SWISSLEX

Dokument	**GesKR 2017 S. 348**
Autor	**Thiemo Sturny**
Titel	**Darlehensgewährung unter Interessenkonflikt – Anforderungen an die Sorgfaltspflicht des verantwortlichen Geschäftsführers**
Urteilsbesprechung	**4A_642/2016**
Seiten	**348-354**
Publikation	**Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht**
Herausgeber	**Daniel Daeniker, Frank Gerhard, Karim Maizar, Till Spillmann, Rudolf Tschäni, Hans-Ueli Vogt, Rolf Watter, Matthias Wolf**
Frühere Herausgeber	**Dieter Dubs, Jean-Baptiste Zufferey**
ISSN	**1661-7673**
Verlag	**Dike Verlag AG**

GesKR 2017 S. 348

Darlehensgewährung unter Interessenkonflikt – Anforderungen an die Sorgfaltspflicht des verantwortlichen Geschäftsführers

Besprechung des Entscheids 4A_642/2016 des schweizerischen Bundesgerichts vom 27. Juni 2017

Thiemo Sturny *

Kernsätze

1. Wird ein Geschäftsentscheid getroffen, hinsichtlich dem ein Interessenkonflikt besteht, ist dies nicht per se pflichtwidrig, begründet aber eine dahingehende tatsächliche Vermutung. Eine solche Vermutung betrifft die Beweiswürdigung und lässt die Beweislastverteilung unberührt.

2. Die Gewährung eines nicht besicherten Darlehens an eine sanierungsbedürftige Gesellschaft ist nicht pflichtwidrig, wenn sie dazu dient, den Konkurs der Darlehensnehmerin abzuwenden und damit der Darlehensgeberin ermöglicht, ein bestimmtes Investitionsprojekt weiterzuführen. Die Risiken der Darlehensgewährung sind in diesem Fall mit den Erfolgsaussichten des Investitionsprojekts in Relation zu setzen.

I. Sachverhalt

2008 schloss A. (die spätere Beschwerdeführerin) mit der C. GmbH als Darlehensnehmerin einen Darlehensvertrag über CHF 200’000 und zahlte die erste Hälfte aus. Diese CHF 100’000 verwendete die C. GmbH, um der D. AG ein Darlehen in entsprechender Höhe zu gewähren, wobei das Darlehen in drei Tranchen ausbezahlt wurde:

---

* Rechtsanwalt Dr. Thiemo Sturny, LL.M., Walder Wyss AG. Der Autor dankt BLaw Gian Luca Vincenz für die Unterstützung beim Verfassen dieser Entscheidbesprechung.

- CHF 65’000 zahlte A. direkt an das Betreibungsamt, um dort bereits in Betreibung gesetzte AHV-Schulden der D. AG zu tilgen;
- mit CHF 20’000 wurden fällige Schulden der D. AG gegenüber der E. AG bezahlt (die Zahlung erfolgte direkt von der C. GmbH an die E. AG); und
- mit weiteren CHF 15’000 wurden fällige Schulden der D. AG gegenüber der F. AG bezahlt (die Zahlung erfolgte wiederum direkt von der C. GmbH an die F. AG).[1]

B. (der spätere Beschwerdegegner) war bis zum 1. Juli 2009 alleiniger Geschäftsführer der C. GmbH, deren Zweck im Wesentlichen in der Erstellung, dem Handel und der Vermietung von Immobilien sowie der Planung und Erstellung von haustechnischen Anlagen bestand.

Zu dieser Zeit war er zudem einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat der E. AG.[2]

GesKR 2017 S. 348, 349

Am 2. August 2011 wurde der Konkurs über die C. AG (die zwischenzeitlich ihre Rechtsform von einer GmbH in eine AG geändert hatte) eröffnet und am 25. Oktober 2011 wurde dieser mangels Aktiven eingestellt. Am 27. August 2012 überwies das zuständige Betreibungsamt der A. die Forderung der C. AG in Liquidation gegen B. in Höhe von CHF 129’000 i.S.v. Art. 131 Abs. 2 SchKG zur Eintreibung und ermächtigte A., diese Forderung in eigenem Namen sowie auf eigene Rechnung und Gefahr geltend zu machen.[3]

Die erstinstanzliche Klage der A., wonach B. zu verpflichten sei, ihr CHF 129’000 nebst Zins zu bezahlen, wurde abgewiesen. Auch die dagegen erhobene Berufung der A. wurde vom Kantonsgericht Schwyz abgewiesen, soweit sie nicht durch Teilrückzug als erledigt abgeschrieben wurde. Zu beurteilen war von der Berufungsinstanz noch die Gewährung des Darlehens in Höhe von CHF 100’000 an die D. AG. Das Kantonsgericht begründete die Klageabweisung einerseits mit der anlässlich der ausserordentlichen Gesellschafterversammlung vom 23. Juni 2009 erteilten Décharge und andererseits mit der fehlenden Pflichtwidrigkeit der Darlehensgewährung.[4] Dagegen erhob A. Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht.

II. Erwägungen und Entscheid

1. Verweis auf aktienrechtliche Verantwortlichkeitsvorschriften

Das Bundesgericht ruft zunächst in Erinnerung, dass der Inhalt der Sorgfalts- und Treuepflicht bei der GmbH (Art. 812 Abs. 1 OR) gleich wie bei der AG (Art. 717 Abs. 1 OR) umschrieben ist und die durch die Rechtsprechung zu Art. 717 Abs. 1 OR entwickelten Grundsätze auch für die GmbH gelten.[5] Die gesetzlich normierte Treuepflicht verlange, dass die Mitglieder des Verwaltungsrats und mit der Geschäftsführung betrauten Dritten ihr Verhalten am Gesellschaftsinteresse ausrichten, wofür ein objektiver Massstab gelte. Das Verhalten wird mit demjenigen verglichen, das billigerweise von einer abstrakt vorgestellten, ordnungsgemäss handelnden Person in einer vergleichbaren Situation erwartet werden kann. Die anzuwendende Sorgfalt richtet sich dabei nach dem Recht, dem Wissensstand und den Massstäben im Zeitpunkt der fraglichen Handlung oder Unterlassung, es hat mithin eine ex ante Betrachtung stattzufinden.[6]

2. Bestätigung der Business Judgment Rule …

Das Bundesgericht führt weiter aus, dass sich die Gerichte Zurückhaltung aufzuerlegen haben bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden, die in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidprozess zustande gekommen sind. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, prüft das Gericht den Geschäftsentscheid in inhaltlicher Hinsicht lediglich darauf, ob er als vertretbar erscheint.[7]

---

1 Urteil des Bundesgerichts 4A_642/2016 vom 27. Juni 2017, A. A.a.

2 Urteil des Bundesgerichts 4A_642/2016 vom 27. Juni 2017, A. A.a.

3 Urteil des Bundesgerichts 4A_642/2016 vom 27. Juni 2017, A. A.b.

4 Urteil des Bundesgerichts 4A_642/2016 vom 27. Juni 2017, B.

5 Im Ergebnis ebenso Urteil des Bundesgerichts 4A_127/2013 vom 22. Mai 2013, E. 3.

6 Urteil des Bundesgerichts 4A_642/2016 vom 27. Juni 2017, E. 2.1. mit Hinweis auf BGE 139 III 24, E. 3.2.

7 Urteil des Bundesgerichts 4A_642/2016 vom 27. Juni 2017, E. 2.1. mit Hinweis auf BGE 139 III 24, E. 3.2. und Urteil des Bundesgerichts 4A_626/2013 vom 08. April 2014, E. 7.

3. … und deren Nichtanwendung bei Vorliegen eines Interessenkonflikts

Sind die erwähnten Voraussetzungen nicht erfüllt, rechtfertigt es sich dagegen nicht, bei der Prüfung der Sorgfaltspflichtverletzung besondere Zurückhaltung zu üben. Vielmehr reicht es dann aus, dass ein Geschäftsentscheid in der gegebenen Situation bei freier bzw. umfassender Prüfung als fehlerbehaftet erscheint.

Wird ein Geschäftsentscheid getroffen, hinsichtlich dem ein Interessenkonflikt besteht, ist dies nicht per se pflichtwidrig, begründet aber eine dahingehende tatsächliche Vermutung. Eine solche betrifft die Beweiswürdigung und lässt die Beweislastverteilung unberührt. Entsprechend trägt nach wie vor der Verantwortlichkeitskläger die Beweislast für die Pflichtwidrigkeit.[8]

4. Feststellung eines Interessenkonflikts durch die Vorinstanz

Die Vorinstanz hatte festgestellt, dass der Beschwerdegegner als gleichzeitiger Geschäftsführer der C. GmbH und einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat der E. AG in einem Interessenkonflikt stand, weil die E. AG ein «nicht unbedeutendes Interesse» an der Darlehensgewährung der C. GmbH an die D. AG hatte, da mit einem Teil dieses Darlehens die offenen Forderungen der E. AG beglichen wurden. Zudem habe der Beschwerdegegner auch ein unmittelbares persönliches Interesse an der Rettung der D. AG gehabt, da – wie er selber ausgeführt habe – das Bau-/Immobilienprojekt H. ohne die Zahlung an das Betreibungsamt gestorben wäre, was in Anbetracht der hohen Einlagen u.a. vom Beschwerdegegner selber für ihn «vernichtend» gewesen wäre. Der Nachweis, mittels «prozeduraler Massnahmen» einen

GesKR 2017 S. 348, 350

Interessenkonflikt ausgeschlossen zu haben, gelinge dem Beschwerdeführer nicht.[9]

Das Bundesgericht erachtete die gegen diese Feststellungen vorgebrachten Einwendungen des Beschwerdegegners – bezahlte Rechnungen waren fällig und es habe sich um notwendige Dienstleistungen gehandelt – als nicht rechtsgenügend, weshalb auf diese nicht einzutreten sei und mit der Vorinstanz von einem Interessenkonflikt auszugehen sei.[10]

5. Prüfung der Pflichtwidrigkeit der Darlehensgewährung durch die Vorinstanz

5.1 Keine Zurückhaltung bei der Überprüfung der Darlehensgewährung

Angesichts des festgestellten Interessenkonflikts stellte die Vorinstanz fest, dass sie sich bei der Prüfung einer allfälligen Sorgfaltspflichtverletzung bei der Darlehensgewährung keine Zurückhaltung aufzuerlegen, sondern zu prüfen habe, ob es materiell angemessen war, der finanziell angeschlagenen D. AG ein ungesichertes Darlehen über CHF 100’000 zu gewähren, um damit das Projekt H. zu retten.[11]

5.2 Kein (sorgfaltspflichtswidriges) Klumpenrisiko

Die Vorinstanz erwog zunächst, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung[12] zur Schaffung eines Klumpenrisikos nicht ohne Weiteres auf sämtliche Aktiengesellschaften übertragen werden könne. Je nach Gesellschaftszweck seien Klumpenrisiken geradezu immanent, was besonders bei Gesellschaften der Fall sein dürfte, die für ein spezifisches Bauprojekt gegründet worden seien. Zudem habe die C. GmbH neben dem Projekt H. noch zwei weitere Projekte verfolgt, weshalb das Projekt H. eine Ausweitung des Tätigkeitsbereichts der C. GmbH dargestellt habe und ihr Klumpenrisiko entsprechend verkleinert habe.[13]

---

8 Urteil des Bundesgerichts 4A_642/2016 vom 27. Juni 2017, E. 2.1.

9 Urteil des Bundesgerichts 4A_642/2016 vom 27. Juni 2017, E. 2.2.

10 Urteil des Bundesgerichts 4A_642/2016 vom 27. Juni 2017, E. 2.2.

11 Urteil des Bundesgerichts 4A_642/2016 vom 27.Juni 2017, E. 2.3.

12 BGE 113 II 57, E. 3b: «Wie im Bankenbereich […] gehört auch bei der Verwaltung einer Aktiengesellschaft eine vertretbare Risikoverteilung zu einer sorgfältigen Vermögensanlage, die ein sogenanntes «Klumpenrisiko» […] verbietet […].» Vgl. die Kritik dazu bei BSK OR II-Gericke/Waller, Art. 754 N 31b.

13 Urteil des Bundesgerichts 4A_642/2016 vom 27. Juni 2017, E. 2.3.

5.3 Darlehensgewährung im Gesellschaftsinteresse

Die Vorinstanz führte weiter aus, dass Gesellschaften, deren Zweck die Realisierung von Bauprojekten ist, in erster Linie Zugang zu Grundstücken benötigen, auf denen sie Projekte planen und realisieren können.

Der Entwurf eines Totalunternehmer-Werkvertrags zwischen der D. AG und der C. GmbH, ein Schreiben der Gemeinde M. betreffend deren Beteiligung am Projekt H., E-Mail-Kommunikation betreffend die Gründung einer Baugesellschaft und weitere Unterlagen würden zeigen, dass die C. GmbH über die D. AG (potentiell) Zugang zum Grundstück, auf dem das Projekt H. realisiert werden sollte, hatte und durch die Gewährung des Darlehens an die D. AG diesen Zugang bewahren wollte. Damit habe der Beschwerdegegner das Interesse der C. GmbH an der Realisierung des Projekts H. verfolgt. Es sei zudem zu berücksichtigen, dass die D. AG nach der Gewährung des Darlehens noch ca. zweieinhalb Jahre weiterbestanden habe, bevor über sie der Konkurs eröffnet wurde.[14]

6. Einwendungen der Beschwerdeführerin

Die Beschwerdeführerin machte im Wesentlichen geltend, die Darlehensgewährung sei pflichtwidrig gewesen, weil sie rein wirtschaftlich gesehen an der Situation der D. AG nichts geändert habe, das Verlustrisiko aus der Darlehensgewährung aufgrund des finanziellen Zustands der D. AG aber eminent gewesen sei. Mit einer Rückzahlung sei erst nach einer erfolgreichen Komplettsanierung zu rechnen gewesen, klare und greifbare Sanierungsmassnahmen hätten sich aber nicht einmal abgezeichnet. Einzig die Zahlung an die AHV habe eine möglicherweise kurzfristige Zwangsvollstreckung durch die AHV ausgeschlossen, zu einem Liquiditätszufluss oder der Verringerung der Passiven der D. AG habe aber auch diese Zahlung nicht geführt. Die beiden Zahlungen an die E. AG und die F. AG seinen schliesslich einzig in deren Interesse erfolgt. Die Übernahme des entsprechenden Verlustrisikos habe nichts mit der Wahrung der Interessen der C. GmbH am Projekt H. zu tun gehabt und die C. GmbH habe nur Nachteile davongetragen. Ausserdem habe das Darlehen am «Zugang» der C. GmbH zum Projekt H. nichts geändert, da sie sich diesen nicht als Gegenleistung zum Darlehen besonders gesichert habe.[15]

7. Erwägungen und Entscheid des Bundesgerichts

Das Bundesgericht erinnert vorab daran, dass die Beurteilung der Pflichtwidrigkeit der Darlehensgewährung durch die Vorinstanz eine Rechtsfrage ist, die vom Bundesgericht frei überprüft werden kann, während der

Sachverhalt, der der Beurteilung zugrunde liegt, nur einer Willkürkognition unterliegt.[16]

7.1 Offensichtliches Konkursrisiko

Das Bundesgericht hält zunächst fest, dass ein offensichtliches Konkursrisiko für die D. AG bestand, was sich nicht nur aus der Notwendigkeit der Zahlung der ersten Tranche des Darlehens direkt an das Betreibungsamt ergebe, sondern ebenfalls aus dem Umstand, dass über die D. AG im Oktober 2007 und März 2008 bereits zweimal der Konkurs eröffnet und kurze Zeit später widerrufen worden war. Zudem habe im Februar 2009 eine ausserordentliche Generalversammlung der D. AG stattgefunden, bei der es um die Sanierung der Gesellschaft gegangen sei.[17]

Das Konkursrisiko sei in Bezug auf die beiden anderen Forderungen der E. AG und F. AG zwar nicht derart unmittelbar gewesen, auch diese Forderungen seien aber fällig gewesen und die Gläubigerinnen hätten entsprechende betreibungsrechtliche Massnahmen einleiten können, wodurch sich die D. AG wiederum mit der gleichen Problematik konfrontiert gesehen hätte. Die Einwendung der Beschwerdeführerin, es hätte ein blosser Gläubigerwechsel stattgefunden, welcher der D. AG keinerlei Vorteile gebracht habe, übersehe, dass durch die Darlehensgewährung die Fälligkeit der Schulden geändert wurde und dadurch eine

---

14 Urteil des Bundesgerichts 4A_642/2016 vom 27. Juni 2017, E. 2.3.

15 Urteil des Bundesgerichts 4A_642/2016 vom 27. Juni 2017, E. 2.4.

16 Urteil des Bundesgerichts 4A_642/2016 vom 27. Juni 2017, E. 2.5. mit Hinweis auf Urteil des Bundesgerichts 4A_626/2013 vom 8. Mai 2014, E. 5.2.

17 Urteil des Bundesgerichts 4A_642/2016 vom 27. Juni 2017, E. 2.5.1.

Konkurseröffnung über die D. AG (vorerst) abgewendet werden konnte. Es treffe zwar zu, dass die D. AG mit der Darlehensgewährung nicht saniert wurde, darum gehe es aber vorliegend gar nicht.[18]

7.2 Notwendigkeit der Darlehensgewährung zur Fortführung des Bauprojekts

Nicht ernsthaft in Frage gestellt werden kann nach Ansicht des Bundesgerichts, dass Gesellschaften, die sich mit der Realisierung von Bauprojekten befassen, auf den Zugang zu Grundstücken angewiesen sind, auf denen sich solche Projekte realisieren lassen. Wenn die Vorinstanz feststelle, dass aufgrund der vorliegenden Unterlagen genügend Kontakte zwischen der C. GmbH und der D. AG bestanden haben, um einen (potentiellen) Zugang der C. GmbH zu diesem Grundstück zu gewährleisten, beruhe dies auf Beweiswürdigung, was von der Beschwerdeführerin als willkürlich gerügt werden müsste. Die Vorbringen der Beschwerdeführerin, dass die Schlussfolgerung der Vorinstanz weitestgehend auf nicht unterzeichneten Dokumenten beruhe und daher fraglich sei, ob überhaupt von einem konkreten Projekt H. gesprochen werden könne, qualifiziere die Beweiswürdigung der Vorinstanz nicht als willkürlich.[19]

Ebensowenig lasse die von der Beschwerdeführerin monierte «erstaunlich kritiklose» Übernahme der Ausführungen der Beschwerdegegnerin die Schlussfolgerung der Vorinstanz, dass der Zugang der C. GmbH zum Grundstück der D. AG weggefallen wäre, wenn über Letztere der Konkurs eröffnet worden wäre, als willkürlich erscheinen.

Für das Bundesgericht war es folglich nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz davon ausging, dass die C. GmbH der D. AG das Darlehen zur Verfügung stellen musste, wenn sie das Projekt H. weiterverfolgen wollte.[20]

7.3 Chancen-Risiken-Abwägung

Nach dem Ausgeführten ist für das Bundesgericht die entscheidende Frage, ob es angesichts der damit eingegangenen Risiken einerseits und der damit verbundenen Chancen anderseits ein fehlerhafter Entscheid war, der finanziell angeschlagenen D. AG ein ungesichertes Darlehen zu gewähren, um damit das Projekt H. weiterverfolgen zu können.

Kein Gehör findet die Beschwerdeführerin beim Bundesgericht mit ihren Einwendungen, die Frage sei zu bejahen angesichts des hohen Ausfallrisikos, der fehlenden Aussicht auf Sanierung der D. AG und dem Eingehen eines Klumpenrisikos ohne Gegenwert für die C. GmbH. Das Bundesgericht räumt zwar ein, dass die Ausführungen der Beschwerdeführerin wohl zutreffend wären, wenn es bei der Darlehensgewährung vor allem um die Anlage von finanziellen Mitteln und die Erzielung eines (Zins-)Ertrags gegangen wäre, wie es insbesondere im Darlehensgeschäft von Banken bezweckt werde. Vorliegend diente die Darlehensgewährung jedoch nicht der Erzielung eines (Zins-)Ertrags sondern der Abwendung des Konkurses über die D. AG und damit der Möglichkeit für die C. GmbH, das Projekt H. weiterzuführen. Die eingegangen Risiken seien folglich mit den mit dem Projekt verbundenen Ertrags- und Gewinnchancen in Relation zu setzen. Die Beschwerdeführerin bringe nicht bzw. nicht rechtsgenüglich vor, dass die Erfolgsaussichten des Projekts damals derart gewesen wären, dass es fehlerhaft gewesen wäre, für dessen Weiterverfolgung ein Risiko von CHF 100’000 einzugehen. Auch die Vorinstanz treffe dahingehend keine Feststellungen. Vielmehr halte sie fest, das Eingehen eines solchen Risikos liege in der Natur einer Gesellschaft, die sich hauptsächlich im Bereich der Realisierung von Bauprojekten betätige. Es sprächen hier besondere Umstände dafür, dass die Gewährung eines ungesicherten Darlehens kein fehlerhafter

Entscheid war, sondern damit die Gesellschaftsinteressen gewahrt wurden.[21]

Zutreffend ist nach Ansicht des Bundesgerichts schliesslich die Ansicht der Vorinstanz, wonach die C. GmbH durch Verfolgung des Projekts H. nicht ein Klumpenrisiko eingegangen, sondern dieses vielmehr durch Ausweitung des Tätigkeitsbereichs reduziert hat.[22]

---

18 Urteil des Bundesgerichts 4A_642/2016 vom 27. Juni 2017, E. 2.5.1.

19 Urteil des Bundesgerichts 4A_642/2016 vom 27. Juni 2017, E. 2.5.2.

20 Urteil des Bundesgerichts 4A_642/2016 vom 27. Juni 2017, E. 2.5.2.

21 Urteil des Bundesgerichts 4A_642/2016 vom 27. Juni 2017, E. 2.5.3. mit Hinweis auf Urteil des Bundesgerichts 4A_15/2013 vom 11. Juli 2013, E. 7.2.2.

22 Urteil des Bundesgerichts 4A_642/2016 vom 27. Juni 2017, E. 2.5.3.

Nicht zu prüfen war durch das Bundesgericht, ob es der Beschwerdegegner pflichtwidrig unterlassen hat, den Zugang zu Projekt H. bei der Darlehensgewährung rechtlich abzusichern. Es sei weder behauptet noch ersichtlich, dass der C. GmbH dadurch ein Schaden entstanden wäre und weiter sei auch nicht erstellt, dass das Projekt H. deshalb scheiterte, weil der C. GmbH der Zugang zum Grundstück verwehrt worden wäre.[23]

7.4 Entscheid

Das Bundesgericht kommt zum Schluss, dass die Entscheidung beider Vorinstanzen, wonach die Darlehensgewährung an die D. AG nicht pflichtwidrig war, nicht zu beanstanden sei und die Klage entsprechend zu Recht abgewiesen wurde. Eine Prüfung, ob auch die erteilte Décharge der Klage im Wege gestanden hätte, erübrigte sich daher.[24]

III. Bemerkungen

Der vorliegende Entscheid reiht sich ein in eine ganze Reihe von Bundesgerichtsentscheiden, die sich nach der erstmaligen expliziten Anerkennung der Business Judgment Rule (BJR) durch das Bundesgericht im Jahre 2012[25] mit (Einzel-)Fragen zu diesem «Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts»[26] auseinandersetzen.[27]

Soweit ersichtlich äussert sich das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid erstmals explizit zur Anwendung der BJR auch im Verantwortlichkeitsrecht der GmbH, was angesichts der «Parallelität» von Art. 812 Abs. 1 und Art. 717 Abs. 1 OR sowie des Verweises von Art. 827 OR auf die Vorschriften des Aktienrechts allerdings als Selbstverständlichkeit zu werten ist. Daneben trägt der Entscheid weiter zur Klärung von offenen Fragen im Spannungsfeld von BJR und Interessenkonflikt sowie zur Sorgfaltspflicht bei der Gewährung von Darlehen generell bei, angesichts der nicht sehr ausführlich gehaltenen Begründung allerdings nur in bescheidenem Masse.

1. Keine Anwendung der BJR bei Vorliegen eines Interessenkonflikts

Das Bundesgericht bestätigt im vorliegenden Urteil zunächst, dass sich ein Entscheidträger bei Vorliegen eines Interessenkonflikts nicht auf die BJR berufen kann. Vielmehr genügt es unter diesen Umständen nach nunmehr etablierter Formulierung des Bundesgerichts, «dass ein Geschäftsentscheid in der gegebenen Situation bei freier bzw. umfassender Prüfung als fehlerbehaftet erscheint».[28]

Nicht explizit besprochen wird im vorliegenden Urteil die Frage, ob die BJR zur Anwendung gelangt, wenn ein Interessenkonflikt mittels «prozeduraler Massnahmen» (z.B. Genehmigung durch Generalversammlung oder externe Verwaltungsräte, Abstellen auf Marktpreise oder Einholen einer externen Bewertung)[29] adressiert bzw. ausgeschlossen wird. Die Vorinstanz hatte offensichtlich im Rahmen der Prüfung des Vorliegens eines Interessenkonflikts auch beurteilt, ob prozedurale Massnahmen den Interessenkonflikt ausgeschlossen hatten (was sie vorliegend verneinte). Das Bundesgericht übte weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht irgendwelche Kritik an dieser Vorgehensweise, was als Hinweis gewertet werden kann, dass das Vorliegen geeigneter prozeduraler Massnahmen im Rahmen der Überprüfung der Voraussetzungen der BJR zu beurteilen ist und – bejahendenfalls – die BJR anzuwenden und der Geschäftsentscheid entsprechend keiner umfassenden Überprüfung zu unterziehen ist.[30] Es bleibt abzuwarten, ob das Bundesgericht diese Regel (allenfalls mit gewissen Ausnahmen) bei Gelegenheit verallgemeinern wird oder ob ein Geschäftsentscheid, hinsichtlich dem ein Interessenkonflikt besteht, auch bei Vorliegen geeigneter prozeduraler Massnahmen frei zu überprüfen ist (wobei die prozeduralen

---

23 Urteil des Bundesgerichts 4A_642/2016 vom 27. Juni 2017, E. 2.5.4.

24 Urteil des Bundesgerichts 4A_642/2016 vom 27. Juni 2017, E. 2.5.5.

25 Urteil des Bundesgerichts 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012.

26 Hans-Ueli Vogt/Michael Bänziger, Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgment Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts, GesKR 2012, 607 ff. mit einer ersten Einordnung des in FN 25 zitierten Entscheids.

27 Vgl. etwa die Übersichten bei Leo Rusterholz/Lukas Held, Ausgewählte Aspekte zur Business Judgment Rule im Licht aktueller Rechtsprechung, GesKR 2016, 186 ff. und Walter A. Stoffel/Arnaud Constantin, Das Gesellschaftsrecht 2016/2017, SZW 2017, 359 ff.

28 Urteil des Bundesgerichts 4A_642/2016 vom 27. Juni 2017, E. 2.1.

29 Vgl. Daniel Brugger/Hans Caspar von der Crone, Gerichtliche Beurteilung von Geschäftsentscheiden, SZW 2013, 185; Rusterholz/Held (FN 27), 190.

30 Für die Prüfung prozeduraler Massnahmen auf der Ebene der Prüfung der BJR-Voraussetzung «Freiheit von Interessenkonflikten» plädieren – m.E. zu Recht – Rusterholz/Held (FN 27), 190 f. oder Brugger/von der Crone (FN 29), 185.

Vorkehrungen dann selbstverständlich bei dieser freien Überprüfung des Geschäftsentscheids zu berücksichtigen wären). Die Frage ist angesichts der mit

GesKR 2017 S. 348, 353

einem Interessenkonflikt verbundenen Vermutung (siehe sogleich unter III.2) durchaus von Relevanz.

2. Vermutung und Beweislast bei Vorliegen eines Interessenkonflikts

Das Bundesgericht äussert sich im vorliegenden Entscheid im Weiteren noch einmal explizit zur Frage, welche Vermutung ein Interessenkonflikt im Hinblick auf die Frage der Sorgfaltspflichtverletzung auslöst und welche Auswirkungen diese Vermutung auf die Beweislastverteilung hat. Es hält fest, dass ein Geschäftsentscheid, hinsichtlich dem ein Interessenkonflikt besteht, nicht *per se* pflichtwidrig ist, aber eine dahingehende *tatsächliche* Vermutung begründet. Eine solche betrifft die Beweis*würdigung* und nicht die Beweis*last*; entsprechend trägt nach wie vor der Verantwortlichkeitskläger die Beweislast für die Pflichtwidrigkeit des Beklagten.[31] Wie das Bundesgericht bereits in einem Urteil vom 13. Dezember 2016 festgehalten hatte, hat der Vermutungsgegner folglich nicht den Beweis des Gegenteils zu erbringen, sondern den Gegenbeweis. Gelingt dieser, muss der Verantwortlichkeitskläger die Pflichtwidrigkeit beweisen und trägt die Folgen einer allfälligen Beweislosigkeit. Gelingt es dem Beklagten nicht, die tatsächliche Vermutung mittels Gegenbeweis umzustossen, ist die Pflichtwidrigkeit aufgrund der tatsächlichen Vermutung hingegen erstellt.[32]

Mit der Bestätigung der Regel «tatsächliche Vermutung der Pflichtwidrigkeit bei Vorliegen eines Interessenkonflikts – keine Beweislastumkehr» dürfte das Bundesgericht die Differenzen, welche sich in der Lehre nach den ersten Urteilen zur BJR zu dieser Frage (u.a. wegen teilweise irreführenden Formulierungen des Bundesgerichts) herausgebildet hatten, endgültig bereinigt haben.[33]

3. Inhaltliche Überprüfung des Entscheids zur Darlehensgewährung

3.1 Unvollständige Begründung der Angemessenheit der Darlehensgewährung

Nach den vorerwähnten theoretischen Ausführungen untersuchte das Bundesgericht frei, ob der Beschwerdegegner mit der Darlehensgewährung seine Sorgfaltspflichten verletzt hatte. Über die drei Schritte (i) offensichtliches Konkursrisiko der D. AG, (ii) eigenes Interesse der C. GmbH an der Abwendung des Konkurses der D. AG und (iii) Rechtfertigung der Darlehensgewährung durch Chancen-Risiko-Abschätzung kam das Bundesgericht zum Schluss, dass keine Sorgfaltspflichtverletzung vorlag.

Während diese Begründung und der Entscheid in Bezug auf die CHF 65’000, die zur Begleichung der bereits in Betreibung gesetzten AHV-Schulden verwendet wurde, nachvollziehbar und stringent erscheint, akzeptiert das Bundesgericht erstaunlich kritiklos dieselbe Schlussfolgerung auch in Bezug auf die Bezahlung der beiden anderen Forderungen an die E. AG bzw. die F. AG. Insbesondere in Bezug auf die Rückzahlung der CHF 20’000 an die E. AG, deren einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat der Beschwerdegegner war, scheint die Begründung des Bundesgerichts, dass auch in Bezug auf diese Forderung betreibungsrechtliche Massnahmen hätten eingeleitet werden können, sehr kurz gegriffen, zumal die Vorinstanz genau im Umstand des Doppelmandats des Beschwerdegegners bei der C. GmbH und der E. AG zu Recht den Interessenkonflikt des Beschwerdegegners erblickt hatte. Es wäre durchaus gerechtfertigt gewesen, näher zu untersuchen, ob die E. AG tatsächlich gewillt gewesen wäre, ein Betreibungs- und allenfalls ein Konkursverfahren gegen die D. AG in die Wege zu leiten. Allein die Tatsache, dass dies aufgrund der Fälligkeit der Forderungen möglich gewesen wäre, legt aufgrund der offensichtlich «verknüpften» Interessenlage nicht zwingend den Schluss nahe, dass die E. AG auch tatsächlich entsprechende Schritte eingeleitet hätte. Angesichts der verschiedenen persönlichen und gesellschaftlichen Interessen, die der Beschwerdegegner vorliegend offensichtlich vertrat, wäre es durchaus denkbar gewesen, dass die E. AG, ähnlich wie die C. GmbH, selber ein Interesse daran hatte, die D. AG nicht in Konkurs gehen zu lassen, um das Projekt H. weiterverfolgen zu können. Sollten solche Interessen vorhanden gewesen sein, hätten sich die involvierten Gerichte viel detaillierter mit dem Einwand der Beschwerdeführerin auseinandersetzen müssen, dass die Gewährung des Darlehens von der C. GmbH an die D. AG – zumindest die CHF 20’000 betreffend, welche an die E. AG ausbezahlt wurden – nichts mit der Wahrung der Interessen der C. AG am Projekt H. zu tun hatte und für die D. AG zu einem blossen Gläubigerwechsel ohne irgendeinen Vorteil

---

31 Urteil des Bundesgerichts 4A_642/2016 vom 27. Juni 2017, E. 2.1.

32 Urteil des Bundesgerichts 4A_642/2016 vom 27. Juni 2017, E 5.2 mit Hinweis u.a. auf BGE 141 III 241 E. 3.2.

33 Vgl. dazu Rusterhold/Held (FN 27), 189 ff. mit weiteren Hinweisen.

führte. Die Begründung des Bundesgerichts, dass der Gläubigerwechsel auch zu einer Änderung der Fälligkeit der Schulden der D. AG führte und dadurch ein Konkurs (vorerst) abgewendet werden konnte, wäre nämlich offensichtlich ins Leere gelaufen, wenn die E. AG selber ein Interesse an der Weiterverfolgung des Projekts H. hatte und folglich davon auszugehen war, dass sie gar kein Interesse an einer betreibungsrechtlichen Durchsetzung ihrer Forderung gegenüber der D. AG hatte.[34]

GesKR 2017 S. 348, 354

3.2 Besondere Umstände für die Gewährung eines ungesicherten Darlehens

Bekanntlich setzt das Bundesgericht die Messlatte für die Sorgfalt bei der Gewährung von Darlehen durch Gesellschaften sehr hoch an.[35] Unter normalen Umständen ist es kaum denkbar, dass das Gewähren eines ungesicherten Darlehens an eine Darlehensnehmerin mit der Bonität der D. AG als mit den Sorgfaltspflichten der Entscheidungsträger der Darlehensgeberin vereinbar beurteilt würde.

Vor diesem Hintergrund ist es zu begrüssen, dass das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid anerkennt, dass das Darlehen nicht primär als Geldanlage vergeben wurde, sondern in erster Linie das Fortbestehen der D. AG sicherstellen sollte. Folgerichtig gelangten die restriktiven Kriterien für die Darlehensgewährung (als Geldanlage) nicht zur Anwendung und die Gewährung eines ungesicherten Darlehens stellte angesichts der vorliegenden besonderen Umstände keinen fehlerhaften Entscheid dar.[36]

Die Anerkennung und Konkretisierung solcher bereits im Urteil des Bundesgerichts 4A_15/2013 vom 11. Juni 2013 erwähnten «besonderen Umstände» schafft ein willkommenes Korrektiv zu der restriktiven Rechtsprechung zur Sorgfaltspflicht bei der Gewährung von Darlehen. Angesichts der noch weitgehend fehlenden Kasuistik zu den «besonderen Umständen» besteht allerdings vorläufig erhebliche Rechtsunsicherheit, was als besonderer Umstand qualifiziert. Entscheidungsträger nehmen damit nach wie vor ein nicht unerhebliches Risiko auf sich, wenn sie Darlehen ohne die unter Dritten üblichen Bedingungen gewähren.[37]

3.3 Sorgfaltspflicht und Klumpenrisiko

Bedauerlicherweise unterlässt es das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid, auf die Kritik der Vorinstanz an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Eingehen von Klumpenrisiken einzugehen.[38] So bleibt (vorerst) ungeklärt, ob das Bundesgericht an der Anwendung der bankenrechtlichen Risikoverteilungsvorschriften im Gesellschaftsrecht festhält.

Die Aussage des Bundesgerichts, wonach die Vorinstanz zutreffend festgestellt habe, dass die C. GmbH mit der Verfolgung des Projekts H. ihren Tätigkeitsbereich ausgeweitet habe und damit ihr Klumpenrisiko verkleinert habe sowie das gleichzeitige Schweigen zum ersten von der Vorinstanz zu diesem Thema vorgebrachten Argument (keine automatische Anwendung der Risikoverteilungsvorschriften aus dem Bankbereich im Gesellschaftsrecht) könnte als Bestätigung der erwähnten Rechtsprechung zum Klumpenrisiko interpretiert werden. Allerdings gibt es keinen Hinweis darauf, dass das Bundesgericht diese Aussage bewusst als Bestätigung verstanden wissen wollte, weshalb von einer solchen Interpretation abzusehen ist.[39]

---

34 Die – sehr spärlichen – Ausführungen des Bundesgerichts zu diesem Thema werfen die Frage auf, ob der Sachverhalt von der Vorinstanz überhaupt genügend festgestellt wurde oder der Fall gestützt auf Art. 107 BGG zur Ergänzung des Sachverhalts hätte zurückgewiesen werden müssen. Vgl. BSK BGG-Meyer/Dormann, Art. 107 N 15 ff. und Art. 105 N 59 mit weiteren Hinweisen.

35 Vgl. z.B. Urteil des Bundesgerichts 6B_54/2008 vom 9. Mai 2008, E. 6.4.1. f.

36 Urteil des Bundesgerichts 4A_642/2016 vom 27. Juni 2017, E. 2.5.3.

37 Als solche gelten Schriftlichkeit des Darlehensvertrags, Entgeltlichkeit (Zins), eingehende Bonitätsprüfung, Besicherung, Amortisationszahlungen. Vgl. Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, §12 N 545 mit weiteren Hinweisen.

38 BGE 113 II 52. Siehe oben II. 5.2.

39 Zumal das Bundesgericht im Urteil 4A_15/2013 vom 11. Juli 2017, E. 7.2.2, bereits festgehalten hat, dass es zutreffend sein mag, dass der Zweck einer Gesellschaft (*in casu* einer Beteiligungsgesellschaft) eine gewisse Risikokonzentration nicht ausschliesse.

IV. Auswirkungen für die Praxis

Entscheidungsträger in Aktiengesellschaften und GmbHs werden auch in Zukunft gut beraten sein, bei Vorliegen eines Interessenkonflikts sich wenn immer möglich an die in Lehre und Rechtsprechung entwickelten «prozeduralen Massnahmen» zu halten, um einen adäquaten Umgang mit dem Interessenkonflikt sicherzustellen bzw. diesen ganz auszuschliessen. Das Bundesgericht lässt zwar auch mit dem vorliegenden Entscheid die Möglichkeit offen, den Nachweis des pflichtgemässen Handelns trotz Vorliegens eines Interessenkonflikts durch den Nachweis eines sachlich angemessenen Ergebnisses des angefochtenen Geschäftsentscheids zu führen. Es ist aber offensichtlich, dass diese Vorgehensweise mit sehr viel mehr Unwägbarkeiten und Risiken für die betroffenen Entscheidungsträger verbunden ist, als wenn sie ihren Entscheid gestützt auf angemessene prozedurale Massnahmen fällen und sich so die Vorteile der Business Judgment Rule sichern.[40]

---

40 Oder die prozeduralen Massnahmen zumindest bei der freien Überprüfung des Geschäftsentscheids vorbringen können, sollten die Gerichte die BJR trotz angemessener prozeduraler Massnahmen nicht anwenden, vgl. oben III.1.