



**POUVOIR JUDICIAIRE
GERICHTSBEHÖRDEN**

ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

**Tribunal cantonal TC
Kantonsgericht KG**

Augustinergasse 3, Postfach 1654, 1701 Freiburg

T +41 26 304 15 00, F +41 26 304 15 01
www.fr.ch/tc

101 2016 312

Urteil vom 6. Juni 2017

I. Zivilappellationshof

Besetzung

Präsident: Jérôme Delabays
Richter: Hubert Bugnon, Sandra Wohlhauser
Gerichtsschreiberin: Jessica Koller

Parteien

A. _____ GmbH, Klägerin 1 und Berufungsklägerin 1

B. _____, Kläger 2 und Berufungskläger 2

C. _____ AG, Klägerin 3 und Berufungsklägerin 3

alle vertreten durch Fürsprecher Beat Marfurt

gegen

D. _____, Beklagter und Berufungsbeklagter, vertreten durch
Rechtsanwalt Daniel Schneuwly

Gegenstand

Verantwortlichkeitsklage

Berufung vom 14. September 2016 gegen den Entscheid des
Zivilgerichts des Sensebezirks vom 10. Juni 2016

Sachverhalt

A. D. _____ war Verwaltungsrat der E. _____ AG, über welche am 27. September 2012 der Konkurs eröffnet wurde (Klagebeilage 5 zur Klage vom 27. Juni 2014). Sowohl die A. _____ GmbH als auch die C. _____ AG erbrachten vor der Konkursöffnung Leistungen für die E. _____ AG und erlitten im Konkurs der genannten Gesellschaft Verluste (Klagebeilagen 6, 7, 9, 21 und 22). Mit Schreiben vom 12. Februar 2013 bescheinigte die Konkursverwaltung der E. _____ AG die von der A. _____ GmbH beantragte Abtretung von Rechtsansprüchen der Masse gemäss Art. 260 SchKG (Klagebeilage 8).

B. _____ schloss mit der E. _____ AG vor deren Konkurs einen Werkvertrag betreffend die Erstellung eines Wohnhauses in F. _____ ab. Dabei kam er den daraus entstandenen Zahlungsverpflichtungen vollständig nach (Klagebeilage 11, S. 7). Dennoch musste er nach dem Konkurs der E. _____ AG drei Bauhandwerkerpfandrechte auslösen, welche in Zusammenhang mit dem genannten Werkvertrag zulasten seines Grundstückes ins Grundbuch eingetragen wurden (Klagebeilagen 13 ff.).

B. Am 30. Dezember 2013 beantragten die A. _____ GmbH, die C. _____ AG sowie B. _____ die Durchführung einer Schlichtung. Die Schlichtungsverhandlung fand am 11. März 2014 statt und endete mit einer Klagebewilligung (vgl. dazu Akten 10 2013 760).

Am 27. Juni 2014 erhoben die drei oben genannten Parteien Klage aus Verantwortlichkeit gegen D. _____ und beantragten, er sei zu verurteilen, der A. _____ GmbH einen CHF 50'851.55 übersteigenden Betrag, B. _____ einen Betrag von CHF 47'584.65 sowie der C. _____ AG einen Betrag von CHF 35'376.00 zu bezahlen, jeweils mit Zinsen zu 5% seit wann rechtens. Die Kläger behielten sich die Geltendmachung weiterer Forderungen vor (act. 1).

Am 27. August 2015 fand die Sitzung des Zivilgerichts des Sensebezirks (nachfolgend: das Zivilgericht) statt (act. 22). Anlässlich dieser ergänzte Rechtsanwalt Marfurt die Rechtsbegehren der Kläger und beantragte, D. _____ sei zu verurteilen, der A. _____ GmbH unter Berücksichtigung der geltend gemachten Verrechnung einen Betrag von CHF 11'955.60, B. _____ einen Betrag von CHF 55'161.20 sowie der C. _____ AG einen Betrag von CHF 27'844.50 zu bezahlen, jeweils mit Zinsen zu 5% seit wann rechtens. Aus der genannten Sitzung ging ein Vergleichsvorschlag hervor, den es in der Folge von den Parteien zu bestätigen galt. Mit Eingabe vom 6. bzw. 8. Oktober 2015 teilten die Parteien allerdings mit, es sei kein Vergleich zu Stande gekommen (act. 27 und 28).

Am 22. April 2016 fand eine weitere Sitzung vor dem Zivilgericht statt (act. 45). Die anlässlich der Sitzung vorgenommenen Vergleichsverhandlungen scheiterten bzw. weitere Vergleichsverhandlungen wurden von den Parteien als sinnlos erachtet.

Mit Entscheid vom 10. Juni 2016 wurde die Klage schliesslich vollumfänglich abgewiesen (act. 49).

C. Mit Eingabe vom 14. September 2016 erhoben die A. _____ GmbH, B. _____ sowie die C. _____ AG Berufung gegen den Entscheid vom 10. Juni 2016 und stellten, unter Kosten- und Entschädigungsfolge, folgende Rechtsbegehren:

1. *Der angefochtene Entscheid des Zivilgerichts des Sensebezirks (Vorinstanz) vom 10. Juni 2016 sei aufzuheben und die Sache sei an die erste Instanz zurückzuweisen.*

2. *Eventualiter: Der angefochtene Entscheid des Zivilgerichts des Sensebezirks (Vorinstanz) vom 10. Juni 2016 sei aufzuheben und der Berufungsbeklagte sei zu verurteilen,*

a. der Berufungsklägerin 1, unter Berücksichtigung der vom Berufungsbeklagten geltend gemachten Verrechnung in der Höhe von CHF 38'895.95, einen Betrag von CHF 11'955.60, nebst Zins zu 5% seit wann rechtens, zu bezahlen.

b. dem Berufungskläger 2 einen Betrag von CHF 55'161.20, nebst Zins zu 5% seit wann rechtens, zu bezahlen.

c. der Berufungsklägerin 3 einen Betrag von CHF 27'844.55, nebst Zins zu 5% seit wann rechtens, zu bezahlen.

Am 16. Dezember 2016 nahm D. _____ zur Berufung Stellung und beantragte, unter Kosten- und Entschädigungsfolge, die Abweisung der Berufung, soweit darauf einzutreten sei.

Erwägungen

1. a) Erstinstanzliche End- und Zwischenentscheide in vermögensrechtlichen Streitigkeiten sind mit Berufung anfechtbar, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.- beträgt (Art. 308 ZPO). Massgebend sind die bis zur Eröffnung des erstinstanzlichen Entscheids vorgebrachten Erklärungen der Parteien und nicht der erstinstanzliche Entscheid, die Rechtsmittelanträge oder die Parteierklärungen im Rechtsmittelverfahren (REETZ/THEILER *in* SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, Art. 308 N. 40).

Das Gericht tritt auf die Berufung ein, sofern die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 59 ZPO). Dazu müssen die Parteien u.a. ein schutzwürdiges Interesse haben (Bst. a) und partei- und prozessfähig sein (Bst. c).

Vorliegend verfügen die Parteien über ein aktuelles Rechtsschutzinteresse, da ihnen von der ersten Instanz nicht zugesprochen wurde, was sie verlangt haben und sie ein Interesse an der Abänderung des Entscheids haben (BGE 120 II 5 E. 2a). Soweit die Berufungsklägerin 1 über die Abtretungserklärung der Konkursmasse verfügt (Art. 260 SchKG, Klagebeilage 8), wurde ihr das Prozessführungsrecht der Masse abgetreten, weshalb sie unzweifelhaft auch partei- und prozessfähig ist (BGE 140 IV 155 E. 3.4.4; 139 III 391 E. 5.1). Insofern als die drei Berufungskläger unabhängig von der Geltendmachung des Schadens der Gesellschaft durch die Berufungsklägerin 1 auch ihren eigenen Schaden geltend machen wollen und sie dazu Individualklage erhoben haben, sind sie ebenfalls partei- und prozessfähig. Sie bilden eine Streitgenossenschaft, da die Rechte und Pflichten, die beurteilt werden, auf gleichartige Tatsachen oder Rechtsgründe beruhen (Art. 71 Abs. 1 ZPO).

Bei einfacher Streitgenossenschaft und Klagenhäufung werden die geltend gemachten Ansprüche zusammengerechnet, sofern sie sich nicht gegenseitig ausschliessen (Art. 93 Abs. 1 ZPO).

Somit ergibt sich im vorinstanzlichen Verfahren einen Streitwert in der Höhe von zusammengerechnet CHF 94'961.30 (act. 53, Ziff. II./1., S. 3). Der Streitwert übersteigt CHF 10'000.-, so dass die Voraussetzung von Art. 308 Abs. 2 ZPO erfüllt ist.

Im vorliegenden Verfahren ist eine Forderung aus Verantwortlichkeit in Höhe von insgesamt CHF 94'961.35 streitig. Damit ist die Streitwertgrenze von CHF 30'000.- für die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht gegen vorliegendes Urteil erreicht (Art. 74 Abs. 1 Bst. b BGG).

b) Die Berufung ist dem Appellationshof innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheides beziehungsweise seit der nachträglichen Zustellung der Entscheidungsbegründung schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 ZPO). Dabei ist im Einzelnen darzulegen, aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid falsch ist und deshalb abgeändert werden muss (HUNGERBÜHLER, *in* BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, DIKE-Kommentar ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 311 N. 27 und 37; GASSER/RICKLI, Kurzkommentar ZPO, 2. Aufl. 2014, Art. 311 N. 5 f.; REETZ/THELER, *in* SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, Kommentar ZPO, 3. Aufl. 2016, Art. 311 N. 36 f.).

Die Entscheidungsbegründung des angefochtenen Urteils wurde den Berufungsklägern am 26. Juli 2016 zugestellt (act. 55). Die Berufung vom 14. September 2016 erfolgte fristgerecht (vgl. Art. 145 Abs. 1 Bst. b i.V.m. Art. 146 Abs. 1 ZPO). Sie wurde dem Berufungsbeklagten am 15. November 2016 zur Stellungnahme zugestellt. Folglich erfolgte auch die Eingabe des Berufungsbeklagten vom 16. Dezember 2016 rechtzeitig.

Die Rechtsschriften erfüllen die Anforderungen nach Art. 311 ZPO. Soweit auch die übrigen Prozessvoraussetzungen zu keinen Bemerkungen Anlass geben, ist auf die Berufung demnach einzutreten.

c) Mit Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Rechtsmittelinstanz hat den angefochtenen Entscheid im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO) im Rahmen der vorgetragenen Berufungsgründe mit voller Kognition komplett neu zu beurteilen (GEHRI *in* GEHRI/JENT-SORENSEN/SARBACH, ZPO Kommentar, 2. Aufl. 2015, Art. 310 N. 3). Sie kann eine Verhandlung durchführen oder aufgrund der Akten entscheiden (Art. 316 Abs. 1 ZPO).

Vorliegend befinden sich die zur Entscheidung nötigen Informationen in den Akten, weshalb auf eine Verhandlung verzichtet wird.

d) Neue Tatsachen und Beweismittel werden im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Praxisgemäss ist zwischen echten und unechten neuen Vorbringen (sog. Noven) zu unterscheiden. Echte Noven sind Tatsachen und Beweismittel, die (erst) nach dem Ende der Hauptverhandlung des erstinstanzlichen Verfahrens entstanden sind. Sie sind im Berufungsverfahren grundsätzlich immer zulässig, wenn sie ohne Verzug nach ihrer Entdeckung vorgebracht werden. Unechte Noven sind Tatsachen und Beweismittel, die bereits bei Ende der erstinstanzlichen Hauptverhandlung entstanden waren. Ihre Zulassung wird im Berufungsverfahren insofern eingeschränkt, als sie ausgeschlossen sind, wenn sie bei Beachtung zumutbarer Sorgfalt bereits im erstinstanzlichen Verfahren hätten vorgebracht werden können (Urteil BGer 4A_662/2012 vom 7. Februar 2013 E. 3.3, *in* SZP 2013 S. 253). Im Falle unechter Noven hat der Beschwerdeführer namentlich die Gründe detailliert darzulegen, weshalb er die Tatsache oder das Beweismittel nicht schon vor erster Instanz hat vorbringen können (Urteil BGer 4A_334/2012 vom 16. Oktober 2012 E. 3.1, *in* SJ 135/2013 I S. 311; Urteil BGer 5A_456/2016 vom 28. Oktober 2016 E. 4.1.1).

Aus Art. 317 ZPO ergibt sich somit, dass grundsätzlich alle Tatsachen und Beweismittel in erster Instanz vorzubringen und der Prozess vor dem erstinstanzlichen Richter abschliessend zu führen ist. Das Berufungsverfahren bietet den Parteien folglich nicht Gelegenheit, ihre eigenen

Unzulänglichkeiten zu beheben, sondern dient der Überprüfung und Korrektur des erstinstanzlichen Entscheids im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen (BGE 142 III 413 E. 2.2.2 m.w.H.; Urteil BGer 4A_569/2013 vom 24. März 2014 E. 2.3 mit Verweis auf BK ZPO-STERCHI, Art. 317 N. 2).

aa) Die Berufungskläger legen in ihrer Berufung dar, sie hätten entgegen den Ausführungen der Vorinstanz nicht nur die Verletzung von Art. 725 OR gerügt, sondern anlässlich des ersten Parteivortrags zudem vorgebracht, dass der Berufungsbeklagte seine Pflichten als Verwaltungsrat verletzt habe, indem er sich selber Darlehen auszahlte (CHF 61'528.- gemäss Jahresabschluss 2010, act. 21, Beilage 111; CHF 115'558.29 gemäss Jahresabschluss 2011, act. 21, Beilage 113; CHF 126'378.39 gemäss Kontoauszug per 25. September 2015, Klagebeilage 32, S. 9 und 25) und diese dann mit seinen angeblich durch Rangrücktritt versehenen Forderungen verrechnete. Sie bringen weiter vor, an der Hauptverhandlung vom 22. April 2016 habe der Berufungsbeklagte nicht erklären können, wie es zu diesen Verbuchungen kam. Schliesslich werfen die Berufungskläger der Vorinstanz vor, auf diese behauptete Pflichtverletzung in ihrem Entscheid mit keinem Wort eingegangen zu sein (Berufung, Art. 4, S. 5).

Der Berufungsbeklagte legt in seiner Stellungnahme zusammenfassend dar, die angeführte Aussage der Berufungskläger sei unzutreffend und finde in den Akten keine Stütze. Die Berufungskläger hätten zwar behauptet, der Berufungsbeklagte habe sich ein Aktionärsdarlehen geben lassen, hinsichtlich der angeblichen Rückzahlungen der Darlehen stehe im Protokoll jedoch nichts geschrieben. Die Berufungskläger hätten nie eine entsprechende Tatsachenbehauptung vorgebracht. Gemäss Art. 229 Abs. 2 ZPO hätten sie dies jedoch bis spätestens zu Beginn der Hauptverhandlung vom 27. August 2015 tun müssen. Die in der Berufung vorgebrachten Behauptungen im Zusammenhang mit der angeblichen Rückzahlung der Darlehen würden somit unzulässige Noven darstellen, die gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht berücksichtigt werden könnten. Entsprechend könne auf diesen Teil der Berufung nicht eingetreten werden. Im Übrigen bringt der Berufungsbeklagte unter Hinweis auf BGE 127 III 365 E. 2b sinngemäss vor, dass das Vorbringen der Berufungskläger ohnehin zu wenig substantiiert sei. Die Anforderungen an die Substantiierung von anspruchsbegründenden Tatsachen würden nach materiellem Bundesrecht bestimmt. Demnach würden sich diese einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei ergeben. Tatsachenbehauptungen müssten so konkret formuliert sein, dass ein substantiiertes Bestreiten möglich sei oder der Gegenbeweis angetreten werden könne. Bei einer Verantwortlichkeitsklage sei schliesslich erforderlich, die konkreten Handlungen oder Unterlassungen zu substantiieren, mit denen das ins Recht gefasste Organ gegen seine Pflichten verstossen haben solle (Urteil BGer 4A_603/2014 vom 11. November 2015 E. 8.2.2).

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung tragen die Parteien in Verfahren, die vom Verhandlungsgrundsatz beherrscht sind, die Verantwortung für die Beschaffung des Tatsachenstoffes. Sie haben dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Die Parteien trifft die sog. Behauptungslast. Welche Tatsachen zu behaupten sind, hängt vom Tatbestand der Norm ab, auf die der geltend gemachte Anspruch abgestützt wird. Die Parteien haben alle Tatbestandselemente der materiellrechtlichen Normen zu behaupten, die den geltend gemachten Anspruch begründen. Der Behauptungslast ist Genüge getan, wenn die Parteien in ihrem Tatsachenvortrag in allgemeiner Weise sämtliche Tatsachen benennen, welche unter die ihr Begehren stützenden Normen zu subsumieren sind. Ein solchermassen vollständiger Tatsachenvortrag wird als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt. Bestreitet der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der

behauptungsbelasteten Partei, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substanziierungslast. Die Vorbringen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann. Ein globaler Verweis auf eingereichte Unterlagen genügt den Anforderungen an Behauptung und Substanziierung nicht (Urteil BGer 4A_646/2016 vom 8. März 2017 E. 3.4 u.a. mit Hinweis auf BGE 127 III 365 E. 2b und Urteil BGer 4A_1/2016 vom 25. April 2016 E. 2.1).

Sofern die Berufungskläger in ihrer Berufung anführen, sie hätten im vorinstanzlichen Verfahren neben dem Vorwurf einer Verletzung von Art. 725 OR auch eine weitere Pflichtverletzung gerügt, erhellt nicht, worauf sie sich diesbezüglich berufen. Weder aus der Klage (act. 1) noch aus dem ersten Parteivortrag anlässlich der Sitzung vom 27. August 2015 geht ein solcher Vorwurf hervor. In der Klage wird zwar erwähnt, dass weitere Pflichtverletzungen mangels entsprechender Unterlagen noch nicht definitiv beurteilt werden könnten, die Klage befasst sich ansonsten alleine mit der behaupteten Unterlassung der Überschuldungsanzeige. Auch aus dem ersten Parteivortrag ergibt sich keine entsprechende Behauptung. Dem genauen Wortlaut des Protokolls vom 27. August 2015 kann einzig entnommen werden, dass: *„der Beklagte sich selber ein Darlehensguthaben (Aktionärsdarlehen) geben lassen und mit einer Forderung gerechnet [habe], für welche er den Rangrücktritt erklärt habe. Somit sei kein korrekter Rangrücktritt zustande gekommen“* (act. 22). Aus den Vorbringen der Berufungskläger lässt sich nicht erkennen, dass diese dem Berufungsbeklagte vorwerfen, durch die angebliche Auszahlung eines Darlehens eine (weitere) ihm obliegende Pflicht verletzt zu haben. Die Vorinstanz hatte folglich keinen Grund dazu, mit Ausnahme von den umstrittenen Rangrücktritten (act. 53, E. 5.2.2 und 5.2.3) auf weitere Pflichtverletzungen einzugehen.

Die Tatsache, dass sich der Berufungskläger Darlehen ausbezahlt und diese dann mit seinen angeblich durch Rangrücktritt versehenen Forderungen verrechnet haben soll, wurde somit erst anlässlich der Berufung vom 14. September 2016 behauptet. Entgegen den Ausführungen in der Klage (act. 1, S. 9) hätte zumindest diese Pflichtverletzung bereits im Zeitpunkt der Klageeinreichung, spätestens jedoch anlässlich des ersten Parteivortrags, vorgebracht werden können, da sich die in der Berufung (Art. 4, S. 5) angeführten Darlehenssummen grösstenteils bereits den Klagebeilagen 31 und 32 entnehmen lassen. Es handelt sich dabei folglich um unechte Noven, die mit zumutbarer Sorgfalt schon vor erster Instanz hätten vorgebracht werden können. Die Berufungskläger bringen sodann an keiner Stelle vor, aus welchem Grund die entsprechenden Behauptungen nicht bereits früher hätten vorgebracht werden können. Soweit der Berufungsbeklagte ausführt, die Behauptungen in der Berufungsschrift seien zu spät erfolgt und seien als unzulässige Noven zu betrachten, kann ihm folglich vorbehaltlos zugestimmt werden. Auf diese neuen Vorbringen ist daher nicht einzutreten.

Selbst wenn das Vorbringen der Berufungskläger anlässlich ihres ersten Parteivortrages als entsprechende Tatsachenbehauptung angesehen werden könnte, wäre dieses derart pauschal, dass sie die Anforderungen an die Substantiierungspflicht nicht erfüllen. Denn obwohl der Berufungsbeklagte bestreitet, irgendwelche Pflichtverletzungen begangen zu haben (act. 11, S. 8), begnügen sich die Berufungskläger mit einem globalen Verweis auf die eingereichten Unterlagen, ohne weitergehende Ausführungen zur behaupteten Pflichtverletzung zu machen. Wie vom Berufungsbeklagten vorgebracht, wäre ihm ein substantiiertes Bestreiten in casu nicht möglich gewesen, da weder eine konkrete Handlung des Berufungsbeklagten in Frage gestellt noch dargelegt wurde, inwiefern die angebliche Auszahlung von Aktionärsdarlehen und die anschliessende Verrechnung mit durch Rangrücktritt versehenen Forderungen unzulässig sein sollen.

bb) In der Berufungsschrift stellen die Berufungskläger sodann ein Aktionärsdarlehen im Umfang von CHF 32'176.09 in Frage (Berufung, Art. 8, S. 9), welches sie in der Folge zur Summe der nicht durch Rücktritte gedeckten Überschuldung hinzurechnen. Es ist nicht ersichtlich, dass das entsprechende Darlehen schon im vorinstanzlichen Verfahren bestritten wurde, weshalb gestützt auf die obigen Ausführungen auf dieses Vorbringen ebenfalls nicht einzutreten ist.

cc) Soweit die Berufungskläger vorbringen, der Berufungsbeklagte habe keine Zwischenbilanz erstellt (Berufung, Art. 8, S. 9), stellt sich ebenfalls die Frage, ob diese Behauptung ins Berufungsverfahren Eingang findet.

Der Berufungsbeklagte hält dazu fest, dass die Ausführungen in der Berufungsschrift in weiten Teilen über die von den Berufungsklägern im vorinstanzlichen Verfahren rechtsgenüchlich vorgebrachten Tatsachenbehauptungen hinausgehen würden (Stellungnahme, S. 8). Die Vorinstanz habe zu Recht festgehalten, die Berufungskläger hätten nie geltend gemacht, dass vor der Jahresabschlussbilanz 2009 eine Zwischenbilanz hätte erstellt werden müssen. Obwohl die Berufungskläger diese Feststellung des Gerichts nicht angefochten hätten, würden sie dem Berufungsbeklagten in der Berufung trotzdem vorwerfen, keine Zwischenbilanz erstellt zu haben, womit sie unter Hinweis auf Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht gehört werden könnten. Auf diesen Teil der Berufung sei deshalb nicht einzutreten.

Wie die Vorinstanz in ihrem Entscheid explizit festhält (act. 53, S. 11), haben die Berufungskläger im vorinstanzlichen Verfahren an keiner Stelle behauptet, der Verwaltungsrat hätte aufgrund begründeter Besorgnis einer Überschuldung eine Zwischenbilanz erstellen müssen. Diese Feststellung der Vorinstanz wird von ihnen weder bestritten noch legen sie diesbezüglich dar, weshalb die entsprechende Behauptung erst im Berufungsverfahren und nicht bereits im vorinstanzlichen Verfahren vorgebracht werden konnte. Dem Berufungsbeklagten ist deshalb zuzustimmen, soweit er ausführt, eine solche Behauptung könne gestützt auf Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht gehört werden. Denn wie bereits dargelegt, können unechte Noven im Berufungsverfahren nur vorgebracht werden, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon im vorinstanzlichen Verfahren vorgebracht werden konnten. Auf diese neuen Vorbringen ist daher nicht einzutreten.

dd) Die Berufungskläger machen schliesslich geltend, dass entgegen den Ausführungen der Vorinstanz, der Jahresabschluss 2009 respektive der Revisionsbericht offensichtlich verschleppt worden sei. Anders lasse es sich nicht erklären, dass das Datum der Rangrücktrittsvereinbarung, der Zahlung des Betrages von CHF 162'000.- und des Revisionsberichts das gleiche sei (Berufung, Art. 8, S. 10). Der Berufungsbeklagte hält dazu allgemein fest, dass die Ausführungen in der Berufungsschrift in weiten Teilen über die von den Berufungsklägern im vorinstanzlichen Verfahren rechtsgenüchlich vorgebrachten Tatsachenbehauptungen hinausgehen würden (Stellungnahme, S. 8).

Die Vorinstanz hält auch hinsichtlich diesem Vorbringen in ihrem Entscheid explizit fest (act. 53, S. 11), es sei von den Berufungsklägern an keiner Stelle vorgebracht worden, die Revision hätte zu lange gedauert, bzw. der Abschluss sei zu spät erfolgt. Diese Feststellung wird von den Berufungsklägern nicht bestritten. Da es sich dabei gestützt auf die eingangs gemachten Ausführungen offensichtlich um ein unechtes Novum handelt, hätten die Berufungskläger zumindest die Gründe darlegen müssen, weshalb die Tatsache nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnte, dies haben sie allerdings gänzlich unterlassen. Das Vorbringen ist folglich gestützt auf Art. 317 ZPO unbeachtlich, weshalb darauf nicht einzutreten ist.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Berufungskläger es in mehrfacher Hinsicht unterlassen haben, Behauptungen und Tatsachen, die sie im vorliegenden Berufungsverfahren vorbringen,

bereits im erstinstanzlichen Verfahren einzuführen. Die entsprechenden Vorbringen sind gestützt auf die obigen Erwägungen nicht zu hören.

2. a) In ihrer Berufungsschrift werfen die Berufungskläger der Vorinstanz hinsichtlich der Aktivlegitimation der Berufungskläger 2 und 3 vor, das Recht falsch angewendet zu haben. Dazu führen sie an, die beiden Berufungskläger seien, entgegen der Auffassung der Vorinstanz, direkt geschädigt, weshalb sie ihre Forderung neben der Berufungsklägerin 1 selbständig geltend machen könnten. Ihre Ausführungen stützen sie auf FORSTMOSER (*in* FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, 1996, § 36, N. 14), der als Beispiel für einen unmittelbaren bzw. direkten Schaden ausdrücklich den Fall nennt, dass ein Gläubiger mit einer überschuldeten Gesellschaft, die den Gang zum Richter unterlassen hat, kontrahiert. Weiter führen sie aus, dass gemäss FORSTMOSER bei einer unmittelbaren (direkten) Schädigung eines Gläubigers die Regeln von Art. 756 bis 758 OR keine Anwendung finden würden.

b) Mit Eingabe vom 16. Dezember 2016 führt der Berufungsbeklagte hinsichtlich der Aktivlegitimation der Berufungskläger 2 und 3 zusammengefasst aus, die Erwägungen der Vorinstanz würden in jeder Hinsicht mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Einklang stehen, allerdings würden sich die Berufungskläger mit dieser Begründung nicht auseinandersetzen, sondern sich mit der Behauptung begnügen, dass sie direkt geschädigt wären. Aus diesem Grund läge eine ungenügende Rüge vor, weshalb auf diesen Teil der Berufung nicht einzutreten sei. Im Übrigen würden die Ausführungen der Berufungskläger an der Sache vorbeigehen, da gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts Gesellschaftsgläubiger ihren direkten Schaden gegen die Organe im Konkurs nur dann ohne Einschränkung einklagen könnten, wenn durch das widerrechtliche Verhalten des Organs nicht gleichzeitig auch die Gesellschaft geschädigt sei. Damit solle eine Konkurrenz der Gesellschaft einerseits und einzelner ihrer Gläubiger andererseits vermieden werden. Wenn die selbe Pflichtverletzung von Gesellschaftsorganen sowohl der Gesellschaft wie einzelnen Gläubigern direkt Schaden verursacht habe, solle die Klage der Gesellschaft bzw. der Gläubigergesamtheit im Konkurs gegenüber derjenigen einzelner Gläubiger bevorzugt werden. Für den Fall, dass die Berufungskläger 2 und 3 Direktgeschädigte wären, machten diese im Rahmen der Verantwortlichkeitsklage einzig eine Pflichtverletzung gemäss Art. 725 Abs. 2 OR geltend. Eine Verantwortlichkeitsklage sei ihnen verwehrt, da sie ihren Schadenersatzanspruch weder auf Art. 41 OR noch auf eine culpa in contrahendo abstützen würden und die Berufungsklägerin 1 als Abtretungsgläubigerin eine Verantwortlichkeitsklage im Namen der Gesellschaft bzw. der Gesamtheit der Gläubiger im Konkurs eingereicht habe.

c) Wie bereits die Vorinstanz in ihrem Entscheid vom 10. Juni 2016 festgehalten hat, ist die Sachlegitimation, d.h. vorliegend insbesondere die Aktivlegitimation der Berufungskläger als materiellrechtliche Voraussetzung des eingeklagten Anspruchs grundsätzlich von Amtes wegen zu prüfen. Die Prüfung ist nicht nur im erstinstanzlichen Verfahren, sondern vom Richter jeder Stufe vorzunehmen. Unter der Herrschaft der Verhandlungsmaxime gilt dies allerdings nur im Rahmen des behaupteten und festgestellten Sachverhalts (BGE 118 Ia 129 E. 1 m.w.H., bestätigt in Urteil BGer 4A_1/2014 vom 26. März 2014 E. 2.3; BGE 139 III 504 E. 3). Bei der Aktivlegitimation handelt es sich gemäss einem neueren Entscheid des Bundesgerichts (Urteil BGer 4A_404/2016 vom 7. Dezember 2016 E. 2.2) um eine implizite Tatsache, die Bestandteil einer anderen, ausdrücklich genannten Behauptung bildet („*un fait implicite, soit un fait qui est contenu, sans aucun doute, dans un autre allégué expressément invoqué*“). Die klagende Partei hat die Aktivlegitimation demnach nur zu behaupten und beweisen bzw. das Gericht hat diese im Rahmen der Verhandlungsmaxime nur zu prüfen, wenn sie von der beklagten Partei bestritten wird.

Unabhängig davon, ob der Verhandlungs- oder der Untersuchungsgrundsatz (Art. 55 ZPO) gilt, haben die Berufungskläger die Berufung zu begründen, mithin darzulegen, weshalb der angefochtene Entscheid falsch ist und deshalb abgeändert werden muss. Die Berufungskläger müssen sich mit der Begründung des vorinstanzlichen Entscheids auseinandersetzen. Eine bloss Bestreitung der Ausführungen im angefochtenen Entscheid ohne Angabe von Gründen, welche einen anderen Entscheid nahelegen, genügt der Begründungspflicht nicht. Die Berufung kann daher nicht einzig mit der Wiederholung der bei der Vorinstanz gemachten Vorbringen begründet werden (BGE 141 III 569 E. 2.3.3; BGE 138 III 374 E. 4.3.1; Urteil BGer 4A_376/2016 vom 2. Dezember 2016 E. 3.2.1; Urteil BGer 5A_438/2012 vom 27. August 2012 E. 2.2). Ist die Begründung in der Substanz mangelhaft, lässt dies das Eintreten auf sie unberührt, kann sich aber in der materiellen Beurteilung zum Nachteil des Berufungsklägers auswirken (vgl. BSK ZPO-SPÜHLER, 2. Aufl. 2013, Art. 311 N. 15 und Art. 321 N. 4).

aa) Soweit sich die Berufungskläger auf das von FORSTMOSER genannte Beispiel (§ 36, N. 14: Kontrahieren mit einer bereits überschuldeten Gesellschaft ohne Wissen darum) berufen und der Vorinstanz falsche Rechtsanwendung vorwerfen, verkennen sie, dass eben dieses Beispiel bereits von der Vorinstanz in ihrem Entscheid (act. 53, S. 5 f.) aufgegriffen wurde. Statt sich mit den dortigen Erwägungen zur Kombination aus direktem und indirektem Schaden auseinander zu setzen, begnügen sie sich damit, erneut auf FORSTMOSER zu verweisen, dem zufolge bei einer unmittelbaren (direkten) Schädigung eines Gläubigers die Regeln von Art. 756-758 OR keine Anwendung finden würden. Selbst wenn dieses Vorbringen zutreffen mag, legen sie an keiner Stelle dar, auf welche Anspruchsgrundlage sich die Berufungskläger 2 und 3 stützen, um ihren angeblichen direkten Schaden neben der Berufungsklägerin 1 geltend zu machen. Dabei gilt es – wie von der Vorinstanz zu Recht vorgebracht – vorliegend die besondere Konstellation der Anspruchskonkurrenz zu berücksichtigen, wonach gemäss der bundesgerichtliche Rechtsprechung im Falle einer Konkurrenz zwischen dem direkten Schaden der Gesellschaft und dem direkten Schaden des Gläubigers ausnahmsweise die Klagebefugnis des Gläubigers eingeschränkt wird. Demnach kann dieser seinen direkten Schaden in einem solchen Fall nur geltend machen, wenn das Verhalten eines Gesellschaftsorgans gegen aktienrechtliche Bestimmungen verstösst, die ausschliesslich dem Gläubigerschutz dienen oder die Schadenersatzpflicht auf einem anderen widerrechtlichen Verhalten des Organs im Sinne von Art. 41 OR oder einem Tatbestand der culpa in contrahendo gründet. Damit soll verhindert werden, dass ein direkt geschädigter Gläubiger gegenüber der Gesellschaft in deren Konkurs privilegiert wird, als dieser bereits bei Konkurseröffnung, die Gesellschaft allerdings erst nach der zweiten Gläubigerversammlung Schadenersatzansprüche geltend machen kann (BGE 132 III 564 E. 3.2.3; BGE 131 III 306 E. 3.1.2 [Biber Holding AG] m.w.H.; 122 III 176 E. 7c [X Corporation]; Urteil BGer 4C.48/2005 vom 13. Mai 2005 E. 2.1; BSK OR-GERICKE/WALLER, 5. Aufl. 2016, Art. 754 N. 19).

Die Berufungskläger bestreiten in ihrer Berufung weder den direkten Schaden der Gesellschaft noch das allfällige Vorliegen einer Anspruchskonkurrenz. Es wird von ihnen weder geltend gemacht, dass der Verwaltungsrat seine direkt den Gläubiger gegenüber bestehenden Pflichten verletzt hätte und ihm dadurch eine unerlaubte Handlung nach Art. 41 OR vorgeworfen werden könnte noch behaupten sie ein Verhalten, welches Ansprüche aus culpa in contrahendo entstehen lassen würde. Die Berufungskläger behaupten sodann auch kein Verhalten, das gegen eine aktienrechtliche Norm verstösst, welche einzig die Interessen der Gläubiger schützt.

Soweit sie sich mit pauschalen Behauptungen zur Aktivlegitimation direkt geschädigter Gläubiger begnügen, ohne sich eingehend mit der Begründung des vorinstanzlichen Entscheids auseinandersetzen, vermögen sie nicht ausreichend darzulegen, weshalb der angefochtene

Entscheid falsch ist und abgeändert werden muss. Sofern die unter diesem Punkt vorgebrachte Rüge überhaupt als ausreichend begründet angesehen werden kann, kann den Berufungsklägern im Übrigen nicht gefolgt werden, wenn sie ausführen, die Vorinstanz hätte das Recht falsch angewandt. Dies schliesslich auch nicht im Lichte der neusten, von der Vorinstanz zitierten, Rechtsprechung des Bundesgerichts, welche festhält, dass eine Konkurrenzsituation nicht mehr aktuell sei, sobald der Konkurs geschlossen und die Gesellschaft aus dem Handelsregister gelöscht sei (BGE 141 III 112 E. 5.3.3). Denn die Erwägungen im genannten Entscheid beziehen sich auf die Konstellation, in der weder die Konkursverwaltung die Verwaltungsräte wegen des erlittenen Schadens verklagt noch eine Abtretung der Ansprüche der Masse stattgefunden hat. Vorliegend wurde der Konkurs zwar bereits abgeschlossen und die Gesellschaft aus dem Handelsregister gelöscht (act. 1, Klagebeilage 5), allerdings macht die Berufungsklägerin 1 in ihrer Berufung gleichzeitig Ansprüche aus einer Abtretung nach Art. 260 SchKG geltend, weshalb die neue Tendenz des Bundesgerichts, wie auch von der Vorinstanz angenommen, im vorliegenden Fall nicht zur Anwendung gelangt. Aus den genannten Gründen mangelt es den Berufungsklägern 2 und 3 an der benötigten Aktivlegitimation.

bb) Während die Aktivlegitimation der Berufungskläger 2 und 3 vom Berufungsbeklagten stets bestritten wurde, wurde diejenige der Berufungsklägerin 1 weder im vorinstanzlichen Verfahren noch im Berufungsverfahren in Frage gestellt. Im Zusammenhang mit den eingangs genannten Erwägungen (vgl. Ziff. 2c) erübrigen sich weitere Ausführungen zur Aktivlegitimation grundsätzlich. Dennoch sei im Hinblick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung kurz erwähnt, dass es sich vorliegend insofern um eine besondere Konstellation handelt, als die Klage erst nach Konkursbeendigung bzw. nach der Löschung der Gesellschaft aus dem Handelsregister erhoben wurde und sich deshalb die Frage aufwirft, ob sich der einheitliche Anspruch der Gläubigergesamtheit ohne weiteres einfordern lässt oder ob dazu allenfalls vorgängig eine Wiedereintragung der Gesellschaft hätte beantragt werden müssen (vgl. dazu BGE 110 II 396). Denn gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung führt die Löschung der Gesellschaft aus dem Handelsregister zum Untergang derer Rechtspersönlichkeit. Soweit die gelöschte Gesellschaft Rechtsträgerin des Anspruchs der Gläubigergesamtheit ist, würde es folglich auch am Rechtsträger des Verantwortlichkeitsanspruchs fehlen (Urteil BGer 4A_384/2016 vom 1. Februar 2017 E. 2.1.2, 2.1.3, 2.3; BGE 132 III 731 E. 3.1; BGE 117 III 39 E. 3b). Die Frage der Aktivlegitimation von Abtretungsgläubiger wurde von der Rechtsprechung in diesem Zusammenhang bisher ausdrücklich offen gelassen (BSK OR-GERICKE/WALLER, Art. 757 N. 23 mit Verweis auf Urteil BGer 4A_231/2011 vom 20. September 2011 E. 2.; BIERI, GesKR 2015, S. 300 FN 49 mit Verweis auf ebengenanntes Urteil sowie Urteil ZK2 11 32 des Kantonsgerichts Graubünden vom 19. August 2013; Urteil BGer 4A_5/2008 vom 22. Mai 2008 E. 1.4).

cc) Zusammenfassend ergibt sich, dass die Berufung, die Berufungskläger 2 und 3 betreffend mangels Aktivlegitimation vollumfänglich abzuweisen ist. Im Folgenden werden daher nur die Vorbringen behandelt, die die Berufungsklägerin 1 betreffen.

3. a) Die Berufungsklägerin 1 bestreitet in Art. 5 der Berufung die Werthaltigkeit des Darlehens der G._____ AG (ehemals H._____ GmbH) im Umfang von CHF 141'400.-. Dabei führt sie sinngemäss aus, die Vorinstanz stelle diesbezüglich vollumfänglich auf die Ausführungen des Berufungsbeklagten sowie auf angebliche Äusserungen des Zeugen I._____ ab. Es gelte demgegenüber allerdings festzuhalten, dass der Berufungsbeklagte selber anlässlich seiner Einvernahme zugab, gegenüber dem Konkursamt falsche Angaben in Bezug auf dieses Darlehen gemacht zu haben. Somit seien seine Aussagen offensichtlich kritisch zu hinterfragen, was die Vorinstanz jedoch nicht gemacht habe. Weiter führt die Berufungsklägerin 1 unter Hinweis auf das in diesem Zusammenhang wörtlich zitierte Protokoll vom 22. April 2016

(act. 45, S. 7 f.) aus, es könne keine Rede davon sein, dass I. _____ angeblich angab, die Situation der G. _____ AG gekannt zu haben, weshalb er diesbezüglich die Werthaltigkeit des Darlehens gut habe abschätzen können.

Schliesslich führt die Berufungsklägerin 1 an, aufgrund der Ablehnung des Beweisantrags durch die Vorinstanz habe der Sachverhalt in ihren Augen nicht genügend abgeklärt werden können, weshalb die Sache zur Vervollständigung der Sachverhaltsabklärungen an die Vorinstanz zurückzuweisen sei.

b) Der Berufungsbeklagte hält dazu fest, den Ausführungen der Berufungsklägerin könne nicht gefolgt werden. Bereits der Vorwurf in der Klage, wonach die Aktiven der konkursiten Gesellschaft im Umfang des strittigen Darlehens überbewertet gewesen sein sollen, seien einzig damit begründet worden, dass die Abtretung nicht erfolgt sei. Als der Berufungsbeklagte schliesslich mit Eingabe vom 20. August 2015 (act. 20, Art. 15, S. 3) die Behauptung aufgestellt habe, dass es sich um eine werthaltige Forderung handle, hätten sich die Berufungskläger damit begnügt, diese Behauptung ohne jede Begründung zu bestreiten. Aus diesem Grund habe die Vorinstanz den Beweisantrag auf Edition der Buchhaltungsunterlagen der G. _____ AG ohne weiteres abweisen dürfen. Hinzu komme ausserdem, dass der Berufungsbeklagte im vorinstanzlichen Verfahren verschiedene Dokumente eingereicht habe, welche die Werthaltigkeit der abgetretenen Forderung hinlänglich beweisen würden. So sei das fragliche Darlehen anfänglich in der privaten Steuererklärung des Berufungsbeklagten für das Jahr 2007 (act. 118) ausgewiesen worden, während die Bilanz der H. _____ GmbH auf der Passivseite eine Verbindlichkeit in gleicher Höhe gegenüber dem Berufungsbeklagten aufwies (act. 120). Nach der Abtretung sei dieser Betrag in der privaten Steuererklärung für das Jahr 2008 (act. 119) nicht mehr aufgeführt worden. Stattdessen habe die Bilanz der G. _____ AG diesen Betrag von CHF 141'400.- ausgewiesen (act. 121).

Der Berufungsbeklagte schliesst aus diesen Unterlagen sowie aus den Aussagen der Revisionsstelle anlässlich der Sitzung vom 22. April 2016, wonach diese die Bilanzen der Firmen H. _____ bzw. G. _____ zum Zeitpunkt als sie die Revisionen durchführte, gekannt habe, dass die Vorinstanz von der Werthaltigkeit der abgetretenen Darlehensforderung ausgehen durfte. Die Berufung sei infolgedessen unbegründet und abzuweisen.

c) Während im vorinstanzlichen Verfahren zwischen den Parteien umstritten war, ob das Darlehen tatsächlich abgetreten und auch korrekt bewertet wurde (act. 53, S. 10), bestreitet die Berufungsklägerin 1 im Berufungsverfahren einzig noch die Werthaltigkeit der Forderung. Soweit sie diesbezüglich ausführt, die Vorinstanz hätte die Aussagen des Berufungsbeklagten nicht kritisch hinterfragt, ist nicht ersichtlich und wird von der Berufungsklägerin 1 auch nicht dargelegt, weshalb sie zu diesem Schluss gelangte. Wie sie selbst darlegt, hat die Vorinstanz die Tatsache, wonach der Berufungsbeklagte falsche Angaben zur Abtretung gemacht hat, in ihrem Entscheid explizit angeführt (act. 53, S. 10). Es kann somit davon ausgegangen werden, dass dieser Faktor von der Vorinstanz bei der Entscheidungsfindung durchaus berücksichtigt wurde. Dies umso mehr als sich auch aus den Akten keine Anhaltspunkte entnehmen lassen, die einen gegenteiligen Schluss nahe legen würden. Die falschen Angaben des Berufungsbeklagten gegenüber dem Konkursamt beziehen sich im Übrigen nicht auf die Werthaltigkeit der Forderung, sondern einzig auf deren Abtretung.

Das Vorbringen der Berufungsklägerin 1 hinsichtlich den Aussagen des Zeugen I. _____ ist insofern unbegründet, als sie in der Berufung selbst wörtlich zitiert, dass dieser auf die Frage, ob er die Bilanzen der Firma H. _____ bzw. G. _____ im Zeitpunkt, als er die Revisionen durchgeführt hat, gekannt habe, mit „Ja“ beantwortet (act. 45, S. 9 f.). Es erhellt vorliegend nicht,

weshalb die Berufungsklägerin 1 der Auffassung ist, es könne keine Rede davon sein, dass I._____ die Situation der G._____ AG gekannt und deshalb die Werthaltigkeit des Darlehens gut habe abschätzen können. Einzig aufgrund der Aussage I._____, er müsse in den Revisionsunterlagen nachschauen, ob er die Werthaltigkeit des Darlehens geprüft habe (act. 45, S. 10), kann nicht ohne weiteres geschlossen werden, dass das Darlehen nicht werthaltig war. Viel eher muss die Aussage dahingehend verstanden werden, dass sich I._____ anlässlich der Befragung nicht zweifellos erinnern konnte. Die Berufungsklägerin 1 begnügt sich vorliegend mit der pauschalen Bestreitung der Glaubwürdigkeit des Berufungsbeklagten sowie des Zeugen ohne darzulegen, aus welchen Gründen die Sachverhaltsfeststellung durch die Vorinstanz bzw. der darauf gestützte Entscheid falsch ist und die Sache zurückzuweisen wäre.

Hinsichtlich dem Vorbringen der Berufungsklägerin 1, wonach die Abweisung des Beweisantrags eine ungenügende Sachverhaltsabklärung zur Folge habe, ist festzuhalten, dass die Vorinstanz durchaus die Möglichkeit hat, Beweisanträge abzuweisen, wenn sie in Würdigung der bereits erhobenen Beweismittel, d.h. in Anwendung von Art. 157 ZPO zum Schluss kommt, weitere Beweismassnahmen vermögen an ihrer bereits feststehenden Überzeugung nichts mehr zu ändern (BGE 141 I 60 E. 3.3; BGE 136 I 229 E. 5.3; Urteil BGer 4A_571/2016 vom 23. März 2017 E. 4.1). Wie aus dem Entscheid der Vorinstanz hervorgeht, stützt sich diese auf die Aussagen des Zeugen I._____, welche wie oben dargelegt, keinen Anlass zur Beanstandung geben. Soweit dieser ausführt, die Bilanzen der G._____ bzw. der H._____ im Zeitpunkt der Revisionen gekannt zu haben, ist nicht ersichtlich und wird von der Berufungsklägerin 1 auch nicht dargelegt, welche weitere Erkenntnis sich aus dem Beizug der genannten Bilanzen hinsichtlich der Werthaltigkeit des Darlehens ergeben würden. Ausserdem wurden im vorinstanzlichen Verfahren, wie vom Berufungsbeklagten dargelegt, weitere Unterlagen ins Recht gelegt, die ebenfalls zur vollständigen Sachverhaltsabklärung beitragen konnten.

Soweit diesem Vorbringen mangels ausreichender Substantiierung überhaupt eigenständige Bedeutung zukommt, gelingt es der Berufungsklägerin 1 folglich nicht, aufzuzeigen, weshalb das Darlehen nicht werthaltig gewesen sein soll, bzw. weshalb die Sachverhaltsfeststellung sowie die Abweisung des Beweisantrags durch die Vorinstanz zu beanstanden ist. Aus den dargelegten Gründen ist somit davon abzusehen, den angefochtenen Entscheid aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Das Hauptbegehren der Berufungsklägerin 1 ist folglich abzuweisen.

4. a) Eventualiter beantragt die Berufungsklägerin 1, der Entscheid der Vorinstanz sei aufzuheben und der Berufungsbeklagte sei zur Zahlung eines Betrages von CHF 11'955.60 (nebst Zins zu 5% seit wann rechtens) an die Berufungsklägerin 1 zu verurteilen.

Zur Höhe der angeblichen Überschuldung im Zeitpunkt der Pflichtverletzung führt die Berufungsklägerin 1 an, das Beweisverfahren vor der Vorinstanz habe klar ergeben, dass gemäss Jahresabschluss der konkursiten E._____ AG per 31. Dezember 2009 eine Überschuldung in Höhe von CHF 547'535.75 bestand (Berufung, Art. 8, S. 9). Dem hätten in diesem Zeitpunkt Darlehensforderungen mit Rangrücktritt von CHF 430'400.- gegenübergestanden, sodass für einen Betrag von CHF 117'135.75 keine Rangrücktritte bestanden hätten. Unter Berücksichtigung des Darlehens der G._____ AG (CHF 141'400.-) sowie des Aktionärsdarlehens in der Höhe von CHF 32'176.09 ergebe sich per 31. Dezember 2009 sogar eine Überschuldung von CHF 297'676.84.

Unter Verweis auf die Vorinstanz, wonach eine Überschuldung dem Richter nicht unverzüglich angezeigt werden müsse, wenn eine konkrete Aussicht auf Sanierung besteht, diesfalls aber eine Maximaldauer des Aufschiebs von vier bis sechs Wochen angenommen werde, rügt die

Berufungsklägerin 1, dass die Überweisung des Betrages von CHF 162'000.- durch den Berufungsbeklagten per 22. Juli 2010 und der gleichzeitige Rangrücktritt offensichtlich viel zu spät erfolgt sei. Die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz seien diesbezüglich schlicht falsch. Sie verkenne, dass der Berufungsbeklagte über die finanzielle Situation der Gesellschaft laufend im Bilde war und verweist diesbezüglich auf dessen Aussagen anlässlich der Sitzung vom 22. April 2016. Demnach habe dieser selbst ausgeführt, das Budget laufend überprüft zu haben (act. 45, S. 4). Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz sei somit nicht das Datum der Vorlage des Revisionsberichts massgeblich für den Zeitpunkt, an welchem der Berufungsbeklagte hätte handeln müssen. Stattdessen habe er nach Auffassung der Berufungsklägerin 1 bereits anfangs 2010 wissen müssen, dass sich die Situation im Verhältnis zum Vorjahr nicht gebessert sondern verschlechtert hatte. Denn bereits im Vorjahr hätte eine Überschuldung vorgelegen, wofür Rangrücktrittserklärungen hätten abgegeben werden müssen.

Ergänzend gelte es festzuhalten, dass die Berufungskläger (richtig wohl der Berufungsbeklagte) per 31. Dezember 2009 über keine Darlehensforderung gegenüber der konkursiten Gesellschaft mehr verfügten. Es sei, wie bereits im ersten Parteivortrag ausgeführt, im Juli 2010 nicht nur darum gegangen, formell einen Rangrücktritt zu erklären, vielmehr hätte der Berufungskläger (richtig wohl der Berufungsbeklagte) bevor er dies machen konnte, zuerst feststellen müssen, wie hoch die Überschuldung war, das entsprechende Geld (CHF 162'000.-) organisieren und dann auch noch einzahlen müssen.

Die Feststellung der Vorinstanz, wonach mangels anderwärtiger Vorbringen der Berufungskläger die Rangrücktritte zulässig und geeignet waren, den Gang zum Richter trotz Überschuldung zu verhindern, sei falsch. Denn am 31. Dezember 2009 habe kein Guthaben des Berufungsbeklagten vorgelegen, weshalb er eben gerade keinen Rangrücktritt habe erklären können.

Zusammenfassend führt die Berufungsklägerin 1 schliesslich aus, dass entgegen dem angefochtenen Entscheid offensichtlich eine Pflichtverletzung des Berufungsbeklagten im Frühjahr 2010 vorläge, indem er in seiner Funktion als Verwaltungsrat der E._____ AG trotz klarer Hinweise auf eine Überschuldung in diesem Zeitpunkt bis im Juli 2010 nichts unternahm und es insbesondere unterliess, die Bilanz der Gesellschaft beim Gericht zu deponieren. Die Überschuldung habe im Frühjahr 2010, wie bereits dargelegt, mindestens CHF 117'135.75 betragen.

b) Zu den Ausführungen der Berufungsklägerin 1 im Zusammenhang mit dem Jahresabschluss 2009 und den entsprechenden Rücktritten führt der Berufungsbeklagte an (Stellungnahme, S. 8), dass sich diese in der Widergabe ihrer eigenen Sichtweise erschöpfen und eine rechtsgenügeliche Auseinandersetzung mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheides vermissen lässt. Insbesondere habe es die Berufungsklägerin 1 unterlassen aufzuzeigen, weshalb und inwieweit die Schlussfolgerungen der Vorinstanz unrichtig sein sollen. Der Berufungsbeklagte beantragt, dass aus diesem Grund sowie auch aufgrund des Vorbringens unzulässiger Noven (vgl. dazu Ausführungen unter Ziff. 1d) auf diesen Teil der Berufung nicht einzutreten sei. Subsidiär sei die Berufung auch in diesem Punkt abzuweisen, da die Berufungsklägerin 1 es unterlassen hätte, aufzuzeigen, inwiefern und in welchem Ausmass sich die Überschuldung der Gesellschaft durch das behauptete pflichtwidrige Verhalten des Berufungsbeklagten vergrössert hätte. Schliesslich habe sich die Berufungsklägerin 1 auch nicht mit den Ausführungen der Vorinstanz bezüglich der Sanierungsmassnahmen auseinandergesetzt. Der Berufungsbeklagte weist abschliessend darauf hin, dass die Überschuldung der E._____ AG im Jahr 2010 im Vergleich zum Jahr 2009 abgenommen habe, woraus sich ergebe, dass sich die finanzielle Situation der Gesellschaft

verbessert und nicht verschlechtert hätte. Dies zeige ebenfalls auf, dass die Argumentation der Berufungsklägerin 1 ins Leere stosse.

c) aa) Wie der Berufungsbeklagte zu Recht anführt, unterlässt es die Berufungsklägerin 1 aufzuzeigen, inwiefern sich die Überschuldung durch die angebliche Unterlassung der Benachrichtigung des Richters im Frühjahr 2010 vergrössert haben soll. Es gelingt ihr nicht zu beweisen, dass die Überschuldung im Zeitpunkt der angeblichen Pflichtverletzung wie von ihr behauptet CHF 297'676.84 betragen hat. Einerseits ist von der Anrechnung des Darlehens der G._____ AG zum Betrag der Überschuldung abzusehen, da die Berufungsklägerin 1 nicht darzulegen vermochte, weshalb das Darlehen nicht werthaltig sein sollte (vgl. dazu Ziff. 3c). Andererseits ist aus den eingangs genannten Gründen (vgl. dazu Ziff. 1d) auch davon abzusehen, ein angebliches Aktionärsdarlehen in der Höhe von CHF 32'176.09 zum Betrag der Überschuldung hinzuzurechnen. Soweit die Berufungsklägerin 1 ausdrücklich auf die Beweismittelverfügung Bezug nimmt (Berufung, Art. 6, S. 7) gelingt es ihr somit nicht, die entsprechenden Beweise zu erbringen, weshalb sie die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat.

Insofern als der obengenannte Einwand des Berufungsbeklagten auch im Zusammenhang mit seiner Kritik am vorinstanzlichen Begriff des Verschleppungsschadens steht (Stellungnahme, S. 7), erübrigen sich an dieser Stelle weitere Ausführungen zum Bestand bzw. zur Art des Schadens. Dies aufgrund des Verfahrensausgangs sowie auch der Tatsache, dass die Berufungsklägerin 1 die Feststellung der Vorinstanz zum Schaden nicht bestritten hat.

bb) Gemäss Art. 725 Abs. 2 OR muss eine Zwischenbilanz erstellt und diese einem zugelassenen Revisor zur Prüfung vorgelegt werden, wenn begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht. Ergibt sich aus der Zwischenbilanz, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind, so hat der Verwaltungsrat den Richter zu benachrichtigen, sofern nicht die Gesellschaftsgläubiger im Ausmass dieser Unterdeckung im Rang hinter allen anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten. Die Pflicht des Verwaltungsrats zur Benachrichtigung des Richters bei Überschuldung ergibt sich mithin auch aus Art. 716a OR.

In welchem Zeitpunkt der Verwaltungsrat eine begründete Besorgnis einer Überschuldung haben muss, beurteilt sich anhand der wirtschaftlichen und finanziellen Lage und der Eigenkapitalbasis im Einzelfall unter Berücksichtigung der Liquidität (BSK OR II-WÜSTINER, 5. Aufl. 2016, Art. 725 N. 32). Massgebend ist nicht allein die letzte Bilanz, sondern sämtliche Anzeichen, die der Verwaltungsrat kennt oder kennen müsste, die auf eine Überschuldung hindeuten (Urteil BGer 4A_324/2011 vom 16. Januar 2012 E. 2.2.1 mit Verweis auf BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, § 13 Rz. 768). Als solche Anzeichen werden in der Literatur beispielsweise genannt: andauernde Verlustausweise („cash drain“) in den Zwischenabschlüssen, ausserordentliche Ereignisse während des Geschäftsjahres (z.B. Prozesse, Garantien, Bürgschaften, Fehlinvestitionen, Preiszerfall, Verluste bei Beteiligungsgesellschaften oder Klumpenrisiken), welche zu grösseren Abschreibungs- und Rückstellungsbedarf führen oder Liquiditätsschwierigkeiten (BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725 N. 33 mit Verweis auf BÖCKLI, § 13 Rz. 768).

Soweit die Berufungsklägerin 1 vorbringt, der Berufungsbeklagte hätte nicht erst im Zeitpunkt der Vorlage des Revisionsberichts sondern bereits im Frühjahr 2010 handeln müssen, hat sie alle Tatbestandselemente der materiellrechtlichen Normen zu behaupten, die den geltend gemachten Anspruch begründen (vgl. zur Begründungs- und Substantiierungspflicht Ziff. 1d/aa). Eine Pflichtverletzung setzt voraus, dass überhaupt eine Pflicht zum Handeln besteht. Im Hinblick auf die vorliegende Bestimmung hätte die Berufungsklägerin 1 folglich Tatsachen behaupten müssen, die aufzeigen, dass bereits im Frühjahr 2010 begründete Besorgnis einer Überschuldung bestand

bzw. hätte bestehen müssen. Dazu bringt die Berufungsklägerin 1 vor, der Berufungsbeklagte hätte bereits in diesem Zeitpunkt wissen müssen, dass sich die Situation im Verhältnis zum Vorjahr nicht gebessert sondern verschlechtert habe; es hätten „klare Hinweise“ bestanden. Weder diese pauschalen Behauptungen noch der Verweis auf die Aussage des Berufungsbeklagten, das Budget laufend überprüft zu haben, sagen etwas darüber aus, weshalb er im Frühjahr 2010 begründete Besorgnis einer Überschuldung hatte bzw. hätte haben müssen. Das Vorbringen der Berufungsklägerin 1, wonach bereits im Vorjahr eine Überschuldung bestanden habe, trägt sodann ebenfalls nichts zur Klärung bei. Denn daraus könnte zwar eine erhöhte Pflicht des Verwaltungsrats zur Überwachung der finanziellen Lage der Gesellschaft abgeleitet werden, allerdings vermag die Berufungsklägerin 1 damit nicht darzulegen, dass im Frühjahr 2010 Anzeichen für eine begründete Besorgnis bestanden haben. Soweit sie nicht einmal ansatzweise ausführt, es bestünden entsprechende Anzeichen, ist fraglich, ob sie damit überhaupt ihrer Behauptungslast nachgekommen ist. Fest steht auf jeden Fall, dass sie dadurch weder eingehend darzulegen vermag, dass bereits im Frühjahr 2010 eine Pflicht zum Handeln bestanden noch dass der Berufungsbeklagte eine solche Pflicht verletzt hätte. So hat sie sich – wie der Berufungsbeklagte zu Recht ausführt – unter diesem Punkt auch nicht mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinandergesetzt, welche unter Bezugnahme auf die Aussagen des Berufungsbeklagten sowie des Zeugen I. _____ u.a. ausführen, dass es nicht möglich war, bereits per Ende 2009 eine Rangrücktrittserklärung abzugeben. Rangrücktritte könnten erst erfolgen, wenn man die Situation genau kenne, was erst der Fall sei, wenn der Abschluss vorliege (act. 53, S. 10). Mangels einer rechtsgenügenden Begründung erübrigen sich an dieser Stelle weitere Ausführungen zur von der Berufungsklägerin 1 geltend gemachten Pflichtverletzung im Frühjahr 2010.

Vorliegend steht somit einzig noch in Frage, ob der Rangrücktritt im Juli 2010 aus anderen Gründen zu spät erfolgte. Dazu wird von der Vorinstanz ausgeführt, dass in Fällen von Art. 725 Abs. 2 OR Rangrücktritte erst erklärt werden könnten, nachdem die durch die Revisionsstelle geprüfte Zwischenbilanz erstellt wurde. Analog zu diesem Fall geht die Vorinstanz in der Folge davon aus, dass Rangrücktritte, welche wie vorliegend am gleichen Tag wie der Revisionsbericht erfolgten, nicht zu spät seien. Diese Feststellung wird durch die Berufungsklägerin 1 nicht bestritten. Sie führt dazu lediglich sinngemäss aus, es sei nicht nur darum gegangen, an besagtem 22. Juli 2010 formell einen Rangrücktritt vorzunehmen, sondern es hätten dazu auch Vorbereitungen vorgenommen werden müssen (Feststellung der Höhe der Überschuldung, Organisieren und Einbezahlen der benötigten Summe). Soweit sie in diesem Zusammenhang vorbringt, der Berufungsbeklagte habe per 31. Dezember 2009 nicht über entsprechendes Guthaben verfügt, das einen Rangrücktritt erlaubt hätte, ist dies unbestritten. Allerdings schliesst dies nicht aus, dass die genannten Vorbereitungshandlungen nicht auch am selben Tag wie der Revisionsbericht hätten stattfinden können.

Sofern die Berufungsklägerin 1 dadurch möglicherweise vorbringen wollte, dass der tatsächliche Rangrücktritt im Hinblick auf den Revisionsbericht vom 22. Juli 2010 verspätet erfolgt sei, sind ihre Darlegungen derart unbestimmt und vage, dass sie ihrer Begründungspflicht damit nicht ausreichend nachgekommen ist. Dem Berufungsbeklagten kann somit gefolgt werden, wenn er ausführt, die Berufungsklägerin 1 habe sich mit den Erwägungen der Vorinstanz nicht ausreichend auseinandergesetzt. Weitere Erwägungen erübrigen sich folglich auch in dieser Hinsicht.

cc) Gestützt auf die obigen Ausführungen gelangt der I. Zivilappellationshof zusammenfassend zum Schluss, dass die Berufungsklägerin 1 weder ausreichend darzulegen vermag, dass die Summe der Überschuldung im Frühjahr 2010 CHF 297'676.84 betrug, noch dass dem Berufungsbeklagten im Frühjahr 2010 die Pflicht oblag, den Richter zu benachrichtigen.

Soweit der Berufungsbeklagte im Juli 2010 einen Rangrücktritt erklärte, erfolgte dieser im Übrigen nicht zu spät. Die Vorbringen der Berufungsklägerin 1 sind unbegründet, weshalb die Berufung in diesem Punkt abzuweisen ist.

dd) Zusammenfassend ergibt sich, dass die Berufung der Berufungskläger 2 und 3 mangels Aktivlegitimation abgewiesen wird, soweit darauf eingetreten wurde. Da die Berufungsklägerin 1 weder mit ihrem Haupt- noch ihrem Eventualbegehren durchgedrungen ist, ist auch ihre Berufung vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf eingetreten wurde. Der Entscheid der Vorinstanz vom 10. Juni 2016 wird somit bestätigt.

5. a) Vorliegend sind die Berufungskläger mit ihren Rechtsbegehren nicht durchgedrungen, weshalb ihnen als unterliegenden Partei die Prozesskosten des Berufungsverfahrens auferlegt werden (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

b) Sind am Prozess mehrere Personen als Haupt- oder Nebenparteien beteiligt, so bestimmt das Gericht ihren Anteil an den Prozesskosten. Das Gericht kann auf solidarische Haftung erkennen (Art. 106 Abs. 3 ZPO). Bei einfachen Streitgenossen rechtfertigt sich eine solidarische Auferlegung der Kosten, soweit sie eine gemeinsame Rechtsposition vertreten und der Prozessausgang für alle Berufungskläger derselbe ist (BK ZPO-STERCHI, 2012, Art. 106 N. 12). Vorliegend vertraten alle Berufungskläger grundsätzlich dieselbe Position und die Berufung wurde betreffend alle Berufungskläger abgewiesen. Ob dies nun mangels Aktivlegitimation oder durch Prüfung der Haftungsvoraussetzungen geschah, spielt keine Rolle, da das Ergebnis auch bei Bejahung der Aktivlegitimation kein anderes gewesen wäre. Die Berufungskläger reichten das Schlichtungsgesuch zusammen ein, wurden im vorinstanzlichen Verfahren alle durch den gleichen Rechtsvertreter vertreten, leisteten den Gerichtskostenvorschuss solidarisch, verursachten alle Handlungen des Gerichts gemeinsam (z.B. Beweisanträge) und traten gegenüber dem Gericht jeweils einheitlich auf. Deshalb ist anzunehmen, die Kläger gingen während des gesamten Verfahrens von einem einheitlichen Schicksal ihrer Klage aus. Somit rechtfertigt sich die solidarische Auferlegung der Parteientschädigung.

Die als Parteientschädigung geschuldeten Anwaltshonorare für das Berufungsverfahren sind vorliegend detailliert festzusetzen (Art. 105 Abs. 2 i.V.m. 96 ZPO, Art. 63 i.V.m. 65 ff. JR). Dabei berücksichtigt das Gericht insbesondere die unter gewöhnlichen Umständen zur Führung des Prozesses notwendige Zeit und die auf dem Spiel stehenden Interessen (Art. 63 Abs. 3 JR). Die Entschädigung basiert auf einem Stundentarif von CHF 250.- (Art. 65 JR). Korrespondenz und Telefongespräche, die zur Führung des Prozesses notwendig waren und den Rahmen einer einfachen Aktenverwaltung nicht überschreiten, insbesondere Übermittlungsschreiben, Gesuche um Fristerstreckung oder um Verschiebung einer Verhandlung, geben einzig Anspruch auf ein Pauschalhonorar von höchstens CHF 500.-, ausnahmsweise CHF 700.- (Art. 67 JR). Gemäss Art. 68 JR werden die für die Führung des Prozesses notwendigen Auslagen zum Selbstkostenpreis verrechnet. Vorbehalten bleiben die folgenden Bestimmungen: Die Kosten für Kopien, Portos und Telefonate werden pauschal auf 5 % der Grundentschädigung festgelegt (Abs. 2).

Rechtsanwalt Daniel Schneuwly macht in seiner Kostenliste vom 5. Mai 2017 ein Honorar von CHF 2'763.70 geltend. Unter Berücksichtigung namentlich des Schwierigkeitsgrades, der unter gewöhnlichen Umständen zur Führung des Prozesses notwendigen Zeit sowie der auf dem Spiel stehenden Interessen und angesichts des Streitwerts ist dieser Betrag nicht zu beanstanden. Die Spesenpauschale beträgt 5% der Grundentschädigung (ohne Erhöhung aufgrund des Streitwerts) und wird folglich auf CHF 103.15 festgesetzt. Die Berufungskläger haben dem Berufungsbeklagten damit eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 2'866.85, zuzüglich MwSt. von 8% (CHF 229.35), insgesamt ausmachend CHF 3'096.20, zu leisten.

c) Die Gerichtskosten werden pauschal auf CHF 12'000.- festgelegt (Art. 95 Abs. 2 Bst. b ZPO; Art. 19 Abs. 1 und 21 JR) und vom geleisteten Kostenvorschuss der Berufungskläger bezogen. Hinsichtlich der Gerichtskosten wird die Solidarität hinfällig, weil diese durch die Kostenvorschüsse gedeckt wurden, welche bereits solidarisch geleistet wurden und entsprechend, mangels zusätzlicher Forderungen für Gerichtskosten, einzubehalten sind.

Der Hof erkennt:

I. Die Berufung wird, soweit sie die Berufungskläger 2 und 3 betrifft, mangels Aktivlegitimation abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde.

Die Berufung wird, soweit sie die Berufungsklägerin 1 betrifft, abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde.

Der Entscheid des Zivilgerichts des Sensebezirks vom 10. Juni 2016 wird bestätigt.

II. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens, bestimmt auf einen Betrag von CHF 12'000.-, werden den Berufungsklägern auferlegt und vom geleisteten Kostenvorschuss bezogen.

III. Die Berufungskläger werden solidarisch verpflichtet, dem Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung von CHF 3'096.20 (inkl. MwSt. von CHF 229.35) zu entrichten.

IV. Zustellung.

Dieses Urteil kann innert 30 Tagen nach seiner Eröffnung mit Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht angefochten werden. Das Beschwerderecht und die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen sind in den Art. 72 bis 77 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG) geregelt. Die begründete Beschwerdeschrift ist beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen.

Freiburg, 6. Juni 2017/jko

Präsident

Gerichtsschreiberin