

# ZH\_HANDELSGERICHT HG180035 vom 31. März 2020

Zh Handelsgericht, 2020-03-31, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HG180035](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG180035)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HG180035 du 31 mars 2020

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HG180035 del 31 marzo 2020

## Erwägungen

### E. 1

Spruchkörper Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist es Sache des Gerichts, auf die beabsichtigte Auswechslung der mitwirkenden Richterinnen und Richter und die Gründe dafür hinzuweisen (BGE 142 I 93 E. 8.2; Urteil des Bundesgerichts 4A\_105/2017 vom 2. Juni 2017 E. 2.2.). Wie den Parteien bereits mit Verfügung vom 3. Juli 2019 angezeigt, wurde die Leitung des Prozesses neu an Oberrichter Dr. Stephan Mazan delegiert (act. 37). Oberrichter Dr. Stephan Mazan wirkt damit anstelle von Oberrichter Prof. Dr. Alexander Brunner, welcher das hiesige Gericht zufolge Pensionierung verlassen hat, am vorliegenden Verfahren mit. Ebenfalls altershalber das hiesige Gericht verlassen hat der Referent Handelsrichter Jean- Gaspard Comtesse, welcher durch Handelsrichter Ivo Eltschinger ersetzt wird.

### E. 2

Örtliche und sachliche Zuständigkeit Die Beklagte hat sich weder zur örtlichen noch sachlichen Zuständigkeit geäussert. Zur Begründung der örtlichen Zuständigkeit stützen sich die Kläger – angesichts der geltend gemachten Anspruchsgrundlagen nach Art. 755 i.V.m. Art. 757 OR – zutreffend auf Art. 40 ZPO. Da sich der Sitz der Beklagten in Zürich befindet, ist die örtliche Zuständigkeit des hiesigen Gerichts gegeben. Die sachliche Zuständigkeit ist sodann ohne Weiteres nach Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG gegeben, da eine Streitigkeit aus dem Recht der Handelsgesellschaften vorliegt und der Streitwert CHF 30'000.– übersteigt.

### E. 2.1

Wesentliche Parteistandpunkte In ihrer Klage beziffern die Kläger den behaupteten Fortsetzungsschaden auf insgesamt CHF 33'793'725.92 respektive CHF 31'259'477.– (act. 1 Rz. II.8 [S. 7], Rz. 130). Replicando führen sie einen Wert von CHF 39'628'959.74 zu Liquidationsswerten per 30. April 2015 ins Feld (act. 30 Rz. 84; act. 31/114-115; dazu sogleich im Einzelnen nachfolgend). Im Zeitpunkt der offensichtlichen Überschuldung der F.\_\_\_\_\_ per 8. November 2007 sei diese in Höhe von – wozu die Kläger auf das Gutachten von Q.\_\_\_\_\_, R.\_\_\_\_\_ AG verweisen – CHF 18'413'293.– (Fortführungswerte) bzw. CHF 18'428'293.– (Liquidationsswerte) überschuldet gewesen (act. 1 Rz. 197). Im Zeitpunkt der Konkurseröffnung per 30. April 2015 habe die Überschuldung, so die Kläger, CHF 52'222'018.92 betragen (act. 1 Rz. 127). Im Zeitpunkt des Austritts der Beklagten als Revisionsstelle am 30. Juni 2011 habe die Überschuldung CHF 49'687'770.– betragen (act. 1 Rz. 129, Rz. 200). Die Entwicklung des Konkursverschleppungsschadens (zu Liquidationsswerten) vom 31. Dezember 2006 bis zum 30. April 2015 zeige sich anhand von act. 31/114-115 (act. 30 Rz. 76). Die Abberufung der Beklagten als Revisionsstelle sei letztlich rechtsmissbräuchlich und damit unbeachtlich, sodass tat-

- 15 - sächlich der Zeitraum bis zur Konkureröffnung relevant sei (act. 30 Rz. 76). In ihrer Replik sind die Kläger der Ansicht, sie hätten dargetan, wie erforderliche Korrekturen hätten vorgenommen werden müssen, konkret eine Wertberichtigung des Kontokorrentguthabens der F.\_\_\_\_\_ gegenüber der C.\_\_\_\_\_ sowie eine Rückstellung der Solidarschuldverpflichtungen gegenüber der O.\_\_\_\_\_ AG und der P.\_\_\_\_\_ AG. Ausgehend davon behaupten sie samt geschätzten Liquidationskosten von CHF 15'000.– eine offensichtliche Überschuldung von CHF 18'428'293.– per 31. Dezember 2006, von CHF 17'920'758.– per 31. Dezember 2007 sowie CHF 49'702'869.– per 31. Dezember 2008 (act. 30 Rz. 77 ff.). Hinsichtlich des Zeitraums vom 31. Dezember 2009 bis 31. Dezember 2014 bringen die Kläger vor, es lägen ihr keine weiteren Unterlagen zur Bilanz der F.\_\_\_\_\_ vor. Allerdings falle auf, dass die Beklagte Dokumente betreffend den Zeitraum auflege, in welcher sie nicht mehr verantwortlich gewesen sein soll (act. 30 Rz. 80 [S. 72]). Es sei davon auszugehen, dass die Beklagte über weitere Unterlagen, namentlich provisorische Bilanzen der F.\_\_\_\_\_ ab 2009 verfüge, welche zu edieren seien. In Ermangelung weiterer Unterlagen könne zudem davon ausgegangen werden, dass sich die offensichtliche Überschuldung ab 2009 verschärft hätte (act. 30 Rz. 80 [S. 73]). Bezüglich Konkureröffnungszeitpunkt 30. April 2015 stellen sich die Kläger auf den Standpunkt, es sei zunächst auf die Zahlen gemäss rechtskräftigem Kollokationsplan abzustellen. Neben der rechtskräftig kollozierten Forderung von CHF 43'305'959.04 seien ferner die Forderung der O.\_\_\_\_\_ AG von CHF 8'916'059.88 sowie der P.\_\_\_\_\_ AG von umgerechnet CHF 5'843'153.82 miteinzubeziehen (act. 30 Rz. 81). Sie seien im Hinblick auf den Konkursverschleppungsschaden ihrer Behauptungs- und Substantiierungslast im Sinne von Art. 42 Abs. 2 OR nachgekommen (act. 30 Rz. 83). Insgesamt halten sie einen Fortsetzungs- bzw. Verspätungsschaden von CHF 39'628'959.74 per 30. April 2015 für ausgewiesen (act. 30 Rz. 84). Punkto Höhe des Konkursverschleppungsschadens zu weiteren Zeitpunkten (Ende 2008 und 2009 sowie 30.04.2015 und 31.12.2010-31.12.2014) verlangen die Kläger ein gerichtliches Gutachten nach Art. 183 ff. ZPO (act. 30 Rz. 86). Die Basis sämtlicher geltend gemachter Konkursverschleppungsschadensforderungen bildeten die kollozierten Forderungen (act. 30 Rz. 116).

- 16 - Die Beklagte wendet ein, der klägerische Verweis auf das "Parteigutachten Q.\_\_\_\_\_ R.\_\_\_\_\_" [act. 4/29] sei ungenügend für den Nachweis des behaupteten Konkursverschleppungsschadens (act. 22 Rz. 17). Nach den dortigen bestrittenen und unsubstantiierten Ausführungen könne jedenfalls nicht auf einen angeblichen (Konkursverschleppungs-)Schaden von rund CHF 31,2 Mio. geschlossen werden; die Klage sei mangels rechtsgenügender Substantiierung abzuweisen (act. 22 Rz. 18 f., Rz. 281). Auch das Einholen eines Gutachtens sei aufgrund der mangelhaften Behauptungsbasis nicht möglich (act. 34 Rz. 16). Zudem fehle der negative Ausgangspunkt, da die F.\_\_\_\_\_ zum behaupteten Konkurszeitpunkt anfangs November 2007 weder normal noch offensichtlich überschuldet gewesen sei (act. 22 Rz. 210). Konkret begründeten die Kläger den angeblichen Konkursverschleppungsschaden bei der F.\_\_\_\_\_ mit dem behaupteten Wertberichtigungsbedarf auf dem von der C.\_\_\_\_\_ 2008 erworbenen "N.\_\_\_\_\_-Patent" (act. 22 Rz. 212). Aus einer solchen Transaktion zwischen Muttergesellschaft und Tochtergesellschaft – wendet die Beklagte ein –, an welcher sie weder beteiligt gewesen sei noch diese beraten habe, könne ein Konkursverschleppungsschaden per se nicht resultieren, zumal der festgelegte Kaufpreis von CHF 34.8 Mio. von der renommierten S.\_\_\_\_\_ GmbH bestätigt worden sei (act. 22 Rz. 212; act. 34 Rz. 46). Zusammengefasst

habe im Zeitpunkt des Erwerbs des "N.\_\_\_\_\_ - Patents" durch die F.\_\_\_\_\_ und der Prüfung der Jahresrechnung 2008 von diesem Wert ausgegangen werden können (act. 22 Rz. 214). In ihrer Duplik bringt die Beklagte erneut ihren Einwand vor, die Kläger hätten den massgeblichen Vermögensstand zum Zeitpunkt der hypothetischen Konkursöffnung nicht dargelegt. Abgesehen davon, dass lediglich ein Verweis auf Beilagen (prozessrechtlich) ungenügend sei, werde auch in der fraglichen Beilage act. 4/29 als Ausgangspunkt vom 31. Dezember 2006 und nicht etwa vom 8. November 2007 ausgegangen. Es werde folglich von einem zeitlich wesentlich abweichenden Datum ausgegangen. Darlegungen dazu, inwiefern der Schaden jeweils gleich hoch gewesen sein soll, liessen sich dabei nicht finden (act. 34 Rz. 37 ff.). Zudem sei der behauptete Vermögensstand per effektivem Konkurszeitpunkt nicht dargelegt, zumal die Kläger schlicht auf den Bestand der kollektierten Forderungen abstellten und noch angebliche Forderungen dazurechneten (act. 34 Rz. 44, Rz. 53).

- 17 -

## **E. 2.2**

Rechtliches (Schaden) Im Recht über die Verantwortlichkeit der Gesellschaftsorgane entspricht der Schaden, gleich wie im übrigen Haftpflichtrecht, der ungewollten Verminderung des Reinvermögens des Geschädigten, d.h. der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (Differenztheorie) (BGE 144 III 155 E. 2.2; BGE 142 III 23 E. 4.1; BGE 145 III 225 E. 4.1.1 und E. 4.1.2.2; vgl. zum Ganzen CLAUDIA SUTER, Der Schaden bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, 2010, Ziff. 4 S. 159 ff. und S. 185 ff.). Die Revisionsstelle hat nur für den von ihr (kausal) verursachten Schaden einzustehen (CLAUDIA SUTER, a.a.O., Ziff. 4.1.2.2.1 S. 163 f.). Besteht der Schaden in der Vergrösserung der Verschuldung der Konkursitin, welche durch eine verspätete Konkurserklärung entstanden ist – sog. "Fortführungsschaden" zufolge Konkursverschleppung – so ist die tatsächlich eingetretene Überschuldung der Konkursitin mit jener zu vergleichen, die bei einem Konkurs zum früheren Zeitpunkt bestanden hätte. Dabei ist in beiden Zeitpunkten auf den Veräusserungs- bzw. Liquidationswert abzustellen (BGE 136 III 322 E. 3.2; Urteile des Bundesgerichts 4C.263/2004 vom 23. Mai 2005 E. 3, nicht publ. in: BGE 132 III 222 sowie 4A\_271/2016 4A\_291/2016 vom 16. Januar 2017 E. 3.1., nicht publ. in BGE 143 III 106, 4A\_574/2015 vom 11. April 2016 E. 6.2. und 4A\_418/2015 vom 6. Januar 2016 E. 3.1; Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG160283 vom 6. April 2018 E. 2.4.3.2.; URS BERTSCHINGER, in: Watter /Bertschinger, Basler Kommentar, Revisionsrecht, 2011, N. 44 zu Art. 755 OR m.w.H.; CLAUDIA SUTER, a.a.O., S. 164 u. 188 ff.; Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG110226 vom 18. März 2016 E. 2.2.1. [S. 20 f.] m.w.H.). Ist der Schaden ziffernmässig nicht nachweisbar, wie regelmässig bei der Revisionshaftung (vgl. BGE 136 III 322 E. 3; Urteile des Bundesgerichts 4A\_271/2016 4A\_291/2016 vom 16. Januar 2017 E. 3.2., nicht publ. in BGE 143 III 106 sowie 4A\_574/2015 vom 11. April 2016 E. 6.6.), ist er laut Art. 42 Abs. 2 OR nach gerichtlichem Ermessen mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen abzuschätzen (BGE 143 III 297 E. 8.2.5.2; Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG110226 vom

- 18 -

### **E. 2.3**

Rechtliches (Prozessuales) Grundsätzlich sind Tatsachenbehauptungen mit den entsprechenden Beweisanträgen gemäss Art. 221 Abs. 1 lit. d und e ZPO in den Rechtsschriften selbst vorzubringen. Ein Verweis auf Beilagen zur Ergänzung der Sachbehauptungen ist nur ganz ausnahmsweise zulässig und setzt namentlich voraus, dass die Tatsachen in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen in der Rechtsschrift selbst behauptet werden. Den Anforderungen an einen Verweis genügt es insbesondere nicht, wenn die Informationen aus der Beilage bloss erschlossen oder errechnet werden können (BGE 144 III 519 E. 5.2.1 ff. = PRA 108 [2019] Nr. 87); Urteil des Bundesgerichts 4A\_280/2019 vom 14. Oktober 2019 E. 4.1. und 4.2. m.w.H.). Es ist weder am Gericht noch an der Gegenpartei, aus den Beilagen die Sachdarstellung zusammensuchen zu müssen sowie danach zu durchforsten, ob sich daraus etwas zu Gunsten der behauptungsbelasteten Partei ableiten lässt (Urteil des Bundesgerichts 4A\_447/2018 vom 20. März 2019 E. 5.1.2.3. unter Hinweis auf 4A\_443/2017). Immerhin kann es beispielsweise bei einer grossen Zahl von Detailinformationen zweckmässig sein, wenn nur das Wesentliche in der Rechtschrift erwähnt wird und Details in die Beilage ausgelagert werden (vgl. zum Ganzen DANIEL BRUGGER, SJZ 115 [2019] S. 534 ff.). Der Grad der notwendigen Substantiierung in der Rechtschrift hängt mitunter massgeblich von der entsprechenden Bestreitung ab (DANIEL BRUGGER, SJZ 115 [2019] S. 536). Das Beweisverfahren dient nicht dazu, fehlende Behauptungen zu ersetzen oder zu ergänzen, sondern setzt solche vielmehr voraus. Eine Beweisofferte muss sich dabei eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lassen und umgekehrt (BGE 144 III 67 E. 2.1 m.w.H.; vgl. zum Ganzen auch Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG150128 vom 13. Februar 2019 E. 2.3.3.1.). Unabhängig davon, ob Ausführungen zur Schadensberechnung (materiell) zutreffend sind, was eine Frage der Begründetheit darstellt, kann der Schaden bei genügend substantiierten Behauptungen u.U. mithilfe einer Expertise dargetan werden (BGE 136 III 322 E. 3.4.4). Ein gerichtliches Gutachten kann nach den Grundsätzen von Art. 183 ff. ZPO eingeholt werden. Der Zweck besteht darin,

- 21 - dass sachverständige Personen eingesetzt werden, um aufgrund ihrer Sachkunde Tatsachen festzustellen oder Erfahrungssätze mitzuteilen oder aufgrund ihres Fachwissens und der daraus fliessenden Erfahrungssätze Tatsachen zu beurteilen (SVEN RÜETSCHI, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung Bd. II, 2012, N. 2 zu Art. 183 ZPO). Die Beweiswürdigung und die Beantwortung der sich stellenden Rechtsfragen sind demgegenüber in jedem Fall Sache des Gerichts (SVEN RÜETSCHI, a.a.O., N. 4 zu Art. 183 ZPO). Um eine Experteninstruktion mit einem genügend spezifizierten Auftrag zu ermöglichen, sind ebenso relevante Behauptungen und Unterlagen vorausgesetzt (BGE 136 III 322 E. 3.4.4 e contrario; vgl. Verfügung HE180362 vom 6. September 2018 E. 6.1. ff. = ZR 118 [2019] Nr. 3). Die Einholung eines Gutachtens setzt zudem voraus, dass der Beweisführer einzelne Tatsachen oder Indizien geltend macht, die dartun, dass die zu beweisende Tatsache erheblich ist und ohne Beizug eines Sachverständigen nicht abgeklärt werden kann (ROLAND SCHMID, Das Verfahren vor Handelsgericht: aktuelle prozessuale Probleme, in: ZZZ 2017/2018 S. 160).

### **E. 2.4**

Würdigung Im vorliegenden Verfahren machen die Kläger bei einem behaupteten Gesamtschaden von weit über 30 Mio. CHF (Teil-)Forderungen zwischen CHF 31'000.– und CHF 1'300'000.– geltend. Zunächst liegen unbestrittenermassen Teilklagen im Sinne von Art. 86

ZPO vor. Inwiefern sich auch hier – wie regelmässig bei Teil- klagen (vgl. nur BGE 144 III 452 E. 2.4) – eine Frage der Streitgegenstände stellt, kann offen bleiben; es ändert sich ohnehin nichts an der Voraussetzung der Sub- stantiierung und es ist jeder (Teil-)Anspruch schlüssig vorzutragen, sodass das Gericht durch Subsumtion unter die einschlägigen Gesetzesbestimmungen die Begründetheit beurteilen und die beklagte Partei sich dagegen wehren kann (BGE 144 III 452 E. 2.4 m.w.H.). Wie erwähnt wird ein Fortführungsschaden zufolge Konkursverschleppung geltend gemacht, womit zwei Zeitpunkte für die Schadensermittlung massgeblich sind: zum einen der Zeitpunkt der offensichtlichen Überschuldung, zum anderen der Zeitpunkt der effektiven Konkursöffnung (un- bestrittenermassen am 30. April 2015). Der erste Zeitpunkt ist derjenige, auf wel- chen die Beklagte nach klägerischer Ansicht den Konkurs bei pflichtgemäsem

- 22 - Handeln hätte herbeiführen müssen (vgl. BGE 136 III 322 E. 3.2.1). Nach den klägerischen Ausführungen ist dieser Zeitpunkt der 8. November 2007; folglich präsentiert sich ein massgeblicher Zeitraum von rund 7 ½ Jahren: 8. November 2007 - 30. April 2015. Die Massgeblichkeit anderer Zeitpunkte müsste dementsprechend im Einzelnen erläutert werden. Zu erwähnen ist, dass die Beklagte un- bestrittenermassen nur vom Oktober 2003 bis Juni 2011 (offiziell) als Revisions- stelle der F.\_\_\_\_\_ geamtet hat (vgl. act. 1 Rz. 1 [S. 8]; act. 22 Rz. 31 u. 131), was aber – wie noch zu zeigen sein wird – letztlich keine Entscheiderrelevanz hat. Das Bundesgericht geht im Übrigen offenbar davon aus, dass der Zeitpunkt des Aus- scheidens der Revisionsstelle aus der Gesellschaft für die Berechnung des Scha- dens, welcher durch die Revisionsstelle zu tragen ist, irrelevant ist (URS BERTSCHINGER, a.a.O., N. 42 zu Art. 755 OR unter Hinweis auf Urteil des Bundesge- richts 4A\_65/2008 vom 3. August 2009 E. 11.3). Wie dargelegt sind die an die Kläger gestellten Anforderungen zum Nachweis ei- nes Schadens recht hoch. Dies unabhängig davon, ob eine Erleichterung im Sin- ne von Art. 42 Abs. 2 OR oder ein Gutachten in Betracht kommt. Insbesondere die Bestimmung von Art. 42 Abs. 2 OR – soweit deren Anwendbarkeit überhaupt zum Tragen kommt – entbindet nicht von einem sorgfältigen Vortrag aller relevan- ten Umstände, soweit dies zumutbar ist (vgl. nur Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG150128 vom 13. Februar 2019 E. 2.3.6. S. 74 ff.). Im vorliegenden Fall machen die Kläger für den Zeitpunkt 8. November 2007 eine "Höhe der Überschuldung" von CHF 18'428'293.– geltend. Für den Zeitpunkt der Konkursöffnung vom 30. April 2015 führen sie zuletzt replicando einen Wert von CHF 58'057'252.74 (in der Klagebegründung noch CHF 52'222'018.92) ins Feld, womit sich schliesslich ein Fortsetzungsschaden von CHF 39'628'959.74 ergebe (act. 1 Rz. 127; act. 30 Rz. 83 f.). Nähere Ausführungen finden sich dort nicht; die Kläger verweisen v.a. auf Klagebeilagen act. 31/114 und act. 31/115 sowie act. 4/29; act. 4/1; act. 4/3g; act. 4/93-94; act. 23/56 (vgl. act. 1 Rz. 127; act. 30 Rz. 83 f.). Wie bereits erwähnt genügen lediglich Verweise auf Beilagen nur aus- nahmsweise den Anforderungen an Behauptungen. Ungeachtet dessen sind die vorgenannten Beilagen indes ohnehin wenig aussagekräftig. So lässt sich

- 23 - act. 31/114 bloss eine tabellarische und act. 31/115 eine grafische Darstellung der behaupteten Überschuldung der F.\_\_\_\_\_ zu unterschiedlichen Zeitpunkten ent- nehmen. Konkret fehlt in act. 31/114 zudem eine Angabe zum massgeblichen Zeitpunkt 8. November 2007 und aus act. 31/115 lassen sich gar keine (genauen) Beträge entnehmen. Insgesamt finden sich jedenfalls weder detailliertere Erklä- rungen noch sind überhaupt Herkunft respektive Verfasser erkennbar. Im Zusammenhang mit dem Zeitpunkt 8. November 2007 verweisen die Kläger weiter auf act. 4/29. Dabei handelt es sich um ein

offenkundig von den Klägern bei der Q.\_\_\_\_\_, R.\_\_\_\_\_ AG in Auftrag gegebenes "Gutachten zum Verhalten der G.\_\_\_\_\_ AG betreffend Revision der F.\_\_\_\_\_ SA in liquidazione". Selbstredend handelt es sich hierbei nicht um ein gerichtliches Gutachten im Sinne von Art. 183 ff. ZPO, womit lediglich eine Berücksichtigung im Rahmen von Parteibehauptungen in Betracht kommt (vgl. zum Ganzen BGE 141 III 433 E. 2; Urteil des Bundesgerichts 4A\_9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 5.1. ff.; Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG150128 vom 13. Februar 2019 E. 2.3.3.2.). Allerdings handelt es sich erneut lediglich um einen Verweis auf eine Beilage. Bei näherer Betrachtung der angerufenen Stelle (S. 34) erweist sich indes act. 4/29 ohnehin als wenig stichhaltig. So fällt auf, dass von der geltend gemachten Überschuldung per 31. Dezember 2006 – ohne weitere Erklärung – einfach auf den Vermögensstand per 8. November 2007 geschlossen wird. Zum Vermögensstand per 30. April 2015 finden sich darin keine Angaben. Beilage act. 4/1 betrifft den Handelsregisterauszug der F.\_\_\_\_\_, bei act. 4/3g handelt es sich um den massgeblichen Kollokationsplan. Bei act. 4/93 handelt es sich um ein Schreiben der O.\_\_\_\_\_ AG an das Betreibungsamt Bern-Mittelland, wonach diese im Wesentlichen geltend macht, dass eine Summe von CHF 8'916'059.88 gegenüber der C.\_\_\_\_\_ bestehe und als Sicherheiten für die gewährten Kredite "Forderungszessionen, diverse Verpfändungen von Patenten (u.a. das "N.\_\_\_\_\_ Patent") sowie die Mithaft der C1.\_\_\_\_\_ GmbH und der F.\_\_\_\_\_ SA, M.\_\_\_\_\_ " dienten. Bei act. 4/94 schliesslich handelt es sich um den Kollokationsplan der C.\_\_\_\_\_. Inwiefern mittels der vorgenannten Beilagen die Überschuldung von CHF 52'222'018.92 per 30. April 2015 dargetan werden soll, zumal die Dokumente teilweise gar nicht die Beklagte betreffen, ist nicht nachvollziehbar. Wie bereits

- 24 - bei den rechtlichen Grundlagen erwähnt, können die Kläger für den Nachweis des Schadens nicht lediglich auf die rechtskräftig kollozierten Forderungen verweisen, die entsprechenden Verweise vermögen keine Behauptungen zu ersetzen. Bei act. 23/56 handelt es sich um ein als "Nachtrag 3 zur Restrukturierungs- und Sanierungsvereinbarung vom 4.10./10.11.2006" bezeichnetes Dokument, welches allerdings augenscheinlich erneut die C.\_\_\_\_\_ betrifft und dessen unmittelbare Relevanz nicht erkennbar ist. Bei dem von den Klägern angeführten und der Beklagten zugeschriebenen Zitat, wonach diese die offensichtliche Überschuldung der F.\_\_\_\_\_ per 24. September 2009 festgehalten habe (act. 30 Rz. 75; act. 4/78), lassen sich weder präzise Zahlen entnehmen noch ein Bezug zu den massgeblichen Zeitpunkten (08.11.2007 und 30.04.2015) herstellen. Die Kläger führen mitunter einen von der T.\_\_\_\_\_ AG erstellten "Bericht" (act. 4/24) als (gerichtliches) Gutachten ins Feld. Inwiefern die erwähnte bundesgerichtliche Rechtsprechung (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 5.2.1. unter Hinweis auf BGE 140 III 24 E. 3.3.1.3) für diesen "Bericht" massgeblich ist, d.h. ob dieser als gerichtliches Gutachten im Sinne von Art. 183 ff. ZPO berücksichtigt werden könnte, kann dahingestellt bleiben, da sich dieser evident schon gar nicht auf die hier relevante F.\_\_\_\_\_, sondern ein weiteres Mal auf die C.\_\_\_\_\_ bezieht. Zum Thema Gutachten: Unbestrittenermassen ergeben sich im Zusammenhang mit einem möglichen Konkursverschleppungsschaden Fragen, welche regelmässig von einer sachverständigen Person im Rahmen eines Gutachtens abzuklären sind, so z.B. hinsichtlich Liquidationswerte (vgl. BGE 136 III 322 E. 3.4; Urteile des Bundesgerichts 4A\_270/2016 vom 7. Oktober 2016 E. 2.2.2. sowie 4A\_97/2017 vom 4. Oktober 2017 E. 4.1.2.). Wie sogleich zu zeigen ist, fehlen vorliegend indes in mehrfacher Hinsicht die notwendigen (formellen) Voraussetzungen, damit ein Gutachten eingeholt werden könnte. Ohne dass sie ihrem

Antrag auf ein Gutachten die notwendigen Behauptungen zugrunde legen (vgl. BGE 136 III 322 E. 3.4.2), formulieren die Kläger vier pau-

- 25 - schale Gutachtensfragen (vgl. act. 30 Rz. 86). Elementare buchhalterische Themen, welche für eine Bewertung der Vermögenssituation massgeblich wären, werden gar nicht erwähnt. Es ist indes nicht Aufgabe der sachverständigen Person oder gar des Gerichtes, ohne passende Behauptungen danach zu forschen, welche geeigneten buchhalterischen Fragen, so beispielsweise die Bewertung von einzelnen Aktiven oder Passiven, in einem Gutachten abgeklärt werden könnten oder müssten. Die Kläger verkennen dabei offenbar die Tragweite der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wenn sie sinngemäss davon ausgehen (vgl. act. 30 Rz. 4 [S. 5 oben]), es sei in solchen Fällen ohnehin vom Gericht eine sachverständige Person zu beauftragen, deren Gutachten dann als Grundlage für die Anspruchsvoraussetzung des Konkursverschleppungsschadens dient und somit ein Klagefundament geschaffen würde. Sodann liegt v.a. auch schon beim Thema, welches die Kläger mittels Gutachten abgeklärt haben wollen ("Höhe Konkursverschleppungsschaden"), eine unzulässige Frage der (rechtlichen) Würdigung vor, welche einer sachverständigen Person nicht unterbreitet werden könnte. Sodann ist insbesondere nicht nachvollziehbar, weshalb der hypothetische Überschuldungszeitpunkt 8. November 2007 nicht einmal erwähnt wird, was für die Berechnung eines allfälligen Schadens zwingend notwendig wäre. Weiterungen hierzu erübrigen sich. Abgesehen vom Fehlen der vorgenannten Voraussetzungen genügen die angeführten Beweismittel ebensowenig: Die Kläger führen im Anschluss an ihren Antrag auf ein Gutachten insgesamt 60 Beweisofferten an (vgl. act. 30 Rz. 86), welche sie zur Grundlage des Gutachtens machen wollen. Bereits unklar ist dabei, welches Dokument zu welcher Gutachtensfrage respektive Behauptung beigezogen werden soll. Deren konkrete Relevanz ist grossmehrheitlich nicht erkennbar, zumal sich die allermeisten Unterlagen gar nicht auf die relevanten Zeitpunkte 8. November 2007 und 30. April 2015 beziehen. Wie sich daraus auch nur theoretisch die massgeblichen Liquidationswerte für diese Zeitpunkte eruieren lassen sollen, bleibt unklar. Schliesslich müsste, wie erwähnt, neben der Erheblichkeit der zu beweisenden Tatsache auch dargetan werden, dass diese ohne Beizug eines Sachverständigen nicht abgeklärt werden kann. Insbesondere wenn sich aus Buchhaltungsunterlagen ohne Weiteres ein Saldo entnehmen lässt oder Dokumente

- 26 - selbsterklärend sind und keinen Interpretationsspielraum zulassen, ist nicht einzusehen, weshalb ein gerichtliches Gutachten benötigt wird (vgl. Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG150128 vom 13. Februar 2019 E. 2.3.5.4. S. 74; ferner BGE 136 III 322 E. 3.2.1). Näheres dazu wird von den Klägern nicht ausgeführt, sodass die Notwendigkeit eines Gutachtens auch unter diesem Aspekt nicht plausibel erscheint. Schliesslich ist nach wie vor weder dargetan, dass die nicht bei den Akten liegenden verlangten Unterlagen existieren, noch dass die Voraussetzungen für eine Edition durch die Beklagte gegeben wären. Wie bereits im vorangegangenen Verfahren betreffend vorsorgliche Beweisführung erwähnt, wären namentlich die zu edierenden Dokumente genau zu bezeichnen gewesen sowie deren Relevanz nachvollziehbar darzutun; die Beweisausforschung ("fishing expedition") ist nicht zulässig (vgl. HE170139 Erwägungen 6.1. ff.). Als Fazit hinsichtlich Gutachten lässt sich zusammenfassen, dass die Voraussetzungen fehlen, mit welchen eine sachverständige Person ein Gutachten erarbeiten könnte.

## **E. 2.5**

Fazit zum Schaden Die Kläger machen einen "Fortführungsschaden zufolge Konkursverschleppung" geltend. Trotz einer allenfalls zum zuge kommenden (Beweis-)Erleichterung im Sinne von Art. 42 Abs. 2 OR kann das Gericht nur eine Schätzung des Schadens vornehmen, wenn dieser zumindest in seinen Grundzügen dargetan ist, was hier nicht der Fall ist. Die Kläger begnügen sich weitgehend mit der simplen Bezifferung des Schadens sowie pauschalen Verweisen auf Beilagen, welche sich, soweit überhaupt prozessual zulässig, überwiegend als wenig aussagekräftig erweisen oder gar nicht die im Zentrum stehende F.\_\_\_\_\_ betreffen. Die klägerischen Darstellungen bleiben – selbst unter Berücksichtigung von wesentlich geminder- ten Voraussetzungen an die Substantiierung und den Nachweis des Schadens – zu vage. Abgesehen davon, dass sich fehlende Behauptungen nicht durch ein Beweisverfahren ersetzen lassen, liegen auch die Voraussetzungen zur Erstellung eines Gutachtens betreffend Schaden aus mehreren Gründen nicht vor. Da bereits der Gesamtschaden nicht erstellt ist, kann auf eine detailliertere Abklärung

- 27 - der adäquat kausalen Zurechnung von (Teil-) Schäden und Revisionsstelle (vgl. CLAUDIA SUTER, a.a.O., Ziff. 4.1.2.2 ff. S. 163) verzichtet werden. 3. Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen Unter dem Aspekt der Prozessstandschaft/Aktivlegitimation erweist sich die Klage als zulässig (II.4.3.). Als elementare Voraussetzung für den geltend gemachten Verantwortlichkeitsanspruch muss zwingend ein Schaden vorliegen. Wie soeben in Ziff. 2.5. festgehalten gelingt es den Klägern indes nicht, einen Schaden genügend darzutun, sodass bereits die erste Voraussetzung des Verantwortlichkeits- anspruchs fehlt (Ziff. III.2.4.). Nachdem sich der klägerische Anspruch als nicht begründet erweist, wird gleichzeitig Rechtsbegehren Ziff. 7 ("definitive Rechtsöff- nung") ohne Weiteres hinfällig. Zusammengefasst ist die Klage damit abzuweisen. IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Gerichtskosten Ausgangsgemäss werden die Kläger kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Ge- bührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG). Die Gerichtsgebühr richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Vorliegend beträgt der Streitwert unbestrittenermassen CHF 1'651'000.– (act. 1 Rz. II.6; act. 22 Rz. 233; act. 30 Rz. 12). In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf insgesamt CHF 37'400.– festzusetzen und den Klägern aufzuerlegen. Die Kosten sind aus dem von den Klägern geleisteten Vorschuss zu decken. Im Einzelnen sind die Gerichtskosten der Klägerin 1 zu rund CHF 30'000.–, dem Kläger 2 zu rund CHF 5'000.– sowie den Klägern 3-5 je zu rund CHF 800.– aufzuerlegen. 2. Parteientschädigungen Die Höhe der Parteientschädigung ist nach der Verordnung über die Anwalts- gebühren vom 8. September 2010 festzusetzen (Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1

- 28 - lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003). Die Grundgebühr ist mit der Begründung bzw. Beantwortung der Klage verdient; für jede zusätzliche Verhandlung und jede weitere Rechtsschrift ist ein Zuschlag zu gewähren (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Aufgrund des Streitwertes von CHF 1'651'000.– sowie in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV beträgt die Parteientschädigung insgesamt rund CHF 53'000.–. Im Einzelnen ist die Partei- entschädigung wie folgt zu tragen: Von der Klägerin 1 zu CHF 42'400.–, dem Klä- ger 2 zu CHF 7'420.– sowie den Klägern 3-5 je zu CHF 1'060.–. Aufgrund der vor- liegenden Interessenlage ist keine solidarische Haftung der Kläger (Art. 106 Abs. 3 ZPO) angezeigt. Das Handelsgericht

erkennt:

### **E. 3**

Noveneingaben Wie bereits erwähnt, erfolgten diverse Eingaben der Parteien nach Feststellung des Aktenschlusses (vgl. Verfügung vom 26. Juni 2019 [act. 35]): act. 40 und 41/121; act. 42 und 43/122a-123; act. 44; act. 46 und 47/122d; act. 48 und 49/106-107; act. 50; act. 52. Ungeachtet der Frage der prozessualen Zulässigkeit

- 10 - der einzelnen Vorbringen ist nicht ersichtlich, dass vorerwähnten Eingaben irgendeine Entscheidrelevanz zukäme, womit sich Weiterungen erübrigen.

### **E. 4**

Prozessstandschaft / Aktivlegitimation

#### **E. 4.1**

Rechtliche Grundlagen Die Konkursverschleppung führt zu einer Schädigung der Gesellschaft. Im Konkurs der Gesellschaft wird der Gesellschaftsschaden durch die Konkursmasse (vertreten durch die Konkursverwaltung) geltend gemacht (Art. 757 Abs. 1 OR). Wenn die Konkursmasse die Ansprüche nicht selbst geltend macht, können diese an die Gläubiger abgetreten werden (Art. 757 Abs. 1 und 2 OR oder Art. 260 SchKG) (BGE 131 III 306 E. 3.1.1. und E. 3.1.2, 132 III 564 E. 3.1.2 und E. 3.2.2., 141 III ). Im Fall einer Abtretung – ungeachtet ob gestützt auf Art. 757 Abs. 1 und 2 OR oder Art. 260 SchKG – klagen die Gläubiger aus dem Recht der Gläubiger-gesamtheit (Urteil des Handelsgerichtes des Kantons Zürich HG160244 vom 26. September 2018 E. 1.2.1. [S. 15]; GERICKE/WALLER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl. 2016, N. 35 zu Art. 757 OR). Bei der Abtretung wird nicht die Inhaberschaft der streitigen Forderung abgetreten; es handelt sich lediglich um eine Art Prozessstandschaft (BGE 144 III 552 E. 4.1.1 ff. = PRA 108 [2019] Nr. 69; BGE 145 III 101 E. 4.1.1 = PRA 109 [2020] Nr. 5). Im Allgemeinen bildet die Aktivlegitimation zwar eine Frage der Begründetheit und nicht eine Prozessvoraussetzung (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_212/2018 vom 22. Mai 2018 E. 2.1.), hier beruht die Aktivlegitimation des Abtretungsgläubiger indes auf der gesetzlichen Prozessführungsbefugnis oder Prozessstandschaft, welche als Prozessvoraussetzung von Amtes wegen zu prüfen ist. Als Voraussetzung der Aktivlegitimation verschafft die rechtskräftige Kollokation dem entsprechenden Gläubiger das Recht, die Abtretung eines Anspruches der Konkursmasse zu verlangen (BGE 145 III 101 E. 4.1.1 ff. = PRA 109 [2020] Nr. 5; BGE 144 III 552 E. 4.1.2 und 4.1.3 = PRA 108 [2019] Nr. 69; BGE 138 III 628 E. 5.3.2 = PRA 102 [2013] Nr. 27; BGE 132 III 342 E. 2.3.2 ff.).

- 11 - Ein älterer Bundesgerichtsentscheid sowie verschiedene Stimmen der Lehre sprechen sich für die Zulässigkeit der "Kettenabtretung" aus, d.h. die Möglichkeit, dass der Anspruch zur Geltendmachung durch einen Abtretungsgläubiger – wiederum im Sinne von Art. 260 Abs. 1 SchKG – an dessen Gläubiger (weiter) abgetreten wird (BGE 61 III 1 ff. sowie u.a. MATTHIAS HÄUPTLI, Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter (KOV), Kommentar, 2016, Rz. 34 zu Art. 80 KOV; AMONN/WALTER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts,

#### **E. 4.2**

Parteistandpunkte Die Beklagte bestreitet die Aktivlegitimation der "Abtretungsgläubiger der Konkursmasse der C.\_\_\_\_\_ AG in Liquidation", wobei sie sich zusammengefasst da-

rauf stützt, es sei mit der Abtretungsverfügung (act. 4/3d) lediglich die Prozessführungsbefugnis gemäss Art. 260 SchKG und nicht die Konkursforderung der C.\_\_\_\_\_ als solche abgetreten worden, was indes kumulativ vorausgesetzt gewesen wäre (act. 22 Rz. 9, Rz. 147 ff.; act. 34 Rz. 10, Rz. 89 et passim). Die Kläger halten dafür, bei der Abtretung an die Konkursmasse der C.\_\_\_\_\_ respektive die Kläger 1, 3, 4 und 5 handle es sich um eine zulässige "Kettenabtretung" (act. 1 Rz. II.2 [S. 4]). Die Voraussetzung der notwendigen Streitgenossenschaft im Sinne von Art. 70 ZPO sei erfüllt; die Aktivlegitimation gegeben.

### **E. 4.3**

Würdigung Auf Seiten der Kläger haben sich alle Parteien am vorliegenden Verfahren beteiligt, welche Ansprüche nach Art. 260 SchKG im Konkurs der F.\_\_\_\_\_ abgetreten wurden (Kläger 1-2 sowie Konkursmasse C.\_\_\_\_\_ [act. 11/3a; act. 11/3b; act. 11/3c]). Über den gemeinsam im Sinne einer notwendigen Streitgenossenschaft geltend gemachten Anspruch kann einheitlich entschieden werden (siehe

- 12 - BGE 145 III 101 E. 4.1.2 = PRA 109 [2020] Nr. 5; BGE 144 III 552 E. 4.1.1 ff. = PRA 108 [2019] Nr. 69). Für alle drei Abtretungsgläubiger bestehen denn auch Konkursforderungen, was sich dem diesbezüglichen Kollokationsplan der F.\_\_\_\_\_ entnehmen lässt (act. 11/3g; BGE 145 III 101 E. 4.1.1 = PRA 109 [2020] Nr. 5). Es bleibt die Frage der Zulässigkeit der "Kettenabtretung": Die Konkursmasse der C.\_\_\_\_\_ hat ihre Ansprüche zur Prozessführung an die Kläger 1, 3, 4 und 5 abgetreten (act. 4/3d). Da es sich eben gerade nicht um eine Zession der Forderung im Sinne von Art. 164 ff. OR handelt, verbleibt die materielle Konkursforderung bezüglich F.\_\_\_\_\_ nach wie vor bei der Konkursmasse der C.\_\_\_\_\_ (BGE 144 III 552 E. 4.1.1 = PRA 108 [2019] Nr. 69). Die Kläger 1, 3, 4 und 5 sind Konkursgläubiger der C.\_\_\_\_\_ (vgl. act. 4/3d), womit ihnen als kollozierte Gläubiger auch grundsätzlich das Recht zukommt, die Abtretung eines Anspruchs nach Art. 260 SchKG zu verlangen (vgl. zuletzt BGE 145 III 101 E. 4.1.1 = PRA 109 [2020] Nr. 5). Der beklagte Verweis auf BGE 109 III 27 ist unbehilflich. Vorliegend ist – im Unterschied zum Sachverhalt im erwähnten Entscheid – die zugrundeliegende Konkursforderung nicht untergegangen, es besteht unmittelbar eine kollozierte Konkursforderung der Konkursmasse der C.\_\_\_\_\_ im Konkurs der F.\_\_\_\_\_ und damit zumindest mittelbar gleichermassen bei den Abtretungsgläubigern der C.\_\_\_\_\_. Selbstverständlich kann von den Abtretungsgläubigern der Konkursmasse C.\_\_\_\_\_ insgesamt nicht ein höherer Betrag geltend gemacht werden, als die Konkursmasse C.\_\_\_\_\_ für ihre eigene Konkursforderung geltend machen könnte. Ausserdem ist die relative Unabhängigkeit der Abtretungsgläubiger untereinander zu beachten (BGE 145 III 101 E. 4.1.1 = PRA 109 [2020] Nr. 5; vgl. zum Ganzen auch FRANCO LORANDI, Abtretung gemäss Art. 260 SchKG an mehrere Gläubiger, AJP 2019 S. 281). Es ist hier weder eine Missbrauchs- noch Koordinationsproblematik ersichtlich. Im Einklang mit BGE 61 III 1 ff. sind zusammengefasst keine überzeugenden Gründe erkennbar, weshalb eine weitere Abtretung nach Art. 260 SchKG ausgeschlossen sein soll. Unter dem Aspekt Prozessstandschaft/Aktivlegitimation ist die Klage somit zulässig.

- 13 - 5. Weitere Prozessvoraussetzungen Nach Angaben der Kläger handelt es sich um Teilklagen im Sinne von Art. 86 ZPO. Dass die Voraussetzungen der Teilklage nach Massgabe von Art. 86 ZPO (vgl. BGE 142 III 683 E. 5.2; BGE 144 III 452 E. 2.4) nicht gegeben wären, wurde von der Beklagten weder geltend gemacht noch wäre dies ersichtlich. Die übrigen Prozessvoraussetzungen (Art. 59 Abs. 2 ZPO) geben zu keinen

Bemerkungen Anlass. Auf die Klage ist dementsprechend einzutreten. III. Materielles 1. Allgemeines zur Revisionshaftung (Art. 755 OR) Die Grundlage der Revisionshaftung laut Obligationenrecht findet sich in Art. 755 OR. Der Haftung unterliegen die gesetzlich vorgeschriebenen Tätigkeiten der Revisionsstelle (Art. 727 ff. OR), die sie in ihrer Organfunktion ausübt oder ausüben hat (GERICKE/WALLER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl. 2016, N. 6 zu Art. 755 OR). Vorausgesetzt für die Verantwortlichkeit ist (i) ein Schaden, (ii) eine Pflichtverletzung, (iii) die Kausalität sowie schliesslich (iv) ein Verschulden (Urteil des Bundesgerichts 4A\_271/2016, 4A\_291/2016 vom 16. Januar 2017 E. 3, nicht publ. in BGE 143 III 106; GERICKE/WALLER, a.a.O., N. 9 zu Art. 755 OR; Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG150128 vom

#### **E. 9**

Aufl. 2013, § 47 Rz. 57; a.M. FRANCO LORANDI, Unzulässigkeit Insolvenzmassen übergreifender "Kettenabtretungen" gemäss Art. 260 SchKG, AJP 2007, S. 305 ff.; offen gelassen im Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich PS180141 vom 13. Dezember 2018 E. 3.3.2).

#### **E. 13**

Februar 2019 E. 2.2.). Zu behaupten und zu beweisen sind diese kumulativen Voraussetzungen nach Art. 8 ZGB von den Klägern (vgl. BGE 132 III 564 E. 4.2. m.w.H.; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, § 18 Rz. 371). Von besonderer Bedeutung ist Art. 728c Abs. 3 OR respektive Art. 729c OR (für die eingeschränkte Revision), wonach die Revisionsstelle bei einer offensichtlichen Überschuldung verpflichtet ist, das Gericht in Kenntnis zu setzen, falls der Verwaltungsrat dies unterlässt (vgl. Art. 725 Abs. 2 OR). Im Rahmen der Kausalität ist regelmässig von Unterlassungen auszugehen, so namentlich bei der verspäteten Feststellung der Überschuldung (GERICKE/WALLER, a.a.O., N. 19 zu Art. 755 OR; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl. 2018, § 16 N. 850). Bei der Prüfung pflichtwidriger Unterlassungen

- 14 - ist der hypothetische Kausalverlauf zu beurteilen und zu entscheiden, ob bei korrekter Handlung der eingetretene Schaden vermieden bzw. nicht in der festgestellten Art eingetreten wäre (Urteil des Bundesgerichts 4A\_236/2015 vom

#### **E. 15**

September 2015 E. 3.3.). Für die Gutheissung einer Verantwortlichkeitsklage muss in erster Linie ein Schaden vorliegen. Wäre dieser bereits nicht gegeben, fiel eine Haftung ausser Betracht und die Klage müsste abgewiesen werden (Urteil des Bundesgerichts 4A\_574/2015 vom 11. April 2016 E. 5 in fine und E. 6.6.6. und 7; vgl. weiter Entscheide des hiesigen Gerichtes HG150128 vom 13. Februar 2019 E. 2.2.6. sowie HG110226 vom 18. März 2016 E. 2.3.3. [S. 30]; ferner Urteil des hiesigen Einzelgerichts HE170139 vom 10. August 2017 E. 5.3.). Vorab ist daher das Vorliegen eines Schadens zu prüfen. 2. "Konkursverschleppungs-/Fortführungsschaden"

#### **E. 18**

März 2016 E. 2.2.2. [S. 22 ff.] m.w.H.). Die Beweislast verbleibt beim Kläger, die Behauptungs- und Substantiierungslast ist indes eingeschränkt (BGE 143 III 297 E. 8.2.5.2; Urteil des Bundesgerichts 4A\_462/2009 vom 16. März 2010 E. 2, nicht publ. in BGE 136 III 322; DANIEL GLASL, Die kollektive Forderung im Verantwortlichkeitsprozess,

SZW 2005 S. 164). Diese Beweiserleichterung setzt voraus, dass ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist. Allerdings sind – soweit möglich und zumutbar – alle Umstände zu behaupten, die Indizien für den Bestand eines Schadens darstellen und die Schätzung des Umfangs des Schadens erlauben (BGE 144 III 155 E. 2.3 m.w.H.). Der Eintritt des geltend gemachten Schadens darf nicht lediglich im Bereich des Möglichen liegen (BGE 122 III 213 E. 3a). Kommt der Kläger auch den Voraussetzungen von Art. 42 Abs. 2 OR nicht nach, dann gilt, selbst wenn die Existenz eines Schadens sicher ist, der Nachweis des Schadens als nicht erbracht und die Klage ist abzuweisen (BGE 144 III 155 E. 2.3; Urteile des Bundesgerichts 4A\_597/2016 vom 22. Januar 2018 E. 4 sowie 4A\_431/2015 vom 19. April 2016 E. 5.1.2). Im Bereich der Konkursverschleppung kann der (Fortsetzungs-)Schaden in der Weise festgestellt werden, dass der aus den Buchhaltungsunterlagen ersichtliche Saldo im Zeitpunkt der Verletzung der Benachrichtigungspflicht mit dem (höheren) Verlust im Zeitpunkt der tatsächlich erfolgten Konkursöffnung verglichen wird (BGE 136 III 322 E. 3.2.1 unter Verweis auf Urteil des Bundesgerichts 4C.263/2004 vom 23. Mai 2005 E. 3, nicht publ. in BGE 132 III 222; Urteil des Bundesgerichts 4A\_574/2015 vom 11. April 2016 E. 6.5.1. e contrario; DANIEL GLASL, Die kollozierte Forderung im Verantwortlichkeitsprozess, SZW 2005 S. 164). Trotz der praktisch immer auftretenden Beweisschwierigkeiten im Zusammenhang mit dem Konkursverschleppungsschaden hat der Ansprecher Ausführungen betreffend Aktiven- und Passivenbestand zu den einzelnen massgeblichen Zeitpunkten zu machen respektive genau darzutun, weshalb dies nicht möglich sein soll (CA-THOMAS/VON DER CRONE, Verantwortlichkeit der Revisionsgesellschaft bei der Umwandlung (Art. 108 Abs. 2 FusG), SZW 2016 S. 544 ff.). Namentlich sind die Berechnungsgrundlagen im Verhältnis Fortsetzungs- und Liquidationswerte darzulegen; lediglich eine nicht näher begründete Wertkorrekturquote vermag den

- 19 - Substantiierungsanforderungen hingegen nicht zu genügen (Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG110226 vom 18. März 2016 E. 2.3.2.1. [bestätigt in Urteil des Bundesgerichts 4A\_271/2016 4A\_291/2016 vom 16. Januar 2017]). Buchhaltungsunterlagen sind nur dann als Beweismittel formgerecht angeboten, wenn sich die Beweisofferte eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lässt und umgekehrt (Urteil des Bundesgerichts 4A\_574/2015 vom 11. April 2016 E. 6.6.-6.6.5.). Unabhängig davon, ob Ausführungen zur Schadensberechnung (materiell) zutreffend sind, was eine Frage der Begründetheit darstellt, kann der Schaden bei genügend substantiierten Behauptungen mithilfe einer Expertise dargetan werden (BGE 136 III 322 E. 3.4.4). Die Gesamtheit der rechtskräftig kollozierten Forderungen bildet keine bundesrechtlich verbindliche Grundlage, die der Schadensberechnung zugrunde zu legen wäre; insbesondere lässt sich nicht lediglich mit Hinweis auf die kollozierten Forderungen eine substantiierte Darlegung des Schadens ersetzen (BGE 132 III 342 E. 2.3.3. mit Verweis auf Urteil des Bundesgerichts 4C.275/2000 vom 24. April 2001 E. 3a; DANIEL GLASL, Die kollozierte Forderung im Verantwortlichkeitsprozess, SZW 2005 S. 164 u. 168). Die Gesamtheit der rechtskräftig kollozierten Forderungen bildet also keine Grundlage für die Bestimmung des Schadens, d.h. der Schaden kann nicht aus dem Kollokationsplan gelesen werden (CLAUDIA SUTER, a.a.O., Ziff. 3.1.2.6.1 S. 83 m.w.H.). Der Kollokationsplan gibt Auskunft, wie die von den Gläubigern geltend gemachten Forderungen bestandes-, betrags- und rangmässig im Konkurs der Gemeinschuldnerin zu behandeln sind. Eine über das konkrete Konkursverfahren hinausgehende materiellrechtliche Bedeutung kommt der Kollokation nicht zu (Urteil des Bundesgerichts

4C.275/2000 vom 24. April 2001 E. 3a; BGE 122 III 195 E. 9b). Immerhin besteht für die im Kollokationsplan bezeugten Tatsachen eine Beweislastumkehr (DANIEL GLASL, Die kollozierte Forderung im Verantwortlichkeitsprozess, SZW 2005 S. 166). Ausserdem kann der Gesamtheit der rechtskräftig kollozierten Forderungen zumindest als Indiz für die Vergrösserung der Überschuldung Bedeutung zukommen (BGE 136 III 322 E. 3.3).

- 20 -

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