

GR_GERICHTE ZK2 2011 32 vom 19. August 2013

GR Gerichte, 2013-08-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK2_2011_32

FR: GR_GERICHTE ZK2 2011 32 du 19 août 2013

IT: GR_GERICHTE ZK2 2011 32 del 19 agosto 2013

Regeste

aktienrechtliche Verantwortlichkeit (Art. 754 OR) | Berufung OR AG/andere
Handelsgesellschaft/Genossenschaft

Erwägungen

E. 2

Das Verfahren sei mit Einreichung dieser Klage sogleich einzustellen und es seien die Ergebnisse der Strafuntersuchung abzuwarten. Verfahrensanhänge:

E. 3

Bis zum Vorliegen der Ergebnisse der Strafuntersuchung sei den Be- klagten 1, 2 und 3 die Klage nicht zuzustellen.

E. 4

Verfahrensanhänger: Es seien alle Akten von der Vorinstanz beizuziehen. - alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge -“ Verfahrensmässig verlangte die Berufungsklägerin überdies - sollte dies die II. Zivilkammer für notwendig erachten - ein Gutachten zur Frage, ob der Liquidati- onswert der Warenvorräte ohne Existenz von Lagerinventaren zum Zeitpunkt des hypothetischen Konkurses zuverlässig bestimmbar sei; allenfalls hierfür ein unver- hältnismässig grosser Aufwand betrieben werden müsste (Berufung S. 8). L. Mit Berufungsantwort vom 29. August 2011 beantragten die Berufungsbe- klagten die kosten- und entschädigungspflichtige Abweisung der Berufung. M. Mit Übermittlung der Akten und des Aktenverzeichnisses am 29. Juni 2011 teilte der Bezirksgerichtspräsident Hinterrhein mit, die von den Parteien nicht ge- nau bezeichneten Konkursakten lägen nicht im Recht. Dies führte dazu, dass die Berufungsklägerin am 7. Juli 2011 den Beizug der Konkursakten beantragte. Auf Ersuchen des damaligen Vorsitzenden der II. Zivilkammer teilte der Bezirksge- richtspräsident am 22. November 2011 mit, die Konkursakten seien nicht eingeholt

Seite 6 — 33 worden, weil die Parteien keine genauen Aktenstellen angegeben hätten. Gemäss Auskunft des Konkursbeamten habe der berufungsklägerische Rechtsvertreter am 19. Mai 2011 in sämtliche Konkursakten Einsicht genommen. Vor Beginn der Rechtsmittelfrist sei aber seitens keiner Partei eine Urkundenbezeichnung erfolgt, weshalb diese Akten nicht eingeholt worden seien. In der Folge erging ein doppel- ter Schriftenwechsel zur Frage des besagten Aktenbeizugs. Am 8. Februar 2013 verfügte der Vorsitzende der II. Zivilkammer, auf Grundlage der (vorhandenen) Akten zu entscheiden. Auf die Erwägungen im angefochtenen Urteil und auf die übrigen Ausführungen der Parteien in ihren Rechtsschriften wird, soweit erforderlich, im Folgenden ein- gegangen. II. Erwägungen 1. Der angefochtene Entscheid des Bezirksgerichts Hinterrhein vom 2. Febru-

am 13. April 2011 wurde den Parteien am 13. April 2011 mitgeteilt und somit nach Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO; SR 272) am 1. Januar 2011 eröffnet. Auf das vorliegende Rechtsmittelverfahren findet demnach im Gegensatz zum vorinstanzlichen Verfahren, welches noch nach der alten bündnerischen Zivilprozessordnung (GR-ZPO; BR 320.000) durchgeführt wurde, die Schweizerische Zivilprozessordnung Anwendung (Art. 405 Abs. 1 ZPO). 2.a) Gemäss Art. 308 Abs. 1 ZPO sind mit der Berufung erstinstanzliche End- und Zwischenentscheidungen sowie erstinstanzliche Entscheidungen über vorsorgliche Massnahmen anfechtbar. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbehauptungen mindestens Fr. 10'000.-- beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Die Berufung ist unter Beilage des angefochtenen Entscheids innert 30 Tagen seit der Zustellung desselben beim Kantonsgericht von Graubünden schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 ZPO und Art. 7 Abs. 1 des kantonalen Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [EGzZPO; BR 320.100]). b) Der vorliegend angefochtene Entscheid des Bezirksgerichts Hinterrhein stellt einen erstinstanzlichen Endentscheid dar, denn damit wurde das vorinstanzliche Verfahren durch Sachentscheid (Abweisung der Klage) beendet (vgl. Art. 94 Abs. 2 der bündnerischen Zivilprozessordnung [GR-ZPO; BR 320.000] sowie Art. 236 Abs. 1 ZPO; Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger

Seite 7 — 33 [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2013, Art. 308 N 14). Zudem übersteigt der Streitwert ganz offensichtlich Fr. 10'000.--. Die Berufung vom 30. Mai 2011 gegen das am 13. April 2011 mitgeteilte Urteil ist auch zeitig. Sie ist ferner formgerecht, das heisst die Anträge auf Abänderung des erstinstanzlichen Urteils sowie eine schriftliche Begründung enthaltend, weshalb einem Eintreten auf die Berufung unter Vorbehalt der nachstehenden Erwägung 3 grundsätzlich nichts entgegen steht. 3. Auf die berufungshalber beantragte Einholung eines Gutachtens zur Frage, ob der Liquidationswert der Warenvorräte ohne Existenz von Lagerinventaren zum Zeitpunkt des hypothetischen Konkurses zuverlässig bestimmbar ist (Berufung S. 8), kann allein schon deswegen nicht eingetreten werden, weil das entsprechende Beweisbegehren vor der Vorinstanz noch nicht gestellt wurde und die Berufungsklägerin nicht darlegt und auch sonst nicht ersichtlich ist, dass die novenrechtlichen Voraussetzungen gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO erfüllt sein könnten. Soweit es sich bei der mittels Gutachten zu klärenden Frage nach der Bestimmbarkeit des Liquidationswerts der Warenvorräte mangels Lagerinventaren per Mitte 2002 überhaupt um eine Tatfrage handelt, werden ausserdem neue Tatsachenbehauptungen in den Prozess eingeführt. Im bisherigen Verfahren hat sich die Berufungsklägerin nämlich - obwohl sie den Konkursverschleppungsschaden in ihren theoretischen Ausführungen richtigerweise in der Verminderung der Nettoaktiven beziehungsweise im Anwachsen der Überschuldung zu Liquidationswerten gesehen hat (Klage S. 45) - zur fallbezogenen Berechnung des aus der Verschleppung der Konkursanzeige entstandenen Schadens einzig und allein auf die Fortführungswerte der A._____ AG, O.1_____ gestützt und niemals auf deren Liquidationswerte. Ebenso wenig hat sie sich vor der Vorinstanz jemals auf fehlende Lagerinventare für die Monate Januar bis Juni 2002 berufen, wie sie aus dem eingeholten Gutachten der E._____ AG (S. 17) hervorgehen (vgl. dazu nachfolgend E. 9.d). 4.a) Mit Eingabe vom 7. Juli 2011 begehrte die Berufungsklägerin den Beizug der Konkursakten der ehemaligen A._____ AG, O.1_____. Später brachte sie in diesem Zusammenhang vor, sie habe vom unterbliebenen Beizug der Konkursakten erstmals aus dem Schreiben des

Bezirksgerichtspräsidenten Hinterrhein vom 29. Juni 2011 erfahren. Zuvor sei sie gestützt auf die Beweisverfügung vom 30. September 2009, welche den Aktenbeizug nicht von der Bezeichnung der genauen Fundstellen abhängig gemacht habe, nach Treu und Glauben vom erfolgten Beizug der Konkursakten ausgegangen. Selbst anlässlich ihrer Einsichtnahme in die Akten beim sich im gleichen Gebäude wie das Bezirksgericht befindlichen

Seite 8 — 33 Konkursamt habe sie den unterbliebenen Aktenbeizug nicht bemerken müssen (Eingabe vom 16. Januar 2012 S. 3). Damit schloss sich die Berufungsklägerin der irrtümlichen Auffassung des Bezirksgerichtspräsidenten an, die Konkursakten seien niemals Gegenstand der Verfahrensakten gewesen. Indessen geht sowohl aus dem vorinstanzlichen Gutachterauftrag vom 15. April 2010 (Vorinstanz act. VIII./13) als auch aus dem abgelieferten Gutachten vom 9. Juli 2010 (S. 4 f.) hervor, dass die Konkursakten den Gutachtern zur Verfügung standen und diese ihre im Gutachten zum Ausdruck gebrachten Erkenntnisse auch auf die Konkursakten abstützten. Damit waren Letztere zweifelsohne Teil der vorinstanzlichen Verfahrensakten, weshalb offen bleiben kann, ob die Vorinstanz durch den vermeintlichen Nichtbeizug der Konkursakten das Prinzip von Treu und Glauben verletzt haben könnte und ob ein entsprechendes Zurückkommen auf die Beweisverfügung prozessual zulässig wäre. Eine andere Frage ist, ob die Konkursakten im kantonsgerichtlichen Berufungsverfahren beizuziehen sind. Soweit sie für das hierige Verfahren von Bedeutung sind, haben sie ihren Niederschlag im allseits akzeptierten Gutachten gefunden. Im Übrigen sind sie aber, wie sogleich dargelegt werden wird, für die sich vor der II. Zivilkammer stellenden Fragen irrelevant. Dementsprechend konnte von ihrem Beizug im Berufungsverfahren abgesehen werden. b) Der in der Beweisverfügung des Bezirksgerichtspräsidenten Hinterrhein ergangene Hinweis an die Parteien, wonach diese bei der Verwendung von umfangreichen Urkunden oder Urkundensammlungen als Beweismittel jeweils die genaue Stelle zu bezeichnen haben, bildet einen allgemeinen prozessualen Grundsatz. Wer einen Beweisantrag stellt, hat die zu beweisenden Tatsachen und die Beweismittel, mit denen diese Tatsachen bewiesen werden sollen, konkret zu nennen (vgl. Art. 82 Abs. 1 Ziff. 3 GR-ZPO; Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO). Es geht nicht an, einen ganzen Sachverhaltskomplex zu schildern und sich zum Beweis dieser Behauptungen global auf einen Stoss von Akten eines anderen Verfahrens zu berufen in der Meinung, das Gericht und die Gegenpartei würden dann schon prüfen, mit welcher einzelnen Urkunde sich welche behauptete Tatsache belegen lässt (Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999, Art. 161 N 7a; GVP 1995 Nr. 58). Eine Ausnahme wird zu machen sein für Geschäftsbücher, Protokolle und andere Dokumentationen, die der beweisführenden Partei nicht zugänglich sind (Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Kommentar zur Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Bern 2000, Art. 157 N 8). Im vorliegenden Fall verzichtete die die Edition der Konkursakten der A._____ AG, O.1_____ beantragende Berufungsklägerin sowohl vor der Vor-

Seite 9 — 33 instanz als auch vor Kantonsgericht auf die Bezeichnung einzelner Urkunden. Dies, obwohl sie Zugang zu diesen Akten hatte (zumindest macht sie nichts anderes geltend) und am 19. Mai 2011 zwecks Ausfertigung ihrer Berufung auch anerkanntermassen Einsicht in diese genommen hatte. Um die Bezeichnung einzelner Urkunden geht es der Berufungsklägerin auch nicht. Sie argumentiert vielmehr, das Hauptbegehren in der Berufung werde gerade damit begründet, dass sich aus den in der Beweisverfügung

bezeichneten Akten nichts in Bezug auf die verwertbaren Aktiven und damit die Liquidationswerte der Gesellschaft entnehmen lasse. Wo es keine Fundstellen gebe, könne nach dem Grundsatz „negativa nun sunt probanda“ auch nichts bezeichnet werden. Ohne Bezug der Konkursakten könne wohl keine ordnungsgemässe Überprüfung des vorinstanzlichen Urteils stattfinden (Eingabe vom 7. Juli 2011; Berufung S. 7). c) Die Argumentation der Berufungsklägerin ist nur schwer nachvollziehbar. Es erscheint sodann auch widersprüchlich, wenn sie gleichzeitig vorbringt, alle in der Beweisverfügung bezeichneten Beweismittel vermöchten ein zutreffendes und vollständiges Bild über die finanziellen Verhältnisse der Gesellschaft zu geben, das habe nie jemand in Frage gestellt (Berufung S. 7). Soweit die Berufungsklägerin durch den beantragten Bezug der Konkursakten belegen möchte, dass sie damit den grundsätzlich ihr obliegenden Beweis der Liquidationswerte der A. _____ AG, O.1 _____ im Zeitpunkt des hypothetischen Konkurses (vgl. dazu unten E. 8.e) nicht zu erbringen vermag, stösst sie ins Leere. Der Umstand allein, dass sich - wie die Berufungsklägerin behauptet - aus den Konkursakten keine Rückschlüsse auf die Liquidationswerte der A. _____ AG, O.1 _____ zur Zeit des hypothetischen Konkurses entnehmen lassen, ändert selbstverständlich nichts daran, dass diese Liquidationswerte beweislos geblieben sind, was grundsätzlich zur Anwendung der Regeln über die Beweislast zu führen hat. Eine andere Frage ist, ob die Berufungsklägerin bei ihrem Beweisthema mit Beweisschwierigkeiten konfrontiert ist, welche die Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR (richterliche Schätzung des Schadens) gebieten. Ebenso ist eine andere Frage, ob die Berufungsbeklagten den Schadensnachweis geradezu vereitelt haben und deshalb die Beweislast sich umkehrt. Die von der Berufungsklägerin erstmals vor Kantonsgericht angerufenen Beweisprobleme hinsichtlich der Liquidationswerte der A. _____ AG, O.1 _____ im Zeitpunkt des hypothetischen Konkurses - vor der Vorinstanz leitete die Berufungsklägerin ihren Schaden, soweit sie diesen fallbezogen berechnete und nicht bloss theoretische Ausführungen dazu machte, einzig aufgrund der Fortführungswerte der A. _____ AG, O.1 _____ her - stützt sie auf fehlende Monatsabschlüsse und Lagerbestandserhebungen zu Fortführungs- und Liquidationswerten.

Seite 10 — 33 Dass die Berufungsklägerin die Herstellung solcher Unterlagen unterlassen hat, lässt sich zweifelsohne dem eingeholten Gutachten entnehmen. Indessen brachte die Berufungsklägerin entsprechende Tatsachenbehauptungen nirgends ins erstinstanzliche Verfahren ein und ist damit nun vor Kantonsgericht verspätet (nachfolgend E. 9.d). Ausserdem kann sich die Berufungsklägerin - wie noch zu zeigen sein wird (nachfolgend E. 9.c-g) - auch aus anderen Gründen nicht erfolgreich auf Beweiserleichterungen berufen. Den beantragten Bezug der Konkursakten bedarf es vor diesem Hintergrund im Berufungsverfahren nicht. Der entsprechende prozessuale Antrag kann demnach nicht geschützt werden.

E. 5

Die Vorinstanz verneinte einen haftungsrelevanten Tatbestand im Zusammenhang mit dem Abschluss der auf den 07./23. Oktober 2002 datierten und von Seiten der A. _____ AG, O.1 _____ einzig von Z. _____ unterzeichneten Abzahlungsvereinbarung (Vorinstanz act. III./14 [Entwurf] und III./15; Vorinstanz act. II./14). Es sei bloss eine bestehende Forderung der D. _____ AG beziehungsweise eine bestehende Schuld der A. _____ AG, O.1 _____ über Fr. 97'677.80 verbindlich festgelegt worden, nicht aber eine neue Forderung beziehungsweise Schuld begründet worden. Worin der Schaden für die Gläubigerin bestehen solle, sei nicht ersichtlich. Diese sei nachher rechtlich sogar klar besser gestellt

gewesen. Insbesondere habe sie einen provisorischen Rechtsöffnungstitel erhalten. Von einer Irreführung beziehungsweise Täuschung oder gar von Arglist könne keine Rede sein. Die D. _____ AG habe die schwierigen finanziellen Verhältnisse der A. _____ AG, O.1 _____ seit längerer Zeit bestens gekannt. Die A. _____ AG, O.1 _____ habe vereinbarungsgemäss zumindest eine erste Zahlung von Fr. 3'000.-- geleistet und sei deshalb im Zeitpunkt des Abschlusses der Abzahlungsvereinbarung gewillt gewesen, ihren Verpflichtungen nachzukommen. Mangels arglistiger Irreführung beziehungsweise Täuschung fehle neben einem rechtsgenüchlich nachgewiesenen Schaden auch die Voraussetzung der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR, was insoweit zur Klageabweisung führe (angefochtenes Urteil S. 27 ff.). In ihrer Berufung beanstandet die Berufungsklägerin diese Erwägungen abgesehen von ihren Ausführungen zum materiellrechtlichen Bestand der Konkursforderung nicht (Berufung S. 5; vgl. hierzu die nachfolgende Erwägung 6). Entsprechend ist darauf nicht einzugehen.

E. 6

Die Berufungsklägerin bringt vor, als Folge der nach ihrer Auffassung gutzuheissenden Berufung werde das Kantonsgericht nicht umhin kommen, vorab den materiellrechtlichen Bestand der Forderung zu prüfen (Berufung S. 5 f.). Damit spricht sie den Bestand der ihr von der D. _____ abgetretenen und rechtskräftig

Seite 11 — 33 kollozierten (Vorinstanz act. II./3), ursprünglich gegen die A. _____ AG, O.1 _____ gerichteten Forderung aus Getränkeliieferungen an. Zwar ist richtig, dass der Kollokationsplan Auskunft gibt, wie die von den Gläubigern geltend gemachten Forderungen bestandes-, betrags- und rangmässig im Konkurs der Gemeinschuldnerin zu behandeln sind, während eine über das konkrete Konkursverfahren hinausgehende materiellrechtliche Bedeutung der Kollokation nicht zukommt, somit über Höhe und Bestand der kollozierten Forderung noch nichts entschieden ist (Urteil des Bundesgerichts 4C.275/2000 vom 24. April 2001 E. 3.a). Die Berufungsbeklagten bringen indessen zu Recht vor, sie hätten den Bestand dieser Forderung zu keinem Zeitpunkt bestritten (Berufungsantwort S. 4) und auch im Berufungsverfahren machen sie keine entsprechenden Einwände geltend. Demnach braucht auf den materiellrechtlichen Bestand der kollozierten Forderung über Fr. 111'638.-- nicht weiter eingegangen zu werden. Gleiches gilt für die unter den Parteien umstrittene Frage betreffend der Rechtsgültigkeit der Abzahlungsvereinbarung und deren Qualität als provisorischer Rechtsöffnungstitel, hat die angerufene II. Zivilkammer doch keineswegs über ein Rechtsöffnungsgesuch zu befinden. Anzumerken bleibt, dass mit der Anerkennung der kollozierten Forderung durch die ehemalige A. _____ AG, O.1 _____ noch nichts über die Substantiierung des eingeklagten, durch die von Seiten der Berufungsbeklagten begangenen Pflichtverletzungen verursachten mittelbaren und unmittelbaren Schadens der Berufungsklägerin gesagt ist (vgl. dazu - soweit ein mittelbarer Schaden im Raum steht - etwa das Urteil des Bundesgerichts 4C.292/2003 vom 25. Mai 2004 E. 3.4).

E. 7

Den geltend gemachten Schaden aus Konkursverschleppung stützt die Berufungsklägerin in ihrer Berufung auf Art. 725 Abs. 2 OR, mithin einzig auf die den Berufungsbeklagten vorgeworfene Untätigkeit trotz begründeter Besorgnis einer Überschuldung. Die (knappen) Ausführungen der Vorinstanz zur allfälligen Verletzung verwaltungsrätlicher Pflichten im Falle eines - vom eingeholten Gutachten auf Ende 2001 festgestellten - Kapitalverlustes

nach Art. 725 Abs. 1 OR (angefochtenes Urteil S. 30) lässt die Berufungsklägerin unbeanstandet, weshalb sich das Berufungsgericht auf die Überprüfung der vorinstanzlichen Anwendung von Art. 725 Abs. 2 OR und daraus abgeleiteter Schadenersatzansprüche zu beschränken hat. 8.a) Die Vorinstanz hat festgehalten, X._____ und Y._____ hätten als Mitglieder des Verwaltungsrats trotz begründeter Besorgnis einer - vom eingeholten Gutachten (spätestens) per 30. Juni 2002 festgestellten - Überschuldung der A._____ AG, O.1_____ (vor allem infolge ständig fehlender Liquidität) nicht entsprechend

Seite 12 — 33 Art. 725 Abs. 2 OR gehandelt und insbesondere nicht eine Zwischenbilanz erstellt und auch nicht rechtzeitig den Konkurs der A._____ AG, O.1_____ angemeldet. Fraglich sei aber, ob deswegen ein rechtserheblicher Schaden entstanden sei. Dass die Konkursdividende schliesslich 0% betragen habe, sei nachgewiesen beziehungsweise ergebe sich schon aus der Tatsache, dass den im Kollokationsplan enthaltenen Forderungen keine Aktiven mehr gegenüber gestanden seien. Nicht nachgewiesen sei aber, wie hoch eine Konkursdividende im Zeitpunkt des hypothetischen Konkurses gewesen wäre. Die E._____ AG habe die Zwischenbilanz per 30. Juni 2002 ausschliesslich zu Fortführungswerten erstellt. Statt den Fortführungsschaden anhand den Verlustvorträgen gemäss den (Zwischen-)Bilanzen in den massgebenden Zeitpunkten zu ermitteln, hätte die Berufungsklägerin eine Bewertung auch zu Liquidationswerten im Zeitpunkt des hypothetischen Konkurses verlangen müssen, was sie unterlassen habe. Damit sei die Konkursdividende in diesem Zeitpunkt nicht rechtsgenügend behauptet und nachgewiesen worden. Selbst in Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR genügten die vorhandenen Anhaltspunkte nicht, um einen Fortführungsschaden zu ermitteln. Schon die Bewertung eines Teils der Aktivpositionen (transitorische Aktiven, Warenvorräte, Anlagevermögen) bereite mangels weiterer Angaben Schwierigkeiten. Überdies sei von gewiss, aber nicht näher bekannten privilegierten Forderungen der 1. und 2. Klasse auszugehen. Möglicherweise hätte Z._____ sogar für die von ihm persönlich in die Gesellschaft eingelegten Mittel im hypothetischen Konkursverfahren noch eine Forderung stellen können. Angesichts dessen, dass die Forderung der D._____ AG im Zeitpunkt des hypothetischen Konkurses noch deutlich höher als beim tatsächlichen Konkurs gewesen sei, sei so gesehen die Konkursverschleppung für die D._____ AG sogar vorteilhaft gewesen. Indem Letztere ihre eigene Androhung, der A._____ AG, O.1_____ nur noch gegen Barzahlung zu liefern, nicht wahr gemacht habe, sei ihr schliesslich auch keine unfreiwillige Vermögensverminderung widerfahren (angefochtenes Urteil S. 31 ff.). b) Dagegen führt die Berufungsklägerin an, sie habe bereits in ihrer Klage auf die Überschuldung der A._____ AG, O.1_____ auch zu Liquidationswerten hingewiesen (Prozesseingabe S. 23) und an der Hauptverhandlung anhand der Jahresrechnungen und des angeordneten Gutachtens ausführlich den Verlustzuwachs der Gesellschaft zu Fortführungswerten per 31. Dezember 2001 und per 30. Juni 2002 bis zur letzten Jahresrechnung per 4. Dezember 2003 aufgezeigt, wodurch sie die Vergrösserung der Überschuldung aus der Konkursverschleppung substantiiert dargelegt habe. Mangels Lagerinventaren für die Monate Januar bis Juni 2002 hätten die Sachverständigen den Liquidationswert der Gesellschaft (zur Zeit

Seite 13 — 33 des hypothetischen Konkurses) ohnehin nicht bestimmen können, selbst wenn sie danach gefragt worden wären. Auch in den von der Vorinstanz als Beweismittel bestimmten Akten lasse sich nichts in Bezug auf die verwertbaren Aktiven der Ge-

sellschaft entnehmen, weshalb die in der vorinstanzlichen Beweisverfügung enthaltene Aufforderung nach der Bezeichnung der Fundstellen gemäss dem Grundsatz „negativa nun sunt probanda“ ins Leere zielt. Die Berufungsbeklagten hätten pflichtwidrig Monatsabschlüsse und Lagerbestandserhebungen mit Bewertungen zu Fortführungs- und Liquidationswerten unterlassen. Dadurch hätten sie den grundsätzlich der Berufungsklägerin obliegenden Beweis des Liquidationswerts der Gesellschaft vereitelt, was zu einer Umkehr der Beweislast führe. Mangels Beweislastumkehr sei der Schaden im Sinne von Art. 42 Abs. 2 OR zu schätzen. Eventualiter hätte die Klage allermindestens im Umfang von Fr. 64'000.-- gutgeheissen werden müssen. Sogar wenn alle anderen bilanzierten Verbindlichkeiten der Gesellschaft mit den Aktiven (zu Fortführungswerten) vorweg bezahlt worden wären, ergäbe sich nämlich für die Forderung der D._____ AG über Fr. 148'000.-- eine Deckungsquote von 43.24%, entsprechend Fr. 64'000.--. Derweil habe die Konkursdividende im effektiven Konkurs für die Drittklassgläubiger 0% betragen (Berufung S. 6 ff.). c) Dass die berufungsbeklagten X._____ und Y._____ trotz begründeter Besorgnis einer Überschuldung weder eine Zwischenbilanz erstellt noch den Richter benachrichtigt haben und dadurch gegen Art. 725 Abs. 2 OR verstossen haben, wurde von der Vorinstanz festgehalten (angefochtenes Urteil S. 31) und ist im Berufungsverfahren von keiner Partei beanstandet worden. Entsprechend konzentriert sich die Auseinandersetzung im Wesentlichen auf den durch diese Konkursverschleppung verursachten Schaden. Gemäss Art. 754 Abs. 1 OR sind die Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen sowohl der Gesellschaft als auch den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen. c/aa) Nach den Grundsätzen des Haftpflichtrechtes ist nur derjenige geschädigt, dem ein direkter Schaden in seinem Vermögen zugefügt worden ist. Der Dritte, der nur aufgrund einer besonderen Beziehung zum Direktgeschädigten einen Reflexschaden - bzw. mittelbaren Schaden - erleidet, besitzt grundsätzlich keinen Anspruch gegen den Schadensverursacher. Wie im Haftpflichtrecht treten auch im Bereich der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit Fälle der bloss mittelbaren Schädigung der Betroffenen auf. Denkbar ist beispielsweise der Fall, dass ein Gläubi-

Seite 14 — 33 ger im Gesellschaftskonkurs feststellen muss, dass seine Konkursdividende dadurch vermindert wurde, dass ein Organ der Gesellschaft einen Schaden verursacht hat. Möglich ist auch, dass ein Aktionär aufgrund eines Wertverlustes seiner Aktien einen Schaden erleidet, welcher mittelbar daraus resultiert, dass der Gesellschaft durch Pflichtverletzungen seitens der Organe ein Schaden verursacht wurde. In diesen Situationen ist entsprechend den haftpflichtrechtlichen Grundsätzen in erster Linie die Gesellschaft als direkt Geschädigte aktivlegitimiert, Schadenersatz gegenüber den verantwortlichen Organmitgliedern zu verlangen. Für die mittelbar geschädigten Aktionäre und Gläubiger gibt es keine Möglichkeiten, ihren eigenen Reflexschaden mittels Individualklage geltend zu machen. Ausserhalb des Konkurses steht dem Aktionär - nicht aber dem Gesellschaftsgläubiger - immerhin die Möglichkeit offen, mittels Gesellschaftsklage Schadenersatz für die Gesellschaft einzuklagen (Art. 756 Abs. 1 OR). Nach der Konkurseröffnung ist in erster Linie der Konkursverwalter berechtigt, die Verantwortlichkeitsansprüche der konkursiten Gesellschaft gegenüber den verantwortlichen Organmitgliedern geltend zu machen. Die Aktionäre und Gesellschaftsgläubiger können den Schaden der Gesellschaft gegenüber den verantwortlichen Organen nur einklagen,

wenn der Konkursverwalter auf die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen verzichtet (Art. 757 OR). Die Klageberechtigung des Konkursverwalters hat Vorrang (zum Ganzen BGE 131 III 306 E. 3.1.1 mit Hinweisen). c/bb) Wenn der durch die Organe verursachte Schaden nicht im Vermögen der Gesellschaft, sondern unmittelbar im Vermögen der Aktionäre oder Gesellschaftsgläubiger eingetreten ist, können diese direkt gegenüber den verantwortlichen Organen die Leistung von Schadenersatz einklagen. Diese Klagemöglichkeit ist keiner Beschränkung unterworfen, solange kein Konkurs über die Gesellschaft eröffnet ist. Das Gleiche gilt grundsätzlich auch nach der Eröffnung des Konkurses, wenn ausschliesslich Aktionäre bzw. Gesellschaftsgläubiger geschädigt worden sind. Wenn hingegen nebst den Aktionären und Gesellschaftsgläubigern auch die konkursite Gesellschaft direkt geschädigt ist, kann die Individualklage der Aktionäre und Gläubiger in Konkurrenz zu den Ansprüchen der Gesellschaft treten. Nur für diesen Fall hat die Rechtsprechung die Klagebefugnis der Aktionäre und Gläubiger zur Verhinderung eines Wettlaufs zwischen der Konkursverwaltung und den direkt klagenden Gläubigern bzw. Aktionären zur Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen eingeschränkt. Danach können die Aktionäre bzw. Gläubiger ihren direkten Schaden nur ausnahmsweise geltend machen, wenn das Verhalten eines Gesellschaftsorgans gegen aktienrechtliche Bestimmungen verstösst, die ausschliesslich dem Gläubiger- bzw. Aktionärsschutz dienen oder die Scha-

Seite 15 — 33 denersatzpflicht auf einem anderen widerrechtlichen Verhalten des Organs im Sinn von Art. 41 OR oder einem Tatbestand der culpa in contrahendo gründet (zum Ganzen BGE 131 III 306 E. 3.1.2; 128 III 180 E. 2.c; 127 III 374 E. 3.b; 125 III 86 E. 3.a; 122 III 176 E. 7). d) Bei der Konkursverschleppung geht es um die Vermögensminderung, die durch ein Weiterwirtschaften trotz eingetretener Überschuldung in Verletzung von Art. 725 Abs. 2 OR zustande kommt (sog. Fortführungsschaden). Fälle von Konkursverschleppung zeigen auch den Unterschied zwischen indirektem und direktem Schaden: Die Verzögerung der Überschuldungsanzeige schädigt die Altgläubiger indirekt, weil ihr Haftungssubstrat, das Vermögen der Gesellschaft, fortschreitend weiter vermindert wird. Sie schädigt die Neugläubiger grundsätzlich direkt, weil diese Leistungen erbringen und dabei einer juristischen Person neuen Kredit gewähren, die als Marktgegenseite gar nicht mehr hätte auftreten und Schaden stiften können, wäre ihre Überschuldung nur rechtzeitig dem Richter offengelegt worden (differenzierend Gericke/Waller in: Honsell/Vogt/Watter [Hrsg.], Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Aufl., Basel 2012, Art. 754 N 22 sowie Trigo Trindade, La responsabilité des organes de gestion de la société anonyme dans la jurisprudence récente du tribunal fédéral, SJ 1998 S. 5 f., wonach es zu unterscheiden gilt zwischen dem Schaden, den der Gläubiger erfährt, weil er den Vertrag abgeschlossen hat, ohne Kenntnis von der Überschuldung der Gesellschaft gehabt zu haben [unmittelbarer Schaden], und der Erhöhung des Schadens dadurch, dass die Benachrichtigung des Richters weiter unterbleibt [mittelbarer Schaden]). Die Schadensberechnung ist für den indirekten Schaden (relevante Vermögenseinbusse bei der Gesellschaft) und für den direkten Schaden (zum Beispiel Kreditausfall beim vertrauensseligen Neugläubiger) durchaus verschieden (vgl. zum Ganzen Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 18 N 369b; vgl. ferner Forstmoser, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl., Zürich 1987, N 197). e) Als indirekter Schaden besteht der Fortführungsschaden im Anwachsen der Überschuldung zu Liquidationswerten zwischen dem Zeitpunkt, zu dem der Konkurs nach Art. 725 Abs. 2 OR hätte eröffnet werden müssen (hypothetischer Konkurs) und dem Zeitpunkt der

Konkurseröffnung (tatsächlicher Konkurs). Der Fortführungsschaden kann in einem solchen Fall belegt werden, dass man die effektive Konkursdividende mit der hypothetischen vergleicht, die bei rechtzeitiger Benachrichtigung des Richters herausgekommen wäre (Böckli, a.a.O., § 18 N 369a). In den meisten Fällen sind die Gerichte darauf angewiesen, über die Liquidations-

Seite 16 — 33 werte sowohl des hypothetischen wie auch des tatsächlichen Konkurszeitpunkts eine Expertise erstellen zu lassen (Lutherbacher, Die Schadenminderungspflicht - Unter besonderer Berücksichtigung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, SS- HW 2005 S. 112). Die Beweislast liegt sowohl für die tatsächlich eingetretene Schädigung wie betragsmässig für den für die Schadenersatzklage relevanten Schaden beim Kläger; an ihm liegt es, den Anspruch zu substantiieren und zu beweisen. Relevant ist dabei nur der vom einzelnen Beklagten persönlich verursachte Teil des Schadens (Böckli, a.a.O., § 18 N 371). Ist der Schaden oder dessen Höhe nicht beweisbar oder ist die Berechnung unzumutbar, kann - und soll - der Richter gemäss Art. 42 Abs. 2 OR auf eine Schätzung abstellen. Gerade im Verantwortlichkeitsprozess kann der Kläger bei der zahlenmässigen Bemessung des relevanten Schadens auf grosse Schwierigkeiten stossen, weil der Schaden stets einen Vergleich eines effektiven mit einem bloss gedachten hypothetischen Vermögensstand beinhaltet und zudem der Kläger ein Aussenstehender ist. Freilich befreit dies den Kläger nicht von der Darlegungslast und der Obliegenheit, im Rahmen des Zumutbaren relevante Behauptungen vorzubringen und Beweisträger zu stellen. Der Kläger muss alles Zumutbare tun, um die Schätzung zu erleichtern beziehungsweise rational nachvollziehbar zu machen. Vor allem hat er alle Umstände, die für den Eintritt des Schadens sprechen und dessen Abschätzung erlauben oder erleichtern, soweit möglich und zumutbar zu behaupten und zu beweisen (Böckli, a.a.O., § 18 N 373). Nehmen die Organmitglieder zu beweiserzeitelnden Massnahmen Zuflucht, kehrt sich die Beweislast in Anwendung von Art. 2 Abs. 2 ZGB grundsätzlich um. Dies soll schon dann eintreten, wenn die Beklagten die Beweise beherrschen und sie es an einer angemessenen Mitwirkung bei der Beweiserhebung fehlen lassen. Ein derartiger Schluss ist aber nur gerechtfertigt, wenn zusätzlich der Kläger alles Zumutbare zur Substantiierung und Beibringung der Beweise getan hat (Böckli, a.a.O., § 18 N 373a). 9.a) Soweit sich die Berufungsklägerin auf den Standpunkt stellt, die D._____ AG habe einen Ausfall für Forderungen erlitten, welche bereits vor dem Zeitpunkt des hypothetischen Konkurses entstanden seien (das heisst für Getränkelieferungen vor dem hypothetischen Konkurs), macht sie nach dem Gesagten einen mittelbaren Schaden (Fortführungsschaden) geltend. Die berufungsklägerische Abtretungsgläubigerin tritt dabei als Prozessstandschafterin, das heisst als Partei in eigenem Namen auf. Sie nimmt die verfahrensrechtliche Stellung der Konkursmasse ein; die Masse ist nicht Partei, bleibt aber Rechtsträgerin der (behaupteten) Ansprüche (Berti in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar SchKG II, 2. Aufl., Basel 2010, Art. 260 N 56). Bei dieser Rechtslage fragt es sich, ob mit

Seite 17 — 33 der Löschung der A._____ AG, O.1_____ aus dem Handelsregister die Aktivlegitimation der Berufungsklägerin verloren gegangen ist. Dabei ist allerdings zu beachten, dass einer Löschung der Gesellschaft im Handelsregister lediglich deklaratorische Wirkung zukommt und vor beendigter Liquidation nicht zum Verlust von deren Rechtspersönlichkeit führt (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 56 N 152). In der Lehre wird die Auffassung vertreten, eine Verantwortlichkeitsklage gegen ehemalige Organe könne zumindest dann ohne

Wiedereintragung der Gesellschaft geltend gemacht werden, wenn ein direkter Gläubigerschaden eingeklagt wird (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, a.a.O., § 56 Fn. 70). Wie es sich damit verhält und ob im vorliegenden Fall, in welchem die Beschwerdeführerinnen ihren (behaupteten) mittelbaren Schaden als einheitlichen Anspruch der Gläubigersamtheit geltend machen, eine die Lösung überdauernde Aktivlegitimation der Beschwerdeführerinnen besteht, kann allerdings mit Blick auf den Verfahrensausgang offen bleiben (vgl. zum Ganzen auch das Urteil des Bundesgerichts 4A_231/2011 vom 20. September 2011 E. 2). b) Vor der Vorinstanz hat die Berufungsklägerin für die Bestimmung des Fortführungsschadens wohl in ihren theoretischen Ausführungen die Verminderung der Nettoaktiven als massgebend bezeichnet. In ihrer fallbezogenen Schadensberechnung hat sie indessen kein Wort über die Liquidationswerte der A._____ AG, O.1_____ im Zeitpunkt deren hypothetischen Konkurses verloren, sondern sich einzig auf die sich aus den Jahresrechnungen der A._____ AG, O.1_____ und dem eingeholten Gutachten ergebenden Fortführungswerte, welchen für die Bestimmung des Fortführungsschadens keine Bedeutung zukommt (BGE 136 III 326 E. 3.2.1), gestützt. Die Liquidationswerte der A._____ AG, O.1_____ im Zeitpunkt deren hypothetischen Konkurses sind mit anderen Worten weder bewiesen noch (substantiiert) behauptet worden, womit grundsätzlich die Regeln über die Hauptungs- und Beweislast zum Tragen kommen. c) Fraglich ist, ob gegenständlich eine Beweiserleichterung oder gar eine Beweislastumkehr zu Gunsten der Berufungsklägerin eingreift. Voraussetzung hierfür wäre, dass sie alles Zumutbare zur Substantiierung und Darlegung der Beweise getan hätte. Die Berufungsklägerin beantragte in ihrer Ergänzung/Berichtigung zur Prozesseingabe (S. 5) die Ernennung eines Sachverständigen zur Frage, ob und gegebenenfalls wie hoch die A._____ AG, O.1_____ per 30. Juni 2002 überschuldet gewesen sei beziehungsweise ab welchem Zeitpunkt die A._____ AG, O.1_____ überschuldet gewesen sei. Über dieses Beweisthema liess die Vorinstanz bei der E._____ AG ein Gutachten erstellen, worin per Ende 2001 ein Kapi-

Seite 18 — 33 talverlust gemäss Art. 725 Abs. 1 OR und (spätestens) per 30. Juni 2002 eine Überschuldung nach Art. 725 Abs. 2 OR zu Fortführungswerten festgestellt wurde. Der genaue Zeitpunkt des Eintritts einer Überschuldungssituation konnte nach der Darstellung der Sachverständigen mangels Monatsabschlüssen mit Lagerinventuren für die Monate Januar bis Juni 2002 nicht ermittelt werden (Gutachten S. 17). Während im theoretischen Teil des Gutachtens noch auf das Erfordernis der Erstellung einer Zwischenbilanz zu Veräusserungswerten verwiesen wurde, verzichteten die Sachverständigen im Rahmen ihrer fallbezogenen Beurteilung gänzlich auf die Bestimmung der Liquidationswerte. Offen bleiben kann, ob die Bestimmung der Liquidationswerte im Zeitpunkt des hypothetischen Konkurses vom Gutachterauftrag erfasst gewesen wäre und ob die E._____ AG ihren Auftrag nicht richtig erfüllte, indem sie hiervon absah. Immerhin sei festgehalten, dass Art. 725 Abs. 2 OR für die Beurteilung einer Überschuldung zwingend eine Zwischenbilanz zu Liquidationswerten vorschreibt. Mangels schlummernden Werten der A._____ AG, O.1_____ (etwa unterbewertete Liegenschaften, vgl. dazu Böckli, a.a.O., § 13 N 771) war zwar ohnehin von einer Überschuldungssituation per 30. Juni 2002 auszugehen, für die Beurteilung der Höhe der Überschuldung zu Liquidationswerten (und damit für die Beurteilung des Fortführungsschadens und dessen Höhe) war deren Bestimmung indessen unerlässlich. d) Die Berufungsklägerin beantragte nicht ausdrücklich die Einholung eines Gutachtens zur Überschuldung der A._____ AG, O.1_____ zu Liquidationswerten und nach Ablieferung des Gutachtens beanstandete sie in ihrer Stellungnahme zum Gutachten den

Verzicht auf die Bestimmung der Liquidationswerte mit keinem Wort, sondern beschränkte sich mitunter auf die Rüge des für die Erstellung des Gutachtens in Rechnung gestellten Betrags. Erstmals im Berufungsverfahren bringt sie vor, die Liquidationswerte der A. _____ AG, O.1 _____ und insbesondere der Liquidationswert der Vorräte hätten mangels Monatsabschlüssen mit Lagerinventaren für die Monate Januar bis Juni 2002 ohnehin nicht bestimmt werden können. Die von der Berufungsklägerin zur Untermauerung ihrer Beweisschwierigkeiten vorgetragene Behauptung, die Berufungsbeklagten hätten – entgegen ihren Pflichten – die Erstellung von Lagerbestandserhebungen für die Monate Januar bis Juni 2002 unterlassen (Berufung S. 8), beschlägt tatsächliche Umstände. Fraglich ist, ob dieser Behauptung bereits das Novenverbot entgegen steht. Das Fehlen von Monatsabschlüssen mit entsprechenden Lagerinventaren ergibt sich zwar aus dem eingeholten Gutachten (S. 17), indessen wurde es in den vorinstanzlichen Rechtsschriften nicht behauptet. Erkenntnisse von Sachverständigen, welche – wie hier das Fehlen bestimmter Unterlagen – nicht in direktem Zusam-

Seite 19 — 33 menhang zum eigentlichen Gutachterauftrag (hier: Bestimmung von Zeitpunkt des Eintritts und von Ausmass der Überschuldung) stehen, bedürfen der rechtzeitigen Einführung in den Prozess durch Nennung in den erstinstanzlichen Rechtsschriften (vgl. Gyan, Verhandlungsmaxime und Officialmaxime im Bündnerischen Zivilprozess, 1966, S. 43 f.). In der Prozesseingabe vom 1. September 2006 brachte die Berufungsklägerin indes lediglich pauschal vor, es habe kein funktionierendes Rechnungswesen, keine genügende Buchhaltung und keine Finanzkontrolle gegeben und es habe auch nicht vierteljährlich eine Übersicht über die Vermögens- und Ertragslage vorgelegen (Prozesseingabe S. 43 f.). Diese Äusserungen erfolgten einzig zur Begründung konkreter Pflichtverletzungen der Berufungsbeklagten und entbehrten jeglichen Zusammenhangs mit allfälligen Beweisschwierigkeiten der Berufungsklägerin - die Berufungsklägerin berechnete die zunehmende Überschuldung ja einfach zu Fortführungswerten. Demzufolge erscheint die Behauptung, das Fehlen von monatlichen Lagerinventaren stehe einem (strikten) Beweis entgegen, als neu. Spätestens mit Ablieferung des Gutachtens wusste die Berufungsklägerin vom Fehlen monatlicher Lagerinventare. Nichtsdestotrotz hat sie sich weder in ihrer Stellungnahme zum eingeholten Gutachten vom 2. September 2010 noch anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung hierauf berufen. In ihrem Plädoyer hat sie vielmehr wiederum den Fortführungsschaden einzig auf Grundlage der Fortführungswerte berechnet. Diese neue Behauptung erfolgte deshalb im Berufungsverfahren nicht unverzüglich (vgl. Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO). Aus dem Ausgeführten geht hervor, dass sich die Berufungsklägerin verspätet auf fehlende monatliche Lagerinventare zur Begründung ihrer angeblichen Beweisprobleme beruft. Doch selbst wenn dem nicht so wäre, könnte sich die Berufungsklägerin, wie sogleich dargelegt werden wird, nicht von Beweiserleichterungen profitieren. e) Die Sachverständigen legten dar, für die Beurteilung des genauen Eintritts der Überschuldung wären Monatsabschlüsse mit Lagerinventaren für die Monate Januar bis Juni 2002 erforderlich gewesen (Gutachten S. 17). Da sich die Gutachter durchwegs und ausschliesslich auf Fortführungswerte gestützt haben, geht aus dem Gutachten selbst jedoch nicht hervor, welchen Einfluss diese fehlenden Erhebungen auf die Bestimmung der Liquidationswerte gehabt hätten. Dass sie deren gutachterlichen Beurteilung geradezu entgegen gestanden wären und auch eine Schätzung der Liquidationswerte anhand der allgemeinen Preisentwicklung in der Region (vgl. Luterbacher, a.a.O., S. 112) verunmöglicht hätten, hat die Berufungsklägerin nicht überzeugend dargetan. Auch wenn

die einzelnen Bilanzpositionen per Mitte 2002 (zu Fortführungswerten) nach der Auffassung der Gutachter

Seite 20 — 33 „nicht mit abschliessender Sicherheit“ bestimmt werden konnten (Gutachten S. 16), erscheint das im Anhang 4 des Gutachtens (S. 24) beschriebene Vorgehen bei der Ermittlung der Warenvorräte dennoch nachvollziehbar. Danach wurden mittels einer auf Vergangenheitswerten (Jahre 2000 und 2001) beruhenden Margenanalyse die Einstandspreise der verkauften Ware ermittelt. Aufgrund dieser Grösse und der Wareneinkäufe im ersten Halbjahr 2002 ermittelten die Sachverständigen den Bestand per Mitte 2002 sowie den Einstandswert der verkauften Ware. Der Warenbestand per Mitte 2002 wurde dabei aus der Summe des Anfangsbestands und der Wareneinkäufe bis Mitte 2002 unter Abzug der Warenverkäufe bis Mitte 2002 zu Einstandspreisen errechnet. Da sowohl der Anfangsbestand der Waren als auch die Wareneinkäufe und Warenverkäufe bis Mitte 2002 offenbar dokumentiert waren - andernfalls hätten sich die Gutachter nicht auf diesbezüglich gesicherte Kenntnisse stützen können -, erhellt nicht, weshalb per Mitte 2002 keine Liquidationswertschätzung der Vorräte möglich gewesen sein sollte. Der Berufungsklägerin wäre damit zumutbar und möglich gewesen, mit einem entsprechenden Beweisantrag auf die Einholung eines Gutachtens zur Feststellung oder Schätzung der Liquidationswerte der A. _____ AG, O.1 _____ im Zeitpunkt des hypothetischen Konkurses beziehungsweise per Mitte 2002 hinzuwirken. Einen solchen Antrag stellte die Berufungsklägerin in ihren Rechtsschriften vor der Vorinstanz indessen nicht ausdrücklich und im weiteren Verfahren vor der Vorinstanz beschäftigte sie sich nicht mehr mit den Liquidationswerten der A. _____ AG, O.1 _____. Somit steht fest, dass die Berufungsklägerin nicht alles ihr Mögliche und Zumutbare zum Beweis und zur Substantiierung der Liquidationswerte der A. _____ AG, O.1 _____ und damit auch des Gesellschaftsschadens getan hat. Sie kann deshalb nicht von einer Beweiserleichterung profitieren. Trotzdem wird im Folgenden im Sinne von Eventualbegründungen noch kurz auf die beiden im Raum stehenden Beweiserleichterungen eingegangen. f) Eine Beweislastumkehr aufgrund Beweisvereitelung durch die Berufungsbeklagten fällt ausser Betracht. Zunächst kann nach dem Ausgeführten keineswegs davon ausgegangen werden, das Fehlen von monatlichen Abschlüssen mit Lagerinventaren verunmögliche den Beweis des Lagerliquidationswerts und die Berufungsklägerin habe alles ihr Mögliche und Zumutbare zur Erbringung der Liquidationswerte der A. _____ AG, O.1 _____ getan. Die Erkennung beweisvereitelnder Massnahmen im vorliegenden Fall würde darauf hinauslaufen, praktisch in jedem Fall von Konkursverschleppung eine Beweislastumkehr vorzunehmen, ist doch für jenen Tatbestand gerade typisch (und notwendig), dass die verantwortlichen Personen die Erstellung einer Zwischenbilanz zu Fortführungs- und Liquidations-

Seite 21 — 33 tionen (und – damit zusammenhängend – die Benachrichtigung des Richters) unterlassen haben. Eine (weitergehende) Verletzung von Buchführungsregeln ist gegenständlich entgegen der Berufungsklägerin, welche bereits in ihrer Prozesseingabe (S. 44) unter Verwendung eines unzutreffenden Zitats auf eine angebliche Pflicht zur vierteljährlichen Erstellung einer Vermögens- und Ertragslage hinwies, nicht ersichtlich. Daran ändert nichts, dass die Gutachter ausführten, aufgrund der per Ende 2001 angespannten finanziellen Situation wäre das Erstellen von Monatsabschlüssen angebracht gewesen (Gutachten S. 17) und auch die Berufungsbeklagten eine Verletzung von Buchhaltungspflichten halbherzig anzu-erkennen scheinen (Berufungsantwort S. 8).

Jedenfalls könnte eine solche Pflichtverletzung alleine nicht als beweisvereitelnde Massnahme angesehen werden, denn im Gegensatz zum von der Berufungsklägerin angerufenen Urteil des Kantonsgerichts Zug vom 22. Februar 1996 (publiziert in SJZ 94 [1998] S. 366 ff.) haben die Berufungsbeklagten gegenständlich nicht etwa die (gesamte) gesetzlich vorgeschriebene Buchhaltung nicht aufbewahrt, was deren Berufung auf die Beweislosigkeit der Prozessgegnerin geradezu rechtsmissbräuchlich erscheinen lassen würde. g) Neben einer Beweislastumkehr ist zwischen den Parteien auch noch die Frage nach einer Schadensschätzung nach richterlichem Ermessen (Art. 42 Abs. 2 OR) umstritten. Die Berufungsklägerin bringt dabei unter Berufung auf die höchstgerichtliche Rechtsprechung vor, eine solche Schadensschätzung habe von Amtes wegen zu erfolgen. Detaillierte Angaben zu den Liquidationswerten seien entbehrlich. Die Vorinstanz habe in Verletzung von BGE 136 III 322 und von Art. 8 ZGB zu hohe Anforderungen an das Beweismass gestellt (Berufung S. 8 f.). Dem ist nicht zu folgen. Entgegen dem, wovon die Berufungsklägerin auszugehen scheint, ist Art. 42 Abs. 2 OR nur dann von Amtes wegen anzuwenden, wenn die Voraussetzungen dieser Bestimmung erfüllt sind. Auch der zitierte Bundesgerichtsentscheid schreibt diesbezüglich keine gerichtliche Sachverhaltsfeststellung im Sinne einer Untersuchungsmaxime vor, sondern lediglich die Rechtsanwendung von Amtes wegen (BGE 136 III 322 E. 3.4.5). Im ganzen vorinstanzlichen Verfahren berechnete die Berufungsklägerin die behauptete Zunahme der Überschuldung der A. _____ AG, O.1 _____ ausschliesslich auf Grundlage der sich aus den Jahresabschlüssen und dem eingeholten Gutachten ergebenden Fortführungswerte, indem sie vornehmlich die ausgewiesenen Verlustvorträge einander gegenüberstellte. Im Gegensatz zu BGE 136 III 322 wurde damit der Fortführungsschaden aber nicht substantiiert behauptet, denn die Berufungsklägerin ging nicht einmal selbst davon aus, sie stütze sich bei ihrer Argumentation auf den

Seite 22 — 33 Liquidationswerten entsprechende Beträge. Dies belegt sie sogar selbst, indem sie auf S. 9 ff. ihrer Berufung „der Sicherheit halber“ auf die ihrer Ansicht nach zu schätzenden und von den vor Vorinstanz noch als massgebend erachteten Fortführungswerten durchwegs verschiedenen Liquidationswerte eingeht. Dabei setzte sie insbesondere für die Vorräte einen Höchstbetrag von 40% der eingebuchten Einstandspreise ein und errechnete letztlich einen für den hypothetischen Konkurs massgeblichen Liquidationswert von Fr. 168'000.--. Die privilegierten Forderungen legte sie auf Fr. 29'000.-- fest und kam unter Mitberücksichtigung von Masseverbindlichkeiten über Fr. 5'000.-- zur Einschätzung, für die Drittklassgläubiger wären Fr. 134'000.-- zur Verfügung gestanden. Mit diesen Ausführungen verstösst die Berufungsklägerin – wie die Berufungsbeklagten zu Recht vorbringen (Berufungsantwort S. 9 oben) – nicht nur durchwegs gegen das Novenverbot, sondern anerkennt gleich selbst, dass sie die Liquidationswerte im erstinstanzlichen Verfahren noch gar nicht behauptet hat, was einer Beweisabnahme vorab entgegen gestanden wäre. Dies führt zum Schluss, dass die Berufungsklägerin vor Vorinstanz gar keinen Fortführungsschaden geltend gemacht und auch keine Umstände dargelegt hat, welche eine Schätzung des Schadens erlauben würden. Somit steht fest, dass es die Berufungsklägerin vor der Vorinstanz nicht nur versäumt hat, taugliche Beweisanträge zu stellen. Vielmehr wären sowohl eine Beweisabnahme als auch die zur Bestimmung des Fortsetzungsschadens erforderliche Schätzung der Liquidationswerte per Mitte 2002 bereits daran gescheitert, dass die Liquidationswerte der A. _____ AG, O.1 _____ per Mitte 2002 (und damit der Fortsetzungsschaden) nicht hinreichend behauptet (substantiiert) wurden. h) Nichts anderes

ist der Eventualbegründung der Berufungsklägerin (Berufung S. 11) entgegenzuhalten, womit sie gestützt auf das zu Fortführungswerten erstellte Gutachten eine auf ihre Forderung entfallende minimale Deckungsquote von 43.24% errechnen will. Zwar kann wie bereits gesagt der Fortführungsschaden durch Vergleich zwischen der effektiven und der hypothetischen Konkursdividende belegt werden. Die hypothetische Konkursdividende bestimmt sich aber auch hier wiederum nach Liquidationswerten. Den Fortführungswerten kommt keine Bedeutung zu, sodass allein gestützt auf diese kein Schaden dargetan werden kann. 10.a) Soweit die D. _____ AG im Konkurs der A. _____ AG, O.1 _____ für Forderungen aus Getränkeliieferungen nicht gedeckt wurde, welche erst nach dem Zeitpunkt des hypothetischen Konkurses erfolgt waren, ist sie als Neugläubigerin zu betrachten. Als solche erlitt sie jedenfalls dadurch (und in dem Moment) einen di-

Seite 23 — 33 rekten Schaden, dass (und in dem) sie der überschuldeten A. _____ AG, O.1 _____ auf Kredit Getränke lieferte (vgl. Trigo Trindade, S. 6, welche zutreffend auf das Prinzip der Gleichbehandlung der Gläubiger hinweist). b) Die Vorinstanz hat (allerdings im Zusammenhang mit der vor Kantonsgericht nicht mehr umstrittenen angeblichen Irreführung beim Abschluss der Abzahlungsvereinbarung) festgehalten, die D. _____ AG habe die schwierigen finanziellen Verhältnisse der A. _____ AG, O.1 _____ seit längerer Zeit bestens gekannt, wobei das Bezirksgericht Hinterrhein insbesondere auf Vorinstanz act. III./10-12 verwies. Die Androhung, mangels baldiger Begleichung der Ausstände nur noch gegen Barzahlung zu liefern, habe die D. _____ AG nicht umgesetzt (angefochtenes Urteil S. 28). Irrtümlicherweise unter dem Gesichtspunkt des Fortführungsschadens (derweil geht es hier um einen direkten Schaden) erwog die Vorinstanz, Schaden setze eine unfreiwillige Vermögensverminderung voraus. Wenn also die D. _____ AG trotz mehrfacher Androhung, inskünftig nur noch gegen Barzahlung zu liefern, weiterhin gegen Rechnung geliefert habe, so habe sie keine unfreiwillige Vermögensverminderung und damit auch keinen Schaden erlitten (angefochtenes Urteil S. 35). Die Berufungsklägerin sieht darin eine Verletzung von Bundesrecht. Eine Belieferung auf Rechnung gehöre auch bei Kunden mit mutmasslichen Zahlungsschwierigkeiten gemeinhin zu den erlaubten normalen unternehmerischen Risiken des Geschäftsverkehrs, womit keine Einwilligung zur Schädigung der die Kaufsache liefernden Person verbunden sei. Die Mahnungen der D. _____ AG, die Abzahlungsvereinbarung mit der Gesellschaft und deren Betreuung zeigten nachdrücklich auf, dass die D. _____ AG auf ihren Forderungen beharrt habe (Berufung S. 11 f.). c) Die Berufungsbeklagten argumentieren in diesem Zusammenhang, am 22. Juli 2002 habe sich die Forderung der D. _____ AG auf Fr. 145'599.30 belaufen. Demgegenüber habe ihre Forderung zum Zeitpunkt der tatsächlichen Konkursöffnung noch Fr. 94'677.80 betragen. Bereits daraus ergebe sich, dass die Konkursverschleppung zu einer Besserstellung der Berufungsklägerin geführt habe. Wäre die Konkursöffnung bereits Mitte 2001 beantragt worden, wäre die D. _____ AG bedeutend schlechter gestanden (Berufungsantwort S. 6). So kann jedenfalls insoweit nicht argumentiert werden, als ein direkter Gläubigerschaden im Raum steht. Denn das Abtragen von (sogar noch vor dem Zeitpunkt des hypothetischen Konkurses entstandenen) Forderungen ändert selbstredend nichts daran, dass die D. _____ AG für nach dem Zeitpunkt des hypothetischen Konkurses

Seite 24 — 33 gewährte Kredite Ausfälle erlitten hat (vgl. dazu auch Suter, Der Schaden bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Diss. Zürich 2010, S. 198). d) Im vorinstanzlichen Verfahren berief sich die Berufungsklägerin noch sinn- gemäss auf einen direkten

Gläubigerschaden, indem sie sämtliche Forderungsausfälle der D._____ AG undifferenziert auf die verspätete Konkursanzeige zurückführte und in diesem Sinne argumentierte, die D._____ AG hätte die A._____ AG, O.1_____ ab dem 11. Februar 2001 nicht mehr beliefern können, wenn die Berufungsbeklagten unverzüglich nach Abschluss des Geschäftsjahrs 2001 den Konkurs angemeldet hätten (Plädoyer RA Rueff S. 6). Vor der II. Zivilkammer stellt die Berufungsklägerin nun aber in Abrede, dass sie einen individuellen Schaden der D._____ AG eingeklagt habe und beschränkt sich ausdrücklich auf den mittelbaren Schaden der Gläubigergemeinschaft (Berufung S. 12), womit sie auf die Geltendmachung eines direkten Gläubigerschadens verzichtet. Ohne dies kann festgehalten werden, dass ein direkter Gläubigerschaden nicht substantiiert behauptet wurde. Hierfür wäre vor allem nötig gewesen, darzulegen, für welche Forderungen aus Getränkeliieferungen die D._____ AG infolge der verspäteten Konkursanzeige einen Ausfall erlitten hat. Angesichts des eingeholten Gutachtens, wonach die A._____ AG, O.1_____ (spätestens) Mitte 2002 in eine Überschuldungssituation geriet (Gutachten S. 17), konnte es dabei von vornherein nur um in der zweiten Jahreshälfte 2002 entstandene Forderungen gehen. Um welche Forderungen genau es sich handeln könnte und in welcher Höhe sich diese belaufen, ergibt sich jedoch weder aus den Rechtsschriften im erstinstanzlichen Verfahren noch aus der Berufung und das Zusammensuchen der entsprechenden Sachumstände aus den Beilagen gehört nicht zu den Aufgaben des Kantonsgerichts. Demzufolge ist die Ersatzpflicht der Berufungsbeklagten für einen direkten Schaden aus Ausfällen von Forderungen für Getränkeliieferungen bereits aufgrund des ausdrücklichen Verzichts der Berufungsklägerin beziehungsweise mangels genügender Schadenssubstantiierung zu verneinen. Im Übrigen ist festzuhalten, dass den Berufungsbeklagten die Einrede „volenti non fit iniuria“ nicht abgeschnitten ist, weil und soweit es um einen direkten Gläubigerschaden geht (anders beim mittelbaren Schaden als einheitlicher Anspruch der Gläubigergesamtheit, vgl. dazu Gericke/Waller, a.a.O., Art. 757 N 14 und 28). Fraglich könnte sein, was es mit der wiederholt ausgesprochenen Androhung der D._____ AG auf sich hatte, nur noch gegen Barzahlung zu liefern. In dieser Hinsicht gibt die Zeugeneinvernahme von G._____, ehemaliger Leiter des Kreditmanagements bei der D._____ AG, Aufschluss. Der genannte Zeuge sagte aus, anlässlich eines Treffens mit Z._____ und F._____ sei eine Vereinbarung abgeschlossen worden und „die Sache“ mehr

Seite 25 — 33 oder minder offengelegt worden. Die D._____ AG habe der A._____ AG, O.1_____ Luft gegeben. Wenn ein Kunde in einen Engpass gerate, versuche man die Geschäftsbeziehung weiter zu unterhalten. Meist würde durch die Abmachungen die Geschäftstätigkeit erhalten und die Gesellschaft könne so wieder Geld machen. Auf die Frage, weshalb die D._____ AG der A._____ AG, O.1_____ in Liquidation weiterhin Getränke geliefert habe, obwohl Letztere die Rechnungen mit grösster Wahrscheinlichkeit nicht mehr habe bezahlen können, gab G._____ an, es könne so sein, dass weitere Lieferungen stattgefunden hätten. Normalerweise drohe man die Barzahlung an, man könne aufgrund bestehender Verträge nicht einfach die Erwerbsexistenz entziehen. Mit der Androhung, nur noch gegen Barzahlung zu liefern, wolle man den Kunden darauf hinweisen, dass er wieder zahlen müsse (Zeugeneinvernahme G._____, Vorinstanz act. VI./5 S. 3 f.). Ungeachtet dessen, dass der Zeuge G._____ im weiteren Verlauf seiner Einvernahme präziserte, am besagten Treffen sei doch nicht alles so dargelegt worden, wie es gewesen sei, geht aus seinen Aussagen doch hinreichend hervor, dass selbst nach Abschluss der Abzahlungsvereinbarung, worin sich die A._____ AG, O.1_____ zur

Barzahlung verpflichtete, die Bereitschaft der D._____ AG zu weiteren Getränkelieferungen auf Rechnung fortbestand. Ebenso ist daraus zu schliessen, dass die D._____ AG um die schlechte finanzielle Lage der A._____ AG, O.1_____ wusste, aber dennoch im Interesse Letzterer und zwecks Aufrechterhaltung deren Geschäftsbetriebs nicht von Kreditlieferungen absah. Unter diesen Umständen ist es nachvollziehbar, wenn die Vorinstanz davon ausging, der von der D._____ AG erlittene (direkte) Schaden habe jene nicht unfreiwillig getroffen und damit eine für einen (direkten) Schaden nötige Vermögenseinbusse verneinte. Fragen liesse sich höchstens, ob es nicht vielmehr an der Kausalität zwischen der Pflichtverletzung und dem eingetretenen direkten Schaden fehlt (vgl. dazu und zu einem einschlägigen Gerichtsurteil aus dem Kanton Neuchâtel Suter S. 196 f.). Da es indessen bereits an einer hinreichenden Substantiierung eines direkten Schadens gebricht, kann diese Frage letztlich offen gelassen werden.

11.a) Zum Geschäftsbereich Spielwaren hat die Vorinstanz festgehalten, dieser sei am 2. Dezember 2002 zu Einstandspreisen von insgesamt Fr. 78'597.-- an C._____ verkauft worden. Dieser Verkauf könne zumindest als vertretbar bezeichnet werden. Weder ein Schaden noch eine Rechtswidrigkeit seien erkennbar. Eine Drittperson hätte dafür kaum mehr bezahlt oder zu Einstandspreisen die Spielwaren selbst eingekauft und zwar genau jene, die sie gewollt hätte. Da C._____ den erwähnten Kaufpreis durch Übernahme von Kreditoren getilgt habe, sei bei der A._____ AG, O.1_____ tatsächlich keine neue Liquidität entstanden. Hätte Seite 26 — 33 C._____ aber den Kaufpreis tatsächlich bezahlt, so wäre die A._____ AG, O.1_____ grundsätzlich frei gewesen, mit diesen liquiden Mitteln beliebige Rechnungen (zum Beispiel jene der Lieferanten von Spielwaren) zu bezahlen, was zum gleichen Ergebnis geführt hätte. Dass die D._____ AG beim von der A._____ AG, O.1_____ beziehungsweise von Z._____ gewählten Vorgehen leer ausgegangen sei, möge für die D._____ AG ärgerlich sein, habe sie aber zumindest teilweise selbst zu verantworten, weil sie trotz mehrfachen Androhungen nicht mehr nur gegen Barzahlung, sondern weiterhin gegen Rechnung geliefert habe. Festzustellen sei auch, dass das besagte Verkaufsgeschäft niemals paulianisch angefochten worden sei (angefochtenes Urteil S. 36 f.).

b) Dagegen wendet die Berufungsklägerin im Wesentlichen ein, die so erfolgte stille Teilliquidation sei zugleich als strafbare Handlung des Berufungsbeklagten zu werten. Die Vorinstanz habe verkannt, dass die Befriedigung der Spielwarenkreditoren durch Forderungsübernahme eine unübliche Zahlungsart im Sinne von Art. 167 StGB sei. Offenkundig habe dies zur Besserstellung dieser Gläubigergruppe geführt, sei doch kein einziger Spielwarenlieferant mit einer Forderung kolloziert. Mit seinem eigenmächtigen Vorgehen habe der Berufungsbeklagte die Gläubigerschutzvorschriften ausgehebelt. Es bedürfe nicht weiterer Worte, dass die Entäusserung von Gesellschaftssubstrat zu Einstandspreisen im Hinblick auf die Gläubigerforderungen in höchstem Masse unredlich gewesen sei. Ferner habe der Berufungsbeklagte die im vorherigen Geschäftsjahr 2001 grösstenteils noch aktivierte Gewinnspanne vernichtet. Bei der als Schaden geltend gemachten vermittelten Gewinnspanne handle es sich um diejenige, die der Berufungsbeklagte selbst einrechnen lassen habe. Eben diese erwiesene und unrechtmässig vernichtete Gewinnspanne im Umfang von Fr. 62'517.85 bilde den Schaden der Gesellschaft, für den der Berufungsbeklagte die Verantwortung trage (Berufung S. 12 f.).

c/aa) Entgegen der Vorinstanz leidet der Kaufvertrag zwischen der A._____ AG, O.1_____ und C._____ vom 2. Dezember 2002 (Vorinstanz act. II./62), womit Ers-tere insbesondere sämtliche Spielwaren an die Zweitgenannte veräusserte, an keinem Schönheitsfehler (angefochtenes Urteil S. 37), und zwar selbst dann nicht, wenn davon auszugehen wäre, Z._____ sei

lediglich - zusammen mit Y._____ - kollektivzeichnungsberechtigt gewesen. Offensichtlich trägt der Kaufvertrag seitens der A._____ AG, O.1_____ nicht nur die Unterschrift von Z._____. Vielmehr hat auch Y._____ den Vertrag unterzeichnet. Im Übrigen wurde eine allfällige Ungültigkeit des Kaufvertrags auch von keiner Seite jemals geltend gemacht.

Seite 27 — 33 c/bb) Von der Vorinstanz festgestellt und unter den Parteien unbestritten ist, dass Z._____ mit dem Verkauf des Spielwarenssegments eine faktische Liquidation der A._____ AG, O.1_____ durchführte, wozu er mangels Ermächtigung durch die Generalversammlung nicht berechtigt war und wodurch er eine Pflichtverletzung begangen hat. Strittig ist, ob dadurch ein Schaden eingetreten ist. Hierzu stellte bereits der Spezialdienst 3 der Kantonspolizei Graubünden fest, der Verkauf eines gesamten Warenlagers zu Werten, welche dem Einstandspreis nahe kämen, könne insgesamt sogar als positiv gewertet werden. Eine Zwangsverwertung durch das Konkursamt hätte mit grosser Wahrscheinlichkeit zu einem deutlich schlechteren Ergebnis geführt (Polizeibericht vom 5. Oktober 2006 S. 7, Vorinstanz act. II./65; ebenso die staatsanwaltschaftliche Einstellungsverfügung vom 9. September 2008 S. 3 f., Vorinstanz act. III./16). Dem hat die Vorinstanz angesichts des für die A._____ AG, O.1_____ verlustreichen Geschäftsjahres 2002 und der damals bereits erfolgten Aufgabe des Getränkehandels zu Recht beigepflichtet. Die Berufungsklägerin legt im Übrigen auch nicht konkret dar, dass das Spielwarenlager als Ganzes zu einem höheren Preis - unter Einschluss der üblichen Handelsmarge - hätte verkauft werden können. Ein in der Differenz zwischen dem Markt- und dem Einstandswert der veräusserten Spielwaren bestehender Gesellschaftsschaden ist somit nicht erwiesen. Daran ändert nichts, dass der Vertragsabschluss so terminiert wurde, dass das offenbar rentable Weihnachtsgeschäft bereits in die Hände der Käuferin fiel. Deren Zeugenaussage lässt sich vielmehr entnehmen, dass gerade die Durchführung des Weihnachtsgeschäfts für sie einen wesentlichen Punkt für den Abschluss des Vertrages (zu den vereinbarten Konditionen) darstellte (Vorinstanz act. II./63 S. 2). Unerheblich ist schliesslich für die Beurteilung des Vorliegens eines Schadens auch, dass die Spielwarenvorräte an die Ex-Ehefrau von Z._____ und (ehemalige) Aktionärin C._____ veräussert wurden. Unter diesen Umständen kann offen bleiben, ob der Berufungsklägerin entgegengehalten werden kann, dass sämtliche Aktionäre zur Veräusserung des Spielwarenssegments (schriftlich) zugestimmt haben (vgl. den Grundsatz „volenti non fit iniuria“ und dazu vorstehend E. 10.d sowie Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, a.a.O., § 36 N 157 ff.). d/aa) Ein anderes Problem besteht darin, dass die Gegenleistung von C._____ für den Erhalt der Spielwarenvorräte grösstenteils in der Übernahme beziehungsweise in der Tilgung der Spielwarenkreditoren bestand und letztlich diese Gläubiger mit ihrer Befriedigung gegenüber den anderen Gläubigern (darunter auch die D._____ AG) bevorzugt behandelt wurden. Ob dabei der strafrechtliche Tatbestand der Gläubigerbevorzugung nach Art. 167 StGB erfüllt wurde und ob die

Seite 28 — 33 Staatsanwaltschaft das entsprechende Verfahren zu Recht eingestellt hat, kann hier offen bleiben. Bemerkenswert sei nur, dass das Kantonsgericht in der Beurteilung des vorliegenden Falles selbstredend nicht an die staatsanwaltschaftliche Einstellungsverfügung gebunden ist. d/bb) Fraglich ist zunächst, ob die Ungleichbehandlung der Gläubiger nicht alleine auf C._____ zurückzuführen ist, welche die bevorzugten Forderungen erfüllt hat. Der Kaufvertrag für das Spielwarenlager allein bewirkte nämlich noch keinen Schuldnerwechsel. Richtig besehen kann aber den Berufungsklägerinnen

aufgrund des Abschlusses des Kaufvertrags durchaus eine Ungleichbehandlung der Gesellschaftsgläubiger vorgehalten werden, wurde doch die Befriedigung der Spielwarenlieferanten darin ausdrücklich als Gegenleistung für die Übertragung der Spielwarenvorräte vereinbart. d/cc) Unzutreffend ist der Hinweis der Vorinstanz auf den berufungsbeklagten Verzicht auf eine paulianische Anfechtungsklage, womit sie den eingeklagten Ansprüchen zumindest sinngemäss entgegentritt. Der Berufungsklägerin stehen ihre Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit und aus der paulianischen Anfechtung als rein betriebsrechtlichem Institut kumulativ zu (vgl. zu deliktischen Ansprüchen Staehelin, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar SchKG II, Basel 2010, Art. 285 N 19). Es stand ihr deshalb frei, aus schliesslich aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit auf Schadenersatz zu klagen. d/dd) Bei einer aufrechtstehenden Gesellschaft dürfen fällige Schulden ohne Weiteres bezahlt werden. Befindet sich hingegen eine Gesellschaft in einer wirtschaftlichen und finanziellen Situation, dass ernsthafte Zweifel bestehen, ob die Fortführung des Unternehmens noch möglich ist, haben die Gläubiger nach Massgabe der gesetzlichen Rangordnung gemäss Art. 219 SchKG Anspruch auf Gleichbehandlung und jede bevorzugte Rangordnung stellt nach einem älteren Urteil des Bundesgerichts eine Pflichtverletzung dar (Urteil des Bundesgerichts 5C.29/2000 vom 19. September 2000 E. 4.b/aa; a.M. mit ausführlicher Begründung und zahlreichen Hinweisen auf die Lehre Gericke/Waller, a.a.O., Vor Art. 754-761 N 7a). Ursprünglich ging das Bundesgericht davon aus, dass diese Verminderung des Verwertungssubstrats die Gläubiger insgesamt schädige, weshalb die Konkursverwaltung befugt sei, durch Verantwortlichkeitsklage das zur Masse gehörende Vermögen im Interesse der Gesamtheit der Gläubiger erhältlich zu machen (vgl. das zitierte Urteil 5C.29/2000 E. 4.c). Später hielt das Bundesgericht jedoch fest, dass die Gesellschaft durch die Befriedigung eines Gläubigers zu Lasten der übrigen

Seite 29 — 33 gen Gläubiger nicht geschädigt werde, sei doch die Transaktion aus Sicht der Gesellschaft buchhalterisch neutral, weshalb die Gläubiger einen unmittelbaren Schaden erlitten hätten, den sie selbst geltend machen könnten (Urteil des Bundesgerichts 4C.200/2002 vom 13. November 2002 E. 3). Dem ist auch vorliegend zu folgen, denn durch die Veräusserung der Spielwarenvorräte wurde der A. _____ AG, O.1 _____ kein Schaden zugefügt. Vielmehr stand unter Berücksichtigung des bisher Ausgeführten der Verminderung der Aktiven (Spielwarenssegment) eine Verminderung der Passiven (Spielwarenkreditoren) in gleicher Höhe gegenüber, weshalb es von vornherein nur um einen direkten Gläubigerschaden gehen kann. d/ee) Letzteres hat die Berufungsklägerin verkannt. In ihren vorinstanzlichen Rechtsschriften hat sie sich in diesem Zusammenhang lediglich auf einen mittelbaren Schaden aufgrund der durch den Berufungsbeklagten angeblich vereitelten Gewinnspanne berufen und ausschliesslich einen solchen substantiiert. Gleiches gilt für ihre Ausführungen in der Berufung. Einzig im anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung gehaltenen Plädoyer, als die Berufungsklägerin nach bündnerischem Zivilprozessrecht bereits mit neuen Sachvorbringen ausgeschlossenen war (Eventualmaxime), hat sie sinngemäss einen unmittelbaren Gläubigerschaden geltend gemacht, indem sie vorbrachte, dass auch die Konkursgläubiger in der dritten Klasse anteilmässigen Anspruch am Konkurserlös erhalten hätten, wenn der Verkaufspreis in die A. _____ AG, O.1 _____ eingeflossen wäre (Plädoyer S. 9). Auch wenn mit dieser Äusserung keine neue Tatsachenbehauptung aufgestellt worden wäre, genügt diese magere Argumentation den an die Substantiierung eines (direkten) Schadens gestellten Anforderungen aber nicht. Insbesondere wurde der auf die Forderung der

Berufungsklägerin entfallende Anteil am Verkaufserlös, welchen Letztere als direkt Geschädigte einzig geltend machen kann, weder beziffert noch machte die Berufungsklägerin hierzu nähere Angaben. Vor diesem Hintergrund fehlt es bezüglich eines direkten Schadens der Berufungsklägerin aus dem Verkauf der Spielwaren an der gehörigen Schadenssubstantiierung, weshalb die Vorinstanz die Klage insoweit zu Recht abgewiesen hat. 12.a) Im Zusammenhang mit den Lohnerhöhungen von Z._____ schloss sich die Vorinstanz der Auffassung der Staatsanwaltschaft Graubünden und der Kantonspolizei Graubünden sowie des Treuhänders F._____ an und hielt fest, der von Z._____ bezogene Lohn sei selbst nach den beanstandeten Erhöhungen durchaus angemessen, ja eher gering, gewesen. Dies treffe sinngemäss für die Sozialversicherungsbeiträge zu. Entsprechend müsse mangels eines Schadens nicht

Seite 30 — 33 näher geprüft werden, ob sich Z._____ selbst eine Lohnerhöhung hätte gewähren dürfen (angefochtenes Urteil S. 38 f.). b) Die Berufungsbeklagte ist der Meinung, alleinige Richtschnur sei das rechtlich Zulässige und nicht das möglicherweise noch Angemessene. Unbestrittenermassen habe sich der Berufungsbeklagte im Alleingang Lohnerhöhungen im nachgewiesenen Umfang gewährt, welche von keinem gleich- oder übergeordneten Gesellschaftsorgan genehmigt worden seien. Die Vorinstanz verkenne, dass es nicht darum gehe, ob die Entlohnung des Berufungsbeklagten angemessen gewesen sei oder nicht. Ohne Zustimmung des Verwaltungsrates entbehrten Lohnerhöhungen jeglicher Rechtsgrundlage, womit die Gesellschaft auch in diesem Umfang vom Berufungsbeklagten geschädigt sei (Berufung S. 13). c) Die Berufungsklägerin verkennt, dass die erfolgreiche Durchsetzung ihrer behaupteten Schadenersatzansprüche aus Lohnerhöhungen des Berufungsbeklagten zunächst einen Schaden voraussetzt. Bei der Festlegung des Honorars eines Verwaltungsrates besteht ein relativ weites Ermessensspielraum, der seine Grenze im offensichtlichen Missverhältnis zur Gesamtleistung des Verwaltungsratsmitglieds gemäss Art. 678 Abs. 2 OR findet. Das Mass der Marktüblichkeit darf nicht überschritten werden (Böckli, a.a.O., § 13 N 242). Die Festsetzung des Honorars erfolgt insbesondere nach den Kriterien der Beanspruchung bzw. des Umfangs der geleisteten Arbeit, des Erfolgs der Geschäftsführung, der Bedeutung und der finanziellen Situation der Gesellschaft sowie der Verantwortung. Das Verwaltungsrats Honorar muss angemessen sein, wobei die Angemessenheit im Einzelfall unter Berücksichtigung der konkreten Umstände zu beurteilen ist. Die wirtschaftliche Entwicklung der Gesellschaft spielt dabei eine wichtige Rolle (vgl. zum Ganzen das Urteil der Zivilkammer ZF 08 19/20 vom 10. Juni 2008 E. 5.b mit weiteren Hinweisen). Dass und weshalb die Lohnerhöhungen von Z._____ in einem offensichtlichen Missverhältnis zu seiner Gesamtleistung stehen sollten, bringt die Berufungsklägerin nicht vor. Ganz im Gegenteil beanstandet diese die vorinstanzlichen Erwägungen, wonach der letztlich bezogene Lohn angemessen und eher gering gewesen sei, nicht. Im Übrigen ist auch mit Blick auf die Aktenlage nichts anderes ersichtlich. Im Polizeibericht vom 5. Oktober 2006 wurde festgehalten, X._____ und C._____ seien in der Regel von Montag bis Samstag im Einsatz gewesen, Z._____s Pensum dürfte ein 100% Pensum überschritten haben. Die Bruttolohnsumme der Jahre 2000 bis 2002 habe sich nicht im gleichen Umfang wie die Lohnerhöhungen von X._____ und C._____ erhöht, da mit deren Lohnerhöhungen gleichzeitig die Arbeitspensen von anderen Mitarbeitern teilweise reduziert worden

Seite 31 — 33 seien (Vorinstanz act. II./65 S. 5 f.). Letztere Feststellung deckt sich mit den von der Berufungsklägerin eingereichten Lohnzusammenstellungen 2000-2002 (Vorin-

stanz act. II./49-51). Dass zudem der von Z. _____ bezogene Lohn mit seiner geleisteten Arbeit in einem angemessenen Verhältnis war, ergibt sich nicht nur aus dessen eigenen Aussagen vor der Polizei (Vorinstanz act. II./60 S. 2 und 4), sondern auch aus der polizeilichen Einvernahme von F. _____ (Vorinstanz act. III./9 S. 5), der staatsanwaltschaftlichen Einstellungsverfügung (Vorinstanz act. III./16 S. 2) sowie der vorinstanzlichen Zeugeneinvernahme von F. _____ (S. 7). Ist demzufolge davon auszugehen, der Berufungsbeklagte habe einen angemessenen, eher geringen Lohn für seine Tätigkeiten bei der A. _____ AG, O.1 _____ bezogen und die Lohnerhöhungen seien auch durch seine Übernahme von Arbeitspensen anderer Mitarbeiter gerechtfertigt gewesen, ist im Anschluss an die vorinstanzliche Auffassung und entgegen der Berufungsklägerin nicht ersichtlich, wie diese Gesellschaft dadurch eine Vermögenseinbusse und damit einen Schaden erlitten haben könnte. Nicht weiter einzugehen ist auf die Frage, ob unter diesen Umständen Z. _____, der bei der Festsetzung (Erhöhung) seines eigenen Lohnes die Zuständigkeit des gesamten Verwaltungsrats hierfür missachtete und sich auch fraglos in einem Interessenkonflikt befand, überhaupt eine relevante Verletzung seiner Sorgfalts- und Treuepflicht nach Art. 717 OR vorgeworfen werden kann, lag doch die Vorgehensweise des Berufungsbeklagten nach dem Ausgeführten letztlich durchaus im Gesellschaftsinteresse (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A.127/2013 22. Mai 2013 E. 7.1). Damit kann festgehalten werden, dass die Vorinstanz die Klage auch in diesem Punkt zu Recht abgewiesen hat. 13. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Vorinstanz die Klage zu Recht abgewiesen hat und dementsprechend die Berufung abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Kosten des Berufungsverfahrens, die gestützt auf Art. 9 der Verordnung über die Gerichtsgebühren in Zivilverfahren (VGZ; BR 320.210) auf Fr. 10'000.-- festgesetzt werden, vollumfänglich zu Lasten der Berufungsklägerin. Diese ist ausserdem zur Leistung aussergerichtlichen Entschädigung an die Berufungsbeklagten zu verpflichten. Advokat Rupp hat der II. Zivilkammer am 7. September 2012 eine Honorarnote zukommen lassen, worin er für das Berufungsverfahren einen Aufwand von 41.25 Stunden zu einem Stundenansatz von Fr. 280.-- zuzüglich Auslagen von Fr. 346.50, einen Interessenwertzuschlag von Fr. 5'000.-- sowie die gesetzliche Mehrwertsteuer (8%), insgesamt somit Fr. 18'248.20, geltend macht. Der für das Verfassen (Entwerfen, Modifizieren, Ergänzen, Fertigstellen und Einreichen) der Berufungsantwort betriebene Aufwand von 26.5 Stunden er-

Seite 32 — 33 scheint dabei überhöht. Zwar ist die Rechtslage relativ komplex. Die Rechtsschrift umfasst aber lediglich 15 Seiten und die meisten sich im Berufungsverfahren stellenden Fragen hätten den Rechtsvertreter der Berufungsbeklagten bereits im vorinstanzlichen Verfahren beschäftigen müssen. Überdies sind mit dem Verfassen der Berufungsantwort verbundene Aufwendungen wie etwa das Studium der Berufungsschrift sowie Aktenstudium und Telefonate mit der Mandantschaft separat ausgewiesen. Demnach rechtfertigt es sich, den entschädigungspflichtigen Aufwand von Advokat Rupp für das Verfassen der Berufungsantwort auf 15 Stunden und damit - zumal die übrigen verrechneten Aufwendungen angemessen erscheinen - seinen gesamten Aufwand im Berufungsverfahren auf insgesamt 29.75 Anwaltsstunden zu kürzen. Unbesehen davon, dass Advokat Rupp mit seinen Klienten die Anwendbarkeit der vom Appellationsgericht Basel-Stadt erlassenen Honorarordnung auch für die Prozessführung in anderen Kantonen vereinbart hat, ist für die Bemessung der Parteientschädigung im vorliegenden Berufungsverfahren ausschliesslich die Bündner Honorarordnung (HV; BR 310.250) massgebend. Demensprechend sind die angemessenen Aufwendungen von Advokat Rupp

zu einem Stundenansatz von Fr. 240.-- zu entschädigen. Ferner wurde den Berufungsbeklagten bereits durch die Vorinstanz ein Interessenwertzuschlag gewährt, weshalb von einer erneuten Zusprechung eines solchen abzusehen ist. Daraus ergibt sich insgesamt eine Entschädigung von gerundet Fr. 8'085.40, entsprechend $29.75 \times \text{Fr. } 240.-- + \text{Fr. } 346.50 + 8/100 (29.75 \times \text{Fr. } 240.-- + \text{Fr. } 346.50)$.

Seite 33 — 33 III.

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