

ZH_HANDELSGERICHT HG160037 vom 10. Mai 2016

Zh Handelsgericht, 2016-05-10, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG160037

FR: ZH_HANDELSGERICHT HG160037 du 10 mai 2016

IT: ZH_HANDELSGERICHT HG160037 del 10 maggio 2016

Erwägungen

E. 1

Formelles

E. 1.1

Örtliche Zuständigkeit Für Klagen aus gesellschaftsrechtlicher Verantwortlichkeit ist das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder am Sitz der Gesellschaft örtlich zu- ständig (Art. 40 ZPO). Der Sitz der D._____ AG [seit 19. Oktober 2011 "E._____ AG"] befand sich in ... (act. 2/2/4), weshalb Zürcher Gerichte örtlich zuständig

- 5 - sind. Die örtliche Zuständigkeit wird von den Parteien nicht bestritten (act. 2/1 Rz. 4; act. 2/8 Rz. 12 f.).

E. 1.2

Sachliche Zuständigkeit Wie bereits mit Beschluss vom 1. September 2014 gerichtlich festgestellt (vgl. act. 2/14), handelt es sich bei der vorliegend Klage aus aktienrechtlicher Verant- wortlichkeit um eine "Streitigkeit aus dem Recht der Handelsgesellschaften und Genossenschaften" i.S.v. Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO. Das Handelsgericht ist demnach gestützt auf Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO in Verbindung mit § 44 lit. b GOG für die Beur- teilung dieses Teils der vorliegenden Streitigkeit sachlich zuständig.

E. 2

Sachverhalt und Parteibehauptungen

E. 2.1

Unbestrittener Sachverhalt

E. 2.1.1

Die Klägerin schloss mit der D._____ AG [ab dem 19. Oktober 2011 "E._____ AG"; nachfolgend stets "Konkursitin"] am 25. Mai / 7. Juni 2007 einen Rahmenkreditvertrag mit einer Kreditlimite von CHF 750'000.-- ab (act. 2/8 Rz. 19; unbestritten in act. 2/25 Rz. 40). Nachdem die Klägerin mehrfach auf die Rück- zahlung des gewährten Kredites drängte, beauftragte die Konkursitin die F._____ Finance AG im Februar 2011 mit der Ausarbeitung mehrerer Handlungsvarianten, wie die Liquiditätslage verbessert und dadurch die Rückzahlung des Kredites be- werkstelligt werden könnte. Am 4. April 2011 präsentierte die F._____ Finance AG mehrere Handlungsoptionen, welche die Klägerin ablehnte (act. 2/8 Rz. 20 f.; unbestritten in act. 2/25 Rz. 41 f.).

E. 2.1.2

Die D._____ Beteiligungen AG war die Muttergesellschaft der Konkursitin und hatte dieser gegenüber eine Forderung in der Höhe von insgesamt CHF 222'239.20. Die Konkursitin

wiederum hatte gegenüber ihrer Schwestergesellschaft G._____ SA [nachfolgen "G._____"] eine offene Forderung von CHF 176'709.37 und gegenüber ihrer anderen Schwestergesellschaft G1._____ AG [nachfolgend "G1._____"] eine offene Forderung von CHF 16'966.60 (act. 2/1 Rz. 14, 29; act. 2/8 Rz. 29). Diese Verbindlichkeiten wurden in der Vier-Parteien-Vereinbarung vom 1. Juni 2011 - deren Parteien neben der D._____ Beteiligun-

- 6 - gen AG die Konkursitin, die G._____ und die G1._____ waren - festgehalten (act. 2/1 Rz. 29; act. 2/2/11; act. 2/8 Rz. 29). Mit dieser Vereinbarung zederte die D._____ Beteiligungen AG einen Teil ihres Anspruchs gegenüber der Konkursitin im Umfang von CHF 16'699.60 an die G1._____ und im Umfang von CHF 176'709.37 an die G._____. Die Zessionen erfolgten entgeltlich (act. 2/1 Rz. 30; act. 2/8 Rz. 29). Gleichzeitig verrechneten die G1._____ und die G._____ ihre Schuld gegenüber der Konkursitin mit den erworbenen Gegenforderungen (act. 2/1 Rz. 31; act. 2/8 Rz. 29). Die Vier-Parteien-Vereinbarung wurde seitens aller vier Parteien nur vom Beklagten unterzeichnet (act. 2/1 Rz. 32; act. 2/2/11).

E. 2.1.3

Die D._____ Beteiligungen AG trat am 31. Dezember 2004 im Umfang ihres Aktionärsdarlehens von CHF 100'000.-- an die Konkursitin (langfristiges Fremdkapital) im Rang zurück. Dieser Rangrücktritt wurde im Rahmen der Vier-Parteien-Vereinbarung ebenfalls aufgehoben (act. 2/1 Rz. 34; act. 2/8 Rz. 47; act. 2/2/11 Ziff. 2 S. 1; act. 2/9/3).

E. 2.1.4

Die D._____ Beteiligungen AG verkaufte mit Kaufvertrag vom 30. Juni 2011 100 % ihrer Beteiligungen an der Konkursitin (Aktien) an H._____ für einen Kaufpreis von CHF 10'000.--. Eine "due dilligence" wurde vorgängig nicht durchgeführt (act. 2/1 Rz. 55; act. 2/8 Rz. 25, 76). Die Klägerin wurde hierüber am 6. Juli 2011 telefonisch informiert (act. 2/1 Rz. 56). Diese teilte dem Beklagten darauf unverzüglich die Kündigung des Kreditvertrags mit (act. 2/1 Rz. 58; unbestritten in act. 2/8). Am 12. März 2012 wurde auf Betreiben der Klägerin der Konkurs über die Konkursitin eröffnet (act. 2/1 Rz. 59; act. 2/8 Rz. 27). Zu diesem Zeitpunkt verfügte sie nur noch über Guthaben bei der I._____ AG und der J._____ AG im Gesamtbetrag von CHF 3'004.91 (act. 2/8 Rz. 27; act. 2/25 Rz. 36).

E. 2.2

Standpunkt der Klägerin

E. 2.2.1

Gemäss dem Dafürhalten der Klägerin habe der Beklagte in seiner Rolle als Verwaltungsratspräsident der Konkursitin durch die Unterzeichnung der Vier-Parteien-Vereinbarung der Aufhebung des Rangrücktritts und damit der Schaffung der Verrechnungsmöglichkeit zugestimmt, was zur Schmälerung des Verwertungssubstrats der Konkursitin aktiv beigetragen habe (act. 2/1 Rz. 32 ff.). Be-

- 7 - reits vor Abschluss der Vier-Parteien-Vereinbarung sei die Liquiditätsslage der Konkursitin prekär gewesen (act. 2/1 Rz. 44 ff.). Daher habe die begründete Besorgnis einer Überschuldung der Konkursitin bestanden (act. 2/1 Rz. 47 ff.). Die hieraus resultierende Konkursnähe aktiviere gewisse Sorgfaltspflichten des Verwaltungsrates, welchen der Beklagte jedoch nicht nachgekommen sei (act. 2/25 Rz. 9). Insbesondere verletze ein Verwaltungsrat, der das Substrat einer konkursgefährdeten Unternehmung durch bevorzugte Befriedigung einzelner Gläubiger schmälere, "in der Regel seine

aktienrechtliche Sorgfaltspflicht", was Verantwortlichkeitsansprüche auslöse (act. 2/25 Rz. 15, 77 f.)

E. 2.2.2

Eventualiter macht die Klägerin eine "Aushöhlung" der Konkursitin durch den Beklagten (act. 2/25 Rz. 36) bzw. durch die angeblich von ihm eingesetzten Scheinverwaltungsräte nach dem Scheinverkauf der Aktien an H._____ gelten. Diese Scheinverwaltungsräte hätten eine "kalte Liquidation" der Konkursitin vorgenommen (act. 2/25 Rz. 26 ff.). So habe der Beklagte dafür gesorgt, dass die laufenden Verträge der Konkursitin auf die neu gegründete D1._____ AG übertragen worden seien (act. 2/25 Rz. 35). Der Beklagte habe damit in der Absicht, die Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen, über die Aktiven verfügt und das Vermögen der Konkursitin unlauter geschmälert.

E. 2.3

Standpunkt des Beklagten Den Vorwurf, eine notwendige Überschuldungsanzeige unterlassen zu haben, weist der Beklagte von sich. Die damals angespannte Liquiditätslage der Konkursitin dürfe nicht mit einer Überschuldung verwechselt werden (act. 2/8 Rz. 24). Die "Konsolidierungshandlungen" der Vier-Parteien-Vereinbarung hätten zudem die Gesellschaft gar nicht geschädigt. Selbst wenn man der klägerischen Ansicht folgen und in den Handlungen der Vier-Parteien-Vereinbarung eine Pflichtverletzung sehen würde, seien diese Handlungen nicht geeignet gewesen, einen Gesellschaftsschaden herbeizuführen, da der Konkursitin damit weder flüssige Mittel entzogen noch ihre Nettovermögenssituation geschwächt worden sei. Aktiv- und Passivseite der Bilanz seien vielmehr gleichermassen verringert worden. (act. 2/8 Rz. 74 ff.; act. 2/29 Rz. 44 f.).

- 8 - Der Beklagte bestreitet weiter, dass er die Konkursitin "ausgehöhlt" habe (act. 2/29 Rz. 37 ff.). Ebenso bestreitet er den klägerischen Vorwurf, er habe die Konkursitin Scheinverwaltungsräten anvertraut, welche eine "kalte Liquidation" unterstützt hätten bzw. vornehmen sollten (act. 2/29 Rz. 41). Mit Abschluss des Kaufvertrags vom 30. Juni 2011 (act. 2/2/15) habe vielmehr H._____ die Verantwortung für die operative Leitung der Gesellschaft übernommen, weshalb der Beklagte ab diesem Zeitpunkt kein Verschulden für ein etwaiges Verschwinden von Aktiven treffen könne (act. 2/8 Rz. 25; act. 2/29 Rz. 48).

E. 3

Voraussetzungen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit

E. 3.1

Grundsatz Die Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen sind sowohl der Gesellschaft als auch den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen (Art. 754 Abs. 1 OR). Die bloße Verletzung einer Pflicht genügt nicht zur Anspruchsbegründung; erst wenn dadurch adäquat-kausal ein Schaden verursacht wird, stellt sich die Frage der Schadenersatzpflicht.

E. 3.2

Klagelegitimation Die Klägerin ist Abtretungsgläubigerin gemäss Art. 260 SchKG der Verantwortlichkeitsansprüche. Ihre Aktivlegitimation bzw. Prozessführungsbefugnis wird vom Beklagten nicht bestritten (vgl. act. 2/8).

E. 3.3

Organeigenschaft des Beklagten

E. 3.3.1

Es ist unbestritten, dass der Beklagte - zumindest bis zum Aktienverkauf an H. _____ - Verwaltungsratspräsident der Konkursitin gewesen war (act. 2/1 Rz. 24; act. 2/8 Rz. 21). Er wird somit vom Anwendungsbereich von Art. 754 Abs. 1 OR erfasst und ist damit grundsätzlich passivlegitimiert.

E. 3.3.2

Der Beklagte macht hierzu aber geltend, er habe nicht für Entscheide, Handlungen oder Unterlassungen einzustehen, die nach dem Verkauf der Aktien

- 9 - vom 30. Juni 2011 an H. _____ erfolgt seien, da mit diesem Verkauf die Verantwortung für die operative Leitung der Konkursitin vollständig auf H. _____ übertragen worden sei (act. 2/8 Rz. 25, 76 unter Hinweis auf act. 2/2/15 Ziff. 7). Mit dem Verlust der formellen Organeigenschaft endet in aller Regel auch die Verantwortlichkeit. Der Beklagte ist daher grundsätzlich nur für Handlungen während seiner Amtszeit verantwortlich. Es ist allerdings nicht erforderlich, dass ein allfälliger Schaden (vollständig) während seiner Amtszeit eingetreten ist. Vielmehr wird gegebenenfalls im Rahmen der Kausalität zu prüfen sein, ob ein nach seinem Austritt entstandener Schaden auf während der Amtszeit begangene Pflichtverletzungen zurück zu führen ist oder nicht.

E. 3.4

Behauptungs- und Beweislast Entsprechend der allgemeinen Regel des Haftpflichtrechts, zu welchem die Art. 754 ff. OR gehören, obliegt es dem Verantwortlichkeitskläger, die Elemente des Verantwortlichkeitsanspruchs zu substantiieren und zu beweisen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_410/2011 vom 11. Juli 2012, E. 3.1; 4A_462/2009 vom 16. März 2010, E. 2).

E. 4

Pflichtwidrige Handlungen

E. 4.1

Pflichten des Verwaltungsrats Zu den Pflichten des Verwaltungsrats gehört zunächst die Führung der Geschäfte, soweit er die Geschäftsführung nicht übertragen hat (Art. 716 Abs. 2 OR). Seine unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben statuiert dabei Art. 716a OR. Sodann treffen alle Gesellschaftsorgane eine Sorgfalts- und Treuepflicht hinsichtlich der Interessen der Gesellschaft (Art. 717 Abs. 1 OR) sowie die Pflicht zur Gleichbehandlung der Aktionäre (Art. 717 Abs. 2 OR). Im Falle einer begründeten Besorgnis der Überschuldung haben die Organe der Gesellschaft zudem die Pflichten von Art. 725 Abs. 2 OR, welche gemäss Lehre und Rechtsprechung primär dem Schutz der Gläubiger dienen (BGE 121 III 420 S. 425 E. 3; WÜSTINER, in: Honsell/Vogt/Watter [Hrsg.], Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Aufl. 2012, N 4 zu Art. 725 OR), zu beachten. Hiernach muss eine Zwischenbilanz er-

- 10 - stellt werden, welche von einem zugelassenen Revisor zu prüfen ist. Ergibt sich aus der Zwischenbilanz, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind, so hat der Verwaltungsrat den Richter zu benachrichtigen, sofern nicht Gesellschaftsgläubiger im Ausmass dieser Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten (Art. 725 Abs. 2 OR). Auch Illiquidität kann eine Besorgnis der Überschuldung begründen, da eine solche die Fortführung der Unternehmung gefährdet (WÜSTINER, a.a.O., N 33 zu Art. 725 OR). Die Fortführungsfähigkeit einer Gesellschaft ist nämlich nur dann gegeben, wenn die Weiterführung der Unternehmungstätigkeit hinreichend, d.h. zeitlich unbeschränkt oder zumindest über einen längeren Zeitraum hin gewährleistet ist. Eine Liquidität für zwei Monate wird hierzu als ungenügend betrachtet (WÜSTINER, a.a.O., N 33 zu Art. 725 OR). Aus diesen Pflichten gemäss Art. 725 OR leitete das Bundesgericht im Urteil 5C.29/2000 vom 19. September 2000 (Raichle-Entscheid) unter den konkreten Umständen, insbesondere aufgrund der dort vorgelegenen Nichtbeachtung der genannten Pflichten, ein Gebot zur Gleichbehandlung der Gläubiger ab (Urteil 5C.29/2000 vom 19. September 2000, E. 4b/cc). Eine von Art. 725 OR losgelöste, über diese hinausgehende, generelle Pflicht zur Gläubigergleichbehandlung resultiert aus dem Entscheid dagegen nicht (ebenso PETER FORSTMOSER, Paulianische Anfechtung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, in: M&A - Recht und Wirtschaft in der Praxis, Liber amicorum für Rudolf Tschäni, Dike 2010, S. 444).

E. 4.2

Vorwürfe der Klägerin Die Klägerin wirft dem Beklagten im Wesentlichen folgende Pflichtverletzungen vor: – Ungleichbehandlung der Gläubiger durch die Vier-Parteien-Vereinbarung, – Verletzung der Pflichten bei Überschuldung, – Aushöhlung der Konkursitin durch Übertragung der Aktiven an die D1. _____ AG. Diese Vorwürfe sind nachfolgend im Einzelnen zu prüfen.

- 11 -

E. 5

Ungleichbehandlung der Gläubiger durch die Vier-Parteien-Vereinbarung

E. 5.1

Gleichbehandlungspflicht der Gläubiger? Die Klägerin trägt als erstes vor, unter den gegebenen Umständen habe eine Pflicht des Verwaltungsrats zur Gleichbehandlung aller Gläubiger bestanden. Ein Verstoß hiergegen - vorliegend durch die Mitunterzeichnung der Vier-Parteien-Vereinbarung, welche erst die Vornahme der beiden Verrechnungen überhaupt ermöglicht habe - würde eine aktienrechtliche Verantwortlichkeit begründen. Das Aktienrecht statuiert zwar eine Gleichbehandlungspflicht der Aktionäre (Art. 717 Abs. 1 OR); eine Gleichbehandlungspflicht der Gesellschaftsgläubiger ist ihm hingegen grundsätzlich unbekannt. Eine solche ist vielmehr dem Konkursrecht eigen. Nichts anderes resultiert aus dem von der Klägerin hierzu zitierten Aufsatz von PETER FORSTMOSER: So besteht seiner Auffassung nach auch in Konkursnähe einer Gesellschaft kein Anlass, von der Verpflichtung des Verwaltungsrates auf die Interessen der Gesellschaft (Art. 717 Abs. 1 OR) abzuweichen. Dies könne jedoch dazu führen, dass bei finanziell knapper Liquidität durchaus eine Priorisierung der Zahlungsverpflichtungen vorgenommen werden müsse, mithin eine Gleichbehandlung der Gläubiger gerade nicht geboten sei. Zwischen SchKG und Aktienrecht bestehe somit eine grundlegende

Wertungsdifferenz (vgl. FORST- MOSER, a.a.O., S. 440 f.). Der klägerische Rückschluss, dass in Konkursnähe die Gleichbehandlung der Gläubiger stets im Interesse der Gesellschaft liege und eine Abweichung dafür nur ausnahmsweise zulässig sein soll (vgl. act. 2/25 Rz. 15 f.), wird vom Autor hingegen nicht postuliert. Forstmoser hält vielmehr fest, dass es "eine aktienrechtliche Gleichbehandlungspflicht zugunsten der Gläubiger nicht gibt". In Konkursnähe seien die besonderen Vorschriften von Art. 725 OR zu beachten, womit indirekt einer Gleichbehandlung der Gläubiger Rechnung getragen werde, soweit dies das Aktienrecht wolle. "Irgendwelche darüber hinausgehenden Pflichten zur Gleichbehandlung sind nicht vorgesehen [...]" (FORSTMOSER, a.a.O., S. 442 f.). Auch mit Blick auf das Urteil des Bundesgerichts 5C. 29/2000 vom 19. September 2000 (Raichle-Urteil) - welches die Klägerin ebenfalls für ihre Argumentation heranzieht - ist gemäss FORSTMOSER festzuhalten, dass das Bundesgericht in E. 4b/cc ausschliesslich eine Nichtbeachtung der Pflichten von

- 12 - Art. 725 Abs. 2 OR gerügt, jedoch keine irgendwie geartete selbständige Gleichbehandlungspflicht der Gläubiger behauptet habe (FORSTMOSER, a.a.O., S. 443 f.). Diesen Überlegungen FORSTMOSERS ist mit Blick auf die Erwägungen des zitierten Raichle-Entscheid zuzustimmen. Auch WÜSTINER hält hierzu fest, dass durch die Pflicht zur Anzeige der Überschuldung eine gleichmässige Befriedigung der Gläubiger sichergestellt werden und eine Bevorzugung einzelner oder eine Konkursverschleppung verhindert werden solle. Art. 725 Abs. 2 OR diene dementsprechend sowohl dem Schutz der Gläubiger, der Allgemeinheit als auch zukünftiger Geldgeber (WÜSTINER, a.a.O. N 4 f. zu Art. 725 OR). Eine direkte Gleichbehandlungspflicht der Gläubiger in Konkursnähe postuliert jedoch auch er nicht. Eine Gleichbehandlungspflicht der Gläubiger in Konkursnähe, so wie sie von der Klägerin behauptet wird, existiert im Ergebnis nicht, weshalb der Beklagte dagegen auch nicht verstossen konnte. Einzig die Pflichten, welche Art. 725 Abs. 2 statuiert, sind demzufolge massgebend. Eine Pflichtverletzung des Beklagten durch Ungleichbehandlung der Gläubiger kann somit aus rechtlichen Gründen nicht bejaht werden.

E. 5.2

Schaden im Besonderen Wollte man entgegen den vorstehenden Erwägungen gleichwohl von einer Pflichtverletzung des Beklagten ausgehen, wäre die Schadenersatzklage trotzdem abzuweisen, da ein Schaden der Konkursitin nicht nachgewiesen ist, wie nachfolgend darzulegen ist:

E. 5.2.1

Parteibehauptungen Die Klägerin trägt vor, der Schaden entspreche dem Betrag, um den die Aktiven als Folge der pflichtwidrigen Handlung abgenommen hätten, welcher dem Betrag der Forderungen über CHF 193'675.97 entspreche, deren Tilgung der Beklagte als Organ der Konkursitin durch Schaffung der Verrechnungslage ermöglicht habe (act. 2/25 Rz. 36; act. 2/1 Rz. 35). Zudem habe der Beklagte die Konkursitin im Umfang von CHF 1,704 Mio. "ausgehöhlt". Sei das Schadenersatzbegehren nicht schon aufgrund der Schaffung der Verrechnungslage gutzuheissen, so doch für

- 13 - die "Aushöhlung" im Teilbetrag von CHF 193'675.97 (act. 2/25 Rz. 36). Dass mit dem Verkauf der AG ein Wechsel im Verwaltungsrat einherging, ändere daran nichts, da die folgenden Verwaltungsräte - H.____, K.____ und L.____ - allesamt Scheinverwaltungsräte gewesen seien (act. 2/25 Rz. 33). Der Beklagte wendet dagegen ein,

dass durch die Verrechnungen der Konkursitin kein Schaden entstanden sei, da hierdurch keine Aktiven aus der Gesellschaft abgeflossen seien, die dann in der Konkursmasse gefehlt hätten. Es sei auch kein Schaden ersichtlich, der auf die Veräusserung der Aktien zurückzuführen sei (act. 2/29 Rz. 27, 38 ff.). Der Verkauf der Konkursitin habe ebenso wenig eine "kalte Liquidation" zum Ziel gehabt (act. 2/29 Rz. 19). Für spätere Handlungen, welche allenfalls die Gesellschaft geschädigt hätten, sei der Beklagte wiederum nicht mehr verantwortlich (act. 2/29 Rz. 39). Zum Zeitpunkt des Aktienverkaufs - und damit zum Zeitpunkt des Rücktritts des Beklagten aus dem Verwaltungsrat - habe die Konkursitin noch über Aktiven in beachtlicher Höhe verfügt. Da der Beklagte keine Kenntnis darüber habe, was seine Nachfolger im Verwaltungsrat gemacht oder unterlassen hätten, könne ihm auch kein Verschulden am Verschwinden der Aktiven innert derart kurzer Zeit angelastet werden (act. 2/29 Rz. 48).

E. 5.2.2

Rechtliches Auch im Verantwortlichkeitsrecht entspricht der Schaden dem allgemeinen Schadensbegriff nach Massgabe der Differenztheorie: Schaden ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts die ungewollte Verminderung des Reinvermögens. Er entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen - nach dem schädigenden Ereignis festgestellten - Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis gehabt hätte (BGE 132 III 359 E. 4; 132 III 564 E. 6.2; Urteil des Bundesgerichts 4A_65/2008 vom 3. August 2009, E. 11.1; 4A_462/2009 vom 16. März 2010, E. 2.1 [nicht publ. in BGE 136 III 322 ff.]; 4A_177/2011 vom 2. September 2011, E. 4.3; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, § 18 Rz. 360; DIETER GERICKE/STEFAN WALLER, in: Honsell/Vogt/Watter [Hrsg.], Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Aufl. 2012, N 13 zu Art. 754 OR). Der Schaden kann in einer direkten Abnahme des Vermögens (Verminderung der Aktiven oder Vermehrung der Passiven) oder auch in ei-

- 14 - nem entgangenen Gewinn bestehen (GAUCH/SCHLUEP/EMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 9. Aufl. 2008, § 27 Rz. 2848, 2865; GERICKE/WALLER, a.a.O., N 13 zu Art. 754 OR; CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2012, § 24 Rz. 1845). Lediglich die Vermögenseinbusse ist Gegenstand des Schadensersatzes (PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Aufl. 2012, § 16 Rz. 576c; GAUCH/SCHLUEP/EMENEGGER, a.a.O., § 27 Rz. 2850). Der Verlust einer Chance dagegen, stellt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung keinen Schaden dar (BGE 133 III 462 S. 468 ff.). Im Verantwortlichkeitsrecht wird die unmittelbare Schädigung von der mittelbaren Schädigung des Aktionärs bzw. des Gläubiger unterschieden. Die Gesellschaft selbst ist stets unmittelbar geschädigt. Die Anspruchsberechtigung bei einer mittelbaren Schädigung wird durch Art. 756 f. OR geregelt. Ein mittelbarer Schaden liegt dann vor, wenn ein Aktionär oder Gläubiger nur deshalb einen Schaden erleidet, weil die Gesellschaft zu Schaden kam, wenn also der Vermögensschaden des Aktionärs oder des Gläubigers einzig dadurch eintritt, dass das Vermögen der Gesellschaft vermindert wurde. Eine unmittelbare Schädigung liegt demgegenüber dann vor, wenn ein pflichtwidriges Verhalten eines Gesellschaftsorgans den Aktionär oder den Gläubiger direkt in seinem Vermögen schädigt, ohne gleichzeitig das Vermögen der AG zu schmälern (GERICKE/WALLER, a.a.O., N 15 f. zu Art. 754 OR m.w.H.). Es ist Sache des klagenden Gläubigers, den tatsächlich eingetretenen sowie den betragsmässig für die

Schadenersatzklage relevanten, d.h. den bei Pflichterfüllung des entsprechenden Organs vermeidbaren Schaden, geltend zu machen und nachzuweisen. Grundsätzlich hat er den Schaden also ziffernmässig im Einzelnen zu substantiieren und zu beweisen (Art. 8 ZGB; Urteil 4A_462/2009 vom 16. März 2010, E. 2, nicht publ. in: BGE 136 III 322; BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, § 18 Rz. 136, 366 und 371; SUTER, Der Schaden bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Diss. St. Gallen 2010, S. 127).

- 15 -

E. 5.2.3

Würdigung Die Klägerin macht einen Anspruch geltend, den ihr die Konkursverwaltung gemäss Art. 260 SchKG abgetreten hat (act. 2/2/7). Gemäss der bundesgerichtlichen Raschein-Praxis handelt es sich hierbei um einen Anspruch der Gläubigersamtheit (BGE 117 II 432; BSK OR II-GERICKE/WALLER; N 12 zu Art. 757 OR). Die Klägerin ist daher berechtigt, den gesamten Schaden einzuklagen - wie sie das vorliegend auch getan hat - und nicht nur den Verlust ihrer Forderung (BGE 122 III 201; 117 II 441). Es geht folglich um die Liquidation eines Schadens der Gesellschaft (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_410/2011 vom 11. Juli 2012, E. 3.2), mithin um einen mittelbaren Schaden der Gläubiger. Der gesamte Schaden besteht in der unfreiwilligen Vermögenseinbusse, welche die konkursite Gesellschaft durch die pflichtwidrigen Handlungen ihrer Organe erlitten hat (vgl. BGE 132 III 342 S. 346 f E. 2.3.3). Die Klägerin beziffert den Schaden aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit auf CHF 193'675.97. Dieser Betrag entspricht der Höhe der verrechneten Forderungen. In diesem Umfang sei das Vollstreckungssubstrat durch eben diese Verrechnungshandlungen geschmälert worden. Zudem stelle es einen Teil des Schadens dar, welcher der Gesellschaft durch "Aushöhlung" entstanden sei. Die Klägerin macht mithin keinen unmittelbaren Schaden geltend, welcher direkt in ihrem eigenen Vermögen entstanden wäre. Während eine etwaige "Aushöhlung" offenkundig zu einer Schädigung des Vermögens der Konkursitin geführt hätte, ist dies bei der angeblichen Schmälderung des Vollstreckungssubstrats durch die streitgegenständlichen Verrechnungshandlungen fraglich. In seinem Aufsatz über das Verhältnis von paulianischer Anfechtung und aktienrechtlicher Verantwortlichkeit hält FORSTMOSER zum Thema Schaden klar fest, dass der Schadensbegriff (Differenzhypothese) bei beiden Ansprüchen zwar derselbe sei, der Schaden im Sinne der Pauliana jedoch ein anderes Vermögen betreffe als der im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht relevante. So könne ein Gläubiger begünstigt oder benachteiligt werden, ohne dass im Gesellschaftsvermögen ein Schaden eintrete (FORSTMOSER, a.a.O., S. 445 f.). Die von der Klägerin vorgetragene Verrechnungshandlungen sind grundsätzlich unbestritten. Umstritten ist jedoch, ob diese

- 16 - zu einem Schaden geführt haben, welcher mittels aktienrechtlicher Verantwortlichkeit geltend gemacht werden kann. Da die Verrechnungshandlungen keinen direkten Eingriff in das Vermögen der Klägerin darstellen - was diese auch nicht behauptet - müsste durch die Verrechnung dem Gesellschaftsvermögen der Konkursitin ein Schaden entstanden sein, damit ein Verantwortlichkeitsanspruch denkbar wäre. Hiervon geht offenkundig auch die Klägerin aus, da sie ihre Legitimation auf eine von der Konkursverwaltung zedierte Forderung der Gläubigersamtheit abstützt (würde sie von einer eigenen, unmittelbaren Schädigung ausgehen, wäre eine solche Zession zur Begründung der Aktivlegitimation nicht erforderlich). Die Verrechnung der Forderungen führte weder zu einer Verminderung der Aktiven noch zu einer Vermehrung der Passiven (oder zu einem entgangenen Gewinn) seitens der Konkursitin, sondern lediglich zu einer

Verkürzung der Bilanz. Aus den Verrechnungen der Vier-Parteien-Vereinbarung resultierte dem- nach keine Einbusse im Gesellschaftsvermögen der Konkursitin und damit auch keine mittelbare Schädigung des klägerischen Vermögens. Die von der Klägerin gelten gemachte Schmälerung des Konkurssubstrats, wäre möglicherweise mit einer paulianischen Anfechtung beizukommen, nicht jedoch mit einer Klage aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit. Der von der Klägerin geltend gemachte verhinderte Zufluss neuer Liquidität auf- grund der Verrechnungen der Vier-Parteien-Vereinbarung (vgl. act. 2/1 Rz. 53 f.) stellt selbst keinen Schaden im Sinne der Differenztheorie dar, da durch die Verrechnungen gleichzeitig die Passiven der Konkursitin im selben Umfang reduziert wurden. Der behauptete verhinderte Zufluss könnte allenfalls als Verlust einer Chance, welche mit der entzogenen Liquidität hätte ergriffen werden können, um- gedeutet werden. Im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wäre jedoch auch dieser Ansatzpunkt für die Klägerin nicht zielführend und ist daher nicht wei- ter zu prüfen. Es ist ohnehin fraglich, ob die durch die streitgegenständlichen Verrechnungen getilgten Forderungen die Liquidität der Konkursitin tatsächlich hätten beeinflus- sen können. Zu den liquiden Mittel zählen nur diejenigen Geldmittel und Vermö- gensgegenstände eines Unternehmens, die zur Zahlung vorhanden bereitstehen

- 17 - oder in kürzester Zeit in Geld umgewandelt werden können. Es sind dies daher Kassenbestände, Post- und Bankguthaben sowie Checks (NEUHAUS/BLÄTTLER, in: Honsell/Vogt/Watter [Hrsg.], Basler Kommentar OR II, 4. Aufl. 2011, N 16 zu Art. 663a OR; DELLMANN, Bilanzierung nach neuem Aktienrecht, 3. Aufl. 1996, S. 90 f.). Die verrechneten Forderungen selbst waren daher nicht zu den liquiden Mitteln zu zählen, erst die aus ihnen allenfalls resultierenden Rückzahlungen. Wie die Klägerin selbst darlegt (act. 2/1 Rz. 45), und wie auch dem klägerischen Schreiben vom 5. April 2011 an die Konkursitin (act. 2/2/14) zu entnehmen ist, er- achtete die Konkursitin eine Rückzahlung der Verbindlichkeiten der G._____ erst in den nächsten vier bis fünf Monaten als realistisch (vgl. act. 2/2/14 S. 2). Dem- gemäss war es aus damaliger Sicht noch nicht gesichert, dass die Forderungen nach Ablauf dieser Frist beglichen würden und der Konkursitin so neue liquide Mittel zufließen würden. Der Zufluss zukünftiger Liquidität stand vielmehr unter der Prämisse, dass die Auftragslage der G._____ tatsächlich so gut wäre, wie im Schreiben behauptet, und dass in der Zwischenzeit keine unvorhergesehenen Verpflichtungen der G._____ entstehen würden, welche eine Rückzahlung innert angekündigter Frist nicht mehr erlaubt hätten. Letzteres behaupten jedoch die Beklagten, indem sie auf ein laufendes Verfahren in Deutschland gegen die G._____ verweisen, welches selbst flüssige Mittel über EUR 850'000.-- gebunden habe (act. 2/8 Rz. 23). Dieses Verfahren nennt auch der Revisionsbericht der M._____ AG vom 9. Mai 2011. Er führt hierzu aus, dass die Forderung aus Liefe- rung und Leistung des Debitors G._____ aufgrund der laufenden Gerichtsverfah- ren und der zur Verfügung stehenden Unterlagen nicht endgültig beurteilt werden könne (act. 2/2/12). Bereits aus dem Revisionsbericht ergeben sich mithin Zweifel hinsichtlich der Werthaltigkeit der Forderung. Zur Frage, ob es die Geschäftsgän- ge der G._____ tatsächlich erlaubt hätten, rund fünf Monate nach dem Schreiben der Klägerin vom 5. April 2011 die Verbindlichkeiten in Höhe von CHF 179'919.17 zu begleichen, äussert sich die Klägerin nicht. Zum voraussichtlichen Rückzah- lungszeitpunkt der Forderung gegen die G1._____ äussern sich die Parteien gar nicht erst. Es kann somit nicht als erstellt erachtet werden, dass die verrechneten Forderungen tatsächlich in einem späteren Zeitpunkt - nach der Unterzeichnung

- 18 - der Vier-Parteien-Vereinbarung - die Liquidität der Konkursitin hätten rechtzeitig verbessern können.

E. 5.3

Fazit Aus den Verrechnungshandlungen der Vier-Parteien-Vereinbarung erwuchs der Konkursitin somit kein Schaden, weshalb auch aus diesem Grund aus diesen Handlungen keine Verantwortlichkeitsansprüche abgeleitet werden könnten.

E. 6

Verletzung der Pflicht zur Überschuldungsanzeige

E. 6.1

Begründete Besorgnis einer Überschuldung Für die Frage, ob der Beklagte die von Art. 725 Abs. 2 OR statuierten Pflichten vorliegend überhaupt hätte beachten müssen, ist als erstes zu eruieren, ob eine begründete Besorgnis der Überschuldung der Konkursitin im Zeitpunkt der Unterzeichnung der Vier-Parteien-Vereinbarung vorlag. Erst wenn dies bejaht werden kann, ist eine dahingehende Pflichtverletzung durch den Beklagten zu prüfen. Die Klägerin macht hierzu geltend, bei der Konkursitin habe bereits zum Zeitpunkt der Unterzeichnung der Vier-Parteien-Vereinbarung die begründete Besorgnis einer Überschuldung bestanden, worauf der Beklagte nicht reagiert habe. Eine Verletzung der Pflichten von Art. 725 OR sei deshalb zu bejahen. Dies wird durch den Beklagten ausdrücklich bestritten (act. 2/8 Rz. 62 f.). Als Beweis für ihre Behauptung offeriert die Klägerin den Revisionsbericht der M._____ AG vom 9. Mai 2011 (act. 2/2/12) sowie ein Schreiben der Klägerin an die Konkursitin vom 5. April 2011 (act. 2/2/14). Die Vier-Parteien-Vereinbarung datiert vom 1. Juni 2011 (act. 2/2/11). Dem Beklagten waren somit die Inhalte des Revisionsberichts vom

E. 6.2

Kein Konkursverschleppungsschaden Vorliegend kann jedoch offen gelassen werden, ob der Beklagte seine Pflichten gemäss Art. 725 Abs. 2 OR verletzt hat. Die Verletzung der Pflicht zur Überschuldungsanzeige führt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zu keinem Anspruch für eine direkte Gläubigerentschädigung (BGE 128 III 180 E. 2; WÜSTINGER, a.a.O., N 6 zu Art. 725 OR m.w.H.). Sie führt mithin stets zu einem mittelbaren Schaden; nämlich zu einem Konkursverschleppungsschaden. Aus den Vorträgen der Klägerin ist nicht ersichtlich, inwiefern das Unterlassen der Erstellung einer Zwischenbilanz zu Fortführungs- und zu Liquidationswerten sowie deren Prüfung durch die Revisionsstelle zu einer Schädigung der Konkursitin geführt hat. Diese verneint auch ausdrücklich, einen Konkursverschleppungsschaden geltend zu machen (vgl. act. 25 Rz. 36). Auch einen adäquaten Kausalzusammenhang zwischen allfälligen Verletzungen der Pflichten resultierend aus Art. 725 OR legt die Klägerin nicht dar.

- 20 -

E. 6.3

Fazit Somit können keine Verantwortlichkeitsansprüche aus der Verletzung von Pflichten aus Art. 725 Abs. 2 OR abgeleitet werden, zumal die Klägerin ausdrücklich erklärt hat, sie mache keinen Schaden aus Konkursverschleppung geltend. Damit bleibt der Vorwurf der Klägerin zu prüfen, ob dem Beklagten eine Pflichtverletzung aufgrund "unlauterer Schmälerei des Vollstreckungssubstrats nachgewiesen werden kann. 7. Aushöhlung der Konkursitin zum Nachteil der Gläubiger 7.1. Parteibehauptungen Die Klägerin wirft dem

Beklagten eine "Aushöhlung" der Konkursitin vor. Am 31. März 2011 habe der Bilanzwert der Aktiven gemäss Revisionsbericht noch CHF 1'908'970.06 betragen (act. 2/2/12, Beilage 1), während sie am 18. Mai 2012 gemäss Konkursinventar einzig über ein Guthaben bei der I. _____ AG, ..., und der J. _____ AG, Zürich, in Gesamthöhe von CHF 3'004.91 verfügt habe (act. 2/2/9, S. 4). Im Zeitraum von knapp 14 Monaten habe das Unternehmen mit- hin seinen gesamten Wert verloren. Dafür macht die Klägerin den Beklagten ver- antwortlich. Die neuen Verwaltungsräte seien lediglich Scheinverwaltungsräte gewesen (act. 2/25 Rz. 33). Die Umstände würden nämlich nahe legen, dass H. _____ kein Interesse an der Fortführung des Unternehmens gehabt habe, weshalb es zwei- felhaft sei - und daher seitens der Klägerin auch bestritten werde -, dass H. _____ den Kaufpreis überhaupt bezahlt habe (act. 2/25 Rz. 27). Der Verzicht auf eine "due dilligence", Dokumentationslücken hinsichtlich wesentlicher Verkaufspunkte wie bspw. die Höhe der Aktiven und Passiven, welche beim Verkauf auf den Käu- fer übergegangen sein sollen, sowie der Umstand, dass die im Anhang zum Kauf- vertrag beigefügten Unterlagen nicht mehr auffindbar sein sollen, würden gegen einen ernsthaften Unternehmenskauf durch H. _____ sprechen. Es sei dadurch nämlich nicht ersichtlich, mit wie vielen Aktiven und Passiven die Konkursitin an ihn übergegangen sei. Eine solche intransparente Vertragsgestaltung sei mit einer

- 21 - ernsthaften Absicht zur Unternehmensübernahme nicht vereinbar und lasse viel mehr an eine Aushöhlung denken (act. 2/25 Rz. 28 ff.). Der Beklagte habe eine "kalte Liquidation" betrieben. So habe er dafür gesorgt, dass die laufenden Verträge der Konkursitin auf die neu gegründete D1. _____ AG übertragen worden seien (act. 2/25 Rz. 35). Der Beklagte habe damit in der Ab- sicht, die Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil an- derer zu begünstigen, über die Aktiven verfügt und das Vermögen der Konkursitin unlauter geschmälert. Sie fordert Ersatz des Schadens der Konkursitin aus unlauterer Schmälerng des Vollstreckungssubstrates. Diesen beziffert sie auf CHF 1,704 Mio (act. 2/25 Rz. 36), fordert jedoch nur Ersatz für einen Teilbetrag von CHF 193'675.97. Es spiele keine Rolle, ob dieser Schaden vor oder nach der Übertragung der Aktien entstanden sei. Der Beklagte bestreitet eine "Aushöhlung" der Konkursitin. Der Verkauf der Aktien sei ordnungsgemäss abgelaufen und H. _____ habe sich auch ohne "due dilli- gence" ein umfassendes Bild der Konkursitin machen können (act. 2/29 Rz. 13). Der Kaufpreis über CHF 10'000.-- sei selbstverständlich bezahlt worden (act. 2/29 Rz. 17). Der klägerische Vorwurf, der Beklagte habe die Gesellschaft einem Drit- ten anvertraut, von dem er wisse, dass er eine "kalte Liquidation" unterstütze oder gar im eigenen Interesse vornehme, sei denn auch lächerlich (act. 2/29 Rz. 40 f.). Der Verkauf habe keine "kalte Liquidation" zum Ziel gehabt (act. 2/29 Rz. 19). Die Gesellschaft sei vielmehr mit Aktiven in Höhe von CHF 1,7 Mio. an H. _____ über- gegangen (act. 2/29 Rz. 40). Der Vermögensverlust sei mithin erst dann eingetre- ten, nachdem er aus dem Verwaltungsrat zurückgetreten sei, weshalb er dafür nicht verantwortlich sei. 7.2. Aktienrechtliche Treuepflicht Die aktienrechtliche Treuepflicht gemäss Art. 717 Abs. 1 OR bedeutet, dass ein Mitglied des Verwaltungsrates die Interessen der AG zu wahren und seine eige- nen Interessen und diejenigen ihm nahe stehender Personen hinten an zu stellen

- 22 - hat. Interessenkonflikte hat er daher zu meiden. Besteht auch nur die Gefahr ei- ner Interessenkollision, so hat er durch geeignete Massnahmen sicherzustellen, dass die Interessen der AG den Vorrang erhalten (ROLF WATTER, Basler Kom- mentar, Obligationenrecht II, N 15 zu Art. 718a OR mit Hinweisen). Handelt der Verwaltungsrat nicht im Interesse der AG, sondern im eigenen Interesse oder demjenigen von Dritten, so

sind nach Lehre und Rechtsprechung strenge Massstäbe anzusetzen (BGE 130 III 213 ff.).

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

7.4. Würdigung des Sachverhalts Die Klägerin behauptet, dass der Beklagte die laufenden Verträge von der Konkursitin in treuwidriger Weise auf die frisch gegründete D1._____ AG übertragen habe, was zu einer "Aushöhlung" der Konkursitin geführt habe. So seien beispielsweise die Verträge mit dem Vertragspartner N._____ AG auf die D1._____ AG übertragen worden (act. 2/25 Rz. 35). Zum Beweis für diese Behauptungen beruft sie sich auf folgende Urkunden:

- 23 - - Auflösungsvertrag Gemeinschuldnerin / N._____ vom 30. Juni 2011 / 12. August 2011 (act. 2/26/24); - Übernahmevertrag Gemeinschuldnerin / N._____ vom 30. Juni 2011 / 12. August 2011 (act. 2/26/25); - Schreiben Gemeinschuldnerin vom 22. August 2011 (act. 2/26/26). Ferner beantragt sie folgende Editionen: - durch D._____ Beteiligungen AG: Anhang zum Kaufvertrag zwischen der D._____ Beteiligungen AG und H._____ vom 30. Juni 2011 gemäss klägerischem act. 2/15, Ziff. 7 (Liste der aktuellen Kreditoren und der angefangenen Arbeiten); evt. Kontoauszug über Eingang des Kaufpreises - durch Revisionsstelle: Details zum Buchhaltungskonto "Beteiligungen der D._____ Beteiligungen AG" per 31. März 2011, aus welchem hervorgeht, mit welchem Wert die Aktien der D._____ AG in der Buchhaltung der D._____ Beteiligungen AG eingesetzt wurden. Der Beklagte hat sich in der Duplikatschrift mit keinem Wort zu diesen von der Klägerin in der Replikatschrift dargelegten Veräusserungen von Aktiven an die D1._____ AG geäußert und diese mithin auch nicht in rechtsgenügender Weise bestritten. Ebenso wenig wird in genügender Weise bestritten, dass der Konkursitin durch diese Handlungen Aktiven entzogen wurden. Die pauschale Bestreitung einer "Aushöhlung" genügt nicht. Es hat somit als unbestritten zu gelten, dass der Beklagte die laufenden Verträge von der Konkursitin auf die frisch gegründete D1._____ AG übertragen hat und ihr dadurch Aktiven entzogen wurden. Gemäss Art. 222 Abs. 2 ZPO hat die beklagte Partei im Einzelnen darzulegen, ob und inwiefern Tatsachenbehauptungen der klagenden Partei anerkannt oder bestritten werden. Die Bestreitungen haben sich auf konkrete Behauptungen der Gegenseite zu beziehen. Dies unterlässt der Beklagte, weshalb die klägerischen Ausführungen in der Replikatschrift (act. 2/25 S. 11 f.) zur Aushöhlung Konkursitin durch Übertragung der laufenden Verträge auf die frisch gegründete D1._____ AG als unbestritten und damit nicht als beweisbedürftig zu gelten haben.

- 24 - Der Beklagte beruft sich vor allem darauf, dass er nach dem Verkauf der Aktien keine Kontrolle mehr über die Konkursitin gehabt habe, weshalb er auch nicht zur Verantwortung gezogen werden könne (act. 2/29 S. 9). Sodann behauptet er, dass die Aktiven im Zeitpunkt

des Verkaufs noch vorhanden gewesen seien. Dies kann indessen nicht als genügende Bestreitung gelten. Selbst wenn die Aktiven im Zeitpunkt des Verkaufes der Aktien noch vorhanden waren - was von der Klä- gerin bestritten wird -, so kann der Beklagte auch für Handlungen verantwortlich sein, die nach dem Verkauf erfolgt sind, da er gemäss Handelsregisterauszug erst per 14.07.2011 im Handelsregister als Mitglied des Verwaltungsrates der Konkur- sitin gelöscht wurde. Es ist somit nicht entscheidend, ob die Aktiven im Zeitpunkt des Verkaufs noch vorhanden gewesen sind. Es müssen daher auch keine Be- weise zu dieser Frage abgenommen werden. 7.5. Rechtliche Würdigung 7.5.1. Übertragung der Verträge D1. _____ AG Die Klägerin wirft dem Beklagten eine Aushöhlung der Konkursitin durch Übertra- gung der laufenden Verträge auf die frisch gegründete D1. _____ AG vor. Als Bei- spiel dafür beruft sie sich auf Urkunden betreffend die Übertragung von Geschäf- ten der Konkursitin D. _____ AG auf die neu gegründete D1. _____ AG. Aus die- sen ergibt sich Folgendes: a) Vereinbarung I Die Klägerin beruft sich als Erstes auf eine Vereinbarung zwischen der N. _____ AG, Zürich, und der Konkursitin vom 30. Juni / 12. August 2011 (act. 2/26/24). Diese hält fest, dass "infolge einer Handänderung/Verkauf der Firma D. _____ AG [...] die Auftragsbestätigung vom 15. April 2011 an die D1. _____ AG abgetre- ten [werde]". Diese Vereinbarung wurde vom Beklagten am 30. Juni 2011 namens der Konkur- sitin unterzeichnet. Sie betrifft Arbeiten am ..., Flughafen Zürich, ... (BKP ...) so- wie ... (BKP ...).

- 25 - b) Vereinbarung II Diese Vereinbarung zwischen der N. _____ AG und der D1. _____ AG vom

E. 9

Mai 2011 sowie des Schreibens der Klägerin vom 5. April 2011 im Unterzeich- nungszeitpunkt bekannt. Der Revisionsbericht hält zum Thema der begründeten Besorgnis einer Überschuldung lediglich fest, dass die Position "Debitoren" For- derungen aus Lieferung und Leistung vom Debitor G. _____ enthalte, welche auf- grund des damals laufenden Gerichtsverfahrens und der verfügbaren Unterlagen nicht habe beurteilt werden können. Dies, in Verbindung mit der sehr angespann-

- 19 - ten Liquiditätslage, könne die Fortführung des Unternehmens ernsthaft gefährden, was zu einer begründeten Besorgnis der Überschuldung führen würde. Mit dem Erwähnen dieser blossen Möglichkeit vermag die Klägerin jedoch noch nicht den strikten Beweis dafür zu erbringen, dass die begründete Besorgnis einer Überschuldung bzw. eine Illiquidität im damaligen Zeitpunkt bereits vorlag. Aus dem Schreiben der Klägerin vom 5. April 2011 ergibt sich ebenfalls, dass die Li- quidität der Konkursitin zum damaligen Zeitpunkt "äusserst angespannt" gewesen sei und dass die Konkursitin nicht in der Lage sein werde, die Rückführung der Limite von CHF 550'000.-- auf 500'000.-- zu leisten, da dies zur Zahlungsunfähig- keit und Liquidation des Unternehmens führen könne (act. 2/2/14, Ziff. 1). Auch hieraus lässt sich nicht mit der erforderlichen Sicherheit entnehmen, dass zum damaligen Zeitpunkt bereits eine begründete Besorgnis der Überschuldung bzw. Illiquidität bestand, da auch diese Urkunde lediglich von einer Möglichkeit spricht. Das Schreiben liefert zwar ein Indiz dafür, dass die Fortführung des Unterneh- mens womöglich gefährdet war. Für sich allein betrachtet vermag es jedoch eine Verletzung von Pflichten gemäss Art. 725 Abs. 2 OR nicht beweisen.

E. 12

März 2014 zu bezahlen. 9. Kosten- und Entschädigungsfolgen Es ist von einem Streitwert von insgesamt CHF 193'675.97 auszugehen. Da der Beklagte im vorliegenden Prozess mit Ausnahme der Zinsen gänzlich un- terliegt, rechtfertigt es sich, ihm die Kosten vollumfänglich aufzuerlegen. Die Höhe der Gerichtskosten bestimmt sich nach der Gerichtsgebührenverord- nung des Obergerichts vom 8. September 2010 [GebV OG] (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). In Anbetracht des Schwierigkeitsgrades und des Aufwandes einerseits, dem Umstand, dass ein Teil des ursprünglichen Prozesses kostenpflichtig durch Nichteintreten erledigt wurde andererseits, rechtfertigt es sich, die Gerichtsgebühr auf 100 % der Grundgebühr anzusetzen (§ 4 Abs. 1 und 2 GebV OG). Die Kosten sind teilweise aus dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss zu decken (Art. 111 Abs. 1 ZPO) und dieser vom Beklagten zu ersetzen (Art. 111 Abs. 2 ZPO). Der nichtgedeckte Teil ist vom Beklagten einzufordern (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

- 34 - Die Höhe der Parteientschädigung ist nach der Verordnung über die Anwaltsge- bühren vom 8. September 2010 [AnwGebV] zu bemessen (Art. 105 Abs. 2 ZPO). Grundlage bildet auch hier der Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Es sind da- bei die Anzahl der eingereichten Rechtsschriften sowie die Referenten- audienz/Vergleichsverhandlung zu berücksichtigen, weshalb sich grundsätzlich eine Prozessentschädigung von 150 % der Grundgebühr rechtfertigen würde (§§ 2 und 6 AnwGebV). Für die Entschädigung eines angestellten Anwalts ist die- se Gebühr in Ermangelung einer ausgedehnten Einarbeitung in die Verhältnisse der Klientschaft praxisgemäss um rund einen Drittel zu reduzieren (vgl. SU- TER/VON HOLZEN in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2016, N 42 zu Art. 95 ZPO). Damit ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin eine Parteientschädi- gung in der Höhe von CHF 16'000.-- zu bezahlen. Das Handelsgericht erkennt:

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