

BGer 4A 268/2018 vom 18. November 2019

Bundesgericht, 2019-11-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_268_2018

FR: TF 4A 268/2018 du 18 novembre 2019

IT: TF 4A 268/2018 del 18 novembre 2019

Regeste

aktienrechtliche Verantwortlichkeit | Gesellschaftsrecht

Erwägungen

E. 1.1

Die Beschwerde richtet sich gegen den Endentscheid (Art. 90 BGG) eines oberen kantonalen Gerichts, das eine Zivilrechtsstreitigkeit (Art. 72 BGG) als Fachgericht für handelsrechtliche Streitigkeiten als einzige Instanz entschieden hat (Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG). Die Beschwerdeführerin ist mit ihren Anträgen nicht durchgedrungen (Art. 76 BGG), eine Streitwertgrenze besteht nicht (Art. 74 Abs. 2 lit. b BGG ; BGE 139 III 67 E. 1.2 S. 69) und die Beschwerdefrist ist eingehalten (Art. 100 BGG). Auf die Beschwerde ist unter Vorbehalt hinreichender Begründung (Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG) einzutreten.

E. 1.2.1

Dies gilt allerdings nicht ohne weiteres für das Subeventualbegehren, mit dem die Beschwerdeführerin die Kosten- und Entschädigungsregelung des angefochtenen Entscheids (Dispositiv-Ziffern 2-4) unabhängig vom Obsiegen in der Sache anführt. Sie beantragt lediglich die Aufhebung der entsprechenden Dispositiv-Ziffern und die Rückweisung zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist grundsätzlich ein materieller, das heisst bezifferter Antrag auch bei vom Ausgang der Hauptsache unabhängiger Anfechtung der vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen erforderlich (BGE 143 III 111 E. 1.2 mit Hinweisen). Indessen genügt es, wenn aus der Beschwerdebegründung hervorgeht, in welchem Sinn der angefochtene Entscheid abgeändert werden soll (BGE 134 III 235 E. 2; Urteile 4A_486/2017 vom 23. März 2018 E. 1.2; 4A_13/2016 vom 19. Januar 2016; 4A_12/2014 vom 6. März 2014 E. 2).

E. 1.2.2

In Bezug auf die Gerichtskosten wendet sich die Beschwerdeführerin sowohl gegen die Höhe der Gerichtsgebühr als auch gegen deren Verteilung. Sie beziffert aber in ihrem Rechtsbegehren nicht, wie hoch die Gerichtsgebühr anzusetzen wäre. Immerhin ergibt sich aus der Beschwerdebegründung, dass sie eine Gerichtsgebühr von höchstens Fr. 1'500'000.-- für angemessen hält. Jedenfalls soweit die Beschwerdeführerin die Höhe der Gerichtsgebühr angreift, kann auf den Subeventualantrag daher eingetreten werden.

E. 1.2.3

Betreffend die Verteilung der Gerichtskosten vertritt sie die Ansicht, diese seien gestützt auf Art. 108 ZPO im die einfache Grundgebühr von Fr. 1'482'097.-- übersteigenden

Umfang den Beschwerdegegnern aufzuerlegen. Dies steht in einem gewissen Widerspruch zur postulierten Höhe der Gerichtsgebühr von Fr. 1'500'000.--. Würde dem stattgegeben, verbliebe nur ein verhältnismässig unbedeutender Betrag, exakt Fr. 17'903.--, der über die Grundgebühr hinausginge und den Beschwerdegegnern zu auferlegen wäre. Insofern erscheint ein klar bezifferter Antrag betreffend die Kostenaufgabe (an wen in welchem Umfang) auch nach Konsultation der Beschwerdebegründung angezeigt, um Klarheit zu haben, was die Beschwerdeführerin will. Dies umso mehr, als sie betreffend Parteientschädigungen für die Wettschlagung eintritt mit der Begründung, mindestens die Hälfte des Aufwandes sei durch unnötige Vorbringen der Beschwerdegegner verursacht, weshalb die Parteikosten in Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. b und f und Art. 108 ZPO wettzuschlagen seien. Hier wäre mithin die Hälfte unnötig von den Beschwerdegegnern verursachter Aufwand, während die Beschwerdegegner betreffend die Gerichtskosten nach den obigen Zahlen nur einen geringen Betrag als unnötigen Aufwand abzugelten hätten. Wegen dieser Ungereimtheiten, die sich auch durch Konsultation der Beschwerdebegründung nicht restlos klären lassen, erscheint ein Eintreten auf den Subeventualantrag in dieser Hinsicht mangels hinreichendem Rechtsbegehren als fraglich. Letztlich kann dies offen bleiben, da der Subeventualantrag in diesem Punkt ohnehin abzuweisen ist, wie in Erwägung 9 darzulegen sein wird.

E. 1.3

Die Beschwerde ist innert der Beschwerdefrist vollständig begründet einzureichen (Art. 42 Abs. 1 BGG). Kommt es zu einem zweiten Schriftenwechsel, darf die beschwerdeführende Partei die Replik nicht dazu verwenden, ihre Beschwerde zu ergänzen oder zu verbessern (vgl. BGE 132 I 42 E. 3.3.4). Die Replik ist nur zu Darlegungen zu verwenden, zu denen die Ausführungen in der Vernehmlassung eines anderen Verfahrensbeteiligten Anlass geben (vgl. BGE 135 I 19 E. 2.2). Soweit die Beschwerdeführerin in ihrer Replik darüber hinausgeht, können ihre Ausführungen nicht berücksichtigt werden.

E. 2.1

Nach Art. 754 OR sind die Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen sowohl der Gesellschaft als den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen. Im Konkurs der geschädigten Gesellschaft sind auch die Gesellschaftsgläubiger berechtigt, Ersatz des Schadens an die Gesellschaft zu verlangen. Zunächst steht es jedoch der Konkursverwaltung beziehungsweise bei Gesellschaften in Nachlassliquidation der Nachlassverwaltung (Art. 325 SchKG ; BGE 142 III 23 E. 3.1 S. 26 mit Hinweis) zu, die Ansprüche von Aktionären und Gesellschaftsgläubigern geltend zu machen (Art. 757 Abs. 1 OR). Von diesem Recht hat vorliegend die Nachlassverwaltung der Swissair Gebrauch gemacht; es geht um eine Verantwortlichkeitsklage der Nachlassmasse.

E. 2.2

Die Vorinstanz hat die Verantwortlichkeitsklage gegenüber einigen Beklagten bereits mangels Passivlegitimation, sodann gegenüber allen 14 Beklagten auch mangels Pflichtverletzung, Schadens und Kausalzusammenhangs abgewiesen. Dies ficht die Beschwerdeführerin an. Die Beschwerdegegner halten dagegen an der Einrede der Verjährung fest, die sie bereits vor der Vorinstanz erhoben haben. Wie es sich damit verhält, braucht nur beurteilt zu werden, wenn die Klage nicht ohnehin aus einem anderen

Grund abzuweisen ist.

E. 3

Die Haftung der Organe nach Art. 754 Abs. 1 OR setzt eine schuldhafte Pflichtverletzung, einen Schaden und den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden voraus (BGE 132 III 342 E. 4.1). Die Vorinstanz hat vorab die Passivlegitimation der Beklagten 3, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 13 und 14 mangels faktischer Organeigenschaft generell verneint. Die betreffenden Beklagten hätten in ihrer Eigenschaft als Mitglieder des Verwaltungsrats der SAirGroup keine organtypischen Aufgaben für die Swissair wahrgenommen und als Mitglieder des Konzernverwaltungsrats keine Handlungspflichten bei der Konzernuntergesellschaft Swissair gehabt. Sie verneinte die Passivlegitimation auch des Beklagten 2, soweit dieser für Handlungen vor dem 15. März 2001 verantwortlich gemacht werde. Sodann erachtete sie für alle Beklagten (für diejenigen, für die sie bereits die Passivlegitimation verneinte, mit Eventualbegründungen) die Haftungsvoraussetzungen der Pflichtverletzung, des Schadens und des Kausalzusammenhangs als nicht erfüllt. Da alle diese Haftungsvoraussetzungen nicht dargetan seien, erübrigte sich die Prüfung des Verschuldens. Auch diese Erkenntnis stützt die Vorinstanz teilweise auf mehrere Begründungen, wobei sie ihre Prüfung nicht nur allgemein, sondern auch individuell in Bezug auf die einzelnen Beklagten vornahm. Damit steht das Urteil auf einem mehrfach begründeten Fundament. Die Beschwerdeführerin müsste sämtliche Begründungen, die für sich allein das Urteil stützen, erfolgreich anfechten, um die Klageabweisung zu Fall zu bringen. Auch wenn bereits nur eine einzige Haftungsvoraussetzung zu Recht verworfen wurde beziehungsweise eine dafür gegebene Alternativbegründung die Verneinung trägt, müsste die Beschwerde gegen die Klageabweisung scheitern. Zunächst ist klarzustellen, von welchem Sachverhalt auszugehen ist.

E. 4.1

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den streitgegenständlichen Lebenssachverhalt als auch jene über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" (BGE 143 IV 241 E. 2.3.1; 140 III 115 E. 2 S. 117, 264 E. 2.3 S. 266). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können (Art. 97 Abs. 1 BGG). Willkür liegt nicht schon dann vor, wenn eine andere Lösung ebenfalls in Betracht zu ziehen oder gar vorzuziehen wäre, sondern nur, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (BGE 141 III 564 E. 4.1; 140 III 16 E. 2.1, 167 E. 2.1; 139 III 334 E. 3.2.5 S. 339; je mit Hinweisen). Für eine Kritik am festgestellten Sachverhalt gilt das strenge Rügeprinzip von Art. 106 Abs. 2 BGG (BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266 mit Hinweisen). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern diese Voraussetzungen erfüllt sein sollen (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18). Wenn sie den Sachverhalt ergänzen will,

hat sie zudem mit präzisen Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat (BGE 140 III 86 E. 2 S. 90).

E. 4.2

Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz in verschiedener Hinsicht eine auf Verletzung von Art. 9 BV , Art. 29 Abs. 2 BV , Art. 8 ZGB und Art. 150 Abs. 1 ZPO beruhende Sachverhaltsfeststellung beziehungsweise eine unvollständige Feststellung der massgebenden Gründe tatsächlicher Art nach Art. 112 Abs. 1 lit. b BGG vor. Sie moniert zudem, dass die Vorinstanz die Darlegungen in ihrer Replik kaum beachtet habe. Die Beschwerdeführerin verweist an zahlreichen Stellen ihrer Beschwerdeschrift, teilweise in den Fussnoten, auf ihre Vorbringen in den kantonalen Rechtsschriften, so insbesondere zu ihrem Konzernverständnis, der Organisation und Finanzierungsstruktur des SAirGroup-Konzerns, und verlangt eine Berichtigung oder Ergänzung des Sachverhalts im Sinne dieser ihrer Vorbringen. Das genügt nicht. Denn sie blendet dabei aus, dass ihre Vorbringen bestritten und von der Vorinstanz nicht als erwiesen erachtet wurden. Die Beschwerdeführerin müsste im Einzelnen aufzeigen, weshalb die von ihren Vorbringen abweichenden oder mangelnden Feststellungen der Vorinstanz geradezu unhaltbar sind. Dies tut sie aber nicht. Und vor allem verfehlt sie die Begründungsanforderungen, indem sie nicht aufzeigt, dass die Behebung der behaupteten Sachverhaltsmängel für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sind. Nachdem die Vorinstanz für neun Beklagte die Passivlegitimation und überdies sämtliche Haftungsvoraussetzungen der Widerrechtlichkeit, des Schadens und des Kausalzusammenhangs verneint hat, genügte es dabei nicht, die Entscheiderrelevanz bloss bezüglich einer dieser Haftungsvoraussetzungen aufzuzeigen, weil damit die Verneinung der anderen stehen bliebe und die Klageabweisung nach wie vor stützen würde. Die Sachverhaltsrügen entbehren durchwegs gehöriger Begründung, weshalb das Bundesgericht keine Veranlassung hat, darauf einzutreten. Soweit die Beschwerdeführerin in ihren Vorbringen zum Rechtlichen Rechtsrügen und Sachverhaltsrügen vermischt, ohne aufzuzeigen, inwiefern die Vorinstanz die -entscheiderheblichen - Tatsachen willkürlich festgestellt haben soll, ist sie ebenfalls nicht zu hören (vgl. Urteil 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 1.3). Was die angeblich nicht beachteten Darlegungen in der Replik anbelangt, hat die Vorinstanz nachvollziehbar begründet, weshalb sie aus Gründen der Übersichtlichkeit darauf verzichtete, die umfangreichen Vorbringen der Parteien im Einzelnen anzuführen und namentlich auf die weiteren Rechtsschriften, wie unter anderem die Replik, nur auf darin vorgebrachte Noven mit Angabe der Belegstellen Bezug nahm. Das heisst aber selbstverständlich nicht, dass sie diese weiteren Rechtsschriften, wie die Replik der Klägerin, nicht beachtet hätte. Damit ist in allen Punkten vom vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt auszugehen.

E. 5

Formelle Organe der Swissair waren einzig die Beschwerdegegner 1 und 2, die Mitglieder des Verwaltungsrats der Swissair waren, der Beschwerdegegner 1 bis am 20. Januar 2001, der Beschwerdegegner 2 ab 26. April 2001. Die Beklagten 3-14 waren Organe der SAirGroup. Die Beschwerdeführerin fasste sie ins Recht mit der Behauptung, sie seien faktische Organe der Swissair. Dies gilt auch für den Beschwerdegegner 2, soweit sie ihn für sein Verhalten während der Zeit verantwortlich macht, in der er Mitglied des Verwaltungsrats der SAirGroup war. Die Vorinstanz erachtete die formellen Organe der Swissair (Beschwerdegegner 1 und 2) für passivlegitimiert. Ferner anerkannte sie die

Passivlegitimation der Mitglieder der Konzernleitung der SAirGroup als faktische Organe für Vorwürfe, die in ihre jeweilige Amtszeit fallen, das heisst: - der Beschwerdegegner 8 als Interims-Konzern-CEO der SAirGroup vom 20. Januar 2001 bis 15. März 2001, - der Beschwerdegegner 2 als Konzern-CEO der SAirGroup vom 15. März 2001 bis 26. April 2001 (ab dann war er formelles Organ der Swissair), - der Beschwerdegegner 12 als Konzern-CFO der SAirGroup bis 23. Mai 2001, - die Beschwerdegegnerin 4 als Konzern-CFO der SAirGroup ab 18. Juni 2001. Demgegenüber verneinte sie die faktische Organschaft der Beschwerdegegner 3, 5-7, 9-11 und 13-14, da diese in ihrer Eigenschaft als Mitglieder des Verwaltungsrats der SAirGroup keine organotypischen Aufgaben für die Swissair wahrgenommen und als Mitglieder des Konzernverwaltungsrats keine Handlungspflichten bei der Konzernuntergesellschaft Swissair gehabt hätten. Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz vor, von einem unzutreffenden Begriffsverständnis des faktischen Organs auszugehen, namentlich im konkret betroffenen Konzern, wobei sie ihrer Kritik über weite Strecken ihre eigene - jedoch für das Bundesgericht unverbindliche (Erwägung 5) - Sachverhaltsdarstellung zugrunde legt. Ihre Kritik überzeugt nicht. Die Vorinstanz legte ihren Erwägungen zutreffend das Begriffsverständnis zugrunde, wie es das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Organhaftung nach Art. 754 OR definiert hat: Als mit der Verwaltung oder Geschäftsführung betraut im Sinne dieser Bestimmung gelten nicht nur Entscheidungsorgane, die ausdrücklich als solche ernannt worden sind, sondern auch Personen, die tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen (BGE 136 III 14 E. 2.4 S. 21; 128 III 92 E. 3a S. 93, 29 E. 3a S. 30; 119 II 255 E. 4; 117 II 570 E. 3 S. 571; 107 II 349 E. 5b S. 355; je mit Hinweisen; vgl. auch für die Vertretungsmacht des faktischen Organs BGE 141 III 159 E. 2.2 und 3). Dabei sind faktische Organe auch für pflichtwidrige Unterlassungen verantwortlich, wenn im Rahmen des an sich wahrgenommenen Aufgabenbereichs ein Tätigwerden erforderlich gewesen wäre (BGE 128 III 92 E. 3a S. 94). Während insbesondere eine blosser Einflussnahme von Organen einer Muttergesellschaft auf diejenigen der Tochter regelmässig keine Organverantwortung gegenüber der Tochtergesellschaft begründet, entsteht eine faktische Organschaft in der Tochtergesellschaft jedenfalls dann, wenn sich (übertragene oder usurpierte) Zuständigkeiten bilden (BGE 128 III 92 E. 3a S. 94 mit Hinweisen). Wenn die Vorinstanz in diesem Zusammenhang davon spricht, das faktische Organ müsse "organotypische Funktionen" wahrnehmen, trifft sie in Übereinstimmung mit dem zitierten Bundesgerichtsurteil den Kern des Begriffsverständnisses, wonach verlangt wird, dass das faktische Organ die Kompetenzen eines formellen Organs usurpiert oder diese delegiert erhält. Zutreffend hält die Vorinstanz weiter fest, dass in jedem Fall erforderlich, jedoch nicht ausreichend ist, dass die als faktisches Organ handelnde Person aufgrund ihrer effektiven Entscheidungsgewalt in der Lage ist, den durch die Verletzung einer entsprechenden Pflicht eingetretenen Schaden zu verhindern (BGE 136 III 14 E. 2.4 S. 21: qu'elle ait eu la compétence durable de prendre des décisions excédant l'accomplissement des tâches quotidiennes, que son pouvoir de décision apparaisse propre et indépendant et qu'elle ait été ainsi en situation d'empêcher la survenance du dommage; BGE 132 III 523 E. 4.5 S. 528; 128 III 29 E. 3a S. 30). Inwiefern die Vorinstanz Bundesrecht verletzt hat, indem sie auf der Grundlage dieses korrekten Begriffsverständnisses und der von ihr bundesrechtskonform getroffenen tatsächlichen Feststellungen (oben Erwägung 4) die faktische Organschaft der Beschwerdegegner 3, 5-7, 9-11 und 13-14 verneinte, zeigt die

Beschwerdeführerin nicht auf. Die Klageabweisung gegenüber den Beschwerdegegnern 3, 5-7, 9-11 und 13-14 bleibt daher bereits mangels Passivlegitimation aufrecht, ohne dass geprüft werden müsste, ob es auch an der Pflichtwidrigkeit, dem Schaden und der Kausalität fehlt, was die Vorinstanz - subsidiär - auch für diese Beschwerdegegner verneinte beziehungsweise als nicht dargetan erachtete.

E. 6.1

Art. 754 OR knüpft die Haftung der Organe an die "Verletzung ihrer Pflichten", durch die der Schaden entstanden ist. Neben der Geschäftsführungspflicht (Art. 716 Abs. 2 OR) sind die wesentlichen haftungsbegründenden Pflichten die in Art. 716a OR aufgezählten Organisations- und Kontrollaufgaben (die aber im Konzern auf residuelle Kompetenzen reduziert sein können, vgl. Erwägung 6.4) und die allgemeine Sorgfalts- und Treuepflicht nach Art. 717 OR (zu den Organpflichten statt vieler GERICKE/WALLER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl. 2016, N. 26 ff. zu Art. 754 OR). Unterlassungen sind dann pflichtwidrig, wenn eine spezifische Pflicht zum Handeln besteht (siehe etwa Corboz/Aubry Girardin, in: Commentaire romand, Code des obligations II, 2. Aufl. 2017, N. 35 zu Art. 754 OR ; vgl. auch BGE 128 III 92 E. 3a S. 94; 115 II 15 E. 3b S. 19).

E. 6.2

Die Beschwerdeführerin wirft den Beklagten im Wesentlichen zwei Komplexe von Pflichtverletzungen vor: a) widerrechtliche Konzernorganisation unter Aufgabe der finanziellen Eigenständigkeit der Swissair als inkorporierte Betriebsabteilung der SAirGroup (Verletzung von Art. 716a OR); b) pflichtwidrige Bewirtschaftung der Aktiven der Swissair: Verstoss gegen die allgemeine Sorgfaltspflicht bei der Vermögensanlage (Art. 717 Abs. 1 OR) und gegen die Kapitalschutzvorschriften (Art. 678 Abs. 2 [Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung] und Art. 680 Abs. 2 OR [Verbot der Einlagerückgewähr]) durch einerseits Einführung und Betrieb des Cash Pools und andererseits durch Gewährung von Festgeld-Darlehen der Swissair an die SAirGroup, insbesondere durch die Erneuerung von Festgeld-Darlehen im September 2001.

E. 6.3

Die Vorinstanz hat diese Vorwürfe allgemein und sodann je einzeln in Bezug auf die vierzehn Beklagten geprüft. Zusammengefasst verneinte sie für alle Beklagten (auch für jene, denen sie bereits die Passivlegitimation absprach) im Ergebnis die vorgeworfenen Pflichtverletzungen mit folgender Begründung:

E. 6.4

Zum ersten Vorwurf führte sie zunächst aus, in einem Konzern würden die Untergesellschaften in die Obergesellschaft eingeordnet ("Einordnungsprinzip"). Daraus ergebe sich zwangsläufig der einheitliche Führungsanspruch der Obergesellschaft. Die Untergesellschaft bleibe zwar eine selbständige juristische Einheit, in welcher der Verwaltungsrat der Untergesellschaft die "unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben" weiterhin wahrnehmen müsse (Art. 716a Abs. 1 OR). Der "einheitliche Führungsanspruch" der Obergesellschaft stehe aber in einem unübersehbaren Spannungsverhältnis zur "eigenständigen Selbstverwaltung" der Untergesellschaft. Dieses Konzernparadoxon werde so gelöst, dass für Konzerngesellschaften der Aufgabenkatalog gemäss Art. 716a Abs. 1 OR der Untergesellschaften im Sinn einer "teleologischen Reduktion" so zu lesen sei, dass dem Verwaltungsrat der Untergesellschaften nur Restkompetenzen zustünden (die Vorinstanz verweist auf Peter BÖCKLI, Schweizer

Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, § 11 Rz. 298 ff.; siehe daneben statt vieler Christoph B. Bühler, in: Zürcher Kommentar, 3. Aufl. 2018, N. 155 zu Art. 716a OR ; Peter/ Cavadini, in: Commentaire romand, Code des obligations II, 2. Aufl. 2017, N. 45 ff. zu Art. 716a OR ; Roland von Büren, Der Konzern, SPR Bd. VIII/6, 2. Aufl. 2005, S. 62 f.). Basierend auf diesem Konzernverständnis verwarf die Vorinstanz den Vorwurf unrechtmässiger Konzernbildung bereits mangels substantzierter Begründung, weil die Beschwerdeführerin nicht differenziert dargelegt habe, ab welchem Punkt die residuellen Kompetenzen des Verwaltungsrats der Swissair nicht mehr gewährleistet gewesen seien. In einer Eventualbegründung legte sie dennoch im Einzelnen dar, dass ohnehin keine unzulässige Übertragung beziehungsweise Usurpierung von (Finanz-) Kompetenzen vorgelegen habe. Die Beschwerdeführerin hält den Erwägungen der Vorinstanz im Wesentlichen ihre eigene, schon im kantonalen Verfahren vertretene Auffassung bezüglich (unzulässiger) Konzernorganisation und -finanzstruktur sowie der Organpflichten in einem Konzern entgegen, wobei sie ihre Kritik in casu über weite Strecken auf ihre eigene, jedoch für das Bundesgericht nicht massgebende Sachverhaltsdarstellung stützt. Damit vermag sie keine Bundesrechtswidrigkeit des angefochtenen Urteils aufzuzeigen. Namentlich widerlegt sie nicht die Hauptbegründung der Vorinstanz, wonach es an hinreichend detaillierten Darlegungen betreffend unzulässiger Kompetenzattraktion mangelt, insbesondere dazu, ab welchem Punkt die minimalen Restkompetenzen der Konzernuntergesellschaft nicht mehr gewährleistet gewesen seien. Da demnach die prozessual motivierte Hauptbegründung der Vorinstanz zur Abweisung des Vorwurfs unrechtmässiger Konzernbildung standhält, erübrigt sich eine Überprüfung der Eventualbegründung.

E. 6.5

Sodann untersuchte die Vorinstanz den Vorwurf pflichtwidriger Verwaltung der Aktiven der Swissair durch die Teilnahme und Aufrechterhaltung des Cash Pools und die Gewährung von Festgeld-Darlehen an die SAirGroup.

E. 6.5.1

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 mit Hinweisen; Urteil 4A_603/2014 vom 11. November 2015 E. 7.1.1 betreffend Cash Pooling). Zu beachten ist, dass der Verwaltungsrat oder das geschäftsführende Organ im Rahmen des Gesellschaftsinteresses zu einem unternehmerischen Handeln verpflichtet ist, welches das Eingehen von vertretbaren Risiken umfasst. Das Bundesgericht anerkennt mit der herrschenden Lehre, dass sich die Gerichte bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden Zurückhaltung aufzuerlegen haben, die in einem einwandfreien, auf

einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidungsprozess zustande gekommen sind ("Business Judgment Rule"; BGE 139 III 24 E. 3.2 mit Hinweisen; Urteile 4A_623/2018 vom 31. Juli 2019 E. 3.1, zur Publikation vorgesehen; 4A_603/2014 vom 11. November 2015 E. 7.1.1).

E. 6.5.2

Die Vorinstanz unterschied zwei Zeitspannen:

E. 6.5.3

Sie verneinte den Vorwurf jedenfalls für die Zeit bis Ende 2000. Dabei ging sie in Übereinstimmung mit den bundesgerichtlichen Erwägungen im Swisscargo-Urteil (BGE 140 III 533 E. 4.2 S. 542) davon aus, dass die Gewährung von marktkonformen Darlehen an eine Mutter- oder eine Schwestergesellschaft kapitalschutzrechtlich nicht unzulässig sei. Angesichts der in casu fehlenden Sicherheiten legte sie bei der Beurteilung der strittigen Darlehen entscheidendes Gewicht auf die Bonität der Darlehensnehmer (vgl. dazu BGE 140 III 533 E. 4.5). Dabei gelangte sie in tatsächlicher Hinsicht zum Schluss, dass die Bonität der SAirGroup und der Poolleaderin Finance BV bis Ende 2000 gewährleistet war. Diese Feststellung vermochte die Beschwerdeführerin nicht als willkürlich auszuweisen, und sie ist demnach für das Bundesgericht bindend. Gestützt auf diese Feststellung folgte die Vorinstanz, bis zum 31. Dezember 2000 hätten die Cash-Pool-Darlehen, welche die Swissair im Rahmen des Cash Pools der Finance BV in unterschiedlicher Höhe gewährt habe, sowie die Festgeld-Darlehen, welche die Swissair der SAirGroup in unterschiedlicher Höhe gewährt habe, den Marktbedingungen entsprochen. Das Bundesgericht verfügt über keine Sachverhaltselemente, die Anlass gäben, die rechtliche Beurteilung der Vorinstanz umzustossen, dass jedenfalls bis Ende 2000 keine Pflichtverletzung in der Beteiligung am Cash Pool und der Gewährung von Festgeld-Darlehen zu erblicken ist.

E. 6.5.4.1

Für die Zeit danach, mithin ab 1. Januar 2001 bis zum Zusammenbruch der SAirGroup anfangs Oktober 2001, ging die Vorinstanz von der von ihr im Swisscargo-Entscheid getroffenen Annahme aus (wiedergegeben in BGE 140 III 533 E. 4.3), dass die Bonität der Finance BV und der SAirGroup per Ende 2000 zumindest in Frage gestanden habe. Dass dies auch für die ganze Zeit danach bis zum Zusammenbruch der SAirGroup anfangs Oktober 2001 der Fall gewesen sei, sei eine "gerichtsnotorische Tatsache". Aufgrund der verschlechterten Bonität der SAirGroup und Finance BV stuft die Vorinstanz die konzerninternen Darlehen ab dem 1. Januar 2001 nicht mehr als marktkonform ein. Die nicht (mehr) marktkonformen konzerninternen Darlehen - konkret die der Finance BV gewährten Cash-Pool-Darlehen und die der SAirGroup gewährten Festgeld-Darlehen - verstiesse gegen das Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung (Art. 678 Abs. 2 OR) und gegen das Verbot der Einlagerrückerstattung (Art. 680 Abs. 2 OR). Die Gewährung dieser konzerninternen Darlehen sei deshalb ab dem 1. Januar 2001 widerrechtlich gewesen. In der Folge prüfte sie im Einzelnen, ob Letzteres den Beklagten in ihren jeweiligen Funktionen zum Vorwurf gereiche. Sie verneinte dies für alle Beklagten mit im Wesentlichen vier Argumentationslinien. Dabei stellte sie als massgebenden Zeitpunkt darauf ab, dass die Jahresrechnung 2000 der SAirGroup erst mit dem Revisionsbericht vom 2. April 2001 und die Jahresrechnung 2000 der Swissair erst mit dem Revisionsbericht vom 16. Februar 2001 definitiv wurden: 1) Deshalb entfiel für den Beklagten 1 der Vorwurf, es in pflichtwidriger Weise unterlassen zu haben, den Austritt der Swissair aus dem Cash

Pool veranlasst zu haben, da er bereits am 20. Januar 2001 von sämtlichen Funktionen in der SAirGroup enthoben worden war und ab diesem Zeitpunkt auch nicht mehr einziges Verwaltungsratsmitglied der Swissair war. Ebenfalls mit Blick auf das zeitliche Element entfiel eine Pflichtwidrigkeit für den Beklagten 8, der für die Phase vom 20. Januar 2001 bis zum 15. März 2001 zwar passivlegitimiert sei, aber vor Bekanntwerden des Revisionsberichts vom 2. April 2001 aus seinen Funktionen ausschied. 2) Dem Beklagten 2 hielt die Vorinstanz zwar in allgemeiner Hinsicht entgegen, er wäre in seiner Eigenschaft als (designiertes) einziges Verwaltungsratsmitglied der Swissair ab dem 15. März 2001 (er war ab diesem Zeitpunkt faktisches Organ und ab 24. April 2001 formelles Organ der Swissair) verpflichtet gewesen, im Rahmen seiner Finanzkompetenzen die Finanzvorgänge zu überwachen und im Rahmen seiner Aufsichtsfunktionen die geeigneten Massnahmen zum Schutz des Kapitals der Swissair zu ergreifen. Indessen lege die Klägerin nicht dar, welche konkreten Handlungen der Beklagte 2 pflichtwidrig unterlassen habe. Sie scheine geltend zu machen, dass der Beklagte dafür hätte sorgen müssen, dass die Swissair aus dem Cash Pool austrete und die Rückzahlung der Festgeld-Darlehen verlange; alsdann hätte die Swissair "ihre Liquidität auf eigenen Konten bei solventen Banken anlegen und dort belassen" müssen beziehungsweise - an anderer Stelle - die Liquidität "im Bedarfsfall zur Bestreitung betriebsnotwendiger Kosten" der Swissair nutzen können. Damit äussere sie sich nicht klar zum rechtmässigen Verhalten, das vom Beklagten 2 zu verlangen gewesen wäre. Es bleibe unklar, welche Handlungsoption (auf Konten belassen oder im Bedarfsfall nutzen) zu wählen gewesen wäre. Bezüglich letzterer stelle sich überdies die Frage, ob nicht die vom Beklagten 2 gewählte Handlungsoption sinnvoller gewesen sei, dem Konzern Darlehen zur Verfügung zu stellen, welche dieser im Interesse des Konzerns und mittelbar auch im Interesse der Swissair habe verwenden können. Da die Klägerin nicht klar angegeben habe, welches die rechtmässigen Handlungspflichten des Beklagten 2 gewesen wären, sei die Pflichtwidrigkeit nicht dargetan. Mit analoger Begründung verwarf die Vorinstanz ein pflichtwidriges Verhalten beziehungsweise dessen substantiierte Darlegung für die Beklagte 4, den Beklagten 12, sowie (allerdings nur als subsidiäre Begründung, da ohnehin nicht passivlegitimiert) für den Beklagten 6, den Beklagten 7 und die Beklagten 9 und 10. 3) Selbst wenn der Beklagte 3 passivlegitimiert wäre (er sei es nicht), könnten ihm keine Pflichtverletzungen vorgeworfen werden, da die Klägerin nicht konkretisiere, was er in der Zeit unmittelbar vor seinem Rücktritt aus dem Verwaltungsrat der SAirGroup am 25. April 2001 in Bezug auf die nicht mehr marktkonformen Darlehen, welche die Swissair der Finance BV gewährte, hätte vorkehren müssen. Mit gleicher Argumentation verwarf die Vorinstanz eine Pflichtwidrigkeit des Beklagten 11, der Beklagten 13 und des Beklagten 14. 4) Den Beklagten 5, der im April 2000 aus dem Amt ausschied, habe schon die Klägerin vom Vorwurf der pflichtwidrigen Bewirtschaftung der Aktiven der Swissair ausgenommen, womit sie offenbar selber davon ausgegangen sei, dass die Darlehen jedenfalls bis zu dessen Ausscheiden marktkonform und damit zulässig gewesen seien.

E. 6.5.4.2

Soweit die Beschwerdeführerin diesen Erwägungen auf der Sachverhaltsebene entgegentritt, ist ihr kein Erfolg beschieden (oben Erwägung 5). Ihrer Kritik in rechtlicher Hinsicht ist vor allem der Vorwurf zu entnehmen, die Vorinstanz habe zu Unrecht und in Verletzung von Art. 8 ZGB von ihr verlangt, die rechtmässigen Handlungspflichten der Beklagten darlegen zu müssen.

E. 6.5.4.3

Die Vorinstanz kam in allgemeiner Hinsicht zum Schluss, dass die Darlehen - konkret die der Finance BV gewährten Cash-Pool-Darlehen und die der SAirGroup gewährten Festgeld-Darlehen - ab dem 1. Januar 2001 widerrechtlich gewesen seien (Verstoss gegen das Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung, Art. 678 Abs. 2 OR, und gegen das Verbot der Einlagerrückerstattung, Art. 680 Abs. 2 OR). Die Vorinstanz ist nun aber zu Recht nicht bei diesem allgemeinen Schluss stehen geblieben, sondern prüfte, ob und inwiefern dieser Umstand den einzelnen Beklagten angelastet werden kann. Die Anspruchsvoraussetzungen, wie namentlich die Pflichtverletzung, sind auch bei Einklagung des Gesamtschadens nach Art. 759 Abs. 2 OR für jeden Beklagten separat zu prüfen und deshalb vom Kläger auch je einzeln für alle Beklagten zu behaupten und zu substantzieren (siehe URS H. HOFFMANN-NOWOTNY, Gemeinsame Einklagung für den Gesamtschaden in: Vertrauen - Vertrag - Verantwortung, Festschrift für Hans Caspar von der Crone, 2007, S. 442; vgl. auch Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, 1996, S. 420 § 36 Rz. 5). Die Vorinstanz vermochte keine klare Darlegung in der klägerischen Äusserung zu erblicken, die Beklagten hätten dafür sorgen müssen, dass die Swissair aus dem Cash Pool austrete sowie die Rückzahlung der Festgeld-Darlehen verlange, und die Swissair hätte alsdann "ihre Liquidität auf eigenen Konten bei solventen Banken anlegen und dort belassen" müssen beziehungsweise - an anderer Stelle - die Liquidität "im Bedarfsfall zur Bestreitung betriebsnotwendiger Kosten" der Swissair nutzen können. Dabei wirkte sich der Vorwurf mangelnder Substantzierung der "rechtmässigen Handlungspflichten" ab Januar 2001 lediglich für die Beklagten 2, 4 und 12 entscheidungsrelevant aus, da für die anderen Beklagten eine Pflichtverletzung bereits aus anderen Gründen entfiel oder diese ohnehin nicht passivlegitimiert waren. Es ist der Beschwerdeführerin zuzugestehen, dass die Argumentation der Vorinstanz inkohärent ist, wenn sie auf der einen Seite festhält, die Gewährung der konzerninternen Darlehen sei ab dem 1. Januar 2001 widerrechtlich gewesen und die Beklagten hätten Abhilfe schaffen müssen, auf der anderen Seite aber nicht als genügend ansieht, wenn die Beschwerdeführerin darlegte, die Beklagten hätten die Beteiligung der Swissair am Cash Pool und die Gewährung der konzerninternen Darlehen stoppen beziehungsweise deren Rückzahlung veranlassen müssen, also Abhilfemassnahmen postuliert. Entgegen der Vorinstanz kam die Beschwerdeführerin damit ihren diesbezüglichen prozessualen Substantzierungspflichten nach. Wenn die Vorinstanz ausführt, die Klägerin komme ihrer Obliegenheit nicht nach, klar anzugeben, welches "die rechtmässigen Handlungspflichten" des Beklagten gewesen wären, scheint sie den hypothetischen Schadensverlauf oder das "rechtmässige Alternativverhalten" anzusprechen, das im Zusammenhang mit der Voraussetzung des Kausalzusammenhangs zu prüfen ist (dazu etwa Urteil 4A_410/2011 vom 11. Juli 2012 E. 6.2.7; zur - umstrittenen - dogmatischen Einordnung des Einwands des rechtmässigen Alternativverhaltens und zur diesbezüglichen Beweislast eingehend CHRISTOPH B. BÜHLER, Kausalität und rechtmässiges Alternativverhalten in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, in: Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII, 2016, S. 61 ff., insb. S. 82 f.; vgl. auch JUTZI/MÜLLER, Besprechung von HGer ZH HG130073, AJP 2018, S. 1 ff., insb. S. 9). Der vorinstanzliche Vorwurf mangelnder Substantzierung der "rechtmässigen Handlungspflichten" erweist sich demnach als nicht tragfähig zur Verneinung der Pflichtwidrigkeit in diesem Zusammenhang.

E. 6.5.4.4

Indessen warf die Vorinstanz aber zu Recht auch die Frage auf, ob nicht die von den Beschwerdegegnern gewählte - im Vergleich zu der von der Beschwerdeführerin vorgeschlagenen - Handlungsoption sinnvoller gewesen sei, dem Konzern Darlehen zur Verfügung zu stellen, die dieser im Interesse des Konzerns und mittelbar auch im Interesse der Swissair habe verwenden können. Sie sprach damit die Konstellation an, dass Entscheide, die gegen aktienrechtliche Kapitalschutzbestimmungen verstossen, durch besondere Umstände gerechtfertigt sein können, also ausnahmsweise dennoch kein pflichtwidriges Handeln darstellen. Entsprechend argumentieren auch die Beschwerdegegner im Eventualstandpunkt (vgl. etwa Beschwerdeantwort Beschwerdegegner 1, Rz. 310 ff.). Dazu ist was folgt anzumerken: Das Bundesgericht erzog im Swisscargo-Urteil (BGE 140 III 533 E. 4.5), es sei fragwürdig, ob die Teilnahme an einem Cash Pool, bei der die Teilnehmerin über ihre Liquidität verfüge, als solche überhaupt einem Drittmannstest standhalte. In der Folge akzentuierte sich die in der Lehre geführte Diskussion, inwiefern die Konzernzugehörigkeit bei der Beurteilung der Drittbedingungen zu berücksichtigen sei (siehe nur Oliver Blum, Die Wirkung von Konzerndarlehen auf die Ausschüttungsfähigkeit, GesKR 2014, S. 468; Patric A. Brand, Swissair Cash Pool, AJP 2015, S. 144 f.; derselbe, Konzernorganisationsrechtliche Grenzen von Upstream-Darlehen, 2015, S. 245 ff. Rz. 559 ff.; Jean-Luc Chenaux, Financement intragroupe et Cash Pooling: Quelle évolution?, SZW 2017, S. 559 ff.; Jean Nicolas Druey, Cash Pool - Verdeckte Gewinnausschüttung und verdecktes Konzernrecht, SZW 2015, S. 68 ff.; Glanzmann/Wolf, Cash Pooling - Was ist noch zulässig?, GesKR 2014, S. 269; Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl. 2018, S. 854 f. § 24 Rz. 87 ff.; Martin Rauber, Unsicherheiten bei konzerninternen Darlehen: Folgen des Swisscargo-Entscheids, TREX 2015, S. 95 f.; siehe allgemein zum Konzerninteresse etwa Peter Böckli, Konzern und Konzerninteresse aus dem Blickwinkel des Einordnungskonzepts, in: Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII, 2014, S. 203 ff. und insb. S. 226 ff.; Druey/Vogel, Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, 1999, S. 105 ff.; Peter Forstmoser, Haftung im Konzern, in: Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, 2000, S. 103). Die Vorinstanz kam unter Bezugnahme auf dieses Urteil - und unter (vorläufiger) Ausserachtlassung der besonderen Situation im Konzern - zum erwähnten Ergebnis, die konzerninternen Darlehen hätten (ab dem 1. Januar 2001) nicht mehr Marktbedingungen entsprochen. Damit ist aber noch nicht gesagt, ob die Teilnahme am Cash Pool beziehungsweise die Gewährung der Festgeld-Darlehen im konkreten Fall einen Verstoß gegen die Pflichten der Gesellschaftsorgane darstellt. Denn aus dem Umstand, dass ein unbesichertes Darlehen den Drittmannstest nicht besteht - das heisst einem Dritten nicht zu entsprechenden Bedingungen ausgerichtet worden wäre -, folgt nicht zwingend, dass die Gewährung eines unbesicherten Darlehens an die Muttergesellschaft (beziehungsweise die Teilnahme am Cash Pool) eine Pflichtverletzung der für das Geschäft verantwortlichen Organe der Gläubigersellschaft darstellt (siehe auch Urteil 4A_603/2014 vom 11. November 2015 E. 7.2.1.3). Zwar stellte die Vorinstanz fest, die Swissair habe im massgeblichen Zeitpunkt nicht über frei ausschüttbares Eigenkapital in der erforderlichen Höhe verfügt (weshalb nicht nur ein Verstoß gegen Art. 678 Abs. 2 OR, sondern auch gegen Art. 680 Abs. 2 OR vorliege). Die Vorinstanz erkannte aber zu Recht auch, dass die dem Konzern zur Verfügung gestellten Darlehen im Interesse des Konzerns und mittelbar auch im Interesse der Swissair verwendet werden konnten. Das Interesse der Swissair am Fortbestand der SAirGroup und der Schwestergesellschaften war eminent. Denn die Swissair war für den Flugbetrieb darauf angewiesen, dass die

Konzerngesellschaften, namentlich die Flightlease AG (Flottenbetrieb), aber auch die anderen Konzerngesellschaften, fortbestanden, ansonsten hätte auch sie ihren Flugbetrieb nicht fortführen können. Die Swissair sollte jedoch auch nach Auffassung des Sachwalters der Beschwerdeführerin den Flugbetrieb um jeden Preis aufrecht erhalten, was aber bei Konkurs der SAirGroup unmöglich gewesen wäre. Die Darlehensgewährung war mithin in den Dienst dieses prioritären Gesellschaftsinteresses der Swissair gestellt und ist auch unter dem Aspekt der Organverantwortlichkeit in diesem Kontext zu würdigen. So stellte die Vorinstanz fest, dass die Festgeld- und Cash-Pool-Darlehen betriebliche Investitionen und keine reinen Finanzanlagen waren, die der Konzern mittelbar auch im Interesse der Swissair verwenden konnte. Somit sind diese Darlehen nicht als einzelne Anlagegeschäfte anzusehen und zu bewerten. Bei der nachträglichen Überprüfung solcher betrieblicher Investitionen ist wie bei anderen Geschäftsentscheiden eine gewisse Zurückhaltung anzulegen (siehe vorstehende Erwägung 6.5.1). Dabei hat die Vorinstanz für die Verhältnisse im Konzern zutreffend erwogen, dass mit Blick auf die Vorteile der Konzernzugehörigkeit nicht einfach isoliert das Gesellschaftsinteresse der betreffenden Gesellschaft Massstab bilden kann, sondern in einem gewissen Grad auch das Konzerninteresse mitberücksichtigt werden muss. Entsprechend durfte sie vorliegend bei der Bewertung der Festgeld- und Cash-Pool-Darlehen in die Waagschale werfen, dass der Fortbestand der SAirGroup im eminenten (mittelbaren) Interesse der Swissair lag, deren Flugbetrieb aufrechterhalten werden musste, und die dazu auf ihre Konzerngesellschaften angewiesen war. Unter diesem Aspekt können die beanstandeten Darlehensgewährungen, wiewohl für die Swissair ab Januar 2001 mit Nachteilen verbunden und - bei blosser Abstellen auf Drittbedingungen - gegen Kapitalschutzvorschriften verstossend, als nicht pflichtwidrig im Sinne von Art. 754 Abs. 1 OR betrachtet werden - zumal bei der hier gebotenen Zurückhaltung in der Überprüfung von Geschäftsentscheiden -, da damit letztlich (und jedenfalls bei damaliger Betrachtung) Gesellschaftsinteressen gewahrt wurden. Insofern wurde nicht dem Konzerninteresse ein entgegengesetztes Gesellschaftsinteresse der Swissair untergeordnet. Es lag eine Krisensituation vor, die auch den Bundesrat veranlasste, der SAirGroup zum gleichen Zeitraum und unter denselben Umständen (ungesichert) Bundesgelder in Milliardenhöhe zur Verfügung zu stellen. In ähnlichem Sinn hat das Bundesgericht in einem jüngeren Urteil erwogen, dass besondere Umstände dafür sprechen können, dass - wie es in jenem Fall bejahte - die Gewährung eines ungesicherten Darlehens kein fehlerhafter Entscheid ist, sondern im Interesse der Gesellschaft liegt (Urteil 4A_642/2016 vom 27. Juni 2017 E. 2.5.3, wo das Bundesgericht mangels Vorliegens der diesbezüglichen Voraussetzungen eine volle und keine zurückhaltende Überprüfung gemäss Business Judgment Rule vornahm; und bereits Urteil 4A_15/2013 vom 11. Juli 2013 E. 7.2.2). Nichts anderes ergibt sich im Übrigen aus den Urteilen des Bundesgerichts, in denen im Zusammenhang mit der Organhaftung auf die Interessen der einzelnen Gesellschaft - und nicht auf jene des ganzen Konzerns - abgestellt wurde (siehe etwa Urteil 4A_188/2008 vom 9. September 2008 E. 4.5; vgl. auch Urteil 4A_603/2014 vom 11. November 2015 E. 8.2.2; oft zitiert wird in diesem Zusammenhang BGE 130 III 213 E. 2.2.2, in dem es indes nicht um das Interesse des Konzerns, sondern jenes einer Schwestergesellschaft ging). Mit dieser Begründung kann gesagt werden, dass die Vorinstanz - im vorliegenden, in verschiedener Hinsicht aussergewöhnlichen Fall - das Vorliegen einer Pflichtverletzung im Ergebnis zutreffend verneinte.

E. 7.1

Die Beschwerdeführerin weist das angefochtene Urteil auch betreffend Schaden und Kausalzusammenhang nicht als bundesrechtswidrig aus. Diesbezüglich traf die Vorinstanz zwei entscheidende, mangels hinreichender Sachverhaltsrügen für das Bundesgericht verbindliche Feststellungen: Sie hielt als unbestritten und daher nachgewiesen fest, zum einen, dass die Swissair ihren Flugbetrieb im Interesse der Gläubiger unter allen Umständen aufrechterhalten musste, zum anderen, dass für die Aufrechterhaltung des Flugbetriebs namhafte finanzielle Mittel erforderlich gewesen wären.

E. 7.2

Die Haftungsvoraussetzung des Schadens verneinte die Vorinstanz vorab deshalb, weil die Beschwerdeführerin von einem falschen Schadensbegriff ausgehe und in unzutreffender Weise den Schadenersatzanspruch gegenüber den Beklagten aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit mit dem Erfüllungsanspruch gegen die Finance BV und die SAirGroup aus dem Cash Pool und den Festgeldverträgen gleichsetze. In einer Eventualbegründung legte sie aber auch eingehend dar, dass die Beschwerdeführerin keinen Schaden nach der anzuwendenden Differenztheorie dargetan habe (dazu etwa BGE 142 III 23 E. 4.1 S. 27 mit Hinweisen: Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte). Danach hätte die Beschwerdeführerin unter anderem darlegen müssen, wie sich das Vermögen der Swissair hypothetisch entwickelt hätte, wenn die Beklagten anstelle der als pflichtwidrig gerügten Darlehen pflichtgemässe Entscheide (Austritt aus dem Cash Pool und Nichterneuerung der Festgeldanlagen) getroffen hätten. Dies hat die Beschwerdeführerin aber - wie die Vorinstanz feststellt - nicht getan. Gestützt auf die unbestrittenen Tatsachen, dass die Swissair ihren Flugbetrieb im Interesse der Gläubiger aufrechterhalten musste und sie dafür zusätzliche Liquidität benötigte, erkannte die Vorinstanz schliesslich, dass die Swissair - wenn sie (wie von der Beschwerdeführerin postuliert) nach dem 1. Januar 2001 die Cash-Pool-Guthaben zurückgefordert und im September 2001 die Festgeld-Anlagen nicht erneuert hätte - diese Gelder für die Finanzierung des Flugbetriebs hätte verwenden und vollständig aufbrauchen müssen, bevor sie vom Bund die ohnehin zusätzlich notwendige Liquidität erhalten hätte. Daraus schloss die Vorinstanz betreffend das Vorliegen eines Schadens, die Annahmen der Beschwerdeführerin zur hypothetischen Höhe der Cash-Pool- und Festgeld-Guthaben bei von ihr gefordertem rechtmässigem Handeln der Beklagten seien unzutreffend und ein Schaden damit nicht hinreichend dargetan. Bezüglich des erforderlichen Kausalzusammenhangs folgerte die Vorinstanz aus diesen Tatsachen, dass es an der Haftungsvoraussetzung der "adäquaten Kausalität" fehle, da die Swissair-Gläubiger auch bei dem von der Beschwerdeführerin geforderten rechtmässigen Verhalten der Beschwerdegegner (Austritt aus dem Cash Pool und Nichterneuerung der Festgeldanlagen) nicht besser gestellt gewesen wären (da die Guthaben ohnehin hätten aufgebraucht werden müssen). Es ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz mit Blick auf die von ihr getroffenen Sachverhaltsfeststellungen mit diesen Erwägungen das Vorliegen eines (durch die im Rahmen dieser Eventualbegründung unterstellte Pflichtverletzung) kausal verursachten Schadens verneinte. Damit braucht auf die weiteren vorinstanzlichen Erwägungen zum Schaden nicht eingegangen zu werden.

E. 8

Zusammenfassend ergibt sich, dass die vorinstanzliche Klageabweisung mangels Pflichtverletzung, Schaden und Kausalität der Überprüfung standhält. Bei dieser Sachlage erübrigt es sich, zum Vorwurf der Beschwerdegegner, die Vorinstanz habe die

Verjährungseinrede zu Unrecht verworfen, Stellung zu nehmen.

E. 9

Im Subeventualbegehren beanstandet die Beschwerdeführerin den Kosten- und Entschädigungsentscheid der Vorinstanz unabhängig vom Verfahrensausgang (zum Eintreten auf den Subeventualantrag, vorne Erwägung 1.2).

E. 9.1

Sie beanstandet zum einen die Gerichtskosten, dies in zweierlei Hinsicht: Erstens erachtet sie die Höhe der Gerichtsgebühr für unangemessen, zweitens kritisiert sie deren Verteilung.

E. 9.1.1.1

Gerichtsgebühren sind Kausalabgaben, weshalb sie dem Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip genügen müssen. Das Äquivalenzprinzip konkretisiert das Verhältnismässigkeitsprinzip und das Willkürverbot für den Bereich der Kausalabgaben (Art. 5 Abs. 2 und Art. 9 BV). Es bestimmt, dass eine Gebühr nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der Leistung stehen darf und sich in vernünftigen Grenzen halten muss. Der Wert der Leistung bemisst sich nach dem wirtschaftlichen Nutzen, den sie dem Pflichtigen bringt, oder nach dem Kostenaufwand der konkreten Inanspruchnahme im Verhältnis zum gesamten Aufwand des betreffenden Verwaltungszweigs, wobei schematische, auf Wahrscheinlichkeit und Durchschnittserfahrungen beruhende Massstäbe angelegt werden dürfen. Es ist nicht notwendig, dass die Gebühren in jedem Fall genau dem Verwaltungsaufwand entsprechen; sie sollen indessen nach sachlich vertretbaren Kriterien bemessen sein und nicht Unterscheidungen treffen, für die keine vernünftigen Gründe ersichtlich sind (BGE 141 I 105 E. 3.3.2; 139 III 334 E. 3.2.4 S. 337; Urteile 4A_76/2016 vom 30. August 2016 E. 5.1; 4A_624/2014 vom 9. Juli 2015 E. 6.1; je mit Hinweisen). Gerichtsgebühren dürfen die Inanspruchnahme der Justiz zur Wahrung der Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV nicht verunmöglichen oder übermässig erschweren (BGE 143 I 227 E. 5.1 ; 141 I 105 E. 3.3.2 S. 109). Bei der Festsetzung der Gerichtsgebühr verfügt das Gericht über einen grossen Ermessensspielraum. Das Bundesgericht greift bei der Auslegung kantonaler Normen nicht bereits dann ein, wenn sich die Gebühr als unangemessen erweist, sondern nur, wenn das Ermessen über- beziehungsweise unterschritten oder missbraucht und damit Bundesrecht verletzt wird (BGE 141 I 105 E. 3.3.2 S. 109 mit Hinweisen).

E. 9.1.1.2

Nach Art. 96 ZPO setzen die Kantone die Tarife für die Prozesskosten fest. Im Kanton Zürich gelangt die gestützt auf § 199 Abs. 1 des Gesetzes des Kantons Zürich vom 10. Mai 2010 über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (GOG; LS 211.1) erlassene Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG; LS 211.11) zur Anwendung. § 2 Abs. 1 GebV OG nennt als Grundlage für die Festsetzung der Gebühren im Zivilprozess den Streitwert beziehungsweise das tatsächliche Streitinteresse, den Zeitaufwand des Gerichts und die Schwierigkeit des Falls (vgl. auch § 199 Abs. 3 GOG). § 4 GebV OG sieht für vermögensrechtliche Streitigkeiten ein nach Streitwert abgestuftes Raster für die Grundgebühr vor. Bei einem Streitwert über Fr. 10 Mio. beträgt die Grundgebühr Fr. 120'750.-- zuzüglich 0.5 % des Fr. 10 Mio. übersteigenden Streitwertes. Die Grundgebühr kann unter Berücksichtigung des Zeitaufwandes des Gerichts und der Schwierigkeit des Falls ermässigt oder um bis zu einem Drittel, in Ausnahmefällen bis auf das Doppelte, erhöht werden (§ 4 Abs. 2 GebV OG). In

Anwendung dieser Bestimmungen errechnete die Vorinstanz eine Grundgebühr von Fr. 1'482'097.--. Diese Grundgebühr erhöhte sie auf das "Doppelte" und setzte sie auf Fr. 3 Mio. fest, dies mit der Begründung, dass die Materie ausserordentlich komplex sei, dass auf die unterschiedliche Situation von 14 Beklagten eingegangen werden musste, dass nicht nur ein doppelter Schriftenwechsel, sondern Noveneingaben und weitere Stellungnahmen erfolgten, was die Behandlung ausserordentlich zeitintensiv gemacht habe. Damit liege ein Ausnahmefall im Sinne von § 4 Abs. 2 GebV OG vor.

E. 9.1.1.3

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe die Grundgebühr von Fr. 1'482'097.-- nicht auf das Doppelte, sondern auf Fr. 3 Mio. erhöht und damit den kantonalen Tarifrahmen um Fr. 35'806.-- überschritten. Dies sei willkürlich. Nicht nur die Überschreitung des Tarifrahmens, auch die Ausschöpfung des vollen Tarifs sei willkürlich, da die Vorinstanz keine Vergleichsverhandlung, keine Instruktionsverhandlung, keine Hauptverhandlung, kein Beweisverfahren und keine Schlussverhandlung durchgeführt habe. Die Gerichtsgebühr stehe in offensichtlichem Missverhältnis zum objektiven Wert der Leistung und sei deshalb mit dem Äquivalenzprinzip nicht vereinbar. Sie sei auf - angemessene - höchstens Fr. 1.5 Mio. zu reduzieren.

E. 9.1.1.4

Wie die Beschwerdeführerin zu Recht vorbringt, beträgt das Doppelte der Grundgebühr - und damit gemäss § 4 GebV OG die (selbst in Ausnahmefällen geltende) obere Grenze - Fr. 2'964'194.--. Indem die Vorinstanz die Gerichtsgebühr auf Fr. 3 Mio. festsetzte, überschritt sie den Tarifrahmen um Fr. 35'806.--. Sie nennt hierfür keine Gründe, und solche sind auch nicht ersichtlich. Der Vorwurf, die Vorinstanz habe ihr Ermessen überschritten, ist in diesem Punkt berechtigt. Indes besteht für das Bundesgericht kein Anlass, in die Ermessensausübung der Vorinstanz einzugreifen, soweit diese den (auf den Betrag von Fr. 2'964'194.-- limitierten) Tarif voll ausschöpfte. Die Vorinstanz hat im Einzelnen begründet, weshalb sie einen Ausnahmefall im Sinne von § 4 Abs. 2 GebV OG annahm und eine Erhöhung der Grundgebühr auf das Doppelte als gerechtfertigt erachtete. Die Beschwerdeführerin stellt die angeführten Gründe nicht in Abrede, mithin dass die Materie ausserordentlich komplex war und ausserordentlich umfangreiche Rechtsschriften (18'000 Seiten ohne Zwischeneingaben und Noveneingaben) zu bearbeiten waren, was äusserst zeitintensiv für das Gericht war. Sie hält die Gerichtsgebühr deshalb für willkürlich und mit dem Äquivalenzprinzip für unvereinbar, weil das Gericht keine Verhandlungen und kein Beweisverfahren durchführte. Indessen knüpft § 4 Abs. 2 GebV OG die Möglichkeit, die Grundgebühr in Ausnahmefällen bis auf das Doppelte zu erhöhen, nicht an die Durchführung von Verhandlungen oder eines Beweisverfahrens, sondern allgemein an den Zeitaufwand des Gerichts und die Schwierigkeit des Falles. Die Vorinstanz berücksichtigte damit tarifkonforme Kriterien. Auch wenn die Ausschöpfung bis zum Maximum nicht unbedingt einzig richtig erscheint, so ist dies dennoch nicht geradezu unhaltbar oder offensichtlich unangemessen. Es liegt weder eine Verletzung des Willkürverbots noch des Äquivalenzprinzips vor.

E. 9.1.2

Die Beschwerdeführerin richtet sich sodann gegen die Kostenverteilung. Art. 106 Abs. 1 ZPO stellt den Grundsatz auf, dass die Prozesskosten der unterliegenden Partei auferlegt werden. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem

Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Nach Art. 107 Abs. 1 ZPO kann das Gericht mit Blick auf besondere Umstände von diesen Grundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen. Schliesslich hat gemäss Art. 108 ZPO unnötige Prozesskosten zu tragen, wer sie verursacht hat. Nach seinem klaren Wortlaut ist Art. 107 ZPO eine "Kann"-Bestimmung. Das Gericht verfügt im Anwendungsbereich dieser Norm mithin nicht nur über Ermessen, wie es die Kosten verteilen will, sondern zunächst und insbesondere bei der Frage, ob es überhaupt von den allgemeinen Verteilungsgrundsätzen nach Art. 106 ZPO abweichen will (BGE 139 III 358 E. 3 S. 360). Das Bundesgericht schreitet gegen Ermessensentscheide wie diejenigen über die Kostenverlegung nur ein, wenn die Vorinstanz grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgegangen ist, wenn Tatsachen berücksichtigt wurden, die keine Rolle hätten spielen dürfen, oder wenn umgekehrt Umstände ausser Betracht geblieben sind, die zwingend hätten beachtet werden müssen. In derartige Ermessensentscheide wird ferner eingegriffen, wenn sich diese als offensichtlich unbillig oder als in stossender Weise ungerecht erweisen (BGE 141 III 97 E. 11.2 S. 98; 139 III 334 E. 3.2.5 S. 339). Die Beschwerdeführerin unterlag mit ihrer Klage vollständig. Entsprechend diesem Verfahrensausgang auferlegte die Vorinstanz sämtliche Kosten der Klägerin. Dies entspricht dem Grundsatz. Die Beschwerdeführerin erblickt eine Bundesrechtsverletzung darin, dass die Vorinstanz die Gerichtskosten im die einfache Grundgebühr übersteigenden Betrag nicht in Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. b und lit. f ZPO und Art. 108 ZPO den Beschwerdegegnern auferlegte. Es gelingt ihr jedoch nicht darzutun, dass sie sich in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst sehen durfte beziehungsweise dass es unbillig erscheint, wenn sie die Kosten des Prozesses tragen muss. Sie beruft sich einzig auf die angeblich rechtswidrigen Konzerndarlehen zulasten der Swissair. Indessen hat die Vorinstanz die Verantwortlichkeitsklage in allen Punkten abgewiesen, ja für mehrere Beklagte bereits die Passivlegitimation verneint. Mit Blick auf diesen überaus deutlichen Verfahrensausgang vermag das Bundesgericht keine Willkür zu erkennen, wenn die Vorinstanz entsprechend dem Grundsatz von Art. 106 ZPO die Kosten der vollständig unterliegenden Beschwerdeführerin auferlegte. Ebenso wenig musste sie die obsiegenden Beschwerdegegner gestützt auf Art. 108 ZPO mit Kosten belasten. Dass die 14 Beklagten umfangreiche Rechtsschriften einreichten, deren Studium dem Gericht grossen Aufwand verursachte, kann ihnen nicht als unnötige Kostenverursachung angelastet werden. Wer 14 Beklagte für einen Streitwert in dreistelliger Millionenhöhe einklagt, muss damit rechnen, dass diese von ihrem Recht auf Verteidigung Gebrauch machen und eingehend zu den erhobenen Vorwürfen Stellung nehmen. Die Beschwerdeführerin bezeichnet die beklagtischen Eingaben zudem zu Unrecht als weitschweifig, hat doch die Vorinstanz keine der Eingaben als weitschweifig zur Verbesserung zurückgewiesen. Die Vorinstanz verletzte mit ihrer Kostenverlegung weder Art. 107 Abs. 1 lit. b oder lit. f noch Art. 108 ZPO .

E. 9.2

Das eben Gesagte gilt auch für die Auferlegung der Parteientschädigungen an die Beschwerdeführerin. Sie postuliert mit derselben Begründung - Prozessführung in guten Treuen, unnötige Aufwandverursachung durch angeblich weitschweifige Eingaben - die Wettschlagung der Parteikosten, zeigt damit aber auch insoweit keine Rechtsverletzung durch die Vorinstanz auf.

E. 9.3

Folglich sind die Dispositiv-Ziffern 2 und 3 aufzuheben. Die Gerichtsgebühr ist auf Fr. 2'964'194.-- zu reduzieren und der von der Beschwerdeführerin nachzufordernde (vom Vorschuss nicht gedeckte) Betrag entsprechend anzupassen. Es bleibt indes bei der vorinstanzlichen Verteilung der Prozesskosten.

E. 10

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass die Beschwerde teilweise gutzuheissen - soweit sie die Höhe der Gerichtsgebühr betrifft -, im Übrigen aber abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten werden kann. Das marginale Obsiegen der Beschwerdeführerin darf bei der Verteilung von Kosten und Entschädigung für das bundesgerichtliche Verfahren ohne Einfluss bleiben. Entsprechend wird sie vollumfänglich kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG). 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 Beschwerdegegners festsetzt. Das Bundesgericht legte diese Bestimmung im Lichte der Materialien und der Systematik in dem Sinn aus, dass der Kläger, der mehrere Verantwortliche für den Gesamtschaden gemeinsam einklagt, das Kosten- und Entschädigungsrisiko nur gegenüber einer Gegenpartei trägt und nicht gegenüber jedem Beschwerdegegner (BGE 122 III 324 E. 7b S. 326 mit Hinweisen). In einem späteren Entscheid hielt das Bundesgericht allerdings fest, dass diese Regel nicht apodiktisch zu verstehen ist und grundsätzlich nur im erstinstanzlichen Verfahren gilt, während im Rechtsmittelverfahren die allgemeinen Prozessvorschriften für die Kostenliquidation Anwendung finden können. Ein Anspruch auf mehrere Parteientschädigungen kann namentlich bestehen, wenn mehrere beklagte Organe in einem Interessenkonflikt stünden und/oder mit unterschiedlichen Vorwürfen konfrontiert werden (dazu eingehend: Urteil 4A_603/2014 vom 11. November 2015 E. 12.2.1 mit Hinweisen; sodann BGE 125 III 138 E. 2c und 2d). Die Vorinstanz stellte fest, im vorliegenden Verfahren würden gegen die 14 Beklagten unterschiedliche Ansprüche geltend gemacht. Die Beklagten 1, 3, 5, 7, 8 und 11-14 würden im Rahmen der Cash-Pool-Klage für umgerechnet Fr. 178'511'561.-- und die Beklagten 2, 4, 6, 9 und 10 im Rahmen der kombinierten Cash-Pool- und Festgeld-Klage für umgerechnet Fr. 282'269'357.-- belangt. Ein möglicher Interessenkonflikt könnte bei einer gemeinsamen Vertretung nicht ausgeschlossen werden. Diese Feststellungen werden von der Beschwerdeführerin nicht in Frage gestellt. Ihre Berücksichtigung führt auch im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesgericht dazu, dass der Grundsatz der einfachen Parteientschädigung keine Anwendung findet. Vielmehr sind die Beschwerdegegner einzeln zu entschädigen, wobei der unterschiedliche Streitwert zu berücksichtigen ist. Die Beschwerdegegner 2 und 4 beziehungsweise die Beschwerdegegner 7, 9 und 10, die sich je gemeinsam vertreten liessen, haben je zusammen Anspruch auf eine Parteientschädigung. Gemäss Art. 4 des Reglements vom 31. März 2006 über die Parteientschädigung und die Entschädigung für die amtliche Vertretung im Verfahren vor dem Bundesgericht (SR 173.110.210.3) beträgt das Honorar im Beschwerdeverfahren bei einem Streitwert von über Fr. 5 Mio. zwischen Fr. 20'000.-- und 1 Prozent. Beim vorliegenden Streitwert von rund Fr. 178 Mio. (Cash-Pool-Klage) beziehungsweise Fr. 282 Mio. (kombinierte Cash-Pool- und Festgeld-Klage) erstreckt sich der Rahmen mithin zwischen Fr. 20'000.-- und Fr. 1'780'000.-- beziehungsweise Fr. 2'820'000.--. Nach ständiger Praxis legt das Bundesgericht die Parteientschädigung innerhalb des tarifgemässen Rahmens in Abstimmung auf die erhobene Gerichtsgebühr, vorliegend Fr. 200'000.--, fest. Danach betrüge eine einzige Parteientschädigung Fr. 250'000.--. Vorliegend ist den Synergien der mehreren

Vertretungen Rechnung zu tragen. Nachdem die Rechtsschriften der Beschwerdegegner streckenweise übereinstimmen, insofern der anwaltliche Aufwand in reduziertem Umfang anfiel, erscheint eine Parteientschädigung von je Fr. 160'000.-- angemessen, in der die Mehrwertsteuer bereits enthalten ist (siehe BGE 125 V 201 E. 4b). Dem höheren Streitwert der kombinierten Cash-Pool- und Festgeld-Klage ist durch eine Erhöhung der Parteientschädigung auf Fr. 200'000.-- gegenüber den davon betroffenen Beschwerdegegnern Rechnung zu tragen.

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