

# ZH\_HANDELSGERICHT HG080315 vom 9. März 2012

Zh Handelsgericht, 2012-03-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HG080315](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG080315)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HG080315 du 9 mars 2012

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HG080315 del 9 marzo 2012

## Erwägungen

### E. 1

Einleitung Die A.\_\_\_\_\_ AG (nachfolgend "A.\_\_\_\_\_") war eine Aktiengesellschaft des E.\_\_\_\_\_ -Konzerns. Die Aktien der A.\_\_\_\_\_ AG wurden bis Ende des Jahres 2000 zu 100% von der F.\_\_\_\_\_ AG gehalten. Gemäss Fusionsvertrag vom tt.mm.2001 (Handelsregistereintrag vom tt.mm.2001) übernahm die G.\_\_\_\_\_ AG die F.\_\_\_\_\_ AG mit deren Aktiven und Passiven rückwirkend per 1. Januar 2001. (act. 1 Rz. 9, act. 12 Rz. 73-76). Die Beklagte war die Revisionsstelle der A.\_\_\_\_\_ für das Geschäftsjahr 2000, ebenso war sie die Revisionsstelle des E.\_\_\_\_\_ -Konzerns für das Geschäftsjahr 2000 (act. 1 Rz. 14 f., act. 12 Rz. 20, 22).

- 5 - Die A.\_\_\_\_\_ schrieb im Jahr 2000 einen Gewinn von CHF 43.67 Mio. Nach Abzug des Verlustvortrags von rund CHF 14.5 Mio. aus dem Jahre 1999 verblieb ein Bilanzgewinn von rund CHF 29.17 Mio. Auf der Aktivseite der Bilanz wies die A.\_\_\_\_\_ per Ende 2000 Guthaben aus konzerninternen Darlehen in der Höhe von CHF 23.65 Mio. aus. Gestützt auf diesen Bilanzgewinn beantragte der Verwaltungsrat der A.\_\_\_\_\_ der Generalversammlung die Ausschüttung einer Dividende in der Höhe von CHF 28.5 Mio. Im Frühjahr 2001 prüfte die Beklagte den Jahresabschluss der A.\_\_\_\_\_ per Ende Dezember 2000 und bestätigte die Gesetzmässigkeit und Statutenkonformität des Antrags auf Ausschüttung einer Dividende von CHF 28.5 Mio. Sie hielt in ihrem Revisionsbericht vom 12. April 2001 zuhanden der Generalversammlung der A.\_\_\_\_\_ abschliessend fest: "In our opinion, the accounting records and financial statements and the proposed appropriation of available earnings comply with Swiss law and the company's articles of incorporation." Der Verwaltungsratspräsident der A.\_\_\_\_\_ schlug der Generalversammlung vom 20. April 2001 (Universalversammlung) vor, eine Dividende von CHF 28.5 Mio. auszuschütten, was von der Generalversammlung genehmigt wurde. Am 28. Juni 2001 erfolgte zugunsten der einzigen Aktionärin, der F.\_\_\_\_\_ AG, eine Gutschrift im Rahmen des Cash Pools von CHF 28.5 Mio. (act. 1 S. 21 ff. Rz. 71-79 und S. 56 Rz. 199 f.; act. 12 S. 68 f. Rz. 357-362).

### E. 2

Zusammenfassung des klägerischen Standpunkts

#### E. 2.1

Grundsätzliche Parteistandpunkte

##### E. 2.1.1

Die Klägerin macht als Schaden einen (bis heute) erlittenen „Abschlagszahlungs-Ausfall“ in der Höhe von CHF 4'068'330.50 geltend. Sie begründet dies damit, dass die Forderung der Klägerin gegenüber der konkursiten E1.\_\_\_\_\_ als Pool Leader des

(H.\_\_\_\_\_)konzerninternen Zero Balancing Cash Pools um CHF 21.73 Mio. höher wäre, wenn die Beklagte nicht eine unzulässige Gewinn- ausschüttung in dieser Höhe an die einzige Aktionärin der A.\_\_\_\_\_, die F.\_\_\_\_\_, genehmigt hätte, welche in der Folge über den Zero Balancing Cash Pool an die F.\_\_\_\_\_ ausgeschüttet wurde. Wenn die Forderung der Klägerin gegenüber der konkursiten E1.\_\_\_\_\_ um CHF 21.73 Mio. höher wäre, hätte die Klägerin bis heute Abschlagszahlungen von 19.2% von ihrer höheren Forderung erhalten, anstelle von 19.4% von ihrer heute tieferen Forderung (act. 1 Rz 198 – 203, korrigiert in act. 23 S. 33 ff.).

### **E. 2.1.2**

Die Beklagte bestreitet diesen Schaden. Sie behauptet unter Berufung auf die Unterlassung der Schadenminderungspflicht seitens der Klägerin, es fehle überhaupt an einem Schaden (act. 12 Rz 144 ff. und Rz. 300). Ferner bestritt sie

- 10 - in der Klageantwort die Höhe des Schadens mit dem Argument, der auf eine einzelne Forderung entfallende Dividendenbetrag im Konkurs der E1.\_\_\_\_\_ verändere sich mit dem Gesamtbetrag der zugelassenen Forderungen, so dass auf eine Mehrforderung von CHF 23 Mio. nicht ebenfalls eine Dividende von 19.65% entfallen wäre, wie dies die Klägerin noch in der Klageschrift geltend gemacht hatte (act. 12 Rz 301). Die oben erwähnte, in der Replik korrigierte Berechnung der Klägerin wurde von der Beklagten hingegen nicht mehr bestritten (act. 44 S. 40 f.). Die Berechnung des von der Klägerin geltend gemachten Dividendenausfalls im Konkurs der E1.\_\_\_\_\_ bei einer um CHF 21.73 Mio. höheren Forderung gilt damit als von der Beklagten anerkannt.

### **E. 2.2**

Schadenminderungspflicht der Klägerin

#### **E. 2.2.1**

Standpunkt der Beklagten Die Beklagte macht im Zusammenhang mit der unterlassenen Schadenminderung geltend, die Verantwortlichkeitsansprüche gemäss Art. 754 ff. OR seien gegenüber der Rückerstattungsklage im Sinne von Art. 678 OR subsidiär (act. 12 Rz. 161). Die Voraussetzungen für die Rückerstattungsklage im Sinne von Art. 678 Abs. 1 OR (ungerechtfertigter Empfang einer Dividende, böser Glaube des Empfängers) seien – gestützt auf die klägerische Sachdarstellung – vorliegend erfüllt gewesen (act. 12 Rz. 167-177). Der Rechtsanspruch der Klägerin gegen die F.\_\_\_\_\_ auf Rückerstattung der ungerechtfertigt ausgeschütteten Dividende sei auch erfüllbar gewesen, da das Vermögen der Anspruchsgegnerin F.\_\_\_\_\_ seit der Fusion separat verwaltet worden sei und nun eine separate Masse mit einem Aktivenüberschuss von rund CHF 62.2 Mio. zur Verfügung stehe (act. 12 Rz. 178- 181). Die Klägerin habe im Kollokationsprozess gegen die F.\_\_\_\_\_ aber bloss eine Forderung von CHF 10 Mio. (statt einer solchen von mindestens CHF 23 Mio.) geltend gemacht und zudem diesen Anspruch in erster Linie mit der Deliktspauliana, eventualiter auch mit Art. 678 Abs. 1 OR begründet. Die Klage zeige die Zumutbarkeit der Schadenminderung, und bei Gutheissung wäre ein Schaden entfallen (act. 12 Rz. 184-188). Die Klägerin habe unsorgfältig prozessiert (den bösen Glauben nicht behauptet, Wertberichtigungsbedarf auf den Forderungen der E.\_\_\_\_\_ und der E1.\_\_\_\_\_ per 31. Dezember 2000 sei durch den Einzelrichter

- 11 - anhand der Parteidarstellungen verneint worden) und nun sei der Anspruch als im Kollokationsprozess abgewiesen präjudiziert, und einer neuerlichen Geltendmachung

stünde zudem die Einrede der Verjährung entgegen (act. 12 Rz. 189-199).

#### **E. 2.2.2**

Standpunkt der Klägerin Die Klägerin führt aus, die Beklagte gehe fehl, wenn sie geltend mache, die Obliegenheit zur Schadenminderung sei ein Problem der Schadensberechnung. Gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung des Bundesgerichts falle die Schadenminderungspflicht unter Art. 44 Abs. 1 OR und sei (lediglich) im Rahmen der Schadenersatzbemessung zu berücksichtigen. Zudem habe die Klägerin die Wahl, ob sie eine Verantwortlichkeitsklage erheben oder eine Rückforderungsklage anstrengen wolle; die von der Beklagten angerufene Lehrmeinung Luterbachers werde von der herrschenden Lehre abgelehnt. Zwischen der Verantwortlichkeitsklage und der Rückforderungsklage bestehe Alternativität (Konkurrenz). Auch wäre nach Ansicht der Klägerin eine Rückforderungsklage zufolge Fehlens der Bösgläubigkeit der Aktionärin aussichtslos gewesen (act. 23 S. 39 ff.).

#### **E. 2.2.3**

Würdigung Art. 44 OR bestimmt, dass der Richter die Ersatzpflicht ermässigen oder ganz von ihr entbinden kann, wenn der Geschädigte in die schädigende Handlung eingewilligt hat, oder Umstände, für die er einstehen muss, auf die Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens eingewirkt haben. Dementsprechend wird die Obliegenheit zur Schadenminderung gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung bei der Bemessung des Schadenersatzes berücksichtigt (CHRISTIAN HEIERLI / ANTON K. SCHNYDER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. Auflage, 2011, Art. 44 N. 13 und N. 16; ROLAND BREHM, in: Berner Kommentar, 3. Auflage, 2006, Art. 44 N. 48 f. m.w.H.). Eine allfällig unterlassene Schadenminderung seitens der Klägerin wäre also nicht bei der Existenz bzw. der Höhe des Schadens, sondern bei der Bemessung des Schadenersatzes zu berücksichtigen.

- 12 -

#### **E. 2.2.4**

Zum Verhältnis der Verantwortlichkeitsklagen (Art. 754 ff. OR) und der Rückerstattungsklage (Art. 678 OR) Nach einer neuen Lehrmeinung von Kurer fallen Zahlungen, welche das Verbot der Kapitalrückgewähr verletzen, schon gar nicht in den Anwendungsbereich von Art. 678 OR. Denn die Rückforderungsklage nach Art. 678 OR bezieht sich nach klarem Gesetzestext auf ungerechtfertigte Gewinnausschüttungen, nicht aber auf Kapitalrückzahlungen. Nach dieser Ansicht führt ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagerückgewähr zur absoluten Nichtigkeit der entsprechenden Transaktion mit der Folge, dass ein nachträgliches Non-versé entsteht und die Einlagepflicht des Aktionärs mit sofortiger Fälligkeit wieder auflebt. Dort wird auf die Unverjährbarkeit dieser Forderung hingewiesen, wobei das Bundesgericht dies anders sieht und die Zehnjahresfrist von Art. 127 OR anwendet (PETER KURER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 3. Auflage, 2008, Art. 680 N. 17 ff., insbesondere N. 26 und N. 28 m.w.H. und gegen das HWP 1354, ferner Art. 678 N. 4). Die weiteren bekannten Autoren nehmen soweit ersichtlich zu dieser Frage nicht Stellung. Nach Ansicht von Forstmoser steht der Rückerstattungsanspruch für ungerechtfertigte Bezüge in Konkurrenz zu den Verantwortlichkeitsansprüchen. Rückerstattung gemäss Art. 678 f. OR und Schadenersatz gemäss Art. 754 ff. OR können – wenn je die besonderen Voraussetzungen erfüllt sind – nebeneinander geltend gemacht werden. Zu beachten ist, dass durch die Rückerstattung

allenfalls der Schaden vermindert wird, was bei der Verantwortlichkeitsklage zu berücksichtigen ist (PETER FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit: die Haftung der mit der Verwaltung, Geschäftsführung, Kontrolle und Liquidation einer AG betrauten Personen, 2. Auflage, 1987, N. 627). Nach Ansicht von Böckli steht die Rückerstattungsklage mit der Verantwortlichkeitsklage in einem schwierigen Verhältnis der Interaktion, welches sich weder mit dem Ansatz der Alternativität (d.h. Konkurrenz im Sinne Forstmosers), noch der Subsidiarität (also durch den Zauberstab eines einzigen Begriffs) lösen lässt. Durch die vollzogene Rückerstattung wird der Schaden der Gesellschaft ausgeglichen oder jedenfalls stark vermindert, was auf die Subsidiarität der Verantwortlichkeitsklage hindeuten müsste. Es wäre aber

- 13 - prozesstechnisch unzumutbar, wenn die Gesellschaft bzw. der für sie klagende Aktionär zuerst die Empfänger einklagen müsste und dann in einem anderen Prozess diejenigen, die für den durch die Rückerstattung nicht abgegoltenen Schaden im Verwaltungsrat verantwortlich sind. Es muss ein gesamthaftes Vorgehen ohne nachteilige Folgen für den Kläger in analoger Anwendung von Art. 759 Abs. 2 OR möglich sein (PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, § 12 N. 567). Folgt man der Auffassung von Kurer, stellt sich die Frage des Verhältnisses von Art. 678 OR und Art. 754 ff. OR schon gar nicht. Der Anspruch auf Einzahlung des Aktienkapitals ist diesfalls bisher nicht verjährt und auch nicht – nicht einmal für das Nachlassverfahren - beurteilt. Folgt man den Voten von Forstmoser und Böckli zugunsten der Alternativität bzw. zugunsten des gleichzeitigen Vorgehens der Gesellschaft, welche sich übrigens nicht auf den Fall beschränken, dass die Pflichtigen aus Art. 678 und Art. 754 ff. OR die gleichen Personen sind (ansonsten würde insbesondere Böcklis Hinweis auf Art. 759 Abs. 2 OR keinen Sinn machen, ist doch dort die Klage auf Erstattung des Gesamtschadens gegen mehrere Beteiligte geregelt), so dringt die Beklagte mit ihrem Argument der Subsidiarität der Verantwortlichkeitsklage nicht durch. Wenn aber die Klägerin nicht gehalten war, überhaupt oder zuerst die Rückforderungsklage anzustrengen, dann kann die Beklagte aus dem Verlauf des Kollokationsprozesses auch nichts (Entscheidendes) für sich ableiten. Hinzu kommt - bei allfälliger Anwendbarkeit von Art. 678 OR - Folgendes: Wie die Beklagte zu Recht ausführt, wird im Rahmen der Kollokationsklage nicht über den materiellen Anspruch entschieden (act. 12 Rz. 194). Im Kollokationsprozess geht es nur um die Frage, inwieweit ein Gläubiger Anspruch auf den Erlös aus der Liquidation der Aktiven des Gemeinschuldners haben soll, nicht aber um die rechtskräftige Beurteilung seiner Forderung als solcher. Das Urteil wirkt daher grundsätzlich nur im entsprechenden Vollstreckungsverfahren (THOMAS SPRECHER, in Kurzkommentar SchKG, Art. 250 N 1 m.H.a. weitere Autoren und BGE 103 III 49 E. 1a, BGE 119 III 126). Sollte tatsächlich ein Aktivenüberschuss von

- 14 - rund CHF 62.2 Mio. aus der separaten Masse für die F.\_\_\_\_\_ vorhanden sein, wie die Beklagte ausführt (act. 12 Rz. 181), könnte die Klägerin die materielle Beurteilung der Forderung grundsätzlich noch herbeiführen.

### **E. 2.2.5**

Fazit Das Argument des fehlenden Schadens aufgrund einer Verletzung der Obliegenheit zur Schadenminderung ist nicht stichhaltig, weil die Klägerin nicht gehalten war, überhaupt oder zumindest zuerst die Rückforderungsklage gegen die F.\_\_\_\_\_ anzustrengen und die Verletzung der Obliegenheit ohnehin erst bei der Schadenersatzbemessung zu berücksichtigen wäre.

## **E. 2.3**

Schaden als unfreiwillige Vermögensverminderung

### **E. 2.3.1**

Die Beklagte macht geltend, es liege eine Einwilligung des Verletzten vor. Der Verwaltungsrat der A.\_\_\_\_\_ habe trotz Wissen bzw. Wissenmüssen, dass die beantragte Dividende den ausschüttbaren Betrag massiv übersteige, den verantwortlichen Organen der F.\_\_\_\_\_ und der Generalversammlung der A.\_\_\_\_\_ einen unzulässigen Dividendenantrag gestellt und die zuständigen Organe der F.\_\_\_\_\_ hätten trotz Wissen bzw. Wissenmüssen, dass die beantragte Dividende den ausschüttbaren Betrag massiv übersteige, den fehlerhaften Dividendenantrag unterstützt und anlässlich der Generalversammlung von A.\_\_\_\_\_ vom 20. April 2001 durch Beschluss zur Ausschüttung einer Dividende von CHF 28.5 Mio. genehmigen lassen. Es liege ein klassischer Fall der Einwilligung des Verletzten vor. Damit entfalle die Rechtswidrigkeit und es mangle an einem ersatzfähigen Schaden. Mit der Einwilligung des Verletzten werde die unfreiwillige Vermögensverminderung zur freiwilligen Vermögensverminderung, womit ein ersatzfähiger Schaden definitionsgemäss ausser Betracht falle (act. 35 S. 24 ff.).

### **E. 2.3.2**

Diesen Einwand der Einwilligung des Verletzten erhob die Beklagte erstmals im zweiten Teil ihrer Noveneingabe II vom 6. April 2010 unter "Rechtliche Ausführungen" (act. 35 S. 15 ff.). Gemäss Beschluss vom 28. Februar 2011 sind Tatsachenbehauptungen, Bestreitungen und Einreden, welche in den rechtlichen Ausführungen der Noveneingabe II enthalten sind, unbeachtlich (act. 44 S. 41

- 15 - Dispositivziffer 3). Der Einwand, dass die A.\_\_\_\_\_ in die Verletzung in tatsächlicher Hinsicht eingewilligt habe, ist damit nicht zu hören. Hingegen wird sich im Zusammenhang mit der Prüfung des adäquaten/hypothetischen Kausalzusammenhangs die (Rechts-)Frage nach einer hypothetischen Einwilligung stellen (s. unten).

## **E. 2.4**

Schliesslich seien die Geldanlagen der A.\_\_\_\_\_ bei den finanziell angeschlagenen Gesellschaften E.\_\_\_\_\_ und E1.\_\_\_\_\_, welche 9.55% der Bilanzsumme ausgemacht hätten, nicht mehr uneingeschränkt werthaltig gewesen, weshalb diese hätten wertberichtigt werden müssen (act. 1 S. 53 ff., act. 23 S. 25 ff.).

## **E. 2.5**

Die Pflichtverletzungen der Beklagten hätten dazu geführt, dass eine um CHF 21.73 Mio. zu hohe Dividende beschlossen und ausgeschüttet worden sei. Da die Dividende über den Cash Pool bezahlt worden sei, wären die CHF 21.73 Mio. im Cash Pool verblieben und die Klägerin hätte heute eine um CHF 21.73 Mio. höhere Forderung gegenüber der E1.\_\_\_\_\_. Damit sei die Kausalität gegeben. Die in absoluten Zahlen höhere Konkursdividende im Konkurs der E1.\_\_\_\_\_ auf der um CHF 21.73 Mio. höheren Forderung der Klägerin im Betrag von CHF 4'068'330.50 sei der eingetretene Schaden (act. 23 S. 33 ff.).

## **E. 3**

Pflichtverletzungen der Beklagten

### **E. 3.1**

Die Hauptvorwürfe der Klägerin

### **E. 3.1.1**

Dividendenausschüttung nur aus freien Mitteln (Entnahmesperre) Gemäss Art. 675 Abs. 2 OR dürfen Dividenden nur aus dem Bilanzgewinn und aus hierfür gebildeten Reserven ausgerichtet werden. Die Beklagte bestreitet nicht, dass der Bilanzgewinn der A.\_\_\_\_\_ per 31. Dezember 2000 CHF 29.17 Mio. betragen hat (act. 1 Rz. 88 f., act. 12 Rz. 209 und Rz. 367).

### **E. 3.1.2**

Ausrichtung konzerninterner Darlehen nur aus freien Mitteln (Verbot der Einlagenrückgewähr) In der Aktiengesellschaft gilt gemäss Art. 680 Abs. 2 OR das Verbot der Einlagenrückgewähr: Ein Recht, den einbezahlten Betrag zurückzufordern, steht dem Aktionär nicht zu. Die Klägerin macht geltend, die Abschlussbilanz der A.\_\_\_\_\_ habe aufgezeigt, dass die A.\_\_\_\_\_ per Ende 2000 auf der Passivseite für eine Dividendenausschüttung verwendbares Eigenkapital von CHF 29.17 Mio. ausgewiesen habe. Auf der Aktivseite der Bilanz seien unter dem Titel kurzfristige Darlehen mit einer Laufzeit von weniger als einem Jahr konzerninterne Darlehen von CHF 23.65 Mio. (CHF 16.45 Mio. Guthaben gegen E1.\_\_\_\_\_ aus Cash Pooling, CHF 7.2 Mio. Guthaben gegen E.\_\_\_\_\_ aus Festgeld-Anlagen) ausgewiesen worden. Diese konzerninternen Darlehen dürften wegen des Verbots der Einlagenrückgewähr nur aus freien Mitteln ausgerichtet werden. Angesichts dieser Situation sei das für eine Dividendenausschüttung verwendbare Eigenkapital bereits in der Höhe von CHF 23.65 Mio. blockiert gewesen und hätte daher nur noch eine Dividendenaus-

- 16 - schüttung im Betrag von CHF 5.49 Mio. vorgenommen werden dürfen. Die Klägerin wirft der Beklagten daher vor, bei Gutheissung des Antrages auf Dividendenausschüttung das Verbot der Einlagenrückgewähr im Zusammenhang mit konzerninternen Darlehen nicht berücksichtigt zu haben (act. 1 Rz. 90-112). Die Beklagte macht demgegenüber geltend, es liege durch Darlehen an E.\_\_\_\_\_ und E1.\_\_\_\_\_ keine Einlagenrückgewähr vor. Sie behauptet, das ausschüttbare Eigenkapital habe CHF 30.42 Mio. betragen (Gewinn plus Reserven), die Darlehen seien nicht an einen direkten Aktionär geflossen (sondern an die Grossmutter [E.\_\_\_\_\_ als Aktionärin der F.\_\_\_\_\_, diese als Aktionärin der A.\_\_\_\_\_] und an die Schwester-Gesellschaft [E1.\_\_\_\_\_ als direkte Tochtergesellschaft der E.\_\_\_\_\_]), wobei die für Darlehen an Aktionäre damals geltenden Regeln des Schweizer Handbuchs der Wirtschaftsprüfung von 1998 (HWP) eingehalten gewesen seien. Die A.\_\_\_\_\_ sei im Konzernverhältnis Nettoschuldnerin gewesen und die Darlehen seien im Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Gewinnausschüttung am 20. April 2001 getilgt gewesen (act. 12 Rz. 206-235).

### **E. 3.1.3**

Begriff und Voraussetzungen des Darlehens an Aktionäre Es fragt sich, ob Darlehen an Aktionäre im Lichte der aktienrechtlichen Kapital- schutzbestimmungen zulässig sind und insbesondere, ob sie vor dem aus Art. 680 Abs. 2 OR abgeleiteten Kapitalrückzahlungsverbot standhalten. Fest steht, dass diese Normen nicht verletzt sind, wenn die AG über freie Mittel im Gegenwart des Darlehens verfügt, denn diese Mittel könnte die Gesellschaft ohne weiteres (als Dividende) an die Aktionäre ausschütten oder sie anderweitig einsetzen. Der Gläubiger kann daher nicht darauf zählen, dass sie als Haftungssubstrat in der Gesellschaft verbleiben. Geteilt sind die Auffassungen jedoch über die Zulässigkeit von Darlehen an Aktionäre, wenn durch die Zahlung Aktiven betrof-

fen werden, die auf die Sperrquoten „Grundkapital und gebundene Reserven“ anzurechnen sind. Die wohl herrschende und liberalere Auffassung hält dafür, solche Darlehen dann zuzulassen, wenn die Bonität des Aktionärs und Schuldners gut ist und mit der Rückzahlung im Zeitpunkt der Fälligkeit oder Kündbarkeit gerechnet werden kann. Eine abweichende Lehrmeinung vertritt dagegen die Ansicht, dass Darlehen an Aktionäre – wenn ihnen eine wesentliche Bedeutung zu-

- 17 - kommt – grundsätzlich unzulässig sind, wenn das darin verkörperte Guthaben der Gesellschaft den gebundenen Mitteln zuzurechnen ist (PETER FORSTMOSER / ARTHUR MEIER-HAYOZ / PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Zürich 1996, § 40 N. 348). Böckli lehnt die Zulässigkeit von Aktionärsdarlehen ab, wenn der Aktionär an der Gesellschaft massgeblich beteiligt ist und das Darlehen etwa 10% des bilanzmässigen Eigenkapitals der Gesellschaft überschreitet (PETER BÖCKLI, Aktienrechtliches Sondervermögen und Darlehen an Aktionäre, in FS Vischer, 1983, S. 527 ff., zitiert bei FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, a.a.O., § 40 N. 348 Fn. 85). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung darf sodann die Darlehensgewährung an einen Hauptaktionär kein Klumpenrisiko darstellen, sondern nur im Rahmen einer vernünftigen Risikoverteilung erfolgen (BGE 113 II 52 ff., zit. bei FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, a.a.O., § 40 N. 349, kritisiert in Louis Bochud, Darlehen an Aktionäre aus wirtschaftlicher, zivil- und steuerrechtlicher Sicht, Dissertation, Bern, 1989/1991, S. 291). Es gilt nach Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel ganz allgemein das Prinzip, dass sich die Gesellschaft in der Darlehensgewährung an Aktionäre nicht anders verhalten sollte als gegenüber beliebigen Dritten. Dementsprechend sollte das Darlehen auch angemessen – wie gegenüber Dritten – abgesichert sein, muss die fristgerechte Rückzahlung des Darlehens ernsthaft gewollt sein, wohl auch gegen Verzinsung (FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, a.a.O., § 40 N. 349-351). Bochud, der sich im Rahmen seiner Dissertation (von 1991) mit Darlehen an Aktionäre befasst hat, geht zunächst davon aus, dass ein Darlehen an Aktionäre, welches unter dem Verbot der Kapitalrückgewähr zu prüfen ist, dann vorliegt, wenn Leistungen an Aktionäre, an Dritte zugunsten eines Anteiligners (Strohmann, Hintermann des Aktionärs) sowie an sonst dem Gesellschafter Nahestehende (z.B. verbundene Unternehmen) erfolgen (LOUIS BOCHUD, a.a.O., S. 153). Er weist darauf hin, dass in der Schweiz alle Aktiengesellschaften denselben handelsrechtlichen Bestimmungen unterworfen sind, dass es mithin an einem Konzernrecht fehlt, das die besondere Berücksichtigung von Rechtsverhältnissen zwischen verbundenen Unternehmungen zulässt (BOCHUD, a.a.O., S. 149). Dies

- 18 - gilt trotz den zwischenzeitlich ergangenen vereinzelt konzernrechtlichen Bestimmungen auch für den hier zu beurteilenden Sachverhalt. Unter dem Gesichtspunkt der Zielrichtung des Verbots der Einlagenrückgewähr erscheint es denn auch richtig, dass Leistungen nicht nur an den direkten Aktionär, sondern auch an verbundene Unternehmungen unter Art. 680 Abs. 2 OR zu prüfen sind. Daraus folgt, dass die Tatsache, dass die Darlehen der A.\_\_\_\_\_ nicht an die direkte Aktionärin, die F.\_\_\_\_\_, sondern an die Holdinggesellschaft E.\_\_\_\_\_ und an die „Fast“-[da Mutter nicht die gleiche Gesellschaft ist] Schwestergesellschaft E1.\_\_\_\_\_ geflossen sind, diese Geschäfte dem Einflussbereich von Art. 680 Abs. 2 OR grundsätzlich nicht zu entziehen vermag. Bochud schliesst die Anwendung der Kapitalentnahmenormen bei denjenigen Darlehensforderungen der Gesellschaft gegen Aktionäre aus, die aus dem ordentlichen

Geschäftsverkehr herrühren und zu üblichen Konditionen abgeschlossen worden sind. Er nennt diese Darlehen „Umsatzgeschäfte“ und nimmt den statutarischen Zweck der Gesellschaft zu Hilfe, um den Anwendungsbereich und insbesondere das Verhältnis von Gesellschaft und Aktionär bei diesen Geschäften zu überprüfen (BOCHUD, a.a.O., S. 147). Das im E.\_\_\_\_-Konzern praktizierte Cash Pooling mit dem Zweck der Liquiditätssteuerung kann jedoch als Ganzes nicht als „dem ordentlichen Geschäftsverkehr“ zuzuordnendes Geflecht von gegenseitigen Forderungen betrachtet werden. Dass die Forderungen der A.\_\_\_\_ gegen die E1.\_\_\_\_ und gegen die E.\_\_\_\_ ihren Rechtsgrund anderweitig im ordentlichen Geschäftsverkehr hätten, hat keine der Parteien behauptet. Vielmehr macht die Klägerin ausdrücklich geltend, das Guthaben der A.\_\_\_\_ gegen die E1.\_\_\_\_ beruhe auf dem Cash Pooling, jene gegen die E.\_\_\_\_ aus Festgeldanlagen (act. 1 Rz. 92). Die Beklagte bestreitet dies nicht (act. 12 Rz. 369). Damit liegt die von Bochud proklamierte Ausnahme der Darlehen in Form von Umsatzgeschäften von der Unterstellung unter Art. 680 Abs. 2 OR nicht vor. Bochud plädiert sodann für die Zulässigkeit von Darlehen an die Gesellschafter, soweit diese ihrerseits Guthaben bei der Gesellschaft haben und diese obligatorisch verrechenbar sind (BOCHUD, a.a.O., S. 150 Fn. 80 mit Hinweis auf Art. 213 f. SchKG und auf Schultz). Schultz schreibt, eine Verrechnung der von

- 19 - der Gesellschaft gegebenen mit erhaltenen Darlehen an Aktionäre dürfte nur in jenen Ausnahmefällen möglich sein, wo ein Verrechnungsanspruch durchgesetzt werden könnte (GÜNTHER SCHULTZ, Zur Problematik von Darlehen an Aktionäre aus der Sicht der Kontrollstelle, in: Festschrift zum 50jährigen Bestehen der Schweiz. Revisions- und Treuhandkammer, Bd. 14 der Schriftenreihe der Schweizerischen Treuhand- und Revisionskammer, S. 238-242, S. 239). Gemeint sein dürfte die Verrechenbarkeit nach schweizerischem Recht (welche selbst im Konkurs grundsätzlich durchsetzbar ist) oder die Verrechenbarkeit nach Vereinbarung (welche bei der Anwendbarkeit ausländischen Rechts zum Tragen käme). Bochud hat sich nicht mit den Besonderheiten des Cash Pooling und dessen allfälliger Erfassung als Konglomerat von Darlehen an Aktionäre befasst. Beim Zero Balancing Cash Pooling führt jede Gruppengesellschaft ein eigenes Konto bei der Pool Bank, aber die Saldi dieser Einzelkonten werden regelmässig auf ein zentrales Konto (Master Account) überführt, das auf den Namen derjenigen Konzerngesellschaft lautet, welche die Rolle des Pool Leaders übernimmt (OLIVER BLUM, Cash Pooling: gesellschaftsrechtliche Aspekte, AJP 6/2005 S. 705 ff., S. 705). Die Überführung des Habensaldos eines individuellen Kontos auf das Master Account führt rechtlich gesehen zu einer Darlehensposition mit dem betroffenen Poolmitglied als Darleiher und dem Pool Leader als Borger. Umgekehrt wird der Pool Leader zum Darleiher, wenn Sollsaldo anderer Gruppengesellschaften aus dem Master Account ausgeglichen werden. Schliesslich entstehen direkte Darlehensverhältnisse zwischen individuellen Poolteilnehmern, wenn die Bank von der Konzernverrechnungsklausel Gebrauch macht (BLUM, a.a.O., S. 712). Blum führt aus, dass zumindest in Konstellationen, in denen der Borger nicht eine direkte oder indirekte Tochtergesellschaft des Darleihers ist, dies zu einem upstream- oder cross-stream-Darlehen führt. Ein solches darf nach einem Teil der Lehre nur die Deckung der freien Reserven beschlagen, ansonsten ein Verstoß gegen das Verbot der Kapitalrückgewähr bzw. die Reservevorschriften vorliegt (und zwar schon im Zeitpunkt der Ausleihe und nicht erst bei Ausbleiben der Rückzahlung) – dies unabhängig von der Bonität des Borgers. Eine andere, gemäss Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel „wohl herrschende“ Lehrmeinung hingegen

- 20 - erachtet bei Vorliegen von Marktkonditionen ein Darlehen auch aus der Deckung des gebundenen Eigenkapitals als zulässig. Immerhin scheint Einigkeit zu bestehen, dass bei mangelhafter Bonität des Borgers ein Darlehen nie gewährt werden darf, soweit ihm nicht ausreichend freie Reserven gegenüberstehen, und die Ausleihe von durch freie Reserven gedeckten Mitteln bei zweifelhafter Zahlungsfähigkeit des Borgers als verdeckte Gewinnausschüttung gewertet wird (BLUM, a.a.O., S. 712 f.). Blum vertritt die Auffassung, dass die notwendige vertragliche Beschränkung des Verlustrisikos auf den Betrag der freien Reserven oder sogar der überschüssigen Liquidität, um das Verbot der Kapitalrückgewähr zu sichern und die Konkursgefahr zufolge Liquiditätsschwierigkeiten zu verhindern, beim Zero Balancing Cash Pooling, das alle flüssigen Mittel im Konzern einbezieht, nicht möglich sei. Eine Milderung des Risikos sei durch Zurverfügungstellung nur eines Teils der Liquidität und durch ständiges Reporting über die freien Reserven zu erreichen. Das Gesellschaftsrecht verlange, dass das Verlustrisiko jederzeit auf den Betrag der freien Nettoreserven beschränkt sein müsse (BLUM, a.a.O., S. 713 f.). Damit entfällt wohl auch die Möglichkeit, das Kriterium der gleichen Geschäftsmöglichkeit mit einer unabhängigen Drittpartei (arm's length-Test) einzuhalten. Blum befasst sich nicht (separat) mit der Frage, ob bei Verrechenbarkeit der Darlehensforderung der Gesellschaft gegen den Aktionär mit einer Forderung des Aktionärs gegen die Gesellschaft (die wohl beim Cash Pool unter den Poolteilnehmern regelmässig gegeben sein dürfte) gar kein unter Art. 680 Abs. 2 OR fallendes Darlehen an Aktionäre vorliegt. Aus dem Gesamtkontext und den strukturellen Eigenheiten des Cash Pooling heraus ist wohl anzunehmen, dass Blum davon ausgeht, dass die Verrechenbarkeit nichts am Verstoss gegen Art. 680 Abs. 2 OR ändert. Ein anderer Autor, Müller, weist ebenfalls auf die divergierenden Lehrmeinungen zur Frage hin, ob bei der Teilnahme an einem Cash Pool eine verbotene Einlagenrückgewähr vorliegt, und vertritt seinerseits die Auffassung, dass das Verbot der Einlagenrückgewähr nur dann nicht tangiert sei, wenn das Cash Management durch den Gesellschaftszweck gedeckt sei, das maximale Risiko eines definitiven Mittelabflusses die freien Reserven zu keinem Zeitpunkt übersteige, branchenüb-

- 21 - liche Konditionen vorlägen (at arm's length) und die Möglichkeit bestehe, die Vereinbarung im Falle einer Bonitätsverschlechterung der begünstigten Gruppengesellschaften kurzfristig aufzulösen (ROLAND MÜLLER, Cash Pooling im Konzern, [www.advocat.ch](http://www.advocat.ch), S. 2, 3 und 5, mit einer Checkliste für den Verwaltungsrat, S. 5 f.). Bei der Verwendung der freien Reserven für das Cash Pooling wirft er sodann die Frage nach einer verdeckten Gewinnausschüttung auf (MÜLLER, a.a.O., S. 2 f.). Er weist darauf hin, dass infolge des fehlenden Konzernrechts die Organe der einzelnen Tochtergesellschaften ihre Aufgaben grundsätzlich so zu erfüllen hätten, wie wenn die Tochtergesellschaften nicht in einen Konzern eingebunden wären, was leichter gesagt sei denn getan. Die Finanzplanung und Finanzkontrolle gehöre dabei zu den unentziehbaren und undelegierbaren Aufgaben des Verwaltungsrates, weshalb diesbezügliche Konzernweisungen nur dann zu beachten seien, wenn sie den Interessen der eigenen, zu führenden Gesellschaft nicht widerliefen (MÜLLER, a.a.O., S. 1 f.). Ein weiterer Autor, Handschin, trägt vor, bei der Beurteilung der Zulässigkeit eines Cash Pools hätten die gleichen Überlegungen zu gelten wie bei der Beurteilung von Vermögensverschiebungen innerhalb eines Konzerns ganz allgemein (LUKAS HANDSCHIN, Einige Überlegungen zum Cashpooling im Konzern, [www.eskript.unibas.ch](http://www.eskript.unibas.ch), S. 289). Handschin hält dafür, dass bei einer gewinnstrebigem Konzerntochtergesellschaft die Teilnahme an einem Cash Pool nur zulässig sei, wenn darin keine verdeckte Gewinnausschüttung liege, d.h. der nach der Einbezahlung von Liquidität

entstehende Rückforderungsanspruch werthaltig sei. Die Werthaltigkeit des Rückforderungsanspruches müsse regelmässig überwacht werden, und wenn sie verloren gehe, dürfe der Cash Pool nicht fortgeführt werden. Zur pflichtgemässen Ausgestaltung eines Cash Pools gehöre daher auch die Sicherstellung der strukturellen Möglichkeit, die Gefährdung des Rückforderungsanspruches zu erkennen und den Cash Pool nötigenfalls zu beenden (HANDSCHIN, a.a.O., S. 290). Mit der Frage, ob ein allenfalls unter dem Gesichtspunkt von Art. 680 Abs. 2 OR verpöntes Darlehen an Aktionäre vorliegt, befasst sich Handschin nicht explizit.

- 22 - Handschin führt aus, die Begründung des Cash Pools bewirke einen Aktiventausch: An die Stelle des Aktivums „liquide Mittel“ trete das Aktivum „Forderung gegenüber anderer Konzerngesellschaft“. Soweit feststehe, dass der Aktionär resp. die andere Konzerngesellschaft fähig und willens sei, das Darlehen jederzeit zurückzuzahlen, und wenn aufgrund der Konditionen anzunehmen sei, dass auch Dritte dem Aktionär im Umfang der übergebenen Beträge ungesicherte Darlehen gewährt hätten, sei der Vorgang grundsätzlich unbedenklich (HANDSCHIN, a.a.O., S. 278). Heikel werde dieses Vorgehen unter dem Aspekt verdeckter Gewinnausschüttungen bei Versagen des Drittmantests (at arm's length) zufolge Grösse des Darlehens und fehlender Bonität des Schuldners. Bei der Überwachung der finanziellen Lage im Cash Pool müsse der Verwaltungsrat jeder beteiligten Gesellschaft regelmässig sowohl die Zahlungsfähigkeit der eigenen Gesellschaft als auch die Zahlungsfähigkeit des Konzerns überwachen, allermindestens mit der jährlichen Prüfung der revidierten Einzelabschlüsse und der Konzernrechnung (HANDSCHIN, a.a.O., S. 279 und S. 282 f.). Handschin weist darauf hin, dass sich die Liquidität, die als Forderung gegenüber einem Cash Pool bestehe, sich auf den ersten Blick nicht von der Liquidität unterscheide, die sich aus der Forderung gegenüber einer Bank ergebe, welche das Kontokorrent führe. Liquidität bestehe praktisch immer aus obligatorischen Ansprüchen. Wenn aufgrund der vertraglichen Vereinbarungen im Rahmen des Cash Pools feststehe, dass die Konzerngesellschaften auf die Liquidität im Cash Pool greifen könnten wie auf ein Kontokorrent einer Bank, bestehe zwischen dem Bankkonto und dem Cash Pool kein struktureller Unterschied und sehe es so aus, dass in der Begründung des Cash Pools keine Pflichtverletzung liege, wenn gestützt auf die Überlegungen zur verdeckten Gewinnausschüttung von einer Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung ausgegangen werden könne. Handschin verortet zwar eine gewisse Gefahr, dass die Konzernmutter allenfalls die Weisungen der Konzerngesellschaften entgegen deren vertraglichen Rechten nicht beachte und die Liquidität nicht zur Verfügung stelle, weist aber auch auf Widerstände der Konzerngesellschaften in Krisensituationen und den Verlust der Konzernleitungsmacht im Rahmen der Zwangsvollstreckung hin (Handschin, S. 288).

- 23 - Die Meinungen gehen also wie gezeigt auseinander. Grundsätzlich erscheint es richtig, bei der Prüfung der Zulässigkeit von Vermögensverschiebungen im Rahmen eines Cash Pools den gleichen Massstab anzulegen wie für andere Vermögensverschiebungen im Konzern. Hingegen spielt die Existenz von verrechenbaren Forderungen zwischen der Gesellschaft und dem Aktionär eine entscheidende Rolle für die Bindung des Darlehens an Aktionäre an die Sperrquote von Art. 680 Abs. 2 OR. Denn solange sich zwei Forderungen verrechenbar gegenüber stehen, wobei die Forderung der Gesellschaft aus Darlehen an den Aktionär nur geringer oder höchstens gleich hoch sein darf wie die Gegenforderung des Aktionärs, wird kein gesperrtes Kapital aus der Aktiengesellschaft

hinausgegeben. Ein Darlehen an Aktionäre oder verbundene Unternehmen fällt aber unter das Verbot der Kapitalrückgewähr, wenn und soweit die verrechenbare Gegenforderung dahingefallen ist. Es wäre demnach noch zu prüfen, ob - wie von der Beklagten behauptet - verrechenbare Gegenforderungen der A.\_\_\_\_\_ vorgelegen haben.

### **E. 3.2**

Weitere Vorwürfe der Klägerin betreffend Bonität, Liquiditätsengpass und Wertberichtigungsbedarf auf den (Aktionärs-)Darlehen Weiter wäre zu prüfen, ob die Beklagte - wie von der Klägerin vorgeworfen - ihre Pflichten verletzt, indem sie weder auf die mangelnde Bonität der Aktionärsdarlehensnehmerinnen und die Gefährdung der Liquiditätssituation aufgrund des Cash Poolings hinwies, noch Wertberichtigungen auf den Darlehen an die E1.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ verlangte. Darauf wird noch zurückzukommen sein.

### **E. 3.3**

Zudem seien spätestens im Zeitpunkt der Abgabe des Revisionsberichts durch die Beklagte die per 31. Dezember 2000 als Aktionärsdarlehen bezeichneten Forderungen gegen die E.\_\_\_\_\_ und die E1.\_\_\_\_\_ vollständig getilgt gewesen. Damit sei vor der ordentlichen Generalversammlung der A.\_\_\_\_\_ vom 20.

- 8 - April 2001 das Eigenkapital wieder frei und zur Dividendenausschüttung verfügbar geworden (act. 12 S. 11).

### **E. 3.4**

Neben der A.\_\_\_\_\_ sei auch deren Aktionärin, die F.\_\_\_\_\_ AG, Teilnehmerin des Cash Pools gewesen. Sie habe daher ihre Dividende über den Cash Pool beziehen müssen und habe dies auch getan. Aufgrund der Verrechnungsmöglichkeit im Cash Pool sei daher abzusehen gewesen, dass die Forderung der A.\_\_\_\_\_ gegenüber der E1.\_\_\_\_\_ mit der Dividendenschuld teilverrechnet und damit getilgt würde (act. 12 S. 11).

### **E. 3.5**

Die A.\_\_\_\_\_ sei berechtigt gewesen, zur Bezahlung der Dividende ihre Forderung gegen die E1.\_\_\_\_\_ einzusetzen und die F.\_\_\_\_\_ habe diese an Zahlungsstatt annehmen müssen. Auf irgendeine andere Liquidität habe daher nicht zurückgegriffen können müssen. Die Liquidität habe bei der Beurteilung des Dividendenantrags kein Problem dargestellt (act. 12 S. 11).

### **E. 3.6**

Rechtmässiges Alternativverhalten: Schliesslich macht die Beklagte zum Kausalzusammenhang geltend, dass die Klägerin, wenn sie eine tiefere Dividende ausgeschüttet, den Restbetrag nicht in den Cash Pool gelegt, sondern der E.\_\_\_\_\_ als zusätzliche STD's (Short Term Deposits) überlassen hätte, womit sich nicht ihre Forderung gegenüber der E1.\_\_\_\_\_, sondern diejenige gegenüber der E.\_\_\_\_\_, im entsprechenden Betrag erhöht hätte. Damit wäre für die Schadenshöhe auf die hypothetische zusätzliche Konkursdividende der klägerischen Forderungen im Konkurs der E.\_\_\_\_\_ abzustellen, welche bedeutend tiefer liege als bei der E1.\_\_\_\_\_ (act. 12 S. 61 f.).

IV. Materielles 1. Haftung der Revisionsstelle: Voraussetzungen im Überblick Durch das Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Änderungen des Obligationenrechts wurden die Bestimmungen über die Revisionsstelle komplett revidiert. Das Gesetz ist am 1. Januar 2008 in Kraft getreten. Die hier zu diskutierenden Prüfungshandlungen der Beklagten sind

in den Jahren 2000 bzw. 2001 er-

- 9 - folgt und sind demnach gemäss dem früheren Recht zu beurteilen (Art. 7 ÜbBest. der Änderungen vom 16. Dezember 2005). Darüber besteht auch Einigkeit bei den Parteien (act. 1 Rz. 84, act. 12 S. 44). Massgebend sind somit Art. 727 ff. aOR für die Prüfungspflichten und Art. 755 aOR für die Verantwortlichkeit der Revisionsstelle. Gemäss Art. 755 aOR sind alle mit der Prüfung der Jahres- und Konzernrechnung befassten Personen sowohl der Gesellschaft als auch den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen. Grundsätzliche Haftungsvoraussetzungen sind die folgenden: Schaden, Pflichtverletzung, natürlicher und adäquat kausaler bzw. bei Unterlassungen hypothetischer Kausalzusammenhang zwischen Schaden und Pflichtverletzung, Verschulden (BGE 127 III 453 E. 5.a). 2. Schaden

#### **E. 4**

Die Auswirkungen allfälliger Pflichtverletzungen der Beklagten

##### **E. 4.1**

Auftrag der Revisionsstelle Gemäss Art. 728 aOR prüft die Revisionsstelle, ob die Buchführung und die Jahresrechnung sowie der Antrag über die Verwendung des Bilanzgewinnes Gesetz und Statuten entsprechen.

- 24 -

##### **E. 4.2**

Zeitliche Dynamik Eine Pflichtverletzung der Beklagten - so wie sie von der Klägerin behauptet wird - lag darin, dass sie den Antrag auf Dividendenausschüttung in einem zu hohen Betrag gutgeheissen habe, nämlich in demjenigen Betrag, in welchem die freien Mittel bereits als Guthaben im Cash Pool bei der E1. \_\_\_\_\_ sowie als STD's bei der E. \_\_\_\_\_ verwendet worden seien. Wie vorne gezeigt, sind die Guthaben bei der E1. \_\_\_\_\_ und der E. \_\_\_\_\_ als Aktionärsdarlehen zu qualifizieren und sperren das verwendbare Eigenkapital, soweit sie nicht durch verrechenbare Gegenforderungen gesichert sind. Eine Schwierigkeit bildet jedoch die zeitliche Dynamik der Ausrichtung und Rückzahlung der Aktionärsdarlehen, der Prüfungshandlungen der Beklagten sowie der Gutheissung und schliesslich Auszahlung der Dividende. Mit dem Argument des Stichtagsprinzips macht die Klägerin geltend, dass nur eine Ablehnung des Dividendenantrags in Frage gekommen sei. Die Beklagte hingegen macht geltend, dass auch Veränderungen zwischen dem Bilanzstichtag, dem Zeitpunkt der Prüfung durch die Revisionsstelle bzw. gar dem Zeitpunkt der entsprechenden Generalversammlung zu berücksichtigen seien bzw. berücksichtigt werden könnten. So sei sowohl das per 31. Dezember 2000 bestehende Guthaben im Cash Pool bei der E1. \_\_\_\_\_ als auch das STD bei der E. \_\_\_\_\_ vor dem Dividendenbeschluss zurückbezahlt worden, weshalb die Fragen, ob es sich dabei um Aktionärsdarlehen gehandelt habe, ob die Guthaben werthaltig gewesen seien und ob genügend Liquidität vorhanden gewesen sei, gar nicht mehr relevant gewesen seien (act. 12 S. 44 ff.).

##### **E. 4.3**

Rechtmässiges Alternativverhalten Es fragt sich, ob unter der Annahme, dass die Aktionärsdarlehen nicht ohnehin durch verrechenbare Gegenforderungen gesichert waren, die einzige pflichtgemässe Handlung der Beklagten die Abweisung des Dividendenantrags

gewesen wäre, wie dies die Klägerin behauptet, oder ob die Beklagte nicht eher hätte darauf hinweisen können und müssen, dass der Dividendenbeschluss bzw. die Dividendenausschüttung problematisch sei und von der Bedingung hätte abhängig gemacht werden müssen, dass keine gleichzeitige und damit doppelte Verwendung des verwendbaren Eigenkapitals stattfinden darf. So wird von Kurer die Auf-

- 25 - fassung vertreten, dass im Konzernverhältnis ein Dividendenvorschuss zulässig sei. Das kritische Element einer Akontodividende wird denn auch nicht bei der Verrechnung der einmal beschlossenen Dividende mit dem bereits ausbezahlten Vorschuss bzw. Darlehen gesehen, sondern bei der vorzeitigen Gewährung eines Aktionärsdarlehens bzw. eines Vorschusses, bevor über die Dividende beschlossen worden ist. Sofern jedoch vorgängig die Voraussetzungen für ein Aktionärsdarlehen und danach diejenigen für die Dividendenausschüttung gegeben sind, ist dies nicht problematisch (PETER KURER, a.a.O., Art. 675 N. 37). Im Schweizer Handbuch für Wirtschaftsprüfung (in der damals aktuellen Ausgabe von 1998) wird festgehalten, dass, selbst wenn die Revisionsstelle nachträglich feststellt, dass eine verpönte Interimsdividende ausbezahlt wurde, dieser Verstoss geheilt werden kann, sofern der Betrag als Darlehen an die Aktionäre ausgewiesen wird und anlässlich der Generalversammlung ordnungsgemäss über die Verwendung des Bilanzgewinns einschliesslich des im Voraus ausgeschütteten Betrags Beschluss gefasst wird (HWP, S. 435). Selbst wenn sämtliche Behauptungen und rechtlichen Qualifikationen der Klägerin zu den Aktionärsdarlehen, dem Wertberichtigungsbedarf auf den Darlehen und der Liquiditätsproblematik zutreffen würden, hätte dies demnach nicht ausgeschlossen, dass mit dem Vorbehalt, dass die Dividende nur unter der Bedingung der Verwendung der bzw. Verrechnung mit den Aktionärsdarlehen beschlossen und bezahlt werden darf, in zulässiger Weise so verfahren worden wäre, wie sich dies in tatsächlicher Hinsicht auch abgespielt hatte. Denn die Klägerin bestreitet nicht, dass die Dividende aus dem Cash Pool bezahlt wurde und dass die A.\_\_\_\_\_ im Zeitpunkt der Zahlung ein genügend hohes Guthaben im Cash Pool hatte, um die Dividende bezahlen zu können (act. 23 Rz. 291). Im exakten Betrag der Dividende wurden damit im Zeitpunkt der Ausschüttung (Aktionärs-)Darlehen im Cash Pool reduziert, bzw. erfolgte durch das Netting über den Cash Pool eine Quasi-Verrechnung. Da es einerseits die A.\_\_\_\_\_ war, welche die Dividendenausschüttung vorschlug, und andererseits die Dividende mittels Quasi-Verrechnung ausgeschüttet wurde, so wie es in Form einer Akontodividende zulässig gewesen wäre, ist ohne Weiteres davon auszugehen, dass bei pflichtgemäsem Handeln der Beklagten die Vermögenssituation der A.\_\_\_\_\_ die gleiche geblieben wäre. Wäre aber auch bei solchem alternati-

- 26 - vem rechtmässigen Verhalten der Beklagten der Schaden genau gleich eingetreten, so entfällt die Haftung der Beklagten. Wollte man den Sachverhalt aufgrund der fehlenden Identität des Darlehensnehmers und des Dividendenempfängers nicht der Ausschüttung mittels Akontodividende gleichstellen, so wäre die Ausschüttung als Naturaldividende (die Forderung gegenüber dem Cash Pool bzw. den Cash Pool-Teilnehmern wird als Sachwert ausgeschüttet) möglich gewesen (vgl. BÖCKLI, a.a.O., § 12 N. 536).

#### **E. 4.4**

Norm-/Schutzzwecktheorie bzw. Rechtswidrigkeitszusammenhang Zum selben Ergebnis führen Überlegungen zur Normzwecktheorie bzw. Schutzzwecklehre oder zum Rechtswidrigkeitszusammenhang. Diese Theorie stellt darauf ab, ob die betreffende Norm einen Schaden von der Art des eingetretenen verhindern soll oder nicht und wird teils

anstelle, teils zusätzlich zur Prüfung der Adäquanz propagiert (Heinz Rey, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 3. Auflage, 2003, N. 547 f.). Sowohl mit Art. 675 Abs. 2 OR als auch mit Art. 680 Abs. 2 OR will der Gesetzgeber das Vermögen der Gesellschaft schützen. Dabei geht es sowohl um den Schutz der Gläubiger als auch der Gesellschaft selbst (BSK OR II- Peter Kurer, Art. 675 N. 1 ff.). Es ist unbestritten, dass sowohl die Berechnungs- vorschriften für die Höhe der zulässigen Aktionärsdarlehen als auch diejenigen für die Höhe der Dividende je für sich allein betrachtet eingehalten wurden. Eine Pflichtverletzung der Beklagten würde sich nur daraus ergeben, dass nicht beides kumuliert werden darf, so dass das verwendbare Eigenkapital einerseits als Divi- dende aus dem Gesellschaftsvermögen abfließt und andererseits nochmals in Form von Aktionärsdarlehen bzw. dass sich Bonitäts-, Liquiditäts- und Wertberich- tigungsfragen in Bezug auf die Aktionärsdarlehen gestellt hätten. Ein gleichzeiti- ger doppelter Abfluss fand aber gerade nicht statt und die für die Dividendenaus- schüttung verwendeten Aktionärsdarlehen konnten in ihrem Nominalwert einge- setzt werden. Im Umfang der Dividendenausschüttung reduzierten sich zeitgleich die Aktionärsdarlehen, als die Dividende mittels Guthaben im Cash Pool bezahlt wurde. Ein allfälliges Verbot der doppelten Verwendung der Berechnungsgrösse "verwendbares Eigenkapital" soll vor Schädigungen des Vermögens aufgrund solcher doppelter Verwendungen schützen. Gerade dieses Risiko verwirklichte

- 27 - sich aber vorliegend nicht, da die Dividende mittels Aktionärsdarlehen bezahlt wurde. Zwar macht die Beklagte geltend, dass sie davon ausgehen durfte, dass die Dividende aus dem Cash Pool bezahlt würde, doch stellte sie dies nicht sicher und machte sie die Gutheissung des Dividendenantrags auch nicht davon abhän- gig. Es hätte also gut auch anders kommen können und die allfällige Pflichtverlet- zung der Beklagten hätte zu einem damit in einem Rechtswidrigkeitszusammen- hang stehenden Schaden führen können. Da dies jedoch - zwar ohne Zutun der Beklagten - nicht eintrat, entfällt eine Haftung der Beklagten gleichwohl mangels Rechtswidrigkeitszusammenhangs. Auch liegt es im Wesen der Dividende, dass diese zu einem Vermögensabfluss ohne (direkte) Gegenleistung führt. Dies ist vom Gesetz so vorgesehen. Der von der Klägerin geltend gemachte Schaden ist sogar wesentlich geringer als der Di- videndenabfluss, nämlich nur ein Bruchteil der Dividendenschüttung in Form einer kleineren Konkursdividende im Konkurs der E1.\_\_\_\_\_. Dass die Dividendenaus- schüttung bzw. behauptete doppelte Verwendung des verwendbaren Eigenkapi- tals zu einem weitergehenden Schaden geführt hätte, indem die A.\_\_\_\_\_ etwa aufgrund einer doppelten Verwendung ihren Verbindlichkeiten nicht mehr hätte nachkommen können und deshalb überschuldet wurde, macht die Klägerin nicht geltend. Grund für den Untergang der A.\_\_\_\_\_ war der Zusammenbruch des H.\_\_\_\_\_-Konzerns bzw. die Ereignisse im mm/mm 2001 (act. 1 S. 21); dass die Nichtausschüttung der Dividende daran etwas geändert hätte, macht die Klägerin nicht geltend. Die Klägerin macht nicht geltend, dass die A.\_\_\_\_\_ im Zeitpunkt der Dividendenausschüttung in eine finanzielle Schieflage geraten sei. Hingegen macht sie geltend, dass die A.\_\_\_\_\_ nur gerade im Zeitpunkt der Dividendenaus- schüttung über genügend Guthaben im Cash Pool verfügt habe. Zu jenem Zeit- punkt kam es also nicht zu einer Kumulation von Dividendenausschüttung und Aktionärsdarlehen. Problematisch war das Cash Pooling und damit insbesondere, dass auch nach der Dividendenausschüttung bis kurz vor dem Zusammenbruch des E.\_\_\_\_\_-Konzerns und des Cash Pools wieder neue Aktionärsdarlehen ge- währt wurden (act. 23 S. 56 f.). Die Klägerin hat nicht geltend gemacht und es scheint auch nicht plausibel, dass die A.\_\_\_\_\_ kurzfristig, also noch vor

dem Zusammenbruch des H. \_\_\_\_\_-Konzerns, aus dem Cash Pool ausgestiegen wäre, - 28 - wenn sie von der Beklagten auf das Rechtsproblem hingewiesen worden wäre, dass Guthaben im Cash Pool als Aktionärsdarlehen qualifiziert werden könnten. Viel gewichtiger als dieses Rechtsproblem war die auf der Hand liegende finanzielle Abhängigkeit vom Konzern bzw. dem Cash Pool, welche die A. \_\_\_\_\_ offensichtlich nicht dazu veranlasst hatte, aus dem Cash Pool auszusteigen. Der fehlende Rechtswidrigkeitszusammenhang hat zur Folge, dass die Beklagte trotz pflichtwidrigem Verhalten selbst dann nicht haften würde, wenn ihr kein rechtmässiges Alternativverhalten zur Verfügung gestanden hätte.

#### **E. 4.5**

Kausalzusammenhang bei Unterlassungen

##### **E. 4.5.1**

Bei den Pflichtverletzungen, welche die Klägerin der Beklagten vorwirft, handelt es sich um Unterlassungen. Bei diesen eine Haftung häufig auslösenden Unterlassungen gibt es jedoch keine wissenschaftlich eindeutig determinierbare Kausalität. Daher gibt es in diesem Fall auch keine sinnvolle Frage nach der Adäquanz. Alles dreht sich um die hypothetische Frage, wie es gewesen wäre, wenn gehandelt worden wäre, und zwar rechtzeitig und zweckmässig. Diese Frage lässt sich aber wiederum nur unter Heranziehung weiterer Hypothesen beantworten. Was wäre, wenn rechtzeitig die Pflicht erfüllt worden wäre, unter vergleichbaren Umständen nach der Lebenserfahrung der zu erwartende Ablauf der Dinge gewesen? Unterlassungshaftung ist stets Haftung unter einer richterlichen Annahme. Je mehr aber Haftung auf Hypothesen gegründet wird, desto strenger müssen die Anforderungen sein, die der Richter an die persönliche Zurechenbarkeit eines bestimmten Schadens stellt (PETER BÖCKLI, a.a.O., § 18 N. 424 ff.).

##### **E. 4.5.2**

In BGE 115 II 440 E. 5.a hielt das Bundesgericht fest, dass sich bei der Unterlassung gegenüber dem Fall der Handlung die Besonderheit ergebe, dass der Sachrichter bereits bei der Feststellung des hypothetischen Zusammenhangs in der Regel auch auf die allgemeine Lebenserfahrung abstelle und damit bestimmte, nach dieser Erfahrung unwahrscheinliche Geschehensabläufe von vornherein ausser Betracht lasse. Die wertenden Gesichtspunkte, welche sonst erst bei der Beurteilung der Adäquanz zum Tragen kommen würden, spielten deshalb schon bei der Feststellung der hypothetischen Kausalität eine Rolle. Aus diesem Grunde

- 29 - sei es im Allgemeinen nicht sinnvoll, den festgestellten oder angenommenen hypothetischen Geschehensablauf auch noch auf seine Adäquanz zu prüfen, da ein solcher Vergleich den beabsichtigten Zweck einer vernünftigen Begrenzung der Haftung nicht zu erfüllen vermöge. Anders könne es sich aber verhalten, falls aufgrund von tatsächlich festgestellten Anhaltspunkten angenommen werden müsse, der hypothetische Geschehensablauf hätte sich nicht so abgespielt, wie nach der allgemeinen Lebenserfahrung zu erwarten sei. Die Unterscheidung zwischen natürlicher und adäquater Kausalität sei im Weiteren auch dann von Bedeutung, wenn es nicht mehr um hypothetische Verläufe gehe, sondern um daran anschliessende, direkt feststellbare Folgen.

##### **E. 4.5.3**

Bei der Prüfung der Kausalität der Unterlassungen, welche die Klägerin der Beklagten vorwirft, ist also danach zu fragen, was hypothetisch vorgefallen wäre, wenn die Beklagte die von ihr verlangten Handlungen vorgenommen hätte, wobei durch Berücksichtigung der allgemeinen Lebenserfahrung wertende Gesichtspunkte einfließen.

#### **E. 4.5.4**

Es ist unbestritten, dass der Antrag auf Dividendenausschüttung vom Verwaltungsrat der A.\_\_\_\_\_ kam und dass dieser von der Generalversammlung der A.\_\_\_\_\_ gutgeheissen wurde. Es stellt sich damit die Frage, ob tatsächlich keine bzw. eine nur viel kleinere Dividende ausgeschüttet worden wäre, wenn die Beklagte darauf hingewiesen hätte, dass das verwendbare Eigenkapital nicht sowohl für Aktionärsdarlehen als auch für eine Dividendenausschüttung verwendet werden kann, sowie dass sich Bonitäts- und Liquiditätsprobleme ergeben und Wertberichtigungsbedarf bestehen könnten. Der Aktionär hat ein absolutes Recht auf Gewinnstrebigkeit der Gesellschaft und ein relatives Recht auf Ausschüttung einer jährlichen Dividende (MARKUS NEU- HAUS / JÖRG BLÄTTLER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 3. Auflage, 2008, Art. 660 N. 7 ff.). Bei der Dividendenausschüttung handelt es sich damit nicht um ein untergeordnetes Geschäft einer Gesellschaft, sondern um ein zentrales Wirtschaftsziel der Gesellschaft und ihrer Aktionäre. Es entspricht daher der allgemeinen Lebenserfahrung, dass eine Gesellschaft und ihre Aktionäre nicht einfach auf eine Dividendenausschüttung verzichten, wenn sich diese aus rechtli-

- 30 - chen Überlegungen vorerst einmal als problematisch erweisen sollte. Es kann davon ausgegangen werden, dass nach Lösungen gesucht worden wäre, um die Dividende auf rechtmässige Weise ausschütten zu können. Dies gilt umso mehr im vorliegenden Fall: I.\_\_\_\_\_ war nicht nur Verwaltungsratspräsident der A.\_\_\_\_\_, sondern auch Geschäftsführer der F.\_\_\_\_\_, welche die einzige Aktionärin der A.\_\_\_\_\_ war, sowie Mitglied der Konzernleitung des H.\_\_\_\_\_-Konzerns (Beschluss vom 28. Februar 2010, Dispositivziffer 1.a; nicht bestritten in act. 47 S. 5 ff.). Obwohl die Liquidität der A.\_\_\_\_\_ über den Cash Pool bzw. STD's jeweils dem H.\_\_\_\_\_-Konzern zugute kam, war offensichtlich eine Dividendenausschüttung an die F.\_\_\_\_\_ gewünscht. Wie oben gezeigt hätte es legale Möglichkeiten zur Dividendenausschüttung in der beantragten Höhe gegeben. Es widerspräche der allgemeinen Lebenserfahrung, anzunehmen, dass diese auf der Hand liegenden Alternativen nicht gefunden und nicht genutzt worden wären, wenn die Beklagte erkannt und darauf hingewiesen hätte, dass das verwendbare Eigenkapital nicht gleichzeitig für Aktionärsdarlehen und Dividende verwendet werden dürfe. Auch die Bonitäts-, Liquiditäts- und Wertberichtigungsprobleme hätten sich damit nicht gestellt. Somit sind allfällige Pflichtverletzungen der Beklagten nicht kausal für den eingetretenen Schaden und ist die Klage auch deshalb abzuweisen.

#### **E. 5**

Fazit Aufgrund der Tatsache, dass die Dividende mittels Guthaben im Cash Pool bezahlt wurde, entfällt eine Haftung der Beklagten, selbst wenn sie ihre Pflichten verletzt haben sollte. Dazu führen Überlegungen im Zusammenhang mit dem Kausalzusammenhang. Der Schaden wäre genau gleich bei rechtmässigem Alternativverhalten der Beklagten eingetreten; er steht in keinem Rechtswidrigkeitszusammenhang mit den allenfalls verletzten Schutznormen und ist bei Prüfung der hypothetischen Kausalität der vorgeworfenen Unterlassungen nicht auf die behaupteten Pflichtverletzungen

zurückzuführen. Die Klage ist daher abzuweisen.

- 31 - V. Kosten- und Entschädigungsfolgen Die Klägerin unterliegt. Sie wird kosten- und entschädigungspflichtig (§§ 64 Abs. 2 und 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Aufgrund der von der Beklagten als "Noveneingabe" bezeichneten, verspätet eingereichten Duplikschrift entstanden unnötige Kosten. Es ist ihr daher ein Viertel der aufgrund des unnötigen Aufwandes um diesen Anteil erhöhten Kosten aufzuerlegen (§ 66 Abs. 1 ZPO/ZH). Für die der Klägerin unnötig entstandenen Aufwendungen im Zusammenhang mit der "Noveneingabe" wird die Beklagte entschädigungspflichtig. Diese Entschädigung ist mit dem Anteil der Entschädigung, welche die Beklagte für die "Noveneingabe" ihrerseits von der Klägerin zugute hätte, zu verrechnen, so dass der Beklagten eine um diesen Anteil reduzierte Prozessentschädigung zuzusprechen ist. Der Streitwert beträgt CHF 4'519'500.– (act. 1 S. 2).

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