



Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Vizepräsident, und Oberrichter Prof. Dr. Alexander Brunner, die Handelsrichter Attila Mathé, Thomas Fischer und Rony Müller sowie der Gerichtsschreiber Leonard Suter

Urteil vom 26. September 2018

in Sachen

A._____ LIMITED,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1._____
vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X2._____

gegen

B._____,
Beklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1)

" Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin EUR 652'900.00 zuzüglich Zins zu 5% seit 23. Juni 2015 zu bezahlen, unter Vorbehalt des Nachklagerechts sowie unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MwSt.) zu Lasten des Beklagten."

Anträge des Beklagten:

(act. 28)

- " 1. Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen, soweit auf diese überhaupt einzutreten ist.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MwSt. zu Lasten der Klägerin."

Sachverhalt und Verfahren

A. Parteien/Beteiligte und ihre Stellung

Die Klägerin ist eine zypriotische Gesellschaft ("Limited Liability Company") mit Sitz in Nikosia, welche sich im Konkurs der C._____ AG (nachfolgend C._____ -AG) Verantwortlichkeits- und Schadenersatzansprüche gegenüber dem ehemaligen Geschäftsführer der C._____ -AG, dem Beklagten, hat abtreten lassen (act. 1 Rz 2, act. 12 Rz 16; act. 3/2; act. 3/4; act. 3/5).

Der Beklagte, Wohnsitz in D._____, war Mitgründer der C._____ -AG und zunächst Mitglied des Verwaltungsrats, bevor er im Mai 2012 einzelzeichnungsberechtigter Geschäftsführer der C._____ -AG wurde. Nachdem der Beklagte am 23. September 2015 seinen Austritt aus der C._____ -AG erklärt hatte, schied er am 5. Oktober 2015 formell aus der Gesellschaft aus (act. 1 Rz 3; act. 12 Rz 19 und 192; act. 3/3; act. 3/19).

Die C._____ -AG war eine Schweizer Aktiengesellschaft mit Sitz in ... [Ortschaft], welche die Forschung, Entwicklung, Produktion und den Verkauf von ...-Technologien ... für die Sportindustrie und ... bezweckt. Mit Urteil vom tt.mm.2015 des Bezirksgerichts Zürich wurde über die C._____ -AG der Konkurs

eröffnet und am tt.mm.2016 wurde die Gesellschaft im Handelsregister gelöscht. Im vorliegend relevanten Zeitraum waren die Mitglieder des Verwaltungsrates der C.____-AG E.____, F.____ und G.____, wobei Letzterer als Verwaltungsratspräsident amtierte (act. 3/3).

Die H.____ I.K.E. in Liquidation (nachfolgend H.____) ist eine griechische Gesellschaft mit Sitz in Athen, Griechenland, welche am tt.mm.2014 im "General Commercial Registry Office of the Athens Chamber of Tradesmen" registriert wurde und sich seit dem 29. Februar 2016 in Liquidation befindet (act. 1 Rz 20; act. 19 Rz 39; act. 3/10). Der Beklagte und seine Schwester, I.____, besaßen seit der Gründung der H.____ jeweils 50% der Anteile. I.____ war zudem die Geschäftsführerin der H.____ (act. 1 Rz 21; act. 12 Rz 24 und 32).

B. Unbestrittener Sachverhalt

Im Zentrum des von der C.____-AG verfolgten Zwecks standen die Entwicklung und der Verkauf von Sensoren, welche verschiedene Körperfunktionen messen konnten; etwa die Körpertemperatur, Beschleunigungswerte oder die Atmungskurve bei sportlicher Betätigung. Mittels dafür entwickelter Software war es zudem möglich, die gesammelten biometrischen Daten der Träger der Sensoren auf ein Datenendgerät hochzuladen und auszuwerten (act. 1 Rz 35, act. 19 Rz 74; act. 12 Rz 6; act. 20/3).

Während die J.____ SA (nachfolgend J.____) die Hardware der Produkte der C.____-AG – nämlich die Sensoren – entwickelte, schloss die C.____-AG für die Softwareentwicklung insbesondere Verträge mit der K.____ AG (nachfolgend K.____-AG) und der L.____ (nachfolgend L.____) (act. 12 Rz 53; 19 Rz 130). Ab Mai 2014 wurde die Zusammenarbeit mit den genannten Softwareunternehmen nicht mehr weitergeführt (act. 12 Rz 25 ff.; act. 19 Rz 73, 84 und 163).

Im Namen der C.____-AG schloss der Beklagte einen vom 6. Juni 2013 datierenden Vertrag ("Technical Development Agreement", nachfolgend Development Agreement) mit der H.____, wobei die H.____ zu diesem Zeitpunkt noch nicht gegründet worden war. Wesentlicher Inhalt des Vertrages war die Entwicklung

und Lizenzierung von Software für die Produkte der C.____-AG durch die H.____ (act. 1 Rz 19 ff.; act. 3/9).

Im Zeitraum von Juni 2014 bis Mai 2015 stellte die H.____ 16 Rechnungen im Gesamtumfang von EUR 652'900.00, welche von der C.____-AG vollumfänglich beglichen wurden. Konkret handelt es sich dabei um folgende Rechnungen (act. 1 Rz 44; act. 3/20):

<u>Datum</u>	<u>Angebliche Leistung</u>	<u>Betrag</u>	
06. Juni 2014	Human resources / Administration / Website media materials	EUR	38'300.00
25. Juni 2014	Human resources / Administration	EUR	39'000.00
25. Juni 2014	Cost of computer equipment - Software licences	EUR	7'000.00
24. Juli 2014	Human resources / Administration / Summer holiday payment (similar to christmas & easter payment)	EUR	51'000.00
13. August 2014	Human resources / Administration / Cost of computer equipment – Software licences	EUR	48'100.00
24. September 2014	Software development services / under technical development agreement	EUR	37'100.00
29. Oktober 2014	Software development services / under technical development agreement	EUR	42'500.00
25. November 2014	Software development services / under technical development agreement	EUR	43'500.00
4. Dezember 2014	Software development services / under technical development agreement	EUR	34'000.00
13. Dezember 2014	Software development services /	EUR	45'300.00

	under technical development agreement			
22. Januar 2015	Software development services / under technical development agreement	EUR		45'900.00
18. Februar 2015	Software development services / under technical development agreement	EUR		48'900.00
20. März 2015	Software development services / under technical development agreement	EUR		24'950.00
20. März 2015	Software development services / under technical development agreement	EUR		49'250.00
16. April 2015	Software development services / under technical development agreement	EUR		48'600.00
20. Mai 2015	Software development services / under technical development agreement	EUR		49'500.00
Total:		EUR		652'900.00

Weitere Rechnungen der H._____ vom 25. Juni 2015, 23. Juli 2015, 18. August 2015 und 31. August 2015 in der Gesamthöhe von EUR 173'475.00 wurden von der C._____ -AG nicht bezahlt (act. 12 Rz 11; act. 3/26).

Am 11. Juni 2014 schloss die Klägerin als Darlehensgeberin einen Darlehensvertrag mit der C._____ -AG ab, welcher sie zur Hauptgläubigerin der C._____ -AG machte. Die C._____ -AG deckte ihren Finanzbedarf hauptsächlich durch entsprechendes Darlehen (act. 12 Rz 16; act. 19 Rz 20 und 27; act. 14/1). Im Verlaufe des Frühjahrs 2015 geriet die C._____ -AG in finanzielle Schieflage, wobei die Parteien verschiedene Gründe dafür aufführen. Unbestrittenermassen bedurfte die C._____ -AG jedoch neuer Finanzmittel, da von der Klägerin keine weiteren Darlehen in Aussicht gestellt wurden (act. 12 Rz 145 ff.; 19 Rz 183). Der Suche

nach neuen Investoren war jedoch kein Erfolg beschieden, sodass letztendlich am 23. November 2015 der Konkurs über die C.____-AG eröffnet wurde (act. 19 Rz 188).

C. Wesentliche Parteistandpunkte

a. Standpunkte der Klägerin

Die Klägerin wirft dem Beklagten im Wesentlichen vor, er habe im Namen der C.____-AG mit der H.____ das Development Agreement abgeschlossen, welches extrem einseitig zu Gunsten der H.____ ausgestaltet gewesen sei. Basierend auf dem Development Agreement habe er sodann geschäftlich unbegründete Zahlungen im Umfang von EUR 652'900.00 an die H.____ geleistet und der C.____-AG damit einen Schaden in dieser Höhe verursacht (act. 19 Rz 197 f.). Da der Beklagte zusammen mit I.____ alle Anteile der H.____ besessen und dies dem Verwaltungsrat der C.____-AG nicht offengelegt habe, habe er sich bei Abschluss und Durchführung des Development Agreements in einem schweren Interessenkonflikt befunden und daher seine Pflichten als Geschäftsführer der C.____-AG verletzt (act. 1 Rz 58).

b. Standpunkte des Beklagten

Der Beklagte bestreitet, mit dem Abschluss des Development Agreements eine Pflichtverletzung begangen zu haben. Zum einen sei der Vertragsschluss für die C.____-AG vorteilhaft gewesen, so dass der formale Interessenkonflikt des Beklagten zu keiner Pflichtverletzung geführt habe. Darüber hinaus habe der Verwaltungsrat der C.____-AG das Development Agreement genehmigt, weshalb ein allfälliger Interessenkonflikt ohnehin unbeachtlich sei. Auch habe die H.____ für die C.____-AG werthaltige Softwareprodukte entwickelt und andere Dienstleistungen erbracht, so dass der C.____-AG durch die Bezahlung der Rechnungen der H.____ kein Schaden entstanden sei (act. 12 Rz 60 ff., 80 ff., 154 ff. und 162; act. 28 Rz 15 ff. und 19 ff.).

c. Weitere Behauptungen

Ergänzend wird auf die weiteren Behauptungen in den Schriftsätzen der Parteien (act. 1; act. 12; act. 19; act. 28; act. 35; act. 38; act. 41; act. 46) Bezug genommen, soweit diese für die Entscheidungsfindung wesentlich sind.

D. Prozessverlauf

Die Klägerin reichte am 10. November 2016 (Datum Poststempel) die vorliegende Klage ein (act. 1). Den von ihr geforderten Vorschuss für die Gerichtskosten von CHF 25'000.– leistete sie fristgerecht (act. 4; act. 9). Die Klageantwort des Beklagten vom 8. Februar 2017 wurde innert angesetzter Frist eingereicht (act. 10; act. 12). Im weiteren Verlauf des Prozesses wurde der zweite Schriftenwechsel angeordnet (act. 17). Sowohl die Replik vom 26. Mai 2017 als auch die Duplik vom 2. Oktober 2017 ergingen rechtzeitig (act. 19; act. 28). Daraufhin reichte die Klägerin mit Eingabe vom 30. Oktober 2017 unaufgefordert eine Stellungnahme zu den "Dupliknoven" ein, zu welcher sich der Beklagte mit Eingabe vom 16. November 2017 seinerseits unaufgefordert vernehmen liess (act. 35; act. 38).

In der Folge reichte die Klägerin mit Eingabe vom 14. Mai 2018 eine Noveneingabe ein, welche dem Beklagten zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (act. 41; Prot. S. 14). Sodann ersuchte der Beklagte mit Eingabe vom 23. Mai 2018 um Fristansetzung zur Stellungnahme zur klägerischen Noveneingabe, was bewilligt wurde (act. 44). Mit Eingabe vom 22. Juni 2018 nahm der Beklagte schliesslich innert Frist Stellung zu besagter Noveneingabe, woraufhin entsprechende Stellungnahme der Klägerin zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (act. 46; Prot. S. 15). Weitere Eingaben ergingen nicht.

Mit Verfügung vom 10. August 2018 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zu erklären, ob auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichtet werde, unter Androhung, dass bei Stillschweigen Verzicht auf die Hauptverhandlung angenommen würde (act. 49). Die Klägerin verzichtete innert Frist ausdrücklich auf die Durchführung einer Hauptverhandlung, während sich die Beklagte innert Frist nicht äusserte (act. 51). Der Prozess erweist sich als spruchreif (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

Erwägungen

I. Formelles

1. Zuständigkeit und anwendbares Recht

Die internationale, örtliche und sachliche Zuständigkeit des Handelsgericht des Kantons Zürich zur Beurteilung der vorliegenden Klage ist gegeben (Art. 2 Abs. 1 LugÜ i.V.m. Art. 151 Abs. 1 IPRG; Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG) und blieb überdies unbestritten. Die Anwendbarkeit von Schweizer Recht ergibt sich vorliegend aus Art. 154 Abs. 1 IPRG und wurde auch nicht bestritten.

2. Noveneingaben

2.1. Nach Abschluss des zweiten Schriftenwechsels oder nach der letzten Instruktionsverhandlung tritt der sogenannte Aktenschluss ein. Aufgrund dessen können Noven, d.h. neue Behauptungen und neue Beweisanträge, nur noch unter den einschränkenden Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO vorgetragen werden; insbesondere sind sie ohne Verzug vorzubringen. Das Gesetz unterscheidet zwischen echten und unechten Noven. Erstere sind erst nach Aktenschluss entstanden, während Letztere zwar bereits vor Aktenschluss vorhanden waren, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten.

2.2. Nachdem der Beklagte seine Duplik mit Eingabe vom 2. Oktober 2017 (act. 28) erstattet hatte, trat der Aktenschluss ein. In dessen Nachgang reichte die Klägerin mit Eingabe vom 30. Oktober 2017 eine Stellungnahme zu den "Dupli-knoen" ein (act. 35). Soweit sich die Klägerin darin zu den vom Beklagten in der Duplik eingereichten Beweismitteln act. 29/109-124 äussert, stellen ihre neuen Behauptungen echte Noven dar, da ihr besagte Beweismittel zuvor nicht bekannt waren. Angesichts des Umfangs der Duplik wurden die besagten klägerischen Noven unverzüglich vorgebracht und sind daher vorliegend zu berücksichtigen.

Anders verhält es sich mit den "aktualisierten Replikbeilagen 3 und 4", welche die Klägerin mit ihrer Stellungnahme zu den Dupliknoven einreichte (act. 36/3-4). Dabei handelt es sich offensichtlich nicht um echte, sondern unechte Noven, da dieselben Beweismittel im Rahmen der Replik bereits in nahezu derselben Form eingereicht wurden (act. 20/3-4). Da die Beweismittel ohne Weiteres bereits vor dem Aktenschluss hätten in der vollständigen Form eingereicht werden können, sind die "aktualisierten Replikbeilagen 3 und 4" vorliegend nicht zu berücksichtigen.

Soweit sich die Klägerin in ihrer Stellungnahme zu den "Dupliknoven" zu den beklagischen Vorbringen bezüglich der fehlenden Aktivlegitimation äussert (siehe dazu unten unter Ziffer II. 1.2.2.), sind ihre neuen Ausführungen zu berücksichtigen. Es handelt sich dabei um rechtliche Ausführungen, welche nicht unter die sachliche Reichweite der Novenregelung fallen (BSK ZPO-WILLISEGGER, 3. Auflage, Basel 2017, Art. 229 N 21). Dasselbe gilt für die diesbezüglichen neuen Ausführungen des Beklagten in seiner Stellungnahme zur klägerischen Dupliknoven-Stellungnahme (act. 38).

2.3. Weiter reichte die Klägerin mit Eingabe vom 14. Mai 2018 nach dem Aktenschluss Unterlagen aus der Strafuntersuchung der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürichs gegen den Beklagten ein, namentlich einen polizeilichen Ermittlungsbericht vom 12. Januar 2018 (act. 41; act. 42/1-4). Mit Blick auf das Datum des Polizeiberichts handelt es sich dabei ohne Weiteres um ein echtes Novum. Da es unverzüglich vorgebracht wurde – der Klägerin wurde unbestrittenermassen erst am 3. Mai 2018 Zugang zu den Straftaten gewährt (act. 41) –, ist es zu berücksichtigen.

Mit Eingabe vom 22. Juni 2018 liess sich der Beklagte sodann nach bewilligter Fristansetzung zur besagten klägerischen Noveneingabe vom 14. Mai 2018 vernehmen (act. 46). Soweit der Beklagte darin zum polizeilichen Ermittlungsbericht Stellung nimmt, ist von unmittelbar vorgebrachten und damit zu berücksichtigenden Noven auszugehen. Die neuen Bestreitungen des Beklagten in derselben Eingabe, welche sich auf klägerische Behauptungen aus der Klage oder Replik beziehen, stellen jedoch unzulässige unechte Noven dar und sind dementsprechend nicht zu berücksichtigen.

2.4. Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass die obgenannten nicht zu berücksichtigen neuen Sachvorbringen ohnehin nicht geeignet gewesen wären, den vorliegenden Entscheid zu beeinflussen. Ihre Nichtberücksichtigung gereicht daher keiner Partei zum Nachteil.

3. Beweismittel und Verwertbarkeit

3.1. Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung i.S. von Art. 157 ZPO besagt, dass das Gericht nach frei gebildeter Überzeugung entscheiden darf, ob es eine Tatsache als bewiesen erachtet oder nicht. In Normalfall ist das Gericht also an keine Beweisregel gebunden. Ferner gibt es keine Hierarchie der Beweise (DIKE Kommentar ZPO-LEU, 2. Auflage, Zürich 2016, Art. 157 N 7).

Art. 168 ZPO nennt die zulässigen Beweismittel, mithilfe dieser die Parteien die rechtserheblichen, streitigen Tatsachen i.S. von Art. 150 Abs. 1 ZPO beweisen können: Es sind dies Zeugnis, Urkunde, Augenschein, Gutachten, schriftliche Auskunft, sowie Parteibefragung und Beweisaussage. Auch elektronische Dateien werden vom Gesetz ausdrücklich als Beweisurkunden qualifiziert. Mit und ohne Signatur ist eine elektronische Datei eine Urkunde, welche vom Gericht der freien Beweiswürdigung unterzogen wird. Nur im Bestreitungsfall setzt die Beweistauglichkeit im Rahmen der Beweiswürdigung voraus, dass die Integrität der Daten erstellt ist, einschliesslich des Nachweises, dass die Daten von einem bestimmten Zeitpunkt an nicht mehr verändert wurden (DIKE Kommentar ZPO-MÜLLER, 2. Auflage, Art. 177 N 17).

3.2. Vorliegend macht die Klägerin in Bezug auf einige der vom Beklagten eingereichten Beweisurkunden geltend, diese seien als Beweismittel nicht zuzulassen (act. 19 Rz 157; act. 35 Rz 16 und 22).

Dabei handelt es sich zunächst um diverse Email-Nachrichten, welche vom Beklagten als Beweismittel ins Recht gelegt wurden. Die Absender und Empfänger sind dabei namentlich der Beklagte, I._____, Arbeitnehmer der H._____, sowie Arbeitnehmer und Vertreter der C._____-AG. Die Klägerin beantragt, die Email-Nachrichten seien als Beweismittel untauglich und in antizipierter Beweiswürdi-

gung auszuschliessen, soweit sie von I._____ stammten (namentlich act. 14/59, 61-64, 67 und 68). Es handle sich dabei bloss um private Bestätigungsschreiben betreffend angeblich erbrachter Leistungen durch die H._____ (act. 19 Rz 158).

Weiter reichte der Beklagte in seiner Duplik unter dem Titel "schriftliche Auskunft" unterzeichnete Ausführungen ins Recht, die von Personen stammen, welche er auch als Zeugen offeriert (act. 29/110-112). Es sind dies, soweit vorliegend relevant, Aussagen von E._____ (Verwaltungsratsmitglied der C._____ -AG zwischen 2010 und 2015), M._____ (Head of Operations der C._____ -AG zwischen 2010 und 2015) und N._____ (Head of Software Development der H._____). Die Klägerin bringt vor, es handle sich dabei mitnichten um schriftliche Auskünfte i.S. von Art. 190 ZPO. Viel mehr lägen eigens zu Prozesszwecken angefertigte Bestätigungsschreiben vor, welche als Beweismittel nicht zuzulassen seien (act. 35 Rz 16, 22 und 23 ff.).

Sowohl die Email-Nachrichten als auch die "schriftlichen Auskünfte" gehören – in Abgrenzung zu den sogenannten Dispositivurkunden – zu den Zeugnisurkunden, einer Art der Beweisurkunden i.S. von Art. 177 ZPO. Zeugnisurkunden enthalten Aufzeichnungen über das Wissen einer Person von Tatsachen; zu nennen sind etwa Quittungen, die Geschäftsbuchhaltung oder Bestätigungen aller Art (BK ZPO-RÜETSCH, Band II, Art. 150-352, Art. 400-406, Art. 177 N 11). Zeugnisurkunden ist grundsätzlich mit einer gewissen Zurückhaltung zu begegnen; mit ihnen kann bloss nachgewiesen werden, dass sich der Verfasser der Urkunde im Sinne der Urkunde geäußert hat. Jedoch gibt die Prozessordnung keine Handhabe dafür, solchen Urkunden die Beweiskraft abzusprechen. Sie unterliegen der freien Beweiswürdigung durch das Gericht, wobei bei der Frage nach deren Beweiskraft die gesamten Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen sind (DIKE Kommentar ZPO-MÜLLER, 2. Auflage, Art. 177 N 7; WEIBEL, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 177 N 15; BK ZPO-RÜETSCH, Band II, Art. 150-352, Art. 400-406, Art. 177 N 11). Der Beweiswert von Zeugnisurkunden ist daher sehr unterschiedlich. Beschränkte Beweiskraft kommt auf je-

den Fall privaten Bestätigungsschreiben zu, in welchen Dritte zuhanden einer Prozesspartei ihre Wahrnehmungen festhalten.

Bei den vom Beklagten offerierten "schriftlichen Auskünften" handelt es sich, wie von der Klägerin ausgeführt, um solche privaten Bestätigungsschreiben von offerierten Zeugen, welche sich ausdrücklich auf den vorliegenden Prozess beziehen. In der Lehre wird teilweise der Standpunkt vertreten, solche Urkunden im Rahmen zulässiger antizipierter Beweismündigung auszuschliessen (DIKE Kommentar ZPO-MÜLLER, 2. Auflage, Art. 177 N 7, BSK ZPO-DOLGE, 3. Auflage, Art. 177 N 11 und 12). Tatsächlich kann privaten Bestätigungsschreiben für sich alleine bloss eine geringe Überzeugungskraft zukommen. Dennoch kann in Verbindung mit weiteren in die gleiche Richtung weisenden Indizien auf sie abgestellt werden, um einen bereits gewonnen Eindruck zu bestätigen; es ist ihnen also nicht im vornherein jegliche Beweiskraft abzusprechen (vgl. BGer 4A_510/2011 vom 22. März 2012, E. 4.2.). Es ist daher darauf zu verzichten, die Duplikbeilagen act. 29/110-112 aus dem Recht zu weisen. Jedoch ist bei der Beweismündigung ihre bloss beschränkte Beweiskraft zu beachten.

Anders verhält es sich mit den vom Beklagten eingereichten Email-Nachrichten (act. 14/59, 61-64, 67 und 68). Zunächst wird die Integrität der Urkunden nicht bestritten, eine diesbezügliche Beweisuntauglichkeit muss also nicht geprüft werden. Weiter liegen keinerlei Hinweise vor, wonach es sich dabei um zu Prozesszwecken angefertigte Urkunden handeln könnte; haben die betreffenden Email-Konversationen doch zeitlich weit vor dem vorliegenden Prozess stattgefunden und beziehen sich auch ansonsten in keiner Weise auf einen Prozess. Es ist daher kein Grund ersichtlich, eine verminderte Beweiskraft anzunehmen oder die Urkunden gar aus dem Recht zu weisen.

3.3. Der Beklagte stellt sich seinerseits auf den Standpunkt, der von der Klägerin eingereichte polizeiliche Ermittlungsbericht vom 12. Januar 2018 (act. 42/4) sei als Beweismittel nicht zuzulassen. Zum einen stelle der Bericht bloss eine Zusammenfassung subjektiver Beobachtungen dar, zum anderen weise er zahlreiche Fehler auf (act. 46 Rz 1 f.).

Zunächst ist es Sache der zuständigen Staatsanwaltschaft und dann allenfalls des zuständigen Strafgerichts zu überprüfen, inwiefern sich aus dem polizeilichen Ermittlungsbericht eine strafbare Handlung des Beklagten ableiten lässt. Eine diesbezügliche Überprüfung ist vom hiesigen (Zivil-)gericht nicht vorzunehmen.

Darüber hinaus ist dem Beklagten zuzustimmen, dass es sich beim Ermittlungsbericht um eine Zeugnisurkunde handelt, welche bloss das Wissen und die Auffassung der zuständigen Polizeibeamtin wiedergibt. Wie bereits oben erläutert, unterliegen solche Urkunden jedoch der freien Beweiswürdigung des Gerichts. Somit besteht kein Grund, den polizeilichen Ermittlungsbericht aus dem Recht zu weisen. Er ist daher als Beweismittel zuzulassen.

4. Nichteintretensantrag

In seiner Duplik behauptet der Beklagte, die Klägerin sei aufgrund der Löschung der C.____-AG im Handelsregister gar nicht zur Geltendmachung der vorliegenden Klage legitimiert, weshalb diese abzuweisen sei. Sollte das Gericht jedoch davon ausgehen, dass es sich bei der fehlenden Prozessstandschaft um das Fehlen einer Eintretensvoraussetzung handle, so sei auf die Klage eventualiter nicht einzutreten (act. 28 Rz 7).

Die vom Beklagten geltend gemachte Problematik berührt je nach Ansicht die Aktivlegitimation und/oder die Prozessführungsbefugnis der Klägerin. Indes ist die Unterscheidung vorliegend nicht von Relevanz, da den entsprechenden Vorbringen des Beklagten ohnehin nicht zu folgen ist. Die diesbezüglichen Erwägungen sind daher unter dem Titel der Aktivlegitimation vorzunehmen (siehe nachfolgend unter Ziffer II. 1.2.2).

II. Materielles

1. Voraussetzungen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit

1.1. Grundsatz

Die Klägerin stützt ihre Klage vorliegend auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeit i.S. von Art. 754 OR. Die Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen sind sowohl der Gesellschaft als auch den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen (Art. 754 Abs. 1 OR). Die Voraussetzungen einer Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit sind demnach das Vorliegen eines Schadens, einer Pflichtverletzung, des natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhangs zwischen Schaden und Pflichtverletzung sowie eines Verschuldens.

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

1.2. Aktivlegitimation der Klägerin

1.2.1. Klägerin als Prozessstandschafterin der Gläubigergesamtheit

Die Aktivlegitimation zur Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen hängt von der Art des erlittenen Schadens ab. Die Rechtsprechung unterscheidet zwischen unmittelbarem Schaden der Gläubiger oder Aktionäre und dem Gesellschaftsschaden bzw. dem mittelbaren Schaden der Gläubiger oder Aktionäre. Gläubiger und Aktionäre sind aktivlegitimiert, wenn sie unmittelbar und direkt geschädigt sind (Art. 41 ff. OR). Wenn in erster Linie die Gesellschaft geschädigt ist, und die Gläubiger und Aktionäre nur mittelbar betroffen sind (Reflexschaden), dann unterscheidet das Gesetz zwischen Ansprüchen *ausserhalb des Konkurses* (Art. 756 OR) und Ansprüchen *im Konkurs* (Art. 757 OR). Ausserhalb eines Konkurses sind nebst der Gesellschaft auch die Aktionäre aktivlegitimiert, den Gesellschaftsschaden einzuklagen, wobei der Anspruch des Aktionärs auf Leistung an die Gesellschaft geht.

Im Konkursfall ist zunächst die Konkursverwaltung berechtigt, die Ansprüche von Aktionären und Gesellschaftsgläubigern geltend zu machen, wobei im Fall eines Verzichts der Konkursverwaltung jeder Gläubiger und Aktionär klageberechtigt ist (anstatt vieler BGE 131 III 306, E. 3.1). In diesem Fall ist jeder einzelne Aktionär oder Gläubiger gemäss Art. 757 Abs. 2 OR von Gesetzes wegen dazu berechtigt, den ganzen Gesellschaftsschaden einzuklagen. Diese Klage beruht gemäss der sogenannten Raschein-Praxis auf dem einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit, nicht auf einem Anspruch der Gesellschaft. In BGE 142 III 23 führte das Bundesgericht diesbezüglich aus, dass im Konkurs der Gesellschaft der Anspruch aus dem Recht der Gesellschaft durch einen einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit abgelöst werde (E. 4.4.). Klagen nun also Gesellschaftsgläubiger i.S. von Art. 757 Abs. 2 OR, so handeln sie in einer Art Prozessstandschaft für die Gläubigergesamtheit. Jedoch bleibt die Konkursmasse Rechtsträgerin der behaupteten Ansprüche (BGE 142 III 23, E. 4.4.; BGE 136 III 107, E. 2.51; BGE 132 III 342 E. 2.2; BGE 117 II 432, E. 1ee; BSK OR II-GERICKE/WALLER, 5. Auflage, Art. 757 N 16 und 23; VON DER CRONE, Aktienrecht, Zürich 2014, § 12 Rz 111).

Art. 757 Abs. 3 OR behält dabei die Abtretung von Ansprüchen der Gesellschaft gemäss Art. 260 SchKG vor. Folgt man jedoch der Theorie des einheitlichen Anspruchs der Gläubigergesamtheit, so macht es keinen Unterschied, ob ein Aktionär bzw. Gläubiger sich einen Anspruch gemäss Art. 260 SchKG abtreten lässt oder ihn direkt auf Art. 757 Abs. 1 und 2 OR gestützt geltend macht. Denn in jedem Fall klagt er aus dem Recht der Gläubigergesamtheit (vgl. BGer 4C.263/2004 vom 23. Mai 2005, E. 1.2.; BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, § 18 N 348 und 354 ff.).

Vorliegend ist nachgewiesen und unbestritten, dass die Klägerin sich die Verantwortlichkeitsansprüche gegenüber dem Beklagten von der zuständigen Konkursverwaltung (Konkursamt Riesbach-Zürich) mit Verfügung vom 19. April 2016 i.S. von Art. 260 SchKG hat abtreten lassen und den Prozess gestützt auf Art. 757 Abs. 2 bzw. 3 OR alleine führen kann (act. 1 Rz 13 ff.; act. 3/4 und 3/5). Somit ist die Klägerin grundsätzlich zur vorliegenden Klage legitimiert.

1.2.2. Verlust der Aktivlegitimation aufgrund der Löschung der C.____-AG im Handelsregister

1.2.2.1. Der Beklagte stellt sich mit Verweis auf den Bundesgerichtsentscheid 4A_384/2016 vom 1. Februar 2017 auf den Standpunkt, der Klägerin komme vorliegend keine Aktivlegitimation zu: die C.____-AG sei nach wie vor die Rechtsträgerin des behaupteten Anspruchs, die Klägerin bloss ihre Prozessstandschaftlerin. Da die C.____-AG aber bereits vor Anhängigmachung der vorliegenden Klage im Handelsregister gelöscht worden sei, fehle vorliegend die Rechtsträgerin der eingeklagten Forderung. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sei die Klägerin also gar nicht zur Geltendmachung eines angeblichen Gesellschaftschadens legitimiert, weshalb die Klage abzuweisen bzw. eventualiter nicht auf sie einzutreten sei (act. 28 Rz 4 ff.).

1.2.2.2. Tatsächlich war der Handelsregistereintrag der C.____-AG bereits gelöscht, als vorliegende Klage am 10. November 2016 rechtshängig gemacht wurde; das frühere Datum der Einleitung der Schlichtungsverhandlung vor dem Friedensrichteramt D.____ ist dabei nicht relevant (act. 3/6). Es stellt sich daher die Frage, ob die Klägerin nach wie vor zur Klage legitimiert ist.

Gemäss Art. 746 OR ist nach Beendigung der Liquidation das Erlöschen der Firma beim Handelsregisteramt anzumelden. In der Lehre ist umstritten, ob dabei von einem deklaratorischen oder einem konstitutiven Charakter der Löschung auszugehen ist (BSK-STÄUBLI, 5. Auflage, Art. 746; VISCHER, Untergang der AG: konstitutive oder deklaratorische Wirkung der Löschung im Handelsregister?, GesKR 2/2015, 257 ff.). Das Bundesgericht vertritt die Ansicht, dass die Löschung einer Gesellschaft vor beendigter Liquidation nicht zum Verlust derer Rechtspersönlichkeit führe (BGE 132 III 731 E. 3.1; BGE 117 III 39 E. 3b; BGer 4A_231/2011 vom 20. September 2011, E. 2; BGer 4A_188/2008 vom 9. September 2008, E. 4.4.). Im Entscheid BGer 4A_231/2011 vom 20. September 2011 führte das Bundesgericht mit Verweis auf die obgenannten Entscheide und entsprechende Lehrmeinungen gar ausdrücklich aus, dass einer Löschung der Gesellschaft im Handelsregister lediglich deklaratorische Wirkung zukomme (E. 2).

Die Frage, ob die nach der Abtretung der Verantwortlichkeitsansprüche erfolgte Löschung der Gesellschaft im Handelsregister zum Verlust der Aktivlegitimation der klagenden Gläubiger – welche ihren mittelbaren Schaden als einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit geltend machen – führe, liess das Bundesgericht in seiner bisherigen Rechtsprechung offen. Es merkte jedoch an, dass in der Lehre die Auffassung vertreten werde, eine Verantwortlichkeitsklage gegen ehemalige Organe könne zumindest dann ohne Wiedereintragung der Gesellschaft geltend gemacht werden, wenn ein direkter Gläubigerschaden eingeklagt werde (BGer 4A_231/2011 vom 20. September 2011, E. 2).

In diesem Entscheid deutet das Bundesgericht vage eine Unterscheidung zwischen Gläubigern an, welche einen direkten Gläubigerschaden und solchen, welche ihren mittelbaren Schaden geltend machen. Das Bundesgericht hat die Frage bereits einmal in einer fast gleichen Konstellation wie beim gerade zitierten Entscheid offen gelassen; und zwar im Entscheid 4A_5/2008 vom 22. Mai 2008. Zwar argumentierte es in den dortigen Erwägungen (E.1.4.) zur Prozessführungsbefugnis – und nicht zur Aktivlegitimation – der gemäss Art. 260 SchKG prozessführenden Gläubiger nach Löschung der Gesellschaft im Handelsregister. Es stellte dabei fest, dass die Löschung im Handelsregister nur die Möglichkeit der Gesellschaft betreffe, am Rechtsverkehr teilzunehmen, welche nach erfolgter Abtretung nach Art. 260 SchKG aber nicht mehr erforderlich sei, da die betreffenden Konkursgläubiger in eigenem Namen klagen würden und der Überschuss nicht der Gesellschaft, sondern der Konkursverwaltung abzugeben wäre. Das Bundesgericht führte weiter aus, es erscheine im Lichte des Art. 260 SchKG und des im Konkursverfahren verfolgten Zweck als zweifelhaft, die Prozessführungsbefugnis der Gläubiger bei Löschung der Gesellschaft im Handelsregister dahinfallen zu lassen.

Die in diesen beiden Entscheiden vertretene Haltung des Bundesgerichts ist wohl so zu interpretieren, dass es nicht geneigt ist, einen (noch) bestehenden Handelsregistereintrag als Voraussetzung für die Geltendmachung von Abtretungsansprüchen gemäss Art. 260 SchKG zu betrachten (vgl. auch REUTTER, DIKE Kommentar zur Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter (KOV), Zü-

rich 2016, Art. 95 N 15; BISchK 2013 S. 159 betreffend einen Entscheid des Appellationsgerichts Basel).

Dem Gesagten folgend, wäre die Klägerin somit trotz Löschung der C.____-AG im Handelsregister als Prozesstandschafterin der Gläubigergesamtheit zur vorliegenden Klage aktivlegitimiert bzw. prozessführungsbefugt.

1.2.2.3. Der vom Beklagten aufgeführte Entscheid 4A_384/2016 steht nun jedoch teilweise im Widerspruch zur oben erläuterten bundesgerichtlichen Praxis: denn im besagten Entscheid entschied das Bundesgericht, dass *"mit der Löschung einer sich in Liquidation befindenden Aktiengesellschaft"* deren Rechtspersönlichkeit untergehe (E. 2.1.3.). Zudem stehe der einheitliche Anspruch der Gläubigergesamtheit nicht in der Rechtszuständigkeit der Gläubigergesamtheit, sondern der Gemeinschuldnerin. Rechtsträgerin sei also nach wie vor die konkursite Gesellschaft. Fehle nach Löschung der Konkursitin im Handelsregister die Rechtsträgerin der eingeklagten Forderung, so ermangle es dem als Prozesstandschafter klagenden Gläubiger der Aktivlegitimation, womit dieser ohne Wiedereintragung der Gemeinschuldnerin nicht zur Geltendmachung des Gesellschaftsschadens legitimiert sei (E. 2.3.).

Auf den ersten Blick könnte der Entscheid so aufgefasst werden, wonach das Bundesgericht im Widerspruch zu seiner bisherigen Praxis nicht mehr der Ansicht sei, dass im Konkurs der Gesellschaft der Anspruch aus dem Recht der Gesellschaft durch einen einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit abgelöst werde. Dies käme einer Abkehr von der Theorie des einheitlichen Anspruchs der Gläubigergesamtheit und einer Rückkehr zur Theorie der Prozesstandschaft gleich, wonach die Aktionäre bzw. Gläubiger bloss das Recht der Gesellschaft im Prozess geltend machen (vgl. BSK OR II-GERICKE/WALLER, 5. Auflage, Art. 757 N 10 ff.). Weiter scheint das Bundesgericht im besagten Urteil – anders als in den obgenannten Urteilen – von einem konstitutiven Charakter der Löschung einer Gesellschaft im Handelsregister auszugehen.

Folgte man diesen Ausführungen, wäre vorliegend die konkursite C.____-AG Rechtsträgerin des von der Klägerin geltend gemachten Anspruchs geblieben.

Demnach würde es aufgrund des Verlusts der Rechtspersönlichkeit der C._____-AG durch ihre Löschung im Handelsregister an der Rechtsträgerin des Verantwortlichkeitsanspruchs fehlen. Die vorliegende Klage wäre entsprechend abzuweisen bzw. es wäre auf sie nicht einzutreten (vgl. dazu das Urteil des I. Zivilappellationshofes des Kantonsgerichts Fribourg 101 2016 312 vom 6. Juni 2017, E. 2 bb).

Wie aufgeführt, hat das Bundesgericht die Frage der Aktivlegitimation bzw. der Prozessführungsbefugnis von Abtretungsgläubigern bei einer aus dem Handelsregister gelöschten Gesellschaft bisher offen gelassen, dabei aber die obgenannten Tendenzen geltend gemacht. Dass der vom Beklagten erwähnte Entscheid 4A_384/2016, welcher diese Frage nun im obgenannten Sinne zu entscheiden scheint, auf diesen Umstand nicht eingeht und auch nicht zur Publikation vorgesehen ist, erstaunt daher. Es ist somit nicht davon auszugehen, dass das Bundesgericht im Entscheid 4A_384/2016 tatsächlich eine bisher offen gelassene Frage entscheiden bzw. eine Praxisänderung vornehmen wollte. Andernfalls hätte es darauf hingewiesen.

Es ist daher auf die aufgeführte bisherige bundesgerichtliche Praxis abzustellen. Demnach tritt die Klägerin vorliegend als Prozessstandschafterin der Gläubigersamtheit der C._____-AG auf und ist trotz Löschung der C._____-AG im Handelsregister zur Geltendmachung der ihr abgetretenen Verantwortlichkeitsansprüche aktivlegitimiert bzw. prozessführungsbefugt.

1.3. Organeigenschaft des Beklagten

Unbestrittenermassen war der Beklagte im relevanten Zeitraum Geschäftsführer der C._____-AG, womit er die verlangte Organeigenschaft aufweist und vorliegend passivlegitimiert ist.

2. Schaden

2.1. Vorbemerkung

Als Erstes ist zu prüfen, ob vorliegend überhaupt ein Schaden vorliegt. Sollte bereits diese Haftungsvoraussetzung verneint werden, würde sich die Prüfung der weiteren Haftungsvoraussetzungen erübrigen. Namentlich könnte die Frage offen bleiben, ob dem Beklagten eine Pflichtverletzung vorgeworfen werden kann.

2.2. Schadensbegriff

Schaden ist nach Rechtsprechung des Bundesgerichts die unfreiwillige Vermögensverminderung. Er entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen – nach dem schädigenden Ereignis festgestellten – Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (BGE 132 III 359 E. 4; BGer 4A_67/2008 vom 27. August 2009, E. 9.1.). Dieser allgemeine Schadensbegriff gilt auch im Verantwortlichkeitsrecht (BÖCKLI, a.a.O., § 18 Rz 360).

2.3. Beweis- und Substantiierungslast

2.3.1. Es ist Sache der Klägerin, den tatsächlich eingetretenen sowie den betragsmässig für die Schadenersatzklage relevanten, d.h. den bei Pflichterfüllung des entsprechenden Organs vermeidbaren Schaden, geltend zu machen und nachzuweisen. Sie hat den Schaden also ziffernmässig im Einzelnen zu substantiieren und zu beweisen (Art. 8 ZGB; BGer 4A_462/2009 vom 16. März 2010, E. 2; BÖCKLI, a.a.O., § 18 Rz 136, 366 und 371; SUTER, Der Schaden bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Diss. St. Gallen 2010, S. 127).

Ist der strikte Nachweis des Schadens ausgeschlossen oder unzumutbar, so hat das Gericht den Schaden gemäss Art. 42 Abs. 2 OR nach seinem Ermessen abzuschätzen. Der Artikel ist nicht nur bei der Unmöglichkeit bzw. Unzumutbarkeit des ziffernmässigen Nachweises der Schadenshöhe anwendbar, sondern auch dann, wenn sich nicht strikte beweisen lässt, dass überhaupt ein Schaden eingetreten ist (BGE 128 III 271 E. 2b/aa; BGE 122 II 219, E. 3a; MÜLLER, in: Furrer/Schnyder [Hsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 42 N 5 und 10).

Art. 42 Abs. 2 OR zielt lediglich auf eine Beweiserleichterung und darf im Ergebnis nicht zu einer Umkehr der Beweislast führen. Die Herabsetzung des Beweis-

masses befreit die Klägerin nicht von der Darlegungslast und der Obliegenheit, im Rahmen des Zumutbaren relevante Behauptungen vorzubringen und Beweisanträge zu stellen. Die Klägerin muss alles Zumutbare tun, um die Schätzung zu erleichtern bzw. rational nachvollziehbar zu machen. Vor allem hat sie alle Umstände, die für den Eintritt des Schadens sprechen und dessen Abschätzung erlauben oder erleichtern, zu behaupten und zu beweisen (BGE 128 III 271, E. 2b; BGer 4C.55/2006 vom 12. Mai 2006, E. 2.3; BGE 122 III 219, E. 3a; BÖCKLI, a.a.O., § 15 Rz 373). Nimmt die Klägerin aber keine Schadensberechnung vor und benennt auch keine genügenden Anhaltspunkte, die eine solche zumindest erlauben, trifft das Gericht keine Schadensschätzungspflicht (vgl. dazu ROSAT, Der Anlagenschaden, Schadensberechnung beim Vermögensverwaltungsvertrag Bern 2009, S. 70; BGE 128 III 271, E. 2b/aa, mit Hinweisen).

Geht es beim Nachweis des Schadenseintrittes wie vorliegend teilweise um negative Tatbestandsmerkmale, so ist von der Klägerin konkret zu verlangen, das Negativum durch substantiiertes Behaupten oder Beweisen positiver Sachumstände so eng einzukreisen, dass das Gericht sein Fehlen mit dem erforderlichen Überzeugungsgrad erschliessen kann (WALTER, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar zum ZGB, Band I, Bern 2012, Art. 8 N 337).

2.3.2. Während die Substantiierungslast vorliegend die Klägerin trifft, ist es am Beklagten, die Behauptungen der Klägerin zu bestreiten. Die Bestreitung muss ihrem Zweck entsprechend so konkret sein, dass die Gegenpartei weiss, welche einzelne Tatsachenbehauptung sie – allenfalls unter Herabsetzung des Beweismasses – beweisen oder noch substantiiert darlegen muss. Der Grad der Substantiierung einer Behauptung beeinflusst insofern den erforderlichen Grad an Substantiierung einer Bestreitung; je detaillierter ein Parteivortrag ist, desto höher sind die Anforderungen an eine substantiierte Bestreitung (BGer 4A_453/2017 vom 12. Juli 2018, E. 2.2 ff.; BGE 115 II 1, E. 4; BGE 117 II 113, E. 2).

Geht es wie vorliegend um den Nachweis eines negativen Tatbestandsmerkmals, so hat der Beweisgegner nicht nur die vorgetragenen Behauptungen des Ansprechers inhaltlich substantiiert zu bestreiten. Es trifft ihn zudem die beweisrechtliche Mitwirkung: dabei riskiert er den Vorwurf der Beweisvereitelung oder es kann

die Beweiswürdigung zu seinen Ungunsten ausfallen, wenn er die gebotene Mitwirkung verweigert, obgleich er näher als der Prozessgegner am Beweis steht und ihm zumutbar ist, positive Sachumstände zu erhellen, welche die Würdigung des Negativums erlauben (WALTER, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar zum ZGB, Band I, Bern 2012, Art. 8 N 353).

2.4. Überblick über die Vorwürfe der Klägerin

Die Klägerin wirft dem Beklagten vor, er habe geschäftlich unbegründete Zahlungen in der Höhe von EUR 652'900.00 an die H._____ geleistet. In diesem Umfang sei der C._____-AG dadurch ein Schaden entstanden (act. 19 Rz 197 f.). Die Klägerin macht dabei konkret folgende Vorbringen geltend:

- Zunächst sei nicht belegt, welche Softwareprodukte die H._____ konkret für die C._____-AG entwickelt haben soll. Es mangle an Beweisen, dass die H._____ überhaupt Leistungen erbracht habe (act. 1 Rz 40 ff). Soweit Leistungen erbracht worden seien, handle es sich dabei um von der C._____-AG nicht benötigte Leistungen und/oder solche ohne vertragliche Grundlage im Development Agreement (act. 19 Rz 165 ff., 170 ff. und 175 ff.).
- Darüber hinaus seien die von der H._____ gestellten Rechnungen auch nicht von unabhängigen Dritten auf ihre Angemessenheit hin überprüft worden und würden einem Vergleich mit anderen Softwareentwicklungsgesellschaften nicht standhalten. Es werde daher bestritten, dass es im Interesse der C._____-AG gewesen sei, für die angeblichen Leistungen Geld im Umfang der getätigten Zahlungen aufzuwenden (act. 19 Rz 23 und 160).
- Schliesslich seien der C._____-AG gemäss dem Development Agreement lediglich Lizenzrechte an der von der H._____ zu erstellenden Software eingeräumt worden. Dies habe dazu geführt, dass bei Vertragsbeendigung selbst an Lager gehaltene Produkte faktisch wertlos geworden seien (act. 1 Rz 36; act. 19 Rz 52). Darüber hinaus enthalte das Development

Agreement weitere für die C.____-AG nachteilige Regelungen, welche zu einem Schaden geführt hätten (act. 19 Rz 12 ff. und 54 ff.).

2.5. Vorbemerkung zur Würdigung

Nachfolgend ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob sich erstellen lässt, dass die H.____ keine oder zumindest keine im Interesse der C.____-AG liegenden Leistungen erbracht hat (siehe unten unter Ziffer II. 2.6). Sollte dem so sein, wäre die C.____-AG durch die vorgenommenen Zahlungen an die H.____ mangels Gegenleistung geschädigt worden. Sofern sich entsprechende Leistungserbringungen indes erstellen lassen, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob diese in einem Missverhältnis zur Vergütung stehen (siehe unten unter Ziffer II. 2.7). Sollten sich die Zahlungen der C.____-AG als zu hoch erweisen, so könnte im eine angemessene Vergütung übersteigenden Umfang ein Schaden der C.____-AG angenommen werden.

Da es sich beim behaupteten Umstand, dass keine bzw. keine notwendigen Leistungen der H.____ erbracht worden sind, um ein negatives Tatbestandsmerkmal handelt, ist von der Klägerin nicht zu verlangen, den diesbezüglichen direkten Nachweis zu erbringen. Jedoch muss die Klägerin substantiierte Behauptungen aufstellen und allenfalls positive Umstände beweisen, welche zur Überzeugung führen können, dass die Leistungen tatsächlich nicht erbracht worden sind (siehe dazu oben unter Ziffer II. 2.3).

Aufgrund der Nähe des Beklagten zum diesbezüglichen Beweis, ist von ihm mehr als eine bloße Bestreitung zu verlangen. Er hat der klägerischen Behauptung betreffend Nichterbringung von (notwendigen) Leistungen mit detaillierten, substantiierten Bestreitungen zu entgegnen. Zudem trifft ihn eine gewisse beweisrechtliche Mitwirkungspflicht.

Dieser Pflicht versucht der Beklagte insbesondere durch die Einreichung von nachfolgend aufzuzeigenden Email-Konversationen zwischen Arbeitnehmern bzw. Vertretern der H.____ und der C.____-AG nachzukommen (act. 28 Rz 25). Dabei ist zu betonen, dass weder die Echtheit der betreffenden Emails

noch der Umstand bestritten werden, dass diese tatsächlich den angegebenen Adressaten zugestellt und von diesen auch zur Kenntnis genommen wurden. Es ist daher bei der Würdigung der einzelnen Email-Nachrichten nicht mehr gesondert darauf hinzuweisen.

2.6. Erbringung von notwendigen bzw. werthaltigen Leistungen durch die H._____

2.6.1. Parteistandpunkte

Die durch die C._____-AG beglichenen Rechnungen der H._____ verweisen gemäss der Klägerin bloss rudimentär auf "Software Development Services", "Cost of Computer Equipment – Software Licenses", "Human Resources", "Administration" oder "Website Media Materials". Es sei aber ungeklärt und unbewiesen, welche konkreten Leistungen erbracht worden seien (act. 1 Rz 45 und act. 19 Rz 26; siehe Aufstellung der Rechnungen oben unter Lit. B). Darüber hinaus seien die angeblich erbrachten Leistungen von der C._____-AG ohnehin nicht benötigt worden und daher für diese nicht werthaltig gewesen (act. 19 Rz 201).

Der Beklagte entgegnet, die C._____-AG habe Software benötigt, um die über die Sensoren gesammelten medizinischen Daten auf die Datenendgeräte der Nutzer hochladen und auswerten zu können. Die H._____ sei damit beauftragt gewesen, diese Software zu entwickeln, stetig zu verbessern und auch deren Funktionsfähigkeit zu gewährleisten. Die Auswertung der biometrischen Daten habe unter anderem Softwareapplikationen für verschiedene Desktop-Betriebssysteme (Windows, MacOS) sowie mobile Endgeräte (iOS, Android) erfordert. Weiter seien auch die Betreuung eines Webshops für Verkäufe an Endkunden sowie die Erbringung von Kundenservice (CRM) und Abwicklung der logistischen Abläufe (Lagerhaltung, Verkauf und Spedition der Produkte) notwendig gewesen. In diesen genannten Bereichen habe die H._____ werthaltige Leistungen für die C._____-AG erbracht (act. 12 Rz 82).

Nachfolgend ist zu prüfen, ob sich die vom Beklagten behaupteten Leistungen der H._____ erstellen lassen.

2.6.2. Entwicklung von Software durch die H._____

2.6.2.1. Budget der C._____ -AG für Softwareentwicklung

Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, die Produkte der C._____ -AG seien im Mai 2014 bereits marktfähig gewesen und in den Verkauf gelangt. Zu diesem Zeitpunkt sei die Software für die Sensoren bereits vollständig durch die früheren Vertragspartner K._____ -AG und L._____ entwickelt worden. Eine weitergehende Softwareentwicklung sei daher nicht benötigt worden (act. 19 Rz 26, 61, 130 und 160 ff.).

Es blieb unbestritten, dass die C._____ -AG im Mai 2014 bereits Produkte verkaufte. Jedoch lässt sich der Budgetplanung der C._____ -AG entnehmen, dass die C._____ -AG entgegen der klägerischen Behauptung über Mai 2014 hinaus Investitionen in die Softwareentwicklung beabsichtigte.

Zum diesbezüglichen Nachweis reicht der Beklagte eine am 15. Oktober 2014 an ihn, O._____ und F._____ versandte Email von P._____ – Head of Finance der C._____ -AG – ins Recht, in welcher diese Ausführungen zur geplanten Softwareentwicklung der C._____ -AG und den dafür vorgesehenen Mitteln macht. Angehängt sind dem Email eine Rechnung der H._____ sowie eine Excel-Tabelle betreffend das Budget der C._____ -AG für die Jahre 2014 bis 2019 (nachfolgend Budgetplan; act. 12 Rz 47 ff.; act. 14/28-29). Konkret schreibt P._____, die Kosten für unter anderem "*Windows-Software, Mac-Software, Android mobile app, iPhone mobile app, webshop*" richteten sich nach der laufenden Entwicklung (act. 14/28). Im angehängten Budgetplan (act. 14/29) sind folgende Beträge für "Software Development" aufgeführt: 2014 EUR 443'548.00; 2015 EUR 524'194.00; 2016 EUR 725'806.00; 2017 EUR 806'452.00; 2018 EUR 1'008'065.00; 2019 EUR 1'411'290.00.

Die Klägerin führt diesbezüglich bloss aus, dass der Fokus des Emails auf dem erwarteten Finanzbedarf der C._____ -AG gelegen habe und die H._____ im Budgetplan gar nicht erwähnt werde (act. 19 Rz 126 f.). Letzteres trifft zu; dennoch bestätigt die Klägerin damit, was ohnehin aus dem Email von P._____ und

dem Budgetplan ersichtlich wird: nämlich, dass bei der C.____-AG nach wie vor ein Bedarf an Softwareentwicklung bestand und entsprechende Ausgaben budgetiert wurden.

Ohnehin ist der Argumentation des Beklagten zu folgen, wonach davon auszugehen sei, dass die Software "technologiebasierter Produkte" in regelmässigen Abständen aktualisiert werden müsse, damit die Produkte auf dem neuesten Stand und damit marktfähig blieben (act. 28 Rz 64). Gerade da die Produkte der C.____-AG nach übereinstimmenden Ausführungen der Parteien von diversen "Spitzensportlern" genutzt wurden, und auch Interesse von Technologieunternehmen wie etwa der Q.____ Corporation bestand, muss davon ausgegangen werden, dass eine stetige Weiterentwicklung der Software vonnöten war (vgl. etwa act. 19 Rz 77 und 147).

Dies gilt umso mehr, da die Hardwarekomponenten der Produkte der C.____-AG, bzw. die Sensoren, offensichtlich kontinuierlich weiterentwickelt wurden (act. 28 Rz 21, 40 und 64). Dass die J.____ die Sensoren auch nach dem Mai 2014 weiterentwickelte, wird von der Klägerin nicht bestritten, und ergibt sich darüber hinaus auch durch die entsprechende Rechnungsstellung der J.____ und die von der C.____-AG vorgesehenen Budgetposten für "Hardware development" (act. 14/37; act. 14/29). Es ist daher nicht vorstellbar, dass bloss die Sensoren der C.____-AG, nicht aber die dazugehörige Software weiterentwickelt worden sein sollen.

2.6.2.2. Die H.____ als Softwareleistungserbringerin der C.____-AG

Nach dem Gesagten ist als erstellt zu erachten, dass die C.____-AG auch über den Mai 2014 hinaus weiterhin Softwareentwicklungen beabsichtigte und dafür auch ein entsprechendes Budget einkalkulierte. In einem nächsten Schritt ist darzulegen, dass wie vom Beklagten behauptet, die H.____ für die Erbringung der budgetierten Softwareleistungen vorgesehen war.

Wie eingangs aufgezeigt, haben bis Mai 2014 unbestrittenermassen die K.____-AG und die L.____ die Software für die C.____-AG entwickelt (act. 12 Rz 25

ff.). Danach, so behauptet der Beklagte, sei die Zusammenarbeit mit den genannten Softwarefirmen beendet worden. Zum einen, weil diese bedeutend höhere Preisansätze als die H._____ gehabt hätten und zum anderen, weil die L._____ zu wenig Ressourcen für die Entwicklung der Software der C._____ -AG eingesetzt hätte. Daher sei vom Verwaltungsrat der C._____ -AG entschieden worden, eine griechische Partnergesellschaft zu gründen, um die Erbringung der IT-Dienstleistung zu bündeln (act. 12 Rz 25 und 30 f.; act. 28 Rz 10). Dies wird von der Klägerin bestritten (act. 19 Rz 160).

Bei seinen Ausführungen stützt sich der Beklagte auf ein "Board of Directors Management Update Summary" vom 1. Februar 2013. Diesem ist zu entnehmen, dass ein reduziertes Angebot der K._____ -AG bisher nicht akzeptiert worden sei und die C._____ -AG sich in Gesprächen mit einem Entwicklungsteam in Griechenland befinde. Weiter erwähnt das Dokument, um dem Risiko eines zu hohen Softwareentwicklungs-Budgets zu begegnen, seien andere Entwicklungspartner zu wählen (act. 14/8).

Zwar führt die Klägerin mit Recht aus, dass nicht klar sei, von wem das "Management Update Summary" verfasst worden sei und ob der Verwaltungsrat der C._____ -AG überhaupt davon Kenntnis gehabt habe. Auch ist richtig, dass das Dokument keinen ausdrücklichen Hinweis auf die erst im April 2014 gegründete H._____ enthält (act. 19 Rz 84 und 94 ff.). Jedoch passt der Inhalt des Dokuments zu den beklagtischen Vorbringen, wonach bereits vor der unbestrittenen Beendigung der Zusammenarbeit mit der K._____ -AG und der L._____ die Zusammenarbeit mit einem neuen Softwareentwicklungsunternehmen mit Sitz in Griechenland angestrebt wurde.

Auch die Bestätigungsschreiben von M._____ und E._____ vermögen trotz ihrer beschränkten Beweiskraft den entsprechenden Sachverhalt zu stützen: M._____ erklärt, der Verwaltungsrat der C._____ -AG habe entschieden, eine neue Gesellschaft mit der Softwareentwicklung zu betrauen, welche von Vertrauensleuten der C._____ -AG kontrolliert würde. Zu diesem Zweck sei die H._____ gegründet worden (act. 29/110, S. 1). E._____ führt aus, die Zusammenarbeit mit der H._____

sei aufgenommen worden, da die früheren Vertragspartner sehr teuer gewesen seien oder ihre Leistungen nicht fristgerecht erbracht hätten (act. 29/110, Ziff. 8).

Ohnehin wurde von der Klägerin in keiner Weise vorgebracht, dass ein anderes Unternehmen als die H._____ mit der Softwareentwicklung beauftragt worden sein könnte, nachdem die Zusammenarbeit mit den früheren dafür zuständigen Vertragspartnern beendet worden war. Auch wurden von der Klägerin keine Gründe für die Beendigung der Verträge mit der K._____ -AG und der L._____ genannt. Es wäre aber an der Klägerin gewesen, zumindest diesbezügliche Behauptungen aufzustellen; die pauschale Bestreitung der substantiierten Vorbringen des Beklagten genügen dabei nicht.

Mit Blick auf die obigen Ausführungen ist somit davon auszugehen, dass die C._____ -AG entschieden hatte, spätestens ab Mai 2014 die künftigen budgetierten Softwareleistungen von der H._____ entgegenzunehmen.

2.6.2.3. Genehmigte Zahlungen an die H._____

2.6.2.3.1. In einem weiteren Schritt ist zu prüfen, ob auch tatsächlich von der C._____ -AG genehmigte Zahlungen an die H._____ geleistet wurden oder ob der Beklagte – wie die Klägerin behauptet – ohne das Wissen der C._____ -AG für die Begleichung der Rechnungen der H._____ sorgte (act. 1 Rz 22 und 54).

Der Beklagte behauptet diesbezüglich, die Zahlungen an die H._____ seien jeweils O._____ als Vertreter von F._____ und G._____ zur Kenntnisnahme und vorgängigen Genehmigung zugestellt worden, was von der Klägerin bestritten wird (act. 12 Rz 8 und 46; act. 19 Rz 122; act. 28 Rz 15).

In diesem Zusammenhang gelingt es dem Beklagten, seine Behauptung zu belegen, wonach P._____ monatlich eine Auflistung der erwarteten Ausgaben der C._____ -AG für den jeweiligen Monat erstellt und mit der Bitte an O._____ gesandt habe, die entsprechenden Mittel bereitzustellen. Es liegen diesbezüglich Emails mit den Aufstellungen dieser Ausgaben für die Monate Dezember 2014 bis Juni 2015 im Recht, welche auch dem Beklagten zugestellt wurden (act. 12

Rz 46; act. 14/20-26). In einem Fall wurde dem Email auch der oben genannte Budgetplan der C.____-AG als Anhang beigelegt (act. 14/24).

2.6.2.3.2. Die Rolle O.____s innerhalb der C.____-AG wird aufgrund der Parteiaussagen nicht ganz klar. Der Beklagte bezeichnet ihn als Hilfsperson bzw. Vertreter der ukrainischen Verwaltungsräte der C.____-AG (F.____ und G.____), welcher sich insbesondere um die Koordination der Bereitstellung von Finanzmitteln an die C.____-AG gekümmert habe, was von der Klägerin nicht substantiiert bestritten wird (act. 12 Rz 33; act. 19 Rz 122 f.).

Belegt ist zudem, dass O.____ im Vorfeld des Konkurses der C.____-AG vom Verwaltungsrat damit betraut wurde, sich einen genauen Überblick über die Lage der C.____-AG und all deren Verpflichtungen zu machen, um diese im Hinblick auf die mögliche Einleitung eines Konkursverfahrens unterstützen zu können. In diesem Zusammenhang forderte O.____ den Beklagten nachgewiesenermassen auf, ihm diverse Dokumente zukommen zu lassen und informierte danach G.____ und F.____ per Email über seine Eindrücke (act. 1 Rz 23 ff.; act. 3/12-14).

Wie eben aufgezeigt, ist weiter belegt, dass O.____ regelmässig von P.____ über den Finanzbedarf und die laufenden Kosten der C.____-AG informiert wurde; namentlich auch über die Kosten für Softwareentwicklung (act. 14/19-27). Dabei ist in mehreren Emails ersichtlich, dass P.____ ihn bat, ihr mitzuteilen, wann er die benötigten Mittel bereitstellen werde, damit sie die Arbeitnehmer und Lieferanten informieren könne (act. 14/21; act. 14/22; act. 14/26).

Die Klägerin äusserte sich dazu nicht substantiiert. Es kann daher als erstellt gelten, dass O.____ unabhängig von seiner genauen Funktion als eine Art Vertreter der C.____-AG und insbesondere G.____ und F.____ fungierte und genaue Kenntnisse über die Interessen, Tätigkeiten und den Finanzbedarf der C.____-AG hatte. Ebenso ist erstellt, dass die Genehmigung und Bereitstellung der von der C.____-AG benötigten Finanzmittel in seinen Zuständigkeitsbereich fiel.

2.6.2.3.3. In den oben genannten von P._____ an O._____ versandten Emails betreffend die erwarteten Ausgaben der C._____ -AG sind unter anderem auch vorzunehmende Zahlungen an die "H'._____" ersichtlich, welche nur geringfügig von den eingangs aufgeführten Rechnungsbeträgen der H._____ für die jeweiligen Monate abweichen (siehe oben unter Lit. B). In einem Fall ist dem Email von P._____ sogar eine entsprechende Rechnung der H._____ vom 20. Mai 2015 angehängt (act. 14/25).

Das Gesagte spricht klar dafür, dass mit der "H'._____" die H._____ gemeint war. Die Klägerin bestreitet denn auch nicht substantiiert, dass es sich dabei um erwartete Zahlungen an die H._____ handle, sondern spricht selbst von "Hinweisen auf Rechnungen der H._____" (act. 19 Rz 124). Es ist somit dem Beklagten zu folgen, dass es sich bei den von P._____ aufgeführten erwarteten Ausgaben für die "H'._____" um Beträge handelte, welche von der H._____ in Rechnung gestellt und nach Kenntnisnahme durch O._____ von der C._____ -AG beglichen wurden (act. 12 Rz 46).

Damit ist die klägerische Behauptung widerlegt, dass der Beklagte selbst für die Bezahlung der Rechnungen der H._____ gesorgt habe (act. 1 Rz 54). Die beschriebenen Umstände stehen zudem klar im Widerspruch zu den Behauptungen der Klägerin, wonach O._____ bzw. der Verwaltungsrat der C._____ -AG bis zum 17. August 2015 gar keine Kenntnis von der Existenz der H._____ gehabt und die Rechnungen der H._____ auch nicht genehmigt hätten (act. 1 Rz 22; act. 12 Rz 52; act. 19 Rz 40, 45 und 122 ff.).

Vielmehr ist davon auszugehen, dass O._____ monatlich die Zahlungen an die H._____ genehmigte und die entsprechenden Mittel zur Verfügung stellte. Dies spricht eindeutig dafür, dass die C._____ -AG jederzeit Kenntnisse über ihre aktuellen Ausgaben im Zusammenhang mit der Softwareentwicklung hatte. Vor diesem Hintergrund ist dem Beklagten auch zu folgen, wonach O._____ gegen die Rechnungen der H._____ opponiert oder zumindest dem Verwaltungsrat der C._____ -AG entsprechende Meldung erstattet hätte, wenn die H._____ bloss von der C._____ -AG nicht benötigte oder gar keine Leistungen erbracht hätte (act. 12 Rz 46; act. 28 Rz 21 und 51).

Im Übrigen stützen auch die Ausführungen von M._____ und E._____ in ihren Bestätigungsschreiben den eben erstellten Sachverhalt: so führen beide aus, P._____ habe die von der H._____ und anderen Lieferanten geltend gemachten Kosten vor der Bezahlung den Investoren der C._____-AG mitgeteilt (act. 12 Rz 46; act. 28 Rz 15; act. 29/110-111). Wie bereits erläutert, kommt den privaten Bestätigungsschreiben für sich alleine grundsätzlich keine starke Beweiskraft zu. In diesem Falle aber sind die Schreiben durchaus geeignet, den durch andere Beweismittel gewonnen Eindruck noch zu verstärken.

2.6.2.4. Konkrete von der H._____ erbrachte Softwareentwicklungs-Leistungen

2.6.2.4.1. Nach dem Gesagten ist erstellt, dass die C._____-AG, namentlich durch P._____, der H._____ hat Zahlungen zukommen lassen, wobei die einzelnen Rechnungen jeweils vorab von O._____ genehmigt wurden. Bereits unter diesem Gesichtspunkt scheint es als nahezu ausgeschlossen, dass die H._____ keine oder keine von der C._____-AG benötigten Leistungen erbracht hat, wie die Klägerin behauptet.

Wie unten aufzuzeigen ist, vermag der Beklagte jedoch zusätzlich nachzuweisen, welche konkreten Software-Entwicklungsleistungen die H._____ im Interesse der C._____-AG erbracht hat.

2.6.2.4.2. Der Beklagte führt aus, die C._____-AG habe Software benötigt, um die über die Sensoren gesammelten medizinischen Daten auf die verschiedenen Datenendgeräte der Nutzer hochladen und auswerten zu können. Diese Software sei von der H._____ erstellt bzw. weiterentwickelt worden. Die von der H._____ entwickelten Software und Applikationen hätten zudem alle ein bis zwei Wochen aktualisiert werden müssen. Über die diesbezüglichen bereits erledigten bzw. noch anstehenden Aufgaben hätten I._____ und andere Arbeitnehmer der H._____ jeweils den Beklagten, R._____ (Head of Product Development der C._____-AG) und M._____ (Head of Operations der C._____-AG) informiert (act. 12 Rz 83).

Tatsächlich gelingt es dem Beklagten unter Bezugnahme auf etliche Email-Nachrichten darzulegen, dass zwischen Arbeitnehmern der C._____-AG und der

H._____ ein reger Austausch über verschiedene Softwareleistungen für die Produkte der C._____ -AG stattgefunden hat. Nachfolgend ist diese Kommunikation auszugsweise darzustellen.

So reicht der Beklagte etwa eine Email-Nachricht von I._____ vom 8. August 2014 an den Beklagten, R._____ und M._____ ins Recht, in welcher diese die erledigten Arbeiten der vergangenen Woche auflistet (act. 14/59). Konkret seien unter anderem folgende Leistungen erbracht worden: *"Mac uploader is already up and running" [...] "New software deploy on the production server" [...] "Android mobile development: [...] Live streaming screen optimisations [...] LiveSensorSelection screen for discovering and listing nearby sensors completed"*. Angehängt ist dem Email ein detailliertes Arbeitsprotokoll, welches mitunter die ausführenden Arbeitnehmer der H._____ und den Status der behandelten Aufgaben nennt. In den Akten finden sich vergleichbare Email-Nachrichten vom 3. Oktober 2014, 30. Januar 2015, 27. Februar 2015 und 6. März 2015, in welchen I._____ den Beklagten, R._____ und M._____ über die aktuellen Arbeitsfortschritte der H._____ informierte (act. 12 Rz 84 ff.; act. 14/60-64). Den letzten beiden Nachrichten wurde jeweils ein Dokument anhängt, welches bereits erledigte und noch zu erledigende "tasks" aufzeigt.

Um den Kunden der C._____ -AG eine umfassende Auswertung der mit den Sensoren gesammelten medizinischen Daten zu ermöglichen, habe die H._____ jeweils entsprechende Benutzeroberflächen für Benutzer von Windows- und MacOS-Computern erstellt, so der Beklagte weiter. Es seien dies die "S1._____ Software 1.7" und die "S2._____ Software 1.5" gewesen, die den Nutzern im Januar 2015 verfügbar gemacht worden seien. Diese Software sei von der H._____ auch stetig verbessert und weiterentwickelt worden (act. 12 Rz 96 ff.). Zum diesbezüglichen Nachweis offeriert der Beklagte eine Email-Nachricht vom 27. Februar 2015, mit welcher R._____ eine Arbeitnehmerin der H._____ aufforderte, ihm bei der Erstellung einer Power-Point-Präsentation über eine solche Benutzeroberfläche zu helfen. Dabei stellte er diverse, fachspezifische Fragen, welche von der Arbeitnehmerin der H._____ beantwortet wurden, wie im rund 40-seitigen Anhang ersichtlich ist (act. 12 Rz 101; act. 14/66).

Damit die von den Sensoren der C.____-AG gesammelten Daten überhaupt auf die Endgeräte der Kunden hochgeladen werden konnten, habe die H.____ gemäss dem Beklagten weiter den sogenannten "S1.____ Uploader" erstellt. Dieser sei stetig weiterentwickelt worden, worüber die C.____-AG auch informiert worden sei (act. 12 Rz 102 ff.; act. 28 Rz 27). Diesbezüglich ist etwa aus einem Email vom 10. März 2015 von N.____ – Head of Software Development der H.____ – ersichtlich, dass dieser den Beklagten, R.____ und M.____ darüber informierte, dass eine neue Version des "automatic uploaders" für Mac-Computer bereit stünde und am nächsten Tag ein entsprechender Uploader für Windows-Systeme folgen würde (act. 14/69).

Weiter, behauptet der Beklagte, habe die H.____ Applikationen – sogenannte "S1.____ Mobile Apps" – entwickelt, welche den Kunden der C.____-AG ermöglichen sollten, die Dienste der C.____-AG auch über ihre Android- und Apple-Mobiltelefone zu nutzen (act. 12 Rz 107 ff.). In Bezug auf die Applikationen für das iPhone liegt eine Email-Nachricht vom 28. November 2014 im Recht, in welcher I.____ R.____ über die geplante Registrierung der Applikation im Apple Store informierte. Mit Email vom 23. Januar 2015 erklärte sie sodann gegenüber R.____ und M.____, die Veröffentlichung der Applikation im Apple Store sei gerade auf den Social-Media-Plattformen der C.____-AG verkündet worden (act. 12 Rz 111 ff., act. 14/75; act. 14/77). Betreffend die Entwicklungen der Applikationen für Android-Mobiltelefone verweist der Beklagte auf eine Email-Konversation zwischen I.____ und R.____ (act. 12 Rz 109 f.). Dabei bittet I.____ R.____ am 12. August 2014 um seine Einschätzung zur neuen "S1.____ Mobile App", von der sie ihm "Screenshots" geschickt habe. Einen Tag darauf liess R.____ I.____ sein Feedback zukommen und erläuterte, welche Veränderungen vorzunehmen seien: *"Change logo and font colour to dark red [...] Align all the text centrally [...] Make a version with changing the font to Century Gothic [...]"*. In diesem Zusammenhang reicht der Beklagte weitere Email-Nachrichten ein, in welchen ein Arbeitnehmer der H.____ namens T.____ unter anderem R.____ über die Weiterentwicklung der Applikation für Android-Mobiltelefone unterrichtete (act. 12 Rz 113 ff; act. 14/79-81).

Der Beklagte führt zudem aus, die Applikationen seien in der Folge auf seine Anweisung hin ausgiebig von R._____ und M._____ getestet worden (act. 12 Rz 115). Zum Nachweis dieser Behauptung verweist der Beklagte auf Emails vom 4. und 6. März 2015, in denen M._____ gegenüber dem Beklagten die entsprechenden Testergebnisse erläuterte und Vorschläge für eine Weiterentwicklung der Applikation vorbrachte (act. 14/81 und act. 14/83). In diesem Zusammenhang reicht der Beklagte zudem eine vom 24. März 2015 datierende Email-Nachricht von R._____ ins Recht, in welcher sich dieser gegenüber dem Beklagten, I._____ und T._____ folgendermassen über die Aufschaltung einer neuen Version der Applikation äusserte: *"First of all thanks for the work and I think it's another big step in the right direction, being able to upload from the mobile. I'm really happy that the first session I tried to upload was successfull!"* (act. 12 Rz 118; act. 14/85).

2.6.2.4.3. Bereits die Würdigung dieses auszugsweise dargestellten Email-Austauschs zwischen Arbeitnehmern der H._____ und der C._____ -AG über vorgenommene bzw. noch vorzunehmende Software-Entwicklungsarbeiten für die Produkte der C._____ -AG lässt keinen anderen Schluss zu, als dass entsprechende Leistungen von der H._____ auch tatsächlich erbracht wurden.

Zusätzlich verstärkt wird dieser Eindruck durch das private Bestätigungsschreiben von M._____. Darin beschreibt dieser die Zusammenarbeit mit der H._____: alle ein bis zwei Wochen habe die H._____ die von ihr bearbeitete Software mit Updates versehen. Dabei sei so vorgegangen worden, dass die C._____ -AG basierend auf Rückmeldungen ihrer Kunden bestimmte Entwicklungen von der H._____ verlangt habe, welche von dieser dann umgesetzt worden seien (act. 29/110 S. 2). Auch wenn dem privaten Bestätigungsschreiben für sich alleine keine starke Beweiskraft zukommt; in diesem Fall deckt sich der Inhalt des Bestätigungsschreiben eindeutig mit dem Inhalt der dargelegten Email-Kommunikation zwischen Mitarbeitern der H._____ und der C._____ -AG. Vorliegend ist das Schreiben von M._____ daher durchaus geeignet, den gewonnen Eindruck noch zu verstärken.

Als zusätzlichen Nachweis für die Entwicklungsleistung durch die H._____ betreffend die erwähnten Applikationen für Mobiltelefone reicht der Beklagte einen rund 3'000-seitigen Ausdruck eines Quellcodes ein (act. 14/88). Es soll dies der von der H._____ entwickelte Quellcode der Applikation für Android-Mobiltelefone sein (act. 12 Rz 122). Wie die Klägerin zu Recht ausführt, kann anhand des Quellcodes in Papierform nicht definitiv eruiert werden, wer dessen Urheber ist. Jedoch lassen sich bei Durchsicht der Urkunde Hinweise dafür finden, dass es sich dabei um einen von der H._____ für die C._____-AG erstellten Quellcode handelt: so sind etwa auf vielen Seiten die Bezeichnungen "H._____" und "S1._____" ersichtlich. Zudem finden sich an diversen Stellen Begriffe wie "Breath_Rate_Average", "Cadence_Average", oder "Skin_Temp_Average", welche durchaus zu den biometrischen Daten passen, für deren Erhebung die Sensoren der C._____-AG entwickelt wurden. Die Klägerin vermag diese Indizien mit ihrem blossen Verweis auf die fehlende Erkennbarkeit des Urhebers des Quellcodes nicht zu entkräften.

Die Hinweise, dass die H._____ besagte Applikation für Android-Mobiltelefone tatsächlich für die C._____-AG entwickelt hat, werden neben der bereits dargestellten Email-Kommunikation und dem Quellcode zusätzlich durch eine Email-Nachricht von O._____ an den Beklagten vom 6. März 2015 gestützt, in welcher er sich wie folgt über eine neue Applikation der C._____-AG äusserte (act. 28 Rz 79 ff.; act. 14/38): *"The application looks to be really powerful. It allows screening so many indicators that I as user have never met so many characteristics of the product [...] I think that combination of new mobile application and hardware v2 would sound loudly on the market!"*.

In Bezug auf dieses Email von O._____ entgegnet die Klägerin, dieses beziehe sich nicht direkt auf eine Leistung der H._____. Dem ist grundsätzlich zuzustimmen. Jedoch datiert die Nachricht etwa ein Jahr nach Beendigung der Zusammenarbeit der C._____-AG mit ihren früheren Softwareentwicklungspartnern, womit davon auszugehen ist, dass von einer Applikation der H._____ die Rede ist, zumal die Klägerin sich auch nicht dazu äussert, wer ausser der H._____ als Entwicklerin in Frage gekommen wäre.

Nach dem Gesagten ist davon auszugehen, dass die H._____ für die C._____ -AG verschiedene Softwareentwicklungsarbeiten geleistet hat, insbesondere die Erstellung von Applikationen für Mobiltelefone. Der Klägerin gelingt es nicht, besagten Sachverhalt durch substantiierte Vorbringen in Zweifel zu ziehen. Die pauschale Behauptung, es sei keinerlei Leistungserbringung durch die H._____ erfolgt, genügt dabei ebenso wenig, wie die Behauptung, der Verwaltungsrat der C._____ -AG habe erst am 17. August 2015 von der Existenz der H._____ erfahren (act. 19 Rz 44). Letzteres wurde ohnehin bereits widerlegt (siehe oben unter Ziffer II. 2.6.2.3). Somit misslingt der Klägerin der Nachweis, wonach die H._____ keine Softwareentwicklungsleistungen für die C._____ -AG erbracht habe.

2.6.2.4.4. Wie bereits erläutert, behauptet die Klägerin, die Produkte der C._____ -AG seien im Mai 2014 bereits marktfähig gewesen und in den Verkauf gelangt. Zu diesem Zeitpunkt sei die Software für die Sensoren bereits vollständig entwickelt gewesen; eine weitergehende Entwicklung sowie die Erstellung von Applikationen für Mobiltelefone seien nicht benötigt worden (act. 19 Rz 26, 61, 130 und 160 ff.). Damit behauptet die Klägerin, die eben nachgewiesenen Leistungen der H._____ seien nicht notwendig und daher nicht im Interesse der C._____ -AG gewesen, weshalb die entsprechenden Zahlungen der C._____ -AG grundlos erfolgt seien.

Jedoch verzichtet die Klägerin darauf, substantiiert darzulegen, weshalb unbestrittenermassen dennoch ein intensiver Email-Austausch über die angeblich nicht benötigte Softwareentwicklung stattfand und dabei mit R._____ und M._____ zwei Personen direkt involviert waren, welche als Betriebsleiter und Leiter der Produkteentwicklung der C._____ -AG fungierten (siehe oben unter Ziffer II. 2.6.2.4.2). Die diesbezügliche Behauptung der Klägerin, wonach R._____ und M._____ sich gar keine eigene Wahrnehmungen zu der von der H._____ angeblich entwickelten Software hätten machen können, überzeugt nicht (act. 19 Rz 53). Wie aus den oben aufgezeigten Email-Konversationen deutlich wird, haben die beiden sich durchaus mit der Software und insbesondere den Mobiltelefon-Applikationen der H._____ auseinandergesetzt und dabei auch konkrete Vorschläge bzw. Aufträge betreffend Verbesserung und Weiterentwicklung geäußert. Zudem gehört es ganz offensichtlich zum wesentlichen Aufgabenbereich ei-

nes Head of Operations und insbesondere eines Head of Product Development, sich mit der Entwicklungen von Produkten der Gesellschaft zu beschäftigen. Es kann daher ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass M._____ und R._____ einschätzen konnten, welche Softwareentwicklung für die Produkte der C._____ -AG benötigt wurde; zumal die Klägerin keinerlei substantiierte gegenteilige Behauptungen aufstellt.

Ebenso wenig finden sich Ausführungen der Klägerin dazu, weshalb sich O._____ im oben erwähnten Email vom 6. März 2015 derart positiv über die Applikationen für Mobiltelefone geäußert haben sollte, wenn solche von der C._____ -AG doch gar nicht benötigt worden sein sollen (siehe oben unter Ziffer II. 2.6.2.4.3). Seine Äusserungen lassen viel mehr darauf schliessen, dass die Applikationen für die C._____ -AG tatsächlich von Nutzen waren und auch einen Bedarf darstellten. Denn aufgrund der Nähe von O._____ zum Verwaltungsrat der C._____ -AG und seiner Kompetenz, die Finanzierungsmittel der C._____ -AG bereitzustellen, kann ohne Weiteres angenommen werden, dass er auch um die Interessen und den Bedarf der C._____ -AG wusste.

Es ist daher nach dem oben Erwogenen nicht nur davon auszugehen, dass die H._____ die erwähnten Softwareleistungen für die C._____ -AG tatsächlich erbracht hat, sondern dass dies auch klarerweise im Interesse der C._____ -AG geschah.

2.6.2.5. Zwischenfazit

Zusammengefasst ist in Bezug auf die Leistungserbringung der H._____ im Bereich der Software-Entwicklung von folgendem Sachverhalt auszugehen: nach der Beendigung der Zusammenarbeit zwischen der C._____ -AG und der K._____ -AG sowie der L._____ wurde die von der C._____ -AG benötigte Software von der H._____ entwickelt und aktualisiert. Hierfür wurde ein entsprechendes Budget aufgestellt, wobei die von der H._____ verlangte Vergütung monatlich O._____ mitgeteilt und von diesem genehmigt wurde. Die Entwicklungsarbeit wurde insbesondere von R._____ und M._____ begleitet, welche auch mit konkreten Verbesserungsvorschlägen und Aufträgen an die H._____ herantraten. Es ist daher da-

von auszugehen, dass die nachgewiesenen Softwareentwicklungseleistungen der H._____ vollumfänglich im Interesse der C._____ -AG erbracht wurden.

Somit kann die Klägerin die von ihr gemachte Behauptung nicht nachweisen, wonach die C._____ -AG keine werthaltigen Softwareleistungen von der H._____ bezogen und daher der gesamte von ihr bezahlte Rechnungsbetrag an die H._____ zu einem Schaden der C._____ -AG geführt habe.

Nachfolgend ist aufzuzeigen, dass die H._____ neben Softwareentwicklung auch noch weitere Leistungen für die C._____ -AG erbrachte, welche von dieser benötigt wurden.

2.6.3. Design, Betreuung und Aktualisierung der Homepage der C._____ -AG

Der Beklagte behauptet, die H._____ sei auch für die Gestaltung und die Aktualisierung der Homepage der C._____ -AG verantwortlich gewesen und habe entsprechende Leistungen erbracht (act. 12 Rz 125 ff.).

Die diesbezüglichen vom Beklagten eingereichten Beweismittel stützen sein Vorbringen zumindest teilweise. So ist belegt, dass R._____ I._____ mit Email vom 24. Februar 2015 bat, Informationen samt Bildmaterial über einen "U._____ Football Club" auf die Homepage der C._____ -AG zu laden, was denn auch umgesetzt wurde (act. 14/91; act. 14/92). In einem weiteren Email erklärt V._____, Angestellte der H._____, zuhanden des Beklagten und M._____, die neuste Version der "... Team Section" sei nun auf der Homepage ersichtlich (act. 14/93). Sodann teilte I._____ V._____ per Email vom 15. April 2015 mit, sie solle auf der Homepage der C._____ -AG einen Fehler beheben; die "about us" Taste auf der Homepage sei nicht mehr ersichtlich (act. 14/94).

Die Klägerin bestreitet nicht substantiiert, dass diese Leistungen erbracht wurden. Sie beschränkt sich auf die Aussage, die Homepage der C._____ -AG sei im Frühjahr 2014 bereits vollständig entwickelt gewesen und hätte keiner Betreuung und Aktualisierung bedurft (act. 19 Rz 169).

Zunächst hat es als notorisch zu gelten, dass eine Homepage einer gewissen Betreuung bedarf, um aktuell und funktional zu bleiben. Auch fällt auf, dass im Budgetplan der C.____-AG für die Jahre 2014 bis 2019 jährlich ansteigende Ausgaben für "Website/Webshop development" und "Website/webshop maintenance" vorgesehen waren und auch P.____ im Email vom 15. Oktober 2014 solche Ausgaben gegenüber O.____ nannte (act. 14/28; act. 14/29). Entgegen der Behauptung der Klägerin ist also davon auszugehen, dass die C.____-AG durchaus auf Entwicklungs- und Wartungsarbeiten betreffend ihre Homepage angewiesen war. Dass diese Arbeiten von einem anderen Unternehmen als der H.____ durchgeführt worden sein könnten, wird von der Klägerin nicht behauptet.

Der Umfang der diesbezüglichen Leistungen der H.____ lässt sich vorwiegend nicht erstellen. Belege etwa dafür, dass die H.____ bei der ursprünglichen Entwicklung und dem Design der Homepage der C.____-AG mitgewirkt haben könnte, finden sich keine. Doch anhand der oben erwähnten beklagischen Sachvorbringen ist erstellt, dass die H.____ zumindest Aktualisierungsarbeiten an der Homepage der C.____-AG vorgenommen hat.

In jedem Fall misslingt der Klägerin der Nachweis der Behauptung, dass die H.____ keine benötigten Leistungen in Bezug auf die Homepage der C.____-AG erbracht habe.

2.6.4. Entwicklung und Betreuung des Webshops der C.____-AG durch die H.____

Weiter führt der Beklagte aus, die H.____ habe Leistungen betreffend die Gestaltung des Webshops der C.____-AG erbracht. Zum einen habe die H.____ Bilder erstellt und in den Webshop hochgeladen, um die von der C.____-AG angebotenen Produkte zu veranschaulichen. Ein entsprechender Auftrag von I.____ an einen Mitarbeiter der H.____ liegt im Recht (act. 12 Rz 132; act. 14/95).

Zudem behauptet der Beklagte, die H._____ habe bei der Abwicklung von Kundenbestellungen über den Webshop der C._____ -AG Leistungen erbracht. Als Nachweis liegen mehrere Email-Konversationen im Recht (act. 14/96-98). So fragte etwa W._____ vom "AA._____" den Beklagten am 2. April 2015, ob die Rechnung der C._____ -AG über EUR 12'000.00 in zwei verschiedene Rechnungen gesplittet werden könne, was dieser bejahte. Die konkrete Umsetzung wurde dann, soweit aus dem weiteren Email-Verlauf ersichtlich, von jeweils einem Arbeitnehmer der H._____ (AB._____) und einer Arbeitnehmerin der C._____ -AG (AC._____) übernommen (act. 14/97). In einem Email vom 15. April 2015 forderte sodann I._____ einen Mitarbeiter der H._____ auf, die Kreditkarte eines Kunden zu belasten, der ein "starter kit f..." der C._____ -AG gekauft habe. Der Mitarbeiter bestätigt später, die Kreditkarte mit dem Betrag von EUR 1'073.50 belastet zu haben (act. 14/98).

Die diesbezüglichen unsubstantiierten Bestreitungen der Klägerin sind nicht zu hören. Zum einen sagt der unbestrittene Umstand, dass der Webshop im Frühjahr 2014 bereits in Betrieb war, nichts darüber aus, dass nicht trotzdem noch eine Betreuung vonnöten gewesen wäre (act. 19 Rz 172). Betreffend die aufgeführten Beweismittel beschränkt sich die Klägerin darauf, pauschal auszuführen, die behaupteten Leistungen seien nicht bewiesen. Auf die genannten Email-Konversationen geht sie indes nicht ein (act. 19 Rz 173). Auch die Aufführung von erwarteten Ausgaben für "development" und "maintenance" des Webshops im Budgetplan der C._____ AG wird von der Klägerin nicht kommentiert (act. 14/29).

Der tatsächliche Umfang der Leistungen der H._____ im Zusammenhang mit dem Webshop der C._____ -AG lässt sich anhand der beklagischen Sachvorbringen nicht bemessen. Mangels substantiierter Vorbringen der Klägerin und mit Blick auf die vom Beklagten eingereichten Beweismittel ist jedoch davon auszugehen, dass die H._____ zumindest die vom Beklagten konkret geschilderten Leistungen erbracht hat. Auf jeden Fall aber misslingt der Klägerin der Nachweis ihrer Behauptung, dass von der H._____ keinerlei notwendigen Leistungen betreffend den Webshop geleistet worden seien.

2.6.5. Übrige Leistungen der H._____ für die C._____ -AG

Der Beklagte behauptet, die H._____ sei darüber hinaus für den Auftritt der C._____ -AG auf deren Social-Media-Kanälen zuständig gewesen, was die Klägerin bestreitet (act. 12 Rz 138). Als Nachweis reicht der Beklagte indes nur eine Email-Nachricht von I._____ ins Recht, in welcher diese Arbeitnehmern der H._____ und der C._____ -AG mitteilt, sie habe die Veröffentlichung der Applikation für das Iphone auf den Social-Media-Kanälen der C._____ -AG angekündigt (act. 14/77). Weitere konkrete Leistungen macht der Beklagte nicht geltend, weshalb nicht als erstellt gelten kann, dass sich die H._____ regelmässig um den Social-Media-Auftritt der C._____ -AG gekümmert hat.

Weiter macht der Beklagte geltend, die H._____ habe auch bei "diversen anderen Anfragen" seitens der C._____ -AG Hilfe geleistet. So sei etwa für die C._____ -AG ein Sitzungskalender erstellt worden, in welchen alle Mitarbeiter ihre externen Sitzungen hätten eintragen müssen. Entsprechende Mitteilung erging denn auch per Email an die C._____ -AG (act. 14/99). Zudem habe I._____ einer Mitarbeiterin der C._____ -AG eine Bluetooth-Funktion erläutert und die entsprechenden Erklärungen unter anderem auch M._____ und R._____ per Email weitergeleitet (act. 12 Rz 141; 14/101).

Die Klägerin äussert sich zu diesen Vorbringen nicht, weshalb sie als anerkannt gelten. Weitere als die konkret behaupteten Unterstützungsleistung durch die H._____ lassen sich durch die Sachvorbringen des Beklagten jedoch nicht ableiten. Nach dem Gesagten ist zumindest davon auszugehen, dass die H._____ in geringem Umfang Arbeiten im Bereich "Social Media" und übrige "Hilfeleistungen" erbracht hat.

2.6.6. Vertragliche Basis für die Leistungen der H._____

Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, dass die angeblich erbrachten Leistungen der H._____ nicht den vertraglichen Abmachungen gemäss dem Development Agreement entsprochen hätten. Mangels vertraglicher Grundlage hätten die Leistungen demnach ohnehin nicht vergütet werden dürfen (act. 19 Rz 157; 163, 168, 170, 173 und 176).

Was die Softwareentwicklung der H._____ anbelangt, so ist diese ohne Weiteres vom Development Agreement erfasst. So heisst es in Ziffer 2.1. des Development Agreements etwa: "*H._____ 's role is solely role of developing and licensing the H._____ Software to C._____.*" (act. 3/9). Bezüglich der anderen erbrachten Leistungen ist der Klägerin zuzustimmen, dass diese im Development Agreement keine Erwähnung finden.

Indes ist es für die Frage des Schadens nicht relevant, aufgrund welcher exakten vertraglichen Grundlage die verschiedenen Leistungen der H._____ erbracht wurden. Wie oben aufgezeigt, wurden die Leistungen der H._____ durchgehend von leitenden Angestellten der C._____ -AG nachgefragt oder zumindest bewusst entgegengenommen und vergütet. Dies genügt bereits, um von einer vertraglichen Grundlage auszugehen, und sei diese bloss durch konkludentes Verhalten entstanden (vgl. dazu act. 28 Rz 85). Es ist somit nicht weiter von Belang, ob die Leistungen der H._____ vom Development Agreement erfasst waren oder nicht. Entscheidend ist letztlich ohnehin der erstellte Umstand, dass die streitgegenständlichen Leistungen im Interesse der C._____ -AG erbracht wurden (vgl. dazu act. 28 Rz 85).

Mit der Behauptung, die (angeblichen) Leistungen der H._____ seien ohne vertragliche Grundlage erfolgt, lässt sich demnach kein Schaden der Klägerin nachweisen. Daran vermögen auch die Ausführungen der Klägerin und ihre diesbezüglichen Verweise auf den polizeilichen Ermittlungsbericht vom 12. Januar 2018 nichts zu ändern, wonach das Development Agreement allenfalls um ein Jahr zurückdatiert worden sein könnte und der Originalvertrag physisch nicht vorhanden sei (act. 41 Rz 41 S. 2).

2.6.7. Zwischenfazit

Nach dem Gesagten ist nachgewiesen, dass die H._____ in den von ihnen behaupteten Bereichen – insbesondere im Bereich der Softwareentwicklung – Leis-

tungen für die C.____-AG erbracht hat. Dass diese Leistungen von der C.____-AG auch benötigt wurden, ist namentlich durch den dokumentierten Austausch zwischen Arbeitnehmern bzw. Vertretern der C.____-AG und der H.____ erstellt.

Es besteht daher keine Notwendigkeit, auf weitere diesbezügliche Beweismittel der Parteien einzugehen oder die vom Beklagten offerierten Zeugen dazu zu befragen. Die Klägerin kann somit den ihr obliegenden Nachweis nicht erbringen, dass der C.____-AG ein Schaden entstanden sei, indem sie Rechnungen der H.____ beglichen habe, ohne dafür eine für sie werthaltige und/oder vertraglich vereinbarte Gegenleistung erhalten zu haben.

2.7. Missverhältnis zwischen den Leistungen der H.____ und deren Entgeltung

2.7.1. Vorbemerkung

Nachdem erstellt ist, dass die H.____ die vom Beklagten behaupteten Leistungen im Interesse der C.____-AG erbracht hat, bleibt der Klägerin bloss noch eine Möglichkeit, einen Schaden nachzuweisen: sie muss dazu belegen, dass die Höhe der von der C.____-AG geleisteten Zahlungen und die grundsätzlich werthaltigen Leistungen der H.____ in einem Missverhältnis stehen. Die Klägerin stellt in diesem Zusammenhang verschiedene Behauptungen auf, welche nachfolgend im einzelnen zu prüfen sind.

2.7.2. Blosser Einräumung von Lizenzrechten durch die H.____

2.7.2.1. Die Klägerin behauptet zunächst, der C.____-AG seien im Development Agreement lediglich Lizenzrechte an der von der H.____ zu erstellenden Software eingeräumt worden. Dies habe dazu geführt, dass bei Vertragsbeendigung selbst an Lager gehaltene Produkte faktisch wertlos geworden seien. Somit habe die C.____-AG keine angemessene Gegenleistung für ihre Zahlungen erhalten (act. 1 Rz 36 und 61; act. 19 Rz 52 und 65). Der Beklagte habe diesen Umstand denn auch in der Einvernahme durch die Konkursverwaltung vom 2. Dezember 2015 eingeräumt (act. 19 Rz 65; act. 3/24).

Der Beklagte entgegnet, er habe gegenüber dem Konkursamt bloss ausgesagt, dass die im Lager gehaltenen Sensoren ohne die dazugehörige Software nicht konkret verwendet werden könnten, nicht, dass sie faktisch wertlos wären (act. 28 Rz 62). Zudem seien die von der Klägerin genannten Bestimmungen im Development Agreement nicht nachteilig für die C.____-AG gewesen. Die Einräumung von Lizenzrechten bei Verbleib des Eigentums an der Software beim Softwareentwickler entspräche einem verbreiteten Modell. So habe bereits der Softwareentwicklungsvertrag zwischen der C.____-AG und der AD.____ OY den Verbleib des Eigentums an der entwickelten Software bei AD.____ vorgesehen. Die C.____-AG habe sodann jederzeit vollumfänglich über die von der H.____ entwickelten Software verfügen können. Die H.____ sei sogar bereit gewesen, die von ihr entwickelten Quellcodes auf die C.____-AG zu übertragen, was der Beklagte per Email vom 21. September 2015 G.____ mitgeteilt habe (act. 28 Rz 42; act. 29/121).

2.7.2.2. Unbestrittenermassen wurde im Development Agreement (act. 3/9) vereinbart, dass das Eigentum an der von der H.____ zu entwickelnden Software bei dieser verbleiben (Ziffer 3.1) und der C.____-AG eine Lizenz eingeräumt werde, um die Software zu nutzen (Ziffer 4.1 ff.). Zudem wurde für den Fall der Beendigung des Vertrages in Ziffer 10.6 vereinbart, dass die C.____-AG die Software der H.____ nicht mehr nutzen dürfe und alle die sich in ihrem Besitz befindlichen Softwareprodukte der H.____ löschen müsse. Es kann der Klägerin jedoch nicht gefolgt werden, wonach diese Abreden ohne Weiteres zu einem Missverhältnis zwischen den Leistungen der H.____ und der C.____-AG geführt hätten, wie nachfolgend aufzuzeigen ist.

Beim Development Agreement handelt es sich offensichtlich um einen sogenannten Software-Entwicklungsvertrag. Bei einem solchen werden individuelle Softwareprogramme für einen Anwender erstellt (BGer 4A_265/2008, E. 2.2 f.; FRÖHLICH-BLEULER, Softwareverträge, 2. Auflage, Bern 2014, Rz 392). Was die Nutzung der Software anbelangt, ist es in der Praxis gebräuchlich, entweder die Nutzungsrechte an der Software umfassend auf den Anwender zu übertragen – dabei tritt der Anwender in die Stellung des Urhebers – oder diesem per Lizenzvertrag

eine blosse Nutzungsbefugnis einzuräumen. Im zweiten Fall muss der Anwender die Software bei Beendigung des Vertrages löschen oder zurückgeben (FRÖHLICH-BLEULER, a.a.O., Rz 837 ff., 2368 ff. und 2391).

Nach dem Gesagten ist dem Beklagten zuzustimmen, dass die genannten Abreden im Development Agreement nicht ungebrauchlich und daher auch nicht per se schadensauslösend sind. Dennoch ist nicht zu bestreiten, dass die Einräumung einer blossen Nutzungsbefugnis der Software für den Anwender grundsätzlich weniger werthaltig ist als die vollumfängliche Übertragung der Nutzungsrechte. Dies insbesondere, da der Anwender die Software nach Beendigung des Vertrages nicht mehr verwenden darf. Aus diesem Grund fällt die Entgeltung bei Überlassung der Urheberrechte regelmässig höher aus, als wenn bloss eine Nutzungsbefugnis bzw. eine Überlassung auf Zeit vereinbart wird (vgl. FRÖHLICH-BLEULER, a.a.O., Rz 2382).

Es ist der Klägerin also insofern zuzustimmen, dass die von der H._____ erstellte Software nach Beendigung des Development Agreements – wann genau die Vertragsbeendigung erfolgt sein soll, wird von den Parteien nicht erläutert – für die C._____ -AG nicht mehr von Wert war, da sie sie nicht mehr nutzen durfte. Dies heisst aber keineswegs, dass die Nutzungsbefugnis an der von der H._____ entwickelten Software in der Zeit vor der Vertragsbeendigung keinen Wert für die C._____ -AG gehabt hätte.

Es wäre demnach an der Klägerin, im Einzelnen darzulegen und nachzuweisen, inwiefern die geleisteten Zahlungen an die H._____ in einem Missverhältnis zu der vereinbarten Software-Überlassung auf Zeit gestanden hätten. Dabei hätte sie zumindest den aus ihrer Sicht angemessenen Preis für diese vereinbarte Nutzungsbefugnis erläutern müssen. Die Klägerin stellt aber keine diesbezüglichen Behauptungen auf, sondern beschränkt sich bloss auf die unzureichende Feststellung, dass die (angeblichen) Leistungen der H._____ aufgrund des Verbleibs der Urheberrechte bei dieser für die C._____ -AG wertlos geworden seien.

2.7.2.3. Die Klägerin kommt damit ihrer Obliegenheit nicht nach, den diesbezüglich behaupteten Schaden nachzuweisen oder zumindest substantiiert darzule-

gen. Da sie auch keine genügenden Anhaltspunkte benennt, die eine Schadensberechnung erlauben, trifft das Gericht zudem keine Schadensschätzungspflicht i.S. von Art. 42 OR.

2.7.3. Unvorteilhafte Bestimmungen im Development Agreement

Die Klägerin behauptet zudem, das Development Agreement enthalte weitere für die C.____-AG äusserst unvorteilhafte Bestimmungen. So sei die Festlegung der Höhe der Entschädigung für die Softwareentwicklung gemäss Ziffer 5 des Development Agreements gänzlich ins Ermessen der H.____ gestellt worden. Zudem sei für den Fall der Nichtbezahlung dieser Gebühren in Ziffer 5.2 der Vereinbarung eine Art Konventionalstrafe in "exorbitanter Höhe" festgesetzt worden. Anders als vom Beklagten behauptet, sei diese Bestimmungen auch tatsächlich geltend gemacht worden. So habe sich der Beklagte bei seiner beim Konkursamt eingereichten Forderung gegen die C.____-AG auf die genannten Straf- und Verzugsbestimmungen bezogen (act. 19 Rz 12 ff. und 54 ff.).

Ob die Festlegung der Vergütung im Ermessen der H.____ lag oder nicht, sagt nichts darüber aus, ob der verlangte und bezahlte Betrag letztendlich angemessen war. Diesbezügliche konkrete Ausführungen der Klägerin fehlen jedoch. Auch ist es vorliegend nicht relevant, ob die H.____ im Rahmen ihrer Forderungseingabe vom 1. April 2016 die Bezahlung einer Konventionalstrafe verlangte, oder – wie der Beklagte behauptet (act. 28 Rz 43) – noch ausstehende Rechnungen in der Höhe von CHF 187'798.23 geltend machte. Denn klarerweise steht der entsprechende Betrag nicht im Zusammenhang mit dem vorliegend geltend gemachten Schaden.

Die klägerischen Vorbringen betreffend die angeblich unvorteilhaften Vertragsbestimmungen im Development Agreement sind also nicht geeignet, einen Schaden der C.____-AG nachzuweisen.

2.7.4. Mangelhafte Rechnungsstellung durch die H.____

Sodann macht die Klägerin geltend, die Rechnungen der H.____ hätten keine Positionen für erbrachte Leistungen enthalten, sondern bloss Pauschalbeträge

ohne Spezifizierung der angeblichen Tätigkeit genannt. Der Beklagte hätte für eine transparente und detaillierte Rechnungsstellung seitens der H._____ besorgt sein und sicherstellen müssen, dass die Angemessenheit der Rechnungen von unabhängigen Dritten genau geprüft werde (act. 19 Rz 23). Es sei daher auch aus diesem Grund nicht belegt, dass die angeblichen Leistungen der H._____ einen adäquaten Gegenwert zu den von der C._____-AG geleisteten Zahlungen dargestellt hätten (act. 19 Rz 142).

Zwar ist der Klägerin zu folgen, wonach die Rechnungsstellung der H._____ nicht detailliert ist und den Rechnungen nicht genau entnommen werden kann, welche Kosten für welche Leistung entstanden sein sollen (act. 19 Rz 23; act. 3/20). Ein konkreter Schaden ist durch den Hinweis auf die mangelhafte Rechnungsstellung aber mitnichten nachgewiesen.

Die Klägerin hat sich in ihren Rechtsschriften darauf beschränkt, den Nachweis der Leistungserbringung durch die H._____ zu bestreiten. Sie hat aber darauf verzichtet, eventualiter darzulegen, welcher tatsächliche Gegenwert für die behaupteten Leistungen der H._____ angemessen gewesen wäre. Das blosses Vorbringen der Klägerin, wonach keine Adäquanz zwischen den angeblichen Leistungen der H._____ und deren Entgeltung bestehe, genügt dabei nicht (act. 19 Rz 84). Zumal der Beklagte die konkret erbrachten Leistungen der H._____ im Rahmen des vorliegenden Verfahrens detailliert geschildert und mit Beweismitteln belegt hat. Dies hätte es der Klägerin ohne Weiteres ermöglicht, substantiierte Ausführungen zum tatsächlichen Wert der Leistungen der H._____ zu machen. Da solche Ausführungen aber gänzlich fehlen, misslingt der Klägerin der Schadensnachweis und es ist dem Gericht auch nicht möglich, einen allfälligen Schaden i.S. von Art. 42 OR zu schätzen.

2.7.5. Zwischenfazit

Wie dargelegt, gelingt es der Klägerin nicht, ein Missverhältnis zwischen den Leistungen der H._____ und der von der C._____-AG bezahlten Vergütung nachzuweisen. Es fehlen sowohl eine genügende Schadensberechnung als auch die

substantiierte Behauptung von Anhaltspunkten, welche dem Gericht eine Schadensschätzung i.S. von Art. 42 OR ermöglichen würden.

2.8. Schlussfazit

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Klägerin den von ihr geltend gemachten Schaden weder zu substantiieren, noch nachzuweisen vermag. Die Klage ist daher mangels eines nachgewiesenen Schadens der C.____-AG abzuweisen. Damit erübrigen sich weitere Ausführungen zu den verbleibenden Voraussetzungen einer Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit. Insbesondere kann offen gelassen werden, ob der Beklagte unter dem Eindruck eines Interessenkonflikts gehandelt und dadurch seine Pflichten als Geschäftsführer der C.____-AG verletzt hat.

Für den Fall der Klageguteheissung hat der Beklagte aufgrund angeblich noch ausstehender Lohnzahlungen eine Verrechnungsforderung in der Höhe von CHF 155'545.73 geltend gemacht (act. 12 Rz 151 ff.). Da die Klage jedoch abzuweisen ist, erübrigen sich Erwägungen dazu.

3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

3.1. Die Prozesskosten, bestehend aus Gerichtskosten und Parteientschädigung, sind nach der allgemeinen Kostenregelung der Klägerin als unterliegende Partei aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 105 ZPO).

3.2. Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (Art. 96 ZPO i.V.m. Art. 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert, dem Zeitaufwand des Gerichts sowie der Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 lit. a, c und d sowie § 4 GebV OG). Vorliegend beträgt der Streitwert gemäss dem klägerischen Rechtsbegehren CHF 701'606.– (Umsrechnungskurs vom 10. November 2016: EUR 1.00 = CHF 1.0746). Die Gerichtsgebühr ist aufgrund des Umfangs der Akten und der Komplexität der sich stellenden Rechtsfragen unter Erhöhung der Grundgebühr um einen Drittel auf rund CHF 33'000.– festzusetzen.

3.3. Antragsgemäss ist dem Beklagten eine Parteientschädigung zuzusprechen. Die Grundgebühr, auf die der Anspruch mit der Erarbeitung oder Beantwortung der Klage entsteht, deckt auch den Aufwand für die Teilnahme an der Hauptverhandlung ab. Für die Teilnahme an zusätzlichen Verhandlungen und weitere notwendige Rechtsschriften wird ein Einzelzuschlag von jeweils höchstens der Hälfte der Grundgebühr berechnet; diese darf insgesamt jedoch nicht überschritten werden (§ 11 Abs. 1-3 AnwGebV). Vorliegend haben die Parteien nach dem ersten Schriftenwechsel, neben der Replik und der Duplik je zwei weitere Rechtsschriften eingereicht (act. 35; act. 38; act. 41; act. 46). Unter weiterer Berücksichtigung des Zeitaufwands sowie der Schwierigkeit des Falls ist die von der Klägerin zu bezahlende Parteientschädigung, mithin in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 11 AnwGebV, unter Erhöhung der Grundgebühr um einen Drittel auf gerundet CHF 36'000.– festzusetzen.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auch CHF 33'000.–.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt und, soweit ausreichend, aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 36'000.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42

und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 701'606.–.

Zürich, 26. September 2018

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vizepräsident:

Gerichtsschreiber:

Roland Schmid

Leonard Suter