

# ZH\_HANDELSGERICHT HG080167 vom 7. September 2011

Zh Handelsgericht, 2011-09-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HG080167](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG080167)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HG080167 du 7 septembre 2011

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HG080167 del 7 settembre 2011

## Erwägungen

### E. 1

B.\_\_\_\_\_,

#### E. 1.1

Behauptungen der Klägerin

##### E. 1.1.1

Die Klägerin führt aus, sie kaufe die von ihr vertriebenen Produkte bei deren Herstellern (D.\_\_\_\_\_, F.\_\_\_\_\_ usw.) ein, um sie an ihre Kunden (K1.\_\_\_\_\_, K2.\_\_\_\_\_, K3.\_\_\_\_\_, etc.) mit Gewinn weiterzuverkaufen. Sie sei einerseits aufgrund ihres exklusiven Vertriebsrechts an den von der D.\_\_\_\_\_-Gruppe hergestellten Games, Videospielen und der Computersoftware auf dem schweizerischen Markt und andererseits dank ihrer starken Position als (teilweise exklusiver) Vertriebspartner für Software von anderen Herstellern ein sehr rentables Unternehmen gewesen. Der Gewinn vor Steuern habe im Geschäftsjahr 2002/2003 CHF 906'038.84, im Jahr 2003/2004 CHF 603'609.73, 2004/2005 CHF 526'469.23 und 2005/2006 CHF 452'212.14 betragen (act. 1 Rz. 22 f.). Anlässlich eines Budgetmeetings vom 14. Februar 2006 in ... habe der Beklagte 1 die Geschäftsaussichten der Klägerin präsentiert. In dieser Präsentation habe er die erwarteten Einkünfte für das kommende Geschäftsjahr (bis zum 31. März 2007) mit EUR 5'303'000.00 und damit lediglich mit EUR 53'000.00 weniger als im damals laufenden Geschäftsjahr beziffert (act. 1 Rz. 24 S. 15). Aus der Präsentation seien keine drohenden Missstände oder künftigen Veränderungen – auch in Bezug auf die Personalstruktur der Klägerin – hervorgegangen (act. 1 Rz. 25 f.). Am

##### E. 1.1.2

Zwischenzeitlich habe sich der Beklagte 1, da sich die D.\_\_\_\_\_-Gruppe einem Verkauf ihres Anteils an der Klägerin widersetzt habe, dazu entschlossen, zusammen mit den ehemaligen Mitarbeitern der Klägerin eine Konkurrenzfirma, die Beklagte 2, zu gründen und deren Geschäfte aus den Räumen und mit den Ressourcen der Klägerin zu betreiben (act. 1 Rz. 40 f.). Die Beklagte 2 sei am

- 16 - 1. Juni 2006 gegründet und wenige Tage später im Handelsregister eingetragen worden (act. 1 Rz. 42).

##### E. 1.1.3

Gegenüber der ... AG [Bank] habe der Beklagte 1 am 29. Mai 2006 erklärt, mit G.\_\_\_\_\_ habe ein Alleinvertriebsvertrag abgeschlossen werden können. Er habe anschliessend G.\_\_\_\_\_ über seine Absicht, die Geschäfte von der Klägerin auf die Beklagte 2 zu übertragen, informiert und aktiv auf die Auflösung/Übertragung des Alleinvertriebsvertrages hingewirkt. Diesen habe er mit einer Abtretungsklausel

ausgestattet, welche eine sofortige Vertragsübertragung auf eine vom Beklagten 1 mindestens mehrheitlich gehaltene Gesellschaft ermöglicht habe. Damit habe der Beklagte 1 unlauter gehandelt und seine Treuepflicht als geschäftsführender Gesellschafter als auch als Arbeitnehmer der Klägerin verletzt (act. 1 Rz. 100, act. 54 Rz. 543 ff.). Der Beklagte 1 habe die Mitarbeiter der Klägerin aufgefordert, ihre – rückdatierten – Kündigungen einzureichen, um fortan für die Beklagte 2 tätig zu sein (act. 1 Rz. 60). Im Weiteren habe der Beklagte 1 die Lieferantenverträge, Kundenbeziehungen und Infrastruktur der Klägerin gezielt auf die Beklagte 2 übertragen (act. 54 Rz. 138, 142 und 162). Der Beklagte 1 habe auch die klägerischen Mitarbeiter und Dritte instruiert, sämtliches geschäftsrelevantes Know How der Klägerin auf die Beklagte 2 zu transferieren (act. 54 Rz. 168). Er habe sich schliesslich auch persönlich bereichert und die Ressourcen der Klägerin zugunsten der Beklagten 2 genutzt (act. 1 Rz. 177, act. 54 Rz. 173 ff.). Die Beklagte 2 respektive die für sie handelnden Personen, allen voran der Beklagte 1 und der von ihm eingesetzte Strohmännchen E.\_\_\_\_\_, hätten willentlich und wissentlich die vom Beklagten 1 begangenen Pflichtverletzungen ausgenutzt und sämtliche Mitarbeiter der Klägerin übernommen. Die Beklagte 2 habe es auch unterlassen, eigene Bemühungen zu unternehmen, um anderes Personal zu suchen und zu rekrutieren. Sie habe sich alleine damit begnügt, den gesamten Personalbestand der Klägerin in toto anzustellen. Damit habe sie gegen Art. 2 und 5 UWG sowie gegen Art. 41 Abs. 2 OR verstossen (act. 54 Rz. 488 und 551). Dasselbe gelte auch in Bezug auf die Lieferantenverträge, auch dort habe die Beklagte 2, handelnd durch ihre (formellen und faktischen) Organe (den Beklagten 1 und - 17 - E.\_\_\_\_\_), wissentlich und willentlich die vertragswidrigen und strafrechtlich relevanten Abwerbungs-handlungen des Beklagten 1 ausgenutzt und ihrerseits Verträge mit den Lieferanten abgeschlossen. Sie habe damit – in Kenntnis der Handlungen des Beklagten 1 und seiner Mitarbeiter – der Klägerin auf einen Schlag die wichtigsten Lieferanten weggenommen. Dieses Verhalten richte sich klar gegen die wirtschaftlichen Grundlagen der Klägerin, weshalb es unlauter im Sinne von Art. 2 UWG sei (act. 54 Rz. 509 und 551).

#### **E. 1.1.4**

Durch das Vorgehen der Beklagten 1 und 2 sei der Klägerin ein immenser Schaden entstanden, indem ihr neben konkreten Aufwendungen zahlreiche Geschäfte und damit ein erheblicher Gewinn entgangen sei (act. 1 Rz. 174 und 287). Dabei sei zu beachten, dass der aus der Aushöhlung einer Unternehmung entstandene Schaden naturgemäss nur schwer zu belegen sei. Es müsse daher die in Art. 42 Abs. 2 OR statuierte Beweiserleichterung zur Anwendung gelangen, wonach der Richter den nicht ziffernmässig nachweisbaren Schaden nach seinem Ermessen und mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen abzuschätzen habe (act. 1 Rz. 289). Die Klägerin führt weiter aus, die Schätzung des entgangenen Gewinnes bereite aufgrund der vorhandenen Unsicherheiten in der Marktentwicklung sowie des ihr nicht vollständig zugänglichen Zahlenmaterials der Beklagten 2, welche nähere Aufschlüsse über ihren mit den fraglichen Produkten erzielten Umsatz geben könnten, grosse Schwierigkeiten. Die Klägerin fordere deshalb die Offenlegung der Umsatzzahlen der Beklagten 2 seit der Gründung. Voreinst werde sie aber den entgangenen Gewinn anhand der vorliegenden Daten aus den vergangenen Jahren sowie aufgrund der Marktsituation einschätzen (act. 1 Rz. 291). Hinsichtlich der zeitlichen Dimension des Gewinnausfalls erklärt die Klägerin, der Arbeitsvertrag des Beklagten 1 habe jeweils auf den 31. Mai beendet werden können.

Folglich hätte er das Arbeitsverhältnis frühestens auf den 31. Mai 2007 auflösen können. Aufgrund des Konkurrenzverbotes, welches sechs Monate über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinaus gegolten habe, wären dem Beklagten 1 die Abwerbungshandlungen für weitere sechs Monate, das heisst also bis zum 31. Dezember 2007, untersagt gewesen. Zur Berechnung des durch die

- 18 - Abwerbung entstandenen Schadens sei daher darauf abzustellen, dass die Mitarbeiter erst nach dem 31. Dezember 2007 zur Vertragsauflösung hätten verleitet werden dürfen. Die damals für die Mitarbeiter geltenden Kündigungsfristen von zwei bzw. drei Monaten hätten dazu geführt, dass das Personal der Klägerin frühestens per Ende März 2008 aus der Klägerin ausgetreten wäre. Der den Beklagten 1 ersetzende Geschäftsführer hätte sich rechtzeitig um neues Personal bemüht, weshalb es zu keiner ausserordentlichen Kündigung der Lieferantenverträge gekommen wäre. Die Lieferantenverträge wären daher gar nicht oder frühestens nach dem 31. Dezember 2007 bzw. dem 29. Februar 2008 per Ende 2008 gekündigt worden. Dementsprechend sei der im Zeitraum vom 1. Juni 2006 bis zum 31. Dezember 2008 entgangene Gewinn als Schaden geltend zu machen (act. 54 Rz. 487 und 494 f.). In Bezug auf den entgangenen Gewinn aus dem Vertriebsrecht für die Produkte von F.\_\_\_\_\_, des Hauptlieferanten der Klägerin, geht die Klägerin vom Umsatz aus, den sie im Geschäftsjahr 2005/2006 erzielt habe, dem in jenem Jahr bestehenden Deckungsbeitrag sowie ihren damaligen Betriebskosten. Anschliessend schätzt sie die entgangenen Gewinne anhand der bekannten Marktzahlen für die Jahre 2006, 2007 und 2008. In Bezug auf den entgangenen Gewinn aus dem Vertriebsrecht für die Produkte von G.\_\_\_\_\_ stünden der Klägerin keine eigenen Zahlen zur Verfügung, da der Exklusivvertrag, welcher zwischen ihr und G.\_\_\_\_\_ bestanden habe, aufgrund der Handlungen der Beklagten 1 und 2 nie habe gelebt werden können. Sie schätze den entgangenen Gewinn daher einzig aufgrund der ihr zugänglichen Marktzahlen (act. 1 Rz. 291, act. 54 Rz. 502 und 542).

#### **E. 1.1.5**

Zur Schadensschätzung führt die Klägerin aus, der Gesamtumsatz im schweizerischen Games-/Software-Markt habe sich im Jahr 2007 gemäss Erhebungen der Firma O.\_\_\_\_\_ auf CHF 211'685'443.00 belaufen. Dies sei eine Steigerung von 48 % im Vergleich zum Vorjahr mit einem Umsatz von CHF 143'030'705.00 (act. 1 Rz. 294). Für das Jahr 2006 beziffere die N.\_\_\_\_\_, in dessen Vorstand auch der Beklagte 1 sitze, die Umsatzsteigerung im Vergleich zum Jahr 2005 auf 10.7 %. Für das Jahr 2008 sei schliesslich von einem Wachs-

- 19 - tum von 13 % auszugehen, was sich ebenfalls aus den Zahlen der N.\_\_\_\_\_ ergebe (act. 1 Rz. 295 f.).

#### **E. 1.1.6**

In Bezug auf die Produkte von F.\_\_\_\_\_ geht die Klägerin davon aus, ihr seien – konservativ geschätzt – im Zeitraum vom 1. Juni 2006 bis zum 31. Dezember 2008 Gewinne entgangen (act. 1 Rz. 298). Für den Schaden im Jahr 2006 berechnet die Klägerin den Schaden wie folgt: Sie habe im Geschäftsjahr 2005/2006 (1. April 2005 bis 31. März 2006) einen Umsatz mit F.\_\_\_\_\_ -Spielen von insgesamt CHF 4'536'998.00 erzielt. Bei einem um ca. 10 % gesteigerten Jahresumsatz im Videospiegelmarkt sei der Umsatz, welcher im Jahr 2006 mit F.\_\_\_\_\_ -Spielen habe erzielt werden können, auf CHF 4'990'698.00 zu schätzen. In der Videospiegelbranche verteile sich der Umsatz jedoch nicht gleichmässig auf das Jahr,

sondern werde typischerweise zu rund zwei Dritteln in der zweiten Jahreshälfte generiert. Dementsprechend betrage der zwischen dem 1. Juni und dem 31. Dezember 2006 entgangene Umsatz der Klägerin mit F.\_\_\_\_-Produkten schätzungsweise CHF 3'327'132.00, was zwei Dritteln vom Gesamtumsatz von CHF 4'990'698.00 entspreche (act. 1 Rz. 300 ff.). Vom Umsatz seien die Kosten abzuziehen. Aufgrund der abgeschlossenen und geprüften Erfolgsrechnung könne der Deckungsbeitrag für das Geschäftsjahr 2005/2006 mit CHF 2'255'523.00 bzw. 29 % des Gesamtumsatzes beziffert werden. In Bezug auf den entgangenen Umsatz der Klägerin mit F.\_\_\_\_-Produkten ergebe sich somit ein entgangener Deckungsbeitrag von CHF 972'165.00. Die Betriebskosten könnten ebenfalls aufgrund der Erfolgsrechnung der Klägerin für das Geschäftsjahr 2005/2006 errechnet werden. Inklusiv Steuern aber ohne Warenaufwand hätten sie CHF 1'916'316.00 betragen. Auf den Zeitraum Juni bis Dezember 2006 umgerechnet ergäben sich Betriebskosten von total CHF 1'117'851.00 (CHF 1'916'316.00 / 12 x 7). Der Anteil der F.\_\_\_\_-Produktverkäufe (CHF 4'536'998.00) am Gesamtumsatz (CHF 7'719'291.00) betrage 59 %, weshalb auch die Betriebskosten zu 59 % vom Deckungsbeitrag der F.\_\_\_\_-Produkte abzuziehen seien. Folglich ergebe sich ein entgangener Gewinn für das Jahr 2006 von CHF 315'150.00 (CHF 972'165.00 - CHF 657'015.00; act. 1 Rz. 303 ff.).

- 20 -

#### **E. 1.1.7**

Im Jahr 2007 sei der gesamte Markt erneut um 48 % gewachsen. Daher sei von einem geschätzten Umsatz mit F.\_\_\_\_-Produkten für das Jahr 2007 von ca. CHF 7'386'233.00 auszugehen. Der Deckungsbeitrag betrage wiederum 29 %, was einem Betrag von CHF 2'158'206.00 entspreche. Für die Berechnung der Betriebskosten im Jahr 2007 stünden keine Zahlen zur Verfügung, weshalb auf die Zahlen aus dem Jahr 2006 abzustellen sei. Damals hätten die Betriebskosten 20 % des Umsatzes betragen (CHF 657'015.00 / CHF 3'327'132.00 = 0.1975). Der Betriebskostenanteil für das Jahr 2007 belaufe sich folglich auf CHF 1'458'573.00 (20 % von CHF 7'386'233.00), wodurch der entgangene Gewinn CHF 699'633.00 (CHF 2'158'206.00 - CHF 1'458'573.00) ausmache (act. 1 Rz. 308 ff.).

#### **E. 1.1.8**

Das Marktwachstum im Jahr 2008 habe 13 % betragen, weshalb von einem geschätzten Umsatz mit F.\_\_\_\_-Produkten von CHF 8'346'443.00 auszugehen sei. In Anwendung der Deckungsbeitragsmarge von 29 % und des Betriebskostenanteils von 20 % lasse sich ein entgangener Gewinn von CHF 790'585.00 berechnen (act. 1 Rz. 312 ff.). Insgesamt ergebe sich damit ein entgangener Gewinn von CHF 1'805'369.00 (CHF 315'150 + CHF 699'633 + CHF 790'585; act. 1 Rz. 316).

#### **E. 1.1.9**

Hinsichtlich des entgangenen Gewinns aufgrund des Verlusts des Vertriebsrechts für die Produkte von G.\_\_\_\_ verfüge die Klägerin über keine eigenen Zahlen. Sie werde daher den entgangenen Gewinn anhand von Marktzahlen schätzen. G.\_\_\_\_ habe ihre Produkte nur bis zum 31. Mai 2007 über die Beklagte 2 bzw. exklusiv über die Beklagte 2 vertrieben. Daher schätze die Klägerin den Schaden auch nur für den Zeitraum vom 1. Juni 2006 bis zum 31. Mai 2007. Die Beklagte 2 werde jedoch im Rahmen der beantragten Edition offenlegen müssen, bis wann sie G.\_\_\_\_-Spiele vertrieben und welchen Deckungsbeitrag sie dabei erzielt habe (act. 1 Rz. 317 f.).

### **E. 1.1.10**

Der Gesamtumsatz für Videospiele auf dem Schweizer Markt habe sich im 1. Quartal 2007 gemäss O. \_\_\_\_\_ auf CHF 27'449'403.00 belaufen. Gemäss "N. \_\_\_\_\_ News" habe O. \_\_\_\_\_ im Zeitpunkt der Erhebung über eine Abdeckung

- 21 - von fast 60 % verfügt. Demnach könne der Umsatz des ganzen Videospielmarktes für das 1. Quartal 2007 auf CHF 45'749'005.00 geschätzt werden. Der Marktanteil von G. \_\_\_\_\_ habe 4.3 % oder CHF 1'967'207.00 betragen. Dieser Umsatz könne der Beklagten 2 zugerechnet werden, da der zwischen der Klägerin und G. \_\_\_\_\_ abzuschliessende und nachfolgend auf die Beklagte 2 übertragene Vertrag ein Exklusivverkaufsrecht vorgesehen habe. Der gesamte Marktumsatz des zweiten Quartals 2007 habe noch rund 82 % des ersten Quartals 2007 betragen. Es sei daher auch für den Umsatz mit Produkten von G. \_\_\_\_\_ davon auszugehen, dass dieser im zweiten Quartal 2007 um 18 % im Vergleich zum ersten Quartal 2007 zurückgegangen sei. Für die Monate April und Mai 2007 sei der Umsatz daher mit CHF 1'070'383.00 zu beziffern ( $\text{CHF } 1'967'207.00 / 100 \times 81.62 / 3 \times 2$ ). Für die Berechnung des Umsatzes mit G. \_\_\_\_\_-Produkten im Zeitraum vom 1. Juni 2006 bis zum 31. Dezember 2006 ziehe die Klägerin wiederum den Umsatz des gesamten Marktes heran (CHF 143'030'705.00) und reduziere diesen im Verhältnis zum angeblichen Marktanteil von G. \_\_\_\_\_ (5 %). Auf diese Weise schätzt sie den fraglichen Umsatz im relevanten Zeitraum, in welchem zwei Drittel des Umsatzes generiert worden seien, auf CHF 4'767'690.00 ein. Der gesamte entgangene Umsatz veranschlagt die Klägerin somit auf CHF 7'805'281.00 ( $\text{CHF } 4'767'690.00 + \text{CHF } 1'070'383.00 + \text{CHF } 1'967'207.00$ ; act. 1 Rz. 319 ff.). Diese Schätzung sei durchaus realistisch. Gegenüber der... AG [Bank], der Kreditgeberin des Beklagten 1, habe dieser erklärt, er gehe davon aus, mit den Produkten von G. \_\_\_\_\_ einen Umsatz von CHF 8'000'000.00 und einen Deckungsbeitrag von CHF 1'600'000.00 erwirtschaften zu können. Der Beklagte 1 sei folglich von einer Deckungsbeitragsmarge von 20 % ausgegangen, was in Bezug auf den von der Klägerin errechneten G. \_\_\_\_\_-Umsatz einen Deckungsbeitrag von CHF 1'561'056.00 ergebe. Von diesem Betrag seien keine Betriebskosten in Abzug zu bringen, da der Beklagte 1 der ... AG [Bank] mitgeteilt habe, dass keine weiteren Fixkosten anfallen würden (act. 1 Rz. 325 ff.).

### **E. 1.1.11**

Insgesamt schätzt die Klägerin den ihr entgangenen Gewinn auf CHF 3'366'425.00 ( $\text{CHF } 1'805'369.00 + \text{CHF } 1'561'056.00$ ; act. 1 Rz. 329).

- 22 -

### **E. 1.1.12**

Den Vorwurf der Beklagten 1 und 2, sie selber habe ihre Schadenminderungspflicht verletzt, bestreitet die Klägerin. Sie macht geltend, das Einstellen von neuem Personal hätte bei einem zu rekrutierenden Team von acht Personen hohe Kosten von bis zu CHF 180'000.00 verursacht. Gleichzeitig hätte die Personalsuche mehrere Monate in Anspruch genommen, da die wesentlichen Positionen durch Mitarbeiter aus der Spielbranche zu besetzen gewesen wären. Schliesslich wären auch eine lange Einarbeitungszeit und neue Mieträumlichkeiten notwendig geworden. Es sei daher nicht davon auszugehen, dass die Klägerin durch den Einsatz neuer Mitarbeiter vor dem 31. Mai 2007 bzw. 31. Dezember 2008 in der Lage gewesen wäre, die Abwicklung der Lieferantenverträge vorzunehmen (act. 54 Rz. 499). Darüber hinaus hätte die Anstellung von neuem Personal nur dann Sinn gemacht, wenn auch die Lieferanten- und Kundenverträge hätten zurück gewonnen

werden können, was aufgrund des systematischen und rufschädigen Vorgehens des Beklagten 1 unwahrscheinlich oder zumindest nicht von heute auf morgen zu bewerkstelligen gewesen wäre (act. 54 Rz. 500).

### **E. 1.1.13**

Entgegen der Behauptung des Beklagten 1 seien die F.\_\_\_\_-Verträge nicht bloss bis auf Weiteres sistiert, sondern aufgelöst worden. Dies, obwohl für F.\_\_\_\_ keine Veranlassung bestanden habe, ihre laufenden Verträge mit der Klägerin aufzulösen, da sie mit dem Geschäft mit der Klägerin insgesamt zufrieden gewesen sei. Die Auflösung sei durch den Beklagten 1 provoziert, unterstützt und ermöglicht worden (act. 54 Rz. 503). Auf die Behauptung des Beklagten 1, die Klägerin habe in der damals aktuellen Vereinbarung mit F.\_\_\_\_ vom 25. November 2005 ihr Exklusivrecht eingebüsst, erwidert die Klägerin, ein Vergleich der damaligen Vereinbarung mit den vorangegangenen vom 25. respektive 31. Mai 2005 zeige, dass bereits die ältere Vereinbarung eine entsprechende Ausnahme zugunsten derjenigen Kunden enthalten habe, welche an das P.\_\_\_\_ GmbH System angeschlossen gewesen seien (act. 54 Rz. 518). Folglich habe die Klägerin den Umsatz mit F.\_\_\_\_-Produkten im Geschäftsjahr 2005/2006 unter denselben Vorgaben erzielt, wie sie es im Jahr 2006 hätte machen können. Es gebe daher keinen Grund, wonach sich der Umsatz um mehr als die Hälfte reduziert hätte (act. 54 Rz. 520).

- 23 - Schliesslich verweist die Klägerin auf den Kreditantrag des Beklagten 1 an die ... AG [Bank]. Darin habe der Beklagte 1 für den Zeitraum vom 1. Juni bis zum 31. Dezember 2006 einen Gesamtumsatz mit F.\_\_\_\_-Produkten von rund CHF 6.66 Mio. errechnet. In der gleichen Zeit rechne die Klägerin mit einem Umsatz von CHF 3'327'132.00. Somit sei dies eine realistische Berechnung (act. 54 Rz. 522 ff.). Hinsichtlich des Umsatzes mit G.\_\_\_\_-Produkten habe der Beklagte 1 gegenüber der ... AG [Bank] einen Umsatz von CHF 8 Mio. vorhergesagt. Darüber hinaus sei auch unter der Berücksichtigung der Behauptung, der G.\_\_\_\_-Vertrag habe am 31. März 2007 geendet, nach der Berechnung der Klägerin noch immer von einem entgangenen Gewinn von CHF 1'346'979.00 auszugehen. Diesen Betrag macht die Klägerin eventualiter geltend. Die Beklagten 1 und 2 würden sodann selber ausführen, die Beklagte 2 habe mit G.\_\_\_\_-Produkten einen Deckungsbeitrag von CHF 657'949.00 generiert. Da davon, wie bereits erwähnt, keine weiteren Betriebskosten abzuziehen seien, stelle dieser Betrag den entgangenen Gewinn der Klägerin dar, den sich die Beklagten entgegenhalten lassen müssen. CHF 657'949.00 mache die Klägerin folglich für den Zeitraum vom 1. Juni 2006 bis 31. März 2007 subeventualiter geltend (act. 54 Rz. 556 ff.). Die Klägerin weist darauf hin, dass die Marktzahlen der interaktiven Unterhaltungs- und Computerspielbranche bis Ende 2006 von der Firma Q.\_\_\_\_ ermittelt worden seien. Seit dem 1. Januar 2007 würden sie indessen von O.\_\_\_\_ erhoben, wobei dies freilich an der Qualität und Massgeblichkeit der Marktzahlen nichts ändere (act. 54 Rz. 526). Der von der Klägerin berechnete Umsatz von CHF 3'327'132.00 für den Zeitraum vom 1. Juni 2006 bis 31. Dezember 2006 werde auch durch das vom Beklagten 1 anlässlich des Budgetmeetings vom 14. Februar 2006 in ... präsentierte Budget, in welchem er von einem Gesamtumsatz von CHF 8'261'013.00 für den Zeitraum vom 1. April 2006 bis 31. März 2007 ausgegangen sei, bestätigt. Dasselbe gelte für das vom Beklagten 1 erstellte Budget für das Geschäftsjahr 2006/2007, worin er einen Gesamtumsatz von CHF 8'196'296.00 prognostiziert habe. Ausgehend von einem F.\_\_\_\_-Umsatzanteil der Klägerin von 58.775 % ergebe dies auf den Zeitraum vom 1. April 2006 bis zum 31. März 2007 umgerechnet einen Umsatz mit F.\_\_\_\_-Produkten von

CHF 3'641'558.00 (abstellend auf das Budget vom 14. Februar 2006) respektive CHF - 24 - 3'613'030.00. Angesichts der Tatsache, dass vor allem zwischen September und November der grösste Umsatz erzielt werde, sei der von der Klägerin errechnete und vorstehend erwähnte Umsatz für den Zeitraum vom 1. Juni 2006 bis 31. Dezember 2006 alles andere als realitätsfremd. Er sei vielmehr realistisch und nachvollziehbar sowie innerhalb der Vorgaben des Beklagten 1 (act. 54 Rz. 527). Auch der bezüglich G.\_\_\_\_\_ geltend gemachte Schaden werde durch die Tatsache bestätigt, dass der Beklagte 1 gegenüber der ... AG [Bank] hinsichtlich G.\_\_\_\_\_ von einem Jahresumsatz von CHF 8 Mio. ausgegangen sei (act. 54 Rz. 556). Die Klägerin bestreitet die Richtigkeit der präsentierten Umsatzzahlen der Beklagten 2 mit F.\_\_\_\_\_ -Produkten sowie der eingereichten Jahresrechnung. Der Umsatz mit F.\_\_\_\_\_ -Produkten im Zeitraum vom 1. Juni 2006 bis zum 31. Dezember 2006 basiere auf offensichtlich ungeprüften Daten und sei vollkommen unsubstantiiert. Analysiere man ausserdem die Jahresrechnung 2008 der Beklagten 2, ergebe sich, dass die Beklagte 2 nicht nur eine Warenreserve von CHF 50'000.00 einkalkuliert und das Debitoren-Delkredere um weitere CHF 40'000.00 auf CHF 90'000.00 erhöht habe, sondern zudem die bei der ... AG [Bank] bestehende Kreditlimite um rund CHF 142'000.00 reduziert und Rückstellungen für Werbebeiträge im Umfange von CHF 72'000.00 verbucht habe. Berücksichtige man auch diese Positionen, ergebe sich mithin ein Gewinn der Beklagten 2, der sich im Bereiche von CHF 340'000.00 bewege, wobei die Beklagte 2 aufgrund der Fremdfinanzierung zweifelsohne höhere Kosten als die Klägerin aufweise (act. 54 Rz. 528 und Rz. 530). Doch selbst wenn man von den Zahlen der Beklagten 1 und 2 ausgehen wollte, verbliebe eine Mindestforderung der Klägerin. Nach Massgabe der Beklagten 1 und 2 habe die Beklagte 2 im Jahr 2006 mit F.\_\_\_\_\_ -Produkten einen Umsatz von CHF 2'448'405.00 generiert. Ausgehend hiervon entspreche der Deckungsbeitrag der Klägerin somit CHF 710'037.00 (= 29% von CHF 2'448'405.00). Davon seien die vom Beklagten 1 errechneten Betriebskosten von CHF 608'110.00 abzuziehen, womit ein Betrag von CHF 101'927.00 als Mindestanspruch der Klägerin aus entgangenem Gewinn für das Jahr 2006 verbleiben würde. In Bezug auf das Jahr 2007 führt die Klägerin aus, sie sei in ihren Berechnungen von einem

- 25 - Gesamtmarktwachstum von 48 % gegenüber dem Vorjahr ausgegangen, was von Seiten der Beklagten 1 und 2 angezweifelt werde (act. 54 Rz. 532 f.). Der Medienmitteilung der N.\_\_\_\_\_ vom 22. Februar 2008 könne entnommen werden, dass es sich beim Jahr 2007 um ein Rekordjahr für die Schweizer Spielbranche gehandelt habe, welches von einem herausragenden Weihnachtsgeschäft, von der Erschliessung neuer Marktsegmente und von neuen Konsolengenerationen sowie von innovativen Spielen geprägt gewesen sei. In der Medienmitteilung werde zwar von einem Gesamtwachstum gegenüber dem Vorjahr von 40% gesprochen. Analysiere man jedoch die jeweiligen Quartalszahlen von F.\_\_\_\_\_ für Konsolenspiele (also ohne PC-Spiele) für das Jahr 2007 genauer, ergebe sich ein Gesamtjahresumsatz mit F.\_\_\_\_\_ -Produkten von CHF 12'468'536.60 (ohne die Umsätze mit PC-Spielen). Dazu addiert die Klägerin, ausgehend von den jeweiligen Gesamtmarktumsätzen pro Quartal und den Marktanteilen von F.\_\_\_\_\_ pro Quartal, die Quartalsumsätze mit F.\_\_\_\_\_ -Produkten. Der von der Klägerin für das Jahr 2007 geltend gemachte Umsatz von rund CHF 7'386'233 sei folglich – selbst unter Berücksichtigung der Tatsache, dass sie sich den Markt insbesondere mit P.\_\_\_\_\_ GmbH hätte teilen müssen – keinesfalls fernab jeglicher Realität oder aus der Luft gegriffen. Selbst unter der Annahme, die Klägerin hätte ab Dezember 2005 nur noch etwa

45 % der Gesamtmarktumsätze mit Spielen von F.\_\_\_\_\_ ge-neriert, wie es die Beklagten 1 und 2 behaupten würden, würde immer noch ein klägerischer Umsatz von CHF 5'610'841.50 (ohne den Umsatz mit PC-Spielen) resultieren. Dies entspreche – unter Berücksichtigung einer Deckungsbeitrags- marge von 29.219 % und einem Betriebskostenanteil von 19.75 % – immer noch einem entgangenen Gewinn für das Jahr 2007 von CHF 531'290.00. Der vom Be- klagten 1 geltend gemachte Umsatz der Beklagten 2 von CHF 1'999'653.00 werde daher bestritten (act. 54 Rz. 534 ff.). Mittlerweile würden das N.\_\_\_\_\_-Bulletin sowie der Jahresbericht von O.\_\_\_\_\_ auch für das Jahr 2008 vorliegen. Im Bulletin werde festgestellt, dass die Branche der interaktiven Unterhaltung im Jahr 2008 ein Umsatzplus von insgesamt rund

## **E. 1.2**

Behauptungen des Beklagten 1

### **E. 1.2.1**

Der Beklagte 1 betont, in der D.\_\_\_\_\_-Gruppe sei die Klägerin die einzige Gesellschaft gewesen, welche Gewinn abgeworfen habe. Der Aktienkurs der D.\_\_\_\_\_ Inc., des amerikanischen Ablegers, sei von einem Aktienkurs zwischen USD 30 und 60 in den Jahren 1997/1998 auf einen Kurs von USD 0.68 im Früh- jahr 2006 gesunken. Anfang Februar 2006 habe die Hausbank der Gruppe, die ..., der D.\_\_\_\_\_ Inc. die Kreditlinie gestrichen (act. 14 Rz. 10). Die Kreditversiche- rer der Lieferanten seien nicht mehr bereit gewesen, Bestellungen aus der D.\_\_\_\_\_-Gruppe zu versichern, was die Klägerin dazu gezwungen habe, die Lie- ferungen für alle Produkte vorzufinanzieren. Das habe sie in Schwierigkeiten ge-

- 27 - bracht (act. 14 Rz. 11). Den Mitarbeitern der Klägerin sei die besorgniserregende Situation der D.\_\_\_\_\_-Gruppe und damit auch der Klägerin nicht verborgen ge- blieben, da er, der Beklagte 1, eine offene Informationspolitik betrieben und sich die schlechten Nachrichten über die Gruppe gehäuft hätten (act. 14 Rz. 14). Ein angekündigter Personalabbau habe dazu geführt, dass sich die Mitarbeiter Ge- danken über ihre eigene Zukunft zu machen begonnen hätten. Sie hätten ihm mitgeteilt, falls sich die D2.\_\_\_\_\_ GmbH weigere, ihre Anteile an der Klägerin zu verkaufen, würden sie ihre Arbeitsverhältnisse kündigen und sich mit einem In- vestor selbstständig machen. So sei es schliesslich auch gekommen; E.\_\_\_\_\_ habe mit ehemaligen Mitarbeitern der Klägerin am 1. Juni 2006 die Beklagte 2 gegründet (act. 14 Rz. 24; act. 60 Rz. 27).

### **E. 1.2.2**

Es sei somit die Klägerin gewesen, welche sich nicht mehr um die Liefe- ranten gekümmert und die Distribution der eigenen D.\_\_\_\_\_-Produkte nicht mehr wahrgenommen habe (act. 14 Rz. 61). Sie habe ihren Geschäftsbetrieb ab dem

### **E. 1.2.3**

Es liege auch kein Anwendungsfall von Art. 42 Abs. 2 OR vor. Die Kläge- rin mache in ihren Rechenbeispielen den entscheidenden Fehler, die konkreten Verhältnisse nicht zu berücksichtigen. Anstelle von Umsatzzahlen des Gesamt- marktes und Rückschlüssen auf den entgangenen Gewinn sei einzig entschei- dend, wie viele Titel an die Kunden tatsächlich hätten ausgeliefert werden kön- nen. Wenn die Klägerin behauptete, der Beklagte 1 habe die mit der Klägerin abge- schlossenen Lieferantenverträge mit F.\_\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_\_ auf die Beklagte 2 übertragen, sei es naheliegend, zur Berechnung des

entgangenen Gewinns auf die Umsätze abzustellen, welche die Beklagte 2 mit F.\_\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_\_ tatsächlich generiert habe. Die von der Beklagten 2 nachweisbar mit F.\_\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_\_ getätigten Umsätze hätten nicht zu einem Gewinn, sondern gegenteils zu einem Verlust geführt. Die von der Klägerin geltend gemachte Schadenersatzforderung von weit über CHF 3 Mio. entbehre jeder vernünftigen Grundlage. Die Beklagte 2 habe seit ihrer Gründung bis zum 30. Juni 2008 einen Gewinn von gerade einmal CHF 3'401.00 erwirtschaftet, wobei sie das Geschäftsjahr, welches

- 29 - eigentlich per 30. April 2008 geendet hätte, um drei Monate verlängern müssen, um nicht mit einem Verlust abzuschliessen. Die Klägerin bleibe mit ihren völlig unrealistischen und die konkrete Situation in keiner Weise berücksichtigenden Schadensberechnungen weit davon entfernt, den Bestand des Schadens in seiner Grössenordnung hinreichend fassbar zu machen (act. 60 Rz. 15 ff., Rz. 236 f.). In der Klagebegründung habe die Klägerin in Bezug auf die F.\_\_\_\_\_ - Produkte noch einen entgangenen Gewinn von CHF 1'805'369.00 geltend gemacht. Nun fordere sie eventualiter einen minimalen Gewinn, der um ca. CHF 600'000.00 tiefer liege. Dieser Eventualantrag finde aber keinen Eingang ins Rechtsbegehren. Das Motto der klägerischen Argumentation scheine zu sein: "Wenn nicht CHF 1'805'369.00, dann wenigstens CHF 1'239'161.00". Dies zeige mit aller Deutlichkeit, dass für die Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR kein Raum bleibe. Der Schluss, dass tatsächlich ein Schaden im behaupteten ungefähren Umfang eingetreten sei, dränge sich in Anbetracht des von der Beklagten 2 tatsächlich erwirtschafteten Gewinns in der Höhe von CHF 3'401.00 seit der Gründung bis zum 30. Juni 2008 nicht auf (act. 60 Rz. 262).

#### **E. 1.2.4**

Der Beklagte 1 führt hinsichtlich seiner Forderung, es sei anstatt auf irgendwelche Marktzahlen auf die konkreten Verhältnisse abzustellen, weiter aus, die Klägerin übersehe beispielsweise, dass im Spielmarkt die Umsätze sehr starken Schwankungen unterworfen seien. Ob ein guter Umsatz erzielt werden könne, hänge in starkem Masse von den Titeln ab, die vertrieben würden. Ein sehr guter Umsatz könne erzielt werden, wenn ein "Blockbuster" im Umlauf sei. Fehle ein solcher, würden die Umsätze in den Keller sacken. Das Jahr 2006 sei diesbezüglich kein gutes Jahr gewesen und die Titel der Klägerin hätten nicht abgesetzt werden können. Der Umsatz der Klägerin hänge sodann ganz entscheidend von den Spielkonsolen ab. Die für die Klägerin relevante Konsole "..." sei für den September 2006 angekündigt gewesen, sei dann aber erst im März 2007 auf den Markt gekommen. Dies habe sich sehr negativ auf den Umsatz ausgewirkt (act. 60 Rz. 241 f.). Vom Gesamtmarkt könne nicht einfach auf ein einzelnes Unternehmen und von einem Vorjahresumsatz nicht einfach auf einen künftigen Umsatz geschlossen werden, ohne die konkreten Verhältnisse zu berücksichtigen. Die einzige zuverlässige Referenzgrösse sei der Umsatz, welchen die Beklagte 2

- 30 - mit F.\_\_\_\_\_ -Produkten erzielt habe. Die Klägerin werfe den Beklagten 1 und 2 ja vor, den Vertrag mit F.\_\_\_\_\_ übernommen zu haben. Der Umsatz der Beklagten 2 mit F.\_\_\_\_\_ -Produkten habe im Jahr 2007 nur CHF 1'999'653.00 betragen. Ausgehend von diesem tatsächlichen Umsatz führe die von der Klägerin ange stellte Rechnung nicht zu einem entgangenen Gewinn, sondern zu einem Verlust (act. 60 Rz. 257).

#### **E. 1.2.5**

Die Klägerin mache dem Beklagten 1 den Vorwurf, den Vertrag mit G.\_\_\_\_\_ übernommen zu haben. Deshalb sei die einzige zuverlässige Referenz- grösse der Umsatz, welchen die Beklagte 2 tatsächlich generiert habe. Dieser Umsatz habe CHF 3'595'103.00 und der effektive Deckungsbeitrag habe CHF 657'949.00 betragen. Dieser Deckungsbeitrag sei jedoch nicht mit dem Gewinn zu verwechseln. Es sei illusorisch zu glauben, bei einem Umsatz der vorliegenden Grössenordnung würden keine Betriebskosten anfallen. Weshalb der Beklagte 1 sich in einem E-Mail an R.\_\_\_\_\_ vom 27. März 2006 in diese Richtung geäußert habe, könne er nicht mehr sagen. Die Aussage sei jedoch offensichtlich unrichtig (act. 60 Rz. 273 und 276). Im E-Mail-Verkehr zwischen dem Beklagten 1 und der ... AG [Bank] seien beide Seiten davon ausgegangen, dass nach der Gründung der Beklagten 2 der Um- satz mit D.\_\_\_\_\_ wegfallende, gleichzeitig aber G.\_\_\_\_\_ als neue Lieferantin akqui- riert werden könne. Die Beklagte 2 habe G.\_\_\_\_\_ folglich mit den gleichen Fix- kosten integrieren können, wie es der Beklagte 1 in besagtem E-Mail-Verkehr festhalte, weil gleichzeitig D.\_\_\_\_\_ weggefallen sei. Der Beklagte 1 habe nie ge- sagt, für G.\_\_\_\_\_ sei kein Betriebskostenanteil zu berücksichtigen. Der von der Klägerin geltend gemachte entgangene Gewinn aus dem bestrittenen G.\_\_\_\_\_ - Vertrag in der zwölfmonatigen Zeitspanne zwischen 1. Juni 2006 und 31. Mai 2007 in der angeblichen Höhe von CHF 1'561'056.00 stehe in keinem Verhältnis zu den Gewinnen der Klägerin in den Vorjahren. Im Vorjahr, d.h. im Geschäftsjahr 2005/2006, habe die Klägerin einen Gesamtgewinn in der Höhe von CHF 339'207.14 erzielt. Dieser Gewinn berücksichtige die Verkäufe aller Produkte. Würde die Rechnung der Klägerin stimmen, hätte diese im Geschäftsjahr 2006/2007 ihren gesamten Vorjahresgewinn alleine mit dem Verkauf von

- 31 - G.\_\_\_\_\_ -Produkten um 360 % übertroffen. Es bedürfe keiner weiteren Erläute- rungen, um zu zeigen, dass dies nicht sein könne. Die Klägerin habe in der Kla- gebegründung einen Schaden von CHF 1'561'056.00 geltend gemacht. Nun ma- che sie eventualiter einen solchen von CHF 1'346'979.00 bzw. subeventualiter ei- nen solchen von CHF 657'949.00 geltend. Dies sei vor dem Hintergrund von Art. 42 Abs. 2 OR zu würdigen (act. 60 Rz. 278 ff.).

### **E. 1.2.6**

Schliesslich liege auf der Hand, dass die inaktive Klägerin den Beklag- ten 1 nicht für entgangenen Gewinn für die Jahre 2007 und 2008 verantwortlich machen könne, da der Kausalzusammenhang durch die Geschäftsaufgabe der Klägerin unterbrochen worden sei. Es sei ihr offengestanden, mit Vertretern von F.\_\_\_\_\_, G.\_\_\_\_\_ und anderen Marktteilnehmern Kontakt aufzunehmen und das Geschäft fortzuführen. Hinzu komme, dass die Mitarbeiter der Klägerin das Ar- beitsverhältnis mit der Klägerin ohnehin gekündigt hätten (act. 60 Rz. 255).

### **E. 1.3**

Behauptungen der Beklagten 2

#### **E. 1.3.1**

Die Beklagte 2 bestreitet, dass ihre Mitarbeiter und der Beklagte 1 formel- le oder faktische Organe der Beklagten 2 gewesen seien (act. 18 Rz. 4). Die überwiegende Mehrheit der Handlungen, aus denen die Klägerin ihre Ansprüche gegen die Beklagte 2 ableite, seien angeblich im April und Mai 2006 begangen worden. Zu diesem Zeitpunkt habe die Beklagte 2 noch gar nicht existiert. Sie sei erst am 7. Juni 2006 im Handelsregister eingetragen worden, weshalb Handlun- gen vor diesem Datum ohnehin nicht als Grundlage

für Ansprüche gegen die Beklagte 2 taugen würden (act. 18 Rz. 5). Hinsichtlich des Vorwurfs des unlauteren Wettbewerbs führt die Beklagte 2 aus, die Klägerin habe ihren Geschäftsbetrieb am 11. Juli 2006 eingestellt. Zwischen der Klägerin und der Beklagten 2 habe folglich lediglich während 25 Arbeitstagen, vom 7. Juni 2006 bis zum 11. Juli 2006, ein Wettbewerbsverhältnis bestanden. In dieser kurzen Zeit habe die Beklagte 2 der Klägerin gar keinen Schaden aus angeblichen unlauteren Handlungen zufügen können (act. 18 Rz. 7 ff.). Zudem könnten bestehende Verträge zwischen Lieferanten und der Klägerin nicht, wie von der Klägerin behauptet, durch Dritte einfach übernommen werden. Die Klägerin habe nicht substantiiert behauptet,

- 32 - tet, dass der Beklagte 1 den Vertreter von F.\_\_\_\_\_ (Wen? Wann? Mit welcher Begründung? etc.) dazu verleitet habe, den Vertrag mit der Klägerin zu kündigen und einen neuen Vertrag mit der Beklagten 2 abzuschliessen. Ebenso wenig habe die Klägerin substantiiert ausgeführt, dass der Beklagte 1 den Vertreter von G.\_\_\_\_\_ (Wen? Wann? Mit welcher Begründung?) dazu verleitet habe, den (gar nicht bestehenden) Vertrag mit der Klägerin zu kündigen und einen neuen Vertrag mit der Beklagten 2 abzuschliessen (act. 63 Rz. 14). Ein substantiiertes Bestreiten sei daher nicht möglich (act. 63 Rz. 15).

### **E. 1.3.2**

Die Beklagte 2 macht zudem geltend, die Klägerin habe den natürlichen Kausalzusammenhang zwischen dem angeblichen Schaden und den vorgebrachten Wettbewerbsverletzungen nicht einmal behauptet, obwohl in der Klageantwort und auch seitens des Handelsgerichts entsprechende Substantiierungshinweise erfolgt seien (act. 18 Rz. 128 und 325 ff., act. 63 Rz. 7 ff.). Die Klägerin habe den Kausalzusammenhang sodann unterbrochen, indem sie ihren Geschäftsbetrieb aufgegeben habe. Schliesslich könne nur einer operativ tätigen Unternehmung ein Gewinn entgehen (act. 18 Rz. 14, act. 63 Rz. 29). Seit dem 11. Juli 2006 habe die Klägerin jedoch ihren Geschäftsbetrieb eingestellt. Sie habe ihren Geschäftssitz an die Büroadresse ihrer Rechtsvertreter verlegt, das Lager geschlossen, die Möbel in einem Lagerhaus eingelagert, das Telefon nicht mehr bedient, den Distributionsvertrag mit der Beklagten 2 nicht mehr erfüllt und bis Ende 2006 keinen neuen Geschäftsführer eingesetzt. Der neu eingesetzte Geschäftsführer habe nur administrative Aufgaben wahrgenommen und über kein eigenes Büro verfügt. Einen Aussendienstmitarbeiter habe sie erst im April 2009 eingestellt. Dieser sei im Zeitpunkt der Referentenaudienz angeblich daran gewesen, mit Kunden und Lieferanten Kontakt aufzunehmen. In Tat und Wahrheit sei die Klägerin seit Juli 2006 mit keinem einzigen der bekannten Händler (K3.\_\_\_\_\_, K1.\_\_\_\_\_ etc.) in Kontakt getreten. Sie habe seit der Einstellung des Geschäftsbetriebs am 11. Juli 2006 keine Einnahmen mehr erzielt. Im Juli/August 2006 habe sie Artikel im Wert von CHF 300'000.00 an F.\_\_\_\_\_ retourniert und dafür eine Rückvergütung erhalten. Sie habe aber weder mit F.\_\_\_\_\_ noch mit anderen Lieferanten Kontakt im Hinblick auf die Fortsetzung der Zusammenarbeit aufgenommen. Selbst der Vertrieb der D.\_\_\_\_\_-Produkte laufe nicht mehr über die Klägerin, sondern über die

- 33 - P.\_\_\_\_\_ GmbH. Seit dem 11. Juli 2006 sei die Klägerin auf dem schweizerischen Markt für Videospiele nicht mehr in Erscheinung getreten. Die Klägerin habe ihr Geschäft aus freien Stücken aufgegeben und damit den adäquaten Kausalzusammenhang unterbrochen (act. 18 Rz. 332 ff., act. 63 Rz. 22 ff.).

### **E. 1.3.3**

Die Beklagte 2 beanstandet auch die Schadensberechnung der Klägerin. Sie führt aus, die Klägerin habe bereits am 28. November 2005 das Exklusivvertriebsrecht für Produkte von F.\_\_\_\_\_ verloren und neu seien auch die P.\_\_\_\_\_ GmbH und die ... AG mit einem gesamthaften Marktanteil von 40-45 % von F.\_\_\_\_\_ beliefert worden. Der Umsatz der Klägerin mit diesen Produkten hätte sich daher im Jahr 2006 ohnehin halbiert (act. 18 Rz. 12, 260 und 364). Die Klägerin mache zudem den Fehler, in ihren Rechenbeispielen die konkreten Verhältnisse nicht zu berücksichtigen. Entscheidend sei letztlich alleine, wie viele Titel an die Kunden tatsächlich hätten ausgeliefert werden können. Mit der von ihr vorgelegten Schadensberechnung behaupte die Klägerin, sie hätte in den Jahren 2006-2008 eine markante Steigerung des Umsatzes erzielt, wenn die angeblichen eine Haftung begründenden Handlungen der Beklagten 1 und 2 sie nicht daran gehindert hätten. Sie lege indessen nicht dar, weshalb sie ihren Umsatz in den Folgejahren hätte steigern können, obwohl sie entgegen dem Markttrend in eine Abwärtsspirale geraten sei. Es liege nahe, zur Berechnung des entgangenen Gewinns auf die Umsätze abzustellen, welche die Beklagte 2 mit F.\_\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_\_ tatsächlich generiert habe. Die von der Beklagten 2 nachweisbar mit F.\_\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_\_ getätigten Umsätze hätten aber nicht zu einem Gewinn geführt, sondern zu einem Verlust. Insgesamt habe die Beklagte 2 seit ihrer Gründung bis zum 30. Juni 2008 einen Gewinn von nur CHF 3'401.00 erwirtschaftet; sie habe das Geschäftsjahr, das eigentlich per 30. April 2008 geendet hätte, um drei Monate verlängern müssen, um nicht mit einem Verlust abzuschliessen. Der Klägerin sei es nicht gelungen, mit einer als annähernd sicher erscheinenden Wahrscheinlichkeit aufzuzeigen, dass sich ihre Umsatzzahlen positiv entwickelt hätten. Art. 42 Abs. 2 OR entbinde die Klägerin nicht davon, den geltend gemachten Schadenersatz zu substantiieren. Es seien alle Umstände, die für den Eintritt eines Schadens sprechen und dessen Abschätzung erlauben und erleichtern würden, soweit möglich und zumutbar zu behaupten und zu beweisen. Die Scha-

- 34 - denersatzforderung von weit über CHF 3 Mio. entbehre jeder vernünftigen Grundlage (act. 18 Rz. 13 und 321 ff., act. 63 Rz. 35 ff.). Die Beklagte 2 macht ausserdem geltend, die von der Klägerin vorgebrachten Zahlen würden auf falschen Annahmen beruhen. Das von der Klägerin im Vergleich zum Vorjahr erwähnte Wachstum im Jahr 2007 von 48 % beziehe sich auf das Total von Hardware- und Software-Umsatz. Die Veränderung des Umsatzes im Software-Bereich bleibe damit im Dunkeln. Dies gelte auch für die Ermittlung des Umsatzwachstums 2005/2006, bei welchem die Klägerin zusätzlich eine andere Zahlenquelle (N.\_\_\_\_\_ anstatt O.\_\_\_\_\_) heranziehe (act. 18 Rz. 351 ff.). Durch die Einstellung ihres Geschäftsbetriebes habe die Klägerin darüber hinaus ihre Schadensminderungspflicht verletzt (act. 18 Rz. 15, act. 63 Rz. 38 ff. und 336 ff.).

## **E. 1.4**

### **Würdigung**

#### **E. 1.4.1**

"Art. 42 Abs. 2 OR enthält eine bundesrechtliche Beweisvorschrift, die dem Geschädigten den Schadensnachweis erleichtern soll (KUMMER, Berner Kommentar, N. 70 und 245 zu Art. 8 ZGB). Die Bestimmung räumt dem Sachgericht für Fälle, in denen der strikte Nachweis des Schadens ausgeschlossen ist, einen erweiterten Ermessensspielraum ein, indem sie ihm gestattet, den Schaden aufgrund einer blossen Schätzung als ausgewiesen zu erachten" (BGE 122 III 219 E. 3a). Dieser Ausnahme vom Regelbeweismass liegt "die

Überlegung zu Grunde, dass die Rechtsdurchsetzung nicht an Beweisschwierigkeiten scheitern darf, die typischerweise bei bestimmten Sachverhalten auftreten" (vgl. BGE 128 III 271 E. 2b/aa S. 275). Die Beweiserleichterung setzt demnach eine 'Beweisnot' voraus. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist, insbesondere wenn die von der beweisbelasteten Partei behaupteten Tatsachen nur mittelbar durch Indizien bewiesen werden können" (BGE 130 III 321 E. 3.2 S. 324 mit Hinweisen).

#### **E. 1.4.2**

Diese rechtlichen Erwägungen sind der rechtskundig vertretenen Klägerin offensichtlich bekannt. Dementsprechend hält sie in ihrer Replik fest, grundsätzlich sei der Schaden konkret zu berechnen. Es sei vom Geschädigten die durch ein Schadenereignis effektiv erlittene wirtschaftliche Einbusse darzulegen. Zur

- 35 - konkreten Schadensberechnung seien bestimmte Schadenereignisse oder (bei Geltendmachung des entgangenen Gewinns) bestimmte gewinnbringende Ereignisse, die durch das schädigende Verhalten verunmöglicht worden seien, nachzuweisen. Obwohl man es bei der Ermittlung des entgangenen Gewinns regelmässig mit einer hypothetischen Frage zu tun habe, sei der Schaden dennoch grundsätzlich konkret zu berechnen. Nur wenn es sich für den Geschädigten unmöglich erweise, den Schaden ziffernmässig nachzuweisen, könne die Schadenshöhe ausnahmsweise auch nach richterlichem Ermessen festgelegt werden (Art. 42 Abs. 2 OR; act. 54 Rz. 455 f.). Folglich handelt es sich nicht um eine neue Erwägung oder eine überraschende Wendung, welche die Gewährung des rechtlichen Gehörs nach sich ziehen würde (Beschluss des Kassationsgerichts des Kantons Zürich AA070059 vom 21. Dezember 2007 E. 2.4a), wenn nachfolgend dargelegt wird, dass vorliegend eine konkrete Schadensberechnung durchaus möglich gewesen wäre und eine Schadensschätzung, wie sie die Klägerin vorgenommen hat, nicht zielführend ist.

#### **E. 1.4.3**

Zur Untermauerung ihrer Ansicht, der Schaden müsse vorliegend geschätzt werden, verweist die Klägerin auf das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 6. November 1998 (in: ZR 100 [2001] Nr. 31). Im damaligen Entscheid, in welchem es um die Ermittlung des entgangenen Gewinns im Falle eines Schadenersatzanspruches aus unlauterem Wettbewerb gegangen sei, habe das Gericht die grundsätzliche Anwendbarkeit der richterlichen Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR in solchen Fällen bejaht und festgehalten, dass bei der Beurteilung des entgangenen Gewinns auf einen hypothetischen Geschehensablauf abzustellen sei, der nicht mit voller Sicherheit festgestellt werden könne und müsse. Vielmehr genüge diesfalls eine gewisse Wahrscheinlichkeit der Gewinnerzielung, wobei gerade für diesen Fall die richterliche Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR sowohl für den Bestand wie auch für die Höhe des geltend gemachten Schadens anwendbar sei (act. 54 Rz. 457). Im genannten Prozess ging es um Schadenersatz für eine unlautere Werbemassnahme eines Konkurrenten. Das Gericht erwog damals, dass der wettbewerbswidrige Effekt zu schätzen sei. Im Übrigen hielt es jedoch fest (ZR 100 [2001]

- 36 - Nr. 31 S. 103 f.): "Eine Schätzung setzt greifbare Tatsachen voraus. Die Klägerin hat dabei eine artikelbezogene Gewinnkalkulation vorzulegen. Was den entgangenen Gewinn (Reingewinn plus Kostendeckungsbeitrag) pro Wareneinheit angeht, genügt bei einem Mehrprodukte-Unternehmen mit unterschiedlichen Erträgen nicht die Angabe eines

Mittelwertes, vielmehr müssen artikelbezogene Daten behauptet werden (JACOBS/KÖHLER, Grosskommentar zum UWG, Berlin 1991, N. 309 zu Vor § 13 UWG; BHG GRUR 1980 841 ff.). [...] Aus diesem Durchschnittswert lässt sich nicht mit der erforderlichen Überzeugung auf irgendeinen der Höhe nach auch nur annähernd zuverlässig bestimmbar Betrag oder Anteil am Umsatzerlös schliessen. Dass es Artikel gibt, deren Gewinnanteil Z% übersteigen, schliesst nicht aus, dass einzelne Artikel einen viel geringeren Gewinnanteil abwerfen. Das kann seine mannigfaltigen Ursachen haben wie etwa zu hohe Einkaufspreise, produktionsbedingte Umstände, kaufmännische Erwägungen, Markttrübsichten, längerfristige Planungen, Fehlkalkulationen und dergleichen. Die mit diesen Erwägungen verbundene Unsicherheit ist jedenfalls so gross, dass sie eine den tatsächlichen Verhältnissen wenigstens ungefähr entsprechende Schätzung der Schadenshöhe allein aufgrund der angegebenen pauschal behaupteten Zahlen ausschliesst. [...] Das richterliche Ermessen bei der Schadensschätzung entbindet nicht von genau belegten Zahlenangaben über die Vorgänge, die der Klägerin bekannt sein müssen. Sie muss dem Gericht Einblick in ihre Kalkulation und somit in die Gestehungskosten und ihre Verteilung auf den Gesamtbetrieb gewähren. [...] Abstrakte, auf Durchschnittswerte abstellende Berechnungen genügen nicht. Die Darlegung der allgemein für vergleichbare Artikel kalkulierten Gewinne genügt in der Regel ebenso wenig wie der Hinweis auf die Gewinne des allenfalls unlauter Werbenden. [...] Es ist nicht Aufgabe des Gerichtes, diese grundlegenden Zahlen im Beweisverfahren herauszufinden und der Klägerin Gelegenheit zu neuen Behauptungen zu geben. Vielmehr setzt eine Beweisauflage nach dem Zivilprozessrecht des Kantons Zürich konkret und detailliert vorgetragene Behauptungen über die Schätzungsgrundlage voraus (§ 113 ZPO; FRANK ET AL., N. 5 zu § 133 ZPO)".

#### **E. 1.4.4**

Aus diesen Erwägungen wird sofort ersichtlich, dass auch der entgangene Gewinn nicht per se zu schätzen ist; vielmehr ist auch er anhand möglichst

- 37 - konkreter und nachprüfbarer Faktoren zu berechnen. Vorliegend behauptet die Klägerin, die Beklagte 2 habe ihre Lieferanten und Kunden mit Ausnahme der D.\_\_\_\_-Spiele gesamthaft übernommen und mit diesen die Geschäfte fortgeführt. Dementsprechend ist nicht vom Umsatz auszugehen, sondern von der Anzahl der von der Beklagten 2 verkauften Spiele, multipliziert mit dem von der Klägerin auf das einzelne, konkrete Spiel berechneten Gewinn. Auf diese Weise lässt sich der entgangene Gewinn durchaus konkret berechnen. Eine Schätzung anhand diverser genereller, wiederum mittels Extrapolation errechneter Grössen (Marktumsatz, Marktanteil, Umsatzsteigerung, etc.), welche auch nach Darstellung der Klägerin zu einer erheblichen Bandbreite des möglicherweise entgangenen Gewinns führt, lässt sich damit nicht nur vermeiden, sondern ist unnötig und falsch.

#### **E. 1.4.5**

Im Sinne dieser Erwägungen hat die Klägerin denn auch die Offenlegung der Umsatzzahlen der Beklagten 2 seit ihrer Gründung beantragt (act. 1 Rz. 291). Aufgrund der fehlenden Behauptungen der Klägerin in Bezug auf ihre artikelbezogene Gewinnkalkulation ist jedoch auch die Edition des Zahlenmaterials seitens der Beklagten 2 unbehelflich. Dabei ist zu beachten, dass die unterbliebenen Behauptungen der Klägerin von dieser Offenlegung unabhängig sind, weshalb der Vorbehalt der Klägerin, ihre Behauptungen nach erfolgtem Beweisverfahren zu ergänzen, unzulässig ist (vgl. Urteil des Handelsgerichts des Kantons

Zürich vom 6. November 1998, in: ZR 100 [2001] Nr. 31 S. 104). Um die vorliegend mögliche und daher notwendige konkrete Schadensberechnung vornehmen zu können, fehlen somit die erforderlichen Behauptungen, weshalb die Klägerin mit ihrem Rechtsbegehren Ziffer 1 nicht durchdringt.

#### **E. 1.4.6**

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass die Klägerin für das Jahr 2006 hinsichtlich der F.\_\_\_\_-Produkte eventualiter auf die Umsatzzahlen der Beklagten 2 abstellt. Dabei errechnet sie einen Deckungsbeitrag von CHF 710'037.00 für das gesamte Jahr 2006. Von diesem subtrahiert sie den vom Beklagten 1 errechneten Betriebskostenanteil von CHF 608'110.00, womit sie entgegen der Rechnung des Beklagten 1 zu einem Gewinn gelangt (act. 54 Rz. 532). Die vom Beklagten 1 vorgenommene Berechnung bezieht sich jedoch nicht

- 38 - auf das gesamte 2006, sondern bloss auf den streitgegenständlichen Zeitraum vom 1. Juni 2006 bis 31. Dezember 2006 und die während dieser Zeit pro rata angefallenen Kosten (act. 14 Rz. 400 in Verbindung mit act. 1 Rz. 305 f.). Der Betriebskostenanteil der F.\_\_\_\_-Produkte für das gesamte Jahr 2006 betrug nach dieser Darstellung folglich CHF 1'042'475.90 (54.4 % von CHF 1'916'316.00). Dementsprechend ergäbe die auf den Umsatzzahlen der Beklagten 2 basierende Rechnung einen Verlust, wenn mit Gesamtjahreszahlen operiert würde.

#### **E. 1.4.7**

Die Klägerin stellt sodann auch hinsichtlich des entgangenen Gewinns aus dem G.\_\_\_\_-Vertriebsrecht subeventualiter auf den Deckungsbeitrag der Beklagten 2 ab (act. 54 Rz. 559). Dieses Vorgehen ist jedoch weder für eine konkrete Schadensberechnung noch für eine geschätzte Schadensermittlung zulässig, da sich die Kostenstrukturen der Klägerin und der Beklagten 2 keineswegs decken müssen. Ausserdem geht die Klägerin davon aus, dass dieser Deckungsbeitrag mit dem entgangenen Gewinn gleichzusetzen sei. Diese Annahme stützt sie lediglich auf ein E-Mail des Beklagten 1 an den Sachbearbeiter der ... AG [Bank], in welchem der Beklagte 1 erklärt, G.\_\_\_\_ könne mit den gleichen Fixkosten integriert werden (act. 54 Rz. 559, act. 55/23). Aus dem Kontext dieses E-Mails wird jedoch ersichtlich, dass der Beklagte 1 damit rechnete, dass D.\_\_\_\_ ihre Produkte nicht über die Beklagte 2 vertreiben lässt. Folglich ging der Beklagte 1 davon aus, dass die durch den Wegfall der D.\_\_\_\_-Produkte entstandene Lücke durch die hinzutretenden G.\_\_\_\_-Produkte ausgefüllt wird. Dementsprechend könnte der Schlussfolgerung der Klägerin, es seien keine Betriebskosten zu berücksichtigen, ohnehin nicht gefolgt werden.

#### **E. 1.4.8**

Doch selbst wenn davon ausgegangen würde, dass eine konkrete Schadensberechnung nicht möglich und eine Schätzung im Sinne von Art. 42 Abs. 2 OR angezeigt wäre, lassen bereits die Ausführungen der Klägerin eine solche nicht in ausreichendem Masse zu. Das Bundesgericht hielt dazu fest, die Beweisermittlung in Art. 42 Abs. 2 OR entbinde den Geschädigten nicht von der ihm obliegenden Substantiierungspflicht. Er habe vielmehr sämtliche Umstände, die für den Eintritt eines Schadens sprechen oder dessen Abschätzung erlauben oder erleichtern, soweit möglich und zumutbar zu behaupten und zu beweisen.

- 39 - sen. Die vom Geschädigten vorgebrachten Umstände müssten geeignet sein, den Bestand des Schadens hinreichend zu belegen und seine Grössenordnung hinreichend fassbar werden zu lassen. Der Schluss, dass tatsächlich ein Schaden vom behaupteten ungefähren Umfang eingetreten sei, müsse sich dem Gericht mit einer gewissen Überzeugungskraft aufdrängen. Die Zusprechung von Schadenersatz setze voraus, dass der Eintritt des geltend gemachten Schadens nicht bloss im Bereich des Möglichen liege, sondern als annähernd sicher erscheine (BGE 122 III 219 E. 3.a mit Hinweisen; BGE 134 III 306 E. 4.1.2).

#### **E. 1.4.9**

Die Ausführungen der Klägerin enthalten dagegen zu viele Variablen, welche dazu führen, dass sich die Ungenauigkeit der Schätzung im Laufe der Berechnung stark vergrössert. So besitzt das Umsatzwachstum des Gesamtmarktes, auf welches die Klägerin abstellt, kaum bis gar keine Aussagekraft über das Wachstum des Umsatzes mit einem bestimmten Produkt. Entgegen den Ausführungen der Klägerin (act. 1 Rz. 325 f.) ist denn auch der Beklagte 1 gegenüber der ... AG [Bank] nicht von vergleichbaren Zahlen ausgegangen. In einem E-Mail an die ... AG [Bank] erklärte der Beklagte 1 freilich, er nehme an, mit G.\_\_\_\_\_ einen Umsatz von CHF 8 Mio. zu generieren, was einem Deckungsbeitrag von CHF 1.6 Mio. entspreche. Weiter führte er jedoch aus, dass zusammen mit den Verkäufen von F.\_\_\_\_\_ -Produkten ein Umsatz von insgesamt CHF 15 Mio. möglich sei, womit ein Profit vor Steuern von CHF 1 Mio. ermöglicht werde (act. 4/23). Eine Gewinnsschätzung von über CHF 3 Mio. erscheint daher verfehlt, jedenfalls als zu hoch gegriffen, wenn man bedenkt, dass die Klägerin den entgangenen Gewinn nicht sämtlicher Produkte und nicht für drei Jahre geltend macht, sondern lediglich für den Verkauf von G.\_\_\_\_\_ -Produkten für ein Jahr und für die Produkte von F.\_\_\_\_\_ für rund 2.5 Jahre (G.\_\_\_\_\_ : 1. Juni 2006 bis 31. Mai 2007 = 12 Monate, F.\_\_\_\_\_ : 1. Juni 2006 bis 31. Dezember 2008 = 31 Monate). Für das damals laufende Geschäftsjahr ging der Beklagte 1 schliesslich von einem Vorsteuergewinn von rund CHF 450'000.00 bis CHF 500'000.00 aus (act. 4/23). Die Schätzungen der Klägerin halten aber auch dem Vergleich mit ihrem bisher erzielten Gewinn nicht stand. Innerhalb von nur vier Geschäftsjahren (von 2002/2003 bis 2005/2006) reduzierte sich der Gewinn der Klägerin vor Steuern nach ihren eigenen Angaben um mehr als die Hälfte (von CHF 906'038.84 auf

- 40 - CHF 452'212.14; act. 1 Rz. 23). Es erscheint daher nicht plausibel, dass die Klägerin innerhalb des erwähnten Zeitraums diesen erheblichen Gewinn von CHF 3 Mio. erzielt hätte, wobei zu diesem Betrag die Gewinne aus den Verkäufen der "Hausmarken" D.\_\_\_\_\_, denen der für die Klägerin bedeutendste Lieferantenvertrag zugrunde lag (act. 1 Rz. 109), noch hinzukommen würden.

#### **E. 1.4.10**

Dasselbe Missverhältnis ergibt sich auch bei den klägerischen Eventualanträgen für die Jahre 2007 und 2008. Die Klägerin rechnet dabei mit Gesamtmarktumsätzen und Marktanteilen. Vom so errechneten F.\_\_\_\_\_ -Gesamtmarktumsatz für das Jahr 2007 zieht die Klägerin 45 % für den von ihr bestrittenen Verlust des Exklusivvertriebsrechts, den die Beklagten 1 und 2 geltend machen, ab. Auf dieser Grundlage errechnet sie einen entgangenen Gewinn für das Jahr 2007 von CHF 531'290.00 und für das Jahr 2008 von CHF 605'944.00. Folglich macht die Klägerin geltend, sie hätte im Jahr 2007 und 2008 mit F.\_\_\_\_\_ -Produkten jeweils weit mehr als 100 % ihres im Geschäftsjahr 2005/2006 mit

sämtlichen Produkten und mit bestehendem F.\_\_\_\_\_-Exklusivvertriebsrecht erwirtschafteten Gewinns vor Steuern (CHF 452'212.14; act. 1 Rz. 23) erzielt. Zu beachten ist dabei, dass die Klägerin für die Jahre 2007 und 2008 noch nicht einmal den entgangenen Gewinn der PC-Spiele, sondern nur denjenigen der Konsolen-Spiele berücksichtigt haben will (act. 54 Rz. 535). Diese enorme Gewinnsteigerung vermag auch bzw. insbesondere im Rahmen einer Schadensschätzung nicht zu überzeugen.

#### **E. 1.4.11**

Der Eventualantrag der Klägerin hinsichtlich des entgangenen Gewinns aus dem G.\_\_\_\_\_-Vertriebsrecht unterscheidet sich von ihrem Hauptantrag lediglich in der Zeitdauer, für welche ein Schaden geltend gemacht wird. Folglich kann diesbezüglich auf die vorstehenden Erwägungen verwiesen werden.

#### **E. 1.4.12**

Das von der Klägerin schliesslich für den Fall, dass sich das Gericht ausser Stande fühle, den entgangenen Gewinn zu schätzen, beantragte Sachverständigengutachten ist nicht zielführend. Es ist nämlich nicht die Aufgabe eines Gutachtens, mangelhafte Parteibehauptungen mit den nötigen Substantiierungen zu ergänzen (vgl. auch dazu das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 6. November 1998, in: ZR 100 [2001] Nr. 31 S. 104, worin festgehalten wird:

- 41 - "Die Bezugnahme auf Beweismittel (Zeugen, Expertise) vermag die Vollständigkeit der Sachdarstellung nicht herbeizuführen." 2. Eventualbegründungen der Klägerin Für den Fall, dass sie mit ihren Ansprüchen gemäss ihren Rechtsbegehren nicht durchdringen sollte (act. 54 Rz. 561), macht die Klägerin Eventualbegründungen geltend (vgl. III.4.), welche nachfolgend zu prüfen sind.

### **E. 2**

Weiter seien die Beklagten 1 und 2 unter solidarischer Haftung zu verpflichten, der Klägerin - CHF 88'783.90 zzgl. Zins zu 5% seit dem 6. Juni 2006 - CHF 32'586.50 zzgl. Zins zu 5% seit dem 31. Dezember 2006 - GBP 1'144.75 zzgl. Zins zu 5% seit dem 31. Dezember 2006 zu bezahlen.

#### **E. 2.1**

Entgangener Gewinn aus dem Distributionsvertrag

##### **E. 2.1.1**

Es ist unbestritten, dass die Beklagte 2 von der Klägerin mit Spielen beliefert wurde und ihr daraus von der Beklagten 2 noch CHF 40'785.00 zustehen (siehe Ziff. 6 nachstehend). Die Klägerin macht nun geltend, dadurch, dass die Verkaufsgeschäfte nicht über sie abgewickelt worden seien, sei ihr ein Gewinn entgangen (act. 54 Rz. 577). Zur Berechnung dieses Gewinns subtrahiert sie vom Verkaufspreis pro Spiel ihren Einkaufspreis. Von dem erhaltenen Betrag zieht sie die Summe ab, welche sie als Rechtsbegehren Ziffer 4 als offenen Rechnungsbeitrag geltend macht (act. 54 Rz. 578 f.). Auf diese Weise gelangt sie zu einem entgangenen Gewinn von CHF 35'930.50 (act. 54 Rz. 579).

##### **E. 2.1.2**

Der Beklagte 1 bestreitet unter anderem, dass die Klägerin die Spiele zum Preis hätte verkaufen können, auf dem ihre Berechnung beruhe (act. 60 Rz. 298). Der Klägerin sei kein Schaden in der Höhe von CHF 76'715.00 entstanden (act. 60 Rz. 299). Es sei auch keine

Anspruchsgrundlage gegenüber dem Beklagten 1 dargetan (act. 60 Rz. 297).

### **E. 2.1.3**

Die Beklagte 2 beanstandet unter anderem die klägerische Schadensbe- rechnung. Die Klägerin stelle auf die Verkaufspreise ab, die sie mit einem Direkt- verkauf erzielt hätte. Unbestrittenermassen habe die Klägerin jedoch keine Di- rektverkäufe mehr getätigt. Die D.\_\_\_\_-Produkte seien nach dem Rauswurf des Beklagten 1 über die P.\_\_\_\_ GmbH vertrieben worden. Bei der Berechnung des angeblichen Gewinns müsse man also auch die Marge der P.\_\_\_\_ GmbH be- rücksichtigen (act. 63 Rz. 252). Dazu komme, dass die Klägerin für den Verkauf

- 42 - der Spiele Personal benötigt hätte. Der angeblich entgangene Gewinn könne da- her nicht einfach mit der angeblich entgangenen Marge gleichgesetzt werden. Vielmehr hätte die Klägerin darlegen müssen, wie viel ihr netto nach Abzug der anteiligen Betriebskosten geblieben wäre. Dazu stelle sie jedoch keine Behaup- tungen auf (act. 63 Rz. 254).

### **E. 2.1.4**

Die Berechnung der Klägerin stellt den primären Deckungsbeitrag (Ver- kaufspreis - Warenkosten) dem Gewinn gleich. Dabei vernachlässigt die Klägerin, dass, hätte sie den Vertrieb der D.\_\_\_\_-Produkte weitergeführt, neben den Wa- renkosten auch weitere Aufwendungen angefallen wären, zumal die Behauptung der Beklagten 2, die Klägerin hätte für den Verkauf der D.\_\_\_\_-Produkte Perso- nal gebraucht, unbestritten blieb. Die Klägerin stellt bezüglich ihrer für den Betrieb der D.\_\_\_\_-Produkte notwendigen Betriebskosten keine Behauptungen auf. Dementsprechend ist mangels Substantiierung eine Feststellung des angeblich entgangenen Gewinns nicht möglich. Es erübrigen sich daher Weiterungen, und die Klage ist auch in diesem Punkt abzuweisen.

## **E. 2.2**

Schaden aus der Erstellung und Annullierung der Bankgarantien

### **E. 2.2.1**

Die Klägerin macht, wie bereits erwähnt, geltend, der Beklagte 1 habe zur Absicherung der Geschäftstätigkeit der Beklagten 2 im Zusammenhang mit den Hauptlieferanten F.\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_ zum Nachteil der Klägerin bei der ... AG [Bank] zwei Bankgarantien erstellen lassen, wofür die Klägerin zu ihrem Schaden insgesamt CHF 2'556.75 bezahlt habe (act. 54 Rz. 580 f.).

### **E. 2.2.2**

Der Beklagte 1 bestreitet die Forderung der Klägerin und erachtet ihre Ausführungen als unsubstantiiert (act. 60 Rz. 300).

### **E. 2.2.3**

Die Beklagte 2 führt aus, ihr seien die angeblichen unerlaubten Handlun- gen des Beklagten 1 im Zusammenhang mit den behaupteten Bankgarantien nicht anzurechnen, da diese in jedem Fall vor ihrer Gründung erfolgt seien (act. 63 Rz. 256 ff.).

### **E. 2.2.4**

Die Klägerin verweist in ihrer Rechtsschrift auf die eingereichten Bankga- rantien und die dazugehörige Korrespondenz mit der ... AG [Bank] (act. 54 Rz.

- 43 - 580). Daraus ergibt sich, dass beide Bankgarantien als Schuldnerin im Grundgeschäft die Klägerin aufführen (act. 55/84 und 55/86). Dementsprechend wären diese Garantien für Verpflichtungen, welche die Beklagte 2 eingegangen ist, nutzlos. Gleichzeitig führt die Klägerin die Bankgarantie zugunsten der G2. \_\_\_\_\_ GmbH & Co (G. \_\_\_\_\_) zur Begründung dafür an, dass sie mit G2. \_\_\_\_\_ GmbH & Co einen Vertriebsvertrag geschlossen habe (act. 1 Rz. 104). Es ist daher nicht ersichtlich, wie die Ausstellung dieser Bankgarantie der Klägerin zum Nachteil gereicht. Unbestritten war die Vorlage einer Bankgarantie eine Verpflichtung aus dem Vertriebsvertrag, den sie mit G2. \_\_\_\_\_ GmbH & Co geschlossen hatte (siehe nachstehend Ziffer 3.4.8). Die Erstellung der Bankgarantie zugunsten von F. \_\_\_\_\_ wurde sodann am 9. März 2006 und daher zu einem Zeitpunkt bestätigt, in dem über die Gründung der Beklagten 2 auch nach der Darstellung der Klägerin noch gar nicht entschieden war (vgl. act. 1 Rz. 31 und 41). Die Bankgarantien wurden folglich zugunsten der Klägerin für ihre Geschäftstätigkeit erstellt und waren für die Beklagte 2 nutzlos. Der Klägerin ist folglich kein Schaden entstanden und die Klage ist in diesem Punkt abzuweisen. 3. Überweisung an die Beklagte 2 (CHF 88'783.90)

### **E. 3**

Es sei der Beklagte 1 zusätzlich zu verpflichten, der Klägerin - CHF 226'192.00 zuzüglich Zins von • 5% auf CHF 6'192.00 seit dem 31. Mai 2005 • 5% auf CHF 70'000.00 Zins seit dem 14. Dezember 2005 • 2,25 % auf CHF 200'000.00 vom 5. November 2002 bis zum 31. Januar 2004 • 2,25 % auf CHF 170'000.00 vom 1. Februar 2004 bis zum 21. Dezember 2006 • 2,25 % auf CHF 150'000.00 vom 1. Februar 2005 bis zum 21. Dezember 2006 • 5 % auf CHF 150'000.00 seit dem 22. Dezember 2006 - CHF 720.00 zzgl. 7.6% MwSt. sowie Zins zu 5% seit 3. Januar 2006 - CHF 3'134.00 zzgl. 7.6% MwSt. sowie Zins zu 5% seit 1. Juli 2007 zu bezahlen.

#### **E. 3.1**

Die Gerichtsgebühr ist in Anwendung der §§ 2 Abs. 1, 4 Abs. 1 und 2 und 9 Ziff. 1 aGebV festzulegen. Dabei sind insbesondere die durchgeführte Referenzaudienz und Vergleichsverhandlung, die Tatsache, dass drei Parteien involviert sind, der beachtliche Umfang der Rechtsschriften und die grosse Anzahl an Beilagen zu berücksichtigen. Dies rechtfertigt eine Erhöhung der Gerichtsgebühr auf 150 %, was CHF 82'000.00 entspricht.

##### **E. 3.1.1**

Die Klägerin führt aus, der wohl wichtigste Abnehmer ihrer selbst und mit- hin auch der Beklagten 2 seien die verschiedenen Filialen der Firmengruppe K1. \_\_\_\_\_ Schweiz. Der Beklagte 1 habe mit Hilfe des in seinem Auftrag und für die Beklagte 2 handelnden S1. \_\_\_\_\_ bewirkt, dass der mit K1. \_\_\_\_\_ geschlossene Partnerschaftsvertrag anfangs Juli 2006 auf die Beklagte 2 übertragen bzw. mit der Beklagten 2 ein identischer Vertrag geschlossen und K1. \_\_\_\_\_ instruiert worden sei, ihre Bestellungen fortan über die Beklagte 2 zu tätigen. Offenbar seien die Lieferungen an die K1. \_\_\_\_\_ im Juni 2006 dessen ungeachtet weiterhin über die Klägerin abgewickelt worden, wobei der daraus resultierende Erlös unverzüglich (das heisst noch vor dessen tatsächlicher Realisierung) auf die Beklagte 2 übertragen worden sei. Im Auftrag des Beklagten 1 seien so insgesamt CHF 88'783.90 vom Konto der Klägerin abgebucht und der Beklagten 2 gutgeschrieben-

- 44 - ben worden (Zahlungsaufträge vom 21., 22., 29. und 30. Juni 2006; act. 1 Rz. 171, act. 54 Rz. 143 f., act. 4/170-174). Die Abwicklung dieser Geschäfte sei wohl rein formell

über die Klägerin erfolgt, da die Beklagte 2 bei der K1. \_\_\_\_\_ Gruppe noch nicht als offizielle Lieferantin gelistet gewesen sei und die K1. \_\_\_\_\_ daher nur über die Klägerin hätten beliefert werden können (act. 54 Rz. 146).

### **E. 3.1.2**

Es sei davon auszugehen, dass über die Klägerin getätigte Bestellungen, Lieferungen und Fakturierungen nachträglich der Beklagten 2 gutgeschrieben worden seien. Dafür gebe es keinen Grund (act. 1 Rz. 173). Der Beklagte 1 habe die Klägerin eines lukrativen Geschäftes mit K1. \_\_\_\_\_ beraubt, obschon er als Geschäftsführer der Klägerin verpflichtet gewesen wäre, diese Geschäfte ordentlich namens und zugunsten der Klägerin abzuwickeln. Die vom Beklagten 1 eingereichten Lieferscheine würden noch nicht belegen, dass die Beklagte 2 die fraglichen Waren tatsächlich selber eingekauft und die Spiele tatsächlich an die Klägerin ausgeliefert habe. Die Lieferscheine seien nicht von der Klägerin gekennzeichnet. Zudem wiesen die eingereichten Lieferscheine und Rechnungen interressanterweise als Adresse der Beklagten 2 bereits jene an der T. \_\_\_\_\_-Strasse [aktuelle Adresse der Beklagten 2] auf. Zum Zeitpunkt der Rechnungsstellung im Juni 2006 sei das Domizil der Beklagten 2, welche ihre Tätigkeiten faktisch aus den klägerischen Räumlichkeiten an der M. \_\_\_\_\_-Strasse ausgeübt habe, indes noch an der c/o-Adresse gewesen, ab dem 16. August 2006 sei es dann an der ...strasse ... und erst ab dem 21.11.2007 an der T. \_\_\_\_\_-Strasse gewesen. Die Klägerin bestreitet daher, dass die entsprechenden Lieferscheine im Jahre 2006 erstellt worden seien sowie dass die Beklagte 2 diese Spiele tatsächlich eingekauft und an die Klägerin geliefert habe. Zudem stünden den gemachten Zahlungen von insgesamt CHF 88'783.90 lediglich behauptete Lieferungen im Umfange von CHF 66'028.50 gegenüber. CHF 22'755.40 seien daher zuviel bezahlt. Die Klägerin bestreitet, entsprechende Lieferungen von der Beklagten 2 erhalten zu haben. Vielmehr sei insgesamt davon auszugehen, dass es sich hierbei um fiktive, nachträglich fingierte Lieferungen von der Beklagten 2 an die Klägerin handle, die gar nicht stattgefunden hätten. Die vom Beklagten 1 veranlassten Zahlungen seien daher ungerechtfertigt, weshalb der Gesamtbetrag von CHF 88'783.90 geschuldet sei. Der Beklagte 1 habe durch die Bezahlung fiktiver Leis-

- 45 - tungen an die Beklagte 2 gegen seine Treuepflichten als Geschäftsführer, Gesellschafter und Arbeitnehmer sowie gegen das Konkurrenzverbot verstossen (act. 54 Rz. 147, 150 ff. und 475 f.).

### **E. 3.1.3**

Die entsprechenden Kosten seien grundsätzlich ab Schadenseintritt zu verzinsen. Die letzte Überweisung dieser Art sei am 30. Juni 2006 erfolgt, weshalb die Klägerin der Einfachheit halber für sämtliche Überweisungen dieses Datum als Beginn des Zinsenslaufs verwende (act. 1 Rz. 347).

### **E. 3.2**

Die Gerichtsgebühren werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt. Obsiegt keine Partei vollständig, werden die Kosten verhältnismässig verteilt (§ 64 Abs. 2 ZPO/ZH).

#### **E. 3.2.1**

Der Beklagte 1 macht geltend, die Zahlungen der Klägerin an die Beklagte 2 seien nicht irrtümlich, sondern aufgrund der an sie geleisteten Lieferungen der Beklagten 2 erfolgt. Die

Gesamtsumme dieser Lieferungen entspreche den CHF 88'783.90. Die Zahlungen seien daher in keiner Art und Weise rechtsgrundlos getätigt worden (act. 14 Rz. 144 f., act. 60 Rz. 55). Die Klägerin wiederum habe die gelieferten Waren gegenüber K1.\_\_\_\_\_ in Rechnung gestellt und daran Geld verdient (act. 60 Rz. 56). Richtig sei, dass die Beklagte 2 noch nicht gelistet gewesen sei und die Ware möglichst schnell bei K1.\_\_\_\_\_ hätte sein sollen. Deshalb sei der Vorgang vom Beklagten 1 auch so akzeptiert worden. Die Klägerin habe dabei kein Geld verloren, sondern daran verdient, da sie die Produkte, die ihr von der Beklagten 2 geliefert worden seien, mit einer geringen Marge an K1.\_\_\_\_\_ habe weiterverrechnen können (act. 60 Rz. 58). Der Beklagte 1 habe die Klägerin nicht eines Geschäftes beraubt, da K1.\_\_\_\_\_ die Ware bei der Beklagten 2 bestellt habe und die Lieferanten die Beklagte 2 beliefert hätten (act. 60 Rz. 59). Es lasse sich ohne Weiteres im Warenbewirtschaftungssystem der Klägerin nachweisen, dass ein Wareneingang und eine Rechnungsstellung an K1.\_\_\_\_\_ erfolgt seien. Andernfalls seien die entsprechenden Belege bei K1.\_\_\_\_\_ zu edieren (act. 60 Rz. 60).

### **E. 3.2.2**

Die neue Adresse sei systembedingt auf die Lieferscheine und Rechnungen aufgedruckt worden. Sobald eine Adressänderung stattfindet, müsse diese nämlich im System eingegeben werden. Beim Nachdruck erscheine daher die neue Adresse auf dem Briefpapier; die Rechnungsnummer bleibe aber dieselbe

- 46 - (act. 60 Rz. 62). Zudem hält der Beklagte 1 fest, dass der Vertrag mit der Klägerin seitens K1.\_\_\_\_\_ gar nicht gekündigt worden sei. K1.\_\_\_\_\_ habe pro Artikel mehrere Lieferanten hinterlegt. Die Listung von neuen Lieferanten sei ein völlig normaler Vorgang (act. 60 Rz. 54).

### **E. 3.3**

Die Klägerin unterliegt mit Rechtsbegehren Ziffer 1 vollständig (CHF 3'000'000), mit Rechtsbegehren Ziffer 2 im Betrag von CHF 17'247.50 (CHF 32'586.50 - CHF 10'754.40 [Gutheissung betr. Beklagte 1 und 2] - CHF 2'199.60 [Gutheissung betr. Beklagter 1] - CHF 2'385.00 [Gutheissung betr.

- 101 - Beklagte 2]) und mit Rechtsbegehren Ziffer 3 mit CHF 3'740.90 (CHF 720.00 + CHF 3'020.90). Dies ergibt einen Gesamtbetrag von CHF 3'020'988.40, so dass die Klägerin zu 89 % unterliegt. Die Beklagten 1 und 2 zusammen unterliegen mit Rechtsbegehren Ziff. 2. mit CHF 99'538.30 und damit zu rund 3 %. Der Beklagte 1 unterliegt mit Rechtsbegehren Ziff. 2. im Betrag von CHF 4'530.45 und mit Rechtsbegehren Ziff. 3. mit CHF 226'305.10. Dies ergibt insgesamt CHF 230'835.55, was rund 7 % des Streitwertes entspricht. Die Beklagte 2 unterliegt mit Rechtsbegehren Ziff. 2. in der Höhe von CHF 2'385.00 und mit Rechtsbegehren Ziff. 4. im Betrag von CHF 40'785.00. Damit unterliegt die Beklagte 2 mit einem Betrag von CHF 43'170.00 bzw. zu rund 1 %.

### **E. 3.4**

Zusammenfassend sind der Klägerin 89 % der Gerichtsgebühren aufzuerlegen, den Beklagten 1 und 2 solidarisch 3 % sowie zusätzlich dem Beklagten 1 7 % und der Beklagten 2 1 %.

#### **E. 3.4.1**

Die Klägerin fordert von der Beklagten 2 die Rückleistung der fraglichen Zahlungen, da diese eines Rechtsgrundes entbehrten und die Beklagte 2 mithin ungerechtfertigt bereichert sei. Gegenüber dem Beklagten 1 macht sie die Verletzung seiner Geschäftsführerpflichten geltend, da er die angeblich ungerechtfertigten Zahlungen ausgelöst habe. Nachfolgend ist daher zuerst zu prüfen, ob die Beklagte 2 ungerechtfertigt bereichert ist.

#### **E. 3.4.2**

Zwischen den Parteien ist dabei unbestritten, dass die Beklagte 2 den Betrag über CHF 88'783.90 erhalten hat. Ebenso ist unbestritten, dass die Zahlungen in diesem Umfang von der Klägerin geleistet worden sind. Folglich ist noch zu

- 47 - prüfen, ob die Zahlungen ohne Rechtsgrund und damit ungerechtfertigt erfolgt sind. Es ist unbestritten, dass die Klägerin die bestellten Videospiele an K1.\_\_\_\_\_ geliefert hat und folglich vor der Lieferung an K1.\_\_\_\_\_ im Besitz dieser Spiele gewesen war. Die Beklagten 1 und 2 führen nun aus, die Beklagte 2 habe die Klägerin mit diesen Spielen beliefert, wofür die genannten Zahlungen das Entgelt darstellen würden. Die Klägerin bestreitet dies und erklärt, die Lieferungen seien finanziert worden. Die Beklagte 2 habe K1.\_\_\_\_\_ mangels Leistung gar nicht beliefern können. Dazu ist zu erwähnen, dass unbestritten blieb, dass die Klägerin und nicht die Beklagte 2 für die Lieferungen seitens K1.\_\_\_\_\_ bezahlt worden war.

#### **E. 3.4.3**

Zur Beweislastverteilung in Fällen der ungerechtfertigten Bereicherung hielt das Bundesgericht fest: "Celui qui agit en restitution de l'enrichissement illégitime doit établir que l'avantage obtenu à ses dépens est dépourvu de cause légitime (Art. 8 CC). Comme le demandeur doit apporter la preuve d'un fait négatif, les règles de la bonne foi obligent le défendeur à coopérer à la procédure probatoire, notamment en offrant la preuve du contraire" (BGE 106 II 29 E. 2 S. 31). Dementsprechend wurden die Parteien im Beschluss des Handelsgericht des Kantons Zürich vom 5. Februar 2010 (act. 51 S. 8) betreffend Substantiierung unter anderem darauf hingewiesen, dass eine nicht beweispflichtige Partei auch bei der Bestreitung eine Substantiierungspflicht trifft, sofern sie näher zur Sache steht. Dies ist vorliegend der Fall, da die Klägerin nach dem Weggang sämtlichen Personals und der Kündigung des Beklagten 1 ohne Mitarbeiter dastand, die über die fraglichen Vorgänge hätten Auskunft geben können. Zudem blieb unbestritten, dass der Beklagte 1 die streitgegenständlichen Zahlungen ausgelöst hat und es die Beklagte 2 war, welche die angeblichen Lieferungen an die Klägerin vorgenommen hat. Der sie treffenden Substantiierungspflicht werden die Beklagten 1 und 2 jedoch nicht gerecht. So behaupten sie lediglich, von K1.\_\_\_\_\_ die Bestellung erhalten und die Klägerin beliefert zu haben. Wann diese Lieferungen und die Bestellung erfolgten, weshalb sich die Klägerin mit F.\_\_\_\_\_ -Produkten hätte beliefern lassen sollen, obwohl sie nach Darstellung der Beklagten 1 und 2 noch immer selbst

- 48 - über einen Liefervertrag mit F.\_\_\_\_\_ verfügte und die Beklagte 2 auf die Kooperation der Klägerin angewiesen war, und weshalb K1.\_\_\_\_\_ die Klägerin bezahlte, obwohl sie angeblich bei der Beklagten 2 die Bestellung aufgegeben haben soll, lassen sie offen. Die von ihnen eingereichten Lieferscheine sind anerkanntermassen keine Originale, sondern veränderte Nachdrucke, welche dementsprechend keine Unterschrift oder Ähnliches der Klägerin enthalten. Sie verfügen ebenso wenig über Angaben zum Lieferungsempfänger, Lieferungszeitpunkt oder zum Lieferstatus, obwohl eine entsprechende Spalte dafür

vorgesehen wäre und Be- anstandungen hinsichtlich der gelieferten Menge explizit nur bis acht Tage nach Erhalt der Lieferung berücksichtigt werden (act. 15/28). Der Hinweis des Beklag- ten 1, der Wareneingang sei aus dem Warenbewirtschaftungssystem der Klägerin ersichtlich, kann zum einen die mangelhafte Substantiierung nicht beheben, da es, wie vorstehend erwähnt, nicht die Aufgabe des Beweisverfahrens ist, die Aus- führungen einer Partei mit Sachbehauptungen zu ergänzen. Zum anderen kann ein solcher Eintrag alleine den Beweis für die Lieferung ohnehin nicht erbringen, da der Beklagte 1 als Geschäftsführer der Klägerin auf dieses System Zugriff hat- te und davon auszugehen ist, dass er dieses ebenfalls angepasst hätte, soweit die Lieferungen fingiert worden wären. Für eine entsprechende Edition bei Dritten (wie z.B. dem Spediteur) im Rahmen eines Beweisverfahrens fehlen die notwen- digen Behauptungen.

#### **E. 3.4.4**

Die Beklagte 2 weist indessen darauf hin, dass fast die Hälfte der Liefe- rung Produkte von G.\_\_\_\_\_ betroffen habe, mit welcher die Klägerin nach Dar- stellung der Beklagten 1 und 2 nie einen Vertriebsvertrag unterhalten habe. Erste- res blieb unbestritten bzw. wurde von der Klägerin ebenfalls so ausgeführt (act. 15/28 und 64/2-4 sowie act. 54 Rz. 149, worin die Klägerin festhält, dass das Spiel "... " von G.\_\_\_\_\_ sei). Es ist daher zu prüfen, ob zwischen der Klägerin und G.\_\_\_\_\_ je ein Vertrag bestanden hat. Die Klägerin führt hierzu aus, anfangs März 2006 seien G.\_\_\_\_\_ (bzw. deren Ver- triebsgesellschaft, die G2.\_\_\_\_\_ GmbH & Co) und die Klägerin in Verhandlungen für eine Zusammenarbeit gewesen. Am 4. April 2006 und am 4. Mai 2006 habe G.\_\_\_\_\_ der Klägerin per E-Mail zwei Vertragsentwürfe zugestellt. Diese hätten

- 49 - der Klägerin ein Alleinvertriebsrecht eingeräumt. Anfangs Mai 2006 seien nur noch Kleinigkeiten zu bereinigen gewesen und schliesslich sei man sich handels- einig geworden. Aus diesem Grund habe die ... AG [Bank] am 25. April 2006 eine Bankgarantie über CHF 150'000.00 zur Sicherstellung der Zahlungen der Klägerin ausgestellt. Darin werde ausdrücklich festgehalten, dass der Vertrag mit der Klä- gerin abgeschlossen worden sei (act. 1 Rz. 99 ff.). Die Klägerin stützt ihre Be- hauptungen auf ein E-Mail von U.\_\_\_\_\_ von G.\_\_\_\_\_ an den Beklagten 1 vom 7. März 2006, worin die Anforderungen von G.\_\_\_\_\_ an die Klägerin enthalten seien (act. 1 Rz. 100, act. 4/87), auf die bereits erwähnten zwei E-Mails samt Vertrags- entwürfen (act. 4/88 und 4/89), auf ein E-Mail von V.\_\_\_\_\_, Product Manager der Klägerin, vom 19. April 2006, worin dieser festhalte, er finde es absolut genial, dass sie nun mit G.\_\_\_\_\_ zusammenarbeiten dürften bzw. würden (act. 1 Rz. 103, act. 4/90), auf ein E-Mail von W.\_\_\_\_\_, Mitarbeiter der ... AG [Bank], an den Beklagten 1 vom 5. April 2006, in welcher W.\_\_\_\_\_ dem Beklagten 1 zum Ver- tragsabschluss mit G.\_\_\_\_\_ gratuliere (act. 1 Rz. 103, act. 4/91), sowie auf die ebenfalls erwähnte Bankgarantie der ... AG [Bank] (act. 1 Rz. 104, act. 4/92). Zur Letzteren führt die Klägerin aus, anlässlich seiner Zeugeneinvernahme im Strafverfahren habe R.\_\_\_\_\_, Kreditsachbearbeiter bei der ... AG [Bank], bestä- tigt, dass die Bankgarantie namens der Klägerin ausgestellt worden sei. Aus der Belastungsanzeige (recte: Ausführungsanzeige) der ... AG [Bank] gehe hervor, dass die Klägerin die Schuldnerin im Grundgeschäft und die G2.\_\_\_\_\_ GmbH & Co. (für G.\_\_\_\_\_ ) die Begünstigte sei. Die für die Bankgarantie fällige Prämie von CHF 2'002.85 sei der Klägerin mit Valuta vom 21. April 2006 belastet worden. Dies könne nicht ohne Wissen und Willen des Beklagten 1 geschehen sein (act. 54 Rz. 742).

#### **E. 3.4.5**

Der Beklagte 1 bestätigt, sich um G.\_\_\_\_\_ bemüht und Anfang März 2006 Vertragsverhandlungen geführt zu haben. Ein Vertrag sei jedoch nicht abgeschlossen worden, G.\_\_\_\_\_ sei vorher abgesprungen (act. 14 Rz. 78 und 80). Wäre man sich handelseinig geworden, wäre auch ein Vertrag unterzeichnet worden. Sodann könne dem Beklagten 1 nicht angelastet werden, wenn sich V.\_\_\_\_\_ über eine mögliche Zusammenarbeit mit G.\_\_\_\_\_ freue (act. 14 Rz. 81). Eine

- 50 - Bankgarantie sei nicht ausgestellt worden. Die Bankgarantie datiere vom 21. Mai 2006 und nehme auf einen bereits abgeschlossenen Vertrag Bezug, obwohl der Vertrag am 4. Mai 2006 erst im Entwurf vorlegen habe. Es handle sich denn auch bei der Garantie bloss um einen Entwurf (act. 14 Rz. 82, act. 60 Rz. 79). Zum angeblichen Rückzug von G.\_\_\_\_\_ führt der Beklagte 1 aus, diese habe von der Klägerin wissen wollen, ob sie angesichts der anhaltend schlechten Nachrichten über die D.\_\_\_\_\_ -Gruppe in der Lage sein werde, ihren vertraglich vorgesehenen Verpflichtungen in finanzieller, aber auch in administrativer Hinsicht nachzukommen, falls eine Einigung zustande käme. Der Beklagte 1 habe sie informieren müssen, dass er ab Juni 2006 ohne Personal dastehen werde. Aus diesem Grund habe sich G.\_\_\_\_\_ aus den Vertragsverhandlungen zurückgezogen (act. 14 Rz. 84, act. 60 Rz. 6).

#### **E. 3.4.6**

Die Beklagte 2 beschränkt sich im Wesentlichen darauf, auf die Ausführungen des Beklagten 1 zu verweisen (act. 18 Rz. 48 ff.).

#### **E. 3.4.7**

Die Ausführungen der Klägerin sind substantiiert und ergeben mit den eingereichten Urkunden, aus welchen die Klägerin teilweise zitiert und auf welche sie verweist, ein klares Bild der Geschehnisse zwischen G.\_\_\_\_\_ und der Klägerin in den Monaten April und Mai 2006 aus Sicht der Klägerin. Diese Ausführungen wären durch die Beklagten 1 und 2 entsprechend substantiiert zu bestreiten gewesen. Auf dieses Erfordernis wurden die Parteien, wie bereits erwähnt, im Beschluss vom 5. Februar 2010 (act. 51 S. 8) hingewiesen.

#### **E. 3.4.8**

Der Beklagte 1 und mit ihm die Beklagte 2 bestreiten nun, dass der Vertrag zwischen der Klägerin und G.\_\_\_\_\_ effektiv abgeschlossen und die Bankgarantie ausgestellt worden sei. Auf die konkreten Ausführungen der Klägerin gehen sie dabei nicht ein. Sie beschränken sich auf allgemeine Bestreitungen und auf die unsubstantiierte Erklärung, der Beklagte 1 habe G.\_\_\_\_\_ darüber aufklären müssen, dass er ab Juni 2006 ohne Personal dastehen werde (wem, wann und wo mitgeteilt?), worauf sich G.\_\_\_\_\_ vom Vertrag zurückgezogen habe (wem gegenüber, wann und wo erklärt?). Dabei ist zu beachten, dass der Beklagte 1 zu dieser Zeit noch immer Geschäftsführer der Klägerin war und diese mit einem Personalbestand von acht Personen (act. 4/22 Folie 1 und 3) einen überschaubaren Betrieb darstellte. Der Beklagte 1 steht demzufolge wesentlich näher zu den Geschehnissen rund um die damaligen, unbestritten durch ihn geführten Vertragsverhandlungen als die Klägerin selbst. Dennoch führt er nicht aus, weshalb die nach Darstellung der Beklagten 1 und 2 bloss als Entwurf erstellte Bankgarantie sowohl von der ... AG [Bank] als auch von der Klägerin selbst unterzeichnet ist und die entsprechende Gebühr, wie von der Klägerin behauptet, gemäss Belastungsanzeige der ... AG [Bank], in

welcher der Beklagte 1 als Auftraggeber erscheint, dem klägerischen Konto belastet wurde (act. 4/92, 55/86 und 55/87). Ebenso bleibt der Umstand im Wesentlichen unkommentiert, dass neben dem Glückwunsch des Vertreters der ... AG [Bank] zum Vertragsabschluss (E-Mail vom 5. April 2006, act. 4/92) auch das von der Klägerin erwähnte E-Mail von V.\_\_\_\_\_, Mitarbeiter der Klägerin bis zum 31. Mai 2006 (act. 14 Rz. 14, act. 15/15), bei den Akten liegt, worin er zum einen seine Freude über die zukünftige Zusammenarbeit mit G.\_\_\_\_\_ ausdrückt und sich zum anderen nach Einzelheiten zu den Produkten von G.\_\_\_\_\_ (Titel, Format, Sprache, EAN-Code, PEGI, Preise, etc.) erkundigt, um die Artikel "bei uns in die Datenbank", also jene der Klägerin, einspeisen zu können (act. 4/90). In diesem E-Mail bittet er sodann um Auskunft darüber, ob man bestehende Produkte übernehmen könne und wie er am schnellsten/besten an Bildmaterial sowie Infotexte (Pack- und Screenshots, Factsheets, etc.) "natürlich für unsere Homepage" (womit wiederum nur diejenige der Klägerin gemeint sein konnte, da die Beklagte 2 noch nicht existierte) gelange (act. 4/90). Es fehlen auch konkrete Bestreitungen zu den Vorbringen der Klägerin hinsichtlich des eingereichten E-Mails von U.\_\_\_\_\_ an den Beklagten 1 vom 4. Mai 2006, in dem U.\_\_\_\_\_ einen Vertragsentwurf als Beilage versendet und erklärt, er hoffe, es sei die letzte Version und diese müsste jetzt komplett im Sinne des Beklagten 1 sein (act. 4/89). Dieser Vertragsentwurf lautete neben der Klägerin – wie schon die Bankgarantie – auf die G2.\_\_\_\_\_ GmbH & Co. (act. 4/92 und 55/86). Dabei lassen der Fortschritt der Vertragsgestaltung und die Tatsache, dass der Entwurf ein exklusives Vertriebsrecht enthielt, den Schluss zu, dass generelle Fragen, zum Beispiel nach der Kreditfähigkeit der Klägerin und ihrem Fortbestand, bereits geklärt waren. Aus all diesen Gründen wären die Beklagten 1 und 2 zu substantiierten Bestreitungen angehalten gewesen, die ein Beweisver-

- 52 - fahren ermöglichen würden. Dieser Obliegenheit kamen sie indessen nicht nach. Demzufolge ist davon auszugehen, dass zwischen der Klägerin und G.\_\_\_\_\_ zumindest vorübergehend ein Vertrag zustande gekommen ist.

#### **E. 3.4.9**

Als Zwischenfazit lässt sich daher festhalten, dass es der Klägerin möglich war, die K1.\_\_\_\_\_ mit den bestellten Spielen zu bedienen und eine Lieferung seitens der Beklagten 2 nicht erfolgte. Folglich erhielt die Beklagte 2 die strittigen Zahlungen ohne Rechtsgrund, weshalb sie ungerechtfertigt bereichert ist und der Klägerin ein entsprechender Rückforderungsanspruch zusteht. Der Beginn des Zinsenlaufs blieb sodann unbestritten, weshalb der geforderte Zins ebenfalls geschuldet ist.

#### **E. 3.4.10**

Gegenüber dem Beklagten 1 macht die Klägerin eine Verletzung der Geschäftsführerpflichten geltend. Nach Massgabe von aArt. 827 OR (AS 53 185) i.V.m. Art. 754 Abs. 1 OR ist der Geschäftsführer für den Schaden verantwortlich, den er durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung seiner Pflichten verursacht hat. Es ist unbestritten, dass der Beklagte 1 die verschiedenen Zahlungen im Gesamtbetrag von CHF 88'783.90 ausgelöst hat. Der wiederholt erteilte Auftrag, Zahlungen ohne entsprechenden Rechtsgrund zu bezahlen, kann einem Geschäftsführer zumindest als Fahrlässigkeit vorgeworfen werden. Dies gilt insbesondere, wenn die Zahlungen an die kürzlich von ehemaligen Mitarbeitern gegründete Konkurrentin gerichtet sind. Der Beklagte 1 ist demzufolge für den daraus entstandenen Schaden der Klägerin gegenüber verantwortlich. In Bezug auf

den Zinsenlauf ist festzuhalten, dass die Ansprüche aufgrund der Verantwortlichkeit des Geschäftsführers den Regeln des allgemeinen Haftpflichtrechts unterliegen. Daher gehört auch ein Schadenszins von 5 % seit dem Zeitpunkt, in dem sich das schädigende Ereignis finanziell ausgewirkt hat, zum Ersatzanspruch (WIDMER/GERICKE/WALLER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, 3. Aufl. 2008, N. 50 zu Art. 754 OR). Die letzte Überweisung erfolgte unstrittig am 30. Juni 2006, weshalb seit diesem Zeitpunkt ein Zins von 5 % auf den Gesamtbetrag geschuldet ist.

- 53 -

#### **E. 3.4.11**

In Anwendung von Art. 50 Abs. 1 OR sind die Beklagten 1 und 2 folglich solidarisch zu verpflichten, der Klägerin CHF 88'783.90 nebst Zins zu 5 % seit dem 30. Juni 2006 zu bezahlen. 4. Diverse Rechnungen

#### **E. 4**

Es sei die Beklagte 2 zusätzlich zu verpflichten, der Klägerin CHF 40'785.00 zzgl. Zins zu 5% seit dem 26. Januar 2007 zu bezahlen.

- 3 -

#### **E. 4.1**

Jede Partei hat in der Regel die Gegenpartei im gleichen Verhältnis für aussergerichtliche Kosten und Umtriebe, einschliesslich Weisungskosten, zu entschädigen, wie ihr Kosten auferlegt werden (§ 68 Abs. 1 Satz 1 ZPO/ZH).

##### **E. 4.1.1**

Die Klägerin macht geltend, der Beklagte 1 habe am 8. Juni 2006 folgende Arbeiten im 1. OG an der M.\_\_\_\_-Strasse auf Rechnung der Klägerin ausführen lassen (act. 1 Rz. 142, act. 54 Rz. 258): „Diverse Kanalinstallationen • EDV Kabel einziehen und verlegen • T+T Leitungen verlegen • EDV + T+T Steckdosen montieren • Prov. EDV Kabel verlegen • Im Büro 1.OG prov. Anschluss in Betrieb nehmen • Anlage montieren und Kabel anschliessen (ohne Programmierung, bereits in Werkstatt erledigt) • Panasonic-Anlage programmieren • Fax anschliessen, Kabel neu aufschalten • Im Serverraum alte Kabel ausgefädelt • Diverse Anpassungen • [...]“ Weitere Arbeiten, die in der Rechnung der Elektroinstallateurin, der J1.\_\_\_\_ GmbH, nicht näher spezifiziert seien, seien am 6. und 7. Juni 2006 an der gleichen Adresse ausgeführt worden (act. 1 Rz. 142). Die Arbeiten seien anfangs Juni 2006 in Auftrag gegeben und in denjenigen Räumlichkeiten ausgeführt worden, die per 1. Juli 2006 an die Beklagte 2 übertragen worden seien (act. 1 Rz. 142 und 350). Es sei nicht einzusehen, weshalb der Beklagte 1 diese Arbeiten zu einem Zeitpunkt in Auftrag gegeben bzw. durchführen lassen habe, in dem er bereits habe

- 54 - wissen müssen, dass diese Arbeiten der Klägerin nicht mehr von Nutzen sein würden. Es verstehe sich von selbst, dass unnütze Aufwendungen der Klägerin zum Schaden gereichen würden. Als Geschäftsführer der Klägerin sei er gehalten gewesen, von solchen unnützen Aufwendungen Abstand zu nehmen (act. 54 Rz. 825). Die Elektroinstallationen seien bereits im Zeitpunkt der Beauftragung der J1.\_\_\_\_ GmbH eindeutig und allein für die Ausübung der Geschäftstätigkeit der Beklagten 2 bestimmt gewesen und seien somit dieser zugute gekommen. In Bezug auf die an die Klägerin fakturierten Leistungen Dritter liege eine ungerechtfertigte Bereicherung vor (act. 1 Rz. 281 ff., act. 54 Rz. 1121 und

1305). Die Elektro- installationen hätten einzig und allein dazu gedient, den Übergang des Geschäftes von der Klägerin auf die Beklagte 2 möglichst reibungslos und zeitlich so effizient wie möglich zu gestalten. Es sei die Beklagte 2 gewesen, welche nach ihrer Eintragung im HR die entsprechenden Mieträumlichkeiten bezogen, die Installationen genutzt und diese damit konkludent übernommen habe. Der Beklagte 1 habe durch die Anordnung dieser Arbeiten in jedem Falle eine gesellschaftsrechtliche und arbeitsrechtliche Pflichtverletzung begangen. Er habe als Geschäftsführer weder die Installation zugunsten der Beklagten 2 auf Kosten der Klägerin durchführen lassen noch die Installation zulasten der Klägerin in Auftrag geben dürfen, welche letztlich infolge des Verlustes von Personal und Mieträumen nicht mehr von Nutzen sein würden. Indem der Beklagte 1 dies getan und gar aktiv die Rechnung zur Überweisung freigegeben habe, habe er insbesondere sowohl seine Sorgfalts- und Treuepflichten als Geschäftsführer als auch die Treuepflicht gemäss Art. 321a Abs. 1 OR verletzt und die Klägerin kausal geschädigt (act. 54 Rz. 1121 ff.).

#### **E. 4.1.2**

Der Beklagte 1 führt aus, die Rechnung der J1.\_\_\_\_\_ GmbH vom 16. Juni 2006 beziehe sich auf einen Zeitraum, in welchem die Mieträumlichkeiten noch nicht auf die Beklagte 2 übertragen worden seien. Die ausgeführten Tätigkeiten hätten die Klägerin betroffen. Es sei daher nicht einzusehen, weshalb der Klägerin daraus ein Schaden entstanden sein soll (act. 14 Rz. 118).

- 55 -

#### **E. 4.1.3**

Die Beklagte 2 macht geltend, die Klägerin lege nicht dar, auf welche unlauteren Handlungen der Beklagten 2 dieser angebliche Schaden zurückzuführen sei. Die Beklagte 2 sei erst am 7. Juni 2006 ins Handelsregister eingetragen worden. Die Installationen seien nach Darstellung der Klägerin vor diesem Zeitpunkt in Auftrag gegeben worden, weshalb ihr dies nicht angerechnet werden könne. Im Übrigen würden die Arbeiten einen Zeitraum betreffen, in welchem die Mieträumlichkeiten noch nicht auf die Beklagte 2 übertragen worden seien. Die Arbeiten seien demgemäss von der Klägerin zu bezahlen (act. 18 Rz. 396 ff.). Sie bestreite sodann eine ungerechtfertigte Bereicherung (act. 18 Rz. 436).

#### **E. 4.1.4**

Nach der Darstellung des Beklagten 1 war er seit dem 1. Juni 2006 als einziger Mitarbeiter der Klägerin in deren Büroräumlichkeiten verblieben (act. 14 Rz. 22). Unbestritten blieb sodann, dass der Beklagte 1 die fraglichen Arbeiten, welche zur Rechnung der J1.\_\_\_\_\_ GmbH vom 16. Juni 2006 führten, anfangs Juni 2006 in Auftrag gegeben hat. Der Beklagte 1 hat somit in einem Zeitpunkt, da die Klägerin weder über Personal noch über eine abschätzbare Zukunftsperspektive verfügte, den Auftrag erteilt, unter anderem neue EDV- und Telefonkabel zu verlegen, neue EDV- und Telefonsteckdosen zu montieren, eine Panasonic- Anlage zu programmieren und anzuschliessen sowie einen Fax anzuschliessen. Es ist offensichtlich, dass er mit diesem Vorgehen zumindest fahrlässig völlig unnütze Kosten verursacht und die Klägerin auf diese Weise im Umfang der Kosten für die Elektroarbeiten geschädigt hat. Der Beklagte 1 ist daher zu verpflichten, der Klägerin den so verursachten Schaden nach Massgabe von aArt. 827 OR (AS 53 185) i.V.m. Art. 754 Abs. 1 OR zu ersetzen.

#### **E. 4.1.5**

Die Mitarbeiter der Beklagten 2 waren, wie nachfolgend hinsichtlich der Forderung „Mietzins Juni 2006“ noch zu zeigen sein wird, bereits seit dem 1. Juni 2006 in den Räumlichkeiten der Klägerin (1. und 2. OG an der M.\_\_\_\_-Strasse) tätig. Dementsprechend kamen die am 7. Juni 2006 abgeschlossenen Arbeiten von Beginn an der Beklagten 2 zugute. Insofern ist die Beklagte 2 bereichert. Für diese Bereicherung ist ein Rechtsgrund weder behauptet noch ersichtlich. Folglich hat diese als ungerechtfertigt zu gelten, weshalb die Beklagte unter dem Vorbehalt der geltend gemachten Verrechnungsforderungen zu verpflichten ist, den Be-

- 56 - trag von CHF 3'870.05 gestützt auf Art. 62 Abs. 1 OR an die Klägerin zurückzuerstatten.

#### **E. 4.1.6**

In Anwendung von Art. 50 Abs. 1 OR sind die Beklagten 1 und 2 zu verpflichten, den Gesamtbetrag von CHF 3'870.05 unter solidarischer Haftung zu leisten.

#### **E. 4.2**

In Anwendung von § 3 Abs. 1 i.V.m. § 6 aAnwGebV sind bei der Festsetzung der Prozessentschädigung die entsprechenden Zuschläge zur Grundgebühr zu berücksichtigen.

##### **E. 4.2.1**

Die Klägerin macht zusammenfassend geltend, der Beklagte 1 habe sie geschädigt, indem er folgende Kosten für die Geschäftsfahrzeuge von S2.\_\_\_\_ und S1.\_\_\_\_ auch dann noch von der Klägerin habe bezahlen lassen, als diese nicht mehr für die Klägerin gearbeitet, das Auto aber weiterhin benutzt hätten (act. 1 Rz. 156 S. 67 f., Rz. 351 f.): • Leasingraten Juni und Juli 2006 von insgesamt CHF 5'204.20 (2 x CHF 1'388.50 + 2 x CHF 1'213.60); • Versicherungsprämien für die Zeit vom 1. Juni 2006 bis zum 19. Oktober 2006 von CHF 1'134.59; • Versicherungsprämien für die Zeit vom 1. Juni 2006 bis zum 3. November 2006 von CHF 1'505.18; • im Voraus bezahlte Strassenverkehrsabgaben anteilmässig für den Zeitraum vom 1. Juni 2006 bis 31. Dezember 2006 von CHF 277.80. Die beiden Fahrzeuge seien von den beiden für die Beklagte 2 tätigen Mitarbeitern weiterhin als Geschäftsfahrzeuge, nun jedoch ohne Einwilligung der Klägerin zugunsten der Beklagten 2 genutzt worden, weshalb diese Kosten richtigerweise ebenfalls von dieser geschuldet seien (act. 54 Rz. 591 und Rz. 1124 ff.).

##### **E. 4.2.2**

Der Beklagte 1 erklärt, die Leasingverträge seien noch über die Klägerin gelaufen. Eine fristlose Kündigung wäre die Klägerin weit teurer zu stehen gekommen (act. 14 Rz. 439 ff.).

##### **E. 4.2.3**

Die Beklagte 2 führt aus, die Klägerin lege nicht dar, auf welche unlauteren Handlungen der Beklagten 2 der angebliche Schaden zurückzuführen sei. Im

- 57 - Übrigen schliesst sie sich den Ausführungen des Beklagten 1 an (act. 18 Rz. 399 ff.).

##### **E. 4.2.4**

Die Klägerin versäumt es darzulegen, worin ihr Schaden besteht. Die von ihr vorgebrachten Kosten wären ihr – mangels anderweitiger Behauptungen (vgl. auch act. 54 Rz. 1126) –

auch dann angefallen, wenn der Beklagte 1 die Fahrzeuge bzw. ihre Zündschlüssel eingesammelt hätte. Die Klage gegen den Beklagten 1 ist daher in diesem Punkt abzuweisen.

#### **E. 4.2.5**

In Bezug auf die Beklagte 2 führt die Klägerin sinngemäss aus, die Beklagte 2 habe davon profitiert, dass ihre Mitarbeiter die von der Klägerin bezahlten Fahrzeuge als Geschäftswagen nutzen konnten. Es wäre aber auch hier zu beziffern gewesen, in welchem Umfang die Beklagte 2 dadurch bereichert worden sein soll. Die Klägerin macht nämlich nicht geltend, die Beklagte 2 hätte den Mitarbeitern ohnehin ein gleichwertiges Fahrzeug im gleichen Umfang zur Verfügung gestellt und damit dieselben Kosten zu tragen gehabt. Es fehlt daher auch hier an einer konkreten Schadens- bzw. Bereicherungsabgrenzung, weshalb die Klage gegen die Beklagten 2 in diesem Punkt abzuweisen ist.

#### **E. 4.3**

Arbeiten in Zusammenhang mit den Geschäftsfahrzeugen, CHF 773.35

##### **E. 4.3.1**

Vorliegend ist das Verhältnis des Unterliegens der Klägerin gegenüber den Beklagten 1 und 2 separat festzulegen, da die beiden Beklagten zwei verschiedene Rechtsvertreter mandatiert haben.

- 102 -

##### **E. 4.3.2**

Dies führt im Verhältnis der Klägerin zum Beklagten 1 zu folgendem Ergebnis:  
Unterliegen: Klägerin Beklagter 1 RB 1 3'000'000.00 --- RB 2 17'247.50 104'068.75 RB 3 3'740.90 226'305.10 Total 3'020'988.40 330'373.85 3'351'362.25 in % vom Total 90 % 10 %  
Im Verhältnis zwischen der Klägerin und dem Beklagten 1 ist die Prozessentschädigung unter Berücksichtigung der Zuschläge auf CHF 87'862.00 (160 %) festzulegen. Die Klägerin ist daher zu verpflichten, dem Beklagten 1 eine Prozessentschädigung von CHF 70'290.00 (80 % von CHF 87'862.00) zu bezahlen.

##### **E. 4.3.3**

Im Verhältnis zwischen der Klägerin zur Beklagten 2 ergibt sich folgendes Resultat:  
Unterliegen: Klägerin Beklagte 2 RB 1 3'000'000.00 --- RB 2 17'247.50 101'923.30 RB 4 --- 40'785.00 Total 3'017'247.50 142'708.30 3'159'955.80 in % vom Total 95 % 5 %  
Im Verhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten 2 ist die Prozessentschädigung unter Berücksichtigung der Zuschläge auf CHF 84'800.00 (160 %) festzulegen. Die Klägerin ist daher zu verpflichten, der Beklagten 2 eine Prozessentschädigung von CHF 76'320.00 (90 % von CHF 84'800.00) zu bezahlen.

- 103 -

##### **E. 4.3.4**

Die Beklagte 2 bestreitet nicht, dass ihr die fraglichen Fahrzeuge als Geschäftswagen dienten. Es darf sodann als notorisch bezeichnet werden, dass die zur Diskussion stehenden Leistungen grundsätzlich nicht unentgeltlich erbracht werden. Die Klägerin führt nun aus, der Beklagten 2 sei dies bekannt gewesen und sie habe sowohl gewusst, dass sie auf eine

Bezahlung dieser Leistungen durch die Klägerin keinen Anspruch habe, als auch, dass sie die von der Klägerin getätigten Aufwendungen ihr noch schulde. Diese tatsächlichen Behauptungen blieben unbestritten, weshalb die klägerische Forderung als anerkannt gilt. Es ist jedoch auch ein faktisches Vertragsverhältnis zustande gekommen. Ein solches entsteht, wenn fremde, gegen Entgelt angebotene Leistungen auf eigene Initiative in Anspruch genommen werden und der Umstand der Entschädigungspflicht dem Leistungsbezüger bekannt ist oder aber bekannt sein müsste. Vorliegend war der Beklagten 2 bekannt, dass die Arbeiten an ihren Geschäftsfahrzeugen nicht unentgeltlich erbracht würden. Dennoch liess sie es zu, dass diese Arbeiten an ihren

- 59 - Fahrzeugen ausgeführt worden sind, folglich hat sie dafür aufzukommen. Die Tatsache, dass die Klägerin zwischenzeitlich die ursprünglichen Leistungserbringer bezahlt hat, ändert daran nichts. Die Beklagte 2 ist daher ebenfalls zum Ersatz der geltend gemachten Kosten zu verpflichten.

#### **E. 4.3.5**

Die Beklagten 1 und 2 sind auch in diesem Fall solidarisch zu verpflichten, den Gesamtbetrag von CHF 773.35 (CHF 535.00 + CHF 60.00 + CHF 178.35) zu bezahlen (Art. 50 Abs. 1 OR).

#### **E. 4.4**

Rechnungen für diverse Sprachkurse, CHF 5'890.00, GBP 1'144.75

##### **E. 4.4.1**

Die Klägerin macht auch Kosten für diverse Sprachkurse geltend. S3.\_\_\_\_\_ sei vom 5. Juni bis 30. Juni 2006 im Sprachaufenthalt in ... gewesen. Die Rechnung für die Sprachschule und Unterkunft über CHF 2'630.00 habe der Beklagte 1 am 25. April 2006 zulasten der Klägerin visiert. Sollte der Beklagte 1 behaupten, dass die Genehmigung des Sprachaufenthalts zu einem Zeitpunkt erfolgt sei, in dem er von S3.\_\_\_\_\_s Kündigung noch nichts gewusst habe, sei festzuhalten, dass jeder pflichtbewusste Geschäftsführer den Besuch der Sprachschule an die Bedingung geknüpft hätte, dass sich der Arbeitnehmer zum dann-zumaligen Zeitpunkt in ungekündigter Stellung befindet. Es sei offensichtlich, dass der Beklagte 1 den Mitarbeiter S3.\_\_\_\_\_ auf Kosten der Klägerin einzig und allein im Hinblick auf seine Tätigkeit bei der Beklagten 2 in eine Sprachschule geschickt habe (act. 1 Rz. 70). Der Beklagte 1 habe aber auch seinem Sohn in seinen letzten Arbeitswochen bei der Klägerin einen Sprachkurs bewilligt und die entsprechende Rechnung zulasten der Klägerin visiert. Auch hier sei die Klägerin geschröpft worden, zumal die Ausbildung ausschliesslich der Beklagten 2 zugutegekommen sei und dies dem Beklagten 1 aufgrund der gesamten Umstände im Zeitpunkt der Visierung der Rechnung bereits bekannt gewesen sei oder habe bekannt sein müssen (act. 1 Rz. 159). Es wäre die Aufgabe des Beklagten 1 als Geschäftsführer der Klägerin gewesen, dafür zu sorgen, dass diese Buchungen nicht vorgenommen oder storniert oder mindestens die Rechnungen ordnungsgemäss von der Beklagten 2 bezahlt würden. Indem er sich nicht darum gekümmert habe, sondern gar aktiv die Rechnungen zur Überweisung freigegeben habe, habe der Beklagte 1 sowohl seine Sorgfalts- und Treuepflichten als Ge-

- 60 - schäftsführer als auch die Treuepflicht gemäss Art. 321a Abs. 1 OR verletzt und die Klägerin kausal geschädigt (act. 54 Rz. 1143). Die Kosten für die diversen Sprachkurse, welche sie einzeln mit Datum, Teilnehmer und Kosten in ihrer Klageschrift auflistet,

würden insgesamt CHF 5'890.00 plus GBP 1'144.75 betragen (act. 1 Rz. 359).

#### **E. 4.4.2**

Der Beklagte 1 führt aus, der Sprachaufenthalt von S3.\_\_\_\_\_ sei zu einem Zeitpunkt gebucht worden, in welchem die Mitarbeiter noch keine Kündigungen ausgesprochen hätten und die Gründung der Beklagten 2 noch kein Thema gewesen sei. Die Mitarbeiter der Klägerin hätten je nach Einsatzgebiet über gute französische und englische Sprachkenntnisse verfügen müssen, die durch Sprachaufenthalte in den entsprechenden Gebieten hätten vertieft werden können. Die Klägerin habe schon früher solche Sprachaufenthalte gefördert, ohne dass die D.\_\_\_\_\_ -Gruppe daran je Anstoss genommen habe (act. 18 Rz. 52). In Bezug auf den Sprachaufenthalt von S4.\_\_\_\_\_, dem Sohn des Beklagten 1, weist der Beklagte 1 auf seine Ausführungen hinsichtlich der Sprachschule von S3.\_\_\_\_\_ (act. 18 Rz. 135). Aus diesen Gründen sei es nicht möglich gewesen, die Sprachkurse zu annullieren, weshalb die Kosten nicht als finanzieller Schaden zu betrachten seien (act. 18 Rz. 447).

#### **E. 4.4.3**

Die Beklagte 2 erklärt, sie könne nicht für Rechnungen zur Verantwortung gezogen werden, die vor ihrer Entstehung gestellt und bezahlt worden seien. Die Klägerin lege denn auch nicht dar, auf welche unlauteren Handlungen der Beklagten 2 dieser angebliche Schaden zurückzuführen sei (act. 18 Rz. 409 f.).

#### **E. 4.4.4**

Die Klägerin macht geltend, ein pflichtbewusster Geschäftsführer hätte den Besuch der Sprachschule an die Bedingung geknüpft, dass sich der Arbeitnehmer zum damaligen Zeitpunkt in ungekündigter Stellung befinde. Dem ist zuzustimmen. Es darf heute als selbstverständlich gelten, dass grössere vom Arbeitgeber finanzierte Aus- und Weiterbildungen an Bedingungen geknüpft werden, welche den arbeitgeberischen Beitrag mindestens davon abhängig machen, dass sich der Arbeitnehmer zum Zeitpunkt der Aus- und Weiterbildung in ungekündigter Anstellung befindet. Durch diese Bedingungen sichert sich der Arbeitgeber eine Gegenleistung für seine Investition in den Arbeitnehmer, indem der Arbeitge-

- 61 - ber nach dem Abschluss der Aus- und Weiterbildung von den verbesserten Fähigkeiten seines Angestellten profitieren kann. Die Pflicht, vor Eingehung einer Verbindlichkeit für eine adäquate Gegenleistung zu sorgen, gehört zu den Sorgfaltspflichten eines Geschäftsführers (WATTER/ROTH PELLANDA, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, 3. Aufl. 2008, N. 12 zu Art. 717 OR). Dies gilt umso mehr, als dass der Beklagte 1 ausführte, solche Sprachaufenthalte nicht zum ersten Mal zu bewilligen. Sodann handelte es sich bei S4.\_\_\_\_\_ um den Sohn des Beklagten 1, womit dieser einem besonderen Interessenkonflikt ausgesetzt war, welcher eine besonders sorgfältige Prüfung der Voraussetzungen und Bedingungen eines bezahlten Sprachaufenthaltes erforderlich gemacht hätte. Der Beklagte 1 führt schliesslich keine Gründe an, weshalb ihm ein solches Vorgehen nicht sachgerecht bzw. den Interessen der Klägerin nicht dienlich erschienen sei. Er ist daher in Anwendung von aArt. 827 OR (AS 53 185) i.V.m. Art. 754 Abs. 1 OR zu verpflichten, der Klägerin CHF 5'890.00 und GBP 1'144.75 zu bezahlen.

#### **E. 4.4.5**

In Bezug auf die Beklagte 2 ist indessen nicht ersichtlich, worin ihre Bereicherung oder eine unlautere Handlung ihrerseits zu sehen ist. Es ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Beklagte 2 ihren Mitarbeitern marktgerechte Löhne bezahlt hat, womit der Mehrwert ihrer Ausbildung entsprechend abgegolten wurde. Die Klage ist in diesem Punkt folglich abzuweisen.

#### **E. 4.5**

Rechnung J4.\_\_\_\_\_ CHF 1'715.90

##### **E. 4.5.1**

Nach Darstellung der Klägerin hat der Beklagte 1 dafür gesorgt, dass die Kunden künftig bei der Beklagten 2 ihre Bestellungen platzierten, indem er diesen noch kurz vor der Geschäftsaufnahme der Konkurrenz und damit kurz vor dem Abwerben Geschenke offeriert hat. Die J4.\_\_\_\_\_ AG habe am 16. Mai 2006 Wein im Wert von CHF 1'716.90 (recte CHF 1'715.90) geliefert, welcher gemäss Vermerk des Beklagten 1 für Kundengeschenke verwendet worden sei. Zu diesem Zeitpunkt habe der Beklagte 1 jedoch bereits gewusst, dass die Kunden, die den Wein erhielten, in zwei Wochen über die neuen Vertriebsverhältnisse informiert würden (act. 1 Rz. 160).

- 62 - Aufgrund des fraglichen Zeitpunktes, in welchem der Beklagte 1 diese Geschenke gemacht habe, werde deutlich, dass es sich bei diesen Geschenken nicht um solche handle, mit welchen sich der Beklagte 1 für die vergangene Zusammenarbeit habe bedanken wollen und welche aus Gründen der sozialen Adäquanz unter Hinweis auf Art. 4a Abs. 2 UWG durchaus als zulässig zu betrachten gewesen wären. Vielmehr sei davon auszugehen, dass diese Geschenke einzig zum Zwecke gemacht worden seien, die Kunden der Klägerin zugunsten der Beklagten 2 abzuwerben und diese zur Aufnahme der Geschäftstätigkeit mit der Beklagten 2 zu verleiten. Die Gewährung dieses ungebührlichen Vorteils sei mit klarem Vorsatz erfolgt und habe letztlich den einzigen klaren Zweck der Erlangung einer Besserstellung im Wettbewerb gegenüber der Klägerin gehabt. Das Verhalten des Beklagten 1 sei schliesslich zweifelsohne „in Ausübung einer geschäftlichen Ver- richtung“ für die Beklagte 2 und im Hinblick auf die Erzielung eines Wettbewerbsvorteils durch Sicherung ihrer Positionierung im Markt erfolgt, weshalb es gerechtfertigt erscheine, das unlautere Verhalten des Beklagten 1 auch der Beklagten 2 anzurechnen (act. 1 Rz. 272).

##### **E. 4.5.2**

Der Beklagte 1 bestreitet die Vermutungen der Klägerin. Es habe sich um Kundengeschenke gehandelt. Der Beklagte 1 habe sich mit dem Wein bei den Kunden für die vergangene Zusammenarbeit bedankt (act. 15 Rz. 448 und 356).

##### **E. 4.5.3**

Die Beklagte 2 erklärt, mit dem Wein habe sich der Beklagte 1 bei den Kunden der Klägerin für die vergangene Zusammenarbeit bedankt. Mit der bevorstehenden Gründung der Beklagten 2 habe dies nichts zu tun gehabt (act. 18 Rz. 278).

##### **E. 4.5.4**

Zwischen den Parteien ist strittig, aus welchen Motiven und vor allem mit welchem Kommentar der Beklagte 1 die Weinflaschen, welche unbestritten als Kundengeschenke dienten, den Kunden übergeben hat. Um dies in einem Beweisverfahren zu klären, wäre es erforderlich, die Namen der Kunden, den Zeitpunkt der Übergabe und die daran

beteiligten Personen bereits zu kennen. An- dernfalls müssten diese Sachverhaltselemente im Rahmen des Beweisverfahrens zuerst noch behauptet werden. Dies ist in einem Beweisverfahren jedoch nicht mehr zulässig. Folglich fehlt es an konkreten Behauptungen, die einem Beweis-

- 63 - verfahren zugänglich wären. Die Klage ist in diesem Punkt unsubstantiiert und deshalb abzuweisen.

#### **E. 4.5.5**

Privatbezüge J5.\_\_\_\_\_ der Mitarbeiter nach deren Austritt bei der Klägerin, CHF 1'151.60

#### **E. 4.5.6**

Die Klägerin erklärt, ihre ausgetretenen Mitarbeiter hätten die ihnen zur Verfügung gestellte J5.\_\_\_\_\_ -Tankkarte auch nach deren Austritt weiterbenutzt. Aus der Abrechnung für den Monat Juni 2006 ergebe sich, dass ein Grossteil der Bezüge in ... am Wohnort von S2.\_\_\_\_\_ getätigt worden seien. Ein Teil der Be- züge sei nicht Benzin, sondern seien alkoholische Getränke, Raucherwaren, Le- bensmittel oder andere Artikel vom Shop/Kiosk der Tankstelle und damit in keiner Art und Weise geschäftsbezogen (act. 1 Rz. 158 und 361). Die Beklagte 2 habe von ihren Organen gewusst, dass ihre Mitarbeiter die J5.\_\_\_\_\_ -Karten umgehend hätten zurückgeben müssen und auf die bezogenen Waren keinen Anspruch gehabt hätten. Die Beklagte 2 habe dies jedoch ausge- nutzt und nichts dagegen unternommen (act. 54 Rz. 1314).

#### **E. 4.5.7**

Diese Schadensposition ist seitens des Beklagten 1 anerkannt (act. 14 Rz. 450), weshalb er zum Ersatz dieser Position zu verpflichten ist.

#### **E. 4.5.8**

Die Beklagte 2 bestreitet sie hingegen und führt aus, die Klägerin lege nicht dar, unter welchem Rechtstitel die Beklagte 2 für private Benzinbezüge, al- koholische Getränke, Raucherwaren und weitere Lebensmittel der ehemaligen Mitarbeiter der Klägerin einstehen müsse (act. 18 Rz. 414).

#### **E. 4.5.9**

In der Tat ist nicht ersichtlich, auf welcher Grundlage die Beklagte 2 für Warenbezüge aufkommen müsste, welche auch nach der Ansicht der Klägerin in keiner Art und Weise geschäftsbezogen sind. Zudem besteht keine Pflicht der Beklagten 2 einzuschreiten, wenn sich ihre Mitarbeiter privat an ihrer ehemaligen Arbeitgeberin bereichern. Eine Aufteilung der Bezüge nach solchen, die der Be- klagten 2 zugutegekommen wären, und solchen, die dies nicht sind, besteht nicht. Die Klage gegen die Beklagte 2 ist daher in diesem Punkt abzuweisen.

- 64 -

#### **E. 4.6**

Getränke Mitarbeiter und Bürobedarf ab Juni 2006, CHF 701.60

#### **E. 4.6.1**

Die Klägerin fordert im Weiteren Ersatz für Getränke- und Büromaterial- einkäufe, welche die Monate Juni und Juli betreffen. Zusammenfassend führt sie aus, der Beklagte 1 habe der Klägerin ab Juni 2006 fast die ganze Geschäftstä- tigkeit entzogen, weshalb nicht

ersichtlich sei, wozu die Klägerin diese Einkäufe benötigt habe. Es sei davon auszugehen, dass diese der Beklagten 2 und deren Mitarbeiter zugutegekommen seien. Insgesamt fordert die Klägerin den Ersatz von CHF 391.20 für Getränke und CHF 310.40 für Büromaterial (act. 1 Rz. 161 f. und Rz. 362 f.).

#### **E. 4.6.2**

Der Beklagte 1 bestreitet, dass das eingekaufte Büromaterial der Beklagten 2 zugutegekommen sei (act. 14 Rz. 452). Hinsichtlich Getränken räumt der Beklagte 1 ein, dass er nicht ausschliessen könne, dass auch ein Mitarbeiter der Beklagten 2 ab und zu einen Kaffee getrunken habe (act. 14 Rz. 138). Im Übrigen ist ihm bei seinen Ausführungen ein offensichtlicher Fehler unterlaufen, indem er unter dem Titel "Rechnung Getränke Mitarbeiter von CHF 391.20 (Rz. 362)" erneut auf die Weinlieferung Bezug nimmt (act. 14 Rz. 451). Aus dem Kontext und seinen übrigen Ausführungen wird jedoch erkennbar, dass seine Bestreitung den Kaffee betreffend auch für die restliche Forderung der Klägerin aus dem Getränkeverbrauch gilt und er diese insgesamt als "haltlos" einstuft.

#### **E. 4.6.3**

Die Beklagte 2 macht geltend, die Forderungen seien unbegründet, da sie Lieferungen betreffen würden, welche vor der Entstehung der Beklagten 2 erfolgt seien. Hinzu komme, dass kein Konnex zwischen den (angeblich) lauterkeitswidrigen Handlungen der Beklagten 2 und dem fraglichen Büromaterial und den zur Debatte stehenden Kaffeekapseln und Wasserflaschen zu erkennen sei (act. 18 Rz. 416 ff.).

#### **E. 4.6.4**

Die Klage ist auch in diesem Punkt mangels Substantiierung abzuweisen. Die Klägerin führt aus, dass der Beklagte 1 ihr ab Juni 2006 fast die ganze Geschäftstätigkeit entzogen habe. Mit anderen Worten geht die Klägerin davon aus, dass der Beklagte 1 ab Juni 2006 zumindest teilweise noch für die Klägerin tätig gewesen sei. Auch legt die Klägerin an anderer Stelle dar, dass die fristlose Kün-

- digung des Beklagten 1 am 14. Juli 2006 erfolgt sei (act. 54 Rz. 881). Somit war der Beklagte 1 bis zu diesem Zeitpunkt auch zum Bezug von Getränken und Material berechtigt. Eine Abgrenzung zwischen befugten und unbefugtem Verbrauch von Kaffee, Wasser und Büromaterial ist auf Grundlage der vorgebrachten Behauptungen nicht möglich.

#### **E. 4.7**

Miete Juni 2006, CHF 4'221.50

#### **E. 4.7.1**

Die Klägerin führt aus, einerseits seien ihre Mitarbeiter per Ende Juni 2006 entweder ausgetreten oder abwesend gewesen. Andererseits habe die Beklagte 2 ihre Geschäftstätigkeit bereits vor Ende Juni 2006 in den Räumlichkeiten der Klägerin begonnen. Per 1. Juli 2006 seien ihr denn auch die Büros im ersten und zweiten Stock an der M.\_\_\_\_-Strasse übertragen worden. Einzig das Büro im Erdgeschoss sei bei der Klägerin verblieben. Es sei nicht ersichtlich, weshalb die Beklagte 2 die Mietkosten nicht bereits für den Monat Juni für die von ihr übernommenen Räumlichkeiten tragen müsse, zumal sie diese genutzt habe. Demzufolge seien weitere CHF 4'221.50 geschuldet (act. 1 Rz. 364, act. 54 Rz. 1151). In der Replik ergänzt die Klägerin ihre Ausführungen, indem sie

festhält, die Mitarbeiter der Beklagten 2 hätten sämtliche von der Klägerin gemieteten Räumlichkeiten genutzt. Dies gelte selbst für das der Klägerin nach Abtretung des Mietvertrages verbliebene kleine Büro, welches von V.\_\_\_\_\_, einem Mitarbeiter der Beklagten 2, genutzt worden sei, wobei gar eine Telefonleitung der Beklagten 2 in diesem Büro installiert gewesen sei (act. 54 Rz. 1192). Es sei im Übrigen erstellt, dass bereits im Juni 2006 die (ehemaligen klägerischen) Mitarbeiter der Beklagten 2 ihre Tätigkeit aus den Räumlichkeiten der Klägerin heraus, mitunter auch aus dem ersten und zweiten Stock, unter Benutzung der klägerischen Infrastruktur, ausgeübt hätten. Es sei ja nicht so gewesen, dass die Mitarbeiter nach Verlassen der Klägerin per Ende Mai 2006 einen Monat lang nichts mehr getan und keine Bestellungen entgegengenommen, Lieferungen organisiert, Telefone beantwortet, Faxschreiben versendet und Transportaufträge vergeben hätten. All dies hätten sie freilich weiterhin gemacht, aber nunmehr – bereits im Juni 2006 – für und zugunsten der Beklagten 2 aus den Räumlichkeiten der Klägerin heraus (act. 54 Rz. 1152). Es wäre die Aufgabe des Beklagten 1 als Geschäftsführer der Klägerin gewesen, dafür zu sorgen, dass die Beklagte 2 der Klägerin ordnungsgemäss die Kosten für die Benutzung der Mieträume ab 1. Juni 2006 erstatten würde. Indem er sich nicht darum gekümmert habe, sondern gar aktiv die Mietkosten für diesen Monat zulasten der Klägerin zur Überweisung freigegeben habe, habe er sowohl seine Sorgfalts- und Treuepflichten als Geschäftsführer als auch die Treuepflicht gemäss Art. 321 a Abs. 1 OR verletzt und die Klägerin kausal geschädigt (act. 54 Rz. 1153). Sodann handle es sich beim bezahlten Mietzins um eine Aufwendung, welche zum Vorteil der Beklagten 2 erfolgt sei, jedoch von der Klägerin bezahlt worden sei. Die Beklagte 2 habe gewusst, dass sie hierauf keinen Anspruch habe bzw. dass es sich um Aufwendungen der Klägerin gehandelt habe. Es rechtfertige sich, diese Kosten den Beklagten 1 und 2 solidarisch zu überbinden (act. 54 Rz. 1317).

#### **E. 4.7.2**

Der Beklagte 1 führt aus, die Büros im ersten und zweiten Stock der M.\_\_\_\_\_-Strasse seien per 1. Juli 2007 von der Klägerin auf die Beklagte 2 übertragen worden. Mit dieser Übernahme habe die Beklagte 2 dafür gesorgt, dass die Klägerin fortan nur noch die Kosten für die Räumlichkeiten im Erdgeschoss habe bezahlen müssen. Ihr seien also enorme Kosten erspart geblieben. Vor diesem Hintergrund sei es ziemlich abwegig zu behaupten, die Juni-Mietkosten für das erste und zweite Stockwerk seien als Schaden der Klägerin zu qualifizieren. Es sei vielmehr so, dass die Klägerin von der Beklagten 2 vor der weiteren Erfüllung ihrer mietvertraglichen Pflichten bewahrt worden sei. Von einem Schaden könne folglich keine Rede sein; die Klägerin habe keinen Abfluss von Aktiven verbuchen müssen, sondern habe im Gegenteil einen Nichtabfluss von Aktiven verzeichnen können (act. 14 Rz. 453). Die Beklagte 2 sei befugt gewesen, aufgrund der Abtretung des Mietvertrages, die im Interesse der Klägerin erfolgt sei, die Räumlichkeiten zu benutzen. Was an einem übergangslosen Wechsel der Angestellten von der Klägerin zur Beklagten 2 auszusetzen sein soll, sei nicht ersichtlich und werde von der Klägerin auch nicht näher begründet. Die Mitarbeiter der Klägerin seien

- 67 - völlig frei gewesen, zu welchem Arbeitgeber sie nach der Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin hätten wechseln wollen (act. 60 Rz. 163).

#### **E. 4.7.3**

Die Beklagte 2 hält wiederum fest, die Klägerin lege nicht dar, auf welche unlauteren Handlungen der Beklagten 2 diese angeblichen Schäden zurückzuführen seien. Es fehle schon an einem Rechtsgrund für die geltend gemachten Forderungen. Im Übrigen schliesst sie sich den Ausführungen des Beklagten 1 an (act. 18 Rz. 421 f.).

#### **E. 4.7.4**

Die Behauptung der Klägerin, die Mitarbeiter der Beklagten 2 seien bereits im Juni 2006 aus den Räumlichkeiten des ersten und zweiten Stocks an der M. \_\_\_\_\_-Strasse tätig gewesen, blieb unbestritten. Dies gilt auch für die Begründung, wonach es nicht so gewesen sei, dass die Mitarbeiter nach Verlassen der Klägerin per Ende Mai 2006 einen Monat lang nichts mehr getan hätten; vielmehr hätten sie weiterhin gearbeitet, nun jedoch für und zugunsten der Beklagten 2 aus den Räumlichkeiten der Klägerin heraus. Dies bestätigt der Beklagte 1, indem er ausführt, es sei nicht ersichtlich, was an einem übergangslosen Wechsel der Angestellten von der Klägerin zur Beklagten 2 auszusetzen sein soll. Ein übergangsloser Wechsel war indes nur möglich, wenn die Mitarbeiter, welche die Klägerin per Ende Mai 2006 verlassen haben, in den gleichen Büros für die Beklagte 2 zu arbeiten begannen, in welchen sie zuvor für die Klägerin gearbeitet hatten und welche später offiziell von der Beklagten 2 übernommen wurden. Nun führt die Klägerin auch hier aus, dass es die Aufgabe des Beklagten 1 als Geschäftsführer gewesen wäre, dafür besorgt zu sein, dass der Klägerin die Kosten für die Benutzung der von ihr bezahlten Büros vergütet würden. Dem ist zuzustimmen. Es ist die Pflicht eines Geschäftsführers, dafür zu sorgen, dass Geschäftsmöglichkeiten genutzt und keine Leistungen ohne eine adäquate Gegenleistung erbracht werden. Er hat Gewinnverschiebungen zu verhindern und dafür zu sorgen, dass keine unnützen Kosten anfallen. Auch dies anerkennt der Beklagte 1, wenn er ausführt, die Abtretung des Mietvertrages per 1. Juli 2006 sei im Interesse der Klägerin gewesen und habe ihr enorme Kosten erspart. Der Beklagte 1 bringt keine Gründe vor, weshalb er diese Abtretung, welche vom 14. Juni 2006 datiert (act. 4/120), nicht bereits mit Wirkung auf den 1. Juni, dem der tat-

- 68 - sächlichen Übernahme der Büroräumlichkeiten durch die Mitarbeiter der Beklagten 2, vereinbart hat. Hinzu kommt, dass dem Beklagten 1 aufgrund der Androhungen seiner ehemaligen Mitarbeiter bekannt war, dass diese eine Konkurrenzfirma zur Klägerin aufbauten. Dennoch liess er sie bis zum 1. Juli 2006 auf Kosten der Klägerin in deren Räumlichkeiten gewähren. Der Beklagte 1 ist daher zu verpflichten, der Klägerin den Mietzins für die betroffenen Stockwerke von CHF 4'221.50 zu bezahlen (aArt. 827 OR (AS 53 185) i.V.m. Art. 754 Abs. 1 OR). Der Beklagten 2 musste ihrerseits bewusst gewesen sein, dass sie die Büroräumlichkeiten der Klägerin nicht unentgeltlich nutzen kann. Dementsprechend stimmte sie einer Abtretung des Mietvertrages per 1. Juli 2006 zu. Tatsächlich nutzte sie die Stockwerke jedoch bereits ab dem 1. Juni 2006. Dabei muss dasselbe gelten wie bei einem Mieter, welcher im Mietobjekt verbleibt, obwohl der Mietvertrag beendet wurde, und daher weiterhin zur Mietzinszahlung verpflichtet ist (BGE 63 II 368). Hinzu kommt, dass die Beklagte 2 aufgrund der am 14. Juni 2006 unterzeichneten Abtretungserklärung wusste, dass die Klägerin für den Mietzins aufkam. Die Beklagte 2 konnte folglich nicht davon ausgehen, dass ihr die Konkurrentin den Mietzins bezahlt. Die Darstellung der Klägerin, wonach die Beklagte 2 gewusst habe, dass sie hierauf keinen Anspruch habe, blieb denn auch unbestritten. 4.8.5. Die Beklagten 1 und 2 sind auch in diesem Fall solidarisch zu verpflichten, den Betrag von CHF 4'221.50 zu bezahlen

(Art. 50 Abs. 1 OR).

#### **E. 4.9**

Putzhilfe Juni 2006, CHF 662.80 Aus den vorstehenden Überlegungen ist auch die von der Klägerin geforderte anteilmässige Beteiligung der Beklagten 1 und 2 an den Kosten der Putzhilfe für den Monat Juni 2006 (act. 1 Rz. 365) geschuldet. Der von der Klägerin behauptete Anteil von 2/3, welche auf die beiden Stockwerke der Beklagten 2 entfallen würden, blieb unbestritten. Die Beklagten 1 und 2 sind folglich solidarisch verpflichtet, den Betrag von CHF 662.80 (2/3 von CHF 994.20) zu bezahlen.

#### **E. 4.10**

Rechnung Parkplätze, CHF 1'226.70

- 69 -

##### **E. 4.10.1**

Die Klägerin führt aus, die Mitarbeiter der Beklagten 2 hätten die von der Klägerin bezahlten Parkplätze weiterhin benutzt. Die Beklagte 2 habe anerkannt, erst ab dem 1. September 2006 über eigene Parkplätze verfügt und bis dahin die Parkplätze der Klägerin benutzt zu haben. Für die von der Beklagten 2 übernommenen Fahrzeuge seien demnach Parkplatzgebühren im Betrag von CHF 1'226.70 (6 x CHF 204.45) angefallen (act. 1 Rz. 355). Die beiden Geschäftsfahrzeuge der Beklagten 2 seien regelmässig und ohne Einwilligung der Klägerin auf den von der Klägerin gemieteten Parkplätzen parkiert worden. Die Klägerin führt aus, es wäre die Aufgabe des Beklagten 1 als Geschäftsführer der Klägerin gewesen, dafür zu sorgen, dass die Beklagte 2, wenn diese Parkplätze schon von ihren Mitarbeitern benutzt werden, hierfür entsprechend Miete bezahle und somit einen Untermietvertrag unterzeichnet hätte. Indem er sich nicht darum gekümmert habe, sondern es zugelassen habe, dass die Mitarbeiter der Beklagten 2 die von der Klägerin gemieteten Parkplätze einfach benutzt hätten, habe der Beklagte 1 sowohl seine Sorgfalts- und Treuepflichten als Geschäftsführer als auch die Treuepflicht gemäss Art. 321a Abs. 1 OR verletzt und die Klägerin in entsprechendem Umfang kausal geschädigt. Die Beklagte 2 habe dies ausgenutzt, obwohl sie gewusst habe, dass sie hierfür keine Berechtigung gehabt habe oder zumindest hierfür hätte bezahlen müssen (act. 54 Rz. 1133 und 1310). Weiter führt die Klägerin aus, es sei unbestritten, dass die Mitarbeiter der Beklagten 2 weiterhin entsprechende Geschäftsfahrzeuge gehabt und benutzt hätten. Diese Leasingfahrzeuge, deren Verträge zunächst noch auf die Klägerin gelautet hätten und deren Leasingprämien auch noch von dieser bezahlt worden seien, seien in der Folge von der Beklagten 2 übernommen worden. Freilich habe die Beklagte 2 daher auch entsprechenden Parkraum für ihre Geschäftsfahrzeuge benötigt (act. 54 Rz. 1132).

##### **E. 4.10.2**

Der Beklagte 1 führt aus, die Beklagte 2 bestreite, dass die Parkplätze vom 1. Juni 2006 bis zum 1. September 2006 durch ihre Mitarbeiter benutzt worden seien. Der Klägerin sei aber dessen ungeachtet kein Schaden entstanden. Sie habe die fraglichen Parkplätze offenbar ohnehin aus vertraglichen Gründen bis am 1. September 2006 bezahlt. Die Benutzung der Parkplätze durch andere

- 70 - Personen habe der Klägerin folglich keine zusätzlichen Auslagen verursacht. (act. 14 Rz. 442).

### **E. 4.10.3**

Die Beklagte 2 macht geltend, die Klägerin lege nicht dar, auf welche un- lauterer Handlungen der Beklagten 2 der angebliche Schaden zurückzuführen sei. Im Übrigen schliesst sie sich den Ausführungen des Beklagten 1 an.

### **E. 4.10.4**

Trotz der substantiierten Ausführungen der Klägerin bestreiten die Be- klagten 1 und 2 lediglich in einem Satz, die Parkplätze benutzt zu haben. Dabei ist unbestritten, dass die Geschäftswagen der Klägerin ohne Unterbruch von der Beklagten 2 übernommen wurden und deren Mitarbeiter diese weiterhin benutz- ten. Wie vorstehend gezeigt wurde, ist ebenfalls unbestritten, dass die Mitarbeiter der Beklagten 2 nach dem Austritt aus der Klägerin per Ende Mai 2006 lückenlos weiter gearbeitet haben, jedoch einfach zugunsten der Beklagten 2. Dabei arbei- teten sie weiterhin in den Büros, welche sie zuvor genutzt hatten und welche noch immer von der Klägerin bezahlt wurden. Unter diesen Umständen genügt eine blosser Bestreitung des Vorwurfs, auch die Geschäftswagen der Beklagten 2 seien weiterhin auf den schon zuvor benutzten Plätzen parkiert gewesen, nicht. Die Ausführungen der Beklagten 1 und 2 sind daher unsubstantiiert. Es ist davon auszugehen, dass die Fahrzeuge der Mitarbeiter einfach auf denselben Parkplät- zen abgestellt wurden, die zuvor schon benutzt worden waren. Nun führt die Klägerin auch hier aus, dass es die Aufgabe des Beklagten 1 als Geschäftsführer gewesen wäre, dafür besorgt zu sein, dass der Klägerin für die Benutzung der von ihr bezahlten Parkplätze ein Mietzins bezahlt werde. Dem ist unter Verweis auf die Erwägungen zur Büromiete des Monats Juni 2006 zuzu- stimmen. Es wäre auch hier die Pflicht des Beklagten 1 gewesen, dafür zu sor- gen, dass unnützer Kosten eingespart, Geschäftsmöglichkeiten genutzt und keine Leistungen ohne eine adäquate Gegenleistung erbracht werden. Indem er dies nicht tat und zuliess, dass die Mitarbeiter der Beklagten 2 ihre bisherigen Park- plätze einfach weiterbenutzten, versties er gegen seine Pflichten als Geschäfts- führer. Er ist daher zu verpflichten, der Klägerin den Mietzins für die Parkplätze von insgesamt CHF 1'226.70 zu bezahlen (aArt. 827 OR (AS 53 185) i.V.m. Art. 754 Abs. 1 OR).

- 71 - Hinsichtlich der Beklagten 2 kann ebenfalls auf die vorstehenden Erwägungen verwiesen werden. Ihr musste bewusst gewesen sein, dass sie die Parkplätze der Klägerin nicht unentgeltlich benutzen kann. Die Darstellung der Klägerin, wonach die Beklagte 2 gewusst habe, dass sie hierauf keinen Anspruch habe, blieb denn auch unbestritten. Somit ist auch in Bezug auf die Parkplätze ein faktisches (Un- ter-)Mietverhältnis zu bejahen und die Beklagte 2 dementsprechend zu verpflich- ten, den hierfür geschuldeten Mietzins zu bezahlen.

### **E. 4.10.5**

Die Beklagten 1 und 2 sind daher auch in diesem Fall solidarisch zu ver- pflichten, den Betrag von CHF 1'226.70 zu bezahlen (Art. 50 Abs. 1 OR).

### **E. 4.11**

Schlüsseldienst, CHF 1'226.80

#### **E. 4.11.1**

Die Klägerin führt aus, sie habe sich gezwungen gesehen, nach ihrem Eingreifen die Schlösser an der M.\_\_\_\_-Strasse auszuwechseln, um den Mitar- beitern der Beklagten 2 sowie dem Beklagten 1 den Zugang zu ihren Räumlich- keiten zu verunmöglichen. Hierfür

seien Kosten von CHF 1'151.80 sowie von CHF 75.00 entstanden (act. 1 Rz. 366).

#### **E. 4.11.2**

Der Beklagte 1 erklärt, für die Klägerin habe überhaupt keine Veranlassung bestanden, die Schlösser der Büroräumlichkeiten auszuwechseln. Sie habe dies vielmehr aus eigenem Antrieb getan, weshalb sie auch für die Kosten aufzukommen habe (act. 14 Rz. 455).

#### **E. 4.11.3**

Die Beklagte 2 hält wiederum fest, die Klägerin lege nicht dar, auf welche unlauteren Handlungen der Beklagten 2 diese angebliche Schäden zurückzuführen seien. Es fehle schon an einem Rechtsgrund für die geltend gemachten Forderungen. Im Übrigen schliesst sie sich den Ausführungen des Beklagten 1 an (act. 18 Rz. 421 f.).

#### **E. 4.11.4**

Der Einwand des Beklagten 1, es habe keine Veranlassung bestanden, die Schlösser auszutauschen, ist insofern zu hören, als dass die Klägerin die Kosten für den Austausch der Schlösser lediglich dann erfolgreich geltend machen könnte, wenn keine günstigere Massnahme zu demselben Ziel geführt hätte. Vorliegend führt die Klägerin nicht aus, weshalb ein Austausch zwingend notwendig

- 72 - gewesen sein soll und das Einsammeln der Schlüssel beispielsweise nicht zielführend gewesen wäre. Daher ist die Klage in diesem Punkt abzuweisen.

#### **E. 4.12**

Transportkosten, CHF 740.65

##### **E. 4.12.1**

Die Klägerin macht geltend, alleine zum Abtransport von Dokumenten aus den von der Beklagten 2 übernommenen Räumlichkeiten seien Kosten von CHF 740.65 angefallen (act. 1 Rz. 367).

##### **E. 4.12.2**

Der Beklagte 1 bestreitet eine Ersatzpflicht (act. 14 Rz. 458).

##### **E. 4.12.3**

Die Beklagte 2 hält wiederum fest, die Klägerin lege nicht dar, auf welche unlauteren Handlungen der Beklagten 2 diese angebliche Schäden zurückzuführen seien. Es fehle schon an einem Rechtsgrund für die geltend gemachten Forderungen. Im Übrigen schliesst sie sich den Ausführungen des Beklagten 1 an (act. 18 Rz. 421 f.).

##### **E. 4.12.4**

Die Ausführungen der Klägerin sind unsubstantiiert. Es wurde nicht einmal vorgebracht, wessen Dokumente abtransportiert worden sind. Die Klage ist diesbezüglich abzuweisen.

#### **E. 4.13**

Abklärungen und Eingreifen betr. Zoll- und MwSt. Nr., CHF 2'384.99

##### **E. 4.13.1**

Die Klägerin erklärt, die für Abklärungen rund um die Zoll- und MwSt.- Problematik beigezogene X5.\_\_\_\_\_ AG habe ihre Leistungen mit CHF 2'384.99 in Rechnung gestellt (act. 1 Rz. 368). Sie legt weiter dar, der Beklagte 1 bzw. die Mitarbeiter der Beklagten 2

hätten die Spediteure absichtlich falsch informiert, indem sie ihnen mitgeteilt hätten, dass sie bei von der Beklagten 2 importierter Ware gegenüber der Zollbehörde weiterhin mitteilen sollen, dass das MwSt.- und das Zollkonto der Klägerin zu belasten sei- en (act. 1 Rz. 165). Dies habe dazu geführt, dass die Beklagte 2 – als neue Ver- tragspartnerin der Videogames-Hersteller – die Ware in die Schweiz importiert habe, während die Mehrwertsteuerrechnungen der Eidgenössischen Zollverwal- tung sowie die Rechnungen der Spediteure bzw. der Zolldirektion für Zollgebüh-

- 73 - ren zulasten der Klägerin ausgestellt und dieser in Rechnung gestellt worden sei- en (act. 1 Rz. 165). Im Einzelnen habe dies folgende Veranlagungsverfügungen bzw. Rechnungen betroffen (geordnet nach Spediteur, act. 1 Rz. 166 ff.): • Firma X1.\_\_\_\_ AG: MwSt.-Veranlagungsverfügung vom 2. Sep- tember 2006 über CHF 412.60 (act. 4/154), Zoll- Veranlagungsverfügung vom 2. September 2006 über CHF 0 (act. 4/155), MwSt.-Veranlagungsverfügung vom 7. September 2006 über CHF 320.80 (act. 4/158), MwSt.-Veranlagungsverfügung vom 20. September 2006 über CHF 641.75 (act. 4/161), MwSt.- Veranlagungsverfügung vom 20. September 2006 über CHF 293.30 (act. 4/162), Zoll-Veranlagungsverfügung vom 20. September 2006 über CHF 0 (act. 4/164); • Firma X2.\_\_\_\_ Spedition: Rechnung-Nr. ... vom 12. September 2006 über CHF 188.90 (act. 4/166), Rechnung-Nr. ... vom 13. September 2006 über CHF 120.00 (act. 4/167); • Firma X3.\_\_\_\_: Rechnung ... vom 22. September 2006 (act. 4/168); • Firma X4.\_\_\_\_ AG: MwSt.-Veranlagungsverfügung vom 6. September 2006 über CHF 50.60 (act. 4/169). Die Beklagte 2 sei auf den Veranlagungsverfügungen als Importeurin oder als Warenempfängerin aufgeführt, jedoch werde jeweils das MwSt.- und Zoll-Konto der Klägerin verwendet (act. 1 Rz. 166, 168 und 170). Die Nachfrage bei X1.\_\_\_\_ AG habe ergeben, dass diese vom Beklagten 1 falsch informiert worden sei. So schreibe Herr ... von der Firma X1.\_\_\_\_ AG in seinem E-Mail vom 20. September 2006 an Frau ... von X5.\_\_\_\_ AG (act. 1 Rz. 166, act. 4/165): „Sehr geehrte Frau ...

- 74 - Leider sind wir von dem Importeur C.\_\_\_\_ im Zusammenhang mit deren Adressänderung (Umzug ...strasse ... in die M.\_\_\_\_-Strasse) im Bezug auf die Mwst-Nr. & ZAZ-Kto falsch informiert worden. Nach Rücksprache am 31.08.2006 bezüglich einer Importsen- dung für C.\_\_\_\_ hat uns Herr B.\_\_\_\_ mitgeteilt, dass die C.\_\_\_\_ in die M.\_\_\_\_-Strasse gezogen ist und A.\_\_\_\_ nun C.\_\_\_\_ sei, was sich gem. unserem heutigen Telefonge- spräch als Irrtum herausstellte. Zudem wurde uns die falsche Mwst/ZAZ Nummer bestätigt. [...]“ In der Replik führt die Klägerin ergänzend aus, es sei korrekt, dass sich der Be- klagte 1 selbst um eine MwSt.- und Zollnummer für die Beklagte 2 bemüht und die entsprechende Nummer beantragt habe. Wahrscheinlich sei dies nicht schnell genug gegangen, so dass auch hier auf die Klägerin habe zurückgegriffen werden müssen (act. 54 Rz. 852). Die "Missgeschicke" in der Kommunikation hätten sich die Beklagten 1 und 2 letztlich anrechnen zu lassen, da sie die Auslöser dieser "Missgeschicke" gewesen seien. Die Klägerin bestreite allerdings, dass es sich hierbei um bloss ungewollte Missgeschicke gehandelt habe. Vielmehr habe der Beklagte 1 mit der Aufnahme der Geschäftsaktivitäten nicht so lange warten wol- len, bis die Beklagte 2 ihre eigene Mehrwertsteuernummer gehabt habe. Er habe vielmehr gleich mit den Lieferungen beginnen wollen (act. 54 Rz. 1048). Die eingeforderten Kosten seien kausal durch das unlautere und widerrechtliche Verhalten der Beklagten 1 und 2 zum Nachteil der Klägerin verursacht worden. Die falschen Angaben gegenüber den Speditionsfirmen seien nachweislich vom Beklagten 1 gemacht worden. Der Umstand, dass diese dementsprechend

bei der Einfuhr von Waren aus dem Ausland weiterhin die Mehrwertsteuer- und Zollnummer der Klägerin angegeben hätten, habe die Klägerin erst später entdeckt, nachdem sie die entsprechenden Belastungen zur Zahlung erhalten und mit der fachmännischen Hilfe der X5. \_\_\_\_\_ AG die einzelnen Vorgänge untersucht habe. Durch die rechtzeitige Entdeckung dieser Belastungen habe die Klägerin entsprechende Verwaltungsbeschwerden anstrengen können, womit die Belastungen zwischenzeitlich hätten rückgängig gemacht werden können. Diese Beratungs-

- 75 - kosten seien letztlich kausal verursacht durch das unlautere und widerrechtliche Verhalten der Beklagten 1 und 2 und daher geschuldet (act. 54 Rz. 984 und 1159).

#### **E. 4.13.2**

Der Beklagte 1 führt aus, bei der Rechnung der X5. \_\_\_\_\_ AG handle es sich um Beratungskosten, welche die Klägerin selber verursacht habe. Es bestehe keine Verpflichtung des Beklagten 1, die Kosten der Mehrwertsteuerberatung der Klägerin zu übernehmen (act. 14 Rz. 459 und 461). Er habe überdies weder das Zoll- noch das Mehrwertsteuerkonto der Klägerin zu Gunsten der Beklagten 2 verwendet. Wenn es zu Belastungen des Kontos der Klägerin gekommen sei, habe dies nichts mit dem Verhalten des Beklagten 1 zu tun (act. 60 Rz. 163).

#### **E. 4.13.3**

Die Beklagte 2 bestreitet die klägerischen Behauptungen, wonach ihre Mitarbeiter absichtlich falsche Angaben gemacht hätten. Sie habe nach ihrer Gründung sofort eine eigene Mehrwertsteuernummer beantragt. Alleine schon der Umstand, dass die Verwechslungen nur im September 2009 vorgekommen seien, zeige, dass es sich um ein Versehen gehandelt habe. Allerdings sei völlig offen, auf wessen Fehler dieses zurückgehe (act. 18 Rz. 115). Falsch sei schliesslich auch die klägerische Behauptung, die Beklagte 2 habe das MwSt.- und Zollkonto der Klägerin als ihr eigenes bekanntgegeben, was zu diversen Verwechslungen beim Zoll, bei Lieferanten und Logistikunternehmen geführt habe (act. 18 Rz. 231). Wenn die Klägerin der Auffassung sei, durch die Verwechslungen sei ihr ein Schaden entstanden, habe sie das unter Darlegung der entsprechenden Anspruchsgrundlagen und -voraussetzungen geltend zu machen. Insbesondere müsse sie ihren Schaden substantiieren und der Person, die sie in Anspruch nehmen wolle, ein unerlaubtes Handeln und ein Verschulden nachweisen (act. 63 Rz. 105).

#### **E. 4.13.4**

Dem Beklagten 1 können die angeblich geäusserten Falschinformationen nur dann persönlich angerechnet werden, wenn erstellt ist, dass er jeweils für die Äusserungen verantwortlich ist oder diese selbst geäussert hat. Der Beklagte 1 bestreitet solche Äusserungen gemacht oder dazu veranlasst zu haben. Folglich wäre zur Abklärung der klägerischen Behauptungen ein Beweisverfahren notwendig, welches jedoch wiederum eine entsprechende Substantiierungsdichte vo-

- 76 - raussetzt. Diese ist vorliegend lediglich in Bezug auf die angeblichen Äusserungen gegenüber der X1. \_\_\_\_\_ AG am 31. August 2006 gegeben. Dennoch ist kein Beweisverfahren durchzuführen, da selbst dann nicht von einer Verantwortlichkeit des Beklagten 1 für die geltend gemachten Kosten auszugehen wäre, wenn der Nachweis gelingen sollte, dass er die X1. \_\_\_\_\_ AG wie behauptet informiert hat. Damit wäre nämlich lediglich bewiesen, dass der Beklagte 1 solche Falschinformationen einmal verbreitet hat.

Es erscheint weder kausal noch adäquat, dass eine einmalige Falschinformation eine grossangelegte Überprüfung der Mehrwertsteuer- und Zollabrechnungen zur Folge hat. Mangels eines entsprechenden Zusammenhangs ist die Klage in diesem Punkt gegenüber dem Beklagten 1 daher abzuweisen.

#### **E. 4.13.5**

In Bezug auf die Beklagte 2 ist vorab festzuhalten, dass unbestritten blieb, dass es zu Verwechslungen gekommen ist. Die beträchtliche Anzahl der falschen Mehrwertsteuer- und Zollangaben und die Tatsache, dass davon gleich mehrere Spediteure betroffen sind, schliessen eine lediglich versehentliche Verwechslung oder ein Missverständnis aus. Unbestritten ist sodann, dass die fraglichen Lieferungen für die Beklagte 2 bestimmt waren. Folglich sind die entsprechenden Warenbestellungen und -importe auch von dieser veranlasst worden. In diesem Zusammenhang hatte sie auch die Mehrwertsteuer- und Zollkontonummer anzugeben. Als Ursprung der Falschinformationen kommt daher nur die Beklagte 2 in Frage, welche die Lieferungen in Auftrag gegeben und von den Falschinformationen ohne das Eingreifen der Klägerin auch profitiert hätte. Es erscheint sodann gerechtfertigt und ist nicht zu beanstanden, dass die Klägerin für die Überprüfung der Mehrwertsteuer- und Zollveranlagungsverfügungen fachmännischen Rat hinzugezogen hat. Aus der Tatsache, dass es lediglich Lieferungen im September betraf, kann für die rechtliche Beurteilung nichts abgeleitet werden. Es wurde weder behauptet noch erscheint es zwingend, dass zuvor bereits Lieferungen mit den korrekten Kontonummern erfolgt waren. Wie bereits erwähnt spricht hingegen gerade die Häufigkeit der falschen Informationen gegenüber mehreren Spediteuren gegen ein Versehen. Schliesslich wird die Höhe der geltend gemachten Rechnung an sich nicht bestritten. Die von der Klägerin geforderte Summe von CHF 2'384.99 ist jedoch auf den vollstreckbaren Betrag von CHF 2'385.00 zu

- 77 - runden. Die Beklagte 2 ist daher zu verpflichten, unter dem Vorbehalt der geltend gemachten Verrechnungsforderungen den Betrag von CHF 2'385.00 an die Klägerin zu bezahlen.

#### **E. 4.14**

Zinsen, Fazit

##### **E. 4.14.1**

Die Klägerin fordert auf den vorstehend beurteilten Ansprüchen Zins von 5 % seit dem 31. Dezember 2006. Sie verwende dieses Datum der Einfachheit halber, obwohl die eingeklagten Kosten grundsätzlich ab dem Schadenseintritt zu verzinsen seien (act. 1 Rz. 347).

##### **E. 4.14.2**

Der Beklagte 1 bestreitet, dass ein Schadenszins geschuldet sei (act. 14 Rz. 426). Die Beklagte 2 äussert sich nicht zu diesem Punkt.

##### **E. 4.14.3**

In Bezug auf den Beklagten 1 ist festzuhalten, dass die Ansprüche gegen ihn auf seinen Pflichtverletzungen als Geschäftsführer gründen. Diese unterliegen den Regeln des allgemeinen Haftpflichtrechts, weshalb auch ein Schadenszins von 5 % seit dem Zeitpunkt, in dem sich das schädigende Ereignis finanziell ausgewirkt hat, zum Ersatzanspruch

gehört (WIDMER/GERICKE/WALLER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, 3. Aufl. 2008, N. 50 zu Art. 754 OR). In Bezug auf den Betrag von CHF 88'783.90 ist der Zins von 5 % seit dem 30. Juni 2006 (Datum der letzten Überweisung an die Beklagte 2) geschuldet. Die weiteren vom Beklagten 1 zu verantwortenden Schäden wirkten sich allesamt vor dem 31. Dezember 2006 aus, weshalb der seit diesem Tag geforderte Zins von 5 % auf die Gesamtbeträge von CHF 17'796.00 und GBP 1'144.75 geschuldet ist (J1.\_\_\_\_\_ AG CHF 3'870.05 + Arbeiten in Zusammenhang mit den Geschäftsfahrzeugen CHF 773.35 + Sprachkurse CHF 5'890.00, GBP 1'144.75 + Privatbezüge J5.\_\_\_\_\_ CHF 1'151.60 + Mietzins Juni CHF 4'221.50 + Putzhilfe CHF 662.80 + Parkplätze CHF 1'226.70). Zusammenfassend ist der Beklagte 1 unter Vorbehalt der geltend gemachten Verrechnungsforderungen zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 7'041.60 sowie GBP 1'144.75 (Sprachkurse CHF 5'890.00, GBP 1'144.75 + Privatbezüge J5.\_\_\_\_\_ CHF 1'151.60) jeweils zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 31. Dezember

- 78 - 2006 und unter solidarischer Haftung mit der Beklagten 2 CHF 88'783.90 (Überweisung an die Beklagte 2) zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 30. Juni 2006 sowie CHF 10'754.40 (J1.\_\_\_\_\_ AG CHF 3'870.05 + Arbeiten in Zusammenhang mit den Geschäftsfahrzeugen CHF 773.35 + Mietzins Juni CHF 4'221.50 + Putzhilfe CHF 662.80 + Parkplätze CHF 1'226.70) zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 31. Dezember 2006 zu bezahlen.

#### **E. 4.14.4**

Die Ansprüche gegen die Beklagte 2 haben hingegen lediglich einmal eine ausservertragliche Grundlage (ungerechtfertigte Bereicherung) und ansonsten einen vertraglichen Ursprung, indem sie auf einem faktischen Vertragsverhältnis basieren. Sie sind ebenfalls mit 5 % zu verzinsen. Der behauptete Beginn des Zinsenlaufs wurde seitens der Beklagten 2 nicht bestritten. Zusammenfassend ist die Beklagte 2 unter Vorbehalt der geltend gemachten Verrechnungsforderungen zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 2'385.00 (Rechnung X5.\_\_\_\_\_ AG) zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 31. Dezember 2006 und unter solidarischer Haftung mit dem Beklagten 1 CHF 88'783.90 (Überweisung an die Beklagte 2) zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 30. Juni 2006 sowie CHF 10'754.40 (J1.\_\_\_\_\_ AG CHF 3'870.05 + Arbeiten in Zusammenhang mit den Geschäftsfahrzeugen CHF 773.35 + Mietzins Juni CHF 4'221.50 + Putzhilfe CHF 662.80 + Parkplätze CHF 1'226.70) zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 31. Dezember 2006 zu bezahlen.

- 79 - 5. Privatbezüge und Darlehen des Beklagten 1

#### **E. 5**

% Zins auf dem Betrag von CHF 6'192.00 fordert, um ein Jahr (vorher: ab 31. Mai 2005; neu: ab 31. Mai 2006; act. 54 Rz. 463). Das vorliegende Verfahren ist daher in diesem Umfang als durch Klagerückzug erledigt abzuschreiben.

- 14 - IV. (Materielles) 1. Entgangener Gewinn

#### **E. 5.1**

Parteibehauptungen

##### **E. 5.1.1**

Die Klägerin führt aus, der Beklagte 1 habe sich persönlich bereichert, indem er die Prämie für die Motorfahrzeugversicherung seines privaten H1. \_\_\_\_\_ (Jahresprämie von CHF 3'134.00) von der Klägerin habe bezahlen lassen (act. 1 Rz. 177, 179 und 335; act. 54 Rz. 467). Von der ursprünglichen Jahresprämie von CHF 3'134.00 seien ihr von der ... AG [Versicherungs-Gesellschaft] CHF 3'020.90 zurückvergütet worden, weshalb noch CHF 113.10 eingeklagt seien. Da es sich bei dieser Zahlung um einen privaten Bezug handle, sei darauf die Mehrwertsteuer von 7.6 % und ein Zins von 5 % ab dem Zeitpunkt des Bezugs oder spätestens ab Fälligkeit der Rechnung zu entrichten (act. 1 Rz. 335 f.; act. 54 Rz. 467). Dem Beklagten 1 sei das Fahrzeug der Marke H1. \_\_\_\_\_ nicht als Geschäftsfahrzeug zur Verfügung gestanden. Vielmehr habe der Beklagte 1 einen neuen grossen H2. \_\_\_\_\_ als Geschäftsfahrzeug besessen, dessen Leasingraten und weitere Spesen von der Klägerin bezahlt worden seien. Der Beklagte 1 habe den H1. \_\_\_\_\_ aber seit jeher durch die Klägerin finanzieren lassen und als Geschäftsfahrzeug deklariert, obwohl er ihn privat genutzt habe. Die Klägerin führt weiter aus, hätte es sich beim privaten H1. \_\_\_\_\_ tatsächlich um ein Geschäftsfahrzeug gehandelt, wäre auch dieser nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses umgehend herauszugeben gewesen. Der Beklagte 1 habe denn auch in seiner Klageantwort erklärt, die Klägerin habe ihm ein Firmenfahrzeug zur Verfügung gestellt. Er gehe folglich selber davon aus, dass es nur ein und nicht zwei Geschäftsfahrzeuge gegeben habe (act. 54 Rz. 870 f.). Die Klägerin fordert vom Beklagten 1 aus einem Darlehen sowie angeblich ungerechtfertigten Bezügen (unter anderem zur Bezahlung seiner Lebensversicherung) insgesamt CHF 226'192.00 zurück (CHF 200'000.00 + CHF 70'000.00 + CHF 6'192.00 - CHF 50'000.00; act. 1 Rz. 182 ff. und 331). Das Darlehen über CHF 150'000.00 (inkl. geleisteter Rückzahlungen über CHF 50'000.00) habe die Klägerin mit Schreiben vom 21. Dezember 2006 gekündigt (act. 1 Rz. 183). Der - 80 - Betrag über CHF 70'000.00 sei im Oktober 2006 zur Rückzahlung fällig gewesen (act. 1 Rz. 185). Hinsichtlich Zinsanspruchs macht die Klägerin geltend, die ungerechtfertigten Bezüge seien ab dem Zeitpunkt des Bezugs mit 5 % zu verzinsen. Demnach sei der Zins von 5 % auf den Betrag von CHF 6'192.00 seit dem 31. Mai 2006 und auf den Betrag von CHF 70'000.00 seit dem 14. Dezember 2005 zu bezahlen (act. 1 Rz. 332; act. 54 Rz. 463). In Bezug auf das Darlehen macht die Klägerin geltend, der Beklagte 1 habe sich mit dem vereinbarten Darlehenszins von 1 % zweifellos bevorteilt. Als In-sich-Geschäft könne dies so nicht stehen gelassen werden, sondern sei an den von der Steuerverwaltung angenommenen Zins von 2.25 % anzupassen. Dieser Zins sei ab dem Bezug und nicht erst ab der späteren Ausstufung des Vertrages geschuldet. Mit der Kündigung des Darlehens sei ein Zins von 5 % geschuldet. Die Teilrückzahlung sei im Betrag von CHF 30'000.00 im Januar 2004 und im Betrag von CHF 20'000.00 im Januar 2005 erfolgt (act. 1 Rz. 182 und 333). Der Beklagte 1 schulde daher Zinsen im Umfang von 5 % auf CHF 6'192.00 seit dem 31. Mai 2005, von 5 % auf CHF 70'000.00 seit dem

### **E. 5.1.2**

Der Beklagte 1 anerkennt die Forderung der Klägerin im Umfang von CHF 226'192.00 (act. 60 Rz. 205). Die Zinsen auf diesem Betrag bestreitet er hingegen (act. 60 Rz. 208). Diesbezüglich hält er fest, die Kündigung des Darlehens sei zu Unrecht erfolgt. Er habe seine Forderung aus Arbeitsrecht mit den ausstehenden Darlehensrückzahlung zur Verrechnung gebracht. Darum habe kein Grund bestanden, das Darlehen zu kündigen (act. 14 Rz. 413). Zum Fahrzeug der Marke H1. \_\_\_\_\_ erklärt er, beim H1. \_\_\_\_\_ handle es sich um ein Geschäftsfahrzeug. Die aus seinem Betrieb anfallenden Kosten seien ab dem ersten

Jahr seiner Beschäftigung bei der Klägerin von dieser getragen worden (act. 14 Rz. 179). Er habe Anspruch auf einen Geschäftswagen gehabt und es habe dies-

- 81 - bezüglich eine Einigung mit der Klägerin bestanden, wonach alle mit dem Auto zusammenhängenden Kosten von ihr bezahlt würden (act. 14 Rz. 414).

## **E. 5.2**

Würdigung

### **E. 5.2.1**

Der Betrag über CHF 226'192.00 ist anerkannt und daher geschuldet. Der Beklagte 1 bestreitet hingegen die Zinsforderung. Seine diesbezüglich erhobene Verrechnungseinrede wird noch zu prüfen sein. Sollte diese indessen nicht erfolgreich sein, ist darauf hinzuweisen, dass im Übrigen keine substantiierte Bestreitung vorgebracht wurde. Es ist daher – unter dem Vorbehalt der Verrechnungseinrede – kein Grund ersichtlich, weshalb auf dem anerkannten und geschuldeten Betrag kein Zins zu leisten ist. Die von der Klägerin vorgenommene Anpassung des Zinssatzes von einem Prozent auf 2.25 % ist ebenfalls nicht zu beanstanden. Beim gewährten Darlehen handelt es sich um ein sogenanntes In-sich-Geschäft, welches einer besonderen Ermächtigung bedarf und ansonsten grundsätzlich unzulässig ist (BGE 95 II 442). Der Zinssatz ist daher auf ein marktübliches Niveau anzupassen. Dies ist mit dem von der Steuerverwaltung für solche Geschäfte verwendeten Zinssatz gewährleistet. Folglich ist der von der Klägerin geforderte Zins geschuldet.

### **E. 5.2.2**

In Bezug auf den noch strittigen Anteil an der Jahresprämie der Motorfahrzeugversicherung für den H1. \_\_\_\_\_ ist auf den schriftlichen Arbeitsvertrag zwischen dem Beklagten 1 und der Klägerin abzustellen. Dieser hält fest, dass dem Beklagten 1 ein Geschäftswagen zur Verfügung gestellt wird (act. 4/17 Ziffer 3). Der Beklagte 1 behauptet nun nicht, die Parteien hätten sich dahingehend geeinigt, diesen schriftlichen Vertrag so abzuändern, dass dem Beklagten 1 zwei Fahrzeuge zur Verfügung gestellt würden. Dies gilt umso mehr, als er lediglich auf die unbestrittene Tatsache verweist, dass die fragliche Versicherungsprämie seit dem ersten Jahr seiner Beschäftigung bei der Klägerin von dieser bezahlt worden sei. Der Vertrag datiert jedoch vom 4. September 2002, wogegen die Klägerin bereits am 4. November 1998 gegründet wurde (act. 4/17; act. 4/5). Wären sich die Parteien darin einig gewesen, dass die Klägerin die Kosten von zwei Fahrzeugen bezahlt, ist davon auszugehen, dass dies im Vertrag so und nicht anderslautend

- 82 - festgehalten worden wäre. Dies gilt insbesondere auch deshalb, weil es sich andernfalls um ein grundsätzlich verpöntes In-sich-Geschäft handeln würde. Im Übrigen bringt der Beklagte 1 keine Behauptungen in tatsächlicher Hinsicht vor. Der Betrag von CHF 113.10 ist somit samt Mehrwertsteuer von 7.6 % und einem Zins von 5 % seit 1. Juli 2007 vom Beklagten 1 geschuldet. 6. Offene Rechnungen gegenüber der Beklagten 2 6.1. Die Klägerin wirft der Beklagten 2 vor, die ersten Geschäfte aus ihrem Lager vorgenommen zu haben, ohne je etwas dafür bezahlt zu haben. Insgesamt seien der Beklagten 2 CHF 45'828.00 in Rechnung gestellt worden. Weitere Lieferungen im Wert von CHF 1'413.00 seien noch nicht verrechnet worden. Nach Verrechnung der nicht bestrittenen Gegenforderung der Beklagten 2 von CHF 6'456.00 (Prozessentschädigung aus dem Massnahmeverfahren) stünden der Klägerin noch CHF 40'785.00 zuzüglich Zins seit

dem 26. Januar 2007 zu be- gleichen zu (act. 1 Rz. 343 ff., act. 54 Rz. 470). 6.2. Die Beklagte 2 bestreitet die Forderung der Klägerin nicht. Sie erklärt ledig- lich die Verrechnung mit angeblichen Ansprüchen aus dem Distributionsvertrag zwischen ihr und der Klägerin (act. 18 Rz. 370 ff., act. 63 Rz. 237). 6.3. Die Forderung der Klägerin im Umfang von CHF 40'785.00 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 26. Januar 2007 wurde von der Beklagten 2 nicht bestritten. Die Frage, ob der Anspruch aufgrund der geltend gemachten Verrechnung unterge- gangen ist, wird separat zu prüfen sein. Vorerst gilt, dass die Beklagte 2 der Klä- gerin unter dem Vorbehalt der Verrechnung CHF 40'785.00 nebst Zins zu 5 % seit dem 26. Januar 2007 schuldet.

- 83 - 7. Ansprüche des Beklagten 1 aus dem Arbeitsvertrag

## **E. 7**

April 2006 habe der Beklagte 1 der Klägerin das bereits erwähnte Angebot un- terbreitet, den von D2.\_\_\_\_\_ GmbH gehaltenen Anteil an der Klägerin von 90 % zu erwerben. Gleichzeitig habe er darauf hingewiesen, dass er eine kollektive Kündigung aller Mitarbeiter nicht ausschliessen könne, sollte die D2.\_\_\_\_\_ GmbH nicht in den Verkauf einwilligen (act. 1 Rz. 27). Mit einem E-Mail vom 20. April 2006 habe der Beklagte 1 sein Angebot gegenüber L1.\_\_\_\_\_, damaliger Chair-

- 15 - man von D1.\_\_\_\_\_ SAS, bekräftigt und erwähnt, dass man, sollte sein Angebot abgelehnt werden, über die neue Situation sprechen müsse, in der sich die Kläge- rin ab dem nächsten Monat befinden würde. Er habe wörtlich festgehalten (act. 1 Rz. 27 und 31): "Hello L1.\_\_\_\_\_ How are you. Sorry do bother you with this Mail, i now you have more important problems to solve. Do you have any news for me about the short meeting we had in ...? I just need a answer if D1.\_\_\_\_\_ will sell or not. If the answer is no, we have to discuss the new situation that A.\_\_\_\_\_ will face the next month. Kind Regards B.\_\_\_\_\_ Managing Director A.\_\_\_\_\_ GmbH" Am 25. April 2006 habe der Beklagte 1 erneut per E-Mail mitgeteilt, das gesamte Personal inklusive ihm habe die Kündigung eingereicht und die Klägerin werde ab Mai 2006 kein Personal mehr besitzen und der Vertriebsvertrag mit F.\_\_\_\_\_ sei aufgelöst worden (act. 1 Rz. 32). Am 5. Mai 2006 habe eine Sitzung in ... stattge- funden, in welcher L1.\_\_\_\_\_ erneut bekräftigt habe, dass ein Verkauf der Anteile, welche die D2.\_\_\_\_\_ GmbH an der Klägerin halte, nicht in Frage komme. Zudem sei der Beklagte 1 auf seine Pflichten als Geschäftsführer hingewiesen worden (act. 1 Rz. 33). In der Folge habe der Beklagte 1 die Zusammenarbeit mit der D.\_\_\_\_\_-Gruppe weitgehend verweigert. So habe die Personalabteilung der D.\_\_\_\_\_-Gruppe am 15. Mai und 19. Juni 2006 vergeblich versucht, Angaben über die Personalsituation bei der Klägerin zu erhalten. Die Teilnahme an einer Telefonkonferenz am 14. Juni 2006 habe er mit der Begründung abgelehnt, er sei dann in einer Sitzung (act. 1 Rz. 36 ff.).

### **E. 7.1**

Parteibehauptungen

#### **E. 7.1.1**

Der Beklagte 1 macht in seiner Klageantwort geltend, die fristlos ausge- sprochene Kündigung sei ungerechtfertigt erfolgt. Es seien keine Gründe ersicht- lich, welche die Fortführung des Arbeitsverhältnisses für die Klägerin unzumutbar gemacht hätten. Er habe seine Treuepflicht nicht verletzt, sondern im Interesse der Klägerin gehandelt (act. 14 Rz. 182). Der Beklagte 1 führt aus, er hätte zu- nächst auch abgemahnt werden müssen. Eine

solche Abmahnung liege nicht vor und werde von der Klägerin zu Recht auch nicht geltend gemacht (act. 60 Rz. 207). Die Kündigung sei aber auch viel zu spät erfolgt. Die Erklärungsfrist, welche im Falle des Aussprechens von fristlosen Kündigungen zu beachten sei, sei nicht eingehalten worden. Die Klägerin habe bereits im Mai 2006 und spätestens im Juni 2006 von den angeblichen Pflichtverletzungen des Beklagten 1 gewusst (act. 14 Rz. 182). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung müsse eine fristlose Kündigung in der Regel zwei bis drei Tage nach Entdecken des wichtigen Grundes ausgesprochen werden. Das Arbeitsgericht Zürich habe in einem Entscheid vom 8. Januar 2003 (AN020607) eine Frist von sechs bis maximal acht Tagen als zulässig erachtet. Erfolge die fristlose Kündigung zu spät, gelte sie als ungerechtfertigt. Die Klägerin habe im Mai, spätestens jedoch bis zum 15. Juni 2006, von den angeblichen Pflichtverletzungen des Beklagten 1 erfahren. Die erst am

### **E. 7.1.2**

Die Klägerin verweist zur Begründung der fristlosen Kündigung des Beklagten 1 auf die ihm vorgeworfenen Handlungen (act. 54 Rz. 879). Sie führt aus, erstaunlicherweise habe der Beklagte 1 nie nach einer schriftlichen Begründung der Kündigung verlangt (act. 54 Rz. 877). Nach der richterlichen Verfügung seien durch die Aktensichtung täglich neue Verfehlungen des Beklagten 1 zu Tage getreten, welche jede für sich alleine genommen eine fristlose Entlassung gerechtfertigt hätte (act. 54 Rz. 617).

- 86 - Die Klägerin entgegnet sodann, eine fristlose Auflösung sei umgehend zu erklären. Damit sei indessen nicht eine augenblickliche Reaktion gemeint, sondern ein Handeln innert Frist nach dem Treffen der erforderlichen Abklärungen. Andernfalls sei anzunehmen, es sei auf das Recht zur fristlosen Kündigung verzichtet worden. Die Frist laufe nicht, solange der Kündigende noch keine sichere Kenntnis der Umstände habe und weitere Abklärungen vornehmen müsse sowie wenn der Gegenseite die Gelegenheit eingeräumt werde, das zerstörte Vertrauen wieder herzustellen (act. 54 Rz. 880). Gegen Ende Juni 2006 sei L2.\_\_\_\_\_, dem Personalverantwortlichen des D.\_\_\_\_\_-Konzerns, das in deutscher Sprache gehaltene E-Mail von S1.\_\_\_\_\_ an L3.\_\_\_\_\_ zugespielt worden. Ab diesem Zeitpunkt habe die D.\_\_\_\_\_-Gruppe von der Gründung der Beklagten 2 gewusst, ohne jedoch den Link zum Beklagten 1 herstellen zu können, da dieser sich bei der Gründung eines Strohmannes bedient habe. Am 3. Juli 2006 habe der in Frankreich domizilierte zweite Geschäftsführer der Klägerin, L4.\_\_\_\_\_, die unterzeichneten Anwälte eingeschaltet. Am 5. Juli 2006 habe die Klägerin eine Internetseite entdeckt, in der die Beklagte 2 mit der Klägerin in Verbindung gebracht worden sei; am 7. Juli 2006 habe die Klägerin sodann vor Ort feststellen müssen, dass die Räumlichkeiten der Klägerin offensichtlich von der Beklagten 2 genutzt würden. Gleichentags habe sie ein Begehren um superprovisorische Massnahme beim Bezirksgericht Zürich gestellt, welches unter anderem den sofortigen Entzug der Geschäftsführungsbefugnis des Beklagten 1 bezweckt habe. An dem der Ausfällung des Entscheides bzw. der superprovisorischen Absetzung des Beklagten 1 folgenden Tag, dem 12. Juli 2006, hätten sich aus ... und ... angereiste Vertreter der Hauptgesellschafterin der Klägerin bzw. des D.\_\_\_\_\_-Konzerns zusammen mit den Rechtsvertretern der Klägerin in die Räumlichkeiten an der M.\_\_\_\_\_-Strasse begeben und den Beklagten 1 zur Rede gestellt. Dieser sei vor allem dem Vertreter der D2.\_\_\_\_\_-GmbH gegenüber ausfällig geworden. Der Beklagte 1 habe dann angekündigt, sich einen Anwalt zu nehmen. Am 13. Juli 2006 sei mit diesem Anwalt ein Treffen auf dem 14. Juli 2006 zur Löschung persönlicher Daten auf dem PC des Beklagten vereinbart

worden. Anlässlich dieses Treffens sei dem Beklagten 1 die bereits am 12. Juli 2006 in Aussicht gestellte fristlose Kündigung schriftlich überreicht worden (act. 54 Rz.

- 87 - 881). Aufgrund dieses Ablaufs habe der Beklagte 1 in keinem Moment davon ausgehen können, die Klägerin habe seine Handlungen akzeptiert und auf die fristlose Kündigung verzichtet. Hinzu komme, dass die Klägerin erst nach und nach das Ausmass der Handlungen des Beklagten 1 entdeckt habe. So habe sie erst am 7. Juli 2006 erfahren, dass die Beklagte 2 aus ihren Geschäftsräumlichkeiten heraus operiere. Erst am 12. Juli 2006 habe sie sodann festgestellt, dass der Mietvertrag der von der Klägerin gemieteten Räumlichkeiten an die Beklagte 2 abgetreten, Unterlagen und Infrastruktur der Klägerin jedoch weiter genutzt worden seien. Der Verdacht, dass der Beklagte 1 hinter den Kündigungen der Mitarbeiter stehe, habe sich erst später erhärtet (act. 54 Rz. 882).

Nachdem keine ungerechtfertigte fristlose Entlassung vorliege, habe der Beklagte 1 auch keinen Anspruch auf irgendwelche Entschädigungszahlungen, geschweige denn auf eine Pönale, welche zudem vom Beklagten 1 nicht substantiiert begründet worden sei. Die Ausführungen des Beklagten 1 würden daher allesamt bestritten. Bestritten werde zudem die vom Beklagten 1 vorgenommene Berechnung. Auch sei zu beachten, dass der Beklagte 1 nicht, wie von ihm geltend gemacht worden sei, irgendwann im Februar 2007 bei der Beklagten 2 begrüsst worden sei. Er sei bereits vor erfolgter Kündigung durch die Klägerin bei der Beklagten 2 tätig gewesen. Dies ergebe sich bereits aus der Tatsache, dass er gemäss seinem Lohnausweis 2006 vom 12. März 2007 einen Lohn von CHF 51'170.00 brutto deklariert habe. Beachte man zudem, dass gemäss der vom Beklagten 1 eingereichten Jahresrechnung der Personalaufwand der Beklagten 2 in der Zeit vom 1. Juni 2006 bis zum 31. März 2007 insgesamt CHF 517'525.40 und in der Zeit vom 1. April 2007 bis zum 30. Juni 2008 insgesamt CHF 506'330.13 betragen habe, erscheine die vom Beklagten 1 geltend gemachte Entlohnung von CHF 100'000.00 als unwahrscheinlich. Die Klägerin bestreite dies daher (act. 54 Rz. 883).

- 88 -

## **E. 7.2**

### **Würdigung**

#### **E. 7.2.1**

Gemäss Art. 337 Abs. 1 OR kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund fristlos aufgelöst werden. Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Art. 337 Abs. 2 OR). Nach Art. 321a Abs. 1 OR hat der Arbeitnehmer die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren. Er hat insbesondere alles zu unterlassen, was den Arbeitgeber wirtschaftlich schädigen könnte. Diese Treuepflicht wird durch die berechtigten eigenen Interessen des Arbeitnehmers an der freien Entfaltung seiner Persönlichkeit eingeschränkt, zu denen insbesondere auch das Interesse an einer anderen Tätigkeit gehört. Deshalb darf ein Arbeitnehmer bei bestehendem Arbeitsvertrag eine spätere Tätigkeit vorbereiten. Jedoch verletzt er seine Treuepflicht, wenn diese Vorbereitungen gegen Treu und Glauben verstossen. Die Gründung und Eintragung einer Konkurrenzfirma ist beispielsweise nicht zu beanstanden, solange diese nicht vor Ablauf der Kündigungsfrist ihre Tätigkeit aufnimmt. Unter Wahrung seiner Treuepflichten muss es dem Arbeitnehmer bereits vor der Kündigung freistehen, eine neue Beschäftigung vorzubereiten. Auch im ungekündigten

Vertragsverhältnis setzt eine Verletzung der Treuepflicht voraus, dass das Verhalten des Arbeitnehmers geeignet ist, die berechtigten wirtschaftlichen Interessen des Arbeitgebers zu beeinträchtigen (BGE 117 II 72 mit Hinweisen).

### **E. 7.2.2**

Vorliegend ist mittlerweile unbestritten, dass der Beklagte 1 die treibende Kraft hinter dem Aufbau der Beklagten 2, einer direkten Konkurrentin der Klägerin, war. In dieser Aufbauphase stellte die Beklagte 2 mit Ausnahme des Beklagten 1 sämtliches Personal der Klägerin an und schloss gleichzeitig mit den Lieferanten und Kunden der Klägerin Lieferverträge ab. Ihre Geschäftstätigkeit nahm die Beklagte 2 sodann zu einem Zeitpunkt auf, als sich der Beklagte 1 noch in ungekündigter Anstellung bei der Klägerin befand. Aus dem E-Mail-Verkehr zwischen dem Beklagten 1 und R.\_\_\_\_\_ vom 27. März 2006 (act. 4/23) wird ausserdem ersicht-

- 89 - lich, dass der Beklagte 1 nicht bloss eine konkurrenzierende Tätigkeit plante, sondern die Weiterführung der bisherigen klägerischen Geschäftstätigkeit unter neuem Firmennamen. Gleichzeitig zog der Beklagte 1 auch die Möglichkeit in Betracht, anstelle einer Neugründung den Anteil der Hauptgesellschafterin an der Klägerin zu erwerben. Am 20. April 2006 hielt er gegenüber dieser, vertreten durch L1.\_\_\_\_\_, fest, wenn die Antwort (auf die Frage, ob diese ihren Geschäftsanteil verkaufe) nein sei, müsse man über die neue Situation sprechen, mit welcher die Klägerin im neuen Monat konfrontiert sein werde (act. 4/26). Lediglich fünf Tage später teilte er L1.\_\_\_\_\_ mit, dass sämtliche Mitarbeiter der Klägerin inklusive seiner selbst gekündigt hätten (act. 4/27), wobei er sich später auf den Standpunkt stellte, seine Kündigung müsse gemäss Arbeitsvertrag per eingeschriebenem Brief erfolgen, weshalb sein Arbeitsverhältnis ungekündigt sei (act.

### **E. 7.2.3**

Bereits aus dieser Zusammenstellung wird offensichtlich, dass ein gravierender Treubruch des Beklagten 1 zu bejahen ist. Angesichts seiner ehemaligen Stellung als Geschäftsführer der Klägerin und der Tatsache, dass sich der Arbeitsvertrag des Beklagten 1 gerade um ein Jahr bis zum 30. Juni 2007 verlängert hatte, war die Klägerin zur fristlosen Kündigung berechtigt und es wäre der Klägerin nicht zumutbar gewesen, den Beklagten 1 bis zur ordentlichen Kündigung weiterzubeschäftigen.

### **E. 7.2.4**

Im Nachgang zum Augenschein vor Ort am Freitag, 7. Juli 2006, stellte die Klägerin gleichentags das Begehren, dem Beklagten 1 die Geschäftsführungsbezugnis superprovisorisch zu entziehen (act. 4/13). Die schriftliche fristlose Kündigung erfolgte daraufhin unstreitig am 14. Juli 2006. Demnach sprach die Klägerin die fristlose Kündigung innert sieben Kalendertagen aus. Der Beklagte 1 bean-

- 90 - standet dies als verspätet, da der Klägerin eine fristlose Kündigung schon am 7. Juli 2006, dem Tag, an dem die Klägerin um vorsorglichen Rechtsschutz ersuchte, zumutbar gewesen sei. Der Beklagte 1 verkennt dabei, dass es sich beim Entzug der Geschäftsführungskompetenz um eine vorsorgliche Massnahme handelte, die zur Schadensvermeidung frühzeitig zu ergreifen ist. Eine solche Massnahme ist bereits dann angezeigt, wenn ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil lediglich droht (vgl. § 110 Abs. 1 ZPO/ZH). Eine fristlose Kündigung auf Grundlage einer blossen Vermutung, dass eine gravierende Pflichtverletzung vorliegen könnte bzw. droht, ist dem Arbeitgeber, der

das Risiko einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung trägt, nicht zuzumuten. Die fristlose Kündigung stellt vielmehr den definitiven Bruch mit dem Arbeitnehmer dar, der nicht leichtfertig zu vollziehen ist. Es ist eine genügend sichere Kenntnis der Umstände der Pflichtverletzung des Arbeitnehmers notwendig, wobei allfällige Abklärungen beförderlich zu treffen sind. Die vom Bundesgericht vorgegebene Frist, innert der eine fristlose Kündigung auszusprechen sei, beträgt in der Regel 2-3 Werktage (Urteil des Bundesgerichts vom 23. August 1999, in: JAR 2000 S. 231 f.). Der 8. und 9. Juli 2006 fiel auf ein Wochenende (act. 54 Rz. 68), weshalb die Kündigung unter Berücksichtigung einer minimalen Abklärungszeit von einem Tag frühestens am 11. Juli 2006 ausgesprochen werden konnte. Nach der unbestritten gebliebenen Darstellung der Klägerin stellte sie den Beklagten 1 am 12. Juli 2006 noch zur Rede. Diese dem Beklagten 1 gewährte Möglichkeit, sich zu rechtfertigen, führt grundsätzlich dazu, dass die Frist zur Aussprechung der Kündigung noch nicht zu laufen beginnt (Urteil des Bundesgerichts vom 21. Mai 1995, in: JAR 1997 S. 209). Ebenfalls unbestritten blieb, dass sie ihm an diesem Tag auch die fristlose Kündigung in Aussicht stellte. Die fristlose Kündigung erfolgte somit innert einer angemessenen Reaktionszeit. Dies gälte auch dann, wenn man ohne Weiterungen auf den 7. Juli 2006 als Zeitpunkt, in dem die Klägerin von den Pflichtverletzungen ausreichend Kenntnis hatte, ausginge. Der Entscheid, die fristlose Kündigung auszusprechen, musste nämlich von der Hauptgesellschafterin, der D2. \_\_\_\_\_ GmbH bzw. des D. \_\_\_\_\_ -

- 91 - Konzerns, getroffen werden. In solchen Fällen kann die Entscheidungsfindung weit mehr Zeit in Anspruch nehmen, weshalb eine Reaktionszeit von bis zu einer Woche als angemessen erscheint (Urteil des Bundesgerichts vom 21. Mai 1995, in: JAR 1997 S. 209; Urteil des Bundesgerichts vom 23. August 1999, in: JAR 2000 S. 232). Folglich wäre die fristlose Kündigung auch unter diesen Annahmen rechtzeitig erfolgt. Soweit der Beklagte 1 ausführt, die Klägerin habe schon im Mai oder Juni 2006 von seinen Pflichtverletzungen gewusst, bleiben seine Ausführungen unsubstantiiert. Der Beklagte 1 wurde aus vorstehenden Gründen zu Recht fristlos entlassen, weshalb ihm daraus keine Ansprüche zustehen. 8. Dem Beklagten 1 zugesprochene Parteientschädigung aus dem Verfahren betreffend die vorsorglichen Massnahmen 8.1. Der Beklagte 1 macht in seiner Duplik geltend, ihm stünde die in der rechtskräftigen Verfügung der Einzelrichterin des Bezirksgerichts Zürich vom 31. August 2006 festgehaltene Parteientschädigung, welche gemäss Dispositivziffer 8 CHF 9'684.00 (inkl. MwSt.) betrage, noch zu, weshalb er die Verrechnung mit den Forderungen der Klägerin erkläre (act. 60 Rz. 19 und 211). 8.2. Die Klägerin nahm zu dieser Verrechnungsforderung des Beklagten 1 keine Stellung. In ihrer Eingabe vom 26. November 2010, in welcher sie sich zur gesellschaftsrechtlichen Verrechnungsforderung des Beklagten 1 äusserte (siehe nachstehend), hielt sie jedoch die Bitte fest, das Gericht solle ihr das rechtliche Gehör gewähren, sofern es in der Duplik (weitere) relevante Noven erkenne (act. 68). 8.3. Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör in einem kontradiktorischen Verfahren fliesst unter anderem das Recht einer Partei, sich zu jeder Eingabe der Gegenpartei äussern zu können. Auf dieses Recht kann im Einzelfall jedoch verzichtet werden. Die Voraussetzungen, unter denen ein solcher Verzicht anzunehmen ist, wurden durch die Rechtsprechung in jüngerer Zeit konkretisiert und an die Entscheide des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR)

- 92 - zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK angeglichen. Danach ist ein Verzicht dann anzunehmen, wenn die betroffene Partei in der Lage war, die Notwendigkeit einer Stellungnahme zu

prüfen und ein derartiges Anliegen wahrzunehmen, und sie dies unterlässt, obwohl eine Reaktion innert einer angemessenen Zeitspanne zumutbar war (Beschluss des Kassationsgerichts des Kantons Zürich AA080191 vom 7. April 2009 mit Hinweisen). Dabei ist es alleine Sache der Partei (und nicht des Richters), zu beurteilen, ob ein Dokument einen Kommentar erfordert (BGE 133 I 100 E. 4.3 S. 102, Beschluss des Kassationsgerichts des Kantons Zürich AA100144 vom 27. Januar 2011 E. II/4.d.bb S. 8). Es ist daher nicht Sache des Gerichts, eine (anwaltlich vertretene) Partei auf die Relevanz einer erhobenen Verrechnungseinrede hinzuweisen. 8.4. Der Klägerin wurde die Duplik des Beklagten 1 am 28. September 2010 zugesandt (Prot. S. 20). Damit wurde sie in die Lage versetzt, um die Notwendigkeit einer Stellungnahme ihrerseits zu allfälligen Noven zu prüfen, was sie denn auch in Bezug auf die gesellschaftsrechtliche Forderung des Beklagten 1 getan hat. Der Klägerin wurde damit das rechtliche Gehör gewährt, und es ist kein Grund ersichtlich, weshalb ihr eine weitere Gelegenheit einzuräumen ist, um zu den Noven in der Duplik des Beklagten 1 Stellung zu nehmen. 8.5. Es ist jedoch zu beachten, dass offensichtlich unberechtigte Forderungen auch dann nicht unbesehen zuzusprechen sind, wenn die Gegenpartei mit einer Stellungnahme dazu säumig ist und diese folglich als unbestritten gelten (vgl. § 131 Abs. 1 ZPO/ZH sowie FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N. 3 zu § 131 ZPO und N. 1 zu § 132 ZPO). In der erwähnten Verfügung wird unter Ziffer 8, auf welche sich der Beklagte 1 explizit und abschliessend stützt, festgehalten (act. 15/1): "Die Klägerinnen 1 und 2 werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, dem Beklagten 1 eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 4'500.00 zuzüglich 7,6 % Mehrwertsteuer und der Beklagten 2 eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 6'000.00 zuzüglich 7,6 % Mehrwertsteuer zu bezahlen." Der Anspruch des Beklagten 1 beträgt aufgrund dieser Dispositivziffer offensichtlich nicht CHF 9'684.00, was zweimal CHF 4'500.00 plus 7,6 % Mehrwertsteuer entspricht, sondern CHF 4'842.00 (= CHF 4'500.00 + 7,6 % MwSt.). Die Verrech-

- 93 - nung ist daher auf diesen Betrag zu beschränken. Der Anspruch der Klägerin gegenüber dem Beklagten 1 aus den diversen Rechnungen reduziert sich folglich von CHF 7'041.60 auf CHF 2'199.60. 9. Gesellschaftsrechtlicher Anspruch des Beklagten 1 9.1. Der Beklagte 1 macht weiter geltend, er sei zwischenzeitlich aus der Klägerin ausgeschlossen worden. Er habe deshalb Anspruch auf eine Abfindung, die dem wirklichen Wert seiner Stammanteile entspreche. Die Klägerin selber beziffere den Anteil des Beklagten 1 in einer Eingabe vom 23. Juli 2009 an das Handelsgericht des Kantons ... mit einem Betrag von CHF 209'729.97. Darauf sei sie zu behaften. Andernfalls sei ein Gutachten einzuholen (act. 60 Rz. 19 und 209 f.). Die Abfindung des Beklagten 1 werde mit dem Ausscheiden aus der Klägerin fällig, da diese nach eigenen Angaben im Verfahren vor dem Handelsgericht des Kantons ... über verwendbares Eigenkapital verfüge. Der Beklagte 1 führt weiter aus, er verrechne diese Forderung mit den Ansprüchen der Klägerin. Er habe von der Klägerin mit Schreiben vom 27. September 2010 sodann verlangt, dass sie eine Revisionsgesellschaft bezeichne, die Jahresrechnung ordentlich revidieren lasse und ein Revisionsexperte die Höhe des verwendbaren Eigenkapitals feststelle. Der Beklagte 1 werde den Bericht dieses Revisionsexperten sofort nach Erhalt durch die Klägerin dem Handelsgericht nachreichen (act. 60 Rz. 19 und 209). Dies tat der Beklagte 1 schliesslich mit Eingabe vom 23. November 2010 (act. 66 f.). 9.2. Die Klägerin sah sich durch die Eingabe des Beklagten 1 zu einer Stellungnahme veranlasst. Mit Schreiben vom 26. November 2010 hielt sie fest, die Klägerin habe den Abfindungsanspruch des Beklagten 1 nie mit CHF 209'729.97 beziffert. Sie habe mit ihrer Eingabe an das Handelsgericht des Kantons ... lediglich den

Streitwert aus Sicht des Beklagten 1 berechnet. Es könne keineswegs auf besagte Berechnung abgestellt werden, was das Handelsgericht des Kantons ... denn auch nicht getan habe. Die Klägerin bestreitet im Weiteren, dass es sich bei der Bestätigung des verfügbaren Eigenkapitals per 31. März 2010 um ein noch zu berücksichtigendes Novum handelt (act. 68).

- 94 - 9.3. Scheidet ein Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, so hat er Anspruch auf eine Abfindung, die dem wirklichen Wert seiner Stammanteile entspricht (Art. 825 Abs. 1 OR). Der wirkliche Wert eines Stammanteils entspricht prinzipiell dem Unternehmenswert geteilt durch die Anzahl Stammanteile (OERTLE/DU PASQUIER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, 3. Aufl. 2008, N. 4 zu Art. 789 OR). Auf Antrag der Parteien wird der wirkliche Wert der Stammanteile vom Gericht bestimmt (Art. 789 Abs. 1 OR). Die Abfindung wird mit dem Ausscheiden fällig, soweit die Gesellschaft über verwendbares Eigenkapital verfügt (Art. 825a Abs. 1 Ziff. 1 OR). Dabei hat ein zugelassener Revisionsexperte die Höhe des verwendbaren Eigenkapitals festzustellen (Art. 825a Abs. 2 OR). Für die Bestimmung des wirklichen Werts des Stammanteils eines ausgeschlossenen Gesellschafters ist auf den Zeitpunkt seines Ausscheidens, d.h. auf den Zeitpunkt des rechtskräftigen Urteils (Zeitpunkt der Urteilsfällung), abzustellen (STÄUBLI, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, 3. Aufl. 2008, N. 1 zu Art. 825a OR). 9.4. Soweit die Klägerin bestreitet, dass es sich bei der Bestätigung des verfügbaren Eigenkapitals per 31. März 2010 um ein echtes Novum handelt, bleiben ihre Ausführungen unsubstantiiert, weshalb sich weitere Erwägungen diesbezüglich erübrigen. 9.5. Im Übrigen kann hinsichtlich der Gewährung des rechtlichen Gehörs auf die vorstehenden Erwägungen zur Prozessentschädigung aus dem Massnahmeverfahren verwiesen werden. Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, kann jedoch offen bleiben, ob die Stellungnahme der Klägerin vom 26. November 2010 verspätet ist. 9.6. Wie bereits ausgeführt wurde, kann das Gericht auch den Beweis unbestritten gebliebener Behauptungen verlangen, wenn es ernsthafte Zweifel an ihrer Richtigkeit hat (§ 131 Abs. 1 ZPO/ZH). Solche sind insbesondere dann angezeigt, wenn die Behauptungen einer Partei ihren eigenen Akten widersprechen (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N. 3 zu § 131 ZPO). 9.7. Aus der vom Beklagten 1 eingereichten und vom Gericht zur Feststellung der Fälligkeit der geltend gemachten Verrechnungsforderung zu prüfenden Bestä-

- 95 - tigung des Revisionsexperten geht hervor, dass die Klägerin die geltend gemachte Höhe des Abfindungsanspruchs bestreitet (act. 67). Dasselbe geht aus der vom Beklagten 1 ins Recht gelegten Eingabe der Klägerin an das Handelsgericht des Kantons ... hervor. In Ziffer 4 dieser Eingabe bestreitet sie die Berechnung der CHF 209'729.97 und hält lediglich fest, dass es dennoch naheliegend sei, für den Streitwert auf diesen Betrag abzustellen, zumal das Interesse der Klägerin am Ausschluss des Beklagten nicht in erster Linie monetärer Natur sei (act. 61/1). Die Berechnung des angeblichen wirklichen Werts von CHF 209'729.97 basiert sodann auf einem Fixbetrag von CHF 100'000.00 (act. 61/1 Ziffer 3). Eine solche Fixierung des inneren Werts eines Stammanteils ist jedoch unzulässig (TRÜEB, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2007, N. 2 zu Art. 789 OR). Es bestehen daher ernsthafte Zweifel daran, dass der wirkliche Wert des Stammanteils im Umfang von 10 % CHF 209'729.97 bzw. der wirkliche Wert der Klägerin insgesamt CHF 2'097'299.70 beträgt, zumal der gesamte Bilanzwert der Klägerin per 31. März 2007 lediglich CHF 1'383'874.10 betragen hat (act. 15/7). Hinzu kommt, dass die Beklagten 1 und 2 ausführen, die Klägerin habe ihre Geschäftstätigkeit aufgegeben (act. 14 Rz. 3 und 5,

act. 18 Rz. 57). Dementsprechend wäre bei der Ermittlung des inneren Werts der Stammanteile auf den Liquidationswert der Klä- gerin abzustellen, weshalb ein Gesamtwert von CHF 2'097'299.70 noch zweifel- hafter erscheint. 9.8. Der für die Ermittlung des wirklichen Werts der Klägerin relevante Zeitpunkt fällt, wie vorstehend ausgeführt, mit dem Zeitpunkt des rechtskräftigen Aus- schlusses des Beklagten 1 zusammen. Die Festlegung des inneren Werts der Klägerin setzt daher die Behauptung dieses Zeitpunkts zwingend voraus. Dieser wurde vom Beklagten 1 jedoch nicht behauptet. Es lässt sich auch aus der Bestä- tigung des Revisionsexperten, welche sich sowohl auf den 31. März 2009 als auch auf den 31. März 2010 bezieht, nichts ableiten. Damit fehlt eine wesentliche Behauptung, um die Höhe einer allfälligen Verrechnungsforderung beurteilen zu können. Mangels Substantiierung ist die Verrechnungsforderung demzufolge nicht ausgewiesen.

- 96 - 10. Ansprüche der Beklagten 2 aus dem Distributionsvertrag

## **E. 10**

% gegenüber dem Vorjahr verzeichnet und mit einem Umsatz von CHF 460 Mio. erneut ein Rekordergebnis erzielt habe. Weiter werde festgehalten, dass über alle Plattformen hinweg das F.\_\_\_\_-Spiel F1.\_\_\_\_ im Jahre 2008 mit

- 26 - 70'000 Exemplaren das meist verkaufte Spiel gewesen sei. Aus der Jahresprä- sentation von O.\_\_\_\_ ergebe sich, dass der Spielmarkt, also die Software- Produkte, um stolze 15.85 % von CHF 211'630'178.00 auf CHF 245'181'666.00 gestiegen sei. Die Klägerin sei folglich mit ihrer Annahme von 13 % Umsatz- wachstum im 2008 zugunsten der Beklagten 1 und 2 unter dem effektiv erzielten Umsatzwachstum geblieben. Die Tatsache, dass der von der Klägerin berechnete F.\_\_\_\_-Umsatz für das Jahr 2008 realistisch sei, ergebe sich auch aufgrund folgender Rechnung: Im Jahr 2008 habe F.\_\_\_\_ insgesamt einen Marktanteil von 5.8% gehabt. Unter Berück- sichtigung des Gesamtmarktumsatzes von CHF 245'181'666.00 ergebe sich ein F.\_\_\_\_-Gesamtjahresumsatz von CHF 14'220'536.63. Unter der Annahme der Beklagten 1 und 2, die Klägerin hätte nur noch 45 % des Umsatzes für sich bean- spruchen können, ergebe sich immer noch ein relevanter Umsatz mit F.\_\_\_\_ - Produkten für das Jahr 2008 von CHF 6'399'241.50. Werde davon wiederum der Deckungsbeitrag (29.219 %) und der Betriebskostenanteil (19.75 %) berechnet, resultiere ein entgangener Gewinn von CHF 605'944.00. Eventualiter mache die Klägerin daher entgangene Gewinne aus dem verlorenen F.\_\_\_\_-Vertrieb von CHF 101'927.00 für das Jahr 2006, von CHF 531'290.00 für das Jahr 2007 und von CHF 605'944.00 für das Jahr 2008 bzw. insgesamt von CHF 1'239'161.00 geltend.

### **E. 10.1**

Partei behauptungen

#### **E. 10.1.1**

Die Beklagte 2 erklärt zusammenfassend, die von ihr anerkannte Forde- rung über CHF 40'785.00 habe sie im Umfang der vorprozessual geltend ge- machten CHF 39'372.00 bereits verrechnet. In Bezug auf die Restforderung von CHF 1'413.00 erkläre sie hiermit die Verrechnung (act. 18 Rz. 370 f.). Die von ihr vorgebrachte Verrechnungsforderung sei in beiden Fällen dieselbe und basiere auf dem zwischen der Klägerin und der Beklagten 2 am 13. Juni 2006 geschlos- senen Distributionsvertrag mit einer Laufzeit bis zum 31. März 2007. Diese ver- längere sich automatisch, wenn der Vertrag nicht acht Wochen vor Ablauf

gekündigt werde. Er sei noch immer ungekündigt und regle die Distributionsrechte für sämtliche D.\_\_\_\_-Produkte in der Schweiz. Die Klägerin verpflichte sich darin, der Beklagten 2 den Vertrieb von D.\_\_\_\_-Produkten zu ermöglichen und sie stets über die aktuellen Angebote zu informieren. Diesen Verpflichtungen sei die Klägerin nicht nachgekommen. Vielmehr habe sie ihren Geschäftsbetrieb eingestellt. Die D.\_\_\_\_-Gruppe habe ab dem 11. Juli 2006 die P.\_\_\_\_ GmbH als Alleinvertreterin für ihre Produkte eingesetzt. Der Beklagten 2 seien dadurch alleine im Jahr 2006 Gewinne von CHF 590'400.00 entgangen. Zur Berechnung des entgangenen Gewinns stützt sich die Beklagte 2 auf die vom Marktforschungsunternehmen Q.\_\_\_\_ SA erhobenen Marktanalysen. Diese Zahlen seien in Zusammenarbeit mit der N.\_\_\_\_ erhoben worden, deren Mitglied sowohl die Klägerin als auch die Beklagte 2 seien. Nach Analyse der Q.\_\_\_\_ SA belaufe sich alleine der Umsatz der nach dem 11. Juli 2006 verkauften D.\_\_\_\_-Produkte, die zu den sog. Top 100-Spielen zählen würden, auf CHF 1'475'209. Dabei handle es sich um den Umsatz, den die Händler mit dem Verkauf an die Endkunden erzielt hätten. Da im Umsatz von CHF 1'475'209 nur die Top 100-Spiele enthalten seien, liege der Umsatz mit allen D.\_\_\_\_-Produkten um schätzungsweise CHF 100'000.00 bis CHF 150'000.00 höher. Der Einfachheit halber werde im vorliegenden Zusammenhang vom geschätzten Mittelwert von CHF 125'000 ausgegangen, womit der Umsatz im Ergebnis rund CHF 1'600'000 betrage. Weiter sei

- 97 - zu berücksichtigen, dass sich die Erhebungen der Q.\_\_\_\_ SA nur auf 52 % der Händler in der Schweiz beziehen würden. Aus diesem Grund sei der effektive Umsatz, welcher der Beklagten 2 im Jahr 2006 entgangen sei, rund doppelt so hoch wie der von Q.\_\_\_\_ ausgewiesene Betrag und somit rund CHF 3'200'000. Davon sei die übliche, bei den Händlern verbleibende Marge von 35 % (inkl. MwSt.) abzuziehen, was zu einem Betrag von CHF 2'080'000.00 führe. Gemäss Distributionsvertrag hätte die Beklagte 2 die D.\_\_\_\_-Produkte von der Klägerin mit einem Rabatt von 38 % beziehen können. Dieser Rabatt stelle den eigentlichen Deckungsbeitrag (Bruttomarge) dar, welcher der Beklagten 2 verblieben wäre. Der Deckungsbeitrag sei folglich CHF 790'400.00 (= 38 % von CHF 2'080'000.00). Der Einfachheit halber seien die anteiligen Betriebskosten mit CHF 200'000.00 zu beziffern. Diese Pauschalisierung rechtfertige sich vorliegend deshalb, weil die Beklagte 2 nicht eine Schadenersatzforderung klageweise durchsetzen, sondern die klägerische Forderung bloss mit einer weit höheren Schadenersatzforderung verrechnet habe. Damit resultiere ein Ergebnis von CHF 590'400.00. Im vorliegenden Zusammenhang verzichte die Beklagte 2 darauf, weitere entgangene Gewinne aus den Jahren 2007 und 2008 geltend zu machen, da ihre Ersatzforderung für die entgangenen Gewinne aus dem Jahr 2006 die Forderung der Klägerin von CHF 40'785 bei weitem übersteige (act. 18 Rz. 372 ff.).

#### **E. 10.1.2**

Die Klägerin erklärt, der Distributionsvertrag habe nie Gültigkeit erlangt, da es sich dabei von Anbeginn an um ein unzulässiges In-sich-Geschäft gehandelt habe, welches der Beklagte 1 mit der Beklagten 2 und damit – wirtschaftlich betrachtet – mit sich selbst abgeschlossen habe. Eine Zustimmung der Klägerin und der Hauptgesellschafterin sei nicht erfolgt. Die Beklagte 2 könne daher in guten Treuen keine Ansprüche aus dem Vertrag ableiten (act. 54 Rz. 1287). Die Berechnung der Umsätze sei vollkommen unsubstantiiert. Die Beklagte 2 unterscheide zudem nicht zwischen neuen Spielen, welche gemäss ihrer Kommunikation bei ihr bestellt werden mussten, und dem sogenannten Backkatalog, für

wel- chen weiterhin die Klägerin zuständig sein sollte. Nach der Auffassung der Be- klagten 2 habe zwischen der D2.\_\_\_\_\_ GmbH und der Klägerin zudem kein Ex-klusivvertriebsvertrag bestanden, weshalb nicht der gesamte Umsatz auf sie ent-

- 98 - fallen wäre (act. 54 Rz. 1292). Beachtenswert sei immerhin, dass die Beklagte 2 einen entgangenen Reingewinn aus dem Vertrieb von D.\_\_\_\_\_ -Produkten für die verbleibenden Monate des Jahres 2006 von über einer halben Million Schweizer Franken geltend mache, gleichzeitig aber ausführe, die klägerischen Berechnun- gen betreffend den entgangenen Gewinn von F.\_\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_\_ seien völlig überrissen und realitätsfremd. Diese Argumentation sei mehr als widersprüchlich (act. 54 Rz. 1300). Die Beklagte 2 habe keinen Anspruch aus entgangenem Ge- winn (act. 54 Rz. 1301).

## **E. 10.2**

### **Würdigung**

#### **E. 10.2.1**

Eine Schuld kann durch Verrechnung mit einer gleichartigen und fälligen Gegenforderung getilgt werden. Die Tatsache, dass die Gegenforderung bestrit- ten ist, ändert an der Verrechenbarkeit nichts. In diesem Fall muss die bestrittene Gegenforderung jedoch bewiesen oder im summarischen Verfahren zumindest glaubhaft gemacht werden (PETTER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, 4. Aufl. 2007, N. 23 zu Art. 120 OR). Eine blossе Mutmassung, dass eine Ver- rechnungsforderung wahrscheinlich in der notwendigen Höhe besteht, genügt nicht.

#### **E. 10.2.2**

Die Beklagte 2 führt aus, der Distributionsvertrag habe die Vertriebsrechte für sämtliche D.\_\_\_\_\_ -Produkte in der Schweiz geregelt. Dessen ungeachtet ha- be die D.\_\_\_\_\_ -Gruppe die P.\_\_\_\_\_ GmbH als Alleinvertreterin für ihre Produkte eingesetzt. Wie bereits ausgeführt, ist die Schadensberechnung in solchen Kons- tellationen auf konkrete Zahlen, nämlich jene der P.\_\_\_\_\_ GmbH, abzustützen. Dennoch legt die Beklagte 2 ihrer Schadensberechnung verschiedentlich Pau- schalierungen und Schätzungen zugrunde. Auf dieser Grundlage ist der Nachweis der geltend gemachten Verrechnungsforderung, wie bereits zur Schadensberech- nung der Klägerin ausgeführt, nicht möglich. Angesichts der vorstehenden Aus- führungen, wonach auch eine bloss verrechnungsweise geltend gemachte Forde- rung zu beweisen ist, muss sich die Klägerin die Forderung der Beklagten 2 nicht entgegenhalten lassen.

- 99 - 11. Zusammenfassung In der nachfolgenden Tabelle sind die Ergebnisse der Erwägungen gemäss Ziff. III.5. und Ziff. IV.1. ff. zusammengefasst: RB Beklagte Klagebetrag Rückzug Gutheissung Gutheissung Gutheissung Abweisung B 1 + 2 B 1 B 2 1 1 + 2 3'000'000.00 3'000'000.00 2 1 + 2 88'783.90 88'783.90 32'586.50 3'870.05 8'121.77 773.35 5'890.00 1'715.90 1'151.60 701.60 4'221.50 662.80 1'226.70 1'226.80 740.65 2'385.00 Gegen- forderung - 4'842.00 4'842.00 Forderung in GBP\* 2'330.85 2'330.85 Differenz RB/KB\*\* - 101.24 3 1 226'192.00 226'192.00 720.00 720.00 3'134.00 3'020.90 113.10 4 2 40'785.00 40'785.00 3'394'532.25 3'740.90 99'538.30 230'835.55 43'170.00 3'017'247.50 \* GBP 1'144.75 zum Kurs von 2.03612 \*\* Differenz zwischen dem im Rechtsbegehren genannten Betrag von CHF 32'586.50 (act. 1 S. 2, Ziff. 2.) und der diesbezüglich in der Klagebegründung aufgeführten Einzelpositionen mit einer Summe von CHF 32'687.74 (act. 1 Rz. 350-368)

- 100 - V. (Kosten- und Entschädigungsfolgen) 1. Der Streitwert wird in Anwendung von § 18 Abs. 1 in Verbindung mit § 19 Abs. 2 ZPO/ZH ermittelt, wobei die von der Klägerin erhobenen Eventualansprüche nicht hinzuzurechnen sind (Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 16. Februar 1988, in: ZR 98 [1999] Nr. 41). Er beträgt nach Massgabe der bei Klageeinreichung geltenden Währungskurse (GBP 1'144.75 zum Kurs von 2.03612) CHF 3'394'532.25. 2. Gemäss § 23 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 bleibt die Verordnung des Obergerichts über die Gerichtskosten vom 4. April 2007 (aGebV) anwendbar, da für das Verfahren insgesamt die Bestimmungen des kantonalen Prozessrechts anwendbar bleiben (vgl. Art. 404 Abs. 1 ZPO). Ebenso gilt die bisherige Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren (aAnwGebV) vom 21. Juni 2006 (§ 25 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010).

### **E. 11**

Juli 2006 vollständig eingestellt und bis zum April 2009 weder über eigene Büroräumlichkeiten noch über Angestellte verfügt oder D.\_\_\_\_-Produkte vertrieben. Seit Juli 2006 sei sie auch mit keinem der bekannten Händler (K3.\_\_\_\_, K1.\_\_\_\_ etc.) in Kontakt getreten (act. 60 Rz. 9). Dieses Vorgehen der Klägerin stelle ein schweres Selbstverschulden dar, welches den adäquaten Kausalzusammenhang ohnehin zu unterbrechen vermöge. Der Gewinn entgehe der Klägerin deshalb nicht wegen einer widerrechtlichen Handlung des Beklagten 1, sondern weil sie aus freien Stücken auf dem Markt nicht mehr tätig sei bzw. gewesen sei. Die D.\_\_\_\_-Gruppe lasse den Vertrieb ihrer Produkte in der Schweiz auch nicht mehr über die Klägerin abwickeln. Wäre die Klägerin überdies ihrer Schadenminderungspflicht nachgekommen, wäre ihr gar kein Schaden entstanden (act. 60 Rz. 12 f.). Zwischen der G.\_\_\_\_ und der Klägerin sei ohnehin keine Alleinvertriebsvereinbarung abgeschlossen worden. Es sei die G.\_\_\_\_, die den Vertrag mit der Klägerin nicht habe abschliessen wollen. Wenn die Klägerin schon behauptete, dass sie mit G.\_\_\_\_ eine Alleinvertriebsvereinbarung abgeschlossen habe, dann müsse sie auch die richtigen Behauptungen aufstellen und diese gehörig substan-

- 28 - tieren. Sie müsste also behaupten, dass der Beklagte 1 G.\_\_\_\_ (wer, wann, wie?) zur Kündigung des angeblich abgeschlossenen Vertrags veranlasst habe und dass G.\_\_\_\_ in der Folge den Vertrag nur deshalb mit der Beklagten 2 abgeschlossen habe, weil sie vom Beklagten 1 dazu gedrängt worden sei. Diese Behauptungen habe die Klägerin aber nicht vorgebracht (act. 60 Rz. 263 f.). Der Beklagte 1 bestreitet sodann, dass die von der Klägerin zugrunde gelegten Zahlen richtig seien. Es handle sich um eine Berechnung, die sich fernab der Realität im hypothetischen Bereich abspiele. Stelle man für das Jahr 2006 auf den Umsatz ab, welchen die Beklagte 2 mit den F.\_\_\_\_-Produkten erzielt habe, resultiere aus der Rechnung der Klägerin ein Verlust. Dies gilt nach Ansicht des Beklagten 1 auch für das Jahr 2007. Der Beklagte 1 bestreitet auch, dass die Klägerin im Jahr 2008 einen Umsatz mit F.\_\_\_\_-Produkten von CHF 8'346'443.00 erzielt hätte und dass der Deckungsbeitrag CHF 2'438'773.00 sowie der Betriebskostenanteil CHF 1'648'187.00 betragen hätten. Der Umsatz und die Kosten wären viel tiefer gewesen und der Deckungsbeitrag wäre geringer gewesen (act. 14 Rz. 405; act. 60 Rz. 399 f., 402 f.).

### **E. 14**

Rz. 18). Trotz der angeblich Ende März 2006 von fünf von insgesamt acht Mitarbeitern eingereichten Kündigung (act. 14 Rz. 14, act. 15/15), war es dem Beklagten 1 bis zum 31.

Mai 2006 nicht möglich, auch nur einen einzigen neuen An- gestellten für die Klägerin zu gewinnen, um den Verlust des übrigen Personals abzufedern (act. 4/28). Darüber hinaus begünstigte er wiederholt die von ihm auf- gebaute Beklagte 2 mit den vorstehend beurteilten Pflichtverletzungen zulasten seiner Arbeitgeberin.

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