



Fall-Nr.:	BO.2023.8-K3
Stelle:	Kantonsgericht
Rubrik:	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
Publikationsdatum:	23.05.2024
Entscheiddatum:	22.03.2024

Entscheid Kantonsgericht, 22.03.2024

Art. 41 Abs. 1 OR: Der Beauftragte und spätere Arbeitnehmer unternahm mit dem damaligen Geschäftsführer seiner Auftrags- und späteren Arbeitgeberin eine private Reise. Die dafür entstandenen Kosten stellte er seiner Auftrags- bzw. Arbeitgeberin als Beratungshonorar in Rechnung. Der Beklagte, der wegen dieses Sachverhalts in einem Strafverfahren bereits wegen Gehilfenschaft zur Veruntreuung und Urkundenfälschung verurteilt wurde, konnte auch im Zivilverfahren weder die Begründetheit seiner Honorarforderung noch weiterer dort zur Verrechnung gestellter Forderungen belegen. Er wurde deshalb gestützt auf Art. 41 OR zur Rückerstattung dieses Betrages verurteilt. (E.III.1 ff.). Im Berufungsverfahren galt es zudem, die Rechtmässigkeit einer von der Vorinstanz nicht abgenommenen Zeugenbefragung zu beurteilen (E.III.4). (Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 22. März 2024, BO.2023.8-K3).

Entscheid siehe PDF



Kantonsgericht St. Gallen

III. Zivilkammer

Geschäfts-
nummer

BO.2023.8-K3 (VV.2021.115; VV.2021.191)

Verfahrens-
beteiligte

A.____

**Klägerin und
Berufungsbeklagte,**

vertreten von Rechtsanwalt B.____

gegen

C.____

**Beklagter und
Berufungskläger,**

vertreten von Rechtsanwalt D.____

Gegenstand

Forderung aus Haftpflichtrecht



Anträge vor Kreisgericht

a) der Klägerin

1. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin Fr. 18'100.00 nebst Zins zu 5% seit dem 23. März 2015 zu bezahlen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Beklagten (zuzüglich MwSt.).

b) des Beklagten

Klageantwort und Widerklage vom 29. November 2021

1. Die Klage sei abzuweisen;
2. Widerklageweise sei die Klägerin zu verpflichten, dem Beklagten den Betrag von Fr. 63'583.75 nebst Zins zu 5% seit dem 12. April 2021 zu bezahlen;
unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Klägerin (zuzüglich MwSt.).

Duplik vom 27. Juni 2022

1. Die Klage sei abzuweisen;
2. unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Klägerin (zuzüglich MwSt.).

Entscheid Kreisgericht E.____, Einzelrichter, vom 28. November 2022

1. C.____ wird verpflichtet, der A.____ Fr. 18'100.00 nebst Zins zu 5% seit dem 23. März 2015 zu bezahlen.
2. Das Verfahren betreffend Widerklage wird infolge Klagerückzugs abgeschrieben.
3. a) Die Gerichtskosten von insgesamt Fr. 3'600.00 (Entscheidgebühr Kreisgericht Fr. 3'300.00, Schlichtungsgebühr Fr. 300.00) werden C.____ auferlegt.
b) Die Gerichtskosten werden mit den von der Klägerin geleisteten Kostenvorschüssen von Fr. 300.00 (Schlichtung) und Fr. 2'200.00 (Gericht) verrechnet.
c) C.____ hat der A.____ die von ihr geleisteten Kostenvorschüsse von Fr. 300.00 (Schlichtung) und Fr. 2'200.00 (Gericht) zu ersetzen.
4. C.____ hat die A.____ für deren anwaltliche Vertretung mit Fr. 5'073.65 (inkl. Barauslagen und MwSt.) zu entschädigen.



Anträge vor Kantonsgericht

a) des Beklagten

1. Die Ziffern 1, 3 und 4 des Entscheides des Kreisgerichts E.____, Einzelrichter (VV.2021.115 und VV.2021.191) vom 28. November 2022 / 5. Januar 2023 seien aufzuheben;
2. Die Klage sei abzuweisen;
3. Eventualiter sei die Streitsache an das Kreisgericht E.____ zu neuer Entscheidung zurückzuweisen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Berufungsbeklagten/Klägerin (zuzüglich MwSt.).

b) der Klägerin

1. Die Berufung sei abzuweisen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Berufungsklägers und Beklagten (zzgl. MwSt.).



Erwägungen

I.

1. C.____ (Beklagter) war für die A.____ (Klägerin) nach deren Darstellung ab dem Frühjahr 2013, nach Darstellung des Beklagten bereits ab Mai 2012, auf Mandatsbasis tätig und übernahm ab 1. Januar 2014 die Stelle als Geschäftsführer des F.____. Der Beklagte reiste vom 12. bis 17. Januar 2015 zusammen mit dem damaligen Vorsitzenden der Geschäftsleitung der Klägerin, G.____, und zwei weiteren Personen (...) nach Dubai, um dort Golf zu spielen. Für diesen Urlaub, bei dem es sich unstreitig nicht um eine Geschäftsreise handelte, stellte die H.____ am 21. November 2014 für Flug, Transfer und Unterkunft einen auf den Beklagten entfallenden Betrag von insgesamt Fr. 18'164.00 in Rechnung (kläg.act. 9). Diesen beglich der Beklagte unbestrittenermassen persönlich. Am 10. März 2015 stellte er der Klägerin sodann eine Rechnung über Fr. 18'100.00 für "Beratungsdienstleistungen für laufende Projekte inkl. Auslagen und Spesen gemäss Absprache", die in der Folge auch beglichen wurde (kläg.act. 11 f.). Die Klägerin wirft dem Beklagten vor, er habe sich mit dieser Rechnung die Kosten der privaten Dubai-Reise ersetzen lassen und sie, die Klägerin, dadurch an ihrem Vermögen geschädigt. Sie verlangt daher gestützt auf Art. 41 OR den Ersatz des Schadens vom Beklagten. Sie verweist ferner darauf, dass der Sachverhalt auch durch die Staatsanwaltschaft des Kantons I. untersucht worden sei. Dieses Verfahren habe mit einem (rechtskräftigen) Strafbefehl geendet, mit welchem der Beklagte wegen Gehilfenschaft zur Veruntreuung und Urkundenfälschung zu einer bedingten Geldstrafe von 45 Tagessätzen zu je Fr. 350.00, unter Ansetzung einer Probezeit von drei Jahren, verurteilt worden sei (kläg.act. 15).

2. Am 23. März 2021 fand in dieser Sache vor dem Vermittleramt E.____ die Schlichtungsverhandlung statt, die aber erfolglos blieb und mit der Erteilung der Klagebewilligung endete (vi-act. 1). Am 25. Juni 2021 erhob die Klägerin beim Kreisgericht E.____ (Vorinstanz) mit den vorgenannten Rechtsbegehren Klage (vi-act. 2) und leistete den geforderten Kostenvorschuss von Fr. 2'200.00 (vi-act. 5). Der Beklagte erstattete am 29. November 2021 innert mehrfach erstreckter Frist seine Klageantwort und erhob zugleich Widerklage (vi-act. 7-13). Mit Schreiben vom 1. Dezember 2021 wies die Vorinstanz den Beklagten daraufhin, dass durch die erhobene Widerklage ein Wechsel ins ordentliche Verfahren erfolgen würde und er deshalb für das Widerklageverfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 5'100.00 zu leisten habe (vi-act. 15). Mit Schreiben vom 20. Dezember 2021 teilte der Beklagte schliesslich mit, die Widerklage – unter Vorbehalt der Wiederein-



bringung – zurückzuziehen (vi-act. 18). Die Klägerin erstattete am 21. Februar 2022 ihre Replik (vi-act. 22), während der Beklagte seine Duplik innert mehrfach erstreckter Frist am 27. Juni 2022 einreichte (vi-act. 25-31). Am 13. Juli 2022 schlug die Vorinstanz den Parteien den Verzicht auf eine mündliche Hauptverhandlung vor (vi-act. 33), womit sich die Klägerin mit Schreiben vom 21. Juli 2022 (vi-act. 34) und der Beklagte mit Schreiben vom 12. September 2022 (vi-act. 37) einverstanden erklärten. Die Klägerin nahm bei dieser Gelegenheit auch nochmals kurz zur Sache Stellung. Am 28. November 2022 fällte die Vorinstanz ihren Entscheid und versandte diesen gleichentags mit einer Kurzbegründung an die Parteien (vi-act. 39). Der Beklagte liess daraufhin am 8. Dezember 2022 um eine schriftliche Begründung ersuchen (vi-act. 40). Der begründete Entscheid wurde in der Folge am 5. Januar 2023 an die Parteien verschickt (vi-act. 42).

3. Gegen diesen Entscheid reichte der Beklagte am 6. Februar 2023 Berufung mit den vorstehend wiedergegebenen Rechtsbegehren ein (B/1 [Berufung]). Die Klägerin reichte am 22. März 2023 ihre Berufungsantwort ein und ersuchte dabei um (kostenfällige) Abweisung des Rechtsmittels (B/10 [Berufungsantwort]). Der Beklagte wiederum nahm dazu mit Eingabe vom 17. April 2023 nochmals Stellung (B/14), während sich die Klägerin nicht mehr äusserte.

II.

1. Die von Amtes wegen zu prüfenden Prozessvoraussetzungen für das Berufungsverfahren sind erfüllt (Art. 59 f., Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 sowie Art. 311 Abs. 1 ZPO). Auf die Berufung ist einzutreten. Zuständig ist die III. Zivilkammer des Kantonsgerichts (Art. 16 Abs. 1 EG-ZPO i.V.m. Art. 14 Abs. 1 lit. d GO).

2. Mit der Berufung nach Art. 308 ff. ZPO können die unrichtige Rechtsanwendung und/oder die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Den Berufungskläger trifft dabei eine Begründungspflicht (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Er hat sich daher sachbezogen mit dem Entscheid der Vorinstanz auseinanderzusetzen und unter Bezugnahme auf die erstinstanzlichen Erwägungen im Einzelnen darzulegen, warum dieser in den angefochtenen Punkten unrichtig sein soll (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 4A_651/2012 E. 4.2; REETZ/THEILER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. Aufl., Art. 311 N 36). Fehlt eine hinreichende Begründung, hat dies zur Folge, dass auf die Berufung nicht einzutreten ist (ZPO-Rechtsmittel-KUNZ, 2013, Art. 311 N 84; STAEHELIN A./BACHOFNER, in: Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 3. Aufl., § 26 N 42; SEILER, Die Berufung nach ZPO, 2013, N 601).



3. Im Berufungsverfahren sind neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel nur zulässig, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgetragen werden konnten sowie ohne Verzug geltend gemacht werden (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Deren Zulässigkeit ist im jeweiligen Sachzusammenhang zu prüfen.

4. Gemäss dem aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör fliessenden sogenannten Replikrecht hat eine Partei Anspruch darauf, von jeder dem Gericht eingereichten Stellungnahme der Gegenseite Kenntnis zu nehmen und sich dazu zu äussern, und zwar unabhängig davon, ob die Stellungnahme neue Tatsachen oder Argumente enthält und ob sie das Gericht tatsächlich zu beeinflussen vermag. Dieses Replikrecht führt dazu, dass ein Berufungskläger nach Erstattung der Berufungsantwort zu den darin gemachten Ausführungen selbst dann Stellung beziehen darf, wenn das Gericht keinen zweiten Schriftenwechsel oder eine Verhandlung angeordnet hat. Allerdings wird eine solche Stellungnahme inhaltlich nur soweit berücksichtigt, als sie Ausführungen enthält, die nicht schon früher hätten vorgebracht werden können und müssen. Dabei hat sich der Berufungskläger unverzüglich zu äussern und, weil es nicht Aufgabe des Gerichts ist, danach zu forschen, darzutun, inwiefern der Gehörsanspruch die weitere Eingabe rechtfertigt. Die Replik darf im Übrigen nicht dazu verwendet werden, die Berufung zu ergänzen oder zu verbessern (BGE 142 III 413 E. 2.2.4; BGE 142 III 48 E. 4.1.1; BGE 139 I 189 E. 3.2; BGE 137 I 195 E. 2.3.1; BGer 4A_213/2015 E. 2.1.2; BGer 4A_278/2014 E. 2.2; BGer 4A_510/2011 E. 1; vgl. auch REETZ/HILBER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. Aufl., Art. 316 N 8 und 45 sowie Art. 317 N 12 und 25; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., N 4.63). Auf die Stellungnahme des Beklagten vom 17. April 2023 (B/14) ist im weiteren Sachzusammenhang insoweit einzugehen, als sie sich nach Massgabe der vorgenannten Kriterien als beachtlich erweist.

III.

1. Die Vorinstanz erwog, die vom Beklagten mit Schreiben vom 10. März 2015 in Rechnung gestellten und durch die Klägerin bezahlten Beratungsdienstleistungen im Betrag von Fr. 18'100.00 seien nicht ausgewiesen, sondern hätten tatsächlich dem Ersatz der privat bezahlten Reisekosten nach Dubai gedient. Damit sei die Klägerin an ihrem Vermögen geschädigt worden, was der Beklagte gestützt auf Art. 41 OR zu ersetzen habe.

2. Gemäss Art. 41 Abs. 1 OR ist zum Ersatz verpflichtet, wer einem andern widerrechtlich, sei es mit Absicht oder aus Fahrlässigkeit, Schaden zufügt. Eine Haftung nach



Art. 41 OR setzt kumulativ einen Schaden, einen natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhang zwischen schädigendem Verhalten und Schaden, Widerrechtlichkeit der Schädigung und ein Verschulden des Schädigers voraus (BSK OR I-KESSLER, 7. Aufl., Art. 41 N 2c; KUKO OR-SCHÖNENBERGER, 2014, Art. 41 N 3).

a) Schaden ist eine ungewollte Vermögensverminderung, d.h. eine Differenz zwischen dem aktuellen Vermögensstand des Geschädigten infolge des schädigenden Ereignisses und dem hypothetischen (gleichzeitigen) Vermögensstand bei Ausbleiben des Ereignisses (sog. Differenztheorie). Zum Vermögen gehören die wirtschaftlich messbaren Güter, an denen eine Person berechtigt ist (BSK OR I-KESSLER, Art. 41 N 3; KUKO OR-SCHÖNENBERGER, Art. 41 N 4).

b) Der natürliche Kausalzusammenhang ist gegeben, wenn ein Verhalten (Umstand) unabdingbare Voraussetzung für ein Schadensereignis ist. Zur Eingrenzung der sich daraus ergebenden Kausalität dient die Adäquanztheorie. Danach wird nur jene Ursache als haftungsbegründend angesehen, die "nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und den Erfahrungen des Lebens geeignet ist, einen Erfolg wie den eingetretenen herbeizuführen oder mindestens zu begünstigen". Dies betrifft die objektive Voraussehbarkeit des Schadensereignisses (BSK OR I-KESSLER, Art. 41 N 15 f.; KUKO OR-SCHÖNENBERGER, Art. 41 N 13 ff.).

c) Praxisgemäss liegt der Generalnorm von Art. 41 Abs. 1 OR die sogenannte objektive Widerrechtlichkeitstheorie zugrunde. Danach ist eine Schadenszufügung widerrechtlich, wenn sie gegen eine allgemeine gesetzliche Pflicht verstösst. Ein solcher Verstoss kann darin liegen, dass ein absolutes Recht des Geschädigten verletzt wird oder der Schädiger eine reine Vermögensschädigung durch Verstoss gegen eine einschlägige Schutznorm bewirkt. Widerrechtlichkeit liegt nach dem Gesagten vorbehaltlich einer Rechtfertigung stets vor, wenn die Schädigung in ein absolut geschütztes Rechtsgut eingreift. Als solche gelten Leben, körperliche, geistige und seelische Integrität, Persönlichkeit, Eigentum, Besitz und Immaterialgüterrechte. Schäden, die ohne Eingriff in ein absolut geschütztes Rechtsgut entstehen, werden als reine Vermögensschäden bezeichnet. Sie sind nur dann widerrechtlich, wenn sie unter Verletzung einer besonderen Verhaltensnorm bewirkt werden, die nach ihrem Zweck (auch) vor Schädigungen in der Art der (konkret) eingetretenen schützen soll. Solche Normen werden als Vermögensschutznormen bezeichnet. Vermögensschutznormen können der Gesamtheit der schweizerischen Rechtsordnung entspringen (Privatrecht, öffentliches Recht, Strafrecht). Sie können geschrieben oder ungeschrieben sein. Auch das kantonale Recht kann Vermögensschutznormen enthalten. Haftpflichtrelevante Schutznormen finden sich v.a. im (Vermögens-)Strafrecht. Der Schutz



erstreckt sich nur auf die genau umschriebenen Arten der Schädigung. Eine Strafnorm kann nur dann als haftpflichtrechtliche Vermögensschutznorm herangezogen werden, wenn im konkreten Fall sowohl ihr objektiver als auch ihr subjektiver Tatbestand erfüllt ist. Keine Widerrechtlichkeit folgt hingegen aus der blossen Verletzung einer vertraglichen Pflicht (BSK OR I-KESSLER, Art. 41 N 31 ff.; KUKO OR-SCHÖNENBERGER, Art. 41 N 21 ff.).

d) Die Verschuldenshaftung nach Art. 41 Abs. 1 OR setzt naturgemäss ein Verschulden des Haftpflichtigen voraus. In objektiver Hinsicht ist ein Verschulden insbesondere gegeben, wenn jemand mit Absicht handelt, also einen Schädigungserfolg herbeiführen will (direkter Vorsatz), oder diesen – i. S. eines Eventualvorsatzes – zumindest in Kauf nimmt. Auch ein fahrlässiges Handeln ist schadensbegründend (BSK OR I-KESSLER, Art. 41 N 45; KUKO OR-SCHÖNENBERGER, Art. 41 N 31 ff.).

3. Die Vorinstanz erwog, es sei erstellt und unbestritten, dass sich der Beklagte vom 12. bis 17. Januar 2015 mit dem damaligen Geschäftsführer der Klägerin, G.____, und zwei weiteren Personen in Dubai aufgehalten habe. Bei dieser Reise habe es sich nicht um eine Geschäftsreise gehandelt und die auf den Beklagten entfallenden Kosten von Fr. 18'164.00 habe dieser persönlich beglichen. Ebenfalls unbestritten sei, dass der Beklagte der Klägerin am 10. März 2015 Fr. 18'100.00 in Rechnung gestellt habe, die auch vollumfänglich bezahlt worden seien. Die Vorinstanz hatte daher zu prüfen, ob mit dieser Zahlung die privaten Reisekosten ersetzt, dadurch eine widerrechtliche Handlung i.S. eines Verstosses gegen eine Vermögensschutznorm begangen und folglich bei der Klägerin adäquat-kausal ein Schaden verursacht worden waren. Es blieb dabei vordringlich zu prüfen, ob mit der Honorarrechnung tatsächlich die Reisekosten geltend gemacht, oder, wie der Beklagte behauptet, Honorarforderungen aus Beratungsaufträgen beglichen wurden (vi-Entscheid, S. 5). Im Berufungsverfahren ist dies (weiterhin) strittig.

4.a) Die Vorinstanz verzichtete im Zivilverfahren darauf, G.____ als Zeuge zur Dubai-Reise und zu den durch den Beklagten in Rechnung gestellten Beratungsdienstleistungen (vgl. kläg.act. 11) zu befragen. Sie führte dazu aus, jener sei bereits im Strafverfahren dazu einvernommen worden und habe dort angegeben, für ihn sei klar gewesen, dass die Dubai-Reise grundsätzlich von der Klägerin bezahlt worden sei. Im Weiteren habe er ausgesagt, sich nicht mehr zu erinnern, welche Beratungsleistungen der Beklagte mit der hier interessierenden Rechnung vom 10. März 2015 verrechnet habe (kläg.act. 6, S. 15 ff.). Die Vorinstanz ging deshalb nicht davon aus, dass sich G.____ Jahre später doch noch daran würde erinnern können. Eine Befragung im Zivilverfahren sei deshalb nicht aussichtsreich (vi-Entscheid, S. 6). Der Beklagte beanstandet allerdings die Ablehnung seines Beweisantrags und macht geltend, der Umstand, dass G.____ als beschuldigte Person



im Strafverfahren nicht auswendig alle von ihm in Auftrag gegebenen Projekte habe aufzählen können, lasse den von der Vorinstanz gezogenen Schluss nicht zu. So habe G.____ im Strafverfahren gerade das "(...) Konzept" ausdrücklich genannt (Berufung, S. 6). Die Klägerin wiederum erachtet den Verzicht auf die Befragung als zulässige antizipierte Beweiswürdigung (Berufungsantwort, S. 7 f.).

b) Ein Beweismittel muss nur objektiv, d. h. aus allgemeiner Betrachtung heraus, tauglich sein (Art. 152 Abs. 1 ZPO). Diese objektive Tauglichkeit fehlt, wenn seine Abnahme nicht zur Erkenntnis führen kann, ob eine Tatsachendarstellung wahr oder falsch ist. Die Frage nach der subjektiven Untauglichkeit eines Beweismittels ist hingegen insoweit der antizipierten Beweiswürdigung zuzuordnen, als sie bedeutet, dass das Gericht Beweismittel ablehnen darf, von denen es glaubt, dass sich an der bereits gewonnenen Überzeugung nichts ändern wird (BSK ZPO-GUYAN, 3. Aufl., Art. 152 N 6 f. m.w.H.). Eine antizipierte Beweiswürdigung ist solange nicht erlaubt, als das Gericht die behauptete Tatsache weder als bewiesen noch als widerlegt betrachtet und die beweispflichtige Partei hat Anspruch darauf, für rechtserhebliche aber bestrittene Vorbringen zum Beweis zugelassen zu werden. Kommt das Gericht indessen zum Schluss, das beantragte Beweismittel sei von vornherein nicht geeignet, die behauptete Tatsache zu beweisen, hat die Partei, die sich darauf beruft, aufzuzeigen, inwiefern dies nicht zutrifft (BGE 143 III 297 E. 9.3.2 m.w.H.; BGer 5A_763/2018 E. 2.1.1.2 m.w.H.).

c) Will der Beklagte geltend machen, seiner Rechnung vom 10. März 2015 lägen reale und nicht bloss fiktive Leistungen zu Grunde, die er im Sinne eines Akontos abgerechnet habe, so trägt er dafür die Behauptungs- und Beweislast. Eine Beweisabnahme kann daher nur durchgeführt werden, wenn zu bestrittenen Sachverhalten auch hinreichende Tatsachenbehauptungen vorgebracht werden. Der Beklagte erwähnte in diesem Verfahren hinsichtlich seiner Rechnung (zunächst noch im Zusammenhang mit seiner Widerklage) zwar verschiedene (Beratungs-)Leistungen, die er zeitlich vor Ausstellung der Akontorechnung für die Klägerin erbracht haben will (Klageantwort, S. 9 ff.). Diese werden von der Klägerin aber bestritten und sie bestreitet ferner auch das Vorliegen eines Auftragsverhältnisses mit Bezug auf verschiedene dieser Leistungen (Replik, S. 7). Der Beklagte seinerseits macht keine konkreten Ausführungen dazu, auf welche der von ihm geltend gemachten (Beratungs-)Leistungen sich die entsprechende Akonto-Rechnung bezogen haben soll bzw. welche Leistungen mit dieser hätten abgerechnet werden sollen (vgl. z.B. Klageantwort S. 10: "Diese Rechnung entspricht umfassend dem Inhalt der Aufträge, welche von der Klägerin durch G.____ an den Beklagten erteilt wurden. Es ging durchwegs um Beratung, eben Consulting und das Honorar erfolgte ebenfalls gemäss Absprache.").



Fehlt es aber bereits an den erforderlichen Tatsachenvorbringen, kann über diese auch kein Beweis abgenommen werden. Das Beweisverfahren dient nicht dazu, fehlende Behauptungen zu ersetzen oder ergänzen, sondern setzt solche gerade voraus (BGE 144 III 67 E. 2.1; BGer 4A_113/2017 E. 6.1.1).

d) Die beantragte Befragung von G.____ zur Frage, ob der Beklagte begründeterweise eine Honorarforderung von Fr. 18'100.00 in Rechnung stellte und bezahlt erhielt, wäre bloss unter vorgenannter und vorliegend nicht erfüllter Voraussetzung hinreichend substantiierter Behauptungen als grundsätzlich zielführend zu betrachten. Unbestritten ist zwar, dass G.____ als CEO der Klägerin dem Beklagten verschiedene Beratungsaufträge erteilt hat, für die jener bezahlt wurde. Vor dem Hintergrund allerdings, dass G.____ bereits anlässlich einer Konfrontationseinvernahme im Strafverfahren im April 2020 die hier strittige Rechnung nicht mit einem konkreten Beratungsmandat in Verbindung bringen konnte, lässt sich solches auch mehrere Jahre später tatsächlich nicht erwarten. Der Beklagte vermag in seiner Berufung in keiner Weise darzutun, wieso diese Erwägung unzutreffend sein soll. Angesichts des Umstandes, dass G.____ in seiner langjährigen Tätigkeit für die Klägerin – nach eigenen Aussagen – viele Rechnungen visiert und auch viele Beratungsdienstleistungen in Auftrag gegeben hat, ist auch bei einer neuerlichen Befragung nicht zu erwarten, dass er sich nun doch wieder an einzelne davon konkret erinnern kann. Die beantragte Beweiserhebung ist damit zwar nicht objektiv, aber subjektiv unmöglich und erscheint nicht geeignet, die Überzeugung des Gerichts umzustossen. Es hätte am Beklagten gelegen, im Berufungsverfahren konkret aufzuzeigen, wieso die Befragung doch zielführend sein könnte, was ihm mit seinen allgemein gehaltenen Ausführungen dazu jedoch nicht gelingt (Berufung, S. 6 f.).

5. Der Beklagte macht in seiner Berufung die Begründetheit seiner mit Rechnung vom 10. März 2015 (kläg.act. 11) fakturierten Honorare geltend. Dazu kann auf die weiteren Erwägungen, insbesondere auf E. III. 9 hernach, verwiesen werden.

6.a) Die Vorinstanz erwog, der hier zu beurteilende Sachverhalt sei auch Gegenstand eines Strafverfahrens gewesen. Als der Beklagte noch als Zeuge im Strafverfahren ausgesagt habe, habe er angegeben, er sei von G.____ bzw. der Klägerin nach Dubai eingeladen worden. Als er aber selber als beschuldigte Person einvernommen worden sei, habe er von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch gemacht. Es sei indessen nicht ersichtlich, wieso er nicht bereits gegenüber der untersuchenden Staatsanwaltschaft geltend machte, bei der fraglichen Rechnung habe es sich um Honorarforderungen gehandelt. Dieses Verhalten sei auch nicht damit zu erklären, dass der Beklagte das Strafverfahren nicht habe fortführen wollen, sondern spreche dafür, dass die Behauptung zur Ab-



wehr der hier zu beurteilenden Zivilforderung neu erhoben wurde. Die Beweisergebnisse des Strafverfahrens sprächen klar für eine Verbindung zwischen der Honorarrechnung und den Reisekosten (vi-Entscheid, S. 6).

b) Der Beklagte bringt diesbezüglich vor, er habe sich aufgrund der Beratung durch seine damalige Rechtsvertretung zur Aussageverweigerung entschieden. Da die hier strittige Rechnung, die klar auf den tatsächlichen Forderungsgrund hinweise, damals bekannt gewesen sei, hätte er dazu auch gar nicht mehr sagen können. Dies gelte umso mehr, als er im Strafverfahren stets mit Mutmassungen und unterschwelligen Anschuldigungen seitens der Staatsanwaltschaft konfrontiert gewesen sei (Berufung, S. 10 f.).

c) Die Klägerin macht geltend, der Beklagte habe anlässlich seiner Zeugeneinvernahme bei der Staatsanwaltschaft vom 29. August 2019 ausgeführt, er sei von G.____ nach Dubai eingeladen worden und es sei beim F.____ nicht üblich gewesen, First-Class zu fliegen und im Luxushotel abzusteigen. Diese Spontanreaktion lege nahe, dass der Beklagte nicht selber für die Reise bezahlt habe (Berufungsantwort, S. 10).

d) Die im Strafverfahren anfänglich deckungsgleichen Aussagen des Beklagten und von G.____, die Reise sei von der Klägerin bezahlt worden, sprechen klar gegen den zwischenzeitlich eingenommenen Standpunkt des Beklagten, er habe die Reise selber bezahlt. Auch der von der Vorinstanz in Erwägung gezogene Umstand, dass der Beklagte im später auch gegen ihn geführten Strafverfahren seine Aussage auch dann verweigerte, als er – schuldentlastend – die Rechtmässigkeit seiner behaupteten Honorarforderung hätte geltend machen können, weisen in dieselbe Richtung. Auch die vom Beklagten geltend gemachten staatsanwaltlichen Mutmassungen und angeblichen unterschwelligen Anschuldigungen sprechen nicht gegen eine solche (differenzierte) Ausübung des Aussageverweigerungsrechts, hätte eine klare und belegbare Begründung der Forderung doch entlastend gewirkt. Dies gilt umso mehr, als dem Beklagten auch explizit Fragen zum Grund der Rechnung gestellt wurden (kläg.act. 6, S. 16 f.). Auch wenn der Beklagte den Schuldspruch letztlich mit Blick auf den Verfahrensfortgang nicht angefochten haben will und sich alleine daraus noch keine Haftpflicht des Beklagten ergibt (Art. 53 Abs. 2 OR), fügen sich diese Umstände dennoch schlüssig in die vorinstanzlichen Erwägungen ein. Die Vorinstanz schloss daher aus dem Beweisergebnis des Strafverfahrens zu Recht auf eine Verbindung zwischen der vom Beklagten gestellten Rechnung und der Dubai-Reise.

7.a) Die Vorinstanz erwog ferner, der Beklagte habe nicht schlüssig erklären können, wieso er die Rechnung vom 10. März 2015 (kläg.act. 11) zeitnah nach der Dubai-Reise aber erst Jahre nach der von ihm behaupteten Beratungsleistung gestellt habe und wieso



diese nahezu dem Betrag der Reisekosten entspreche. Die Rechnung nehme überdies nicht Bezug auf konkrete Aufträge und Projekte, welchen die Beratungsleistungen gegolten haben sollen. Es weise auch keines der vom Beklagten angerufenen Projekte den in Rechnung gestellten (Teil-)Betrag auf. Der Einwand des Beklagten, es sei ihm überlassen, über welchen Betrag er wann eine Akonto-Rechnung stelle, vermöge vor diesem Hintergrund nicht zu überzeugen. Die Rechnungshöhe und der Rechnungszeitpunkt sprächen klar für einen Zusammenhang der Honorarrechnung mit den Reisekosten (vi-Entscheid, S. 7).

b) Der Beklagte bringt diesbezüglich vor, er könne belegen, dass er im Zeitpunkt der streitgegenständlichen Rechnungsstellung vom 10. März 2015 fällige Honorarforderungen gegenüber der Klägerin offen gehabt habe, welche den tatsächlich verrechneten Betrag von Fr. 18'100.00 deutlich überstiegen. Die Rechnungsstellung als Akonto-Rechnung sei damit – unbesehen des Zeitpunkts – rechtmässig gewesen. Wann und wieviel er von den offenen Forderungen in Rechnung stelle, sei alleine seine Entscheidung als Auftragnehmer. Die Rechnungsstellung sei gemäss deren Wortlaut "nach Absprache" erfolgt, was mit seinen Angaben übereinstimme, er sei von G.____ aufgefordert worden, diese offenen Positionen (endlich) abzurechnen. Das zeitliche Zusammenfallen der Rechnung mit der Dubai-Reise möge ein unglücklicher Zufall sein, der sich aber damit erklären lasse, dass G.____ seine Aufforderung zur Rechnungsstellung anlässlich der Reise wiederholt habe (Berufung, S. 8 und 10).

c) Die Klägerin macht dagegen geltend, aus der Rechnung ergebe sich in keiner Weise, dass es sich dabei um eine Akonto-Rechnung gehandelt hätte. Dies sei vom Beklagten auch während der gesamten mehrjährigen Strafuntersuchung nie angedeutet worden (Berufungsantwort, S. 10).

d) Vorab fällt auf, dass sich der strittigen Rechnung nicht entnehmen lässt, welche Beratungsleistungen sie betrifft, und auch nicht, dass es sich bei ihr um eine (blosse) Akonto-Rechnung handelt. Eine solche würde nach der Darstellung des Beklagten ohnehin keinen Sinn machen, soll er doch in Dubai von G.____ aufgefordert worden sein, endlich seine noch offenen Honorare abzurechnen. Wollte G.____ mit seiner Aufforderung tatsächlich die seit langem offenen Forderungen des Beklagten erledigen, liesse sich dieses Ziel mit einer blossen Akonto-Rechnung offensichtlich nicht erreichen. Eine Akonto-Rechnung macht aber auch vor dem Hintergrund, dass die Arbeiten längst abgeschlossen gewesen sein sollen, keinen Sinn. Akonto-Rechnungen werden wesensgemäss vor oder während laufender Arbeiten gestellt, um während der Auftragserfüllung die Liquidität des Beauftragten sicherzustellen und allenfalls seine Forderung fortlaufend zu besichern. Der Vor-



trag des Beklagten ist vor diesem Hintergrund nicht schlüssig, weshalb nur das zeitliche und betragliche Zusammenfallen der Dubai-Reise mit der beklagtischen Honorarnote verbleibt. Vor diesem Hintergrund schloss die Vorinstanz zu Recht auf einen Zusammenhang der Rechnungsstellung und der Reisekosten.

8.a) Die Vorinstanz führt ferner an, die vom Beklagten am 10. März 2015 erfolgte Rechnungsstellung für Beratungsleistungen (kläg.act. 11) stehe im Widerspruch zu seiner Rechnung vom 15. Februar 2021, mit welcher er pauschal Fr. 25'000.00 für "Vorarbeiten und Konzeptentwicklung F.____ August 2012 bis Februar 2013" verrechnet und in den dortigen "Schlussbemerkungen" geschrieben habe, dass er bisher aus Kulanz darauf verzichtet habe, seine Aufwendungen bis zu seiner Anstellung als Geschäftsführer des F.____ in Rechnung zu stellen, angesichts der aktuellen Entwicklungen aber darauf zurückkomme (bekl.act. 6). Diese Bemerkung schliesst nach der Vorinstanz einerseits aus, dass es sich bei der streitgegenständlichen früheren Rechnung vom 10. März 2015 (kläg.act. 11) um eine Akonto-Rechnung für Beratungsleistungen gehandelt haben soll und andererseits erscheine es wenig sinnvoll, über Jahre mit der Rechnungsstellung zuzuwarten, danach eine Teilrechnung zu stellen und dann wieder Jahre mit der nächsten Teilrechnung zuzuwarten (vi-Entscheid, S. 7).

b) Der Beklagte äussert sich in seiner Berufung nicht zu dieser vorinstanzlichen Erwägung, während sich die Klägerin ihr anschliesst (Berufungsantwort, S. 5).

c) Der angefochtene Entscheid thematisiert zu Recht die in der Rechnung vom 15. Februar 2021 (bekl.act. 6) enthaltene Schlussbemerkung. Verzichtete der Beklagte zuvor tatsächlich, wie er in der Schlussbemerkung schreibt, auf eine Fakturierung seiner Leistungen, lässt sich die streitgegenständliche Faktura vom 10. März 2015 (auch aus dieser Sicht) nicht schlüssig als Akontorechnung erklären. Auch die zeitliche Staffelung zwischen der Honorarrechnung vom 10. März 2015 – mit der behaupteterweise auf Aufforderung von G.____ hin (endlich) über die Beratungsleistungen des Beklagten abgerechnet werden sollte (hiervor, III.7b) – und der erst Jahre später dennoch gestellten weiteren Rechnung ist nicht schlüssig zu erklären.

9.a) Der Beklagte stellt für den Fall, dass seine Rechnung als nicht rechtsgenügend erachtet werden sollte, Gegenforderungen zur Verrechnung. Die Vorinstanz erwog hierzu, für diese Forderungen sei der Beklagte beweisbelastet, könne diesen Beweis aber mit den von ihm beantragten Beweismitteln nicht erbringen. Der Beklagte stütze sich dafür auf einen nicht im Recht liegenden Beratervertrag vom 25. März 2013 und einen undatierten, aber darauf Bezug nehmenden Folgevertrag. Die zur Verrechnung gestellten Leistungen



sollen aber überwiegend bereits vorher, hauptsächlich im Jahr 2012, erbracht worden sein, weshalb diese Verträge nicht massgebend seien. Von der Klägerin würden die Forderungen überdies bestritten und bei jener seien auch keine Aufträge dokumentiert. Die beantragten Befragungen von G.____ und weiteren Personen als Zeugen und dem Beklagten als Auskunftsperson seien nicht aussichtsreich, da G.____ sich bereits anlässlich seiner Einvernahmen im Strafverfahren höchstens sehr vage habe erinnern können. Die weiteren Zeugen könnten zudem höchstens bestätigen, dass betreffend die Beratungsgegenstände mit ihnen Gespräche geführt worden seien, nicht aber, auf welcher vertraglichen Grundlage der Beklagte dies getan habe. Die beantragten Zeugenbefragungen seien daher nicht aussichtsreich (vi-Entscheid, S. 7 ff.).

b) Der Beklagte wendet dagegen ein, er habe gegenüber der Klägerin offene Forderungen, die den Betrag von Fr. 18'100.00 beträchtlich übersteigen würden (Berufung, S. 12 f.) und macht zu diesen an verschiedenen Stellen seiner Berufung Ausführungen. Er sei fortlaufend von G.____ für Beratungsleistungen in Anspruch genommen worden, was von einem breiten Personenkreis aus dem entsprechenden Umfeld bestätigt werden könne. Dazu hätten neben Beratungen für das F.____, von welchem er erst im Rahmen der Umsetzung als Geschäftsführer angestellt worden sei, namentlich die Projekte "(...)", "(...)", "(...)" sowie das "(...)" gehört. Er verweist dazu neben den beantragten Zeugen- und Parteibefragungen auch auf die Akten des Strafverfahrens, gemäss welchen G.____ ausgesagt habe, er, der Beklagte, habe immer wieder Beratungen erbracht, wobei er, G.____, sich spontan an das Projekt "(...)" erinnern könne (kläg.act. 6, S. 18). Er habe die Aufträge bereits vor Vorinstanz, in seiner Duplik vom 27. Juni 2022, detailliert beschrieben und dokumentiert (vi-act. 31, S. 7 ff.). In [...]kreisen sei dabei klar, dass Beratungsaufträge entgeltlich im Sinne von Art. 394 Abs. 3 OR seien. Da sich die Vorinstanz mit den offerierten Beweisen nicht auseinandergesetzt bzw. diese nicht abgenommen habe, habe sie das Recht auf Beweis verletzt und den Sachverhalt falsch festgestellt. Der Umstand, dass das Konzept der "(...)" nicht mehr beigebracht werden könne – weder vom Kläger noch ihm, dem Beklagten – sei dabei nicht erheblich, da dessen Umsetzung und die Relevanz des beklagten Beitrags dazu notorisch seien (Berufung, S. 7). In seiner Stellungnahme vom 17. April 2023 lässt er vortragen, G.____ sei als damaliger CEO der Klägerin sehr wohl zur Einzelunterschrift berechtigt gewesen. Als Beweis lässt er dessen Befragung beantragen (B/14, S. 3).

c) Die Klägerin bestreitet hingegen die Gegenforderungen des Beklagten und macht zudem geltend, dass G.____ bei ihr, der Klägerin, zu keinem Zeitpunkt über eine Einzelzeichnungsberechtigung verfügt habe und eine mündliche Beauftragung des Beklagten



durch jenen daher bereits aus diesem Grund ausscheide. Im Übrigen verweist sie auf ihre früheren Ausführungen und die Erwägungen des angefochtenen Entscheids (Berufungsantwort, S. 7).

d) Die von der Klägerin vorgetragene Behauptung, G.____ habe bei ihr nie über eine Einzelzeichnungsberechtigung verfügt und daher auch nicht alleine – mündlich – Berateraufträge erteilen können, stimmt mit dem Handelsregisterauszug der Klägerin (kläg.act. 2) überein und wird vom Beklagten nicht mittels anderer Vollmachten oder dergleichen widerlegt. Bezeichnenderweise wurde auch der im Recht liegende (spätere) Beratungsvertrag (kläg.act. 4) nicht durch G.____, sondern durch zwei andere Vertreter der Klägerin unterzeichnet. Da in [...]kreisen bei Vertragsabschlüssen eine gehörige Bevollmächtigung der Vertreter regelmässig geprüft werden dürfte, wirft dieser Umstand entscheidende Fragen zum Zustandekommen der vom Beklagten geltend gemachten Vertragsverhältnisse auf. Diese Zweifel liessen sich auch mit einer Einvernahme des sich diesbezüglich möglicherweise in einem Interessenskonflikt befindenden G.____ nicht beseitigen, sondern könnten nur durch Urkunden oder allenfalls Aussagen anderer Organe der Klägerin stichhaltig belegt werden. Solche Beweisabnahmen wurden aber gerade nicht beantragt, weshalb der Beklagte dafür beweislos bleibt. Auch die von ihm vor Vorinstanz in der Duplik vom 27. Juni 2022 vorgetragene Behauptungen zu erteilten Aufträgen und den daraus abgeleiteten Honorarforderungen, auf die der Beklagte auch im Berufungsverfahren verweist, führen als Beweismittel neben den Rechnungen des Beklagten im Wesentlichen die beantragte Zeugenaussage von G.____ an. Diese ist aber, wie bereits dargelegt, weder geeignet noch, mit Blick auf die unbelegt gebliebene Zeichnungsberechtigung, relevant. Der Beklagte reichte auch zu keinem Zeitpunkt Stundenaufschriebe oder andere Leistungsnachweise ins Recht, obschon – zumindest gemäss Ziff. 4 des (späteren) Beratervertrags – ein Stundensatz von Fr. 250.00 vorgesehen war (kläg.act. 4). Seine behaupteten Honorarforderungen bleiben daher unbelegt, weshalb sie auch nicht zur Verrechnung gestellt werden können.

10. Zusammengefasst ergibt sich damit, dass die Vorinstanz begründeterweise auf weitere Beweiserhebungen verzichtete und die Haftung des Klägers gestützt auf Art. 41 OR zu Recht bejahte. Zu diesem Ergebnis führen einerseits die Ergebnisse der Strafuntersuchung. In deren Rahmen sagte auch der Beklagte anfänglich aus, die Reise nach Dubai sei von der Klägerin bezahlt worden und wendete auch nicht ein, bei der streitgegenständlichen Rechnung handle es sich um eine Honorarforderung für Beratungsleistungen. Die Umstände, unter denen die Honorarrechnung gestellt wurde, lassen sich insgesamt sodann nicht schlüssig mit der Argumentation des Beklagten erklären, sondern sprechen



dafür, dass mit ihr über die Reisespesen abgerechnet wurde. Schliesslich konnte der Beklagte auch die von ihm zur Verrechnung gestellten Forderungen nicht rechtsgenügend beweisen, weshalb sie im Umfang des eingeklagten Betrags abzuweisen sind. Der vorinstanzliche Entscheid hiess die Klage daher zu Recht gut und ist somit berufungshalber zu bestätigen und die Berufung abzuweisen.

IV.

1. Bei diesem Verfahrensausgang bleibt die Regelung der Entschädigungsfolgen im angefochtenen Entscheid unverändert.
2. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden bei einem Streitwert von Fr. 18'100.00 in Anwendung von Art. 4 i.V.m. Art. 10 Ziff. 221 GKV auf Fr. 5'000.00 festgesetzt und mit dem von den Beklagten geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 5'000.00 verrechnet (Art. 111 Abs. 1 ZPO).
3. Der Beklagte hat die Klägerin für deren Parteikosten zu entschädigen (Art. 95 ZPO). Die Rechtsvertreter der Klägerin haben keine Kostennote eingereicht, womit die Entschädigung im Rahmen der Honorarordnung nach Ermessen festzulegen ist. Angemessen ist eine Entschädigung von gerundet Fr. 1'900.00 (Streitwert: Fr. 18'100.00, mittleres Honorar: Fr. 4'534.00 [Art. 14 lit. b HonO], davon 40% = Fr. 1'813.60 [Art. 26 lit. a HonO], zuzüglich 4% pauschal für Barauslagen von Fr. 72.55 [Art. 28^{bis} Abs. 1 HonO]; aber ohne Mehrwertsteuer, da die Klägerin mehrwertsteuerpflichtig [vgl. www.uid.admin.ch] und damit zum Vorsteuerabzug berechtigt ist [BGer 4A_465/2016 E. 3]).



Entscheid

1. Die Berufung wird abgewiesen.
2. C.____ hat die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens von Fr. 5'000.00 zu bezahlen, unter Verrechnung des von ihm in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschusses.
3. C.____ hat die A.____ für deren Parteikosten im Berufungsverfahren mit Fr. 1'900.00 zu entschädigen.