

# FR\_GERICHTE 101 2016 312 vom 6. Juni 2017

FR Kantonsgericht, 2017-06-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr\\_gerichte\\_101\\_2016\\_312](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_101_2016_312)

FR: FR\_GERICHTE 101 2016 312 du 6 juin 2017

IT: FR\_GERICHTE 101 2016 312 del 6 giugno 2017

## Regeste

Urteil des I. Zivilappellationshofs des Kantonsgerichts | Gesellschaftsrecht

## Erwägungen

### E. 1

a) Erstinstanzliche End- und Zwischenentscheide in vermögensrechtlichen Streitigkeiten sind mit Berufung anfechtbar, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.- beträgt (Art. 308 ZPO). Massgebend sind die bis zur Eröffnung des erstinstanzlichen Entscheids vorgebrachten Erklärungen der Parteien und nicht der erstinstanzliche Entscheid, die Rechtsmittelanträge oder die Parteierklärungen im Rechtsmittelverfahren (REETZ/THEILER in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, Art. 308 N. 40). Das Gericht tritt auf die Berufung ein, sofern die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 59 ZPO). Dazu müssen die Parteien u.a. ein schutzwürdiges Interesse haben (Bst. a) und partei- und prozessfähig sein (Bst. c). Vorliegend verfügen die Parteien über ein aktuelles Rechtsschutzinteresse, da ihnen von der ersten Instanz nicht zugesprochen wurde, was sie verlangt haben und sie ein Interesse an der Abänderung des Entscheids haben (BGE 120 II 5 E. 2a). Soweit die Berufungsklägerin 1 über die Abtretungserklärung der Konkursmasse verfügt (Art. 260 SchKG, Klagebeilage 8), wurde ihr das Prozessführungsrecht der Masse abgetreten, weshalb sie unzweifelhaft auch partei- und prozessfähig ist (BGE 140 IV 155 E. 3.4.4; 139 III 391 E. 5.1). Insofern als die drei Berufungskläger unabhängig von der Geltendmachung des Schadens der Gesellschaft durch die Berufungsklägerin 1 auch ihren eigenen Schaden geltend machen wollen und sie dazu Individualklage erhoben haben, sind sie ebenfalls partei- und prozessfähig. Sie bilden eine Streitgenossenschaft, da die Rechte und Pflichten, die beurteilt werden, auf gleichartige Tatsachen oder Rechtsgründe beruhen (Art. 71 Abs. 1 ZPO). Bei einfacher Streitgenossenschaft und Klagenhäufung werden die geltend gemachten Ansprüche zusammengerechnet, sofern sie sich nicht gegenseitig ausschliessen (Art. 93 Abs. 1 ZPO). Somit ergibt sich im vorinstanzlichen Verfahren einen Streitwert in der Höhe von zusammengerechnet CHF 94'961.30 (act. 53, Ziff. II./1., S. 3). Der Streitwert übersteigt CHF 10'000.-, so dass die Voraussetzung von Art. 308 Abs. 2 ZPO erfüllt ist.

Kantonsgericht KG Seite 4 von 17 Im vorliegenden Verfahren ist eine Forderung aus Verantwortlichkeit in Höhe von insgesamt CHF 94'961.35 streitig. Damit ist die Streitwertgrenze von CHF 30'000.- für die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht gegen vorliegendes Urteil erreicht (Art. 74 Abs. 1 Bst. b BGG). b) Die Berufung ist dem Appellationshof innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheides beziehungsweise seit der nachträglichen Zustellung der Entscheidungsbegründung schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 ZPO). Dabei ist im Einzelnen darzulegen,

aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid falsch ist und deshalb abgeändert werden muss (HUNGERBÜHLER, in BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, DIKE-Kommentar ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 311 N. 27 und 37; GASSER/RICKLI, Kurzkommentar ZPO, 2. Aufl. 2014, Art. 311 N. 5 f.; REETZ/THELER, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, Kommentar ZPO, 3. Aufl. 2016, Art. 311 N. 36 f.). Die Entscheidungsbegründung des angefochtenen Urteils wurde den Berufungsklägern am 26. Juli 2016 zugestellt (act. 55). Die Berufung vom 14. September 2016 erfolgte fristgerecht (vgl. Art. 145 Abs. 1 Bst. b i.V.m. Art. 146 Abs. 1 ZPO). Sie wurde dem Berufungsbeklagten am 15. November 2016 zur Stellungnahme zugestellt. Folglich erfolgte auch die Eingabe des Berufungsbeklagten vom 16. Dezember 2016 rechtzeitig. Die Rechtsschriften erfüllen die Anforderungen nach Art. 311 ZPO. Soweit auch die übrigen Prozessvoraussetzungen zu keinen Bemerkungen Anlass geben, ist auf die Berufung demnach einzutreten. c) Mit Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Rechtsmittelinstanz hat den angefochtenen Entscheid im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO) im Rahmen der vorgetragenen Berufungsgründe mit voller Kognition komplett neu zu beurteilen (GEHRI in GEHRI/JENT-SORENSEN/SARBACH, ZPO Kommentar, 2. Aufl. 2015, Art. 310 N. 3). Sie kann eine Verhandlung durchführen oder aufgrund der Akten entscheiden (Art. 316 Abs. 1 ZPO). Vorliegend befinden sich die zur Entscheidung nötigen Informationen in den Akten, weshalb auf eine Verhandlung verzichtet wird. d) Neue Tatsachen und Beweismittel werden im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Praxisgemäss ist zwischen echten und unechten neuen Vorbringen (sog. Noven) zu unterscheiden. Echte Noven sind Tatsachen und Beweismittel, die (erst) nach dem Ende der Hauptverhandlung des erstinstanzlichen Verfahrens entstanden sind. Sie sind im Berufungsverfahren grundsätzlich immer zulässig, wenn sie ohne Verzug nach ihrer Entdeckung vorgebracht werden. Unechte Noven sind Tatsachen und Beweismittel, die bereits bei Ende der erstinstanzlichen Hauptverhandlung entstanden waren. Ihre Zulassung wird im Berufungsverfahren insofern eingeschränkt, als sie ausgeschlossen sind, wenn sie bei Beachtung zumutbarer Sorgfalt bereits im erstinstanzlichen Verfahren hätten vorgebracht werden können (Urteil BGer 4A\_662/2012 vom 7. Februar 2013 E. 3.3, in SZZP 2013 S. 253). Im Falle unechter Noven hat der Beschwerdeführer namentlich die Gründe detailliert darzulegen, weshalb er die Tatsache oder das Beweismittel nicht schon vor erster Instanz hat vorbringen können (Urteil BGer 4A\_334/2012 vom 16. Oktober 2012 E. 3.1, in SJ 135/2013 I S. 311; Urteil BGer 5A\_456/2016 vom 28. Oktober 2016 E. 4.1.1). Aus Art. 317 ZPO ergibt sich somit, dass grundsätzlich alle Tatsachen und Beweismittel in erster Instanz vorzubringen und der Prozess vor dem erstinstanzlichen Richter abschliessend zu führen ist. Das Berufungsverfahren bietet den Parteien folglich nicht Gelegenheit, ihre eigenen

Kantonsgericht KG Seite 5 von 17 Unzulänglichkeiten zu beheben, sondern dient der Überprüfung und Korrektur des erstinstanzlichen Entscheids im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen (BGE 142 III 413 E. 2.2.2 m.w.H.; Urteil BGer 4A\_569/2013 vom 24. März 2014 E. 2.3 mit Verweis auf BK ZPO-STERCHI, Art. 317 N. 2). aa) Die Berufungskläger legen in ihrer Berufung dar, sie hätten entgegen den Ausführungen der Vorinstanz nicht nur die Verletzung von Art. 725 OR gerügt, sondern anlässlich des ersten Parteivortrags zudem vorgebracht, dass der Berufungsbeklagte seine

Pflichten als Verwaltungsrat verletzt habe, indem er sich selber Darlehen auszahlte (CHF 61'528.- gemäss Jahresabschluss 2010, act. 21, Beilage 111; CHF 115'558.29 gemäss Jahresabschluss 2011, act. 21, Beilage 113; CHF 126'378.39 gemäss Kontoauszug per 25. September 2015, Klagebeilage 32, S. 9 und 25) und diese dann mit seinen angeblich durch Rangrücktritt versehenen Forderungen verrechnete. Sie bringen weiter vor, an der Hauptverhandlung vom 22. April 2016 habe der Berufungsbeklagte nicht erklären können, wie es zu diesen Verbuchungen kam. Schliesslich werfen die Berufungskläger der Vorinstanz vor, auf diese behauptete Pflichtverletzung in ihrem Entscheid mit keinem Wort eingegangen zu sein (Berufung, Art. 4, S. 5). Der Berufungsbeklagte legt in seiner Stellungnahme zusammenfassend dar, die angeführte Aussage der Berufungskläger sei unzutreffend und finde in den Akten keine Stütze. Die Berufungskläger hätten zwar behauptet, der Berufungsbeklagte habe sich ein Aktionärsdarlehen geben lassen, hinsichtlich der angeblichen Rückzahlungen der Darlehen stehe im Protokoll jedoch nichts geschrieben. Die Berufungskläger hätten nie eine entsprechende Tatsachenbehauptung vorgebracht. Gemäss Art. 229 Abs. 2 ZPO hätten sie dies jedoch bis spätestens zu Beginn der Hauptverhandlung vom 27. August 2015 tun müssen. Die in der Berufung vorgebrachten Behauptungen im Zusammenhang mit der angeblichen Rückzahlung der Darlehen würden somit unzulässige Noven darstellen, die gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht berücksichtigt werden könnten. Entsprechend könne auf diesen Teil der Berufung nicht eingetreten werden. Im Übrigen bringt der Berufungsbeklagte unter Hinweis auf BGE 127 III 365 E. 2b sinngemäss vor, dass das Vorbringen der Berufungskläger ohnehin zu wenig substantiiert sei. Die Anforderungen an die Substantiierung von anspruchsbegründenden Tatsachen würden nach materiellem Bundesrecht bestimmt. Demnach würden sich diese einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei ergeben. Tatsachenbehauptungen müssten so konkret formuliert sein, dass ein substantiiertes Bestreiten möglich sei oder der Gegenbeweis angetreten werden könne. Bei einer Verantwortlichkeitsklage sei schliesslich erforderlich, die konkreten Handlungen oder Unterlassungen zu substantiieren, mit denen das ins Recht gefasste Organ gegen seine Pflichten verstossen haben solle (Urteil BGer 4A\_603/2014 vom 11. November 2015 E. 8.2.2). Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung tragen die Parteien in Verfahren, die vom Verhandlungsgrundsatz beherrscht sind, die Verantwortung für die Beschaffung des Tatsachenstoffes. Sie haben dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Die Parteien trifft die sog. Behauptungslast. Welche Tatsachen zu behaupten sind, hängt vom Tatbestand der Norm ab, auf die der geltend gemachte Anspruch abgestützt wird. Die Parteien haben alle Tatbestandselemente der materiellrechtlichen Normen zu behaupten, die den geltend gemachten Anspruch begründen. Der Behauptungslast ist Genüge getan, wenn die Parteien in ihrem Tatsachenvortrag in allgemeiner Weise sämtliche Tatsachen benennen, welche unter die ihr Begehren stützenden Normen zu subsumieren sind. Ein solchermassen vollständiger Tatsachenvortrag wird als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt. Bestreitet der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der

Kantonsgericht KG Seite 6 von 17 behauptungsbelasteten Partei, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast. Die Vorbringen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten

werden kann. Ein globaler Verweis auf eingereichte Unterlagen genügt den Anforderungen an Behauptung und Substanziierung nicht (Urteil BGer 4A\_646/2016 vom 8. März 2017 E. 3.4 u.a. mit Hinweis auf BGE 127 III 365 E. 2b und Urteil BGer 4A\_1/2016 vom 25. April 2016 E. 2.1). Sofern die Berufungskläger in ihrer Berufung anführen, sie hätten im vorinstanzlichen Verfahren neben dem Vorwurf einer Verletzung von Art. 725 OR auch eine weitere Pflichtverletzung gerügt, erhellt nicht, worauf sie sich diesbezüglich berufen. Weder aus der Klage (act. 1) noch aus dem ersten Parteivortrag anlässlich der Sitzung vom 27. August 2015 geht ein solcher Vorwurf hervor. In der Klage wird zwar erwähnt, dass weitere Pflichtverletzungen mangels entsprechender Unterlagen noch nicht definitiv beurteilt werden könnten, die Klage befasst sich ansonsten alleine mit der behaupteten Unterlassung der Überschuldungsanzeige. Auch aus dem ersten Parteivortrag ergibt sich keine entsprechende Behauptung. Dem genauen Wortlaut des Protokolls vom 27. August 2015 kann einzig entnommen werden, dass: „der Beklagte sich selber ein Darlehensguthaben (Aktionärsdarlehen) geben lassen und mit einer Forderung gerechnet [habe], für welche er den Rangrücktritt erklärt habe. Somit sei kein korrekter Rangrücktritt zustande gekommen“ (act. 22). Aus den Vorbringen der Berufungskläger lässt sich nicht erkennen, dass diese dem Berufungsbeklagte vorwerfen, durch die angebliche Auszahlung eines Darlehens eine (weitere) ihm obliegende Pflicht verletzt zu haben. Die Vorinstanz hatte folglich keinen Grund dazu, mit Ausnahme von den umstrittenen Rangrücktritten (act. 53, E. 5.2.2 und 5.2.3) auf weitere Pflichtverletzungen einzugehen. Die Tatsache, dass sich der Berufungskläger Darlehen ausbezahlt und diese dann mit seinen angeblich durch Rangrücktritt versehenen Forderungen verrechnet haben soll, wurde somit erst anlässlich der Berufung vom 14. September 2016 behauptet. Entgegen den Ausführungen in der Klage (act. 1, S. 9) hätte zumindest diese Pflichtverletzung bereits im Zeitpunkt der Klageeinreichung, spätestens jedoch anlässlich des ersten Parteivortrags, vorgebracht werden können, da sich die in der Berufung (Art. 4, S. 5) angeführten Darlehenssummen grösstenteils bereits den Klagebeilagen 31 und 32 entnehmen lassen. Es handelt sich dabei folglich um unechte Noven, die mit zumutbarer Sorgfalt schon vor erster Instanz hätten vorgebracht werden können. Die Berufungskläger bringen sodann an keiner Stelle vor, aus welchem Grund die entsprechenden Behauptungen nicht bereits früher hätten vorgebracht werden können. Soweit der Berufungsbeklagte ausführt, die Behauptungen in der Berufungsschrift seien zu spät erfolgt und seien als unzulässige Noven zu betrachten, kann ihm folglich vorbehaltlos zugestimmt werden. Auf diese neuen Vorbringen ist daher nicht einzutreten. Selbst wenn das Vorbringen der Berufungskläger anlässlich ihres ersten Parteivortrages als entsprechende Tatsachenbehauptung angesehen werden könnte, wäre dieses derart pauschal, dass sie die Anforderungen an die Substantiierungspflicht nicht erfüllen. Denn obwohl der Berufungsbeklagte bestreitet, irgendwelche Pflichtverletzungen begangen zu haben (act. 11, S. 8), begnügen sich die Berufungskläger mit einem globalen Verweis auf die eingereichten Unterlagen, ohne weitergehende Ausführungen zur behaupteten Pflichtverletzung zu machen. Wie vom Berufungsbeklagten vorgebracht, wäre ihm ein substantiiertes Bestreiten in casu nicht möglich gewesen, da weder eine konkrete Handlung des Berufungsbeklagten in Frage gestellt noch dargelegt wurde, inwiefern die angebliche Auszahlung von Aktionärsdarlehen und die anschliessende Verrechnung mit durch Rangrücktritt versehenen Forderungen unzulässig sein sollen.

Kantonsgericht KG Seite 7 von 17 bb) In der Berufungsschrift stellen die Berufungskläger sodann ein Aktionärsdarlehen im Umfang von CHF 32'176.09 in Frage (Berufung, Art. 8, S. 9), welches sie in der Folge zur Summe der nicht durch Rücktritte gedeckten

Überschuldung hinzurechnen. Es ist nicht ersichtlich, dass das entsprechende Darlehen schon im vorinstanzlichen Verfahren bestritten wurde, weshalb gestützt auf die obigen Ausführungen auf dieses Vorbringen ebenfalls nicht einzutreten ist. cc) Soweit die Berufungskläger vorbringen, der Berufungsbeklagte habe keine Zwischenbilanz erstellt (Berufung, Art. 8, S. 9), stellt sich ebenfalls die Frage, ob diese Behauptung ins Berufungsverfahren Eingang findet. Der Berufungsbeklagte hält dazu fest, dass die Ausführungen in der Berufungsschrift in weiten Teilen über die von den Berufungsklägern im vorinstanzlichen Verfahren rechtsgenüßlich vorgebrachten Tatsachenbehauptungen hinausgehen würden (Stellungnahme, S. 8). Die Vorinstanz habe zu Recht festgehalten, die Berufungskläger hätten nie geltend gemacht, dass vor der Jahresabschlussbilanz 2009 eine Zwischenbilanz hätte erstellt werden müssen. Obwohl die Berufungskläger diese Feststellung des Gerichts nicht angefochten hätten, würden sie dem Berufungsbeklagten in der Berufung trotzdem vorwerfen, keine Zwischenbilanz erstellt zu haben, womit sie unter Hinweis auf Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht gehört werden könnten. Auf diesen Teil der Berufung sei deshalb nicht einzutreten. Wie die Vorinstanz in ihrem Entscheid explizit festhält (act. 53, S. 11), haben die Berufungskläger im vorinstanzlichen Verfahren an keiner Stelle behauptet, der Verwaltungsrat hätte aufgrund begründeter Besorgnis einer Überschuldung eine Zwischenbilanz erstellen müssen. Diese Feststellung der Vorinstanz wird von ihnen weder bestritten noch legen sie diesbezüglich dar, weshalb die entsprechende Behauptung erst im Berufungsverfahren und nicht bereits im vorinstanzlichen Verfahren vorgebracht werden konnte. Dem Berufungsbeklagten ist deshalb zuzustimmen, soweit er ausführt, eine solche Behauptung könne gestützt auf Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht gehört werden. Denn wie bereits dargelegt, können unechte Noven im Berufungsverfahren nur vorgebracht werden, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon im vorinstanzlichen Verfahren vorgebracht werden konnten. Auf diese neuen Vorbringen ist daher nicht einzutreten. dd) Die Berufungskläger machen schliesslich geltend, dass entgegen den Ausführungen der Vorinstanz, der Jahresabschluss 2009 respektive der Revisionsbericht offensichtlich verschleppt worden sei. Anders lasse es sich nicht erklären, dass das Datum der Rangrücktrittsvereinbarung, der Zahlung des Betrages von CHF 162'000.- und des Revisionsberichts das gleiche sei (Berufung, Art. 8, S. 10). Der Berufungsbeklagte hält dazu allgemein fest, dass die Ausführungen in der Berufungsschrift in weiten Teilen über die von den Berufungsklägern im vorinstanzlichen Verfahren rechtsgenüßlich vorgebrachten Tatsachenbehauptungen hinausgehen würden (Stellungnahme, S. 8). Die Vorinstanz hält auch hinsichtlich diesem Vorbringen in ihrem Entscheid explizit fest (act. 53, S. 11), es sei von den Berufungsklägern an keiner Stelle vorgebracht worden, die Revision hätte zu lange gedauert, bzw. der Abschluss sei zu spät erfolgt. Diese Feststellung wird von den Berufungsklägern nicht bestritten. Da es sich dabei gestützt auf die eingangs gemachten Ausführungen offensichtlich um ein unechtes Novum handelt, hätten die Berufungskläger zumindest die Gründe darlegen müssen, weshalb die Tatsache nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnte, dies haben sie allerdings gänzlich unterlassen. Das Vorbringen ist folglich gestützt auf Art. 317 ZPO unbeachtlich, weshalb darauf nicht einzutreten ist. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Berufungskläger es in mehrfacher Hinsicht unterlassen haben, Behauptungen und Tatsachen, die sie im vorliegenden Berufungsverfahren vorbringen,

Kantonsgericht KG Seite 8 von 17 bereits im erstinstanzlichen Verfahren einzuführen. Die entsprechenden Vorbringen sind gestützt auf die obigen Erwägungen nicht zu hören.

## **E. 2**

und 3 an der benötigten Aktivlegitimation. bb) Während die Aktivlegitimation der Berufungskläger 2 und 3 vom Berufungsbeklagten stets bestritten wurde, wurde diejenige der Berufungsklägerin 1 weder im vorinstanzlichen Verfahren noch im Berufungsverfahren in Frage gestellt. Im Zusammenhang mit den eingangs genannten Erwägungen (vgl. Ziff. 2c) erübrigen sich weitere Ausführungen zur Aktivlegitimation grundsätzlich. Dennoch sei im Hinblick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung kurz erwähnt, dass es sich vorliegend insofern um eine besondere Konstellation handelt, als die Klage erst nach Konkursbeendigung bzw. nach der Löschung der Gesellschaft aus dem Handelsregister erhoben wurde und sich deshalb die Frage aufwirft, ob sich der einheitliche Anspruch der Gläubigersamtheit ohne weiteres einfordern lässt oder ob dazu allenfalls vorgängig eine Wiedereintragung der Gesellschaft hätte beantragt werden müssen (vgl. dazu BGE 110 II 396). Denn gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung führt die Löschung der Gesellschaft aus dem Handelsregister zum Untergang derer Rechtspersönlichkeit. Soweit die gelöschte Gesellschaft Rechtsträgerin des Anspruchs der Gläubigersamtheit ist, würde es folglich auch am Rechtsträger des Verantwortlichkeitsanspruchs fehlen (Urteil BGer 4A\_384/2016 vom 1. Februar 2017 E. 2.1.2, 2.1.3, 2.3; BGE 132 III 731 E. 3.1; BGE 117 III 39 E. 3b). Die Frage der Aktivlegitimation von Abtretungsgläubiger wurde von der Rechtsprechung in diesem Zusammenhang bisher ausdrücklich offen gelassen (BSK OR-GERICKE/WALLER, Art. 757 N. 23 mit Verweis auf Urteil BGer 4A\_231/2011 vom 20. September 2011 E. 2.; BIERI, GesKR 2015, S. 300 FN 49 mit Verweis auf ebengenanntes Urteil sowie Urteil ZK2 11 32 des Kantonsgerichts Graubünden vom 19. August 2013; Urteil BGer 4A\_5/2008 vom 22. Mai 2008 E. 1.4). cc) Zusammenfassend ergibt sich, dass die Berufung, die Berufungskläger 2 und 3 betreffend mangels Aktivlegitimation vollumfänglich abzuweisen ist. Im Folgenden werden daher nur die Vorbringen behandelt, die die Berufungsklägerin 1 betreffen.

## **E. 3**

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

Kantonsgericht KG Seite 11 von 17 (act. 45, S. 7 f.) aus, es könne keine Rede davon sein, dass I.\_\_\_\_\_ angeblich angab, die Situation der G.\_\_\_\_\_ AG gekannt zu haben, weshalb er diesbezüglich die Werthaltigkeit des Darlehens gut habe abschätzen können. Schliesslich führt die Berufungsklägerin 1 an, aufgrund der Ablehnung des Beweisantrags durch die Vorinstanz habe der Sachverhalt in ihren Augen nicht genügend abgeklärt werden können, weshalb die Sache zur Vervollständigung der Sachverhaltsabklärungen an die Vorinstanz zurückzuweisen sei. b) Der Berufungsbeklagte hält dazu fest, den Ausführungen der Berufungsklägerin könne nicht gefolgt werden. Bereits der Vorwurf in der Klage, wonach die Aktiven der konkursiten Gesellschaft im Umfang des strittigen Darlehens

überbewertet gewesen sein sollen, seien einzig damit begründet worden, dass die Abtretung nicht erfolgt sei. Als der Berufungsbeklagte schliesslich mit Eingabe vom 20. August 2015 (act. 20, Art. 15, S. 3) die Behauptung aufgestellt habe, dass es sich um eine werthaltige Forderung handle, hätten sich die Berufungskläger damit begnügt, diese Behauptung ohne jede Begründung zu bestreiten. Aus diesem Grund habe die Vorinstanz den Beweisantrag auf Edition der Buchhaltungsunterlagen der G. \_\_\_\_\_ AG ohne weiteres abweisen dürfen. Hinzu komme ausserdem, dass der Berufungsbeklagte im vorinstanzlichen Verfahren verschiedene Dokumente eingereicht habe, welche die Werthaltigkeit der abgetretenen Forderung hinlänglich beweisen würden. So sei das fragliche Darlehen anfänglich in der privaten Steuererklärung des Berufungsbeklagten für das Jahr 2007 (act. 118) ausgewiesen worden, während die Bilanz der H. \_\_\_\_\_ GmbH auf der Passivseite eine Verbindlichkeit in gleicher Höhe gegenüber dem Berufungsbeklagten aufwies (act. 120). Nach der Abtretung sei dieser Betrag in der privaten Steuererklärung für das Jahr 2008 (act. 119) nicht mehr aufgeführt worden. Stattdessen habe die Bilanz der G. \_\_\_\_\_ AG diesen Betrag von CHF 141'400.- ausgewiesen (act. 121). Der Berufungsbeklagte schliesst aus diesen Unterlagen sowie aus den Aussagen der Revisionsstelle anlässlich der Sitzung vom 22. April 2016, wonach diese die Bilanzen der Firmen H. \_\_\_\_\_ bzw. G. \_\_\_\_\_ zum Zeitpunkt als sie die Revisionen durchführte, gekannt habe, dass die Vorinstanz von der Werthaltigkeit der abgetretenen Darlehensforderung ausgehen durfte. Die Berufung sei infolgedessen unbegründet und abzuweisen. c) Während im vorinstanzlichen Verfahren zwischen den Parteien umstritten war, ob das Darlehen tatsächlich abgetreten und auch korrekt bewertet wurde (act. 53, S. 10), bestreitet die Berufungsklägerin 1 im Berufungsverfahren einzig noch die Werthaltigkeit der Forderung. Soweit sie diesbezüglich ausführt, die Vorinstanz hätte die Aussagen des Berufungsbeklagten nicht kritisch hinterfragt, ist nicht ersichtlich und wird von der Berufungsklägerin 1 auch nicht dargelegt, weshalb sie zu diesem Schluss gelangte. Wie sie selbst darlegt, hat die Vorinstanz die Tatsache, wonach der Berufungsbeklagte falsche Angaben zur Abtretung gemacht hat, in ihrem Entscheid explizit angeführt (act. 53, S. 10). Es kann somit davon ausgegangen werden, dass dieser Faktor von der Vorinstanz bei der Entscheidungsfindung durchaus berücksichtigt wurde. Dies umso mehr als sich auch aus den Akten keine Anhaltspunkte entnehmen lassen, die einen gegenteiligen Schluss nahe legen würden. Die falschen Angaben des Berufungsbeklagten gegenüber dem Konkursamt beziehen sich im Übrigen nicht auf die Werthaltigkeit der Forderung, sondern einzig auf deren Abtretung. Das Vorbringen der Berufungsklägerin 1 hinsichtlich den Aussagen des Zeugen I. \_\_\_\_\_ ist insofern unbegründet, als sie in der Berufung selbst wörtlich zitiert, dass dieser auf die Frage, ob er die Bilanzen der Firma H. \_\_\_\_\_ bzw. G. \_\_\_\_\_ im Zeitpunkt, als er die Revisionen durchgeführt hat, gekannt habe, mit „Ja“ beantwortet (act. 45, S. 9 f.). Es erhellt vorliegend nicht,

Kantonsgericht KG Seite 12 von 17 weshalb die Berufungsklägerin 1 der Auffassung ist, es könne keine Rede davon sein, dass I. \_\_\_\_\_ die Situation der G. \_\_\_\_\_ AG gekannt und deshalb die Werthaltigkeit des Darlehens gut habe abschätzen können. Einzig aufgrund der Aussage I. \_\_\_\_\_, er müsse in den Revisionsunterlagen nachschauen, ob er die Werthaltigkeit des Darlehens geprüft habe (act. 45, S. 10), kann nicht ohne weiteres geschlossen werden, dass das Darlehen nicht werthaltig war. Viel eher muss die Aussage dahingehend verstanden werden, dass sich I. \_\_\_\_\_ anlässlich der Befragung nicht zweifellos erinnern konnte. Die Berufungsklägerin 1 begnügt sich vorliegend mit der pauschalen Bestreitung der Glaubwürdigkeit des Berufungsbeklagten sowie des Zeugen

ohne darzulegen, aus welchen Gründen die Sachverhaltsfeststellung durch die Vorinstanz bzw. der darauf gestützte Entscheid falsch ist und die Sache zurückzuweisen wäre. Hinsichtlich dem Vorbringen der Berufungsklägerin 1, wonach die Abweisung des Beweisantrags eine ungenügende Sachverhaltsabklärung zur Folge habe, ist festzuhalten, dass die Vorinstanz durchaus die Möglichkeit hat, Beweisanträge abzuweisen, wenn sie in Würdigung der bereits erhobenen Beweismittel, d.h. in Anwendung von Art. 157 ZPO zum Schluss kommt, weitere Beweismassnahmen vermögen an ihrer bereits feststehenden Überzeugung nichts mehr zu ändern (BGE 141 I 60 E. 3.3; BGE 136 I 229 E. 5.3; Urteil BGer 4A\_571/2016 vom 23. März 2017 E. 4.1). Wie aus dem Entscheid der Vorinstanz hervorgeht, stützt sich diese auf die Aussagen des Zeugen I.\_\_\_\_\_, welche wie oben dargelegt, keinen Anlass zur Beanstandung geben. Soweit dieser ausführt, die Bilanzen der G.\_\_\_\_\_ bzw. der H.\_\_\_\_\_ im Zeitpunkt der Revisionen gekannt zu haben, ist nicht ersichtlich und wird von der Berufungsklägerin 1 auch nicht dargelegt, welche weitere Erkenntnis sich aus dem Beizug der genannten Bilanzen hinsichtlich der Werthaltigkeit des Darlehens ergeben würden. Ausserdem wurden im vorinstanzlichen Verfahren, wie vom Berufungsbeklagten dargelegt, weitere Unterlagen ins Recht gelegt, die ebenfalls zur vollständigen Sachverhaltsabklärung beitragen konnten. Soweit diesem Vorbringen mangels ausreichender Substantiierung überhaupt eigenständige Bedeutung zukommt, gelingt es der Berufungsklägerin 1 folglich nicht, aufzuzeigen, weshalb das Darlehen nicht werthaltig gewesen sein soll, bzw. weshalb die Sachverhaltsfeststellung sowie die Abweisung des Beweisantrags durch die Vorinstanz zu beanstanden ist. Aus den dargelegten Gründen ist somit davon abzusehen, den angefochtenen Entscheid aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Das Hauptbegehren der Berufungsklägerin 1 ist folglich abzuweisen.

#### **E. 4**

Aufl. 2009, § 13 Rz. 768). Als solche Anzeichen werden in der Literatur beispielsweise genannt: andauernde Verlustausweise („cash drain“) in den Zwischenabschlüssen, ausserordentliche Ereignisse während des Geschäftsjahres (z.B. Prozesse, Garantien, Bürgschaften, Fehlinvestitionen, Preiszerfall, Verluste bei Beteiligungsgesellschaften oder Klumpenrisiken), welche zu grösseren Abschreibungs- und Rückstellungsbedarf führen oder Liquiditäts- schwierigkeiten (BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725 N. 33 mit Verweis auf BÖCKLI, § 13 Rz. 768). Soweit die Berufungsklägerin 1 vorbringt, der Berufungsbeklagte hätte nicht erst im Zeitpunkt der Vorlage des Revisionsberichts sondern bereits im Frühjahr 2010 handeln müssen, hat sie alle Tatbestandselemente der materiellrechtlichen Normen zu behaupten, die den geltend gemachten Anspruch begründen (vgl. zur Begründungs- und Substantiierungspflicht Ziff. 1d/aa). Eine Pflichtverletzung setzt voraus, dass überhaupt eine Pflicht zum Handeln besteht. Im Hinblick auf die vorliegende Bestimmung hätte die Berufungsklägerin 1 folglich Tatsachen behaupten müssen, die aufzeigen, dass bereits im Frühjahr 2010 begründete Besorgnis einer Überschuldung bestand

Kantonsgericht KG Seite 15 von 17 bzw. hätte bestehen müssen. Dazu bringt die Berufungsklägerin 1 vor, der Berufungsbeklagte hätte bereits in diesem Zeitpunkt wissen müssen, dass sich die Situation im Verhältnis zum Vorjahr nicht gebessert sondern verschlechtert habe; es hätten „klare Hinweise“ bestanden. Weder diese pauschalen Behauptungen noch der Verweis auf die Aussage des Berufungsbeklagten, das Budget laufend überprüft zu haben, sagen etwas darüber aus, weshalb er im Frühjahr 2010 begründete Besorgnis einer Überschuldung hatte bzw. hätte haben müssen. Das Vorbringen

der Berufungsklägerin 1, wonach bereits im Vorjahr eine Überschuldung bestanden habe, trägt sodann ebenfalls nichts zur Klärung bei. Denn daraus könnte zwar eine erhöhte Pflicht des Verwaltungsrats zur Überwachung der finanziellen Lage der Gesellschaft abgeleitet werden, allerdings vermag die Berufungsklägerin 1 damit nicht darzulegen, dass im Frühjahr 2010 Anzeichen für eine begründete Besorgnis bestanden haben. Soweit sie nicht einmal ansatzweise ausführt, es bestünden entsprechende Anzeichen, ist fraglich, ob sie damit überhaupt ihrer Behauptungslast nachgekommen ist. Fest steht auf jeden Fall, dass sie dadurch weder eingehend darzulegen vermag, dass bereits im Frühjahr 2010 eine Pflicht zum Handeln bestanden noch dass der Berufungsbeklagte eine solche Pflicht verletzt hätte. So hat sie sich – wie der Berufungsbeklagte zu Recht ausführt – unter diesem Punkt auch nicht mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinandergesetzt, welche unter Bezugnahme auf die Aussagen des Berufungsbeklagten sowie des Zeugen I. \_\_\_\_\_ u.a. ausführen, dass es nicht möglich war, bereits per Ende 2009 eine Rangrücktrittserklärung abzugeben. Rangrücktritte könnten erst erfolgen, wenn man die Situation genau kenne, was erst der Fall sei, wenn der Abschluss vorliege (act. 53, S. 10). Mangels einer rechtsgenügenden Begründung erübrigen sich an dieser Stelle weitere Ausführungen zur von der Berufungsklägerin 1 geltend gemachten Pflichtverletzung im Frühjahr 2010. Vorliegend steht somit einzig noch in Frage, ob der Rangrücktritt im Juli 2010 aus anderen Gründen zu spät erfolgte. Dazu wird von der Vorinstanz ausgeführt, dass in Fällen von Art. 725 Abs. 2 OR Rangrücktritte erst erklärt werden könnten, nachdem die durch die Revisionsstelle geprüfte Zwischenbilanz erstellt wurde. Analog zu diesem Fall geht die Vorinstanz in der Folge davon aus, dass Rangrücktritte, welche wie vorliegend am gleichen Tag wie der Revisionsbericht erfolgten, nicht zu spät seien. Diese Feststellung wird durch die Berufungsklägerin 1 nicht bestritten. Sie führt dazu lediglich sinngemäss aus, es sei nicht nur darum gegangen, an besagtem 22. Juli 2010 formell einen Rangrücktritt vorzunehmen, sondern es hätten dazu auch Vorbereitungen vorgenommen werden müssen (Feststellung der Höhe der Überschuldung, Organisieren und Einbezahlen der benötigten Summe). Soweit sie in diesem Zusammenhang vorbringt, der Berufungsbeklagte habe per 31. Dezember 2009 nicht über entsprechendes Guthaben verfügt, das einen Rangrücktritt erlaubt hätte, ist dies unbestritten. Allerdings schliesst dies nicht aus, dass die genannten Vorbereitungshandlungen nicht auch am selben Tag wie der Revisionsbericht hätten stattfinden können. Sofern die Berufungsklägerin 1 dadurch möglicherweise vorbringen wollte, dass der tatsächliche Rangrücktritt im Hinblick auf den Revisionsbericht vom 22. Juli 2010 verspätet erfolgt sei, sind ihre Darlegungen derart unbestimmt und vage, dass sie ihrer Begründungspflicht damit nicht ausreichend nachgekommen ist. Dem Berufungsbeklagten kann somit gefolgt werden, wenn er ausführt, die Berufungsklägerin 1 habe sich mit den Erwägungen der Vorinstanz nicht ausreichend auseinandergesetzt. Weitere Erwägungen erübrigen sich folglich auch in dieser Hinsicht. cc) Gestützt auf die obigen Ausführungen gelangt der I. Zivilappellationshof zusammenfassend zum Schluss, dass die Berufungsklägerin 1 weder ausreichend darzulegen vermag, dass die Summe der Überschuldung im Frühjahr 2010 CHF 297'676.84 betrug, noch dass dem Berufungsbeklagten im Frühjahr 2010 die Pflicht oblag, den Richter zu benachrichtigen.

Kantonsgericht KG Seite 16 von 17 Soweit der Berufungsbeklagte im Juli 2010 einen Rangrücktritt erklärte, erfolgte dieser im Übrigen nicht zu spät. Die Vorbringen der Berufungsklägerin 1 sind unbegründet, weshalb die Berufung in diesem Punkt abzuweisen ist. dd) Zusammenfassend ergibt sich, dass die Berufung der Berufungskläger 2 und 3 mangels Aktivlegitimation abgewiesen wird, soweit darauf eingetreten wurde. Da die

Berufungsklägerin 1 weder mit ihrem Haupt- noch ihrem Eventualbegehren durchgedrungen ist, ist auch ihre Berufung vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf eingetreten wurde. Der Entscheid der Vorinstanz vom 10. Juni 2016 wird somit bestätigt.

## **E. 5**

a) Vorliegend sind die Berufungskläger mit ihren Rechtsbegehren nicht durchgedrungen, weshalb ihnen als unterliegenden Partei die Prozesskosten des Berufungsverfahrens auferlegt werden (Art. 106 Abs. 1 ZPO). b) Sind am Prozess mehrere Personen als Haupt- oder Nebenparteien beteiligt, so bestimmt das Gericht ihren Anteil an den Prozesskosten. Das Gericht kann auf solidarische Haftung erkennen (Art. 106 Abs. 3 ZPO). Bei einfachen Streitgenossen rechtfertigt sich eine solidarische Auferlegung der Kosten, soweit sie eine gemeinsame Rechtsposition vertreten und der Prozessausgang für alle Berufungskläger derselbe ist (BK ZPO-STERCHI, 2012, Art. 106 N. 12). Vorliegend vertraten alle Berufungskläger grundsätzlich dieselbe Position und die Berufung wurde betreffend alle Berufungskläger abgewiesen. Ob dies nun mangels Aktivlegitimation oder durch Prüfung der Haftungsvoraussetzungen geschah, spielt keine Rolle, da das Ergebnis auch bei Bejahung der Aktivlegitimation kein anderes gewesen wäre. Die Berufungskläger reichten das Schlichtungsgesuch zusammen ein, wurden im vorinstanzlichen Verfahren alle durch den gleichen Rechtsvertreter vertreten, leisteten den Gerichtskostenvorschuss solidarisch, verursachten alle Handlungen des Gerichts gemeinsam (z.B. Beweisanträge) und traten gegenüber dem Gericht jeweils einheitlich auf. Deshalb ist anzunehmen, die Kläger gingen während des gesamten Verfahrens von einem einheitlichen Schicksal ihrer Klage aus. Somit rechtfertigt sich die solidarische Auferlegung der Parteientschädigung. Die als Parteientschädigung geschuldeten Anwaltshonorare für das Berufungsverfahren sind vorliegend detailliert festzusetzen (Art. 105 Abs. 2 i.V.m. 96 ZPO, Art. 63 i.V.m. 65 ff. JR). Dabei berücksichtigt das Gericht insbesondere die unter gewöhnlichen Umständen zur Führung des Prozesses notwendige Zeit und die auf dem Spiel stehenden Interessen (Art. 63 Abs. 3 JR). Die Entschädigung basiert auf einem Stundentarif von CHF 250.- (Art. 65 JR). Korrespondenz und Telefongespräche, die zur Führung des Prozesses notwendig waren und den Rahmen einer einfachen Aktenverwaltung nicht überschreiten, insbesondere Übermittlungsschreiben, Gesuche um Fristerstreckung oder um Verschiebung einer Verhandlung, geben einzig Anspruch auf ein Pauschalhonorar von höchstens CHF 500.-, ausnahmsweise CHF 700.- (Art. 67 JR). Gemäss Art. 68 JR werden die für die Führung des Prozesses notwendigen Auslagen zum Selbstkostenpreis verrechnet. Vorbehalten bleiben die folgenden Bestimmungen: Die Kosten für Kopien, Portos und Telefonate werden pauschal auf 5 % der Grundentschädigung festgelegt (Abs. 2). Rechtsanwalt Daniel Schneuwly macht in seiner Kostenliste vom 5. Mai 2017 ein Honorar von CHF 2'763.70 geltend. Unter Berücksichtigung namentlich des Schwierigkeitsgrades, der unter gewöhnlichen Umständen zur Führung des Prozesses notwendigen Zeit sowie der auf dem Spiel stehenden Interessen und angesichts des Streitwerts ist dieser Betrag nicht zu beanstanden. Die Spesenpauschale beträgt 5% der Grundentschädigung (ohne Erhöhung aufgrund des Streitwerts) und wird folglich auf CHF 103.15 festgesetzt. Die Berufungskläger haben dem Berufungsbeklagten damit eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 2'866.85, zuzüglich MwSt. von 8% (CHF 229.35), insgesamt ausmachend CHF 3'096.20, zu leisten.

Kantonsgericht KG Seite 17 von 17 c) Die Gerichtskosten werden pauschal auf CHF 12'000.- festgelegt (Art. 95 Abs. 2 Bst. b ZPO; Art. 19 Abs. 1 und 21 JR) und vom

geleisteten Kostenvorschuss der Berufungskläger bezogen. Hinsichtlich der Gerichtskosten wird die Solidarität hinfällig, weil diese durch die Kostenvorschüsse gedeckt wurden, welche bereits solidarisch geleistet wurden und entsprechend, mangels zusätzlicher Forderungen für Gerichtskosten, einzubehalten sind. Der Hof erkennt: I. Die Berufung wird, soweit sie die Berufungskläger 2 und 3 betrifft, mangels Aktivlegitimation abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde. Die Berufung wird, soweit sie die Berufungsklägerin 1 betrifft, abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde. Der Entscheid des Zivilgerichts des Sensebezirks vom 10. Juni 2016 wird bestätigt. II. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens, bestimmt auf einen Betrag von CHF 12'000.-, werden den Berufungsklägern auferlegt und vom geleisteten Kostenvorschuss bezogen. III. Die Berufungskläger werden solidarisch verpflichtet, dem Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung von CHF 3'096.20 (inkl. MwSt. von CHF 229.35) zu entrichten. IV. Zustellung. Dieses Urteil kann innert 30 Tagen nach seiner Eröffnung mit Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht angefochten werden. Das Beschwerderecht und die übrigen Zulässigkeits- voraussetzungen sind in den Art. 72 bis 77 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG) geregelt. Die begründete Beschwerdeschrift ist beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Freiburg, 6. Juni 2017/jko Präsident Gerichtsschreiberin

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