

BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2018.36 vom 23. September 2019

BS Appellationsgericht, 2019-09-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_ZB.2018.36

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2018.36 du 23 septembre 2019

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2018.36 del 23 settembre 2019

Erwägungen

E. 13

und 15; vgl. auch Berufungsantwort, Rz 30). In der Berufung macht der Beklagte geltend, "sollte tatsächlich ein Strafverfahren eröffnet worden sein, würde sich eine Sistierung des Verfahrens aufdrängen" (Berufung, Rz 16). Damit gesteht er zu, dass er gar nicht weiss, ob ein Strafverfahren eröffnet worden ist.

1.3.2 Gemäss Art. 152 Abs. 1 ZPO hat jede Partei das Recht, dass das Gericht die von ihr form- und fristgerecht angebotenen tauglichen Beweismittel abnimmt. Da Gegenstand des Beweises gemäss Art. 150 Abs. 1 ZPO rechtserhebliche, streitige Tatsachen sind, setzt das Recht auf Beweis voraus, dass das beantragte Beweismittel eine solche Tatsache betrifft (vgl. Hasenböhler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 152 N 25 f.; Leu, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], ZPO Kommentar, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016, Art. 152 N 10 f. und 35 ff.). Die zu beweisende Tatsache muss zumindest schlüssig behauptet werden (Brönnimann, in: Berner Kommentar. Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2012, Art. 152 N 28; vgl. Leu, a.a.O., Art. 150 N 65; Sutter-Somm/Schrank, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 55 N 21 und 26). Dabei muss ein konkretes Geschehen behauptet werden (Brönnimann, a.a.O., Art. 152 N 29; vgl. BGer 4A_50/2018 vom 5. September 2018 E. 3.2 mit Hinweisen). Wenn die Gegenpartei die schlüssige Tatsachenbehauptung bestreitet, muss die Partei, welche die Behauptungslast trägt, die Tatsachenbehauptung substantiieren, d.h. so detailliert schildern, dass darüber Beweis abgenommen werden kann (Sutter-Somm/Schrank, a.a.O., Art. 55 N 23 ff.; vgl. Leu, a.a.O., Art. 150 N 66). Blosser Hypothesen, vage, generelle und auf gut Glück oder aufs Geratewohl aufgestellte Behauptungen sind unbeachtlich (Brönnimann, a.a.O., Art. 152 N 33). Eine Partei darf sich nicht mit allgemeinen Behauptungen begnügen in der Meinung, die Begründung ihres Prozessstandpunkts werde sich aus dem Beweisverfahren ergeben. Das Beweisverfahren ist nicht dazu bestimmt, ungenügende Sachdarstellungen zu vervollständigen bzw. den Prozessstoff erst zu sammeln (Hafner, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar. Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Basel 2017, Art. 168 N 15). Das Institut der prozessualen Edition kann nicht als Instrument der Informationsbeschaffung dienen, sondern stellt ein Mittel zur Beweiserhebung dar, was substantiierte Tatsachenbehauptungen voraussetzt (BGE 141 III 281 E. 3.4.3 S. 286). Ein Editionsantrag darf nicht auf eine Ausforschung der Gegenpartei oder Dritter hinauslaufen. Die vage Hoffnung, dass mit einem allgemein gefassten Editionsantrag möglicherweise einschlägige Dokumente gefunden werden

können, genügt nicht (Rüetschi, in: Berner Kommentar. Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2012, Art. 160 N 16; Schmid, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar. Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Basel 2017, Art. 160 N 23). Ein allgemeiner Editionsantrag auf Vorlegung von Akten, die erst die Begründung des Prozessstandpunkts einer Partei ermöglichen sollen, ist unzulässig (Schmid, a.a.O., Art. 160 N 24). Das Gleiche muss für einen Antrag auf Beizug der Akten einer anderen Behörde gelten. Für die Partei verfügbare Urkunden sind von dieser im Original oder in Kopie einzureichen (vgl. Art. 180 Abs. 1 und 221 Abs. 2 lit. c ZPO; Willisegger, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar. Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Basel 2017, Art. 221 N 46 f.). Die Mitwirkungspflicht Dritter ist subsidiär zur Mitwirkungslast der Parteien. Es wäre unverhältnismässig, Drittpersonen zur Mitwirkung zu verpflichten, wenn eine Partei die Beweismittel selbst beschaffen könnte (vgl. Hasenböhler, a.a.O., Art. 160 N 6; Higi, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], ZPO Kommentar, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016, Art. 160 N 14). Das Gleiche muss für den Beizug der Akten einer anderen Behörde gelten.

1.3.3 Hinsichtlich der behaupteten Erwirkung der Kollokation durch eine unrechtmässige oder deliktische Handlung fehlt es bereits an einer schlüssigen Tatsachenbehauptung als Voraussetzung des Rechts auf Beweis. Der Beklagte behauptet kein konkretes Geschehen, sondern stellt nur eine vage generelle Behauptung auf. Er bleibt jegliche Angabe dazu schuldig, worin die behauptete unrechtmässige oder deliktische Handlung bestanden haben sollte. Erst recht fehlt es an einer Substanziierung der von den Klägerinnen bestrittenen Behauptung. Gemäss den eigenen Angaben des Beklagten besteht bloss ein "potentielle[r] Verdacht" (Berufung, Rz 15). Sein Beweisantrag auf Beizug der Akten der Strafverfahren oder Einholung einer schriftlichen Auskunft der Staatsanwaltschaft dient augenscheinlich der Ausforschung der Personen, gegen die sich seine Strafanzeige richtet. Er hofft offenkundig, damit möglicherweise relevante Informationen und Dokumente erhältlich zu machen. Wie ausgeführt (oben E. 1.3.2) darf ein Beweisantrag nicht der Informationsbeschaffung dienen, sondern ausschliesslich dem Beweis substanzierter Tatsachenbehauptungen. Aus den vorstehenden Gründen hat der Beklagte für die Behauptung der Erwirkung der Kollokation durch eine unrechtmässige oder deliktische Handlung keinen Anspruch auf Abnahme der beantragten Beweismittel.

Genügend substanziiert hat der Beklagte den Beweisgegenstand insoweit, als er behauptet hat, er habe am 4. Januar 2017 gegen F____, G____ und H____ eine Strafanzeige eingereicht, in der diesen Personen vorgeworfen werde, die Kollokation sei durch eine unrechtmässige und deliktische Handlung erwirkt worden, und die Staatsanwaltschaft habe gestützt auf die Strafanzeige Strafverfahren eröffnet. Dass der Beklagte eine entsprechende Strafanzeige eingereicht hat, ist jedoch unbestritten und bildet daher nicht Beweisgegenstand. Abgesehen davon hätte der Beklagte ohne Weiteres eine Kopie seiner eigenen Strafanzeige einreichen können. Die bestrittene Behauptung, die Staatsanwaltschaft habe Strafverfahren eröffnet, ist nicht rechtserheblich. Eine Kollokation, die durch eine deliktische Einwirkung erschlichen worden ist, ist zwar nichtig (vgl. BGE 87 III 79 E. 2 S. 84 f.). Zur Annahme einer Erschleichung durch eine deliktische Einwirkung bedarf es aber zumindest gewichtiger und nachgewiesener Indizien (vgl. BGE 88 III 131 S. 132; BGer 7B.221/2005 vom 12. Januar 2006 E. 2). Gemäss Art. 309 Abs. 1 lit. a der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO, SR 312.0) eröffnet die Staatsanwaltschaft eine Untersuchung, wenn sich ein hinreichender Tatverdacht ergibt. Ein solcher ist zu

bejahen, wenn aus ernsthaften Gründen eine gewisse Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen einer Straftat spricht (vgl. Landshut/Bosshard, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 309 N 25; Schmid/Jositsch, Schweizerische Strafprozessordnung. Praxiskommentar, 3. Auflage, Zürich/St. Gallen 2018, Art. 309 N 3). Da eine gewisse Wahrscheinlichkeit einer Straftat für die Eröffnung einer Strafuntersuchung genügt, wäre eine solche kein gewichtiges Indiz für die Erschleichung der Kollokation durch eine deliktische Einwirkung.

Die Rechtserheblichkeit der behaupteten Tatsache lässt sich schliesslich auch nicht mit dem Sistierungsgesuch des Beklagten begründen. Das Gericht kann das Verfahren sistieren, wenn die Zweckmässigkeit dies verlangt. Das Verfahren kann namentlich sistiert werden, wenn der Entscheid vom Ausgang eines anderen Verfahrens abhängig ist (Art. 126 Abs. 1 ZPO). Da eine Sistierung grundsätzlich dem Beschleunigungsgebot widerspricht, setzt sie triftige Gründe voraus und ist nur ausnahmsweise zulässig (Gschwend, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar. Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Basel 2017, Art. 126 N 2; vgl. BGer 5A_218/2013 vom 17. April 2013 E. 3.1). Beim Entscheid über die Sistierung hat das Gericht das Interesse an der Sistierung und das Interesse an der Beschleunigung des Verfahrens gegeneinander abzuwägen (vgl. Frei, in: Berner Kommentar. Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2012, Art. 126 N 1; Staehelin, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 126 N 4). Das Zuwarten bis zum Ausgang eines bereits hängigen Strafverfahrens dürfte nur in den seltensten Fällen eine Sistierung des Zivilprozesses rechtfertigen, weil jenes nach anderen prozessualen Regeln durchgeführt wird als dieses und die Ergebnisse des Strafverfahrens deshalb nur mit Vorbehalten auf den Zivilprozess übertragbar sind (Gschwend, a.a.O., Art. 126 N 13). Nicht angezeigt ist eine Sistierung in aller Regel auch, wenn sich die Beteiligten von einem anderen Verfahren die Klärung von einzelnen Rechts- oder Beweisfragen erhoffen. Häufig führen Beweiserhebungen in einem anderen Verfahren gerade nicht zu einer solchen Klärung, sei es, dass die Thematik nicht genau gleich ist oder dass die erhobenen Beweise mangels Gewährung des rechtlichen Gehörs im Parallelverfahren nicht verwertbar sind. Dies gilt namentlich für parallel zum Zivilprozess geführte Strafverfahren (Weber, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkommentar ZPO, 2. Auflage, Basel 2014, Art. 126 N 7). Falls im vorliegenden Fall Strafverfahren eröffnet wurden, erfolgte die Eröffnung erst nach dem ersten Schriftenwechsel im Zivilprozess. Der Beklagte blieb jegliche näheren Angaben zum Gegenstand der behaupteten Strafverfahren schuldig, obwohl es ihm ohne Weiteres möglich gewesen wäre, zumindest eine Kopie seiner Strafanzeige einzureichen. Zudem richten sich die behaupteten Strafverfahren nicht gegen die Klägerinnen. Mangels Identität der Parteien könnten Ergebnisse der Strafverfahren den Klägerinnen im Zivilprozess zumindest nicht ohne Weiteres entgegengehalten werden. Unter diesen Umständen überwiegt das Interesse an der Beschleunigung des Verfahrens das Interesse des Beklagten an der Sistierung selbst dann deutlich, wenn die Staatsanwaltschaft die vom Beklagten behaupteten Strafuntersuchungen eingeleitet hätte. Folglich kommt eine Sistierung ohnehin nicht in Betracht. Damit hat der Beklagte auch für die genügend substantiierten Beweisgegenstände keinen Anspruch auf Abnahme der beantragten Beweismittel.

Aus den vorstehenden Gründen hat das Zivilgericht das Recht des Beklagten auf Beweis gemäss Art. 152 ZPO nicht verletzt, sodass die beantragten Beweise auch im Berufungsverfahren nicht abzunehmen sind und auch das vorliegende Verfahren entgegen dem Antrag des Beklagten (Berufung, Rz 16) nicht zu sistieren ist.

1.4 Der Beklagte rügt in formeller Hinsicht sodann eine Verletzung von Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO, indem die Vorinstanz zu Unrecht eine nach durchgeführtem Schriftenwechsel eingereichte Beilage nicht zugelassen und als unechtes Novum qualifiziert habe (Berufung, Rz 17 ff.). In der Sache geht es um einen Auszug der Jahresrechnung 2009/2010 der Konkursitin (zu diesem Prozessgeschehen angefochtener Entscheid, E. 1.3). Dieses Dokument hatte der Beklagte im Zusammenhang mit seiner Verjährungseinrede eingereicht. Mit seiner Duplik vom 30. Oktober 2017 hatte er geltend gemacht, es liege kein Darlehen, sondern höchstens ein bereicherungsrechtlicher Anspruch gemäss Art. 62 OR vor, welcher jedoch verjährt sei. Hierauf entgegneten die Klägerinnen mit ihrer Stellungnahme vom 23. November 2017, dass selbst wenn ein vertraglicher Anspruch zu verneinen wäre, die Geldentnahme den Tatbestand von Art. 678 Abs. 2 OR erfüllen würde, wo eine fünfjährige Verjährungsfrist gelte. Die Forderung sei daher nicht verjährt. Hierauf reichte der Beklagte am 8. Dezember 2017 besagten Auszug aus der Jahresrechnung 2009/2010 ein, um zu beweisen, dass wenigstens ein Betrag von CHF 76'789.50 verjährt sei (Berufung, Rz 21).

Das Zivilgericht hat das als Beilage 92 vom Beklagten eingereichte Dokument als unechtes Novum eingestuft (angefochtener Entscheid, E. 1.3). Als unechte Noven werden neue Tatsachen und Beweismittel bezeichnet, die bereits vor Abschluss des Schriftenwechsels oder vor der letzten Instruktionsverhandlung vorhanden waren. In der Hauptverhandlung werden sie nur noch zugelassen, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden können (Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO). Der Beklagte führt an, die Vorinstanz verkenne, dass der Einwand der Klägerinnen nicht im Schriftenwechsel erfolgt sei, sondern ebenfalls nach Aktenschluss mit Eingabe vom 23. November 2017. Deshalb müsse es auch zulässig sein, ein Novum vorzubringen (Berufung, Rz 19 f.). Es trifft zwar zu, dass in der Literatur auch die Auffassung vertreten wird, zu den Tatsachen, die trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher haben vorgebracht werden können, könnten bei grosszügiger Auslegung auch Tatsachen gehören, deren Behauptung erst durch die Ausführungen der Gegenpartei nach gerichtlicher Befragung veranlasst worden sind (Naegeli/Mayhall, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkomentar ZPO, 2. Auflage, Basel 2014, Art. 229 N 9). Da die Zulässigkeit unechter Noven voraussetzt, dass der betreffenden Partei keine Nachlässigkeit bei der Behauptung und Beweisführung vorgeworfen werden kann (Leuenberger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 229 N 8), kann dies aber höchstens dann gelten, wenn die Ausführungen der Gegenpartei nicht vorhersehbar waren (vgl. Klingler, Die Eventualmaxime in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Basel 2010, N 442). Das Zivilgericht erwog zwar, die Einreichung des Auszugs der Jahresrechnung 2009/2010 mit Stellungnahme vom 8. Dezember 2017 sei durch den Verweis auf Art. 678 OR in der Stellungnahme der Klägerinnen vom 23. November 2017 veranlasst worden. Es stellte aber auch mit zutreffender Begründung fest, dass der anwaltlich vertretene Beklagte mit dem Verweis auf Art. 678 OR und der Anwendung dieser Bestimmung hat rechnen müssen und es ihm deshalb möglich und zumutbar gewesen

wäre, den Auszug der Jahresrechnung bereits mit der Duplik einzureichen (angefochtener Entscheid, E. 1.3; zum objektiven Sorgfaltsmassstab bei anwaltlicher Vertretung s. auch Klingler, a.a.O., N 434 ff.). Folglich hat das Zivilgericht zu Recht festgestellt, dass es sich beim Auszug der Jahresrechnung um ein gemäss Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO unzulässiges Novum handelt.

2. Rechtsschutzinteresse der Klägerinnen

2.1 Der Beklagte rügt mit der Berufung, dass das Zivilgericht zu Unrecht ein Rechtsschutzinteresse der Klägerinnen bejaht habe. Vor Zivilgericht hatte der Beklagte den Einwand des fehlenden Rechtsschutzinteresses damit begründet, dass die im Konkurs eingegebenen Forderungen der Klägerinnen eigentlich bedingte Forderungen seien. Es handle sich um Forderungen aus Delikt. Ihre Forderungen seien davon abhängig, ob er strafrechtlich verurteilt werde. Damit bestehe aktuell kein Anspruch auf einen (allfälligen) Dividendenerlös und folglich kein Rechtsschutzinteresse (dazu angefochtener Entscheid, E. 2.2.1). Das Zivilgericht hat hierzu erwogen, dass die beiden Klägerinnen im Konkurs mit unbedingten Forderungen in der Höhe von total CHF 1'313'746.30 bzw. CHF 536'125.25 in der 3. Klasse kolloziert worden seien. Die Kollokation sei in Rechtskraft erwachsen. In der Folge seien den Klägerinnen die vorliegend geltend gemachten Rückerstattungsforderungen gegen den Beklagten gemäss Art. 260 SchKG abgetreten worden. Die entsprechende Abtretungsverfügung sei in Rechtskraft erwachsen. Nichtigkeitsgründe würden nicht vorliegen. Damit seien die Klägerinnen befugt, die abgetretenen Forderungen als Prozessstandschafterinnen geltend zu machen, und hätten das Recht, aus einem allfälligen Prozessgewinn vorab befriedigt zu werden. Ein Widerruf der Kollokation oder eine anderweitige ausnahmsweise nachträgliche Abänderung des Kollokationsplans oder der Abtretungsverfügung lägen nicht vor bzw. würden nicht geltend gemacht. Demzufolge sei das Rechtsschutzinteresse ohne Weiteres zu bejahen. Ergänzend hat das Zivilgericht ausgeführt, dass selbst wenn die Klägerinnen bloss mit bedingten Forderungen kolloziert worden wären, sie die Abtretung hätten verlangen können. So könne jeder Gläubiger, dessen Forderung noch nicht rechtskräftig abgewiesen worden sei, die Abtretung verlangen. Er trage dann das Risiko, dass die Prozessführungsbefugnis bzw. das Recht auf Vorausbefriedigung aus dem Prozessgewinn nachträglich dahinfallen könnten, sollte die Bedingung nicht eintreten oder er doch nicht zugelassen werden. Selbst wenn die Klägerinnen also mit bedingten Forderungen kolloziert worden wären, könnte ihnen das Rechtsschutzinteresse bzw. die Prozessführungsbefugnis nicht abgesprochen werden, da der Eintritt der vom Beklagten behaupteten Bedingung, seine Verurteilung im Strafverfahren, noch offen sei (angefochtener Entscheid, E. 2.2.2).

2.2 Der Beklagte wendet hiergegen mit der Berufung ein, dass die Forderungseingabe der Klägerinnen im Konkurs der Konkursitin damals ausschliesslich auf einer behaupteten Forderung gestützt auf Delikt beruht habe. Zum gleichen Zeitpunkt habe die damals mit den Klägerinnen verbandelte E_____ (heute gelöscht) eine Forderungseingabe eingereicht, welche den gleichen Sachverhalt und Rechtsgrund aufgewiesen habe wie die behauptete Forderung der Klägerinnen. Die Forderung der E_____ sei dann als bedingte Forderung aufgeführt worden. Infolgedessen sei auch bei den Forderungen, welche die Klägerinnen im Konkursverfahren eingegeben hätten, von einer bedingten Forderung auszugehen. Es sei unergründlich, weshalb die genannten Forderungen differenziert behandelt werden sollten. Handle es sich bei der von den Klägerinnen kollozierten Forderung ebenfalls um eine bedingte Forderung, könnten die Klägerinnen erst an einer allfälligen Dividende

partizipieren, wenn der Beklagte rechtskräftig verurteilt würde. Sie hätten zum jetzigen Zeitpunkt keinen Anspruch auf einen Dividendenerlös bzw. eine allfällige Vorausbefriedigung, womit es derzeit am Rechtsschutzinteresse mangle (Berufung, Rz 22 ff.).

2.3

2.3.1 Die Vorbringen des Beklagten gehen an der Sache vorbei. Die Klägerinnen gaben bezifferte Forderungen ein. Bei ihrer Konkursforderungseingabe erklärten sie, alle ihre Forderungen beruhten auf Delikt und einzelne zusätzlich auf Vertrag. Die deliktischen Handlungen seien Gegenstand eines u.a. gegen den Beklagten geführten Strafverfahrens. Die Klägerinnen erklärten zwar, die einzelnen Forderungen könnten bis anhin lediglich geschätzt werden. Die Forderungseingabe sei nicht abschliessend, weil die Strafuntersuchung noch nicht abgeschlossen sei. Es werde dementsprechend auf das Ergebnis der Strafuntersuchung abzustellen sein (Forderungseingabe der Klägerinnen vom 28. April 2014, S. 1 f. und 4 [Klageantwortbeilage 4]). Dieser Vorbehalt macht die Forderungseingaben aber nicht zu bedingten Forderungen. Die Schätzungen der von den Klägerinnen eingegebenen Forderungen beruhten gemäss ihren Angaben auf von ihnen in Auftrag gegebenen Gutachten (vgl. Berufungsantwort, Rz 47 f.; Forderungseingabe der Klägerinnen vom 28. April 2014, S. 6 [Klageantwortbeilage 4]). Unter diesen Umständen ist es entgegen der Behauptung des Beklagten keineswegs offensichtlich unrichtig, dass die Konkursverwaltung die Forderung unbedingt anerkannt und zugelassen hat. Die Tatsache, dass die Forderung der E_____ nur als bedingte Forderung anerkannt und zugelassen wurde, vermag daran nichts zu ändern.

Unzutreffend ist die Behauptung des Beklagten, die Forderungen der Klägerinnen könnten nur dann überhaupt Bestand haben, wenn ihm ein strafrechtliches Verhalten nachgewiesen werden könnte (Berufung, Rz 29). Das ausservertragliche Haftpflichtrecht wird auch als Deliktsrecht bezeichnet und Art. 41 Abs. 1 des Schweizerischen Obligationenrechts (OR, SR 220) als deliktische Generalklausel (Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Bern 2016, N 49.01 und 50.02). Eine Haftung gemäss Art. 41 Abs. 1 OR setzt keineswegs notwendigerweise ein strafbares Verhalten voraus (vgl. statt vieler Kessler, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar. Obligationenrecht I, 6. Auflage, Basel 2015, Art. 41 N 34 f. und Art. 53 N 4; BGer 4A_419/2017 vom 10. November 2017 E. 4.4.2 mit Hinweisen). Die Behauptung des Beklagten, die von den Klägerinnen eingegebenen Forderungen bestünden materiell nicht, wenn das Strafverfahren gegen ihn mit einer Einstellung oder einem Freispruch enden würde (Berufung, Rz 29; Berufungsreplik, Rz 21), ist deshalb falsch. Geradezu unhaltbar ist seine Behauptung, solange ein strafbares Verhalten nicht nachgewiesen sei, seien die kollozierten Forderungen offensichtlich unberechtigt (Berufung, Rz 35).

Für die Verbindlichkeit des rechtskräftigen Kollokationsplans und der rechtskräftigen Abtretungsverfügung im von den Abtretungsgläubigern geführten Prozess ist der Rechtsgrund der kollozierten Forderungen und der abgetretenen Forderungen im Übrigen irrelevant. Eine Forderung aus strafbarem Verhalten kann genauso begründet oder unbegründet sein wie irgendeine andere im Konkurs angemeldete Forderung. Die meisten diesbezüglichen Urteile des Bundesgerichts betreffen zwar Verantwortlichkeitsprozesse gegen Organe. Die Behauptung des Beklagten, bei sämtlichen Entscheidungen, in denen das Bundesgericht die Überprüfbarkeit der Rechtmässigkeit der Kollokation verneint habe, habe es sich um Verantwortlichkeitsprozesse gehandelt (Berufung, Rz 36), ist aber

unzutreffend. Dass das Zivilgericht die Rechtmässigkeit der Abtretung nach Art. 260 SchKG unter Vorbehalt der Nichtigkeit nicht zu überprüfen hat, gilt beispielsweise auch, wenn Ansprüche aus Vertrag oder ungerechtfertigter Bereicherung im Streit stehen (vgl. etwa BGer 4C.165/2000 vom 23. Oktober 2000 E. 4b und 5).

Aber selbst wenn man vorliegend entgegen dem Gesagten bloss von einer bedingten Kollokation der Forderungen der Klägerinnen ausgehen würde, könnte den Klägerinnen ihr Rechtsschutzinteresse nicht abgesprochen werden, wie sie zu Recht geltend machen (Berufungsantwort, Rz 50 f.). Der Gläubiger einer aufschiebend bedingten Forderung ist zwar nicht zum Bezug des auf ihn entfallenden Anteils an der Konkursmasse berechtigt, solange die Bedingung nicht erfüllt ist (Art. 210 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs [SchKG, SR 281.1]). Der auf seine Forderung entfallende Anteil wird jedoch bei der Depositenanstalt hinterlegt (Art. 264 Abs. 3 SchKG). Für den Fall, dass ein Anspruch eines Gläubigers, dessen Forderung bedingt kolloziert worden ist, auf Vorausbefriedigung bis zum Eintritt der Bedingung verneint würde, ist der Prozessgewinn somit im Umfang seiner Forderung einstweilen bei der Depositenanstalt zu hinterlegen. Insofern hat aber auch der mit einer bedingten Forderung zugelassene Gläubiger einen praktischen Nutzen und damit ein Rechtsschutzinteresse an seiner Klage (BGE 132 III 342 E. 2.4 S. 348 f.). Sollte die aufschiebende Bedingung hingegen nicht eintreten, fällt sein Recht auf Vorabbebefriedigung dahin (Art. 269 Abs. 2 SchKG; dazu auch Staehelin, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar. Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Auflage, Basel 2010, Art. 265 N 16 und Art. 269 N 19). Solange der Eintritt der aufschiebenden Wirkung aber noch ungewiss ist, bleibt das Rechtsschutzinteresse fortbestehen. Das Strafverfahren gegen den Beklagten ist bis anhin nicht abgeschlossen (vgl. Schreiben der Staatsanwaltschaft Basel-Stadt vom 27. September 2018 betr. Ankündigung des Abschlusses der Strafuntersuchung und Anklageerhebung [Beilage zur Eingabe der Klägerinnen vom 20. November 2018]), so dass auch bei Annahme bloss bedingt kollozierter Forderungen das Rechtsschutzinteresse der Klägerinnen zu bejahen wäre.

2.3.2 In der Berufungsreplik beantragte der Beklagte, das vorliegende Verfahren sei bis zum Abschluss des gegen ihn hängigen Strafverfahrens zu sistieren. Am 27. September 2018 kündigte die Staatsanwaltschaft an, dass sie gegen ihn Anklage wegen gewerbsmässigem Betrug in Mittäterschaft, eventualiter Gehilfenschaft zu mehrfacher ungetreuer Geschäftsbesorgung, mehrfacher Urkundenfälschung, Misswirtschaft und Unterlassung der Buchführung erheben werde (Beilage zur Eingabe der Berufungsbeklagten vom 20. November 2018). Dies ändert nichts daran, dass der Ausgang des vorliegenden Verfahrens nicht vom Ausgang des Strafverfahrens abhängig ist. Die Behauptung des Beklagten, Bestand und Höhe der kollozierten Forderungen seien vom Ausgang des Strafverfahrens gegen ihn abhängig (Berufungsreplik, Rz 25), ist aus den vorstehenden Erwägungen (oben E. 2.3.1) falsch. Es besteht auch kein anderer triftiger Grund für eine Sistierung. Unter den gegebenen Umständen überwiegt das Interesse an der Beschleunigung des vorliegenden Berufungsverfahrens das Interesse des Beklagten an der Sistierung deutlich. Sein Antrag, das vorliegende Verfahren bis zum Abschluss des hängigen Strafverfahrens gegen ihn zu sistieren, ist deshalb abzuweisen.

3. Aktivlegitimation der Klägerinnen

3.1 Der Beklagte rügt im Weiteren, dass das Zivilgericht im Zusammenhang mit der Aktivlegitimation der Klägerinnen es unterlassen habe, die Richtigkeit bzw.

Rechtmässigkeit der Kollokation zu prüfen (Berufung, Rz 32 ff.). Das Zivilgericht hat hierzu gestützt auf die einschlägige bundesgerichtliche Rechtsprechung ausgeführt, dass in einem von Abtretungsgläubigern gemäss Art. 260 SchKG erhobenen Verfahren einzig zu beurteilen sei, ob eine rechtskräftige Abtretungsverfügung vorliege und sich aus dieser die Legitimation der Klägerinnen ergebe. Nicht zu prüfen sei jedoch die Richtigkeit bzw. Rechtmässigkeit der Kollokation. Sollte die Abtretungsverfügung nichtig sein, wäre dies nach allgemeinen Grundsätzen allerdings auch vom Zivilrichter im Abtretungsprozess zu berücksichtigen, da Nichtigkeit jederzeit geltend gemacht werden könne und von Amtes wegen zu beachten sei. Eine bloss falsche bzw. unrichtige Kollokation sei nicht nichtig, sondern mit Kollokationsklage oder aufsichtsrechtlicher Beschwerde anfechtbar. Ob die Klägerinnen zu Unrecht mit unbedingten Forderungen kolloziert worden seien, sei daher vorliegend nicht zu prüfen (angefochtener Entscheid, E. 2.3.2). Der Umstand, dass die Konkursverwaltung der Klägerin 1 alle Debitorenforderungen gesamthaft und damit auch zwei Forderungen abgetreten hat, bei welchen die Klägerin 1 selbst als Schuldnerin bezeichnet worden ist, hat gemäss dem Zivilgericht bloss eine Teil-, aber nicht eine vollumfängliche Nichtigkeit der Abtretungsverfügung zur Folge (angefochtener Entscheid, E. 2.3.3). Entsprechend ist das Zivilgericht zum Schluss gekommen, dass die beiden Klägerinnen gestützt auf die betreffende Abtretungsverfügung befugt seien, die im Debitorenjournal unter Ziffern 3 und 4 aufgeführten Forderungen gegen den Beklagten als Prozesstandschafterinnen im eigenen Namen geltend zu machen und Zahlung an sich selbst zu verlangen. Entsprechend hat es auch die Aktivlegitimation der Klägerinnen bejaht (angefochtener Entscheid, E. 2.3.4).

3.2 Der Beklagte wendet gegen die Erwägungen des Zivilgerichts ein, dass die Forderungseingabe der Klägerinnen ausschliesslich auf Delikt beruhe, wobei die Klägerinnen ihre Forderung vom Ergebnis der Strafuntersuchung abhängig machen würden. Werde das Strafverfahren gegen ihn jedoch eingestellt, würde die Rechtsauffassung der Vorinstanz zum Resultat führen, dass die Klägerinnen nur aufgrund des Kollokationsplans einen nicht geschuldeten Betrag erhalten würden. Solange ein strafbares Verhalten des Beklagten nicht nachgewiesen sei, sei die kollozierte Forderung offensichtlich unberechtigt bzw. schlichtweg falsch. Habe die Konkursverwaltung auf die Prozessführung verzichtet, dürfe der Nichtberechtigte sich nicht zu Lasten Dritter ungerechtfertigt bereichern. Dürften die Klägerinnen den Prozesserfolg für sich behalten, erschiene dies als rechtsmissbräuchlich (Berufung, Rz 34 f.). Der Beklagte wendet des Weiteren ein, dass bei sämtlichen Entscheidungen, in welchen das Bundesgericht die Überprüfbarkeit der Rechtmässigkeit der Kollokation verneint habe, es sich um Verantwortlichkeitsprozesse gegen Organe gehandelt habe. Vorliegend gehe es aber nicht um einen Verantwortlichkeitsprozess, sondern es werde indirekt über einen Umweg eine angebliche Deliktsforderung geltend gemacht. Dies werde durch eine offensichtlich unberechtigte Kollokation möglich, was keinen Rechtsschutz verdiene. Vorliegend handle es sich um einen speziellen Fall, indem (1) die Klägerinnen erwiesenermassen in keinem Vertragsverhältnis mit der Konkursitin gestanden hätten, (2) die Klägerinnen eine Forderung gestützt auf Delikt angemeldet hätten und (3) keine Verantwortlichkeitsansprüche im Raum stünden. Wenn in einer solchen Konstellation der Kollokationsplan nicht in Frage gestellt werden könne, dann könnte jeder in einem beliebigen Konkursverfahren eine Forderung gestützt auf angeblich strafbares Verhalten anmelden und sich Ansprüche abtreten lassen. In dieser Konstellation müsse eine Nachprüfung möglich sein (Berufung, Rz 36 ff.).

3.3 Das Zivilgericht hat zu Recht festgestellt (angefochtener Entscheid, E. 2.3.2), dass es nicht Sache des Zivilrichters im Prozess um nach Art. 260 SchKG abgetretene Forderungen, sondern der SchKG-Aufsichtsbehörde ist, die Abtretungsverfügung der Konkursverwaltung auf ihre Rechtmässigkeit hin zu überprüfen. Der Richter hat bloss festzustellen, dass sich die Legitimation des Abtretungsgläubigers, welcher nicht persönliche, sondern Rechtsansprüche der Masse geltend macht, aus einer solchen Verfügung ergibt (BGE 111 II 81 E. 3 S. 83 ff. und 132 III 342 E. 2.21 S. 346 als Leitentscheide; ferner etwa BGer 5A_318/2018 vom 18. Juli 2018 E. 4.3.1). Dass diese Unüberprüfbarkeit nur in Verantwortlichkeitsprozessen gelten soll, wie der Beklagte vorbringt, ist nicht zu erkennen. Wie bereits erwähnt (vorne E. 2.3.1), spielt die Rechtsnatur der abgetretenen Forderung nach der Praxis des Bundesgerichts offensichtlich keine Rolle.

Haltlos ist sodann das Vorbringen des Beklagten, eine Nachprüfung durch den Zivilrichter zu unterbinden, würde dazu führen, dass jedermann in einem beliebigen Konkursverfahren eine Forderung anmelden und sich Ansprüche abtreten lassen könnte, solange er sich auf strafbares Verhalten berufe (Berufung, Rz 37). Gemäss Art. 244 SchKG hat die Konkursverwaltung die eingegebenen Forderungen zu prüfen und die zu ihrer Erhaltung nötigen Erhebungen zu machen. Die angemeldeten Forderungen sind sorgfältig und fachkundig zu prüfen. Die Konkursverwaltung hat ihre Entscheidungen unabhängig und objektiv zu treffen. Die Konkursverwaltung hat zu verhindern, dass Gläubiger mit unbegründeten Forderungen zugelassen werden (eingehend dazu etwa Hierholzer, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Auflage, Basel 2010, Art. 244 N 15 ff.). Das gilt unbestreitbar auch für Forderungen gegenüber der Konkursitin, welche auf angeblich deliktischem Verhalten gründen. Werden unberechtigte Forderungen kolloziert, können die anderen zugelassenen Gläubiger ihre Wegweisung mit einer Kollokationsklage (Art. 250 Abs. 2 SchKG) anstreben.

Wie vorstehend bereits eingehend dargelegt worden ist (oben E. 2.3.1), ist der Bestand der Forderungen der Klägerinnen nicht von einem strafbaren Verhalten des Beklagten abhängig.

Mit der Berufungsreplik (Rz 22) macht der Beklagte noch Nichtigkeit der Abtretung geltend, weil den Klägerinnen sogar Forderungen abgetreten worden seien, welche die Konkursitin eigentlich gegenüber ihnen bzw. ihnen nahestehenden Personen gehabt habe. Das Zivilgericht hat hierzu festgestellt, dass dies bezüglich zwar eine Interessenskollision vorliege, damit aber eine Abtretung nicht generell ausgeschlossen sei. Insofern liege nur eine Teilnichtigkeit vor (angefochtener Entscheid, E. 2.3.3). Der Beklagte legt auch im Berufungsverfahren nicht dar, weshalb die Abtretungsverfügung bei Interessenskollision bezüglich einzelner abgetretener Forderungen gesamthaft nichtig sein soll. Das Zivilgericht hat zu Recht erwogen, dass eine weitergehende Nichtigkeit nicht der Zwecksetzung von Art. 260 SchKG entsprechen würde, wonach es Gläubigern offen stehen soll, Rechtsansprüche der Masse auf eigenes Risiko durchzusetzen. Es liegt weder im Interesse der Konkursmasse noch in jenem der Gläubigergesamtheit, dass diesfalls die gesamte Abtretungsverfügung nichtig bzw. jegliche Abtretung ausgeschlossen wäre.

Unbehelflich ist schliesslich das Vorbringen, die Nichtigkeit der Kollokationsverfügung ergebe sich auch daraus, dass die Konkursverwaltung nicht über den Rahmen des vom Gläubiger geltend gemachten Rechts hinausgehen dürfen. Wenn der Beklagte hierzu ausführt, die Konkursverwaltung habe den Klägerinnen anstatt der verlangten bedingten eine

unbedingte Forderung zugesprochen, weil diese bei der Forderungseingabe noch das Ergebnis der Strafuntersuchung vorbehalten hätten (Berufungsreplik, Rz 23), so verkennt er einmal mehr, dass dieser Vorbehalt die Forderungsanmeldung noch nicht zu einer bedingten gemacht hat (oben E. 2.3.1). Daraus eine Nichtigkeit der Kollokationsverfügung ableiten zu wollen, geht daher fehl.

4. Rückerstattungspflicht aus Darlehen (Art. 312 OR)

4.1 In der Sache selbst ist das Zivilgericht zum Schluss gekommen, dass der Beklagte gestützt auf ein Darlehen der Konkursitin zur Rückerstattung eines Betrags von CHF 564'099.04 nebst Zins zu 5 % seit 5. Februar 2014 verpflichtet sei.

In tatsächlicher Hinsicht hat das Zivilgericht zunächst festgehalten, es sei unbestritten bzw. urkundlich nachgewiesen, dass der Beklagte als einziger Gesellschafter und Geschäftsführer der Konkursitin in den Jahren 2010 bis 2012 jeweils hohe Bargeldbezüge gemacht habe. Er habe so die Einnahmen der Konkursitin durch Barauszahlungen laufend weitgehend abgeschöpft. Mit den bezogenen Barmitteln habe der Beklagte sowohl seine privaten Lebenshaltungskosten als auch den Grossteil des Geschäftsaufwands bestritten. Die Barbezüge wie auch die geschäftlichen Barzahlungen seien auf dem Geld-Transfer-Konto, einer Art Kassenkonto, verbucht worden. Ende 2011 sei der bezogene, aber nicht als Geschäftsaufwand verbuchte Betrag von CHF 270'000.■ auf das Konto "Darlehensforderung" übertragen worden, so dass dieses neu einen Saldo von CHF 470'000.■ aufgewiesen habe. Entsprechend sei in der Bilanz 2011 unter den Aktiven mit dem Titel "Darlehen A____" ein Betrag von CHF 470'000.■ aufgeführt gewesen. Ende 2010 habe dieses Darlehenskonto bereits einen Saldo von CHF 200'000.■ ausgewiesen. Im Geschäftsjahr 2012 sei kein Übertrag vom Geld-Transfer-Konto auf das Darlehenskonto erfolgt. In der Bilanz sei dieses weiterhin mit einem Wert von CHF 470'000.■ aufgeführt gewesen. Der Saldo des Geld-Transfer-Kontos von CHF 94'099.04 (Differenz zwischen Bezügen von CHF 1'627'003.21 und Geschäftsaufwand von CHF 1'532'904.04) sei 2012 stehen gelassen worden und in den Aktiven aufgeführt gewesen. Für das Jahr 2013 lägen bis zur Konkursöffnung per 13. November 2013 keine Buchhaltungsunterlagen wie beispielsweise Kontoblätter vor. In den Kontoblättern zur Jahresrechnung 2011 sei weiter eine Zinsforderung von 1,5 % betreffend das "Darlehen" von CHF 470'000.■ verbucht. Eine entsprechende Zahlung sei jedoch nicht geflossen. Privat habe der Beklagte in seiner Steuererklärung 2012 eine Darlehensschuld von CHF 580'000.■ gegenüber der Konkursitin zu einem Zinssatz von 3,75 % aufgeführt. In den Steuererklärungen 2011 und 2013 habe er kein Darlehen aufgeführt (angefochtener Entscheid, E. 3.3.1a S. 15 f.).

Entsprechend den Jahresrechnungen 2011 und 2012, so das Zivilgericht weiter, habe das Konkursamt Basel-Landschaft im Inventar der Konkursitin unter den Debitoren die beiden Forderungen von CHF 470'000.■ und CHF 94'099.04 gegenüber dem Beklagten aufgeführt. Die Forderungen seien im Debitorenjournal vom 23. Juli 2014 in der letzten Kolonne, welche zwischen "bestritten" und "Restbetrag" unterscheidet, unter der Zeile "Restbetrag" und damit als unbestritten aufgeführt. Im dazugehörigen Konkursinventar vom 23. Juli 2014 seien sie jedoch als bestritten vermerkt worden. Konkursinventar wie Debitorenjournal seien vom Beklagten unterzeichnet worden mit der Erklärung, das Inventar sei vollständig und richtig (angefochtener Entscheid, E. 3.3.1a S. 16).

In Würdigung dieser Unterlagen sowie der Aussagen des Zeugen I____, dem ehemaligen Treuhänder der Konkursitin (dazu angefochtener Entscheid, E. 3.3.1b), wie auch der Beweisaussage des Beklagten (dazu angefochtener Entscheid, E. 3.3.1c) ist das Zivilgericht zunächst zum Schluss gekommen, dass der Beklagte entgegen der Behauptung der Klägerinnen die Forderungen im Konkurs nicht verbindlich anerkannt habe. Die entsprechenden Unterlagen seien zu widersprüchlich. Hingegen sei in den Jahresrechnungen 2011 und 2012 klar ein Darlehen der Konkursitin an den Beklagten von CHF 470'000.■ verbucht. Bei den Aktiven sei 2012 weiter der Saldo des Geld-Transfer-Kontos zu seinen Lasten von CHF 94'099.04 aufgeführt. Hierauf müsse sich der Beklagte als einziger Inhaber und Geschäftsführer der Konkursitin grundsätzlich behaften lassen (angefochtener Entscheid, E. 3.3.2 S. 17 f.). Das Zivilgericht hat in der Folge zwar gewisse Zweifel daran geäussert, ob der Beklagte und damit die Konkursitin tatsächlich eine Rückerstattungspflicht und damit ein Darlehen hätten vereinbaren wollen bzw. ob ein Rückzahlungswille bestanden habe. Begründet hat es dies mit der fehlenden Einheitlichkeit der Jahresrechnungen betreffend die Zinsbuchungen, der bloss partiellen Übereinstimmung der privaten Steuererklärungen des Beklagten sowie den fehlenden Tilgungszahlungen seit 2011, obwohl sich der Beklagte 2011 und 2012 ein Lohn von je über CHF 200'000.■ ausgewiesen habe und die Konkursitin 2011 zumindest rechnerisch einen Gewinn von knapp CHF 430'000.■ erzielt habe, welcher voll auf das Folgejahr übertragen worden sei. Allerdings habe der Treuhänder der Konkursitin, so das Zivilgericht weiter, glaubhaft dargelegt, dass er mit dem Beklagten die Problematik betreffend die Barbezüge besprochen und ihm erläutert habe, dass diese als Darlehen verbucht werden müssten und er sie innert zwei bis drei Jahren abbauen müsse, ansonsten die Steuerverwaltung es nichts nicht als Darlehen akzeptieren werde. Hierbei habe der Beklagte mehrfach geäussert, er wolle die als Darlehen verbuchten Beträge zurückzahlen. Fraglich sei mit der Zeit für den Treuhänder einzig geworden, ob der Beklagte dazu auch in der Lage sein würde. Dementsprechend habe er im Anhang zur Jahresrechnung 2011 darauf hingewiesen, dass die Werthaltigkeit der Forderungen gegenüber dem Beklagten fraglich sei und die Gesellschaft sonst überschuldet wäre (angefochtener Entscheid, E. 3.3.2 S. 18). Nicht überzeugt hat sich das Zivilgericht von der Beweisaussage des Beklagten gezeigt, wonach er nie von einer Schuld ausgegangen sei und keinerlei Rückzahlungswillen gehabt habe. Zwar könne es sein, dass er betreffend die Höhe der Forderung Vorbehalte gehabt habe und davon ausgegangen sei, es handle sich ■ zumindest teilweise ■ um geschäftlichen Aufwand, der aber mangels Belegen nicht verbucht worden sei. Allerdings habe der Beklagte auch zugestanden, zwischen Geschäftsauslagen und Privatem keinerlei Trennung gemacht zu haben. Er dürfte selbst keinen Überblick darüber gehabt haben, wie viel er für sich privat und wie viel er für die Konkursitin verwendet habe. Eine laufende Buchhaltung habe er nicht geführt. Selbst wenn in den Unterlagen gewisse Widersprüche bestünden und das Darlehen im Vergleich zu den übrigen Aktiven ausserordentlich hoch und ungesichert gewesen sei, so dass es einem aussenstehenden Dritten nicht gewährt worden wäre, gelinge es dem Beklagten in Anbetracht der klaren Aussage des Treuhänders nicht, zu beweisen, dass er nie einen Rückzahlungswillen gehabt habe. Es möge sein, dass er der Meinung gewesen sei, eigentlich seien nicht alles Privatbezüge und die Forderung sei kleiner. Das ändere jedoch nichts daran, dass er sich der Bedeutung der Verbuchung bewusst und grundsätzlich gewillt gewesen sei, Rückzahlungen zu leisten (angefochtener Entscheid, E. 3.3.2 S. 18 f.).

4.2 Der Beklagte bestreitet das Vorliegen eines Darlehens zwischen ihm und der Konkursitin zunächst damit, dass eine Rückzahlungsverpflichtung nicht bestanden habe. Eine Rückzahlungspflicht habe der Treuhänder gerade nicht erwähnt. Der Zeuge habe lediglich ausgesagt, dass der Beklagte gemäss seiner Ansicht das Darlehen habe "abbauen" wollen. Eine Rückzahlungspflicht sei damit aber eben nicht vereinbart worden. Das "Darlehen" sei auch durch den Gesellschaftszweck nicht abgedeckt gewesen und wäre im Vergleich zu den üblichen Aktiven übermässig hoch gewesen. Der Zeuge habe ebenfalls bestätigt, dass der Beklagte keine Sicherheiten für das "Darlehen" geleistet habe und das "Darlehen" einem Dritten mit Sicherheit nicht gewährt worden wäre. Auch ein Darlehenszins sei nie bezahlt worden. Der Zeuge habe implizit auch bestätigt, dass es sich beim "Darlehen" letztendlich nur um eine Korrekturbuchung gehandelt habe, da der Beklagte keine Belege für die Bezüge habe bringen können. Nur weil das Kontokorrent angewachsen sei, habe er dem Beklagten empfohlen, ein Darlehen zu buchen. Letztendlich habe es auch keine Rückbuchung gegeben und eine Rückzahlung des "Darlehens" sei für ihn nie möglich gewesen. Ausserdem habe der Beklagte das Geld bei ihm persönlich auch nicht als Darlehen verbucht, ausgenommen im Jahr 2012 aufgrund der Empfehlung des Treuhänders. Auch seien keine Tilgungszahlungen erfolgt. Wie die Vorinstanz festgehalten habe, habe der Beklagte mit den bezogenen Geldern auch einen Grossteil des Geschäftsaufwands bestritten, was ebenfalls gegen ein Darlehen spreche (Berufung, Rz 39 ff.).

Die Behauptungen des Beklagten, der Zeuge I___ habe implizit bestätigt, dass es sich beim Darlehen letztendlich nur um eine Korrekturbuchung gehandelt habe und dass das Darlehen nur aufgrund einer steuerlich begründeten Umbuchung entstanden sei, ist falsch. Gemäss den Aussagen des Zeugen sagte dieser dem Beklagten, sie müssten ein Darlehen machen, und es sei das Kontokorrent in ein Darlehen "umgewandelt" worden (Verhandlungsprotokoll der Hauptverhandlung vom 26. April 2018 [Verhandlungsprotokoll HV], S. 7). Dass die Umwandlung aus Steuergründen erfolgt sei, sagte der Zeuge nicht. Er erklärte bloss, er habe dem Beklagten gesagt, im Normalfall müsse das Darlehen in zwei bis drei Jahren abgebaut werden, damit es von der Steuerverwaltung akzeptiert werde (Verhandlungsprotokoll HV, S. 7 f.). Im Übrigen könnte aus dem Umstand, dass das Kontokorrent aus Steuergründen in ein Darlehen umgewandelt worden ist, nicht geschlossen werden, das Darlehen sei von den Parteien nicht gewollt gewesen. Im Übrigen sagte der Zeuge aus, der Rückzahlungswille des Beklagten sei nie fraglich gewesen. Er habe immer gesagt, er wolle das Darlehen zurückzahlen. Am Anfang sei der Zeuge auch davon ausgegangen, dass der Beklagte zur Rückzahlung fähig sei (Verhandlungsprotokoll HV, S. 8).

4.3 Der Beklagte macht eventualiter für den Fall, dass ein Rückzahlungswille bejaht würde, geltend, dass das Darlehen simuliert gewesen sei. Er sei nie in der Lage gewesen, ein solches "Darlehen" zurückzuzahlen. Der Treuhänder habe lediglich eine Umbuchung vorgenommen und die Bezüge, für welche keine Quittungen mehr vorhanden gewesen seien, als Darlehen verbucht. Der Zeuge habe mehrfach bestätigt, dass er, der Beklagte, gar nie zur Rückzahlung des "Darlehens" in der Lage gewesen sei. Damit sei erwiesen, dass eine Rückzahlung objektiv unmöglich gewesen sei, was auf eine Simulation hindeute und von der Vorinstanz völlig ausser Acht gelassen werde (Berufung, Rz 48 ff.).

Vor Zivilgericht behauptete der Beklagte in der Duplik unter Verweis auf das Schlussprotokoll der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ETSV) von Dezember 2016 (Klageantwortbeilage 76), die ESTV habe festgestellt, dass er nicht in der Lage gewesen

sei, das Darlehen zu amortisieren bzw. seine Verbindlichkeit zu erfüllen (Duplik, Rz 35 und 39). Diese Behauptung steht jedoch in unauflösllichem Widerspruch zu anderen Behauptungen des Beklagten. In der Klageantwort hatte er behauptet, er habe ca. CHF 250'000.■ aus seinem Privatvermögen in die Konkursitin investiert. Er habe in einem Tresor eine grosse Summe Bargeld gehabt. Damit und mit dem Erlös aus dem Verkauf von zwei Privatfahrzeugen habe er im Jahr 2013 Verbindlichkeiten der Konkursitin bezahlt (Klageantwort, Rz 31 f. und 35 f.). In seiner Eingabe vom 10. März 2017, Rz 5■7 behauptete er, er habe in den Jahren 2012 und 2013 Schulden der Konkursitin in der Höhe von insgesamt CHF 97'870.59 aus seinem Privatvermögen und Schulden der Konkursitin in der Höhe von CHF 223'444.80 aus seinem Lohn, Barmitteln und Darlehen Dritter bezahlt. Später reduzierte er den Betrag der angeblich bezahlten Schulden der Konkursitin (vgl. angefochtener Entscheid, E. 4.1). Damit wäre es dem Beklagten gemäss seinen eigenen Angaben möglich gewesen, innert weniger Jahre einen erheblichen Teil des Darlehens zurückzuzahlen. Das Zivilgericht hat zu Recht nicht auf die widersprüchlichen Angaben des Beklagten abgestellt. Gemäss dem Schlussprotokoll der ESTV war der Beklagte nicht in der Lage, das von der Konkursitin gewährte Darlehen zu amortisieren, und besass er nicht die finanziellen Mittel, um seine Darlehensverbindlichkeiten zu begleichen. Diese Feststellungen beruhen jedoch bloss auf den vom Beklagten deklarierten Einkommens- und Vermögensfaktoren, wie im Schlussprotokoll, Ziff. II.A.1 S. 3 (Klage-antwortbeilage 76) ausdrücklich festgehalten wird. Wie das Zivilgericht zutreffend festgestellt hat, sind die Feststellungen deshalb im vorliegenden Verfahren nicht verbindlich (angefochtener Entscheid, E. 3.3.2). Insbesondere erscheint es äusserst zweifelhaft, dass der Beklagte die grosse Summe Bargeld, die er in einem Tresor gehabt haben will, gegenüber der ESTV deklariert hat.

Die Behauptung des Beklagten, der Zeuge I____ habe bestätigt, dass der Kläger nie in der Lage gewesen sei, das Darlehen zurückzuzahlen (Berufung, Rz 51), ist aktenwidrig. Der Zeuge erklärte zwar, abgesehen von einem Lohn, den der Beklagte nicht bezogen habe, habe dieser keine Rückzahlungen geleistet. Er sagte aber auch aus, dass er zu Beginn bzw. im Zeitpunkt der Verfassung des Geschäftsberichts 2011 davon ausgegangen sei, der Beklagte könne das Darlehen innert nützlicher Frist zurückzahlen. Erst später habe er festgestellt, dass dies nicht möglich sei (Verhandlungsprotokoll HV, S. 8).

Zusammenfassend ist damit nicht erstellt, dass der Beklagte nicht in der Lage gewesen ist, das Darlehen zurückzuzahlen. Unbehelflich ist die Behauptung des Beklagten, die Rückzahlung des Darlehens sei objektiv unmöglich gewesen (Berufung, Rz 51). Objektive Unmöglichkeit liegt nur dann vor, wenn niemand auf der Welt in der Lage ist, die versprochene Leistung zu erbringen (statt vieler Schwenger, a.a.O., N 63.08; Wiegand, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar. Schweizerisches Obligationenrecht I, 6. Auflage, Basel 2015, Art. 97 N 10). Diese Voraussetzung ist hinsichtlich der Rückzahlung des Darlehens offensichtlich nicht erfüllt.

Im Übrigen wäre im vorliegenden Fall auch dann nicht erstellt, dass es sich beim Darlehen zivilrechtlich um ein simuliertes Rechtsgeschäft gehandelt hat, wenn der Beklagte zu dessen Rückzahlung nicht in der Lage gewesen wäre. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass eine Person zivilrechtlich ohne Weiteres auch eine Leistung, die sie nicht erbringen kann, verbindlich versprechen kann. Subjektive Unmöglichkeit berührt die Gültigkeit eines Vertrags nicht (Schwenger, a.a.O., N 64.08; Wiegand, Art. 97 N 11 f.) und Geldmangel begründet nicht einmal subjektive Unmöglichkeit im Rechtssinn (Furrer/Wey,

in: Furrer/Schnyder [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 97-98 OR N 33; Gauch/ Schlupe/ Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, Band II, 10. Auflage, Zürich 2014, N 2572).

4.4 Gegen die Bejahung eines Darlehens wendet der Beklagte schliesslich ein, dass die Vorinstanz (dazu angefochtener Entscheid, E. 3.3.3) fälschlicherweise davon ausgegangen sei, dass die fehlende Schriftlichkeit des Darlehensvertrags zwischen Gesellschaft und ihm als Gesellschafter bzw. Geschäftsführer gemäss Art. 718b in Verbindung mit Art. 814 Abs. 4 OR keine Nichtigkeit zur Folge habe (Berufung, Rz 53 ff.).

Wenn eine Norm, die eine Formvorschrift statuiert, die Rechtsfolgen eines Formmangels nicht regelt, handelt es sich gemäss Art. 11 Abs. 2 OR um eine Gültigkeitsvorschrift (vgl. Müller, in: Berner Kommentar, 2018, Art. 11 OR N 247-249; Schwenzer, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar. Obligationenrecht I, 6. Auflage, Basel 2015, Art. 11 N 16). Zur Beantwortung der Frage, ob die Rechtsfolgen eines Formmangels geregelt sind, ist die betreffende Norm auszulegen (Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen VZ.2007.41 vom 24. September 2007 E. II.3b). Art. 11 Abs. 2 OR ist nur anwendbar, wenn die Norm, welche die Formvorschrift statuiert, über die Rechtslage im Fall ihrer Missachtung weder ausdrücklich noch sinngemäss etwas anderes bestimmt (Entscheid des Kantonsgericht St. Gallen VZ.2007.41 vom 24. September 2007 E. II.3b; Müller, a.a.O., Art. 11 OR N 249). Gemäss Art. 718b OR, welche Bestimmung auch für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung gilt (Art. 814 Abs. 4 OR), muss ein Vertrag der Gesellschaft schriftlich abgefasst werden, wenn sie durch diejenige Person vertreten wird, mit welcher sie den Vertrag abschliesst. Davon ausgenommen sind die Verträge des laufenden Geschäfts, bei denen die Leistung der Gesellschaft den Wert von 1'000 Franken nicht übersteigt. Gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung ist Art. 718b OR eine Gültigkeitsvorschrift (BGer 6B_300/2016 vom 7. November 2016 E. 4.4.2; Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich SB.2013.00136 vom 20. August 2014 E. 4.4.2; Fischer, Gültigkeit von Verträgen bei organschaftlicher Doppelvertretung, in: GesKR 2013 S. 281 ff., 285; Mustaki/Urban, Prévention et gestion des conflits d'intérêts des administrateurs, in: SJ 2014 II S. 109 ff., 153; Sunaric, in: Honsell [Hrsg.], Kurzkomentar OR, Basel 2014, Art. 718 N 2; Watter/Roth Pellanda, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar. Obligationenrecht, 5. Auflage, Basel 2016, Art. 718b N 11; Wibmer, in: Wibmer [Hrsg.], Aktienrecht. Kommentar, Zürich 2016, Art. 718b N 1). Nach einer in der Literatur vertretenen Minderheitsmeinung handelt es sich hingegen bloss um eine Ordnungsvorschrift (Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 13 N 605d; vgl. auch Glanzmann, in: Kren Kostkiewicz et al. [Hrsg.], OR Kommentar, 3. Auflage, Zürich 2016 [nachfolgend Glanzmann, OR Kommentar], Art. 718b N 6; Glanzmann, Die kleine Aktienrechtsrevision, in: ZBGR 2007 S. 69 ff. [nachfolgend Glanzmann, ZBGR], 78). Entgegen der Auffassung von Böckli (a.a.O., § 13 N 605d) können aus dem Wortlaut von Art. 718b OR keine Schlüsse auf die Rechtsfolgen eines Formmangels gezogen werden. Gemäss Glanzmann ist die Nichtigkeit für die typischen unter Art. 718b OR fallenden Geschäfte keine adäquate Rechtsfolge (vgl. Glanzmann, OR Kommentar, Art. 718b N 6; Glanzmann, ZBGR, S. 78). Dies mag zutreffen, genügt aber nicht zur Annahme, Art. 718b OR bestimme sinngemäss, dass die Verletzung des Schriftformerfordernisses keine Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge habe. Gegen die Qualifikation als Gültigkeitsvorschrift wird zudem ins Feld geführt, sie erlaube es einem Alleinverwaltungsrat, den Vertrag schriftlich festzuhalten und sich bei

ungünstigem Verlauf des Geschäfts durch Nichtvorlage oder Vernichtung des Schriftstücks der Vertragserfüllung zu entziehen (Böckli, a.a.O., § 13 N 605d; Ders., Insihgeschäfte und Interessenkonflikte im Verwaltungsrat, in: GesKR 2012, S. 354 ff., 357). Ein solches Verhalten wäre rechtsmissbräuchlich (Mustaki/Urban, a.a.O., S. 153). Zudem wäre die Verweigerung der Herausgabe des schriftlichen Vertrags im Prozess rechtswidrig (Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO) und die Vernichtung sogar strafbar (Art. 254 Abs. 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs [StGB, SR 311.0]). Die Möglichkeit missbräuchlichen sowie rechtswidrigen oder sogar strafbaren Verhaltens kann für die Auslegung von Art. 718b OR nicht wegleitend sein. Folglich ist mit der herrschenden Auffassung davon auszugehen, dass es sich bei dieser Bestimmung um eine Gültigkeitsvorschrift handelt.

Wenn eine als Gültigkeitsvorschrift zu qualifizierende gesetzliche Formvorschrift nicht eingehalten wird, ist das Rechtsgeschäft gemäss der Praxis des Bundesgerichts nichtig (vgl. BGE 112 II 330 E. 1 S. 331 f.; BGer 5A_702/2016 vom 28. März 2017 E. 2.1; Müller, a.a.O., Art. 11 N 188; Schwenzer, a.a.O., Art. 11 N 17). Die Formnichtigkeit ist jedoch gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB folgenlos, wenn die Berufung darauf einen offenbaren Rechtsmissbrauch darstellt (vgl. BGE 98 II 313 E. 2 S. 316; BGer 4A_573/2016 vom 19. September 2017 E. 5; Müller, a.a.O., Art. 11 N 193 und 196). Ist die Berufung auf die Formnichtigkeit rechtsmissbräuchlich, so haben die Parteien den Vertrag zu erfüllen, wie wenn er formgültig abgeschlossen worden wäre (Kut, in: Furrer/Schnyder [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 11 OR N 19; Müller, a.a.O., Art. 11 OR N 204; vgl. BGE 98 II 313 E. 2 S. 316). Die Frage, ob die Berufung auf Formnichtigkeit einen offenbaren Rechtsmissbrauch darstellt, ist in Würdigung aller Umstände des konkreten Falles zu prüfen. Rechtsmissbrauch liegt insbesondere vor, wenn ein Rechtsinstitut zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet wird, die dieses nicht schützen will. Dies gilt auch für gesetzliche Formvorschriften (vgl. BGE 138 III 401 E. 2.2 S. 403 und E. 2.4.1-2.4.3. S. 405 f.). Die Berufung auf die Formungültigkeit ist deshalb rechtsmissbräuchlich, wenn sie einem der Formvorschrift fremden Zweck dient, insbesondere wenn die Formvorschrift nur die Gegenpartei, nicht jedoch diejenige, die sich darauf beruft, schützen will (Müller, a.a.O., Art. 11 OR N 203). Die Formvorschrift von Art. 718b OR bezweckt den Schutz der Gesellschaft und nicht denjenigen ihres Vertreters (Rouiller/Bauen/Bernet/Lassere Rouiller, La société anonyme suisse, 2. Auflage, Zürich 2017, N 481b). Die Berufung des Vertreters auf die Formnichtigkeit ist deshalb rechtsmissbräuchlich (vgl. Rouiller/Bauen/Bernet/Lassere Rouiller, a.a.O., N 481b). Dies gilt erst recht, wenn die Gesellschaft wie im vorliegenden Fall ihre Leistung bereits vollständig erbracht hat. Die Berufung des Beklagten auf die Formnichtigkeit des Darlehensvertrags stellt somit einen offenbaren Rechtsmissbrauch dar. Folglich ist er zur Rückzahlung verpflichtet, wie wenn der Vertrag formgültig wäre.

4.5 Zusammengefasst ist insbesondere gestützt auf die Jahresrechnungen der Konkursitin 2011 und 2012 (Replikbeilagen 26 f.), die Steuererklärung des Beklagten 2012 (Beilage 73 zur Eingabe des Beklagten vom 14. März 2017) und die Zeugenaussagen des ehemaligen Treuhänders der Konkursitin, I____, erstellt, dass zwischen der Konkursitin und dem Beklagten ein Darlehen über den Betrag von CHF 564'099.04 bestanden hat. Namentlich gestützt auf die Zeugenaussagen von I____ ist insbesondere auch ein tatsächlicher Rückzahlungswille des Beklagten erstellt. Da die Beweislast für eine Simulation demjenigen obliegt, der sich darauf beruft (BGE 131 III 49 E. 4.1.1 S. 55 und 112 II 337 E.

4a S. 342), genügte für die Annahme eines Darlehens allerdings bereits das Fehlen eines Beweises dafür, dass der Beklagte nie einen Rückzahlungswillen gehabt hat. Dass das Darlehen simuliert gewesen wäre, ist nicht erstellt. Zur Begründung der vorstehenden Feststellungen wird auf die überzeugenden Erwägungen des Zivilgerichts (angefochtener Entscheid, E. 3.2 und 3.3.1 f.) und die vorstehenden Erwägungen (oben E. 4.2 f.) verwiesen. Wie sich aus diesen ergibt, sind die Vorbringen des Beklagten nicht geeignet, die Richtigkeit der Feststellungen des Zivilgerichts in Frage zu stellen. Die Berufung des Beklagten auf die Formnichtigkeit des Darlehensvertrags ist rechtsmissbräuchlich. Damit ist der Beklagte gestützt auf ein Darlehensverhältnis zwischen ihm und der Konkursitin gemäss Art. 312 OR zur Rückzahlung von CHF 564'099.04 verpflichtet.

5. Rückerstattungspflicht aufgrund verdeckter Gewinnausschüttung (Art. 678 OR)

5.1 Für den Fall, dass nie ein Rückzahlungswille bestanden hätte und ein simuliertes Darlehen vorliegen würde, hat das Zivilgericht die Rückerstattungspflicht auf Art. 678 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 800 OR gestützt (angefochtener Entscheid, E. 3.4). Es hat hierzu ausgeführt, dass der Beklagte als einziger Gesellschafter und Geschäftsführer Gesellschaftsvermögen in der Höhe von total CHF 564'099.04 bezogen habe, welches nicht geschäftlich verwendet worden sei. Hierbei handle es sich um eine Vermögensverschiebung zu Lasten der Gesellschaft und damit um eine Leistung im Sinn von Art. 678 Abs. 2 OR. Gehe man davon aus, es habe sich um ein fiktives Darlehen gehandelt, habe der Leistung keinerlei Gegenleistung gegenübergestanden, womit ohne Weiteres ein Missverhältnis im Sinne dieser Bestimmung vorliege. Derartige Leistungen wären einem unbeteiligten Dritten niemals gewährt worden. Der Beklagte mache selbst geltend, er habe das Darlehen nur aus steuerlichen bzw. buchhalterischen Gründen fingiert. Er habe einfach Geld bezogen und damit alles bezahlt, den Geschäftsaufwand und seine privaten Kosten. Der Beklagte habe in keiner Weise zwischen Gesellschafts- und Privatvermögen differenziert und keine laufende Buchhaltung geführt. Es sei von seinem Treuhänder darauf aufmerksam gemacht worden, dass er die Bezüge, für welche keine Belege bestünden und die nicht als Geschäftsaufwand verbucht werden könnten, grundsätzlich zurückerstatten müsse. Der Beklagte könne sich unter diesen Umständen nicht darauf berufen, er habe die Leistungen gutgläubig empfangen (angefochtener Entscheid, E. 3.4.3).

5.2 Nach Ansicht des Beklagten sind die Ausführungen des Zivilgerichts zur Rückerstattungspflicht gemäss Art. 678 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 800 OR unzutreffend. Er macht zum einen geltend, dass der objektive Tatbestand von Art. 678 OR nur eigentliche Ausschüttungsvorgänge sowie durch ein Austauschgeschäft "getarnte" Ausschüttungen erfasse. Liege aber ein nichtiges Austauschgeschäft vor, beispielsweise weil dieses bloss fiktiv sei und die Gegenleistung von Anfang an nicht hätte erbracht werden sollen, kämen die Art. 62 ff. OR zu Anwendung. Es sei nicht einzusehen, weshalb vorliegend ein nichtiger Vertrag über Art. 678 OR abgewickelt werden sollte. Ein wesentlicher Unterschied bei der *condictio sine causa* zu den Rechtsgeschäften gemäss Art. 678 OR sei, dass dieser eine *ex tunc*-Wirkung entfalte, was beim Tatbestand von Art. 678 eben nicht der Fall sei. Eine solche Rückabwicklung habe daher zwangsläufig nach den Bestimmungen der ungerechtfertigten Bereicherung zu erfolgen (Berufung, Rz 56 ff.). Zum anderen bestreitet der Beklagte, bösgläubig gehandelt zu haben. Die Klägerinnen hätten im vorinstanzlichen Verfahren nicht dargelegt, dass er bösgläubig gewesen sein soll, im Gegenteil, seine Behauptung, wonach er nicht bösgläubig gehandelt habe und nur mit den kaufmännischen bzw. steuerlichen Vorschriften überfordert gewesen sei, sei unbestritten

geblieben. Aufgrund dessen sei von seiner Gutgläubigkeit auszugehen. Ausserdem könne nicht (nur) von ungerechtfertigten Leistungen gesprochen werden. Der Beklagte habe mit dem Geld erwiesenermassen auch Rechnungen der Gesellschaft bezahlt. Wenn er nun private wie auch geschäftliche Aufwände der Gesellschaft aufgrund einer Empfehlung des Buchhalters/Treuhänders als "Darlehen" verbucht habe, könne ihm jedenfalls keine Bösgläubigkeit vorgeworfen werden, ohne dabei in Willkür zu verfallen. Letztendlich gehe es vorliegend nicht um eine private Bereicherung aufgrund fiktiver Geschäfte, sondern nur um eine steuerlich begründete Umbuchung. Aus den privaten Steuererklärungen des Beklagten sei ersichtlich, dass er kein Vermögen gehabt habe (Berufung, Rz 60 ff.).

5.3

5.3.1 Das Zivilgericht hat zunächst festgestellt, es sei unbestritten, dass das vom Beklagten bezogene Gesellschaftsvermögen in der Höhe von total CHF 564'099.04 nicht geschäftlich verwendet worden sei (angefochtener Entscheid E. 3.4.3). Diese Feststellung ist unrichtig, wie der Beklagte zu Recht geltend macht (Berufung, Rz 65 ff.) und sich bereits aus den Erwägungen des Zivilgerichts ergibt (vgl. angefochtener Entscheid E. 3.3.1c und 3.3.2). Dies ändert aus den nachstehenden Gründen aber nichts daran, dass die rechtserheblichen Feststellungen des Zivilgerichts richtig sind und der Berufungskläger gemäss Art. 678 Abs. 2 OR zur Rückerstattung von CHF 564'099.04 verpflichtet wäre, wenn sich die Rückzahlungspflicht nicht aus einem Darlehensvertrag ergäbe.

5.3.2 Gemäss Art. 678 Abs. 2 OR sind Aktionäre und Mitglieder des Verwaltungsrats zur Rückerstattung anderer Leistungen der Gesellschaft als formaler Gewinnausschüttungen gemäss Art. 678 Abs. 1 OR verpflichtet, soweit diese in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Gegenleistung und zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft stehen (BGE 140 III 602 E. 4 S. 603). Obwohl die Ungerechtfertigkeit der Leistung und die Bösgläubigkeit des Empfängers nur in Art. 678 Abs. 1 OR erwähnt werden, besteht auch die Rückerstattungspflicht gemäss Art. 678 Abs. 2 OR nur unter den weiteren Voraussetzungen, dass die Leistung ungerechtfertigt und der Empfänger bösgläubig ist (Schmid, in: Roberto/Trüb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 678 OR N 5; Vogt, in: Honsell/ Vogt/Watter [Hrsg.], Basler Kommentar. Obligationenrecht II, 5. Auflage, Basel 2016, Art. 678 N 18). Ungerechtfertigt ist die Ausschüttung, wenn sie in Verletzung des Gesetzes oder der Statuten erfolgt ist (Schmid, Art. 678 OR N 6; vgl. Vogt, a.a.O., Art. 678 N 19). Verdeckte Gewinnausschüttungen, insbesondere verschleierte Ausschüttungen wie der Bezug von Gewinnanteilen über fiktive Geschäfte, sind immer ungerechtfertigt im Sinn des Gesetzes, weil hier in jedem Fall zumindest die formellen Voraussetzungen für eine Ausschüttung umgangen werden (Vogt, a.a.O., Art. 678 N 18 und 22). Der Begriff der verdeckten Gewinnausschüttung ist insofern unpräzise, als Art. 678 Abs. 2 OR Leistungen der Gesellschaft generell erfasst, also auch Leistungen einer überschuldeten Gesellschaft und solche, die aus dem Aktienkapital geschöpft werden (von der Crone, Aktienrecht, Bern 2014, § 9 N 44). Die Voraussetzung der Bösgläubigkeit ist erfüllt, wenn der Empfänger im Zeitpunkt der Leistung die fehlende Rechtfertigung des Bezugs kennt oder bei Anwendung gebührender Sorgfalt hätte kennen müssen (Vogt, a.a.O., Art. 678 N 27; vgl. Schmid, a.a.O., Art. 678 OR N 7). In der Lehre wird einerseits angenommen, bei einem offensichtlichen Missverhältnis sei der böse Glaube zu vermuten und müsse der Begünstigte den Gegenbeweis des guten Glaubens erbringen. Nach anderer Auffassung ist der gute Glaube zu vermuten (Art. 3 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs [ZGB,

SR 210]), wobei bei fiktiven Geschäften regelmässig böser Glaube vorliege. Das Bundesgericht hat die Frage soweit ersichtlich bislang offen gelassen. Auch wenn man der zweiten Auffassung folgen würde, fehlten bei einem offensichtlichen Missverhältnis die Voraussetzungen, dass sich der Begünstigte gemäss Art. 3 Abs. 2 ZGB auf den guten Glauben berufen könnte (BGE 140 III 602 E. 10.1 S. 609 mit Hinweisen). Bei fiktiven Geschäften, bei denen der Leistung der Gesellschaft überhaupt keine Gegenleistung gegenübersteht, muss dies erst recht gelten. Die Frage, ob der böse oder der gute Glaube vermutet wird, kann deshalb auch im vorliegenden Fall offen bleiben.

Nicht gefolgt werden kann in diesem Zusammenhang dem Vorbringen des Beklagten, dass bei nichtigen Austauschgeschäften die erfolgten Leistungen nicht nach Art. 678 OR, sondern nach Art. 62 ff. OR rückabzuwickeln seien (Berufung, Rz 57 ff.). Dieses Vorbringen folgt einer Minderheitsmeinung in der Literatur, wonach nichtige Austauschgeschäfte, insbesondere fiktive synallagmatische Verträge, nicht unter Art. 678 OR zu subsumieren, sondern nach allgemeinem Bereicherungsrecht gemäss Art. 62 ff. OR abzuwickeln seien (von der Crone/Mauchle, Rückerstattung von Leistungen nach Art. 678 OR, in: SZW 2015 S. 199 ff., 201 und 203). Zur Begründung bringen die betreffenden Autoren vor, es handle sich nicht um eine Erscheinungsform von Ausschüttungen, bei denen Dividenden, Tantiemen, andere Gewinnanteile oder Bauzinsen von der Gesellschaft an den Empfänger transferiert werden (von der Crone/Mauchle, a.a.O., 203). Dabei übersehen sie jedoch, dass nur Art. 678 Abs. 1 OR eine solche Leistung voraussetzt. Unter Art. 678 Abs. 2 OR fallen gemäss ihrer eigenen Definition als Austauschgeschäft getarnte Ausschüttungen (von der Crone/Mauchle, a.a.O., S. 201 und 203). Weshalb keine als Austauschgeschäft getarnte Ausschüttung vorliegen soll, wenn eine Leistung der Gesellschaft unter dem Deckmantel eines fiktiven synallagmatischen Vertrags erbracht wird, ist nicht nachvollziehbar. Der Auffassung, nichtige Austauschgeschäfte würden vom Tatbestand von Art. 678 OR nicht erfasst, kann deshalb nicht gefolgt werden. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist Art. 678 Abs. 2 OR im Fall eines Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung auch dann anwendbar, wenn die Leistung auf einem wegen unzulässigem Selbstkontrahieren ungültigen Rechtsgeschäft beruht (vgl. BGer 4A_195/2014, 4A_197/2014 vom 27. November 2014 E. 6 [nicht publizierte Erw. in BGE 140 III 602]). Auch ein Teil der Lehre subsumiert den Bezug von Gewinnen über fiktive Geschäfte unter Art. 678 Abs. 2 OR (Vogt, a.a.O., Art. 678 N 9 und 22) oder sogar unter Art. 678 Abs. 1 OR (Dekker, in: Wibmer [Hrsg.], Aktienrecht Kommentar, Zürich 2016, Art. 678 OR N 18 und 24). Die Behauptung des Beklagten, Art. 678 OR setze ein gültiges Rechtsgeschäft voraus (vgl. Berufung, Rz 58 f.), trifft nicht zu. Einer ungerechtfertigten Leistung im Sinn von Art. 678 OR liegt oft ein nichtiger Rechtsakt zugrunde (Vogt, a.a.O., Art. 678 N 34). Dies gilt sogar gemäss den Autoren, die nichtige Austauschgeschäfte vom Geltungsbereich von Art. 678 OR ausnehmen wollen (von der Crone/Mauchle, a.a.O., S. 204). Zusammenfassend erfolgt bei gegebenen Voraussetzungen auch die Rückabwicklung nichtiger Austauschgeschäfte nach Art. 678 OR.

5.3.3 Es ist unbestritten bzw. urkundlich nachgewiesen, dass der Beklagte als einziger Gesellschafter und Geschäftsführer der Konkursitin in den Jahren 2010 bis 2012 jeweils hohe Bargeldbezüge gemacht hat. Mit den bezogenen Barmitteln hat der Beklagte sowohl seine privaten Lebenshaltungskosten als auch den Grossteil des Geschäftsaufwands bestritten (angefochtener Entscheid; E. 3.3.1a; dazu auch vorne E. 3.1). Im vorinstanzlichen

Verfahren behauptete der Beklagte in der Duplik, er habe auch einen Teil der Bargeldbezüge, die nicht als Geschäftsaufwand verbucht worden seien (Darlehenskonto CHF 470'000.■ und Saldo Geld-Transferkonto CHF 94'099.04), für Geschäftszwecke verwendet. Mangels Belegen habe der Geschäftsaufwand nicht verbucht werden können. Er habe das abgehobene Geld teilweise zur Bezahlung von Forderungen der Konkursitin und teilweise für private Zwecke verwendet (Duplik, Rz 26 f., 31, 38 und 87). In seiner Beweisaussage erklärte der Beklagte, er habe das abgehobene Geld in sein Portemonnaie gelegt und damit alles bezahlt. Dabei habe er nicht zwischen geschäftlich und privat unterschieden (Verhandlungsprotokoll HV, S. 5). Soweit der Beklagte die Bargeldbezüge für private Zwecke verwendet hat, handelt es sich gemäss seinen Angaben um verdeckte Gewinnausschüttungen (Duplik, Rz 31 und 38). Verdeckte Gewinnausschüttungen sind per definitionem ungerechtfertigte Gewinnentnahmen (Vogt, a.a.O., Art. 678 N 18). Damit hat der Beklagte selbst behauptet, dass die Bargeldbezüge insoweit, als er sie nicht für geschäftliche Zwecke verwendet hat, ungerechtfertigt gewesen sind.

In ihrer Stellungnahme vom 23. November 2017 zur Duplik (Triplik) hielten die Klägerinnen daran fest, dass es sich bei den Bargeldbezügen im Umfang von CHF 470'000.■ und CHF 94'099.04 um Darlehen gehandelt habe und dass die Darlehensforderungen weiterhin bestünden (Triplik, Rz 19-22). Damit bestritten sie die Behauptung des Beklagten, er habe die Bargeldbezüge teilweise zur Bezahlung von Schulden der Konkursitin verwendet, zumindest implizit. In seiner Beweisaussage bestätigte der Beklagte zwar die Darstellung in seiner Duplik (Verhandlungsprotokoll HV, S. 3-5). Angesichts seines evidenten Eigeninteresses und der Tatsache, dass er nicht hat sagen können, welchen Anteil der Barbezüge er für geschäftliche Zwecke und welchen für private Zwecke verwendet habe (Verhandlungsprotokoll HV, S. 5), genügt dies aber nicht zum Beweis seiner bestrittenen Behauptung, er habe auch einen Teil der Barbezüge, die mangels Belegen nicht als Geschäftsaufwand verbucht worden sind, für geschäftliche Zwecke verwendet.

Gemäss der eigenen Darstellung des Beklagten gab es im Zeitpunkt der Bargeldbezüge für diese keine Rechtfertigung. Eine solche könnte sich erst nachträglich daraus ergeben haben, dass der Beklagte mit dem bezogenen Geld Schulden der Konkursitin bezahlt hätte. Für diese rechtsaufhebende oder rechtsvernichtende Tatsache trägt gemäss Art. 8 ZGB der Beklagte die Beweislast. Wie festgestellt, ist dem Beklagten der Beweis, dass er nicht als Geschäftsaufwand verbuchte Barbezüge für geschäftliche Zwecke verwendet hat, misslungen. Damit ist davon auszugehen, dass der Beklagte die nicht als Geschäftsaufwand verbuchten Bargeldbezüge vollständig für private Zwecke verwendet hat. Folglich sind sie im vollen Umfang ungerechtfertigt.

Der Beklagte machte in seiner Duplik (Rz 27) zwar geltend, er sei nicht bösgläubig gewesen (ebenso Berufung, Rz 63). Er behauptete aber selber Tatsachen, aus denen sich ergibt, dass er bösgläubig gewesen ist. Gemäss der eigenen Darstellung des Beklagten gab es im Zeitpunkt der Bargeldbezüge für diese keine Rechtfertigung. Folglich hätte er im Zeitpunkt der Leistung die fehlende Rechtfertigung der Bezüge zumindest erkennen müssen. Soweit der Beklagte die Bargeldbezüge für private Zwecke verwendet hat, handelt es sich zudem gemäss seinen eigenen Angaben um verdeckte Gewinnausschüttungen (Duplik, Rz 27) und damit ungerechtfertigte Gewinnentnahmen. Dass die Verwendung von Mitteln der Gesellschaft für private Zwecke ungerechtfertigt war, musste auch der Beklagte ohne Weiteres erkennen. Mangels Beweises der teilweisen Verwendung für geschäftliche

Zwecke ist davon auszugehen, dass der Beklagte die gesamten nicht als Geschäftsaufwand verbuchten Bargeldbezüge für private Zwecke verwendet hat. Damit ist die Bösgläubigkeit des Beklagten für die gesamten nicht als Geschäftsaufwand verbuchten Bargeldbezüge erstellt.

6. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzustellen, dass das Zivilgericht zu Recht das Rechtsschutzinteresse wie auch die Aktivlegitimation der Klägerinnen bejaht hat. Nicht zu beanstanden ist sodann, dass das Zivilgericht das Vorliegen eines Darlehens zwischen dem Beklagten und der Konkursitin bejaht hat, welches im Umfang von CHF 564'099.04 nebst Zins zu 5 % seit 5. Februar 2014 zurückzuerstatten ist. Dabei kann sich der Beklagte nicht auf die fehlende Schriftlichkeit des Darlehensvertrags berufen, weil die Formvorschrift von Art. 781b OR den Schutz der Gesellschaft und nicht denjenigen ihres Vertreters bezweckt. Ebenso wenig ist zu beanstanden, dass das Zivilgericht die Rückerstattungspflicht für den Fall, dass sich die Rückzahlungspflicht mangels Rückzahlungswille bzw. infolge simuliertem Rechtsgeschäft nicht aus einem Darlehensvertrag ergäbe, auf Art. 678 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 800 OR gestützt hat. Dem Beklagten gelingt der Beweis nicht, dass er nicht als Geschäftsaufwand verbuchte Bargeldbezüge für geschäftliche Zwecke verwendet hat, so dass diese Bezüge als vollständig für private Zwecke verwendet und damit als rückerstattungspflichtig zu betrachten sind. Im erstinstanzlichen Verfahren machte der Beklagte geltend, eine allfällige Rückerstattungsforderung sei zumindest teilweise durch Verrechnung getilgt worden. Das Zivilgericht stellte mit eingehender Begründung fest, die behaupteten Verrechnungsforderungen seien nicht bewiesen, und wies die vom Beklagten eventualiter erhobene Verrechnungseinrede vollumfänglich ab (angefochtener Entscheid, E. 4). Die diesbezüglichen Erwägungen und Feststellungen des Zivilgerichts werden in der Berufung nicht beanstandet, weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist. Damit ist der Entscheid des Zivilgerichts vollumfänglich zu bestätigen.

7. Sachentscheid und Kostenentscheid

Entsprechend dem Ausgang des Berufungsverfahrens gehen dessen Kosten zu Lasten des Beklagten (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Die Gerichtskosten werden in Anwendung von § 5 Abs. 1 in Verbindung mit § 12 Abs. 1 des Reglements über die Gerichtsgebühren (GGR, SG 154.810) auf CHF 21'000.■ festgesetzt.

In vermögensrechtlichen Zivilsachen besteht das Honorar gemäss § 3 Abs. 1 der Honorarordnung über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Basel-Stadt (HO, SG 291.400) aus dem Grundhonorar mit allfälligen Zuschlägen und Abzügen. Das Grundhonorar bemisst sich nach dem Streitwert (§ 3 Abs. 2 HO). Der Streitwert der Berufung beträgt CHF 564'099.04. 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 Grundhonorar für die erste Instanz beträgt bei einem Streitwert von über CHF 500'000.■ bis CHF 1 Mio. gemäss § 4 Abs. 1 lit. b Ziff. 12 HO CHF 28'600.■ bis CHF 48'000.■. Soweit die HO für die Bemessung des Honorars Mindest- und Höchstansätze vorsieht, richtet sich dieses nach dem Umfang der Bemühungen, der Wichtigkeit und Bedeutung der Sache für die Auftraggeberin oder den Auftraggeber sowie der Schwierigkeit in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht (§ 2 Abs. 1 und 2 HO). Das Zivilgericht erwog, angesichts der

Komplexität in tatsächlicher Hinsicht, insbesondere der umfangreichen, vom Beklagten eingereichten Unterlagen, sei das Grundhonorar auf CHF 48'000.■ festzusetzen (angefochtener Entscheid, E. 7.3). Diese Einschätzung kann nicht auf das Berufungsverfahren übertragen werden. Die Berufung umfasst knapp 20 Textseiten und ist damit im Verhältnis zum Streitwert vergleichsweise kurz. Im Berufungsverfahren haben sich keine Tat- oder Rechtsfragen gestellt, deren Schwierigkeit das bei einem Streitwert wie dem vorliegenden übliche Mass übersteigen würde. Damit handelt es sich um einen durchschnittlichen Fall. Das Grundhonorar kann deshalb mittels Interpolation bestimmt werden.

Interpoliert ergibt sich aus § 4 Abs. 1 lit. b Ziff. 12 HO für einen Streitwert von CHF 564'099.04 ein Grundhonorar von CHF 31'087.05. Gestützt auf das Replikrecht gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29 Abs. 2 BV reichten die Klägerinnen am 8. März 2019 unaufgefordert eine Berufungsduplik ein. Da diese Stellungnahme nicht im Rahmen eines formellen zweiten Schriftenwechsels eingereicht worden ist und bloss vier Seiten umfasst, ist dafür ein Zuschlag gemäss § 5 Abs. 1 lit. b.bb HO von bloss 10 % entsprechend CHF 3'108.70 angemessen. Die Klägerinnen beantragten für ihre Parteientschädigung eine Sicherheit von mindestens CHF 66'559.■. Da der Beklagte nur zur Leistung einer Sicherheit von CHF 26'000.■ verpflichtet worden ist und das weitergehende Sicherstellungsgesuch abgewiesen worden ist, rechtfertigt sich für das Verfahren betreffend die Sicherheit für die Parteientschädigung kein weiterer Zuschlag. Die von den Klägerinnen geltend gemachte Erhöhung gemäss § 4 Abs. 2 HO ist im vorliegenden Fall nicht anwendbar. Sie gilt nur für Prozesse mit einem Streitwert bis CHF 30'000.■, die grundsätzlich mündlich geführt werden können (vgl. § 4 Abs. 1 lit. a HO sowie Art. 243 Abs. 1 und Art. 245 Abs. 1 ZPO). Vom nach den für das erstinstanzliche Verfahren geltenden Grundsätzen bemessenen Honorar von CHF 34'195.75 ist für das Berufungsverfahren ein Abzug von einem Drittel zu machen. Dies ergibt aufgerundet ein Honorar von CHF 22'800.■.

Die Klägerinnen machen eine Auslagenpauschale von 3 % des Honorars geltend. Wie das Zivilgericht unter Verweis auf § 16 Abs. 2 HO zutreffend festgestellt hat, kann eine Auslagenpauschale bei der Bemessung der Parteientschädigung nicht berücksichtigt werden, weil nur die tatsächlichen Auslagen zu ersetzen sind (angefochtener Entscheid, E. 7.3). Die Auslagenpauschale ist deshalb auch bei der Bemessung der Parteientschädigung für das Berufungsverfahren nicht zu berücksichtigen.

Die Klägerinnen machen als Teil ihrer Parteientschädigung Mehrwertsteuer von 7,7 % auf dem Honorar und den Auslagen geltend. Wenn die Partei durch die ihr von ihrer anwaltlichen Vertretung in Rechnung gestellte Mehrwertsteuer finanziell belastet wird, rechtfertigt es sich, diesen Betrag auch bei der Bemessung der Parteientschädigung zu berücksichtigen. Fehlt eine entsprechende Belastung, so ist die Mehrwertsteuer bei der Parteientschädigung hingegen nicht zu berücksichtigen. Wenn die obsiegende Partei selbst mehrwertsteuerpflichtig ist und den Prozess im Rahmen ihrer unternehmerischen Tätigkeit geführt hat, kann sie die ihr von ihrer anwaltlichen Vertretung in Rechnung gestellte Mehrwertsteuer in der Regel als Vorsteuer abziehen (Art. 28 Abs. 1 lit. a des Mehrwertsteuergesetzes [MWSTG, SR 641.20]). In diesem Fall wird die Parteientschädigung deshalb ohne Mehrwertsteuer zugesprochen, sofern die betroffene Partei nicht ausdrücklich einen Zuschlag für die MWST beantragt und nachweist, dass sie durch die Mehrwertsteuer belastet ist (AGE ZB.2017.36 vom 13. September 2018 E. 3,

ZB.2017.1 vom 29. März 2017 E. 4.3 und ZB.2016.33 vom 6. Februar 2017 E. 5.2). Das Zivilgericht erwog, dem nicht näher begründeten Antrag der Klägerinnen auf Zusprechung eines Mehrwertsteueranteils könne praxisgemäss nicht entsprochen werden, weil sie gemäss UID-Register mehrwertsteuerpflichtig seien, und davon auszugehen sei, dass sie die von ihrer anwaltlichen Vertretung in Rechnung gestellte Mehrwertsteuer als Vorsteuer abziehen können (angefochtener Entscheid, E. 7.3). Die Klägerinnen machen nicht geltend, dass diese Feststellungen unrichtig wären. Unter diesen Umständen ist die Mehrwertsteuer auch bei der Parteienschädigung für das Berufungsverfahren nicht zu berücksichtigen.

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