

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2017.19 vom 26. September 2017**

BS Appellationsgericht, 2017-09-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_ZB.2017.19](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_ZB.2017.19)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2017.19 du 26 septembre 2017

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2017.19 del 26 settembre 2017

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Angefochten ist ein erstinstanzlicher Endentscheid in einer vermögensrechtlichen Streitigkeit. Der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren liegt über CHF 10'000.–. Zulässig ist daher die Berufung (Art. 308 Abs. 2 der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO, SR 272]). Der schriftlich begründete Entscheid ist dem Berufungskläger am 14. März 2017 zugestellt worden. Berufungen sind gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO innert 30 Tagen nach Zustellung des begründeten Entscheids zu erheben. Unter Berücksichtigung des Fristenstillstands über Ostern (Art. 145 Abs. 1 lit. a ZPO) endete die Berufungsfrist damit am 28. April 2017. Mit der Berufungserhebung am 18. April 2017 ist diese Frist eingehalten. Auf die im Übrigen auch formgerecht erhobene Berufung ist demzufolge einzutreten.

1.2 Zuständig zur Behandlung der Berufung gemäss Art. 308 ZPO ist das Dreiergericht des Appellationsgerichts (§ 92 Abs. 1 Ziff. 6 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]).

### **E. 2**

2.1 Das Zivilgericht hat in einem ersten Schritt die Forderung der Berufungsbeklagten als eine solche aus direkter Gläubigerschädigung ohne weitere Schädigung der konkursiten Gesellschaft qualifiziert und demzufolge die Berufungsbeklagte als zur Erhebung der Klage aktiv legitimiert erkannt, ohne dass es hierzu einer Abtretung nach Art. 260 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG, SR 281.1) bedurft hätte (angefochtener Entscheid, E. 2.3.2). In einem nächsten Schritt hat das Zivilgericht gestützt auf die Strafakten, namentlich auf den Revisionsbericht der Staatsanwaltschaft Basel-Stadt vom 23. Januar 2014, ausgeführt, dass die D\_\_\_\_\_ AG bereits seit Ende 2004 überschuldet gewesen sei. Seit dem 28. Juni 2010 sei die Gesellschaft zahlungsunfähig gewesen. Der Berufungskläger sei in der Folge seiner unübertragbaren Aufgabe als Verwaltungsrat in Bezug auf die Überschuldungsanzeige (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 in Verbindung mit Art. 725 des Obligationenrechts [OR, SR 220]) nicht nachgekommen, womit er eine Pflichtverletzung begangen habe, für welche er gemäss Art. 754 Abs. 1 OR einzustehen habe (angefochtener Entscheid, E. 2.3.4). Das Zivilgericht hat dem Berufungskläger sodann vorgehalten, seine unübertragbare Aufgabe gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR nicht wahrgenommen zu haben, indem es unterlassen worden sei, Buchungsmechanismen der Gesellschaft derart einzurichten, dass die anvertrauten Vermögenswerte zur Verfügung gehalten und zurückbezahlt werden könnten (fehlende Trennung der Konten für Kundengelder und Vermögenswerte der Gesellschaft), wofür der Berufungskläger als Verwaltungsrat einzustehen habe (angefochtener Entscheid, E. 2.3.5).

2.2 Der Berufungskläger macht zunächst geltend, das Zivilgericht habe verkannt, dass bei einem sogenannten direkten oder unmittelbaren Schaden die allgemeinen Regeln des zivilrechtlichen Haftpflichtrechts, insbesondere also die Art. 41 ff. OR, zur Anwendung gelangten. Auf Art. 754 OR könnten sich direkt geschädigte Gläubiger nur berufen, wenn eine aktienrechtliche Schutznorm verletzt worden sei, die ausschliesslich dem Schutz von Gläubigerinteressen diene. Die zur Begründung der Pflichtwidrigkeit herangezogene Norm von Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 in Verbindung mit Art. 725 OR sei aber offensichtlich eine Norm, die nicht ausschliesslich dem Schutz von Gläubigerinteressen diene und daher keine Rechtsgrundlage für einen Direktanspruch biete. Der Berufungsbeklagte sei der Nachweis einer vom Berufungskläger ihr gegenüber begangenen unerlaubten Handlung im Sinne von Art. 41 OR nicht gelungen, weshalb das Zivilgericht die Klage hätte abweisen müssen (Berufung, Rz 14■17). Zweitens rügt der Berufungskläger eine Verletzung von Art. 55 und 180 Abs. 2 ZPO sowie des Verhandlungsgrundsatzes. Das Zivilgericht habe auf den Inhalt von Beilagen, namentlich auf denjenigen des Revisionsberichts der Staatsanwaltschaft vom 23. Januar 2014 abgestellt, auf die nur pauschal verwiesen und deren Inhalt nie vorgetragen worden sei (Berufung, Rz 18■22).

2.3 Die Berufungsbeklagte hält die Behauptung des Berufungsklägers, wonach sich direkt geschädigte Gläubiger auf Art. 754 OR nur dann berufen könnten, wenn eine aktienrechtliche Schutznorm verletzt worden sei, die ausschliesslich dem Schutz von Gläubigerinteressen diene, für verspätet, da sie erstmals in der Berufungsbegründung vorgebracht werde (Berufungsantwort, S. 6). Ausserdem begründe die Verletzung der Pflicht zur Anzeige der Überschuldung durch geschäftsführende Organe im Zusammenhang mit einem Vertragsverhandlungsverhältnis eine Haftung aus culpa in contrahendo. Eine Verletzung auch dieser Pflicht durch den Berufungskläger sei offensichtlich (Berufungsantwort, S. 7). Im Übrigen habe der Berufungskläger den ihm zur Weiterleitung an sie anvertrauten Geldbetrag von CHF 14'337.40 nicht an sie weitergeleitet, sondern diesen Betrag zur Aufrechterhaltung der Geschäftstätigkeit der von ihm geführten Gesellschaft verwendet, ohne dafür jederzeit ersatzfähig zu sein. Damit habe er eine Veruntreuung und damit eine unerlaubte Handlung gemäss Art. 41 OR begangen (Berufungsantwort, S. 7 f.). Mit Bezug auf ihre Substantiierungspflichten im erstinstanzlichen Verfahren führt die Berufungsbeklagte aus, dass sie ihrer Behauptungs- und Begründungspflicht nachgekommen sei. Hierfür verweist sie auf den ins Recht gelegten Strafbefehl der Staatsanwaltschaft vom 29. Mai 2015 und die entsprechenden Strafakten, deren Beizug sie beantragt gehabt habe. Der Berufungskläger habe zu Recht nie bestritten, rechtskräftig der Veruntreuung schuldig gesprochen und entsprechend verurteilt worden zu sein. Damit habe er auch den Vorwurf der unerlaubten Handlung ausdrücklich anerkannt (Berufungsantwort, S. 8 f.).

### **E. 3**

3.1 Die Aktivlegitimation eines Gläubigers einer Aktiengesellschaft zu einer Schadenersatzklage gegen ein Gesellschaftsorgan ist von der Art des vom Gesellschaftsgläubiger und/oder der Gesellschaft erlittenen Schadens abhängig. Dabei ist zwischen direktem Schaden (auch unmittelbarer Schaden) und indirektem Schaden (auch unmittelbarer Schaden oder Reflexschaden) zu unterscheiden (vgl. BGE 141 III 112 E. 5.2 S. 116 f. und 132 III 564 E. 3 S. 568 ff.; Gericke/Waller, in: Honsell/Vogt/Watter [Hrsg.], Basler Kommentar. Obligationenrecht II, 5. Auflage, Basel 2016, Art. 754 N 3 und 14 ff.; Lehmann, in: Honsell [Hrsg.], Kurzkommentar. Obligationenrecht, Basel 2014,

Art. 754 N 11 ff.). Für die Unterscheidung zwischen direktem und indirektem Schaden ist nach der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichts jedenfalls im Bereich der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit massgebend, in welcher Vermögensmasse der Schaden unmittelbar eingetreten ist (vgl. BGE 142 III 23 E. 4.2.1 f. S. 30 ff., 132 III 564 E. 3.1 S. 568 f. [= Praxis 2007 Nr. 57] und 131 III 306 E. 3.1.2 S. 311). Anhand des erlittenen Schadens sind drei Fälle zu unterscheiden (BGE 141 III 112 E. 5.2 S. 116 f. und 132 III 564 E. 3.1 S. 568 f.):

(i) Erstens kann durch das Verhalten des Organs der Gläubiger direkt und die Gesellschaft überhaupt nicht geschädigt worden sein (BGE 141 III 112 E. 5.2.1 S. 116 sowie 132 III 564 E. 3.1.1 S. 568 und E. 3.2.1 S. 569). In diesem Fall kann der Gläubiger individuell gegen das Organ auf Ersatz seines direkten Schadens klagen. Seine Klage richtet sich nach den allgemeinen Regeln des Haftpflichtrechts, insbesondere Art. 41 ff. OR, und unterliegt keiner weiteren Einschränkung (BGE 141 III 112 E. 5.2.1 S. 116 und 132 III 564 E. 3.2.1 S. 569). Ob über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet worden ist oder nicht, ist hierbei irrelevant (BGE 132 III 564 E. 3.2.1 S. 569).

(ii) Zweitens können aufgrund des Verhaltens des Organs die Gesellschaft einen direkten Schaden und aufgrund der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft der Gläubiger einen indirekten Schaden erlitten haben (BGE 141 III 112 E. 5.2.2 S. 117 sowie 132 III 564 E. 3.1.2 S. 568 und E. 3.2.2 S. 570). In diesem Fall hat der Gläubiger keine Möglichkeit, mit einer Individualklage gegen das Organ seinen indirekten Schaden geltend zu machen (BGE 132 III 564 E. 3.2.2 S. 570 sowie 131 III 306 E. 3.1.1 S. 310 und E. 3.2.1 S. 312).

(iii) Drittens können aufgrund des Verhaltens des Organs sowohl der Gläubiger als auch die Gesellschaft einen direkten Schaden erlitten haben (BGE 141 III 112 E. 5.2.3 S. 117 sowie 132 III 564 E. 3.1.3 S. 569 und E. 3.2.3 S. 570 f.). In diesem Fall ist die Klagebefugnis des Gläubigers nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung eingeschränkt. Der Gläubiger kann nur dann individuell gegen das Organ auf Ersatz seines direkten Schadens klagen, wenn das Verhalten des Organs gegen eine aktienrechtliche Bestimmung verstösst, die ausschliesslich dem Gläubigerschutz dient, oder der Gläubiger seine Klage auf eine unerlaubte Handlung (Art. 41 OR) oder eine culpa in contrahendo stützen kann (BGE 141 III 112 E. 5.2.3 S. 117, 132 III 564 E. 3.2.3 S. 570 f. und 131 III 306 E. 3.1.2 S. 311). Eine Individualklage des Gläubigers auf Ersatz seines allenfalls aus dem direkten Schaden der Gesellschaft resultierenden indirekten Schadens ist auch in diesem Fall ausgeschlossen (vgl. Binder/Roberto, in: Roberto/Trüb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 756 N 3).

3.2 Welche Voraussetzungen für die Aktivlegitimation gelten und wie direkter und indirekter Schaden definiert werden, sind Rechtsfragen. Solche haben nichts mit dem Novenrecht zu tun. Aufgrund des Grundsatzes der Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 57 ZPO) sind neue rechtliche Vorbringen in der Berufung voraussetzungslos zulässig (Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 317 N 31 und 33). Der diesbezügliche Einwand der Berufungsbeklagten ist deshalb unbegründet. Im Folgenden ist somit zunächst zu prüfen, ob die Berufungsbeklagte mit ihrer vorliegenden Individualklage gestützt auf Art. 754 in Verbindung mit Art. 725 OR (unten E. 4) und/oder Art. 754 in Verbindung mit Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR (E. 5) vom Berufungskläger Ersatz ihres Schadens verlangen kann. Anschliessend ist zu untersuchen, ob die Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruchs aus culpa in contrahendo (E. 6) und/oder Art. 41 OR in

Verbindung mit Art. 138 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs (StGB, SR 311.0) (E. 7) erfüllt sind.

#### **E. 4**

4.1 Wenn begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht, muss gemäss Art. 725 Abs. 2 OR eine Zwischenbilanz erstellt und diese einem zugelassenen Revisor zur Prüfung vorgelegt werden. Ergibt sich aus der Zwischenbilanz, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind, so hat der Verwaltungsrat den Richter zu benachrichtigen, sofern nicht Gesellschaftsgläubiger im Ausmass dieser Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten.

4.2 Wenn die Verschuldung der Gesellschaft im Zeitpunkt der Konkursöffnung grösser ist als im Zeitpunkt, in dem der Konkurs bei pflichtgemäsem Handeln des Organs eröffnet worden wäre, erleidet die Gesellschaft aufgrund einer verspäteten Benachrichtigung des Gerichts einen direkten Schaden (sog. Konkursverschleppungsschaden) (vgl. BGE 136 III 322 E. 3.2 S. 325 f., E. 4.4 S. 331 und E. 4.6 S. 332, 132 III 564 E. 3.3 S. 571 und E. 6.2 S. 576, 132 III 342 E. 2.3.3 S. 348 und E. 4.1 S. 349; BGer 4A\_291/2016 vom 16. Januar 2017 E. 3.1 [nicht publ. in: BGE 143 III 106] und Gericke/Waller, a.a.O., Art. 754 N 22). Im Allgemeinen schädigt eine verspätete Konkursklärung die überschuldete Gesellschaft zumindest aufgrund des Aufhörens des Zinsenlaufs mit der Eröffnung des Konkurses gemäss Art. 209 Abs. 1 SchKG (BGE 136 III 14 E. 2.4 S. 20).

4.3 In tatsächlicher Hinsicht behauptete die Berufungsbeklagte in der erstinstanzlichen Hauptverhandlung, die D\_\_\_ AG sei schon lange überschuldet gewesen und hätte schon längst in Konkurs gehen sollen. Die Überschuldung habe gemäss der Bilanz 2009 CHF 950'000.■ und gemäss der Bilanz 2010 CHF 1'340'000.■ betragen. Entscheidend sei aber der Zeitpunkt 2010 gewesen (Verhandlungsprotokoll vom 23. Februar 2017, S. 3 und 5). Gemäss den Bilanzen betrug die Überschuldung ohne Berücksichtigung der vom Berufungskläger behaupteten Rangrücktritte Ende 2009 CHF 843'532.13 und Ende 2010 CHF 1'268'217.■. Ein Kausalzusammenhang zwischen einer allfälligen Verletzung der Pflicht zur Benachrichtigung des Gerichts im Falle der Überschuldung und einem direkten Schaden der Berufungsbeklagten wurde von dieser im erstinstanzlichen Verfahren nicht einmal pauschal behauptet und erst recht nicht substantiiert.

4.4 Falls der Konkurs über die D\_\_\_ AG bzw. die C\_\_\_ AG bei pflichtgemäsem Verhalten des Berufungsklägers bereits vor dem 24. Februar 2011 eröffnet worden wäre, wäre die Verschuldung der Gesellschaft nach dem Gesagten im Zeitpunkt der tatsächlichen Konkursöffnung deutlich grösser gewesen als im Zeitpunkt, in dem der Konkurs bei pflichtgemäsem Verhalten eröffnet worden wäre. Damit hätte der Berufungskläger der D\_\_\_ AG mit der Verletzung seiner Pflicht zur Benachrichtigung des Gerichts im Falle der Überschuldung einen erheblichen direkten Schaden verursacht. Soweit es um den Vorwurf der verspäteten Benachrichtigung des Richters (Art. 725 in Verbindung mit Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 OR) geht, hat das Zivilgericht eine Schädigung der konkursiten Gesellschaft deshalb fälschlicherweise verneint (vgl. angefochtener Entscheid, E. 2.3.2). Falls die Berufungsbeklagte dadurch, dass der Berufungskläger das Gericht nicht früher benachrichtigt hat, einen direkten Schaden erlitten hat, liegt vielmehr ein Fall der 3. Fallgruppe (oben E. 3.1) vor. Folglich könnte die Berufungsbeklagte einen eigenen direkten Schaden mit der vorliegenden Klage nur dann geltend machen, wenn das inkriminierte

Verhalten des Berufungsklägers gegen eine aktienrechtliche Bestimmung verstossen hätte, die ausschliesslich dem Gläubigerschutz dient, oder als unerlaubte Handlung (Art. 41 OR) oder culpa in contrahendo zu qualifizieren wäre. Wie der Berufungskläger aber berechtigterweise bemerkt (Berufung, Rz 15), dient die allgemeine Pflicht des Verwaltungsrats, im Falle der Überschuldung die Bilanz zu deponieren (Art. 725 Abs. 2 OR), nicht nur dem Schutz der Aktionäre und der Gesellschaftsgläubiger, sondern auch dem Schutz der Gesellschaftsinteressen (BGE 128 III 180 E. 2c S. 182 f. [= Praxis 2002 Nr. 173] und 136 III 14 E. 2.4 S. 20; näher dazu Wüstiner, in: Honsell/Vogt/Watter [Hrsg.], Basler Kommentar. Obligationenrecht II, 5. Auflage, Basel 2016, Art. 725 N 1 ff.). Selbst für den Fall, dass der Berufungskläger seine Pflicht gemäss Art. 725 Abs. 2 OR zur Benachrichtigung des Gerichts verletzt hat und damit auch die Berufungsbeklagte direkt geschädigt hat, ist die Geltendmachung dieses Schadens mit der vorliegenden Individualklage folglich ausgeschlossen. Im Übrigen könnte die Schadenersatzforderung der Berufungsbeklagten nach dem Verhandlungsgrundsatz (Art. 55 Abs. 1 ZPO) auch mangels Behauptung und Substantiierung des Kausalzusammenhangs nicht auf Art. 754 in Verbindung mit Art. 725 OR gestützt werden.

## E. 5

5.1 Gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR gehören die Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle sowie der Finanzplanung, sofern diese für die Führung der Gesellschaft notwendig ist, zu den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrats.

5.2 In ihrer Klage vom 6. Juni 2016 behauptete die Berufungsbeklagte in keiner Art und Weise, der Berufungskläger habe eine Pflicht betreffend die Ausgestaltung des Rechnungswesens verletzt. In seiner Stellungnahme vom 19. Oktober 2016 behauptete der Berufungskläger, er habe die Anzahlung ordnungsgemäss verbucht (Stellungnahme vom 19. Oktober 2016, Rz 9). Als Beweis reichte er einen Buchungsbeleg ein (Beilage 1 zur Stellungnahme vom 19. Oktober 2016). In ihrem ersten Parteivortrag in der erstinstanzlichen Hauptverhandlung vom 23. Februar 2017 bestritt die Berufungsbeklagte, dass die D\_\_\_\_\_ AG die Beträge ordnungsgemäss verbucht habe. Die Belege seien mangelhaft und nicht ausreichend. Sie seien nicht unterschrieben und wiesen kein Datum auf. Es sei nicht ersichtlich, ob die Beträge ordnungsgemäss verbucht worden seien (Verhandlungsprotokoll vom 23. Februar 2017, S. 3). Inwiefern die Anzahlungen nicht ordnungsgemäss verbucht worden sein sollen, erklärte die Berufungsbeklagte aber nicht einmal ansatzweise. Insbesondere behauptete sie mit keinem Wort, Kundengelder und Vermögenswerte der Gesellschaft seien mangels Trennung der Konten vermischt worden. Ein Kausalzusammenhang zwischen einer allfälligen Verletzung einer Pflicht betreffend die Ausgestaltung des Rechnungswesens und dem Schaden der Berufungsbeklagten wurde von dieser im erstinstanzlichen Verfahren nicht einmal pauschal behauptet und erst recht nicht substantiiert. Auf die Frage der Verfahrensleiterin, auf welche Akten sich die Berufungsbeklagte beziehe, antwortete die Berufungsbeklagte bzw. ihr Rechtsvertreter: "Ich beziehe mich auf das gesamte Strafverfahren und die Strafakten und dessen Ergebnis, auch auf den Revisionsbericht in den Strafakten. Ich beziehe mich nicht nur auf die Bilanz 2010, sondern auch auf alle Akten" (Verhandlungsprotokoll vom 23. Februar 2017, S. 3). Mit diesem Pauschalverweis sind die in den Strafakten und insbesondere im Revisionsbericht der Staatsanwaltschaft vom 23. Januar 2014 enthaltenen Feststellungen von der Berufungsbeklagten im vorliegenden Verfahren allerdings nicht rechtsgenügend behauptet worden.

5.3 Rechtserhebliche Behauptungen müssen grundsätzlich in der Rechtsschrift bzw. im mündlichen Parteivortrag selbst vorgebracht werden. Beilagen sind grundsätzlich bloss Beweismittel und keine Parteibehauptungen (Glasl, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], ZPO-Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2016, Art. 55 N 26; Sutter-Somm/Schrank, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 55 N 30). Ein Pauschalverweis auf Akten bzw. die allgemeine Erklärung, diese würden integrierenden Bestandteil der Rechtsschrift bilden, stellt keine hinreichende Behauptung dar (Hurni, in: Berner Kommentar. Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2012, Art. 55 N 21; Sutter-Somm/Schrank, a.a.O., Art. 55 N 30). Durch den Verweis auf Akten können Sachverhaltselemente höchstens dann als behauptet gelten, wenn im entsprechenden Verweis in der Rechtsschrift oder im mündlichen Parteivortrag spezifisch ein bestimmtes Aktenstück genannt wird und aus dem Verweis in der Rechtsschrift oder im mündlichen Parteivortrag selbst klar wird, dass das Dokument in seiner Gesamtheit oder ein bestimmter Teil davon als Parteibehauptung gelten soll (Glasl, a.a.O., Art. 55 N 26 FN 47; Hurni, a.a.O., Art. 55 N 21; Sutter-Somm/Schrank, a.a.O., Art. 55 N 31). Aus der Behauptungs- und Substantiierungslast ergibt sich zudem, dass ein Beweisantrag einer bestimmten Behauptung zuzuweisen ist. Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, herauszufinden, welche Behauptung durch einen Beweisantrag belegt werden soll bzw. wo in umfangreichen Dokumenten eine bestimmte Behauptung belegt wird (Stahelin/Stahelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Zürich 2013, § 18 N 101). Bei umfangreichen Urkunden ist deshalb die für die Beweisführung erhebliche Stelle zu bezeichnen (Art. 180 Abs. 2 ZPO; Stahelin/Stahelin/Grolimund, a.a.O., § 18 N 101; Weibel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 180 N 10).

Die von der Berufungsbeklagten als Beweis angerufenen Strafakten umfassen sechs Bundesordner und betreffen auch mehrere Fälle, von denen die Berufungsbeklagte in keiner Art und Weise betroffen war. Sie enthalten deshalb eine Vielzahl von Dokumenten und tatsächlichen Feststellungen, die im vorliegenden Zivilprozess absolut unerheblich sind. Auch der Revisionsbericht der Staatsanwaltschaft vom 23. Januar 2014 enthält tatsächliche Feststellungen, die für die Beurteilung der Forderung der Berufungsbeklagten absolut unerheblich sind, insbesondere solche zu anderen Fällen. Die Bezugnahme der Berufungsbeklagten auf die Strafakten und den Revisionsbericht kann deshalb nicht dahingehend verstanden werden, dass diese in ihrer Gesamtheit als Parteibehauptungen gelten sollen. Falls der Verweis in diesem Sinne gemeint gewesen wäre, wäre er unwirksam, weil die Berufungsbeklagte unterlassen hat, die im vorliegenden Zivilprozess möglicherweise rechtserheblichen Teile der Akten und des Berichts zu bezeichnen, und es nicht Sache des Berufungsklägers und des Gerichts sein kann, in Akten von sechs Bundesordnern und einem Bericht von 13 Seiten nach tatsächlichen Feststellungen zu suchen, die allenfalls als Parteibehauptungen qualifiziert werden könnten.

Der Berufungskläger behauptete in seinem ersten Parteivortrag in der erstinstanzlichen Hauptverhandlung vom 23. Februar 2017, aus dem Buchungsbeleg sei ersichtlich, dass die Anzahlung auf ein separates Konto gegangen und sauber erfasst worden sei (Verhandlungsprotokoll vom 23. Februar 2017, S. 4). Die Berufungsbeklagte bestritt in ihrem zweiten Parteivortrag in der erstinstanzlichen Hauptverhandlung die Behauptungen im ersten Parteivortrag des Berufungsklägers pauschal, äusserte sich aber nicht mehr zur

Frage der Verbuchung der Anzahlung (Verhandlungsprotokoll vom 23. Februar 2017, S. 5 f.).

Da die Berufungsbeklagte die vom Berufungskläger bestrittene Verletzung einer Pflicht betreffend die Ausgestaltung des Rechnungswesens im erstinstanzlichen Verfahren nie substantiiert und insbesondere die von der Vorinstanz festgestellte Tatsache, Kundengelder und Vermögenswerte der Gesellschaft seien mangels Trennung der Konten vermischt worden, nicht behauptet hat, kann die Schadenersatzforderung der Berufungsbeklagten nach dem Verhandlungsgrundsatz (Art. 55 Abs. 1 ZPO) entgegen der Auffassung der Vorinstanz (angefochtener Entscheid, E. 2.3.5) nicht auf Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR gestützt werden. Dies ist nach dem Verhandlungsgrundsatz aber auch mangels Behauptung eines Kausalzusammenhangs zwischen einer allfälligen ungenügenden Ausgestaltung des Rechnungswesens und dem Schaden der Berufungsbeklagten ausgeschlossen.

#### **E. 6**

Ein Verhalten des Berufungsklägers, das möglicherweise als culpa in contrahendo qualifiziert werden könnte, ist von der Berufungsbeklagten im erstinstanzlichen Verfahren in keiner Art und Weise behauptet worden. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass der Vertrag mit der Berufungsbeklagten namens der D\_\_\_\_\_ AG nicht vom Berufungskläger, sondern von [...] abgeschlossen worden ist (vgl. Strafbefehl, E. 2.7 S. 5 f. [Klagebeilage 10]). Eine Gutheissung der vorliegenden Schadenersatzklage gestützt auf eine culpa in contrahendo ist damit ausgeschlossen.

#### **E. 7**

7.1 Der subjektive Tatbestand der Veruntreuung gemäss Art. 138 Ziff. 1 StGB setzt bei beiden Tatvarianten die Absicht unrechtmässiger Bereicherung voraus (Niggli/Riedo, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar. Strafrecht II, 3. Auflage, Basel 2013, Art. 138 N 113; Trechsel/Cramer, in: Trechsel/Pieth [Hrsg.], Schweizerisches Strafgesetzbuch. Praxiskommentar, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2013, Art. 138 N 18). Bei den Aneignungsdelikten, darunter der Veruntreuung, und beim Betrug muss die Bereicherungsabsicht nach der überzeugend begründeten Auffassung namhafter Autoren dem direkten Vorsatz ersten Grades entsprechen. Dies bedeutet, dass die Bereicherung das eigentliche Handlungsziel des Täters oder aus der Sicht des Täters eine notwendige Voraussetzung oder Durchgangsstufe zur Erreichung seines eigentlichen Handlungsziels sein muss (vgl. Niggli/Maeder, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar. Strafrecht I, 3. Auflage, Basel 2013, Art. 12 N 44-46 und 78-80; Niggli/Riedo, a.a.O., Vor Art. 137 N 74-77 und Art. 138 N 114 f.; Stratenwerth/Jenny/Bommer, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, 7. Auflage, Bern 2010, § 13 N 37 und § 15 N 64; Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 4. Auflage, Bern 2011, § 9 N 95-98 und 123-126; a.M. Trechsel/Cramer, a.a.O., Vor Art. 137 N 11; vgl. ferner Trechsel/Jean-Richard, in: Trechsel/Pieth [Hrsg.], Schweizerisches Strafgesetzbuch. Praxiskommentar, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2013, Art. 12 N 20). In alten Entscheidungen zum Betrug erwog das Bundesgericht, dass eine dem Vorsatz einschliesslich dem Eventualvorsatz entsprechende Bereicherungsabsicht und damit auch eine Eventualabsicht genüge (vgl. BGE 69 IV 75 E. 8 S. 80 f. und 72 IV 121 E. 3 S. 125 f.). Später entschied das Bundesgericht jedoch, es genüge nicht, dass die Bereicherung aus der Sicht des Täters eine notwendige Nebenfolge der Erreichung seines eigentlichen Handlungsziels ist (BGE 101 IV 177 E. II.8 S. 207, 102 IV 83 E. 1 S. 83 f. und 105 IV 330 E. 2c S. 335).

Damit ist eine dem direkten Vorsatz zweiten Grades entsprechende Absicht auch gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ungenügend. Dies muss erst recht für eine dem blossen Eventualvorsatz entsprechende Absicht gelten (vgl. Stratenwerth, a.a.O., § 9 N 124). In noch späteren Entscheiden betreffend die Veruntreuung erwog das Bundesgericht zwar wiederum, die Absicht unrechtmässiger Bereicherung könne auch dem Eventualvorsatz entsprechen (vgl. BGE 105 IV 29 E. 3a S. 36 [= Praxis 1979 Nr. 87] und 118 IV 32 E. 2a S. 34 [= Praxis 1994 Nr. 49]; BGer 6B\_472/2011, 6B\_489/2011, 6B\_531/2011 vom 14. Mai 2012 E. 15.1). Wie sich zumindest aus dem ersten dieser Urteile ergibt, bezogen sich diese Erwägungen jedoch nicht auf die Bereicherung als solche, sondern bloss auf deren Unrechtmässigkeit bzw. die Ersatzbereitschaft des Täters (vgl. BGE 105 IV 29 E. 3a S. 36; Stratenwerth, a.a.O., § 9 N 124 FN 185; Stratenwerth/Jenny/Bommer, a.a.O., § 15 N 65 insb. FN 138). Dass bezüglich der Unrechtmässigkeit der Bereicherung eine dem Vorsatz einschliesslich des Eventualvorsatzes entsprechende Absicht genügt, ist unbestritten (Stratenwerth, a.a.O., § 9 N 124 FN 185 und § 13 N 37; Stratenwerth/Jenny/Bommer, a.a.O., § 15 N 65; Donatsch, Strafrecht III, 9. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 87, 115; vgl. Niggli/Riedo, a.a.O., Vor Art. 137 N 87). Im Hinblick auf die Bereicherung ist somit eine dem direkten Vorsatz ersten Grades entsprechende Absicht erforderlich. Dementsprechend stellte auch die Vorinstanz fest, der Tatbestand der Veruntreuung setze in subjektiver Hinsicht eine Bereicherungsabsicht und einen direkten Vorsatz voraus (angefochtener Entscheid, E. 2.3.3).

7.2 Der Berufungskläger bestritt, das Guthaben von CHF 14'337.40 vorsätzlich veruntreut zu haben (Stellungnahme vom 19. Oktober 2016, Rz 4). Er habe weder im Zeitpunkt der effektiven Verwendung der eingezahlten Kaufpreiszahlung noch später je die Absicht gehabt, sich oder die D\_\_\_\_\_ AG damit unrechtmässig zu bereichern. Eine vorsätzliche Verwendung der Kaufpreiszahlung in Bereicherungsabsicht zur Aufrechterhaltung der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft durch den Berufungskläger sei nicht erfolgt (Stellungnahme vom 19. Oktober 2016, Rz 14).

Die beiden Revisionsberichte der Staatsanwaltschaft Basel-Stadt vom 23. Januar und 7. April 2014 sowie die Jahresrechnung 2010 der D\_\_\_\_\_ AG sind nicht geeignet, zu beweisen, dass die von der Staatsanwaltschaft festgestellte Verwendung des Betrags von CHF 14'337.40 zur Aufrechterhaltung der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft mit Wissen und Willen des Berufungsklägers erfolgt ist. Gemäss dem Strafbefehl vom 29. Mai 2015 habe der Berufungskläger als einziges Organ der D\_\_\_\_\_ AG zu verantworten, dass anvertraute Kundengelder nicht vertragskonform weitergeleitet, sondern zum Nutzen der Gesellschaft verwendet worden seien (Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Basel-Stadt vom 29. Mai 2015, E. 2 S. 2 [Klagebeilage 10]). Statt den ihm zur Weiterleitung an die Berufungsbeklagte anvertrauten Geldbetrag von CHF 14'337.40 zu überweisen, habe der Berufungskläger diesen zur Aufrechterhaltung der Geschäftstätigkeit der von ihm geführten Gesellschaft verwendet, ohne dafür jederzeit ersatzfähig zu sein (Strafbefehl, E. 2.6 S. 5 f.). Wie sich aus den weiteren Feststellungen im Strafbefehl ergibt, ist die Verwendung des Betrags jedoch nicht durch den Berufungskläger persönlich erfolgt. Zur Begründung des Strafmasses wird vielmehr festgehalten, wegen seiner privaten Beanspruchung habe der Berufungskläger den Vorgängen im von ihm geführten Unternehmen zu wenig Aufmerksamkeit geschenkt und insbesondere seine Mitarbeitenden, deren Handlungen im Namen der Gesellschaft ihm als einzigem Organ zuzurechnen seien, nur unzureichend kontrolliert. "Wegen der nur rudimentär erfolgten Überwachung der Liquidität des

Unternehmens entging ihm, dass ab Sommer 2010 ohne gegebene Ersatzfähigkeit Kundengelder zur Begleichung von Gesellschaftsverbindlichkeiten herangezogen wurden" (Strafbefehl, E. 3 S. 6). Damit hat der Berufungskläger gemäss den Feststellungen der Staatsanwaltschaft aber allerhöchstens für möglich gehalten und in Kauf genommen, dass andere für die Gesellschaft handelnde Personen den Betrag von CHF 14'337.40 zur Begleichung von Schulden der Gesellschaft verwendet haben. Dies wäre aber bloss als Eventualvorsatz zu qualifizieren und genügt nicht zur Begründung der Bereicherungsabsicht (oben E. 7.1). Eine dem direkten Vorsatz ersten Grades entsprechende Bereicherungsabsicht wird durch die von der Berufungsbeklagten und der Vorinstanz spezifisch genannten Beweismittel (Jahresrechnungen, Revisionsberichte der Staatsanwaltschaft vom 23. Januar und 7. April 2014, Strafbefehl vom 29. Mai 2015) in keiner Art und Weise bewiesen. Es ist nicht Sache des Gerichts, in den sechs Bundesordner umfassenden beigezogenen Verfahrensakten nach allfälligen weiteren, von der Berufungsbeklagten nicht spezifizierten Beweismitteln zu suchen (vgl. oben E. 5.3). Damit ist im vorliegenden Zivilprozess nicht bewiesen, dass der Berufungskläger den Tatbestand der Veruntreuung gemäss Art. 138 Ziff. 1 StGB erfüllt hat, obwohl ihn die Staatsanwaltschaft mit Strafbefehl vom 29. Mai 2015 der (mehrfachen) Veruntreuung für schuldig befunden hat. Die Schadenersatzforderung der Berufungsbeklagten kann deshalb auch nicht auf Art. 41 Abs. 1 OR in Verbindung mit Art. 138 Ziff. 1 StGB gestützt werden. Im Übrigen ist festzuhalten, dass auch die Vorinstanz nicht festgestellt hat, dass der Berufungskläger den subjektiven Tatbestand der Veruntreuung erfüllt habe. Sie hat vielmehr nur teilweise auf das Ergebnis des Strafverfahrens abgestellt (angefochtener Entscheid, E. 2.3.3) und festgestellt, der Berufungskläger habe zumindest fahrlässig gehandelt (angefochtener Entscheid, E. 2.3.6).

## **E. 8**

8.1 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Klage der Berufungsbeklagten weder gestützt auf aktienrechtliche Verantwortlichkeit (Art. 754 OR) noch aus culpa in contrahendo oder unerlaubter Handlung (Art. 41 ff. OR) gutheissen werden kann. Unter diesen Umständen ist die Berufung gutzuheissen und die Klage abzuweisen. Damit gehen die Kosten des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens wie auch des vorangegangenen Schlichtungsverfahrens zu Lasten der Berufungsbeklagten.

8.2 Die Prozessgebühren für das zweitinstanzliche Verfahren betragen gemäss § 11 Abs. 1 Ziff. 1 der Verordnung über die Gerichtsgebühren (GebV, SG 154.810) das Ein- bis Anderthalbfache der für das erstinstanzliche Verfahren massgeblichen Ansätze gemäss §§ 2 bis 4 GebV. Beim vorliegenden Streitwert von CHF 13'397.35 beträgt die normale Gebühr der ersten Instanz CHF 750.■ bis CHF 1'500.■. In Anwendung dieser Bestimmungen werden die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens auf CHF 1'800.■ festgesetzt.

8.3 Gemäss § 4 Abs. 1 lit. a Ziff. 7 der Honorarordnung für die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Basel-Stadt (HO, SG 291.400) beträgt das Grundhonorar im mündlich geführten vereinfachten Verfahren bei einem Streitwert von CHF 8'000.■ bis CHF 30'000.■ CHF 1'120.■ bis CHF 2'900.■. Da der vorliegende Fall rechtlich sehr komplex und der Aktenumfang aufgrund des Bezugs der Strafakten sehr gross sind, ist das mit Honorarnote vom 23. Februar 2017 geltend gemachte Honorar von CHF 2'880.■ angemessen. Der Umfang der Bemühungen und die Schwierigkeit sind dabei im Rahmen des Grundhonorars zu berücksichtigen. Für die Stellungnahme vom 19. Oktober 2016 ist ein Zuschlag gemäss § 5 Abs. 1 lit. b.bb HO von CHF 480.■ zu berechnen. Die mit der

Honorarnote geltend gemachten Auslagen von CHF 97.80 sind nicht zu beanstanden. Somit ergibt sich eine Parteientschädigung von insgesamt CHF 2'977.80 (CHF 2'880.■ + CHF 97.80).

Im Berufungsverfahren berechnet sich das Honorar nach den für das erstinstanzliche Verfahren aufgestellten Grundsätzen, wobei in der Regel ein Abzug von einem Drittel vorzunehmen ist (§ 12 Abs. 1 HO). Das Berufungsverfahren wurde schriftlich geführt. Wird ein Prozess statt mündlich schriftlich geführt, so erhöht sich das Grundhonorar bis um die Hälfte (§ 4 Abs. 2 HO). Folglich beträgt das nach den für das erstinstanzliche Verfahren aufgestellten Grundsätzen bemessene Grundhonorar für das Berufungsverfahren CHF 3'600.■ (1,5 x CHF 2'400.■). Davon ist ein Abzug von einem Drittel vorzunehmen, was eine Parteientschädigung von CHF 2'400.■ ergibt.

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