

# ZH\_HANDELSGERICHT HG220023 vom 3. Oktober 2024

Zh Handelsgericht, 2024-10-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HG220023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG220023)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HG220023 du 3 octobre 2024

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HG220023 del 3 ottobre 2024

## Erwägungen

### E. 1

Prozessvoraussetzungen und weitere Vorbemerkungen

#### E. 1.1

Prozessvoraussetzungen nach Art. 59 f. ZPO

##### E. 1.1.1

Vorbemerkungen zu den Prozessvoraussetzungen Vorliegend beantragt die Beklagte in der Duplik, auf die Klage sei nicht einzutreten (act. 34 S. 2). Sie stellt damit das Vorhandensein von Prozessvoraussetzungen in Frage (vgl. Art. 59 Abs. 1 ZPO). Das Bestehen der Prozessvoraussetzungen prüft das Gericht von Amtes wegen (vgl. Art. 60 ZPO), sofern und soweit diese gerügt worden sind (ERK, Prozessvoraussetzungen, Basel 2022, S. 111 f.). Die amtswegige Prüfung enthebt die Parteien weder der Beweislast noch daran, an der Sammlung des Prozessstoffes aktiv mitzuwirken (vgl. Art. 160 ZPO), dem Gericht das in Betracht fallende Tatsachenmaterial zu unterbreiten und die Beweismittel zu bezeichnen. Dabei hat die klagende Partei diejenigen Tatsachen vorzutragen und zu belegen, welche die Zulässigkeit ihrer Klage begründen, und die beklagte Partei diejenigen, welche sie angreift (BGE 139 III 278 E. 4.3 m.H.; BGE 144 III 552 E. 4.1.3).

##### E. 1.1.2

Zuständigkeit Gemäss Art. 40 ZPO sind Verantwortlichkeitsklagen am Sitz der Gesellschaft oder am Wohnsitz der beklagten Partei zu erheben. Vorliegend hatte die Gesellschaft und hat die Beklagte ihren (Wohn-)Sitz je in Zürich, weshalb die örtliche Zuständigkeit der Zürcher Gerichte zu bejahen ist (act. 1 Rz. 7 m.H.a. act. 3/2-3; act. 13 S. 6). In sachlicher Hinsicht ist das Handelsgericht des Kantons Zürich zuständig, da es sich bei der Verantwortlichkeitsklage um eine Streitigkeit aus dem Recht der Handelsgesellschaften handelt und der Streitwert CHF 30'000.– übersteigt (Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG). Beides blieb seitens der Parteien unbestritten (act. 1 Rz. 7; act. 13 S. 6); das hiesige Gericht ist zuständig.

- 9 -

##### E. 1.1.3

Prozessführungsbefugnis Die Prozessführungsbefugnis, verstanden als die Befugnis, über einen streitigen Anspruch im eigenen Namen zu prozessieren (DOMEJ, in: Kurzkomentar ZPO, Basel 2021, Art. 59 N 21), ist eine Prozessvoraussetzung (BGE 144 III 552 E. 4.1.2). Im Konkurs der Gesellschaft wird der Gesellschaftsschaden zunächst durch die Konkursmasse, vertreten durch die Konkursverwaltung, geltend gemacht (Art. 757 Abs. 1 OR). Macht die Konkursmasse die Ansprüche nicht selbst geltend, können diese an die Gläubiger abgetreten werden (Art. 757 Abs. 1 und 2 OR oder Art. 260 Abs. 1 SchKG; BGE

132 III 564 E. 3.2.2). Im Fall einer Abtretung – ungeachtet ob gestützt auf Art. 757 Abs. 1 und 2 OR oder auf Art. 260 SchKG – klagen die Gläubiger aus dem Recht der Gläubigersamtheit (HGer ZH HG180035 vom 31. März 2020 E. 4.1.; GERICKE/HÄUSERMANN/WALLER, in: Basler Kommentar OR II,

#### **E. 1.1.4**

Weitere Prozessvoraussetzungen Die Beklagte führt in der Duplik aus, der Kläger habe mit einem ehemaligen Mieter der D.\_\_\_\_\_ AG, F.\_\_\_\_\_, gegenüber welchem die Gesellschaft offene Verlustscheinforderungen gehabt habe (fortan: 'Verlustschuldner'), einen Vergleich per Saldo aller Ansprüche "mit Wirkung für sich persönlich sowie auch für die Konkursmasse" geschlossen und sich damit vollständig auseinandergesetzt erklärt (act. 34 Rz. 5 ff. m.H.a. act. 26/28 und Rz. 24; vgl. dazu E. 2.1.5.). Damit sei der Verantwortlichkeitsklage der Boden entzogen, konkret fehle es an einer Rechtsgrundlage. Mit der Saldoerklärung habe der Kläger bestätigt, keine Ansprüche mehr gegen die Konkursmasse der Gesellschaft zu haben. Damit könne er keine Verantwortlichkeitsansprüche mehr geltend machen. Deshalb sei auf die Klage nicht einzutreten. Inwiefern es der vorliegenden Klage infolge des genannten Vergleichs des Klägers mit einem Dritten an einer Rechtsgrundlage fehlen soll, erschliesst sich nicht. Somit gelingt es der Beklagten von vornherein nicht, ihren Nichteintretensantrag rechtsgenügend zu begründen (vgl. oben E. 1.1.1.; vgl. auch act. 25 Rz. 7 ff.). Gleichwohl rechtfertigt es sich, allfällige prozessuale Einwände der Beklagten zu prüfen. Sollte die Beklagte dem Kläger ein schutzwürdiges Interesse i.S.v. Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO für seine Klage absprechen wollen (vgl. insbes. act. 34 Rz. 18, wonach "der Kläger gar kein Interesse mehr gehabt [habe] zu klagen"), ist Folgendes festzuhalten: Das Rechtsschutzinteresse ist vorhanden, wenn die Durchsetzung des materiellen Rechts gerichtlichen Rechtsschutz notwendig macht (HGer ZH HE190503 vom 20. Februar 2020 E. II.4.1.; GEHRI, in: Basler Kommentar ZPO, 3. Aufl. 2017, Art. 59 N 7; ERK, a.a.O., S. 160; vgl. auch BGE 133 III 453 E. 7.; vgl. auch BGer Urteil 4A\_127/2019 vom 7. Juni 2019 E. 4. m.H.). Einer Leistungsklage wie der vorliegenden ist das Rechtsschutzinteresse mit Ausnahme der missbräuchlichen Klage grundsätzlich inhärent (ERK, a.a.O., S. 165; DOMEJ, a.a.O., Art. 59 N 24a). Einem Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG, wie vorliegend dem Kläger, wird nicht ein materiell-rechtlicher Anspruch, sondern lediglich die Prozessführungsbefugnis abgetreten (BACHOFNER, a.a.O., Art. 260 N 1; so auch der Kläger: act. 25 Rz. 3 f.; vgl. E. 1.1.3.). Der materiell-rechtliche Anspruch verbleibt der

- 12 - Masse. Von vornherein unerheblich für die Beurteilung der Frage, ob die Durchsetzung des materiellen Rechts gerichtlichen Schutz bedarf, ist demnach die materielle Begründetheit der rechtskräftig kollozierten persönlichen Forderung des Klägers (vgl. auch act. 25 Rz. 5 und Rz. 39 und act. 38 Rz. 26; anders sinngemäss die Beklagte: act. 13 S. 18 und S. 28 f. und act. 34 Rz. 15; vgl. BGE 132 III 342 E. 2.2.1). Sodann steht dem Kläger zwar ein Vorabbefriedigungsrecht zu und erhält die Masse nur den allfälligen Überschuss. Ist der Kläger aber bereits anderweitig befriedigt worden, hat das nur zur Folge, dass er der Masse den gesamten Prozessgewinn abliefern muss, und namentlich nicht, dass ihm die Prozessführungsbefugnis resp. Klagelegitimation oder das Rechtsschutzinteresse abgesprochen würden (Art. 757 Abs. 2 OR; Art. 260 Abs. 2 SchKG; BGE 113 III 20 E. 3.; BGE 132 III 342 E. 2.2; vgl. auch act. 25 Rz. 6 und Rz. 16 ff. und act. 38 Rz. 26). Die von der Beklagten (sinngemäss) aufgeworfene Frage, ob und in welchem Umfang die Forderung des Klägers überhaupt noch bestehe resp. – in der Folge – ob er seine

'Gläubigereigenschaft' durch den Vergleich mit dem Verlostschuldner verloren habe (act. 13 S. 17 und S. 29; act. 34 Rz. 18, Rz. 22 und Rz. 24), ist demnach nicht von Belang (vgl. auch act. 25 Rz. 6 und act. 38 Rz. 24 ff. und Rz. 29 f.). Sodann ist ein Abtretungsgläubiger den Interessen der Masse nicht verpflichtet (BA-CHOFNER, a.a.O., Art. 260 N 79): Es stand dem Kläger frei, ob, in welcher Reihenfolge und in welchem Umfang seine nach Art. 260 SchKG abgetretenen Ansprüche geltend zu machen (BGE 102 III 29; BACHOFNER, a.a.O., Art. 260 N 77 ff.; vgl. auch act. 38 Rz. 27). So musste der Vergleich mit dem Verlostschuldner nicht von der Gläubigerversammlung oder der Konkursverwaltung genehmigt werden und musste der Kläger der Beklagten im Verfahren auch nicht den Streit verkünden (BGE 138 III 628 E. 5.3.2.; BGE 102 III 29; so auch der Kläger: act. 38 Rz. 9 und Rz. 20 ff.; anders die Beklagte: act. 34 Rz. 5 und Rz. 16). Zusammengefasst bleibt das Rechtsschutzinteresse der Masse und damit dasjenige des Klägers am vorliegenden Prozess von dessen Vergleich mit dem Verlostschuldner unberührt und behält der Kläger seine Prozessführungsbefugnis. Ohnehin sind die beiden fraglichen Schadenspositionen, sprich die Ansprüche gegenüber dem Verlostschuldner und diejenigen gegenüber der Beklagten, voneinander unabhängig (vgl. act. 34 Rz. 5, Rz. 8 und Rz. 17; so auch der Kläger: act. 38 Rz. 14 und

- 13 - Rz. 24 ff.; vgl. dazu E. 2.9.). Schliesslich ist die Frage danach, ob die Masse (noch) einen Schaden hat, sowieso eine Frage der materiellen Begründetheit der Klage und nicht eine des Rechtsschutzinteresses. Damit ist das Rechtsschutzinteresse des Klägers zu bejahen. Sollte die Beklagte mit ihrem neuen Vorbringen, der Kläger habe sich "auch gegenüber der Konkursmasse der Gesellschaft per Saldo" für auseinandergesetzt erklärt (vgl. act. 34 Rz. 6 f. m.H.a. act. 26/28), geltend machen wollen, es liege eine res iudicata, eine abgeurteilte Sache, vor, ist Folgendes festzuhalten: Art. 59 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 lit. e ZPO e contrario statuiert im Sinne einer negativen Prozessvoraussetzung, dass das Gericht auf eine Klage nicht eintreten dürfe, wenn die Sache bereits rechtskräftig entschieden worden sei. Dies ist der Fall, wenn der strittige Anspruch mit einem bereits rechtskräftig beurteilten identisch ist (vgl. GEHRI, in: Basler Kommentar ZPO, a.a.O., Art. 59 N 18), wobei sowohl der Streitgegenstand als auch die Parteien beider Verfahren identisch sein müssen (HGer ZH HG190170 vom 27. Juli 2020 E. 2.1.2.1.; ZÜRCHER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, Art. 59 N 40 ff. m.H.). Vorliegend fehlt es indessen nicht nur an der Parteiidentität der Beklagten mit dem Verlostschuldner, sondern überhaupt an einer (gerichtlich) abgeurteilten Sache. Damit liegt keine res iudicata vor. Andere Erklärungen dafür, auf welche fehlende Prozessvoraussetzung die durch einen Rechtsvertreter vertretene Beklagte ihren Nichteintretensantrag gestützt haben könnte, drängen sich nicht auf. Die übrigen Prozessvoraussetzungen nach Art. 59 f. ZPO geben zu keinen weiteren Bemerkungen Anlass.

## **E. 1.2**

**Klageänderung** Mit der Replik hat der Kläger durch Erhöhung der Klagesumme von CHF 50'000.– auf CHF 217'735.80 eine Klageänderung vorgenommen (vgl. act. 1 S. 2 und act. 25 S. 2; act. 25 Rz. 2). Die Beklagte äussert sich nicht zur Zulässigkeit der Klageänderung (act. 34 Rz. 12). Jene prüft das Gericht derweil von Amtes wegen. Es darf über die Klage nach der Änderung in der Sache nur verhandeln und ein Sachurteil

- 14 - fällen, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind (Art. 60 ZPO; WILLISEGGER, in: Basler Kommentar ZPO, a.a.O., Art. 227 N 55). Bei einer Klageänderung vor Aktenschluss

ist dies der Fall, wenn der geänderte oder neue Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist und entweder mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht oder die Gegenpartei zustimmt (Art. 227 Abs. 1 ZPO). Obschon in Art. 227 ZPO nicht explizit erwähnt, muss das Gericht zudem für die geänderte Klage örtlich wie auch sachlich zuständig sein (Art. 227 ZPO e contrario; LEUENBERGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, a.a.O., Art. 227 N 30a). Diese Voraussetzungen sind ohne Weiteres erfüllt, weshalb die Klageänderung zulässig ist.

### **E. 1.3**

**Teilklage** Der Kläger führt sowohl in der Klageschrift als auch in der Replik aus, es handle sich bei der vorliegenden Klage (weiterhin) um eine Teilklage im Sinne von Art. 86 ZPO (act. 1 Rz. 5; act. 25 Rz. 2). Gefordert werde teilklageweise Schadenersatz aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit (act. 1 Rz. 7 f., Rz. 12 und Rz. 103; act. 25 Rz. 3 und Rz. 10). Die Geltendmachung weiterer Ansprüche behält er sich vor (act. 1 S. 2; act. 25 S. 2). Eine solche Teilklage ist zulässig, sofern der Anspruch teilbar ist (Art. 86 ZPO; OBERHAMMER/WEBER, in: Kurzkommentar ZPO, 3. Aufl. 2021, Art. 86 N 1b). Das ist vorliegend der Fall und wird von der Beklagten auch nicht in Frage gestellt (act. 1 Rz. 8; act. 13 S. 6 e contrario; act. 25 Rz. 2; act. 34 Rz. 12).

### **E. 1.4**

**Aktiv- und Passivlegitimation** Als Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG mit Prozessführungsbefugnis (vgl. E. 1.1.3.) ist die Aktivlegitimation des Klägers für die ihm abgetretenen Verantwortlichkeitsansprüche der Masse im vorliegenden Prozess zu bejahen (vgl. BGE 138 III 628 E. 5.3.2 oder BGer Urteil 4C.312/2005 vom 10. Januar 2006 E. 2.2.1 m.H.; vgl. auch act. 1 Rz. 73 und act. 25 Rz. 3 ff. und Rz. 21; "formell unbestritten" durch die Beklagte: act. 13 S. 29). Wie bereits aufgezeigt, ändert insbesondere der Vergleich des Klägers als Abtretungsgläubiger der Masse mit dem Verlustschuldner nichts an dessen Aktivlegitimation im vorliegenden Verfahren: Zu keinem Zeitpunkt hat er damit auf seine nach Art. 260 SchKG abgetretenen Rechte gegen-

- 15 - über der Beklagten verzichtet; die Beklagte bzw. die vorliegende Forderung wird vom Vergleich nicht erfasst (vgl. E. 1.1.4. und E. 2.9.; vgl. act. 34 Rz. 6 ff., Rz. 24 und Rz. 31; noch unbestritten in act. 13 S. 29; so auch der Kläger: act. 38 Rz. 2, Rz. 11 f. und Rz. 30). Die Beklagte war im vorliegend relevanten Zeitraum ununterbrochen einziges Mitglied des Verwaltungsrats der D.\_\_\_\_\_ AG, mithin formelles Organ der Gesellschaft (vgl. den Handelsregisterauszug der gelöschten Gesellschaft; act. 1 Rz. 1, Rz. 13, Rz. 53 und Rz. 74; act. 13 S. 8 und S. 25). Sie ist im vorliegenden Verantwortlichkeitsprozess ohne Weiteres und unbestrittenermassen passivlegitimiert (BGer Urteil 4A\_373/2015 vom 26. Januar 2016 E. 3.2. m.H.; act. 1 Rz. 1, Rz. 13 und Rz. 74; act. 13 S. 8 und S. 29).

### **E. 1.5**

**Anwendbares Recht** Anwendbar ist Schweizer Recht. Davon gehen auch die Parteien ohne Weiteres aus (act. 1; act. 13; act. 25; act. 34). Mit der am 19. Juni 2020 beschlossenen Aktienrechtsrevision wurden die aktienrechtliche Verantwortlichkeit und namentlich der Überschuldungstatbestand sowie die Buchführungs- und Rechnungslegungsvorschriften teilweise revidiert. Die entsprechenden Bestimmungen sind per 1. Januar 2023 in Kraft getreten. Da das Verfahren vor dem 1. Januar 2023 eingeleitet wurde und der vorliegende Entscheid nach dem 1. Januar 2023 ergeht, stellen sich Übergangsrechtliche Fragen.

Gemäss Art. 1 Abs. 1 der Übergangsbestimmungen zur Aktienrechtsrevision vom 19. Juni 2020 (fortan: ÜBest.) sind die Art. 1 bis 4 des SchlT ZGB massgebend, soweit die erwähnten Übergangsbestimmungen nichts anderes vorsehen, was für die vorliegend zu beurteilende Konstellation nicht der Fall ist (vgl. Art. 1 ff. ÜBest; AUS DER AU/BRA-ND/HELLER, Kommentierung zu den Übergangsbestimmungen zur Aktienrechtsrevision vom 19. Juni 2020, in: Müller [Hrsg.], Onlinekommentar zum Obligationenrecht, Version: 01.09.2023, N 7 und N 165). Art. 1 Abs. 1 SchlT ZGB statuiert, dass die rechtlichen Wirkungen von Tatsachen, die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes eingetreten sind, nach dem damals geltenden Recht beurteilt werden. Vorliegend wird zu prüfen sein, ob bei ordnungsgemässer Bilanzierung bereits vor der tatsächlichen Konkurseröffnung am 4. März 2021 ein Überschuldungstatbestand vorlag und ein Konkursverschleppungsscha-

- 16 - den eintrat (vgl. act. 1 Rz. 1 ff.). Die zur Beurteilung der Klage relevanten Tatsachen sind somit vor dem 1. Januar 2023 und damit unter der Geltung des früheren Rechts eingetreten (vgl. AUS DER AU/BRA-ND/HELLER, a.a.O., N 1 ff. m.w.H., insbes. N 161 ff. und N 164 ff.). Aus diesen Gründen gelangen übergangsrechtlich die bisherigen Bestimmungen des Verantwortlichkeits- resp. Rechnungslegungsrechts zur Anwendung, sofern sie revidiert wurden (diesfalls als aOR bezeichnet).

#### **E. 1.6**

Weitere Eingaben der Parteien Der Kläger hat nach Abschluss des ordentlichen Schriftenwechsels und damit nach Eintritt des Aktenschlusses eine weitere Eingabe ins Recht gereicht (act. 38; vgl. Art. 229 ZPO). Im Rahmen des vom Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung anerkannten Replikrechts sind solche Eingaben zulässig (anstelle vieler: BGE 138 I 484 E. 2.2). Neue Tatsachen und Beweismittel können indessen nach dem Fallen der Novenschranke nur noch nach den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO in den Prozess eingebracht werden. Demnach ist das Vorbringen neuer Tatsachen zulässig, wenn diese erst nach dem Abschluss des Schriftenwechsels entstanden sind (echte Noven; lit. a) oder wenn sie zuvor trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorgebracht werden konnten (unechte Noven; lit. b). Die Zulässigkeit solcher unechter Noven ist unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände nach objektiven Massstäben zu beurteilen (PAHUD, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar, 2. Aufl. 2016, Art. 229 N 13; WILLISEGGER, a.a.O., Art. 229 N 32). Entscheidend ist, dass der betreffenden Partei keine Nachlässigkeit bei der Behauptungs- und Beweislast vorgeworfen werden kann (LEUENBERGER, a.a.O., Art. 229 N 8; PAHUD, a.a.O., Art. 229 N 14 f.). Vorausgesetzt wird weiter, dass die Tatsachen und Beweise unverzüglich, mithin bei der nächsten prozessualen Gelegenheit, in den Prozess eingebracht werden (WILLISEGGER, a.a.O., Art. 229 N 34; LEUENBERGER, a.a.O., Art. 229 N 10). Will eine Partei Noven geltend machen, hat sie zugleich mit deren Einreichung darzulegen, dass die Voraussetzungen erfüllt sind (BGE 143 III 42 E. 4.1; HGer ZH HG210152 vom 12. Dezember 2023 E. 1.4.; SOGO/NAEGELI, in: Kurzkomentar ZPO, a.a.O., Art. 229 N 11d).

- 17 - Die klägerische Eingabe vom 14. November 2023 mit dem Titel "Stellungnahme zu Dupliknoten" (act. 38) erfolgte nach Erstattung der Duplik, mithin nach Aktenschluss. Neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel sind daher (nur) unter den Voraussetzungen von Art. 229 ZPO beachtlich, wobei es der klagenden Partei weder möglich noch zumutbar ist, auf Vorrat in ihrer Replik sämtliche denkbaren Noven zu

entkräften, mit denen der Prozessstoff in der Duplik noch ausgedehnt werden kann (vgl. BGE 146 III 55 E. 2.5.2 m.H.). Wenn daher in der Duplik Noven vorgebracht werden, welche die klagende Partei ihrerseits mit unechten Noven entkräften will, so ist insofern die Voraussetzung von Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO erfüllt, dass diese Noven vor Aktenschluss trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorgebracht werden konnten. Damit dem Kläger dieser Sorgfaltnachweis gelingt, ist immerhin unabdingbar, dass die Dupliknoven für diese Noveneingabe kausal sind. Erforderlich ist einerseits, dass (erst) die Dupliknoven das Vorbringen der unechten Noven veranlasst haben, andererseits, dass die unechten Noven in technischer bzw. thematischer Hinsicht als Reaktion auf die Dupliknoven aufzufassen sind. Die vorliegend neu vorgebrachten Tatsachenbehauptungen und Beweismittel dienen zur Entkräftung der neuen beklagtischen Behauptungen, wonach die Verlustscheine der Gesellschaft resp. der Masse infolge einer Erbschaft des fraglichen Schuldners werthaltig gewesen seien und der Kläger mit dem Verlustscheinschuldner leichtsinnig zum Schaden der Beklagten und der Konkursmasse einen (zu) schlechten Vergleich abgeschlossen habe (vgl. act. 34 Rz. 4 f., Rz. 8, Rz. 10 f., Rz. 18, Rz. 20, Rz. 22, Rz. 26, Rz. 30, Rz. 32 und Rz. 36 f.; vgl. dazu act. 38 Rz. 3 ff., Rz. 6 ff., Rz. 13 f., Rz. 15 f., Rz. 24 ff., Rz. 28 f., Rz. 32 f. und Rz. 35). Zudem wehrt sich der Kläger gegen die neuen beklagtischen Behauptungen, er habe die Beklagte dadurch geschädigt, dass sie infolge des durch ihn initiierten Konkurses keine Möglichkeit erhalten habe, die Verlustscheinforderungen selber zu realisieren, und dass er ihr den Streit im fraglichen Verfahren nicht verkündet habe (act. 34 Rz. 4 f.; vgl. dazu act. 38 Rz. 6 ff.). Schliesslich bestreitet der Kläger die neuen Vorbringen der Beklagten in Bezug auf die Saldoerklärung im Vergleich mit dem Verlustscheinschuldner (act. 34 Rz. 6 f. und Rz. 15 f.; vgl. dazu act. 38 Rz. 11 ff. und Rz. 17 ff.) und zur fehlenden Aktivlegitimation seinerseits (act. 34 Rz. 24 und Rz. 31; vgl. dazu act. 38 Rz. 30). Wie der Kläger jeweils zu Recht aus-

- 18 - führt, handelt es sich bei diesen Behauptungen allesamt um Stellungnahmen zu neuen Vorbringen, welche die Beklagte erst in ihrer Duplik vorbrachte. Auf diese durfte der Kläger im Rahmen seiner Stellungnahme mit seinen neuen Vorbringen, die die aufgeführten bundesgerichtlichen Anforderungen erfüllen, antworten. Sodann erfolgte die Noveneingabe vom 14. November 2023 fristgemäss (vgl. act. 36 und act. 37). Daher sind die in act. 38 enthaltenen Tatsachenbehauptungen und Beweismittel (act. 39/32-35) zu den oben genannten Themenkreisen grundsätzlich beachtlich. Im Übrigen kann die Zulässigkeit der Noveneingabe des Klägers mangels Entscheidrelevanz offenbleiben.

### **E. 1.7**

**Behauptungs-, Substantiierungs- und Bestreitungslast** Im ordentlichen Verfahren gelten die Dispositions- und die Verhandlungsmaxime (Art. 55 Abs. 1 und Art. 58 Abs. 1 ZPO): Das Gericht ist an die Parteianträge gebunden und kann weder mehr als verlangt noch weniger als anerkannt noch anderes zusprechen, als von den Parteien explizit beantragt wird (SUTTER-SOMM/SEILER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, a.a.O., Art. 58 N 9). Es ist (allein) Sache der Parteien, die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben bzw. entsprechende Beweisanträge zu stellen (Behauptungs- und Beweislast; BGE 132 III 186 E. 4.). Inwieweit Tatsachen zu behaupten und zu substantiieren sind, ergibt sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei (BGE 127 III 365 E. 2.b). Der Behauptungslast ist durch das Aufstellen eines schlüssigen, vollständigen

Tatsachenvortrags Genüge getan. Das heisst, dass eine Partei diejenigen Tatsachen widerspruchsfrei und vollständig angeben muss, auf die sie ihr Begehren stützt, so dass der Tatsachenvortrag bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt (SUTTER- SOMM/SCHRANK, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, a.a.O., Art. 55 N 21 m.H.). Als Gegenstück zur Behauptungslast trifft die nicht beweisbelastete Partei die Bestreitungs- last. Sie hat im Einzelnen darzutun, welche Tatsachen anerkannt und welche be- stritten werden (Art. 222 Abs. 2 ZPO). Je detaillierter die Behauptungen sind, desto

- 19 - höher sind die Anforderungen an die Bestreitungen (BGE 141 III 433 E. 2.6). Be- streitet die Gegenpartei die Vorbringen der behauptungsbelasteten Partei substan- tiert, trifft diese eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungs- last. Die jeweiligen Tatsachenbehauptungen müssen so konkret und bestimmt vor- gebracht werden, dass darüber Beweis abgenommen werden kann (BGer Urteil 4C.211/2006 vom 26. Juni 2007 E. 3.1; WILLISEGGER, a.a.O., Art. 221 N 29). Über- höhten Anforderungen an die Substantiierungslast würde das Gericht indessen dann stellen, wenn es detailliertere Tatsachenbehauptungen verlangte als für die rechtliche Beurteilung des anspruchsbegründenden Sachverhalts nötig wäre (vgl. Art. 8 ZGB; BGer Urteil 4A\_588/2011 vom 3. Mai 2012 E. 2.2.1.). Der nicht sub- stantiert vorgetragene Sachverhalt ist dem nicht bewiesenen gleichgestellt (BGer Urteil 4C.211/2006 vom 26. Juni 2007 E. 3.1; WILLISEGGER, a.a.O., Art. 222 N 24).

2. Aktienrechtliche Verantwortlichkeit 2.1. Hintergründe und unbestrittener resp. erstellter Sachverhalt 2.1.1. Mit mündlichem Darlehensvertrag gewährte der Kläger der D.\_\_\_\_\_ AG ein Darlehen in der Höhe von CHF 900'000.–, ausbezahlt in dreizehn Tranchen im Jahr 2008, zu einem Zins von 4 % pro Jahr bis am 31. Dezember 2015 (act. 1 Rz. 20 und Rz. 55; act. 13 S. 10 und S. 25 [nicht bestritten]; act. 25 Rz. 37 m.H.a. act. 26/31; act. 34 Rz. 29). Im Januar 2012 wurde die mündliche Vereinbarung in einem schriftlichen Darlehensvertrag festgehalten (act. 1 Rz. 20; act. 13 S. 10; act. 25 Rz. 37 m.H.a. act. 26/31). In den folgenden Jahren bezahlte die Gesell- schaft das Darlehen teilweise zurück (act. 1 Rz. 21 und Rz. 42; act. 13 S. 10; act. 34 Rz. 28).

- 20 - 2.1.2. Im Zusammenhang mit der ab September 2012 laufenden Rechtsstreitigkeit der D.\_\_\_\_\_ AG gegen den Mieter F.\_\_\_\_\_, in der die Gesellschaft ausstehende Mietzinse forderte, unterzeichnete der Kläger im November 2014 ein mit dem Titel "Quittung" bezeichnetes Aktenstück (act. 15/4) mit dem folgenden Inhalt (act. 13 S. 10 f. m.H.a. act. 15/2-3 und S. 13 f. m.H.a. act. 15/4; act. 25 Rz. 39; act. 34 Rz. 33 f.): 2.1.3. Mit Schreiben vom 19. Oktober 2015 informierte der Kläger die Beklagte als Verwaltungsrätin der Gesellschaft darüber, dass die Gesellschaft ihm noch die Rü- ckzahlung seines Darlehens im Betrag von über CHF 600'000.– zzgl. Zinsen schulde (act. 1 Rz. 25 m.H.a. act. 3/12; act. 13 S. 19 [nicht bestritten]). Die Be- klagte antwortete mit E-Mail vom 20. Oktober 2015, worin sie namentlich Abklärun- gen zur Sache in Aussicht stellte (act. 1 Rz. 26 m.H.a. act. 3/13; act. 13 S. 19 [in- sofern nicht bestritten]). Nachdem sich die Parteien in der Folge auf dem Korre- spondenzweg nicht einigen konnten (vgl. act. 1 Rz. 27 f. m.H.a. act. 3/14-16; act. 13 S. 19 [nicht bestritten]), forderte der Kläger die Gesellschaft mit Schreiben vom 27. November 2015 "letztmals" auf, die dannzumal fällige Darlehensvaluta samt Zins zu bezahlen (act. 1 Rz. 29 m.H.a. act. 3/16; act. 13 S. 19 [nicht bestrit- ten]). In der erwähnten Korrespondenz beehrte der Kläger ausserdem die Buch- haltungsunterlagen der Gesellschaft, welcher Aufforderung die Beklagte nie nach- gekommen ist (act. 1 Rz. 25 ff.

m.H.a. act. 3/12-17; act. 13 S. 19 f. [nicht bestritten]).

- 21 - 2.1.4. Infolge der Uneinigkeit über die (Höhe der) weitere(n) Rückzahlung des klägerischen Darlehens bzw. die Gültigkeit der unterzeichneten Quittung, leitete der Kläger mit Klageschrift vom 22. März 2016 am hiesigen Gericht eine Teilklage über CHF 40'000.– gegen die D.\_\_\_\_\_ AG ein (act. 1 Rz. 17 f. und Rz. 23 m.H.a. HGer ZH HG160066 vom 5. April 2018; act. 13 S. 15 f.). Die Klage wurde mit Urteil des Handelsgerichts vom 5. April 2018 gutgeheissen und die Gesellschaft verpflichtet, dem Kläger den eingeklagten Betrag zu bezahlen (vgl. act. 4/49). Die dagegen gerichtete Beschwerde wies das Bundesgericht mit Urteil vom 28. September 2018 ab, soweit darauf einzutreten war (BGer Urteil 4A\_275/2018 vom 28. September 2018; vgl. act. 3/9). Mit neuerlicher Klage vom 22. Januar 2019 forderte der Kläger von der Gesellschaft in der Folge die Rückzahlung des Darlehens bezüglich des die Teilklage übersteigenden Betrags (act. 1 Rz. 22 f. m.H.a. HGer ZH HG190014 vom 22. Juli 2020; act. 5/1). Mit Urteil vom 22. Juli 2020 wurde die D.\_\_\_\_\_ AG in Gutheissung der Klage verpflichtet, dem Kläger CHF 476'014.–, zzgl. Zins zu 5 % auf CHF 516'014.– vom 1. Januar 2016 bis am 24. August 2016 und zu 5 % auf CHF 476'014.– seit 25. August 2016 zu bezahlen (vgl. act. 5/35). Auch die gegen dieses Urteil gerichtete Beschwerde wies das Bundesgericht ab, soweit darauf einzutreten war (BGer Urteil 4A\_466/2020 vom 10. Februar 2021; vgl. act. 3/10). Die genannten Urteilsdispositive sind in materielle Rechtskraft erwachsen, wobei deren konkrete Tragweite im Einzelfall anhand der gesamten Urteilsabwägungen zu beurteilen ist (vgl. BGE 136 III 345 E. 2.1 oder BGE 128 III 191 E. 4.a; so auch die Parteien: act. 25 Rz. 39 und Rz. 49 und act. 34 Rz. 14, Rz. 27 und Rz. 31). Für die vorliegende Verantwortlichkeitsklage des Klägers gegen die Beklagte im Zusammenhang mit deren Handlungen als Verwaltungsrätin der D.\_\_\_\_\_ AG sind bezüglich des bereits beurteilten (Darlehens-)Verhältnisses Kläger/D.\_\_\_\_\_ AG die Entscheid(dispositiv)e auch für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens in faktischer Hinsicht verbindlich (vgl. auch act. 25 Rz. 31, Rz. 39 und Rz. 49 f.; anders die Beklagte: act. 13 S. 7, S. 10 ff. und S. 23 und act. 34 Rz. 27). Damit besteht namentlich kein Raum mehr, die im handelsgerichtlichen Urteil vom 22. Juli 2020 bindend festgestellte Darlehensvaluta des klägerischen Darlehens an die Gesellschaft in Frage zu stellen bzw. dazu angebotene Beweise abzunehmen (vgl. dazu bspw. act. 13 S. 14). Eine (nochmalige) Auseinandersetzung mit damit in unmittel-

- 22 - barem Zusammenhang stehenden Fragen und Beweisofferten erübrigt sich. Das betrifft insbesondere die von der Beklagten thematisierte rechtliche Qualifikation des klägerischen Darlehens an die Gesellschaft als partiarisches Darlehen resp. die von ihr behauptete Gültigkeit der Quittung zwischen dem Kläger und der Gesellschaft (vgl. insbes. act. 13 S. 10 ff. und act. 34 Rz. 33 f.; so auch der Kläger: act. 25 Rz. 5 und Rz. 49).

2.1.5. Die mietrechtliche Klage der Gesellschaft gegen den ehemaligen Mieter (und späteren Verlustscheinschuldner) wurde vom Mietgericht Zürich mit Urteil vom 18. Dezember 2015 vollumfänglich gutgeheissen (act. 13 S. 11 m.H.a. act. 15/2; act. 25 Rz. 38 [als irrelevant bezeichnet, aber in der Sache nicht bestritten]; act. 34 Rz. 28). Die dagegen vom unterlegenen Mieter erhobene Berufung wurde vom Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 8. August 2016 abgewiesen, soweit es darauf eingetreten war (act. 13 S. 11 m.H.a. act. 15/3; act. 34 Rz. 28). Die Abweisung wurde in der Folge vom Bundesgericht bestätigt (act. 13 S. 11; act. 25 Rz. 38 [als irrelevant bezeichnet, aber in der Sache nicht bestritten]). Aus der nachfolgenden Betreuung des unterlegenen Mieters wurden im September 2019 Verlustscheine zu Gunsten der Gesellschaft über insgesamt CHF

1'216'223.35 ausge- stellt (act. 13 S. 11 f. m.H.a. act. 3/24; act. 25 Rz. 38 [als irrelevant bezeichnet, aber in der Sache nicht bestritten] m.H.a. act. 3/24 und Rz. 40; act. 34 Rz. 5, Rz. 8 und Rz. 18). 2.1.6. Bilanzen und Erfolgsrechnungen der D.\_\_\_\_\_ AG liegen erst ab dem Jahr 2015 (samt Vorjahreszahlen) vor (act. 1 Rz. 32 ff. m.H.a. act. 3/18-20 und Rz. 52; act. 13 S. 20). Unbestrittenermassen fand das klägerische Darlehen in die beste- henden Geschäftsbücher keinen Eingang (act. 1 Rz. 3 und Rz. 43 ff. m.H.a. act. 3/18 und act. 3/23; act. 13 S. 5, S. 22 f. und S. 26; act. 25 Rz. 34 und Rz. 48 ff.; act. 34 Rz. 28 und Rz. 33 f.), obschon die Beklagte vom Darlehen des Klägers Kenntnis hatte (act. 1 Rz. 55 f., Rz. 85 und Rz. 97; act. 13 S. 25). Unbestritten ist sodann, dass nie eine Zwischenbilanz der Gesellschaft erstellt wurde, die einem Revisor hätte vorgelegt werden können, und nie ein Richter im Zusammenhang mit einer allfälligen Unterdeckung benachrichtigt wurde bzw. nie ein Dritter Gesell-

- 23 - schaftsgläubiger im Rang zurückgetreten ist (act. 1 Rz. 54 ff. und Rz. 63; act. 13 und act. 34; vgl. aber act. 13 S. 23 betr. Rangrücktritt des Klägers). 2.1.7. Im Rahmen der Vollstreckung des Urteils des Handelsgerichts vom 22. Juli 2020 wurde über die D.\_\_\_\_\_ AG am 4. März 2021 der Konkurs eröffnet und der Kläger als einer deren Gläubiger kolloziert (act. 1 Rz. 10 m.H.a. act. 3/5 und Rz. 19 m.H.a. act. 3/5 und act. 3/11; act. 13 S. 8 [nicht bestritten] und S. 9 m.H.a. act. 3/5; act. 25 Rz. 49; act. 34 Rz. 3 und Rz. 14). Wie bereits dargelegt, liess sich der Klä- ger von der Konkursverwaltung unter anderem die Verantwortlichkeitsansprüche gegen die Beklagte abtreten (vgl. E. 1.1.3.). 2.2. Grundsätzliche Streitpunkte 2.2.1. Der Kläger stellt sich auf den Standpunkt, die Beklagte habe es pflichtwidrig und schuldhaft unterlassen, das der Gesellschaft gewährte Darlehen in deren Bü- chern als Verbindlichkeit zu verbuchen (act. 1 Rz. 40 und Rz. 103; act. 25 Rz. 34). Dabei habe sie spätestens am 20. Oktober 2015 vom noch offenen Darlehensbe- trag Kenntnis erhalten (act. 1 Rz. 56, Rz. 85 ff. und Rz. 103). Als Folge des pflicht- widrigen und schuldhaften Verhaltens der Beklagten sei der Gesellschaft ein Kon- kursverschleppungsschaden entstanden (act. 1 Rz. 95, Rz. 98 f. und Rz. 103; act. 25 Rz. 35). Diesen macht er teilklageweise mit der vorliegenden Klage geltend. 2.2.2. Die Beklagte bestreitet die geltend gemachten Verantwortlichkeitsansprü- che, namentlich die Pflichtverletzung und den Konkursverschleppungsschaden (act. 13 S. 5 f., S. 8 und S. 29 f.; act. 34 Rz. 8 f., Rz. 24 und Rz. 28). Sie führt aus, der Kläger habe zu keiner Zeit einen Schaden erlitten und sie habe zu keiner Zeit ihre Verantwortlichkeitspflichten zum Nachteil des Klägers und mit einer kausalen Schadensfolge verletzt (act. 13 S. 18 und S. 30 f.; act. 34 Rz. 24). Die Klage sei unbegründet und rechtsmissbräuchlich (act. 13 S. 3 und S. 18; act. 34 Rz. 8). 2.3. Verantwortlichkeitsrechtliche Grundsätze Die Mitglieder des Verwaltungsrats und alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen sind sowohl der Gesellschaft als auch den einzel- nen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den

- 24 - sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen (Art. 754 Abs. 1 OR). Die Voraussetzungen einer Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit sind demnach kumulativ das Vorliegen einer Pflichtverletzung, eines Schadens, eines natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhangs zwischen Schaden und Pflichtverletzung sowie eines Verschuldens (BGE 132 III 342 E. 4.1; BGer Urteil 4A\_375/2012 vom 20. November 2012 E. 2.1). 2.4. Zur Pflichtverletzung im Einzelnen 2.4.1. Streitpunkte 2.4.1.1. Der Kläger macht eine Überschuldung der D.\_\_\_\_\_ AG "bereits lange Zeit vor der Konkursöffnung am 4. März 2021", spätestens per 31. Dezember 2015

geltend (act. 1 Rz. 52; vgl. auch act. 1 Rz. 3 und Rz. 63). Gemäss der Jahresrechnung 2015 habe die Gesellschaft im damaligen Zeitpunkt über Aktiven im Wert von CHF 1'383'209.45 verfügt (act. 1 Rz. 46 ff. m.H.a. act. 3/18). Gleichzeitig sei auf der Passivseite nur eine Darlehensforderung, das Darlehen "G. \_\_\_\_\_", in der Höhe von CHF 1'000'000.– aufgeführt gewesen, während sein offenes Darlehen per 31. Dezember 2015 im Umfang von CHF 517'433.– zzgl. Zins zu Unrecht nicht verbucht worden sei (act. 1 Rz. 3, Rz. 26 m.H.a. act. 3/13, Rz. 46 und Rz. 70). Bei korrekter Bilanzierung wären den Aktiven somit Passiven von CHF 1'517'433.– gegenübergestanden, wodurch eine Überschuldung in der Höhe von CHF 134'223.55 erkennbar geworden wäre (act. 1 Rz. 46 m.H.a. 3/23 und Rz. 70). In den folgenden Jahren habe sich der Passivenüberschuss auf CHF 158'087.65 (im Jahr 2016), CHF 203'001.20 (im Jahr 2017), CHF 222'760.85 (im Jahr 2018), CHF 398'291.25 (im Jahr 2019) und CHF 434'573.15 (im Jahr 2020) erhöht (act. 1 Rz. 47 ff.). Durch die Nichtbilanzierung seines Darlehens habe die Beklagte ihre Pflichten als Verwaltungsrätin zur ordnungsgemässen Buchführung verletzt und es versäumt, infolge der dadurch nicht sichtbar gewordenen Überschuldung der Gesellschaft eine Zwischenbilanz zu erstellen, diese einem Revisor vorzulegen und alsdann den Richter wegen begründeter Besorgnis der Überschuldung zu benachrichtigen (act. 1 Rz. 3, Rz. 54 und Rz. 84 ff.; act. 25 Rz. 34).

- 25 - 2.4.1.2. Die Beklagte hält dagegen, aufgrund der Quittung vom 13. November 2014 sei das ursprüngliche Darlehen gültig zu einem partiarischen Darlehen geworden, das nur unter der Bedingung geschuldet gewesen sei, dass die Gesellschaft einen Ertrag erwirtschaftete resp. in der mietrechtlichen Streitigkeit obsiege (act. 13 S. 13 ff., S. 18, S. 22 f. und S. 26; act. 34 Rz. 33 f.). Als Verpflichtung habe das Darlehen nur insoweit bestanden, als die Bedingung eingetreten wäre (act. 13 S. 22 f.). Solange der Forderungsprozess zur Schadensvermeidung am Mietgericht pendent gewesen sei und da ein Prozessausgang naturgemäss niemals mit hundertprozentiger Sicherheit feststehe, sei das Darlehen in den Geschäftsbüchern nicht oder höchstens pro memoria aufzunehmen gewesen (act. 13 S. 22 f. und S. 25 f.; act. 34 Rz. 33). Selbst wenn das Darlehen zu Unrecht nicht verbucht worden wäre, würde das nichts ändern, weil eine Überschuldung zu keiner Zeit vorgelegen habe (act. 34 Rz. 28; vgl. auch act. 13 S. 5, S. 18, S. 23 f. und S. 27 und act. 34 Rz. 8 und Rz. 31): Zwar möge die Forderung der Gesellschaft gegenüber dem Mieter während der mietrechtlichen Streitigkeit im Jahr 2015 noch nicht liquide und in den Jahren 2018 und 2019 wertlos gewesen sein, doch habe dieses Verfahren zur Ausstellung von Verlustscheinen im Wert von über CHF 1 Mio. geführt (act. 13 S. 5, S. 23, S. 27 f. und S. 31; act. 34 Rz. 8, Rz. 25 und Rz. 30). Bei 'pflichtgemässer' Verbuchung, so wie sie sich der Kläger vorstelle, wäre nicht nur das Darlehen mit den entsprechenden Vorbehalten, sondern auch das im relevanten Zeitpunkt bestehende Guthaben der Gesellschaft zu verbuchen gewesen (act. 13 S. 5). Damit könne von einer Überschuldung keine Rede sein und von einer fehlerhaften Buchung erst recht nicht (act. 13 S. 5; act. 34 Rz. 8, Rz. 25, Rz. 28 und Rz. 31). Es treffe nicht zu, dass der Konkurs zu einem früheren Zeitpunkt hätte eröffnet werden müssen (act. 13 S. 24). Der Kläger verwechsle Überschuldung mit zeitweiligen Liquiditätsproblemen, zumal ihm die tatsächlichen Umstände jederzeit ausnahmslos bekannt gewesen seien (act. 13 S. 5 und S. 25 f.). Die Bilanz habe nie deponiert werden müssen (act. 13 S. 5). Sanierungsmassnahmen seien nicht notwendig gewesen (act. 34 Rz. 28), zumal ein partiarisches Darlehen per analogiam zu einem Rangrücktritt nicht zu verbuchen sei (act. 13 S. 23). Es habe keine andere Möglichkeit gegeben, als diesen Schulderlass (act. 34 Rz. 33). Eine Pflichtwidrigkeit ihrerseits liege nicht vor (act. 34 Rz. 9). Der Kläger verhalte sich wider-

- 26 - sprüchlich und rechtsmissbräuchlich (act. 13 S. 3, S. 7 und S. 24 f.; act. 34 Rz. 8). Dass der mietrechtliche Prozess so lange gedauert habe, könne nicht der Gesellschaft angelastet werden (act. 13 Rz. 25 und S. 30; act. 34 Rz. 28). 2.4.2. Rechtliches 2.4.2.1. Zur Pflichtverletzung im Allgemeinen 2.4.2.1.1. Eine unter dem aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht relevante Pflichtverletzung eines Verwaltungsrats kann in einer Verletzung dessen unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben nach Art. 716a Abs. 1 OR liegen (GERI-CKE/HÄUSERMANN/WALLER, a.a.O., Art. 754 N 26). Gemäss Ziff. 3 gehört zu den genannten Aufgaben namentlich die Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle sowie der Finanzplanung, sofern diese für die Führung der Gesellschaft notwendig ist; nach Ziff. 6 obliegt ihm zudem die Erstellung des Geschäftsberichtes, der insbesondere die Jahresrechnung, bestehend aus Erfolgsrechnung, Bilanz und Anhang, umfasst (vgl. Art. 958 Abs. 2 OR; vgl. auch BGer Urteil 1P.456/2003 vom 4. März 2004 E. 3.3.2 oder BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht [zit. BÖCKLI], 5. Aufl. 2022, § 13 Rz. 117 und § 16 Rz. 278 ff.). Die Grundlage der Rechnungslegung bildet die – für juristische Personen zwingende (Art. 957 Abs. 1 Ziff. 2 OR) – Buchführung (Art. 957a Abs. 1 OR). Art. 958c Abs. 1 OR statuiert die Grundsätze der Rechnungslegung, welche demnach klar, verständlich, vollständig und verlässlich, das Wesentliche enthaltend, vorsichtig, bei der Darstellung und Bewertung stets die gleichen Massstäbe verwendend und das Verrechnungsverbot (Aktiven und Passiven sowie Aufwand und Ertrag dürfen nicht miteinander verrechnet werden) einhaltend sein muss (Art. 958c Abs. 1 OR; vgl. auch SUTER/HAAG/NEUHAUS, in: Basler Kommentar OR II, a.a.O., Art. 958c N 1 und RENTSCH/ZÖBELI, Rückstellungen gemäss OR 960e, in: Jahrbuch des Rechnungswesens 2015, S. 171 ff. m.w.H.). Hervorzuheben ist, dass der Grundsatz der Vollständigkeit, die lückenlose und periodengerechte Erfassung aller für die Beurteilung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft relevanten Geschäftsvorfälle verlangt (Art. 958c Abs. 1 Ziff. 2 OR; BGE 125 IV 17 E. 2.c; HWP, Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Buchführung und Rechnungslegung [zit. HWP, B&R], Treuhand-Kammer [Hrsg.], 2014, S. 32; SUTER/HAAG/NEUHAUS, a.a.O., Art. 958c N 8; EBER-

- 27 - LE/BUCHMANN, in: OFK-Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, 4. Aufl. 2023, Art. 957a N 4). Das Vorsichtsprinzip besagt sodann, dass im Rahmen der Erstellung der Jahresrechnung beim Umgang mit Ungewissheiten Vorsicht geboten ist (Art. 958c Abs. 1 Ziff. 5 OR): Vermögenswerte und Erträge sollen nicht zu hoch, Schulden und Aufwendungen nicht zu niedrig angesetzt werden (LIPP/IMARK, in: CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Rechnungslegungsrecht, 4. Aufl. 2024, Art. 958c N 30). Konkret müssen Vermögenswerte in der Bilanz dann als Aktiven bilanziert werden, wenn aufgrund vergangener Ereignisse über sie verfügt werden kann, ein Mittelzufluss wahrscheinlich ist und ihr Wert verlässlich geschätzt werden kann (Art. 959 Abs. 2 OR). Bestehen konkrete Anzeichen für eine Überbewertung, sind die Werte im Einzelnen zu überprüfen und gegebenenfalls anzupassen (sog. Wertberichtigung; Art. 960 Abs. 3 OR; HANDSCHIN, Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2016, Rz. 718 ff.; GERBER/HAAG/NEUHAUS, in: Basler Kommentar OR II, a.a.O., Art. 959 N 19). Für zweifelhafte Forderungen ist ein angemessenes Delkredere zu bilden (HÜTTICHE, in: Rechnungslegung nach Obligationenrecht. veb.ch Praxiskommentar, a.a.O., Art. 960a N 148); bei uneinbringlichen Forderungen muss die Wertberichtigung 100 % ausmachen (BEHR, Rechnungslegung, 2005, S. 273). Demgegenüber müssen Verbindlichkeiten in der Bilanz als Fremdkapital bilanziert werden, wenn sie durch vergangene Ereignisse bewirkt wurden, ein Mittelabfluss wahrscheinlich ist und ihre Höhe verlässlich geschätzt

werden kann (Art. 959 Abs. 5 OR). Bei Unsicherheiten sind Rückstellungen zu bilden (vgl. zur Unterscheidung von Verbindlichkeiten i.e.S. und Rückstellungen unten E. 2.4.2.2.1.). Besteht begründete Besorgnis einer Überschuldung, muss der Verwaltungsrat eine Zwischenbilanz erstellen und diese einem zugelassenen Revisor zur Prüfung vorlegen (Art. 725 Abs. 2 erster Satz aOR). Ergibt sich aus der Zwischenbilanz, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind, so hat der Verwaltungsrat das Gericht zu benachrichtigen, sofern nicht Gesellschaftsgläubiger im Ausmass dieser Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten (Art. 725 Abs. 2 zweiter Satz aOR; BGer Urteil 4A\_133/2021 vom 26. Oktober 2021 E. 7.2.3. und

- 28 - E. 7.2.5.; BGer Urteil 4A\_373/2015 vom 26. Januar 2016 E. 4.1.; BGer Urteil 4A\_188/2007 vom 13. September 2007 E. 5.3). 2.4.2.1.2. Demnach kann eine Pflichtverletzung des Verwaltungsrats in einem Verstoß gegen Bilanz- und Rechnungslegungsvorschriften und/oder gegen die Bestimmungen über das Verhalten bei eingetretener Überschuldung liegen (BGE 148 III 11 E. 3.2.3.2; BÖCKLI, a.a.O., § 16 Rz. 307, Rz. 311 und Rz. 319 ff.). Unterlassungen sind dann pflichtwidrig, wenn eine spezifische Pflicht zum Handeln besteht (BGer Urteil 4A\_268/2018 vom 18. November 2019 E. 6.1.). Beispielsweise liegt eine Pflichtverletzung vor, wenn der Verwaltungsrat es unterlässt, eine gesetzlich verlangte Rückstellung zu bilden (BGE 132 III 564 E. 5.1; BGer Urteil 4A\_277/2010 vom 2. September 2010 E. 2.1). 2.4.2.1.3. Nach Art. 717 Abs. 1 OR müssen die Mitglieder des Verwaltungsrats und mit der Geschäftsführung befasste Dritte ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen (vgl. BÖCKLI, a.a.O., § 16 Rz. 280 m.w.H.). Für die Sorgfalt, die bei der Führung der Geschäfte anzuwenden ist, gilt ein objektivierter Massstab (BGE 139 III 24 E. 3.2; BGer Urteil 4A\_19/2020 vom 19. August 2020 E. 3.1.1.; BÖCKLI, a.a.O., § 16 Rz. 245): Das Verhalten der betroffenen Person wird mit demjenigen verglichen, das billigerweise von einer abstrakt vorgestellten, ordnungsgemäss handelnden Person in einer vergleichbaren Situation erwartet werden kann (BGer Urteil 4A\_344/2020 vom 29. Juni 2021 E. 5.2.1.; BGer Urteil 4A\_19/2020 vom 19. August 2020 E. 3.1.2.; vgl. auch BGE 122 III 195 E. 3.a). Die Beurteilung der allfälligen Sorgfaltspflichtverletzung richtet sich nach den Verhältnissen im Zeitpunkt der fraglichen Handlung oder Unterlassung, mithin nach dem Recht, Wissensstand und den Massstäben im damaligen Zeitpunkt (BGE 139 III 24 E. 3.2; BGer Urteil 4A\_259/2016 vom 13. Dezember 2016 E. 5.1.; WATTER/ROTH PELLANDA, in: Basler Kommentar OR II, a.a.O., Art. 717 N 6; BÖCKLI, a.a.O., § 16 Rz. 245). In Bezug auf Geschäftsentscheide haben sich Gerichte bei deren nachträglicher Beurteilung Zurückhaltung aufzuerlegen, sofern diese Entscheide in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidungsprozess zustande gekommen sind (sog. Zurückhaltungsregel bzw. Business Judgment Rule; BGE 139 III 24 E. 3.2 m.H.; BGer Urteil 4A\_623/2018

- 29 - 31. Juli 2019 E. 3.1; GERICKE/HÄUSERMANN/WALLER, a.a.O., Art. 754 N 31 ff. m.H.; VON DER CRONE, Geschäftsermessen im Aktienrecht, in: zsr, Band 141 [2022], Heft 2, S. 106 ff.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Besonderer Teil, die Aktiengesellschaft, 13. Aufl. 2023, Rz. 927 ff.). Diese Regel gilt allerdings nur für eigentliche (aktive) unternehmerische Entscheide; andere Aufgaben des Verwaltungsrats, namentlich Kontroll- und Organisationsaufgaben, oder Nichtentscheide, sprich pflichtwidrige Unterlassungen, sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts

einer "justizmässigen Nachkontrolle" zugänglich (BGer Urteil 4A\_623/2018 vom 31. Juli 2019 E. 3.1.; BGer Urteil 4A\_603/2014 vom

## E. 6

Aufl. 2024, Art. 757 N 35). 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; BGE 145 III 101 E. 4.1.1), wobei der Abtretungsgläubiger im eigenen Namen, auf eigene Rechnung und auf eigenes Risiko handelt (BGE 132 III 342 E. 2.2.1; BGE 145 III 101 E. 4.1.1 m.H.; BACHOFNER, in: Basler Kommentar SchKG, 3. Aufl. 2021, Art. 260 N 1). Seine Prozessführungsbezugnis ergibt sich dabei (allein) aus der Abtretungsverfügung der Konkursverwaltung. Das Gericht ist nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht zuständig, eine Abtretungsverfügung der Konkursverwaltung (inhaltlich) auf ihre Rechtmässigkeit zu überprüfen; es hat bloss festzustellen, dass sich die Legitimation eines Klägers aus der Abtretungsverfügung ergibt (BGE 145 III 101 E. 4.2.1; BGE 132 III 342 E. 2.2.1; vgl. auch BACHOFNER, a.a.O., Art. 260 N 94). Der Kläger erhebt die vorliegende Klage unbestrittenermassen als Abtretungsgläubiger der heute, nach abgeschlossenem Konkursverfahren, im Handelsregister gelöschten D.\_\_\_\_\_ AG, nachdem ihm das Konkursamt Oerlikon-Zürich mit Verfügung vom 24. Juni 2021 unter anderem die Verantwortlichkeitsansprüche i.S.v. Art. 752 ff. aOR gegen die Organe der Gesellschaft abgetreten hat (act. 1 Rz. 1, Rz. 5, Rz. 8 und Rz. 11 je m.H.a. act. 3/4, Rz. 19 m.H.a. act. 3/5 und Rz. 73; act. 13 S. 8 und S. 17; act. 25 Rz. 3 f., Rz. 8 ff. m.H.a. act. 26/25, Rz. 21 und Rz. 49;

- 10 - act. 34 Rz. 14). Unbestritten ist zudem, dass alle anderen Gläubiger auf die Geltendmachung der Rechtsansprüche gemäss Inventar Nr. 1 – 5 verzichtet haben, mithin seitens der Gläubiger niemand ausser dem Kläger die Abtretung der Ansprüche verlangt hat (vgl. act. 25 Rz. 15 m.H.a. act. 3/4 und act. 26/27, act. 34 Rz. 19 und act. 38 Rz. 18 m.H.a. act. 25 Rz. 8 ff.). Die Beklagte stellt sich in der Duplik auf den Standpunkt, die Abtretung sei nicht gültig erfolgt, weshalb auf die Klage nicht einzutreten sei (act. 34 Rz. 15 f.). Zur Begründung führt sie aus, ein gewisser Rechtsanwalt E.\_\_\_\_\_ habe die Ansprüche aus dem Inventar Nr. 1 – 3, sprich die in der Konkursmasse vorhandenen Verlustscheine, erwerben wollen. Jedoch habe er nie eine Antwort auf sein Angebot erhalten. Das Konkursamt hätte daher diese Ansprüche insbesondere nicht entschädigungslos an den Kläger abtreten dürfen, sondern versteigern müssen. Der Kläger bestreitet die Darstellung der Beklagten und führt mit Verweis auf Art. 260 Abs. 3 SchKG aus, die Verwertung von Ansprüchen nach Art. 256 SchKG komme erst in Betracht, wenn die Gesamtheit der Gläubiger auf die Geltendmachung verzichtet habe und kein Gläubiger die Abtretung verlange (act. 38 Rz. 17 ff.). Dem ist zuzustimmen, weshalb vorliegend eine Verwertung der Ansprüchen nach Art. 256 SchKG in prozessualer Hinsicht gar nicht möglich war (vgl. Art. 260 Abs. 3 SchKG; vgl. act. 38 Rz. 17). Damit erübrigt sich die Abnahme diesbezüglich von der Beklagten angebotener Beweismittel von Vornherein (act. 34 Rz. 15, vgl. auch act. 13 S. 17). Ohnehin ist das hiesige Gericht wie bereits erwähnt, nicht zuständig, die Abtretungsverfügung auf ihre inhaltliche Rechtmässigkeit zu überprüfen (vgl. act. 1 Rz. 5 und act. 25 Rz. 4 und Rz. 28), zumal eine durch das Gericht von Amtes wegen zu prüfende Nichtigkeit der Abtretungsverfügung nicht vorliegt, da ein Verzicht der Gläubigersamtheit auf die Geltendmachung der Ansprüche eingeholt und die Abtretung allen Gläubigern offeriert worden ist (vgl. BGE 136 III 636 E. 2.). Schliesslich steht auch die Löschung der Gesellschaft im Handelsregister der prozessualen

Geltendmachung nicht entgegen (BGE 146 III 441 E. 2.5.5, so auch der Kläger: act. 25 Rz. 20). Damit ist die Prozessführungsbefugnis des Klägers für das vorliegende Verfahren zu bejahen.

- 11 -

### **E. 11**

November 2015, E. 7.1.2.). Auch bei der vorliegend interessierenden Überprüfung der Einhaltung von Rechnungslegungsvorschriften rechtfertigt sich keine auf blosser Vertretbarkeit beschränkte Prüfung (so bereits: HGer ZH HG200175 vom

### **E. 13**

September 2022 E. 4.2.1. und HGer ZH HG210152 vom 12. Dezember 2023 E. 9.3.1.1.; vgl. BGer Urteil 4A\_63/2023 vom 24. Mai 2023 E. 4.4.3.; BÖCKLI, a.a.O., § 16 Rz. 254 ff.; kritisch: JENTSCH/VIRCHOW, Abtretung von Verantwortlichkeits- und Rückerstattungsansprüchen bei Bilanzierungsfehlern, in: Anwaltsrevue 2023, S. 494). 2.4.2.1.4. Behauptungs- und beweisbelastet ist grundsätzlich die klagende Partei (Art. 8 ZGB; BGer Urteil 4A\_259/2016 vom 13. Dezember 2016 E. 5.2. m.w.H.). 2.4.2.2. Zur Bildung von Rückstellungen im Besonderen 2.4.2.2.1. Die Pflicht zur Bildung von Rückstellungen bezweckt, dass bei der Bilanzierung diejenigen Korrekturen vorgenommen werden, die erforderlich sind, um eine korrekte und dem Vorsichtsprinzip Rechnung tragende Darstellung der finanziellen Lage der Gesellschaft sicherzustellen (BGer Urteil 6B\_778/2011 vom 3. April 2012 E. 5.4.2; BGer Urteil 4C.190/2004 vom 11. August 2004 E. 2.4). Nach dem geltenden Imparitätsprinzip sind ungewisse Verpflichtungen, deren Eintrittswahrscheinlichkeit und Zeitpunkt unsicher, aber nicht unwahrscheinlich, und deren Höhe schätzbar ist, auf der Passivseite der Bilanz unter dem (langfristigen) Fremdkapital periodenkonform als Rückstellungen zu verbuchen (Art. 960e Abs. 2 i.V.m. Art. 959a Abs. 2 Ziff. 2 lit. c OR; BGE 132 III 564 E. 5.1; BGer Urteil 6B\_778/2011 vom 3. April 2012 E. 5.4.2; BGer Urteil 4A\_277/2010 vom 2. September 2010

- 30 - E. 2.1 und E. 2.2; BGer Urteil 4C.190/2004 vom 11. August 2004 E. 2.4; Botschaft vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts [Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht], BBl 2007 S. 1589 ff., Ziff. 2.2.2. S. 1710; MÜLLER/HENRY/BARMETTLER, Rechnungslegung nach Obligationenrecht. veb.ch Praxiskommentar, 2. Aufl. 2019, Art. 958c N 52; STENZ, in: Rechnungslegung nach Obligationenrecht. veb.ch Praxiskommentar, a.a.O., Art. 960e N 13; HWP, B&R, a.a.O., S. 213; HAAG/NEUHAUS, a.a.O., Art. 960e N 2, N 9 und N 14; BÖCKLI, OR-Rechnungslegung [zit. BÖCKLI, Rechnungslegung], 2. Aufl. 2019, Rz. 174 und Rz. 180; RIEDERER, Die Pflicht zur Bildung von Rückstellungen nach Art. 960e Abs. 2 OR [zit. RIEDERER], 2016, Rz. 178). Von den Verbindlichkeiten i. e. S. unterscheiden sie sich dadurch, dass eine Unsicherheit bezüglich der Eintrittswahrscheinlichkeit, der Höhe oder des Zeitpunkts des Mittelabflusses besteht (HAAG/NEUHAUS, a.a.O., Art. 960e N 14). Dieser Unterschied spiegelt sich insbesondere in der Bewertung wieder: Während Verbindlichkeiten i.e.S. zum Nennwert, mithin vollständig, bilanziert werden, bilden die Rückstellungen numerisch ihre Unsicherheit ab (Art. 960e Abs. 1 OR). Wie andere Verbindlichkeiten können sie eine Überschuldung auslösen (KÄLIN, Buchhalterische Beurteilung von Prozessrisiken aus

Beklagtensicht, in: AJP 2017, S. 1042; vgl. auch HGer ZH HG200175 vom 13. September 2022 E. 4.2.). 2.4.2.2. Das Gesetz äussert sich nicht dazu, ab welcher Wahrscheinlichkeit für sowohl im Eintreffen als auch in der Höhe noch ungewisser künftiger Mittelabflüsse Rückstellungen gebildet werden müssen (vgl. BGer Urteil 6B\_778/2011 vom 3. April 2012 E. 5.4.2). Die Frage ist im Einzelnen umstritten (vgl. dazu etwa die Übersichten bei BERTSCHINGER, Die handelsrechtliche und steuerrechtliche Gewinnermittlung unter dem revidierten Rechnungslegungsrecht, 2020, Rz. 420, RIEDERER, a.a.O., Rz. 197 ff., RIEDERER, Rückstellungen: Eigen oder Fremdkapital? [zit. RIEDERER, Rückstellungen], recht 2017, S. 36 f., BÖCKLI, a.a.O., § 6 Rz. 877 ff. oder JENTSCH/VIRCHOW, a.a.O., S. 494 m.H.). Zwar verfügt die Unternehmensleitung beim Entscheid darüber, ob und in welcher Höhe Rückstellungen getätigt werden müssen über einen gewissen Ermessensspielraum, sie hat ihr Ermessen aber stets pflichtgemäss nach kaufmännischen Grundsätzen auszuüben (BGer Urteil

- 31 - 6B\_778/2011 vom 3. April 2012 E. 5.4.2; BGer Urteil 4C.190/2004 vom 11. August 2004 E. 2.4; vgl. zum Ganzen auch HGer ZH HG210152 vom 12. Dezember 2023 E. 9.2.3.). Beispielsweise muss bei Bewertungsunsicherheiten nach dem Vorsichtsprinzip von zwei sachlich begründeten Wertansätzen der weniger optimistische gewählt werden (BÖCKLI, Rechnungslegung, a.a.O., Rz. 182; SUTER/HAAG/NEUHAUS, a.a.O., Art. 958c N 14). Das Vorsichtsprinzip gilt auch als Leitlinie für Schätzungen, wobei Erfahrungswerte herangezogen werden sollten (BÖCKLI, Rechnungslegung, a.a.O., Rz. 182; RIEDERER, Rückstellungen, a.a.O., S. 37). Konkret hat das Bundesgericht (zu Art. 669 Abs. 1 aOR) festgehalten, eine Rückstellung in der Bilanz könne bereits bei einer Eintrittswahrscheinlichkeit von 50 % oder darunter angebracht sein (BGer Urteil 4A\_277/2010 vom 2. September 2010 E. 2.1; bestätigt in BGer Urteil 6B\_778/2011 vom 3. April 2012 E. 5.4.2 und in BGer Urteil 4A\_465/2022, 4A\_467/2022 vom 30. Mai 2023 E. 6.; so auch HGer ZH HG200175 vom 13. September 2022 E. 4.2.3 und HGer ZH HG210152 vom 12. Dezember 2023 E. 9.2.3.). In einem solchen Fall könne die angemessene Lösung in der Rückstellung eines Teilbetrags des schlimmsten möglichen Ausgangs bestehen. Demnach ist im Bereich des OR jedenfalls nicht die Methode der IFRS massgeblich, wonach eine Rückstellung erst zu bilden ist, wenn eine Eintrittswahrscheinlichkeit von mehr als 50 % vorliegt (more likely than not-Regel). Höchststrichterlich noch ungeklärt ist die Frage, ob bei einer Eintrittswahrscheinlichkeit von über 50 % nur ein anteilmässiger oder der volle Betrag zurückzustellen ist. In der Lehre wird verbreitet die Ansicht vertreten, bei einer Eintrittswahrscheinlichkeit unter 50 % sei eine anteilmässige Rückstellung und bei einer solchen ab 50 % die volle Summe zu verbuchen (in diesem Sinn: KÄLIN, a.a.O., S. 1045 f., HAAG/NEUHAUS, a.a.O., Art. 960e N 12 und JENTSCH/VIRCHOW, a.a.O., S. 495 [unsicher hinsichtlich der vollen Verbuchung ab 50 %]; so zumindest hinsichtlich der Eintrittswahrscheinlichkeit unter 50 % auch: HWP, B&R, a.a.O., S. 216, EBERLE/BUCHMANN, a.a.O., Art. 960e N 2, MÜLLER/HENRY/BARMETTLER, in: Rechnungslegung nach Obligationenrecht. veb.ch Praxiskommentar, a.a.O., Art. 960 N 47 und LIPP/IMARK, a.a.O., Art. 959 N 56 und Art. 960e N 19 und N 29, die infolge des Vorsichtsprinzips generell eher für eine Bewertung am "obere[n] Ende der Bandbreite" plädieren, wobei

- 32 - unklar bleibt, ob im Endeffekt eine nur anteilmässige Rückstellung bei Risiken über 50 % Eintrittswahrscheinlichkeit gemeint ist; a.M. HANDSCHIN, a.a.O., Rz. 774 ff., RENTSCH/ZÖBELI, Rückstellungen nach dem neuen Rechnungslegungsrecht, Das

Wichtigste für Praktiker, rechnungswesen & controlling 3/2013, S. 13 und RIEDE- RER, Rückstellungen, a.a.O., S. 36 f., Fn. 101, die alle die Anwendung der more likely than not-Regel befürworten, jedenfalls für Einzelsachverhalte). BÖCKLI schlägt vor, bei einer Eintrittswahrscheinlichkeit von unter 25 % keine Rückstellung vorzu- nehmen, bei einer solchen von 25 % bis 75 % eine in einem angemessenen Teil- betrag nach dem geschätzten Grad der mittleren Wahrscheinlichkeit und ab einer solchen von 75 % eine Verbindlichkeit im vollen Betrag zu buchen; dies auch bei grossen Einzelrisiken (BÖCKLI, a.a.O., § 6 Rz. 881 ff.; BÖCKLI, Rechnungslegung, a.a.O., Rz. 1025 f; in diesem Sinn mit Verweis auf BÖCKLI auch STENZ, a.a.O., Art. 960e N 27 und BAUM, Hybride Anleihen [hybrid bonds], 2022, S. 31 f. in Fn. 129). 2.4.2.2.3. In inhaltlicher Hinsicht begründen namentlich Prozessrisiken eine Pflicht zur Bildung von Rückstellungen (HGer SG HG.2002.81 vom 10. Juli 2009 E. 13.6.a; HWP, B&R, a.a.O., S. 215 und S. 218; BÖCKLI, a.a.O., § 6 Rz. 893; BÖCKLI, Rechnungslegung, a.a.O., Rz. 1048; HANDSCHIN, a.a.O., Rz. 762; KÄLIN, a.a.O., S. 1042 ff.). Sobald ein ernst zu nehmendes Prozessrisiko entsteht, muss der Verwaltungsrat in seiner Verantwortung für die finanzielle Führung eine Beur- teilung des voraussehbaren Verfahrensausgangs vornehmen und gegebenenfalls eine angemessene Rückstellung bilden (BÖCKLI, a.a.O., § 6 Rz. 892 ff.; BÖCKLI, Rechnungslegung, a.a.O., N 1048; RIEDERER, Rückstellungen, a.a.O., S. 34; KÄLIN, a.a.O., S. 1044 f., wäre das Unterliegen sicher, müsste die Forderung als Verbind- lichkeit verbucht werden). Der Verwaltungsrat hat für die Schätzung von Bestand und Höhe der Forderung sowie der zu erwartenden Rechtskosten in der Regel seine Rechtsvertretung beizuziehen (KÄLIN, a.a.O., S. 1044; siehe auch HGer SG HG.2002.81 vom 10. Juli 2009 E. 13.6.a; HWP, B&R, a.a.O., S. 218; allgemein zur Pflicht des Verwaltungsrats, sich von Spezialisten beraten zu lassen: WATTER/ROTH PELLANDA, a.a.O., Art. 717 N 9). BÖCKLI bezeichnet eine solche Erkundigung gar als unerlässlich (BÖCKLI, a.a.O., § 6 N 893; BÖCKLI, Rechnungslegung, a.a.O., N 1048).

- 33 - 2.4.3. Würdigung 2.4.3.1. Pflichtwidrige Unterlassung der Verbuchung 2.4.3.1.1. Die Parteien sind sich einig, dass das fragliche Darlehen in den – vorlie- genden (vgl. act. 3/18 und act. 3/23) – Bilanzen und Erfolgsrechnungen der Gesell- schaft der Jahre 2014 bis 2021 nicht verbucht worden ist (act. 1 Rz. 3, Rz. 38 f., Rz. 40 m.H.a. act. 3/23 und Rz. 43; act. 13 S. 5, S. 22 f. und S. 26; act. 25 Rz. 34 und Rz. 48; act. 34 Rz. 28 und Rz. 33 f.). Letztlich ohne Relevanz ist die vom Klä- ger aufgeworfene und von der Beklagten bestrittene Frage, ob das Darlehen nie Eingang in die Geschäftsbücher fand (vgl. act. 1 Rz. 33 ff., Rz. 41 und Rz. 43; act. 13 S. 22), weil er eine Überschuldung der D.\_\_\_\_\_ AG ohnehin erst ab De- zember 2014 (substantiiert) behauptet (act. 1 Rz. 41 ff. und Rz. 56 ff.; vgl. immerhin act. 1 Rz. 52, wo die Frage unsubstantiiert aufgeworfen wird, was seitens der Be- klagten in act. 13 S. 24 allerdings rechtsgenügend bestritten und vom Kläger in act. 25 Rz. 51 nicht mehr nachsubstantiiert wird). Die von ihm beantragte Edition (der Kopien) der betroffenen Geschäftsbücher erübrigt sich demnach (vgl. act. 1 Rz. 37). Damit steht fest, dass das klägerische Darlehen im vorliegend relevanten Zeitpunkt, das heisst ab dem Jahr 2014, nicht in den Geschäftsbüchern der Gesellschaft ver- bucht worden ist. 2.4.3.1.2. Strittig ist, ob das klägerische Darlehen hätte verbucht werden müssen. Der Kläger führt dazu aus, die Gesellschaft sei zur Bilanzierung des Darlehens als Verbindlichkeit (sprich vollumfänglich) verpflichtet gewesen (act. 1 Rz. 38, Rz. 42 f., Rz. 57, Rz. 70, Rz. 86, Rz. 90 und Rz. 103; act. 25 Rz. 34). Konkret habe die offene Darlehensschuld, infolge teilweise erfolgter Teildarlehensrückzahlungen, ■ im Jahr 2014 CHF 630'433.25 ■ im Jahr 2015 CHF 517'433.25 ■ im Jahr 2016 CHF 480'433.25 ■ im Jahr 2017 CHF 480'433.25 ■ im Jahr

2018 CHF 440'433.00

- 34 - ■ im Jahr 2019 CHF 440'433.00 ■ im Jahr 2020 CHF 440'433.00 je zuzüglich Zins betragen (act. 1 Rz. 21 und Rz. 42). Die Beklagte hält mit Verweis auf das vom Kläger im November 2014 unterzeichnete Schriftstück mit dem Titel "Quittung" dagegen, das Darlehen sei gültig zu einem partiarischen Darlehen geworden und somit nur bedingt, mithin in Abhängigkeit zum Erfolg der Gesellschaft resp. zum Abschluss der mietrechtlichen Streitigkeit, geschuldet und nicht zu verbuchen gewesen (act. 13 S. 22 f. m.H.a. act. 3/4; act. 34 Rz. 33 f.). Die Geschäfte der Gesellschaft habe sie zu jeder Zeit korrekt geführt (act. 13 S. 30). Zu den vom Kläger geltend gemachten, konkreten Zahlen betreffend die jeweils offene Darlehensschuld lässt sie sich nicht vernehmen (vgl. act. 13 und act. 34 e contrario). Zu allfälligen Rückstellungen äussern sich beide Parteien nicht (vgl. act. 1, act. 13, act. 25 und act. 34 e contrario). 2.4.3.1.3. Die Frage, ob und wie eine (Passiv-)Position in den Geschäftsbüchern zu erfassen ist, ist eine Rechtsfrage aus dem Bereich des Rechnungslegungsrechts, die das Gericht – vor dem seitens der Parteien behaupteten Tatsachenhintergrund – von Amtes wegen zu beurteilen hat. Massgebliches Kriterium stellt die nach der Lebenserfahrung und unter dem Blickwinkel sorgsamer Kaufleute zu beurteilende Wahrscheinlichkeit des (numerisch abschätzbaren) künftigen Mittelabflusses im Erfassungszeitpunkt dar (BÖCKLI, a.a.O., § 6 Rz. 904 ff.). Eine schädigende Handlung resp. eine pflichtwidrige Nicht-Verbuchung behauptet der Kläger selber erst ab dem Jahr 2015 (vgl. act. 1 Rz. 85 f. und Rz. 102; vgl. act. 25 e contrario). Damit kann offengelassen werden, ob die buchhalterische Erfassung des Darlehens in der Bilanz bereits im Jahr 2014 hätte vorgenommen werden müssen. Mit Schreiben vom 19. Oktober 2015 hat der Kläger die Beklagte darüber informiert, dass er der Ansicht sei, dass ihm die Gesellschaft eine Darlehensrückzahlung im Betrag von "über CHF 600'000.– zuzüglich Zinsen" schulde (act. 1 Rz. 25 und Rz. 56 je m.H.a. act. 3/12; act. 13 S. 19). Dadurch hat die Beklagte davon Kenntnis erhalten, dass der Kläger – trotz Unterzeichnung der "Quittung" – der Ansicht war,

- 35 - eine offene Forderung in der angedrohten Höhe gegenüber der Gesellschaft zu haben (vgl. auch act. 1 Rz. 85). Entgegen der Ansicht des Klägers bestätigte sie in ihrer Antwort die Schuld allerdings nicht (vgl. act. 1 Rz. 26, Rz. 56 und Rz. 85 je m.H.a. act. 3/13 und act. 25 Rz. 44; so auch die Beklagte: act. 13 S. 19). Spätestens nachdem sich der Kläger anwaltlich vertreten liess und die Einforderung der ausstehenden Schuld über den Rechtsweg androhte (act. 1 Rz. 29 m.H.a. act. 3/16), konnte die Beklagte – unabhängig von der tatsächlichen materiellen Begründetheit der Forderung (vgl. dazu act. 13 S. 14 ff., S. 22 f. und S. 25 f., act. 25 Rz. 4, Rz. 30, Rz. 39 und Rz. 49 und act. 34 Rz. 28 f. und Rz. 33) – die Ernsthaftigkeit des Klägers, diese einzutreiben, indessen nicht mehr verkennen. Damit war der Mittelabfluss Ende 2015 weder unwahrscheinlich noch nicht verlässlich abschätzbar; im Gegenteil handelte es sich im damaligen Zeitpunkt um eine zumindest mögliche, zukünftige Schuld, weshalb die Beklagte die Pflicht hatte, das betreffende Risiko zumindest anteilmässig in den Geschäftsbüchern der Gesellschaft abzubilden (vgl. act. 25 Rz. 23, Rz. 38 und Rz. 52; anders die Beklagte: act. 13 S. 5, S. 22 f. und S. 26 und act. 34 Rz. 34). Mit Blick auf das unterzeichnete Schriftstück mit dem Titel "Quittung", welches ihren Standpunkt in einem allfälligen Prozess unterstützen würde, war sie zwar nicht verpflichtet, die vom Kläger behauptete Schuld vollumfänglich als Verpflichtung der Gesellschaft i.e.S. zu bilanzieren, musste aber eine das Risiko akkurat abbildende Rückstellung bilden und durfte nicht "in guten Treuen" davon ausgehen, dass die Forderung

nicht mehr besteht (vgl. act. 34 Rz. 34). Da im fraglichen Zeitpunkt erst (aber immerhin) mit einem Rechtsstreit gedroht und noch kein Verfahren eingeleitet worden war, belief sich die Eintrittswahrscheinlichkeit nach der Lebenserfahrung und unter dem Blickwinkel sorgsamer Kaufleute im damaligen Zeitpunkt noch auf unter 50 %. Sie ist für den damaligen Zeitpunkt unter Würdigung des Dargelegten und Beachtung des Vorsichtsprinzips ermessenweise auf 40 % zu schätzen. Die Frage nach der Höhe der Verpflichtung, mithin der damals offenen Schuld, ist eine Tatsachenfrage, betreffend die der Kläger behauptungsbelastet ist. Wie aufgezeigt bemisst er diese für das Jahr 2015 auf CHF 517'433.25 zzgl. Zins, wobei er für die Pflichtverletzung selber ohne Zins rechnet, was ihm gleichzutun ist (vgl. act. 1 Rz. 42 und Rz. 46). Auf diese von der Beklagten lediglich als irrelevant bestrittene Forderung ist daher

- 36 - für die vorliegende Berechnung abzustellen (vgl. act. 13 S. 23 f.). Gemessen am festgestellten Risiko wäre im Jahresabschluss 2015 eine Rückstellung im Umfang von 40 % der seitens des Klägers geltend gemachten Forderung von CHF 517'433.25, sprich eine Rückstellung von CHF 206'973.30, unter dem Fremdkapital in der Bilanz abzubilden gewesen. Mit der Einleitung des Verfahrens gegen die D.\_\_\_\_\_ AG hat der Kläger am 22. März 2016 das Risiko des Forderungsprozesses gegen die Gesellschaft verwirklicht, womit eine sorgfältige Beurteilung des voraussehbaren Verfahrensausgangs vorzunehmen war und nach der Lebenserfahrung und unter dem Blickwinkel sorgsamer Kaufleute die Bildung einer Rückstellung unverkennbar notwendig wurde (vgl. act. 4/1). Anhängig gemacht wurde eine Teilklage mit Nachklagevorbehalt, numerisch abschätzbar war gleichwohl die gesamte im Raum stehende Schuld, welche der Kläger für den Zeitpunkt des Jahresabschlusses 2016 wegen erfolgter Rückzahlungen in der Höhe von CHF 480'433.25 [ohne Zins] behauptet (vgl. act. 1 Rz. 42 und Rz. 47; vgl. act. 13 S. 23 f. [lediglich als irrelevant bestritten]). Die Eintrittswahrscheinlichkeit für den künftigen Mittelabfluss im Umfang der Gesamtforderung wäre im damaligen Zeitpunkt unter Berücksichtigung der unterzeichneten "Quittung" und der damit einhergehenden (und grundsätzlichen) Prozessunsicherheit resp. -chance ermessenweise auf 50 % einzuschätzen gewesen. Nach der hier vertretenen Auffassung hätte in der Bilanz 2016 daher eine Rückstellung in der Höhe von CHF 240'216.62 gebildet werden müssen. Dasselbe gilt für die Dauer des Verfahrens, mithin für die Bilanz 2017, da die Eintrittswahrscheinlichkeit ermessenweise weiterhin auf 50 % anzusetzen war und die seitens des Klägers behauptete und von der Beklagten unbestrittene Forderung [ohne Zins] konstant blieb (vgl. act. 1 Rz. 42 und Rz. 48; vgl. act. 13 S. 23 f.). Im April 2018 hiess das hiesige Gericht die Teilklage des Klägers gegenüber der D.\_\_\_\_\_ AG gut; im September 2018 wies das Bundesgericht die dagegen gerichtete Beschwerde der Gesellschaft ab. Damit war unter Beachtung des Vorsichtsprinzips das Risiko der Gesellschaft, dem Kläger den vollen Betrag zurückzahlen zu müssen, auf über 75 % angestiegen, weshalb die klägerische Forderung in der Höhe von rund CHF 476'014.– [CHF 440'433.– plus Zins von CHF 35'580.75] im

- 37 - Jahr 2018 (vgl. act. 1 Rz. 49; vgl. act. 13 S. 24 [lediglich als irrelevant bestritten]) – unabhängig davon, welcher Lehrmeinung gefolgt wird (vgl. E. 2.4.2.2.2.) – in der Bilanz vollumfänglich hätte abgebildet werden müssen. Nichts anderes gilt für die Jahre 2019 und 2020 (Zins als unverändert behauptet, vgl. act. 1 Rz. 50 und Rz. 51; vgl. act. 13 S. 24), in welchen der Kläger zunächst den Gesamtbetrag klageweise geltend machte (2019) und alsdann auch mit dieser Klage obsiegte (2020; act. 5/1 und act. 5/35). 2.4.3.1.4. Damit fand das klägerische Darlehen zu Unrecht keinen Niederschlag in der Bilanz (vgl. auch act. 1 Rz.

86). Konkret hätten folgende Rückstellungen gebildet werden müssen: ■ im Jahr 2015 CHF 206'973.30 ■ im Jahr 2016 CHF 240'216.62 ■ im Jahr 2017 CHF 240'216.62 ■ im Jahr 2018 CHF 476'014.00 ■ im Jahr 2019 CHF 476'014.00 ■ im Jahr 2020 CHF 476'014.00

2.4.3.1.5. Die Finanzverantwortung, welche insbesondere die vollständige und vorsichtige Buchführung umfasst, gehört zu den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben eines Verwaltungsrats. Daher hat die Beklagte als einziges Verwaltungsratsmitglied der Gesellschaft dadurch ihre Pflichten verletzt, dass sie das Darlehen des Klägers, im Wissen um dessen Ansicht, dass ihm eine Rückzahlung zustehe, nicht im dargelegten notwendigen Umfang in den Geschäftsbüchern verbucht hat (vgl. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 i.V.m. Art. 957 ff. OR; vgl. auch act. 1 Rz. 55, Rz. 84 ff. und Rz. 100, act. 13 S. 5, S. 22 f., S. 25 f. und S. 30, act. 25 Rz. 34 und act. 34 Rz. 28 und Rz. 33 f.). In ihrer Verantwortung für die finanzielle Führung der Gesellschaft hätte sie hinsichtlich des drohenden und hernach anhängigen Prozesses laufend eine Beurteilung des voraussehbaren Verfahrensausgangs resp. der Prozessrisiken vornehmen und angemessene Rückstellungen bilden müssen. Ein entsprechendes Vorgehen hätte billigerweise von einer ordnungsgemäss handelnden Verwaltungsrätin, die ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllt, in einer vergleichbaren

- 38 - Situation erwartet werden dürfen (vgl. dazu auch E. 2.7.). Indem die Beklagte keine Rückstellungen verbucht hat, hat sie sich als Verwaltungsrätin pflichtwidrig verhalten.

2.4.3.1.6. Zusammenfassend ist das klägerische Darlehen zu Unrecht und in Verletzung der verwaltungsrätlichen Pflichten der Beklagten nicht im aufgezeigt notwendigen Umfang in den Geschäftsbüchern der D. \_\_\_\_\_ AG verbucht worden.

2.4.3.2. Überschuldung

2.4.3.2.1. Der Kläger führt mit Verweis auf die Bilanzen der Gesellschaft betreffend den massgeblichen Zeitraum aus (act. 1 Rz. 45 ff. m.H.a. act. 3/18 resp. act. 3/18 und act. 3/23), die D. \_\_\_\_\_ AG habe über Aktiven im Wert wie folgt verfügt: ■ per 31. Dezember 2015 CHF 1'383'209.45 ■ per 31. Dezember 2016 CHF 1'322'345.60 ■ per 31. Dezember 2017 CHF 627'432.05 ■ per 31. Dezember 2018 CHF 277'253.15 ■ per 31. Dezember 2019 CHF 82'722.75 ■ per 31. Dezember 2020 CHF 41'440.85 Dem sei Fremdkapital im Wert wie folgt gegenübergestanden (act. 1 Rz. 45 ff. m.H.a. act. 3/18 und act. 3/23): ■ per 31. Dezember 2015 CHF 1'000'000.00 ■ per 31. Dezember 2016 CHF 1'000'000.00 ■ per 31. Dezember 2017 CHF 350'000.00 ■ per 31. Dezember 2018 CHF 24'000.00 ■ per 31. Dezember 2019 CHF 5'000.00 ■ per 31. Dezember 2020 CHF 0.00 Die Beklagte bezeichnet die in der Klageschrift angestellten Berechnungen des Klägers als blossen "Buchhaltungshokuspokus" und bestreitet sie als irrelevant,

- 39 - ohne den konkreten Zahlen zu widersprechen (vgl. act. 13 S. 24). Diese ergeben sich indessen aus den vom Kläger zum Beweis seiner Ausführungen zu den Akten gereichten Jahresabschlüssen der betroffenen Jahre (vgl. act. 3/18 und 3/23), welche unbestritten geblieben sind.

2.4.3.2.2. Begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht spätestens im Moment, in dem die Bilanz erstmals eine Überschuldung ausweist: Werden die vorliegend zu Unrecht nicht bilanzierten Rückstellungen (vgl. E. 2.4.3.1.4.), konkret die Darlehensrückstellungen ab dem Jahr 2015, die wie aufgezeigt ebenfalls als (langfristiges) Fremdkapital hätten bilanziert werden müssen, von der Differenz der Aktiven und des tatsächlich bilanzierten Fremdkapitals subtrahiert und resultiert ein negatives Ergebnis ( $< 0$ ), bestand ab diesem Zeitpunkt Anlass zur begründeten Besorgnis einer Überschuldung. Dies war wie folgt der Fall: ■ im Jahr 2015: CHF 383'209.45 - CHF 206'973.30 =  $> 0$  ■ im Jahr 2016: CHF 322'345.60 - CHF 240'216.62 =  $> 0$  ■ im Jahr 2017: CHF 277'432.05 -

CHF 240'216.62 => 0 ■ im Jahr 2018: CHF 253'253.15 - CHF 476'014.00 = < 0 ■ im Jahr 2019: CHF 77'722.75 - CHF 476'014.00 = < 0 ■ im Jahr 2020: CHF 41'440.85 - CHF 476'014.00 = < 0 Aus den oben dargestellten Berechnungen ergibt sich, dass unter der Voraussetzung der pflichtgemässen Bilanzierung ab dem Jahr 2018 ein negativer Saldo in der Bilanz vorlag, weshalb ab diesem Zeitpunkt Anlass zur begründeten Besorgnis einer Überschuldung der Gesellschaft im Sinne des Gesetzes bestand. 2.4.3.2.3. Sofern die Beklagte dagegen sinngemäss einwenden wollte, die offenen Forderungen gegenüber dem Mieter während der hängigen Mietgerichtsverfahren hätten auf der Aktivseite der Bilanz noch (resp. anders) berücksichtigt werden müssen (angetönt in act. 34 Rz. 28), hätte sie konkrete Angaben dazu machen resp. Zahlen nennen müssen, was sie unterlassen hat (vgl. act. 13 und act. 34). Im Gegenteil führt sie selber aus, die Forderung gegenüber dem Mieter sei im Dezember 2015 "noch nicht liquide" (act. 13 S. 27) bzw. in den Jahren 2018 und 2019, "wert-

- los" gewesen (vgl. act. 34 Rz. 30). Für die Zeit nach dem Abschluss der besagten Mietgerichtsverfahren führt sie aus, per September 2019 habe die Gesellschaft infolge der mietrechtlichen Streitigkeit Verlustscheine erhalten und damit über "damals nicht durchsetzbares", aber dennoch rechtskräftig festgesetztes Guthaben in der Höhe von bzw. über latente Aktiven im Umfang von CHF 1'216'223.35 verfügt (act. 13 S. 12 und S. 16 je m.H.a. act. 3/24, S. 25 f., S. 27 f. und S. 31; act. 34 Rz. 6, Rz. 8, Rz. 17 f. und Rz. 25). Per Datum der Konkurseröffnung habe die Gesellschaft über rechtskräftige Forderungen gegenüber dem ehemaligen Mieter im Betrag von CHF 1'216'223.35 verfügt. Von einer Überschuldung könne somit keine Rede sein (act. 13 S. 23 f.; act. 34 Rz. 17). Der Kläger bestreitet die Darstellung der Beklagten und führt aus, die Verlustscheine seien wertlos gewesen und hätten nicht verbucht werden können, da der fragliche Mieter zahlungsunfähig gewesen sei (act. 25 Rz. 38 m.H.a. act. 3/24, vgl. auch Rz. 40 m.H.a. act. 3/24, Rz. 50 f., Rz. 54, Rz. 57 und Rz. 59). Wie dargelegt, ist die Erfassung einer Position in den Geschäftsbüchern – vor dem seitens der Parteien behaupteten Tatsachenhintergrund – von Amtes wegen zu beurteilen. Für Verlustscheine verhält es sich so, dass weder der Mittelzufluss als wahrscheinlich erachtet werden kann, noch deren Wert verlässlich geschätzt werden könnte (vgl. Art. 959 Abs. 2 OR). Im Gegenteil hat sich deren Schuldner offenbar bereits als zahlungsunfähig erwiesen, da ansonsten keine Verlustscheine ausgestellt worden wären. Daher und in Anwendung des Vorsichtsprinzips können Verlustscheine nicht als Aktivum verbucht werden resp. war der Wert der ursprünglichen Forderung infolge der hohen Verlustwahrscheinlichkeit in der Bilanz im massgeblichen Zeitpunkt richtigerweise auf null zu berichtigen (vgl. Art. 960 Abs. 2 und 3 OR). Das scheint im Übrigen auch die Beklagte so zu sehen, zumal sie ausführt, das Guthaben sei per September 2019 nicht durchsetzbar gewesen (vgl. act. 13 S. 12). Ohne Bedeutung für die periodengerechte bilanzielle Bewertung der Forderungen ist, ob ein Schuldner zu einem späteren Zeitpunkt zu Geld kommt (so die Beklagte: act. 13 S. 17 und act. 34 Rz. 4 ff., Rz. 30 und Rz. 32; vom Kläger bestritten: act. 25 Rz. 38 und Rz. 41). Auch die Frage, ob die Gesellschaft im tatsächlichen Konkurszeitpunkt (noch) überschuldet war, ist infolge der periodengerechten Bewertung der Bilanz irrelevant für die Ermittlung des Zeitpunkts der begründeten

- 41 - Besorgnis der Überschuldung. Auf die vom Kläger zum Thema offerierten Zeugenbefragungen (vgl. act. 25 Rz. 40) kann daher mangels Relevanz ebenso verzichtet werden wie auf die von der Beklagten offerierten Partei- und Zeugenbefragungen und Editionen

(vgl. act. 13 S. 17 und act. 34 Rz. 4). Daran ändert folglich auch nichts, dass Verlustscheine eine 20-jährige Verjährungsfrist haben (vgl. act. 13 S. 28 und act. 34 Rz. 32; act. 25 Rz. 57). Demnach sind weder während der anhängigen noch nach den abgeschlossenen mietrechtlichen Streitigkeit der D. \_\_\_\_\_ AG zusätzliche Aktiven in deren gesellschaftlichen Bilanz zu berücksichtigen, welche etwas an der festgestellten begründeten Besorgnis einer Überschuldung ab dem Geschäftsjahr 2018 ändern könnten: Die Gesellschaft hatte nicht nur "Liquiditätsprobleme" (vgl. act. 13 S. 25). Somit verhält sich der Kläger nicht rechtsmissbräuchlich oder widersprüchlich, zumal in Bezug auf den relevanten Zeitraum ab 2018 (vgl. act. 13 S. 3, S. 7 und S. 24 f. und act. 34 Rz. 8; so auch der Kläger: act. 25 Rz. 23 und Rz. 51). Schliesslich ist in Anbetracht der gesetzlichen Vorgaben für die Bilanz die von der Beklagten aufgeworfene und vom Kläger bestrittene Frage, ob dem Kläger die finanziellen Verhältnisse der Gesellschaft "zu jeder Zeit ausnahmslos bekannt waren", von vornherein unerheblich für das Bestehen einer allfälligen gesellschaftlichen Überschuldung (vgl. act. 13 S. 5 und S. 25 f.; bestritten durch den Kläger: act. 25 Rz. 26 und Rz. 51 f.). Für die vorliegenden Zwecke gleichsam unbedeutend ist die von der Beklagten kritisierte zeitliche Dauer des Mietgerichtsverfahrens (act. 13 Rz. 25 und S. 30; act. 34 Rz. 28; act. 25 Rz. 51 und Rz. 58).

### 2.4.3.3. Folgen gemäss Art. 725 Abs. 2 aOR 2.4.3.3.1. Aus den Pflichten eines Verwaltungsratsmitglieds, die wirtschaftliche und finanzielle Lage der Gesellschaft im Rahmen seiner Oberleitung kontinuierlich zu überwachen und mit aller Sorgfalt zu handeln (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 und Art. 717 Abs. 1 OR; BGE 132 III 564 E. 5.1), folgt, dass es stets darauf achten muss, ob Anlass für eine begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht (KÄGI/ZWEIFEL, in: Basler Kommentar OR II, a.a.O., Art. 725 N 14). Demnach hätte die Beklagte als Verwaltungsrätin der Gesellschaft in dem Moment im Jahr 2018, als die Bilanz bei korrekter Verbuchung erstmals eine Überschuldung ausgewiesen hätte, als

- 42 - Folge der begründeten Besorgnis der Überschuldung ohne Verzug eine Zwischenbilanz erstellen und diese einem zugelassenen Revisor zur Prüfung vorlegen müssen (Art. 725 Abs. 2 erster Satz aOR; act. 1 Rz. 3, Rz. 63 und Rz. 78 f. analog). Sodann hätte die Beklagte – unter der noch zu zeigenden Bedingung, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt waren (vgl. E. 2.5.3.) – das Gericht benachrichtigen müssen, sofern nicht konkrete Aussicht auf eine Sanierung bestand, beispielsweise allfällige Gesellschaftsgläubiger im Ausmass der Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurückgetreten waren (Art. 725 Abs. 2 zweiter Satz aOR; Art. 716 Abs. 1 Ziff. 7 a OR; BGE 116 II 533 E. 5.a; act. 1 Rz. 54, Rz. 89 f. und Rz. 98). Diesbezüglich stellt sich die Beklagte zwar auf den Standpunkt, Sanierungsmassnahmen seien nicht notwendig gewesen (act. 34 Rz. 28), der Kläger habe der Gesellschaft ein partiarisches Darlehen gewährt, welches per analogiam zu einem Rangrücktritt bzw. Schulderrücktritt nicht zu verbuchen gewesen sei (vgl. act. 13 S. 23 und act. 34 Rz. 33; bestritten durch den Kläger: act. 25 Rz. 50). In dessen – abgesehen davon, dass auch partiarische Darlehen als Fremdkapital in den Passiven zu verbuchen sind – im vorliegend relevanten Zeitpunkt die für das Unternehmen abschlägigen Entscheide des Handels- und des Bundesgerichts bereits ergangen, weshalb unter Einhaltung der pflichtgemässen Sorgfalt ohnehin kein Raum mehr dafür bestand, das klägerische Darlehen nicht voll zu verbuchen (vgl. E. 2.4.3.1.3.). Dass andere Gesellschaftsgläubiger einen Rangrücktritt vorgenommen hätten, bringt auch die Beklagte nicht vor (vgl. act. 13 e contrario und act. 34 Rz. 33). Sanierungsmassnahmen wären demnach durchaus notwendig gewesen; die Beklagte hätte das Gericht in Nachachtung ihrer

Sorgfaltspflichten anrufen müssen. 2.4.3.3.2. Folglich hat die Beklagte in pflichtwidriger Weise gegen die Bestimmungen über das Verhalten bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung gemäss Art. 725 Abs. 2 aOR verstossen. 2.4.4. Zwischenfazit zur Pflichtverletzung Die Beklagte hat ihre unübertragbaren und unentziehbaren Pflichten als Verwaltungsrätin der Gesellschaft i.S.v. Art. 716a Abs. 1 OR verletzt, als sie es unterliess,

- 43 - die gesetzlich verlangten Rückstellungen für das klägerische Darlehen in den jeweiligen Geschäftsbüchern zu bilden und zu verbuchen. Hätte sie pflichtgemäss gehandelt, hätte sich ab dem Jahr 2018 Anlass zur begründeten Besorgnis der Überschuldung der Gesellschaft aus den Geschäftsbüchern ergeben. Dadurch, dass die Beklagte damals nicht unverzüglich eine Zwischenbilanz erstellt, einem zugelassenen Revisor zur Prüfung vorgelegt und alsdann das Gericht benachrichtigt hat, versties sie sowohl gegen die Pflichten zur ordnungsgemässen Buchführung der Gesellschaft als auch gegen die Bestimmungen über das Verhalten bei begründeter Besorgnis der Überschuldung (vgl. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3, Ziff. 6 und Ziff. 7 und Art. 717 Abs. 1 OR, Art. 725 Abs. 2 aOR und Art. 957 ff. OR). Damit beging sie verantwortlichsrechtlich relevante Pflichtverletzungen (vgl. Art. 754 Abs. 1 OR). 2.5. Zum Schaden im Einzelnen 2.5.1. Streitpunkte 2.5.1.1. Der Kläger macht geltend, der D.\_\_\_\_\_ AG sei dadurch ein Konkursverschleppungsschaden entstanden, dass der Konkurs über sie erst am 4. März 2021 und nicht bereits früher eröffnet worden sei (act. 1 Rz. 3 f., Rz. 91, Rz. 95 und Rz. 103; act. 25 Rz. 29). Konkret führt er aus, der Konkurs hätte – bei behauptungsgemäss korrekter Buchführung – bereits Ende Dezember 2015 eröffnet werden müssen, als der Passivenüberschuss CHF 134'223.55 betragen habe (act. 1 Rz. 3, Rz. 46, Rz. 70, Rz. 88 und Rz. 92). Gleichwohl weist er die Überschuldung der Gesellschaft für alle Jahre ab 2014 je einzeln aus (act. 1 Rz. 45 ff.), wobei er per 31. Dezember 2018 einen Passivenüberschuss von CHF 222'760.85 berechnet (act. 1 Rz. 49). Für den Zeitpunkt der effektiven Konkursöffnung am 4. März 2021 behauptet er einen Passivenüberschuss in der Höhe von CHF 440'496.65 (act. 1 Rz. 71 und Rz. 93). Den Konkursverschleppungsschaden, welcher sich aus der Differenz der betroffenen Vermögensstände ergebe (vgl. act. 1 Rz. 81 und Rz. 91), errechnet er auf CHF 306'273.10 (act. 1 Rz. 95, Rz. 98 und Rz. 103). Den teilkla-  
geweise eingeklagten Betrag beziffert er in der Replik auf CHF 217'735.80 (act. 25 S. 2).

- 44 - 2.5.1.2. Die Beklagte bestreitet sowohl die Konkursverschleppung als auch den Konkursverschleppungsschaden an sich (act. 13 S. 5 f., S. 17 f., S. 26, S. 29 f. und S. 31 f.; act. 34 Rz. 8 f., Rz. 11, Rz. 14, Rz. 17 f., Rz. 24 und Rz. 37). Ein solcher werde vom Kläger weder substantiiert behauptet noch bewiesen (act. 13 S. 5 und S. 31). Sie stellt sich auf den Standpunkt, der Vermögensstand der Gesellschaft sei immer der gleiche gewesen (act. 13 S. 24 und S. 31). Ein allfälliger Schaden sei lediglich durch das unnötige klägerische Konkursbegehren verursacht worden, mit dem der Kläger die Gesellschaft selber geschädigt habe (act. 13 S. 6 und S. 28 f.). Ohnehin habe der Kläger keinen Schaden erlitten, vielmehr sei er bereichert (act. 13 S. 17, S. 29 und S. 32) bzw. hätte der Kläger nicht "schuldhaft" einen Vergleich über CHF 37'000.– abgeschlossen, hätte er auch keinen Ausfall erlitten (act. 34 Rz. 5, Rz. 8, Rz. 11, Rz. 18, Rz. 22, Rz. 26 und Rz. 36). 2.5.2. Rechtliches 2.5.2.1. Gesellschaftsorgane haften für Schäden, die als Folge der Verletzung ihrer aktienrechtlichen Pflichten entstehen. Nach ständiger Rechtsprechung entspricht der Schaden im Recht über die Verantwortlichkeit der Gesellschaftsorgane, gleich wie im übrigen Haftpflichtrecht, der ungewollten Verminderung des Reinvermögens, mithin der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem (hypothetischen) Stand,

den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (Differenztheorie; BGE 145 III 225 E. 4.1.1.; BGE 142 III 23 E. 4.1 m.w.H.; BGer Urteil 4A\_294/2020 vom 14. Juli 2021 E. 4.1.2.3). Er kann sich in einer Vermehrung der Passiven, einer Verminderung der Aktiven oder in entgangenem Gewinn offenbaren. Besteht der Schaden in der Zunahme der Überschuldung der Konkursistin, welcher durch Weiterwirtschaften trotz eingetretener Überschuldung entstanden ist – sog. "Fortführungsschaden zufolge Konkursverschleppung" (BGE 136 III 322 E. 3.2; vgl. auch BÖCKLI, a.a.O., § 16 Rz. 220) – so ist die tatsächlich eingetretene, effektive Überschuldung der Konkursistin mit jener zu vergleichen, die bei einem Konkurs zum früheren Zeitpunkt bestanden hätte. Der frühere Zeitpunkt ist demnach der anhand einer Prognose zu ermittelnde Zeitpunkt, in dem der Konkurs ohne Pflichtverletzung des Verwaltungsrats hätte eröffnet werden sollen (BGer Urteil 4A\_418/2015 vom 6. Januar 2016 E. 3.3.1.; bestätigt bspw. in BGer Urteil - 45 - 4A\_97/2017 vom 4. Oktober 2017 E. 4.1.1., BGer Urteil 4A\_218/2020 vom 19. Januar 2021 E. 6.1.2. und BGer Urteil 4A\_188/2022 vom 20. September 2022 E. 6.1.1.; GERICKE/HÄUSERMANN/WALLER, a.a.O., Art. 757 N 22; GLANZMANN, Haftungsrisiken der Leitungsorgane in der finanziellen Krise des Unternehmens, in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX, 2014, S. 260). Konkret ist zur Ermittlung des Zeitpunkts der hypothetischen Konkurseröffnung zunächst der Zeitpunkt festzustellen, an dem der Verwaltungsrat ernsthafte Gründe für die Annahme hatte, dass die Gesellschaft überschuldet war, und alsdann davon ausgehend je nach den konkreten Umständen der Zeitpunkt zu bestimmen, in dem der Konkurs eröffnet worden wäre (sog. Projektion; BGer Urteil 4A\_188/2022 vom 20. September 2022 E. 6.1.1.; GERICKE/HÄUSERMANN/WALLER, a.a.O., Art. 754 N 22). 2.5.2.2. Für die Bestimmung der beiden Vermögensstände in den massgebenden Zeitpunkten ist auf den jeweiligen Veräusserungs- bzw. Liquidationswert abzustellen, weil die Konkurseröffnung zur Liquidation der Gesellschaft führt (Art. 736 Abs. 1 Ziff. 3 und Art. 740 Abs. 5 OR; BGer Urteil 4A\_574/2015 vom 11. April 2016 E. 6.5.3.; BGer Urteil 4A\_418/2015 vom 6. Januar 2016 E. 3.1.; GERICKE/HÄUSERMANN/WALLER, a.a.O., Art. 754 N 22; BÖCKLI, a.a.O., § 16 Rz. 223). Bei sehr einfachen Verhältnissen kann auf die Einholung eines Gutachtens zur Bestimmung der Liquidationswerte verzichtet und auf den aus den Buchhaltungsunterlagen ersichtlichen Saldo abgestellt werden, wobei sich der Vermögensstand einer Gesellschaft aus der Differenz zwischen den Aktiven und den Passiven errechnet (BGer Urteil 4A\_218/2020 vom 19. Januar 2021 E. 6.1.2.; BGer Urteil 4C.263/2004 vom 23. Mai 2005 E. 3, vgl. auch BGE 136 III 322 E. 3.2.1: "Der Schaden, der durch eine verzögerte Konkurseröffnung entstanden ist, kann bundesrechtskonform 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 Konkurseröffnung verglichen wird"; vgl. auch BÖCKLI, a.a.O., § 16 Rz. 227 ff.). 2.5.2.3. In Bezug auf die Höhe des vorliegend einklagbaren Schadens ist in Erinnerung zu rufen, dass Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG den (vollen) Schaden der Gläubigergesamtheit – und nicht ihre eigenen Ansprüche – geltend ma-

- 46 - chen (BGE 132 III 342 E. 4.1; GERICKE/HÄUSERMANN/WALLER, a.a.O., Art. 757 N 12 ff. und N 18; vgl. E. 1.1.3.): Massgebend ist die unfreiwillige Vermögenseinbusse, welche die (ehemalige) Gesellschaft durch die pflichtwidrigen Handlungen ihrer Organe erlitten hat (BGE 132 III 342 E. 2.3.3). 2.5.2.4. Die Behauptungs- und Beweislast

trifft den Geschädigten als klagende Partei (Art. 8 ZGB). Ist die strikte Bezifferung des Schadens unmöglich oder unzumutbar, ist der Schaden laut Art. 42 Abs. 2 OR von Amtes wegen nach gerichtlichem Ermessen mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen abzuschätzen (BGE 144 III 155 E. 2.3 m.w.H.; BGE 143 III 297 E. 8.2.5.2; HGer ZH HG180035 vom 31. März 2020 E. III.2.2.; GERICKE/HÄUSERMANN/WALLER, a.a.O., Art. 757 N 21 f. m.H.). Allerdings sind auch im Rahmen dieser Norm – 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; BGer Urteil 4A\_597/2016 vom 22. Januar 2018 E. 4.). Im Resultat ergibt sich eine Herabsetzung des Beweismasses auf jenes der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (GERICKE/HÄUSERMANN/WALLER, a.a.O., Art. 757 N 21a). 2.5.3. Würdigung 2.5.3.1. Vermögensstand im Zeitpunkt der hypothetischen Konkurseröffnung 2.5.3.1.1. Vorstehend wurde dargelegt, dass nach der Bestätigung der Gutheissung des Teilklageentscheids des hiesigen Gerichts durch das Bundesgericht im September 2018 das Risiko der Gesellschaft, dem Kläger den vollen Betrag zurückzahlen zu müssen, auf über 75 % Eintrittswahrscheinlichkeit angestiegen war (vgl. E. 2.4.3.1.3.). Ab diesem Zeitpunkt war die klägerische Forderung in den Büchern der Gesellschaft demnach vollumfänglich, mithin im vom Kläger behaupteten und seitens der Beklagten in Bezug auf die konkrete Höhe lediglich als irrelevant bestrittenen Umfang von CHF 476'014.– [inkl. Zins], im Fremdkapital zu verbuchen (act. 1 Rz. 49; act. 13 S. 24). Folglich bestand ab Ende September 2018 – und nicht bereits ab Oktober 2015 wie vom Kläger behauptet (act. 1 Rz. 3, Rz. 63 ff.,

- 47 - Rz. 69 f. und Rz. 87 f.) – Anlass zur begründeten Besorgnis einer Überschuldung und damit Grund zum Vorgehen nach Art. 725 Abs. 2 aOR. 2.5.3.1.2. Die vom Kläger – wenn auch ursprünglich für das Jahr 2015 vorgetragenen – für die gegebenen Verhältnisse substantiiert vorgebrachten und von der Beklagten lediglich pauschal bestrittenen notwendigen Zeitaufwände für die Erstellung einer Zwischenbilanz ("maximal innert Wochenfrist"), deren Prüfung durch einen Revisor ("[höchstens] zwei Wochen") und die Benachrichtigung des Richters samt der Konkurseröffnung ("rund einen Monat") erscheinen als plausibel für die konkreten Umstände (act. 1 Rz. 64 und Rz. 67 f.; act. 13 S. 27 f.). In zeitlicher Hinsicht kann demnach für die Darstellung der finanziellen Lage im Zeitpunkt der hypothetischen Konkurseröffnung auf die vom Kläger behaupteten und belegten Bilanzzahlen per 31. Dezember 2018 als Zwischenbilanz abgestellt werden (act. 1 Rz. 49 m.H.a. act. 3/23): Dieser Zeitpunkt liegt rund drei Monate nach der eingetretenen Besorgnis einer Überschuldung, was die vom Kläger aufgezeigte Gesamtdauer ab der Erstellung der Zwischenbilanz bis zur hypothetischen Konkurseröffnung sogar um mehr als einen Monat übersteigt und somit ohne Weiteres opportun ist. In finanzieller Hinsicht stellt der Kläger mit der Begründung, dass die Gesellschaft über keine Sachwerte verfüge, weshalb die Zwischenbilanz zu Fortführungs- und Liquidationswerten gleich ausgefallen wäre, auf die ausgewiesenen Bilanzzahlen (als Liquidationswerte) ab, und ergänzt, infolge der einfachen Vermögensverhältnisse könne auf ein Gutachten zur Bestimmung des Liquidationswerts verzichtet werden (act. 1 Rz. 66 ff., Rz. 81 und Rz. 94 analog; pauschal bestritten durch die Beklagte: vgl. act. 13 S. 28, S. 30 und S. 32). Das erscheint mit Blick auf die massgeblichen Buchhaltungsunterlagen, insbesondere die Tatsache, dass die D.\_\_\_\_\_ AG weder Sachanlagen noch Immobilien in ihren Aktiven ausweist, als überzeugend, zumal auch alle mit der Liquidation zusammenhängenden Kosten noch berücksichtigt werden müssten. Wollte die Beklagte den Zahlen widersprechen, wäre es

ohnehin an ihr, die in ihrer Sphäre liegenden Tatsachen (substantiiert) vorzubringen (vgl. die lediglich pauschale Bestreitung: act. 13 S. 32). 2.5.3.1.3. Folglich kann für die Darstellung der finanziellen Lage der Gesellschaft nach Liquidationswerten im Zeitpunkt der hypothetischen Konkursöffnung auf die

- 48 - vom Kläger behaupteten und belegten Bilanzzahlen per 31. Dezember 2018 abgestellt werden (act. 1 Rz. 49 m.H.a. act. 3/23). Demnach verfügte die Gesellschaft im ersten massgeblichen Zeitpunkt für die Berechnung des Konkursverschleppungsschadens über Aktiven im Umfang von CHF 277'253.15 und Fremdkapital in der Höhe von CHF 24'000.–. Hinzu kam die per 31. Dezember 2018 ausstehende und im vollen Umfang als langfristiges Fremdkapital zu verbuchende Forderung des Klägers von insgesamt CHF 476'014.– (act. 1 Rz. 49; von der Beklagten als irrelevant bestritten: act. 13 S. 49; vgl. E. 2.4.3.1.4). Damit resultiert für den Zeitpunkt, in dem der Konkurs hätte eröffnet werden müssen, ein Passivenüberschuss in der Höhe von CHF 222'760.85 (so auch der Kläger: act. 1 Rz. 49). 2.5.3.2. Vermögensstand im Zeitpunkt der effektiven Konkursöffnung 2.5.3.2.1. Mit Urteil vom 4. März 2021 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich den Konkurs über die D.\_\_\_\_\_ AG (act. 1 Rz. 2, Rz. 19 m.H.a. act. 3/5 und act. 3/11, Rz. 40, Rz. 52, Rz. 71 m.H.a. act. 3/11 und Rz. 91; act. 34 Rz. 3). Mit Hinweis auf die Bilanz per Stichtag 4. März 2021 und die vorliegend einfachen Verhältnisse behauptet der Kläger für den Zeitpunkt der effektiven Konkursöffnung der Gesellschaft für die Berechnung des Konkursverschleppungsschadens massgebende Aktiven in der Höhe von CHF 35'517.35 zum Liquidationswert und Passiven im Umfang seiner zu Unrecht nicht verbuchten offenen Darlehensschuld von insgesamt CHF 476'014.– (act. 1 Rz. 71 m.H.a. act. 3/23 und Rz. 93 f.). So ergebe sich ein Passivenüberschuss in der Höhe von CHF 440'496.65 (act. 1 Rz. 71, Rz. 81 und Rz. 93). Die Beklagte bestreitet den Passivenüberschuss einerseits, indem sie die Verlustscheine aus dem mietrechtlichen Verfahren in der Höhe von CHF 1'216'223.35 als Aktivum berücksichtigt haben möchte (act. 13 S. 12., S. 16, S. 25 und S. 27 f.; act. 34 Rz. 8 und Rz. 25), und andererseits durch Bestreiten der klägerischen Forderung als Passivum (act. 13 S. 5 und S. 22 f.; act. 34 Rz. 33 f.). Zu beiden Vorbringen kann indessen auf die vorstehenden Erwägungen 2.4.3.1. ff. verwiesen werden, wo bereits dargelegt wurde, dass Verlustscheine nicht als Aktiven bilanziert werden können und dass und in welchem Umfang das klägerische Darlehen im massgebenden Zeitraum als Fremdkapital hätte verbucht werden müssen. Die Beklagte kann aus ihrer Entgegnung demnach nichts für sich ableiten.

- 49 - Weitere Einwände zum Vermögensstand im Zeitpunkt der Konkursöffnung erhebt sie nicht. 2.5.3.2.2. Demzufolge und unter Berücksichtigung der vorliegend einfachen Vermögensverhältnisse kann auf die substantiierten Behauptungen des Klägers abgestellt werden, wonach der Passivenüberschuss der Gesellschaft im Zeitpunkt der effektiven Konkursöffnung zum Liquidationswert CHF 440'496.65 betrug. 2.5.3.3. Konkursverschleppungsschaden 2.5.3.3.1. Aus der Differenz der Vermögensstände im Zeitpunkt der effektiven und der hypothetischen Konkursöffnung ergibt sich eine Zunahme der Überschuldung, einen Konkursverschleppungsschaden, in der Höhe von CHF 217'735.80 (CHF 440'496.65 - CHF 222'760.85; vgl. act. 1 Rz. 95 analog). 2.5.3.3.2. Somit gelingt es dem Kläger, die für die Berechnung des Konkursverschleppungsschadens notwendigen Tatsachen sowie namentlich die seitens der Beklagten bestrittene Veränderung des gesellschaftlichen Vermögens rechtsgenügend darzulegen (vgl. act. 13 S. 24 und S. 31; vgl. act. 25 Rz. 51 und Rz. 59). Dass er selber einen höheren Schaden

errechnet, ist die Konsequenz davon, dass er bereits zu einem früheren Zeitpunkt eine Überschuldung der Gesellschaft behauptet. Das schadet nicht, weil es sich hierbei um eine Frage der rechtlichen Würdigung handelt, welche von Amtes wegen unter Anwendung des vom Kläger gelieferten Tatsachenfundaments zu beurteilen war. Bemerkenswert ist, dass der Kläger teilklageweise exakt den vorstehend errechneten Konkursverschleppungsschaden geltend macht (vgl. act. 25 S. 2). 2.5.3.3.3. Demnach war der Konkurs der Gesellschaft weder "unnötig", noch erfolgte er "zur Unzeit" (vgl. act. 13 S. 6 und S. 28; so auch der Kläger: act. 25 Rz. 26 und Rz. 57). Die diesbezüglichen Rügen der Beklagten laufen ins Leere (vgl. auch act. 34 Rz. 5 und act. 38 Rz. 8). Da der Schaden definitionsgemäss durch die Fortführung des Geschäfts verursacht wurde, kann der Kläger diesen durch die Einleitung des Konkursverfahrens nicht erhöht haben (vgl. act. 13 S. 6 und S. 31; so auch der Kläger: act. 25 Rz. 26 und Rz. 59). Zu beachten ist auch, dass der Schaden

- 50 - des Klägers persönlich unerheblich ist (vgl. act. 13 S. 18 und S. 29 und act. 34 Rz. 22; so auch der Kläger: act. 25 Rz. 3 ff., Rz. 6 und Rz. 29 f.). Ohne Relevanz für die Höhe des gesellschaftlichen Konkursverschleppungsschadens ist sodann die Frage, ob und in welchem Ausmass der Kläger bereits durch den Erhalt der Verlustscheine befriedigt worden ist oder hätte befriedigt werden können (vgl. E. 1.1.4. und E. 2.9.). Schliesslich wäre auch eine allfällige Bereicherung nicht durch das hiesige Gericht, sondern durch das Konkursamt zu beurteilen (vgl. act. 13 S. 17, S. 29 und S. 32; ohnehin bestritten vom Kläger: act. 25 Rz. 41, Rz. 57 und Rz. 60). Der Schaden ist ausgewiesen. 2.5.4. Zwischenfazit zum Schaden Aus der Erhöhung der Überschuldung der Gesellschaft seit dem Zeitpunkt, an dem der Konkurs bei pflichtgemäsem Handeln hätte eröffnet werden müssen, dem 31. Dezember 2018, von einem Vermögensstand von CHF - 222'760.85 auf einen von CHF - 440'496.65 im effektiven Konkurszeitpunkt am 4. März 2021, ergibt sich ein Konkursverschleppungsschaden in der Höhe von CHF 217'735.80. 2.6. Zum Kausalzusammenhang im Einzelnen 2.6.1. Streitpunkte 2.6.1.1. Der Kläger führt aus, hätte die Beklagte die Verbindlichkeit der D. \_\_\_\_\_ AG ihm gegenüber korrekt verbucht, hätte dies Anlass zur begründeten Besorgnis der Überschuldung gegeben und die Beklagte dazu veranlassen müssen, per 31. Oktober 2015 eine Zwischenbilanz zu erstellen und diese dem Revisor zur Prüfung vorzulegen (act. 1 Rz. 97). Daraus hätte sich ergeben, dass die Gesellschaft einen Passivenüberschuss aufwies. Da die Beklagte nicht auf einen Rangrücktritt anderer Gläubiger hingewirkt habe, hätte sie den Richter benachrichtigen müssen, worauf über die Gesellschaft per 31. Dezember 2015 der Konkurs eröffnet worden wäre (act. 1 Rz. 98). In diesem Fall hätte die Konkursmasse der Gesellschaft mehr betragen als im Zeitpunkt der effektiven Konkurseröffnung am 4. März 2021. Die pflichtwidrigen Unterlassungen der Beklagten seien somit kausal für den Konkursverschleppungsschaden (act. 1 Rz. 99).

- 51 - 2.6.1.2. Die Beklagte hält dagegen, sie habe zu keiner Zeit ihre Verantwortlichkeitspflichten zum Nachteil des Klägers und mit einer kausalen Schadensfolge verletzt (act. 13 S. 18). Vorliegend gehe es nicht um Buchprüfung, sondern ausschliesslich darum, ob durch fehlerhaftes Handeln oder Nichthandeln ihrerseits in direkt kausaler Folge ein Schaden entstanden sei oder nicht (act. 13 S. 26). Das sei zu verneinen. Von einer kausalen Schadensverursachung könne keine Rede sein (act. 13 S. 31). 2.6.2. Rechtliches 2.6.2.1. Die dritte Voraussetzung für die Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit ist, dass das pflichtwidrige Verhalten des Organs den Schaden verursacht hat (Art. 754 Abs. 1 OR;

GERICKE/HÄUSERMANN/WALLER, a.a.O., Art. 754 N 42; VON DER CRONE, a.a.O., S. 118). Ist die Pflichtverletzung eine aktive Handlung, werden kumulativ eine natürliche und eine adäquate Kausalität vorausgesetzt. Ursachen im Sinne des natürlichen Kausalzusammenhangs sind alle Umstände, die nicht weggedacht werden können, ohne dass auch der eingetretene Erfolg entfiere (conditio sine qua non; BGer Urteil 4A\_133/2021 vom 26. Oktober 2021 E. 9.1.1.). Adäquat kausal ist eine Ursache, wenn sie nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, der Eintritt des Erfolges also durch das Ereignis allgemein als begünstigt erscheint (anstelle vieler: BGE 123 III 110 E. 3.a). Ist die Pflichtverletzung eine Unterlassung, bestimmt sich der Kausalzusammenhang danach, ob der Schaden auch bei Vornahme der unterlassenen Handlung eingetreten wäre resp. ob bei korrekter Handlung der eingetretene Schaden vermieden worden bzw. nicht in der festgestellten Art eingetreten wäre (sog. hypothetischer Kausalzusammenhang; BGer Urteil 4A\_133/2021 vom 26. Oktober 2021 E. 9.1.3.; BGer Urteil 4A\_294/2020 vom 14. Juli 2021 E. 4.1.2.4.1.; BGer Urteil 4A\_236/2015 vom

## E. 15

September 2015 E. 3.3.). Die möglichen Folgen einer nicht vorgenommenen Handlung stellen notgedrungen Spekulationen dar: Der direkte Beweis des Kausalzusammenhangs zwischen dem entstandenen Schaden und einer vorangehenden Unterlassung ist nicht möglich (vgl. BGer Urteil 4A\_588/2011 vom 3. Mai 2012 E. 2.2.4 m.w.H.). Für den hypothetischen Kausalverlauf muss daher nach den Er-

- 52 - fahrungen des Lebens und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge eine überwiegende Wahrscheinlichkeit sprechen (BGE 141 V 51 E. 8.1; BGE 124 III 155 E. 3.d; BGer Urteil 4A\_2/2020 vom 16. September 2020 E. 3.3.3.; GERICKE/HÄUSERMANN/WALLER, a.a.O., Art. 754 N 43). Bei der Beurteilung muss definitionsgemäss bereits eine Wertung unter dem Aspekt der allgemeinen Lebenserfahrung vorgenommen werden, wodurch unwahrscheinliche Geschehensabläufe ausser Betracht fallen, die bei einer aktiven Handlung mangels Adäquanz entfielen. Daher erübrigt sich im Zusammenhang mit Unterlassungen die separate Prüfung des adäquaten Kausalzusammenhangs regelmässig (BGE 141 V 51 E. 8.1; BGE 132 III 715 E. 2.3; BGer Urteil 4A\_133/2021 vom 26. Oktober 2021 E. 9.1.3.; BÖCKLI, a.a.O. § 16 Rz. 348). 2.6.2.2. Für den Nachweis des natürlichen bzw. hypothetischen Kausalzusammenhangs gilt das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (BGE 132 III 715 E. 3.1 f. m.w.H.; BGer Urteil 4A\_87/2019 vom 2. September 2019 E. 4.1.3.; BÖCKLI, a.a.O. § 16 Rz. 346). Die Beweislast trägt der Geschädigte (GERICKE/HÄUSERMANN/WALLER, a.a.O., Art. 754 N 42). 2.6.3. Würdigung 2.6.3.1. Vorstehend wurde bereits erwogen, dass die Beklagte in Verletzung ihrer unübertragbaren und unentziehbaren Pflichten als Verwaltungsrätin der D.\_\_\_\_\_ AG das klägerische Darlehen nicht im Sinne der Erwägungen als Rückstellung verbucht hat und in der Folge pflichtwidrig nicht nach Art. 725 Abs. 2 aOR vorgegangen ist (vgl. E. 2.4.). Ebenso wurde festgestellt, dass der Gesellschaft ein Konkursverschleppungsschaden in der Höhe von CHF 217'735.80 entstanden ist (vgl. E. 2.5.). Zwischen diesen pflichtwidrigen Unterlassungen und dem Konkursverschleppungsschaden behauptet der Kläger einen Kausalzusammenhang (act. 1 Rz. 97 ff.; bestritten durch die Beklagte: act. 13 S. 18, S. 26 und S. 31 f.). 2.6.3.2. Fürwahr ist nach den Erfahrungen des Lebens und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge überwiegend wahrscheinlich, dass der festgestellte Konkursverschleppungsschaden nicht eingetreten wäre, wenn die Beklagte den

dargestellten Pflichten nachgekommen wäre: Hätte die Beklagte das Darlehen richtig verbucht, hätte dies im September 2018 Anlass zur begründeten Besorgnis der Überschuldung gegeben und die Beklagte dazu veranlassen müssen, eine Zwischenbilanz zu erstellen und diese dem Revisor zur Prüfung vorzulegen (so auch der Kläger: act. 1 Rz. 97 analog). Dadurch hätte sich die Überschuldung der Gesellschaft offenbart. Da die Beklagte nicht auf einen Rangrücktritt anderer Gläubiger hingewirkt hat (vgl. E. 2.4.3.3.1.), hätte sie den Richter benachrichtigen müssen, welcher im Dezember 2018 den Konkurs über die Gesellschaft eröffnet hätte (so auch der Kläger: act. 1 Rz. 98; vgl. E. 2.5.3.1.2.). Folglich wäre der Konkursverschleppungsschaden nicht entstanden, wenn sich die Beklagte korrekt verhalten hätte. Andere denkbare Möglichkeiten fallen vernünftigerweise nicht in Betracht, zumal als einzige Ursache für den erstellten Schaden das pflichtwidrige Verhalten der Beklagten erkennbar ist und in der Rechtsprechung anerkannt ist, dass in der Regel jede Verzögerung bei der Einreichung der Bilanz für die Gesellschaft schädlich ist (vgl. BGE 132 III 564 E. 6.3 m.w.H.). Auch eine die Kausalität unterbrechende Dritteinwirkung ist weder ersichtlich noch behauptet (vgl. act. 13 und act. 34).

2.6.3.3. Demnach gelingt es dem Kläger, die hypothetische Kausalität zwischen den Pflichtverletzungen und dem Schaden rechtsgenügend nachzuweisen. Dass er für den Überschuldungszeitpunkt (konsequent) auf das Jahr 2015 abstellt (vgl. act. 1 Rz. 97 ff.), tut daran keinen Abbruch, da seine Ausführungen zur Kausalität analog auch für das Jahr 2018 gelten. Zudem sind die Ausführungen ohne Weiteres so konkret, dass ein substantiiertes Bestreiten möglich war. Gleichwohl führt die Beklagte – neben pauschalen Bestreitungen (act. 13 S. 18 und S. 31 f.) – lediglich aus, ein Kausalzusammenhang könne nicht angenommen werden, wenn der Schaden und die Pflichtverletzung nicht vorhanden seien (act. 13 S. 26). Da sowohl die Pflichtverletzung als auch der Schaden bereits bejaht wurden, läuft diese Kritik von vornherein ins Leere. 2.6.4. Zwischenfazit zum Kausalzusammenhang Die pflichtwidrigen Unterlassungen der Beklagten als Verwaltungsrätin der Gesellschaft haben kausal zum festgestellten Konkursverschleppungsschaden geführt.

- 54 - 2.7. Zum Verschulden im Einzelnen 2.7.1. Streitpunkte 2.7.1.1. Der Kläger stellt sich auf den Standpunkt, die Beklagte habe schuldhaft gehandelt (act. 1 Rz. 100 und Rz. 103). Sie habe ihre Sorgfaltspflichten mindestens fahrlässig missachtet, als sie es unterlassen habe, sein Darlehen korrekt zu verbuchen, eine Zwischenbilanz zu erstellen, diese vom Revisor prüfen zu lassen und den Richter zu benachrichtigen. Hinzu komme, dass die Beklagte Treuhänderin sei und das Einzelunternehmen H.\_\_\_\_\_, B.\_\_\_\_\_ führe (act. 1 Rz. 13 ff. m.H.a. act. 3/6 und Rz. 100). In buchhalterischen Belangen habe sie somit besondere Kenntnisse und Fähigkeiten gehabt, die sie im Zusammenhang mit der Erfassung seines Darlehens komplett ausser Acht gelassen habe (act. 1 Rz. 100). 2.7.1.2. Die Beklagte bestreitet die klägerischen Ausführungen in der Klageantwort pauschal (act. 13 S. 32). 2.7.2. Rechtliches 2.7.2.1. Als letzte zu prüfende Voraussetzung setzt die Haftung nach Art. 754 Abs. 1 OR ein Verschulden voraus, wobei leichte Fahrlässigkeit bereits genügt (BGE 139 III 24 E. 3.5). Das Verschulden wird objektiv(iert) beurteilt, das heisst auf der Grundlage dessen, was vernünftigerweise von einem sachkundigen Organmitglied unter den konkreten Umständen erwartet werden konnte (BGER Urteil 4A\_344/2020 vom 29. Juni 2021 E. 5.2.2.; BGER Urteil 4A\_15/2013 vom 11. Juli 2013 E. 8.1; GERICKE/HÄUSERMANN/WALLER, a.a.O., Art. 754 N 32). Mit einer Sorgfalts- oder einer anderen Pflichtverletzung geht daher regelmässig ein Verschulden einher: Ein

Organmitglied, das seine Pflichten verletzt, verhält sich allgemein nicht so, wie sich ein vernünftiges Organmitglied verhalten würde (BGer Urteil 4A\_133/2021 vom 26. Oktober 2021 E. 7.2.2.; BGer Urteil 4A\_344/2020 vom 29. Juni 2021 E. 5.2.2.; BGer Urteil 4A\_74/2012 vom 18. Juni 2012 E. 5. m.w.H.; BÖCKLI, a.a.O., § 16 Rz. 359 m.w.H.). Nur ausserordentliche Umstände wie eine Urteilsunfähigkeit oder eine Täuschung können zum Schluss führen, dass ein Organmitglied, das seine Pflichten verletzt hat, kein Verschulden trifft. Insbesondere

- 55 - gelingt eine Exkulpation nicht mit dem Hinweis auf mangelnde Kenntnisse, Fähigkeiten oder Zeit, ebenso wenig wie dadurch, dass den Instruktionen einer Drittperson oder eines übergeordneten Organs gefolgt werden musste (BGer Urteil 4A\_133/2021 vom 26. Oktober 2021 E. 7.2.2.; BGer Urteil 4A\_344/2020, 4A\_342/2020 vom 29. Juni 2021 E. 5.2.2.; BÖCKLI, a.a.O. § 16 Rz. 360). 2.7.2.2. Die umstrittene Frage der Beweislastverteilung rückt damit in den Hintergrund (BGer Urteil 4A\_294/2020 vom 14. Juli 2021 E. 4.1.2.1.2.; GERICKE/HÄUSERMANN/WALLER, a.a.O., Art. 754 N 35; BÖCKLI, a.a.O., § 16 Rz. 360). 2.7.3. Würdigung Angesichts der aufgezeigten bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach ein Verschulden grundsätzlich immer vorliegt, wenn ein Organ seine Pflicht verletzt hat, und vor dem Hintergrund, dass die Beklagte ihre unübertragbaren und unentziehbaren Pflichten als Verwaltungsrätin der D.\_\_\_\_\_ AG mehrfach pflichtwidrig verletzt hat (vgl. E. 2.4.4.), ist das Verschulden der Beklagten ohne Weiteres zu bejahen (so auch der Kläger: act. 1 Rz. 100). Gründe, die zu einer Haftungsentlastung im Sinne des Gesetzes führen könnten, werden von der Beklagten nicht vorgebracht (vgl. act. 13. S. 32) und sind auch nicht ersichtlich. 2.7.4. Zwischenfazit zum Verschulden Unter den konkret vorliegenden Umständen hat sich die Beklagte objektiv nicht wie eine vernünftige Verwaltungsrätin verhalten. Vielmehr hat sie schuldhaft (nicht) gehandelt. 2.8. Zins 2.8.1. Der Kläger fordert von der Beklagten CHF 217'735.80 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 1. Januar 2019 (act. 25 S. 2). Zur Begründung führt er aus, der Schaden sei mit der Verschleppung des Konkurses und damit am 1. Januar 2019 eingetreten (act. 1 Rz. 101 i.V.m. act. 25 Rz. 2 [Datum angepasst mit der Klageänderung]). Zusätzlich zum Schaden schulde ihm die Beklagte daher einen Schadenszins von 5 % pro Jahr seit dem 1. Januar 2019. Die Beklagte bestreitet die klägerischen Ausführungen in der Klageantwort pauschal (act. 13 S. 32). In der Duplik hat sie "keine Bemerkungen" mehr zum Thema (act. 34 Rz. 12). 2.8.2. Zum Schaden gehört nach konstanter Rechtsprechung der Schadenszins, der den Nachteil des Anspruchsberechtigten ausgleichen soll, der dadurch entsteht, dass ein Kapital nicht genutzt werden kann (BGE 139 V 176 E. 8.1.2). Er ist vom Zeitpunkt an geschuldet, in dem sich das schädigende Ereignis finanziell ausgewirkt hat (BGE 131 II 217 E. 4.2; BGer Urteil 9C\_55/2014, 9C\_65/2014 vom

- 56 -

## **E. 20**

November 2014 E. 6.4.; GERICKE/HÄUSERMANN/WALLER, a.a.O., Art. 754 N 50), wobei sich der Konkursverschleppungsschaden dadurch auszeichnet, dass er sich insofern dauernd auswirkt, als er im Verlauf der Zeit alinear ansteigt. Massgebend ist daher der mittlere Zinsverfall. Die Verzinsung wird – unter Vorbehalt des Nachweises eines höheren Schadens – grundsätzlich auf 5 % angesetzt (Art. 73 Abs. 1 OR; BGE 139 V 176 E. 8.1.2). 2.8.3. Vorliegend bestand am Tag der hypothetischen Konkursöffnung, am 31. Dezember 2018, in tatsächlicher Hinsicht noch kein Schaden. Dieser stieg jedoch in der Folge bis zur effektiven Konkursöffnung am 4. März 2021 fortwährend, wenn auch ungleichmässig,

bis zur Höhe des festgestellten Konkursverschleppungsschadens an. Für die Berechnung des mittleren Zinsverfalltags kann annäherungsweise auf die sich bei den Akten befindenden Bilanzen abgestellt werden (vgl. act. 3/23), welche um das klägerische Darlehen bereinigt werden müssen. Dieses hätte, wie bereits festgestellt, ab dem Jahr 2018 jeweils in der (konstanten) Höhe von CHF 476'014.– im Fremdkapital der D.\_\_\_\_\_ AG berücksichtigt werden müssen (E. 2.4.3.1.4.). Aus der Entwicklung des Gesellschaftsvermögens im massgebenden Zeitraum (vgl. E. 2.4.3.2.2.) wie folgt ■ per 31. Dezember 2018 CHF - 222'760.85 ■ per 31. Dezember 2019 CHF - 398'291.25 ■ per 31. Dezember 2020 CHF - 434'573.15 ■ per 04. März 2021 CHF - 440'496.65

- 57 - ergibt sich eine Erhöhung der Verschuldung wie folgt ■ per 31. Dezember 2018 CHF 0.00 ■ per 31. Dezember 2019 CHF 175'530.40 ■ per 31. Dezember 2020 CHF 36'281.90 ■ per 04. März 2021 CHF 5'923.50 auf insgesamt CHF 217'735.80 per Konkurseröffnung. Der mittlere Zinsverfall lässt sich damit auf den 13. März 2020 errechnen. Demnach ist ab dem 14. März 2020 ein Schadenszins in der Höhe von 5 % des Konkursverschleppungsschadens geschuldet (vgl. act. 1 Rz. 101 i.V.m. act. 25 S. 2). Die Beklagte vermag dem mit ihrer pauschalen Bestreitung nichts entgegenzusetzen (vgl. act. 13 S. 32 und act. 34 Rz. 12). 2.9. Keine Schadenminderungspflicht oder Verrechnung der Ansprüche 2.9.1. Soweit die Beklagte in der Duplik geltend macht, der Kläger hätte keinen Ausfall erlitten, wenn er nicht schuldhaft mit dem Verlustscheinschuldner der Gesellschaft einen Vergleich "über lediglich CHF 37'000.00" abgeschlossen hätte (act. 34 Rz. 8, vgl. auch Rz. 5 ff., Rz. 10 f., Rz. 18, Rz. 20, Rz. 22, Rz. 26, Rz. 30, Rz. 32 und Rz. 36 f.), macht sie sinngemäss eine materiell-rechtliche Schadenminderungspflicht des Klägers oder allenfalls eine Verrechenbarkeit der unterschiedlichen Ansprüche der Gesellschaftsschuldner im Konkurs geltend. Der Kläger bestreitet die Vorbringen als "in rechtlicher Hinsicht völliger Humbug", in Bezug auf die spätere Werthaltigkeit der Verlustscheine irrelevant und als widersprüchlich (act. 38 Rz. 3 ff., vgl. auch Rz. 6 f., Rz. 10, Rz. 14 f., Rz. 16, Rz. 24, Rz. 26, Rz. 28 f., Rz. 32 f. und Rz. 35). 2.9.2. Zu beachten ist, dass die Verlustscheinforderungen der Masse auf einer anderen Rechtsgrundlage fussen als die Verantwortlichkeitsansprüche; die beiden mithin voneinander unabhängige Ansprüche darstellen (vgl. act. 34 Rz. 17 f. und Rz. 37; so auch der Kläger: act. 38 Rz. 26 und Rz. 33). Beides sind überdies Ansprüche der Masse und nicht des Klägers persönlich, welcher diese als eine Art Prozessstandschafter der Masse geltend macht (vgl. E. 1.1.3.). In der Tat wurden

- 58 - beide Ansprüche an denselben Gesellschaftsgläubiger, den Kläger, abgetreten. Zwar darf er die Ansprüche infolge der Spezialität von Art. 260 SchKG selber geltend machen und sich vorab befriedigen, indessen bleiben es die Ansprüche der Masse. Daher kann er diese Ansprüche auch unabhängig von seinen noch offenen persönlichen Forderungen einklagen (BGE 102 III 29; BACHOFNER, a.a.O., Art. 260 N 77 ff.). Es folgt, dass der Kläger, selbst wenn er die gesamten Verlustscheinforderungen erhältlich hätte machen können (ohnehin bestritten: act. 38 Rz. 6 ff.), für die Masse von der Beklagten den vollumfänglichen Konkursverschleppungsschaden hätte einfordern können (vgl. act. 38 Rz. 26; anders die Beklagte: act. 34 Rz. 17 und Rz. 37; so bereits in E. 1.1.4.). Sind alle Gläubiger der konkursiten Gesellschaft samt Zins vollumfänglich befriedigt, geht ein allfälliger Überschuss der Konkursmasse zur Verteilung an die Aktionäre an die Gesellschaft zurück (Art. 269 Abs. 1 und Abs. 2 SchKG; BGE 148 III 194 E. 5.2; STAEHELIN/STO- JILJKOVI■, in: Basler Kommentar SchKG, a.a.O., Art. 269 N 19;

LORANDI, Aktiven- überschuss im Konkursverfahren zufolge Organisationsmangel, in: ZZZ 60/2022, S. 453 ff., III.B.). Daher ist für das vorliegende Verfahren betreffend Verantwortlich- keit gegen die Beklagte gleichgültig, ob der Kläger mit einem Drittschuldner der Gesellschaft einen besseren Vergleich hätte abschliessen können: Eine Reduktion der (eigenständigen) Forderungen der Gesellschaftsschuldner oder eine Kaskade in der Reihenfolge deren Geltendmachung sind gesetzlich nicht vorgesehen und eine allfällige Verrechnung kommt bereits mangels Gegenseitigkeit nicht in Frage. Der Konkursverschleppungsschaden ist der Gesellschaft im vollen Umfang ge- schuldet. 2.9.3. Im Übrigen scheitern die Ausführungen der Beklagten dazu, dass der Kläger "mit seinem leichtsinnigen Verhalten die Konkursmasse der Gesellschaft massiv geschädigt" habe (act. 34 Rz. 5, vgl. auch Rz. 11, Rz. 18 und Rz. 36; bestritten durch den Kläger: act. 38 Rz. 7), bereits daran, dass sie damit offenbar einen An- spruch der Konkursmasse geltend machen will, der unverkennbar gar nicht von ihr geltend gemacht werden kann. Dem ist nichts Weiteres hinzuzufügen.

- 59 - Insgesamt kann die Beklagte aus dem Vergleich des Klägers mit dem Verlust- scheinsschulder nichts zu ihren Gunsten ableiten. Eine weitere Auseinandersetzung mit ihren diesbezüglichen Ausführungen oder Beweisofferten erübrigt sich. 2.10. Fazit zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit Zusammenfassend sind der Beklagten als (ehemalige) Verwaltungsrätin der Ge- sellschaft verantwortlichsrechtlich relevante Pflichtverletzungen vorzuwerfen, die hypothetisch kausal zu einem Konkursverschleppungsschaden in der Höhe von CHF 217'735.80 geführt haben. Somit sind die Voraussetzungen der aktienrechtli- chen Verantwortlichkeit im Sinne von Art. 754 Abs. 1 OR erfüllt. Der Kläger ist befugt, den Gesellschaftsschaden der ehemaligen D.\_\_\_\_\_ AG im vollen Umfang geltend zu machen, weil ihm die Ansprüche der Konkursmasse ab- getreten worden sind (vgl. Art. 754 Abs. 1 i.V.m. Art. 757 OR i.V.m. Art. 260 SchKG; act. 1 Rz. 73). Ziffer 1 des (geänderten) Rechtsbegehrens, mit welcher er teilklage- weise exakt den festgestellten Konkursverschleppungsschaden einklagt (vgl. act. 25 S. 2 Ziff. 1), ist demnach – mit Ausnahme des Zinslaufs – gutzuheissen und die Beklagte ist zu verpflichten, dem Kläger CHF 217'735.80 samt Zins von 5 % seit dem 14. März 2020 zu bezahlen. Eine Reduktion des Schadens infolge Scha- denminderungspflichten oder Verrechenbarkeit ist nicht angezeigt. 3. Beseitigung des Rechtsvorschlags 3.1. Der Kläger beantragt in Ziffer 2 des Rechtsbegehrens die Beseitigung des Rechtsvorschlags in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamts Zürich 11 im Um- fang von CHF 217'735.80 zuzüglich Zins von 5 % seit 1. Januar 2019 (act. 25 S. 2). Indessen führt er zum besagten Antrag weder in der Klage noch in der Replik etwas aus (vgl. act. 1 und act. 25 e contrario) und legt auch keine Dokumente dazu ins Recht, insbesondere keinen Zahlungsbefehl (vgl. act. 3/2-24 und act. 26/25-31 e contrario). 3.2. Hat die Schuldnerin in einer Betreuung Rechtsvorschlag erhoben, muss der Gläubiger zur Fortsetzung der Betreuung den Rechtsvorschlag beseitigen lassen, denn der Rechtsvorschlag bewirkt die Einstellung der Betreuung (vgl. Art. 78

- 60 - Abs. 1 SchKG). Dem Gläubiger stehen in einem solchen Fall grundsätzlich zwei Wege offen (vgl. VOCK, in: Kurzkommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, 2. Aufl. 2014, Art. 79 N 1): Verfügt er über einen Rechtsöffnungstitel, kann er im Rechtsöffnungsverfahren die (definitive oder provisorische) Rechtsöffnung verlan- gen (Art. 80 ff. SchKG). Andernfalls muss er im Zivilprozess (sog. Anerkennungs- klage) oder im Verwaltungsverfahren seinen Anspruch geltend machen, wobei er in diesen Verfahren

den Rechtsvorschlag beseitigen lassen kann (Art. 79 SchKG). Diesfalls fungiert die in der Sache materiell zuständige Instanz zugleich als Vollstreckungsgericht, so dass ein separates Verfahren entbehrlich wird (STAEHELIN, in: Basler Kommentar SchKG, a.a.O., Art. 79 N 1). Das Gericht hat – wie im Rechtsöffnungsverfahren – von Amtes wegen zu prüfen, ob der gemäss Urteil Berechtigte mit dem betreibenden Gläubiger identisch ist, ob zwischen der in Betreuung gesetzten und der eingeklagten Forderung Identität besteht, und ob auch der im Urteil Verpflichtete mit dem Betriebenen identisch ist (sog. drei Identitäten; BGE 142 III 720 E. 4.1; BGE 141 I 97 E. 5.2; BGE 139 III 444 E. 4.1.1; STAEHELIN, a.a.O., Art. 79 N 10a). Die Beseitigung des Rechtsvorschlages ist zudem nur möglich, wenn die gesetzliche Frist zur Stellung des Begehrens noch nicht abgelaufen ist (vgl. Art. 88 Abs. 2, Art. 154 Abs. 1 und Art. 188 Abs. 2 SchKG; BGE 125 III 45 E. 3.b; STAEHELIN, a.a.O., Art. 79 N 8). 3.3. Da das Gericht im Zusammenhang mit der Beseitigung eines Rechtsvorschlages demnach von Amtes wegen gewisse Prüfungen hinsichtlich der Identitäten und Fristen vorzunehmen hat, was ohne Vorliegen des betroffenen Zahlungsbefehles unmöglich sind, ist der Antrag des Klägers abzuweisen. 4. Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen Die Beklagte ist nach Art. 754 Abs. 1 i.V.m. Art. 757 OR für den entstandenen Konkursverschleppungsschaden verantwortlich. Daher ist sie in vollumfänglicher Gutheissung der Teilklage zu verpflichten, dem Kläger, als Prozessstandschafter der Konkursmasse der Gesellschaft i.S.v. Art. 260 SchKG, CHF 217'735.80 zuzüglich Zins zu 5 % seit 14. März 2020 zu bezahlen.

- 61 - Der Antrag des Klägers, den Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Zürich 11 zu beseitigen, ist derweil mangels der dafür notwendigen Ausführungen bzw. Belege abzuweisen. 5. Kosten- und Entschädigungsfolgen 5.1. Verteilung Die Prozesskosten sind entsprechend dem Verfahrensausgang zu verlegen (Art. 106 Abs. 1 und Abs. 2 i.V.m. Art. 105 ZPO). Sie bestehen aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Der Kläger obsiegt vollumfänglich. Daran ändert nichts, dass er hinsichtlich des Zinslaufs nicht vollends und hinsichtlich der Beseitigung des Rechtsvorschlages nicht durchdringt, da es sich bei Letzterem um eine akzessorisch zur Hauptforderung geltend gemachte Vollstreckungsmassnahme handelt. Ziffer 2 des Rechtsbegehrens – ebenso wie der Zins (Art. 91 Abs. 1 ZPO) – wird denn auch bei der Streitwertberechnung nicht berücksichtigt (DIGGELMANN, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar, a.a.O., Art. 91 N 62; VOCK/AEPLI, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, 4. Aufl. 2017, Art. 79 N 11). Somit sind die Gerichtskosten vollumfänglich der Beklagten aufzuerlegen und sie ist zur Bezahlung einer Parteientschädigung an den Kläger zu verpflichten. 5.2. Gerichtskosten Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG; Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG). Sie richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert, dem Zeitaufwand des Gerichts sowie der Schwierigkeit des Falles (§ 2 Abs. 1 lit. a, lit. c und lit. d GebV OG). Der Streitwert beläuft sich vorliegend – nach der erfolgten Klageänderung – auf CHF 217'735.80 (act. 25 S. 2). Unter Berücksichtigung von § 4 Abs. 1 und Abs. 2 GebV OG beträgt die ordentliche Gerichtsgebühr rund CHF 13'500.–. Sie ist aufgrund des Zeitaufwands sowie des Grades der Komplexität des Falles auf CHF 18'000.– zu erhöhen (vgl. § 4 Abs. 2 GebV OG), der Beklagten aufzuerlegen und aus dem vom Kläger ge-

- 62 - leisteten Kostenvorschuss zu beziehen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Dem Kläger ist diesbezüglich das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen (Art. 111 Abs. 2 ZPO). 5.3. Parteientschädigung Aufgrund seines Obsiegens hat der Kläger Anspruch auf eine Parteientschädigung, deren Höhe sich nach der Anwaltsgebührenverordnung des Obergerichts bestimmt (AnwGebV; Art. 105 Abs. 2 i.V.m. Art. 96 ZPO; Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Grundgebühr für die Parteientschädigung beträgt beim vorliegenden Streitwert rund CHF 16'600.– (§ 4 Abs. 1 AnwGebV). Sie ist mit der Begründung bzw. Beantwortung der Klage verdient und deckt auch den Aufwand für die Teilnahme an einer Hauptverhandlung ab. Für die Teilnahme an zusätzlichen Verhandlungen und für weitere notwendige Rechtsschriften fällt ein Zuschlag von je höchstens der Hälfte der Grundgebühr an (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Der Kläger hat an einer Vergleichsverhandlung teilgenommen, eine zweite Rechtschrift und eine Novenstellungnahme verfasst, weshalb es angemessen erscheint, die Parteientschädigung auf CHF 25'000.– festzusetzen. Diese ist zuzüglich 7.7 % Mehrwertsteuer zuzusprechen. Die Beklagte ist daher zu verpflichten, dem Kläger eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 25'000.– zuzüglich 7.7 % MwSt. zu bezahlen. Das Handelsgericht erkennt:

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