

# ZH\_HANDELSGERICHT HG130134 vom 17. August 2015

Zh Handelsgericht, 2015-08-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HG130134](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG130134)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HG130134 du 17 août 2015

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HG130134 del 17 agosto 2015

## Erwägungen

### E. 1

Formelles

#### E. 1.1

Zuständigkeit Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts ist unbestritten und ergibt sich aus Art. 40 und Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO in Verbindung mit § 44 lit. b GOG.

### E. 2

Unbestrittener Sachverhalt Die Klägerin ist eine 100-prozentige Tochtergesellschaft der E.\_\_\_\_ (E.\_\_\_\_), einer liechtensteinischen Familienstiftung mit Sitz in Vaduz, die ausserdem Beteiligungen an diversen weiteren Unternehmen hält (act. 12 Rz. 76). Die Klägerin ihrerseits besitzt sämtliche Aktien der seit Mitte 2002 im Handelsregister eingetragenen D.\_\_\_\_ AG (heute D.\_\_\_\_ AG in Liquidation) (act. 12 Rz. 79). Die E.\_\_\_\_ beschloss übergeordnet für ihre Tochtergesellschaften die Strategie und liess diese Strategie durch die entsprechenden Verwaltungsräte umsetzen. So gab die E.\_\_\_\_ auch das Geschäftsmodell und den Businessplan für die D.\_\_\_\_ AG vor (act. 12 Rz. 83). Zweck der D.\_\_\_\_ AG war unter anderem die Sammlung und Distribution von Informationen, insbesondere im Zusammenhang mit Aluminium, sowie der Handel mit diesen Artikeln und Erzeugnissen (act. 1 Rz. 5). Die D.\_\_\_\_ AG sollte hierzu eine Online-Plattform aufbauen, einen sogenannten F.\_\_\_\_ (act. 12 Rz. 84). Die D.\_\_\_\_ AG wurde durch Darlehen finanziert, die von der E.\_\_\_\_ an die Klägerin überwiesen und von dieser an die D.\_\_\_\_ AG weitergeleitet wurden (act. 22 Rz. 9). Im Zeitraum vom 1./2. September 2002 bis zum 23. Oktober 2009 gewährte die E.\_\_\_\_ der Klägerin zu diesem Zweck insgesamt 15 Darlehen über CHF 12'850'000.–, welche jeweils an die D.\_\_\_\_ AG weitergeleitet wurden. Allein seit dem 28. Januar 2009 richtete die E.\_\_\_\_ zuhanden der D.\_\_\_\_ AG Darlehen im Umfang von gesamthaft CHF 3'650'000.– aus (act. 1 Rz. 18, act. 22 Rz. 11). Zuletzt gewährte die E.\_\_\_\_ zuhanden der D.\_\_\_\_ AG am 23. Oktober 2009 ein Darlehen von CHF 750'000.– (act. 1 Rz. 18 und act. 22 Rz. 11). Am 15. Oktober 2009 beschloss der klägerische Verwaltungsrat Aktien der G.\_\_\_\_ S.A. zu verkaufen und vom Erlös CHF 2'000'000.– vor dem 31. Dezember 2009 der D.\_\_\_\_ AG als Darlehen zu gewähren (act. 1 Rz. 20). Am 9. Dezember 2009 fällte der Stiftungsrat der E.\_\_\_\_ aufgrund des damaligen Vermögensstandes der E.\_\_\_\_ folgenden Beschluss: " Der Stiftungsrat beschliesst hiermit die unverzügliche Aussetzung aller ausserordentlichen Finanzgeschäfte bzw. Gewährung von Darlehen seitens der Stiftung [...] sowie dass bei eventuellen Geschäften, die ohne den verpflichtenden, ausdrücklichen, formalen und detaillierten Beschluss des Stiftungsrates durchgeführt werden, persönlich jene Person haftet, die diese Geschäfte vornimmt. " (act. 22 Rz. 16, act. 23/39) Am 30. Dezember 2009 zahlte die

Klägerin das Darlehen von CHF 2'000'000.– wie geplant an die D.\_\_\_\_\_ AG aus (act. 1 Rz. 20). Ein schriftlicher Darlehensvertrag bestand in diesem Moment noch nicht. Indessen besteht ein Darlehensvertrag vom 17. Februar 2010 über 16 Darlehen, welcher auch das vorliegend interessierende Darlehen einschliesst (act. 3/37). Diesem Darlehensvertrag ist eine weitere Vereinbarung gleichen Datums angehängt, welche mit "bedingter Forderungsverzicht" betitelt ist. Darin finden sich folgende Bestimmungen: " 2. Forderung Die Gläubigerin gewährte der Schuldnerin ein Darlehen in der Höhe von CHF 14'850'000.00 (...).

### **E. 3**

Aktivlegitimation

#### **E. 3.1**

Parteistandpunkte Die Beklagten machen geltend, die Klägerin sei nicht aktivlegitimiert, weil sie mit ihrer Klage den Verlust ihrer Darlehensforderung infolge Konkurs der D.\_\_\_\_\_ AG geltend mache und damit einen mittelbaren Schaden. Sie handle jedoch weder in Prozessstandschaft für die D.\_\_\_\_\_ AG noch habe sie sich deren Verantwortlichkeitsansprüche im Konkurs abtreten lassen. Auch für Klagen ausserhalb des Konkurses sei sie nicht aktivlegitimiert (act. 12 Rz. 134 f., act. 15 Rz. 67 f.). Die

- 9 - Klägerin bejaht ihre Aktivlegitimation unter Hinweis darauf, dass sie als Darlehensgeberin nach Art. 754 OR berechtigt sei, den ihr durch pflichtwidriges Verhalten von Verwaltungsratsmitgliedern entstandenen Schaden als Gesellschaftsschaden geltend zu machen (act. 22 Rz. 19).

#### **E. 3.2**

Rechtliches Das Gesetz erwähnt in Art. 754 und 755 drei Anspruchsberechtigte: Die Gesellschaft selbst, die Aktionäre und die Gesellschaftsgläubiger. Der Aktionär oder Gesellschaftsgläubiger ist dann zur Verantwortlichkeitsklage legitimiert, wenn er in seiner Eigenschaft als Aktionär oder Gesellschaftsgläubiger geschädigt wurde. Nicht allen Anspruchsberechtigten stehen die gleichen Ansprüche zu. Es ist zu unterscheiden zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden bzw. Schaden der Gesellschaft. Im Bereich des Schadens der Gesellschaft ist weiter zu unterscheiden zwischen Ansprüchen ausser Konkurs, die nur der Gesellschaft und den Aktionären zustehen, und Ansprüchen im Konkurs, die von allen Anspruchsberechtigten geltend gemacht werden können (GERICKE/WALLER, BSK OR II, 4. Aufl., N 3 zu Art. 754).

#### **E. 3.3**

Würdigung Vorliegend klagt die A.\_\_\_\_\_ SA als Gesellschaft, weil sie durch pflichtwidriges Verhalten ihrer Organe geschädigt worden sei. Hierzu ist sie gemäss Art. 754 Abs. 1 OR aktivlegitimiert. Daran ändert der Umstand nichts, dass der Schaden durch eine Darlehensgewährung entstanden sein soll, welche zu einer Gläubigerstellung der A.\_\_\_\_\_ SA gegenüber einer später konkursiten Gesellschaft führte. Entgegen der Auffassung der Beklagten handelt es sich gerade nicht um eine Klage der A.\_\_\_\_\_ SA als Gläubigerin im Konkurs der D.\_\_\_\_\_ AG gegen deren Organe.

#### **E. 3.4**

Fazit Der Aktivlegitimation der Klägerin steht nichts entgegen.

## **E. 4**

### **Pflichtverletzung**

#### **E. 4.1**

##### **Parteistandpunkte**

##### **E. 4.1.1**

Standpunkt der Klägerin Die Klägerin macht geltend, die Beklagten hätten bei der Darlehensgewährung verschiedene Pflichten verletzt. Zusammengefasst macht sie folgende Pflichtverletzungen geltend, wobei sie davon ausgeht, dass die D.\_\_\_\_\_ AG im Zeitpunkt der Darlehensgewährung offensichtlich überschuldet war (act. 1 Rz. 39): 1) Die Beklagten seien ihrer Sorgfaltspflicht als Verwaltungsräte i.S.v. Art. 717 Abs. 1 OR nicht nachgekommen, indem sie trotz Wissens um die finanziell schlechte Situation der D.\_\_\_\_\_ AG eine Risikoanalyse im Vorfeld der Darlehensgewährung unterlassen hätten (act. 22 Rz. 35). 2) Der Beklagte 1 habe die ihm bekannten Informationen über die finanziell schlechte Lage der D.\_\_\_\_\_ AG und die Liquidität der Klägerin ignoriert und nicht verwertet. Dadurch habe der Beklagte 1 unsorgfältig gehandelt (act. 22 Rz. 38). 3) Die Beklagte 2 hätte sich vorgängig über die finanzielle Situation der D.\_\_\_\_\_ AG wie auch der Klägerin informieren müssen. Sie hätte auch spätestens anlässlich der Generalversammlung vom 15. Oktober 2009 realisieren müssen, dass sie mangelhaft informiert ist und ihr die Details der Darlehensgewährung und der finanziellen Situation der beiden Gesellschaften nicht bekannt waren. Unter diesen Umständen hätte sie die Darlehensgewährung an die D.\_\_\_\_\_ AG ablehnen müssen (act. 22 Rz. 39 f.). 4) Die Beklagten hätten gegen die Gesellschaftsinteressen der Klägerin verstossen, indem sie einen Grossteil der Liquidität der Klägerin in ein (weiteres) Darlehen umgewandelt und damit die Aktiven der Klägerin in langfristigen Forderungen konzentriert hätten. Indem zudem ein bedingter Forderungsverzicht abgegeben worden sei, sei die Aktivseite der Bilanz der Klägerin um diesen Betrag von CHF 2'000'000.– verringert worden, was zum vorliegend eingeklagten Schaden geführt habe (act. 22 Rz. 46).

- 11 - 5) Der Beklagte 1 habe seine Treuepflicht gegenüber der Klägerin verletzt, als er bei der Gewährung des Darlehens vom 30. Dezember 2009 sowohl die Klägerin als auch die D.\_\_\_\_\_ AG vertreten habe. Die Interessen der Klägerin als Muttergesellschaft und jene der D.\_\_\_\_\_ als Tochtergesellschaft seien nicht deckungsgleich gewesen, zumal es im Interesse der Klägerin gewesen wäre, die D.\_\_\_\_\_ AG aufzugeben und in den Konkurs zu schicken. Der Beklagte 1 habe demnach in einem konkreten Interessenkonflikt gehandelt, weshalb es einer speziellen Ermächtigung oder nachträglichen Genehmigung durch ein über- oder nebengeordnetes Organ für dieses Geschäft bedurft hätte. Die Beklagte 2 habe diese Ermächtigung bzw. Genehmigung nicht erteilen können, vielmehr wäre ein Generalversammlungsbeschluss nötig gewesen (act. 1 Rz. 47).

##### **E. 4.1.2**

Standpunkt des Beklagten 1 Der Beklagte 1 bestreitet eine Pflichtverletzung und macht im Wesentlichen geltend, die D.\_\_\_\_\_ AG und das von ihr verfolgte Projekt F.\_\_\_\_\_ habe sich noch in der Aufbauphase befunden. Der Beklagte 1 sei aber überzeugt gewesen, dass die D.\_\_\_\_\_ AG bald in die Gewinnzone kommen würde, zumal sich in der Aluminiumindustrie ein Aufwärtstrend abgezeichnet habe (act. 12 Rz. 122, 162, act. 28 Rz. 459). Die D.\_\_\_\_\_ AG sei während dieser Aufbauphase bewusst während Jahren mittels erheblicher Darlehen finanziert worden, welche von der E.\_\_\_\_\_ der Klägerin gewährt und

von dieser der D.\_\_\_\_\_ AG "weitergereicht" worden seien. Die E.\_\_\_\_\_ habe nie beschlossen, dass das Projekt F.\_\_\_\_\_ nicht mehr verfolgt werde bzw. dass die Klägerin die D.\_\_\_\_\_ AG nur aus Stiftungsgeldern finanzieren dürfe. Der Beklagte 1 habe demnach nur die bisherige Strategie weiterverfolgt, als er das Darlehen der D.\_\_\_\_\_ AG gewährt habe. Die Darlehensgewährung sei damit im Einverständnis der E.\_\_\_\_\_ und damit der Klägerin erfolgt. Indem die E.\_\_\_\_\_ an der Verwaltungsratssitzung, an welcher der Beschluss zur Gewährung des fraglichen Darlehens gefasst worden sei, vertreten gewesen sei, habe die E.\_\_\_\_\_ und mit ihr die Klägerin dieses Vorgehen toleriert bzw. genehmigt (act. 12 Rz. 122, 125, 136, 140, act. 28 Rz. 375). Es habe bei der fraglichen Darlehensgewährung auch kein Interessenkonflikt vorgelegen und selbst wenn

- 12 - dies der Fall gewesen wäre, wäre dieser von der E.\_\_\_\_\_ und damit der Klägerin genehmigt worden (act. 12 Rz. 142).

### **E. 4.1.3**

Standpunkt der Beklagten 2 Auch die Beklagte 2 macht im Wesentlichen geltend, die D.\_\_\_\_\_ AG habe sich in einer Aufbauphase befunden, wobei sie mit Wissen und Willen der E.\_\_\_\_\_ mittels ungesicherten Darlehen mit Rangrücktritten während Jahren finanziert worden sei. Bei diesem Geschäfts- und Finanzierungsmodell seien Verluste in Kauf genommen worden (act. 15 Rz. 15, 16, 19, 26, 39). Der Verwaltungsrat der Klägerin habe diese Strategie lediglich um- und fortgesetzt. Da sich in der Aluminiumindustrie ein positiver Trend abgezeichnet habe und eine Verbesserung der finanziellen Lage der D.\_\_\_\_\_ AG habe erwartet werden dürfen, habe nichts dagegen gesprochen (act. 15 Rz. 39, act. 26 Rz. 9.5). Sodann sei die E.\_\_\_\_\_ und mit ihr die Alleinaktionärin der Klägerin durch die (gewollten) personellen Verflechtungen über die finanziellen Verhältnisse der D.\_\_\_\_\_ AG jederzeit im Bilde gewesen. Indem Vertreter der E.\_\_\_\_\_ an der Verwaltungsratssitzung, an welcher das fragliche Darlehen beschlossen wurde, anwesend gewesen seien, habe die E.\_\_\_\_\_ dieses Darlehen genehmigt (act. 15 Rz. 10.8, 21, act. 26 Rz. 17.3 und 221.4). Im Übrigen stellt sich die Beklagte 2 auf den Standpunkt, sie hätte sich im Verwaltungsrat ohnehin nicht gegen den Präsidenten durchsetzen können, da sie lediglich Kollektivunterschrift besessen habe (act. 15 Rz. 15).

### **E. 4.2**

Rechtliche Grundlagen Die Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen sind sowohl der Gesellschaft als den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen (Art. 754 Abs. 1 OR). Zu den Pflichten des Verwaltungsrats gehört zunächst nach Art. 716 Abs. 2 OR die Führung der Geschäfte. Die unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben sind in Art. 716a OR aufgeführt. Sodann gilt die Sorgfalts- und Treuepflicht gemäss Art. 717 Abs. 1 OR und die Pflicht zur Gleichbehandlung der Aktionäre gemäss dessen Abs. 2.

- 13 - Die Klägerin stützt sich im Wesentlichen auf eine Verletzung der Sorgfalts- und Treuepflicht. Die Anforderungen daran fasst das Bundesgericht wie folgt zusammen: "Nach Art. 717 Abs. 1 OR müssen die Mitglieder des Verwaltungsrats, sowie Dritte, die mit der Geschäftsführung befasst sind, ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren. Die gesetzlich normierte Treuepflicht verlangt, dass die Mitglieder des Verwaltungsrats ihr Verhalten am Gesellschaftsinteresse ausrichten. Für die Sorgfalt, die der Verwaltungsrat bei der Führung der Geschäfte der

Gesellschaft aufzuwenden hat, gilt ein objektiver Massstab. Die Verwaltungsräte sind zu aller Sorgfalt verpflichtet und nicht nur zur Vorsicht, die sie in eigenen Geschäften anzuwenden pflegen. Das Verhalten eines Verwaltungsratsmitglieds wird deshalb mit demjenigen verglichen, das billigerweise von einer abstrakt vorgestellten, ordnungsgemäss handelnden Person in einer vergleichbaren Situation erwartet werden kann. Die Sorgfalt richtet sich nach dem Recht, Wissensstand und den Massstäben im Zeitpunkt der fraglichen Handlung oder Unterlassung. Bei der Beurteilung von Sorgfaltspflichtverletzungen hat mithin eine ex ante Betrachtung stattzufinden" (BGE 139 III 24 E. 3.2, m.w.H.). In Konzernverhältnissen kann es vorkommen, dass sich die Muttergesellschaftsinteressen und jene der – auch hundertprozentigen – Tochtergesellschaft zuwiderlaufen, was im Haftungsrecht insoweit Schwierigkeiten aufwirft, als unklar ist, wessen Interessen das Tochterorgan prioritär behandeln muss. Eine ähnliche Fragestellung wird in Bezug auf das Doppelorgan aktuell, das in zwei Gesellschaften, mithin der Mutter- und Tochtergesellschaft Einsitz nimmt. Wer in mehreren Unternehmen als Organ tätig wird, ist grundsätzlich allen zur Treue i.S.v. Art. 717 Abs. 1 OR verpflichtet (GRAF, Haftung im Konzernverhältnis: Durchsetzung von Ansprüchen gegenüber Tochterorganen, GesKR 2014, S. 62). Downstream-Leistungen wie die vorliegenden werden unter Umständen nur deshalb gewährt, weil das handelnde Organ der Muttergesellschaft einen Interessenkonflikt hat. Dies ist etwa der Fall, wenn es als Doppelorgan handelt, d.h. ein In-sichgeschäft vorliegt. Gemäss Bundesgericht sind solche Geschäfte wegen der unausweichlichen Interessenkollision grundsätzlich unzulässig. Eine Ausnahme besteht aber, wenn die Gefahr einer Benachteiligung des Vertretenen nach der

- 14 - Natur des Geschäfts ausgeschlossen ist oder der Vertretene den Vertreter zum Vertragsschluss mit sich selbst besonders ermächtigt hat oder das Geschäft nachträglich genehmigt. Die Ermächtigung bzw. Genehmigung kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Eine stillschweigende Ermächtigung wird bei einer konzernmässigen Verflechtung der beiden Gesellschaften vermutet (GLANZMANN, Sanierung von Tochtergesellschaften, SJZ 110/2014 S. 10 mit Hinweis auf ZR 1978 Nr. 44 E. 2b, worin aus der Ermächtigung zur Doppelvertretung auf eine Inkaufnahme der Gefahr nachteiliger Auswirkungen auf die eine oder andere Gesellschaft geschlossen wird). Im Urteil 4A\_74/2012 18. Juni 2012 hat sich das Bundesgericht mit Downstream-Darlehen wie dem Vorliegenden befasst. Insbesondere hat es die Ansicht der Vorinstanz geschützt, wonach ein entsprechender Mittelabfluss bei der Muttergesellschaft pflichtwidrig sei, wenn keine Aussichten auf Rückzahlung mehr gegeben seien. Dieses Urteil wurde in der Lehre teilweise kritisiert. Insbesondere GLANZMANN bemängelt die Undifferenziertheit der von der Vorinstanz getroffenen Aussagen, zumal das Ausrichten von Downstream-Leistungen an finanziell angeschlagene Tochtergesellschaften in der Schweizer Sanierungspraxis weit verbreitet sei (GLANZMANN, a.a.O. insb. S. 11). Jedenfalls fällt eine Verantwortlichkeit ausser Betracht, wenn die ins Recht gefasste Organperson nachzuweisen vermag, dass sie mit dem Einverständnis des Geschädigten gehandelt hat. So kann sich die betreffende Organperson gegenüber der auf Schadenersatz klagenden Gesellschaft auf die haftungsbefreiende Einrede "volenti non fit iniuria" berufen, wenn sie im ausdrücklichen oder stillschweigenden Einverständnis aller Aktionäre gehandelt hat oder einen gesetzeskonform gefassten und unangefochten gebliebenen Beschluss der Generalversammlung vollzieht. Ferner sind Schadenersatzansprüche der Gesellschaft auch ausgeschlossen, wenn die Generalversammlung den verantwortlichen Organen gemäss Art. 758 Abs. 1 OR die Décharge erteilt hat. Analog entfällt eine Haftung

gegenüber der Gesellschaft, wenn diese bzw. deren Alleinaktionär in Kenntnis der Verhältnisse Organhandlungen toleriert, die normalerweise Schadenersatzansprüche im Sinne von Art. 754 OR begründen würden (BGE 131 III 640 E. 4.2.1

- 15 - und Urteil des Bundesgerichts 4A\_15/2013 vom 11. Juni 2013, E. 4.1). Dafür, dass das Verhalten des Alleinaktionärs der Gesellschaft entgegen gehalten werden kann, nennt BERTSCHINGER verschiedene Gründe: Einerseits erkennt er im Alleinaktionär ein faktisches Organ der Gesellschaft, dessen Verhalten der Gesellschaft nach Art. 55 Abs. 1 ZGB zuzurechnen ist. Damit entspreche das Handeln des Alleinaktionärs automatisch dem Willen der Gesellschaft. Andererseits befindet sich der Alleinaktionär quasi permanent in einer Universalversammlung, weshalb Handlungsanweisungen gegenüber Verwaltungsräten zugleich als Déchargetbeschlüsse zu gelten hätten. Derartige Fallkonstellationen rechtfertigten es, das Verhalten des Alleinaktionärs der Gesellschaft entgegenzuhalten und somit vom Grundsatz der Trennung zwischen Gesellschaft und Aktionär abzuweichen (BERTSCHINGER, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit: Weisungen des Alleinaktionärs an die Verwaltungsräte schliessen Anspruch der Gesellschaft aus, in: SZW 2000 S. 197 ff.).

### **E. 4.3**

Würdigung Die D.\_\_\_\_\_ AG wurde seit ihrer Gründung mittels ungesicherter Darlehen unter Erklärung von Rangrücktritten finanziert, die von der E.\_\_\_\_\_ zu diesem Zweck der Klägerin gewährt wurden. Dieses Finanzierungsmodell schlug sich im stetig wachsenden Fremdkapital der D.\_\_\_\_\_ AG nieder. Ende 2009 wies die D.\_\_\_\_\_ AG ein Fremdkapital von über CHF 15'000'000.– aus, welchem gerade einmal knapp CHF 4'000'000.– an Aktiven gegenüberstanden. Ein ähnliches Bild zeigte sich bereits in den Jahren 2008 und 2007. Selbst die Bilanz per 31. Dezember 2006 wies bereits ein sehr hohes Fremdkapital aus, welches die Aktiven deutlich überstieg (act 3/8). Aufgrund der Rangrücktrittserklärungen dürfte es zumindest an einer Überschuldung, welche die Folgen von Art. 725 OR nach sich zieht, fehlen. Wirtschaftlich betrachtet könnte in derart strukturierten Darlehen auch Eigenkapital gesehen werden. Unabhängig davon, ob der Zustand der D.\_\_\_\_\_ AG als Überschuldung bezeichnet wird oder nicht, befand sich die D.\_\_\_\_\_ AG spätestens seit dem Jahr 2006 in einem finanziell sehr bedenklichen Zustand. Bescheidenen Erträgen standen stets massive Aufwände gegenüber was dazu führte, dass die D.\_\_\_\_\_ AG Jahr für Jahr beträchtliche Verluste auswies. Es ist nicht

- 16 - einmal eine Tendenz der Verbesserung der Ertragslage auszumachen, vielmehr stagnierten die Erträge seit 2007 praktisch, während der Aufwand – insbesondere der Personalaufwand – teilweise erheblich zunahm und die D.\_\_\_\_\_ AG durch Ausrichtung von teils beträchtlichen Darlehen immer weiter mit Liquidität versorgt wurde (zu den Bilanzen und Erfolgsrechnungen vgl. act. 3/8 bis 3/11). Dass jemals Sanierungsmassnahmen geplant geschweige denn durchgeführt wurden, behaupten die Parteien nicht. Die D.\_\_\_\_\_ AG war demnach schon Jahre vor der umstrittenen Darlehensgewährung in einem desolaten Zustand und ohne die finanziellen Mittel der Konzernmutter E.\_\_\_\_\_ offenkundig nicht überlebensfähig. Die Aufrechterhaltung dieser Situation über Jahre ist unter betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht nachvollziehbar und kaum darauf zurückzuführen, dass sich die D.\_\_\_\_\_ AG noch in der Aufbauphase befunden hat. Das Wissen betreffend die höchst bedenkliche wirtschaftliche Lage der D.\_\_\_\_\_ AG müssen sich aufgrund der personellen Verflechtungen sowohl die Organe der E.\_\_\_\_\_ als auch jene der Klägerin zurechnen lassen. Trotz der bekannten

Finanzlage der D. \_\_\_\_\_ AG war die E. \_\_\_\_\_ als Alleinaktionärin der Klägerin nicht nur damit einverstanden, dass die D. \_\_\_\_\_ AG mittels Darlehensgewährung mit finanziellen Mitteln erheblichen Ausmasses versorgt wird (seit September 2002 gesamthaft CHF 12'850'000.–), sondern hat dies bis zum 23. Oktober 2009 auch selber veranlasst, indem sie diese Darlehen der Klägerin zur "Durchreichung" an die D. \_\_\_\_\_ AG ausgezahlt hat. Dieses Verhalten der E. \_\_\_\_\_ als Alleinaktionärin der Klägerin ist letzterer gemäss dem in Erw. 5.2. Ausgeführten zuzurechnen. Nachdem die Klägerin jahrelang damit einverstanden war, die D. \_\_\_\_\_ AG trotz deren äusserst schlechter finanzieller Lage mittels Darlehen zu unterstützen, verhält sie sich widersprüchlich, wenn sie sich nun auf die Pflichtwidrigkeit solcher Darlehen beruft (vgl. BGE 131 II 640 E. 4.2.1 und Urteil des Bundesgerichts 4A\_15/2013 vom 11. Juli 2013, E. 4.1). Überdies ist davon auszugehen, dass die E. \_\_\_\_\_ nicht nur im Allgemeinen mit Darlehensgewährungen an die D. \_\_\_\_\_ AG einverstanden war, sondern auch konkret mit dem Darlehen vom 30. Dezember 2009: Die E. \_\_\_\_\_ war an der Verwaltungsratssitzung vom 15. Oktober 2009, an welcher der Beschluss betreffend die Gewährung des vorliegend umstrittenen Darlehens gefasst wurde, mit den

- 17 - beiden Stiftungsräten H. \_\_\_\_\_ und I. \_\_\_\_\_ vertreten. Die Alleinaktionärin der Klägerin E. \_\_\_\_\_ und damit die Klägerin war demnach über die Absicht der Gewährung des umstrittenen Darlehens bereits in diesem Zeitpunkt informiert. Es wird von den Parteien jedoch nicht behauptet, dass sie sich in irgendeiner Form gegen diesen Beschluss gestellt oder etwas dagegen unternommen hätte. Stattdessen hat die E. \_\_\_\_\_ kurz darauf, am 23. Oktober 2009, selber veranlasst, dass der D. \_\_\_\_\_ AG ein weiteres Darlehen von CHF 750'000.– aus ihren Mitteln gewährt wird (act. 1 Rz. 18 und act. 22 Rz. 11). Daraus ist zu schliessen, dass die Alleinaktionärin der Klägerin und mit ihr die Klägerin das bisher praktizierte Geschäftsmodell auch nach dem Verwaltungsratsbeschluss vom 15. Oktober 2009 der Klägerin noch immer unterstützte und mit der umstrittenen Darlehensgewährung an die D. \_\_\_\_\_ AG einverstanden war. Daran ändert auch der von der Konzernmutter und Alleinaktionärin gefasste Beschluss vom 9. Dezember 2009 nichts. Damit war zwar deutlich, dass die E. \_\_\_\_\_ fortan keine eigenen Mittel mehr für die D. \_\_\_\_\_ AG (und für andere Tochtergesellschaften) zur Verfügung stellen wird. Dieser Beschluss hatte jedoch nichts mit einer allfälligen Pflichtwidrigkeit einer Darlehensgewährung zu tun, sondern vielmehr mit dem "damaligen Vermögensstand der E. \_\_\_\_\_" (vgl. act. 22 Rz. 16). Dem Beschluss kann nicht entnommen werden, dass die E. \_\_\_\_\_ auf ihr bisheriges, jahrelang zu Tage getretenes Einverständnis mit der Finanzierung der finanziell stark geschwächten D. \_\_\_\_\_ AG über Darlehen zurückgekommen wäre. Vielmehr wird klargestellt, dass sie selber die Mittel für derartige Finanzierungen nicht mehr bereitstellen würde. Indem im Beschluss festgehalten wird, dass bei Geschäften, die ohne Beschluss des Stiftungsrates durchgeführt würden, jene Person haften, die diese Geschäfte vornehme, überlässt sie es ihren Tochtergesellschaften, ob sie diese Praxis auf eigene Rechnung fortführen wollten. Aus dem Beschluss vom 9. Dezember 2009 musste die Klägerin jedenfalls nicht schliessen, dass die E. \_\_\_\_\_ mit der weiteren Alimentierung der D. \_\_\_\_\_ AG nicht mehr einverstanden sei – sofern diese nicht das Vermögen der E. \_\_\_\_\_ betrifft. Hätte die E. \_\_\_\_\_ jegliche Unterstützung der D. \_\_\_\_\_ AG unterbinden wollen, hätte sie diesen Willen als Konzernmutter jederzeit mittels einer Weisung kundgeben können.

- 18 - In Bezug auf den geltend gemachten Interessenkonflikt des Beklagten 1 ist festzuhalten, dass der Beklagte 1 im Konzern der E. \_\_\_\_\_ über Jahre eine Doppel- bzw. Dreifachorganschaft inne hatte, welche fast zwangsläufig Interessenkonflikte mit sich

bringt. Mit der konzernmässigen Verflechtung, namentlich der Einsetzung des Beklagten 1 als Verwaltungsrat sowohl bei der Klägerin als auch bei der D.\_\_\_\_\_ AG, hat die Konzernmutter E.\_\_\_\_\_ den Beklagten 1 zur Doppelvertretung stillschweigend ermächtigt, unter Inkaufnahme allfälliger nachteiliger Auswirkungen in Form von Interessenkonflikten. Indem die Klägerin gerade diesen Umstand geltend macht, mit welchem sie bis anhin einverstanden war, verhält sie sich auch hier widersprüchlich. Ein allfälliger Interessenkonflikt bei der Ausrichtung des umstrittenen Darlehens an die D.\_\_\_\_\_ AG führt demnach nicht zur Pflichtwidrigkeit dieses Geschäfts.

#### **E. 4.4**

Fazit Eine Haftung der Beklagten gegenüber der Gesellschaft entfällt aufgrund des zumindest konkludenten Einverständnisses der Klägerin mit den als pflichtwidrig taxierten Verhaltensweisen. Die Klage ist demnach abzuweisen.

#### **E. 5**

Schaden

##### **E. 5.1**

Parteistandpunkte

###### **E. 5.1.1**

Die Klägerin macht geltend, ihr sei durch die Gewährung des Darlehens vom 30. Dezember 2009 an die D.\_\_\_\_\_ AG ein Schaden von CHF 2'000'000.– entstanden, weil mit einer Konkursdividende nicht zu rechnen sei und das Darlehen damit unwiderruflich verloren sei. Daher hätten sich die klägerischen Aktiven um den Darlehensbetrag von CHF 2'000'000.– vermindert (act. 1 Rz. 28, act. 22 Rz. 26, 121).

###### **E. 5.1.2**

Die Beklagten bestreiten das Vorliegen eines Schadens. Es habe sich nicht um eine ungewollte Verminderung des Vermögens gehandelt. Überdies sei die Schadensberechnung ungenügend und unsubstantiiert. Zudem lasse die Klägerin ausser Acht, dass die D.\_\_\_\_\_ AG ihr am 29. April 2010 eine Zahlung von CHF 500'000.– geleistet habe. Dies zeige, dass das Darlehen nicht vollumfänglich

- 19 - und unwiderruflich verloren sei (act. 12 Rz. 140, 142, act. 28 Rz. 382, act. 15 Rz. 26, 28, act. 26 Rz. 25 f.).

##### **E. 5.2**

Rechtliche Grundlagen Auch im Verantwortlichkeitsrecht entspricht der Schaden dem allgemeinen Schadensbegriff: Schaden ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts die ungewollte Verminderung des Reinvermögens. Er entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen – nach dem schädigenden Ereignis festgestellten – Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (BGE 132 III 359 E. 4; 132 III 564 E. 6.2; Urteil des Bundesgerichts 4A\_462/2009 E. 2.1 (nicht publ. in BGE 136 III 322 ff.); 4A\_177/2011 E. 4.3; vgl. z.B. auch BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage Zürich 2009, § 18 N 360). Der Schaden kann in einer direkten Abnahme des Vermögens (Verminderung der Aktiven oder Vermehrung der Passiven) oder in entgangenem Gewinn bestehen. Entsprechend der allgemeinen Regel des Haftpflichtrechts, zu welchem die Art. 754 ff. OR gehören, obliegt es dem Verantwortlichkeitskläger, die Elemente des Verantwortlichkeitsanspruchs, darunter

insbesondere den Schaden, zu substantiieren und zu beweisen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_410/2011 E. 3.1; 4A\_462/2009 E. 2).

### **E. 5.3**

Würdigung Es ist unbestritten, dass die Klägerin der D.\_\_\_\_\_ AG am 30. Dezember 2009 einen Betrag von CHF 2'000'000.– bezahlte. Dieser Mittelabfluss erfolgte jedoch im Rahmen eines Darlehensvertrages, unter Begründung einer Rückzahlungsverpflichtung des Darlehensnehmers. Der bedingt ausgesprochene Forderungsverzicht änderte nichts daran, dass die D.\_\_\_\_\_ AG noch immer zur Rückzahlung des Darlehens verpflichtet war. Es handelt sich nicht um einen endgültigen Verzicht auf die Darlehensrückzahlung, sondern um einen Rangrücktritt. Dadurch wird die Rückzahlungsverpflichtung zwar gewissen Bedingungen unterworfen, jedoch nicht aufgehoben. Die Darlehensgewährung unter bedingtem Forderungs-

- 20 - verzicht führt – für sich allein betrachtet – demnach nicht zu einem Schaden im Sinne der Differenztheorie. Ein aus der Darlehensgewährung resultierender Schaden trat erst im Moment der Konkureröffnung über die D.\_\_\_\_\_ AG ein. Für den Fall der Konkureröffnung sieht die Vereinbarung vom 17. Februar 2010 vor, dass die Klägerin die Begleitung ihrer Forderung nur verlangen könne, wenn alle übrigen Gläubiger der D.\_\_\_\_\_ AG befriedigt sind. Der Konkurs an sich führt damit nicht zwangsläufig zu einem Schaden im eingeklagten Umfang von CHF 2'000'000.–. Die Klägerin macht indessen keine Ausführungen dazu, welcher Betrag im Konkurs der D.\_\_\_\_\_ AG nach Befriedigung der Gläubiger übrig bleiben würde. Sie behauptet lediglich, dass mit einer Konkursdividende nicht zu rechnen sei (act. 1 Rz. 28). Ohne weitere Begründung ist diese Behauptung unsubstantiiert.

### **E. 5.4**

Fazit Selbst wenn man von einer Pflichtwidrigkeit ausgehen würde, müsste die Klage wegen Fehlens eines hinreichend substantiierten Schadens abgewiesen werden.

### **E. 6**

Zusammenfassung Die Klägerin wirft den Beklagten vor, sie hätten ihre Pflichten verletzt, indem sie der D.\_\_\_\_\_ AG am 30. Dezember 2009 ein ungesichertes Darlehen von CHF 2'000'000.– gewährt hatten, da aufgrund der finanziellen Lage der D.\_\_\_\_\_ AG in diesem Zeitpunkt keine Aussicht auf Rückzahlung bestanden habe. Dabei blendet sie jedoch aus, dass es gerade dem langjährig praktizierten Geschäftsmodell ihrer Alleinaktionärin, der E.\_\_\_\_\_, entsprach, die D.\_\_\_\_\_ AG trotz deren schlechter finanzieller Lage, mit ungesicherten Darlehen zu finanzieren. Das Einverständnis der Alleinaktionärin der Klägerin mit diesem Geschäftsmodell schliesst eine Pflichtverletzung der früheren Organe der Klägerin aus. Dies gilt umso mehr, als die Alleinaktionärin konkret auch das strittige Darlehen geduldet hat, obwohl sie an der Verwaltungsratssitzung, an welcher der entsprechende Beschluss gefasst wurde, vertreten war und ohne weiteres dagegen hätte ein-

- 21 - schreiten können. Überdies fehlt es an einem hinreichend substantiierten Schaden. Die Klage ist deshalb abzuweisen.

### **E. 7**

Kosten- und Entschädigungsfolgen

#### **E. 7.1**

Gerichtskosten Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse, dem Zeitaufwand des Gerichts sowie der Schwierigkeit des Falles. Vorliegend beträgt der Streitwert CHF 2'000'000.–. Unter Berücksichtigung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG ist eine volle Gerichtsgebühr geschuldet. Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Klägerin leistete in Anwendung von Art. 98 ZPO einen Vorschuss für die Gerichtskosten. Die Gerichtskosten sind aus diesem Vorschuss zu beziehen.

## E. 7.2

Parteientschädigungen Gemäss Art. 759 Abs. 2 OR kann der Kläger mehrere Beteiligte gemeinsam für den Gesamtschaden einklagen und verlangen, dass der Richter im gleichen Verfahren die Ersatzpflicht jedes einzelnen Beklagten festsetzt. Das Bundesgericht hat diese Bestimmung im Lichte der Materialien und der Systematik in dem Sinn ausgelegt, dass der Kläger, der mehrere Verantwortliche gemeinsam für den Gesamtschaden einklagt, das Kosten- und Entschädigungsrisiko nur gegenüber einer Gegenpartei trägt und nicht gegenüber jedem Beklagten (BGE 122 III 324 E. 7b S. 326 mit Hinweisen). Die Kostenverteilung nach Art. 759 Abs. 2 OR in diesem Sinne gilt indes nicht apodiktisch. Den Umständen des Einzelfalls darf durchaus Rechnung getragen werden. Insbesondere kann es sich rechtfertigen, mehreren in Streitgenossenschaft beklagten Organen je eine Parteientschädigung zuzusprechen, wenn sie intern in einem Interessenkonflikt stehen und es einem Anwalt standesrechtlich untersagt wäre, alle Beklagten gemeinsam zu vertreten, weil sie sich gegenseitig belasten (BGE 125 III 138 E. 2d). An dieser Rechtspre-

- 22 - chung, die in der Literatur begrüsst wurde, hat das Bundesgericht bisher festgehalten (Urteil 4A\_267/2008 vom 8. Dezember 2008 E. 7.1 mit Hinweisen). Vorliegend hat die Klägerin zwei Verwaltungsräte gemeinsam eingeklagt, welche separat vertreten werden. Die eingenommenen Standpunkte differieren indessen nicht grundlegend, so dass ein Interessenkonflikt unter den beklagten Verwaltungsräten und damit ein objektiv-sachlicher Grund für getrennte Vertretungen nicht auf der Hand liegt. Es scheint denn auch eine gewisse Koordination zwischen den Parteivertretern stattgefunden zu haben, wie an den teilweise sehr ähnlichen Formulierungen der Rechtschriften zu erkennen ist. Die Parteientschädigung für die Kosten der berufsmässigen Vertretung ist nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren zu bemessen. Grundlage ist auch hier der Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Die Grundgebühr ist mit der Begründung bzw. Beantwortung der Klage verdient (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Hinzu kommen Zuschläge gemäss § 11 Abs. 2 AnwGebV für die Teilnahme an der Vergleichsverhandlung und die Redaktion der zweiten Rechtsschrift. Die so resultierende Gebühr von sieben Fünfteln der Grundgebühr ist nach dem vorstehend Ausgeführten auf neun Fünftel zu erhöhen. Insgesamt wäre damit den Beklagten zusammen eine Parteientschädigung von CHF 74'600.– zuzusprechen. Ausgangsgemäss rechtfertigt es sich demnach, den Beklagten eine Parteientschädigung von je CHF 37'300.– zuzusprechen. Das Handelsgericht erkennt:

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