

# ZH\_HANDELSGERICHT HG170246 vom 12. November 2019

Zh Handelsgericht, 2019-11-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HG170246](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG170246)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HG170246 du 12 novembre 2019

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HG170246 del 12 novembre 2019

## Erwägungen

### E. 1

Formelles

#### E. 1.1

Zuständigkeit

##### E. 1.1.1

Örtliche Zuständigkeit Die Klägerin macht Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit nach Art. 827 i.V.m. Art. 752 ff. OR geltend. Für Klagen aus gesellschaftsrechtlicher Verantwortlichkeit ist das Gericht am Wohnsitz der beklagten Partei oder am Sitz

- 4 - der Gesellschaft zuständig (Art. 40 ZPO). Der Sitz der G.\_\_\_\_\_ GmbH befand sich in Zürich (act. 3/4); der Wohnsitz der Beklagten befindet sich H.\_\_\_\_\_ und damit im Kanton Zürich. Die Beklagten haben sich sodann auf den Prozess eingelassen (Art. 18 ZPO), womit das angerufene Handelsgericht (örtlich) zuständig wird, nachdem kein anderweitiger zwingender Gerichtsstand gegeben ist.

##### E. 1.1.2

Sachliche Zuständigkeit Die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts ergibt sich aus Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG. Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO erfasst sämtliche Klagen, die ihr Fundament in den Art. 552 bis 926 OR haben, wie zum Beispiel Verantwortlichkeitsklagen (Vetter, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Art. 6 N 36).

#### E. 1.2

Prozessführungsbefugnis der Klägerin

##### E. 1.2.1

Die Konkursverwaltung, Konkursamt Altstetten-Zürich, hatte der Klägerin die Verantwortlichkeitsansprüche der Masse gemäss Art. 827 OR gegen alle mit der Gründung, Geschäftsführung, Kontrolle etc. betrauten Personen am 13. November 2013 abgetreten. Dabei behielt sich die Konkursverwaltung die Annullierung der Abtretung für den Fall vor, dass nicht bis zum 30. November 2014 eine gerichtliche Geltendmachung erfolgt (act. 3/1).

##### E. 1.2.2

Nach Art. 260 SchKG kann die Konkursmasse dem Abtretungsgläubiger das Prozessführungsrecht für den abgetretenen Anspruch übertragen. Der Abtretungsgläubiger wird ermächtigt, anstelle der Masse einen allfälligen Prozess um den Anspruch zu führen

(Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013, § 47 N 34; BGE 122 III 488 E. 3. b). Formell setzt die Abtretung unter anderem eine Abtretungsverfügung der Konkursverwaltung voraus. In dieser wird dem Abtretungsgläubiger Frist angesetzt, binnen welcher er den Anspruch geltend zu machen hat, und der Widerruf der Verfügung androht, wenn er nicht rechtzeitig handle. Die anzusetzende Frist ist keine Verwirkungs-, sondern eine Ordnungsfrist. Lässt der Abtretungsgläubiger die Frist unbenützt verstreichen, gilt die Frist – solange die Konkursverwaltung die Abtretung

- 5 - nicht ausdrücklich widerruft – als stillschweigend verlängert (Amonn/Walther, a.a.O., § 47 N 52, N 69; BGer-Urteil 5C.54/2007 vom 29. Januar 2008 E. 2.3.2). Bei einem Widerruf handelt es sich um eine rechtsaufhebende Tatsache, welche derjenige zu beweisen hat, der die Tatsache vorbringt (Art. 8 ZGB).

### **E. 1.2.3**

Nachdem ein Widerruf durch die Konkursverwaltung weder behauptet wurde noch ein solcher bei den Akten liegt, ist von einer stillschweigenden Verlängerung der Frist und somit von einer gültigen Prozessführungsbefugnis der Klägerin auszugehen.

## **E. 2**

Sachverhalt

### **E. 2.1**

Die Klägerin vermietete zusammen mit der D.\_\_\_\_\_ AG (nachfolgend Vermieterschaft) der E.\_\_\_\_\_ GmbH ab dem 1. Oktober 1996 eine Lokalität an der F.\_\_\_\_\_gasse ... in ... Zürich. Dieser Mietvertrag war bis zum 31. Dezember 2011 befristet. In den gemieteten Räumlichkeiten betrieb die E.\_\_\_\_\_ GmbH das Restaurant „I.\_\_\_\_\_“. Im Jahr 2010 wollte die E.\_\_\_\_\_ GmbH den Mietvertrag über die vorgenannten Räumlichkeiten auf die G.\_\_\_\_\_ GmbH übertragen, da seit dem 1. April 2010 die G.\_\_\_\_\_ GmbH das Lokal in den Räumlichkeiten an der F.\_\_\_\_\_gasse führte. Die Vermieterschaft verweigerte mit Schreiben vom 23. Juli 2010 die Übertragung des Mietvertrags auf die G.\_\_\_\_\_ GmbH. Ab Juli 2010 bezahlte die E.\_\_\_\_\_ GmbH keine Mietzinsen mehr. Daraufhin erfolgte die Kündigung des Mietverhältnisses durch die Vermieterschaft gegenüber der E.\_\_\_\_\_ GmbH wegen Zahlungsverzugs. Mit Verfügung vom 8. Dezember 2010 wurde die Ausweisung der E.\_\_\_\_\_ GmbH verfügt. Gegen diesen Entscheid erhob die E.\_\_\_\_\_ GmbH Beschwerde ans Obergericht. Am 1. Februar 2011 wurde über die E.\_\_\_\_\_ GmbH der Konkurs eröffnet. Am 13. Februar 2011 tauschte die Vermieterschaft die Schlösser des Mietobjekts an der F.\_\_\_\_\_gasse ... in ... Zürich aus.

### **E. 2.2**

Am 30. August 2011 wurden die Beklagten als Geschäftsführer resp. Vorsitzender der Geschäftsführung der G.\_\_\_\_\_ GmbH im Handelsregister gelöscht (act. 3/4). Am 14. Dezember 2012 wurde über die G.\_\_\_\_\_ GmbH der Konkurs eröffnet. Am 10. Januar 2013 wurde der Konkurs mangels Aktiven eingestellt und

- 6 - daraufhin wieder aufgenommen, da für die Durchführung des Verfahrens die verlangten und erforderlichen Sicherheiten geleistet worden waren. Mit Urteil vom 27. November 2013 wurde das Konkursverfahren alsdann als geschlossen erklärt.

### **E. 2.3**

Mit Strafbefehl vom 19. Januar 2015 wurde der Beklagte 1 der Misswirtschaft im Sinne von Art. 165 Ziff. 1 StGB schuldig gesprochen (act. 3/6). Der Beklagte 2 wurde mit Strafbefehl vom 19. Januar 2015 der mehrfachen Misswirtschaft im Sinne von Art. 165 Ziff. 1 StGB sowie der Gläubigerschädigung durch Vermögensminderung im Sinne von Art. 164 Ziff. 1 StGB schuldig gesprochen (act. 3/5).

#### **E. 2.4**

Die Beklagten waren Gesellschafter der E. \_\_\_\_\_ GmbH. Der Beklagte 1 war sodann Geschäftsführer und der Beklagte 2 Vorsitzender der Geschäftsführung der G. \_\_\_\_\_ GmbH (act. 3/4).

#### **E. 3**

Fortführungsschaden (Konkursverschleppung)

##### **E. 3.1**

Parteivorbringen

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

Die Klägerin bringt vor, dass die G. \_\_\_\_\_ GmbH schon im Mai 2010 mit rund Fr. 6'000.– überschuldet gewesen sei, weshalb schon damals hätte die Bilanz deponiert werden müssen. Weil die Beklagten dies unterlassen hätten, sei die Überschuldung per 31. Oktober 2012 auf mindestens Fr. 140'915.29 angewachsen, wobei die gar nicht mehr verbuchten Mietkosten darin noch gar nicht enthalten gewesen seien. Durch diese Konkursverschleppung hätten die Beklagten bei der G. \_\_\_\_\_ GmbH schuldhaft eine Vermehrung der Schulden mindestens im Umfange dieses Betrages verursacht. In casu komme es aber auf die letztlich vom Konkursamt festgestellten ungedeckten Passiva an, welche höher gewesen seien (act. 1 S. 10). Durch die Nichteinhaltung der gesetzlichen Obliegenheiten sei der Schuldenberg gemäss Verteilungsliste auf Fr. 192'877.40 angewachsen, wobei in dieser Zahl nicht alle Passiven der G. \_\_\_\_\_ GmbH enthalten seien. Es würde insbesondere ein Teil der Mietschulden resp. Schadenersatz im Umfang von Fr. 100'214.– als weiteres unverbuchtes Obligo fehlen. Der Fortführungsschaden müsse auf mindestens Fr. 287'091.40 beziffert werden (act. 1 S. 11). Die

- 7 - Schulden wären nicht weiter angewachsen, wenn die überhaupt keine Erträge abwerfende G. \_\_\_\_\_ GmbH nicht weiter betrieben worden wäre, was insbesondere für die regelmässig anfallenden Kosten zutrefte. Der Schaden infolge der pflichtwidrigen Untätigkeit der Beklagten sei um mindestens Fr. 186'877.40 angewachsen (act. 1 S. 12). Schuldhaft hätten die Beklagten gehandelt, weil sie gewusst hätten, dass die G. \_\_\_\_\_ GmbH nur Unkosten generiere und keinerlei resp. im Jahr 2011 mit Fr. 24'230.– völlig ungenügende Einnahmen gehabt habe. Wer zulasse, dass praktisch alle Tageseinnahmen verschwinden, der veruntreue diese Einnahmen und handle somit schuldhaft pflichtvergessen (act. 1 S. 13).

###### **E. 3.1.2**

Die Beklagten bestreiten einen Fortführungsschaden und bemängeln, dass nicht klar sei, wie sich der Schaden nach Auffassung der Klägerin zusammensetzen soll. Soweit eine Schadensposition des Fortführungsschadens aus Mietkosten bestehen sollte, würden solche Mietzinsforderungen jedoch nicht bestehen. Das Mietverhältnis sei nie von der E. \_\_\_\_\_ GmbH auf die G. \_\_\_\_\_ GmbH übergegangen. Damit fehle es am materiellen Bestand der

Forderung für die Mietkosten. Da der Betrieb des Gastronomielokals sodann mit dem Austausch der Schlösser des Mietobjekts per 13. Februar 2011 beendet worden sei, dürften auch allfällige Prämienforderungen von Versicherungen nicht mit vollständiger Jahresprämie berücksichtigt werden. Dazu komme noch, dass sich die Klägerin Aktiven der G.\_\_\_\_\_ GmbH in Höhe von rund Fr. 60'000.– angeeignet habe, was von einem angeblichen Gesellschaftsschaden ebenfalls abzuziehen wäre. Sie bestreiten sodann die von der Klägerin geltend gemachte Überschuldung und angebliche Pflicht zur Deponierung der Bilanz im Mai 2010. Die G.\_\_\_\_\_ GmbH habe zu diesem Zeitpunkt das operative Geschäft mit einem angepassten, erfolgsversprechenden neuen Konzept des Betriebs des Restaurants „I.\_\_\_\_\_“ gestartet. Der Monat Mai 2010 sei mithin auch sehr ertragsreich gewesen. Weiter habe bereits im Dezember 2010 ein Rangrücktritt der Gesellschafterin betreffend deren Forderungen in Höhe von Fr. 13'316.90 vorgelegen. Sie seien ihren Pflichten nachgekommen, als sie die Bilanz 2012, nachdem ersichtlich geworden sei, dass der Gastronomiebetrieb nicht mehr weiter geführt und kein Käufer habe gefunden werden können, deponiert hätten (act. 12 S. 11 ff.). Ab dem 13. Februar 2011 sei die G.\_\_\_\_\_ operativ nicht mehr tätig gewesen. Sie habe dementspre-

- 8 - chend keine Einnahmen mehr generiert, habe aber auch keine laufenden Ausgaben gehabt. Es sei daher falsch, dass die G.\_\_\_\_\_ GmbH nach 2011 täglich noch mehr in die Überschuldung geschlittert sein solle (act. 12 S. 18). Die Beklagten bringen sodann vor, dass tatsächlich nur der Beklagte 2 als Organ bzw. als Geschäftsführer der G.\_\_\_\_\_ tätig gewesen sei (act. 12 S. 4, S. 16). Schliesslich machen sie geltend, dass die Forderung bei Einreichung der Klage am 20. Dezember 2017 bereits verjährt gewesen sei (act. 25 S. 23).

### **E. 3.1.3**

Auf diese und die weiteren Ausführungen der Parteien sowie die Akten ist nachfolgend – soweit für die Entscheidungsfindung erforderlich – einzugehen.

## **E. 3.2**

Verjährung

### **E. 3.2.1**

Die Beklagten machen geltend, dass die Klägerin bereits bei der Konkursöffnung gewusst habe, dass ihre behaupteten Forderungen nicht befriedigt werden können. Damit habe die Verjährungsfrist gemäss Art. 760 Abs. 1 OR bereits mit der Konkursöffnung am 14. Dezember 2012, und nicht erst bei Auflage des Kollokationsplanes, begonnen, und habe folglich am 14. Dezember 2017 geendet. Die Klägerin habe die Klage mit Datum vom 20. Dezember 2017 eingereicht. Entscheidend sei daher, ob das Schlichtungsbegehren im Verfahren GV.2015.00216 am 9. Juni 2015 die Verjährung unterbrochen habe. Da ein Schlichtungsverfahren in der vorliegenden Streitigkeit nicht möglich sei, sei das Schlichtungsgesuch der Klägerin kein taugliches Mittel zur Verjährungsunterbrechung gewesen, zumal die Klägerin eine Klage hätte einreichen müssen. Dementsprechend sei die Forderung der Klägerin bei Einreichung der Klage am 20. Dezember 2017 bereits verjährt gewesen (act. 25 S. 23).

### **E. 3.2.2**

Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, dass die Forderung auf jeden Fall rechtzeitig geltend gemacht und die Verjährung auf jeden Fall rechtzeitig unterbrochen worden sei (act. 21 S. 15). Der Schaden sei erst mit den Verlustausweisen vom 20. November 2013

definitiv festgestanden (act. 1 S. 3).

### **E. 3.2.3**

Der Anspruch auf Schadenersatz gegen die nach Art. 754 ff. OR verantwortlichen Personen verjährt in fünf Jahren von dem Tag an, an dem der Ge-

- 9 - schädigte Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen erlangt hat, jedenfalls aber mit dem Ablauf von zehn Jahren, vom Tag der schädigenden Handlung an gerechnet (Art. 760 Abs. 1 OR). Die relative Verjährungsfrist beginnt dabei mit ausreichender Kenntnis des Schadens und der Ersatzpflichtigen. Dazu ist insbesondere erforderlich, dass das Ausmass des Schadens soweit feststeht, dass eine hinreichend substantiierte Klage formuliert werden kann (BSK OR II-Gericke/Waller, 5. Aufl., Basel 2016, Art. 760 N 5 mit Verweis auf BGE 112 II 118, BGE 111 II 55 und BGE 109 II 433). In Bezug auf den Anspruch der Gläubiger aus mittelbarer Schädigung hat die Praxis präzisiert, dass die Frist für die Konkursverwaltung mit ihrer Bestellung zu laufen beginnt, für die Gläubiger jedoch erst mit der Auflage des Kollokationsplans und des Inventars zur Einsicht (BSK OR II-Gericke/Waller, a.a.O., Art. 760 N 5 mit Verweis auf BGE 136 III 322 E. 4 und BGE 122 III 202). Fristauslösende Schadenskenntnis liegt vor, wenn der Geschädigte die Existenz eines Schadens sowie dessen Beschaffenheit und wesentliche Merkmale, d.h. alle tatsächlichen Umstände kennt, die geeignet sind, eine Klage zu veranlassen und zu begründen. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Geschädigte tatsächlich Kenntnis vom Schaden hat, nicht mit demjenigen, in welchem er bei Anwendung der nach den Umständen gebotenen Aufmerksamkeit ausreichende Kenntnis vom Schaden hätte erlangen können (BGE 136 III 322 E. 4.1). Hinreichende Kenntnis ist für die aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage aus mittelbarer Schädigung nach Lehre und Rechtsprechung regelmässig dann gegeben, wenn der Kollokationsplan und das Inventar zur Einsicht aufgelegt worden sind. Aufgrund besonderer Umstände kann der Geschädigte im Einzelfall die nötige Kenntnis jedoch auch schon früher erlangen (BGE 136 III 322 E. 4.4).

### **E. 3.2.4**

Wie die Beklagten in der Klageantwort zutreffend ausführen (act. 12 S. 16), sind in der Regel mit der Auflage des Kollokationsplans und des Inventars zur Einsicht die für eine auf den mittelbaren Schaden abstützende Schadenersatzklage erforderlichen Tatbestandselemente bekannt und beginnt damit die relative Verjährungsfrist zu laufen. Nicht ausreichend ist, dass die Klägerin bereits bei Konkurseröffnung wusste, dass ihre (behaupteten) Forderungen nicht befriedigt werden können. Denn ein Schaden infolge Konkursverschleppung ist erst be-

- 10 - stimmbar, wenn sämtliche Aktiven und Passiven der Gesellschaft zum Konkurszeitpunkt ermittelt sind. Die Beklagten behaupten denn auch nicht, dass die Klägerin bereits im Zeitpunkt der Konkurseröffnung Kenntnis von sämtlichen Forderungen gegen die Gesellschaft gehabt hätte. Weiter äussern sie sich auch nicht dazu, wann die Klägerin Kenntnis von den (angeblichen) relevanten Pflichtverletzungen der Beklagten erlangt hatte (act. 25 S. 23) und behaupten damit keinen massgebenden konkreten Zeitpunkt für deren Kenntnisnahme.

### **E. 3.2.5**

Die Klägerin hat die Klage am 20. Dezember 2017 anhängig gemacht (act. 1). Der Konkurs über die G.\_\_\_\_\_ GmbH wurde am 14. Dezember 2012 eröffnet. Die Beklagten behaupten nicht, dass der Kollokationsplan vor dem 20. Dezember 2012 zur Einsicht aufgelegt worden sei (act. 25 S. 23). Damit war der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch aus mittelbarer Schädigung im Zeitpunkt der Klageeinreichung nicht verjährt. Damit muss nicht weiter darauf eingegangen werden, ob dem von der Klägerin am 9. Juni 2015 angehobenen Schlichtungssuch verjährungsunterbrechende Wirkung zukam.

### **E. 3.3**

Voraussetzungen für die Geltendmachung des Anspruchs

#### **E. 3.3.1**

Gestützt auf Art. 827 OR i.V.m. Art. 754 Abs. 1 OR haften die mit der Geschäftsführung und der Kontrolle einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung betrauten Personen für den Schaden, den sie der Gesellschaft, den Gesellschaftern oder Gesellschaftsgläubigern durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursacht haben. Voraussetzung für die Haftung ist somit, entsprechend den allgemeinen haftpflichtrechtlichen Grundsätzen, dass dem Anspruchsberechtigten ein Schaden entstanden ist, die Geschäftsführer pflichtwidrig und schuldhaft gehandelt haben und ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang zwischen Schaden und schuldhaft pflichtwidrigem Verhalten besteht (BGer-Urteil 4A\_127/2013 vom 22. Mai 2013 E. 3; BGE 132 III 342 E. 4.1). Entsprechend den allgemeinen Regeln des Haftpflichtrechts, zu welchen die Art. 754 ff. OR gehören, obliegt es dem Verantwortlichkeitskläger, die Elemente des Verantwortlichkeitsanspruchs, welche kumulativ erfüllt sein müssen, zu substantiieren und zu beweisen (Art. 8 ZGB; BGer-Urteil 4A\_271/2016 vom 16. Januar 2017 E. 3.).

- 11 -

#### **E. 3.3.2**

Schaden ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts die ungewollte Verminderung des Reinvermögens. Er kann in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder in entgangenem Gewinn bestehen (BGE 132 III 359 E. 4) und entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte, sog. „Differenztheorie“ (BGer-Urteil 4A\_271/2016 vom 16. Januar 2017 E. 3.1.; BGE 129 III 331 E. 2 mit Verweisen). Bei einer Vermehrung der Passiven tritt der Schaden dabei bereits mit dem Entstehen der Verbindlichkeit und nicht erst mit deren Erfüllung ein (BGE 116 II 441 E. 3aa).

#### **E. 3.3.3**

Ein sog. „Fortführungsschaden“ entsteht dann, wenn die Zwischenbilanz einer zu Fortführungs- und Liquidationswerten überschuldeten Gesellschaft nicht rechtzeitig beim Gericht deponiert wird und sich die Vermögenssituation der Gesellschaft ab diesem hypothetischen Konkurszeitpunkt bis zum effektiven Konkurs weiter verschlechtert. Der Fortführungsschaden entsteht also durch Weiterwirtschaften der Gesellschaft trotz eindeutig eingetretener Überschuldung. Der Gläubiger erleidet nur deshalb einen Schaden, weil die Organe die Gesellschaft weiter haben verarmen lassen und sich deren Haftungssubstrat fortschreitend vermindert hat und die Forderung des Gläubigers deshalb an Wert eingebüsst hat (BGE 132 III 342 E. 2.3.3; BGE 132 III 564 E. 6.1 f. = Pra 96

(2007) Nr. 57 S. 385 f.; Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, § 18 N 369 ff.; Suter, Der Schaden bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Diss. St. Gallen 2010, S. 188).

#### **E. 3.3.4**

Besteht der Schaden in der Vergrößerung der Verschuldung der Konkursitin, welche durch eine verspätete Konkursklärung entstanden ist (vgl. Art. 725 Abs. 2 und 729b Abs. 2 OR), im sogenannten Fortführungsschaden zufolge Konkursverschleppung, so ist die tatsächlich eingetretene Überschuldung der Konkursitin mit jener zu vergleichen, die bei einem Konkurs zum früheren Zeitpunkt bestanden hätte (BGer-Urteil 4A\_271/2016 vom 16. Januar 2017 E. 3.1.; BGE 132 III 342 E. 2.3.3; BGE 132 III 564 = Pra 96 (2007) Nr. 57 E. 6.2). Er ist in der Weise festzustellen, dass der aus den Buchhaltungsunterlagen ersichtliche Saldo im Zeitpunkt der Verletzung der Benachrichtigungspflicht zu Liquidationswerten mit dem (höheren) Verlust im Zeitpunkt der tatsächlich erfolgten Konkursöffnung

- 12 - verglichen wird (BGer-Urteil 4A\_271/2016 vom 16. Januar 2017 E. 3.1.; BGer-Urteil 4C.263/2004 vom 23. Mai 2005 E. 3). Es gilt, den Vermögensstand der Gesellschaft bei Konkursöffnung mit dem Vermögen zu jenem Zeitpunkt zu vergleichen, auf welchen die Organe nach klägerischer Behauptung die Konkursöffnung bei pflichtgemäsem Handeln hätten herbeiführen müssen. Zu diesem Zweck kann der Überschuldungsgrad einzig gestützt auf Liquidationswerte ermittelt werden, denn die Konkursöffnung zieht die Auflösung der Gesellschaft nach sich (Art. 821 Abs. 1 Ziff. 3 OR; BGer-Urteil 4A\_60/2010 vom 30. Juli 2012 E. 3; BGE 136 III 322 E. 3.2.1.) und deren Liquidation nach den Regeln des Konkursrechts (Art. 826 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 740 Abs. 5 OR). Es ist mit anderen Worten die effektive Konkursdividende mit der hypothetischen zu vergleichen, die bei rechtzeitiger Benachrichtigung des Richters resultiert wäre. Der Liquidationswert ist der Wert, der bei Liquidation des Unternehmens und Einzelverkauf aller verkehrsfähigen Vermögensgegenstände zu erzielen wäre. Der Vermögensstand der Gesellschaft im Zeitpunkt der tatsächlichen Konkursöffnung errechnet sich aus der Differenz zwischen den Aktiven und Passiven, d.h. aus dem Wert der Massaktiven abzüglich der Summe aller rechtskräftig kollozierten Forderungen (Glasl, Die kollozierte Forderung im Verantwortlichkeitsprozess, SZW 2005 S. 157 ff., S. 164; BGE 138 III 675 E. 3.2). Auch die Feststellung des Vermögens zu Liquidationswerten im hypothetischen Zeitpunkt der Konkursöffnung beruht auf einer Gegenüberstellung von Aktiven und Passiven.

#### **E. 3.3.5**

Es ist Sache des klagenden Gläubigers, den tatsächlich eingetretenen sowie den betragsmässig für die Schadenersatzklage relevanten, d.h. den bei Pflichterfüllung der Organe vermeidbaren Schaden geltend zu machen und gesondert nachzuweisen, und zwar pro haftpflichtiges Organmitglied je einzeln. Grundsätzlich hat er den Schaden somit ziffernmässig im Einzelnen zu substantiieren und zu beweisen (Art. 8 ZGB; BGer-Urteil 4A\_462/2009 vom 16. März 2010 E. 2; Böckli, a.a.O., § 18 N 136, N 366, N 371; Suter, a.a.O., S. 127). Für die Bestimmung des Schadens ist also nur derjenige Teil massgebend, der auf die pflichtwidrigen Handlungen bzw. Unterlassungen des betreffenden Gesellschaftsorgans zurückzuführen sind.

- 13 -

#### **E. 3.4**

Schaden

#### **E. 3.4.1**

Die Klägerin führt an, wie die Staatsanwaltschaft festgestellt habe, sei die G.\_\_\_\_\_ GmbH schon im Mai 2010 mit rund Fr. 6'000.– überschuldet gewesen, weshalb schon damals die Bilanz hätte deponiert werden müssen. Weil die Be- klagten dies unterlassen hätten, sei die Überschuldung per 31. Oktober 2012 ge- mäss den (noch beschönigenden) Feststellungen der J.\_\_\_\_\_ AG vom

#### **E. 3.4.2**

Die Klägerin genügt ihrer Substanziierungspflicht bezüglich der geltend gemachten per Ende Mai 2010 angeblich bestandenen Überschuldung nicht, wenn sie einfach ausführt, gemäss den Feststellungen im Strafverfahren hätte die

- 14 - Überschuldung per Ende Mai 2010 etwa Fr. 6'000.– ausgemacht (act. 1 S. 10 f.). Eine Überschuldung liegt vor, falls sich aus einer Zwischenbilanz ergibt, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungswerten noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind, d.h. das Fremdkapital die Aktiven übersteigt (BSK OR II-Wüstiner, a.a.O., Art. 725 N 29). Die Klägerin kann sich deshalb nicht damit begnügen, einfach pauschal zu behaupten, die Überschuldung habe Ende Mai 2010 Fr. 6'000.– betragen, insbesondere nachdem die Beklagten diese Dar- stellung bestritten (act. 12 S. 13 f.). Es wäre an ihr gelegen, aufzuzeigen, welche Aktiven welchen Passiven gegenüberstanden. Auf die pauschale Behauptung, es sei eine Überschuldung in Höhe von Fr. 6'000.– vorgelegen, ist es den Beklagten nicht möglich, substantiiert Stellung zu nehmen. Sodann sind solch pauschale Vorbringen einem Beweisverfahren nicht zugänglich. Das Beweisverfahren ist nicht dafür da, mangelhafte Parteivorbringen zu ergänzen und zu eruieren, wo- raus sich die geltend gemachte Überschuldung von Fr. 6'000.– ergibt. Schliesslich ist es auch nicht Aufgabe der Beklagten, die ungenügenden Parteivorbringen der Klägerin mit substantiierten Bestreitungen zu ergänzen.

#### **E. 3.4.3**

Nachdem die Beklagten in der Klageantwort bestritten, dass per Ende Mai 2010 eine Überschuldung vorgelegen habe und der Richter hätte benachrichtigt werden müssen (act. 12 S. 13 f.), begnügte sich die Klägerin damit, in der Replik anzuführen, dass die Beklagten einen Sachverhalt vorbringen würden, der frei er- funden sei und die Präjudizien des Konkursrichters und des Audienzrichters und die rechtskräftig gewordenen Strafbefehle und deren Begründung übergehen würden (act. 21 S. 2 f.). Die Beklagten hätten gegen die Feststellungen der Straf- justiz kein Rechtsmittel ergriffen, und es sei mithin davon auszugehen, dass diese zutreffen würden (act. 21 S. 12 f.). Wären die Feststellungen der Staatsanwalt- schaft falsch gewesen, dann wäre auch die Verurteilung der Beklagten nicht rech- tens gewesen. Ohne die zentrale Feststellung der Staatsanwaltschaft über die Konkursverschleppung würde der Verurteilung der Boden entzogen. Damit seien die Strafurteile zumindest dafür geeignet, das Datum der eigentlichen Überschul- dung einzugrenzen. Da es keine vernünftigen Gründe gebe, an der Vermehrung der Schulden durch die Konkursverschleppung zu zweifeln, sei auch der dadurch entstandene Schaden ausgewiesen (act. 21 S. 18 f.).

- 15 -

#### **E. 3.4.3.1**

Bei der Beurteilung der Schuld oder Nichtschuld ist der Richter an die Bestimmungen über strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit oder an eine Freisprechung durch das Strafgericht nicht gebunden. Ebenso ist das strafgerichtliche Erkenntnis mit Bezug auf die Beurteilung der Schuld und die Bestimmung des Schadens für den Zivilrichter nicht verbindlich (Art. 53 Abs. 1 OR). Durch Art. 53 OR nicht geregelt bleiben die Fragen der Bindung des Zivilrichters an ein Strafurteil in Sachverhaltsfragen sowie mit Bezug auf die Problembereiche der Widerrechtlichkeit und des adäquaten Kausalzusammenhangs. Da die schweizerische Zivilprozessordnung eine solche Bindung nicht vorsieht, hat das Zivilgericht in allen Punkten unabhängig zu entscheiden und ist an die Erkenntnisse der Strafgerichte nicht gebunden (BSK OR I-Kessler, 6. Aufl., Basel 2015, Art. 53 N 3 f.). Für eine rechtsgenügende Begründung der Klage kann deshalb nicht einfach pauschal auf das Strafverfahren und die Begründung der Strafbefehle verwiesen werden. Genügend konkrete Tatsachenbehauptungen lassen sich sodann den Strafbefehlen (act. 3/5 und act. 3/6) auch nicht entnehmen.

#### **E. 3.4.3.2**

Den Strafbefehlen kann lediglich entnommen werden, dass die Überschuldung per Ende Mai 2010 noch „bedeutend geringer (ca. Fr. 6'000.–)“ gewesen sei. Wie jedoch der Staatsanwalt zu diesem Erkenntnis kam, kann den Strafbefehlen nicht entnommen werden (act. 3/5 und act. 3/6). Damit ist fraglich, ob diese Strafbefehle in einem zivilrechtlichen Beweisverfahren über die Frage der Überschuldung der G.\_\_\_\_\_ GmbH per Ende Mai 2010 – diesbezügliche genügend konkrete Parteibehauptungen vorausgesetzt – überhaupt als taugliche Beweismittel für den Standpunkt der Klägerin herangezogen werden könnten.

#### **E. 3.4.4**

Die beweispflichtige Partei hat ferner bloss dann einen Anspruch darauf, für rechtserhebliche Vorbringen zum Beweis zugelassen zu werden, wenn ihr Beweisantrag nach Form und Inhalt den Vorschriften des anwendbaren Prozessrechts entspricht. Gemäss Rechtsprechung ist dabei ein Beweismittel nur dann als formgerecht angeboten zu betrachten, wenn sich die Beweisofferte eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lässt und umgekehrt. In der Regel sind die einzelnen Beweisofferten unmittelbar im Anschluss an die Tatsachenbehauptung aufzuführen, die damit bewiesen werden sollen (Art. 152

- 16 - Abs. 1 i.V.m. Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO; vgl. ausführlich hierzu das BGer-Urteil 4A\_56/2013 vom 4. Juni 2013 E. 4.4). Darauf wurde die Klägerin, vertreten durch denselben Rechtsvertreter wie im vorliegenden Prozess, bereits im analogen Prozess HG120180-O hingewiesen (vgl. act. 14/4 S. 6 Ziff. 1.2.). Dennoch unterlässt es die Klägerin, zu ihrer (pauschalen) Behauptung, dass die Überschuldung per Ende Mai 2010 Fr. 6'000.– betragen habe, rechtskonform Beweismittel zu bezeichnen (act. 1 S. 10 ff.; act. 21 S. 18 ff.).

#### **E. 3.4.5**

Im Weiteren genügt die Klägerin auch bei der Darlegung des Fortführungsschadens ihrer Substanziierungobliegenheit nicht. So beschränkt sich die Klägerin darauf, pauschal auf den Schuldenberg gemäss Verteilungsliste des Konkursverfahrens in Höhe von Fr. 192'877.40 zu verweisen, um dann diesen Betrag um ihrer Ansicht nach unverbuchte Mietschulden/Schadenersatz zu erhöhen und davon Fr. 6'000.– (entsprechend der von ihr Ende Mai 2010 bestandenen Überschuldung) abzuziehen (act. 1 S. 11; act. 21 S. 19, S.

20). Wie sich die angeführten Fr. 192'877.40 zusammensetzen, lässt sie offen. Zu den bei Konkurseröffnung all- fällig vorhandenen Aktiven äussert sie sich nicht. Eine rechtskräftige Kollokation präjudiziert weder die Höhe des Gesellschaftsschadens noch erübrigt sich deswegen die Schadenssubstanziierung im Verantwortlichkeitsprozess. Wie bereits erwähnt, errechnet sich der Vermögensstand der Gesellschaft im Zeitpunkt der tatsächlichen Konkurseröffnung aus der Differenz zwischen den Aktiven und Passiven, d.h. aus dem Wert der Massaaktiven abzüglich der Summe aller rechtskräftig kollozierten Forderungen (vgl. Ziffer 3.3.4. hiervor). Der ersatzpflichtige Schaden kann daher nicht einfach mit dem Gesamtbetrag der kollozierten Forderungen im Gesellschaftskonkurs gleichgesetzt werden (Suter, a.a.O., S. 111; Luterbacher, a.a.O., S. 103; Weber, Beurteilung der neueren Rechtsprechung zur Verantwortlichkeit in Unternehmen, in: Weber [Hrsg.], Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht III, Zürich 2006, S. 158; BGE 136 III 322 E. 3.3 S. 326; BGE 132 III 342 E. 2.3.3 S. 348). Auch darauf wurde die Klägerin, vertreten durch denselben Rechtsvertreter wie im vorliegenden Prozess, bereits im analogen Prozess HG120180-O hingewiesen (vgl. act. 14/4 S. 46 ff. Ziff. 4.2.2.). Die Klägerin vermag deshalb einen Fortführungsschaden nicht rechtsgenügend aufzuzeigen, wenn sie lediglich den der G.\_\_\_\_\_ GmbH angeblich durch das Verhalten der Be-

- 17 - klagten entstandenen Schaden mit der Summe der im Konkurs kollozierten Forderungen zuzüglich weiteren ihrer Ansicht nach noch zusätzlich zu berücksichtigenden Passiven gleichsetzt.

### **E. 3.4.6**

Sodann kann zu den von der Klägerin geltend gemachten – nicht verbuchten – Mietbetroffnissen (act. 1 S. 11 f.; act. 21 S. 18) angemerkt werden, dass die Klägerin ihren Standpunkt, dass allein für die Mietzinse Fr. 212'200.– hätten verbucht werden müssen, nicht rechtsgenügend dartut. Es ist unstrittig, dass zwischen der Klägerin sowie der D.\_\_\_\_\_ AG und der G.\_\_\_\_\_ GmbH kein Mietvertrag zustande gekommen ist (act. 1 S. 5; act. 21 S. 8). Dementsprechend schuldet die G.\_\_\_\_\_ GmbH der Klägerin keine Miete. Warum die G.\_\_\_\_\_ GmbH wem gegenüber Miete in welcher Höhe geschuldet hat, wird von der Klägerin nicht ausgeführt. Nachdem die Räumlichkeiten an die E.\_\_\_\_\_ GmbH vermietet waren, konnte diese die Räumlichkeiten kostenlos oder zu einer geringeren Entschädigung als dem von ihr mit der Vermieterschaft vereinbarten Mietzins Drittpersonen überlassen. Dies, ohne dass aus diesem Vorgang seitens der Vermieterschaft direkte Ansprüche gegen die G.\_\_\_\_\_ GmbH entstanden. Eine Untervermietung trotz begründeter Verweigerung der Zustimmung oder ohne Einholung der Zustimmung durch den Vermieter trotz bestehender Verweigerungsgründe stellt (lediglich) eine Pflichtverletzung seitens der E.\_\_\_\_\_ GmbH dar, die einen ordentlichen, unter Umständen aber auch einen ausserordentlichen Kündigungsgrund bilden kann. Sodann kann die rechtswidrige Untervermietung zu einer Abschöpfung des erzielten Gewinnes bei der vertraglichen Mieterin führen (vgl. BSK OR I-Weber, a.a.O., Art. 262 N 4a mit weiteren Hinweisen). Somit kann allein aus der (unbestrittenen) Nutzung der Räumlichkeiten an der F.\_\_\_\_\_ -gasse durch die G.\_\_\_\_\_ GmbH noch nicht auf die von dieser hierfür geschuldete Entschädigung gegenüber der E.\_\_\_\_\_ GmbH als Mieterin der Räumlichkeiten geschlossen werden. Die entsprechende Anspruchsgrundlage für die geltend gemachte Position wäre von der Klägerin substantiiert darzutun gewesen, was sie unterlassen hat. Von der G.\_\_\_\_\_ GmbH geschuldete Mietbetroffnisse sind damit nicht ausgewiesen.

### **E. 3.4.7**

Soweit die Klägerin sodann für die Quantifizierung des Fortführungsschadens inklusive des hypothetischen Vermögensstandes im Mai 2010 eine Expertise, die Edition der Strafakten von der Staatsanwaltschaft, den Beizug der Konkursakten sowie den Beizug aller Revisionsakten der J.\_\_\_\_\_ AG für die Jahre 2010 bis 2012 und den Zwischenabschluss der J.\_\_\_\_\_ AG vom 7. Dezember 2012 per 31. Oktober 2012 offeriert (act. 1 S. 13; act. 21 S. 17), ist zu wiederholen, dass das Beweisverfahren nicht dazu da ist, mangelhafte Parteivorbringen zu ergänzen und/oder im Beweisverfahren nach einer Grundlage für die geltend gemachten Ansprüche zu suchen (vgl. dazu etwa BGE 140 III 409 E. 4.3.1). Es wäre – wie bereits ausgeführt – an der Klägerin gewesen, im vorliegenden Prozess den Fortführungsschaden substantiiert darzutun und konkrete Behauptungen dazu aufzustellen, ab wann die G.\_\_\_\_\_ GmbH warum wie hoch überschuldet gewesen sein soll und wie sich die Überschuldung infolge verspäteter Konkursöffnung vergrösserte. Hierfür wären die vorhandenen Aktiven und Passiven einander gegenüberzustellen und deren Veränderung aufzuzeigen gewesen. Warum es ihr nicht hätte möglich sein sollen, die erforderlichen Tatbestandsbehauptungen vorzubringen und allenfalls in diesem Zusammenhang erforderliche Abklärungen und Expertisen einzuholen, wird von ihr nicht dargetan und ist auch nicht ersichtlich. So war die Klägerin sowohl in der Strafuntersuchung, als Privatklägerin, als auch im Konkursverfahren, als Gläubigerin, involviert und hatte damit Zugang zu den diesbezüglich relevanten Unterlagen.

### **E. 3.4.8**

Sodann ist darauf hinzuweisen, dass auch eine Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR eine Partei nicht von ihren Substanziierungspflichten entbindet. Ist der Schaden ziffernmässig nicht nachweisbar, ist er nach Art. 42 Abs. 2 OR nach Ermessen des Richters mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen abzuschätzen. Diese Bestimmung räumt dem Sachgericht für Fälle, in denen der strikte Nachweis des Schadens, sei es ziffernmässig oder mit Bezug auf den Schadenseintritt als solchen (vgl. BGE 132 III 379 E. 3.1), ausgeschlossen ist, einen erweiterten Ermessensspielraum ein, indem sie ihm gestattet, den Schaden aufgrund einer blossen Schätzung als ausgewiesen zu erachten. Allerdings soll dem Geschädigten damit nicht die Möglichkeit eröffnet werden, ohne nähere Angaben Schadenersatzforderungen in beliebiger Höhe zu stellen. Art. 42 Abs. 2 OR zielt lediglich auf eine Beweiserleichterung und nicht etwa darauf ab, dem Geschädigten die Beweislast generell abzunehmen. Vielmehr hat der Geschädigte alle Umstände, die für den Eintritt eines Schadens sprechen und dessen Abschätzung erlauben oder erleichtern, soweit möglich und zumutbar zu behaupten und zu beweisen (BGer-Urteil 4A\_271/2016 vom 16. Januar 2017 E. 3.2.; BGE 140 III 409 E. 4.3.1). Die vom Geschädigten vorgebrachten Umstände müssen 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 ist, muss sich dem Gericht mit einer gewissen Überzeugungskraft aufdrängen (BGer-Urteil 4A\_271/2016 vom 16. Januar 2017 E. 3.2.; BGE 122 III 219 E. 3a m.H.). Somit würde selbst eine (allfällige) Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR die Klägerin nicht davon entbinden, konkret aufzuzeigen, welche Verpflichtungen der G.\_\_\_\_\_ GmbH welchen Aktiven gegenüber standen.

### **E. 3.4.9**

Schliesslich kann noch angemerkt werden, dass die Klägerin (pauschal) geltend macht, gegenüber der G.\_\_\_\_\_ GmbH Anspruch auf Mietausfall inklusive Schadenersatz für die Zeit bis zur Wiedervermietung der leerstehenden Räume zu haben (vgl. act. 1 S. 11 f. und S. 14 ff.). Warum dieser Anspruch bei einer früheren (rechtzeitigen) Konkursöffnung geringer gewesen wäre, führt sie jedoch nicht an und ist – was den von der Klägerin geltend gemachten Schadenersatz betrifft – auch nicht ersichtlich. Ist die Klägerin der Ansicht, dass sie gegenüber der G.\_\_\_\_\_ GmbH Anspruch auf Schadenersatz infolge Mietzinsausfall resp. Mindermietzinses bis zum Ablauf der vertraglich mit der E.\_\_\_\_\_ GmbH vereinbarten Mietdauer hat, wäre eine solche Schadensposition konsequenterweise auch im Rahmen einer früheren Konkursöffnung als Passiven zu berücksichtigen und führt damit die verspätete Konkursöffnung im Umfang des geltend gemachten Schadenersatzes nicht zu einer Vergrösserung der Verschuldung. So behauptet die Klägerin nicht, dass sie die Räumlichkeiten früher hätte vermieten können, wenn die G.\_\_\_\_\_ GmbH früher in Konkurs gefallen wäre. Im Gegenteil führt die Klägerin in der Replik an, dass logischerweise der Mietzins bis zum Auslaufen des Mietvertrages hätte verbucht werden müssen, da man ja durch Nicht-

- 20 - bezahlung der Mietzinse nach gefestigter Rechtsprechung auch bei Ausweisung oder sonstiger Nichtbenutzung des Mietobjekts bis zum Auslaufen des Mietvertrages resp. bis zur Wiedervermietung schadenersatzpflichtig werde (act. 21 S. 10). Es ist nur der Teil des Fortführungsschadens für die Ersatzpflicht relevant, der (adäquat) kausal auf die Pflichtwidrigkeit (der verspäteten Konkursanmeldung) zurückzuführen ist (BGE 136 III 322 E. 3.2.2 S. 326; Böckli, a.a.O., § 18 N 369a).

#### **E. 3.4.10**

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Klägerin den im Fortführungsschaden bestehenden Schaden nicht in rechtsgenügender Weise dargetan hat. Damit wird auch ein Beweisverfahren zur allfälligen Höhe des Gesellschaftsschadens hinfällig und kann auf die Prüfung der weiteren Tatbestandsvoraussetzungen – Pflichtverletzung, Kausalzusammenhang und Verschulden – verzichtet werden. 4. Ansprüche aus eigenem Recht 4.1. Parteivorbringen 4.1.1. Die Klägerin bringt sodann vor, weil die Beklagten mit der G.\_\_\_\_\_ GmbH ohne Mietvertrag in den von einer anderen GmbH gemieteten Räumen geschäftet hätten und weil sie sich nicht um die Bezahlung der Mietkosten gekümmert hätten, hätten sie auch einen direkten Schaden bei der Klägerin verursacht. Mit der Verletzung von Art. 263 OR hätten die Beklagten eine unerlaubte Handlung im Sinne von Art. 41 OR begangen. Der Mietausfall inklusive Schadenersatz für die bis zur Wiedervermietung leerstehenden Räume belaufe sich auf Fr. 251'538.20 (act. 1 S. 14). Art. 263 OR schütze den Vermieter vor einem insolventen oder unzumutbaren Ersatzmieter. Wer trotz klaren Verbotes einem mit klarer Begründung abgelehnten Ersatzmieter die Herrschaft über ein Mietobjekt verschaffe, der handle widerrechtlich (act. 21 S. 21 f.). Es entspreche langjähriger Rechtsprechung, dass nach einer Zahlungsverzugskündigung der bisherige Mieter für den Ausfall hafte, bis die Räume wieder vermietet werden könnten (act. 21 S. 22).

- 21 - 4.1.2. Die Beklagten bestreiten, der Klägerin einen direkten Schaden verursacht zu haben. Ein Mietvertrag zwischen der G.\_\_\_\_\_ GmbH und der Klägerin habe – auch nach Darstellung der Klägerin – nicht bestanden. Allfällige Ansprüche wären von der Klägerin an die E.\_\_\_\_\_ GmbH zu richten gewesen. Ebenfalls sei nicht ersichtlich, dass sie eine dem Gläubigerschutz dienende Norm verletzt oder eine unlautere Handlung im Sinne von Art.

41 Abs. 1 OR begangen hätten. Art. 263 OR sei keine gläubigerschützende Bestimmung. Weiter bestreiten sie die von der Klägerin aufgeführten Posten des angeblich direkten Schadens sowie dessen Höhe (act. 12 S. 15, S. 22). 4.1.3. Auf diese und die weiteren Ausführungen der Parteien sowie die Akten ist nachfolgend – soweit für die Entscheidungsfindung erforderlich – einzugehen. 4.2. Anspruchsgrundlage 4.2.1. Die Klagemöglichkeit, über die ein Gesellschaftsgläubiger den Organen einer Gesellschaft gegenüber verfügt, hängt von der Art des erlittenen Schadens ab (vgl. insbesondere BGE 132 III 564 E. 3.1 ff. = Pra 2007 Nr. 57 S. 378 ff.). Diesbezüglich erfolgt eine Unterscheidung in direkte und indirekte Schäden, wobei drei Konstellationen in Betracht kommen: Der einzelne Gläubiger kann durch ein Verhalten der Organe persönlich geschädigt sein, unter Ausschluss jeglichen der Gesellschaft verursachten Schadens. In diesem Fall erleidet der Gläubiger einen direkten bzw. unmittelbaren Schaden. Demgegenüber kann der Gläubiger nur indirekt bzw. mittelbar geschädigt sein, wenn der Gläubiger deshalb einen Schaden erleidet, weil das Organ in Verletzung seiner rechtlichen Pflichten das Vermögen der Gesellschaft geschädigt hat. Eine Beeinträchtigung des Gesellschaftsvermögens tangiert über die Verringerung des Haftungssubstrates und damit die Erhöhung des Ausfallrisikos zwangsläufig auch den Gläubiger, weil seine Forderung auf der Passivseite der Bilanz figuriert. Der Gläubiger ist reflexweise geschädigt, wenn die Schädigung der Gesellschaft so weit geht, dass sie die Zahlungsunfähigkeit und dann den Konkurs der Gesellschaft nach sich zieht. Erst dann erleidet der Gläubiger einen Verlust, der einen mittelbaren Schaden darstellt. Um diesen Schaden zu qualifizieren, verwendet die Praxis in gleicher Weise die Begriffe Reflex-, indirekter oder mittelbarer Schaden oder Nachteil. Solange die Gesellschaft

- 22 - zahlungsfähig bleibt und in der Lage ist, ihren Verpflichtungen nachzukommen, bleibt der Schaden nur in ihrem Bereich (BGE 139 III 24 E. 3.1 S. 25; BGE 132 III 564 E. 3.1.2. S. 568 f. = Pra 2007 Nr. 57 S. 378 f. mit weiteren Hinweisen; BGER-Urteil 4C.142/2004 vom 4. Oktober 2004 E. 4; BGE 128 III 180 E. 2c S. 183; BÖCKLI, a.a.O., § 18 N 364 ff.). Schliesslich kann sich die Situation ergeben, in welcher sowohl die Gesellschaft als auch der Gesellschaftsgläubiger direkt geschädigt sind. Mit anderen Worten führt das Verhalten der Organe direkt zu einer Schädigung des Vermögens der Gesellschaft und des Gesellschaftsgläubigers, ohne dass der Letzterem verursachte Schaden vom Konkurs der Gesellschaft abhängt (BGE 132 III 564 E. 3.1.3 S. 569 = Pra Nr. 57 S. 379; BGE 131 III 306 E. 3.1.2 S. 311). 4.2.2. Wenn das Verhalten eines Gesellschaftsorgans einem Gläubiger einen direkten Schaden verursacht, während die Gesellschaft selber keinerlei Schaden erleidet, kann der geschädigte Gläubiger persönlich vorgehen und vom Verantwortlichen Schadenersatz verlangen. Der Gläubiger kann den direkten Schaden im Konkurs grundsätzlich unabhängig vom Vorgehen der Konkursorgane geltend machen. Seine Klage untersteht den gewöhnlichen Regeln der zivilrechtlichen Haftung und ist, unter der Voraussetzung, dass sie sich auf ein gültiges rechtliches Fundament stützt, keinerlei Einschränkungen unterworfen. Die von der Rechtsprechung in Bezug auf die Möglichkeit des Gesellschaftsgläubigers, persönlich gegen ein Organ vorzugehen, aufgestellten Einschränkungen sind nicht anwendbar. Dies gilt jedenfalls, solange kein Konkurs über die Gesellschaft eröffnet ist. Das Gleiche gilt grundsätzlich auch nach der Eröffnung des Konkurses, wenn die Gesellschaft selber keinerlei Schaden erleidet, d.h. ausschliesslich Aktionäre bzw. Gesellschaftsgläubiger direkt geschädigt worden sind (BGE 132 III 564 E. 3.2.1 S. 569 = Pra 2007 Nr. 57 S. 379; BGE 131 III 306 E. 3.1.2 S. 311; vgl. auch BGE 139 III 24 E. 3.1 S. 25; BGER-Urteil 4A\_381/2012 vom 8.

Novem- ber 2012 E. 6.1; BGer-Urteil 4C.142/2004 vom 4. Oktober 2004 E. 4; BGer-Urteil 4C.200/2002 vom 13. November 2002 E. 3, nicht publ. in: BGE 129 III 129; BGE 110 II 391 E. 1 S. 393).

- 23 - 4.2.3. Wird hingegen nebst dem Gesellschaftsgläubiger auch die konkursite Gesellschaft direkt durch das Verhalten der Organe geschädigt, müssen die von der Praxis aufgestellten Regeln angewendet werden, um zu verhindern, dass die persönliche Klage des Gläubigers mit den Forderungen der Gesellschaft in Konkurrenz tritt. Nur in diesem Fall und zur Verhinderung der Gefahr einer Konkurrenz zwischen den von der Gesellschaft oder der Konkursverwaltung und direkt durch den Gläubiger angestregten Haftungsklagen hat die Rechtsprechung die Klagebefugnis des Letzteren beschränkt, um der Gesellschaftsklage eine Priorität einzuräumen. Der Gläubiger kann im Konkurs der Gesellschaft nur dann auf Ersatz des direkten Schadens klagen, den er allein erlitten hat, wenn er seine Klage mit einer unerlaubten Handlung (Art. 41 OR), einer culpa in contrahendo oder einer ausschliesslich zum Schutz der Gläubiger konzipierten Bestimmung des Gesellschaftsrechts begründen kann (BGE 132 III 564 E. 3.2.3 S. 570 f. = Pra 2007 Nr. 57 S. 380; BGE 131 III 306 E. 3.1.2 S. 311; BGE 122 III 176 E. 7 S. 189 f.). 4.2.4. Der Schaden aus unerlaubter Handlung im Sinne von Art. 41 Abs. 1 OR ist zu ersetzen, wenn er widerrechtlich, kausal und verschuldet verursacht wurde. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung ist eine Schadenszufügung im Sinne von Art. 41 OR widerrechtlich, wenn sie gegen eine allgemeine Pflicht verstösst, indem entweder ein absolutes Recht des Geschädigten beeinträchtigt (Erfolgsunrecht) oder eine reine Vermögensschädigung durch Verstoß gegen eine Norm bewirkt wird, die nach ihrem Zweck vor derartigen Schäden schützen soll (BGE 119 II 127 E. 3 S. 128 f. m.w.H.; Oftinger/Stark, a.a.O., § 16 N 43, N 94 ff.; Böckli, a.a.O., § 18 N 312). So gilt beispielsweise das Eigentum als absolutes Recht, dessen Verletzung grundsätzlich Widerrechtlichkeit im Sinne der Bestimmung begründet. Ist aber das Eigentumsrecht derart beeinträchtigt, dass der Eigentümer an der Nutzung einer in seinem Eigentum stehenden Sache gehindert wird, ohne dass die Sache beschädigt wird, liegt höchstens ein reiner Vermögensschaden vor, der nur in Verletzung einer Schutznorm zu ersetzen ist (Brehm, in: Berner Kommentar, Obligationenrecht, 3. Aufl. 2006, N 37 zu Art. 41 OR). Zur Beurteilung der Frage, ob eine solche Schutznorm vorliegt, sind der durch die Norm geschützte Personenkreis, das geschützte Rechtsgut und die durch sie zu vermeidende Gefahr zu eruieren. Schliesslich ist die Schutznorm auch vor dem

- 24 - Hintergrund zu prüfen, ob es der ratio legis entspricht, dass ein Verstoß Schadenersatzansprüche zur Folge haben soll. Solche Schutznormen finden sich vorwiegend im Bereich des Strafrechts, insbesondere bei den Vermögensdelikten (z.B. Art. 146 StGB). 4.3. Schadenersatzanspruch der Klägerin 4.3.1. Die Klägerin begründet ihren Anspruch damit, dass die Beklagten mit der G. \_\_\_\_\_ GmbH ohne Mietvertrag in von einer anderen GmbH gemieteten Räumen „geschäftet“ und sich nicht um die Bezahlung der Mietkosten gekümmert hätten. Sie beruft sich auf Art. 263 OR als entsprechende Schutznorm (act. 1 S. 14 ff.; act. 21 S. 13 f.). 4.3.2. Gemäss Art. 263 OR kann der Mieter von Geschäftsräumen das Mietverhältnis mit schriftlicher Zustimmung des Vermieters auf einen Dritten übertragen. Der Vermieter kann die Zustimmung nur aus wichtigem Grund verweigern. Stimmt der Vermieter zu, so tritt der Dritte anstelle des Mieters in das Mietverhältnis ein. Der (ursprüngliche) Mieter ist von seinen Verpflichtungen gegenüber dem Vermieter befreit. Er haftet jedoch solidarisch mit dem Dritten bis zum Zeitpunkt, in dem das Mietverhältnis gemäss Vertrag oder Gesetz endet oder beendet werden kann, höchstens

aber für zwei Jahre. 4.3.3. Der Umstand, dass der Vermieter einer Übertragung des Mietverhältnisses auf eine neue Mieterin nicht zustimmt, führt (einzig) dazu, dass zwischen dem Vermieter und der vorgesehenen Nachfolgerin kein Mietvertrag zustande kommt, und es beim bestehenden Mietverhältnis – vorliegend zwischen der E. \_\_\_\_\_ GmbH und der Klägerin sowie der D. \_\_\_\_\_ AG – bleibt. Nachdem sich die G. \_\_\_\_\_ GmbH zudem mit Zustimmung der Mieterin – der E. \_\_\_\_\_ GmbH – in den Räumlichkeiten aufgehalten hatte, ist ein widerrechtliches Verhalten der Geschäftsführer der G. \_\_\_\_\_ GmbH nicht ersichtlich. Denn die Benützung der Mieträume durch den vorgesehenen Übernehmer des Mietvertrages vor der gültigen Übertragung des Mietvertrages ist nach den Grundsätzen der Untermiete zu beurteilen (BSK OR I-Weber, a.a.O., Art. 263 N 4) und führt nicht zu einer widerrechtlichen Nutzung. Aus einer rechtswidrigen Untervermietung (einer Verletzung

- 25 - von Art. 262 OR) lassen sich dabei – wie bereits ausgeführt (vgl. Ziffer 3.4.6. hier- vor) – lediglich Ansprüche gegenüber der Mieterin ableiten. Sie führt nicht zu direkten Ansprüchen der Vermieterin gegenüber der Untermieterin aus der (rechts- widrigen) Nutzung der Räumlichkeiten. Auch ergibt sich aus einer rechtswidrigen Untervermietung (Vertragsverletzung der Mieterin) kein widerrechtliches Verhalten der Untermieterin im Sinne von Art. 41 OR. 4.3.4. Zutreffend ist, dass bei Zahlungsverzugskündigungen eine Mietzin- zahlung resp. Schadenersatz solange geschuldet ist, bis eine Wiedervermietung erfolgt, längstens bis zum Ablauf des Mietvertrages (act. 1 S. 15). Schuldner dieses Scha- denersatzes ist jedoch die vertragliche Mieterin als Vertragspartnerin der Vermie- terin. Wie ausgeführt, sind sich die Parteien einig, dass die Übertragung des Miet- vertrages auf die G. \_\_\_\_\_ GmbH nicht zustande gekommen war. Dementspre- chend bestand zwischen der G. \_\_\_\_\_ GmbH und der Vermieterschaft kein Ver- tragsverhältnis. Sie kann deshalb auch nicht wegen Vertragsverletzungen (vgl. BSK OR I-Weber, a.a.O., Art. 257e N 13) in Anspruch genommen werden. Nach- dem kein Vertragsverhältnis mit der Klägerin bestand, war die G. \_\_\_\_\_ GmbH resp. deren Organe sodann auch nicht verpflichtet, für die Bezahlung der Mietzin- se an die Klägerin besorgt zu sein. Handlungen der Beklagten – die als Organe der G. \_\_\_\_\_ GmbH in Anspruch genommen werden – als Organe der E. \_\_\_\_\_ GmbH sind vorliegend nicht zu beurteilen. 4.3.5. Nachdem die G. \_\_\_\_\_ GmbH zudem einerseits die Räumlichkeiten mit Einwilligung der Mieterin nutzte und andererseits nicht länger in den Räumlichkei- ten blieb als die Mieterin, hat sich die Klägerin an ihre Vertragspartnerin zu halten. Aus dem Umstand, dass die Klägerin ihre Forderungen bei dieser nicht erhältlich machen konnte, kann keine Anspruchsgrundlage für eine Forderung gegenüber der G. \_\_\_\_\_ GmbH oder deren Organe abgeleitet werden. Die Klägerin zeigt kein Verhalten der G. \_\_\_\_\_ GmbH oder ihrer Organe auf, das eine über den zwischen ihr und der E. \_\_\_\_\_ GmbH bestandenen Mietvertrag hinausgehende Nutzung o- der ein widerrechtliches Verhalten begründet. Damit kann die Klägerin aus der Nutzung der Räumlichkeiten durch die G. \_\_\_\_\_ GmbH keine ausservertraglichen Ansprüche gegen diese geltend machen. Vertragliche Ansprüche scheitern – wie

- 26 - bereits erwähnt – am fehlenden Vertragsverhältnis. Solche stünden allenfalls der E. \_\_\_\_\_ GmbH zu. Eine Abtretung dieser Ansprüche behauptet die Klägerin aber nicht. 4.3.6. Soweit die Klägerin Kosten für Elektrizität, Wasserverbrauch und weitere Kosten geltend macht, erfolgt dies nicht nur unsubstanziiert sondern insbesonde- re auch ohne eine taugliche Anspruchsgrundlage darzutun (act. 1 S. 15 ff.; act. 21 S. 23 f.). Weiterungen diesbezüglich erübrigen sich deshalb. Es kann auf obige Ausführungen verwiesen werden.

4.4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es der Klägerin nicht gelingt, einen ihr entstandenen direkten Schaden nachzuweisen. 5. Fazit Die Klägerin vermag einen Schaden der G.\_\_\_\_\_ GmbH nicht in rechtsgenügender Weise darzutun. Ebenso wenig gelingt es der Klägerin, einen ihr direkt entstandenen Schaden darzutun. Die Klage ist deshalb abzuweisen. 6. Kosten- und Entschädigungsfolgen 6.1. Kosten 6.1.1. Die Klägerin unterliegt mit ihrer Klage. Dementsprechend sind ihr die Prozesskosten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). 6.1.2. Der Streitwert beträgt Fr. 151'324.20. Die Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der GebV OG und ist auf Fr. 11'000.– festzusetzen (§ 4 Abs. 1 GebV OG) und aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen. 6.2. Parteientschädigungen 6.2.1. Sodann ist die Klägerin zu verpflichten, den Beklagten eine Parteientschädigung zu bezahlen. Die Beklagten sind einfache Streitgenossen und durch denselben Rechtsanwalt vertreten. Dies ist insoweit zu berücksichtigen, als dass die - 27 - Beklagten nicht einzeln eine volle Entschädigung zugute haben, sondern den Beklagten insgesamt nur eine volle Parteientschädigung zuzusprechen ist. 6.2.2. Die Grundgebühr für die Parteientschädigung beträgt Fr. 13'979.– und ist mit der Beantwortung der Klage verdient. Für zusätzliche Verhandlungen und weitere Rechtsschriften ist ein Zuschlag zu gewähren (§ 4 und § 11 AnwGebV). Es rechtfertigt sich, für die rund 30 Seiten umfassende Duplik einen Zuschlag von 10% zu gewähren. Sodann ist den nicht mehrwertsteuerpflichtigen Beklagten die Parteientschädigung antragsgemäss unter Berücksichtigung der Mehrwertsteuer von 8% zuzusprechen. Die Parteientschädigung ist somit auf Fr. 16'607.– (inkl. MWSt.) resp. je Fr. 8'303.50 festzusetzen. Das Handelsgericht erkennt:

## **E. 7**

Dezember 2012 auf mindestens Fr. 140'915.29 angewachsen, wobei die gar nicht mehr verbuchten Mietkosten darin noch gar nicht enthalten gewesen seien. Durch diese Konkursverschleppung hätten die Beklagten bei der G.\_\_\_\_\_ GmbH schuldhaft eine Vermehrung der Schulden mindestens im Umfang dieses Betrages verursacht. In casu komme es aber auf die letztlich vom Konkursamt festgestellten ungedeckten Passiva an, welche höher gewesen seien. In casu hätte gemäss den Feststellungen im Strafverfahren der Konkurs per Ende Mai 2010, als die „Überschuldung“ nur etwa Fr. 6'000.– ausgemacht habe, eröffnet werden müssen. Es könne also der Zeitpunkt der hypothetischen Konkurseröffnung einmal auf Ende Mai 2010 gesetzt werden, obwohl die Überschuldung eigentlich früher gewesen sei, sei doch eine Überschuldung schon gegeben, wenn diese erstmals eintrete, also theoretisch ab einem Rappen. Durch die Nichteinhaltung der gesetzlichen Obliegenheiten sei der Schuldenberg gemäss Verteilungsliste auf Fr. 192'877.40 angewachsen, wobei in dieser Zahl nicht alle Passiven der G.\_\_\_\_\_ GmbH enthalten seien. Es würde insbesondere ein Teil der Mietschulden resp. Schadenersatz im Umfang von Fr. 100'214.– als weiteres unverbuchtes Obligo fehlen. Weil die Mietschulden und der Schadenersatz mit Fr. 4'809.15 und Fr. 146'515.05 teilweise in der Verteilungsliste enthalten seien, würden die unverbuchten Mietschulden und der entsprechende Schadenersatz Fr. 100'259.20 ausmachen. Damit müsse der Fortführungsschaden mindestens auf Fr. 192'877.40 plus Fr. 100'214.– minus Fr. 6'000.– also auf Fr. 287'091.40 beziffert werden (act. 1 S. 10 f.).