

# **BGer 4A 574/2015 vom 11. April 2016**

Bundesgericht, 2016-04-11, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_574\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_574_2015)

FR: TF 4A 574/2015 du 11 avril 2016

IT: TF 4A 574/2015 del 11 aprile 2016

## **Regeste**

Verantwortlichkeit aus Umwandlung | Gesellschaftsrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Eintretensvoraussetzungen geben keinen Anlass zu Bemerkungen. Auf die Beschwerde ist unter Vorbehalt einer rechtsgenügenden Begründung ( Art. 42 Abs. 2 BGG ) einzutreten.

### **E. 2.1**

Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ). Mit Blick auf die allgemeinen Begründungsanforderungen an eine Beschwerde ( Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG ) behandelt es aber grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind; es ist jedenfalls nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden ( BGE 140 III 86 E. 2 S. 88 f. mit Hinweisen). Die Begründung hat in der Beschwerdeschrift selbst zu erfolgen. Die beschwerdeführende Partei darf eine allfällige Replik nicht dazu verwenden, ihre Beschwerde zu ergänzen oder zu verbessern. Zulässig sind nur Vorbringen, zu denen erst die Ausführungen in der Vernehmlassung eines anderen Verfahrensbeteiligten Anlass geben (vgl. BGE 135 I 19 E. 2.2 S. 21 ; 132 I 42 E. 3.3.4 S. 47; Urteil 4A\_279/2013 vom 12. November 2013 E. 2).

### **E. 2.2**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den streitgegenständlichen Lebenssachverhalt als auch jene über den Ablauf des vorinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt ( BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 17 f. mit Hinweisen). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht ( Art. 105 Abs. 2 BGG ). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei willkürlich im Sinne von Art. 9 BV ( BGE 140 III 115 E. 2 S. 117 mit Hinweis). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein ( Art. 97 Abs. 1 BGG ). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern diese Voraussetzungen erfüllt sein sollen ( BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18 mit Hinweisen). Willkür liegt nicht schon dann vor, wenn eine andere Lösung ebenfalls in Betracht zu ziehen oder gar vorzuziehen wäre, sondern nur, wenn der angefochtene Entscheid im Ergebnis offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt

oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft ( BGE 140 III 16 E. 2.1 S. 18 f. ; 129 I 8 E. 2.1 S. 9; je mit Hinweisen). Wer den Sachverhalt ergänzen will, hat zudem mit Aktenhinweisen darzulegen, dass er entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat ( BGE 140 III 86 E. 2 S. 90 mit Hinweisen). Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur soweit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt ( Art. 99 Abs. 1 BGG ), was in der Beschwerde näher darzulegen ist ( BGE 133 III 393 E. 3 S. 395). Die Beschwerdeführerinnen ergänzen an vielen Stellen den Sachverhalt, ohne eine genügende Sachverhaltsrüge im oben dargelegten Sinn zu erheben. Darauf ist, soweit erforderlich, im Sachzusammenhang zurückzukommen.

### **E. 3**

Die Beschwerdeführerinnen beanstanden, dass die Vorinstanz die eingeklagte Forderung von Fr. 150'000.-- vorweg im Teilbetrag von Fr. 11'870.-- abwies.

#### **E. 3.1**

Die Vorinstanz begründete dies mit der Formulierung der vom Betreibungsamt am 13. Juni 2012 ausgestellten Bescheinigung. Darin seien die Forderungen der Beschwerdeführerinnen gegen die Beschwerdegegner sowie gegen Herrn I.\_\_\_\_\_ [recte: und Herrn J.\_\_\_\_\_] aufgeführt und mit je Fr. 138'130.-- beziffert. Sodann würden die Beschwerdeführerinnen als Pfändungsgläubigerinnen ermächtigt, "diese Forderungsrechte" im eigenen Namen und auf eigene Rechnung und Gefahr geltend zu machen. Die Vorinstanz schloss, aus der Bezifferung der Forderungen sowie aus dem Hinweis, dass diese Forderungen in eigenem Namen geltend gemacht werden könnten, ergebe sich, dass die gemäss Art. 131 Abs. 2 SchKG überwiesenen Forderungen auf den Gesamtbetrag von Fr. 138'130.-- beschränkt worden seien.

#### **E. 3.2**

Die Beschwerdeführerinnen rügen, damit verwechsle die Vorinstanz (direkten) Gläubigerschaden und Gesellschaftsschaden. Bei der gepfändeten Forderung, welche die Beschwerdeführerinnen in eigenem Namen im Sinne von Art. 131 Abs. 2 SchKG in diesem Prozess geltend machen würden, handle es sich um den Verantwortlichkeitsanspruch der konkursiten AG gegenüber den Beschwerdegegnern. Es gehe um den Schaden der Gesellschaft und nicht um die Forderungen der Beschwerdeführerinnen gegenüber der AG. Letztere bräuchten ihnen weder abgetreten zu werden, noch - als ihre eigenen Forderungen - gepfändet zu werden. Der gepfändete Verantwortlichkeitsanspruch sei den Beschwerdeführerinnen in nicht beziffelter Höhe zur Eintreibung überlassen worden. Soweit er ihre eigenen Forderungen übersteige, sei die Differenz dem Betreibungsamt gemäss Art. 131 Abs. 2 SchKG abzuliefern, was auch auf der Rückseite der Bescheinigung erläutert werde.

#### **E. 3.3**

Was die Beschwerdeführerinnen zur Abgrenzung des direkten Gläubigerschadens vom Gesellschaftsschaden ausführen, ist zutreffend; und ebenfalls, dass ihre eigenen Forderungen gegenüber der Gesellschaft nicht gepfändet zu werden brauchen. Sie machen weiter zu Recht geltend, dass auch gepfändete Forderungen, deren Höhe nicht beziffert ist, den Gläubigern zur Eintreibung i.S.v. Art. 131 Abs. 2 SchKG überlassen werden können (RUTZ/ROTH, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl. 2010, N. 16 zu Art. 131 SchKG ; BGE 74 III 6 , E. 2 S. 8; vgl. auch Urteil

4C.170/2002 vom 12. November 2002 Ziff. B). Jedoch ist der Vorinstanz nicht vorzuwerfen, sie habe dies verkannt. Die entscheidende Frage ist vielmehr, ob der Verantwortlichkeitsanspruch (als Gesellschaftsschaden) beziffert und damit beschränkt wurde, oder ob der (gepfändete) Verantwortlichkeitsanspruch gegenüber den Beschwerdegegnern ein unbezifferter war. Die Beschwerdeführerinnen behaupten Letzteres, ohne jedoch anzugeben, worauf sie sich abstützen. Um darzulegen, dass es sich um einen Verantwortlichkeitsanspruch handelt, verweisen sie selber auf die Zahlungsaufforderungen des Betreibungsamtes an die Beschwerdegegner vom 16. Mai 2012. Darin forderte das Betreibungsamt diese auf, die "solidarische Schadenersatzforderung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit (...) in der Höhe von rund 140'000.00" zu begleichen. Das Betreibungsamt ging mithin davon aus, der gepfändete Verantwortlichkeitsanspruch betrage rund Fr. 140'000.--. Entsprechend führte es in der Bescheinigung nach Art. 131 Abs. 2 SchKG vom 13. Juni 2012 einen Forderungsbetrag von Fr. 138'130.-- auf, also rund Fr. 140'000.--. Die Vorinstanz hat sich an den Wortlaut dieser Bescheinigung gehalten, wobei sie angesichts der Formulierung von einer Begrenzung des zur Eintreibung überlassenen (Gesellschafts-) Schadenersatzanspruchs auf Fr. 138'130.-- ausgehen durfte. Ob die Beschwerdeführerinnen tatsächlich eine unbezifferte Forderung pfänden liessen und das Betreibungsamt fälschlicherweise von einer Bezifferung und damit einer Beschränkung ausging, kann dahingestellt bleiben. Denn die Forderungsüberweisung nach Art 131 Abs. 2 SchKG ist ebenso wie die Abtretung nach Art. 260 SchKG Sache des Betreibungs- und Konkursamtes. Bei allfälligen Unstimmigkeiten hat der Gläubiger Beschwerde gemäss Art. 17 ff. SchKG zu führen; es ist nicht am Zivilgericht, die Verfügung auf ihre Rechtmässigkeit zu überprüfen (vgl. auch BGE 132 III 342 E. 2.2.1 S. 346) oder gar zu ändern.

#### **E. 4**

In grundsätzlicher Hinsicht erwog die Vorinstanz, eine für die Umwandlung beigezogene Revisionsexpertin sei nicht zur Erstattung einer Überschuldungsanzeige gemäss Art. 728c Abs. 3 OR verpflichtet. Die in den Art. 725 ff. OR verankerten Anzeigepflichten seien auf die ordentliche Revisionsstelle bzw. auf einen ad-hoc Revisor zur Prüfung einer Zwischenbilanz zugeschnitten. Im Übrigen sei die Argumentation der Beschwerdeführerinnen widersprüchlich. Stelle eine Gründungsprüferin fest, dass die Gründungsvoraussetzungen nicht erfüllt sind, dürfte sie gemäss Art. 635a OR keinen positiven Prüfungsbericht ausstellen. Ohne einen solchen könnte aber eine Aktiengesellschaft nach Art. 631 Abs. 2 Ziff. 3 OR nicht gegründet werden, weshalb nicht ersichtlich sei, wie es der Gründungsprüferin möglich sein sollte, in Sachen der (nicht gegründeten) AG eine Überschuldungsanzeige zu machen. Eine Pflichtverletzung durch Unterlassen einer Überschuldungsanzeige liege somit nicht vor, weshalb offen bleiben könne, ob die von den Beschwerdeführerinnen behauptete Überschuldung überhaupt bestanden habe. In der Folge prüfte die Vorinstanz, ob eine Verantwortlichkeit aus mangelhafter Gründungsrevision gegeben sei. Sie verneinte dies, weil die Beschwerdeführerinnen den Schaden nicht hinreichend substantiiert hätten. Daher könne offen bleiben, ob die Prüfung mangelhaft gewesen sei und damit eine Pflichtwidrigkeit vorgelegen habe. Ebenso erübrige sich grundsätzlich die Prüfung des adäquaten Kausalzusammenhangs. "Nur der Vollständigkeit halber" fügte sie aber an, das Bezirksgericht habe zu Recht ausgeführt, es wäre zumindest fraglich, ob im Falle einer verweigerten positiven Prüfungsbestätigung durch die Beschwerdegegner 1 und 2 die bereits bestehende GmbH nicht einfach weiter existiert hätte, der behauptete Schaden also

nicht gleichermaßen entstanden wäre. Da gegenüber dem Beschwerdegegner 3 derselbe nicht substantiierte Schaden geltend gemacht werde, verneinte die Vorinstanz auch dessen Haftung.

## **E. 5**

Mit der öffentlichen Beurkundung vom 23. Juni 2009 fand eine Umwandlung einer GmbH in eine Aktiengesellschaft gemäss Art. 54 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (FusG; SR 221.301) statt. Das oberste Leitungs- und Verwaltungsorgan muss hierfür einen Umwandlungsplan (Art. 59 f. FusG) und einen Umwandlungsbericht ( Art. 61 FusG ) erstellen. Die Gesellschaft muss den Umwandlungsplan, den Umwandlungsbericht und die der Umwandlung zu Grunde liegende Bilanz von einer zugelassenen Revisionsexpertin oder von einem zugelassenen Revisionsexperten prüfen lassen ( Art. 62 Abs. 1 FusG ). Diese bzw. dieser muss prüfen, ob die Voraussetzungen für die Umwandlung erfüllt sind, insbesondere, ob die Rechtsstellung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter nach der Umwandlung gewahrt bleibt ( Art. 62 Abs. 4 FusG ). Mit Zustimmung aller Gesellschafter können kleine und mittlere Unternehmen auf diese Prüfung verzichten ( Art. 62 Abs. 2 FusG ). Ein Mangel in der Durchführung der Prüfung kann zur Verantwortlichkeit des Revisionsexperten gemäss Art. 108 FusG führen (LUKAS GLANZMANN, Umstrukturierungen, 3. Aufl. 2014, S. 218 Rz. 522; STÉPHANE KONKOLY, in: Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, 2. Aufl. 2012, N. 12 zu Art. 62 FusG ). Bei der Prüfung nach Art. 62 Abs. 4 FusG geht es in erster Linie um die in Art. 56 FusG vorgesehene Wahrung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte und die in Art. 57 FusG enthaltenen Vorschriften in Bezug auf die Gründung (Botschaft vom 13. Juni 2000 zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung, BBl 2000 4456 Ziff. 2.1.4.4, zu Art. 62 E-FusG; nachfolgend: Botschaft FusG). Die Umwandlung bewirkt lediglich einen Wechsel der Rechtsform und führt nicht zur Neugründung einer Gesellschaft. Trotzdem müssen die auf die neue Rechtsform anwendbaren spezifischen Gründungsvoraussetzungen eingehalten werden (Botschaft FusG, 4451 f. Ziff. 2.1.4.3, zu Art. 57 E-FusG). Angesichts dieses Zwecks unterscheidet sich die Umwandlungsprüfung von der ordentlichen und der eingeschränkten Revision, die der Kontrolle der Konformität der Jahresrechnung mit den gesetzlichen und statutarischen Vorschriften ( Art. 728a und 729a OR ) dienen und für welche je eine (subsidiäre) Anzeigepflicht bei offensichtlicher Überschuldung statuiert ist ( Art. 728c Abs. 3 und Art. 729c OR ). Der Vorinstanz ist somit zuzustimmen, dass der Umwandlungsprüfer keine Überschuldungsanzeige an das Gericht machen muss. Es kann auf die diesbezüglichen Ausführungen im angefochtenen Urteil verwiesen werden. Vorliegend geht es vielmehr darum, ob die Gründungsvoraussetzungen der neuen Rechtsform der Aktiengesellschaft eingehalten wurden, was mit dem positiven Prüfungsbericht bestätigt wurde, und ob diesbezüglich eine Pflichtverletzung vorlag, weil trotz der von den Beschwerdeführerinnen behaupteten Überschuldung ein positiver Prüfungsbericht abgegeben und damit die Umwandlung ermöglicht wurde. Die Frage kann mit der Vorinstanz offen bleiben, wenn mit ihr der Nachweis des Schadens zu verneinen ist, was nachfolgend zu prüfen ist.

## **E. 6.1**

Die Vorinstanz stellte fest, die Beschwerdeführerinnen stützten ihre Behauptungen zum Schaden auf die Differenz zwischen der von ihnen korrigierten Bilanz vom 31. Dezember 2008 und der ebenfalls von ihnen erstellten Bilanz zum Konkurszeitpunkt gemäss Replik S.

35 ff. Es gelte daher, diese beiden Bilanzen auf ihre jeweilige Tauglichkeit für die Berechnung des Konkursverschleppungsschadens zu prüfen. Hinsichtlich der Ausgangsbilanz hielt die Vorinstanz fest, auch bei einem negativen Prüfungsbericht wäre der Konkurs nicht schon am Tag der Umwandlung eröffnet worden. Da sich die Beschwerdeführerinnen aber dazu nicht äusserten, fehlten bereits aus diesem Grund substantiierte Behauptungen zum Schaden. Aber selbst wenn auf den Zeitpunkt der Umwandlung abzustellen wäre, wäre die von den Beschwerdeführerinnen präsentierte Bilanz vom 31. Dezember 2008 inhaltlich nicht hinreichend substantiiert. Diese gebe nicht den genauen Vermögensstand der Gesellschaft im Umwandlungszeitpunkt wieder. Bei der Berechnung des Verschleppungsschadens müsse eine hypothetische Konkursbilanz zu Liquidationswerten erstellt werden, die den Vermögensstand im Zeitpunkt der hypothetischen Konkurseröffnung aufzeige. Die Bilanz vom 31. Dezember 2008 erfasse aber allfällige buchhalterische Bewegungen zwischen dem 31. Dezember 2008 und dem 23. Juni 2009 nicht. Die von den Beschwerdeführerinnen erstellte Bilanz zum Zeitpunkt der tatsächlichen Konkurseröffnung sei ebenfalls nicht geeignet für die Berechnung des Konkursverschleppungsschadens. Denn zum einen könne aus der Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven nicht geschlossen werden, es seien überhaupt keine Aktiven mehr vorhanden gewesen, sondern bloss, dass diese jedenfalls nicht genügten, um die Kosten eines summarischen Konkursverfahrens zu decken. Über die Höhe der noch verbliebenen Aktiven lägen keine substantiierten Behauptungen vor. Zum andern sei die Bilanz im effektiven Konkurszeitpunkt auch auf Seite der Passiven unzureichend substantiiert. Dies aus zwei Gründen: Die Beschwerdeführerinnen gingen vom gleichen Kreditorenbestand aus wie gemäss Ausgangsbilanz vom 31. Dezember 2008; es fehlten aber buchhaltungsbezogene Beweisofferten dafür, dass zwischenzeitlich keine Rückzahlungen an Kreditoren stattgefunden hätten. Andererseits behaupteten die Beschwerdeführerinnen neu entstandene Passiven von mindestens Fr. 64'000.--, wobei sie sich dafür zum grossen Teil auf einen Betreibungsregisterauszug stützten; ein solcher stelle jedoch keine substantiierte Behauptung der darin enthaltenen Forderungen dar. Es könne offen bleiben, ob einzelne Teilbeträge allenfalls hinreichend substantiiert seien, da eine Gegenüberstellung zweier Bilanzen zu Liquidationswerten auch in diesem Fall nicht vorläge.

## **E. 6.2**

Die Vorinstanz prüfte einen Konkursverschleppungsschaden, also einen der Gesellschaft entstandenen Schaden (vgl. dazu BGE 136 III 322 E. 3.2 S. 325). Auch die Beschwerdeführerinnen betonen in ihren Ausführungen zur Teilabweisung der Klage im Betrag von Fr. 11'870.--, dass sie einzig den ihnen vom Betreibungsamt zur Eintreibung überlassenen Schadenersatzanspruch der konkursiten Gesellschaft einklagen. Dieser Schaden besteht im Anwachsen der Überschuldung bis zum Zeitpunkt des effektiven Konkurses, also in der Vernichtung von Aktiven und der Begründung weiterer Passiven. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist das Anwachsen der Verschuldung selbst dann für die Bestimmung des Schadens relevant, wenn die Gesellschaft bereits im Zeitpunkt der hypothetischen Konkurseröffnung massiv überschuldet war und daher schon damals keine Aussicht auf Befriedigung der Gläubiger mehr bestand (Urteile 4C.363/2006 vom 13. März 2007 E. 5 und 5.2 sowie 4A\_188/2008 vom 9. September 2008 E. 4.4; CLAUDIA SUTER, Der Schaden bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, 2010, S. 188 f.). Dies muss gleichermassen gelten, wenn der Fortführungsschaden nicht aus der Konkursverschleppung abgeleitet wird, sondern als Folge eines pflichtwidrigen positiven

Prüfungsberichts im Rahmen einer Umwandlung in eine AG, wenn bei negativem Prüfungsbericht zur Liquidation der bisherigen Gesellschaft geschritten worden wäre, wie es die Beschwerdeführerinnen geltend machen.

### **E. 6.3**

Die Vorinstanz bezieht sich in ihren Ausführungen zum Schaden auf die von den Beschwerdeführerinnen in der Replik angeführten Bilanzen und den dort behaupteten Schaden. Die Bilanz für den 31. Dezember 2008, welche auch als Umwandlungsbilanz diente, weist folgende Aktiven aus: Bank: Fr. 180.70; Debitoren: Fr. 23'572.14; KK H. \_\_\_\_\_ AG: Fr. 100'000.--; EDV und Bürogeräte: Fr. 2'000.--; Projektkosten X und Y: Fr. 299'089.85; Projektkosten Z: Fr. 2'325.30; Gründungskosten: Fr. 2'400.--. Die Beschwerdeführerinnen hatten erstinstanzlich einen Fortführungsschaden von mindestens Fr. 167'752.84 geltend gemacht, wovon sie Fr. 150'000.-- einklagten. Der Betrag setzt sich zusammen aus einer Vernichtung von Aktiven in der Höhe von Fr. 103'752.84 (Bank: Fr. 180.70; Debitoren: Fr. 23'572.14; EDV und Bürogeräte: Fr. 2'000.--; einbezahltes Aktienkapital: Fr. 78'000.--) und neu entstandenen Passiven von mindestens Fr. 64'000.--.

### **E. 6.4**

Bevor auf die einzelnen Begründungen der Vorinstanz bzw. die Einwände der Beschwerdeführerinnen dazu eingegangen wird, ist festzuhalten, dass jedenfalls der Verlust des einbezahlten Aktienkapitals von Fr. 78'000.-- nicht als von den Beschwerdegegnern zu verantwortender, im Gesellschaftsvermögen eingetretener Fortführungsschaden zu werten ist. Wie dargelegt, ist die (allfällig) pflichtwidrige Handlung seitens der Beschwerdegegner 1 und 2 die Abgabe eines positiven Prüfungsberichts bzw. seitens des Beschwerdegegners 3 als Mitgründer die Abgabe der von ihm mitverantworteten Gründungsunterlagen. Diese präsumtive Pflichtwidrigkeit löste den Zufluss des Betrages von Fr. 78'000.-- aus, dessen Vernichtung durch Fortführung der Aktiengesellschaft behauptet wird. Im Gesellschaftsvermögen bewirkte die potentielle Pflichtwidrigkeit insofern im schlechtesten Fall ein Resultat von Null. Hätten die Beschwerdegegner die ihnen vorgeworfenen Pflichtwidrigkeiten nicht begangen, wäre es gemäss den Beschwerdeführerinnen zur Liquidation der GmbH statt zur Umwandlung in eine AG und damit einer Erhöhung des Mindestgesellschaftskapitals von Fr. 20'000.-- auf Fr. 100'000.-- gekommen. Es hätte infolgedessen keiner Liberierung von zusätzlichen Fr. 78'000.-- bedurft, weshalb der Gesellschaft kein Kapital in ebendieser Höhe zugeflossen wäre, das alsdann hätte vernichtet werden können.

### **E. 6.5**

Einen Schaden von Fr. 25'752.84 begründen die Beschwerdeführerinnen wie erwähnt mit der Vernichtung der gemäss der (ordentlichen) Bilanz per 31. Dezember 2008 vorhandenen, ihres Erachtens werthaltigen Aktiven (Bank: Fr. 180.70; Debitoren: Fr. 23'572.14; EDV und Bürogeräte: Fr. 2'000.--). Es ist zu prüfen, ob sie sich für den Nachweis des Vermögensstands im hypothetischen Handlungszeitpunkt auf die Bilanz vom 31. Dezember 2008 stützen können.

#### **E. 6.5.1**

Entgegen der Vorinstanz kann nichts daraus abgeleitet werden, dass keine Bilanz für den Tag der mutmasslichen Konkurseröffnung erstellt wurde, denn hier besteht die allfällige Pflichtverletzung nicht in einer unterlassenen Überschuldungsanzeige. Wie dargelegt, ist die massgebliche (allfällig) pflichtwidrige Handlung die Abgabe eines positiven

Prüfungsberichts, der dann als Grundlage für die öffentliche Beurkundung am 23. Juni 2009 diente, resp. die Abgabe der Gründungsunterlagen. Stichtag für die Entstehung eines möglichen Schadens ist daher der 23. Juni 2009.

### **E. 6.5.2**

Auch der fehlende Nachweis einzelner Vermögensveränderungen zwischen dem 31. Dezember 2008 und dem 23. Juni 2009 kann den Beschwerdeführerinnen nicht entgegengehalten werden. Zu den Pflichten des Umwandlungsprüfers gehört nämlich auch die Prüfung, ob die ordentliche Bilanz als Grundlage für die Umwandlung dienen kann (GLANZMANN, a.a.O., S. 216 f. Rz. 520; LAMBERT/HASLER, in: Basler Kommentar, Fusionsgesetz, 2. Aufl. 2015, N. 13 zu Art. 62 FusG ; OLIVER TRIEBOLD, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl. 2016, N. 5 zu Art. 62 FusG ; HENRY PETER, in: Commentaire LFus, 2005, N. 10 zu Art. 62 FusG bei Fn. 19 i.V.m. N. 36 zu Art. 15 FusG ). Das ist nicht der Fall, wenn die ordentliche Bilanz mehr als sechs Monate alt ist oder wichtige Änderungen in der Vermögenslage eingetreten sind ( Art. 58 Abs. 1 FusG ). Die erste Tatbestandsvariante liegt hier unbestritten nicht vor. Wichtige Änderungen sind dann gegeben, wenn das ausgewiesene Eigenkapital betroffen ist, namentlich bei Verlusten aus dem laufenden Geschäftsjahr oder bei Ausschüttungen (TREUHAND-KAMMER [HRSG.], Schweizer Prüfungsstandards [PS], Ausgabe 2010, PE 800-1 Prüfungen nach Fusionsgesetz Rz. 131, S. 546; PESTALOZZI/ESSEBIER, in: Zürcher Kommentar, a.a.O., N. 10 zu Art. 58 FusG ; DIETER GERICKE, in: Basler Kommentar, Fusionsgesetz, 2. Aufl. 2015, N. 10 zu Art. 58 FusG mit Hinweis auf die entsprechende Praxis des Eidgenössischen Handelsregisteramtes). Als Faustregel wird in der Lehre zum Teil vertreten, eine Zwischenbilanz wegen Veränderungen in der Vermögenslage sei u.a. zu erstellen, wenn das Eigenkapital bzw. die Nettoaktiven um mindestens 10 % kleiner sind als bei der letzten ordentlichen Bilanz (WATTER/BÜCHI, in: Basler Kommentar, Fusionsgesetz, 2. Aufl. 2015, N. 13 zu Art. 35 FusG ; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, S. 360 § 3 Rz. 81; zu Gunsten einer Einzelfallbetrachtung ablehnend etwa GERICKE, a.a.O., N. 10 zu Art. 58 FusG ). Das Fremdkapital der GmbH betrug gemäss Bilanz vom 31. Dezember 2008 Fr. 407'519.31 bei Aktiven von Fr. 429'567.99, die Nettoaktiven (inklusive der von den Beschwerdeführerinnen als nicht werthaltig bezeichneten Aktiven) somit Fr. 22'048.68. Eine geringfügige Änderung der Nettoaktiven von nur rund Fr. 2'000.-- wäre daher gemäss der genannten Faustregel schon als wichtige Änderung einzustufen gewesen. Der Nachweis des aktuellen Nettovermögens per Umwandlungstag war umso mehr angezeigt, als die wesentlichsten Vermögenswerte aktivierte Projekt- und Gründungskosten waren. Lieferte der Beschwerdegegner 3, der als Mitgründer die Gründungsunterlagen mit zu verantworten hat, keine Zwischenbilanz, und unterliessen es die Prüfer, auf die Notwendigkeit einer solchen hinzuweisen, entspricht es einem venire contra factum proprium, wenn sie den Beschwerdeführerinnen jetzt den fehlenden Nachweis allfälliger Vermögensveränderungen zwischen dem 31. Dezember 2008 und dem 23. Juni 2009 vorwerfen. Zwar könnten auch erfolgsneutrale Vorgänge den Umfang sowie die Zusammensetzung der Aktiven - ohne Folgen für das Nettovermögen, jedoch mit Auswirkungen auf die Liquidationswerte - verändern. Der Umwandlungsprüfer müsste aber auch diesfalls im Rahmen seiner Prüfung zumindest geklärt haben, dass diese Vorgänge keine wichtigen Änderungen i.S.v. Art. 58 Abs. 1 FusG sein können.

### **E. 6.5.3**

Die Vorinstanz erachtete die Bilanz vom 31. Dezember 2008 auch deshalb als ungenügend, weil es sich nicht um eine Bilanz zu Liquidationswerten handle. Die Beschwerdeführerinnen halten dem entgegen, sie hätten bereits in der Berufung argumentiert, die Bilanz vom 31. Dezember 2008 enthalte bloss eine einzige Position, bei der der Liquidationswert und der Fortführungswert auseinander fallen könnten, nämlich der Posten EDV und Bürogeräte im Betrag von Fr. 2'000.--. Bei allen anderen Aktiven vermöge die Bewertung zu Liquidationswerten statt zu Fortführungswerten nichts zu ändern. Auf diesem ohnehin geringen Betrag sei im Jahr 2008 eine Abschreibung von Fr. 1'142.-- getätigt worden, sodass er "möglicherweise bereits auf den Liquidationswert hin korrigiert worden" sei. Der Betrag von Fr. 2'000.-- könne, wie sie schon in der Berufung dargelegt hätten, einfach ausser Acht gelassen werden, da der Fortführungsschaden mindestens Fr. 167'752.84 betrage, sie aber nur Fr. 150'000.-- eingeklagt hätten. Die Vorinstanz sei darauf mit keinem Wort eingegangen. Die Vorinstanz ging zu Recht davon aus, dass Ausgangspunkt der Berechnung eines Fortführungsschadens die Liquidationswerte sind. Die Beschwerdeführerinnen führen nicht weiter aus, weshalb einzig die Position EDV und Bürogeräte einen vom Fortführungswert abweichenden Liquidationswert soll haben können. Das liegt, ausser bei der Position Bank von Fr. 180.70, auch nicht ohne weiteres auf der Hand. In der Lehre wird festgestellt, alle nicht bargeldmässigen Teile des Umlaufvermögens (d.h. Kasse, Bank) würden tiefere Liquidationswerte aufweisen (BÖCKLI, a.a.O., S. 1849 § 13 Rz. 771), also auch die Debitoren, zu denen sich die Beschwerdeführerinnen nicht äussern. Mangels weiterer Ausführungen fehlen ebenso die Grundlagen, um diese Werte allenfalls nach Art. 42 Abs. 2 OR zu schätzen. Ein (Teil-) Schaden von Fr. 25'752.84 durch Vernichtung von Aktiven zufolge Umwandlung und Fortführung der GmbH als AG ist daher nicht ausgewiesen.

## **E. 6.6**

Das schliesst nicht aus, dass der restliche Teil des von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachten Schadens - mindestens Fr. 64'000.-- durch die Schaffung zusätzlicher Passiven seit der Umwandlung - ausgewiesen sein könnte, auch wenn die Beschwerdeführerinnen dies nicht mit einer ordnungsgemässen Buchhaltung und einer Liquidationsbilanz per Konkursöffnung nachweisen können. Es genügt, wenn die Beschwerdeführerinnen alle Umstände, die für den Eintritt des Schadens sprechen und dessen Abschätzung erlauben oder erleichtern, soweit möglich und zumutbar behaupten und beweisen ( BGE 122 III 219 E. 3a S. 221 f.; Urteil 4C.292/2003 vom 25. Mai 2004 E. 4.4.3; BÖCKLI, a.a.O., S. 2490 § 18 Rz. 373). Andererseits kann - wie die Vorinstanz zutreffend dargelegt hat - aus dem Fehlen von einschlägigen Konkursakten nicht umgekehrt abgeleitet werden, nicht die (für den Schaden beweisbelasteten) Beschwerdeführerinnen, sondern die Beschwerdegegner trügen die prozessualen Folgen für die Unvollständigkeit der Konkursakten. Denn weder die Beschwerdegegner 1 und 2 als Prüfer des Gründungsberichts im Jahr 2009 noch der Beschwerdegegner 3 als Gründer sind nach den Feststellungen der Vorinstanz seit der Gründung als Organe der AG tätig gewesen. Sie sind also ebenso Aussenstehende wie die Beschwerdeführerinnen. Zum Beweis der Nettoneuverschuldung genügt der Nachweis lediglich der neu entstandenen Schulden, d.h. der behaupteten Fr. 64'000.--, noch nicht. Erforderlich ist vielmehr zudem der Nachweis, dass im Umwandlungszeitpunkt vorhandene Schulden nach wie vor bestehen, d.h., dass diese nicht zwischenzeitlich abgebaut wurden.

### **E. 6.6.1**

Die Vorinstanz erachtete wie erwähnt die Passiven im effektiven Konkurszeitpunkt aus zwei Gründen als nicht erwiesen. Zuerst, weil sich die Beschwerdeführerinnen hinsichtlich des Postens Kreditoren wiederum auf die Bilanz vom 31. Dezember 2008 stützten, damit aber nicht nachgewiesen sei, dass bis zur Konkurseröffnung am 2. August 2011 nicht allenfalls Rückzahlungen an diese Kreditoren - und damit eine Reduktion der Verschuldung - erfolgten. Buchhaltungsbezogene Beweisofferten dazu fehlten.

#### **E. 6.6.2**

Die Beschwerdeführerinnen wenden ein, die Beschwerdegegner hätten nicht behauptet, dass Rückzahlungen an die am 31. Dezember 2008 bilanzierten Kreditoren erfolgt seien - und schon gar nicht, in welcher Höhe. Aus den Rückzahlungen würden die Beschwerdegegner eine Schadenminderung ableiten und dafür seien sie behauptungs- und beweisbelastet. Diese Argumentation ist nicht stichhaltig. Es geht nicht um Schadenminderung, sondern um die Höhe der Nettoneuverschuldung, wofür die Beschwerdeführerinnen die Beweislast tragen. Es genügt, wenn die Beschwerdegegner die diesbezüglichen Angaben der Beschwerdeführerinnen bestreiten. Nachdem sie ebenfalls Aussenstehende sind (vgl. E. 6.6 hiervor), kann von ihnen keine substantziiertere Bestreitung verlangt werden.

#### **E. 6.6.3**

Die Feststellung der Vorinstanz, buchhaltungsbezogene Beweisofferten würden fehlen, rügen die Beschwerdeführerinnen als aktenwidrig. Sie hätten vor Vorinstanz den Eventualantrag auf Rückweisung an das Bezirksgericht zur Durchführung des Beweisverfahrens gestellt. Sie rügen in diesem Zusammenhang eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ( Art. 29 Abs. 2 BV ). Sie hätten vor Erst- und Vorinstanz u.a. die Edition der Kontoauszüge und Einzelbelege zum Konto Nr. XXX der F. \_\_\_\_\_ für die Zeit seit Juni 2009 bis zum Konkurs am 2. August 2011 bei der Bank W. \_\_\_\_\_ verlangt. Diese Belege hätten gezeigt, dass die F. \_\_\_\_\_ schlechthin keinen Ertrag erzielt habe, keine der Schulden laut Bilanz zum 31. Dezember 2008 bis zum Konkurs getilgt worden seien und das Konto höchstens einen minimalen Restbestand aufgewiesen habe. Beide Instanzen hätten auf diese Beweisabnahmen verzichtet, ohne dies rechtsgenügend zu begründen.

#### **E. 6.6.4**

Der aus Art. 29 Abs. 2 BV fliessende Anspruch auf rechtliches Gehör verleiht der betroffenen Partei das Recht, in einem Verfahren, welches in ihre Rechtsstellung eingreift, mit rechtzeitig und formgültig angebotenen Beweisanträgen gehört zu werden, soweit diese erhebliche Tatsachen betreffen und nicht offensichtlich beweisuntauglich sind ( BGE 134 I 140 E. 5.3 S. 148 ; 131 I 153 E. 3 S. 157; je mit Hinweisen). Auch Art. 8 ZGB gibt der beweispflichtigen Partei in allen bundesrechtlichen Zivilstreitigkeiten bloss dann einen Anspruch darauf, für rechtserhebliche Vorbringen zum Beweis zugelassen zu werden, wenn ihr Beweisantrag nach Form und Inhalt den Vorschriften des anwendbaren Prozessrechts entspricht (vgl. BGE 133 III 295 E. 7.1 mit Hinweisen). Gemäss den einschlägigen Bestimmungen in der Zivilprozessordnung ist ein Beweismittel nur dann formgerecht angeboten, wenn sich die Beweisofferte eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lässt und umgekehrt. In der Regel sind die einzelnen Beweisofferten unmittelbar im Anschluss an die Tatsachenbehauptungen aufzuführen, die damit bewiesen werden sollen. Dies ergibt sich ohne weiteres aus dem Wortlaut von Art.

152 Abs. 1 i.V.m. Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO (Recht auf Abnahme von Beweismitteln bei "Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen"). Das Gericht ist nicht gehalten, zur Klärung einer Frage Beweismittel abzunehmen, die nicht in diesem Zusammenhang angeboten wurden (vgl. zum Ganzen Urteil 4A\_56/2013 vom 4. Juni 2013 E. 4.4 mit umfassenden Literaturhinweisen). Die Beschwerdeführerinnen legen in ihrer Beschwerde nicht mit Aktenhinweisen dar, dass und wo sie im erstinstanzlichen Verfahren einen in diesem Sinn formgültigen Beweis Antrag auf Edition der Bankbelege gestellt hätten (vgl. E. 2.2 hiervor). Allfällige diesbezügliche Ausführungen in ihrer Beschwerdereplik wären verspätet, da bereits in der Beschwerde Anlass dazu bestanden hätte (vgl. E. 2.1 hiervor). Daher ist auf dieses Vorbringen nicht einzugehen und ihre Rüge geht damit fehl (vgl. auch Urteil 4A\_488/2015 vom 9. Dezember 2015 E. 3.1).

#### **E. 6.6.5**

Die Vorinstanz legte sodann dar, dass die Beschwerdeführerinnen diesen Beweis auch nicht anderweitig erbringen können, namentlich nicht mit der Vereinbarung vom 24. November 2008 zwischen den (der F. \_\_\_\_\_ nahestehenden) Kreditoren K. \_\_\_\_\_ AG, L. \_\_\_\_\_ und J. \_\_\_\_\_ betreffend u.a. die Voraussetzungen der Rückzahlung der Schulden, da diese Vereinbarung nicht geeignet sei, Entwicklungen im Zeitraum zwischen Umwandlung und Konkurs zu belegen. Die Beschwerdeführerinnen müssten darlegen können, dass diese Beweiswürdigung willkürlich ist (vgl. E. 2.2 hiervor). Das behaupten sie nicht einmal. Ihre Einwände sind appellatorischer Natur. Erneut machen sie geltend, angesichts der vertraglich vereinbarten Voraussetzungen sei die Rückzahlung "kein Thema" gewesen, ohne sich mit der Vorinstanz auseinander zu setzen, die implizit annimmt, eine Vereinbarung könne auch geändert werden und besage daher nichts zu einer späteren Entwicklung. Diesbezüglich liegt deshalb eine ungenügende Rüge vor (vgl. E. 2.1 hiervor). Willkür ergibt sich ferner nicht aus dem Einwand, es seien ja schlicht keine Geldquellen vorhanden gewesen, mit denen Kredite hätten getilgt werden können, da nie Erträge aus dem Verkauf einer Wohnung erwirtschaftet worden seien. Dies namentlich, weil die Beschwerdeführerinnen weder nachgewiesen haben, dass nach der Umwandlung keine Erträge mehr erzielt wurden, noch dass die Mittel aus der Kapitalerhöhung nicht für eine Rückzahlung verwendet wurden. Insofern berufen sie sich in der Beschwerde zwar wie erwähnt auf den Editions Antrag betreffend die Kontoauszüge bei der Bank W. \_\_\_\_\_. Nachdem die F. \_\_\_\_\_ keine Kasse geführt hat, hätte es sich hierbei an sich um einen geeigneten Beweis Antrag gehandelt. Da die Beschwerdeführerinnen aber nicht aufzeigen, dass sie diesen Beweis Antrag im kantonalen Verfahren prozesskonform eingebracht haben (vgl. E. 6.6.4 hiervor), können sie daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten.

#### **E. 6.6.6**

Zusammenfassend ist somit nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz den Schaden als ungenügend substantiiert bzw. als nicht erwiesen erachtete, ohne dass noch darauf eingegangen werden muss, inwieweit die behaupteten neuen Schulden von Fr. 64'000.-- erstellt sind. Ebenso kann offen bleiben, ob die Vorinstanz zu Recht davon ausging, allenfalls seien im Konkurszeitpunkt noch Aktiven vorhanden gewesen.

#### **E. 7**

Damit kann offen gelassen werden, ob die Vorinstanz zu Recht die Passivlegitimation des Beschwerdegegners 2 verneinte. Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend werden die Beschwerdeführerinnen kosten-

und entschädigungspflichtig ( Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG ). Da der Beschwerdegegner 3 nicht anwaltlich vertreten ist, ist ihm - anders als den Beschwerdegegnern 1 und 2 - keine Parteientschädigung zuzusprechen ( BGE 133 III 439 E. 4 S. 446), zumal ein besonderer Aufwand des Beschwerdegegners 3 weder dargetan noch ersichtlich ist.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.