

ZH_HANDELSGERICHT HG100356 vom 27. März 2014

Zh Handelsgericht, 2014-03-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG100356

FR: ZH_HANDELSGERICHT HG100356 du 27 mars 2014

IT: ZH_HANDELSGERICHT HG100356 del 27 marzo 2014

Erwägungen

E. 1

Formelles; anwendbares Recht

E. 1.1

Anwendbares Prozessrecht Am 1. Januar 2011 ist die eidgenössische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Nach Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt für Verfahren, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Auf das vorliegende Verfahren ist demnach das frühere kantonale Prozessrecht, mithin die Zivilprozessordnung des Kantons Zürich (ZPO/ZH) und das Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Zürich (GVG), anwendbar.

E. 1.2

Zuständigkeit Die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts ergibt sich aus Art. 3 Abs. 1 lit. b GestG, Art. 404 Abs. 2 ZPO und § 62 GVG.

E. 1.3

Klagevorbehalt Die Klägerin behält sich gemäss ihrem Rechtbegehren die "solidarische Befahrung der Mitglieder des Verwaltungsrates und der Revisionsstelle der Klägerin mittels separater Klagen" ausdrücklich vor (act. 1 S. 8). Damit behält sich die Klägerin Selbstverständliches vor: Die Anordnungen und Feststellungen im Dispositiv eines in vorliegender Sache ergehenden Entscheids binden die Gerichte in einem späteren Prozess zwischen den gleichen Parteien oder ihren Nachfolgern in die beurteilten Rechte oder Pflichten (§ 191 Abs. 1

- 8 - ZPO/ZH); die materielle Rechtskraft steht jedoch einer neuen Klage gegen andere Parteien aus demselben Sachverhalt nicht entgegen (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1997, N 15a zu § 191).

E. 1.4

Teilklage Die Klägerin beziffert den Schaden insgesamt auf CHF 1'155'507'172.55, wovon sie - aus wirtschaftlichen Gründen - CHF 50 Mio. (nebst Zins und Kosten) geltend macht (act. 1 Rz 30). Die Beklagten wenden ein, der behauptete Schaden setze sich nach Darstellung der Klägerin aus verschiedenen Komponenten zusammen sowohl bezüglich des durch die Kapitaleinlage als auch des durch den Forde- rungsverzicht angeblich verursachten Schadens. Wenn die Klägerin lediglich eine Teilklage geltend mache, so habe sie deutlich anzugeben, von welchem Schaden sie einen Teil geltend machen wolle und in welchem Umfang und in welcher Reihenfolge die Einzelschäden zur Begründung der Teilklage verwendet werden sollen. Dies habe sie unterlassen, weshalb die Klage mangels Substantiierung abzuweisen sei (act. 27 Rz 274 ff.). Nach der kantonalen Rechtsprechung zu §§ 54 und 113 ZPO/ZH hatte die klagende Partei bei einer Teilklage anzugeben,

welchen Teil jedes der Ansprüche in welcher Reihenfolge sie fordert, wenn gemäss klägerischen Vorbringen verschiedene Schadenspositionen bestehen, andernfalls die Klage abzuweisen sei (ZR 102 [2003] Nr. 45 E. 7.2). Das Bundesgericht hielt hingegen wiederholt fest, dass das Bundesrecht bestimme, wie weit ein Sachverhalt zu substantiieren sei, damit er unter die Bestimmungen des materiellen Rechts subsumiert werden könne. Nach dem materiellen Bundesrecht sei der Gläubiger aber berechtigt, eine Teilzahlung einzufordern, wobei es nicht verlange, dass er dabei angebe, worauf die von ihm geforderte Teilzahlung angerechnet werde. Daher genüge im Prozess, wenn er hinreichend substantiiert behaupte, es bestehe eine die eingeklagte Summe übersteigende Forderung (BGE 4A_194/2012 vom 20. Juli 2012 E. 1.4; 4A_71/2012 vom 27. November 2012 E. 2). Da die Klägerin mit ihrer auf Auftragsrecht gestützten Klage einen bundesrechtlichen Anspruch geltend macht, ist mit dem Bundesgericht festzuhalten, dass die

- 9 - Klage - unabhängig davon, ob es sich überhaupt um eine Teilklage handelt (vgl. act. 27 Rz 285) - ausreichend substantiiert ist, auch wenn sich der der Klage zugrundeliegende Gesamtschaden aus verschiedenen Komponenten zusammensetzt.

E. 1.5

Bindung an andere Gerichtsentscheide; Gutachten

E. 1.5.1

Die Beklagten berufen sich in verschiedener Hinsicht auf Zivil- und Strafteile, die nach dem Zusammenbruch der A._____ Gruppe zwischen anderen Parteien ergangen sind, und auf dort eingeholte oder eingereichte Gutachten (act. 12 Rz 24 ff.; 27 Rz 45 ff.). Wie bereits ausgeführt bezieht sich die materielle Rechtskraft eines Entscheides - grundsätzlich zudem beschränkt auf die Anordnungen und Feststellungen im Dispositiv - ausschliesslich auf ein späteres Verfahren zwischen denselben Parteien aus demselben Lebenssachverhalt.

Keinerlei direkte Bindung besteht demgegenüber mit Bezug auf Verfahren zwischen anderen Parteien oder über einen anderen Sachverhalt. Gerichtliche Feststellungen, die insbesondere in zwei rechtskräftig abgewiesenen Verantwortlichkeitsprozessen gegen Organe der A._____ enthalten sind, entfalten deshalb weder zugunsten noch zulasten der Beklagten verbindliche Wirkung. Art. 53 OR regelt die Unabhängigkeit des Zivilrichters gegenüber dem Strafgesetz, dem freisprechenden Urteil des Strafgerichts und dem Urteil des Strafrichters überhaupt; diese Unabhängigkeit betrifft die Bestimmungen über die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit bei der Beurteilung der zivilrechtlichen Schuld oder Nichtschuld und die Freisprechung (Abs. 1) sowie die strafgerichtlichen Erkenntnisse hinsichtlich Schuld und Schaden (Abs. 2). Die grundsätzlich bestehende Unabhängigkeit des Zivilrichters in der Beurteilung des Sachverhaltes hindert ihn jedoch nicht daran, die Beweisergebnisse der Strafuntersuchung mitzubetrachten (BGE 125 III 401; Urteil des Bundesgerichtes vom 31. März 1994 in SJ 1994, S. 551 f.). Dass er nicht grundlos von der Auffassung des Strafrichters abweichen wird, ist eine Frage der Zweckmässigkeit und nicht ein Satz des Bundesrechts (BGE 125 III 401 S. 411 unter Verweis auf ein nicht veröffentlichtes Ur-

- 10 - teil des Bundesgerichtes vom 7. Februar 1984 i.S. Sch., E. 2 und BK-Brehm, Art. 53 OR N 31 ff., mit weiteren Nachweisen). Somit steht fest, dass keine zwingende Bindung des Zivilrichters an das Urteil des Strafgerichtes in dem Sinne besteht, dass die Ausführungen des letzteren Gerichtes unbeschadet zu übernehmen wären, das Strafurteil aber nicht unberücksichtigt bleiben muss (ZR 79 Nr. 95; vgl. Urteil des Obergerichtes vom

25. März 2013 [LB090080] E. II.4).

E. 1.5.2

Soweit sich beide Parteien auf im Rahmen von früheren Verfahren eingeholte oder eingereichte Gutachten, neu eingeholte Privatgutachten und Rechtsgutachten berufen, ist zu unterscheiden: Beweiserhebungen in anderen Prozessen können in einem späteren Rechtsstreit nur beschränkt verwendet werden. Am ehesten ist dies möglich für Grundsatzgutachten, die eine Tatsache gerichtsnotorisch machen (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 13 zu § 140). In der Regel wird aber ohne Zustimmung der Parteien auf Beweiserhebungen in früheren Verfahren, an welchen sie nicht beteiligt waren, nicht abgestellt werden dürfen; zumindest muss ihnen das Recht zur Stellung von Ergänzungsfragen gewahrt werden (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 13a). Vorprozessualen Gutachten kommt ebenfalls nicht dieselbe Bedeutung zu wie einem gerichtlich eingeholten Gutachten; das entbindet das Gericht allerdings nicht von einer Auseinandersetzung mit solchen Gutachten, soweit sie frist- und formgerecht als Beweismittel eingebracht werden. Nur von einer Partei eingeholte Privatgutachten haben grundsätzlich nur die Bedeutung von Parteibehauptungen und das Gericht hat sich in gleicher Weise mit ihnen auseinanderzusetzen (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 vor §§ 171 ff. mit Hinweisen; vgl. auch ZR 105 [2006] Nr. 77 und BGE 132 III 83). Zu Rechtsgutachten im Besonderen ist schliesslich festzuhalten, dass ihnen kein grösseres Gewicht zukommt als rechtlichen Erörterungen der betreffenden Partei selbst. Da das Gericht das Recht von Amtes wegen anzuwenden hat (§ 57 ZPO/ZH), stehen solche ohnehin nicht im Vordergrund (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 16 zu § 57; vgl. auch BGE 105 II 3).

E. 1.6

Noven

- 11 - Die Klägerin reichte am 18. November 2013 eine umfangreiche "Stellungnahme zu Duplik (Noveneingabe)" ein (act. 32). Mit Zustellung der Duplik wurde der Klägerin - wenn auch irrtümlich unter Bezugnahme auf die eidgenössische Zivilprozessordnung - ausschliesslich Frist zur Stellungnahme zu den mit der Duplik schrift neu vorgetragene(n) Tatsachen und neu eingereichten Beweismitteln angesetzt (act. 29; vgl. § 128 i.V.m. § 121 Abs. 2 ZPO/ZH). Das bedeutet einerseits, dass neues Vorbringen nur noch unter der Voraussetzung von § 115 ZPO/ZH zulässig ist. Andererseits sind Ausführungen nicht mehr zu hören, die über eine Stellungnahme zu Noven hinausgehen. Den Parteien steht zwar nach der Praxis des Bundesgerichts die vom EGMR entwickelte Möglichkeit zu, zu jeder Eingabe von Vorinstanz oder Gegenpartei Stellung zu nehmen, und zwar unabhängig davon, ob diese neue und erhebliche Gesichtspunkte enthalten (vgl. BGE 133 I 100 E. 4.5; 137 I 195 E. 2.3.1; 138 I 154 E. 2.3.3). Davon ist aber das Replikrecht im engeren Sinn zu unterscheiden, welches dazu berechtigt, sich zu Eingaben von Vorinstanz oder Gegenpartei zu äussern, soweit die darin vorgebrachten Noven prozessual zulässig und materiell geeignet sind, den Entscheid zu beeinflussen (vgl. BGE 138 I 154 E. 2.3.2). Solche Stellungnahmen sind als Ausfluss des verfassungsmässigen Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) materiell zu berücksichtigen, während Äusserungen gestützt auf das darüber hinausgehende "Recht auf Kenntnisnahme von und Stellungnahme zu Eingaben der übrigen Verfahrensbeteiligten" nicht dazu führen können, den Parteien die Ergänzung, Erweiterung und Erneuerung ihrer Vorbringen ausserhalb des ordentlichen

Schriftenwechsels und des Novenrechts zu ermöglichen. Die Parteien haben das Streitverhältnis im Hauptverfahren darzulegen und das Begehren zu begründen, wobei sie ihre Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen haben (§ 113 ZPO/ZH); mit verspätetem Vorbringen sind sie grundsätzlich ausgeschlossen (§ 114 ZPO/ZH). Im Lichte dieser Bestimmung sind weite Teile der Eingabe vom 18. November 2013 nicht mehr zu hören. Das betrifft nebst der Zusammenfassung, Wiederholung und Verdeutlichung des eigenen Standpunktes (act. 32 S. 11-13) beispielsweise auch die ergänzende Kommentierung von bereits mit der Klageschrift eingereichten Beilagen (act. 32 S. 18 ff. zu act. 4/84, 4/55-56, 4/279b) und versteht

- 12 - sich von selbst, wenn sogar die Klägerin z.B. ausführt, dass "der Sanierungsanwalt, wie unten nochmals im Einzelnen aufgezeigt wird, durchaus die Pflicht" habe, die Erstellung OR-konformer Bilanz- und Bewertungszahlen zu verlangen (act. 32 S. 24 ff., Hervorhebung hinzugefügt; siehe auch act. 32 Rz 216, 260, 387). Mit Noven ebenfalls nichts zu tun haben Rechtserörterungen u.a. zu den Berufspflichten des Anwaltes (act. 32 S. 28), zum rechtmässigen Alternativverhalten (S. 36), zum kausalitätsunterbrechenden Selbstverschulden (S. 39 f.) oder zum Schaden (S. 40 f.) und Ausführungen, mit welchen nach Bestreitung durch die Beklagten am eigenen Standpunkt festgehalten wird (act. 32 S. 29 ff.). Bestreitungen in der Duplik bieten im Übrigen keine ausreichende Rechtfertigung für die Ergänzung der eigenen Vorbringen in den vorangegangenen Rechtsschriften (betrifft u.a. act. 32 S. 37, 48, 53 ff.), denn die Substantiierung des eigenen Standpunktes hat im Hauptverfahren zu erfolgen; vertraut eine Partei darauf, dass ihr Vorbringen unbestritten bleiben wird, so hat sie das prozessuale Risiko zu tragen, wenn ihre Erwartung nicht eintrifft. Es wird im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen auf die Thematik zurückzukommen sein, soweit sie sich konkretisiert.

E. 1.7

Anwendbares Rechnungslegungsrecht Mit Änderung vom 23. Dezember 2011 wurden die bisher in Art. 662 ff. des Obligationenrechts enthaltenen Vorschriften zum Geschäftsbericht und zur ordnungsmässigen Rechnungslegung aufgehoben und das Recht der Kaufmännischen Buchführung und Rechnungslegung in Art. 957 ff. OR neu formuliert; die Änderung ist am 1. Januar 2013 in Kraft getreten. Die vorliegend in Frage stehenden Transaktionen, die im März 2001 stattfanden, werden allerdings nach der allgemeinen Regel der Nichtrückwirkung weiterhin nach Massgabe des bisherigen Rechnungslegungsrechts zu beurteilen sein (Art. 1 SchlT ZGB).

E. 2

Passivlegitimation

E. 2.1

"B1.____"; Beklagte 2

- 13 - Die Beratungsdienstleistungen, mit welchen die Klägerin ihre Klage begründet, wurden im Jahre 2001 von "B1.____" erbracht. Zu diesem Zeitpunkt bestand kein Handelsregistereintrag einer Gesellschaft mit dieser Bezeichnung. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung muss sich indessen eine Anwaltssozietät, die ihre Dienstleistungen als einheitliches Unternehmen offeriert und mit einheitlichem Briefkopf und einheitlicher Zahlstelle nach aussen auftritt, beim erweckten Rechtsschein der gesellschaftlichen Verbindung behaften lassen. Für Pflichtverletzungen eines ihrer

Mitglieder haftet die als einfache Gesellschaft oder Kollektivgesellschaft auftretende Anwaltssozietät dann kollektiv, wenn das anspruchsbegründende Mandat ihr als Gesamtmandat erteilt wird (BGE 124 III 363 E. 2). Vorliegend ist unbestritten, dass "B1._____" eine Kollektivgesellschaft bildete; am 13. September 2007 wurde denn auch im Handelsregister die Kollektivgesellschaft "C1._____" mit Sitz in Zürich eingetragen und deren Beginn mit 15. Dezember 1990 angegeben (act. 4/7). Im Juni 2008 erfolgte die Umwandlung "gemäss Umwandlungsplan vom 30.05.2008 und Bilanz per 31.12.2007 mit Aktiven von CHF 58'000.00 und Passiven (Fremdkapital) von CHF 0.00" in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die Beklagte 2 (act. 4/7 S. 2). Einzige Gesellschafterin ist mittlerweile die Beklagte 1 (act. 4/7 S. 1). Die Passivlegitimation der Beklagten 2 ist nicht bestritten (act. 12 Rz 332; act. 27 Rz 29 ff.).

E. 2.2

Beklagte 1 Gestützt auf die im SHAB vom 11. Juli 2007 publizierte Anzeige an die Gläubiger, wonach die Beklagte 1 "gemäss Sacheinlagevertrag vom 6. Juni 2007 und Übernahmebilanz per 31. Dezember 2006 das Geschäft der nicht im Handelsregister eingetragenen, unter der Bezeichnung "B1._____" geführten Kollektivgesellschaft, Zürich, bestehend aus [...], gemäss Art. 181 OR mit Wirkung per 1. Januar 2007 mit allen Aktiven und Passiven, mit Ausnahme von Barmitteln von CHF 58'000" übernimmt (vgl. act. 4/12a), fasst die Klägerin auch die Beklagte 1 ins Recht.

- 14 - Die Beklagte 1 bestreitet ihre Passivlegitimation mit der Begründung, sie habe sowohl laut Publikation im SHAB als auch gemäss derjenigen im Handelsregister Aktiven und Passiven der Kollektivgesellschaft B1._____ übernommen "gemäss Vertrag vom 06.06.2007 und Übernahmebilanz per 31.12.2006 mit übernommenen Aktiven von CHF 33'695'936.39 und Passiven von CHF 32'745'936.39. Barmittel in der Höhe von CHF 58'000.– werden nicht übernommen." Da sich damit bereits aus der öffentlichen Mitteilung ergebe, dass die behauptete Forderung der Klägerin über CHF 1'155'570'172.55 allein schon die mitgeteilte Passivensumme übersteige, sei, der bundesgerichtlichen Rechtsprechung folgend, für den Mitteilungsempfänger sofort ersichtlich gewesen, dass sein Guthaben nicht oder nicht vollständig inbegriffen sein könne. Der Klägerin habe damit bewusst sein müssen, dass ihre Forderung in der Übernahmebilanz nicht enthalten war (act. 27 Rz 29 ff. mit Hinweis auf BGE 79 II 293 und 129 III 170). Die Klägerin stützt sich auf die im SHAB vom 2. Juli 2007 publizierte "Anzeige gemäss Art. 181 OR" (act. 4/12a), während sich die Beklagte 1 auf den in der gleichen Ausgabe des SHAB publizierten Handelsregistereintrag der Übernahme durch die Beklagte 1 (act. 4/12b) beruft. Nach der bundesgerichtlichen Praxis darf sich ein Gläubiger auf die an ihn gerichtete Mitteilungen oder die öffentliche Verlautbarung verlassen. Er braucht den Inhalt der Vereinbarung des Übernehmers mit dem vorangegangenen Schuldner hinsichtlich Natur und Umfang der übertragenen Aktiven und Passiven nicht zu kennen; der Gläubiger darf der an ihn gerichteten Mitteilung den Sinn zumessen, den ihr ein Dritter in gutem Glauben und nach den Vertrauensprinzip zumisst (BGE 129 III 167 = Pra 92 (2003) Nr. 120). Laut Anzeige an die Gläubiger übernahm die Beklagte 1 das Geschäft der Kollektivgesellschaft "B1._____" mit allen Aktiven und Passiven, mit Ausnahme von Barmitteln von CHF 58'000.–. In der Übernahmebilanz per 31. Dezember 2006 waren laut Eintrag im Handelsregister Aktiven von CHF 33'695'936.39 und Passiven von CHF 32'745'936.39 verzeichnet. Es ist offensichtlich, dass die Übernahmebilanz die von der Klägerin vorliegend geltend gemachte Forderung über CHF 50'000'000.– resp. gar CHF 1'155'570'172.55 nicht

umfasste. Weder die Klägerin noch die Beklagte machen allerdings geltend, dass diese Forderung im Übernahmzeitpunkt bereits gegenüber der Kollektivgesellschaft "B1._____" gel-

- 15 - tend gemacht worden war. Die Klägerin weist einzig darauf hin, dass sie sich am 18. Januar 2006 zwecks Abgabe einer Verjährungseinredeverzichtserklärung an "B1._____" gewandt habe, die am 8. Februar 2006 unterzeichnet worden sei (act. 32 Rz 545; act. 33/4-5). Zu diesem Zeitpunkt wurden "allfällige auftragsrechtliche Ansprüche" jedoch lediglich geprüft (vgl. act. 33/4); sie wurden nicht beziffert und auch nichtkonkret in Aussicht gestellt. Weder aus der Mitteilung im SHAB noch dem Eintrag im Handelsregister geht so- dann hervor, dass bei der Geschäftsübernahme bestimmte Passiven ausgenom- men wurden. Solches wird von der Beklagten 1 denn auch nicht behauptet. Selbst wenn dies aber im Übernahmevertrag so vereinbart worden wäre, so könnte die bloss teilweise Übernahme der Passiven dem Gläubiger nur entgegengehalten werden, wenn sie klar und eindeutig in der Mitteilung an die Gläubiger hervorge- hoben wurde (BSK OR I-Tschäni, N 14 zu Art. 181 OR mit div. Hinweisen). Dies ist vorliegend nicht der Fall, umso mehr, als in der Anzeige an die Gläubiger aus- drücklich die Übernahme aller Passiven mitgeteilt wurde. Daran ändert nichts, dass die - im Übernahmzeitpunkt noch nicht geltend ge- machte - Forderung der Klägerin in der Übernahmebilanz nicht enthalten war; Schadenersatzansprüche aus Beratungsdienstleistungen der bisherigen Kollektivgesellschaft gehören ihrer Natur nach zweifelsohne zum übertragenen Ge- schäft, wenn dieses (unter der Rechtsform einer Aktiengesellschaft) weitergeführt wird. Damit ist auch die Beklagte 1 passivlegitimiert.

E. 2.3

Solidarische Haftung Gemäss Art. 181 Abs. 2 OR haftet der bisherige Schuldner solidarisch mit dem neuen noch während dreier Jahre, beginnend für fällige Schulden ab Mitteilung der Übernahme. Die Klägerin hat ihre Klage am 30. Juni 2010 beim Friedensrich- teramt der Stadt Zürich, ..., eingereicht (act. 3 S. 2), mithin innert der ab 2. Juli 2007 (vgl. act. 4/12a) laufenden Frist. Die Beklagten 1 und 2 haften gegebenen- falls solidarisch.

- 16 -

E. 3

Sachverhalt/Hintergrund

E. 3.1

Die D.____ Gruppe bestand im Jahre 2000 im Wesentlichen aus der Hol- ding A.____, deren Subholdings A1.____ (mit Beteiligungen an D.____ und verschiedenen in- und ausländischen Fluggesellschaften), A2.____ (Beteiligun- gen u.a. an ..., ... und ...), A3.____ (Beteiligungen u.a. an ...) und A4.____ (Beteiligungen u.a. an ..., ... und ...) sowie verschiedenen weiteren Tochterge- sellschaften, darunter A5.____, A6.____ SA und ... II und III.

E. 3.2

Im Verlauf des Jahres 2000 zeichnete sich zunehmend eine Verschlechte- rung der finanziellen Situation im Konzern ab, die vornehmlich mit den Beteiligun- gen an den ausländischen Fluggesellschaften und deren anhaltendem Kapitalbe- darf zusammenhing. Im Rahmen der Arbeiten zum Jahresabschluss 2000 wurde angesichts der operativen Verluste aus dem Airline-Beteiligungsbereich ein hoher Rückstellungsbedarf ermittelt, der

anlässlich einer Sitzung des Verwaltungsrats der A._____ am 2. März 2001 auf insgesamt CHF 3'242 Mio. beziffert wurde (vgl. act. 4/57 S. 3). Der Verwaltungsrat erteilte der Konzernleitung unter anderem den Auftrag, die Bilanz zu sanieren und drei mögliche Devestitionsszenarien auszuarbeiten (act. 4/57 S. 5).

E. 3.3

Am 24. März 2001 beriet der Verwaltungsrat über den Antrag 06/01 (Sanierung A._____ Holding; vgl. act. 4/89 S. 8). Im dazugehörigen Memorandum von E._____ an den Verwaltungsrat vom 24. März 2001 (act. 4/88) wurde festgehalten, dass per 31. Dezember 2000 auf konsolidierter Basis einmalige Aufwendungen für Airline Beteiligungen, Wertberichtigungen, Rückstellungen und Forderungsverzichte von rund CHF 3'200 Mio. anfallen würden. Es empfehle sich, einen Grossteil davon auf Stufe der A1._____ vorzunehmen. Die Vornahme dieser Buchungen führe zu einer Überschuldung der Gesellschaft, welche in zwei Schritten eliminiert werde: In einem ersten Schritt verzichte die A._____ gegenüber der A1._____ auf Forderungen im Betrag von CHF 726 Mio. In einem zweiten würden die bisher direkt von der A._____ gehaltenen Beteiligungen an der A2._____, A3._____, A4._____, A5._____, ... II, ... III und A6._____ im Buchwert von CHF 1'848 Mio. in die A1._____ eingebracht (à Konto Agio, ohne Aktienkapitalerhöhung). Nach diesen beiden Schritten sei bei der A1._____ wieder mehr als die

- 17 - Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlich geforderten Mindestreserven gedeckt. Auf Stufe der A._____ werde nach Buchung zusätzlicher Rückstellungen ein Jahresverlust von CHF 1'069 Mio. ausgewiesen, der durch bestehende Reserven abgedeckt werden könne; das Aktienkapital sei mit CHF 877 Mio. intakt. Sämtliche Buchungen und die Sacheinlagen würden rückwirkend auf den 31. Dezember 2000 vorgenommen, was es der Revisionsstelle erlaube, einen vorbehaltlosen Revisionsstellenbericht für die A._____ abzugeben.

E. 3.4

Der Verwaltungsrat genehmigte den Antrag am 24. März 2001 (act. 4/89 S. 8). Mit Datum vom 27. März 2001 wurde ein entsprechender Vertrag zwischen der A._____ und der A1._____ unterzeichnet (act. 4/99); in der Folge wurden die zugehörigen Buchungen vollzogen.

E. 3.5

Der Verwaltungsrat der A._____ bestand zu Beginn des Jahres 2001 aus E._____, F._____, G._____, H._____, I._____, J._____ und K._____ und wurde präsiert von L._____, der nach dem Ausscheiden von M._____ im Januar 2001 gleichzeitig als CEO a.i. tätig war. Am 15. März 2001 wurde er in beiden Funktionen von E._____ abgelöst (vgl. act. 4/27a S. 10; 4/75-76). N._____ amtierte im fraglichen Zeitraum als CFO der A._____. O._____ AG (nachfolgend "O._____") bekleidete das Amt der Revisionsstelle. Generalsekretärin der A._____ war P._____, die zugleich der internen Rechtsabteilung (DFL) vorstand; Leiter der Steuerabteilung (DFS) war Q._____.

E. 4

Anspruchsgrundlage

E. 4.1

Beratungsdienstleistungen Die Klägerin fasst die Beklagten aus den von verschiedenen bei "B1._____" tätigen Rechtsanwälten und anderen Mitarbeitern für A.____ geleisteten Diensten ins Recht.

E. 4.2

Auftragsrecht

- 18 - Das Rechtsverhältnis zwischen Anwalt und Klient unterliegt dem Recht des einfachen Auftrags gemäss Art. 394 ff. OR (vgl. BGE 127 III 357 E. 1; 117 II 563 E. 2a). Als Beauftragter schuldet der Anwalt Sorgfalt und Treue und wird daher seinem Auftraggeber ersatzpflichtig, wenn er ihn durch unsorgfältige oder treuwidrige Besorgung des Auftrags schädigt (BGE 119 II 456 E. 2, 249 E. 3b).

E. 4.3

Schadenersatzanspruch Voraussetzung eines Schadenersatzanspruches des Auftraggebers sind das Vorliegen eines Schadens, einer Vertragsverletzung (Sorgfaltswidrigkeit), des Kausalzusammenhanges zwischen Vertragsverletzung und Schadenseintritt sowie eines Verschuldens des Beauftragten. Der Auftraggeber hat den Schaden, die Sorgfaltswidrigkeit und den Kausalzusammenhang zu substantiieren und zu beweisen. Der Beauftragte hat darzutun, dass ihn kein Verschulden trifft und trägt damit das Beweisrisiko der mangelnden Vorwerfbarkeit seines Fehlverhaltens (vgl. BSK OR I-Weber, N 30 ff. zu Art. 398).

E. 4.4

Haftung aus Globalmandat Die Beklagten machen nicht geltend, die Anwälte von "B1._____" seien gestützt auf ein ihnen als Einzelmandat erteiltes Mandat tätig geworden. Die Haftung der Beklagten aus einem Gesamtmandat ist damit unbestritten (act. 1 Rz 492; act. 12 Rz 1087; vgl. BGE 124 III 262 E. 2d).

E. 4.5

Haftung Dritter Die Klägerin wirft "B1._____" vor, einen wesentlichen und insofern adäquat kausalen Beitrag zur Schadensentstehung geleistet zu haben, für den entstandenen Schaden jedoch nicht allein verantwortlich zu sein (act. 1 S. 14 ff.). Der Schaden sei das Ergebnis eines Gemeinschaftswerks von Verwaltungsrat, Revisionsstelle und "B1._____", die zwar je einzeln den Schaden (pflichtwidrig und schuldhaft) verursacht hätten, aber dennoch gemeinschaftlich die Verantwortung zu tragen hätten, da sie arbeitsteilig gewirkt hätten (act. 1 Rz 15 ff.; 110). Sollten sowohl die Beklagten als auch die Organe und die Revisionsstelle der A.____ für den behaupteten Schaden haftbar sein, würden im Aussenverhältnis

- 19 - konkurrierende Ansprüche bestehen, wobei jeder Haftpflichtige für den vollen Schadenersatz einzustehen hätte; im Innenverhältnis wäre Art. 51 OR zu beachten. Für das vorliegende Verfahren sind die Ausführungen der Klägerin zu weiteren Haftpflichtigen indessen ohne Relevanz.

E. 5

Schaden

E. 5.1

Parteivorbringen

E. 5.1.1

Die Klägerin bringt vor, A1._____ sei vor und nach der Umstrukturierung im März 2001 massiv überschuldet und damit wertlos gewesen; ihr Wert habe sich aus Sicht der A._____ nicht verändert. Hingegen seien mit der "Sacheinlage" und dem Forderungsverzicht Wertpositionen bei der A._____ abgeflossen (act. 1 Rz 342 f.). Der sacheinlagebedingte Schaden belaufe sich ausgehend von den beim späteren Verkauf bzw. der Liquidation tatsächlich realisierten Equity-Werten auf insgesamt CHF 668'971'526.63 (A4._____: CHF 289'445'433.88, A2._____: CHF 343'175'301.50 und A3._____: CHF 36'350'791.25; die restlichen Beteiligungen: CHF 0; act. 1 Rz 346 ff.; 455). Der Schaden aus dem Forderungsverzicht entspreche einerseits der entgangenen Möglichkeit zur teilweisen Verrechnung von CHF 393'600'000.00 (act. 1 Rz 457) und dem real noch einbringlichen Darlehensrestanspruch von CHF 92'998'645.92 (act. 1 Rz 458), insgesamt also CHF 486'598'645.92. Der Schaden belaufe sich zusammengefasst auf CHF 1'155'570'172.55 (act. 1 Rz 460).

E. 5.1.2

Die Beklagten bestreiten zunächst eine Überschuldung der A1._____ (act. 12 Rz 497). Weiter machen sie insbesondere geltend, es handle sich um einen reinen Gläubigerschaden, denn ein Konkurs der A1._____ hätte für die A._____ einen deutlich grösseren Schaden bewirkt; das eigene Überleben sicherzustellen sei eine Notwendigkeit gewesen. Die Gesellschaft könne keinen Reflexschaden für Dritte einklagen (act. 12 Rz 503 ff.). Die Transaktion sei im Vermögen von A._____, der Eigentümerin aller Aktien von A1._____, neutral gewesen, und die Transaktion sei auch nicht ohne Kompensation erfolgt, sei doch A1._____ auch mit den durch die ausländischen Airline Beteiligungen veranlassten Rückstellungen belastet worden (act. 12 Rz 506 ff.). Schliesslich habe zwischen der

- 20 - A1._____ und der A._____ im Umfang von 97% Gläubigeridentität bestanden (Rz 521).

E. 5.2

Schadensbegriff Schaden ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts die ungewollte Verminderung des Reinvermögens. Er entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen - nach dem schädigenden Ereignis festgestellten - Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (BGE 132 III 359 E. 4; vgl. auch Fellmann, Anwaltsrecht, Zürich 2010, N 1283). Der Schaden kann in einer direkten Abnahme des Vermögens (Verminderung der Aktiven oder Vermehrung der Passiven) oder auch in entgangenem Gewinn bestehen. Als schädigendes Ereignis bezeichnet die Klägerin die gemäss aktiver Falschberatung von "B1._____" vorgenommene "Bilanzsanierung" mittels Forderungsverzicht und Beteiligungsübertragung, die am 27. März 2001 vollzogen worden sei. Dieses ist der massgebliche Zeitpunkt des Schadenseintritts, der Schaden entspricht grundsätzlich der Differenz zwischen dem Vermögensstand der A._____ vor und nach der Transaktion.

E. 5.2.1

Gläubigerschaden Die Klägerin begründet ihren Anspruch mit fehlerhaften Anwaltsdienstleistungen von "B1._____" für A._____. Zwar tritt vorliegend die 'A._____ AG in Nachlassliquidation' als Klägerin auf. Die Liquidationsmasse umfasst gemäss Ziffer 3 des Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung vom 26. Juni 2002 "alle Aktiven der A._____ einschliesslich allfälliger Ansprüche irgendwelcher Art" (act. 4/3 S. 1). Das

Verfügungsrecht an den Aktiven geht mit Eintritt der Rechtskraft des Nachlassvertrages von Gesetzes wegen auf die Nachlassgläubiger über, wobei das Schuldnervermögen in der Nachlassmasse verselbständigt wird (vgl. Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. A. Bern 2013, § 55 N 22 f.). Die Klägerin macht also einen bei der A._____ entstandenen Anspruch aus Vertrag geltend, der im Rahmen des Nachlassverfahrens in die Li-

- 21 - quidationsmasse gefallen ist, materiell dadurch aber keine Veränderung erfahren hat. Die Klägerin begründet den geltend gemachten Schaden denn auch nicht mit Einbussen, die den Gläubigern der A._____ entstanden sind, sondern beruft sich auf eine bei dieser selbst eingetretene Vermögensabnahme; es erübrigen sich daher Überlegungen dazu, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Haftung der Beklagten gegenüber Gläubigern der A._____ überhaupt in Frage kommen könnte.

E. 5.2.2

Konzernbetrachtung Richtig ist sodann, dass für die Organhaftung nur auf die Interessen der einzelnen Gesellschaft abzustellen ist und nicht auf jene des ganzen Konzerns (BGE 4A_188/2008 E. 4.5). Ob dies gleich zu beurteilen ist, wenn es um die Einhaltung der Sorgfalts- und Treuepflichten eines von der Holdinggesellschaft mandatierten Anwaltes geht und dabei - so jedenfalls nach der Darstellung der Klägerin - Sanierungsaufgaben im Konzern in Vordergrund stehen, ist mit Blick auf BGE 130 III 213 E. 2.2 und 2.3 immerhin fraglich. Unabhängig davon ist jedenfalls festzuhalten, dass auch bei einer Einzelbetrachtung der Gesellschaften dann kein Schaden bei der Muttergesellschaft erkennbar ist, wenn ihr Vermögen durch die Übertragung von Werten zugunsten der 100%igen Tochter insgesamt unverändert bleibt. Dies gilt jedoch nicht, wenn die Konzernuntergesellschaft überschuldet ist. Dann wird sich der Wert der von der Konzernobergesellschaft gehaltenen Beteiligung auch bei einem Vermögenszufluss nicht mehr erhöhen, solange der Vermögenszufluss kleiner ist als die Überschuldung der Gesellschaft. Kann daher die die Leistung empfangende Gesellschaft nicht saniert und damit der Wert der Beteiligung nicht mehr erhöht werden, ist der Vermögensabfluss bei der Konzernobergesellschaft definitiv (vgl. Rubli, Sanierungsmassnahmen im Konzern aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, Diss. Zürich 2002, S. 130; vgl. auch Glanzmann, Pflichten von Verwaltungsrat und Geschäftsführung in: Sanierung der AG, 2. A. Zürich 2003, S. 48; Glanzmann/Wolf,

- 22 - Sanierung von Tochtergesellschaften, in : SJZ 110/2014 S. 5). Auf dieser - hier umstrittenen - Konstellation beruht der klägerische Standpunkt.

E. 5.3

Schadensvoraussetzung Der Schadenseintritt setzt mithin die Überschuldung der A1._____ im Zeitpunkt der Transaktion voraus, die durch den Vermögenszufluss nicht behoben werden konnte. Wie es sich damit verhält, wird im Zusammenhang mit der Frage der Pflichtverletzung noch näher zu prüfen sein (unten Ziff. 6). Vorab ist nachfolgend auf die grundsätzlichen Einwendungen der Beklagten zum Schaden einzugehen.

E. 5.4

Kompensation Die Beklagten argumentieren, dass die Kapitaleinlage und der Forderungsverzicht durch die Belastung der Rückstellungen im Wesentlichen bei der A1._____ kompensiert worden seien. Die Klägerin hält dem entgegen, dass Rückstellungen zwingend bei der verpflichteten Gesellschaft zu bilden seien. Sämtliche

durch die ausländischen Airline-Beteiligungen verursachten Rückstellungen basierten nachgewiesenermassen auf Verpflichtungen der A1._____ (ungeachtet allfälliger Garantien der A._____), so dass kein Spielraum bestanden habe (act. 19 Rz 904).

E. 5.4.1

Die Beklagten legen zurecht dar (act. 27 Rz 1925), dass im Zeitpunkt der Erstellung des Jahresabschlusses 2000 von A._____ durchaus geprüft wurde, auf welcher Stufe die erforderlichen Rückstellungen gebildet werden sollten, mit den entsprechenden Folgen mit Bezug auf die Eigenkapitalsituation und die zu treffenden Massnahmen (vgl. noch unten Ziff. 6.1.2.3). Dass die "Sacheinlage" mit den hauptsächlich zulasten der A1._____ gebildeten Rückstellungen zusammenhing, ist insofern selbstverständlich. Allerdings enthalten sich die Beklagten einer Äusserung zur Frage der Allokation (act. 27 Rz 1929) und bestreiten damit nicht, dass die Rückstellungen tatsächlich primär auf der Stufe von A1._____ zu bilden waren. Daraus folgt aber gleichzeitig, dass die Transaktion (Forderungsverzicht und "Sacheinlage") keine Kompensation für die Übernahme eigener Verpflichtun-

- 23 - gen von A._____ darstellen konnte, sondern lediglich eine Finanzierungshandlung der Konzernmutter zugunsten ihrer Tochter. Eine Gegenleistung, die der Annahme eines Schadens entgegensteht, liegt damit nicht vor.

E. 5.5

Gläubigeridentität Die Ausführungen der Beklagten zur Gläubigeridentität beruhen auf der Vorgabe, dass die umstrittene Transaktion keinen Abfluss von Vermögenswerten an Dritte bewirkt habe und ein Schaden höchstens darin bestehen könne, dass die Gläubiger der A1._____ gegenüber denjenigen der A._____ bevorzugt worden wären (act. 12 Rz 521). Die Parteien sind sich nicht einig, in welchem Umfang die behauptete Gläubigeridentität bestand und wie sie zu berechnen wäre (act. 19 Rz 912 ff.; 27 Rz 313 ff.; 32 Rz 202 ff.). Die Frage braucht jedoch auch nicht entschieden zu werden. Ob der A._____ durch die Transaktion ein Schaden entstanden ist, hängt nicht davon ab, ob als Folge der Transaktion statt ihrer die Gläubiger von A1._____ befriedigt worden sind oder worden wären. Wie bereits erwähnt steht vorliegend nicht die Optik der Gläubiger zur Diskussion, sondern jene der A._____ als Einzelgesellschaft, wobei ihr Schaden in der Differenz zwischen dem Vermögensstand (Aktiven und Passiven) mit der Transaktion und jenem ohne sie besteht. Es wäre Sache der Beklagten, nachvollziehbar darzulegen, inwiefern sich durch die Transaktion der Vermögensstand der A._____ positiver verändert hat als ohne diese, und es läge an ihr, im Einzelnen zu substantiieren, dass der A._____ ohne die Transaktion ein höherer Schaden entstanden wäre. Solche substantiierten Vorbringen sind nicht ersichtlich, und eine Darlegung des konkreten Bezugs der angestellten Berechnungen (vgl. act. 12 Rz 526; act. 27 Rz 319 f.) zum behaupteten Schaden oder zum Vermögensstand der A._____ fehlt.

E. 5.6

Schadenminderung Einige Einwendungen der Beklagten betreffen im weiteren Sinn die Schadenminderung (act. 12 Rz 527 ff.).

E. 5.6.1

Die Schadenminderungspflicht - oder besser Schadenminderungsobliegenheit - bezeichnet die aus dem Grundsatz von Treu und Glauben abgeleitete allgemeine Pflicht des

Geschädigten, den eingetretenen Schaden nach Möglichkei-

- 24 - ten zu vermindern und der Vergrößerung des Schadens entgegenzutreten (vgl. BSK OR I-Heierli/Schnyder, N 13 zu Art. 44 OR; Luterbacher, Die Schadenminderungspflicht, Zürich 2005, S. 117 f., 122).

E. 5.6.2

Die Beklagten sind zunächst der Meinung, die Klägerin hätte die Vermögenszuwendung paulianisch anfechten müssen, wenn sie sie für unzulässig halte (act. 12 Rz 527 ff.). Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, es bestehe Anspruchs Konkurrenz und ein Vorrang der paulianischen Anfechtung existiere nicht; ausserdem seien im Nachlassverfahren der A1._____ Forderungen über CHF 1'349'336'835.49 unter dem Titel paulianische Anfechtung angemeldet worden. Der Entscheid über deren Zulassung sei ausgesetzt worden. Ein dinglicher Anspruch auf Rückgewähr bestehe jedoch nicht; es bestünde höchstens Aussicht auf eine Nachlassdividende zwischen 7,8 und 27,9% (act. 19 Rz 930 ff.). Zutreffend ist, dass ein Schadenersatzanspruch aus unsorgfältiger Mandatsführung gegen Berater einer Gesellschaft neben Ansprüchen aus paulianischer Anfechtung gegen Dritte, die aufgrund dieser Beratung begünstigt wurden, Bestand haben kann; es gibt weder eine Rangordnung noch einen Ausschliesslichkeitsanspruch der verschiedenen Klagemöglichkeiten, und auch deren Voraussetzungen, einschliesslich des Schadensbegriffs, decken sich nicht. Luterbacher, auf den sich die Beklagten beziehen (vgl. act. 27 Rz 328), hält nur dafür, dass es die Schadenminderungspflicht in der Regel gebiete, zuerst diese Möglichkeit auszuschöpfen, bevor Verantwortlichkeitsklagen erhoben werden, wenn eine paulianische Anfechtung Aussicht auf Erfolg hat (Luterbacher, a.a.O., S. 270). Selbstverständlich ist, dass der Geschädigte keinen Schadenersatz mehr verlangen kann, wenn der Schaden bereits behoben worden ist. Im Übrigen gilt aber, dass Art. 44 OR, in dessen Rahmen die Schadenminderungsobliegenheit in der Regel zu berücksichtigen ist, auch bei der vertraglichen Haftung zur Anwendung gelangt (BSK OR I-Heierli/Schnyder, N 1 und 13a zu Art. 44 OR). Es ist also bei der Bemessung des Schadenersatzes zu berücksichtigen, wenn der Geschädigte die ihm unter den konkreten Umständen zumutbaren Massnahmen zur Eindämmung des Schadens vernachlässigt oder nicht verfolgt hat; liegt ein Reduktionsgrund vor, so kann der

- 25 - zu leistende Schadenersatz herabgesetzt oder, in Ausnahmefällen, der Schädiger von einer Leistungspflicht gänzlich entbunden werden. Ob die Klägerin mit der Anmeldung von Anfechtungsansprüchen im Nachlassverfahren der A1._____ (act. 20/29) das ihr Zumutbare unternommen hat, ist folglich erst zu prüfen, wenn eine Schadenersatzpflicht der Beklagten feststeht. Dies gilt umso mehr, als die Parteien uneins sind und auf die in Lehre und Rechtsprechung umstrittene Beantwortung der Frage hinweisen, ob im Konkurs des Anfechtungsgegners Anspruch auf Herausgabe von in natura noch vorhandenen Vermögenswerten besteht (vgl. act. 19 Rz 936 f.; act. 27 Rz 324). Sind in Anbetracht der unsicheren Rechtslage auch die Erfolgsaussichten einer Anfechtungsklage mit dem Ziel der Herausgabe der Vermögenswerte ungewiss, könnte jedenfalls keine grobe Verletzung der Schadenminderungsobliegenheit angenommen werden, so dass höchstens eine Herabsetzung, nicht aber eine Aufhebung der Schadenersatzpflicht in Frage käme. Die Frage des Umfangs der Herabsetzung und, damit zusammenhängend, der Erledigung der klägerischen Anfechtungsklagen, kann deshalb einstweilen offenbleiben.

E. 5.6.3

Weiter halten die Beklagten dafür, dass die Klägerin das Geschäft hätte rückabwickeln können, wenn es - ihrer Meinung nach - nichtig gewesen sei (act. 12 Rz 560 ff.; act. 27 Rz 340 f.). Die Klägerin macht geltend, es hätte keine Nichtigkeit im Sinne von Art. 20 OR bestanden, so dass kein Anspruch auf Rückabwicklung hätte geltend gemacht werden können (act. 19 Rz 941 ff.). Wie noch zu sehen sein wird, macht die Klägerin in rechtlicher Hinsicht im Wesentlichen geltend, es seien bei der rückwirkenden Verbuchung und bei der Aufwertung der Beteiligungen Fehler begangen worden, während ihre Vorwürfe im Übrigen die Untauglichkeit der Massnahme zur Sanierung und die Nichtbeachtung der Kapitalschutzbestimmungen betreffen. Daraus kann keine Nichtigkeit der Transaktion abgeleitet werden, und folglich ist auch keine Schadenminderungspflicht verletzt worden, wenn die Rückabwicklung nicht versucht worden ist. Es ist denn auch nicht einsehbar, aufgrund welcher rechtlichen Handhabe der zwischen der A._____ und A1._____ vereinbarte "Sacheinlage"-Vertrag und der Forderungsverzicht zivilrechtlich ungültig und deswegen rückgängig machbar gewesen

- 26 - wäre. Die - allenfalls - unzutreffende Verbuchung des Vorganges bei der einen oder anderen Gesellschaft vermöchte die Gültigkeit des Geschäfts jedenfalls nicht in Frage zu stellen.

E. 5.7

Weitere Einwendungen Auf die weiteren Einwendungen der Beklagten zum Schaden - nicht beachtete Steuerfolgen von CHF 400 Mio. (act. 12 Rz 563 ff.), grundsätzliche Nachrangigkeit des Darlehens (act. 12 Rz 572), technische Fehler der Schadensberechnung (act. 12 Rz 579 ff.) - ist soweit erforderlich, im Zusammenhang mit der konkreten Schadensberechnung zurückzukommen.

E. 6

Auftrag, Pflichtverletzung

E. 6.1

Mandat

E. 6.1.1

Partei vorbringen

E. 6.1.1.1

Die Klägerin macht geltend, die A._____ und "B1._____" seien über viele Jahre hinweg durch ein enges Mandatsverhältnis miteinander verbunden gewesen. Sie hätten umfassend in allen Rechtsfragen von konzernweiter Bedeutung beraten und so einen vertieften Einblick in die finanzielle Situation des D._____ - Konzerns erhalten. Ein wichtiger Teil der Beratung durch "B1._____" habe die bilanz-, gesellschafts- und kapitalmarktrechtliche Beurteilung der Bilanzsanierung/Umstrukturierung im Frühling 2001 beinhaltet. Den für die Rechtsberatung im Geschäftsjahr 2001 gestellten Rechnungen mit einem Honorar von rund CHF 1.8 Mio. lasse sich entnehmen, dass die Beratungstätigkeit insbesondere Fragen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts, des Aktien-, Bilanz- und Rechnungslegungsrechts inklusive Corporate Governance und Sonderprüfung sowie diverse weitere Spezialbereiche betroffen habe (act. 1 Rz 464 ff.). Die Mandatsbeziehung reiche mindestens bis in das Jahre 1994 zurück und habe auch Steuerberatung umfasst; "B1._____" habe auch vertieften Einblick in das Rechnungswesen gehabt und die Probleme

mit dem Abschluss per Ende 2000 im Einzelnen gekannt (act. 1 Rz 468 ff.). "B1._____" habe verschiedentlich beurteilen müssen, ob von der A.____ ins Auge gefasste Sanierungsmassnahmen zu

- 27 - Problemen unter den bestehenden Kreditfazilitäten und Kapitalmarktemissionen führen könnten, und sei auch in die Verhandlungen mit Vertretern der ... Bank und der R.____ über eine Kreditlinie von CHF 1 Mia. im März 2001 direkt involviert gewesen (act. 1 Rz 473). "B1._____" sei schliesslich im Jahr 2001 mit vielen weiteren Aufgaben betraut worden, die allesamt in der finanziellen Notlage des Konzerns begründet waren (act. 1 Rz 474 ff.). Das Mandat sei von mindestens neun Anwälten bzw. Steuerexperten betreut worden, von Spezialisten auf den Kerngebieten des Wirtschaftsrechts (act. 1 Rz 478). Der überwiegende Grund für die Mandatierung von "B1._____" sei die massive Finanzkrise der D.____-Gruppe, insbesondere der A1.____ und die Schwierigkeiten bei der Erstellung des Jahresabschlusses 2000 gewesen (act. 19 Rz 30); "B1._____" sei als Sanierungsspezialist tätig geworden, habe die A.____ bei der Einleitung von "Sanierungsmassnahmen" unterstützen müssen bzw. Sanierungsberatung leisten müssen (act. 19 u.a. Rz 17 f.; 73; 601; 604).

E. 6.1.1.2

Die Beklagten führen aus, "B1._____" sei nur eine von diversen schweizerischen und internationalen Anwaltskanzleien, die die A.____ allein im Jahr 2001 beraten haben (act. 12 Rz 206 ff.). Das Honorarvolumen von "B1._____" für A.____ habe im Jahr 2001 zwar sehr deutlich über den Vorjahren gelegen; lediglich 15% davon habe aber das erste Quartal 2001 betroffen (act. 12 Rz 210 ff.). Konkret habe S.____ vom Rechtsdienst der A.____ Rechtsanwalt T.____ von "B1._____" am 9. März 2001 beauftragt, Vertragsklauseln in laufenden Finanzierungsverträgen im Hinblick auf einen allfälligen Verkauf von Aktiven zu prüfen. Im Zusammenhang mit der Verhandlung über zusätzliche Kreditfazilitäten sei T.____ zudem mit der Klärung spezifischer Rechtsfragen beauftragt worden (act. 12 Rz 216 ff.). Am 14. März 2001 sei Rechtsanwalt U.____ von P.____ angefragt worden, ob "B1._____" die A.____ im Hinblick auf die bevorstehende Generalversammlung unterstützen könne, welche auf den 25. April 2001 terminiert war. Der Auftrag sei unter dem vorbestehenden Mandat "Gesellschaftsrechtliche Beratung/Kleine Anfragen" bearbeitet worden (act. 12 Rz 220 f.). Das Mandat sei nicht auf ein bestimmtes Rechtsgebiet eingeschränkt gewesen, jedoch punktuell, reaktiv und in zeitlicher Hinsicht beschränkt gewesen. Insbesondere sei kein Auftrag erteilt worden, das rechtliche Konzept einer Restrukturierung auszu-

- 28 - arbeiten, ein vorbestehendes Konzept aus rechtlicher Sicht formell zu begutachten oder eine "Comfort Erklärung" abzugeben, andernfalls zwangsläufig ein Memorandum oder eine Erklärung zu Protokoll abgegeben worden wäre. Die Beratung habe sich auf konkrete Einzelfragen zu vorbestehenden Konzepten beschränkt. Insbesondere sei es nicht Aufgabe gewesen, Vorschläge zu unterbreiten, wo aus rechtlicher Sicht Rückstellungen zu allozieren oder stille Reserven aufzulösen waren. Zeitlich habe das Mandat mit der Instruktion am 16. März begonnen und im Vorfeld der Verwaltungsratssitzung vom 24. März 2001 geendet (act. 12 Rz 222). Aus Klagebeilage 279b gehe hervor, welche Dienstleistungen "B1._____" im Rahmen des kritisierten Mandates tatsächlich erbracht habe: Sie habe nämlich bestehende Kreditverträge unter dem Gesichtspunkt geprüft, ob eine Devestition oder Restrukturierung einen "event of default" auslösen würde, in redaktioneller Hinsicht die Formulierung des Antrags an den Verwaltungsrat unterstützt

mit dem Ziel, den Anschein eines "event of default" zu vermeiden, im Rahmen der Verhandlungen über eine neue Kreditfazilität beraten, abstrakte Rechtsabklärungen zu Fragen der Sonderprüfung und der Verantwortlichkeitsklagen ausser Konkurs getroffen und Teilaspekte von zwei Alternativvarianten der letztlich umgesetzten Restrukturierung geprüft (act. 12 Rz 224). Soweit die Klägerin den Beklagten im Zusammenhang mit Art. 725 OR eine Vertragspflichtverletzung durch Unterlassung vorwerfe, seien die Vorbringen der Klägerin mangelhaft substantiiert und überdies unbegründet (act. 27 Rz 72 ff.). "B1._____" sei nicht als Sanierungsspezialist beigezogen worden (act. 27 Rz 1190).

E. 6.1.2

Streitpunkte

E. 6.1.2.1

Es ist unbestritten, dass "B1._____" im fraglichen Zeitraum im März 2001 für die A._____ tätig geworden ist. Die Beklagten bestätigen denn auch, dass ein Mandat "Gesellschaftsrechtliche Beratung/Kleine Anfragen" (vor-)bestanden habe, in dessen Rahmen ihre Anwälte auch im vorliegenden Zusammenhang tätig geworden seien. Umstritten ist allerdings der konkrete Inhalt dieses Mandats.

E. 6.1.2.2

Wie eingangs dargelegt ist es Sache der Klägerin, die Anspruchsvoraussetzung der Vertragsverletzung zu beweisen. Dies setzt jedoch zunächst die genügende Behauptung (und gegebenenfalls den Nachweis) des zugrundeliegen-

- 29 - den Vertragsinhalts voraus. Die Behauptungen der Klägerin sind recht allgemein gehalten, wenn sie die Beratung "umfassend in allen Rechtsfragen von konzernweiter Bedeutung" (act. 1 Rz 464) resp. "verschiedentlich beurteilen, ob von der A._____ ins Auge gefasste Sanierungsmassnahmen zu Problemen unter den bestehenden Kreditfazilitäten und Kapitalmarktemissionen führen könnte" (act. 1 Rz 472) oder allgemein "Sanierungsberatung" als Inhalt des Vertrags anführt. Es ist immerhin fraglich, ob damit ein konkretes Mandat überhaupt genügend substantiiert werden kann. Die Klägerin geht im Übrigen fehl, soweit sie die Meinung vertritt, es sei Sache der Beklagten, den (eingeschränkten) Umfang des Mandates zu beweisen (act. 19 Rz 601 f.); es obliegt vielmehr zunächst der Klägerin, die Erteilung eines umfassenden Beratungsmandates konkret darzulegen. Die Klägerin führt allerdings zu Art und Umfang der Dienstleistungen weiter aus, "B1._____" sei nicht aufgrund eines schriftlichen Anwaltsvertrages tätig geworden; zahlreiche Dokumente würden jedoch hinreichend präzise Art und Umfang der gegenüber der A._____ erbrachten Dienstleistungen belegen, wobei viele direkt oder indirekt mit der schlechten finanziellen Lage des Konzerns zusammenhängen, in besonderem Mass in den kritischen Monaten vor oder im März 2001 (act. 1 Rz 469; 480). Die Klägerin bezieht sich mithin für den Umfang des Mandats selbst in erster Linie auf die ins Recht gelegten Unterlagen, auf die noch näher einzugehen sein wird. Soweit die Klägerin verschiedentlich geltend macht, die Anwälte von "B1._____" seien als Sanierungsspezialisten oder -anwälte beigezogen worden und aus dieser Bezeichnung Schlüsse auf den Inhalt des erteilten Mandats ziehen will (z.B. act. 19 Rz 17, 102, 593, 601), kann ihr allerdings nicht gefolgt werden. Die Klägerin substantiiert gerade nicht die Erteilung eines umfassenden Sanierungsmandates im Sinne der von ihr (erst) in der Stellungnahme zu Duplikativen unter Hinweis auf die Literatur dargelegten Aufgaben eines beigezogenen Sanierungsspezialisten (vgl. act. 32 Rz 138), sondern leitet diese

Qualifikation aus dem Zeitpunkt, den Umständen und den erbrachten Dienstleistungen ab. Hinweise auf den anfechtungsrechtlichen Sanierungsbegriff (vgl. BGE 137 III 268) sind in diesem Zusammenhang nicht stichhaltig. Selbst wenn die erbrachten Dienstleistungen von - 30 - "B1._____" aber noch als Sanierungsberatung bezeichnet werden könnten, so wäre es ein unzulässiger Zirkelschluss, daraus ein umfassenderes Betätigungsfeld abzuleiten als die Klägerin anhand der bezeichneten Dokumente selbst konkretisiert. Auf diese ist im Folgenden näher einzugehen.

E. 6.1.2.3

Die Klägerin legt die dem definitiven Antrag 06/01 vorangegangenen Antragsentwürfe und Sanierungskonzepte in der Klageschrift ausführlich dar (act. 1 Rz 115 ff.). Auch die Beklagten weisen auf die Vorgänge bei der A.____ hin, die sich vor der Konsultation von "B1._____" zugetragen haben und in den Akten dokumentiert sind (act. 12 Rz 288 ff.): Am 2. März 2001 fand eine Sitzung der Finanzkommission unter Teilnahme eines Vertreters der Revisionsstelle statt (act. 4/55), in deren Nachgang ein Entwurf für einen Antrag an den Verwaltungsrat ("Antrag N.____") verfasst wurde. In diesem Entwurf vom 8. März 2001 (vgl. act. 4/67) wird davon ausgegangen, dass die Rückstellungen für ausländische Airline Beteiligungen auf der Stufe A1.____ zu bilden seien. Als Lösungsvorschlag wird unter anderem die Einfusionierung von A2.____ AG, A4.____ AG und A3.____ AG in die A1.____ vorgesehen, und in einem zweiten Schritt die Aufwertung der Beteiligungen D.____, V.____ und U.____. Zu diesem Entwurf verfasste die O.____ ein Memorandum (act. 4/70). Anlässlich der Konzernleitungssitzung vom 13. März 2001 wurde eine Kapitaleinlage von A2.____ AG, A4.____ AG und A3.____ AG in die A1.____ als Lösungsvariante zur Diskussion gestellt; mit der Prüfung der rechtlichen Machbarkeit wurden interne Stellen beauftragt (act. 4/71 S. 4). Der von der Klägerin als "Entwurf L.____" bezeichnete Antragsentwurf vom 15. März 2001 stellte eine Weiterentwicklung des "Antrag N.____" dar und hatte - nebst einer Fusion als Variante A - als Variante B ("Quasifusion") eine Sacheinlage in die A1.____ in die Agio-Reserven zum Gegenstand (act. 4/72 S. 6 ff.); zu diesem Entwurf verfasste wiederum AA.____ von O.____ ein steuer- und handelsrechtliches Memorandum (act. 4/73; 4/74).

- 31 - Anlässlich der Sitzung der Finanzkommission vom 17. März 2001 wurde hingegen beschlossen, auf einen strukturellen Umbau des Konzerns zu verzichten und die Rückstellungen auf der Stufe der A.____ zu bilden; die Unterbilanz sollte durch eine zu bildende Aufwertungsreserve beseitigt werden (vgl. act. 4/77 S. 6). Am 20. März 2001 entstand ein neuer Entwurf für den Antrag 06/01 an den Verwaltungsrat ("Entwurf E.____"; vgl. act. 4/78 und 79), der ursprünglich von Q.____ stammt (vgl. act. 1 Rz 127). Der Entwurf sah Rückstellungen auf Stufe A.____, A1.____ und A1.____ Europe BV vor; zur Sanierung der Überschuldung der A.____ wurden vier Varianten (buchmässige Aufwertung von Beteiligungen, Globalbewertung der Beteiligungen, buchmässige Aufwertung der Beteiligungen sowie Aktienkapitalerhöhung und Wiederherabsetzung im gleichen Betrag, Kapitalerhöhung, d.h. Kapitaleinlage von CHF 1.85 Mia. durch neue Investitionen) vorgeschlagen. Bei A1.____ sollte einzig ein Forderungsverzicht der A.____ erfolgen. Der "Entwurf E.____" wurde in der Folge überarbeitet. In der Fassung vom 23. März 2001 stand die Sanierung der A.____ mittels Globalbewertung der Beteiligungen als Variante 1 im Vordergrund (vgl. act. 4/83 und 4/84); es entstand zudem eine weitere Fassung mit sprachlichen Anpassungen (act. 4/86). Der definitive Antrag 06/01 an

den Verwaltungsrat vom 24. März 2001 (act. 4/88) wurde oben in Ziff. 3.3 dargelegt. Im Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom 24. März 2001 wurde dazu festgehalten, dass sich die schliesslich gewählte Variante nach eingehender Prüfung (im Gegensatz zu der in der Finanzdelegation diskutierten) aus steuerlichen Gründen als einzig praktikabler Weg erwiesen habe (act. 4/89 S. 8).

E. 6.1.2.4

Den Akten lassen sich in verschiedener Hinsicht Hinweise auf die Aufgabe von "B1._____" entnehmen. In einer E-Mail von T._____ an S._____ vom 12. März 2001 zum Thema Asset Disposal hielt dieser fest, dass die bestehenden Finanzierungsvereinbarungen auf sog. "restrictive covenants" zu prüfen seien; weiter verwies er auf ein Memorandum, das einen Überblick über die bestehenden Restriktionen gebe (act. 13/15).

- 32 - Das Memorandum vom gleichen Tag zum Thema "Asset Disposal Restrictions under Financing Arrangements" liegt unter act. 4/291 bei den Akten. Mit E-Mail vom 19. März 2001 an P._____, Q._____, AB._____, AC._____ und O._____ ersuchte N._____ um Vorbereitung eines Antrags zu Händen des Verwaltungsrates betreffend Bereinigung der Bilanzen der A1._____ Europe BV, A1._____ AG und A._____ bis 20. März 2001, verbunden mit der Bitte, mit U._____ zu koordinieren (act. 4/80). Die danach erstellte Aktennotiz von "B1._____" (AD._____) zum Entwurf vom 20. März 2001, datiert vom 21. März 2001, beschränkte sich jedoch ausdrücklich ("Wie telefonisch soeben besprochen (...)") auf die Darstellung der Variante 2 (vgl. act. 4/81 und 4/82); in dieser war eine Sanierung infolge Globalbewertung der Beteiligungen vorgesehen worden (vgl. act. 4/79 S. 7). Nach Zustellung des Entwurfs des Antrags 06/01 vom 23. März 2001 (act. 4/84) hielt T._____ mit E-Mail vom gleichen Tag an N._____ und P._____ fest, dass sich seine Durchsicht beschränke "auf eine kurze Prüfung der Alternativen in Bezug auf die verschiedenen Einschränkungen bzw. Default-szenarien, welche in den Kapitalmarktemissionen sowie in den beiden ausstehenden Kreditfazilitäten enthalten sind" (act. 4/85). Hingewiesen wird darauf, dass Frau AD._____ in Kürze weitere Kommentare zukommen lassen werde. Die Klägerin bezieht sich sodann hauptsächlich auf eine Aktennotiz von T._____ betreffend "A._____: Sacheinlage/Kreditverträge" vom 29. März 2001 (act. 4/90). Darin wird festgehalten: "Am letzten Freitag und Samstag, 23. und 24. März, haben wir aufgrund der kritischen Situation in der A1._____ in kürzester Zeit ein Konzept entworfen, das diese Situation bereinigen bzw. entschärfen kann. Die A._____ bringt mittels Sacheinlage ihre bisher direkt gehaltenen Beteiligungen an den verschiedenen Divisionen und andere Beteiligungen mittels Sacheinlage in die A1._____ ein; die Sacheinlage erfolgt a Konto Agio, also nicht gegen Erhöhung des Aktienkapitals. Siehe dazu auch Beilage 1. Ich habe in der kurzen verfügbaren Zeit diese Variante unter den Kapitalmarktemissionen und den beiden ausstehenden Kreditfazilitäten beurteilt und bin am Samstagmorgen zum Schluss gekommen, dass dieses Vorgehen zulässig ist. In dieser Aktennotiz fasse ich kurz meine diesbezüglichen Überlegungen zusammen: (...)"

- 33 - Die Aktennotiz befasst sich im Weiteren mit allfälligen Implikationen auf ausstehende Anleihen und Kreditfazilitäten. Unter act. 4/91 liegt sodann eine E-Mail von T._____ an P._____ vom 28. März 2001 bei den Akten, mit welcher ein Entwurf für einen Sacheinlagevertrag übermittelt und einige Hinweise dazu festgehalten wurden. Beide Parteien verweisen insbesondere auf die Rechnung von "B1._____" für anwaltliche Bemühungen unter dem Mandat "Gesellschaftsrechtliche Beratung/Kleine Anfragen vom 01.01.2001 bis 31.03.2001" (act. 4/279b). Die Fakturdetails wurden geführt unter der

Mandatsbezeichnung "Gesellschaftsrechtliche Beratung ...", wobei letzteres die Kurzbezeichnung von Rechtsanwalt U._____ war. Ab 9. März 2001 finden sich Aufwendungen verschiedener Personen zum Thema Prüfung von Kapitalmarktmissionen, Finanzierungsverträge, Restriktionen für Aktienverkäufe, ab 14. März 2001 zum Thema Verantwortlichkeitsklage, ab 15. März 2001 zum Thema Sonderprüfung, Geschäftsbericht und Verkauf von Beteiligungen. Ab 16. März 2001 finden sich unter anderem diverse Einträge zum Thema Sanierung resp. Bilanzsanierung; den Abschluss bildet ein Eintrag am 24. März 2001 mit der Bemerkung "Konferenz mit Herren Q._____, AB._____, N._____ und AC._____ sowie Frau P._____ betreffend Bilanzbereinigung".

E. 6.1.2.5

Es ist unbestritten und ergibt sich wie erwähnt auch aus der Honorarnote von "B1._____", dass sowohl am 23. als auch am 24. März 2001 mehrstündige Konferenzen bei A._____ stattfanden, an welchen seitens der Beklagten die Rechtsanwälte T._____ und AD._____ sowie teilweise U._____, seitens A._____ insbesondere N._____, AB._____, P._____, Q._____ und teilweise E._____ sowie seitens O._____ AA._____ und AC._____ teilnahmen (vgl. act. 12 Rz 262 ff.; act. 19 Rz 666 ff.). Die Beklagten führen aus, dass sich im Rahmen dieser ersten Besprechungen die favorisierte Variante "Globalbewertung" bei gleichzeitiger Rückstellungsbildung auf Stufe der A._____ als endgültig nicht realisierbar herausgestellt habe (act. 12 Rz 263), was die Klägerin nicht in Abrede stellt (act. 19 Rz 666). Ebenso ist nicht bestritten, dass hierauf die letztlich umgesetzte Lösung ins Spiel gebracht wurde, wenn die Klägerin es auch als unbewiesen und bestritten, "jedoch ebenso wenig von Bedeutung" bezeichnet, ob N._____ und

- 34 - AB._____ es waren, die diese Variante einbrachten und über Nacht noch einmal prüften (act. 19 Rz 666, 673).

E. 6.1.3

Fazit Dem Dargelegten kann zusammenfassend entnommen werden, dass zwischen der A._____ und "B1._____" eine Mandatsbeziehung bestand, die unter dem Titel "Gesellschaftsrechtliche Beratung" geführt wurde und unter der Federführung von U._____ stand. Unter diesem Mandat nahm die A._____ bei Bedarf Beratungsdienstleistungen in Anspruch, die von verschiedenen Rechtsanwälten und Mitarbeitern von "B1._____" ausgeführt wurden. Dabei verfügte die A._____ über einen eigenen internen Rechtsdienst, der die spezifischen Anfragen vielfach startete. Aus den Akten geht sodann klar hervor, dass in den Gremien der A._____ jedenfalls ab 2. März 2001 nach Lösungen für die Bereinigung der Bilanzen gesucht wurde und zunächst die Revisionsstelle für deren handels- und steuerrechtliche Begutachtung beigezogen wurde. Dabei standen verschiedene Varianten zur Diskussion, die das Hauptgewicht der Rückstellungen sowohl auf die Stufe A._____ als auch auf die Stufe A1._____ legten und verschiedene Arten der Behebung der entstehenden Unterbilanzen resp. Überschuldung vorsahen. Weder den Ausführungen der Klägerin noch den Akten kann konkret entnommen werden, dass "B1._____" mit der Erarbeitung eines Konzepts oder von Konzeptvarianten für die Bilanzsanierung beauftragt wurde. Indessen ist ersichtlich, dass die A._____ nach einer Anfrage im Zusammenhang mit den laufenden Anleihen und Kreditverträgen am 9. März 2001 und weiteren Konsultationen zum Thema Verantwortlichkeit und Sonderprüfung auch im Zusammenhang mit der Bilanzsanierung an "B1._____" gelangte. Die finanzielle Lage des Konzerns und verschiedene sich in diesem Kontext stellende Fragen bildeten damit

durchaus die Ausgangslage für die Mandatierung. In den Akten dokumentiert sind lediglich punktuelle Stellungnahmen zu einzelnen der intern entwickelten Sanierungsvarianten und unter einem auf bestimmte Fragestellungen beschränkten Gesichtswinkel. Es bestehen keine Hinweise in den

- 35 - grundsätzlich gut dokumentierten Abläufen in der fraglichen Zeitspanne auf ein "B1._____" erteiltes Mandat, der A._____ verschiedene Sanierungsvarianten vorzuschlagen oder solche Konzepte zu erarbeiten; keine der Parteien hat denn auch die Existenz eines entsprechenden Memorandums oder Exposé behauptet. In den Akten finden sich lediglich Entwürfe für Anträge an den Verwaltungsrat, die als "Antrag N._____", "L._____" oder "E._____" bezeichnet werden, nach der Darstellung der Klägerin jedoch von internen Stellen der A._____ erarbeitet wurden. Aus den vorhandenen Unterlagen kann auch nicht auf eine allgemeine umfassende ständige Rechtsberatung von A._____ durch "B1._____" geschlossen werden; obwohl wie eingangs dargelegt eine laufende Mandatsbeziehung bestand, wurden konkrete Dienstleistungen auf Anfrage abgerufen und bestand keine laufende unaufgeforderte Begleitung. Es weist auch nichts darauf hin, dass "B1._____" als Sanierer beigezogen wurde. Indessen ist davon auszugehen, dass "B1._____" am 23. und 24. März 2001 im unmittelbaren Vorfeld der Verwaltungsratssitzung vom 24. März 2001 in einem intensiven Kontakt zu Exponenten der A._____ stand, wobei nebst internen Besprechungen und Recherchen mehrstündige Sitzungen stattfanden. Es steht fest, dass im Lauf dieser beiden Tage der bis dahin favorisierte Antragsentwurf noch einmal geändert wurde und dem Verwaltungsrat anschliessend der neue, definitive Antrag 06/01 unterbreitet wurde. Es kann deshalb davon ausgegangen werden, dass "B1._____" am Prozess der schliesslich getroffenen Konzeptwahl durchaus teilgenommen und diesen jedenfalls eng begleitet hat, wenn auch ihr Hauptfokus im Vorfeld noch auf den Implikationen auf ausstehende Anleihen und Kreditfazilitäten gelegen haben mag. Gleichzeitig ist aber auch erkennbar, dass in erster Linie die Konzernleitung und die internen Stellen nebst O._____ mit der Entwicklung der Varianten zur Bilanzbereinigung befasst waren. An dieser Einschätzung vermag die Aktennotiz von T._____ vom 29. März 2001 (act. 4/90) nichts zu ändern. Auch wenn darin die Rede davon ist, dass "wir (...) in kürzester Zeit ein Konzept entworfen" haben (vgl. oben Ziff. 6.1.2.4), so ergibt sich bereits aus den oben dargelegten Unterlagen ohne weiteres, dass es sich nicht um ein völlig neu entwickeltes Konzept,

- 36 - sondern um eine Variation dessen handelte, was bereits in der Konzernleitungssitzung am 13. März 2001 diskutiert worden und im "Entwurf L._____" vom 15. März 2001 enthalten war (vgl. oben Ziff. 6.1.2.3). Indessen ist davon auszugehen, dass "B1._____" in der Schlussphase, als das Konzept definitiv bestimmt wurde, beigezogen worden und aktiv beteiligt war. Insoweit ist im Ergebnis dem Standpunkt der Klägerin (act. 19 Rz 18) beizupflichten.

E. 6.2

Kenntnis

E. 6.2.1

Parteibehauptungen

E. 6.2.1.1

Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, "B1._____" habe aufgrund des engen Mandatsverhältnisses einen vertieften Einblick in die finanzielle Situation des D._____-Konzerns gehabt, zumal die Mandatsbeziehung bis in das Jahr 1994 zurückreiche und gesellschaftsrechtliche und steuerrechtliche Beratung umfasst, auch das Rechnungswesen und die Jahresabschlüsse betroffen und kapitalmarktrechtliche Beurteilungen beinhaltet habe (act. 1 Rz 464 ff.). Zudem sei "B1._____" in die Verhandlungen über eine Kreditlinie von CHF 1 Mia. involviert gewesen und habe 2001 viele weitere Aufgaben übernommen (act. 1 Rz 473 ff.). Die Überschuldungssituation bei A._____, A1._____ und A1._____ Europe BV sei in den verschiedenen Antragsentwürfen explizit angesprochen worden, und die prekäre Lage von A._____ und A1._____ sei in der Tagespresse fortlaufend kommentiert worden. "B1._____" sei sich im März 2001 auf jeden Fall bewusst gewesen, dass sich ihre Mandantin in einem prekären Zustand befand, und habe spätestens bei Erhalt der Antragsentwürfe gewusst, dass A._____ und A1._____ überschuldet waren (act. 1 Rz 481 ff.). In der Replik ergänzt die Klägerin, möglicherweise habe "B1._____" im Zeitpunkt der Mandatserteilung das effektive Ausmass der Überschuldung noch nicht detailliert gekannt. Indessen habe "B1._____" Kenntnis von der äusserst prekären finanziellen Lage der D._____ - Gruppe gehabt, womit für sie unübersehbare Anzeichen einer begründeten Besorgnis einer Überschuldung vorhanden gewesen seien. Das Wissen lasse sich aus Dokumenten und Umständen ohne Weiteres herleiten (act. 19 Rz 70 ff.; 75 ff.).

- 37 -

E. 6.2.1.2

Die Beklagten machen geltend, die klägerische Behauptung, dass A._____ und A1._____ per Ende 2000, nach erfolgter Restrukturierung, überschuldet gewesen seien, stehe in diametralem Widerspruch zu den geprüften Jahresabschlüssen der beiden Gesellschaften. "B1._____" habe weder einen Auftrag noch eine Pflicht gehabt, die Finanzzahlen der A._____ (insbesondere den Rückstellungsbedarf) auf ihre Richtigkeit zu überprüfen. Vielmehr habe sie auf die von der Finanzabteilung präsentierten und von der Revisionsstelle geprüften Zahlen vertrauen dürfen (act. 12 Rz 426 ff.). Gemäss der erfolgten Instruktion seien A._____ und A1._____ nicht überschuldet gewesen, und es habe auch keine Anhaltspunkte dafür gegeben, vielmehr hätten massive stille Reserven bestanden (act. 12 Rz 444 ff.). Die Behauptung der "äusserst prekären Lage" resp. der "begründeten Besorgnis einer Überschuldung" weisen die Beklagten als unklar zurück (act. 27 Rz 1106 ff.). Sie bestreiten das behauptete Wissen von "B1._____", zumal sie nur von einem Teil der von der Klägerin angerufenen Dokumente Kenntnis gehabt habe; ihr Wissen habe in ihrer Instruktion bestanden (act. 27 Rz 1110 ff.).

E. 6.2.2

Instruktion

E. 6.2.2.1

Die Klägerin nimmt die Kenntnis von "B1._____" im März 2001 als Ausgangspunkt für die vorgeworfenen Pflichtverletzungen. Es ist nach dem Gesagten ihre Aufgabe, die tatsächlichen Grundlagen der behaupteten Vertragsverletzungen zu substantiieren und zu beweisen. Mit den Beklagten ist festzuhalten, dass sie mit der Behauptung, die D._____ - Gruppe habe sich in einer äusserst prekären finanziellen Lage befunden und "B1._____" habe davon Kenntnis gehabt, höchst unbestimmt und letztlich nicht mehr als

wertend bleibt. Einer tatsächlichen Überprüfung zugänglich sind nur klar behauptete Vorbringen zur Kenntnis von "B1._____" resp. der für diese tätig gewordenen Personen. Dabei kann das Wissen einer Person aus den ihr zur Verfügung gestellten Unterlagen abgeleitet werden, wobei letzteres ausreichend substantiiert geltend zu machen ist. Nicht der tatsächlichen, sondern der rechtlichen Ebene zuzuordnen ist hingegen die Frage, was sie aufgrund der zugänglichen Informationen hätte wissen müssen oder welche Abklärungen sie deswegen hätte treffen sollen.

- 38 -

E. 6.2.2.2

Die Klägerin stützt ihre Klage auf Pflichtverletzungen von "B1._____" im Zusammenhang mit der Bilanzbereinigung, die der Verwaltungsrat der A._____ am 24. März 2001 beschlossen hat. Dies ist deshalb der für den Kenntnisstand massgebliche Zeitpunkt. Damit ist bereits klar, dass "B1._____" nach diesem Zeitpunkt - beispielsweise im Rahmen ihrer weiteren Tätigkeit für die A._____ im Jahr 2001 - bekannt gewordene Tatsachen im vorliegenden Verfahren nicht mehr entscheidend sein können, so dass es sich erübrigt, diesbezügliche Vorbringen der Klägerin zu prüfen (vgl. u.a. act. 1 Rz 474 ff.). Im folgenden ist auf die "B1._____" nach Ansicht der Klägerin bis 24. März 2001 bekannten Tatsachen näher einzugehen.

E. 6.2.2.3

Die Klägerin beruft sich darauf, dass die Beklagten selbst ausführten, "B1._____" sei anlässlich der Instruktionssitzung vom 16. März 2001, an welcher die Rechtsanwälte T._____ und AE._____ und teilweise die Praktikantin Frau AF._____ teilgenommen hätten, mit ungefähr denselben Informationen bedient worden, wie am nächsten Tag die Finanzkommission. Themen seien die zu bildenden Rückstellungen und Möglichkeiten von deren Verbuchung gewesen. Laut Protokoll der Finanzkommissionssitzung vom 17. März 2001 seien Fragen der Bereinigung der Jahresrechnung 2000, der Rückstellungsbildung und des Ausgleichs der Unterbilanz von A1._____ erörtert worden (act. 19 Rz 78 f. mit Hinweis auf act. 4/77). Die Beklagten bestreiten die Teilnahme von T._____ sowie, dass sie vom Protokoll der Sitzung der Finanzkommission Kenntnis hatten (act. 27 Rz 1113, 1124). Allerdings verweisen sie in der Klageantwort für die "ungefähr" erhaltene Information ebenfalls auf dieses Protokoll (act. 12 Rz 233). Es steht damit fest, dass "B1._____" über die Notwendigkeit der Rückstellungsbildung sowie die Möglichkeiten von deren Verbuchung orientiert wurde. Ebenso ist unbestritten, dass die Favorisierung der Bildung der Rückstellungen auf Stufe Holding bekannt war, so dass ein struktureller Umbau des Konzerns vermieden werden konnte. Dass diese Überlegungen im Zusammenhang mit dem Ausgleich einer Unterbilanz bei A1._____ standen, geht aus dem Protokoll der Finanzkommissionssitzung klar hervor (act. 4/77 S. 6), versteht sich jedoch von selbst, zumal sie andernfalls nicht hätten angestellt werden müssen. Die Beklagten weisen al-

- 39 - lerdings darauf hin, dass von allem Anfang an kommuniziert worden sei, dass genügend Reserven (offen und still) zur Kompensation der Rückstellungen vorhanden seien (act. 27 Rz 1122). Auch dies kann im Übrigen dem erwähnten Protokoll entnommen werden, wo die Beseitigung der Unterbilanz bei A._____ durch Bildung einer Aufwertungsreserve von CHF 1.3 Mia. (stille Mehrwerte auf Beteiligungen A4._____, A2._____ und A5._____) vorgesehen war. Die Klägerin macht weiter geltend,

unbestrittenermassen habe "B1._____" auch den ersten Antragsentwurf 06/01 vom 20. März 2001 erhalten, aus welchem sich der unmissverständliche Hinweis des Konzernchefs auf die akute Gefahr der Überschuldung ergebe; zudem sei ausdrücklich vermerkt, die A1.____ Europe B.V. sei mit CHF 610 Mio., die A1.____ mit CHF 149 Mio. und die A.____ mit CHF 934 Mio. überschuldet (act. 19 Rz 80 ff. mit Hinweis auf act. 4/78-80). Die Beklagten bestätigen den Erhalt dieses Entwurfs in einer Fassung ohne handschriftliche Notizen, weisen aber darauf hin, dass die Gesellschaften A1.____ und A.____ nur ein negatives Eigenkapital auswiesen, wenn die stillen Reserven nicht berücksichtigt würden; solche seien mit CHF 1.85 Mia. resp. CHF 1'831'000'000 quantifiziert worden (act. 27 Rz 1127 f.). Tatsächlich lässt sich diesem Dokument (act. 4/79 "Entwurf E.____"; vgl. oben Ziff. 6.1.2.3) ein Rückstellungsbedarf von CHF 2'922 Mio. entnehmen (S. 1), dessen Berücksichtigung in den Bilanzen der drei Gesellschaften zu massiven Kapitalverlusten geführt habe. Weiter wird auf Art. 725 OR hingewiesen, die unmittelbare Einleitung von Sanierungsmassnahmen und die Pflicht, den Richter zu benachrichtigen (S. 2). Es folgt eine Darstellung der Eigenkapitalsituation der drei Gesellschaften (S. 2-3), gefolgt von Möglichkeiten, die aufgelaufenen Kapitalverluste durch "geeignete Bilanz-Massnahmen" zu sanieren (S. 3 ff.). Bei A.____ war als Variante 1 die Aufwertung von Beteiligungen im Betrag von CHF 1.85 Mia., als Variante 2 die Globalbewertung von Beteiligungen in Form einer gedanklichen Verrechnung von Mehr- und Minderwerten auf Beteiligungen in der Aktivseite der Bilanz mit CHF 1'831'000'000, als Variante 3 die buchmässige Aufwertung von Beteiligungen um CHF 1.85 Mia. und die Aktienkapitalerhöhung mit Wiederherabsetzung im gleichen Betrag sowie als Variante 4 eine Kapitalerhöhung um

- 40 - 1.85 Mia. vorgesehen. Grundlage des Entwurfs - und damit Bestandteil der an "B1._____" übermittelten Information - war damit offensichtlich das Bestehen von stillen Reserven im genannten Betrag. Die Klägerin weist im Zusammenhang mit dem ersten "Entwurf E._____" auf die von Rechtsanwältin AD.____ verfasste Aktennotiz hin und schliesst daraus auf detaillierte Kenntnisse der Finanzzahlen und damit auf vertieftes Wissen um die drohende Überschuldung (act. 1 Rz 137). Die Aktennotiz vom 21. März 2001, welche sich ausdrücklich auf die Darstellung der Variante 2 beschränkt, weist im Wesentlichen darauf hin, dass die Gesamt- oder Globalbewertung eine Abweichung von der bisherigen Praxis der Einzelbewertung darstelle, dass diese zulässig, jedoch im Anhang offen zu legen und in einer vollständigen Bilanz transparent zu machen sei (vgl. act. 4/81 und 4/82). Es handelt sich somit ausschliesslich um eine Stellungnahme zur Frage der Zulässigkeit und Anforderungen an die Umsetzung der Variante 2 und nicht um eine Auseinandersetzung mit den zugrundeliegenden Zahlen des Antragsentwurfs; dass AD.____ diesbezüglich nähere Einsichten erhalten hätte, lässt sich dem Vorgang nicht entnehmen. Soweit die Klägerin geltend macht, auch der zweite "Entwurf E._____" vom 23. März 2001 sei der Kanzlei einschliesslich Bilanzen (Entwürfe) übermittelt worden, wird dies von den Beklagten nicht bestritten (act. 12 Rz 257). Dass sich daraus ein Gesamtverlust der A.____ von CHF 3'334 Mio. und eine Überschuldung der A1.____ von CHF 213 Mio. und der A.____ von CHF 1'345 Mio. ergeben habe (act. 19 Rz 84 f.; act. 4/83-84), bezeichnen die Beklagten indessen lediglich als Zwischenresultat vor Berücksichtigung der vorhandenen stillen Reserven (act. 27 Rz 1144 f.). Aus dem betreffenden Dokument (vgl. oben Ziff. 6.1.2.3) ergibt sich tatsächlich, dass die erforderlichen Rückstellungen mit "einer gedanklichen Verrechnung von Mehr- und Minderwerten auf Beteiligungen (Aufwertung von stillen Reserven) von CHF 2'000 Mio."

kompensiert werden sollten (act. 4/84 S. 1); Seite 2 der angehängten Bilanz für A. _____ enthält eine Aufstellung mit dem Titel "Potential for revaluation", welche für A4. _____, A5. _____, A2. _____ und A3. _____ zusammen ein Aufwertungspotential von CHF 2'215 Mio. angibt (act. 4/84 Anhang).

- 41 - Die Klägerin hält dem entgegen, act. 4/84 sei als Instruktionsgrundlage nicht geeignet, "B1. _____" habe sich darauf nicht verlassen dürfen und es hätten Forderungen wertberichtigt werden müssen (act. 32 Rz 119 ff.; 90 ff.). Abgesehen davon, dass diese Vorbringen verspätet sind (vgl. oben Ziff. 1.6), ist zunächst festzuhalten, dass sich die Klägerin inkonsequent verhält, wenn sie sich einerseits für das Wissen von "B1. _____" selbst auf diese Dokumente bezieht, andererseits aber nicht alle sich daraus ergebende Information gelten lassen will. Auf die Frage, inwiefern "B1. _____" an den mitgeteilten Zahlen hätte zweifeln müssen, wird noch zurück zu kommen sein (vgl. u.a. Ziff. 6.2.3.7.3 und 6.3.7); klar zu stellen ist immerhin, dass die Beklagten an der von der Klägerin bezeichneten Stelle in der Klageantwort (vgl. act. 32 Rz 122) nicht zugestanden haben, dass die Finanzangaben keine verlässliche Instruktion seien, sondern dass "der übermittelte Entwurf (Klagebeilage 84)" nicht mehr aktuell war (act. 12 Rz 821). Als Zwischenergebnis ist demnach festzuhalten, dass für "B1. _____" aufgrund der ihr übermittelten Unterlagen klar ersichtlich war, dass die Jahresrechnung 2000 von A. _____ (nach der letzten Version) mit einem Gesamtverlust von CHF 3'334'000'000 abschloss, dessen Verbuchung bei den drei erwähnten Gesellschaften einen Kapitalverlust zur Folge hatte. Gleichzeitig wurde jedoch auch mitgeteilt, dass die von A. _____ gehaltenen Beteiligungen ein Aufwertungspotential von mehr als CHF 2 Mia. besaßen, mit welchem die eingetretene Überschuldung behoben werden könne.

E. 6.2.2.4

Die Klägerin verweist darauf, dass "B1. _____" mit bis zu drei Vertretern an den letzten beiden Sitzungen der Firmenleitung vom Freitagabend 23. und Samstagmorgen 24. März 2001 teilgenommen habe (act. 19 Rz 91 f.). Welche konkreten zusätzlichen Erkenntnisse anlässlich dieser Besprechungen gewonnen werden konnten, legt die Klägerin indessen nicht näher dar, so dass es bei den von den Beklagten zugestandenen weiteren Informationen (vgl. act. 12 Rz 263 ff.) sein Bewenden hat. Soweit die Klägerin sodann die schleppenden Verhandlungen mit den Banken über einen zusätzlichen Milliarden-Kredit anführt, wobei die Banken an der Kreditwürdigkeit der A. _____ offensichtlich zweifelten (act. 19 Rz 73), und weiter auf

- 42 - den Antrag um Einsetzung eines Sonderprüfers und die im Raum stehende Verantwortlichkeitsthematik hinweist (act. 19 Rz 93 ff.), so kann auch daraus keine bestimmte Kenntnis abgeleitet werden; dass die finanzielle Lage des Konzerns mit den im Jahr 2000 entstandenen Milliardenverlusten beeinträchtigt war und sich dieses Ergebnis sowohl auf die Kreditwürdigkeit auswirken wie auch in eine juristische Aufarbeitung münden könnte, liegt auf der Hand, kann aber nicht einfach mit einer Überschuldung gleichgesetzt werden. Es trifft zu, dass bei der A. _____ im ersten Quartal 2001 am Jahresabschluss 2000 gearbeitet wurde, so dass im fraglichen Zeitpunkt noch keine definitiven oder gar geprüfte Zahlen vorlagen (act. 19 Rz 96; s.a. act. 32 Rz 54). Auch aus diesem Umstand lässt sich für die Kenntnis von "B1. _____" nichts herleiten; die Beklagten weisen im Übrigen darauf hin, dass die Revisionsstelle bereits am 17. März 2001 ein vorbehaltloses Testat in Aussicht gestellt habe (act. 27 Rz 1185 unter Hinweis auf act. 4/77 S. 7), was die Klägerin nicht grundsätzlich in Abrede stellt (act. 32 Rz 101). Die langjährige Mandatsbeziehung, die

nach Darstellung der Klägerin zwischen "B1._____" und der D._____-Gruppe bestanden habe und in deren Rahmen verschiedene Rechtsanwälte mit einem erheblichen Honorarvolumen tätig geworden seien (vgl. act. 19 Rz 573 ff., 588 ff.), lässt zwar auf eine durchaus stabile Verbindung schliessen, wobei daraus auch gewisse Einsichten in den Konzern abgeleitet werden mögen. Hingegen lassen sich keinerlei direkten Schlüsse auf Tatsachen ziehen, die "B1._____" im massgeblichen Zeitpunkt bekannt waren. Dies gilt ebenso für die verschiedenen Publikationen in der Presse, die laut Klägerin auf "die erhebliche Schieflage der Finanzen der D._____-Gruppe" hinwiesen (vgl. act. 19 Rz 98; act. 1 Rz 105 ff.). Es ergibt sich daraus zwar, dass die interessierte (Finanz-)Presse die Ereignisse bei der D._____-Gruppe mit einiger Besorgnis verfolgte. Es ist auch anzunehmen, dass die Verlautbarungen der Presse sowohl konzernintern als auch von den beigezogenen Beratern zur Kenntnis genommen wurden. Dass aufgrund solcher Berichte zusätzlich konkretes Wissen hätte gewonnen werden können, vermag allerdings auch die Klägerin nicht darzulegen.

- 43 - Insgesamt kann daher zum Wissen von "B1._____" im massgeblichen Zeitraum aus den erwähnten Umständen nichts zusätzlich Entscheidendes abgeleitet werden.

E. 6.2.2.5

Zusammenfassend kann auf Grundlage der vorgelegten Dokumente festgehalten werden, dass die "B1._____" gelieferten und zugänglichen Informationen aufzeigten, dass die Jahresrechnung 2000 des Konzerns (nach der letzten Version) mit einem Gesamtverlust von mehr als CHF 3.3 Mia. abschloss, der sich bei den drei Gesellschaften A._____, A1._____ und A1._____ Europe BV in einem Kapitalverlust manifestierte. Gleichzeitig wiesen die von A._____ gehaltenen Beteiligungen ein Aufwertungspotential von mehr als CHF 2 Mia. auf. Es war also für "B1._____" klar erkennbar, dass die Bildung von hohen Rückstellungen auf welcher Stufe auch immer zu einer buchmässigen Überschuldung der Gesellschaften führte; gleichzeitig wurde allerdings kommuniziert, dass diese mit stillen Reserven kompensiert werden könne.

E. 6.2.3

Überschuldung

E. 6.2.3.1

Die Klägerin macht geltend, die A1._____ sei tatsächlich per 31. Dezember 2000 (vor Sacheinlage und Forderungsverzicht) mit CHF 4'071 Mio. überschuldet gewesen. Die Bilanzsanierung habe die Überschuldung nicht zu beseitigen vermocht; die A1._____ sei danach immer noch mit CHF 1'496 Mio. überschuldet gewesen (act. 1 Rz 192; 211 ff.). Auch die A._____ sei per 31. Dezember 2000 (vor Sacheinlage und Forderungsverzicht) mit CHF 2'692 Mio. (resp. gemäss act. 19 Rz 50/2 mit CHF 3'148 Mio.) überschuldet gewesen; nach der versuchten Sanierung sei die Überschuldung gar auf über CHF 5'027 Mio. (resp. gemäss act. 19 Rz 50/2 auf CHF 4'996 Mio.) angestiegen (act. 1 Rz 196; 294 ff.). Die Beklagten bestreiten, dass A._____ und A1._____ nach heutigem und vor allem nach damaligem Kenntnisstand vor oder nach der Restrukturierung überschuldet gewesen seien (act. 12 Rz 21). Der Verwaltungsrat sei von stillen Reserven auf den übertragenen Non-Airline Beteiligungen von CHF 2'215 Mio. ausgegangen. Stille Reserven seien jedoch insgesamt im Betrag von mehr als CHF 3'000 Mio. auf A4._____, A2._____ und A3._____ und von CHF 83 Mio. auf

- 44 - V._____ vorhanden gewesen; überdies habe das Obergericht des Kantons Zürich der Marke D._____ einen Wert von mehr als CHF 600 Mio. zugemessen (act. 12 Rz. 119 ff.).

E. 6.2.3.2

Überschuldung bedeutet, dass die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht mehr vollständig durch die ordnungsgemäss bewerteten Netto-Aktiven gedeckt sind (Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. A. Zürich 2009, § 13 N 746). Bei der echten Überschuldung ist das Eigenkapital nach Auflösung aller (offenen und stillen) Reserven verloren. Bei der unechten Überschuldung ist das Eigenkapital wegen noch vorhandenen stillen Reserven nur buchmässig verloren (BSK OR II- Wüstiner, N 30 zu Art. 725 OR mit Hinweisen; vgl. auch Rubli, a.a.O., S. 106).

E. 6.2.3.3

Es steht fest, dass beide Gesellschaften nach den geprüften Abschlüssen per 31. Dezember 2000 nicht überschuldet waren. Die A._____ wies laut dem von O._____ testierten Jahresabschluss per 31. Dezember 2000 ein Eigenkapital von CHF 904 Mio. bei einem Aktienkapital von CHF 877 Mio. aus (act. 4/27b S. 47). Es lag damit keine Überschuldung im Sinne der gesetzlichen Regelung vor. Auch A1._____ verfügte nach dem von der Revisionsstelle testierten Jahresabschluss per 31. Dezember 2000 über ein buchmässiges Eigenkapital von CHF 293 Mio. (bei einem Aktienkapital von CHF 400 Mio.; act. 4/102) und war damit nicht überschuldet. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Memorandum vom 28. März 2001 an die Eidgenössische Steuerverwaltung Bern, Revisorat Stempel- und Verrechnungssteuer, mit Einverständniserklärung vom 30. März 2001 (act. 4/111).

E. 6.2.3.4

Die Klägerin stützt ihre in der Replik geringfügig geänderten Behauptungen auf ein Gutachten von AG._____ AG vom 30. April 2012 (act. 20/1). Dieses Gutachten kommt im Wesentlichen zum Schluss, dass bei A1._____ ein um CHF 1'726 Mio. höherer Rückstellungsbedarf bestanden habe. Unter Berücksichtigung von stillen Reserven und Wertberichtigungen auf von A1._____ gehaltenen Beteiligungen wird eine Überschuldung von CHF 4'071 Mio. ermittelt (act. 19 Rz 314 mit Hinweis auf act. 20/1 Rz 217). Bei A._____ wird ebenfalls ein zusätzlicher Rückstellungsbedarf einerseits aus Garantieverpflichtungen (insgesamt CHF 2'960 Mio.; act. 19 Rz 343) und andererseits bezüglich der Airline-

- 45 - Beteiligungen (insgesamt CHF 529 Mio.; act. 19 Rz 351, 357) ermittelt, woraus unter Berücksichtigung von diversen Wertberichtigungen eine Überschuldung von CHF 3'148 Mio. resultiert (act. 19 Rz 362 mit Hinweis auf act. 20/1 Rz 337 ff.). A2._____ habe im Vergleich zum Buchwert lediglich einen Mehrwert von CHF 100.7 Mio. aufgewiesen (act. 19 Rz 211), A4._____ habe gar einen Mindervert von CHF 268.6 Mio. gehabt (act. 19 Rz 217), der Buchwert von A5._____ habe an der oberen Grenze des vertretbaren Spielraums gelegen (act. 19 Rz 226) und für eine Aufwertung von D._____ habe keine Rechtfertigung bestanden (act. 19 Rz 228).

E. 6.2.3.5

Die Beklagten verweisen auf die Beurteilung der finanziellen Situation von A1._____ und A._____ durch die bisher mit ähnlichen Sachlagen befassten Gerichte (act. 27 Rz 45 ff.). Wie bereits dargelegt besteht keine Bindung an solche Entscheidungen (oben Ziff. 1.5), so

dass sich zugunsten des Standpunktes der Beklagten nichts Verbindliches daraus ableiten lässt. Die Beklagten beanstanden jedoch auch das Gutachten sowohl in formaler als auch inhaltlicher Hinsicht (act. 27 Rz 392 ff.). Sie weisen auf Differenzen zu den von AG._____ in einem früheren Gutachten vom 20. Januar 2003 vertretenen Standpunkt hin (act. 27 Rz 400 ff.). Die Feststellungen im Gutachten zu den stillen Reserven auf Non-Airline Beteiligungen werden zurückgewiesen (act. 27 Rz 493 ff.); weiter wird die doppelte Verbuchung von Rückstellungen für Garantieverpflichtungen als unnötig und zusätzlicher Rückstellungsbedarf auf eigenen Beteiligungsanteilen als nach OR zwar zulässig, jedoch nicht notwendig beanstandet (act. 27 Rz 628 ff.). Dabei verweisen sie insbesondere auf ein Ergänzungsgutachten von AH._____ und AI._____ vom 1. Februar 2013 (act. 28/26). Grundsätzlich sind sie allerdings der Meinung, es sei nicht die Aufgabe von "B1._____" gewesen zu beurteilen, ob und in welchem Umfang im März 2001 stille Reserven vorhanden bzw. Rückstellungen zu bilden waren; sie habe vielmehr auf die erhaltene Instruktion vertrauen dürfen (act. 12 Rz 444, 448; 27 Rz 494 ff.; 628 f.).

E. 6.2.3.6

Tatsächlich stellt sich für die Frage, ob "B1._____" eine Verletzung ihrer Pflichten anzulasten ist, in erster Linie jene nach ihrem Mandat und ihren tatsächlichen Kenntnissen, und in zweiter Linie allenfalls, welche Kenntnisse für

- 46 - "B1._____" bei genügender Sorgfalt erhältlich gewesen wären. Die Frage, ob die A1._____ und die A._____ (im Gegensatz zum geprüften Jahresabschluss) in Wirklichkeit überschuldet waren, braucht nur beantwortet zu werden, wenn "B1._____" diese Tatsache bei genügender Sorgfalt hätte erkennen müssen. Das Gutachten AG._____ und mit ihm die Klägerin sind der Meinung, die Non-Airline Beteiligungen hätten nicht nach der DCF-Methode, sondern nach der Praktikermethode bewertet und die Mehrwerte deutlich relativiert werden müssen (act. 19 S. 61 ff.), was von den Beklagten bestritten wird (act. 27 S. 174 ff.). Weiter geht die Klägerin von einem sehr viel höheren Rückstellungsbedarf aus, den die Beklagten ebenfalls in Abrede stellen (act. 27 S. 194 ff.). Unabhängig davon, ob die Einwände der Klägerin zutreffen, ist festzuhalten, dass die Gutachter von AG._____ bei der Erstellung ihres Berichts die geprüften Jahresrechnungen von A._____ und A1._____ als Ausgangspunkt nahmen und sie anhand der Buchhaltungs- und Basisdaten und -dokumente der D._____ -Gruppe einer einlässlichen Untersuchung unterzogen (vgl. act. 20/1 S. 11). Die Bewertung der Non-Airline Beteiligungen erfolgte, indem zunächst die Tochtergesellschaften und hernach die Subholdinggesellschaften bewertet wurden, wobei auf die jeweiligen Bilanzen, Gewinne und Verluste sowie Budgets zurückgegriffen und verschiedene Korrekturen vorgenommen wurden (vgl. act. 20/1 S. 25 f.). Bei der Ermittlung des Rückstellungsbedarfs unterzogen die Gutachter verschiedenste Verträge mit Airline Beteiligungen einer näheren Analyse und errechneten daraus die erforderlichen Rückstellungen und Garantieverpflichtungen (vgl. act. 20/1 S. 37 ff.). Es ergibt sich daraus, dass die Gutachter aufgrund einer ausführlichen und aufwändigen Überprüfung und Analyse der Abschlüsse und zahlreicher Unterlagen zu den verschiedenen Konzerngesellschaften zum oben dargestellten Ergebnis gelangten, das überdies von den Beklagten und deren Gegengutachter in Frage gestellt wird. Weder den Ausführungen der Klägerin noch dem Gutachten AG._____ selbst ist aber zu entnehmen, inwiefern die Anwälte und Mitarbeiter von "B1._____" im massgeblichen Zeitpunkt hätten erkennen können oder erkennen müssen, dass die ihnen präsentierten provisorischen Abschlusszahlen, der ermittelte Rückstellungsbedarf oder der Wert der stillen Reserven

wesentliche

- 47 - Korrekturen erfordert hätten. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür - und die Klägerin behauptet es auch nicht -, dass "B1._____" Einblick in die Buchhaltungen der diversen Konzerngesellschaften gehabt oder genommen hätte, oder dass sie die Verträge mit den ausländischen Airline-Beteiligungen auf den sich aus ihnen ergebenden Rückstellungsbedarf geprüft hätte oder auch nur hätte einsehen können. Es ist auch nicht ersichtlich, welchen Anlass "B1._____" gehabt haben sollte, die ihr zugänglich gemachten Zahlen zu hinterfragen oder an deren korrektem Zustandekommen zu zweifeln. Die Klägerin verweist auf die diversen Pressemitteilungen im März 2001, die sogar für Aussenstehende den Eindruck erweckten, die D._____-Gruppe stehe vor dem Konkurs (act. 19 Rz 596 mit Hinweis auf act. 4/54 und 4/60-62). Die Alarmierung der Öffentlichkeit angesichts des Presseechos ändert allerdings nichts daran, dass "B1._____" von den zuständigen Personen bei A._____ beigezogen und mit Unterlagen versehen worden war, die einerseits den hohen Rückstellungsbedarf, andererseits aber auch ausreichende Reserven auswiesen. Es ginge nicht an, die im Rahmen der Arbeiten zum Jahresabschluss ermittelten Zahlen allein aufgrund der Stimmung in der Öffentlichkeit in Zweifel ziehen zu wollen.

E. 6.2.3.7

Die Klägerin ist der Meinung, es hätten zumindest deutliche Anzeichen einer begründeten Besorgnis der Überschuldung vorgelegen. 6.2.3.7.1. Der Begriff der begründeten Besorgnis einer Überschuldung findet sich in Art. 725 Abs. 2 OR. Besteht begründete Besorgnis der Überschuldung, muss nach dieser Bestimmung eine Zwischenbilanz erstellt und diese der Revisionsstelle zur Prüfung vorgelegt werden. Ergibt sich aus der Zwischenbilanz, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungswerten noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind, so hat der Verwaltungsrat den Richter zu benachrichtigen. Die Bestimmung findet sich im Obligationenrecht im Abschnitt "Organisation der Aktiengesellschaft" im Kapitel "B. Der Verwaltungsrat" und richtet sich an den Verwaltungsrat.

- 48 - Wann der Verwaltungsrat eine begründete Besorgnis der Überschuldung haben muss, beurteilt sich anhand der wirtschaftlichen und finanziellen Lage und der Eigenkapitalbasis im Einzelfall unter Berücksichtigung der Liquidität bzw. der "burn rate". Sie besteht immer, wenn die Jahresbilanz oder eine Zwischenbilanz zu Fortführungswerten eine Überschuldung ausweist. Aber auch andauernde Verlustausweise ("cash drain") oder ausserordentliche Ereignisse während des Geschäftsjahrs können Anlass zu einer begründeten Besorgnis der Überschuldung geben. Gleiches kann gelten, wenn die Fortführung der Unternehmung nicht mehr gewährleistet ist; Illiquidität kann eine Besorgnis der Überschuldung begründen, da dadurch die Fortführung der Gesellschaft in Gefahr stehen kann (vgl. BSK OR II-Wüstiner, N 32 ff. zu OR 725; Böckli, a.a.O., § 13 N 767 f.). 6.2.3.7.2. Weder die A._____ noch die A1._____ waren nach dem von der Revisionsstelle testierten Jahresabschluss per 31. Dezember 2000 überschuldet (vgl. oben Ziff. 6.2.3.3). Soweit sich die Klägerin auf den Standpunkt stellt, dieses - nach erfolgter Bilanzsanierung erreichte - Resultat sei unzutreffend bzw. beruhe auf pflichtwidrig vorgenommenen Transaktionen, wird noch näher auf ihre Vorbringen einzugehen sein. Festzuhalten ist einstweilen, dass die geprüften Abschlüsse beider Gesellschaften nicht zu gesetzlichen Schritten im Sinn von Art. 725 Abs. 1 oder 2 OR Anlass gaben. 6.2.3.7.3. Die Klägerin scheint aus den bereits dargelegten Hinweisen und Umständen abzuleiten, dass

der Verwaltungsrat - was vorliegend grundsätzlich nicht relevant ist - dennoch Anlass zu begründeter Besorgnis einer Überschuldung gehabt haben sollte und "B1._____" solche Anzeichen erkannt hat. Wie ausgeführt (oben Ziff. 6.2.2) war "B1._____" sowohl die durch die Bildung von hohen Rückstellungen verursachte buchmässige Überschuldung der Gesellschaften, als auch die Möglichkeit von deren Kompensation mit stillen Reserven bekannt. Soweit die Klägerin auf den zweiten "Entwurf E._____" vom 23. März 2001 verweist, welcher gegenüber jenem vom 20. März 2001 einen deutlich höheren Gesamtverlust von CHF 3'334 Mio. auswies (act. 19 Rz 84; vgl. oben Ziff. 6.1.2.3),

- 49 - und auf das Ansteigen des Rückstellungsbedarfs innert weniger Tage (Rz 103), so trifft es zwar zu, dass die notwendig gewordenen und zusätzlich erhöhten Rückstellungen durchaus alarmierend waren. Sie bildeten aber gerade Gegenstand der Arbeiten am Jahresabschluss 2000, wobei Rückstellungen bereits nach der gesetzlichen Regelung dazu dienen, ungewisse Verpflichtungen und drohende Verluste aus schwebenden Geschäften zu decken (Art. 669 Abs. 1 OR). Selbst wenn somit der Rückstellungsbedarf im März 2001 noch einmal höher eingeschätzt wurde und auch "B1._____" davon Kenntnis erhielt, so ändert sich nichts daran, dass gleichzeitig ein "Potential for revaluation" von insgesamt CHF 2'215 Mio. kommuniziert wurde (vgl. act. 4/84 Anhang). Die Klägerin zieht - wie erwähnt verspätet (Ziff. 6.2.2.3) - den Instruktionsgehalt dieses Dokuments in Zweifel, hält aber gleichzeitig dafür, bereits die bekanntgegebene Bilanzsituation hätte kritisch gewürdigt werden und die begründete Besorgnis der Überschuldung auslösen müssen (act. 32 Rz 94, 119 ff., 145 etc.). Dabei lässt sie allerdings ausser Acht, dass weder die konkrete Verschuldung zwischen A._____ und A1._____, noch die Hintergründe der stillen Reserven im Detail aus act. 4/84 zu ersehen waren, was ihrer Argumentation - wäre sie noch zu hören - den Boden entzieht. In der Replik verwies die Klägerin am Rande auf die in der Öffentlichkeit kritisch hinterfragte Liquiditätslage (vgl. act. 19 Rz 593 f.) und reichte mit der Stellungnahme zu Dupliknoten ein Schreiben von Prof. AJ._____ an AK._____ vom 29. Januar 2001 ins Recht, in welchem die Gefahr des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit eine zentrale Rolle spielt (act. 32 Rz 18 ff. und act. 33/1). Die Klägerin unterlässt es allerdings, die Liquiditätslage des Konzerns im März 2001 und die diesbezüglichen Prognosen näher darzulegen, und sie behauptet nicht einmal, dass "B1._____" in Abklärungen zur Liquiditätsvoraussage involviert worden (vgl. act. 19 Rz 719, 833) oder auch nur die Intervention von Prof. AJ._____ bekannt gewesen wäre. Gleiches gilt im Übrigen für ein Schreiben von AK._____ an den Verwaltungsratspräsidenten vom 24. Februar 2001 (act. 33/2). Dass die Entwicklungen im Konzern von der Presse mit einiger Besorgnis verfolgt wurden und auch die Thematik der Sonderprüfung im Raum stand, genügt so-

- 50 - dann nicht, um eine begründete Besorgnis im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR zu substantiieren. Auch wenn "B1._____" überdies in Verhandlungen mit den Banken im Zusammenhang mit bestehenden oder auch zusätzlichen Kreditfazilitäten einbezogen worden war (act. 1 Rz 473; 12 Rz 216 ff.), so kann ihr zwar insgesamt die angespannte Finanzlage der D._____-Gruppe nicht entgangen sein, ohne dass aber zwingende Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Überschuldung ersichtlich sind.

E. 6.2.4

Ergebnis Im Ergebnis bleibt es deshalb bei dem oben in Ziff. 6.2.2.5 festgestellten Stand der Information.

E. 6.3

Pflichtverletzung

E. 6.3.1

Parteibehauptungen Die Klägerin macht geltend, "B1._____" habe die A._____ im März 2001 objektiv falsch beraten, indem sie ihr ein rechtlich unzulässiges und von vornherein untaugliches Sanierungskonzept sowie trotz bestehender Überschuldung empfohlen habe, Vermögenswerte ohne Gegenleistung in die massiv überschuldete A1._____ einzubringen (act. 1 Rz 560). Insbesondere sei die rückwirkende Verbuchung der Sacheinlage rechtlich unzulässig gewesen (act. 1 Rz 566 ff.). A1._____ sei zudem nach dem Forderungsverzicht und der Sacheinlage immer noch überschuldet gewesen und für die A._____ wertlos, das Konzept deshalb auch in der Sache untauglich (act. 1 Rz 581 ff.). Sodann sei kein Hinweis auf die gemäss Art. 725 OR zwingend gebotene Erstellung einer Zwischenbilanz erfolgt und sei die Nichtoffenlegung der finanziellen Notlage der A._____ nach aussen empfohlen worden (act. 1 Rz 181; vgl. auch act. 19 Rz 103 ff.). In der Stellungnahme zu Dupliknoten stellt die Klägerin klar, dass sie "B1._____" keine pflichtwidrige Unterlassung vorwerfe, sondern aktive Falschberatung (act. 32 Rz 9 f., 36). Gleichwohl weist sie allerdings mehrfach auf die Pflichten eines Sanierungsanwalts hin (act. 32 Rz 35, 51, 183, 187, 191, 237 ff.; vgl. schon act. 19 Rz 69, 102, 583, 592 f. etc.), die nicht eingehalten worden seien.

- 51 - Auf den Standpunkt der Beklagten, die sämtliche Pflichtverletzungen bestreiten, wird im Rahmen der Prüfung der einzelnen Vorwürfe näher einzugehen sein.

E. 6.3.2

Rechtliches Als Beauftragter ist der Rechtsanwalt zur getreuen und sorgfältigen Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes verpflichtet (Art. 398 Abs. 2 OR). Er haftet seinem Auftraggeber, wenn er diesen durch Verletzung seiner Sorgfalts- und Treuepflichten schädigt. Er hat zwar nicht für den Erfolg seiner Arbeit, jedoch für das kunstgerechte Tätigwerden einzustehen. Dabei trägt der Anwalt aber nicht die Verantwortung für die spezifischen Risiken, die mit der Bildung und Durchsetzung einer bestimmten Rechtsauffassung verbunden sind. Er übt insofern eine risikogeneigte Tätigkeit aus, der auch haftpflichtrechtlich Rechnung zu tragen ist. Namentlich hat er nicht für jede Massnahme oder Unterlassung einzustehen, welche aus nachträglicher Betrachtung den Schaden bewirkt oder vermieden hätte. Die Parteien haben das Prozessrisiko zu tragen und können dieses nicht auf die Schultern des Anwaltes abwälzen. Der Sorgfaltsmassstab des Beauftragten ist nicht absolut zu bestimmen, sondern richtet sich nach dessen Fähigkeiten, Fachkenntnissen und Eigenschaften, die der Auftraggeber gekannt hat oder hätte kennen müssen. Dabei sind die Umstände des konkreten Falles ausschlaggebend. Ob eine Verletzung der anwaltlichen Sorgfaltspflicht vorliegt, muss im Spannungsfeld zwischen der gefahrgeneigten Tätigkeit eines Anwaltes einerseits und seiner gegenüber dem Klienten obrigkeitlich bekräftigten Fachkunde andererseits abgewogen werden (BGE 134 III 534 = Pra 98 (2009) Nr. 35 E. 3.2.2 mit div. Hinweisen). Als Ausfluss der Treuepflicht obliegt dem Anwalt insbesondere, seinen Mandanten über die Schwierigkeit und die Risiken der Geschäftsbesorgung umfassend aufzuklären, damit dieser sich über das von ihm zu tragende Risiko bewusst werde (vgl. BGE 127 III 357 E. 1.d; Fellmann, Berner Kommentar, N 412 zu Art. 398 OR). Mit regelmässiger Beratung hat er dem Auftraggeber bei der Wahl der geeigneten Massnahmen behilflich zu sein. Erhält er Anweisungen, welche den Interessen des Auftraggebers zuwiderlaufen, hat er abzuraten.

Gegenstand der In-

- 52 - formationspflicht bildet alles, was für den Auftraggeber von Bedeutung ist. Der Beauftragte hat als Fachmann dem Auftraggeber auch unaufgefordert über die Zweckmässigkeit des Auftrages und der Weisungen, die Kosten und Gefahren sowie die Erfolgchancen Auskunft zu geben (BGE 115 II 62 E. 3.a mit Hinweisen).

E. 6.3.3

Sanierungskonzept Die Klägerin wirft den Beklagten in erster Linie vor, "B1._____" habe ihr ein untaugliches Sanierungskonzept resp. untaugliche Sanierungsmassnahmen empfohlen (act. 19 Rz 106, 109 f.).

E. 6.3.3.1

Unter Hinweis auf die Erwägungen in Ziffer 6.1 oben ist festzuhalten, dass der Vorwurf der eigentlichen Entwicklung eines Konzepts durch "B1._____" durch die Akten nicht gestützt wird. Hingegen ist davon auszugehen, dass "B1._____" am Prozess der schliesslich getroffenen Konzeptwahl teilgenommen und diesen jedenfalls eng begleitet hat. Trifft es zu, dass A._____ ein untaugliches oder gar unzulässiges Sanierungskonzept gewählt hat, könnte zumindest insofern eine Pflichtverletzung von "B1._____" vorliegen, als sie ihrer Aufklärungs- und Abmahnungspflicht nicht oder nicht genügend nachgekommen wäre. Nicht gefolgt werden kann der Klägerin, soweit sie die grundsätzliche Tauglichkeit des Konzepts als Sanierungsmassnahme beanstandet (vgl. act. 1 Rz 581 ff.). A fonds perdu-Zuschüsse und Forderungsverzichte des Alleinaktionärs oder der Hauptaktionäre zählen vielmehr zu den durchaus gängigen Sanierungsinstrumenten (vgl. z.B. Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. A. Zürich 2009, § 13 N 752 iii; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 53 N 345; siehe noch unten Ziff. 6.3.4.3). Es ist deshalb auch nicht grundsätzlich zu beanstanden, wenn "B1._____" die getroffenen Massnahmen gutgeheissen hat.

E. 6.3.3.2

Die Beklagten wenden ein, "B1._____" sei nicht verantwortlich gewesen für die Einhaltung der Rechnungslegungsvorschriften (act. 27 Rz 150 ff.). Zu den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrats gehört gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR die Ausgestaltung des Rechnungsw-

- 53 - sens, der Finanzkontrolle sowie der Finanzplanung, sofern diese für die Führung der Gesellschaft notwendig ist; gemäss Ziff. 6 derselben Bestimmung obliegt ihm zudem die Erstellung des Geschäftsberichtes, der insbesondere die Jahresrechnung, bestehend aus Erfolgsrechnung, Bilanz und Anhang umfasst (vgl. Art. 662 aOR). Es versteht sich von selbst, dass die Einhaltung der Vorschriften der ordnungsmässigen Rechnungslegung (vgl. Art. 662a ff. aOR) damit ebenfalls dem Verwaltungsrat obliegt. Ebenso selbstverständlich ist allerdings, dass auch in diesem Bereich der Beizug von Beratern oder Spezialisten zulässig und möglich ist, die ihrerseits gegebenenfalls haftbar gemacht werden können, wenn ihnen Fehler unterlaufen. Wie oben dargelegt (Ziff. 6.2.2.3), war "B1._____" in einem Zeitpunkt beigezogen worden, als bei der Klägerin die zu bildenden Rückstellungen und Möglichkeiten von deren Verbuchung thematisiert wurden. Dabei wurden den Anwälten Entwürfe des Auftrags an den Verwaltungsrat übergeben, die unterschiedliche Varianten der Bilanzsanierung enthielten; es steht auch fest, dass verschiedene Anwälte von "B1._____" an den Konferenzen teilnahmen, an welchen aus den denkbaren Va-

arianten die letztlich umgesetzte bestimmt wurde. Diese wohnten der Evaluierung, die nebst steuerlichen zweifellos auch rechtliche Aspekte umfasste, zumindest bei. Selbst wenn den Anwälten nicht die rechtliche Prüfung einer bestimmten Aufwertungs- oder Verbuchungsart aufgetragen worden war, könnte auch hier eine Pflichtverletzung von "B1._____" insofern vorliegen, als sie ihrer Aufklärungs- und Abmahnungspflicht nicht oder nicht genügend nachgekommen wäre.

E. 6.3.4

Rückwirkung

E. 6.3.4.1

Die Klägerin beanstandet die rückwirkende Übertragung der Beteiligten an der A2._____, A3._____, A4._____, A5._____, ... II, ... III und A6._____ im Buchwert von CHF 1'848 Mio. in die A1._____ als unzulässig. Es gelte das Stichtagsprinzip und das Prinzip der Bilanzwahrheit. Mit der Verbuchung der "Sacheinlage" in den Büchern der A1._____ per 31. Dezember 2000 seien Aktien ausgewiesen worden, über die die A1._____ per 31. Dezember 2000 gar nicht verfügt habe. Eine Verbuchung in alte Rechnung sei nur unter gewissen engen Voraussetzungen zulässig, wenn nämlich ein Ereignis nach dem Abschluss-

- 54 - stichtag vorliege, dessen Ursache aber zeitlich vor dem Bilanzstichtag verursacht worden sei. Dies sei vorliegend nicht der Fall, und es handle sich auch nicht um einen Beteiligungsverkauf. Die "Sacheinlage" hätte frühestens per 1. Januar 2001 verbucht werden dürfen (act. 1 Rz 567 ff.; act. 19 Rz 397 ff.). Die Beklagten halten unter Berufung auf ein bei Prof. AJ._____ eingeholtes Rechtsgutachten fest, dass es "nach dem Stand der Schweizer Rechnungslegung im März 2001 (...) aus Sicht eines sorgsam Bilanzherstellers vertretbar (gewesen sei), zum Ausgleich der Rückstellungen, die im Geschäftsjahr 2000 auf Stufe der Tochtergesellschaft A1._____ AG gebucht wurden und deren buchmässiges Eigenkapital überstiegen, die am 27. März 2001 vorgenommene Einlage der A._____ AG in der Jahresschlussbilanz des Geschäftsjahrs 2000 der A1._____ AG als Aktivum zu erfassen" (act. 27 Rz 155 ff. mit Hinweis auf act. 28/24). "B1._____" habe auf das Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung vertrauen dürfen. Zudem weise die buchhalterische Darstellung kein Schadenspotential auf und hätte das gleiche wirtschaftliche Ergebnis durch ein Alternativverhalten herbeigeführt werden können. Sie bestreiten überdies dass der Verwaltungsrat der A._____ von der Umstrukturierung abgesehen hätte, wenn "B1._____" die Unzulässigkeit der rückwirkenden Verbuchung behauptet hätte (act. 27 Rz 203 ff.).

E. 6.3.4.2

Der Sacheinlagevertrag zwischen der A._____ und A1._____ vom 27. März 2001 hält in Ziffer III.3. fest: "Die Sacheinlage steht zur freien Verfügung der Übernehmerin. Nutzen und Gefahr an der Sacheinlage gehen rückwirkend per 31. Dezember 2000 auf die Übernehmerin über" (act. 4/99). Es ist unbestritten, dass gestützt auf diese Vereinbarung die fraglichen Beteiligungen bei der A._____ aus- und bei der A1._____ eingebucht wurden und entsprechend im Jahresabschluss der A1._____ per Ende 2000 aufschienen; ebenso steht fest, dass am 31. Dezember 2000 tatsächlich noch die A._____ über die übertragenen Aktien verfügte. Dass die Bilanzen der beiden Gesellschaften folglich nicht die tatsächlich gegebene Situation am 31. Dezember 2000 abbildeten, ist unbestreitbar.

E. 6.3.4.3

Mit der beanstandeten Transaktion wurden Aktiven der A._____ in ihre 100%ige Tochtergesellschaft A1._____ verschoben. Entgegen ihrer Bezeichnung handelt es sich nicht um eine Sacheinlage im technischen Sinne (Tilgung der

- 55 - Liberierungsschuld durch die Übertragung von Sachen oder von anderen Vermögenswerten; vgl. BSK OR II-Schenker, N 3 zu Art. 628 OR); es erfolgte gerade keine Aktienkapitalerhöhung, sondern die Beteiligungen wurden in den Agio gebucht (vgl. act. 19 Rz 399; act. 27 Rz 1513). Dass ein solcher Zuschuss resp. eine solche Einlage - auf ihre Verbuchung wird noch zurückzukommen sein (unten Ziff. 6.3.8) - grundsätzlich zulässig ist, bestreitet auch die Klägerin nicht, zumal sie eine Rückwirkung auf den 1. Januar 2001 jedenfalls als möglich erachtet hätte (act. 19 Rz 429; vgl. im Übrigen auch act. 20/1 Rz 227; Rubli, a.a.O., S. 176; Schenker, Möglichkeiten zur privatrechtlichen Sanierung von Aktiengesellschaften, in: SJZ 105/2009 S. 491). Da somit in erster Linie die Verbuchung in die Jahresrechnung 2000 umstritten ist, stellt sich in der Tat die Frage der Kausalität einer auf der Rückwirkung beruhenden Pflichtverletzung zum behaupteten Schaden. Wie noch zu zeigen sein wird, wäre dieser nicht auf die rückwirkende Verbuchung zurückzuführen, sondern auf die mit der Transaktion vorgenommene Übertragung von Vermögenswerten (vgl. dazu noch unten Ziff. 7.3.1), so dass sich eine nähere Prüfung der die Rückwirkung betreffenden Ausführungen grundsätzlich erübrigt. Selbst wenn in der Frage der Rückwirkung aber eine relevante Pflichtverletzung gesehen werden könnte, wäre diese vorliegend zu verneinen:

E. 6.3.4.4

Das Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung 1998, Band 1 (Hrsg. Schweizerische Kammer der Wirtschaftsprüfer, Steuer- und Treuhandexperten; nachfolgend: HWP I) hält in Ziff. 2.38422 lit. c S. 377 f. fest: Neben den Ereignissen nach dem Bilanzstichtag ist auf die Massnahmen zu verweisen, die im Zusammenhang mit der Rechnungslegung ergriffen werden, um das Ergebnis des abgeschlossenen Jahres oder die Bilanzstruktur noch zu beeinflussen (Bilanzpolitik). Da die Bilanz auf einen Stichtag erstellt wird, ist grundsätzlich die Rechtslage an diesem Tag massgebend. Wenn ausnahmsweise durch vertragliche Vereinbarung gewisse Geschäfte noch in alter Rechnung erfasst werden sollen, sind diese Transaktionen in der alten Periode zu valutieren; der Vertrag selbst jedoch darf nicht zurückdatiert werden. Denkbar sind insbesondere der Kauf oder Verkauf von Wertschriften oder Be-

- 56 - teiligungen in alter Rechnung oder ein Forderungsverzicht, wobei es sich um wirtschaftlich begründete Transaktionen und nicht um Scheingeschäfte handeln muss. Für die Verbuchung von Geldtransaktionen mit Valuta im alten Geschäftsjahr bedarf es des Einverständnisses der eingeschalteten Bank. Bilanzpolitik ist die zielgerichtete Gestaltung des Jahresabschlusses einschliesslich der dazu erforderlichen unternehmerischen Entscheidungen unter Ausnutzung des Spielraums, den gesetzliche Vorschriften, Fachempfehlungen und die Grundsätze ordnungsmässiger Rechnungslegung gewähren (Boemle/Lutz, Der Jahresabschluss, Zürich 2008, S. 655). Sowohl der zugunsten der A1._____ erklärte Forderungsverzicht als auch die "Sacheinlage" können in diese Art von Massnahmen eingereiht werden. Die Klägerin hält den rückwirkenden Forderungsverzicht buchhalterisch für zulässig, weil er auf einer vor dem Bilanzstichtag bestehenden Ursache beruhe und sich ausserdem keine sachenrechtlichen Fragen stellen (act. 19 Rz 393). Sachenrechtliche (oder auch konkursrechtliche) Argumente hält die Klägerin der

"Sacheinlage" in der Replik allerdings ebenfalls nicht mehr ernsthaft entgegen, zumal unbestritten ist, dass eine echte Rückwirkung insofern ohnehin unmöglich ist. Vielmehr legt sie den Schwerpunkt darauf, dass die "Sacheinlage" nicht auf einer Ursache im alten Jahre beruhe. Die oben wiedergegebene Passage aus dem Handbuch der Wirtschaftsprüfung findet sich im Abschnitt 2.3842 mit dem Titel "Berücksichtigung von Ereignissen nach dem Abschlussstichtag" und dort im Unterabschnitt "Spezialfälle". Wie sich aus dem Text selbst ergibt, werden die "Massnahmen nach dem Bilanzstichtag" abgegrenzt von den "Ereignissen nach dem Bilanzstichtag", womit klar ist, dass es bei ersteren um gewillkürte Handlungen geht, also bewusst ergriffene Massnahmen zur Beeinflussung des Ergebnisses des abgeschlossenen Jahres. Dass die in der betreffenden Passage erwähnten Transaktionen (Kauf oder Verkauf von Wertschriften oder Beteiligungen in alter Rechnung oder ein Forderungsverzicht) auf einer Ursache im alten Jahr beruhen müssen, kann dem Text nicht entnommen werden; danach ist wesentlich primär, dass es sich um wirtschaftlich begründete Transaktionen und nicht um Scheingeschäfte handelt. Vorliegend wurden die Beteiligungen nicht verkauft, sondern als "gegenleistungsloser à fonds perdu-Zuschuss" übertragen. Das ändert nichts daran, dass es sich durchaus um ein

- 57 - wirtschaftlich begründetes - nämlich der Deckung notwendiger Rückstellung dienendes - Geschäft handelte und nicht um ein blosses Scheingeschäft. Ebenso wie ein rückwirkender Forderungsverzicht führt auch die "Sacheinlage" zu einer positiven Vermögensveränderung bei der begünstigten Gesellschaft und lässt sich damit ebenso als Massnahme nach dem Bilanzstichtag im Sinn von HWP I Ziff. 2.38422 lit. c betrachten.

E. 6.3.4.5

Es kann im Grunde offen bleiben, ob aufgrund der Verursachungstheorie gleichwohl eine Ursache im alten Jahr vorauszusetzen ist (vgl. act. 28/24 S. 28 f.; act. 19 Rz 417 ff.) und ob diese in der wirtschaftlichen Gesamtsituation von A. _____ und A1. _____ und der Aufgabe der ...-Strategie gesehen werden kann (act. 28/24 S. 32 f.; act. 19 Rz 425), wenn es zulässig war, sich für die Vornahme der "Sacheinlage" auf das Handbuch der Wirtschaftsprüfung zu verlassen. Wie dargelegt sind bei der Erstellung der Jahresrechnung die Vorschriften der ordnungsmässigen Rechnungslegung einzuhalten (vgl. Art. 662a aOR). Massgeblich sind in erster Linie die gesetzlichen Vorschriften, wobei nebst den Bestimmungen im Aktienrecht die allgemeinen kaufmännischen Buchführungsregeln gemäss Art. 957 ff. aOR subsidiär zur Anwendung gelangen. Die Parteien sind sich einig, dass im Zusammenhang mit der Interpretation und Auslegung der obligationenrechtlichen Vorschriften über die Rechnungslegung dem "Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung" eine erhebliche Bedeutung zukommt (act. 19 Rz 411; act. 12 Rz 378 ff.); die betreffenden - privaten - Verhaltensregeln und Usancen werden denn auch im Zusammenhang mit der Revisionshaftung als Konkretisierung des anzuwendenden Sorgfaltsmassstabes im Sinne eines Standardverhaltens herangezogen, so dass sich die Revisionsstelle gegen den Vorwurf einer Pflichtverletzung gewöhnlich damit verteidigen kann, dass sie die Anforderungen solcher Standards eingehalten hat (vgl. BSK OR II-Gericke/Waller, N 12 zu Art. 755 OR mit Hinweisen). Für die Rechnungslegung selbst kann nichts anderes gelten. Der Rechnungslegungspflichtige (und entsprechend sein Berater) vermöchte sich nur dann nicht auf solche Usancen zu stützen, wenn sie im Widerspruch zur gesetzlichen Regelung und deren Auslegung durch die Praxis stünden oder durch die seitherige Entwicklung überholt wären. Dass dies vorliegend im

- 58 - massgeblichen Zeitpunkt der Fall war, ist nicht ersichtlich; die Klägerin weist zwar unter Bezugnahme auf verschiedene Literaturstellen auf die strikte Geltung des Stichtagsprinzips hin (act. 19 Rz 420 ff.) und bezieht sich überdies auf eine Analogie der "Sacheinlage" zur Kapitalerhöhung (act. 19 Rz 428), ohne aber dartun zu können, dass sich daraus die Unzulässigkeit der streitigen Transaktion ergibt.

E. 6.3.4.6

Daran ändert nichts, dass die Anwälte von O._____, AL._____ und AM._____, gegenüber den zuständigen Personen bei O._____, AA._____ und AC._____, von der rückwirkenden Einbuchung des Agios abgeraten haben und dies anschliessend schriftlich diskutiert wurde (vgl. dazu den E-Mail-Verkehr gemäss act. 4/93-97). Als Ergebnis hielt AC._____ in einer internen E-Mail vom 28. März 2001 unter anderem fest, dass die wirtschaftliche Betrachtungsweise als akzeptabel erachtet werde, zumal abgeklärt worden sei, dass die Situation der Anleihensgläubiger nicht berührt werde, keine Verpfändungen erfolgt seien, und die rückwirkende Verbuchung in der Schweiz einer breit akzeptierten Praxis entspreche, wobei AM._____ eine konservative Ansicht vertrete (vgl. act. 4/98). Zum Ausdruck kommt damit zwar, dass man - wie die Parteien selbst beweisen - durchaus geteilter Meinung sein konnte, dass aber der gewählte Weg praxisgemäss gangbar und insofern vertretbar war. Das mit der Entscheidung für den praxisorientierten Ansatz verbundene Risiko kann unter diesen Umständen nicht dem Anwalt überbunden werden, sondern muss, im Sinne der eingangs dargelegten Rechtsprechung, beim Klienten verbleiben (oben Ziff. 6.3.2).

E. 6.3.4.7

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass sich die Verbuchung der "Sacheinlage" in alte Rechnung zumindest auf das im fraglichen Zeitpunkt aktuelle "Handbuch der Wirtschaftsprüfung" stützen kann und insoweit vertretbar war. Selbst wenn die Frage schadensrelevant wäre, könnte es den Beklagten deshalb nicht zum Vorwurf gereichen, wenn "B1._____" die betreffende Transaktion gebilligt resp. nicht dagegen interveniert hätte.

E. 6.3.5

Überschuldung Weiter macht die Klägerin geltend, "B1._____" habe über unübersehbare Anzeichen einer Überschuldung hinweggesehen statt zu warnen und die finanzielle Situation und deren Konsequenzen nicht beachtet. Sie habe nicht auf die Erstellung einer Zwischenbilanz hingewirkt (act. 19 Rz 97; 103). Die Beklagten bestreiten diese Betrachtungsweise (vgl. act. 27 Rz 126 ff., 135 ff.).

E. 6.3.5.1

Es wurde bereits oben in Ziff. 6.2.3.7 erwogen, dass ein Grund zur Annahme einer begründeten Besorgnis der Überschuldung nicht dargetan ist und die geprüften Abschlüsse beider Gesellschaften nicht zu gesetzlichen Schritten im Sinn von Art. 725 Abs. 1 oder 2 OR Anlass gaben. Festzuhalten ist in diesem Zusammenhang auch, dass "B1._____" weder berechtigt noch verpflichtet war, Schritte im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR einzuleiten, handelt es sich dabei doch um eine unübertragbare und unentziehbare Aufgabe des (formellen) Verwaltungsrates (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 OR). Immerhin könnte allerdings auch insoweit eine Aufklärungs- und Abmahnungspflicht beratender Dritter vorliegen. Eine andere Frage ist, ob sich aus deren Verletzung gegebenenfalls eine

Schadenersatzpflicht des Beraters ableiten liesse (vgl. auch act. 27 Rz 66 ff.), worauf soweit erforderlich zurückzukommen wäre.

E. 6.3.5.2

Was die Erstellung einer Zwischenbilanz im Besonderen anbelangt, so betreffen die klägerischen Vorwürfe bekanntlich den Zeitraum März 2001, als A._____ und A1._____ mit der Erstellung des Jahresabschlusses 2000 beschäftigt waren, wobei diverse Events after Closing berücksichtigt wurden. Inwiefern aus einer gleichzeitig erstellten Zwischenbilanz wesentliche zusätzliche Erkenntnisse hätten gewonnen werden können, ist nicht ersichtlich. Eine Zwischenbilanz zu Fortführungswerten "ist auf der Grundlage der letzten Jahresbilanz unter Berücksichtigung aller Geschäftsvorfälle bis zum Stichtag, einschliesslich derjenigen, welche Besorgnis zu einer begründeten Überschuldung gegeben haben, zu erstellen" (BSK OR II-Wüstiner, N 36 zu Art. 725 OR). Im Unterschied zur Jahresbilanz hätte die Zwischenbilanz mithin die Geschäftsvorfälle ab Januar 2001 einbezogen. Die Klägerin macht zwar unter Hinweis auf das Management Information System der D._____ -Gruppe vom 8. Mai 2001 geltend, das effektive Ergebnis der A1._____ im ersten Quartal 2001 sei um 50% schlechter als budgetiert ausgefallen (act. 1 Rz 290) und geht in der Replik gestützt auf das Gutachten AG._____ von noch einmal schlechteren Zahlen aus (act. 19 Rz 720). Dass diese Zahlen al-

- 60 - lerdings bereits Mitte März 2001 verfügbar gewesen wären, legt auch die Klägerin nicht dar. Eine Pflichtverletzung kann auch insoweit nicht ausgemacht werden.

E. 6.3.6

Anleitung zur Verschleierung Die Klägerin bringt weiter vor, "B1._____" habe die A._____ zur Verschleierung der Überschuldungssituation angeleitet. Sie bezieht sich auf die E-Mail von T._____ vom 23. März 2001, die sie als Anleitung zur Vertuschung der finanziellen Lage bezeichnet; sie sieht darin eine gezielte Irreführung der involvierten Kreditgeber, Aktionäre und der Öffentlichkeit über die wahre Finanzlage (act. 19 Rz 87 ff., 105).

E. 6.3.6.1

In der E-Mail vom 23. März 2001 an P._____ und N._____ äusserte sich T._____ zu den Alternativen "in Bezug auf die verschiedenen Einschränkungen bzw. Default-szenarien, welche in den Kapitalmarktemissionen sowie in den beiden ausstehenden Kreditfazilitäten enthalten sind" (act. 4/85). Im zweiten Punkt der Stellungnahme hielt er insbesondere fest, dass im Antrag an den Verwaltungsrat tunlichst auf den Begriff "Sanierung" sowie ähnliche Begriffe verzichtet werden sollte, da er bei Bekanntwerden in einem weiteren Kreis die seines Erachtens falsche Perzeption auslösen könne, es liege ein "material adverse change" oder eine Insolvenz vor, die die Auslösung eines Event of Default erlauben könnte (vgl. act. 4/85).

E. 6.3.6.2

Soweit die Klägerin eine Pflichtverletzung von "B1._____" in der angeblichen (Anleitung zur) Irreführung von Kreditgebern, Aktionären und der Öffentlichkeit erblickt, ist vorab die Haftungsgrundlage in Erinnerung zu rufen (oben Ziff. 6.3.2). Die Sorgfalts- und Treuepflicht besteht gegenüber dem Auftraggeber, vorliegend also der A._____; ihr gegenüber ist der Beauftragte für allfälligen durch eine Pflichtverletzung verursachten Schaden haftbar. Inwiefern eine Mitwirkung an der Irreführung Dritter - läge hier eine solche vor - eine Schadenersatzpflicht gegenüber der Auftraggeberin dieser Irreführung zur

Folge haben sollte, ist nicht leicht erkennbar; geltend gemacht wird denn auch keineswegs ein Schaden, der als Folge einer angeblichen Irreführung entstanden ist, sondern ausschliesslich jener bewirkt durch die angeblich unzulässige Restrukturierung (vgl. oben Ziff. 5).

- 61 - Der Vorwurf beruht im Übrigen auf der Prämisse, dass mit der Vermeidung des Wortes "Sanierung" nicht - wie in der E-Mail mitgeteilt - eine falsche Perzeption (also Wahrnehmung) vermieden, sondern eine Information unterdrückt hätte werden sollen, nämlich jene der bestehenden Überschuldung. Wie bereits festgehalten lag indessen nach dem Stand der "B1._____" vermittelten Information im fraglichen Zeitpunkt höchstens eine unechte Überschuldung vor (vgl. oben Ziff. 6.2.2.5); ein Sanierungsbedarf im vom Gesetz in Art. 725 Abs. 1 oder Art. 725a OR aufgeführten Sinn bestand damit nicht. Wenn unter diesen Umständen bei der Kommunikation Wert darauf gelegt wurde, den Eindruck des Bestehens eines Überschuldungstatbestandes zu vermeiden, so kann darin keine Täuschung, sondern lediglich ein Bemühen um Deeskalation gesehen werden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Klägerin selbst auf verschiedene ab Januar 2001 erschienene Pressepublikationen hinweist, welche die finanzielle Situation der D._____-Gruppe teilweise ausführlich diskutierten und kommentierten (vgl. act. 4/54, 4/60-66) und in welchen u.a. auch von der "anstehenden Sanierung der A._____" (act. 4/66 S. 1) oder von "Opfer der Sanierung" (act. 4/65 S. 2) die Rede war. Es erscheint bei dieser Sachlage als zweckmässig und sinnvoll und keinesfalls als treuwidrig auf eine sorgfältige interne Kommunikation zu achten. Eine Pflichtverletzung ist auch hier nicht erkennbar.

E. 6.3.7

Pflicht zum Abraten Die Klägerin hält an anderer Stelle fest, es möge zwar nicht Aufgabe von "B1._____" gewesen sein, die Jahresrechnung zu "auditieren", aber aufgrund ihres nachweislich vertieften Einblicks in die finanzielle Situation von A._____ und A1._____ hätte zumindest von jeglichen entschädigungslosen Transaktionen innerhalb der D._____-Gruppe abgeraten werden müssen (act. 19 Rz 69).

E. 6.3.7.1

Was die Kenntnis von "B1._____" über die finanzielle Situation der beiden Gesellschaften anbelangt, kann auf die Ausführungen unter Ziffer 6.2 oben verwiesen werden. Vermögensverlagerungen innerhalb eines Konzerns sind sodann nicht von vornherein unzulässig und kommen insbesondere auch als Sanierungsmassnahme in Frage (vgl. schon oben Ziff. 6.3.4.3; vgl. z.B. Rubli, a.a.O., S. 128 ff.). Dabei sind Leistungen, die die Konzernobergesellschaft als Aktionärin

- 62 - ihrer sanierungsbedürftigen Konzernuntergesellschaft im Sinne einer Kapitaleinlage erbringt, für die Vermögenslage der leistenden Gesellschaft grundsätzlich neutral, es sei denn, die Konzernuntergesellschaft könnte nicht saniert und damit der Wert der Beteiligung nicht mehr erhöht werden (a.a.O., S. 129 f.). Es wird noch darauf zurück zu kommen sein (unten Ziff. 6.3.8).

E. 6.3.7.2

Wie eingangs festgehalten (Ziff. 6.3.1) weist die Klägerin an verschiedener Stelle auf die Pflichten eines Sanierungsanwaltes hin (z.B. act. 19 Rz 69, 102, 583, 592 f.), die "B1._____" nicht befolgt habe, verbunden allerdings mit der "Klarstellung", dass keine pflichtwidrigen Unterlassungen vorgeworfen würden (act. 32 Rz 9 f., 36; Rz 35, 51, 183,

187, 191, 237 ff.). Sie macht dabei beispielsweise geltend, "B1._____" hätte darauf hinweisen müssen, dass vorab die Frage der Überschuldung der Unternehmen zu Fortführungs- und Liquidationswerten zu klären sei, "B1._____" hätte raten müssen, die Dinge völlig neu zu prüfen, insbesondere die Bewertungen nach aktueller Erkenntnis neu festzusetzen, die absehbaren Zahlungsnotwendigkeiten einzuschätzen sowie die Wertberichtigungen und Rückstellungen zu eruieren, und A._____" hätte mit Fragen und Hinweisen hinsichtlich der Liquiditätsentwicklung, der Eigenkapitalsituation und der (konservativen) Bewertung von Beteiligungen konfrontiert werden sollen. Die Klägerin scheint den Beklagten damit gleichwohl Unterlassungen vorwerfen zu wollen. Wie oben dargelegt vermag die Klägerin ein umfassendes Sanierungsmandat nach der von ihr selbst anhand von Dokumenten belegten Art und dem Umfang der Dienstleistungen gerade nicht zu substantiieren (oben Ziff. 6.1). Zwar trifft es zu, dass der Anwalt seine Tätigkeit an den Interessen des Auftraggebers auszurichten hat und als Fachmann in der Regel selbst zu bestimmen hat, wie er die Erreichung des anvisierten Ziels umsetzt (Fellmann, Anwaltsrecht, N 1062). Der Anwalt hat seine Handlungen auch nicht einfach dem Willen seines Klienten unterzuordnen und muss daher auch die erhaltenen Instruktionen kritisch bewerten und den Auftraggeber auf fehlende Weisungen und andere Unterlassungen hinweisen (a.a.O., N 1069). Der Anwalt darf aber grundsätzlich auf die Richtigkeit der Ausführungen seines Klienten vertrauen. Eine Überprüfung ist geboten, wenn begründeter Anlass besteht, an der Wahrheit der Aussagen des Klienten zu zweifeln

- 63 - oder wenn diese ungenau sind; in diesem Fall muss der Anwalt ihn auf die Unstimmigkeiten hinweisen und den Klienten zur Klärung der Sachlage auffordern (a.a.O., N 1323). Die Klägerin scheint davon auszugehen, dass "B1._____" der von A._____" gelieferten Information hätte misstrauen und diese zu zusätzlichen Abklärungen hätte auffordern müssen. Welcher begründete Anlass aber bestand, aufgrund dessen "B1._____" hätte am ermittelten Rückstellungsbedarf zweifeln oder das Vorhandensein von Reserven in Frage stellen müssen, legt sie nicht näher dar. Es wurde bereits festgehalten, dass die angeführten Umstände - die noch provisorischen Zahlen, die schleppenden Verhandlungen mit den Banken, die langjährige Mandatsbeziehung, die Zeitungsartikel und die Stimmung in der Öffentlichkeit - zwar eine angespannte Finanzlage indizierten. Sie sind aber nicht geeignet, Unstimmigkeiten in den von den internen Stellen von A._____" gelieferten Zahlen aufzudecken; selbst die klägerischen Gutachter waren dazu nur aufgrund von aufwändigen und langwierigen Abklärungen und Analysen in der Lage, wobei ihre Resultate zudem umstritten sind (vgl. oben Ziff. 6.2.3.6 und 6.2.3.7). Es ist deshalb auch nicht ersichtlich, dass "B1._____" pflichtwidrig gehandelt hat, wenn sie von der Korrektheit der Angaben ihrer Klientin ausgegangen ist und nicht nachgefragt hat, ob die Zahlen überprüft und genügend Rückstellungen gebucht worden seien. Dabei kann offen bleiben, inwiefern solche Fragen oder Ermahnungen allgemeiner Natur überhaupt zielführend gewesen wären.

E. 6.3.8

Rechnungslegungsvorschriften Die Klägerin macht schliesslich geltend, die geprüften Jahresrechnungen 2000 der A._____" und der A1._____" würden in verschiedener Hinsicht gegen die massgeblichen Rechnungslegungsvorschriften verstossen (act. 19 Rz 58 ff.). Die "Sacheinlage" sei eigenkapitalmässig neutral verbucht worden, indem der Buchwert der "Beteiligung A1._____" von CHF 500 Mio. um den Buchwert der flugverwandten Betriebe in der Höhe von CHF 1'848 Mio. aufgewertet worden sei. Zudem sei der

Zuschuss nicht über die Erfolgsrechnung der A._____ gebucht worden, es sei keine Aufwertungsreserve gemäss Art. 670 OR ausgewiesen und eine

- 64 - unzulässige Gesamtbewertung vorgenommen worden. Bei der A1._____ seien die Offenlegungsvorschriften verletzt worden (act. 19 Rz 430 ff). Die Beklagten halten dafür, "B1._____" sei an der Umsetzung des Beschlusses vom 24. März 2001 und dessen Darstellung in der Jahresschlussbilanz 2000 nicht beteiligt gewesen. Zudem sei die erfolgsneutrale Buchungsweise von der Revisionsstelle nicht beanstandet worden; als blosser Aktiventausch ohne Wertverzehr habe dies auch anerkannter Praxis entsprochen. Die Voraussetzungen von Art. 670 OR hätten nicht vorgelegen; es hätte aber entsprechend dieser Bestimmung vorgegangen werden können, allerdings mit mutmasslichen Steuerfolgen von CHF 400 Mio. Im Übrigen fehle auch der Kausalzusammenhang zwischen der allfälligen Verletzung von Art. 670 OR und dem behaupteten Schaden und sei nicht dargetan, dass der Verwaltungsrat sich an eine entsprechende Empfehlung von "B1._____" gehalten hätte (act. 27 Rz 208 ff.).

E. 6.3.8.1

In ihrer Stellungnahme vom 18. Oktober 2013 hält die Klägerin fest, sie habe gar keine Kausalität zwischen der Verletzung von Art. 670 OR und dem Schaden behauptet (act. 32 S. 35). Damit erübrigt sich grundsätzlich eine nähere Auseinandersetzung mit dieser Thematik, da keine Schadenersatzpflicht aus einer Verletzung von Art. 670 OR abgeleitet werden könnte. Selbst wenn die klägerischen Vorbringen zur Rechnungslegung aber zu prüfen wären, könnte sie für ihren Standpunkt nichts daraus ableiten:

E. 6.3.8.2

Der beklagtische Einwand, "B1._____" habe mit der konkreten Verbuchung nichts zu tun gehabt, ist bereits eingangs geprüft worden. Im vorliegenden Zusammenhang ist immerhin anzumerken, dass die verschiedenen in den Antragsentwürfen enthaltenen Varianten auf jeweils verschiedenen rechtlichen Ansatzmöglichkeiten beruhten (vgl. Ziff. 6.1.2.3) und damit bereits gewisse auch rechnungslegerische Prämissen setzten. Zudem liess T._____ P._____ mit E-Mail vom 28. März 2001 einen Entwurf für den Sacheinlagevertrag zukommen; in der E-Mail wurde darauf hingewiesen, dass der Vertrag weder notariell beglaubigt werden noch von einem Prüfungsbericht des Verwaltungsrates oder einer Prüfungsbestätigung der Revisionsstelle begleitet sein müsse, da die Sacheinlagen

- 65 - "a Konto Agio" und nicht "a Konto Aktienkapital" vorgenommen werde und Art. 635 und 635a OR nicht zur Anwendung kämen (act. 4/91). Darüber hinaus bestehen allerdings keine Anhaltspunkte - und legt die Klägerin solche auch nicht konkret dar - dass "B1._____" Einfluss auf die buchmässige Umsetzung der Transaktion gehabt oder genommen hätte.

E. 6.3.8.3

Es ist unbestritten, dass die "Sacheinlage" bei der A._____ in der Weise verbucht wurde, dass der bestehende Buchwert der 'Beteiligung A1._____' von CHF 500 Mio. um den Buchwert der übertragenen Beteiligungen von CHF 1'848 Mio. auf CHF 2'348 Mio. erhöht wurde; bei A1._____ wurden die 'Beteiligungen' sowie die 'gesetzlichen Reserven - Agio' um CHF 1'848 Mio. erhöht (vgl. act. 28/25 S. 10). Bei A._____ wurde die Transaktion somit erfolgsneutral, als blosser Aktiventausch gebucht, was die Klägerin unter Hinweis auf das Gutachten von AG._____ als unzulässig bezeichnet (act. 19 Rz 433 mit Hinweis auf act.

20/1 Rz 247 ff.). Der betreffenden Stelle ist allerdings nicht zu entnehmen, dass die eigenkapitalmässig neutrale Buchungsart an sich unzulässig ist; werden lediglich konzernintern Beteiligungen von der Muttergesellschaft in die Tochtergesellschaft übertragen, findet denn auch aus Sicht der Obergesellschaft wirtschaftlich lediglich eine Vermögensumschichtung und kein erfolgswirksamer Vermögensabgang statt. Damit nicht beantwortet ist allerdings die Frage, ob auf der begünstigten Beteiligung an der Tochtergesellschaft Abschreibungsbedarf besteht (vgl. act. 27 Rz 230 und Athanas/Suter, Steuerliche Aspekte von Sanierungen, in: Sanierung der AG, 2. A. Zürich 2003, S. 208).

E. 6.3.8.4

Die Klägerin bezieht sich auf die fehlende Ausweisung einer Aufwertungsreserve und auf Art. 670 OR, dessen Absatz 1 Folgendes bestimmt: Ist die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven infolge eines Bilanzverlustes nicht mehr gedeckt, so dürfen zur Beseitigung der Unterbilanz Grundstücke oder Beteiligungen, deren wirklicher Wert über die Anschaffungs- oder Herstellungskosten gestiegen ist, bis höchstens zu diesem Wert aufgewertet werden. Der Aufwertungsbetrag ist gesondert als Aufwertungsreserve auszuweisen. Die Aufwertung setzt sodann nach Abs. 2 eine schriftliche Bestätigung der Revisionsstelle zuhanden der Generalversammlung voraus. Die Bestimmung stellt ei-

- 66 - nen legalen Weg zur Beseitigung eines Kapitalverlustes bereit, wenn eine Gesellschaft einerseits wesentliche Verluste realisiert hat, andererseits aber nach wie vor über bedeutende stille Zwangsreserven verfügt, so dass die Einleitung von Massnahmen nach Art. 725 Abs. 1 OR nicht angemessen wäre (BSK OR II-Neuhaus/Balkanyi, N 2 zu Art. 760 OR). Eine Aufwertung nach dieser Bestimmung ist nur zulässig, wenn die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven infolge eines Bilanzverlustes nicht mehr gedeckt sind. Nach dem Stand der Information im massgeblichen Zeitpunkt (vgl. oben Ziff. 6.2) und bei Verbuchung des grössten Teils der Rückstellungen zulasten der A1._____ lag auf Seiten der A._____ indessen kein hälftiger Kapitalverlust vor und fehlte es folglich an den Voraussetzungen der Anwendung von Art. 670 OR. Die Erhöhung des Buchwerts der 'Beteiligung A1._____' um den Buchwert der übertragenen Beteiligungen stellt denn auch nicht eine Aufwertung der 'Beteiligung A1._____' auf den Betrag ihres wirklichen Wertes im Sinne von Art. 670 OR dar, sondern ist das Resultat der erfolgsneutralen Verbuchung der "Sacheinlage". Auch insofern kann kein Verstoß gegen Art. 670 OR gesehen werden.

E. 6.3.8.5

Die Klägerin beanstandet weiter einen "unzulässigen Trick mit der Gesamtbewertung", den sie in der Erhöhung der 'Beteiligung A1._____' um den Buchwert der übertragenen Beteiligungen erblickt (act. 19 Rz 439). Die Methode der Gesamtbewertung legt im Gegensatz zur Einzelbewertung den Grundsatz der Vorsicht in weniger strenger Art aus; es wird lediglich verlangt, dass der ausgewiesene Posten als Ganzes korrekt bewertet wird. Minderwerte und Wertsteigerungen innerhalb des Bilanzpostens sind zur kompensatorischen Verrechnung zugelassen; die Grenze bildet der gesamte Anschaffungswert (vgl. HWP I 2.34011 S. 120). Eine Gesamtbewertung in diesem Sinne fand bei der Verbuchung der "Sacheinlage" allerdings ebenfalls nicht statt, wurden die übertragenen Beteiligungen doch unverändert zu Buchwerten in die 'Beteiligung A1._____' integriert und fand darüber hinaus gerade keine (Neu-)Bewertung statt.

- 67 -

E. 6.3.8.6

Die Beklagten halten dafür, dass auf dem Beteiligungskonto im konkreten Fall kein Abschreibungsbedarf bestanden habe. Unter der Voraussetzung stiller Reserven auf den Non-Airline Beteiligungen von CHF 2'215 Mio. gemäss Instruktion habe das Konto im Gegenteil Mehrwerte von CHF 160 Mio. aufgewiesen (nämlich CHF 293 Mio. ausgewiesenes Eigenkapital der A1._____ per Ende 2000, zuzüglich Reserven von CHF 2'215 Mio. abzüglich ausgewiesener Wert von CHF 2'348 Mio.). Gehe man von stillen Reserven in einem höheren Betrag aus, sei der Mehrwert entsprechend höher gewesen; es habe insofern kein Anlass zur Abschreibung bestanden (act. 27 Rz 233). Die Klägerin bestreitet sowohl ein positives Eigenkapital der A1._____ als auch Reserven im behaupteten Betrag auf den übertragenen Beteiligungen und ist der Meinung, es hätte eine Wertberichtigung auf CHF 0 vorgenommen werden müssen (vgl. act. 32 S. 90 ff.). Wie bereits ausgeführt (oben Ziff. 6.2.2.5), entsprach es der "B1._____" vermittelten Information, dass auf den übertragenen Beteiligungen stille Reserven im CHF 2 Mia. übersteigenden Betrag vorhanden waren. Auf dieser Grundlage kann davon ausgegangen werden, dass die bei A1._____ aufgrund des Jahresergebnisses inkl. Verbuchung erforderlicher Rückstellungen bestehende Überschuldung durch den Forderungsverzicht und die "Sacheinlage" im Buchwert von CHF 1'848 Mio. zuzüglich Reserven von CHF 2'215 Mio. behoben wurde, da der Vermögenszufluss grösser war als die Überschuldung. Selbst wenn dies aber tatsächlich nicht der Fall war, könnte für den Standpunkt der Klägerin nur dann etwas daraus abgeleitet werden, wenn "B1._____" diesen Umstand bei genügender Sorgfalt hätte erkennen müssen. Dafür bestehen nach dem Gesagten keine ausreichenden Anhaltspunkte.

E. 6.3.9

Ergebnis Im Ergebnis ist festzuhalten, dass das von "B1._____" zumindest gebilligte Sanierungskonzept rechtlich zulässig und dessen buchmässige Umsetzung zumindest vertretbar war, und dass die erfolgte Beratung unter den gegebenen Umständen nicht als unsorgfältig oder treuwidrig zu qualifizieren ist.

- 68 -

E. 6.4

Zusammenfassung Zusammenfassend erweist sich der Vorwurf der Pflichtverletzung von "B1._____" innerhalb des erteilten Mandats als unbegründet.

E. 7

Kausalzusammenhang

E. 7.1

Einleitung Fehlt eine den Beklagten anzulastende Pflichtverletzung, erübrigt sich grundsätzlich eine nähere Prüfung des Kausalzusammenhangs. Im Sinne obiger Ausführungen ist jedoch der Vollständigkeit halber zumindest auf Teilaspekte der diesbezüglichen Vorbringen einzugehen.

E. 7.1.1

Zum Kausalzusammenhang bringt die Klägerin vor, hätte "B1._____" sich pflichtgemäss verhalten, hätte sie der A._____ nicht empfohlen, werthaltige Beteiligungen in die A1._____ einzubringen und auf Darlehensforderungen gegenüber A1._____ zu verzichten. Ohne die entsprechende Empfehlung hätte der Verwaltungsrat sich für eine der

Sanierungsvarianten entschieden, die keine Umstrukturierung umfasst hätte. Die Empfehlung sei damit *conditio sine qua non* für den Schaden gewesen. Dass sich ein Mandant auf die Kompetenz und Zuverlässigkeit seiner Rechtsberater verlasse, entspreche auch der allgemeinen Lebenserfahrung, ganz besonders dann, wenn der Mandant in einer Krisensituation stecke, rasch handeln müsse und seit vielen Jahren durch ein enges Mandats- und Vertrauensverhältnis verbunden sei (act. 1 Rz 597).

E. 7.1.2

Die Beklagten bestreiten zunächst das Schadenspotential der buchhalterischen Darstellung der Vorgänge; eine Fehlverbuchung könne weder notwendige noch hinreichende Ursache für eine Schädigung der Gesellschaft sein. Selbst wenn auch "B1. _____" Bedenken gegen die gewählte Vorgehensweise angemeldet hätte, hätte A. _____ von der Transaktion nicht abgesehen; so habe sie denn auch auf die von AN. _____ erhobenen Einwände hin "B1. _____" nicht kontaktiert (act. 12 Rz 594 ff.). Im Sinne eines rechtmässigen Alternativverhaltens sei auch ein Absehen von der rückwirkenden Verbuchung der Sacheinlage möglich gewesen, was zum gleichen Resultat geführt hätte (act. 12 Rz 602 ff.). Von den ande-

- 69 - ren Sanierungsvarianten seien jene ohne Kapitaleinlage aus technischen oder praktischen Gründen nicht realisierbar gewesen; die in Betracht fallenden Alternativen seien bloss Spielarten der schliesslich realisierten Umstrukturierung gewesen (act. 12 Rz 606 ff.).

E. 7.2

Rechtliche Voraussetzung der Haftung ist das Vorliegen eines Kausalzusammenhangs zwischen Vertragsverletzung und Schadenseintritt. Erforderlich ist ein natürlicher Kausalzusammenhang, der überdies adäquat sein muss. Der natürliche Kausalzusammenhang ist gegeben, wenn das pflichtwidrige Verhalten unabdingbare Voraussetzung für ein Schadensereignis ist (BSK OR I-Heierli/Schnyder, N 15 zu OR 41) resp. nicht weggedacht werden kann, ohne dass auch der eingetretene Erfolg entfielen, es mithin *conditio sine qua non* für den Schaden darstellt (vgl. z.B. Oftinger/Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd I: Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1995, § 3 N 10 f.). Es ist nicht erforderlich, dass die Handlung die alleinige oder unmittelbare Ursache des Schadens ist; es genügt die Setzung einer Teilursache. Diese muss allerdings genügend bedeutsam sein, um für sich allein als *conditio sine qua non* des Schadens zu gelten (Brehm, Berner Kommentar, N 109a zu Art. 41 OR). Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt für den Nachweis des natürlichen bzw. hypothetischen Kausalzusammenhangs das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (BGE 132 III 720). Der Kausalzusammenhang ist adäquat, wenn das pflichtwidrige Verhalten nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, der Eintritt dieses Erfolges also durch das Verhalten allgemein begünstigt erscheint (Oftinger/Stark, a.a.O., § 3 N 15). Am natürlichen Kausalzusammenhang fehlt es, wenn sich der Beklagte mit dem Beweis des rechtmässigen Alternativverhaltens zu befreien vermag, das heisst, wenn er nachweisen kann, dass der geltend gemachte Schaden auch bei pflichtgemässer Handlung eingetreten wäre. Die Anforderungen an das Beweismass für

- 70 - den Entlastungsbeweis sind umstritten (vgl. BSK OR I-Heierli/Schnyder, N 29a zu OR 41).

E. 7.3

Konkrete Pflichtverletzung Der Kausalzusammenhang kann nur mit Bezug auf eine konkrete Pflichtverletzung geprüft werden. Die Klägerin stellt in der Stellungnahme zu Noven der Duplik klar, dass sie keine Kausalität zwischen der Verletzung von Art. 670 OR und dem Schaden behauptet. Ihr Hauptvorwurf an "B1._____" sei die Ignorierung der Überschuldung und der Vorschlag eines "Sanierungskonzeptes", das die Überschuldung der A1.____ nicht habe beseitigen und jene von A.____ vergrößert habe. Hinzu trete die Rüge der unzulässigen rückwirkenden Verbuchung der Transaktion (act. 32 Rz 178 f.).

E. 7.3.1

Rückwirkung; Rechnungslegungsvorschriften Wie gesehen, macht die Klägerin als Schaden die Vermögensverschiebung zugunsten der A1.____ geltend. Den Beklagten - und nach ihren Ausführungen in der Stellungnahme zu Dupliknoten teilweise auch der Klägerin - ist indessen zuzustimmen, dass dieser Schaden nicht durch die Art der Verbuchung der Transaktionen verursacht worden sein kann. In der Tat ist auch nicht ersichtlich, inwiefern die Verbuchung der Transaktion zulasten der Jahresrechnung 2000 per 31. Dezember 2000 anstatt zulasten der Jahresrechnung 2001 per 1. Januar 2001 den Schaden verursacht haben könnte, zumal die Vermögensübertragung gleichermassen in die - nach Meinung der Klägerin - überschuldete A1.____ stattgefunden hätte. Auch die Verbuchungsweise selbst ist nicht als Schadensursache geeignet. Dabei handelt es sich lediglich um den buchhalterischen Nachvollzug, die buchmässige Abbildung der vorgenommenen Vermögenstransaktion. Selbst wenn diese in der Buchhaltung unzutreffend nachvollzogen worden wäre - was nach obigen Ausführungen vorliegend nicht der Fall war - wäre nicht die fehlerhafte Buchung Ursache des Schadens, sondern die Tatsache, dass Vermögen der A.____ auf die A1.____ übertragen worden war.

- 71 - Eine Haftung der Beklagten zufolge rückwirkender Verbuchung der "Sacheinlage" und Verletzung von Rechnungslegungsvorschriften würde somit am fehlenden Kausalzusammenhang scheitern.

E. 7.3.2

Anleitung zur Verschleierung Die als pflichtwidrig gerügte Anleitung zur Vertuschung der finanziellen Situation der A.____ scheint die Klägerin für den geltend gemachten Schaden ebenfalls nicht als kausal zu bezeichnen. Wie bereits ausgeführt (oben Ziff. 6.3.6.2) verlangt die Klägerin auch nicht Ersatz eines Schadens, der durch eine Irreführung Dritter verursacht wurde, sondern ausschliesslich ihren eigenen bewirkt durch die selbst veranlasste und nach ihrer Meinung unzulässige Restrukturierung. Die Hinweise von "B1._____" zur Wortwahl im Antrag an den Verwaltungsrat könnten somit - selbst wenn sie sorgfaltswidrig erfolgt wären - keine Schadenersatzpflicht begründen.

E. 7.3.3

Untaugliches Sanierungskonzept, Ignorierung der Überschuldung

E. 7.3.3.1

Nach dem Ergebnis der Erwägungen in Ziffer 6.1 oben ist davon auszugehen, dass "B1._____" in der Schlussphase, als das Konzept definitiv bestimmt wurde, beigezogen worden und aktiv beteiligt war. Es liegt damit eine aktive Teilnahme und nicht blosses Unterlassen vor. Zu prüfen wäre daher, ob die - zumindest zustimmende - Mitwirkung von "B1._____" unabdingbare Voraussetzung für den Schaden darstellt resp. nicht weggedacht

werden kann, ohne dass auch der eingetretene Erfolg entfiel.

E. 7.3.3.2

Die Beklagten führen aus, die Klägerin behaupte, A._____ habe alles dem Ziel eines vorbehaltlosen Testats der Revisionsstelle untergeordnet. Unter diesen Umständen sei es aus ihrer Sicht nicht massgeblich, ob eine externe Anwaltskanzlei Bedenken gegen die Gestaltung des Jahresabschlusses anmeldete. Der Verwaltungsrat hätte von der Umstrukturierung auch dann nicht abgesehen, wenn "B1._____" die Unzulässigkeit einer Erfassung der Sacheinlage in der Jahresabschlussbilanz 2000 behauptet hätte (act. 27 Rz 119, 206 f., 366).

- 72 -

E. 7.3.3.3

Die Beklagten bestreiten damit die Kausalität ihres Verhaltens, und es wäre Sache der Klägerin den Nachweis zu führen, dass die Beratung durch "B1._____" für die Durchführung der Bilanzsanierung zumindest eine Teilursache gesetzt hat. Solche Abklärungen können jedoch unterbleiben, da nach dem Gesagten weder mit Bezug auf das Sanierungskonzept noch hinsichtlich der Frage der Überschuldung ein pflichtwidriges Verhalten von "B1._____" gegeben ist.

E. 8

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass keine Pflichtverletzung von "B1._____" innerhalb des ihnen erteilten Mandats vorliegt, soweit das vorgeworfene Verhalten für den behaupteten Schaden überhaupt kausal sein könnte. Bei diesem Ergebnis braucht weder die Höhe des geltend gemachten Schadens und entsprechend die Frage der tatsächlichen Überschuldung von A._____ und A1._____ im März 2001, noch die Frage des Verschuldens des Auftraggebers resp. Selbstverschuldens der Auftraggeberin und das Vorliegen von Reduktions- oder Ausschlussgründen näher abgeklärt zu werden. Die Klage ist abzuweisen.

E. 9

Kosten- und Entschädigungsfolgen

E. 9.1

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Klägerin kosten- und entschädigungspflichtig (§§ 64 Abs. 2 und 68 Abs. 1 ZPO/ZH).

E. 9.2

Der Streitwert beträgt CHF 50'000'000.-. Die Gerichtskosten bemessen sich nach der Gebührenverordnung vom 4. April 2007 (§ 23 der GebV OG vom 8. September 2010). Die Grundgebühr beträgt (gerundet) CHF 320'000.-. Angesichts des erhöhten Zeitaufwandes des Gerichts aufgrund des Aktenumfangs sowie in Berücksichtigung der Schwierigkeit des Falles (komplexe Rechnungslegungsfragen) ist die Grundgebühr um 1/3 zu erhöhen, auf abgerundet CHF 420'000.-.

E. 9.3

Die für die Bemessung der Prozessentschädigung anwendbare Grundgebühr beträgt CHF 306'400.-. Sie ist gemäss § 6 Abs. 1 lit. c der Anwaltsgebüh-

- 73 - renverordnung vom 21. Juni 2006 zu erhöhen (vgl. § 25 der AnwGebV vom 8. September 2010).

E. 9.4

Die Klägerin hat sowohl für die Gerichts- als auch die Anwaltskosten Kauti- on geleistet (§ 73 Ziff. 5 und 7 ZPO/ZH). Das Handelsgericht erkennt:

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