

ZH_HANDELSGERICHT HG140213 vom 22. Januar 2015

Zh Handelsgericht, 2015-01-22, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG140213

FR: ZH_HANDELSGERICHT HG140213 du 22 janvier 2015

IT: ZH_HANDELSGERICHT HG140213 del 22 gennaio 2015

Erwägungen

E. 3

Nachfolgende Ereignisse

E. 3.1

In der Klageschrift macht die Klägerin als Schaden einen (bis heute) erlittenen „Abschlagszahlungs-Ausfall“ in der Höhe von CHF 4'519'500.– geltend. Sie begründet diesen damit, dass ihre Forderung gegenüber der konkursiten G._____ als Pool-Führerin des konzerninternen Zero Balancing Cash Pools um rund CHF 23 Mio. höher wäre, wenn die Beklagte nicht eine unzulässige Gewinnausschüttung in dieser Höhe an die D._____ genehmigt hätte, welche in der Folge über den Zero Balancing Cash Pool an die D._____ ausgeschüttet wurde. Wenn die Forderung der Klägerin gegenüber der G._____ um rund CHF 23 Mio. höher wäre, hätte die Klägerin im Konkurs der G._____ bis heute Abschlagszahlungen von 19.65% von diesen CHF 23 Mio. erhalten (act. 1 S. 56 f. Rz 198-203). In der Replik nimmt die Klägerin erneut eine Berechnung des Schadens aus „Abschlagszahlungs-Ausfall“ vor, indem sie von dem unter Art. 680 Abs. 2 OR für Aktionärsdarlehen verwendbaren Kapital von CHF 30.42 Mio. ausgeht und davon den für die Darlehen beanspruchten Betrag von CHF 23.65 Mio. abzieht (ergibt CHF 6.77 Mio.), womit die Dividendenausschüttung im Umfang von CHF 21.73 Mio. (CHF 28.5 Mio. minus CHF 6.77 Mio.) unzulässig gewesen sei. Auf eine um diesen Betrag höhere Forderung gegenüber der konkursiten G._____ hätte sie bis heute Abschlagszahlungen von 19.2% der höheren Forderung erhalten, anstelle von 19.4% von ihrer heute tieferen Forderung. Der neu errechnete Schaden betrage CHF 4'068'330.50 (act. 23 S. 33 ff.).

- 27 - Da eventualiter davon auszugehen sei, dass die A._____ mit den nicht als Dividende ausbezahlten Mitteln Schulden zurückbezahlt hätte, macht die Klägerin eventualiter einen Schaden aus Nichtverminderung der Passiven geltend, und zwar einstweilen einen Teilbetrag von CHF 4'519'500.– (act. 23 S. 36 f. Rz 135 ff.). Der A._____ sei auch insofern ein Schaden entstanden, als wegen der pflichtwidrig unterlassenen Wertberichtigungen auf den Darlehensforderungen eine zu hohe Dividende ausgeschüttet worden sei. Insoweit der eingeklagte Betrag nicht schon unter einem anderen Titel zugesprochen werden kann, macht die Klägerin diesbezüglich ebenfalls einen Teilbetrag von CHF 4'519'500.– geltend (act. 23 S. 37 f. Rz 138 ff.).

E. 3.2

Die Beklagte bestritt in der Klageantwort die Höhe des Schadens mit dem Argument, der auf eine einzelne Forderung entfallende Dividendenbetrag im Konkurs der G._____ verändere sich mit dem Gesamtbetrag der zugelassenen Forderungen, so dass auf eine Mehrforderung von CHF 23 Mio. nicht ebenfalls eine Dividende von 19.65% entfallen wäre, wie dies die Klägerin noch in der Klageschrift geltend gemacht hatte (act. 12 S. 61 Rz

301). Die von der Klägerin in der Replik neu vorgenommene Berechnung wurde von der Beklagten hingegen nicht mehr bestritten (act. 44 S. 40 f.). Die Berechnungsweise des von der Klägerin geltend gemachten Dividendenausfalls im Konkurs der G._____ gilt somit als von der Beklagten anerkannt.

E. 3.3

Die Dividendenausschüttung von CHF 28.5 Mio. überschreitet die im Sinne bundesgerichtlicher Erwägungen neu errechnete Höhe der zulässigen Dividendenausschüttung von CHF 7.95 Mio. (vgl. dazu unten Ziffer 5.1.3) um CHF 20.55 Mio. Diese Zahl ist der von der Klägerin in der Replik vorgenommenen (act. 23 S. 35 f.) – und von der Beklagten anerkannten – Berechnungsweise des Dividendenausfalls im Konkurs der G._____ zugrunde zu legen. Ausgehend von einer um CHF 20.55 Mio. bzw. EUR 13.79 Mio. höheren Konkursforderung der Klägerin (anstatt CHF 21.73 Mio. bzw. EUR 14.58 Mio., vgl. act. 23 S. 35 Rz 130) und der im Konkurs der G._____ kollozierten Forderungen von EUR 1'347'687'819.– ergibt sich neu ein Gesamtausstand der G._____ (vor Abschlagszahlungen) von rund EUR 1'361'477'819.– (anstatt

- 28 - EUR 1'362'267'819.–, vgl. Rz 131). Die Höhe bisheriger Abschlagszahlungen von EUR 261'451'437.– macht 19.2% dieses Gesamtausstandes aus (vgl. Rz 132). Die Klägerin hätte auf ihrer im Konkurs der G._____ kollozierten Forderung von EUR 34'788'402.06 bisher Abschlagszahlungen von 19.2% und damit von insgesamt EUR 6'679'373.20 erhalten. Dies macht EUR 69'576.80 (bzw. CHF 103'669.40) weniger aus, als die Klägerin mit EUR 6'748'950.– tatsächlich erhalten hat. Beim zusätzlichen Ausstand von CHF 20.55 Mio. bzw. EUR 13.79 Mio. würden die Abschlagszahlungen im Umfang von 19.2% EUR 2'647'680.– bzw. CHF 3'945'600.– (anstatt EUR 2.8 Mio. bzw. CHF 4.172 Mio., vgl. Rz 133) betragen. Zieht man von den CHF 3'945'600.– die CHF 103'669.40 ab, ergibt sich ein Schaden in der Form eines Abschlagszahlungsausfalls von CHF 3'841'930.60 (anstatt CHF 4'068'330.50, vgl. Rz 133 f.). Diese – unabhängig von und vorgängig zur beklagtischen Eingabe vom 19. Januar 2015 (act. 81) erfolgte – Berechnung der Schadenshöhe deckt sich im Ergebnis auch mit der Berechnung der Beklagten, welche diese in ihrer unaufgeforderten Eingabe vom 19. Januar 2015 vorgenommen hat (vgl. act. 81, insb. Rz. 5 f.). Diese Schadenshöhe ist für die von der Klägerin geltend gemachte Pflichtverletzung der Gutheissung der Dividendenausschüttung trotz Fehlens von verwendbarem Eigenkapital (vgl. dazu unten Ziffer VI. 5.1) massgebend.

E. 3.4

An dieser Stelle ist auf die beklagtischen Vorbringen in der Eingabe vom 11. März 2013 einzugehen, mit der sie geltend macht, dass das Handelsgericht trotz der Aufhebung des gesamten Urteils an die in seinem Urteil vom 9. März 2012 festgestellte, vom klägerischen Rechtsbegehren in der Beschwerde abweichende Schadenshöhe von CHF 4'068'330.50 gebunden sei, da das Bundesgericht im Differenzbetrag zu CHF 4'519'500.– auf die Beschwerde nicht eingetreten sei (act. 56 S. 4 f. Rz 11 f.). In ihrer Beschwerde ans Bundesgericht beantragte die Klägerin, die Beklage sei zur Bezahlung von CHF 4'519'500.– zuzüglich 5% Zins seit 20. April 2001 zu verurteilen. Das Bundesgericht erwog, dass nach unbestrittener Feststellung der Vorinstanz die Klägerin ohne die behauptete Pflichtverletzung eine um CHF 4'068'330.50 höhere Konkursdividende erhalten hätte. Da der Beschwerde keine Begründung für den im Rechtsbegehren

- 29 - angeführten höheren Betrag zu entnehmen sei, sei insoweit auf die Beschwerde nicht einzutreten. Da die Sachverhaltsfeststellungen im angefochtenen Urteil jedoch nicht für einen reformatorischen Entscheid ausreichen, sei die Sache im Falle der Gutheissung ohnehin an die Vorinstanz zurückzuweisen (BGer 4A_248/2012 vom 7. Januar 2013, E. 1.2). Auf den Umfang der Bindung der Vorinstanz wurde schon oben hingewiesen; dieser ergibt sich aus der Begründung der Rückweisung (vgl. Ziffer III. 4). Hinsichtlich der Schadenshöhe ist zu berücksichtigen, dass im angefochtenen Urteil des Handelsgerichts vom 9. März 2012 eine eingehende Auseinandersetzung mit den verschiedenen geltend gemachten Schadensarten nicht stattgefunden hat. Es ist nämlich so, dass die Klägerin in der Replik lediglich den im Zusammenhang mit der Verletzung von Rückgewährvorschriften geltend gemachten Schaden neu auf CHF 4'068'330.50 errechnet. Im Zusammenhang mit dem Schaden aus Nichtverminderung der Passiven sowie dem Schaden als Folge pflichtwidrig unterlassener Wertberichtigungen auf den Darlehensforderungen macht sie in der Replik weiterhin – einstweilen als Teilbetrag – CHF 4'519'500.– geltend (act. 23 S. 36 f. Rz 135 ff.). Vor diesem Hintergrund kann nicht von einer unbestrittenen Feststellung des Schadens durch die Vorinstanz gesprochen werden. Eine Auseinandersetzung mit der Schadenshöhe erfolgte – mangels Anlass – auch durch das Bundesgericht nicht. Vielmehr wies das Bundesgericht die Sache an die Vorinstanz zurück. Dies tat es nicht gestützt auf Art. 107 Abs. 2 BGG, sondern in Anwendung von Art. 112 Abs. 3 BGG, damit die Vorinstanz "den rechtserheblichen Sachverhalt erhebe und neu entscheide" (BGer 4A_248/2012 vom 7. Januar 2013, E. 6). Da die Vorinstanz zur Erhebung des rechtserheblichen Sachverhalts angewiesen wurde, hat eine Beschränkung des Schadens auf CHF 4'068'330.50 nicht zu erfolgen.

E. 3.5

Der Schaden aus "Abschlagszahlungs-Ausfall" beruht auf der Begründung, dass bei einem Ausbleiben der Gewinnausschüttung die Forderung der Klägerin gegenüber der Pool-Führerin um rund CHF 23 Mio. bzw. CHF 21.73 Mio. höher gewesen wäre. Da das Vorliegen des Schadens aus "Abschlagszahlungs-Ausfall" bejaht wird und – wie zu zeigen sein wird – eine diesbezügliche Haftung der

- 30 - Beklagten vorliegt, muss der von der Klägerin eventualiter ins Feld geführte Schaden aus Nichtverminderung der Passiven (vgl. oben Ziffer 3.1) verneint werden, da dieser auf der – der oben genannten Sachverhaltskonstellation widersprechenden – Begründung beruht, dass die A. _____ mit den nicht als Dividende ausbezahlten Mitteln Schulden zurückbezahlt hätte. Beide Schäden können nicht gleichzeitig vorliegen: Hätte die A. _____ das Geld für die Schuldentrückzahlung gebraucht, wäre die klägerische Forderung gegenüber der Pool-Führerin nicht – wie für den Schaden aus "Abschlagszahlungs-Ausfall" geltend gemacht – um rund CHF 23 Mio. bzw. CHF 21.73 Mio. höher.

E. 3.6

Im Zusammenhang mit dem von der Klägerin subeventualiter vorgebrachten Schaden bzw. der Haftung als Folge pflichtwidrig unterlassener Wertberichtigungen auf den Darlehensforderungen wird auf die Ausführungen zur Pflichtverletzung verwiesen (unten Ziffer 5.3, insb. 5.3.3).

E. 4

Short Term Deposit

E. 4.1

Die Beklagte behauptet, die Nettoschuld der E._____ gegenüber der A._____ habe sich per Bilanzstichtag lediglich auf CHF 4'398'282.64 belaufen (und nicht auf CHF 7'183'055.54), da die A._____ der E._____ aus Lieferungen und Leistungen einen Betrag von umgerechnet CHF 2'784'772.90 geschuldet habe (act. 12 S. 22 f. Rz 94). Die Klägerin bestreitet dies und macht geltend, die Darlehensforderung der A._____ gegenüber der E._____ von rund CHF 7 Mio. und die Verpflichtung der A._____ gegenüber der E._____ von rund CHF 2.5 Mio. habe per 31. Dezember 2000 nicht verrechnet werden können, weil es an der Fälligkeit der Gegenforderung der A._____ gefehlt habe (act. 23 S. 31 Rz 109). Diese Behauptung gilt als unbestritten (act. 35 S. 5 f. Rz 10 ff. i.V.m. act. 44 S. 6 f.).

E. 4.2

Während es genügt, dass die eigene Schuld des Verrechnenden erfüllbar ist, muss die Schuld des Verrechnungsgegners fällig sein, damit man ihre Erfüllung mittels Verrechnung bewirken kann, mit anderen Worten muss die Verrechnungsforderung fällig und die Hauptforderung erfüllbar sein (BSK OR I-

- 31 - Peter, Art. 120 N 4). Die Verrechnung führt zum Erlöschen der Verrechnungs- und der Hauptforderung zu dem Teil, als sie sich wertmässig decken. Die Verrechnung wirkt auf den Zeitpunkt zurück, in dem dem Verrechnenden die fällige, durchsetzbare Verrechnungsforderung gegen den Verrechnungsgegner und diesem die erfüllbare Hauptforderung gegen den Verrechnenden zustanden (BSK OR I-Peter, Art. 124 N 5). Die Beklagte beschränkt sich darauf zu behaupten, die Nettoschuld der E._____ gegenüber der A._____ habe sich per Bilanzstichtag lediglich auf CHF 4'398'282.64 belaufen, da die A._____ der E._____ aus Lieferungen und Leistungen einen Betrag von umgerechnet CHF 2'784'772.90 geschuldet habe. Nähere Ausführungen hinsichtlich der Verrechnung macht die Beklagte nicht. So macht sie nicht geltend, dass die A._____ oder die E._____ Verrechnung erklärt hätten bzw. eine Verrechnung möglich war. Angesichts der unbestritten gebliebenen Behauptung der Klägerin, dass ihre Gegenforderung nicht fällig war, sowie der fehlenden eingehenderen Ausführungen der Beklagten zur Verrechenbarkeit der Forderungen ist die von der Beklagten behauptete Gegenforderung von der Schuld der E._____ gegenüber der A._____ aus STD nicht in Abzug zu bringen.

E. 5

Pflichtverletzung Unter dem Titel Pflichtverletzung wirft die Klägerin der Beklagten einerseits vor, dass sie im Rahmen der Revision des Jahresabschlusses 2000 hinsichtlich der beantragten Ausschüttung der Dividende von CHF 28.5 Mio. nicht auf den Verstoss gegen das Verbot der Einlagerückgewähr gemäss Art. 680 Abs. 2 OR aufmerksam gemacht bzw. die Dividendenausschüttung trotz Fehlens von verwendbarem Eigenkapital gutgeheissen habe. Andererseits habe sie auf das Fehlen der nötigen Liquidität für die Dividendenausschüttung nicht hingewiesen und es zudem unterlassen, die Notwendigkeit von Wertberichtigungen auf den Konzernforderungen festzustellen, sodass der Jahresgewinn 2000 in der Abschlussbilanz zu hoch ausgewiesen worden sei (act. 1 S. 24 Rz 83).

- 32 -

E. 5.1

Gutheissung des Antrags auf Dividendenausschüttung trotz Fehlens von verwendbarem Eigenkapital

E. 5.1.1

Zum erstgenannten Vorwurf führt die Klägerin Folgendes aus: Gemäss Abschlussbilanz der A. _____ habe die A. _____ per Ende 2000 auf der Passivseite für eine Dividendenausschüttung verwendbares Eigenkapital von CHF 29.17 Mio. ausgewiesen. Auf der Aktivseite der Bilanz seien unter dem Titel kurzfristige Darlehen mit einer Laufzeit von weniger als einem Jahr konzerninterne Darlehen von CHF 23.65 Mio. (CHF 16.45 Mio. Guthaben gegen G. _____ aus Cash Pooling, CHF 7.2 Mio. Guthaben gegen E. _____ aus Festgeld-Anlagen) ausgewiesen worden. Diese konzerninternen Darlehen hätten wegen des Verbots der Einlagenrückgewähr nur aus freien Mitteln ausgerichtet werden dürfen. Angesichts dieser Sachlage sei das für eine Dividendenausschüttung verwendbare Eigenkapital bereits in der Höhe von CHF 23.65 Mio. blockiert gewesen und hätte daher nur noch eine Dividendenausschüttung im Betrag von CHF 5.49 Mio. [recte: 5.52 Mio.] vorgenommen werden dürfen. Dementsprechend wirft die Klägerin der Beklagten vor, bei Gutheissung des Antrages auf Dividendenausschüttung das Verbot der Einlagenrückgewähr im Zusammenhang mit konzerninternen Darlehen nicht berücksichtigt zu haben (act. 1 S. 26 ff. Rz 90-112; Berechnung korrigiert in act. 23 S. 34). Die Beklagte macht demgegenüber geltend, es liege durch Darlehen an die E. _____ und G. _____ keine Einlagenrückgewähr vor. Sie behauptet, das ausschüttbare Eigenkapital habe CHF 30.42 Mio. betragen (Gewinn plus Reserven), die Darlehen seien nicht an einen direkten Aktionär geflossen (sondern an die "Grossmutter" [E. _____ als Aktionärin der D. _____, diese als Aktionärin der A. _____] und an die Schwester-Gesellschaft [G. _____ als direkte Tochtergesellschaft der E. _____]), wobei die für Darlehen an Aktionäre damals geltenden Regeln des Schweizer Handbuchs der Wirtschaftsprüfung von 1998 (HWP) eingehalten gewesen seien. Die A. _____ sei im Konzernverhältnis Nettoschuldnerin gewesen und die Darlehen seien im Zeitpunkt der

- 33 - Beschlussfassung über die Gewinnausschüttung am 20. April 2001 getilgt gewesen (act. 12 S. 44 ff. Rz 206-235).

E. 5.1.2

Eines der wichtigsten Prinzipien des Aktienrechts ist der Kapitalschutz. In dessen Dienst steht eine ganze Reihe zwingender Bestimmungen, mit denen sichergestellt werden soll, dass der AG stets ein Reinvermögen – d.h. Aktiven minus Fremdkapital – mindestens im Umfang von Grundkapital und gebundenen Reserven erhalten bleibt. Dazu gehört unter anderem das in Art. 680 Abs. 2 OR verankerte Verbot der Einlagenrückgewähr. Nach dieser Norm steht dem Aktionär kein Recht zu, den (für die Liberierung seiner Aktien) eingezahlten Betrag zurückzufordern, woraus die Rechtsprechung ein Kapitalrückzahlungsverbot ableitet, welches auch die Gesellschaft bindet. Ausser bei der Herabsetzung des Aktienkapitals nach Art. 732 ff. OR ist die Rückzahlung von Aktienkapital an einen Aktionär unzulässig und ein gleichwohl ausbezahlter Betrag muss zurückerstattet werden. Im Dienste des Kapitalschutzes stehen weiter die Vorschriften über die Dividendenausschüttung. Der verhältnismässige Anteil am Bilanzgewinn, der jedem Aktionär nach Art. 660 OR zusteht, darf nur aus dem Bilanzgewinn und aus hiefür gebildeten Reserven ausgerichtet werden (Art. 675 Abs. 2 OR). Der mit dieser Regel verfolgte Schutz vor ungerechtfertigten Eigenkapitalentnahmen, der u.a. durch strenge

formelle Anforderungen an einen Dividendenbeschluss sichergestellt wird, dient nicht nur den Interessen der Gesellschaftsgläubiger, sondern auch den Interessen der Gesellschaft selbst, allfälliger Minderheitsaktionäre sowie weiterer Wirtschaftsteilnehmer. Dabei versieht die Revisionsstelle eine zentrale Funktion: Sie hat die Korrektheit und Rechtmässigkeit der Bilanz als Grundlage für die Gewinnausschüttungen zu prüfen und den zuständigen Organen, namentlich der Generalversammlung, zu bestätigen, dass ein Bilanzgewinn zur Verfügung steht, der rechtmässig als Dividende in der beabsichtigten Höhe ausgeschüttet werden kann. Ausschüttungen an die Aktionäre, die sich nicht auf eine revidierte und genehmigte Jahresbilanz stützen, sind rechtswidrig (BGer 4A_248/2012 vom

E. 5.1.3

und 5.1.4.1). Bei der Prüfung des Antrages auf Dividendenausschüttung hat die Beklagte diesen Umstand nicht beachtet und ihre Pflicht dadurch verletzt, dass sie die Erklärung abgegeben hat, die vom Verwaltungsrat beantragte – die zulässige Höhe um CHF 20.55 Mio. übersteigende – Dividendenausschüttung von CHF 28.5 Mio. sei rechtskonform (vgl. BGer 4A_248/2012 vom 7. Januar 2013, E. 5).

E. 5.1.4

Die Klägerin rügt die Gutheissung des Antrages des Verwaltungsrates auf eine zu hohe Gewinnausschüttung mit der Begründung, das verwendbare Eigenkapital der A._____ von CHF 29.17 Mio. sei zufolge der konzerninternen Darlehen im Umfang von CHF 23.65 Mio. bereits beansprucht gewesen. Es sei ein Betrag von CHF 5.49 Mio. [recte CHF 5.52 Mio.] verblieben, welcher der Aktionärin als Dividende hätte ausgeschüttet werden dürfen (act. 1 S. 31 Rz 110). In der Replik errechnet die Klägerin den als Dividende ausschüttbaren Betrag auf CHF 6.77 Mio., indem sie von dem unter Art. 680 Abs. 2 OR für Aktionärsdarlehen verwendbaren Kapital von CHF 30.42 Mio. ausgeht und davon den für die Darlehen beanspruchten Betrag von CHF 23.65 Mio. abzieht (act. 23 S. 34).

E. 5.1.4.1

Doppelte Verwendung der freien Mittel An dieser Stelle ist auf diese von der Klägerin ins Feld geführte "doppelte" Verwendung der freien Mittel einzugehen. Wie ausgeführt, waren vorliegend CHF 32.85 Mio. im Lichte von Art. 680 Abs. 2 OR für die Ausrichtung der Aktionärsdarlehen verwendbares Kapital, nämlich der Bilanzgewinn von CHF 29.17 Mio., die allgemeine Reserve von CHF 1.25 Mio. und das Agio von CHF 2.43 Mio. Im Hinblick auf die Dividendenausschüttung gemäss Art. 675 Abs. 2 OR waren CHF 31.6 Mio. ungebundenes Kapital, nämlich der Bilanzgewinn von CHF 29.17 Mio. sowie das Agio von CHF 2.43 Mio. In diesem Zusammenhang stellt sich zunächst die Frage, ob die Darlehen an die G._____ und die E._____ in der Höhe von CHF 23.65 Mio. als Aktionärsdarlehen zu qualifizieren sind und somit in den Anwendungsbereich von Art. 680 Abs. 2 OR fallen. Unabhängig von der Beantwortung dieser Frage hatten die Darlehen als solche zwar keine Einlagenrückgewähr zur Folge, da die A._____ per 31. Dezember 2000 ein über diesen Betrag hinausgehendes, bezüglich der Beachtung des Verbotes der Einlagenrückgewähr ungesperrtes Kapital von CHF 32.85 Mio. auswies. Qualifizieren sich die Darlehen allerdings als

- 37 - Aktionärsdarlehen, sind sie – da sowohl sie als auch die Dividende den Bilanzgewinn beschlagen – bei der Bestimmung der ausschüttbaren Dividende zu berücksichtigen. In ihrer Höhe bewirken sie eine de facto-Sperrung der freien Mittel, welche – ohne die Existenz der Darlehen – für die Ausschüttung der Dividende zur Verfügung stehen würden.

Denn würden die Darlehen bei der Bestimmung der ausschüttbaren Dividende nicht berücksichtigt, würden die freien Mittel doppelt verwendet bzw. berücksichtigt, nämlich im Zusammenhang mit den erfolgten Aktionärsdarlehen einerseits und der geplanten Dividende andererseits. Nachfolgend ist zu prüfen, ob die Gewährung der Darlehen an die G._____ und die E._____ in den Schutzbereich des Art. 680 Abs. 2 OR fällt und eine de facto- Sperrung der freien Mittel in der Höhe der Darlehen zur Folge hatte, so dass eine Dividende nur noch aus freien Mitteln, welche nicht de facto für solche Darlehen gesperrt waren, ausgerichtet werden durfte.

E. 5.1.4.2

Zulässigkeit von Aktionärsdarlehen 5.1.4.2.1. Ein Darlehen an Aktionäre, welches unter dem Verbot der Kapitalrückgewähr zu prüfen ist, liegt dann vor, wenn Leistungen an Aktionäre, an Dritte zugunsten eines Anteiligners (z.B. Strohmann, Hintermann des Aktionärs) sowie an sonst dem Gesellschafter Nahestehende (z.B. verbundene Unternehmen) erfolgen (Bochud, Darlehen an Aktionäre aus wirtschaftlicher, zivil- und steuerrechtlicher Sicht, Diss. Bern 1991, S. 153; Schultz, Zur Problematik von Darlehen an Aktionäre aus Sicht der Kontrollstelle, in: Schweizerische Treuhand- und Revisionskammer (Hrsg.), Abschlussprüfung und Unternehmungsberatung, Festschrift zum 50-jährigen Bestehen der Schweizerischen Treuhand und Revisionskammer, Zürich 1975, S. 239; Blum, a.a.O, S. 706). 5.1.4.2.2. Die Lehre ist uneinheitlich bezüglich der Frage, in welchen Fällen Darlehen an Aktionäre gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr i.S.v. Art. 680 Abs. 2 OR verstossen. Hinsichtlich der Lehrmeinungen schliesst Blum, dass gemäss einem Teil der Lehre die Vorschriften über das geschützte Eigenkapital insofern eine absolute Schranke darstellen würden, als jedes Darlehen an einen Aktionär als verbotene Ausschüttung qualifizieren solle, sofern dieses den Betrag

- 38 - der freien Reserven überschreite, unabhängig davon, ob es zu Marktkonditionen gewährt werde oder nicht; gemäss einer anderen Lehrmeinung, welche von Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel als "wohl herrschend" bezeichnet werde, müsse hingegen zu Marktkonditionen (insbesondere bei ausreichender Bonität des Schuldners) ein Darlehen auch aus gebundenen Mitteln zulässig sein (Blum, a.a.O., S. 706, 710; auch von Tschäni wird die Lehre in diesem Sinne verstanden, vgl. Tschäni, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, Zürich/Basel/Genf 2003, 5. Kap. N 48). Maurer/Handle wiederum stellen die Lehrmeinungen so dar, dass Darlehen sowohl im Bereich der freien Reserve als auch im Bereich des geschützten Eigenkapitals unproblematisch seien, solange sie zu Marktkonditionen gewährt würden. Erfolge ein Leistungsaustausch hingegen nicht zu Marktkonditionen, so könne der Vorgang nach herrschender Lehre aktienrechtlich problematisch sein, weil Gesellschaftsinteresse und -kapital tangiert würden (Maurer/Handle, Pflichten und Verantwortlichkeit der Revisionsstelle im Zusammenhang mit konzerninternen Darlehen, GesKR 2013, S. 287 ff., 292). Böckli lehnt die Zulässigkeit von Aktionärsdarlehen aus gebundenen Mitteln ab, wenn der Aktionär an der Gesellschaft massgeblich beteiligt ist und das Darlehen etwa 10% des bilanzmässigen Eigenkapitals der Gesellschaft überschreitet, unabhängig davon, ob dieses zu Marktkonditionen gewährt wurde oder die Bonität des Darlehensnehmers gut ist. Solche Aktionärsdarlehen würden im Resultat in einer (verbotenen) Entliberierung resultieren, da im Umfang des Darlehens anstelle der "vom Gesetz gewollten Erfüllung wieder eine blosse Zahlungspflicht" trete (Böckli, Aktienrechtliches Sondervermögen und Darlehen an Aktionäre, in FS Vischer, 1983, S. 528 f., 538; Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2009, § 12 N

546). Auch Bochud sieht die Kapitalentnahmenormen tangiert, wenn Darlehen aus gesperrten Mitteln ausgerichtet werden (Bochud, a.a.O., S. 214). Er schliesst die Anwendung der Kapitalentnahmenormen bei denjenigen Darlehensforderungen der Gesellschaft gegen Aktionäre aus, die aus dem ordentlichen Geschäftsverkehr herrühren und zu üblichen Konditionen abgeschlossen worden

- 39 - sind. Ob es sich bei einem Darlehen um ein solches „Umsatzgeschäft“ handle, lasse sich anhand des statutarischen Zwecks der Gesellschaft überprüfen (Bochud, a.a.O., S. 147). Bochud plädiert sodann für die Zulässigkeit von Darlehen an die Gesellschafter, soweit diese ihrerseits Guthaben bei der Gesellschaft haben und diese obligationenrechtlich verrechenbar sind (Bochud, a.a.O., S. 150 Fn. 80 mit Hinweis auf Art. 213 f. SchKG und auf Schultz). Schultz schreibt, eine Verrechnung der von der Gesellschaft gegebenen mit erhaltenen Darlehen an Aktionäre dürfte nur in jenen Ausnahmefällen möglich sein, wo ein Verrechnungsanspruch durchgesetzt werden könne. Davon abgesehen sieht Schultz in der Gewährung von Aktionärsdarlehen aus den gesperrten Mitteln eine Kapitalrückzahlung nach Art. 680 Abs. 2 OR (Schultz, a.a.O., S. 239 f.). Nach Druey fällt ein Aktionärsdarlehen unter das Verbot der Einlagerückgewähr nach Art. 680 Abs. 2 OR, wenn es nicht aus den verfügbaren Reserven erfolgt und zudem die Bedingungen des Darlehens (insbesondere dessen Zins, Besicherung und Kündbarkeit sowie die Bonität des Schuldners) nicht denjenigen mit einem unabhängigen Dritten entsprechen (Guhl/Koller/Schnyder/Druey, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. A., Zürich 2000, § 67 N 103; Druey/Druey Just/Glanzmann, Gesellschafts- und Handelsrecht, 10. Aufl., Zürich 2010, § 11 N 75 f. mit Verweis auf Glanzmann, Der Darlehensvertrag mit einer Aktiengesellschaft aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, Diss. St. Gallen 1996, S. 9 f.). Binder schliesst aus dem geschützten Kapital entrichtete Darlehen an Aktionäre nicht grundsätzlich aus. Er sieht lediglich dann einen Verstoß gegen Art. 680 Abs. 2 OR, wenn der Rückerstattungsanspruch aufgrund eines bloss simulierten Darlehensvertrages oder der Zahlungsunfähigkeit des Aktionärs fiktiv ist. Gemäss Binder stellt ein Darlehen an Aktionäre letztlich ein Bewertungsproblem dar. Stellt der Rückzahlungsanspruch einen wirklichen Gegenwert dar, könne ein Darlehen auch Bestandteil des Mindestreinvermögens bilden. Das Grundkapital werde nicht gefährdet, sofern die Bonität des Aktionärs in Ordnung ist oder für das erhaltene Darlehen sogar Sicherheiten gestellt wurden (Binder, Das Verbot der Einlagerückgewähr im Aktienrecht, Diss. Bern 1980, S. 84 f.).

- 40 - Auch Kurer vertritt die Position, dass ein Darlehen dann gegen das Verbot der Einlagerückgewähr verstösst, wenn entweder nie eine ernst zu nehmende Rückzahlungsabsicht bestanden hat (fiktives Darlehen) oder der Aktionär von Anfang an nicht in der Lage war, das Darlehen zurückzuzahlen (BSK OR II-Kurer, Art. 680 N 22; dieser Ansicht schliesst sich auch Jagmetti an, vgl. Jagmetti, Cash Pooling im Konzern, Diss. Zürich 2007, S. 179). Maurer/Handle vertreten die Ansicht, dass – abweichend von der herrschenden Lehre – auch Darlehen, die zu marktgerechten Konditionen gewährt werden, konsequenterweise nur im Bereich der freien Reserven zulässig sind und zu einer de facto-Sperrung der freien Reserven führen, denn auch diese würden das geschützte Eigenkapital der Gesellschaft gefährden (Maurer/Handle, a.a.O., S. 296). Mit der Frage der Behandlung der Darlehen im Rahmen eines Cash Pools hatte sich das Bundesgericht noch nicht zu befassen. Hinsichtlich der Darlehensgewährung an einen Hauptaktionär erwog es aber, dass eine solche kein Klumpenrisiko darstellen dürfe, sondern nur im Rahmen einer vernünftigen Risikoverteilung erfolgen sollte (BGE 113 II 52). Nach Forstmoser/Meier-

Hayoz/Nobel gelte danach gemäss Bundesgericht das "arm's length principle", wonach in der Darlehensgewährung an Aktionäre sich die Gesellschaft nicht anders verhalten solle als gegenüber beliebigen Dritten. Dementsprechend sollte das Darlehen auch angemessen – wie gegenüber Dritten – abgesichert sein und muss die fristgerechte Rückzahlung des Darlehens ernsthaft gewollt sein (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 40 N 349-351). Festzuhalten ist, dass diese Überlegungen zur Darlehensgewährung innerhalb eines Konzerns allgemein auch für die Darlehensgewährung im Rahmen des Cash Pools gelten (so auch Handschin, Einige Überlegungen zum Cashpooling im Konzern, www.eskript.unibas.ch, S. 289). Für die Bewertung von Darlehen und die Beurteilung, ob sie marktgerecht sind, ist die bilanzielle Sichtweise ausschlaggebend. Daher können hinsichtlich des

- 41 - Darlehens an die G._____ etwaige im Rahmen eines Cash Pools bestehende nicht aktivierbare Gegenleistungen nicht berücksichtigt werden. 5.1.4.2.3. Für das Bundesgericht wie auch den weit überwiegenden Teil der Lehre ist – wie oben dargestellt – im Zusammenhang mit der Gewährung von Darlehen an den Aktionär das Prinzip des dealing at arm's length von entscheidender Bedeutung. In diesem Sinne müssen Darlehen, welche nicht aus den freien Reserven erfolgen, zu den gleichen Bedingungen gewährt werden wie an einen unabhängigen Dritten oder eine grundsätzliche Ausgewogenheit der Vertragsbedingungen aufweisen (für ein Verständnis im letzteren, weiteren Sinne: Rusch, Interzession im Interesse des Aktionärs - Sicherheitsbestellung für Verbindlichkeiten von Mutter- und Schwestergesellschaften in der Schweiz, Zürich 2004, S. 138). Die Beklagte bringt vor, sowohl für das Darlehen gegenüber der G._____ als auch für das STD gegenüber der E._____ hätten schriftliche Darlehensverträge zu üblichen Bedingungen bestanden. Nähere Ausführungen dazu macht sie nicht; insbesondere gibt sie nicht kund, um welche konkreten Verträge es sich dabei handeln soll (act. 12 S. 46 Rz 215). Die Klägerin stellt dies in Abrede. Die G._____ sei nach dem Reciprocal Loan Framework Agreement nicht verpflichtet gewesen, für ihre Schulden gegenüber der A._____ eine Sicherheit zu leisten. Die Zinskonditionen des Reciprocal Loan Framework Agreement seien auch nicht marktüblich gewesen: die G._____ habe den Poolteilnehmerinnen Kreditzinsen in Rechnung gestellt, welche bis zu 0.5% höher gelegen hätten als diejenigen der National Westminster Bank. Gleichzeitig habe sie den Poolteilnehmerinnen Darlehenszinsen gutgeschrieben, welche bis zu 0.5% tiefer gelegen hätten als diejenigen der National Westminster Bank. Auch die Darlehen gegenüber der E._____ seien nicht besichert gewesen. Im Übrigen sei die Rückzahlungsfähigkeit der E._____ und der G._____ entgegen der Darstellung der Beklagten nicht gegeben gewesen; die Darlehensforderungen gegenüber der E._____ und der G._____ hätten in der Bilanz der A._____ per Ende 2000 zwingend wertberichtigt werden müssen (act. 23 S. 16 f. Rz 47 ff.). Im Lichte dieser klägerischen – von der Beklagten nicht bestrittenen (vgl. act. 35 und 44) – Behauptungen, welche

- 42 - teilweise auch durch das Reciprocal Loan Framework Agreement belegt sind (act. 4/9), hat die A._____ die Darlehen innerhalb des Cash Pools als auch die Short Term Deposits ohne schriftliche Darlehensverträge sowie ohne Sicherheit gewährt. Es kann ohne Weiteres angenommen werden, dass einem unabhängigen Dritten solche Darlehen nicht gewährt worden wären. Bei Gesellschaften ausserhalb des Finanzsektors muss diese Frage ohnehin häufig verneint werden, erfolgen solche Darlehen doch societatis causa (Rusch, a.a.O., S. 138). Die Beklagte bringt mehrfach vor, die E._____ habe sämtliche

Verpflichtungen der G._____ garantiert, und beruft sich dabei auf eine zwischen der G._____ und der E._____ am 22. Dezember 2000 geschlossene Vereinbarung (act. 12 S. 16 Rz 49, S. 51 Rz 249 und S. 66 Rz 343; act. 13/14). Wie die Klägerin in zutreffender Weise entgegnet (vgl. act. 23 S. 31 f. Rz 110 ff.), waren die Parteien der Vereinbarung die E._____ und die G._____; die A._____ war weder Partei noch wird sie in der Vereinbarung erwähnt, womit sie weder Einfluss auf das (Weiter-)Bestehen der Vereinbarung hatte noch gestützt darauf irgendwelche Forderungen stellen oder Rechte ableiten konnte. Es ist nicht ersichtlich, wie sich aus dieser Vereinbarung eine Haftbarkeit der E._____ gegenüber den Poolteilnehmerinnen für die Verbindlichkeiten der G._____ ergeben soll; die Vereinbarung stellt höchstens eine Garantie gegenüber der G._____ dar und nicht gegenüber dritten, an der Vereinbarung nicht beteiligten Parteien. Da der Hintergrund der Vereinbarung aus den Akten im Übrigen nicht erhellt, kann diese hier auch nicht eingehender beurteilt werden. Die Beklagte weist weiter auf die Regeln des Schweizer Handbuchs der Wirtschaftsprüfung von 1998 (HWP Band 1, 2.38312) hin, wonach Darlehen an Aktionäre und diesen nahestehende Personen dann gegen Art. 680 Abs. 2 OR verstossen, "wenn aus den Umständen darauf zu schliessen ist, dass der Darlehensnehmer nicht oder nicht mehr willens oder von Anfang an nicht in der Lage gewesen ist, das Darlehen zurück zu zahlen, und dieses Darlehen ausserdem grösser ist als die Differenz zwischen den Eigenmitteln der Gesellschaft (einschliesslich stiller Reserven) und dem einbezahlten Aktienkapital

- 43 - (und einem allfälligen Agio). Das Fehlen eines schriftlichen Vertrags mit Zins- und Rückzahlungskonditionen sowie Sicherheiten kann ein Indiz dafür sein, dass eine Rückzahlung nicht beabsichtigt ist". Die beiden Darlehen würden nicht unter Art. 680 Abs. 2 OR fallen, da die erstgenannte Voraussetzung nicht gegeben sei (act. 12 S. 45 f. Rz 213 ff.). Daraus kann die Beklagte nichts zu ihren Gunsten ableiten. Hinsichtlich der im Handbuch erwähnten, aus den Umständen zu folgernden Rückzahlungsunwilligkeit bzw. -unfähigkeit der Darlehensnehmers ist zunächst zu bemerken, dass für die beiden streitgegenständlichen Darlehen keine schriftlichen Darlehensverträge vorliegen. Zwar besteht hinsichtlich des Darlehens an die G._____ ein zwischen dieser und der A._____ abgeschlossenes Reciprocal Framework Agreement, worin sich die Parteien zur gegenseitigen Darlehensgewährung verpflichten und die Darlehenszinsen geregelt werden. Es handelt sich dabei jedoch um einen Rahmenvertrag, welcher sich mit den einzelnen Forderungen nicht befasst. Das Vorliegen eines – im Sinne des HWP – konkret das an die G._____ gewährte Darlehen betreffenden Vertrages, welcher die Sicherheiten sowie die Zins- und Rückzahlungskonditionen regelt, wurde nicht behauptet; zudem wurde ein solcher als Beweismittel weder eingereicht noch offeriert. Bezüglich des an die E._____ gewährten Darlehens (Short Term Deposit) lassen sich den Akten keine konkreten Ausführungen zu den betreffenden Bedingungen entnehmen. Auch diesbezüglich wurde ein Vertrag als Beweismittel weder eingereicht noch offeriert. Weiter behauptet die Beklagte zwar, die beiden Darlehensnehmerinnen hätten regelmässig Rückzahlungen vorgenommen. Nähere Ausführungen oder Belege zu den Rückzahlungen finden sich jedoch keine. Hinsichtlich des Darlehens an die G._____ ist gemäss unbestritten gebliebenen klägerischen Ausführungen in der Replik die A._____ im Zeitraum Ende Dezember 2000 bis Ende Juni 2001 lediglich an einem einzigen Tag, am 20. Februar 2001, Schuldnerin der G._____ gewesen, und dies nicht weil die G._____ ihre Ausstände beglichen hätte, sondern vielmehr die A._____ vermutlich an diesem Tag über den Cash Pool einen Zahlungsauftrag ausführen liess (act. 23 S. 29 Rz 101). Unter dem Gesichtspunkt der Zahlungsfähigkeit muss zudem angesichts der die K._____ -Gruppe betreffenden gerichtsnotorischen

Ereignisse im Jahr 2001 (vgl. BGer 5A_386/2008 vom 6. April 2009) die Bonität

- 44 - der G._____ und die E._____ per Ende 2000 zumindest in Frage gestanden haben; die Beklagte behauptet nicht, sich hinsichtlich der Aktionärsdarlehen mit der Bonität der Schuldnerinnen befasst zu haben. Da weder schriftliche, die Rückzahlungsbedingungen regelnde Darlehensverträge vorliegen, noch die (regelmässigen) Rückzahlungen dokumentiert sind – eine Rückzahlungsabsicht also nicht auf der Hand liegt –, und weiter auch die Rückzahlungsfähigkeit der Schuldnerinnen zweifelhaft gewesen sein muss, muss davon ausgegangen werden, dass die erstgenannte Voraussetzung des HWP für unzulässige Aktionärsdarlehen entgegen der beklaglichen Ansicht erfüllt ist. Insbesondere ist festzustellen, dass das HWP den vom Bundesgericht vertretenen Grundsatz des dealing at arm's length bestätigt. Die zweitgenannte Voraussetzung des HWP (Berechnung der Darlehenshöhe) ist nicht gegeben, sodass die Aktionärsdarlehen – wie bereits gezeigt (oben Ziffer 5.1.4.1) – für sich allein nicht gegen Art. 680 Abs. 2 OR verstossen. Sie sind aber bei der Bestimmung der Höhe der Dividendenausschüttung rechnerisch zu berücksichtigen. 5.1.4.2.4. Im Lichte des Vorstehenden kann festgehalten werden, dass – in Anwendung des vom Bundesgericht für die Gewährung von Aktionärsdarlehen vertretenen Grundsatzes des dealing at arm's length – die Aktionärsdarlehen an die G._____ und die E._____ unabhängigen Dritten nicht zu den gleichen Bedingungen gewährt worden wären. Unter diesen Umständen fallen sie unter Art. 680 Abs. 2 OR und bewirken eine de facto-Sperrung der für die Dividendenausschüttung verwendbaren freien Mittel.

E. 5.1.4.3

"Verrechnung" im Rahmen des Cash Pools 5.1.4.3.1. Die Beklagte macht geltend, der Cash Pool habe in rechtlicher Hinsicht zu einer "Verrechenbarkeit" sämtlicher Forderungen von Poolteilnehmern untereinander und mit der G._____ geführt, selbst wenn für eine eigentliche Verrechnung die (unmittelbare) Gegenseitigkeit gefehlt habe. So habe jeder Poolteilnehmer Guthaben gegenüber der G._____ jederzeit dadurch "einkassieren" können, dass er zur Tilgung seiner Verbindlichkeiten gegenüber anderen Poolteilnehmern Vergütungsaufträge ausgestellt habe. Mit dem Saldoausgleich am entsprechenden Tag sei er von seiner Schuld gegenüber dem

- 45 - anderen Poolteilnehmer befreit worden. Der begünstigte Poolteilnehmer sei im entsprechenden Umfang Gläubiger gegenüber der G._____ geworden, wogegen das Guthaben des belasteten Poolteilnehmers gegenüber der G._____ gleichermassen reduziert und damit einkassiert worden sei. Die Beklagte stellt die "Verrechnung" anhand des folgenden Beispiels dar: Wenn die Konzerngesellschaft A der Konzerngesellschaft B CHF 50 Mio. zahlen sollte, und umgekehrt die B der A CHF 20 Mio., dann übertrug zwar die A der B CHF 50 Mio., und die B der A CHF 20 Mio., wobei entsprechende Vergütungsaufträge erteilt und von der H._____ Gutschrifts- bzw. Belastungsanzeigen ausgestellt wurden. Am Abend wurden dann aber die Saldi auf das Zielkonto übertragen und gleichzeitig die Scharnierkonti zwischen A bzw. B und der G._____ nachgeführt, womit A nun der G._____ CHF 30 Mio. schuldete und B gegenüber der G._____ ein Guthaben von CHF 30 Mio. hatte (act. 12 S. 27 f. Rz 127 ff.). Per 31. Dezember 2000 habe die A._____ den anderen Poolteilnehmern einen Betrag von insgesamt CHF 26'116'445.85 geschuldet, womit ihre Gesamtschuld die Forderungen gegenüber der G._____ um CHF 9'649'753.65 überstiegen habe. Diese Schulden habe sie – jedenfalls am 31. Dezember 2000 und bis zur Aufhebung des Cash Pools – mit ihrer Forderung gegen die G._____ verrechnen können. Die grösste Einzelschuld der A._____ gegenüber einem Poolteilnehmer habe per

31. Dezember 2000 umgerechnet CHF 19'269'070.10 betragen und gegenüber der J._____ AG ("J._____") bestanden. Dieser Ausstand sei am 31. Dezember 2000 seitens der A._____ längstens innert 30 Tagen zur Zahlung fällig gewesen. Allein schon aufgrund dieser einen Schuld der A._____ und ihrer Verrechnungsmöglichkeit im Cash Pool sei daher das Guthaben gegenüber der G._____ vollumfänglich werthaltig gewesen. Diese Verbindlichkeit gegenüber der J._____ sei in der Folge auch effektiv längstens innert 30 Tagen seit dem 31. Dezember 2000, d.h. bis spätestens Ende Januar 2001, über den Cash Pool beglichen worden. Das Guthaben der A._____ gegenüber der G._____ per 31. Dezember 2000 sei auf jeden Fall am 20. Februar 2001 vollumfänglich getilgt gewesen. An diesem Datum habe die A._____ gegenüber der G._____ kein Guthaben mehr gehabt, sondern habe ihr CHF 1'430'871.27 geschuldet (act. 12 S. 48 Rz 229 ff.).

- 46 - Die Klägerin bestreitet die Verrechnungsmöglichkeit, da es an der Voraussetzung der Gegenseitigkeit der Forderungen gefehlt habe; eine Forderung gegenüber der G._____ habe nicht mit einer Schuld gegenüber der J._____ oder einer anderen Konzerngesellschaft verrechnet werden können. Das Fehlen der Gegenseitigkeit könne auch nicht durch die abstrakte Möglichkeit des Nettings über den Cash Pool "kompensiert" werden (act. 23 S. 29 f. Rz 103 ff.). Im Übrigen sei die A._____ im Zeitraum Ende Dezember 2000 bis Ende Juni 2001 einzig am 20. Februar 2001 Schuldnerin der G._____ gewesen. An allen anderen 180 Tagen sei sie Gläubigerin gewesen. Es sei auch nicht so, dass die G._____ Rückzahlungen geleistet hätte. Vielmehr seien über sie schlicht die konzerninternen Zahlungsströme gebündelt worden. Dass die A._____ am 20. Februar 2001 keine Darlehensforderung gegenüber der G._____ gehabt habe, sei demnach nicht darauf zurückzuführen, dass die G._____ ihre Ausstände beglichen hätte. Vielmehr habe die A._____ vermutlich an diesem Tag einen Zahlungsauftrag ausführen lassen. Die G._____ sei lediglich die "Durchlaufstelle" gewesen (act. 23 S. 29 Rz 101). 5.1.4.3.2. Dass es sich bei der von der Beklagten geltend gemachten Verrechnung – welche dazu führen soll, dass Art. 680 Abs. 2 OR nicht tangiert wird bzw. im Resultat gar keine Kapitalrückzahlung an die Aktionärin vorliegt – nicht um eine solche nach Art. 120 OR handeln kann, steht ausser Frage. Es fehlt an der Gegenseitigkeit der Forderungen, indem die G._____ die Darlehensschuldnerin der A._____ im Cash Pool war und die A._____ ihrerseits Schuldnerin anderer Poolteilnehmerinnen war (aber nicht der G._____ oder der E._____). Auf eine Verrechnung nach Art. 120 OR beziehen sich aber Bochud und Schultz, wenn sie von der Zulässigkeit von Darlehen an die Gesellschafter ausgehen (vgl. oben IV. 5.1.4.2.2). Zwar hat die Beklagte Recht, wenn sie darauf hinweist, dass sich das Darlehen einer Poolteilnehmerin an die G._____ verminderte, wenn die Darlehensgeberin eine Verbindlichkeit gegenüber einem anderen Poolteilnehmer über den Cash Pool tilgte. Eine solche Situation kann jedoch aus verschiedenen Gründen nicht einer Verrechnung im Sinne von Art. 120 OR gleichgesetzt werden: Infolge der fehlenden Gegenseitigkeit würde eine solche Gleichsetzung dem – vom Bundesgericht betonten (vgl. BGer

- 47 - 4A_248/2012 vom 7. Januar 2013, E. 3.2) – Kapitalschutz als einem der wichtigsten Prinzipien des Aktienrechts widersprechen: Wie die Klägerin richtig darlegt, wäre im Konkurs der J._____ die A._____ verpflichtet gewesen, ihre gesamte ausstehende Schuld gegenüber der J._____ von rund CHF 19 Mio. zu bezahlen und hätte ihr Guthaben gegenüber der G._____ nicht im Sinne von Art. 213 SchKG zur Verrechnung bringen können. Weiter hätte die A._____ im Konkurs der G._____ ihre Verpflichtung gegenüber der J._____ von rund CHF 19 Mio. nicht mehr durch Verrechnung mit ihrem Guthaben

gegenüber der G._____ (teilweise) begleichen können. Sie hätte zum einen der J._____ rund CHF 19 Mio. geschuldet, ihre Forderung von rund CHF 16 Mio. gegenüber der G._____ aber wohl nicht oder nur noch zum Teil realisieren können (vgl. act. 23 S. 30 Rz 107). Es wurde schon oben festgehalten, dass die Überlegungen für die Darlehensgewährung innerhalb eines Konzern allgemein auch für die Darlehensgewährung im Rahmen des Cash Pools gelten (vgl. Ziffer VI. 5.1.4.2.2). Vor diesem Hintergrund erscheint die Abwicklung der Zahlungen über den Cash Pool als eine blosser Zahlungsmodalität, welche die Zahlungsfähigkeit der Poolteilnehmerinnen und die Funktion des Cash Pools bedingt. Auch aus diesem Grund rechtfertigt sich keine Gleichstellung mit der Verrechnung nach Art. 120 OR. Würde man hier von einer Verrechnungslage ausgehen, müsste im umgekehrten Fall, wo eine Poolteilnehmerin Schuldnerin der G._____ ist, das Darlehen der G._____ im Hinblick auf eine Dividendenausschüttung der Poolteilnehmerin ausser Acht gelassen werden, insofern die Poolteilnehmerin Forderungen in mindestens der gleichen Höhe gegenüber anderen Poolteilnehmerinnen hätte. Wird in einem solchen Fall die Dividende nicht vollständig aus freien Reserven ausgeschüttet, wirkt sich im Falle eines Konkurses der Poolteilnehmerin die Quasi-Verrechnung zulasten ihrer Gläubiger aus. Kann im Falle eines Konkurses infolge fehlender Gegenseitigkeit nicht verrechnet werden, ist der Poolteilnehmerin mit der Dividendenausschüttung Kapital zum Nachteil der Gläubiger entnommen worden. Die Poolteilnehmerin wäre noch immer verpflichtet, der Pool-Führerin ihre Forderung zu erstatten. Ihrerseits würde sie im

- 48 - Konkurs ihrer Schuldnerinnen (andere Poolteilnehmerinnen) nicht die volle Forderung erhalten. Der Umstand, dass es an der Gegenseitigkeit der Forderungen fehlt und diese nicht jederzeit (und auch im Konkurs) verrechnet werden können, führt dazu, dass sich in einer solchen Situation der Wert der Forderungen je nach Bonität des Schuldners ändert und neu beurteilt werden müsste. Die Verrechnung nach Art. 120 OR ist mit einer solchen Unsicherheit hingegen nicht behaftet, als zum Nominalwert der Forderungen verrechnet wird und eine von vornherein exakt berechenbare Restforderung bleibt. Beim Notional Cash Pooling, wo lediglich anhand des Totalsaldos ein Zins bestimmt wird und die Guthaben nicht verschoben werden, würde eine mit der Verrechnungslage vergleichbare Situation wohl nicht geltend gemacht. Auch aus diesem Grund rechtfertigt es sich nicht, bei dem das gleiche Ziel verfolgenden Zero Balancing Cash Pooling eine Verrechnungslage anzuerkennen. Hinsichtlich der Erwägungen im aufgehobenen Entscheid des Handelsgerichts vom 9. März 2012 (act. 50), wonach die beschlossene Dividende (über den Cash Pool) mittels Quasi-Verrechnung an die Alleinaktionärin (D._____ AG) ausgeschüttet worden sei, hielt das Bundesgericht fest, dass nach den Feststellungen im angefochtenen Urteil nicht fest stehe, dass in der massgebenden Bilanz per 31. Dezember 2000 ein Darlehen an die Alleinaktionärin (D._____ AG) ausgewiesen worden sei. Nach den Feststellungen der Vorinstanz habe es sich dabei vielmehr um Darlehen an die Pool-Führerin G._____ einerseits und um Festgelder an die Holding andererseits gehandelt. Eine Verrechnung habe daher mangels Gegenseitigkeit im Zeitpunkt der Erstellung des Revisionsberichts nicht in Aussicht gestanden (BGer 4A_248/2012 vom 7. Januar 2013, E. 3.3). Zu bemerken ist in diesem Zusammenhang, dass die D._____ ebenfalls Teilnehmerin im CHF-, EUR- und USD-Pool war (act. 4/6- 8). Hinsichtlich der Verrechenbarkeit der Forderungen im Rahmen des Cash Pools vertritt das Bundesgericht somit die Ansicht, dass die Gegenseitigkeit der Forderungen gegeben sein muss und eine wie hier vorliegende Konstellation das Erfordernis der Gegenseitigkeit nicht erfüllt.

- 49 - So wird auch in der Literatur zum Thema Cash Pooling dafür plädiert, dass freie Reserven nicht überschritten werden sollen. Dass diesem Erfordernis auch durch eine Quasi-Verrechnung im Rahmen des Cash Pools begegnet werden könnte, wird in der Literatur nicht vorgebracht. Hinsichtlich des Cash Pooling erachtet Müller das Verbot der Einlagenrückgewähr nur dann nicht als tangiert, wenn das Cash Management durch den Gesellschaftszweck gedeckt ist, das maximale Risiko eines definitiven Mittelabflusses die freien Reserven zu keinem Zeitpunkt übersteigt, branchenübliche Konditionen vorliegen (at arm's length) und die Möglichkeit besteht, die Vereinbarung im Falle einer Bonitätsverschlechterung der begünstigten Gruppengesellschaften kurzfristig aufzulösen (Müller, Cash Pooling im Konzern, www.advocat.ch, S. 2, 3 und 5, mit einer Checkliste für den Verwaltungsrat, S. 5 f.). Hinsichtlich der Darlehen im Rahmen des Zero Balancing Cash Pooling vertritt Blum die Auffassung, dass die notwendige vertragliche Beschränkung des Verlustrisikos auf den Betrag der freien Reserven oder sogar der überschüssigen Liquidität, um dem Problem des Mittelabflusses über die freien Reserven hinaus sowie der Gefahr eines Konkurses zufolge Liquiditätsschwierigkeiten zu begegnen, nicht möglich ist. Eine Milderung des Risikos sei durch Zurverfügungstellung nur eines Teils der Liquidität und durch ständiges Reporting über die freien Reserven zu erreichen. Das Gesellschaftsrecht verlange, dass das Verlustrisiko jederzeit auf den Betrag der freien Nettoreserven beschränkt sein müsse (Blum, a.a.O., S. 713 f.). Festzuhalten bleibt, dass entgegen der Meinung der Beklagten nicht von einer "Verrechenbarkeit" der Darlehen im Rahmen des Cash Pools auszugehen ist. Die ausgerichteten Darlehen fallen unter Art. 680 Abs. 2 OR, womit ihre Höhe bei der Bestimmung des für die Dividendenausschüttung zur Verfügung stehenden Betrages zu berücksichtigen ist.

E. 5.1.4.4

Massgebender Zeitpunkt der Prüfung 5.1.4.4.1. Die Beklagte stellt sich nun auf den Standpunkt, eine mehrfache Verwendung der freien Mittel habe gar nicht stattgefunden. Sie behauptet, per 31. Dezember 2000 sei ein ausschüttbarer Gewinn von CHF 28.5 Mio. vorhanden gewesen, wie dies die vom Verwaltungsrat erstellte und von der Beklagten als

- 50 - Revisionsstelle geprüfte Jahresrechnung 2000 ausgewiesen habe. Damit habe der Gewinnverwendungsantrag des Verwaltungsrates Gesetz und Statuten entsprochen. Per 31. Dezember 2000 habe die A._____ aber noch keine Verpflichtung gegenüber der D._____ auf Ausrichtung einer Dividende gehabt. Als der den Anspruch begründende Beschluss der Generalversammlung vom 20. April 2001 gefasst worden sei, seien die per 31. Dezember 2000 bestehenden, hier Streitgegenstand bildenden Darlehen an die G._____ und die E._____ bereits vollständig getilgt gewesen (act. 12 Rz 270 f.). Zudem macht die Beklagte unter Hinweis auf verschiedene Normen des Revisionshandbuches geltend, es komme auf den letzten der Revisionsstelle vorgelegten Antrag des Verwaltungsrates an; dieser müsse (spätestens) per Datum der Generalversammlung Gesetz und Statuten entsprechen (act. 12 S. 46 ff. Rz 220 ff.; S. 55 Rz 272 f.). 5.1.4.4.2. Hinsichtlich der Pflichtverletzung der Beklagten spricht sich das Bundesgericht im Rückweisungsentscheid klar für die Massgeblichkeit des Stichtagsprinzips aus (BGer 4A_248/2012 vom 7. Januar 2013, E. 1.4.2). Danach ist für die Frage, ob genügend ausschüttbare Mittel vorhanden sind, der Bilanzstichtag – vorliegend somit der 31. Dezember 2000 – massgebend (BSK OR II-Kurer, Art. 675 N 24; so auch die Klägerin in act. 23 S. 18 Rz 57). Da die Beklagte nicht behauptet, sie habe im Hinblick auf die Gewinnausschüttung einen Zwischenabschluss erstellt, welcher die Rückzahlung der Darlehen aber auch weitere Ereignisse bis zu diesem

Datum berücksichtigt, ist die behauptete Rückzahlung der Darlehen insofern unbeachtlich.

E. 5.1.4.5

Fazit Die Darlehen an die G._____ und die E._____ in der Höhe von CHF 23.65 Mio. fallen in den Anwendungsbereich von Art. 680 Abs. 2 OR. Da die A._____ Ende 2000 ein über diesen Betrag hinausgehendes, bezüglich der Einlagenrückgewähr ungesperres Kapital von CHF 32.85 Mio. auswies, hatten die Darlehen als solche zwar keine Einlagenrückgewähr zur Folge. Allerdings bewirkten sie im Hinblick auf eine Dividendenausschüttung eine de facto-Sperrung der für diese zur Verfügung stehenden freien Mittel. Eine Dividende durfte nur noch aus freien

- 51 - Mitteln, welche nicht de facto für die Darlehen gesperrt waren, ausgerichtet werden. Die Ende 2000 für die Dividendenausschüttung verwendbaren freien Mittel der A._____ von CHF 31.6 Mio. waren zufolge der konzerninternen Darlehen im Umfang von CHF 23.65 Mio. de facto gesperrt, womit vorliegend eine Dividendenausschüttung von lediglich CHF 7.95 Mio. zulässig gewesen wäre (CHF 31.6 Mio. minus CHF 23.65 Mio.; zur Berechnung vgl. auch oben Ziffer

E. 5.2

Gutheissung des Antrags auf Dividendenausschüttung trotz Gefährdung der Liquiditätsversorgung

E. 5.2.1

Die Klägerin führt aus, die A._____ habe sich die benötigte Liquidität aus dem Cash Pool besorgt, eine andere Liquiditätsquelle habe ihr nicht zur Verfügung gestanden (und das bei liquiden Mitteln der A._____ von nur CHF 217'000.– per Ende 2000). Die Liquiditätsversorgung wäre nur dann gesichert gewesen, wenn die G._____ über ausgezeichnete Bonität verfügt hätte, was nicht der Fall gewesen sei. Dementsprechend habe nicht darauf vertraut werden können, dass die G._____ die notwendigen flüssigen Mittel für die Dividendenzahlung würde bereitstellen können, und hätte die Beklagte darauf hinweisen müssen, dass die Ausschüttung einer Dividende mit der Liquiditätssituation nicht vereinbar sei (act. 1 S. 51 f. Rz 182 ff.). Im Falle, dass eine Bezahlung über den Cash Pool aus irgendwelchen Gründen nicht möglich gewesen wäre (Zahlungsunfähigkeit der G._____, ausserordentliche Kündigung durch die H._____, Verarrestierung oder Beschlagnahme des Master Account), hätte die A._____ zudem nicht nur zur Deckung ihres laufenden Liquiditätsbedürfnisses, sondern zusätzlich auch noch zur Begleichung der Dividendenforderung ihrer Aktionärin einen Kredit aufnehmen müssen (act. 23 S. 32 f. Rz 115).

- 52 - Die Beklagte bestreitet ihre Pflicht zur Vornahme eines Solvenztests bezüglich der Dividendenausschüttung und führt aus, dass die Ausschüttung der Dividende die Fortführung der A._____ nicht gefährdet habe. Die Beklagte habe von den Pool-Vereinbarungen Kenntnis gehabt und davon ausgehen dürfen, dass die Dividende über den Cash Pool ausbezahlt werden würde. Damit habe sie aber auch davon ausgehen dürfen, dass die A._____ keinen Cash-Bestand ausserhalb des Pools aufzubauen habe, da die D._____ verpflichtet gewesen sei, die Forderung der A._____ gegen die G._____ (falls bei Auszahlung der Dividende noch bestehend) an Zahlungsstatt entgegen zu nehmen. Die Klägerin anerkenne zu Recht, dass die Dividende auch tatsächlich am 28. Juni 2001 über den Cash Pool von der A._____ an die D._____ gelangt sei. Damit anerkenne sie auch, dass

kein Abfluss von Liquidität erfolgt sei, sondern vielmehr der Abbau eines entsprechenden Guthabens bei der G._____ (act. 12 S. 56 ff. Rz 275-287).

E. 5.2.2

Die Dividendenzahlung darf die Gesellschaft nicht in einen Liquiditätsengpass mit weitreichenden Folgen führen (BSK OR II-Kurer/Kurer, Art. 675 N 29). Der Auffassung der Klägerin, dass aufgrund der Herkunft der Liquidität von der G._____ und deren fehlender Bonität die Gutheissung des Antrages auf Ausschüttung der Dividende pflichtwidrig gewesen sei, kann angesichts der Ausgestaltung des Cash Pools nicht beigeplant werden. Die Mittel stammten ja nicht aus der eigenen Kasse der G._____, sondern diese verwaltete die Liquidität der Konzerngesellschaften der E._____. Dass bei der G._____ überhaupt keine Gelder aus den Aktivitäten der Poolgesellschaften mehr eingehen würden und der gesamte Cash Pool zusammenbrechen würde, behauptet die Klägerin sodann nicht; dies erschien im Zeitpunkt der Prüfung des Antrages durch die Beklagte wohl auch nicht als wahrscheinlich oder gar absehbar. Da die Klägerin selber zugesteht, dass die Dividende über den Cash Pool zahlbar war, was die Beklagte als Revisionsgesellschaft der A._____ sowie des gesamten Konzerns – unbestrittenermassen – wusste, ist das Argument der beklagten Pflichtwidrigkeit im Zusammenhang mit der Berücksichtigung der Liquiditätssituation der A._____ nicht stichhaltig.

- 53 -

E. 5.3

Gutheissung des Antrags auf Dividendenausschüttung trotz Notwendigkeit einer Wertberichtigung der Darlehensforderungen

E. 5.3.1

Die Klägerin trägt in der Klageschrift vor, bei der Prüfung der Jahresrechnung gelte unter anderem der Grundsatz der Wesentlichkeit. Die Geldanlagen der A._____ bei der E._____ und der G._____ hätten beinahe 10% (9.55%) der gesamten Bilanzsumme ausgemacht und die zweitgrösste Einzelposition in der Bilanz der A._____ dargestellt. Die Beklagte hätte der Position „Loans to fully-consolidated companies“ also schon angesichts der Grössenordnung besondere Aufmerksamkeit schenken sollen. Hinzu komme, dass der Revisionsstelle (wie auch der breiten Öffentlichkeit) die finanziellen Probleme der K._____Gruppe zur Zeit der Revisionsarbeiten im Frühjahr 2001 bekannt gewesen seien und die Revisionsstelle über die wirtschaftliche Verflechtung der A._____ mit der K._____Gruppe und die entsprechenden Abhängigkeiten bestens informiert gewesen sei. Bei der materiellen Prüfung von (ungesicherten) Darlehensforderungen gehe es neben dem Feststellen deren tatsächlichen Bestands primär um die Abklärung der Bonität des Schuldners. Ist die Bonität des Schuldners nicht mehr gewährleistet, sei in Anwendung des Vorsichtsprinzips auf Forderungen eine Wertberichtigung vorzunehmen. Die Forderungen der A._____ gegen die G._____ von 16.45 Mio. und gegen die E._____ von CHF 7.2 Mio. seien zu ihren Nominalwerten ausgewiesen worden, obwohl sie wegen der fehlenden Bonität hätten wertberichtigt werden müssen. Dass tatsächlich ein Wertberichtigungsbedarf bestanden habe, zeige sich im Übrigen darin, dass die A._____ heute hohe, nicht mehr einbringliche Ausstände gegen die beiden Darlehensnehmerinnen habe. Bei einer Wertberichtigung nur schon im Umfang von 3% auf den Forderungen hätte der Gewinn nicht mehr ausgereicht, um die vorgesehene Dividende zu bezahlen. Bei einer Wertberichtigung um 18% wäre der Tatbestand des hälftigen Kapitalverlusts im Sinne von

Art. 725 OR erfüllt gewesen und bei einer solchen von 32% wäre die A._____ im Zeitpunkt der Dividendenausschüttung überschuldet gewesen. Der seitens der Beklagten unterlassene Hinweis auf einen Wertberichtigungsbedarf sei daher pflichtwidrig (act. 1 S. 52 ff. Rz 187-194).

- 54 - Die Beklagte bestreitet in der Klageantwort jede Pflichtwidrigkeit. Sie trägt vor, es habe kein Wertberichtigungsbedarf auf den Forderungen der A._____ gegen die G._____ und die E._____ bestanden; die Bonität der beiden Gesellschaften sei nicht zu beanstanden gewesen. Die heutigen Ausstände taugten nicht als Argument für einen Wertberichtigungsbedarf per 31. Dezember 2000. Ausserdem seien die damaligen, angeblich wertberichtigungsbedürftigen Forderungen noch vor dem Beschluss auf Gewinnausschüttung getilgt worden. Selbst aber eine Wertberichtigung hätte in Ermangelung einer Forderung der D._____ auf Auszahlung einer noch nicht beschlossenen Dividende am 31. Dezember 2000 schliesslich nur zu einer Reduktion des Bilanzgewinnes geführt, nicht aber zu einer Unterbilanz oder aber einer Überschuldung (act. 12 S. 93 Rz 478-484). In der Replik bringt die Klägerin vor, die Fortführungsfähigkeit der E._____ sowie der G._____ sei Anfang 2001 ungewiss gewesen. Die Beklagte hätte sich daher fragen müssen, welche Rückzahlung die beiden Schuldnerinnen noch hätten leisten können, wenn sie ihre Bilanz auf Liquidationswerte hätten umstellen müssen. "Der Einfachheit halber" bestimmt die Klägerin die Liquidationswerte der Forderungen so, dass sie Abschläge auf den Fortführungswerten der beiden Gesellschaften vornimmt, und zwar einen Abschlag von 1/3 auf dem Umlaufvermögen und einen Abschlag von 2/3 auf dem Anlagevermögen (zu den Zahlen vgl. auch act. 4/20 und 4/32). Die Höhe dieser Abschläge beruhe auf branchenüblichen Erfahrungswerten und sei konservativ angesetzt. Dies habe zur Folge, dass gemäss dem Vorsichtsprinzip in der Jahresabschlussbilanz 2000 der A._____ eine Rückstellung in der Höhe von 50% der Darlehensforderung gegenüber der E._____ und damit von CHF 3.6 Mio. hätte vorgenommen werden müssen. Eventualiter wäre eine Rückstellung in der Höhe von 25% (1/2 der ermittelten Payout Ratio) der ausstehenden Darlehensforderung (CHF 7.2 Mio.) und damit von CHF 1.8 Mio. vorzunehmen gewesen. Hinsichtlich der Darlehensforderung gegenüber der G._____ hätte eine Rückstellung in der Höhe von 60% und damit von CHF 9.9 Mio. erfolgen müssen, eventualiter eine solche von 30% (1/2 der ermittelten Payout Ratio) der ausstehenden Darlehensforderung (CHF 16.5 Mio.) und damit von CHF 4.95 Mio. (act. 23 S. 24 Rz 77 ff. und S. 26 f. Rz 90 ff.).

- 55 -

E. 5.3.2

In der Referentenaudienz/Vergleichsverhandlung vom 27. August 2009 erfolgte ein Substantiierungshinweis an die Klägerin, wonach sie den behaupteten Wertberichtigungsbedarf für die Darlehen an die G._____ und die E._____ in Zahlen auszudrücken und diese Zahlen zu begründen habe (Prot. I S. 10). Die Höhe des von der Klägerin geltend gemachten Wertberichtigungsbedarfs errechnet diese anhand von – wie von ihr behauptet – "branchenüblichen Erfahrungswerten". Ausführungen dazu, wie eine Wertberichtigung gestützt auf die konkrete finanzielle Lage der beiden Schuldnerinnen hätte vorgenommen werden sollen, macht die Klägerin nicht. Die Klägerin setzt sich nicht mit der konkreten Bonität der beiden Gesellschaften auseinander, sondern nimmt bei beiden die gleichen prozentualen Abschläge auf dem Umlaufvermögen und dem Anlagevermögen vor. Dies stellt keine genügende Behauptung der Höhe des Wertberichtigungsbedarfs im

konkreten Fall dar, anhand welcher ein Beweissatz gebildet werden könnte. Ob ein Wertberichtigungsbedarf überhaupt bestanden hat, kann vor diesem Hintergrund offen bleiben. Eine Pflichtverletzung infolge der Gutheissung des Antrags auf Dividendenausschüttung trotz Notwendigkeit einer Wertberichtigung auf den Darlehen kann somit nicht als gegeben betrachtet werden.

E. 5.3.3

Überdies ist zu bemerken, dass die Klägerin nicht darlegt, auf welchen Betrag sich der anhand der von ihr vorgenommenen Wertberichtigung und den Rückstellungen ergebende Schaden beläuft, von welchem sie einen Teilbetrag von CHF 4'519'500.– (folglich im Sinne einer Teilklage) geltend macht. Zwar behauptet sie, dass bei einer Wertberichtigung nur schon im Umfang von 3% der Gewinn für die Dividendenzahlung nicht mehr ausgereicht hätte, bei einer solchen von 18% der Tatbestand des hälftigen Kapitalverlusts im Sinne von Art. 725 OR erfüllt gewesen wäre und bei einer Wertberichtigung von 32% die A._____ im Zeitpunkt der Dividendenausschüttung überschuldet gewesen wäre. Mit diesen Behauptungen ist der Schaden aber noch nicht beziffert, und die Klägerin ist ihrer Behauptungspflicht in Bezug auf die Höhe des eingetretenen Schadens nicht nachgekommen. Sie macht auch nicht geltend, im Sinne von § 61 Abs. 2 ZPO/ZH nicht in der Lage zu sein, den Schaden zum jetzigen Zeitpunkt zu beziffern, und

- 56 - dies erst nach Durchführung des Beweisverfahrens tun zu können. Damit ist ein Schaden nicht rechtsgenügend behauptet.

6. Kausalzusammenhang

6.1. Zwischen dem Schaden und der Pflichtverletzung muss ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang bestehen. Ursachen im Sinne des natürlichen Kausalzusammenhanges sind alle Umstände, ohne deren Vorhandensein der eingetretene Erfolg nicht als eingetreten oder nicht als in der gleichen Weise bzw. nicht zur gleichen Zeit eingetreten gedacht werden kann. Eine Ursache ist dann adäquat kausal, wenn sie nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, den entstandenen Schaden herbeizuführen. Es kommt also auf "die generelle Eignung der fraglichen Ursachen an, Wirkungen der eingetretenen Art herbeizuführen" (vgl. Gauch et al., Schweizerisches Obligationenrecht, AT, 9. Aufl., Zürich 2008, N 2750 ff. mit Hinweisen auf Rechtsprechung). Der Beweis des natürlichen Kausalzusammenhanges obliegt dem Geschädigten. Dem präsumtiven Haftpflichtigen steht in diesem Zusammenhang der Beweis offen, dass ein rechtmässiges Alternativverhalten denselben Schaden bewirkt hätte wie das tatsächlich erfolgte rechtswidrige Verhalten. Gelingt ihm dieser (strikte) Beweis, fehlt es am erforderlichen Kausalzusammenhang (vgl. BGE 131 III 115 E. 3.1 und 3.3). Jedenfalls liegt es am Haftpflichtigen, dies aufzuzeigen (BGR 4C.118/2005 vom 8. August 2005; Böckli, a.a.O., § 18 N 427 und Fn 1031).

6.2. Die Klägerin macht geltend, wenn die Beklagte sich pflichtgemäss verhalten und in ihrem Bericht darauf hingewiesen hätte, dass bei den gegebenen Umständen die Ausschüttung einer Dividende von CHF 28.5 Mio. zu einer Verletzung des Verbots der Einlagerückgewähr gemäss Art. 680 Abs. 2 OR führt, hätte der Verwaltungsratspräsident der A._____ an der Generalversammlung vom 20. April 2001 nicht vorgeschlagen, eine Dividende von CHF 28.5 Mio. auszuschütten, womit ein entsprechender GV-Beschluss und eine Ausschüttung in dieser Höhe an die Alleinaktionärin D._____ unterblieben wäre. Vielmehr wäre diesfalls lediglich eine Dividende von CHF 5.5 Mio. ausbezahlt worden und eine Ausschüttung im Betrag von CHF 23 Mio. wäre unterblieben (act. 1 S. 55 f.

- 57 - Rz 195-198). Die Klägerin führt aus, die Überweisung der Dividende an die D. _____ sei über das CHF-Poolingkonto der A. _____ bei der H. _____ erfolgt; am 28. Juni 2001 sei diesem Konto ein Betrag in der Höhe von CHF 28.5 Mio. belastet worden. Entsprechend habe auf diesem Konto ein negativer Tagessaldo von minus CHF 28.5 Mio. resultiert, welcher durch einen Übertrag von CHF 28.5 Mio. vom CHF-Konto der G. _____ bei der H. _____ (Master Account) wieder auf Null gestellt worden sei. In der Buchhaltung der A. _____ sei auf dem Kontoblatt der G. _____ eine Habenposition von CHF 28.5 Mio. verbucht worden. Vor dieser Buchung habe die A. _____ ein Guthaben gegenüber der G. _____ in der Höhe von CHF 34.8 Mio. (Gesamtsaldo aus dem Kontokorrentverhältnis) gehabt. Durch die "Abbuchung" von CHF 28.5 Mio. habe sich dieses Guthaben auf CHF 6.3 Mio. reduziert. Wenn die entsprechende Überweisung unterblieben wäre, wäre die Forderung der A. _____ gegen die G. _____ heute höher und hätte die Klägerin im Konkurs der G. _____ eine um CHF 23 Mio. höhere Forderung eingeben können (act. 1 S. 56 f. Rz 199-201). In der Replik korrigierte die Klägerin diese Zahl auf CHF 21.73 Mio. (act. 23 S. 33 ff. Rz 119 ff.; vgl. dazu oben VI. 3.3). Die Beklagte behauptet demgegenüber, wenn sie den Dividendenantrag des Verwaltungsrats nicht gestützt hätte, hätte die Klägerin zwar den Betrag von CHF 23 Mio., der nicht als Gewinn ausgeschüttet worden wäre, zur freien Verfügung gehabt. Die Klägerin hätte die bei ihr verbleibenden Mittel im Umfang des verfügbaren Eigenkapitals aber nicht bei der G. _____ in den Cash Pool gelegt, da sie diese während mehr als 30 Tagen nicht benötigt hätte. Vielmehr hätte sie diese Mittel als zusätzliche Short Term Deposits (STD) der E. _____ überlassen. Damit hätte sich aber die Forderung der A. _____ nicht gegen die G. _____, sondern gegen die E. _____ erhöht. Der Schaden würde diesfalls aber deutlich unter dem Klagebetrag liegen, da den Gläubigern der 3. Klasse von der E. _____ in Nachlassliquidation erst eine Dividende von 5.3% ausgerichtet worden sei (act. 12 S. 61 f. Rz 302-310). Die Behauptung der Beklagten, wonach die A. _____ den Dividendenbetrag im Juni 2001 "der E. _____ als zusätzliche STD überlassen" hätte, bezeichnet die Klägerin in Anbetracht der damaligen desaströsen Finanzlage der E. _____ als

- 58 - absurd. Moody's habe die E. _____ im Juni 2001 mit einem Rating von Ba3 bewertet und damit Anlagen bei der E. _____ zu den "Junk-Bonds" bzw. Schrottanleihen gezählt. Eine Geldanlage bei der E. _____ wäre krass sorgfaltswidrig gewesen. Wenn die Beklagte behaupten wolle, gemäss Ziff. 8.6.2 des "Financial Manual" sei die A. _____ gehalten gewesen, die überschüssige Liquidität als Short Term Deposit bei der E. _____ anzulegen, sei darauf zu entgegnen, dass sich aus dem Wortlaut von Ziff. 8.6.1 sowie von Ziff. 8.6.2 deutlich ergebe, dass die überschüssige Liquidität in erster Linie zur Bezahlung von Schulden benutzt werden solle. Ausserdem enthalte das "Financial Manual" Konzernweisungen. Diese dürfen von den Tochtergesellschaften nur dann beachtet werden, wenn sie nicht ihren Eigeninteressen zuwider laufen. Vorliegend hätte nun der Verwaltungsrat der A. _____ mit Sicherheit keiner Weisung mehr Folge leisten dürfen, welche auf das Anlegen von Geldern bei der maroden Holdinggesellschaft abgezielt hätte (act. 23 S. 38 f. Rz 144 ff.). 6.3. Entscheidend für den natürlichen Kausalzusammenhang ist die Frage, was die Klägerin mit dem nicht ausgeschütteten Gewinn gemacht hätte, wenn die Beklagte die Gewinnausschüttung im unzulässigen Betrag verhindert hätte. Die Beklagte behauptet nicht, es wäre auch dann zu einer Dividendenausschüttung in der Höhe von CHF 28.5 Mio. gekommen, wenn sie den Dividendenantrag des Verwaltungsrats nicht gestützt hätte. Insoweit anerkennt sie, dass es bei ihrem pflichtgemässen Verhalten zu einer Dividendenausschüttung in der entsprechenden Bestimmungen (Art. 675 Abs. 2 OR)

verletzenden Höhe nicht gekommen wäre, insofern also ein natürlicher Kausalzusammenhang zwischen der Gutheissung des Antrags und dem Schaden nicht strittig ist. Strittig ist allerdings, ob die Gelder im Cash Pool verblieben oder als Short Term Deposits der E. _____ überlassen worden wären. Mit der Behauptung des Letzteren will die Beklagte den Kausalzusammenhang infolge rechtmässigen Alternativverhaltens als unterbrochen sehen. Jedoch macht sie zu dieser ihrer Behauptung keine weiteren Ausführungen. So ist weder klar, aus welchen Gründen die Gelder nicht im Cash Pool verblieben wären bzw. aus welchen Gründen die A. _____ verpflichtet gewesen wäre, die Gelder als Short Term Deposits der E. _____ zu überlassen bzw. dass die A. _____ die Gelder tatsächlich nicht während mehr als

- 59 - 30 Tagen benötigt hätte. Vor diesem Hintergrund und in Anbetracht der unbestritten gebliebenen klägerischen Behauptung, wonach eine Geldanlage bei der E. _____ krass sorgfaltswidrig gewesen wäre, erweist sich das von der Beklagten geltend gemachte rechtmässige Alternativverhalten als zu wenig schlüssig behauptet, um darüber Beweis führen zu können. Ein anderes Alternativverhalten hat die Beklagte nicht behauptet (vgl. act. 12 und act. 35 i.V.m. act. 44). 6.4. Die Dividende an die D. _____ wurde über den Cash Pool ausgeschüttet. Im Zusammenhang mit der Einstellung des Cash Pools führte die Klägerin aus, die Pool-Teilnehmerinnen seien am 1. Oktober 2001 über die sofortige Einstellung des Cash Pools informiert worden, und zwar, nachdem am Vortag noch sämtliche Konten auf Null ausgeglichen und damit "leer geräumt" worden seien (act. 1 S. 20 Rz 63). Dies blieb unbestritten. Wird aufgrund eines fehlerhaften Revisionsberichts die Ausschüttung einer Dividende genehmigt, fliessen Mittel aus dem Gesellschaftsvermögen ohne (direkte) Gegenleistung ab. Indem die A. _____ ihrer Aktionärin die Dividende (ohne Gegenleistung) über den Cash Pool überliess, reduzierte sich ihr Guthaben gegenüber der G. _____ aus dem Cash Pool um den Dividendenbetrag bzw. verzichtete die A. _____ (ohne Gegenleistung) gegenüber der G. _____ auf die Rückzahlung des Darlehens in der Höhe des Dividendenbetrages; vor der Dividendenausschüttung verfügte sie über eine Forderung gegenüber der G. _____ von CHF 34.8 Mio., danach lediglich über eine solche von CHF 6.3 Mio. Nachdem das CHF Cash Pool Konto der A. _____ vor der Einstellung des Cash Pools auf Null ausgeglichen wurde, ging dieser Betrag der A. _____ definitiv verloren. Insofern liegt ein Kausalzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem eingetretenen Schaden vor.

E. 7

Verschulden Es gilt ein objektiver Verschuldensmassstab. Ein Verschulden ist also immer dann gegeben, wenn die Revisionsstelle nicht so gehandelt hat, wie es von einem objektivierten Organ in der konkreten Stellung verlangt werden darf (BSK OR II-Gericke/Waller, Art. 754 N 32 m.H.a. BGE vom 12. Februar 2007, 4C.358/2005

- 60 - Erw. 5.6). Umstritten ist die Beweislastverteilung hinsichtlich des Verschuldens. Ein Teil der Lehre nimmt bei Ansprüchen der Gesellschaft und der Aktionäre ein vertragliches oder zumindest vertragsähnliches Verhältnis an, was zur Vermutung des Verschuldens führt. Bei Ansprüchen der Gläubiger wird demgegenüber mehrheitlich von der deliktischen Natur der Verantwortlichkeitsansprüche ausgegangen. Der Anspruch der Gläubigersamtheit gilt als mit demjenigen der Gesellschaft identisch – womit wieder die (der vertraglichen Haftung entlehene) Vermutung des Verschuldens greift. Vorliegend wird das Verschulden der Revisionsstelle also vermutet bei gleichzeitiger Einräumung der Möglichkeit der Exkulpation. Die praktischen Auswirkungen dieser Kontroverse sind

allerdings zufolge des objektivierten Sorgfaltsmassstabes, welcher die Entlastung zufolge subjektiver Aspekte bei nachgewiesener Pflichtwidrigkeit praktisch verunmöglicht, gering (BSK OR II-Gericke/Waller, Art. 754 N 35). Da die Beklagte – wie oben ausgeführt – pflichtwidrig nicht auf die von der Gesellschaft geplante Dividendenausschüttung und damit doppelte Verwendung der freien Mittel hingewiesen hat und keinerlei Exkulpationsgründe behauptet, ist auch ihr Verschulden zu bejahen.

E. 8

Schadenersatzbemessung

E. 8.1

Die Bemessung des Schadenersatzes unterliegt den Regeln des allgemeinen Haftpflichtrechts, insbesondere den Art. 43 und 44 OR. Grundsätzlich muss der Schaden vollständig gedeckt werden. Denkbar sind etwa Reduktionen bei Selbstverschulden des Geschädigten und bei nur leichter Fahrlässigkeit (BSK OR II-Gericke/Waller, Art. 754 N 50).

E. 8.2

Da die Klägerin nach den obigen Ausführungen nicht verpflichtet gewesen ist, vorgängig zu dieser Klage die allfällig zu Unrecht ausbezahlte Dividende bei der Aktionärin D._____ zurückzufordern, kann ihr ihre Prozessführung gegenüber der Letzteren unter dem Titel der Obliegenheit zur Schadensminderung nicht vorgeworfen werden. Andere Reduktionsgründe im Sinne von Art. 43 und Art. 44 OR sind nicht ersichtlich.

- 61 -

E. 8.3

Der Zins ist ab dem Zeitpunkt geschuldet, in welchem sich das schädigende Ereignis finanziell ausgewirkt hat. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts wird der Schadenszins in der Regel auf 5 % festgesetzt (BSK OR II-Gericke/Waller, Art. 754 N 50 mit Hinweisen auf Rechtsprechung). Die Überweisung der Dividende im Rahmen des Cash Pools erfolgte am 28. Juni 2001, wodurch sich gleichzeitig das Darlehen der A._____ gegenüber der G._____ um den überwiesenen Betrag verminderte. Die Beklagte hat daher ab dem 28. Juni 2001 einen Zins von 5% zu entrichten.

E. 9

Fazit Im Sinne vorstehender Ausführungen ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 3'841'930.60 zuzüglich Zins zu 5% seit 28. Juni 2001 zu bezahlen. Weil die Beklagte die Klage in diesem Umfang anerkannt hat, ist die Klage im Umfang von CHF 3'841'930.60 zuzüglich Zins zu 5% seit 28. Juni 2001 bis zur Bezahlung als durch Anerkennung der Forderung erledigt abzuschreiben (act. 81 Rz. 6; vgl. bereits vorstehend Ziff. II. und III.5.). Im Mehrbetrag ist die Klage abzuweisen. VII. (Kosten- und Entschädigungsfolgen)
1. Gemäss § 23 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 bleibt die alte Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 anwendbar, da für das Verfahren insgesamt die Bestimmungen des kantonalen Prozessrechts anwendbar bleiben (vgl. Art. 404 Abs. 1 ZPO). Ebenso gilt die bisherige Anwaltsgebührenverordnung vom 21. Juni 2006 (§ 25 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010).
2. Die Gerichtskosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt. Obsiegt keine Partei vollständig, werden die Kosten

verhältnismässig verteilt (§ 64 Abs. 2 ZPO/ZH). Jede Partei hat in der Regel die Gegenpartei im gleichen Verhältnis für aussergerichtliche Kosten und Umtriebe zu entschädigen, wie ihr Kosten auferlegt werden (§ 68 Abs. 1 Satz 1 ZPO/ZH).

- 62 - 3. Da die Beklagte im vorliegenden Prozess im Umfang von 85% sowie mit ihrem Antrag in der Eingabe vom 11. März 2013 (act. 56), welche einen umfangreichen Beschluss zur Folge hatte, gänzlich unterliegt (vgl. act. 64), rechtfertigt es sich, ihr die Kosten zu 90% und der Klägerin zu 10% aufzuerlegen. Dagegen führt der Aufwand nach der Rückweisung nicht zu einer höheren Gerichtsgebühr. In Anbetracht des Schwierigkeitsgrades und des beträchtlichen Aufwandes ist die Gerichtsgebühr gemäss § 4 Abs. 1 GebV OG um die Hälfte zu erhöhen (§ 4 Abs. 2 GebV OG). Bei der Festsetzung der reduzierten Prozessentschädigung an die Klägerin ist die Anzahl der eingereichten Rechtsschriften sowie die Referentenaudienz/Vergleichsverhandlung zu berücksichtigen (§§ 2 und 6 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006). Dabei ist von einer Prozessentschädigung von 160% der Grundgebühr auszugehen. Die Beklagte ist antragsgemäss zu verpflichten, der Klägerin eine reduzierte Prozessentschädigung von CHF 94'000.– (einschliesslich Mehrwertsteuer) zu bezahlen (act. 81 S. 2). Dieser Betrag entspricht im Wesentlichen auch dem vom Handelsgericht berechneten Betrag einer angemessenen Prozessentschädigung.

- 63 - Das Gericht beschliesst:

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