Fall, solange die Kausalität nicht durch eine Dritteinwirkung unterbrochen worden sei. Eine solche sei hier nicht ersichtlich und sei vom Beklagten auch nicht behauptet worden. Folglich sei ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und eingetretenem Schaden zu bejahen.

Auch insoweit sei auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen. Der Beklagte begnügt sich mit der Behauptung, der adäquate Kausalzusammenhang sei nicht gegeben (act. 72 S. 7/8). Er lässt ausser Acht, dass als einzige Ursache für den erstellten Schaden von Fr. 303'301.40 das gesetz- und damit pflichtwidrige Verhalten des Beklagten erkennbar ist.

7. Die Vorinstanz befand (act. 75 S. 27), nach dem Wortlaut des Gesetzes (Art. 754 Abs. 1 OR) genüge für ein Verschulden leichte Fahrlässigkeit. Dabei gelte nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein objektivierter Verschuldensmassstab. Ein Verschulden sei grundsätzlich immer gegeben, wenn die in Anspruch genommene Person nicht so gehandelt habe, wie es von einem sachkundigen Organ in der konkreten Stellung objektiv verlangt werden dürfe (BGer 4C.358/2005 vom 12. Februar 2007, E. 5.6). Die Berufung auf mangelnde Fähigkeiten oder der Nachweis, dass man in den eigenen Geschäften die gleiche Sorgfalt angewendet habe, sei mit anderen Worten nicht zulässig (BGE 122 III 195, 198).

Strittig sei die Frage nach der Beweislastverteilung, also ob das Verschulden vermutet werde oder durch den Kläger zu beweisen sei. Ein Teil der Lehre nehme im Rahmen der Haftung der Organe gegenüber der Gesellschaft und den Aktionären ein vertragliches oder zumindest vertragsähnliches Verhältnis an. Konsequenz dieser Ansicht sei, dass das Verschulden vermutet werde und es dem Beklagten obliege, sich zu exkulpieren. Bei den Ansprüchen der Gläubiger werde demgegenüber mehrheitlich von deren deliktischer Natur ausgegangen. Dies gelte vor allem für die Ansprüche aus unmittelbarer Schädigung. Wenn die Gläubiger hingegen gemäss Art. 757 Abs. 2 OR vorgehen, werde in der Lehre die Auffassung vertreten, dass der Anspruch wohl eher vertraglicher Natur sei (vgl. BSK OR II-Widmer/Gericke/Waller, Art. 754 N 35). Dessen ungeachtet werde aber da-

rauf hingewiesen, die Konsequenz der Kontroverse sei gering, da auf Grund des erwähnten objektivierten Verschuldensmassstabs die Entlastung der ins Recht gefassten Organe zufolge subjektiver Aspekte bei nachgewiesener Pflichtwidrigkeit beinahe unmöglich sei (BSK OR II-Widmer/Gericke/Waller Art. 754 N 36; Böckli, a.a.O., § 18 N 429 f.).

Vorliegend sei das Verschulden des Beklagten gegeben. Gründe, die zu einer Haftungsentlastung führen könnten, seien vom Beklagten nicht vorgebracht worden.

Der Beklagte vermag diese zutreffende Beurteilung der Vorinstanz nicht zu widerlegen. Er äussert sich denn auch im Berufungsverfahren nicht zu diesem Gesichtspunkt (act. 72).

8. Bei der Bemessung des Schadenersatzes ist – so die Vorinstanz (act. 75 S. 27) – noch zu beachten, dass der Geschädigte so zu stellen ist, wie wenn er für seine Forderungen am Tag der unerlaubten Handlung für deren wirtschaftliche Auswirkungen entschädigt worden wäre. Dem Geschädigten sei daher vom Zeitpunkt an, in welchem sich das schädigende Ereignis finanziell ausgewirkt habe, ein sogenannter Schadenszins zu bezahlen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts werde der Schadenszins in der Regel auf 5% festgesetzt (BGE 122 III 53 E. 4a und 4b).

Der Kläger mache einen Schadenszins von 5% ab dem 23. Dezember 2008, mit hin dem Datum der Insolvenzbilanz der C. _____ AG, geltend. Dies sei nicht zu beanstanden und werde überdies vom Beklagten auch nicht bestritten.

Dem ist beizupflichten. Der Beklagte äussert sich hierzu im Berufungsverfahren nicht (act. 72).

9. Nach dem Gesagten erweist sich die Berufung als unbegründet. Der erstinstanzliche Entscheid ist zu bestätigen.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolge:

Bei diesem Ausgang des Berufungsverfahrens ist die erstinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolge zu bestätigen.

Der Beklagte unterliegt mit seiner Berufung. Deshalb hat er gestützt auf Art. 106 ZPO die Prozesskosten zu tragen. Die Mehrwertsteuer ist nicht verlangt worden.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass Dispositiv-Ziffer 1 des angefochtenen Urteils insoweit in Rechtskraft erwachsen ist, als die Vorinstanz die Klage im Umfang von Fr. 296'698.60 abgewiesen hat.
7. Schriftliche Mitteilung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 303'301.40 zuzüglich Zins zu 5% seit 23. Dezember 2008 zu bezahlen.
8. Die erstinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolge (Dispositiv-Ziffern 2-4) wird bestätigt.
9. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 17'000.00 festgesetzt.
10. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
11. Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 13'000.00 zu bezahlen.
12. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich, 7. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

13. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 303'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Muraro-Sigalas

versandt am: