

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NP160025-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie
Gerichtsschreiber Dr. M. Nietlispach

Beschluss vom 13. Oktober 2016

in Sachen

A._____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

1. **B.**_____ **AG**,

2. **C.**_____ **AG**,

Klägerinnen und Berufungsbeklagte

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1._____, und / oder

Rechtsanwalt Dr. iur. Y2._____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren
am Bezirksgericht Affoltern vom 25. April 2016 (FV130009-A)**

Rechtsbegehren:

Gemäss Klageschrift (Urk. 5/3 S. 2):

- "1. Es sei der Beklagte unter Vorbehalt des Nachklagerechts zu verpflichten, folgende Beträge zu bezahlen:
 - a) der Klägerin 1 Fr. 10'370.65 zzgl. Zins zu 5% für Fr. 8'745.65 seit dem 29. Juni 2012 und Zins zu 5% für Fr. 1'625.00 seit dem 3. Oktober 2013;
 - b) der Klägerin 2 Fr. 6'414.60 zzgl. Zins zu 5% seit dem 29. Juni 2012.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt) zu Lasten des Beklagten."

Geändertes Rechtsbegehren gemäss Urk. 5/8:

- "1. Es sei der Beklagte unter Vorbehalt des Nachklagerechts zu verpflichten, folgende Beträge zu bezahlen:
 - a) der Klägerin 1 Fr. 13'394.65 zzgl. Zins zu 5% für Fr. 11'769.65 seit dem 29. Juni 2012 und Zins zu 5% für Fr. 1'625.00 seit dem 3. Oktober 2013;
 - b) der Klägerin 2 Fr. 6'414.60 zzgl. Zins zu 5% seit dem 29. Juni 2012.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt) zu Lasten des Beklagten."

Zwischenentscheid bzw. "Teilurteil" des Bezirksgerichts Affoltern (Einzelgericht) vom 25. April 2016 (Urk. 2):

1. Es wird festgehalten, dass der Beklagte im vorliegenden Fall passivlegitimiert ist.
2. Den Klägerinnen wird nach Eintritt der Rechtskraft dieses Zwischenentscheides mit separater Verfügung Frist zur Einreichung der Replik angesetzt.
3. Über die Prozesskosten (Gerichtskosten und Parteientschädigung) wird im Endentscheid entschieden.
4. [Mitteilungen]
5. [Rechtsmittel]

Berufungsanträge:

des Beklagten und Berufungsklägers (Urk. 1 S. 2):

- "1. Das angefochtene Urteil sei aufzuheben.
2. In Gutheissung der Berufung sei die Klage abzuweisen.
Eventualiter:
3. Es sei festzuhalten, dass der Beklagte nicht passivlegitimiert ist.
4. Es sei festzustellen, dass der Beklagte nicht haftbar ist für die eingeklagten Vermögensschäden der Klägerinnen.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerinnen."

der Klägerinnen und Berufungsbeklagten (Urk. 12 S. 2):

- "1. Die Berufung sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt) zu Lasten des Beklagten und Berufungsklägers."

Erwägungen:

1. Sachverhalt

1.1. Die beiden Klägerinnen sind zwei an der gleichen Adresse in St. Gallen domizilierte Aktiengesellschaften. Beide bezwecken gemäss dem Eintrag im Handelsregister die "Erbringung von Informatikdienstleistungen, insbesondere Entwicklung, Vertrieb, Verkauf und Beratung von Software und Hardware, Beratungen, Schulungen und Kurse sowie Handel mit Waren aller Art". Die Klägerin 1 hat einen einzigen Verwaltungsrat, nämlich D._____. Demgegenüber hat die Beklagte 2 zwei Verwaltungsräte, D._____, dem Einzelunterschrift zusteht, und E._____.

1.2. Der Beklagte ist Treuhänder und wohnt in F._____ (Bezirk Affoltern). Er führt das Einzelunternehmen "G._____ Treuhand, A._____" in H._____ (Bezirk Dietikon). Gemäss dem Eintrag im Handelsregister verfolgt das Einzelunterneh-

men den folgenden Zweck: "Büro für Treuhand, Unternehmungs- und Steuerberatung".

1.3. Am 19. April 2011 wurde die I._____ AG in das Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Gemäss dem Gesellschaftszweck sollte die Gesellschaft "Dienstleistungen in den Bereichen Werbung, Kommunikation, Grafik, Design und Kunsthandel" erbringen. Einziges Mitglied des Verwaltungsrates war von Beginn an der Beklagte. Domiziliert war die Gesellschaft beim Beklagten, nämlich c/o "G._____ Treuhand, A._____" in H._____.

1.3.1. Der Beklagte macht geltend, er habe die I._____ AG gestützt auf einen Mandatsvertrag vom 16. März 2011 (Urk. 5/66/1) fiduziarisch für seinen Klienten J._____ gegründet und gehalten (Urk. 5/65 S. 3), wogegen die Klägerinnen vortrugen, Alleinaktionär der Gesellschaft sei der Beklagte gewesen (Urk. 5/3 Rz 1, 30, 88, 137; Urk. 5/74 Rz 8, 25, 28, 62, 89). Fest steht, dass der Beklagte am 23. Mai 2012 dem Handelsregisteramt des Kantons Zürich sein Ausscheiden als Verwaltungsrat der Gesellschaft mitteilte (Urk. 5/6/21). In der Folge verfügte die Gesellschaft über keine Organe mehr.

1.3.2. Am 3. Dezember 2012 löste das Handelsgericht des Kantons Zürich die Gesellschaft wegen Fehlens der vorgeschriebenen Organe auf und ordnete im Sinne von Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs an. Durch Urteil des zuständigen Konkursgerichts vom 6. Mai 2013 wurde das Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt. In der Folge verlangte niemand im Sinne von Art. 230 Abs. 2 SchKG die Durchführung des Konkursverfahrens.

1.4. Am 28. September 2011 wurde namens der I._____ AG bei der Klägerin 1 eine Lizenz der Software "K._____" bestellt. Die Lizenz wurde in der Folge von der Klägerin 1 erteilt und das Lizenzzertifikat erstellt. Für ihre Leistungen stellte die Klägerin 1 der I._____ AG am 29. September 2011 den Betrag von Fr. 3'229.20 in Rechnung (Urk. 5/3 Rz 35 mit Hinweis auf Urk. 5/6/25-27; Urk. 5/65 S. 8 f.). Da die Zahlung ausblieb, richtete die Klägerin 1 am 24. Oktober

2011 sowie am 8. und 21. November 2011 Mahnungen an die I._____ AG (Urk. 5/3 Rz 37, Urk. 5/6/31-33; Urk. 5/65 S. 9).

1.5. Ebenfalls am 28. September 2011 wurden namens der I._____ AG bei der Klägerin 2 die Software "C._____ Auftrag Profi" sowie "C._____ Fibu Profi" bestellt. Am gleichen Tag wurde namens der Klägerin 2 und der I._____ AG ein Vertrag betreffend Fernnutzung von C._____ -Software unterzeichnet. Gemäss Vertrag wurde vierteljährlich eine Vorauszahlung von Fr. 615.60 fällig. Noch am 28. September 2011 stellte die Klägerin 2 der I._____ AG den Betrag für die erste Vorauszahlung von Fr. 615.60 in Rechnung (Urk. 5/3 Rz 36 mit Hinweis auf Urk. 5/6/28-30; Urk. 5/65 S. 8 f.). Da die Zahlung ausblieb, richtete die Klägerin 2 am 3. und 7. November 2011 Mahnungen an die I._____ AG (Urk. 5/3 Rz 37, Urk. 5/6/34-35; Urk. 5/65 S. 9).

1.6. Mit Zahlungsbefehlen des Betreibungsamtes H._____ vom 29. November 2011 liessen die beiden Klägerinnen die I._____ AG betreiben, und zwar die Klägerin 1 für eine Forderung von Fr. 3'229.20 (Urk. 5/6/46) und die Klägerin 2 für eine solche von Fr. 615.60 (Urk. 5/6/47). Die Zahlungsbefehle wurden der I._____ AG am 15. Dezember 2011 übergeben, worauf Rechtsvorschlag erhoben wurde.

1.6.1. Noch am 15. Dezember 2011 wurden namens der I._____ AG Betreibungsbegehren gegen die beiden Klägerinnen im Betrage von je Fr. 500'000.00 gestellt. In der Rubrik "Forderungsurkunde" wurde vermerkt "Forderungen diverse". Die entsprechenden Zahlungsbefehle wurden vom Betreibungsamt der Stadt St. Gallen am 19. Dezember 2011 erstellt und am 4. Januar 2012 den beiden Klägerinnen zugestellt. In beiden Betreibungen wurde umgehend Rechtsvorschlag erhoben (Urk. 5/3 Rz 57 mit Hinweis auf Urk. 5/6/50-53; Urk. 5/65 S. 11).

1.6.2. Mit Eingabe vom 23. April 2012 an die zuständige SchKG-Aufsichtsbehörde (Kreisgericht St. Gallen) verlangten die beiden anwaltlich vertretenen Klägerinnen gemeinsam, es sei die Nichtigkeit der erwähnten Zahlungsbefehle festzustellen (Urk. 5/3 Rz 69, Urk. 5/6/61; Urk. 5/65 S. 13). Nachdem die I._____ AG mit Verfügung des Kreisgerichts St. Gallen vom 26. April 2012 aufgefordert worden war, die Beschwerde zu beantworten, wurden die Betreibungen am 30. April 2012 na-

mens der I. _____ AG zurückgezogen (Urk. 5/3 Rz 70 f., Urk. 5/6/64; Urk. 5/65 S. 13). Den Klägerinnen entstanden in diesem Zusammenhang Anwaltskosten (Urk. 5/3 Rz 77, Urk. 5/6/65; Urk. 5/65 S. 14 f.).

1.7. Gestützt auf zwei Klagebewilligungen vom 18. März 2012 (Urk. 5/6/56-57) reichten die beiden Klägerinnen als einfache Streitgenossen mit Klageschrift vom 18. Juni 2012 beim Bezirksgericht Dietikon gegen die I. _____ AG Klage ein (Urk. 5/3 Rz 83; Urk. 5/6/73). Nach der Liquidation der I. _____ AG wurde das Gerichtsverfahren indessen abgeschrieben. Den Klägerinnen entstanden Gerichts- und Anwaltskosten (Urk. 5/3 Rz 126).

2. Prozessverlauf

2.1. Für die Einzelheiten des vorinstanzlichen Verfahrens sei auf das angefochtene Urteil verwiesen. Präzisierend sei aber Folgendes festgehalten:

2.1.1. Die Parteivorträge erfolgten vor der Vorinstanz ausschliesslich schriftlich. Am 3. Oktober 2013 erstatteten die Klägerinnen die Klageschrift (Urk. 5/3), welche vom Beklagten mit Schriftsatz vom 5. Februar 2015 beantwortet wurde (Urk. 5/65).

2.1.2. Mit Verfügung vom 17. März 2015 ordnete das Einzelgericht gestützt auf Art. 246 Abs. 2 ZPO einen zweiten Schriftenwechsel an (Urk. 5/67 Dispositiv-Ziff. 3). Gleichzeitig beschränkte die Vorinstanz das Verfahren "vorerst auf die Frage der Passivlegitimation" (Urk. 5/67 Dispositiv-Ziff. 2). Begründet wurde die Beschränkung des Prozessthemas vom Einzelgericht damit (vgl. Urk. 5/67 S. 2),

"dass der Beklagte die Einrede der fehlenden Passivlegitimation erhebt, indem er sinngemäss angibt, das Verwaltungsratsmandat bei der I. _____ AG nur treuhänderisch wahrgenommen zu haben und nicht persönlicher Urheber der von den Klägerinnen dargelegten Produktbestellungen, Betreibungen, etc. zu sein."

2.1.3. In der Folge erstatteten die Klägerinnen unterm 26. Mai 2015 die schriftliche Replik zum beschränkten Prozessthema (Urk. 5/74), worauf der Beklagte am 7. September 2015 die schriftliche Duplik zum beschränkten Prozessthema erstattete (Urk. 5/81).

2.1.4. Eine Hauptverhandlung wurde nicht durchgeführt. Es liegt kein entsprechender Verzicht der Parteien im Sinne von Art. 233 ZPO vor.

2.1.5. Am 25. April 2016 erliess die Vorinstanz einen Entscheid, den sie als "Teilurteil" bezeichnet (Urk. 2).

2.2. Das erwähnte "Teilurteil" wurde dem Beklagten am 28. April 2016 zugestellt (Urk. 5/95). Mit Eingabe vom 30. Mai 2016 erhob der Beklagte rechtzeitig Berufung (Urk. 1), welche am 12. September 2016 von den Klägerinnen beantwortet wurde (Urk. 12).

3. Prozessuales

3.1. Der Streitwert der von der Klägerin 1 erhobenen Klage beläuft sich unter Berücksichtigung der Klageänderung vom 17. Oktober 2013 auf Fr. 12'869.65 (Fr. 13'394.65 abzüglich Fr. 525.00 Kosten der Klagebewilligung; vgl. Urk. 5/3 Rz 20 und Urk. 5/8) und jener der von der Klägerin 2 erhobenen Klage auf Fr. 6'414.60. Die Klägerinnen handeln als einfache Streitgenossen. Das ist hier ohne weiteres zulässig, weil ihre Klagen im Sinne von Art. 71 Abs. 1 ZPO auf "gleichartigen Tatsachen oder Rechtsgründen beruhen" und für jede der beiden Klagen die gleiche Verfahrensart, nämlich das vereinfachte Verfahren, anwendbar ist (vgl. Art. 71 Abs. 2 ZPO). Bezüglich der Frage, ob der Berufungsstreitwert von Fr. 10'000.00 gemäss Art. 308 Abs. 2 ZPO erreicht ist, sind die Streitwerte der beiden Klagen gemäss Art. 93 Abs. 1 ZPO allerdings zusammenzurechnen. Das ergibt mithin einen Streitwert von Fr. 19'284.25. Unter diesem Gesichtspunkt ist die Berufung daher bezüglich beider Klagen ohne weiteres zulässig.

3.2. Die Vorinstanz bezeichnet ihren Entscheid, mit dem sie die Passivlegitimation des Beklagten festgehalten hat, als "Teilurteil". Das ist unrichtig: Mit einem Teilentscheid wird – bei objektiver Klagenhäufung – das Verfahren bezüglich einzelner Rechtsbegehren bzw. – bei subjektiver Klagenhäufung – nur bezüglich einzelner Streitgenossen abgeschlossen (so ausdrücklich Art. 91 BGG). Ein solcher Entscheid ist als Endentscheid im Sinne von Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO berufungsfähig (Botschaft, BBl 2006 S. 7344). Indem die Vorinstanz mit dem angefochtenen

Entscheid feststellte, dass der Beklagte passivlegitimiert sei, hat sie einen Zwischenentscheid im Sinne der ZPO gefällt (vgl. demgegenüber die Terminologie des BGG in Art. 92 f. BGG): Ein solcher kann gemäss Art. 237 Abs. 1 ZPO unter anderem dann gefällt werden, "wenn durch abweichende oberinstanzliche Beurteilung sofort ein Endentscheid herbeigeführt ... werden kann." Das träfe hier zu: Würde die Berufungsinstanz – anders als die Vorinstanz – die Passivlegitimation des Beklagten verneinen, wären die Klagen ohne weiteres abzuweisen, ohne dass noch andere Anspruchsgrundlagen geprüft werden müssten. Der von der Vorinstanz gefällte Zwischenentscheid kann gemäss Art. 308 Abs.1 lit. a ZPO bei gegebenem Streitwert mit der Berufung angefochten werden. Da der Berufungsstreitwert nach dem Gesagten erreicht ist, ist auf die Berufung einzutreten.

3.3. Der Beklagte wirft der Vorinstanz mit der Berufung vor, sie habe keine Instruktionsverhandlung durchgeführt, "um mit den Parteien den Sachverhalt zu klären und sie auch persönlich zu befragen" (Urk. 1 S. 3). Der Vorwurf ist unberechtigt. Anspruch auf eine Instruktionsverhandlung gemäss Art. 226 ZPO haben die Parteien nicht. Die vom Beklagten überdies verlangte "persönliche Befragung" war ein Institut des kantonalen Prozessrechts (vgl. § 149 ZPO/ZH) und war daher nicht durchzuführen. Die vom Gesetz in Art. 191 und 192 ZPO vorgesehenen Befragungen der Parteien gehören demgegenüber in das förmliche Beweisverfahren und setzen eine vorgängige Beweisverfügung gemäss Art. 154 ZPO voraus. Das vorliegende Verfahren ist vom Verhandlungsgrundsatz beherrscht. Im Sinne von Art. 219 in Verbindung mit Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO haben die Parteien daher vor Aktenschluss die einzelnen Beweismittel zu bezeichnen und sie überdies den konkreten Tatsachenbehauptungen zuzuordnen. Dem haben die Parteien im bisherigen Verfahrensverlauf in ihren – zwar teilweise durchaus redundanten – Vorbringen nicht die nötige Beachtung geschenkt. Allerdings haben die Parteien auch im vereinfachten Verfahren Anspruch auf Durchführung einer Hauptverhandlung (BGE 140 III 450 E. 3.2). Das gilt insbesondere auch dann, wenn das Gericht einen Zwischenentscheid in Aussicht nimmt (vgl. KRIECH, DIKE-Komm.-ZPO, Art. 237 N 6). Die Vorinstanz hätte daher vor Erlass des angefochtenen Entscheides eine Hauptverhandlung durchführen müssen, anlässlich welcher sie namentlich im Sinne von Art. 247 Abs. 1 ZPO darauf hätte hinwirken müssen, dass die

Parteien gegebenenfalls fehlende Bezeichnungen von Beweismitteln nachholen. Bei anwaltlich vertretenen Parteien genügt allerdings ein einfacher Hinweis.

4. Beurteilung des vorinstanzlichen Zwischenentscheides

4.1. Zwischenentscheid. Die Parteien haben keinen Anspruch auf einen Zwischenentscheid. Hinsichtlich des Erlasses von Zwischenentscheiden ist Zurückhaltung geboten, denn leicht können solche Entscheide dazu führen, dass das Verfahren verlängert und nicht vereinfacht wird (KRIECH, DIKE-Komm.-ZPO, Art. 237 N 7). Das Gesetz setzt denn auch in Art. 237 Abs. 1 ZPO für den Erlass eines Zwischenentscheides ausdrücklich voraus, dass bei gegenteiligem oberinstanzlichem Entscheid "ein bedeutender Zeit- oder Kostenaufwand gespart werden kann". Das trifft etwa dann zu, wenn durch den sofort möglichen Endentscheid der Oberinstanz ein langwieriges Beweisverfahren über weitere Anspruchsvoraussetzungen vermieden werden kann, das sonst in Angriff genommen werden müsste.

4.2. Passivlegitimation. Die Frage, ob die Sachlegitimation gegeben ist, entscheidet sich nach materiellrechtlichen Gesichtspunkten. Als Passivlegitimation bezeichnet man die Berechtigung eines Klägers, das eingeklagte Recht dem mit der Klage in Anspruch genommenen Beklagten gegenüber geltend zu machen. Wird mit der Klage die falsche Person ins Recht gefasst, weil sich der Prozessgegenstand bildende Anspruch nicht gegen diesen Beklagten, sondern gegen einen Dritten richtet, geht dem ins Recht gefassten Beklagten die Passivlegitimation ab, weil es ihm an der materiellrechtlichen Verpflichtung fehlt, im Prozess als Beklagter auftreten zu müssen. Das führt zur Abweisung der Klage durch Sachurteil (GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., S. 139 f.; MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, S. 162 f.).

Die Vorinstanz hat ihr Verfahren vorerst auf die Frage beschränkt, ob der Beklagte passivlegitimiert ist oder nicht. Indessen stellt sich praktisch in jedem Prozess in irgendeiner Form die Frage der Sachlegitimation. Diese Frage ist daher nur in den oben beschriebenen *Ausnahmefällen* zum Gegenstand eines Zwischenentscheides gemäss Art. 237 Abs. 1 ZPO zu machen. Hinsichtlich der Beur-

teilung der Sachlegitimation ist ein Zwischenentscheid nicht undenkbar, wenn z.B. darüber entschieden werden muss, ob ein bestimmter Anspruch einem einzelnen Kläger oder einer Gesamthand zusteht bzw. ob ein bestimmter Anspruch von einem einzelnen Beklagten oder von einem Dritten geschuldet wird. Zum Institut des Zwischenentscheides soll aber im Sinne des Aufgeführten mit einer gewissen Zurückhaltung gegriffen werden.

4.3. Durchgriff. Die Klägerinnen möchten den Beklagten im Sinne eines sog. Durchgriffs in Anspruch nehmen (vgl. Urk. 5/3 S. 26 ff.). So werfen sie ihm vor, er habe als Alleinaktionär die I. _____ AG einzig zum Zwecke der Zahlungsverteilung vorgeschoben, um so "Waren und Dienstleistungen ohne Bezahlung bestellen zu können" (Urk. 5/3 Rz 86 ff.). Die Gesellschaft habe einzig den persönlichen Zwecken des Beklagten gedient, indem er über diese Gesellschaft viele Gegenstände für den Lebensunterhalt bezogen und nicht bezahlt habe (Urk. 5/3 Rz 97 ff.).

4.3.1. Beim Durchgriff wird die rechtliche Selbständigkeit der juristischen Person nicht beachtet. Dazu bedarf es eines eigentlichen Rechtsmissbrauchs, d.h. einer offenbar zweckwidrigen und missbräuchlichen Verwendung der juristischen Person durch die beherrschende Person. Diesfalls kann es sich im konkreten Einzelfall rechtfertigen, vom beherrschten auf das beherrschende Subjekt oder umgekehrt "durchzugreifen" (BGE 132 III 489 E. 3.2 mit Hinweisen). Der Durchgriff schafft "entgegen den formellen" und "anhand der *wirtschaftlichen* Gegebenheiten die *Fiktion eines einzigen Rechtssubjekts*". Ein Durchgriff ist daher möglich, wenn "zwei oder mehr rechtliche Einheiten zusammen eine *wirtschaftliche Einheit* bilden" und gleichzeitig die Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit als rechtsmissbräuchlich erscheint (VON DER CRONE, Aktienrecht, § 15 Rz 145 f.). Bei Aktiengesellschaften ist das beherrschende Subjekt in aller Regel ein Alleinaktionär, d.h. der Durchgriff erfolgt von der Gesellschaft auf den Alleinaktionär.

4.3.2. Mit seiner Klageantwort bestritt der Beklagte seine Passivlegitimation (Urk. 5/65 S. 6 oben). So argumentierte er, dass Alleinaktionär der I. _____ AG nicht er, sondern sein Klient J. _____ gewesen sei; für diesen habe er die Gesellschaft lediglich fiduziarisch gehalten (Urk. 5/65 S. 3). Der Beklagte führte sodann

aus, dass er "nie Waren bestellt" habe, "weder für die I._____ AG geschweige denn für sich selbst". Auch die Betreibungen gegen die Klägerinnen habe nicht er veranlasst (Urk. 5/65 S. 3 f.). Aus der Verfügung der Staatsanwaltschaft See / Oberland vom 18. Dezember 2012 (Urk. 5/66/2) gehe hervor, dass J._____ namens der I._____ AG immer wieder Waren bestellt habe. J._____ sitze seit dem Mai 2014 in Untersuchungshaft. Die von den Klägerinnen zu den Akten gegebenen Dokumente betreffend die Bestellungen und die Betreibungen "dürften" nach der Sachdarstellung des Beklagten von J._____ unterzeichnet worden sein (Urk. 5/65 S. 10).

4.3.3. Verhielte es sich, wie das die Klägerinnen darstellten, könnte man in der Tat an einen Durchgriff im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung denken, indem die Handlungen der I._____ AG dem Beklagten anzurechnen wären. Allein, die Sachdarstellung der Klägerinnen wird vom Beklagten energisch bestritten. So stellt er sich im Ergebnis auf den Standpunkt, nicht er, sondern J._____ sei Alleinaktionär der Gesellschaft gewesen und dieser habe die Bestellungen und Betreibungen, welche Grundlage der Klagen bilden, gleichsam hinter seinem Rücken veranlasst. Ob das richtig ist, ist eine Tat- und damit auch eine Beweisfrage. Und ob es in dieser Hinsicht zu einem Beweisverfahren kommen wird, kann wegen der vom Gericht gemäss Art. 247 Abs. 1 ZPO noch zu gebenden Hinweise zur Bezeichnung der Beweismittel erst nach durchgeführter Hauptverhandlung beurteilt werden. Davon bzw. vom Ergebnis des Beweisverfahrens wird es abhängen, ob man davon ausgehen kann, dass der Beklagte bezüglich dieses Sachverhaltskomplexes passivlegitimiert ist oder nicht.

4.4. Art. 754 OR; Verantwortlichkeit. Mit der Replik erweiterten die Klägerinnen allerdings die rechtliche und tatsächliche Grundlage der Klage: Sie werfen dem Beklagten vor, dass er seine Aufsichtspflichten als Verwaltungsrat nicht wahrgenommen habe. Obwohl er um die Missstände gewusst habe, sei er nicht eingeschritten (Urk. 5/74 Rz 97 ff.). Der Beklagte habe J._____ gewähren lassen, was dazu geführt habe, dass Dritte von einer Duldungsvollmacht hätten ausgehen dürfen (Urk. 5/74 Rz 110 ff.). Der Beklagte habe sich sodann konsequent über seine

Pflichten als Verwaltungsrat der I. _____ AG hinweggesetzt, weshalb er im Sinne von Art. 41 OR für den entstandenen Schaden haftbar sei (Urk. 5/74 S. 33).

4.4.1. Die Vorinstanz führt aus, dass hier nicht die "klassische aktienrechtliche Verantwortlichkeit" zu prüfen sei, sondern nur die sog. "Durchgriffshaftung", weil die I. _____ AG bereits liquidiert worden sei (Urk. 2 S. 15). Die Klägerinnen unterstützen diese Sichtweise mit der Berufungsantwort (Urk. 12 Rz 59). Ganz ähnlich argumentiert der Beklagte mit der Berufung, wenn er geltend macht, dass es stossend wäre, wenn sich ein Gläubiger "an der Konkursmasse und den andern Gläubigern vorbei schadlos hielte" (Urk. 1 Rz 27 und Rz 41).

4.4.2. Den dargestellten rechtlichen Überlegungen der Vorinstanz und der Parteien ist nicht zu folgen. Geltend gemacht wird von den Klägerinnen nicht etwa ein Schadenersatzanspruch gegen ein Gesellschaftsorgan im Sinne von Art. 757 Abs. 1 OR, welcher der Gesellschaft erwachsen ist und der im Konkurs der Gesellschaft der Gläubigergesamtheit zusteht. Für einen derartigen Anspruch müsste in der Tat im Konkurs eine Abtretung gemäss Art. 260 SchKG erfolgen, damit er vom einzelnen Gläubiger geltend gemacht werden könnte (zum Vorgehen nach Einstellung mangels Aktiven wie hier, vgl. BGE 141 III 590 E. 3.4.1). Und dafür wäre es nach der rechtskräftigen Konkurseinstellung allerdings zu spät. Demgegenüber werden hier von den Klägerinnen Schäden geltend gemacht, die einzig ihnen – und nicht etwa der Gesellschaft – entstanden sind. Wenn der Beklagte infolge Verletzung seiner Pflichten als Verwaltungsrat für einen solchen Schaden verantwortlich sein sollte, dann könnte er daher von den Geschädigten gestützt auf Art. 754 Abs. 1 OR in Anspruch genommen werden, und zwar ungeachtet darum, ob die Gesellschaft in Konkurs gefallen ist oder nicht (BGE 132 III 564 E. 3.2.1). Auch Art. 41 OR könnte eine Grundlage für derartige Ansprüche der Klägerinnen sein. Unter diesen Gesichtspunkten ist die Passivlegitimation des Beklagten offensichtlich. Eine andere Frage freilich ist, ob die geltend gemachten Ansprüche ausgewiesen sind. Das allerdings wird im weiteren Verfahrensverlauf noch zu prüfen sein.

4.5. Schlussfolgerung. Nach dem Gesagten steht fest, dass die Passivlegitimation des Beklagten unter dem Gesichtspunkt "Durchgriff" noch nicht spruchreif ist.

Einzig unter dem Gesichtspunkt von Art. 754 Abs. 1 OR kann ohne Weiterungen von der Passivlegitimation des Beklagten ausgegangen werden. Am Zwischenentscheid der Vorinstanz kann unter diesen Umständen schon deshalb nicht festgehalten werden, weil die Passivlegitimation des Beklagten beim gegebenen Aktenstand nicht unter jedem Gesichtspunkt bzw. nicht bezüglich jedes eingeklagten Lebenssachverhalts feststeht. Die Berufungsinstanz kann nämlich die Klagen nur abweisen und so sofort einen Endentscheid herbeiführen, wenn die Passivlegitimation unter jedem Gesichtspunkt fehlt. Solange die Passivlegitimation nicht unter jedem Gesichtspunkt feststeht, kann die Bestätigung des angefochtenen Entscheids nicht in Frage kommen, weil je nach künftigem Verfahrensverlauf der eine oder aber der andere Lebenssachverhalt zur Gutheissung der Klage führen könnte. Bestätigt werden kann der angefochtene Entscheid im Übrigen auch deshalb nicht, weil die Vorinstanz keine Hauptverhandlung durchgeführt hat und das Verfahren daher mangelhaft ist. Schliesslich ist zu bemerken, dass in der gegebenen Situation ein Zwischenentscheid unzweckmässig und daher nicht angebracht ist, weil es an den Voraussetzungen von Art. 237 Abs. 1 ZPO mangelt: Durch einen Zwischenentscheid bzw. durch abweichende oberinstanzliche Beurteilung kann nämlich nicht im Sinne der genannten Bestimmung ein bedeutender Aufwand an Kosten und Zeit gespart werden, denn ein gewichtiger Teil eines allfälligen Beweisverfahrens wird mit der vom Beklagten bestrittenen Passivlegitimation im Zusammenhang mit der Durchgriffsfrage zusammenhängen. Auch aus diesem Grunde kann am angefochtenen Zwischenentscheid nicht festgehalten werden. Unter diesen Umständen ist der Zwischenentscheid der Vorinstanz ersatzlos aufzuheben. Die Vorinstanz wird zunächst Dispositiv-Ziff. 2 ihrer Verfügung vom 17. März 2015 (Urk. 5/67), mit dem sie das Verfahren auf die Frage der Passivlegitimation beschränkt hat, aufheben müssen. Alsdann werden die Parteien ihre zweiten Vorträge zum ganzen Prozessstoff erstatten müssen. Ob dies schriftlich oder im Rahmen einer Hauptverhandlung geschehen wird, wird vom Ermessen der Vorinstanz abhängen. So oder anders wird aber eine Hauptverhandlung durchzuführen sein, wenn die Parteien nicht im Sinne von Art. 233 ZPO darauf verzichten sollten. Spätestens anlässlich der Hauptverhandlung wird die Vo-

rinstanz sodann zu prüfen haben, ob und inwieweit sie Hinweise im Sinne von Art. 247 Abs. 1 ZPO zu machen haben wird.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Der Beklagte möchte mit seinen Berufungsanträgen die Abweisung der Klage bewirken; nicht nur der Hauptantrag, sondern auch die Eventualanträge laufen darauf hinaus. Demgegenüber möchten die Klägerinnen mit ihrem im Berufungsverfahren gestellten Antrag die Bestätigung des angefochtenen Zwischenurteils erreichen. Keine der Parteien obsiegt mit ihren Anträgen. Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich, für das Berufungsverfahren die Gerichtskosten den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen. Die Gerichtsgebühr ist gemäss § 9 Abs. 2 GebV zu reduzieren.

Es wird beschlossen:

1. Der Zwischenentscheid ("Teilurteil") des Bezirksgerichts Affoltern (Einzelgericht) vom 25. April 2016 wird aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'200.00 festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden zur Hälfte dem Beklagten und zur andern Hälfte den Klägerinnen unter Solidarhaft für ihren Anteil auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die beiden Klägerinnen werden unter Solidarhaft verpflichtet, dem Beklagten den geleisteten Vorschuss im Umfange von Fr. 1'100.00 zu ersetzen.
4. Die Parteientschädigungen für das Berufungsverfahren werden wettgeschlagen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 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 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 19'284.25.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 13. Oktober 2016

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

Dr. M. Nietlispach

versandt am:
sf