



---

Prozess Nr. CG050190

5. Abteilung

Mitwirkende: Bezirksrichter Dr. iur. Roger Weber als Vorsitzender, Bezirksrichterin lic. iur. Marie Christine Schurr und Ersatzrichter Dr. iur. Martin Sarbach sowie die juristische Sekretärin lic. iur. Maya Rauscher

**Urteil vom 8. Januar 2009**

in Sachen

**A. \_\_\_\_\_ in Nachlassliquidation,**

Klägerin

vertreten durch den Liquidator Rechtsanwalt lic. iur. B. \_\_\_\_\_

gegen

1. **C.** \_\_\_\_\_
2. **D.** \_\_\_\_\_
3. **E.** \_\_\_\_\_
4. **F.** \_\_\_\_\_
5. **G.** \_\_\_\_\_
6. **H.** \_\_\_\_\_
7. **I.** \_\_\_\_\_
8. **J.** \_\_\_\_\_
9. **K.** \_\_\_\_\_
10. **L.** \_\_\_\_\_
11. **M.** \_\_\_\_\_
12. **N.** \_\_\_\_\_

Beklagte

- 1 vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. O. \_\_\_\_\_
- 1 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. P. \_\_\_\_\_
- 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Q. \_\_\_\_\_
- 3 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. R. \_\_\_\_\_
- 4 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. S. \_\_\_\_\_
- 5, 7 vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. rer. publ. T. \_\_\_\_\_
- 5, 7 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. U. \_\_\_\_\_
- 6 vertreten durch Fürsprecher V. \_\_\_\_\_
- 8 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. W. \_\_\_\_\_
- 8 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_
- 9 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_
- 9 vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Z. \_\_\_\_\_
- 10 vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. AA. \_\_\_\_\_
- 10 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. AB. \_\_\_\_\_
- 11 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. AC. \_\_\_\_\_
- 11 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. AD. \_\_\_\_\_
- 12 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. AE. \_\_\_\_\_

betreffend **Forderung (aktienrechtliche Verantwortlichkeit)**

### **Rechtsbegehren:**

- „1. Es seien die Beklagten zu verpflichten, der Klägerin CHF 279'796'331.45 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 18. Dezember 2000 unter solidarischer Haftung für den genannten Betrag zu bezahlen, wobei die Ersatzpflicht eines jeden Beklagten durch das Gericht festzusetzen sei.
2. Es sei der in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamts AF.\_\_\_\_\_ vom 9. Mai 2005 durch den Beklagten 1 erhobene Rechtsvorschlag definitiv zu beseitigen.
3. Es sei der in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamts AG.\_\_\_\_\_ vom 9. Mai 2005 durch den Beklagten 3 erhobene Rechtsvorschlag definitiv zu beseitigen.
4. Es sei der in der Betreuung Nr. ... des Office des Poursuites de AH.\_\_\_\_\_ vom 13. Juni 2005 durch den Beklagten 4 erhobene Rechtsvorschlag definitiv zu beseitigen.
5. Es sei der in der Betreuung Nr. ... des Office des Poursuites et Faillites de AI.\_\_\_\_\_ vom 11. Mai 2005 durch den Beklagten 5 erhobene Rechtsvorschlag definitiv zu beseitigen.
6. Es sei der in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamts AJ.\_\_\_\_\_ vom 9. Mai 2005 durch den Beklagten 6 erhobene Rechtsvorschlag definitiv zu beseitigen.
7. Es sei der in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamts AK.\_\_\_\_\_ vom 10. Mai 2005 durch den Beklagten 7 erhobene Rechtsvorschlag definitiv zu beseitigen.
8. Es sei der in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamts AL.\_\_\_\_\_ vom 9. Mai 2005 durch den Beklagten 8 erhobene Rechtsvorschlag definitiv zu beseitigen.
9. Es sei der in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamts AM.\_\_\_\_\_ vom 9. Mai 2005 durch den Beklagten 9 erhobene Rechtsvorschlag definitiv zu beseitigen.
10. Es sei der in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamts AN.\_\_\_\_\_ vom 9. Mai 2005 durch die Beklagte 11 erhobene Rechtsvorschlag definitiv zu beseitigen.
11. Es sei der in der Betreuung Nr. .... des Betreibungsamts AG.\_\_\_\_\_ vom 9. Mai 2005 durch den Beklagten 12 erhobene Rechtsvorschlag definitiv zu beseitigen.
12. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.“

## INHALTSVERZEICHNIS

LITERATURVERZEICHNIS.....	6
<b>I. PROZESSVERLAUF .....</b>	<b>8</b>
<b>II. PARTEIEN UND SACHVERHALT .....</b>	<b>9</b>
<b>III. PROZESSUALES.....</b>	<b>13</b>
<b>IV. MATERIELLE BEURTEILUNG DER KLAGE .....</b>	<b>16</b>
<b>A. Legitimation .....</b>	<b>17</b>
<b>B. Pflichtverletzung .....</b>	<b>18</b>
1. Oberaufsicht und Finanzverantwortung .....	19
2. Verletzung von Art. 725 OR .....	25
<b>C. Schaden und Kausalität.....</b>	<b>26</b>
1. Schadensbegriff und massgebender Zeitpunkt.....	26
2. Finanzielle Situation der AO.____ per 18. Dezember 2000 .....	34
a) Eigenkapital.....	37
b) Verpflichtungen und Rückstellungen aus Airline-Beteiligungen .....	38
(1) Verlustabdeckung AP.____ für das Jahr 2000.....	40
(2) Auskauf der Altgesellschafter der AP.____ .....	56
(3) Verlustabdeckung AP.____ für das Jahr 2001.....	64
(4) Kapitalausstattung AQ.____ .....	67
(5) Rekapitalisierung AR.____/AS.____ .....	69
(6) Verpflichtungen gegenüber den französischen Porteuern .....	76
(7) Zwischenergebnis Verpflichtungen und Rückstellungen aus Airline-Beteiligungen .....	79
c) Stille Reserven .....	80
d) Zusammenfassung finanzielle Situation AO.____ per 18. Dezember 2000 .....	87
3. Wert der AT.____ AG per 18. Dezember 2000 .....	90
4. Finanzielle Situation der A.____ per 18. Dezember 2000 .....	91
a) Eigenkapital.....	95
b) Rückstellungen und Wertberichtigungen .....	96
(1) Rückstellungen für (Garantie-)Verpflichtungen zugunsten der AO.____ .....	96
(2) Rückstellungen für Garantieverpflichtungen zugunsten der AU.____ B.V. ....	101
(3) Zwischenergebnis Rückstellungen und Wertberichtigungen.....	105
c) Stille Reserven .....	106
d) Zusammenfassung finanzielle Situation A.____ per 18. Dezember 2000.....	106
5. Fazit .....	107
6. Fehlende Kausalität.....	108
<b>V. KOSTEN- UND ENTSCHÄDIGUNGSFOLGEN .....</b>	<b>113</b>

*Hinweis* Im Interesse besserer Übersichtlichkeit werden in den nachfolgenden Erwägungen die Rechtsschriften zusätzlich zu den Aktoerennummern mit vorangestellten Kurzbezeichnungen für Klage (KL), Klageantworten der Beklagten 1–12 (K1–K12), Replik (RE) und Dupliken der Beklagten 1–12 (D1–D12) zitiert. Um der Leserin und dem Leser die Sucherei nach dem „angeführten Ort“ zu ersparen, welche mit der üblichen Abkürzung „a.a.O.“ in Anbetracht der Länge des Entscheides verbunden wäre, folgt vorab ein Verzeichnis der zitierten Literatur.

## LITERATURVERZEICHNIS

(Zitierweise kursiv, wo nicht anders vermerkt)

<i>Bärtschi, Harald</i>	Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss. Zürich 2001
<i>Behr, Giorgio</i>	Rechnungslegung, Zürich 2005
<i>Beyeler, Karin</i>	Konzernleitung im schweizerischen Privatrecht, Diss. Zürich 2004
<i>Böckli, Peter</i>	Schweizer Aktienrecht, 3. A., Zürich 2004
<i>Boemle, Max/ Lutz, Ralf</i>	Der Jahresabschluss, 5. A., Zürich 2008
<i>Bosman, Aleidus Gerard</i>	Konzernverbundenheit und ihre Auswirkungen auf Verträge mit Dritten, Diss. Zürich 1984
<i>Brehm, Roland</i>	Berner Kommentar, Teilband VI 1/3/1, 3. A., Bern 2006 (zit. BK-Brehm)
<i>Brunner, Hans-Ulrich</i>	Die Anwendung deliktsrechtlicher Regeln auf die Vertragshaftung, Diss. Freiburg 1991
<i>Druey, Jean Nicolas/ Vogel, Alexander</i>	Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, Zürich 1999
<i>Forstmoser, Peter</i>	Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. A., Zürich 1987
<i>Forstmoser, Peter/ Meier-Hayoz, Arthur/ Nobel, Peter</i>	Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996
<i>Frank, Richard/ Sträuli, Hans/</i>	Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessord-

- Messmer, Georg* nung, 3. A., Zürich 1997
- Gauch, Peter/ Schluep, Walter R./ Emmenegger, Susan* Schweizerischen Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 9. A., Band II, Zürich 2008
- Guhl, Theo* Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. A., Zürich 2000 (zit. *Guhl/Bearbeiter*)
- Guldener, Max* Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979
- Handschin, Lukas* Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Habil. Zürich 1994
- Honsell, Heinrich* Herkunft und Kritik des Interessebegriffs im Schadensersatzrecht, JuS 1973 69 ff.
- Honsell, Heinrich/ Vogt, Nedim Peter/ Watter, Rolf (Hrsg.)* Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–1186 OR, 3. A., Basel 2008 (zit. *BSK OR II-Bearbeiter*)
- Honsell, Heinrich/ Vogt, Nedim Peter/ Wiegand, Wolfgang (Hrsg.)* Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 4. A., Basel 2007 (zit. *BSK OR I-Bearbeiter*)
- Keuk, Brigitte* Vermögensschaden und Interesse, Bonn 1972
- Lanz, Rudolf* Kapitalverlust, Überschuldung und Sanierungsvereinbarung, Diss. Bern 1985
- Larenz, Karl/ Canaris, Claus-Wilhelm* Lehrbuch des Schuldrechts, Band II/2, Besonderer Teil, 13. A., München 1994
- Leuenberger, Christoph* Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht 1999 und 2000, ZBJV 137 (2001) 845 ff.
- Merz, Hans* Schweizerisches Privatrecht, Teilband VI/1, Basel 1984
- Meyer, Conrad* Betriebswirtschaftliches Rechnungswesen, 2. A., Zürich 2008
- Oftinger, Karl/ Stark, Emil W.* Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, 5. A., Band I, Zürich 1995
- Pfeifer, Michael* Übersicht über Entwicklungen und Tendenzen bei der gesellschaftlichen Verantwortlichkeit, AJP 2000 1468 ff.
- Rey, Heinz* Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 3. A., Zürich 2003
- Rubli, Armand P.* Sanierungsmassnahmen im Konzern aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, Diss. Zürich 2002

- Senn, Dorothea* Die Haftung des Verwaltungsrates bei der Sanierung der AG, Diss. Basel 2001
- Treuhand-Kammer (Hrsg.)* Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung 1998, 4 Bände, Zürich 1998 (zit. HWP Band)
- Ulmer, Peter (Hrsg.)* Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, Schuldrecht BT III, §§ 705–853, 4. A., München 2004 (zit. MünchKommBGB-Bearbeiter)
- Vogel, Alexander* Die *Haftung* der Muttergesellschaft als materielles, faktisches oder kundgegebenes Organ der Tochtergesellschaft, Diss. St. Gallen 1997
- Vogel, Oscar* Aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsprozess: Kosten- und Entschädigungsfolge, SZW 1998 146 ff
- Vogel, Oscar/ Spühler, Karl* Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. A., Zürich 2006
- Watter, Rolf* Gewinnverschiebungen bei Aktiengesellschaften im schweizerischen Handelsrecht, AJP 1996 135 ff.
- Weber, Rolf H.* Berner Kommentar, Teilband VI 1/5, Bern 2000 (zit. BK-Weber)
- Zäch, Roger/ Triebold, Claudius* Zur differenzierten Solidarhaftung des Verwaltungsrats, in: Festschrift Rolf Bär, Bern 1998, S. 421 ff.

## **Das Gericht zieht in Erwägung:**

### **I. Prozessverlauf**

Die Klägerin reichte am 6. September 2005 ihre Klageschrift samt der Weisung des Friedensrichteramtes AV.\_\_\_\_\_ vom 3. Mai 2005 beim hiesigen Gericht ein und machte dadurch den vorliegenden Prozess rechtshängig (act. 1 und 2). Da es sich bei der Klägerin um eine Nachlassmasse handelt, wurde den Parteien mit Beschluss vom 10. Oktober 2005 das rechtliche Gehör zur Frage der Kautio- nierung gewährt (act. 5). Die entsprechenden Stellungnahmen gingen fristgerecht beim Gericht ein (vgl. act. 22, 24–27, 30–36). Mit Beschluss vom 30. November 2005 wurde der Klägerin Frist zur Leistung einer Kautio- nierung in Höhe von CHF 12.39 Mio. angesetzt. Mit Eingabe vom 14. Dezember 2005 leistete die Klägerin darauf eine Bankgarantie der AW.\_\_\_\_\_ über den genannten Betrag (act. 42 und 43). In der Folge wurde den Beklagten mit Verfügung vom 4. Januar 2006 Frist zur Be- antwortung der Klage angesetzt. Die Klageantworten wurden innert erstreckter Frist zwischen dem 19. Juni 2006 und dem 4. Juli 2006 erstattet (act. 62, 65, 67, 69, 71 f., 74, 76, 79, 82, 85 und 90). Mit Beschlüssen vom 19. Juli 2006 und 28. September 2006 wurden die Klageantworten der Klägerin zugestellt und pro- zessuale Anträge der Beklagten 1 und 3 abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde. Weiter wurde für Replik und Duplik das schriftliche Verfahren angeordnet (Prot. S. 9 f.). Im Einverständnis mit den Parteien wurde vor den weiteren Partei- vorträgen am 6. Dezember 2006 eine Standortbestimmung vor Kollegialgericht durchgeführt, bei welcher Substanziierungshinweise erteilt wurden (Prot. S. 11 ff.). Mit Verfügung vom 13. Dezember 2006 wurde der Klägerin mit deren Einver- ständnis für die Replik eine einzige Frist bis 30. Juni 2007 angesetzt (Prot. S. 14). Die Replik wurde innert erstreckter Frist am 23. Juli 2007 erstattet (act. 108). Mit Verfügung vom 5. September 2007 wurde den Beklagten sodann für die Duplik eine einmalige, nur in Notfällen kurz erstreckbare Frist bis 31. März 2008 ange- setzt (Prot. S. 16). Die Dupliken erfolgten zwischen dem 24. März 2008 und dem 31. März 2008 (act. 121, 124, 127, 130, 133, 135, 138, 140, 142, 145, 148, 152).

Nachdem die Klägerin ausdrücklich auf die Zustellung der Dupliken durch das Gericht einstweilen verzichtet hatte – unter Wahrung des jederzeitigen Rechts, diese bei Bedarf beim Gericht anzufordern – (Prot. S. 17), wurde mit Verfügung vom 8. April 2008 das Hauptverfahren geschlossen (Prot. S. 18). Der Prozess ist spruchreif (§ 188 Abs. 1 ZPO).

## II. Parteien und Sachverhalt

1.a) Bei der Klägerin handelt es sich um die Nachlassmasse der A.\_\_\_\_\_, die nach schweizerischem Recht organisierte vormalige oberste Holdinggesellschaft der AX.\_\_\_\_\_-Gruppe mit Sitz in AY.\_\_\_\_\_. Mit Verfügung des Nachlassrichters des Bezirks Zürich vom 5. Oktober 2001 wurde der Klägerin die provisorische Nachlassstundung bewilligt, am 20. Juni 2003 bestätigte der Nachlassrichter des Bezirkes Zürich den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung vom 26. Juni 2002. Der Genehmigungsentscheid wurde am 26. Juni 2003 rechtskräftig, seither befindet sich die A.\_\_\_\_\_ in Nachlassliquidation (act. 3/4–6; zu den parallelen Vorgängen bei der A.\_\_\_\_\_-Tochter AO.\_\_\_\_\_ vgl. act. 3/123–124).

b) Die Klage richtet sich gegen ehemalige Verwaltungsräte der Klägerin (Beklagte 2–9 sowie 11 und 12) sowie gegen den ehemaligen CEO und CFO der Klägerin (Beklagte 1 und 10). Im Einzelnen kamen den Beklagten bei der Klägerin gemäss unbestritten gebliebener Darstellung in der Klage resp. unbestritten gebliebenen Darstellungen in den Klageantworten folgende Stellungen zu:

Der Beklagte 2 wurde parallel zu seiner Position als AZ.\_\_\_\_\_-Finanzchef anlässlich der Generalversammlung vom 27. April 2000 in den Verwaltungsrat der Klägerin gewählt (KL, act. 2, S. 11; K2, act. 62, Rz 12). Am 15. März 2001 trat er von seinen Funktionen bei AZ.\_\_\_\_\_ zurück und wurde bei der Klägerin zum Präsidenten und Delegierten des Verwaltungsrats gewählt. Diese Funktion hatte er bis zum Frühjahr 2003 inne (KL, act. 2, S. 11 f.; K2, act. 62, Rz 561 ff.).

Der Beklagte 3 wurde ebenfalls am 27. April 2000 Verwaltungsrat bei der Klägerin. Anlässlich der Generalversammlung vom 25. April 2001 erklärte er seinen Rücktritt. Parallel zu seiner Tätigkeit bei der Klägerin war er Verwaltungsratspräsident der BA.\_\_\_\_\_ AG und Verwaltungsrat bei der Post (KL, act. 2, S. 12).

Der Beklagte 4 war von 1989 bis März 2002 Verwaltungsrat bei der Klägerin, seit dem Frühjahr 1999 als Mitglied der Finanzkommission und seit dem 27. April 2000 als 2. Vizepräsident des Verwaltungsrates. Vom 25. Mai 1997 bis zum 11. Juli 2001 repräsentierte er die Klägerin im Verwaltungsrat der Fluggesellschaft BB.\_\_\_\_\_. Seit 1985 war er sodann Gesellschafter bei der BC.\_\_\_\_\_, ab 1991 BD.\_\_\_\_\_ und darüber hinaus Verwaltungsrat bei verschiedenen Gesellschaften, darunter der BE.\_\_\_\_\_ (KL, act. 2, S. 13 f.).

Der Beklagte 5 war seit 1978 Verwaltungsrat der damaligen AX.\_\_\_\_\_ und blieb dies auch nach deren Umfirmierung in A.\_\_\_\_\_. Von 1989 bis zum 15. April 1999 bekleidete er das Amt des Vizepräsidenten des Verwaltungsrates. Am 25. April 2001 erklärte er seinen Rücktritt als Verwaltungsrat (KL, act. 2, S. 14).

Der Beklagte 6 stiess zunächst 1993 in seiner Eigenschaft als damaliger Finanzdirektor und somit als Delegierter des Kantons AY.\_\_\_\_\_ zum Verwaltungsrat der Klägerin. Am 15. April 1999 wurde er von der Generalversammlung in den Verwaltungsrat gewählt und schied auf die Generalversammlung vom 25. April 2001 aus dem Gremium aus. Vom 1. Juli 1999 bis zum 30. April 2000 war er Vizepräsident, danach bis zum 15. März 2001 Präsident des Verwaltungsrates und ad interim vom 20. Januar bis zum 15. März 2001 Präsident der Konzernleitung und CEO der Klägerin (KL, act. 2, S. 14 f.; K6, act. 72, Rz 250 ff.).

Am 11. Mai 1995 wurde der Beklagte 7 in den Verwaltungsrat der Klägerin gewählt und übte das Amt bis zum Frühjahr 2002 aus. Daneben war er für den „BF.\_\_\_\_\_“, die heutige "BG.\_\_\_\_\_" tätig, vor allem aber für die BH.\_\_\_\_\_ AG, und zwar ab 1983 als Delegierter der Konzernleitung und ab 1990 als Vizepräsident des Verwaltungsrates (KL, act. 2, S. 15 f.).

Der Beklagte 8 stiess am 11. Mai 1995 zum Verwaltungsrat der Klägerin und erklärte am 4. Oktober 2001 seinen Rücktritt. Als ehemaliger Berater bei BI.\_\_\_\_\_ war er zwischen 1994 und 1996 Vorsitzender der Konzernleitung bzw. Verwaltungsratsdelegierter bei der BE.\_\_\_\_\_ tätig. Danach war er Mitglied der Konzernleitung der BJ.\_\_\_\_\_, ab 1997 Vorsitzender der Geschäftsleitung und ab 2000 Verwaltungsratspräsident der Bank (KL, act. 2, S. 16 f.).

Vom 25. April 1980 bis zum 25. April 2001 sass der Beklagte 9 im Verwaltungsrat der Klägerin, ab dem 19. Mai 1994 als dessen Vizepräsident. Zwischen dem 25. Juli 1995 und dem 9. Februar 1998 vertrat er die Klägerin im Verwaltungsrat der BB.\_\_\_\_\_. In erster Linie war er aber von 1978 bis 2000 als Präsident der Konzernleitung und Geschäftsführer für die BK.\_\_\_\_\_ AG tätig, ab 1980 auch als Verwaltungsrat und ab 1984 als Verwaltungsratspräsident. Seit 2000 war er Direktor der BL.\_\_\_\_\_ Ltd. und weiterhin Verwaltungsrat der BM.\_\_\_\_\_ Ltd. (der früheren BK.\_\_\_\_\_ AG, KL, act. 2, S. 17 f.).

Die Beklagte 11 war seit 1988 parallel zu ihrer politischen Laufbahn u.a. als National- und Ständerätin und zu ihren Verwaltungsratsmandaten bei der damaligen BN.\_\_\_\_\_ und der „BO.\_\_\_\_\_“-Versicherung Verwaltungsrätin der Klägerin. Sie erklärte am 25. April 2001 ihren Rücktritt. Im für den vorliegenden Fall relevanten Zeitraum gehörte sie der Finanzkommission des Verwaltungsrates an (KL, act. 2, S. 19 f.).

Der Beklagte 12 schliesslich war 1984 neben seiner damaligen Rolle als Konzernleitungsmitglied der BP.\_\_\_\_\_ AG zum Verwaltungsrat der Klägerin gestossen und gehörte diesem bis am 25. April 2001 an. Auch er hatte im relevanten Zeitraum Einsitz in der Finanzkommission (KL, act. 2, S. 20 f.).

Die Beklagten 1 und 10 waren im Gegensatz zu den übrigen Beklagten nie Verwaltungsräte der Klägerin: Der Beklagte 1 war zwischen dem 1. Januar 1997 und dem 20. Januar 2001 CEO der Klägerin gewesen (KL, act. 2, S. 10 f. und S. 57 f.). Der Beklagte 10 trat am 1. Januar 1996 als CFO und Mitglied der Konzernleitung in die von der Klägerin angeführte Gruppe ein. Am 23. Mai 2001 schied er

aus den entsprechenden Ämtern aus und wurde als Koordinator für die Sonderprüfung bei der A.\_\_\_\_\_ eingesetzt. Am 16. August 2001 wurde er von diesem Posten freigestellt und schied aus der Gruppe aus (KL, act. 2, S. 18 f.).

2.a) Die Klägerin macht mit der vorliegenden Klage einen Schadenersatzanspruch aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit geltend. Die A.\_\_\_\_\_ war Mitte Dezember 2000 unter anderem Eigentümerin der AO.\_\_\_\_\_ und der AT.\_\_\_\_\_ AG. Am 18. Dezember 2000 sei das Eigentum an der AT.\_\_\_\_\_ AG von der A.\_\_\_\_\_ entschädigungslos auf die AO.\_\_\_\_\_ übertragen und anschliessend sei die AT.\_\_\_\_\_ AG durch Absorption in die AO.\_\_\_\_\_ fusioniert worden. Die Klägerin machte in der Klageschrift noch geltend, ihr sei durch diese Transaktion ein Schaden von rund CHF 280 Mio. entstanden. Die AT.\_\_\_\_\_ AG habe vor der Transaktion für die Klägerin einen Wert von rund CHF 333 Mio. dargestellt, während die entschädigungslose Integration der AT.\_\_\_\_\_ AG in die AO.\_\_\_\_\_ die damals schon bestehende Überschuldung der AO.\_\_\_\_\_ nicht beseitigt, sondern lediglich auf rund CHF 1.9 Mia. gesenkt habe, so dass die Beteiligung AO.\_\_\_\_\_ inklusive AT.\_\_\_\_\_ AG für die A.\_\_\_\_\_ wertlos geblieben sei. Die Beklagten hätten im Zusammenhang mit der Planung und der Durchführung der AT.\_\_\_\_\_ - Transaktion ihre Sorgfaltspflichten als Organe der A.\_\_\_\_\_ schuldhaft verletzt, weshalb sie für den entstandenen Schaden haftbar seien (KL, act. 2, S. 7 ff., S. 53 ff.). Gemäss der klägerischen Darstellung in der Replik, wo eine Neuberechnung aufgrund der beklagten Behauptungen in den Klageantworten vorgenommen wird, habe die Überschuldung der AO.\_\_\_\_\_ am 18. Dezember 2000 rund CHF 892 Mio. betragen, während die A.\_\_\_\_\_ in diesem Zeitpunkt mit CHF 975 Mio. überschuldet gewesen sei (RE, act. 108, Rz 95 ff., 145 ff., 414 ff.). Die in der Replik vorgenommene neue Schadensbeziehung beträgt nicht mehr rund CHF 280 Mio., sondern nunmehr CHF 300 Mio. (RE, act. 108, Rz 233 ff.). Die Klägerin sieht indes von einer Klageänderung gemäss § 61 ZPO ab und hält an den in der Klageschrift gestellten Anträgen fest (RE, act. 108, S. 4 vor Rz 1).

b) Die Beklagten beantragen Abweisung der Klage. Sie bestreiten, im Zusammenhang mit der AT.\_\_\_\_\_ - Transaktion Pflichtverletzungen als Organe der

A.\_\_\_\_\_ begangen zu haben (K1, act. 90, Rz 369 ff.; K2, act. 62, Rz 447 ff.; K3, act. 65, Rz 561 ff.; K4, act. 67, Rz 292 ff.; K5, act. 69, Rz 207 ff.; K6, act. 72, Rz 21 ff.; K7, act. 71, Rz 207 ff.; K8, act. 74, Rz 235 ff.; K9, act. 76, Rz 15 ff.; K10, act. 79, Rz 322 ff.; K11, act. 82, Rz 284 ff.; K12, act. 85, Rz 284 ff.). Die AO.\_\_\_\_\_ sei entgegen der klägerischen Behauptung im Dezember 2000 nicht überschuldet gewesen, und es sei der Klägerin durch die AT.\_\_\_\_\_ -Transaktion keinerlei Schaden entstanden (D1, act. 121, Rz 204 ff., 572 ff.; D2, act. 124, Rz 261 ff., 590 ff.; D3, act. 127, Rz 186 ff., 562 ff.; D4, act. 130, Rz 335 ff., 776 ff.; D5, act. 133, Rz 89ff., 68 ff., 248 ff.; D6, act. 135, Rz 171 ff., 607 ff.; D7, act. 138, Rz 89 ff., 68 ff., 248 ff.; D8, act. 140, Rz 188 ff., 552 ff.; D9, act. 142, Rz 225 ff., 582 ff.; D10, act. 145, Rz 155 ff., 563 ff.; D11, act. 148, Rz 183 ff., 544 ff.; D12, act. 152, Rz 190 ff., 577 ff.).

3. Auf die näheren Ausführungen der Parteien sowie die Akten wird – soweit wesentlich – im Folgenden eingegangen.

### III. Prozessuales

1. Die vorliegend zu beurteilende Klage richtet sich gegen mehrere Beklagte, welche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit ins Recht gefasst werden. Mehrere Personen können gemeinsam als Beklagte belangt werden, wenn für die Ansprüche das Gericht zuständig sowie die gleiche Verfahrensart vorgesehen ist und wenn sich die Ansprüche überdies im Wesentlichen auf die gleichen Tatsachen und Rechtsgründe stützen (§ 40 Abs. 1 ZPO). Die örtliche Zuständigkeit richtet sich bezüglich der in der Schweiz wohnhaften Beklagten (Beklagte 1, 3–9, 11 und 12) nach dem GestG; sie ist gemäss Art. 29 GestG gegeben. Die Beklagten 2 und 10 haben Wohnsitz in BQ.\_\_\_\_\_, USA, respektive BR.\_\_\_\_\_, Saudi-Arabien, womit sich die örtliche Zuständigkeit nach dem IPRG bestimmt; sie ist gemäss Art. 151 Abs. 1 IPRG gegeben (Sitz der Gesellschaft, vgl. oben, II.1.a). Soweit das IPRG zur Anwendung kommt, ist gemäss Art. 154 i.V.m. Art. 155 lit. g

IPRG schweizerisches Recht anwendbar. Die sachliche Zuständigkeit folgt damit für alle Beklagten aus § 31 Ziff. 1 GVG. Das angerufene Gericht ist demnach für alle Beklagten sachlich und örtlich zuständig. Auch die übrigen Voraussetzungen von § 40 Abs. 1 ZPO sind erfüllt, so dass die Beklagten als einfache Streitgenossen ins Recht gefasst werden können.

Die angeordnete Kautions in der Höhe von CHF 12'390'000.– ist von der Klägerin fristgerecht geleistet worden (act. 43). Auch die übrigen Prozessvoraussetzungen sind erfüllt. Auf die Klage ist somit einzutreten.

2. Der Beklagte 8 beantragt nebst Abweisung der Klage, auf die Begehren der Klägerin um Beseitigung des Rechtsvorschlags sei nicht einzutreten, soweit die entsprechenden Betreibungen nicht gegen ihn, sondern gegen die anderen Beklagten gerichtet seien (K8, act. 74, S. 3 und 7). Zwar hat die Klägerin im Rubrum zwölf Beklagte ins Recht gefasst, während Rechtsbegehren Ziff. 2 bis 11 nur je einen der Beklagten 1, 3–9, 11 und 12 betreffen (KL, act. 2, S. 4 f.). Auch Rechtsbegehren sind aber nach Treu und Glauben auszulegen (Frank/Sträuli/Messmer, § 50 ZPO N 10, § 54 ZPO N 16 und § 100 ZPO N 15; Beschluss AA060014 des Kassationsgerichts vom 19. Oktober 2006 i.S. S. gegen S., S. 9). Dem wird nicht nachgelebt, wenn man der Klägerin unterstellt, ihre auf die Betreibungen gegen die einzelnen Beklagten bezogenen Anträge seien jeweils gegen alle Beklagten gerichtet. Der diesbezügliche Nichteintretensantrag des Beklagten 8 ist daher nicht zu hören.

3.a) Die Beklagten 1–4, 6, 8–12 bringen in ihren Dupliken vor, es bestehe für das Zivilgericht im Kanton Zürich eine weitgehende Bindung an die Erkenntnisse des Strafgerichts und möchten diese Bindung insbesondere hinsichtlich der strittigen Überschuldung der AO.\_\_\_\_\_ sowie der Pflichtverletzung der Beklagten zum Tragen kommen lassen (D1, act. 121, Rz 17 ff.; D2, act. 124, Rz 22 ff.; D3, act. 127, Rz 36 ff.; D4, act. 130, Rz 58 ff.; D6, act. 135, Rz 25 ff.; D8, act. 140, Rz 13 ff.; D9, act. 142, Rz 57 ff.; D10, act. 145, Rz 18 ff.; D11, act. 148, Rz 12 ff.; D12, act. 152, Rz 12 ff.).

b) Nach dem Wortlaut von Art. 53 OR ist das Zivilgericht bei der Beurteilung von Schuld oder Nichtschuld sowie Urteilsfähigkeit oder Urteilsunfähigkeit an die Bestimmungen über strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit oder an eine Freisprechung durch das Strafgericht nicht gebunden (Art. 53 Abs. 1). Im Weiteren ist ein Strafurteil ausdrücklich bezüglich Beurteilung der Schuld und Bestimmung des Schadens für das Zivilgericht nicht verbindlich (Art. 53 Abs. 2). Die nicht allzu klare Bestimmung schweigt sich über die Verbindlichkeit bezüglich Feststellung des Tatbestands, der Widerrechtlichkeit und des adäquaten Kausalzusammenhanges aus. Nach einer älteren Bundesgerichtsentscheidung ist der Zivilrichter nach Art. 53 OR an ein freisprechendes Strafurteil nicht gebunden, was entgegen dem zu engen Wortlaut der Bestimmung auch mit Bezug auf die Frage der Widerrechtlichkeit gelte (BGE 55 II 29 E. 1). In neueren Entscheiden hat das Bundesgericht demgegenüber wiederholt festgehalten, es stehe den Kantonen frei, die Verbindlichkeit eines Strafurteils für den Zivilrichter insbesondere betreffend Feststellung der Tat und derer Widerrechtlichkeit vorzusehen, ohne sich mit dieser älteren Praxis betreffend freisprechende Urteile auseinanderzusetzen (BGE 125 III 410 f. E. 3 m.w.H.). Auch nach Zürcher Recht besteht indes keine Bindung des Zivilrichters an ein freisprechendes Strafurteil, wie sogleich zu zeigen sein wird.

Der Natur nach ist es eine prozessuale Frage, ob und gegebenenfalls wann das Zivilgericht an ein bestehendes Straferkenntnis in derselben Sache gebunden sein soll. Bei der (noch) geltenden Kompetenzaufteilung liegt es in Ermangelung einer bundesrechtlichen Norm damit grundsätzlich am kantonalen Zivilprozessrecht zu regeln, ob der Zivilrichter an die entsprechenden Feststellungen des Strafrichters gebunden sein soll oder nicht (BGE 107 II 151; BK-Brehm, Art. 53 OR N 22 ff.). Im Jahre 1964 hielt die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich fest, dass nach den allgemeinen Grundsätzen des zürcherischen Prozessrechts eine Bindung des Zivilrichters bestehe, soweit die Rechtskraft des verurteilenden Strafurteils reiche (ZR 65 Nr. 113), worauf Brehm verweist (BK-Brehm, Art. 53 OR N 25). Daraus eine Bindung des erkennenden Gerichts an die Tatbestandsfeststellungen des Strafrichters ableiten zu wollen, wie das die obgenannten Beklagten tun, wäre indes in mehrfacher Hinsicht verfehlt: Der Entscheid

der II. Zivilkammer beschlägt vorab die Bindung des Zivilrichters an ein verurteilendes Straferkenntnis, was im vorliegenden Fall bekanntlich nicht gegeben ist. An ein freisprechendes Strafurteil ist der Zivilrichter nicht gebunden, denn „aus der Feststellung, dass kein Strafanspruch besteht, folgt nie, dass kein Zivilanspruch begründet sein kann“ (Guldener, S. 384). Dieser ein verurteilendes Straferkenntnis betreffende Entscheid wurde übrigens bereits 1979 von der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich mit überzeugenden Argumenten in Frage gestellt: Die Auffassung der II. Zivilkammer könne sich insbesondere nicht auf eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung abstützen, was wohl verlangt werden müsse, handle es sich doch um Einschränkung der Entscheidungsfreiheit des Zivilrichters. Im Übrigen würde es gegen fundamentale Rechtsprinzipien verstossen, wenn es dem Zivilrichter nicht freigestellt wäre, aufgrund neuer Parteivorbringen und eigener Beweiserhebungen allenfalls einen bestimmten Sachverhalt und die damit zusammenhängenden Fragen anders als der Strafrichter zu beurteilen (ZR 79 Nr. 95). Die geltend gemachte Bindung besteht nach zürcherischem Recht damit nicht (vgl. auch Frank/Sträuli/Messmer, § 191 ZPO N 3, mit zahlreichen Hinweisen). Im Übrigen genügt an dieser Stelle der Hinweis, dass die Frage der Überschuldung der AO.\_\_\_\_\_ per 18. Dezember 2000 vom Strafgericht nach den Behauptungen der Beklagten nicht beurteilt worden ist und die Parteien zudem übereinstimmend davon ausgehen, dass die AO.\_\_\_\_\_ per 18. Dezember 2000 nicht sich selbst resp. dem Konkursrichter hätte überlassen werden dürfen, sondern dass zu sanieren gewesen wäre (RE, act. 108, Rz 7, 184 ff.), weshalb aus Auszügen aus den Strafurteilen, die zu demselben Schluss kommen, für das vorliegende Verfahren ohnehin nichts Relevantes abzuleiten wäre.

#### **IV. Materielle Beurteilung der Klage**

Die Klägerin stützt die geltend gemachten Ansprüche auf aktienrechtliche Verantwortlichkeit gemäss Art. 754 OR. Gemäss Art. 754 Abs. 1 OR sind die Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der Geschäftsführung befassten Perso-

nen sowohl der Gesellschaft als auch den einzelnen Aktionären und den Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen. Die Haftungsvoraussetzungen sind damit vorerst eine Pflichtverletzung (nachfolgend lit. B), welche einen Schaden zur Folge hat (lit. C). Die Pflichtverletzung muss sodann schuldhaft erfolgt sein und für den geltend gemachten Schaden als adäquat kausale Ursache erscheinen. Sollten diese Voraussetzungen erfüllt sein, so haften die Verantwortlichen grundsätzlich solidarisch, indes gemäss Art. 759 Abs. 1 OR nur insoweit, als ihnen der Schaden auf Grund ihres eigenen Verschuldens persönlich zurechenbar ist (sog. differenzierte Solidarität). Bevor die einzelnen Haftungsvoraussetzungen untersucht werden, ist indes die Frage der Aktiv- sowie der Passivlegitimation zu prüfen (lit. A).

#### **A. Legitimation**

1. Die Aktivlegitimation zur Geltendmachung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit kommt der Gesellschaft selbst, den Aktionären sowie den Gesellschaftsgläubigern zu (Art. 754 Abs. 1 OR), Letzteren allerdings erst, wenn die Gesellschaft zahlungsunfähig geworden ist (Art. 757 Abs. 1 OR), wobei dem Konkurs ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung gleichzusetzen ist (BGE 122 III 166). Die Gesellschaft mit einem Nachlassvertrag im Sinne von Art. 317 Abs. 1 SchKG räumt das Verfügungsrecht über ihre Vermögenssubstanz den Gläubigern ein, wobei zum Massavermögen gemäss Art. 325 SchKG ausdrücklich auch die Ansprüche aus (aktienrechtlicher) Verantwortlichkeit zählen. Bei der Klägerin handelt es sich um die Nachlassmasse der A.\_\_\_\_\_, welche gemäss Art. 319 Abs. 1 SchKG vom Liquidator vor Gericht vertreten wird. Die Aktivlegitimation der Klägerin ist somit gegeben.

2. Gemäss Art. 754 OR unterstehen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit nebst den Mitgliedern des Verwaltungsrates die „mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen“. Die Beklagten 2–9 sowie 11 und 12 waren Mitglieder des Verwaltungsrats der Klägerin, während der Beklagte 1 als CEO

und der Beklagte 10 als CFO der Klägerin tätig waren (vgl. oben, II.1.b). Es ist zwischen den Parteien zu Recht nicht strittig, dass alle von der Klägerin ins Recht gefassten Personen grundsätzlich der persönlichen Haftung für Fehlverhalten nach aktienrechtlicher Verantwortlichkeit unterworfen sind.

## **B. Pflichtverletzung**

Die Klägerin macht unter dem Titel Pflichtverletzung im Wesentlichen geltend, dem Verwaltungsrat kämen die in Art. 716a OR aufgelisteten, unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben zu, welche von den Mitgliedern des Verwaltungsrates der A.\_\_\_\_\_ in mehrfacher Hinsicht verletzt worden seien. Im Weiteren wirft die Klägerin den Beklagten verschiedene Verletzungen der Organisationsreglemente der A.\_\_\_\_\_ vor (KL, act. 2, S. 21 ff., S. 71 f., S. 76; RE, act. 108, Rz 210 ff.; Rz 227 ff.). Die Beklagten bestreiten das Vorliegen jeglicher Pflichtverletzung (K1, act. 90, Rz 369 ff.; K2, act. 62, Rz 447 ff.; K3, act. 65, Rz 561 ff.; K4, act. 67, Rz 292 ff.; K5, act. 69, Rz 207 ff.; K6, act. 72, Rz 21 ff.; K7, act. 71, Rz 207 ff.; K8, act. 74, Rz 235 ff.; K9, act. 76, Rz 15 ff.; K10, act. 79, Rz 322 ff.; K11, act. 82, Rz 284 ff.; K12, act. 85, Rz 284 ff.). Auf den Vorwurf der Verletzung von Art. 716a OR sowie des Organisationsreglements ist vorab einzugehen (nachfolgend Ziff. 1).

Die von der Klägerin geltend gemachte Pflichtverletzung im Zusammenhang mit der behaupteten mangelhaften Planung und Durchführung der AT.\_\_\_\_\_ -Transaktion (oben, II.2.a) basiert indes schergewichtig auf dem Vorwurf, die Beklagten hätten die damals herrschende finanzielle Situation der AO.\_\_\_\_\_ wie auch der A.\_\_\_\_\_ unzureichend eingeschätzt und angesichts der bestehenden Überschuldung insbesondere der AO.\_\_\_\_\_ per 18. Dezember 2000 die AT.\_\_\_\_\_ -Transaktion nicht resp. nicht so – d.h. nicht ohne eigentliches Sanierungskonzept – durchführen resp. zulassen dürfen (KL, act. 2, S. 54 f., 74 ff.; RE, act. 108, Rz 184 ff., 210 ff., 227 ff.). Da die Beklagten bestreiten, dass die A.\_\_\_\_\_ oder die AO.\_\_\_\_\_ per 18. Dezember 2000 überschuldet gewesen sei (Nachweise oben, II.2.b) und geltend machen, mangels Überschuldung habe

auch keine Pflicht zur Sanierung bestanden (D1, act. 121, Rz 499; D2, act. 124, Rz 544; D3, act. 127, Rz 475; D4, act. 130, Rz 674 f.; D5, act. 133, Rz 240; D6, act. 135, Rz 519; D7, act. 138, Rz 240; D8, act. 140, Rz 479; D9, act. 142, Rz 512; D10, act. 145, Rz 484; D11, act. 148, Rz 471; D12, act. 152, Rz 503), wird auf die finanzielle Situation der AO.\_\_\_\_\_ sowie der A.\_\_\_\_\_ per 18. Dezember 2000 näher einzugehen sein, wobei dies bei der Prüfung der Haftungsvoraussetzung des Schadens erfolgen soll (vgl. nachfolgend Ziff. 2 sowie C.2.–4.).

## **1. Oberaufsicht und Finanzverantwortung**

1.a) Die Klägerin erhebt den Vorwurf, dass die Delegation der Geschäftsführungskompetenz bei der A.\_\_\_\_\_ vom Verwaltungsrat auf die Geschäfts- resp. Konzernleitung nicht mit einer genügenden Überwachung der unbotmässigen Konzernleitung durch den Verwaltungsrat einhergegangen sei. Sie verweist dabei insbesondere auf die Oberleitung der Gesellschaft und die Erteilung der nötigen Weisungen gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR. Da die Geschäftsführungskompetenz bei der A.\_\_\_\_\_ vom Verwaltungsrat an die Geschäfts- resp. Konzernleitung delegiert worden sei, komme sodann der Pflicht zur Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR) besondere Bedeutung zu. Der Verwaltungsrat habe im Weiteren die Pflicht zur Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle sowie der Finanzplanung (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR) verletzt. Neben diesen Verletzungen von Art. 716a OR wirft die Klägerin den Beklagten verschiedene Verletzungen der Organisationsreglemente der A.\_\_\_\_\_, so vor allem die Nichteinhaltung der dort festgelegten Finanzkompetenzen sowie die ungenügende Überwachung des Konzerninspektorats, vor (KL, act. 2, S. 21 ff., S. 71 f., S. 76; RE, act. 108, Rz 210 ff.; Rz 227 ff.). Insbesondere soweit die Beklagten nicht dem Verwaltungsrat der Klägerin angehörten (Beklagte 1 und 10), leitet die Klägerin die geltend gemachten Pflichtverletzungen nebst der Verletzung der Organisationsreglemente aus den Sorgfalts- und Treuepflichten gemäss Art. 717 OR ab, welche ausser den Mitgliedern des Verwaltungsrates auch die mit der Geschäftsführung Befassten betreffen. Zum Verhalten des Beklagten 1 führt die Klägerin in diesem Zusammenhang aus, dieser habe sich als

CEO der A.\_\_\_\_\_ und Verwaltungsratspräsident sowie CEO der AO.\_\_\_\_\_ bei der AT.\_\_\_\_\_ -Transaktion in einem Interessenkonflikt befunden, womit die Pflichtwidrigkeit seiner im Interessenkonflikt gefällten Entscheidungen nach der neueren Rechtsprechung zu vermuten sei (KL, act. 2, S. 69 ff.).

b) Die Beklagten 1–4, 6, 8–12 bestreiten die geltend gemachten Verletzungen von Art. 716a resp. Art. 717 OR (K1, act. 90, Rz 765 ff.; K2, act. 62, Rz 447 ff., 489 ff.; K3, act. 65, Rz 567; K4, act. 67, Rz 433 ff., 675; K6, act. 72, Rz 43; K8, act. 74, Rz 414; K9, act. 76, Rz 15 ff., 331; K10, act. 79, Rz 587; K11, act. 82, Rz 291; K12, act. 85, Rz 291) und alle Beklagten wehren sich gegen den Vorwurf, es seien im Zusammenhang mit der AT.\_\_\_\_\_ -Transaktion die Organisationsreglemente der A.\_\_\_\_\_ verletzt worden (K1, act. 90, Rz 300 ff., 573; K2, act. 62, Rz 458 ff., 475 ff., 658 ff.; K3, act. 65, Rz 460 ff.; K4, act. 67, Rz 438 ff., 457 ff., 590; K5, act. 69, Rz 237 ff., 334 ff., 439 ff.; K6, act. 72, Rz 23 ff., 358 ff.; K7, act. 71, Rz 237 ff., 334 ff., 439 ff.; K8, act. 74, Rz 77 ff., 298 ff.; K9, act. 76, Rz 86 ff.; K10, act. 79, Rz 57 ff.; K11, act. 82, Rz 217 ff.; K12, act. 85, Rz 218 ff.). Wie die Beklagten 2–9, 11 und 12 an den eben genannten Stellen ausführen, hätten sie von der am 18. Dezember 2000 erfolgten AT.\_\_\_\_\_ -Transaktion keine Kenntnisse gehabt, doch sei die Delegation der Geschäftsführungskompetenz an die Geschäfts- resp. Konzernleitung nicht zu beanstanden und die geltend gemachte mangelhafte Wahrnehmung der (Ober-)Aufsicht bestritten. Unbestritten geblieben ist demgegenüber, dass der Fusionsvertrag seitens AO.\_\_\_\_\_ vom Beklagten 1 (in dessen Funktion als einziges Verwaltungsratsmitglied der AO.\_\_\_\_\_ ) und seitens AT.\_\_\_\_\_ AG von deren Verwaltungsratsmitgliedern, dem Beklagten 10 (VR-Präsident) sowie BS.\_\_\_\_\_, unterzeichnet worden ist (KL, act. 2, S. 55 Ziff. 6.5).

2. Der Vorwurf der Klägerin, die Beklagten hätten die Bestimmungen von Art. 716a OR (Unübertragbare Aufgaben des Verwaltungsrats) verletzt, geht insofern im Vorwurf der Verletzung des am 18. Dezember 2000 massgeblichen Organisationsreglement der A.\_\_\_\_\_ vom 22. November 2000 (act. 3/49; nachfolgend „OrgR“) auf, als diese Gesetzesbestimmung in beinahe wörtlicher Wiedergabe in besagtes Organisationsreglement eingeflossen ist (Art. 4, Art. 12, Art. 16 Abs. 1

OrgR). Der inhaltlich gewichtigste Vorwurf der Klägerin betrifft denn auch eine Schnittstelle dieser Bestimmung und der konkreten Ausgestaltung resp. der Einhaltung des Organisationsreglements: Zwischen den Parteien ist nicht strittig, dass die vorliegend zu beurteilende AT.\_\_\_\_-Transaktion am 18. Dezember 2000 vorgenommen wurde und die beklagten Verwaltungsräte der Klägerin (die Beklagten 2–9, 11 und 12) erst nachträglich (sei es nach der am 29. Dezember 2000 erfolgten Publikation im SHAB, sei es zu einem späteren Zeitpunkt) davon erfahren haben. Uneinigkeit besteht wie gesehen allerdings darüber, ob dies zulässig war oder ob es sich bei der Vornahme dieser Transaktion um eine unentziehbare Aufgabe des Verwaltungsrats gemäss Art. 716a OR i.V.m. dem Organisationsreglement gehandelt habe.

a) Gemäss Art. 13 OrgR ist der Verwaltungsrat zuständig für alle Geschäftsentscheide, welche für den Konzern von strategischer Bedeutung sind (Art. 13 Ingress), so insbesondere Finanzkompetenzen über 30 Millionen Franken (Art. 13 Ziff. 2 OrgR). In den Kompetenzbereich des Präsidenten der Konzernleitung (CEO der A.\_\_\_\_) fällt demgegenüber u.a. die Finanzkompetenz bis 30 Millionen Franken (Art. 28 Ziff. 2 OrgR). Seitens der Beklagten wird hierzu indes vorgebracht, dass diese Kompetenzausscheidung zwischen Verwaltungsrat und CEO der A.\_\_\_\_ vorliegend unerheblich sei, da sich Art. 13 OrgR wie das Organisationsreglement überhaupt am Konzerninteresse orientiere und konzerninterne Verschiebungen gar nicht tangiere (Nachweise oben, 1.b)).

In der Tat ist unverkennbar, dass das Organisationsreglement stark am Konzerninteresse (und nicht bloss am Interesse der Holdinggesellschaft A.\_\_\_\_) ausgerichtet ist, ordnet doch dieses Reglement nach dessen Zweckbestimmung (Art. 1) die einheitliche Führung des A.\_\_\_\_-Konzerns (Art. 1 Abs. 1 OrgR), womit ausdrücklich die „Holdinggesellschaft A.\_\_\_\_“ (nachfolgend der Terminologie des Organisationsreglements folgend [Art. 1 Abs. 2 OrgR] als „Holding“ bezeichnet) und deren Konzerngesellschaften gemeint sind (Art. 1 Abs. 2 OrgR). Auch der Ingress von Art. 13 OrgR nimmt wie soeben gesehen ausdrücklich Bezug auf den Konzern und nicht auf die Holding. Aus dieser Betonung des Konzerninteresses

ses allein kann indes nicht ohne Weiteres gefolgert werden, konzerninterne Verschiebungen seien von diesem Kompetenzraster nicht erfasst. Zutreffend erscheint diese Ansicht insoweit, als durch konzerninterne Verschiebungen in aller Regel auch aus Sicht der Holding keine Mehr- oder Minderwerte geschaffen werden, sondern es sich vielmehr um interne „Umschichtungen“ sozusagen von einer Tasche in die andere handelt – worauf sich denn auch mehrere Beklagte berufen (stellvertretend K12, act. 85, Rz 350; vgl. auch oben, 1.b)). Dies ist aber jedenfalls dann nicht mehr zutreffend, wenn seitens der involvierten absorbierenden Konzerngesellschaft eine Überschuldungssituation vorliegt und diese Überschuldung auch durch die interne Verschiebung nicht behoben werden kann. Diesfalls werden bei der Holding potenziell Minderwerte geschaffen resp. Werte vernichtet. Aus diesem Grund kann jedenfalls nicht gesagt werden, konzerninterne Verschiebungen seien nicht vermögenswirksam und also von Art. 13 OrgR von vornherein nicht erfasst. Aus dem Organisationsreglement allein lässt sich die Frage nicht schlüssig entscheiden: Wohl werden wie gesehen die Konzerninteressen betont, doch können konzerninterne Verschiebungen durchaus aus Sicht der Holding vermögenswirksam sein und strategische Bedeutung haben.

Falls das Organisationsreglement dem CEO der Holding eine unbeschränkte Finanzkompetenz hinsichtlich konzerninterner Transaktionen einräumen sollte – und dies ist die Konsequenz des beklagtischen Standpunktes –, so ist danach zu fragen, ob ein derart verstandenes Organisationsreglement mit den Bestimmungen von Art. 716a f. OR vereinbar wäre. Nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR steht dem Verwaltungsrat als unübertragbare Aufgabe die Oberleitung der Gesellschaft zu, was u.a. die Festlegung der Strategie des Unternehmens innerhalb des statutarischen Zwecks, die Wahl der Mittel für die Zielerreichung und die Kontrolle der Zielkonformität der Akte der Geschäftsführung umfasst (BSK OR II-Watter/Roth Pellanda, Art. 716a N 4 m.w.H.). Konkretisiert wird die Oberleitung in den nachfolgenden Ziffern von Art. 716a Abs. 1 OR. Gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR obliegt dem Verwaltungsrat unübertragbar die Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle sowie der Finanzplanung, sofern diese für die Führung der Gesellschaft notwendig sind. Art. 716a OR hat in Konzernverhältnissen in der

praktischen Umsetzung zur Konsequenz, dass zwischen dem Verwaltungsrat der herrschenden Gesellschaft (oben in Anlehnung an das OrgR als „Holding“ bezeichnet) und dem Verwaltungsrat der abhängigen Gesellschaft eine vertikale Aufgabenteilung stattfindet: Der Verwaltungsrat der herrschenden Gesellschaft, i.c. also der A.\_\_\_\_\_, bestimmt dabei unter anderem als Ausfluss von Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR unübertragbar die konzernweite Finanzplanung und hat im Rahmen des konzernweiten Finanzmanagements über die Eigenkapitalausstattung der abhängigen Gesellschaften zu entscheiden und das konzernweite cash management wahrzunehmen (Beyeler, S. 132 f.). Damit wäre wohl kaum zu vereinbaren, dass ein Organisationsreglement die Kompetenz zur Vornahme konzerninterner Transaktionen in unbeschränkter Höhe vom Verwaltungsrat auf den CEO der herrschenden Gesellschaft überträgt, zumal gerade die vorliegend zu beurteilende AT.\_\_\_\_\_-Transaktion nicht zuletzt nach dem Bekunden der Beklagten 1–4, 6, 8–12 vorgenommen wurde, um den Kapitalverlust der AO.\_\_\_\_\_ zu beseitigen, d.h. die Eigenkapitalausstattung der abhängigen Gesellschaft zu stärken (K1, act. 90, Rz 199; K2, act. 62, Rz 288; K3, act. 65, Rz 277; K4, act. 67, Rz 209; K6, act. 72, Rz 170; K8, act. 74, Rz 260; K9, act. 76, Rz 11; K10, act. 79, Rz 306; K11, act. 82, Rz 121; K12, act. 85, Rz 122).

b) Aus diesem Grund scheint die Vornahme der AT.\_\_\_\_\_-Transaktion durch den Beklagten 1 (CEO der A.\_\_\_\_\_) ohne Wissen der Verwaltungsräte der A.\_\_\_\_\_ auf einer unzulässigen Delegation zu beruhen. Dabei stellt sich jedoch die Frage, ob nicht in der Genehmigung der Veräusserung der BT.\_\_\_\_\_-Aktien im Juli 2001 gleichzeitig die nachträgliche Genehmigung der AT.\_\_\_\_\_-Transaktion zu erblicken wäre. Im Übrigen ist anzumerken, dass die Devestition der AT.\_\_\_\_\_ AG im Verwaltungsrat der A.\_\_\_\_\_ unstreitig Thema war, wobei hier ausdrücklich offen bleiben kann, ob die am 18. Dezember 2000 ohne Wissen des Verwaltungsrats erfolgte Transaktion *innerhalb* des Konzerns als Umsetzung entsprechender VR-Beschlüsse gelten könnte, wie dies von mehreren Beklagten vorgebracht wird (stellvertretend K1, act. 90, Rz 571, 573). Auch falls die Vornahme der AT.\_\_\_\_\_-Transaktion durch den Beklagten 1 ohne Wissen der Verwaltungsräte der A.\_\_\_\_\_ auf einer unzulässigen Delegation beruhen würde, folgt

daraus nämlich lediglich, dass diese Delegation nicht haftungsmindernd wirkt (Vogel, Haftung, S. 293; Forstmoser, S. 115 Fn 598 m.w.H.). Der Verwaltungsrat bliebe diesfalls voll verantwortlich für die Handlungen derjenigen Personen, die unbefugterweise anstelle des Verwaltungsrates gehandelt haben.

c) Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die behaupteten Verletzungen von Art. 716a f. OR sowie des Organisationsreglements der A.\_\_\_\_\_ nur dann zu einer aktienrechtlichen Verantwortlichkeit der Beklagten führen können, wenn die von den Beklagten 1 und 10 ohne Wissen der Beklagten 2–9, 11 und 12 vorgenommene AT.\_\_\_\_\_ -Transaktion eine pflichtwidrige Handlung darstellt, die einen Schaden zur Folge hat.

3. Gleiches gilt für die geltend gemachte ungenügende Überwachung des Konzerninspektorats und die weiteren von der Klägerin geltend gemachten Verletzungen des Organisationsreglements. Unabhängig davon, ob die Delegation unter dem Gesichtspunkt von Art. 716a OR zu beanstanden ist oder nicht (weil die Transaktion lediglich als Ausführung eines VR-Beschlusses zu werten wäre): Falls die geltend gemachte Interessenskollision und damit eine Pflichtwidrigkeit beim Beklagten 1 infolge dessen offenkundigen Doppelmandats vorliegen würde (was hier offen bleiben kann), dann hätte die Delegation der Geschäftsführung nicht an den Beklagten 1 als Delegationsempfänger erfolgen dürfen – mit der Konsequenz, dass die Delegation an diesen nicht haftungsmindernd wirken würde. Es ist daher im Folgenden zu prüfen, ob die AT.\_\_\_\_\_ -Transaktion als solche eine pflichtwidrige Handlung darstellte, die zu einem Schaden geführt hat. Hierzu wird die finanzielle Situation der AO.\_\_\_\_\_ sowie der A.\_\_\_\_\_ per 18. Dezember 2000 näher zu untersuchen sein, was ohnehin geboten ist, da die von der Klägerin erhobene Klage wie bereits gesehen (oben, vor Ziff. 1) schwergewichtig auf dem Vorwurf basiert, die Beklagten hätten die damals herrschende Situation der AO.\_\_\_\_\_ wie auch der A.\_\_\_\_\_ falsch eingeschätzt und angesichts der bestehenden Überschuldung insbesondere der AO.\_\_\_\_\_ per 18. Dezember 2000 die AT.\_\_\_\_\_ -Transaktion nicht resp. nicht so – d.h. ohne eigentliches Sanierungskonzept – zulassen dürfen. Damit geht auch der klägerische Vorwurf, es habe

kein hinreichendes Sanierungskonzept bestanden, letztlich in der Prüfung dieser Frage auf.

## **2. Verletzung von Art. 725 OR**

Zeigt die letzte Jahresbilanz, dass die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt ist, so beruft der Verwaltungsrat unverzüglich eine Generalversammlung ein und beantragt ihr Sanierungsmassnahmen (Art. 725 Abs. 1 OR). Gemäss Art. 725 Abs. 2 OR ist der Verwaltungsrat sodann gehalten eine Zwischenbilanz zu erstellen, sobald begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht und den Richter zu benachrichtigen, wenn sich aus der Zwischenbilanz ergibt, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind (sofern nicht Gesellschaftsgläubiger im Ausmass der Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten). Es wird im Nachfolgenden zu untersuchen sein, ob zumindest bei der AO.\_\_\_\_\_ im Zeitpunkt der AT.\_\_\_\_\_ -Transaktion Anlass zur Erstellung einer solchen Zwischenbilanz bestanden hätte, nachdem bei dieser Gesellschaft gemäss Revisionsbericht zur Jahresrechnung 1999 bereits Art. 725 Abs. 1 OR verletzt worden war (vgl. unten, C.2.b.(1).b.cc)). Soweit sich aus einer pflichtgemäss erstellten Zwischenbilanz ergibt, dass die Gesellschaft zu Fortführungs- wie auch zu Liquidationswerten überschuldet ist, so ist grundsätzlich der Richter zu benachrichtigen, doch besteht in Rechtsprechung und Lehre Einigkeit, dass der Verwaltungsrat gleichwohl zumindest das Recht hat, anstelle der Benachrichtigung des Richters unverzüglich die Sanierung der überschuldeten Gesellschaft anhand zu nehmen – sofern die Sanierung ernstlich Aussicht auf Erfolg verspricht –, um so den drohenden Konkurs abzuwenden (BGE 132 III 564, E. 5.1; BGE 116 II 533, E. 5a; Bundesgerichtsentscheide vom 19. Juni 2001, 4C.366/2000 E. 4b, sowie vom 18. April 2007, 4C.436/2006, E. 4; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 50 Rz 212; Böckli, § 13 Rz 777; Senn, S. 88 f.). Aus ernstlichen Sanierungsbemühungen kann dem Verwaltungsrat demnach grundsätzlich unter dieser Prämisse kein Vorwurf erwachsen: Eine Sanierung muss vielmehr (solange ernsthafte Erfolgsaussichten bestehen) möglich bleiben. Aller-

dings muss es sich dabei jedenfalls um einen bewussten Entscheid handeln, den Richter trotz bestehender Überschuldung nicht zu benachrichtigen und anstatt dessen die Sanierung unverzüglich anhand zu nehmen. Nimmt der Verwaltungsrat die Gefahr einer bestehenden Überschuldung hingegen gar nicht erst wahr, so kann er sich nicht entscheiden, den Weg der Sanierung als im konkreten Fall zulässige Alternative zur Benachrichtigung des Richters zu beschreiten. Mit anderen Worten: Art. 725 Abs. 2 OR ist immer dann verletzt, wenn der Verwaltungsrat nicht einmal erkannt hat, dass eine Überschuldungssituation gegeben sein könnte, er daher pflichtwidrig keine Zwischenbilanz erstellte und er demnach im Falle der Überschuldung so oder anders auch keinen Entscheid fällen konnte, auf die Benachrichtigung des Richters zu verzichten.

Eine solche die Beklagten allenfalls treffende Pflichtverletzung setzt demnach voraus, dass im Zeitpunkt der AT.\_\_\_\_-Transaktion eine Überschuldungssituation bestand, welche von den Beklagten nicht erkannt wurde, was an dieser Stelle einstweilen offen bleiben kann. Da das Bestehen eines Schadens eine nach der AT.\_\_\_\_-Transaktion fortbestehende Überschuldung der AO.\_\_\_\_ resp. eine durch diese Transaktion ausgelöste Überschuldung der A.\_\_\_\_ voraussetzt (vgl. unten, C.1.4.b), wird die finanzielle Situation der AO.\_\_\_\_ wie auch diejenige der A.\_\_\_\_ per 18. Dezember 2000 dort zu untersuchen sein (unten, C.2.-4.).

## **C. Schaden und Kausalität**

### **1. Schadensbegriff und massgebender Zeitpunkt**

1. Schaden im Rechtssinn ist eine unfreiwillige Vermögensminderung, welche in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung von Passiven oder in entgangenem Gewinn bestehen kann. Der Schaden entspricht gemäss der vorherrschenden Differenztheorie der Differenz zwischen dem tatsächlichen Vermögensstand nach dem schädigenden Ereignis und dem hypothetischen Vermögens-

stand, wie er sich ohne Verletzung von Leistungspflichten ergeben würde (BGE 129 III 332; Gauch/Schluep/Emmenegger, Rz 2848 ff.; Merz, S. 186; Forstmoser, Rz 148 ff.). Das Vorliegen eines Schadens ist bei Geltung der Verhandlungsmaxime von der Klägerin zu behaupten und soweit bestritten zu beweisen.

2. Nach Darstellung der Klägerin hat sich das Vermögen der A.\_\_\_\_\_ durch die AT.\_\_\_\_\_-Transaktion in den folgenden drei Positionen verändert: (1) Beteiligung an der AT.\_\_\_\_\_ AG, (2) Darlehen von CHF 39'712'844.– an die AT.\_\_\_\_\_ AG und (3) direkte Darlehen von CHF 686'976'862.44 an die AO.\_\_\_\_\_. Durch die AT.\_\_\_\_\_-Transaktion sei erstens die Beteiligung an der AT.\_\_\_\_\_ AG aus dem Vermögen der A.\_\_\_\_\_ entfernt worden. Zweitens sei das Darlehen der A.\_\_\_\_\_ an die AT.\_\_\_\_\_ AG durch die Fusion der AT.\_\_\_\_\_ AG mit der AO.\_\_\_\_\_ zu einem Darlehen an die AO.\_\_\_\_\_ umgewandelt worden, wobei dieses Darlehen als Folge der Überschuldung der AO.\_\_\_\_\_ an Wert verloren habe. Drittens hätten die direkten Darlehen der A.\_\_\_\_\_ an die AO.\_\_\_\_\_ durch die Fusion demgegenüber an Werthaltigkeit gewonnen, weil das Vermögen der AO.\_\_\_\_\_ durch die Fusion mit der AT.\_\_\_\_\_ AG vermehrt worden sei. Der Wert der AO.\_\_\_\_\_ habe sich allerdings nicht verändert, da die AO.\_\_\_\_\_ vor und nach der AT.\_\_\_\_\_-Transaktion überschuldet und damit wertlos gewesen sei (KL, act. 2, S. 61 Ziff. V.11.1). Gemäss den Berechnungen der Klägerin in der Klageschrift ging der A.\_\_\_\_\_ durch die AT.\_\_\_\_\_-Transaktion die Beteiligung an der AT.\_\_\_\_\_ AG verlustig (CHF 333'218'194.25), wozu sich der Wertverlust des Darlehens an die AT.\_\_\_\_\_ AG addiere (CHF 23'656'941.17), was abzüglich der Wertsteigerung des Darlehens an die AO.\_\_\_\_\_ in der Höhe von CHF 77'078'803.96 einen Schaden von CHF 279'796'331.46 ergebe (KL, act. 2, S. 62 ff. Ziff. 11.2 ff.). In der Replik hat die Klägerin eine Neuberechnung vorgenommen. Die Überschuldung der AO.\_\_\_\_\_ liegt nach den revidierten Berechnungen mit CHF 892 Mio. deutlich tiefer als in der Klageschrift (wo noch von einer Überschuldung von CHF 2'306.7 Mio. ausgegangen wurde, vgl. KL, act. 2, S. 65 Ziff. V.11.4.5 und RE, act. 108, Rz 112), wird indes nach Ansicht der Klägerin durch die AT.\_\_\_\_\_-Transaktion nach wie vor nicht beseitigt. Neu beziffert die Klägerin bei gleichbleibendem Beteiligungswert der AT.\_\_\_\_\_ AG den Wertverlust des Darlehens an die AT.\_\_\_\_\_ AG

mit CHF 10.707 Mio., die Wertsteigerung des Darlehens an die AO.\_\_\_\_\_ mit CHF 43.486 Mio. und gelangt so zu einem Schaden bei der A.\_\_\_\_\_ von CHF 300.439 Mio. (RE, act. 108, Rz 235 ff.).

Die Beklagten bestreiten, dass durch die AT.\_\_\_\_\_-Transaktion der A.\_\_\_\_\_ ein Schaden entstanden sei. Vielmehr sei die AO.\_\_\_\_\_ entgegen den klägerischen Behauptungen weder nach der „Rückwärtsrechnung“ der Klage noch nach der „Vorwärtsrechnung“ der Replik [vgl. dazu nachfolgend Ziff. 2.b. vor (1)] überschuldet gewesen, und da keine Überschuldung bestanden habe, sei auch kein Schaden entstanden. Eventualiter wird sodann einerseits geltend gemacht, eine allfällige Überschuldung sei durch die AT.\_\_\_\_\_-Transaktion beseitigt worden und andererseits wird die Schadensberechnung der Klägerin im Einzelnen bestritten (K1, act. 90, Rz 418 ff.; D1, act. 121, Rz 204 ff., 572 ff.; K2, act. 62, Rz 542 ff.; D2, act. 124, Rz 261 ff., 590 ff.; K3, act. 63, Rz 633 ff.; D3, act. 127, Rz 186 ff., 562 ff.; K4, act. 67, Rz 32 ff., Rz 228 ff.; D4, act. 130, Rz 335 ff., 786 ff.; K5, act. 69, Rz 113 ff.; D5, act. 133, Rz 89ff., 68 ff., 248 ff.; K6, act. 72, Rz 71 ff.; D6, act. 135, Rz 171 ff., 607 ff.; K7, act. 71, Rz 113 ff.; D7, act. 138, Rz 89 ff., 68 ff., 248 ff.; K8, act. 74, Rz 282 ff., D8, act. 140, Rz 188 ff., 552 ff.; K9, act. 76, Rz 94 ff.; D9, act. 142, Rz 225 ff., 582 ff.; K10, act. 79, Rz 372 ff.; D10, act. 145, Rz 155 ff., 563 ff.; K11, act. 82, Rz 332 ff.; D11, act. 148, Rz 183 ff., 544 ff.; K12, act. 85, Rz 331 ff.; D12, act. 152, Rz 190 ff., 577 ff.).

3.a) Der Begriff des Schadens wird vom Gesetz nicht definiert, und die oben bereits geschilderte Definition nach der Differenztheorie wird in der Schweiz – anders als etwa in Deutschland – bisher wenig hinterfragt. So gebetsmühlenartig die Formel des Schadens als Differenz zwischen dem tatsächlichen Vermögensstand nach dem schädigenden Ereignis und dem hypothetischen Vermögensstand ohne schädigendes Ereignis auch wiederholt wird, so werden bei näherer Betrachtung gleichwohl unterschiedliche Schattierungen sichtbar. Einmal abgesehen von der Frage, ob wirklich zwei Vermögensmassen in ihrer Gesamtheit oder nicht eher die von der schädigenden Handlung betroffenen Vermögensbestandteile zu vergleichen seien, ist bei näherer Betrachtung nicht einheitlich, wie in dieser Formel der

Zeitpunkt des Vermögensvergleichs umschrieben wird: Bald ist die Rede vom Vermögensstand nach Eintritt des schadensstiftenden Ereignisses (Gauch/Schluemp/Rey, Rz 2655; BK-Weber, Art. 97 OR N 151), bald vom gegenwärtigen oder jetzigen Vermögensstand (Merz, S. 186; Oftinger/Stark, § 2 Rz 9 [mit der Anmerkung in Fn 12, der „gegenwärtige“ Vermögensstand sei der nach dem schädigenden Ereignis festgestellte Vermögensstand]; BK-Brehm, Art. 41 OR N 70b; Gauch/Schluemp/Emmenegger, Rz 2848) und bald vom „im massgebenden Zeitpunkt“ vorhandenen Vermögens (Guhl/Koller, § 10 Rz 18).

b.aa) Wenn der Frage nach dem „massgebenden Zeitpunkt“ nachgegangen wird, scheint es hilfreich sich auf die Grundüberlegung zurückzubesinnen, welche zur gängigen Formel der Differenztheorie geführt hat: Der Schaden kann in einer (positiven) Vermögensverminderung („damnum emergens“) oder in entgangenem Gewinn („lucrum cessans“) bestehen. Die Formel vom Schaden als Differenz zwischen dem hypothetischen Vermögensstand nach dem schädigenden Ereignis (nachfolgend „ $V_{hyp. nach}$ “) und dem realen Vermögensstand (nachfolgend „ $V_{real nach}$ “) wurde von Mommsen, auf den die Differenztheorie zurückgeht, folgendermassen hergeleitet (zum Nachfolgenden Keuk, S. 15 ff.):

$$\begin{aligned} \text{Schaden} &= \text{damnum emergens} + \text{lucrum cessans} \\ \text{wobei nach Mommsen} \\ \text{damnum emergens} &= V_{real\ vor} - V_{real\ nach} \\ \text{und} \\ \text{lucrum cessans} &= V_{hyp. nach} - V_{real\ vor} \\ \text{weshalb} \\ \text{Schaden} &= V_{real\ vor} - V_{real\ nach} + V_{hyp. nach} - V_{real\ vor} \\ &= V_{hyp. nach} - V_{real\ nach} \\ \text{so dass} \\ \text{Schaden} &= V_{hyp. nach} - V_{real\ nach} \end{aligned}$$

Daraus wird also ersichtlich: Der hypothetische Vermögensstand nach dem schädigenden Ereignis ist (nur) deshalb Teil der Schadensformel, weil der entgangene Gewinn mit einbezogen werden sollte (vgl. Honsell, S. 69 ff., 73). Wo ein Schaden wie vorliegend ausschliesslich in einer (effektiven) Vermögensminderung besteht, entspricht dieser der Differenz zwischen dem Vermögensstand vor und nach dem schädigenden Ereignis. Soweit kein entgangener Gewinn betroffen ist, wäre es deshalb nicht nur möglich, sondern angebracht, auf die problematische Figur des hypothetischen Vermögensstands zu verzichten: Indem der Minuend 'hypothetischer Vermögensstand nach dem schädigenden Ereignis' durch den Minuend '(realer) Vermögensstand vor dem schädigenden Ereignis' ersetzt wird, entfällt nämlich die unnötige „Rekonstruktion“ eines Zustandes, den es gar nie gegeben hat (im Ergebnis ebenso Oftinger/Stark, § 2 Rz 11). Zudem wird ersichtlich, dass – jedenfalls soweit kein entgangener Gewinn als Teil des (behaupteten) Schadens betroffen ist – der massgebliche Zeitpunkt für den Vermögensvergleich der Eintritt des schädigenden Ereignisses ist.

bb) Was den massgebenden Zeitpunkt dieses Vermögensvergleichs angeht, führt zudem die folgende Überlegung zu demselben Ergebnis: Die Haftung des Verwaltungsrates gegenüber der Gesellschaft nach Art. 754 OR ist gemäss der herrschenden Lehre als vertraglich oder vertragsähnlich zu qualifizieren (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 36 Rz 35 ff.; Forstmoser, Rz 136 f. m.w.H. in Fn 295; Bärtschi, S. 195 ff.). Während die Verantwortlichkeit gegenüber der Gesellschaft zu Recht kaum je als deliktisch eingestuft wird, wird vereinzelt auch von einer gesetzlichen Haftung ausgegangen, da es sich um eine Haftung für die Verletzung von gesetzlichen Pflichten handle (Böckli, § 18 Rz 136b; Vogel, Haftung, S. 280).

Auch wenn zutreffen mag, dass die aktienrechtliche Verantwortlichkeit grossmehrheitlich nicht auf einer Verletzung von vertraglich vereinbarten, sondern von gesetzlich statuierten Pflichten beruht, so folgt alleine daraus noch nicht eine „gesetzliche“ Natur der Haftung. Andernfalls müsste dies auch gelten bei Vertragsverhältnissen wie etwa dem Arbeitsvertrag, sobald eine der auch dort zahl-

reichen zwingenden gesetzlichen Bestimmungen (welche abweichende vertragliche Regelungen unter Nichtigkeitsfolge verdrängen, vgl. Art. 361 f. OR) verletzt wird. Dasselbe gälte wohl allgemein im Vertragsrecht, sobald die Vertragsparteien Haftungsfragen nicht regeln und insoweit die (dispositiven) gesetzlichen Regelungen zum Tragen kommen. Auch die ausservertragliche Haftung ist insoweit gesetzlich, als ein Gesetzesverstoss gesetzlich statuierte Folgen nach sich zieht und ein rechtliches Sonderverhältnis zwischen Schädiger und Geschädigtem begründet wird. Das Rechtsverhältnis zwischen Organ und Gesellschaft beinhaltet schuld- und gesellschaftsrechtliche Elemente, die zu einem erheblichen Teil gesetzlich festgeschrieben sind. Die Haftung für Pflichtwidrigkeiten erweist sich demnach der Gesellschaft gegenüber als vertragsähnlich. Hierbei ist unerheblich, ob der Gesellschaftsschaden von einem Gesellschaftsorgan oder der Konkursverwaltung – resp. dem Nachlassliquidator – geltend gemacht wird (Bärtschi, S. 198; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 36 Rz 37).

Die Diskussion über die Rechtsnatur von Verantwortlichkeitsansprüchen gemäss OR 754 wird im Allgemeinen unter dem Gesichtspunkt der Beweislast für das Verschulden geführt. Ebenfalls zu beachten ist indes der für die Schadensberechnung massgebliche Zeitpunkt, welcher im Vertragsrecht nach herrschender Lehre und bundesgerichtlicher Rechtsprechung der Zeitpunkt ist, in welchem der Schuldner hätte erfüllen sollen (in diesem Zeitpunkt wird der Erfüllungsanspruch von einem Schadenersatzanspruch abgelöst). Alternativ dazu kann sich der Gläubiger auch für den Zeitpunkt der Urteilsfällung entscheiden, da ihm grundsätzlich die Wahl des für ihn günstigsten Zeitpunktes offen stehen soll (BSK OR I-Wiegand, Art. 97 N 51; Gauch/Schluep/Emmenegger, Rz 2926 f.; Guhl/Koller, § 10 Rz 56; Brunner, Rz 168 ff.; BGE 109 II 476; BGE 122 III 55). Dies bezieht sich primär auf die Nichterfüllung der Obligation, während es sich im Falle der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit nicht um Nichterfüllung, sondern um eine nicht gehörige Erfüllung handelt. Hier kommt eine Ablösung des Erfüllungsanspruchs durch einen Schadenersatzanspruch nicht in Frage, womit der Schadenersatzanspruch aus Schlechterfüllung nicht schon mit der Schlechterfüllung entsteht, sondern (erst) mit dem Eintritt des Schadens, welcher u.U. erst nachträglich eintritt

(BGE 130 III 597; BSK OR I-Wiegand, Art. 97 N 52). Zudem gesteht die Rechtsprechung auch hier dem Geschädigten wahlweise das Recht zu, die Berechnung des Schadens auf den Zeitpunkt der Urteilsfällung zu verlangen (BGE 130 III 598 E. 3.1.). Anzumerken bleibt, dass in der vorliegenden Konstellation die Schlechterfüllung (die beanstandete Transaktion) mit dem Eintritt des behaupteten Schadens (Veränderung der Vermögenslage der A.\_\_\_\_\_ in den oben geschilderten drei Positionen) zusammenfällt.

cc) Der Klägerin steht es demnach frei, die ihr obliegende Schadensberechnung auf den Urteilszeitpunkt oder auf den Zeitpunkt des (behaupteten) Schadenseintritts vorzunehmen, und der Schaden lässt sich vorliegend als Differenz zwischen dem Vermögensstand vor und nach dem schädigenden Ereignis errechnen. Nach Ansicht der Klägerin ist der A.\_\_\_\_\_ der geltend gemachte Schaden wie gesehen im Zeitpunkt der Fusion der AT.\_\_\_\_\_ AG mit der AO.\_\_\_\_\_ entstanden, welche am 18. Dezember 2000 stattfand; sie nimmt die Schadensberechnung daher auf diesen Zeitpunkt vor (KL, act. 2, S. 68 ff., S. 80 Ziff. 5.5; RE, act. 108, Rz 233 ff.).

c) Die Beklagten 1–4, 6, 8–12 monierten bereits in ihren Klageantworten, die Klägerin unterlasse es, den hypothetischen Vermögensverlauf darzulegen, wenn die AT.\_\_\_\_\_ -Transaktion nicht vorgenommen worden wäre (K1, act. 90, Rz 420 ff.; K2, act. 62, Rz 545 ff.; K3, act. 63, Rz 639 ff.; K4, act. 67, Rz 229 ff.; K6, act. 72, Rz 207 ff.; K8, act. 74, Rz 286 ff.; K9, act. 76, Rz 94; K10, act. 79, Rz 374 ff.; K11, act. 82, Rz 334 ff.; K12, act. 85, Rz 333 ff.) und machen in den Dupliken wiederum geltend, die Klägerin habe auch in der Replik nicht dargelegt, wie der hypothetische Vermögensstand der A.\_\_\_\_\_ ohne die AT.\_\_\_\_\_ -Transaktion aussehen würde (D1, act. 121, Rz 578 f.; D2, act. 124, Rz 601 f.; D3, act. 127, Rz 573 f.; D4, act. 130, Rz 786 f.; D6, act. 135, Rz 613 f.; D8, act. 140, Rz 558; D9, act. 142, Rz 588 f.; D10, act. 145, Rz 569; D11, act. 148, Rz 550; D12, act. 152, Rz 583). Diese Rüge geht indes nach dem soeben Dargelegten fehl. Die Klägerin kann sich in der vorliegenden Konstellation vorerst durchaus darauf beschränken, den Vermögensstand vor und nach dem schädigenden Ereignis aufzuzeigen und die Differenz als Schaden geltend zu machen. Falls es der Klägerin gelingt, einen

Schaden bei der A.\_\_\_\_\_ im Zeitpunkt der Fusion der AT.\_\_\_\_\_ AG mit der AO.\_\_\_\_\_ darzulegen, so liegt es sodann an den Beklagten aufzuzeigen, dass sich der Vermögensstand der Klägerin auch ohne dieses schädigende Ereignis nicht besser präsentiert oder entwickelt hätte. Dies gilt insbesondere soweit seitens der Beklagten geltend gemacht wird, die wahre „Schadensursache“ seien die Terroranschläge vom 11. September 2001 gewesen (K1, act. 90, Rz 441 ff.; K2, act. 62, Rz 396 ff.; K3, act. 63, Rz 659 f.; K4, act. 67, Rz 428 ff.; K6, act. 72, Rz 242.; K8, act. 74, Rz 295 f., K9, act. 76, Rz 198; K10, act. 79, Rz 380; K11, act. 82, Rz 342; K12, act. 85, Rz 341). Demgemäss wurde den Beklagten denn auch an der Standortbestimmung vom 6. Dezember 2006 der Substanziierungshinweis erteilt, es sei der finanzielle Einfluss des 9. [recte: 11.] Septembers 2001 auf das Vermögen der Klägerin aufzuzeigen (Prot. S. 12).

4.a) Näher zu prüfen bleibt damit die Frage, ob vorliegend durch die Vornahme der AT.\_\_\_\_\_ -Transaktion bei der Klägerin ein Schaden im Rechtssinn entstanden ist. Als schädigendes Ereignis ist nach Ansicht der Klägerin die Vornahme der AT.\_\_\_\_\_ -Transaktion zu betrachten, welche bei der A.\_\_\_\_\_ zu einem Schaden geführt habe (zu den einzelnen Schadensposten oben, 2.). Nach Auffassung der Klägerin wurde die AT.\_\_\_\_\_ in die AO.\_\_\_\_\_ integriert, ohne dass die bestehende Überschuldung der AO.\_\_\_\_\_ dadurch beseitigt worden wäre, so dass die Beteiligung AO.\_\_\_\_\_ inklusive AT.\_\_\_\_\_ für die A.\_\_\_\_\_ wertlos blieb (KL, act. 2, S. 8 Ziff. 2.4, S. 79 Ziff. 5.3). Die Beklagten bestreiten wie gesehen, dass die AO.\_\_\_\_\_ per 18. Dezember 2000 überschuldet gewesen sei und haben in den Klageantworten vorgebracht, soweit die AO.\_\_\_\_\_ nicht oder nach der AT.\_\_\_\_\_ -Transaktion nicht mehr überschuldet gewesen sei, habe die A.\_\_\_\_\_ als Aktionärin aus dieser Transaktion den vollen Einlagewert erhalten. Soweit die AO.\_\_\_\_\_ auch nach der AT.\_\_\_\_\_ -Transaktion überschuldet gewesen wäre, hätte die A.\_\_\_\_\_ als Hauptgläubigerin (mit 97% des Fremdkapitals der AO.\_\_\_\_\_ ) 97% des Einlagewertes der AT.\_\_\_\_\_ erhalten (K1, act. 90, Rz 219 f., 419; K2, act. 62, Rz 310 f., 543; K3, act. 63, Rz 507 f., 634 f.; K4, act. 67, Rz 283 ff., 318 f.; K5, act. 69, Rz 146; K6, act. 72, Rz 192 f.; K7, act. 71, Rz 146; K8, act. 74, Rz 199, 285; K9, act. 76, Rz 190 ff., 298; K10, act. 79, Rz 373, 385 ff., 561 f.; K11,

act. 82, Rz 141 ff., 428 f.; K12, act. 85, Rz 142 ff., 430 f.). Die Klägerin hat diese Behauptungen in der Replik insofern bestritten, als ihrer Ansicht nach die AO.\_\_\_\_\_ sowohl vor als auch nach der AT.\_\_\_\_\_ -Transaktion überschuldet gewesen sei und die A.\_\_\_\_\_ bei der AO.\_\_\_\_\_ lediglich einen Fremdkapitalanteil von 16.37% (und nicht von 97%) gehalten habe (RE, act. 108, Rz 317).

b) Die Klägerin bestreitet demnach nicht, dass die A.\_\_\_\_\_ 100% des Aktienkapitals der AO.\_\_\_\_\_ hielt und als Alleinaktionärin dann den vollen Gegenwert für das Einbringen der AT.\_\_\_\_\_ in die AO.\_\_\_\_\_ erhielt, wenn die AO.\_\_\_\_\_ nicht überschuldet war. War dem so, so wurde die A.\_\_\_\_\_ resp. deren Gläubiger nicht geschädigt: Wird eine 100%-Tochter (AT.\_\_\_\_\_) von der Mutter zu einer anderen 100%-Tochter (AO.\_\_\_\_\_) verschoben, die – zumindest nach dieser Fusion – nicht überschuldet und also zu 100% werthaltig ist, so verschiebt sich aus Sicht der Mutter Vermögen gleichsam von der einen Tasche in die andere, denn die Mutter behält den eingebrachten Wert in Gestalt der Wertsteigerung der von ihr gehaltenen Aktien der Tochter (Watter, S. 146; Rubli, S. 129 f. m.w.H.). Es ist daher im Folgenden auf die finanzielle Situation sowohl der AO.\_\_\_\_\_ als auch der A.\_\_\_\_\_ per 18. Dezember 2000 einzugehen. War nach Massgabe der dem Gericht vorliegenden Behauptungen weder die A.\_\_\_\_\_ noch die AO.\_\_\_\_\_ per 18. Dezember 2000 überschuldet, so fällt schon die Pflichtverletzung weg (vgl. oben, B.2.). War in jenem Zeitpunkt hingegen entweder die AO.\_\_\_\_\_ oder die A.\_\_\_\_\_ überschuldet, so ist danach zu fragen, ob durch die AT.\_\_\_\_\_ -Transaktion eine allfällige Überschuldung der AO.\_\_\_\_\_ behoben werden konnte, ohne dass dadurch die A.\_\_\_\_\_ ihrerseits in eine Überschuldung geraten wäre.

## **2. Finanzielle Situation der AO.\_\_\_\_\_ per 18. Dezember 2000**

1. Die Klägerin hat sich zur von ihr geltend gemachten Überschuldung der AO.\_\_\_\_\_ in der Replik ausführlich geäussert (RE, act. 108, Rz 3–123), nachdem die diesbezüglichen Ausführungen in der Klageschrift von den Beklagten in den Klageantworten detailliert bestritten und mit eigenen Darstellungen versehen wor-

den waren (vgl. hierzu die Zusammenstellung in act. 108 Rz 4). Die Klägerin stellt die finanzielle Situation der AO.\_\_\_\_\_ in der Replik anhand einer gegenüber der Klage stark geänderten Berechnungsmethode dar (vgl. unten, lit. b vor (1)) und übernimmt zudem neu teilweise die mit den Klageantworten geltend gemachten Zahlen (so z.B. die mit den Klageantworten eingereichte Zwischenbilanz per 31. Oktober 2000 [act. 59/143]). Die Behauptungen in der Replik weichen daher von denjenigen der Klageschrift erheblich ab. Es erscheint aus diesem Grund angebracht, den klägerischen Standpunkt betreffend Überschuldung der AO.\_\_\_\_\_ grundsätzlich anhand der Vorbringen in der Replik wiederzugeben und nur insofern auf die diesbezüglichen Behauptungen in der Klageschrift abzustellen, als diese nicht durch die Ausführungen in der Replik überholt sind.

Nach der Darstellung der Klägerin war die AO.\_\_\_\_\_ am 18. Dezember 2000 mit CHF 892 Mio. überschuldet: Einem Eigenkapital von CHF 390 Mio. und stillen Reserven von CHF 59 Mio. seien Verpflichtungen und Rückstellungen aus Airline-Beteiligungen von CHF 1'341 Mio. gegenübergestanden (RE, act. 108, Rz 112). Die Beklagten 1–4, 6, 8–12 gehen demgegenüber davon aus, dass die AO.\_\_\_\_\_ am 18. Dezember 2000 noch über ein (positives) Eigenkapital von mindestens CHF 40 Mio. (D1, act. 121, Rz 208; D2, act. 124, Rz 297; D3, act. 127, Rz 190; D4, act. 130, Rz 339; D6, act. 135, Rz 175, D8, act. 140, Rz 192; D9, act. 142, Rz 228, 229; D10, act. 145, Rz 159; D11, act. 148, Rz 187; D12, act. 152, Rz 194) sowie über stille Reserven in der Höhe von mindestens CHF 308 Mio. verfügt habe (D1, act. 121, Rz 239; D2, act. 124, Rz 295 f.; D3, act. 127, Rz 219; D4, act. 130, Rz 369; D6, act. 135, Rz 206; D8, act. 140, Rz 222; D9, act. 142, Rz 259; D10, act. 145, Rz 189; D11, act. 148, Rz 217; D12, act. 152, Rz 224). Die Beklagten 5 und 7 bezeichnen das Eigenkapital als „jedenfalls nicht negativ“ und gehen von stillen Reserven von mindestens CHF 377 Mio. aus (D5 und D7, act. 133 und 138, je Rz 200 sowie Rz 173 ff.). Die Beklagten – mit Ausnahme der Beklagten 5 und 7 – stützen ihre Aussagen massgeblich auf das zu den Akten gereichte Privatgutachten von BU.\_\_\_\_\_ und BV.\_\_\_\_\_ (dazu nachfolgend lit. b.(1).b.aa.bbb).

2. Eine Gesellschaft ist überschuldet, wenn sich ergibt, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Liquidationswerten gedeckt sind (vgl. Art. 725 Abs. 2 OR). Grundsätzlich liegt damit eine Überschuldung erst vor, wenn keiner dieser beiden Werte die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger zu decken vermöchte. Die Beklagten behaupten in den Klageantworten resp. den Dupliken einhellig, eine Insolvenz der AO.\_\_\_\_\_ im Dezember 2000 hätte sich fatal auf die gesamte AX.\_\_\_\_\_Gruppe ausgewirkt, da nicht zuletzt die flugnahen Konzerngesellschaften in einer solchen Situation enorme Wertverluste erlitten hätten (D1, act. 121, Rz 548; D2, act. 124, Rz 32 ff.; D3, act. 127, Rz 19 ff.; D4, act. 130, Rz 33 ff.; K5, act. 69, Rz 256; D6, act. 135, Rz 36 f.; K7, act. 71, Rz 256; D8, act. 140, Rz 24 f.; D9, act. 142, Rz 32 ff.; D10, act. 145, Rz 29; D11, act. 148, Rz 479 ff.; D12, act. 152, Rz 22 ff.). Die Klägerin widerspricht dem nicht, sondern führt in der Replik vielmehr ausdrücklich aus, dass ihrer Meinung nach für die AO.\_\_\_\_\_ Ende 2000 nicht der Konkurs das Richtige gewesen wäre, sondern eine Sanierung (RE, act. 108, Rz 7, 184 ff.). Nach Ansicht der Beklagten 1, 3–4, 6, 8–12 ist (entgegen der Klägerin, welche ihren Berechnungen die Fortführungswerte zugrunde legt) irrelevant, ob die Liquidationswerte oder die Fortführungswerte tiefer gelegen hätten, da keine Überschuldung (resp. keine begründete Besorgnis einer solchen) vorgelegen hätte (D1, act. 121, Rz 327; D3, act. 127, Rz 303; D4, act. 130, Rz 482; D6, act. 135, Rz 342; D8, act. 140, Rz 307; D9, act. 142, Rz 342; D10, act. 145, Rz 308; D11, act. 148, Rz 300; D12, act. 152, Rz 332). Da indes beide Parteien zu Recht davon ausgehen, dass eine Insolvenz der AO.\_\_\_\_\_ im Dezember 2000 zu hohen Wertverlusten in der AX.\_\_\_\_\_Gruppe geführt hätte, ist davon auszugehen, dass die Liquidationswerte in der Tat tiefer gelegen hätten als die Fortführungswerte. Aus diesem Grund ist die Frage einer allfälligen Überschuldung von AO.\_\_\_\_\_ wie A.\_\_\_\_\_ per 18. Dezember 2000 lediglich anhand der Fortführungswerte zu prüfen: Ergibt sich, dass die Fortführungswerte die Gesellschaftsforderungen deckten, lag keine Überschuldung vor; deckten hingegen die Fortführungswerte die Gesellschaftsforderungen nicht, so wären die Gesellschaftsforderungen auch durch die Liquidationswerte nicht gedeckt gewesen.

**a) Eigenkapital**

Die Klägerin anerkennt die von mehreren Beklagten eingereichten Pro Forma-Bilanzen der AO.\_\_\_\_\_, welche im Hinblick auf die Verwaltungsratssitzung der AO.\_\_\_\_\_ vom 22. Dezember 2000 erstellt wurden (act. 59/143 = act. 66/139 = act. 73/9 = act. 77/9 = act. 80/14 = act. 83/8; act. 59/144 = act. 66/141 = act. 73/10 = act. 77/10 = act. 80/15 = act. 83/9) und per 31. Oktober 2000 ein Eigenkapital der AO.\_\_\_\_\_ von CHF 390.6 Mio. sowie per 31. Dezember 2000 ein solches von CHF 389.3 Mio. aufwiesen. Als Eigenkapital geht die Klägerin daher (auch) für den 18. Dezember 2000 von CHF 390 Mio. aus (RE, act. 108, Rz 95 ff.). Die Beklagten haben dagegen grundsätzlich nichts einzuwenden (D1, act. 121, Rz 413; D2, act. 124, Rz 452; D3, act. 127, Rz 388; D4, act. 130, Rz 584; D5, act. 133, Rz 103; D6, act. 135, Rz 430; D7, act. 138, Rz 103; D8, act. 140, Rz 392; D9, act. 142, Rz 426; D10, act. 145, Rz 396; D11, act. 148, Rz 385; D12, act. 152, Rz 417). Es fällt allerdings auf den ersten Blick auf, dass in der Pro Forma-Bilanz per 31. Oktober 2000 (act. 59/143) das Eigenkapital per 31. Dezember 1999 mit CHF 278.46 Mio. angegeben wird, was nicht dem geprüften Jahresabschluss 1999 entspricht, wo ein Eigenkapital von CHF 233.46 Mio. ausgewiesen wurde (act. 3/80, nicht paginiert). Die Differenz von CHF 45 Mio. entspricht einer in der Pro Forma-Bilanz per 31. Oktober 2000 vorgenommenen Konsolidierung der Reserve „Zurückbehaltener Gewinn“, welche gemäss Anmerkung 11 aus der BW.\_\_\_\_\_-Beteiligung herrührt (act. 59/143 S. 2 sowie act. 59/142, AO.\_\_\_\_\_ Board of Directors Meeting 4/00 vom 22. Dezember 2000, Annex 1 [nicht paginiert]). Diese CHF 45 Mio. sind auch im Eigenkapital per 31. Oktober resp. per 31. Dezember 2000 enthalten (und damit im angenommenen Eigenkapital per 18. Dezember 2000). Vorliegend ist mit den Parteien gleichwohl ausgehend von der Pro Forma-Bilanz per 31. Oktober 2000 von einem Eigenkapital von CHF 390 Mio. auszugehen. Jedoch wird unter dem Titel „stille Reserven“ zu beachten sein, dass CHF 45 Mio. aus der BW.\_\_\_\_\_-Beteiligung in die Berechnung des Eigenkapitals eingeflossen sind, wie die Beklagten 1–4, 6, 8–12 zu Recht geltend machen (lit. c nachfolgend).

**b) Verpflichtungen und Rückstellungen aus Airline-Beteiligungen**

Gemäss klägerischer Darstellung bestanden bei der AO.\_\_\_\_\_ Verpflichtungen und Rückstellungen im Umfang von CHF 1'341 Mio., welche per 18. Dezember 2000 hätten bilanziert werden müssen. Dieses geltend gemachte Total von Verpflichtungen gegenüber Drittgläubigern setzt sich gemäss Klägerin aus den sechs folgenden Teilsummen/Sachverhaltskomplexen zusammen (RE, act. 108, Rz 82):

	<b>AO.____ (Verpflichtung)</b>	<b>A.____ (Garantie)</b>
AP.____-Verluste 2000 (Rz. 30 und 36 f vorstehend) Gläubigerin: AP.____ Group	CHF 350 Mio.	CHF 350 Mio.
AP.____-Auskauf der Altgesellschafter (Rz. 14 und 34 f. vorstehend) Gläubiger: Altgesellschafter der AP.____	CHF 143 Mio.	CHF 143 Mio.
AP.____-Verluste 2001 (Rz. 25 und 31 vorstehend) Gläubigerin: AP.____ Group	CHF 48 Mio.	CHF 48 Mio.
AP.____-Investitionen in AQ.____ (Rz. 31 und 44 vorstehend) Gläubigerin: AQ.____	CHF 163 Mio.	CHF 163 Mio.
AR.____/AS.____-Rekapitalisierung 2000 (Rz. 68 und 72 vorstehend) Gläubigerin: BZ.____	CHF 227 Mio.	
AR.____/AS.____-Verpflichtungen gegenüber Porteuern (Rz. 60 und 78 vorstehend) Gläubigerinnen: CD.____ und CE.____	CHF 410 Mio.	CHF 410 Mio.
<b>Total (Verpflichtungen gegenüber Drittgläubigern)</b>	<b>CHF 1'341 Mio.</b>	<b>CHF 1'114 Mio.</b>

Die Klägerin geht bei ihrer neuen Berechnung in der Replik von den Werten der Zwischenbilanz per 31. Oktober 2000 aus und rechnet von diesem Ausgangspunkt vorwärts zum 18. Dezember 2000, während in der Klageschrift als Ausgangspunkt die (bereinigte) Bilanz der AO.\_\_\_\_\_ per 31. Dezember 2000 gedient hatte. Die Beklagten 1–4, 6, 8–12 bezeichnen diese von der Klägerin in der Replik neu gewählte „Vorwärtsrechnung“ als unnötig umständlich und wenig präzise, doch gelange man bei korrekter Durchführung zu denselben Resultaten wie mit einer „Rückwärtsrechnung“ ausgehend von der Bilanz per 31. Dezember 2000 (D1, act. 121, Rz 92; D2, act. 124, Rz 151; D3, act. 127, Rz 80; D4, act. 130, Rz 162; D6, act. 135, Rz 60; D8, act. 140, Rz 78; D9, act. 142, Rz 115; D10, act. 145, Rz 49; D11, act. 148, Rz 73; D12, act. 152, Rz 80). Die Beklagten 5 und 7 bemängeln das neue Vorgehen der Klägerin als gänzlich neues Klagefundament, welches infolge innerer Widersprüche teils kaum substantiiert bestritten werden könne (D5 und D7, act. 133 und 138, je Rz 1 ff.). Von allen Beklagten wird die Begründetheit jeder einzelnen der von der Klägerin genannten Teilsummen bestritten. Es ist daher im Folgenden jeder einzelne dieser Teilbeträge näher zu untersuchen.

### **(1) Verlustabdeckung AP.\_\_\_\_\_ für das Jahr 2000**

a) Die geltend gemachten CHF 350 Mio. betreffend Verlustabdeckung AP.\_\_\_\_\_ für das Jahr 2000 begründet die Klägerin wie folgt: Die AX.\_\_\_\_\_ - Gruppe habe im Sommer 2000 in der BX.\_\_\_\_\_ e.G. (nachfolgend „BX.\_\_\_\_\_“) einen Partner für ihr AP.\_\_\_\_\_ -Engagement gefunden. Die Zusammenarbeit sei im Anteilskaufvertrag vom 23. August 2000 zwischen AO.\_\_\_\_\_ und A.\_\_\_\_\_ einerseits und der BX.\_\_\_\_\_ andererseits (act. 109/18) geregelt worden. Über diesen Vertrag und die sich daraus ergebenden Verpflichtungen sei der Verwaltungsrat der A.\_\_\_\_\_ bereits an seiner Sitzung vom 17. August 2000 ins Bild gesetzt worden, woraufhin er sein Einverständnis dazu gegeben habe. Eine der entsprechenden Verpflichtungen sei die Übernahme eines per 31. Dezember 2000 bestehenden Fehlbetrags der AP.\_\_\_\_\_ Group für das Jahr 2000 durch die

AO.\_\_\_\_\_ gewesen. Der Betrag von CHF 350 Mio. für diese Verlustübernahme habe gemäss Klägerin per 18. Dezember 2000 bei der AO.\_\_\_\_\_ als Rückstellung verbucht sein müssen (RE, act. 108, Rz 28 ff., 83 ff.).

Die Beklagten 1–4, 6, 8–12 bringen dagegen in den Dupliken vor, die Klägerin lege ihren Ausführungen zunächst den falschen Vertrag zugrunde, da der Anteilskaufvertrag vom 23. August 2000 durch einen neuen Anteilskaufvertrag vom 14. November 2000 ersetzt worden sei, so dass aus dem von der Klägerin vorgelegten Vertrag keine Rechte mehr abgeleitet werden könnten. Im effektiv massgebenden Vertrag sei unter § 5.1 und § 5.4 eine Verpflichtung zum Ausgleich der Verluste der AP.\_\_\_\_\_ für das Jahr 2000 vorgesehen gewesen. Diese Verpflichtung habe die A.\_\_\_\_\_ mit Überweisung per Valuta 22. Dezember 2000 erfüllt, wobei im internen Verhältnis die AO.\_\_\_\_\_ die Erfüllung dieser Pflicht getragen habe, indem die AO.\_\_\_\_\_ ein Darlehen in entsprechender Höhe gegenüber der A.\_\_\_\_\_ anerkannt habe. Auf der Passivseite der Bilanz der AO.\_\_\_\_\_ sei daher per 18. Dezember 2000 ein Betrag von CHF 350 Mio. zu berücksichtigen gewesen, und zwar bis zum 22. Dezember 2000 als Rückstellung und danach als Darlehen gegenüber der A.\_\_\_\_\_ (D1, act. 121, Rz 125 ff.; D2, act. 124, Rz 184 ff.; D3, act. 127, Rz 113 ff.; D4, act. 130, Rz 228 ff.; D6, act. 135, Rz 93 ff.; D8, act. 140, Rz 111 ff.; D9, act. 142, Rz 148 ff.; D10, act. 145, Rz 82 ff.; D11, act. 148, Rz 106 ff.; D12, act. 152, Rz 113 ff.). Die Beklagten 5 und 7 bringen vor, der Aufwand von CHF 350 Mio. für die Verlustabdeckung AP.\_\_\_\_\_ für das Jahr 2000 sei korrekterweise mit Rückstellungen in der Konzernrechnung abgedeckt worden, weil die AO.\_\_\_\_\_ nicht selbst für die Verlustübernahme aufkommen sollte; die konzernmässige Führung des A.\_\_\_\_\_ -Konzerns habe es mit sich gebracht, dass Rückstellungen für vertragliche Verpflichtungen von konkret verpflichteten Gesellschaften in der Konzernrechnung gebildet worden seien (D5 und D7, act. 133 und 138, je Rz 167 ff., 213).

Die Bilanz der AO.\_\_\_\_\_ per 31. Dezember 2000 vom 22. Juni 2001 weist unter den langfristigen Verbindlichkeiten gegenüber Konzerngesellschaften CHF 390.038 Mio. aus, von denen laut Anhang Ziff. 21 die Summe von CHF 350.325

Mio. (entsprechend DEM 450 Mio.) auf ein Darlehen seitens A.\_\_\_\_\_ zu 4.25% entfielen (act. 3/105 S. 3, 6). Nach insoweit übereinstimmender Darstellung der Parteien hatte die A.\_\_\_\_\_ die Zahlung zur Verlustabdeckung der AP.\_\_\_\_\_ Group in der Höhe von DEM 450 Mio. (CHF 350.325 Mio.) am 22. Dezember 2000 geleistet, wobei als Gegenleistung für diese Bezahlung des Verlustausgleichs bei der AO.\_\_\_\_\_ besagtes Passivdarlehen verbucht worden war. Uneinigkeit besteht zwischen den Parteien indes insbesondere darüber, ob es sich aus Sicht der AO.\_\_\_\_\_ bei diesen CHF 350 Mio. um eine Drittverbindlichkeit oder um eine Verbindlichkeit gegenüber der A.\_\_\_\_\_ gehandelt hat.

b) Es ist zwischen den Parteien in tatsächlicher Hinsicht nicht strittig, dass die Position „Verlustabdeckung AP.\_\_\_\_\_ für das Jahr 2000“ am 18. Dezember 2000 eine Höhe von CHF 350 Mio. aufwies. In den Dupliken wird geltend gemacht, der von der Klägerin angerufene Anteilskaufvertrag vom 23. August 2000 sei mit Anteilskaufvertrag vom 14. November 2000, öffentliche Urkunde 3647/2000 (act. 122/21 [die vom Beklagten 1 eingereichte Kopie stellvertretend]), aufgehoben worden. Da indes auch die Beklagten davon ausgehen, dass beide Anteilskaufverträge zwischen denselben Parteien abgeschlossen worden sind und sich zudem die Klägerin (RE, act. 108, Rz 36) wie die Beklagten (oben, lit. a)) je auf § 5.1 des jeweiligen Anteilskaufvertrags beziehen, welcher in beiden Verträgen wortwörtlich gleich lautet, kann von einer Stellungnahme seitens der Klägerin zur Frage, ob der Anteilskaufvertrag vom 23. August 2000 durch den Anteilskaufvertrag vom 14. November 2000 ersetzt worden sei, abgesehen werden. Da beide Verträge im hier zu beurteilenden Punkt – Verlusttragung AP.\_\_\_\_\_ für das Jahr 2000 – identisch sind und beide Verträge vor dem 18. Dezember 2000 abgeschlossen worden waren, ergibt sich für die hier zu beurteilende Frage kein rechtsrelevanter Unterschied.

Es bleibt damit die vom Gericht zu entscheidende Rechtsfrage, bei welcher Gesellschaft (lit. aa)) der Betrag von CHF 350 Mio. bilanzmässig in welcher Form (lit. bb)) zu erfassen war und in welchem Zeitpunkt die Verbuchung zu erfolgen hatte (lit. cc) nachfolgend). Wohl sind sich wie gesehen (oben, lit. a)) Klägerin und

Beklagte 1–4, 6, 8–12 grundsätzlich einig, dass dieser Betrag am 18. Dezember 2000 auf der Passivseite der Bilanz der AO.\_\_\_\_\_ als Rückstellung zu berücksichtigen war, doch handelt es sich dabei um eine rechtliche Frage, womit das Gericht auch dann nicht an die Vorbringen der Parteien gebunden wäre (§ 57 ZPO; BGE 116 II 533 E. 2), wenn diese Ansicht von allen Parteien übereinstimmend vertreten würde. Diesen Fragen im Folgenden nachzugehen besteht umso mehr Anlass, als sich dieselben Fragen auch bei den weiteren Teilbeträgen (nachfolgend Ziff. (2) – (6)) stellen werden.

aa) Der Anteilskaufvertrag vom 23. August 2000 wie auch der Anteilskaufvertrag vom 14. November 2000 wurde zwischen der AO.\_\_\_\_\_ und der A.\_\_\_\_\_ einerseits und der BX.\_\_\_\_\_ andererseits abgeschlossen (act. 109/18 S. 1 f.; act. 122/21 S. 1 f.). Die hier zu beurteilende Deckung des Fehlbetrags der AP.\_\_\_\_\_ Group ist je geregelt in § 5.1 des Anteilskaufvertrages. Die Überschrift von § 5 lautet „Nachschusspflicht der AO.\_\_\_\_\_, Freistellung“ und gemäss § 5.1 verpflichtet sich die AO.\_\_\_\_\_ in ihrer Eigenschaft als Gesellschafterin der AP.\_\_\_\_\_ Group, einen allenfalls am 31. Dezember 2000 bestehenden Fehlbetrag der AP.\_\_\_\_\_ Group auszugleichen (act. 109/18 § 5.1; act. 122/21 § 5.1). Die Verpflichtung aus dieser Vertragsbestimmung trifft damit die AO.\_\_\_\_\_ und nicht die A.\_\_\_\_\_; Letztere garantiert indes gemäss § 9 des Anteilskaufvertrages (Überschrift: „§ 9, Garantie der A.\_\_\_\_\_“) die Erfüllung aller Verpflichtungen der AO.\_\_\_\_\_ aus diesem Vertrag (act. 109/18 § 9; act. 122/21 § 9), mithin auch die Erfüllung der Verpflichtung aus § 5.1.

Die Beklagten 1–4, 6, 8–12 erwähnen dazu lediglich, es sei im Anteilskaufvertrag unter § 5.1 eine Verpflichtung zum Ausgleich der laufenden Verluste der AP.\_\_\_\_\_ für das Jahr 2000 vorgesehen gewesen (Nachweise oben, lit. a)) ohne sich darüber zu äussern, wem diese Verpflichtung oblag. § 5.1 ist da deutlicher, indem als Verpflichtete sowohl in der Überschrift als auch im Text unzweideutig die AO.\_\_\_\_\_ genannt wird. Die Beklagten 5 und 7 machen wie gesehen (oben, lit. a)) geltend, als Folge der konzernmässigen Führung der A.\_\_\_\_\_ seien Rückstellungen für vertragliche Verpflichtungen konkret verpflichteter Gesellschaften in

der Konzernrechnung gebildet worden und die konkret verpflichteten Gesellschaften hätten davon ausgehen dürfen, dass ihnen der Konzern die Mittel für die Erfüllung dieser Verpflichtungen zur Verfügung stellt. Die am 18. Dezember 2000 in der Konzernrechnung eingestellten CHF 900 Mio. hätten daher unter anderem den aus der Verlustübernahme AP.\_\_\_\_\_ für das Jahr 2000 entstehenden Aufwand von CHF 350 Mio. gedeckt (D5 und D7, act. 133 und 138, je Rz 169). Damit wird zumindest implizit geltend gemacht, die vertragliche Verpflichtung der AO.\_\_\_\_\_ habe auf der Stufe Konzern verbucht werden dürfen.

aaa) Dies deckt sich mit der Aussage eines Privatgutachtens, welches im Hinblick auf das vorliegende Verfahren im Auftrag von Rechtsvertretern der Beklagten durch BU.\_\_\_\_\_ und BV.\_\_\_\_\_ erstellt wurde (act. 77/7 [stellvertretend für die mehrfach eingereichten Kopien] S. 3) und von den Beklagten 1–4, 6, 8–12 ins Recht gereicht worden ist. In diesem Gutachten wird festgehalten, es habe am 18. Dezember 2000 davon ausgegangen werden können, dass alle nötigen Rückstellungen für die Airline-Beteiligungen von der A.\_\_\_\_\_ getragen würden und es hätten keine Anhaltspunkte bestanden, dass der Konzern Rückstellungen auf der Ebene der AO.\_\_\_\_\_ verbuchen würde (act. 77/7 S. 6). Es habe bei Verpflichtungen wie der vorliegenden im Ermessen der A.\_\_\_\_\_ AG gelegen zu entscheiden, in welcher juristischen Einheit die Rückstellungen gebucht würden; dieses Ermessen folge aus den vertraglichen Verhältnissen, indem sowohl die A.\_\_\_\_\_ als auch die AO.\_\_\_\_\_ (resp. die BZ.\_\_\_\_\_ B.V.) vertragliche Verpflichtungen eingegangen seien (act. 77/7 S. 16).

bbb) Zur Rechtsnatur von Privatgutachten ist vorab in Erinnerung zu rufen, dass Privatgutachten nur aber immerhin die Bedeutung von Parteibehauptungen haben (Vogel/Spühler, 10 Rz 152; Frank/Sträuli/Messmer, vor § 171 ff. ZPO N 4). Als solche können die darin enthaltenen, rechtskonform vorgetragenen Behauptungen Gegenstand eines Beweisverfahrens bilden (soweit rechtserheblich und strittig), während die darin enthaltenen rechtlichen Erörterungen infolge des Grundsatzes *iura novit curia* (§ 57 ZPO) einem Beweis von vornherein nicht zugänglich sind.

Im Gutachten wird unter anderem der Frage nachgegangen, inwieweit im März 2001 unstreitig auf Stufe AO.\_\_\_\_\_ erfolgte Nachtragsbuchungen bereits am 18. Dezember 2000 in einer „hypothetischen“ Zwischenbilanz der AO.\_\_\_\_\_ hätten berücksichtigt werden müssen. Die hier zu beurteilende Position von CHF 350 Mio. für die Verlustabdeckung AP.\_\_\_\_\_ für das Jahr 2000 war nicht Gegenstand dieser Nachtragsbuchungen; die Summe war ja unstreitig bereits am 22. Dezember 2000 bezahlt worden, so dass im März 2001 diesbezüglich gar kein Rückstellungsbedarf bestehen konnte. Dem Gutachten ist zu dieser Position direkt daher nichts zu entnehmen. Wie sogleich zu zeigen sein wird, werden dort jedoch andere Rückstellungen abgehandelt, bei denen die rechtliche Situation gleich war wie im Falle der CHF 350 Mio. für die Verlustabdeckung AP.\_\_\_\_\_ für das Jahr 2000.

Im März 2001 wurden rückwirkend per 31. Dezember 2000 auf der Stufe AO.\_\_\_\_\_ verschiedene Rückstellungen gebildet, darunter CHF 2'093 Mio. für Airline-Beteiligungen. Von dieser Summe entfielen CHF 272 Mio. auf die Beteiligung AP.\_\_\_\_\_ (davon CHF 195 Mio. für zukünftige Verluste der AP.\_\_\_\_\_ und CHF 77 Mio. für Restrukturierungen), gestützt auf folgende vertragliche Grundlage: Bereits im Anteilskaufvertrag vom 23. August 2000 zwischen der AO.\_\_\_\_\_ und der A.\_\_\_\_\_ einerseits sowie der BX.\_\_\_\_\_ andererseits war vereinbart worden, eine neue Holdinggesellschaft für die AP.\_\_\_\_\_ (nachfolgend „AQ.\_\_\_\_\_“) zu gründen (act. 109/18 S. 5; vgl. im Anteilskaufvertrag vom 14. November 2000 [act. 122/21] S. 6 f.). In die AQ.\_\_\_\_\_ sollten von den Vertragsparteien Mittel eingebracht werden (zum von der AO.\_\_\_\_\_ resp. der A.\_\_\_\_\_ einzubringenden Anteil unten, Ziff. (4)). Im Weiteren übernahm die AO.\_\_\_\_\_ in der Gesellschaftervereinbarung vom 14. November 2000 die Verpflichtung dafür zu sorgen, dass das Reinvermögen der AQ.\_\_\_\_\_ per Ende 2005 mindestens EUR 217.3 Mio. betragen würde (entsprechend den Kapitaleinlagen zu Beginn der AQ.\_\_\_\_\_), d.h. allfällige künftige Verluste auszugleichen, worauf die Klägerin verweist (RE, act. 108, Rz 31). Wie die Beklagten denn auch mit Verweis auf das Privatgutachten zutreffend ausführen, wurde aus diesem Grund im März 2001 eine Rückstellung von CHF 195 Mio. für zukünftige Verluste gebildet (D1, act. 121, Rz 162; D2,

act. 124, Rz 221; D3, act. 127, Rz 147; D4, act. 130, Rz 268 ff.; D5, act. 133, Rz 163; D6, act. 135, Rz 130; D7, act. 138, Rz 163; D8, act. 140, Rz 148; D9, act. 142, Rz 185; D10, act. 145, Rz 114; D11, act. 148, Rz 143; D12, act. 152, Rz 150).

Es handelte sich dabei um Rückstellungen für die Verlustanteile der Drittaktionäre. Für zukünftige operative Verluste der *Beteiligungen* sind keine Rückstellungen zu bilden (IAS 37 (1998), § 63, vgl. act. 77/7 Beilage 19), weshalb für die von der AO.\_\_\_\_\_ bzw. A.\_\_\_\_\_ gehaltenen Anteile keine Rückstellungen gebildet wurden, was die Klägerin nicht beanstandet. Der für diese Rückstellung massgebliche Wortlaut von § 15 der Gesellschaftervereinbarung vom 14. November 2000 hält fest (act. 109/19 § 15 [stellvertretend für die von den Beklagten 1–4, 6, 8–12 eingereichten Kopien]): „[...] Soweit das Reinvermögen [der AQ.\_\_\_\_\_, Anmerkung hinzugefügt] am 31. Dezember 2005 den Betrag von € 217.300.000 unterschreitet, d.h., ist kumuliert ein Fehlbetrag erwirtschaftet worden, ist dieser von AO.\_\_\_\_\_ auszugleichen. [...]“. Gemäss § 17.2 garantiert die A.\_\_\_\_\_ die Erfüllung aller Verpflichtungen der AO.\_\_\_\_\_ aus dieser Vereinbarung (act. 109/19 § 17), mithin auch die Erfüllung der Verpflichtung aus § 15. Die rechtliche Situation präsentiert sich insofern gleich wie bei der Verlustabdeckung AP.\_\_\_\_\_ für das Jahr 2000 gemäss Anteilskaufvertrag vom 23. August 2000 resp. 14. November 2000 § 5.1 und § 9 (vgl. oben, lit. aa)).

ccc) Den oben wiedergegebenen Ausführungen des Gutachtens ist bezüglich der Frage, auf welcher juristischen Ebene die Rückstellung zu bilden war, jedenfalls insofern zuzustimmen, als sich die Entscheidungsgrundlage dafür aus den vertraglichen Verhältnissen ergibt. Im massgebenden Anteilskaufvertrag vom 14. November 2000 ist wie schon im Anteilskaufvertrag vom 23. August 2000 unter § 5 („Nachschusspflicht der AO.\_\_\_\_\_. Freistellung“) in § 5.1 geregelt, dass die „AO.\_\_\_\_\_ [...] in ihrer Eigenschaft als Gesellschafterin“ der AP.\_\_\_\_\_ Group sich verpflichtet, einen allenfalls per 31. Dezember 2000 bestehenden Fehlbetrag der AP.\_\_\_\_\_ Group auszugleichen; § 9 lautet: „Garantie der A.\_\_\_\_\_. A.\_\_\_\_\_ garantiert die Erfüllung aller Verpflichtungen der AO.\_\_\_\_\_ aus diesem Vertrag.“;

gemäss § 11.4 (§ 11.6 in der Fassung vom 23. August 2000) schliesslich unterliegt dieser Vertrag dem deutschen Recht (act. 122/21 §§ 5.1, 9, 11.4; act. 109/18 §§ 5.1, 9, 11.6; vgl. oben, lit. aa)).

Gemäss § 5.1 ist damit die AO.\_\_\_\_\_ verpflichtet, den allfälligen Verlust der AP.\_\_\_\_\_ Group für das Jahr 2000 zu tragen. Die Rechtsnatur der Verpflichtung der A.\_\_\_\_\_ gemäss § 9 bestimmt sich nach deutschem Recht. Eine kumulative Schuldübernahme liegt nicht vor, da eine solche (auch) nach in Deutschland herrschender Lehre das Versprechen einer eigenen Leistung voraussetzt und nicht wie vorliegend die Leistung eines Dritten (MünchKommBGB-Habersack, vor § 765 N 11). Nach in Deutschland ganz herrschender Meinung fällt sodann eine Patronatserklärung ausser Betracht, da durch eine solche – im Gegensatz zu Bürgschaft oder Garantievertrag – der Patron nicht zur Zahlung unmittelbar an den Gläubiger verpflichtet wird (MünchKommBGB-Habersack, vor § 765 N 50 m.w.H. in Fn 203; zu dieser Abgrenzung vgl. aus schweizerischer Sicht Bosman, S. 183 ff.). Für die Abgrenzung zwischen Garantie und Bürgschaft gibt es eine Reihe relevanter Auslegungsgesichtspunkte (vgl. Larenz/Canaris, § 64 III 3.a). Vorliegend spricht schon der von rechtskundigen Parteien gewählte Wortlaut deutlich für eine Garantieverpflichtung, und auch eine teleologische Interpretation (grenzüberschreitendes Handelsgeschäft, vgl. Larenz/Canaris, § 64 III 3.a S. 76) führt zu demselben Ergebnis. Das deutsche Recht hat auf eine positivrechtliche Regelung des Garantievertrags verzichtet (im Gegensatz zum schweizerischen OR, Art. 111), doch ist die Rechtslage in den hier interessierenden Punkten dieselbe wie hiezulande: Insbesondere entsteht eine Zahlungsverpflichtung des Garanten nur, falls die gesicherte Forderung nicht erfüllt wird (mit anderen Worten: Eintritt des Garantiefalls). Der Gläubiger hat dabei gegen den Garanten keinen Erfüllungsanspruch, vielmehr handelt es sich dabei um einen Schadenersatzanspruch (MünchKommBGB-Habersack, vor § 765 N 16 ff.; vgl. hierzu auch BSK OR I-Pestalozzi, Art. 111 N 12 ff.).

Nach dem soeben Dargelegten war die AO.\_\_\_\_\_ gegenüber der BX.\_\_\_\_\_ zur Bezahlung eines allfälligen Verlustvortrags der AP.\_\_\_\_\_ für das Jahr 2000

verpflichtet, während die A.\_\_\_\_\_ als Garantin schadenersatzpflichtig werden sollte, falls die AO.\_\_\_\_\_ ihrer vertraglichen Pflicht nicht nachkommen sollte. Entgegen den Behauptungen der Beklagten 1–4, 6, 8–12 (Nachweise oben, lit. a)) war es bezüglich der CHF 350 Mio. Verlustabdeckung AP.\_\_\_\_\_ für das Jahr 2000 demnach nicht so, dass die Erfüllung dieser Verpflichtung lediglich *intern* von der AO.\_\_\_\_\_ getragen wurde. Vielmehr war es die AO.\_\_\_\_\_, welche sich extern in den Anteilskaufverträgen von 23. August 2000 resp. vom 14. November 2000 dazu verpflichtet hatte. Bei konzernexternen Verträgen nimmt die schweizerische Gerichtspraxis konsequent einen formellen Standpunkt ein: Die Trägerschaft von Rechten und Pflichten liegt (auch bei konzernverbundenen Gesellschaften) bei derjenigen Gesellschaft, welche als Vertragspartei auftritt (BGE 123 III 220 E. 4e; Druey/Vogel, S. 139 ff.; Bosman, S. 85 ff.). Dass die Rechtsprechung dem ausserstehenden Vertragspartner bisweilen entgegenkommt, wo er ein Engagement der Muttergesellschaft oder anderer Konzerngesellschaften erwarten durfte (insbesondere unter dem Stichwort Konzernvertrauen), ändert an diesem Befund nichts. Insofern stand es grundsätzlich nicht im freien Ermessen, bei welcher juristischen Person die Rückstellungen zu bilden waren, da nicht sowohl die AO.\_\_\_\_\_ als auch die A.\_\_\_\_\_ (substituierbar) zur Leistung dieser Zahlung verpflichtet waren. Allerdings sei an dieser Stelle nicht verschwiegen, dass die richtige Allokation und Verbuchung von Rückstellungen in Konzernverhältnissen bisweilen Probleme von einiger Komplexität mit sich bringen können und nebst den vertraglichen Verhältnissen etwa auch Sinn und Zweck der Rückstellungen in die Überlegung mit einzubeziehen sind (vgl. auch unten, Ziff. 4.b.(1).b.aa)).

Die Beklagten 1–4, 6, 8–12 verweisen in diesem Zusammenhang auf die „Downstream-Finanzierung“, welche im AX.\_\_\_\_\_ -Konzern charakteristisch gewesen sei, indem die Konzernmutter (hier die A.\_\_\_\_\_) ihre Töchter und/oder Enkeltöchter finanziert habe (D1, act. 121, Rz 141 ff., 355; D2, act. 124, Rz 200 ff., 395; D3, act. 127, Rz 129 ff., 331; D4, act. 130, Rz 247 ff., 511; D6, act. 135, Rz 109 ff., 370; D8, act. 140, Rz 127 ff., 335; D9, act. 142, Rz 164 ff., 369; D10, act. 145, Rz 97 ff., 338; D11, act. 148, Rz 122 ff., 328; D12, act. 152, Rz 129 ff., 360). Wie die Beklagten zu Recht geltend machen, ist eine solche Finanzierung in Kon-

zernverhältnissen absolut nichts Aussergewöhnliches, doch ändert dies nichts daran, dass eingegangene Verpflichtungen bei derjenigen Gesellschaft zu verbuchen sind, welche gegenüber den jeweiligen Vertragspartnern die entsprechende Verpflichtung eingegangen ist: Auch wenn es sich bei einem Konzern um eine wirtschaftliche Einheit handelt, so bilden die Konzerngesellschaften rechtlich gesehen keine Einheit und die rechtliche Selbständigkeit der Konzerngesellschaften ist – besondere Fälle wie insbesondere Durchgriffskonstellationen vorbehalten – zu respektieren. Zudem ist Folgendes zu beachten: BX.\_\_\_\_\_ als Vertragspartner dieser Anteilskaufverträge, in welchen sich die AO.\_\_\_\_\_ zu diversen Leistungen verpflichtete, liess sich von der A.\_\_\_\_\_ für deren Erfüllung Garantien einräumen. Dieser Umstand zeigt deutlich, dass sich alle Beteiligten sehr wohl bewusst sein mussten, dass der externe Vertragspartner – ohne diese Garantie – grundsätzlich nur an dem bei der Schuldnerin AO.\_\_\_\_\_ bestehenden Haftungssubstrat partizipieren konnte, weshalb Letzterer sich eine Garantie für den Fall von Leistungsstörungen einräumen liess. Dieser Umstand, auf den auch die Klägerin hinweist (RE, act. 108, Rz 360), wird denn auch von den Beklagten zu Recht nicht bestritten.

An diesem Befund ändert auch die Erstellung einer konsolidierten Rechnung gemäss Art. 663e OR (Konzernrechnung) nichts. Wie die Beklagten 1–3, 11 und 12 zu Recht geltend machen, dürfte die Konzernrechnung hierzulande der bislang wichtigste Ansatz zu einem Konzernrecht sein, werden doch dadurch die Ergebnisse der einzelnen Konzerngesellschaften *rechnerisch* sozusagen in einem einheitlichen Unternehmen zusammengefasst (K1, act. 90, Rz 341; K2, act. 62, Rz 411; K3, act. 65, Rz 522; K11, act. 82, Rz 256; K12, act. 85, Rz 256). Die Konzernrechnung hat indes keinerlei Einfluss auf die rechtliche Eigenständigkeit der Konzerngesellschaften, sie ist vielmehr reines Informationsinstrument zu Gunsten der Aktionäre und der Gläubiger, welches es erlaubt, die finanzielle Situation des Konzerns als wirtschaftliche, aber nicht rechtliche Einheit zu beurteilen (BSK OR II-Neuhaus/Blättler, Art. 663e N 1b; Handschin, § 22 I Ziff. 3; BGE 132 III 79). Die Erstellung einer Konzernrechnung ändert mithin nichts daran, dass eingegangene Verpflichtungen korrekt in den jeweiligen Einzelabschlüssen der betreffenden Konzerngesellschaft auszuweisen sind, bei welcher auch die (zumindest primäre)

Haftung für die betreffende finanzielle Verbindlichkeit verbleibt. In den (nicht konsolidierten) Einzelabschlüssen der Konzerngesellschaften können daher einzelne Verbindlichkeiten ebenso wie Aktiven (letztere als Vermögenswerte in der Bilanz der Tochter und als Beteiligungswert in der Bilanz der Mutter) oder gruppeninterne Ausschüttungen doppelt erscheinen (vgl. Boemle/Lutz, 50.6, S. 621). Die Behauptung im Privatgutachten, wonach eine mehrfache Erfassung der Rückstellungen zur Bildung von Willkürreserven geführt hätte (act. 77/7 S. 16) ist in dieser Allgemeinheit jedenfalls unklar, soweit sie sich auf die Erfassung in den (per se nicht konsolidierten) Einzelabschlüssen beziehen sollte. Soweit sie sich auf den konsolidierten Abschluss (Konzernabschluss) beziehen sollte, ist die Aussage richtig, allerdings ist die der Konzernrechnung zugrunde liegende Einheitsbetrachtung wie soeben geschildert nicht massgebend. Willkürreserven aufgrund von Rückstellungen lassen sich vermeiden, ohne dass die erforderliche Individualbetrachtung im Konzern aufgegeben wird. Der Schlüssel dazu liegt im Wesen der Rückstellungen, welche eine zuverlässigere Beurteilung der wirklichen finanziellen Lage erlauben sollen (darauf wird bei der Prüfung des Rückstellungsbedarfs bei der A.\_\_\_\_\_ zurückzukommen sein, vgl. unten, Ziff. 4.b.(1)). Die Beklagten 1–4, 6, 8–12 stellen denn auch in ihren Duplikschriften klar, dass auch sie von der Einzelabschlussbetrachtung ausgehen, wie dies im schweizerischen Recht verlangt werde (D1, act. 127, Rz 112 ff.; D2, act. 124, Rz 171 ff.; D3, act. 127, Rz 100 ff.; D4, act. 130, Rz 203 ff.; D6, act. 135, Rz 80 ff.; D8, act. 140, Rz 98 ff.; D9, act. 142, Rz 135 ff.; D10, act. 145, Rz 71 ff.; D11, act. 148, Rz 93 ff.; D12, act. 152, Rz 100 ff.), was jedenfalls aus den Klageantworten noch nicht so klar hervorging. Gleichwohl wird sodann ausgeführt, es habe bei der Allokation der Rückstellungen im Ermessen der Organe gestanden, in wessen Einzelabschluss – demjenigen der A.\_\_\_\_\_ oder der AO.\_\_\_\_\_ – die Rückstellungen gebildet werden. Begründet wird dies a.a.O. mit der Konzernverbundenheit dieser beiden Gesellschaften, wobei die A.\_\_\_\_\_ eine hinreichende Eigenkapitalbasis zur Tragung der Rückstellungen gehabt habe und weder A.\_\_\_\_\_ noch AO.\_\_\_\_\_ überschuldet gewesen seien (oder begründete Anhaltspunkte für eine Überschuldung bestanden hätten). Diese Begründung geht indes nach dem soeben Dargelegten an

der Sache vorbei. Auch aus den in den Duplikschriften auszugsweise wiedergegebenen Ausführungen des Bezirksgerichts CM.\_\_\_\_\_ lässt sich nichts anderes ableiten: Wie vorliegend zwischen den Parteien zu Recht nicht streitig ist, kann sich aus der Schicksalsverbindung von Konzerngesellschaften durchaus eine Pflicht zur Stützung von Konzerngesellschaften ergeben. Daraus könnte indes nicht geschlossen werden – und wird denn auch in den betreffenden Textpassagen des Bezirksgerichts CM.\_\_\_\_\_ nicht vertreten –, dass eingegangene Verpflichtungen nicht in den Einzelabschlüssen der konkret verpflichteten Gesellschaft zu verbuchen wären.

ddd) Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass der Betrag von CHF 350 Mio. für die Verlustabdeckung der AP.\_\_\_\_\_ für das Jahr 2000 bei der AO.\_\_\_\_\_ zu erfassen war. Damit bleibt zu prüfen, in welcher Form (lit. bb) und in welchem Zeitpunkt die Verbuchung zu erfolgen hatte (lit. cc).

bb) Im Zeitpunkt des Abschlusses des ursprünglichen Anteilskaufvertrags, am 23. August 2000, konnte noch nicht feststehen, ob per 31. Dezember 2000 die AP.\_\_\_\_\_ Group einen (durch die AO.\_\_\_\_\_ auszugleichenden) Fehlbetrag ausweisen würde, respektive welche Höhe ein solcher Fehlbetrag erreichen würde. Es wird im Übrigen auch von keiner Partei behauptet, dass am 14. November 2000 festgestanden hätte, wie hoch ein sich damals abzeichnender Verlust der AP.\_\_\_\_\_ für das Jahr 2000 ausfallen würde. § 5.1. des Anteilskaufvertrages – sowohl in der Fassung gemäss Anteilskaufvertrag vom 23. August 2000 wie auch vom 14. November 2000 – brachte mit anderen Worten für die AO.\_\_\_\_\_ eine ungewisse Verpflichtung mit sich, da deren Bestand respektive deren Höhe bei Abschluss der Verlustübernahmeverpflichtung nicht feststand. Für ungewisse Verpflichtungen sind gemäss Art. 669 Abs. 1 OR Rückstellungen zu bilden (vgl. BSK OR II-Neuhaus/Balkanyi, Art. 669 N 19; Böckli, § 8 Rz 490 ff.). Das Gesetz liefert indes keine Legaldefinition des Begriffs Rückstellungen, sondern hält lediglich fest, Rückstellungen seien insbesondere zu bilden, um ungewisse Verpflichtungen und drohende Verluste aus schwebenden Geschäften zu decken (Art. 669 Abs. 1 Satz 2 OR). Die Begrifflichkeit in Literatur und Praxis zeichnet sich durch

eine beachtliche Vielfalt aus. Zumindest in der Literatur besteht indes weitestgehend Einigkeit, dass es sich bei Rückstellungen um den bilanzmässig beim Fremdkapital (vgl. Art. 663a Abs. 3 OR) erfassten Barwert künftiger Geldabflüsse oder anderer Abgänge wie etwa Wertminderungen (ohne Gegenleistung resp. Gegenwert zugunsten der bilanzierenden Unternehmung) handelt (Behr, Kapitel 28.1 S. 393; Boemle/Lutz, 20.1.12, S. 370; Böckli, § 8 Rz 487; HWP I, 2.3423, S. 215). Es herrscht zudem Einigkeit darüber, dass sich die Ungewissheit der Verbindlichkeit beziehen kann auf die Höhe einer dem Grunde nach feststehenden Verbindlichkeit, auf den Zeitpunkt von deren Fälligkeit oder auch auf den Bestand der Forderung an und für sich, wobei der Bestand zumindest von einer gewissen Wahrscheinlichkeit sein muss und die Bildung einer Rückstellung nicht zulässig wäre, wenn eine Gesellschaft ausschliessen könnte, dass die betreffende Verbindlichkeit entstehen könnte (BSK OR II-Neuhaus/Balkanyi, Art. 669 N 19 ff.; Böckli, § 8 Rz 490 ff.; Boemle/Lutz, 20.1.12, S. 370 ff.; HWP I, 2.3423, S. 215 ff.). Fällt umgekehrt die Ungewissheit weg, so ist die Verbindlichkeit als solche zu bilanzieren, je nach Fristigkeit als kurzfristige oder langfristige Verbindlichkeit.

Es erübrigt sich, die unterschiedlichen Formulierungen in den Lehrbüchern und Kommentaren im Einzelnen zu analysieren. Anzumerken bleibt jedoch, dass nicht alle Umschreibungen beinhalten, die zu erwartende ungewisse Verpflichtung müsse ein Abgang *ohne Gegenwert* sein (vgl. etwa BSK OR II-Neuhaus/Balkanyi, Art. 669 N 18 ff.; Meyer, Kapitel 7.3 S. 97, Anhang 3 S. 260). In der *Bilanz* erscheinen Rückstellungen indes immer ohne Gegenwert, dies auch dann, wenn der ungewissen zukünftigen Verbindlichkeit dereinst ein Gegenwert zukommen sollte: Wohl werden bilanzwirksame Vorgänge, die zeitraumbezogen anfallen, grundsätzlich auch entsprechend abgegrenzt und erfasst. Dieser Grundsatz wird indes durchbrochen durch das Imparitätsprinzip, wonach Erträge erst bei deren Realisierung und Verluste bereits bei deren Feststellung bilanzmässig zu berücksichtigen sind (HWP I S. 15; Boemle/Lutz, 7.2.3, S. 130; BGE 116 II 539 E. 2a.dd m.w.H.; vgl. zum Imparitätsprinzip auch unten, Ziff. (2).b.bb)). Allfällige dereinstige Erträge sind aus diesem Grund nicht zu bilanzieren. Soweit Rückstellungen pauschal mit allfälligen zukünftigen Abgängen *ohne Gegenwert* gleichgesetzt werden,

stimmt das in dieser Allgemeinheit nur aber immerhin insoweit, als den Rückstellungen in der Bilanz nie ein Gegenwert gegenüber steht (darauf wird zurückzukommen sein, vgl. unten, Ziff. (4).b.bb)).

Es ist demnach vorliegend unter den Parteien zu Recht nicht strittig, dass im August 2000 nicht feststehen konnte, wie hoch der zu erwartende Verlust der AP.\_\_\_\_\_ für das Jahr 2000 sein würde und dass für einen solchen Verlust in einer allfälligen Zwischenbilanz Rückstellungen zu bilden waren. Den Beklagten war auch keineswegs entgangen, dass aus dem AP.\_\_\_\_\_-Engagement für das Jahr 2000 ein Verlust in unbekannter Höhe anfallen würde; zur Deckung dieser und weiterer Verluste aus den ausländischen Airline-Beteiligungen waren denn auch unbestrittenermassen im August 2000 Rückstellungen in der Höhe von CHF 900 Mio. gebildet worden (KL, act. 2, S. 47 Ziff. 4.3.; act. 3/86 S. 3; RE, act. 108, Rz 223; D1, act. 121, Rz 133; D5, act. 133, Rz 166 ff.; D7, act. 138, Rz 166 ff.). Allerdings geschah dies auf Stufe Konzern, was nach dem soeben Gesagten für die Verlustabdeckung AP.\_\_\_\_\_ für das Jahr 2000 auf der Stufe AO.\_\_\_\_\_ hätte geschehen sollen. Die Höhe des zu erwartenden Verlustes stand im damaligen Zeitpunkt naturgemäss noch nicht fest und wurde im Antrag 18/00 an die Mitglieder des Verwaltungsrates der A.\_\_\_\_\_ auf DEM 450 bis 480 Mio. geschätzt (act. 109/17 S. 5); der Verwaltungsrat der A.\_\_\_\_\_ genehmigte diesen Antrag an seiner Sitzung vom 17. August 2000 (act. 3/86 S. 5). Gemäss Klägerin zeigte die AP.\_\_\_\_\_ Group mit Fax-Schreiben vom 15. Dezember 2000 an, dass der von der AO.\_\_\_\_\_ zu tragende Verlust der AP.\_\_\_\_\_ Group für das Jahr 2000 voraussichtlich DEM 560 Mio. betragen würde (RE, act. 108, Rz 36; act. 109/23); diese Behauptung blieb unbestritten. Damit stand die Höhe des zu leistenden Betrags indes noch nicht fest, vielmehr wurde im Fax-Schreiben festgehalten, dass es sich um eine Schätzung handle, die naturgemäss „noch mit einer Reihe von Unsicherheiten behaftet“ sei. Es könne noch „zu Anpassungen, auch grösserer Art, kommen“ (act. 109/23 S. 1). Mit anderen Worten fiel dadurch die Ungewissheit über die zukünftige Verbindlichkeit im Sinne von Art. 669 Abs. 1 OR noch nicht weg, so dass die zukünftige Verbindlichkeit nach wie vor als Rückstellung und nicht als kurzfristige Verbindlichkeit zu erfassen war. Nach ebenfalls unbe-

stritten gebliebener Behauptung der Klägerin konnte dieser Betrag am 19. Dezember 2000 auf Initiative des Beklagten L.\_\_\_\_\_ auf DEM 450 Mio. (entsprechend CHF 350 Mio.) gesenkt werden (RE, act. 108, Rz 36).

In welcher Höhe am 18. Dezember 2000 Rückstellungen zu bilden waren, ist eine Rechtsfrage, das Gericht ist somit an die (tatsächlichen) Behauptungen der Parteien nicht gebunden. Rückstellungen sind nach dem Bilanzrecht des OR nach dem Vorsichtsprinzip zu bewerten (BSK OR II-Neuhaus/Balkanyi, Art. 669 N 22; HWP I S. 217; Boemle/Lutz, S. 374). Immerhin tut sich dem bilanzierenden Unternehmen dabei unter Umständen ein erheblicher Ermessensspielraum auf (HWP I S. 217). Angesichts der unstrittigen Tatsache, dass bereits am 19. Dezember 2000 der Betrag von DEM 560 Mio. auf DEM 450 Mio. oder CHF 350 Mio. gesenkt werden konnte, erscheint es damit trotz Geltung des Vorsichtsprinzips zulässig, am 18. Dezember 2000 von einem Rückstellungsbedarf von CHF 350 Mio. auszugehen.

cc) Art. 669 OR befasst sich mit Wertkorrekturen bei Aktiven (in Form von Abschreibungen oder Wertberichtigungen) oder Passiven (in Form von Rückstellungen), ohne festzuschreiben in welchem Zeitpunkt diese Wertkorrekturen vorzunehmen sind. Rückstellungen, die in einem bestimmten Geschäftsjahr als notwendig erkannt werden, sind auch in diesem Geschäftsjahr in voller Höhe zu bilden (Böckli, § 8 Rz 506). Damit ist indes noch nichts gesagt darüber, ob Rückstellungen allenfalls schon vor dem ordentlichen Bilanzstichtag auszuweisen sind oder nicht. Es stellt sich also die Frage, in welchen Fällen eine Zwischenbilanz zu erstellen ist.

Inventar, Erfolgsrechnung und Bilanz sind nach der gesetzlichen Regelung von Art. 958 Abs. 1 OR auf den Schluss jedes Geschäftsjahres zu erstellen, für Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien schreibt das Kotierungsreglement (KR) der Schweizer Börse zudem die Erstellung von Zwischenberichten vor (Art. 65 KR). Unabhängig von dieser Periodizität der bilanzmässigen Berichterstattung über die finanzielle Lage der Gesellschaft ist der Verwaltungsrat nach Massgabe von Art. 725 Abs. 2 OR gehalten, jederzeit eine Zwischenbilanz zu erstellen,

„wenn begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht“. Das auslösende Element zur Erstellung einer Zwischenbilanz ist damit ein subjektives: Die Besorgnis darüber, dass das Fremdkapital durch die gesamten Aktiven nicht mehr gedeckt sein könnte. Diese Besorgnis, so das Gesetz weiter, soll nicht aus der Luft gegriffen, sondern vielmehr „begründet“ sein. Die Besorgnis wird nicht nur in der letzten bestehenden Bilanz begründet liegen, sondern sich auch auf andere „böse Zeichen“ (Böckli, § 13 Rz 768) stützen: Dies nicht zuletzt in Gestalt von ausserordentlichen Ereignissen während des Geschäftsjahres, welche zu einem grösseren Abschreibungs- oder Rückstellungsbedarf führen (vgl. BSK OR II-Wüstiner, Art. 725 N 33, mit Beispielen). Dies gilt umso mehr, als eine Gesellschaft in aller Regel nicht direkt von einer intakten Eigenkapitalsituation zur Überschuldung gelangt, sondern zuerst die Stufe des hälftigen Kapitalverlusts (Art. 725 Abs. 1 OR) erreicht. Ist der (hälftige) Kapitalverlust erreicht, so muss beim Verwaltungsrat die Warnlampe leuchten, er muss die finanzielle Situation der Gesellschaft mit zusätzlich erhöhter Wachsamkeit verfolgen (vgl. Böckli, § 13 Rz 768 f.; HWP II, 3.1423, S. 48 f.).

Die AO.\_\_\_\_\_ war ins Jahr 2000 mit einem hälftigen Kapitalverlust gestartet. Dem Aktienkapital und den gesetzlichen Reserven von insgesamt CHF 500 Mio. stand per 31. Dezember 1999 noch ein Eigenkapital von CHF 233 Mio. gegenüber (act. 3/80 S. 5). Wie der Bericht der Revisionsstelle an die Generalversammlung zur Jahresrechnung 1999 vom 22. März 2000 festhielt, hatte es der Verwaltungsrat entgegen den Bestimmungen von Art. 725 Abs. 1 OR unterlassen, die Generalversammlung unverzüglich über den Kapitalverlust zu orientieren und ihr Sanierungsmassnahmen zu beantragen (act. 3/80 S. 2). Der Verwaltungsrat der A.\_\_\_\_\_ war an seiner Sitzung vom 17. August 2000 durch BY.\_\_\_\_\_ und den Beklagten 10 über den bevorstehenden Anteilskaufvertrag mit der BX.\_\_\_\_\_ informiert worden. Der Verwaltungsrat genehmigte den vom Beklagten 1 unterzeichneten Antrag 18/00 zur Sanierung der AP.\_\_\_\_\_ Group, welcher die Deckung des geschätzten Fehlbetrags für die AP.\_\_\_\_\_ Group für das Jahr 2000 in der Höhe von DEM 450 bis 480 Mio. enthielt (RE, act. 108, Rz 28; act. 3/86 S. 5; act. 109/17 S. 5). Diese Summe zur Deckung des Fehlbetrags AP.\_\_\_\_\_ Group

2000 war bei der AO.\_\_\_\_\_ zu verbuchen (vgl. oben, lit. aa)). Angesichts der finanziellen Situation der AO.\_\_\_\_\_ konnte mit der Bildung von entsprechenden Rückstellungen nicht zugewartet werden bis zum nächsten Bilanzstichtag. Die ungewisse Verpflichtung (Art. 669 Abs. 1 OR) im Umfang von DEM 450 bis 480 Mio. wäre vielmehr nach deren Bekanntwerden im August 2000 bei der AO.\_\_\_\_\_ als Rückstellung zu erfassen gewesen. Dass der exakte Betrag von DEM 450 Mio. (entsprechend CHF 350.325 Mio.) erst am 19. Dezember 2000 feststand, steht dem nicht entgegen, liegt es doch im Wesen der Rückstellungen, dass diese zu bilden sind, solange die Zahlungsverpflichtung mit Unsicherheiten, z.B. betreffend die Höhe des Betrages, behaftet ist.

c) Zusammenfassend bleibt demnach festzuhalten: Der geltend gemachte Betrag von CHF 350 Mio. für die Verlustabdeckung der AP.\_\_\_\_\_ Group für das Jahr 2000 wäre vor dem 18. Dezember 2000 bei der AO.\_\_\_\_\_ in Form von Rückstellungen buchmässig zu erfassen gewesen.

## **(2) Auskauf der Altgesellschafter der AP.\_\_\_\_\_**

a) Nach Meinung der Klägerin hätte die AO.\_\_\_\_\_ am 18. Dezember 2000 im Zusammenhang mit ihrer AP.\_\_\_\_\_ -Beteiligung in ihren Büchern den Betrag von CHF 143 Mio. aus dem Auskauf der Altgesellschafter ausweisen müssen, zu welchem sich die AO.\_\_\_\_\_ mit Anteilskaufvertrag vom 23. August 2000 verpflichtet habe (RE, act. 108, Rz 14, 34 f., 39 ff.; zum Hintergrund dieser Zahlung sogleich Näheres unter b.aa)). Zwischen den Parteien ist nicht strittig, dass dieser Betrag an die Altgesellschafter zu bezahlen war und auch bezahlt wurde: Die entsprechende Zahlung von rund DEM 184 Mio. (entsprechend EUR 94.11 Mio. oder CHF 143 Mio.) wurde am 29. Dezember 2000 von der AU.\_\_\_\_\_ B.V. ausgeführt und bei der niederländischen AO.\_\_\_\_\_ -Tochter BZ.\_\_\_\_\_ B.V. in Form eines Darlehens gegenüber der AU.\_\_\_\_\_ B.V. in der Höhe von EUR 94.11 Mio. verbucht. Uneinigkeit besteht hingegen darüber, wer innerhalb der AX.\_\_\_\_\_ -Gruppe zur Zahlung verpflichtet war und ob die Zahlung korrekt verbucht wurde (D1, act.

121, Rz 134 f.; D2, act. 124, Rz 196; D3, act. 127, Rz 122 f.; D4, act. 130, Rz 243, 251; D6, act. 135, Rz 105; D8, act. 140, Rz 121 f.; D9, act. 142, Rz 158, 160; D10, act. 145, Rz 91; D11, act. 148, Rz 115 f.; D12, act. 152, Rz 137). Die Klägerin bringt vor, diese Zahlung sei aus nicht nachvollziehbaren Gründen bei der AO.\_\_\_\_\_ nicht verbucht worden, doch sei in der Bilanz der AO.\_\_\_\_\_ der falschen Abwicklung der Zahlung auf folgendem Umweg Rechnung getragen worden (RE, act. 108, Rz 41 f.): Die niederländische AO.\_\_\_\_\_-Tochter BZ.\_\_\_\_\_ B.V. habe in ihrer Bilanz ein Darlehen im Umfang von EUR 94.110 Mio. zugunsten der AU.\_\_\_\_\_ B.V. aufgewiesen, da Letztere diesen Betrag an die Altgesellschafter überwiesen habe. Als Gegenposition sei in der Bilanz der BZ.\_\_\_\_\_ B.V. der gleiche Betrag zuerst bei den Beteiligungen aktiviert und dann sogleich wieder erfolgswirksam abgeschrieben worden. Per Ende 2000 habe die BZ.\_\_\_\_\_ B.V. einen Jahresverlust von EUR 400.831 Mio. (CHF 609 Mio.) ausgewiesen, wovon EUR 94.110 Mio. auf diesen Verbuchungsvorgang zurückzuführen gewesen seien. Da die AO.\_\_\_\_\_ in ihrer Bilanz per 31. Dezember 2000 Rückstellungen für den Verlust der Tochter BZ.\_\_\_\_\_ B.V. im Umfang von CHF 609 Mio. ausgewiesen habe, sei die Zahlung für den Auskauf der Altgesellschafter der AP.\_\_\_\_\_ indirekt gleichwohl in die Bilanz der AO.\_\_\_\_\_ eingeflossen.

Seitens der Beklagten wird insbesondere bestritten, dass die AO.\_\_\_\_\_ diese Verpflichtung am 18. Dezember 2000 in ihren Büchern hätte ausweisen müssen (D1, act. 121, Rz 149; D2, act. 124, Rz 208; D3, act. 127, Rz 127 f.; D4, act. 130, Rz 255; D5, act. 133, Rz 149 ff.; D6, act. 135, Rz 108; D7, act. 138, Rz 149 ff.; D8, act. 140, Rz 135; D9, act. 142, Rz 162; D10, act. 145, Rz 105; D11, act. 148, Rz 130; D12, act. 152, Rz 122 f.). Die Beklagten 1–4, 6, 8–12 bringen vor, die BZ.\_\_\_\_\_ B.V. habe diese von der AU.\_\_\_\_\_ B.V. (eine 100%-Tochter der A.\_\_\_\_\_) erfüllte Verbindlichkeit *intern* getragen, weshalb das Darlehen korrekterweise bei der BZ.\_\_\_\_\_ B.V. verbucht worden sei. Die BZ.\_\_\_\_\_ B.V. sei wohl eine 100%-Tochter der AO.\_\_\_\_\_ gewesen. Der Beteiligungswert an dieser Tochtergesellschaft sei in der Bilanz der AO.\_\_\_\_\_ indes zu 100% abgeschrieben gewesen, weshalb sich die interne Übernahme der Verbindlichkeit durch die BZ.\_\_\_\_\_ B.V. nicht auf die Bilanz der AO.\_\_\_\_\_ habe auswirken können und es

daher nicht erforderlich gewesen sei, Rückstellungen zu bilden, da diese bei der A.\_\_\_\_\_ hätten gebildet werden können, welche letztlich ihre Enkel-Tochter BZ.\_\_\_\_\_ B.V. finanziert habe (D1, act. 121, Rz 138 ff., 355 ff.; D2, act. 124, Rz 197 ff., 395 ff.; D3, act. 127, Rz 126 ff., 331 ff.; D4, act. 130, Rz 244 ff., 511 ff.; D6, act. 135, Rz 106 ff., 370 ff.; D8, act. 140, Rz 124 ff., 335 ff.; D9, act. 142, Rz 161 ff., 369 ff.; D10, act. 145, Rz 94 ff., 338 ff.; D11, act. 148, Rz 119 ff., 328 ff.; D12, act. 152, Rz 126 ff., 360 ff.). Im Übrigen sei der Hinweis der Klägerin auf die Rückstellung von CHF 609 Mio. in der Bilanz der AO.\_\_\_\_\_ per 31. Dezember 2000 irreführend und falsch, hätten doch die Verantwortlichen der A.\_\_\_\_\_ erst im März 2001 entschieden, diese Rückstellungen nicht bei der A.\_\_\_\_\_ zu allozieren, sondern bei der AO.\_\_\_\_\_. Dieser (Ermessens-)Entscheid sei Bestandteil eines Paketes von Restrukturierungsmassnahmen gewesen, welches am 18. Dezember 2000 noch nicht bekannt gewesen sei (D1, act. 121, Rz 358; D2, act. 124, Rz 398; D3, act. 127, Rz 334; D4, act. 130, Rz 514; D6, act. 135, Rz 373; D8, act. 140, Rz 338; D9, act. 142, Rz 372; D10, act. 145, Rz 341; D11, act. 148, Rz 331; D12, act. 152, Rz 363). Die Beklagten 5 und 7 wenden sodann ein, die Klägerin missverstehe das Imparitätsprinzip: Würden Verpflichtungen der AO.\_\_\_\_\_ in Höhe von CHF 143 Mio. gegenüber den Altgesellschaftern der AP.\_\_\_\_\_ berücksichtigt, so sei auch die ihr zukommende Gegenleistung aus diesen Kreditorenverpflichtungen zu berücksichtigen. Der Verpflichtung im Fremdkapital sei in den Aktiven eine Erhöhung um mindestens CHF 143 Mio. entgegengestanden, weshalb die Verpflichtung der AO.\_\_\_\_\_ nicht eigenkapitalwirksam gewesen sei (D5 und D7, act. 133 und 138, je Rz 144, 156).

b.aa)Die am 29. Dezember 2000 erfolgte Zahlung beruhte auf folgenden Verpflichtungsgeschäften: Zum Kauf der AP.\_\_\_\_\_ Gesellschaften gründete die AO.\_\_\_\_\_ in Deutschland die 100%ige Tochter AP.\_\_\_\_\_ Group (genauer: die CA.\_\_\_\_\_ mbH, im Folgenden jedoch – nach erfolgter Umfirmierung – vereinfachend als AP.\_\_\_\_\_ Group bezeichnet), die mit einer Kapitalausstattung von DEM 400 Mio. versehen wurde. Die AO.\_\_\_\_\_ verkaufte sodann 50.1% des Stammkapitals der AP.\_\_\_\_\_ Group zum Preis von DEM 200.4 Mio. an die Altgesellschafter, d.h. die ehemaligen Eigentümer und Verkäufer der AP.\_\_\_\_\_ Gesellschaften,

denen vorgängig die AP.\_\_\_\_\_ Gesellschaften für insgesamt rund DEM 2.2 Mia. abgekauft worden waren (Gesellschaftsanteilskauf- und Übertragungsvertrag vom 11./12. November 1998, §§ 3, 6 f. [act. 109/3 S. 16, 34, 38 ff.] i.V.m. Anteilskauf- und Übertragungsvertrag vom 28. Juli 1999, [act. 109/5]). Gleichzeitig wurde mit einer Gesellschaftervereinbarung den Altgesellschaftern eine Put-Option eingeräumt mit dem Inhalt, ihre Anteile an der AP.\_\_\_\_\_ Group per 31. Dezember 2000 zum Nominalwert (DEM 200.4 Mio.) an die AO.\_\_\_\_\_ zu verkaufen. Der AO.\_\_\_\_\_ wurde umgekehrt eine Call-Option eingeräumt mit dem Inhalt, die Anteile der Altgesellschafter (mit Ausnahme der CB.\_\_\_\_\_, welche 10.2% der Anteile hielt) ebenfalls per 31. Dezember 2000 zu kaufen (Gesellschaftervereinbarung AP.\_\_\_\_\_ vom 11. November 1998, III.§ 2 S. 25 f. [act. 109/4]). Diese Call-Option übte die AO.\_\_\_\_\_ am 30. November 2000 aus (act. 109/20, I. Annahmeerklärung, S. 3 f.). Die AO.\_\_\_\_\_ hatte sich mit Anteilskaufvertrag vom 23. August 2000 resp. vom 14. November 2000 zwischen ihr und der A.\_\_\_\_\_ einerseits und der BX.\_\_\_\_\_ andererseits verpflichtet, diese Call-Option auszuüben (act. 109/18 § 2.2 S. 8; act. 122/21 § 2.2 S. 9 [identischer Wortlaut]). Die CB.\_\_\_\_\_ hatte ihre Put-Option am 14. November 2000 ausgeübt (act. 122/21 § 2.3). Wie bereits gesehen (oben Ziff. (1)) garantierte die A.\_\_\_\_\_ die Erfüllung sämtlicher Verpflichtungen der AO.\_\_\_\_\_ aus diesem Vertrag (act. 109/18 § 9; act. 122/21 § 9), mithin auch die Erfüllung der Verpflichtung von § 2.2.

Die Differenz zwischen den von der AU.\_\_\_\_\_ B.V. am 29. Dezember 2000 geleisteten DEM 183'984'700 und den Anteilen der Altgesellschafter an der AP.\_\_\_\_\_ Group von DEM 200'400'000 in der Höhe von DEM 16'415'300 entsprach Gewährleistungsverpflichtungen, welche gemäss unbestritten gebliebener Behauptung der Klägerin die AO.\_\_\_\_\_ aus einer Gewährleistungsverpflichtung direkt der AP.\_\_\_\_\_ Group zu bezahlen hatte (RE, act. 108, Rz 35; act. 109/22). Da es sich indes offenbar nicht um eine Gewährleistungspflicht der AO.\_\_\_\_\_, sondern um eine solche der Altgesellschafter gegenüber der AP.\_\_\_\_\_ Group handelte (vgl. act. 109/22), war die Überweisung der DEM 16.4 Mio. von der AO.\_\_\_\_\_ direkt an die AP.\_\_\_\_\_ Group Folge einer Anweisung (Art. 466 OR); diese Summe wäre damit eigentlich zu den DEM 184 Mio. dazuzurechnen. Da

aber keine der Parteien entsprechende Behauptungen vorbringt, ist bei Geltung der Verhandlungsmaxime unter der Position „Auskauf der Altgesellschafter“ von einer Summe von DEM 184 Mio. resp. CHF 143 Mio. auszugehen.

Wie sich aus den eben zitierten Stellen der Gesellschaftervereinbarung AP.\_\_\_\_\_ vom 11. November 1998, des Anteilskauf- und Übertragungsvertrags vom 28. Juli 1999 sowie des Anteilskaufvertrags vom 23. August 2000 resp. vom 14. November 2000 ergibt, hatte sich die AO.\_\_\_\_\_ zum Auskauf der Altgesellschafter verpflichtet, während die A.\_\_\_\_\_ die Erfüllung dieser Verpflichtung garantierte, wobei zur Rechtsnatur dieser Garantie auf die obigen Ausführungen verwiesen werden kann (Ziff. (1).b.aa.ccc). Während also die AO.\_\_\_\_\_ sich zum Auskauf der Altgesellschafter verpflichtet hatte, sollte die A.\_\_\_\_\_ als Garantin schadenersatzpflichtig werden, falls die AO.\_\_\_\_\_ ihrer vertraglichen Pflicht nicht nachkommen sollte. Entgegen den Behauptungen der Beklagten 1–4, 6, 8–12 war es nicht so, dass die Rückstellung ohne Weiteres bei der A.\_\_\_\_\_ gebildet werden konnte, lag doch die Verpflichtung zu dieser Leistung bei der AO.\_\_\_\_\_. Richtig ist, dass die Rückstellung von CHF 609 Mio. in der Bilanz der AO.\_\_\_\_\_ für den Verlust der BZ.\_\_\_\_\_ B.V. erst im März 2001 beschlossen wurde, also am 18. Dezember 2000 noch nicht bekannt war und insofern auch nicht als Argument aufgeführt werden kann, weshalb die Summe von CHF 143 Mio. am 18. Dezember 2000 direkt bei der AO.\_\_\_\_\_ hätte verbucht werden müssen. Allerdings war es hier so wenig wie beim Verlust AP.\_\_\_\_\_ für das Jahr 2000 (oben Ziff. (1)) ein reiner Ermessensentscheid der Beklagten, auf welcher Ebene die Rückstellung verbucht würde. Selbst falls bei Abschluss der einschlägigen Anteilskaufverträge seitens der AX.\_\_\_\_\_ -Gruppe unklar gewesen sein sollte, welche juristische Person letztendlich die von der AO.\_\_\_\_\_ eingegangenen Verbindlichkeiten berappen sollte, so handelte es sich in der unstreitig massgeblichen Einzelabschlussbetrachtung um Verbindlichkeiten der AO.\_\_\_\_\_, weshalb die Verbindlichkeiten grundsätzlich auch bei der AO.\_\_\_\_\_ zu verbuchen gewesen wären, ändert doch die wirtschaftliche Einheit Konzern (Durchgriffskonstellationen vorbehalten) nichts an der rechtlichen Selbständigkeit der Konzerngesellschaften. Damit hatte die Verbuchung direkt oder indirekt (über Rückstellungen für Verluste

der 100%-Tochter BZ.\_\_\_\_\_ B.V.) bei der AO.\_\_\_\_\_ zu erfolgen. Dass der Beteiligungswert für diese Tochter in der Bilanz der AO.\_\_\_\_\_ bereits vollständig abgeschrieben worden war, wie die Beklagten 1–4, 6, 8–12 vorbringen (oben, a)) ist richtig, doch kann daraus nicht gefolgert werden, dass es sich nicht auf die Bilanz der AO.\_\_\_\_\_ auswirken konnte, wenn diese Tochter eine Verbindlichkeit der Mutter übernahm – die späteren Verbuchungsvorgänge vom März 2001 (die im Hinblick auf den Abschluss per 31.12.2000 erstellt wurden und in welchen bei der AO.\_\_\_\_\_ nicht nur der Beteiligungswert der Tochter BZ.\_\_\_\_\_ B.V. vollständig abgeschrieben wurde, sondern gleichzeitig wie gesehen auch eine Rückstellung über CHF 609 Mio. für dieselbe Tochter gebildet wurde) bezeugen das Gegenteil.

bb) Grundsätzlich werden bilanzwirksame Vorgänge, die zeitraumbezogen anfallen, auch entsprechend abgegrenzt und erfasst. Dieser Grundsatz wird indes wie gesehen durchbrochen durch das Imparitätsprinzip, wonach Erträge erst bei deren Realisierung und Verluste bereits bei deren Feststellung bilanzmässig zu berücksichtigen sind (HWP I S. 15; Boemle/Lutz, 7.2.3, S. 130; BGE 116 II 539 E. 2a.dd m.w.H.). Nach Ansicht der Beklagten 5 und 7 heisst es vorliegend das Imparitätsprinzip zu verkennen, wenn lediglich die Verpflichtung von CHF 143 Mio. für den Auskauf der Altgesellschafter, nicht aber der daraus resultierende Gegenwert bilanzmässig erfasst werde (D5 und D7, act. 133 und 138, je Rz 144 ff.). Richtig ist, dass am 18. Dezember 2000 in diesem Zusammenhang zwei Geschäfte bestanden: Der Erwerb von insgesamt 50.1% der AP.\_\_\_\_\_ Group durch die AO.\_\_\_\_\_ von den Altgesellschaftern (39.9% aus der Call-Option, 10.2% aus der Put-Option) zu einem Kaufpreis von DEM 184 Mio. (recte: DEM 200.4 Mio., vgl. oben, aa)) einerseits und der Verkauf der damit auf 100% erhöhten Beteiligung an der AP.\_\_\_\_\_ Group an die BX.\_\_\_\_\_ andererseits. Dieses zweite Geschäft war im Anteilskaufvertrag vom 23. August 2000 resp. vom 14. November 2000 zwischen der AO.\_\_\_\_\_ und der A.\_\_\_\_\_ einerseits und der BX.\_\_\_\_\_ andererseits (act. 109/18; act. 122/21) vereinbart worden, wie die Beklagten 5 und 7 zutreffend geltend machen. Um diese zweite Verpflichtung zu erfüllen, musste die AO.\_\_\_\_\_ vorgängig den Altgesellschaftern deren Anteile abkaufen. Die AO.\_\_\_\_\_ hatte sich dazu gegenüber der BX.\_\_\_\_\_ verpflichtet, wobei vereinbart

wurde, dass die Altgesellschafter die verkauften Anteile von 39.9% (Call-Option) sowie von 10.2% (Put-Option) nicht an die AO.\_\_\_\_\_, sondern an die BX.\_\_\_\_\_ abtreten sollten (act. 109/18 § 2.2 f.; act. 122/21 § 2.2 f.). Der Gegenwert, den die AO.\_\_\_\_\_ für die DEM 184 Mio. (Auskauf der Altgesellschafter) erhalten sollte, lag damit in einem Teil des Kaufpreises, den die BX.\_\_\_\_\_ für die 100%-Beteiligung an der AP.\_\_\_\_\_ Group zu leisten hatte – und nicht im Zugang der 50.1%-Beteiligung an der AP.\_\_\_\_\_ Group, wie die Beklagten 5 und 7 vorbringen. Dieser Kaufpreis (für die 100%-Beteiligung) sollte sich ursprünglich – nach dem Anteilskaufvertrag vom 23. August 2000 – zusammensetzen aus einem Grundbetrag von DEM 1.– sowie von 19% des für BX.\_\_\_\_\_ steuerlich nutzbaren Verlustvortrags der gekauften AP.\_\_\_\_\_ Group-Anteile (indem BX.\_\_\_\_\_ dank den Verlustabzügen aus der AP.\_\_\_\_\_ Group Einkommenssteuerersparnisse erzielen konnte). Die Höhe des Kaufpreises wäre damit von den Verlusten abhängig gewesen, welche die AP.\_\_\_\_\_ Group per 31. Dezember 2000 ausweisen würde. Die Fälligkeit wurde auf mehrere Jahre gestaffelt festgelegt, beginnend mit der Körperschaftssteuererklärung 2001 der BX.\_\_\_\_\_ (act. 109/18 § 3.3 und 3.3.1). Diese Bestimmung wurde indes im Anteilskaufvertrag vom 14. November 2000 neu gefasst und wie folgt geändert: Der Kaufpreis für die 100%-Beteiligung wurde neu auf DEM 1.– festgelegt und vereinbart, dass sich die Parteien spätestens per 31. Dezember 2003 darüber verständigen, ob eine Erhöhung dieses Kaufpreises (bis auf maximal DEM 250 Mio.) angebracht sei (act. 122/21 § 3.2 ff.).

Die vorliegende Situation unterscheidet sich damit vom Sachverhalt, welcher BGE 116 II 539 (auf welchen die Beklagten 5 und 7 ihre Argumentation stützen) zugrunde lag. Dort ging es um die Aktivierung eines aus dem Verkauf eines Miteigentumsanteils resultierenden Gewinns. Das Bundesgericht verwarf die Auffassung, die Aktivierung verstosse gegen das Imparitätsprinzip, indem es ausführte (BGE 116 II 539 E. 2a.dd, Hervorhebung hinzugefügt): „Nach dem den aktienrechtlichen Bilanzvorschriften zugrunde liegenden Imparitätsprinzip dürfen Erträge erst bei der Realisierung und müssen Verluste bereits bei deren Feststellung bilanzmässig berücksichtigt werden (Käfer, N 77 zu Art. 959 und N 128 ff. zu Art. 960 OR; Bossard, N 244 zu Art. 957 OR; Bürgi, N 9 zu Art. 655 OR). Realisiert

sind Erträge, wenn die entsprechenden Leistungen *erbracht oder rechtlich vollstreckbar geschuldet* sind (Bossard, a.a.O.; Käfer, N 119 zu Art. 960 OR).“ Dass die entsprechende Leistung (die Kaufpreiszahlung durch BX.\_\_\_\_\_) vorliegend am 18. Dezember 2000 noch nicht erbracht worden war, ist offensichtlich. Aber auch rechtlich vollstreckbar geschuldet ist eine Leistung erst, wenn diese fällig ist. Anders als im eben wiedergegebenen Bundesgerichtsfall war vorliegend der Ertrag nicht fällig, weshalb er entgegen den Beklagten 5 und 7 nicht realisiert war und weder per 18. Dezember 2000 noch per 31. Dezember 2000 in Beachtung des Imparitätsprinzips aktiviert werden konnte. Daran vermögen auch die von den Beklagten 5 und 7 in deren Rz 150 (act. 133 und act. 138) wiedergegebenen – für sich je richtigen, aber hier nicht einschlägigen – Einzelzitate nichts zu ändern.

cc) Nach Abschluss der Gesellschaftervereinbarung zwischen der AO.\_\_\_\_\_ und den Altgesellschaftern der AP.\_\_\_\_\_ Gesellschaften vom 11. November 1998 war offen, ob die vereinbarten Optionen ausgeübt werden würden, es wären daher für die unsicheren zukünftigen Verbindlichkeiten bei der AO.\_\_\_\_\_ Rückstellungen (zumindest in der Höhe des Barwertes, vgl. Böckli, § 8 Rz 508) zu bilden gewesen. Dass solche gebildet worden wären, wird indes nicht behauptet und ist auch aus dem Abschluss der AO.\_\_\_\_\_ per 31. Dezember 1999 (act. 3/80) nicht ersichtlich. Die AO.\_\_\_\_\_ verpflichtete sich sodann wie bereits erwähnt mit Anteilskaufvertrag vom 23. August 2000 resp. vom 14. November 2000 (act. 109/18; act. 122/21), die Call-Optionen mit Wirkung per 31. Dezember 2000 auszuüben; damit wurden die Call-Optionen zur kurzfristigen Verbindlichkeit. Die Put-Option der CB.\_\_\_\_\_ ihrerseits wurde am 14. November 2000 ausgeübt (act. 122/21 § 2.3). Der Verwaltungsrat der A.\_\_\_\_\_ war an seiner Sitzung vom 17. August 2000 durch BY.\_\_\_\_\_ und den Beklagten 10 über den bevorstehenden Anteilskaufvertrag mit der BX.\_\_\_\_\_ informiert worden und genehmigte den vom Beklagten 1 unterzeichneten Antrag 18/00 zur Sanierung der AP.\_\_\_\_\_ Group, welcher ausdrücklich auch die Ausübung der Call-Option für die Gesellschaftsanteile der Altgesellschafter in der Höhe von DEM 200 Mio. umfasste (act. 108 Rz 28; act. 3/86 S. 5; act. 109/17 S. 5).

Spätestens am 14. November 2000 wäre damit bei der AO.\_\_\_\_\_ (oben, aa)) der Betrag von DEM 200.4 Mio. in Form von kurzfristigen Verbindlichkeiten zu verbuchen gewesen. Die Klägerin macht hiervon nur einen Betrag von DEM 184 Mio. geltend (entsprechend DEM 200.4 Mio. abzüglich der DEM 16.4 Mio., welche von der AO.\_\_\_\_\_ direkt an die AP.\_\_\_\_\_ Group geleistet wurden, vgl. oben, aa), zweiter Absatz), woran das Gericht unter Geltung der Verhandlungsmaxime gebunden ist. Angesichts der finanziellen Situation der AO.\_\_\_\_\_ (vgl. oben, Ziff. (1).b.cc)) konnte mit der buchmässigen Erfassung des geltend gemachten Betrags von DEM 184 Mio. (entsprechend rund CHF 143 Mio.) nicht zugewartet werden bis zum nächsten Bilanzstichtag. Dass die Zahlung erst am 29. Dezember 2000 ausgeführt wurde, ist hierfür ohne Belang.

dd) Der geltend gemachte Betrag von CHF 143 Mio. wäre damit vor dem 18. Dezember 2000 bei der AO.\_\_\_\_\_ in Form von kurzfristigen Verbindlichkeiten buchmässig zu erfassen gewesen.

### **(3) Verlustabdeckung AP.\_\_\_\_\_ für das Jahr 2001**

a) Nach Meinung der Klägerin hätte die AO.\_\_\_\_\_ am 18. Dezember 2000 im Zusammenhang mit ihrer AP.\_\_\_\_\_ -Beteiligung in ihren Büchern weiter den Betrag von CHF 48 Mio. für die Verlustabdeckung der AP.\_\_\_\_\_ Group für das Jahr 2001 ausweisen müssen (RE, act. 108, Rz 25, 31). Zur Begründung verweist sie auf zweierlei: Erstens auf die Verwaltungsratssitzung der A.\_\_\_\_\_ vom 17. August 2000, in welcher vom Beklagten 10 für das Jahr 2001 bei der AP.\_\_\_\_\_ Group ein Verlust von DEM 60 bis 70 Mio. (entsprechend rund CHF 48 Mio.) prognostiziert worden sei, und zweitens auf die Gesellschaftervereinbarung vom 14. November 2000, in welcher sich die AO.\_\_\_\_\_ u.a. verpflichtet habe dafür zu sorgen, dass das Reinvermögen der AQ.\_\_\_\_\_ per Ende 2005 mindestens EUR 217.3 Mio. betragen würde (entsprechend den Kapitaleinlagen zu Beginn der AQ.\_\_\_\_\_), d.h. allfällige künftige Verluste auszugleichen (RE, act. 108, Rz 43, 45, 82, je unter Hinweis auf Rz 25 und 31). Die Beklagten 1–4, 6, 8–12 bestreiten, dass die

AO.\_\_\_\_\_ diesen Betrag am 18. Dezember 2000 hätte in ihren Büchern ausweisen müssen, vielmehr wird auch hier (vgl. oben, Ziff. (1) und (2)) vorgebracht, dass die erforderlichen Rückstellungen aufgrund der Finanzierungsverhältnisse bei der A.\_\_\_\_\_ hätten gebildet werden dürfen (D1, act. 121, Rz 153; D2, act. 124, Rz 212; D3, act. 127, Rz 140, 136; D4, act. 130, Rz 259; D6, act. 135, Rz 121; D8, act. 140, Rz 140; D9, act. 142, Rz 176; D10, act. 145, Rz 109; D11, act. 148, Rz 134; D12, act. 152, Rz 141).

b.aa) Es ist unstrittig, dass der Beklagte 10 anlässlich der Verwaltungsratssitzung vom 17. August 2000 den zu erwartenden Verlust bei der AP.\_\_\_\_\_ Group für das Jahr 2001 mit DEM 60 bis 70 Mio. beziffert hatte. Indes war dieser Betrag nicht Teil des an dieser Sitzung genehmigten Antrags 18/00 (act. 109/17 S. 5), wie die Beklagten 5 und 7 zu Recht geltend machen (D5 und D7, act. 133 und act. 138, je Rz 205). Als Rechtsgrundlage fällt dieser Antrag daher weg. Hingegen hatte sich die AO.\_\_\_\_\_ in der Tat mit der Gesellschaftervereinbarung vom 14. November 2000 dazu verpflichtet, allfällige künftige Verluste der AQ.\_\_\_\_\_ auszugleichen, wobei diese Holdinggesellschaft im Wesentlichen die AP.\_\_\_\_\_ halten sollte (act. 109/19 § 2 S. 4 f.; vgl. unten, Ziff. (4).b.bb)). Die AO.\_\_\_\_\_ war damit gehalten, für voraussichtliche künftige Verluste Rückstellungen zu bilden. Auf diese Verpflichtung in § 15 dieser Gesellschaftervereinbarung weist übrigens auch das Gutachten von BU.\_\_\_\_\_/BV.\_\_\_\_\_ hin (act. 77/7, Anhang Ziff. 3.2 S. 7 f. sowie Beilage 8), worauf die Beklagten 1–4, 6, 8–12 verweisen und gleichzeitig vorbringen, in den im März 2001 vorgenommenen Rückstellungen für die zukünftigen AP.\_\_\_\_\_ -Verluste in der Höhe von CHF 195 Mio. seien auch die geltend gemachten CHF 48 Mio. für die Verluste 2001 enthalten (D1, act. 121, Rz 162; D2, act. 124, Rz 221; D3, act. 127, Rz 147; D4, act. 130, Rz 268 ff.; D6, act. 135, Rz 130; D8, act. 140, Rz 148; D9, act. 142, Rz 185; D10, act. 145, Rz 114; D11, act. 148, Rz 143; D12, act. 152, Rz 150). Tatsächlich betrafen von den im März 2001 auf Stufe AO.\_\_\_\_\_ gebildeten Rückstellungen von insgesamt CHF 195 Mio. deren CHF 124 Mio. den abzudeckenden Verlustanteil der AP.\_\_\_\_\_ für das Jahr 2001 (dannzumal also deutlich mehr, als die im August 2000 vom Beklagten L.\_\_\_\_\_ zu optimistisch geschätzten CHF 48 Mio.), wie sich aus der Aufschlüsse-

lung an der von den Beklagten genannten Stelle des Gutachtens ergibt (act. 77/7 Anhang Ziff. 3.2 S. 7 f.). Da die Klägerin unter dem Titel Verlustabdeckung der AP.\_\_\_\_\_ für das Jahr 2001 ausdrücklich CHF 48 Mio. fordert, ist nicht näher zu untersuchen, inwieweit gestützt auf § 15 der Gesellschaftervereinbarung vom 14. November 2000 am 18. Dezember 2000 allenfalls ein höherer Rückstellungsbedarf bestanden hätte. Da im Weiteren von den Beklagten nicht geltend gemacht wird, die im März 2001 getätigten Rückstellungen seien zu hoch gewesen – sondern vielmehr wie gesehen vorgebracht wird, in den dannzumal zurückgestellten CHF 195 Mio. seien die von der Klägerin geltend gemachten CHF 48 Mio. mit enthalten gewesen –, ist vorliegend davon auszugehen, dass der geltend gemachte Rückstellungsbedarf über CHF 48 Mio. am 18. Dezember 2000 gegeben gewesen wäre.

Die vertragliche Verpflichtung, die zukünftigen Verluste der AP.\_\_\_\_\_ Group auszugleichen, traf die AO.\_\_\_\_\_, während die A.\_\_\_\_\_ gemäss § 17.2 der Gesellschaftervereinbarung vom 14. November 2000 die Erfüllung aller Verpflichtungen der AO.\_\_\_\_\_ aus dieser Vereinbarung garantierte (act. 109/19 S. 17; Wortlaut oben, Ziff. (1).b.aa.bbb)). Die Gesellschaftervereinbarung vom 14. November 2000 unterstand gemäss deren § 20.3 (act. 109/19 S. 18) gleich wie der Anteilskaufvertrag vom 14. November 2000 dem deutschen Recht (dazu oben, Ziff. (1).b.aa.ccc)). Die entsprechende Rückstellung war damit auch hier bei der AO.\_\_\_\_\_ und nicht bei der A.\_\_\_\_\_ zu bilden (da sich das Gericht bemüht Wiederholungen zu vermeiden, sei für die Begründung auf Ziff. (1).b vorstehend verwiesen).

bb) Der geltend gemachte Betrag von CHF 48 Mio. wäre damit vor dem 18. Dezember 2000 bei der AO.\_\_\_\_\_ in Form von Rückstellungen buchmässig zu erfassen gewesen.

**(4) Kapitalausstattung AQ.\_\_\_\_\_**

a) Nach Darstellung der Klägerin hätte die AO.\_\_\_\_\_ am 18. Dezember 2000 im Zusammenhang mit ihrer AP.\_\_\_\_\_ -Beteiligung in ihren Büchern sodann den Betrag von CHF 163 Mio. (entsprechend EUR 108 Mio.) für Investitionen in die AQ.\_\_\_\_\_ ausweisen müssen. Die entsprechende Verpflichtung sei vom Verwaltungsrat der A.\_\_\_\_\_ im Antrag 18/00 betreffend Sanierung der AP.\_\_\_\_\_ anlässlich der Sitzung vom 17. August 2000 genehmigt worden (RE, act. 108, Rz 31, 44). Zur Erfüllung dieser Verbindlichkeit hätte die AO.\_\_\_\_\_ nach Ansicht der Klägerin per 18. Dezember 2000 eine Rückstellung von CHF 163 Mio. bilden müssen (RE, act. 108, Rz 93). Die Beklagten 1–4, 6, 8–12 bringen dagegen hauptsächlich vor, es habe sich bei dieser Bezahlung, wie die Klägerin selbst anerkenne, um eine Investition in einen Beteiligungswert an einer neu gegründeten Gesellschaft gehandelt, mithin um einen blossen Tausch von flüssigen Mitteln in Anlagevermögen. Dafür seien keine Rückstellungen zu tätigen, handle es sich doch weder um einen „Abgang ohne Gegenwert“ noch um künftige „Aufwendungen und Verluste“. Die Klägerin blende den Investitionscharakter völlig aus (D1, act. 121, Rz 158 ff.; D2, act. 124, Rz 217 ff.; D3, act. 127, Rz 145 f.; D4, act. 130, Rz 264 ff.; D6, act. 135, Rz 126 ff.; D8, act. 140, Rz 144 ff.; D9, act. 142, Rz 181 ff.; D10, act. 145, Rz 113; D11, act. 148, Rz 139 ff.; D12, act. 152, Rz 146 ff.). Die Beklagten 5 und 7 machen geltend, diese Verpflichtung sei genauso wie der Auskauf der Altgesellschafter der AP.\_\_\_\_\_ bei der AO.\_\_\_\_\_ nicht eigenkapitalwirksam gewesen, indem die Klägerin das Imparitätsprinzip verkenne (D5 und D7, act. 133 und 138, je Rz 144 f., 159 ff.). Dass die anlässlich der Verwaltungsrats-sitzung vom 17. August 2000 mit dem Antrag 18/00 bewilligten DEM 212 Mio. für die Investition in die AQ.\_\_\_\_\_ betragsmässig den von der Klägerin im vorliegenden Verfahren geltend gemachten CHF 163 Mio. entsprochen haben, ist zwischen den Parteien demgegenüber nicht strittig.

b.aa) Wenn die Klägerin geltend macht, der Verwaltungsrat der A.\_\_\_\_\_ sei bereits an seiner Sitzung vom 17. August 2000 auf die sich abzeichnenden Verpflichtungen im Zusammenhang mit der zu gründenden AQ.\_\_\_\_\_ aufmerksam

gemacht worden, so ist dies zutreffend (act. 3/86 Ziff. 4.3 S. 5 i.V.m. act. 109/17 S. 5). Bereits der damals genehmigte Antrag 18/00 lautete auf eine Investition in die AQ.\_\_\_\_\_ (act. 109/17 S. 4 f.). Richtig ist auch, dass nicht nur die Beklagten 1–4, 6, 8–12 ausdrücklich von einer *Investition* in die AQ.\_\_\_\_\_ sprechen, sondern – wie diese Beklagten ausführen – auch die Klägerin (RE, act. 108, Rz 44 f.). Allerdings ist für die Frage, ob und gegebenenfalls wie die geltend gemachten CHF 163 Mio. in der Bilanz der AO.\_\_\_\_\_ als Passivum zu erfassen gewesen wären, nicht die von den Parteien übereinstimmend gewählte Bezeichnung der Verpflichtung massgebend, sondern allein deren Rechtsnatur.

bb) Die AQ.\_\_\_\_\_ war eine neu gegründete Holdinggesellschaft (Anteilskaufvertrag von 14. November 2000, act. 122/21, § 1 S. 8), in welche die BX.\_\_\_\_\_ im Wesentlichen die AP.\_\_\_\_\_ einbringen sollte (Gesellschaftervereinbarung vom 14. November 2000, act. 109/19, § 2 S. 4 f.). Die BX.\_\_\_\_\_ hatte wie bereits gesehen vorab der AO.\_\_\_\_\_ 100% der Anteile der AP.\_\_\_\_\_ Group abgekauft, und zwar zum Kaufpreis von DEM 1.– zuzüglich vorbehaltener eventueller Neufestsetzung des Kaufpreises aufgrund des besseren Bildes vom wirklichen wirtschaftlichen Wert der AP.\_\_\_\_\_ Group spätestens per 31. Dezember 2003 mit einer Obergrenze von DEM 250 Mio. (Anteilskaufvertrag von 14. November 2000, act. 122/21, § 3 S. 10 f.; vgl. oben, Ziff. (2).b.bb)). Wenn nun die AO.\_\_\_\_\_ gemäss Gesellschaftervereinbarung vom 14. November 2000 in die AQ.\_\_\_\_\_ eine Kapitaleinlage von rund EUR 108 Mio. (entsprechend CHF 163 Mio.) leisten sollte (act. 109/19 § 4.1), so stand dieser Kapitaleinlage eine entsprechende Wertsteigerung ihrer Beteiligung von 49.9% am Stammkapital der AQ.\_\_\_\_\_ (act. 109/19 § 3.1 f.) und damit an der von der AQ.\_\_\_\_\_ gehaltenen AP.\_\_\_\_\_ gegenüber.

Damit konnte sich aus den hier zu beurteilenden CHF 163 Mio. kein Rückstellungsbedarf ergeben, wie die Klägerin dies geltend macht (abgesehen von der fehlenden Ungewissheit einer zukünftigen Verbindlichkeit hätte es vorliegend auch am Erfordernis des fehlenden bilanzierbaren Gegenwertes [vgl. dazu oben, Ziff. (1).b.bb] gefehlt). Darüber hinaus konnte sich daraus auch keine eigenkapitalwirksame Verbuchung einer kurzfristigen Verbindlichkeit ergeben, wie die Be-

klagten 5 und 7 zu Recht geltend machen: Der Beteiligungserwerb von 49.9% an der AQ.\_\_\_\_\_ durch die AO.\_\_\_\_\_ hatte der Kapitalausstattung von EUR 108 Mio. (entsprechend CHF 163 Mio.) vorauszugehen (act. 109/19 §§ 3 und 4). Die Investition von CHF 163 Mio. war damit nicht gleichbedeutend mit dem Erwerb von 49.9% der AQ.\_\_\_\_\_, vielmehr erhöhte sich dadurch unmittelbar der Wert der bereits erworbenen Beteiligung. Anders als beim Auskauf der Altgesellschafter der AP.\_\_\_\_\_ handelte es sich hier nicht um ein Veräusserungs- resp. Erwerbsgeschäft mit auseinander liegenden Fälligkeiten von Leistung (Verbindlichkeit) und Gegenleistung (Ertrag). Aus diesem Grund ist im Zusammenhang mit diesem Vorgang denn auch kein Platz für das Imparitätsprinzip.

cc) Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass der geltend gemachte Betrag von CHF 163 Mio. für die Kapitalausstattung der AQ.\_\_\_\_\_ per 18. Dezember 2000 bei der AO.\_\_\_\_\_ weder als Rückstellung noch als (eigenkapitalwirksame) Verbindlichkeit zu verbuchen war.

#### **(5) Rekapitalisierung AR.\_\_\_\_\_/AS.\_\_\_\_\_**

a.aa)Die geltend gemachten CHF 227 Mio. für die Rekapitalisierung der CC.\_\_\_\_\_ SA (Holdingsgesellschaft der Fluggesellschaften AR.\_\_\_\_\_ sowie der AS.\_\_\_\_\_) begründet die Klägerin wie folgt: Die AX.\_\_\_\_\_-Gruppe habe Ende 1998 beschlossen, gemeinsam mit den französischen Finanzinvestoren CD.\_\_\_\_\_ und CE.\_\_\_\_\_ die französische Fluggesellschaft AR.\_\_\_\_\_ zu erwerben. Die beiden Finanzinvestoren sollten sich nicht an der operativen Leitung der AR.\_\_\_\_\_ beteiligen, sondern seien vielmehr als sogenannte Porteurs herbeigezogen worden, um nach aussen die EU-luftfahrtrechtlichen Nationalitätsanforderungen zu wahren. Mit Aktienkaufvertrag vom 2. Februar 1999 hätten sodann die AO.\_\_\_\_\_ sowie CD.\_\_\_\_\_ der vormaligen Eigentümerin 99.5% der Aktien der CC.\_\_\_\_\_ SA abgekauft, welche die AR.\_\_\_\_\_ zu 100% gehalten habe. Von diesen 99.5% der Aktien der CC.\_\_\_\_\_ SA seien dabei 49% an die AO.\_\_\_\_\_ gegangen, während 50.5% auf eine gemeinsame Tochter der beiden Investoren

CD.\_\_\_\_\_ und CE.\_\_\_\_\_, die CF.\_\_\_\_\_ B.V. (nachfolgend „CF.\_\_\_\_\_“) übertragen worden seien (RE, act. 108, Rz 47 ff.).

Anfangs 2000 sei sodann der Entscheid gefallen die AS.\_\_\_\_\_ zu erwerben, indem die CC.\_\_\_\_\_ SA 100% der Aktien der CG.\_\_\_\_\_ SA erwerben sollte, welche ihrerseits die AS.\_\_\_\_\_ hielt. Im Rahmen der Transaktion sei bei der CC.\_\_\_\_\_ SA eine Kapitalerhöhung unumgänglich gewesen, wobei der geschätzte Rekapitalisierungsbedarf von FRF 2'000 Mio. nur teilweise auf den Erwerb der CG.\_\_\_\_\_ und damit der AS.\_\_\_\_\_ zurückzuführen gewesen sei, da gleichzeitig sowohl das verlustbringende operative Geschäft von AR.\_\_\_\_\_ und AS.\_\_\_\_\_ habe gestützt als auch Finanzschulden hätten abgetragen werden müssen (RE, act. 108, Rz 54 ff.). Um die EU-Luftfahrtrechtlichen Rahmenbedingungen einzuhalten, habe die CC.\_\_\_\_\_ SA von ihren Aktionärinnen CF.\_\_\_\_\_ (50.5%) und AO.\_\_\_\_\_ (49%) anteilmässig kapitalisiert werden müssen, so dass für beide Seiten ein Engagement von rund FRF 1'000 Mio. erforderlich gewesen sei. Die Rekapitalisierung sei anfangs Dezember 2000 mittels anteilmässiger Kapitalerhöhung durch die beiden Aktionärinnen AO.\_\_\_\_\_ (49.9%, FRF 987 Mio. bzw. EUR 150.478 Mio. bzw. CHF 227 Mio.) sowie CF.\_\_\_\_\_ (50.1%, FRF 1'007 Mio. bzw. CHF 232 Mio.) erfolgt.

Anstelle der AO.\_\_\_\_\_ habe – wie schon beim Auskauf der Altgesellschafter der AP.\_\_\_\_\_ (vgl. oben, Ziff. (2)) – die AU.\_\_\_\_\_ B.V. ausdrücklich „on behalf of AO.\_\_\_\_\_“ den Betrag von FRF 987 Mio. (EUR 150.478 Mio. bzw. CHF 227 Mio.) überwiesen, und wiederum sei bei der AO.\_\_\_\_\_ -Tochtergesellschaft BZ.\_\_\_\_\_ B.V. ein Darlehen (im Umfang von EUR 150.478 Mio.) zugunsten der AU.\_\_\_\_\_ B.V. ausgewiesen worden. Per Ende 2000 habe die BZ.\_\_\_\_\_ B.V. einen Jahresverlust von EUR 400.831 Mio. (CHF 609 Mio.) ausgewiesen, wovon EUR 150.478 Mio. auf die Verbuchung der Rekapitalisierung der CC.\_\_\_\_\_ SA zurückzuführen gewesen seien (RE, act. 108, Rz 71 f.).

Nach Ansicht der Klägerin wäre indes die AO.\_\_\_\_\_ zur Leistung dieser Zahlung verpflichtet gewesen, habe sie sich doch zunächst mit einem Schreiben des Beklagten C.\_\_\_\_\_ vom 9. August 2000 verpflichtet, die unstreitig am

5. Dezember 2000 durch die AU.\_\_\_\_\_ B.V. erfolgte Zahlung von CHF 227 Mio. zu tragen (act. 109/47; vgl. RE, act. 108, Rz 65 ff., 77). Im Weiteren macht die Klägerin geltend, die AO.\_\_\_\_\_ sei aus einer am 6. April 2000 abgeschlossenen „Promesse d’achat et de vente“ (act. 109/44) verpflichtet gewesen, was sich aus folgenden Tatsachen ergebe (RE, act. 108, Rz 78): Aktionärsbindungsverträge mit der CD.\_\_\_\_\_ SA; Promesse d’achat et de vente vom 6. April 2000, Ziff. 6.2; Halten der Beteiligungen an der CC.\_\_\_\_\_ SA durch die AO.\_\_\_\_\_; Zahlung des Rekapitalisierungsbetrages am 5. Dezember 2000 „on behalf of AO.\_\_\_\_\_“; Schreiben des Beklagten C.\_\_\_\_\_ vom 9. August 2000.

bb) Die Beklagten bestreiten, dass die AO.\_\_\_\_\_ per 18. Dezember 2000 in ihrer Bilanz den Betrag von CHF 227 Mio. für die Rekapitalisierung der CC.\_\_\_\_\_ SA hätte ausweisen müssen. Von allen Beklagten wird hierzu vorgebracht, Hauptverpflichtete für die Kapitalerhöhung bei der CC.\_\_\_\_\_ SA sei die A.\_\_\_\_\_ und nicht etwa die AO.\_\_\_\_\_ gewesen, und zwar aufgrund einer Vereinbarung vom 8. August 2000 (act. 109/48; nachfolgend „Ergänzungsvereinbarung“) resp. aufgrund der am 6. April 2000 abgeschlossenen „Promesse d’achat et de vente“ (act. 109/44). Gemäss den Beklagten 1–4, 6, 8–12 hätten sodann die Beklagten aufgrund der Tatsache, dass die A.\_\_\_\_\_ die Hauptverpflichtete im Zusammenhang mit der Rekapitalisierungsverpflichtung gewesen sei und die Rekapitalisierung im Ergebnis auch finanziert habe, am 18. Dezember 2000 davon ausgehen dürfen, dass allfällige Rückstellungen in Zusammenhang mit dieser Transaktion bei der A.\_\_\_\_\_ gebildet werden konnten. Im Weiteren seien sowohl die Beteiligungen an der BZ.\_\_\_\_\_ B.V. als auch die Beteiligung an der CC.\_\_\_\_\_ SA in der Bilanz der AO.\_\_\_\_\_ vollständig auf den Pro-Memoria-Wert von CHF 1.– abgeschrieben gewesen, weshalb keine zusätzlichen Rückstellungen für künftige Abschreibungen auf diesen Beteiligungswerten bei der AO.\_\_\_\_\_ hätten gebildet werden müssen (D1, act. 121, Rz 166 ff.; D2, act. 124, Rz 225 ff.; D3, act. 127, Rz 151 ff.; D4, act. 130, Rz 276 ff.; D5, act. 133, Rz 118, 122; D6, act. 135, Rz 134 ff.; D7, act. 138, Rz 118, 122; D8, act. 140, Rz 152 ff.; D9, act. 142, Rz 189 ff.; D10, act. 145, Rz 118 ff.; D11, act. 148, Rz 147 ff.; D12, act. 152, Rz 154 ff.). Entgegen den klägerischen Behauptungen sei auch der Brief des Beklagten

C.\_\_\_\_\_ vom 9. August 2000 nicht geeignet gewesen, die AO.\_\_\_\_\_ zur Tragung dieser Rekapitalisierungskosten zu verpflichten, sei es in diesem Schreiben doch inhaltlich um etwas anderes gegangen (D1, act. 121, Rz 178; D2, act. 124, Rz 235; D3, act. 127, Rz 160; D4, act. 130, Rz 294; D5, act. 133, Rz 115; D6, act. 135, Rz 145; D7, act. 138, Rz 115; D8, act. 140, Rz 162; D9, act. 142, Rz 199; D10, act. 145, Rz 129; D11, act. 148, Rz 157; D12, act. 152, Rz 164). Zudem sei das Schreiben vom Beklagten C.\_\_\_\_\_ namens der A.\_\_\_\_\_ verfasst worden, so dass eine Verpflichtung der AO.\_\_\_\_\_ daraus nicht hervorgehen könne (D5 und D7, act. 133 und act. 138, je Rz 116).

b) Es ist zwischen den Parteien nicht strittig, dass die Bezahlung der EUR 150.478 Mio. (bzw. CHF 227 Mio.) sich insofern in den Büchern der AO.\_\_\_\_\_ niederschlug, als diese in der Bilanz per 31. Dezember 2000 gemäss Anhang Ziff. 20 eine Rückstellung für die BZ.\_\_\_\_\_ B.V. in der Höhe von CHF 609 Mio. gebildet hatte (3/105 S. 6), was dem Jahresverlust 2000 dieser Tochtergesellschaft entsprach, zu welchem auch das oben erwähnte Darlehen zugunsten der AU.\_\_\_\_\_ B.V. beigetragen hatte (was übrigens zeigt, dass die vollständige Abschreibung der Beteiligung an der CC.\_\_\_\_\_ SA [act. 3/80, Liste der Beteiligungen per 31. Dezember 1999] sowie der BZ.\_\_\_\_\_ B.V. [diese allerdings erst im Jahresabschluss 2000 vom 22. Juni 2001, vgl. act. 3/80, Liste der Beteiligungen per 31. Dezember 1999 sowie act. 3/105, Anhang S. 7] in den Büchern der AO.\_\_\_\_\_ nicht bedeutet, dass dadurch ein Rückstellungsbedarf bei der AO.\_\_\_\_\_ ausgeschlossen wäre, vgl. auch schon oben, Ziff. (2).b.aa in fine). Allerdings datiert der Jahresabschluss 2000 vom 22. Juni 2001, und diese Art der Verbuchung wurde als Teil eines Pakets von Nachtragsbuchungen erst im März 2001 beschlossen, so dass jedenfalls die konkret erfolgte Verbuchung am 18. Dezember 2000 noch nicht bekannt war und insofern als Argument wenig taugt. Entscheidend ist vielmehr auch hier, wer zur Leistung dieser Zahlung verpflichtet war, wie alle Beklagten zu Recht betonen (vgl. oben, a.bb)). Die strittige Frage, ob die AO.\_\_\_\_\_ aufgrund des Schreibens vom 9. August 2000 (nachfolgend aa)) oder aufgrund der Promesse d'achat et de vente vom 6. April 2000 resp. den hierzu von der Klägerin vorgebrachten Tatsachen (nachfolgend bb)) zur Über-

nahme der Rekapitalisierungskosten in der Höhe von CHF 227 Mio. verpflichtet war, ist eine vom Gericht zu entscheidende Rechtsfrage. Da von keiner Seite geltend gemacht worden ist, diese Dokumente und Verträge enthielten Willenserklärungen, die nicht dem tatsächlichen Willen der erklärenden Partei entsprächen, ist danach zu fragen, wie die darin enthaltenen Willenserklärungen vom Erklärungsempfänger in guten Treuen verstanden werden durften und mussten.

aa) Die Klägerin leitet die Verpflichtung der AO.\_\_\_\_\_ zur Tragung der unstreitig am 5. Dezember 2000 durch die AU.\_\_\_\_\_ B.V. erfolgten Zahlung von CHF 227 Mio. wie gesehen zunächst aus einem Schreiben des Beklagten C.\_\_\_\_\_ vom 9. August 2000 ab (act. 109/47; vgl. RE, act. 108, Rz 65 ff., 77). In diesem Schreiben an CD.\_\_\_\_\_ und CE.\_\_\_\_\_ (die Eigentümerinnen der CF.\_\_\_\_\_, vgl. oben, lit. a.aa)) wird im Hinblick auf die geplante Übernahme der AS.\_\_\_\_\_ durch die CC.\_\_\_\_\_ festgehalten, dass bei der AR.\_\_\_\_\_ ein Rekapitalisierungsbedarf von ungefähr FRF 2'000 Mio. bestehe, der zum Erwerb der AS.\_\_\_\_\_, für eine Stützung des operativen Geschäfts sowie zur Schuldentilgung benötigt werde. An diesem Rekapitalisierungsbedarf von FRF 2'000 Mio. solle sich CF.\_\_\_\_\_ entsprechend ihrer Quote von 50.1% beteiligen, wobei die Eigentümerinnen von CF.\_\_\_\_\_ den Wunsch ausgedrückt hätten, ihr finanzielles Engagement bei der CC.\_\_\_\_\_ auf die FRF 1'000 Mio. aus der Rekapitalisierung sowie den bereits beim Kauf der AR.\_\_\_\_\_ investierten FRF 425 Mio. zu beschränken. Nach der Einschätzung des Beklagten C.\_\_\_\_\_ hätten es die eingeleiteten Restrukturierungsmassnahmen erlauben sollen, im Jahr 2002 in die Gewinnzone zurückzukehren, und die neue Eigenkapitaldecke sei ausreichend gewesen. Sodann folgt der Absatz, auf den sich die Klägerin beruft (act. 109/47, zweitletzter Absatz):

„Toutefois, en l'hypothèse où des besoins supplémentaires de financement se feraient jour chez CC.\_\_\_\_\_, par suite d'un retard dans la mise en oeuvre du plan de redressement, AO.\_\_\_\_\_ y fera face; en particulier, AO.\_\_\_\_\_ pourra souscrire des valeurs mobilières (Obligations, Obligations Remboursables en Actions) permettant le maintien de l'équilibre actuel, donc de la nationalité française d'CC.\_\_\_\_\_.“

Inhaltlich geht es dabei also um eine Zusicherung an die Eigentümerinnen der CF.\_\_\_\_\_, dass im Falle eines zusätzlichen – d.h. über die Rekapitalisierung von

FRF 2'000 Mio. hinausgehenden – Mittelbedarfs bei der CC.\_\_\_\_\_ dieser nicht von CF.\_\_\_\_\_ (mit) zu tragen wäre, sondern von der AO.\_\_\_\_\_ gedeckt würde, insbesondere indem die AO.\_\_\_\_\_ Wertpapiere (Obligationen, Wandelanleihen) einbringen könnte, so dass die aktuellen Beteiligungsverhältnisse und damit die französische Nationalität der CC.\_\_\_\_\_ gewahrt würden. Damit ist demnach nichts gesagt über die Rekapitalisierung der CC.\_\_\_\_\_, d.h. die geplante Aufstockung des Eigenkapitals um rund FRF 2'000 Mio., sondern es ist nur eine Zusage abgegeben worden für den Fall, dass die Rekapitalisierung wider Erwarten den Mittelbedarf nicht decken sollte. Eine Verpflichtung der AO.\_\_\_\_\_, rund die Hälfte der anteilmässigen Kapitalerhöhung (d.h. die am 5. Dezember 2000 überwiesenen FRF 987 Mio. bzw. CHF 227 Mio.) zu übernehmen, kann dem Schreiben nicht entnommen werden.

Im Übrigen bleibt anzumerken: Selbst wenn in diesem Schreiben versprochen worden wäre, die AO.\_\_\_\_\_ werde die Rekapitalisierungskosten übernehmen, so wäre von Belang, dass das Schreiben nicht nur auf Briefpapier der A.\_\_\_\_\_, sondern vom Beklagten C.\_\_\_\_\_ zudem in seiner Funktion als „Président de la direction du groupe“ verfasst worden ist (vgl. act. 109/47). Die A.\_\_\_\_\_ konnte indes nicht die rechtlich eigenständige AO.\_\_\_\_\_ zu einer Leistung verpflichten, wie die Beklagten 5 und 7 zu Recht geltend machen, ändert sich doch auch durch ein Konzernverhältnis nichts an der rechtlichen Eigenständigkeit der einzelnen Konzerngesellschaften (vgl. dazu oben, Ziff. (1).b.aa.ccc)). Ob und gegebenenfalls wozu genau die A.\_\_\_\_\_ durch dieses Schreiben verpflichtet worden sein könnte, ist demgegenüber hier nicht zu prüfen.

bb) Die Ergänzungsvereinbarung vom 8. August 2000 wurde abgeschlossen zwischen CF.\_\_\_\_\_ und der A.\_\_\_\_\_ (act. 109/48 S. 1) und präziserte die Promesse d'achat et de vente vom 6. April 2000, hauptsächlich betreffend Kaufpreis und Zahlungsmodalitäten (act. 109/48 S. 2). Die Promesse d'achat et de vente vom 6. April 2000 war ebenfalls zwischen der CF.\_\_\_\_\_ und der A.\_\_\_\_\_ (im Vertrag als „CH.\_\_\_\_\_“ bezeichnet, vgl. 109/44 S. 1) abgeschlossen worden, in Anwesenheit der AO.\_\_\_\_\_ (da in Ziff. 6.5 dieses Vertrags auf den Aktionärsbin-

dungsvertrag zwischen AO.\_\_\_\_\_ und CD.\_\_\_\_\_ Bezug genommen wurde, vgl. act. 109/44 S. 1). Nach Ansicht der Klägerin war aus Ziff. 6.2 dieser Promesse d'achat et de vente die AO.\_\_\_\_\_ zur Leistung der Zahlung verpflichtet, was sich aus folgenden Tatsachen ergebe (RE, act. 108, Rz 78): Aktionärsbindungsverträge mit der CD.\_\_\_\_\_ SA; Promesse d'achat et de vente vom 6. April 2000, Ziff. 6.2 (ein Selbstverweis, Anmerkung hinzugefügt); Halten der Beteiligungen an der CC.\_\_\_\_\_ SA durch die AO.\_\_\_\_\_; Zahlung des Rekapitalisierungsbetrages am 5. Dezember 2000 „on behalf of AO.\_\_\_\_\_“; Schreiben des Beklagten C.\_\_\_\_\_ vom 9. August 2000.

Die einschlägige Vertragsbestimmung der Promesse d'achat et de vente (act. 109/44 Ziff. 6.2) hat folgenden Wortlaut:

**„6.2 Substitution**

CH.\_\_\_\_\_ pourra se substituer AO.\_\_\_\_\_ dans ses droits et/ou obligations envers CF.\_\_\_\_\_ en vertu de la présente convention, par avis adressé à CF.\_\_\_\_\_ par lettre recommandée avec accusé de réception ou tout autre moyen équivalent, au plus tard à la date de Réalisation de la Vente.

Dans cette hypothèse, CH.\_\_\_\_\_ demeurera garante du respect par AO.\_\_\_\_\_ de ses obligations envers CF.\_\_\_\_\_ au titre de la présente convention, et en particulier du complet paiement du prix.“

Aus dem Wortlaut dieser Bestimmung folgt demnach nicht, dass die AO.\_\_\_\_\_ zur Zahlung verpflichtet gewesen wäre, hingegen wurde der A.\_\_\_\_\_ das Recht eingeräumt, sich durch die AO.\_\_\_\_\_ substituieren zu lassen und gleichzeitig die Modalitäten der Substituierung genau festgelegt („par avis adressé à CF.\_\_\_\_\_ par lettre recommandée avec accusé de réception ou tout autre moyen équivalent“). An dieser Vertragsbestimmung wurde durch die Ergänzungsvereinbarung vom 8. August 2000 (act. 109/48) nichts geändert.

Die Klägerin behauptet zwar, die AO.\_\_\_\_\_ sei aus dieser Bestimmung verpflichtet gewesen (also die Rechtsfolge), macht indes zur tatsächlichen Voraussetzung einer solchen Verpflichtung – die erfolgte Substituierung – nicht ansatzweise irgendeine Behauptung und macht schon gar nicht geltend, eine allfällige Substituierung sei in der nach Ziff. 6.2 erforderlichen Art und Weise erfolgt, womit

zur Ausübung der richterlichen Fragepflicht kein Anlass besteht. Entgegen klägerischer Behauptung folgte aus den Aktionärsbindungsverträgen mit der CD.\_\_\_\_\_ keine Verpflichtung gemäss Ziff. 6.2 der Promesse d'achat et de vente: Im einschlägigen Aktionärsbindungsvertrag vom 17. Mai 1999 (act. 109/37, Art. 12) vereinbarten die AO.\_\_\_\_\_ und die CD.\_\_\_\_\_ im Wesentlichen, ihre Aktien an der CC.\_\_\_\_\_ SA während fünf Jahren nicht zu verkaufen und räumten sich darüber hinausgehend gegenseitig Vorkaufsrechte an diesen Aktien ein (act. 109/37, Art. 3 und 4). Eine Verpflichtung der AO.\_\_\_\_\_, die Aktien der CC.\_\_\_\_\_ von CD.\_\_\_\_\_ resp. CF.\_\_\_\_\_ zu erwerben oder die Rekapitalisierung der CC.\_\_\_\_\_ SA zu übernehmen, ist dem Aktionärsbindungsvertrag nicht zu entnehmen. Inwiefern eine solche Verpflichtung aus dem Halten der Beteiligungen an der CC.\_\_\_\_\_ SA durch die AO.\_\_\_\_\_ folgen sollte, ist nicht ersichtlich. Aus der unstrittig am 5. Dezember 2000 erfolgten Zahlung durch die AU.\_\_\_\_\_ B.V. „on behalf of AO.\_\_\_\_\_“ kann das Vorliegen einer Substitution in den Formen von Ziff. 6.2 ebenfalls nicht geschlossen werden – unabhängig davon, ob mit den Beklagten davon auszugehen ist oder nicht, es habe sich dabei um einen Hinweis auf die BZ.\_\_\_\_\_ B.V. gehandelt, bei welcher die Zahlung später als Darlehen verbucht werden sollte (D1, act. 121, Rz 179; D2, act. 124, Rz 236; D3, act. 127, Rz 161; D4, act. 130, Rz 300; D5, act. 133, Rz 111; D6, act. 135, Rz 146; D7, act. 138, Rz 111; D8, act. 140, Rz 163; D9, act. 142, Rz 200; D10, act. 145, Rz 130; D11, act. 148, Rz 158; D12, act. 152, Rz 165).

cc) Zusammenfassend bleibt demnach festzuhalten, dass die AO.\_\_\_\_\_ nicht zur Rekapitalisierung der CC.\_\_\_\_\_ SA verpflichtet war, weshalb die unter diesem Titel geltend gemachten CHF 227 Mio. am 18. Dezember 2000 nicht in der Bilanz der AO.\_\_\_\_\_ aufzuführen waren.

## **(6) Verpflichtungen gegenüber den französischen Porteuern**

a) Die geltend gemachten CHF 410 Mio. gegenüber den Porteuern CD.\_\_\_\_\_ und CE.\_\_\_\_\_ (vgl. oben, Ziff. (5).a)) begründet die Klägerin mit der durch die

Promesse d'achat et de vente vom 6. April 2000 (act. 109/44; vgl. oben, Ziff. (5)) abgeschlossenen Call-/Put-Option und dem Supplement to Put and Call Option Agreement vom 8. August 2000 (Ergänzungsvereinbarung, act. 109/48, vgl. oben, Ziff. (5)). Ziel dieses Vertragswerkes sei es einerseits gewesen, der AX.\_\_\_\_-Gruppe die Möglichkeit zu eröffnen, zu gegebener Zeit die Beteiligung der CF.\_\_\_\_ von 50.5% an der CC.\_\_\_\_ SA zu erwerben und andererseits die wirtschaftlichen Risiken der französischen Porteurs im Zusammenhang mit deren finanziellen Verpflichtungen aus den Akquisitionen von AR.\_\_\_\_ und AS.\_\_\_\_ zu reduzieren bzw. ihnen eine Ausstiegsmöglichkeit einzuräumen. Der minimale Ausübungspreis dieser Option habe gemäss Ergänzungsvereinbarung vom 8. August 2000 umgerechnet CHF 410 Mio. betragen. Da indes sowohl die AR.\_\_\_\_ als auch die AS.\_\_\_\_ wertlos gewesen seien, habe dieser potenziellen Verpflichtung kein Beteiligungswert gegenüber gestanden (RE, act. 108, Rz 60, 79). Dass die AO.\_\_\_\_ aus der am 6. April 2000 abgeschlossenen Promesse d'achat et de vente (act. 109/44) verpflichtet gewesen sei, ergebe sich aus folgenden Tatsachen (RE, act. 108, Rz 78, vgl. oben, Ziff. (5).a)): Aktionärsbindungsverträge mit der CD.\_\_\_\_ SA; Promesse d'achat et de vente vom 6. April 2000, Ziff. 6.2; Halten der Beteiligungen an der CC.\_\_\_\_ SA durch die AO.\_\_\_\_; Zahlung des Rekapitalisierungsbetrages am 5. Dezember 2000 „on behalf of AO.\_\_\_\_“; Schreiben des Beklagten C.\_\_\_\_ vom 9. August 2000.

Die Beklagten bestreiten die Behauptungen der Klägerin. Da die Klägerin ihre Vorbringen auf dieselben geltend gemachten Tatsachen stütze wie im Zusammenhang mit der Rekapitalisierung der CC.\_\_\_\_ SA, wird von den Beklagten 1–4, 6, 8–12 auf ihre diesbezüglichen Ausführungen verwiesen. Der Beklagte 1 bringt zusätzlich vor, da betreffend die französischen Beteiligungen am 18. Dezember 2000 noch kein Ausstiegsentscheid gefällt gewesen sei, habe die Call-/Put-Verpflichtung unter dem „Going Concern“ als Eventualverpflichtung verbucht werden können, wobei auch keine Notwendigkeit zur Rückstellung per 18. Dezember 2000 bestanden habe, sondern eine allfällige Rückstellung im Jahresabschluss 2000 habe gebildet werden können (D1, act. 121, Rz 184 ff.; D2, act. 124, Rz 241 ff.; D3, act. 127, Rz 166 ff.; D4, act. 130, Rz 305 ff.; D6, act. 135,

Rz 151 ff.; D8, act. 140, Rz 168 ff.; D9, act. 142, Rz 205 ff.; D10, act. 145, Rz 135 ff.; D11, act. 148, Rz 163 ff.; D12, act. 152, Rz 170 ff.). Nach Ansicht der Beklagten 5 und 7 fehlt es an den Voraussetzungen für den von der Klägerin geltend gemachten Anspruch von CD.\_\_\_\_\_ sowie von CE.\_\_\_\_\_ gegenüber der AO.\_\_\_\_\_, da die Ausübung der Put-Option aufgrund der geltenden EU-luftfahrtrechtlichen Nationalitätsanforderungen gar nicht möglich gewesen wäre und im Falle des Wegfalls dieses rechtlichen Hindernisses sodann nur gegenüber der A.\_\_\_\_\_ hätte ausgeübt werden können, indes einzig von der CF.\_\_\_\_\_ und nicht von CD.\_\_\_\_\_ sowie von CE.\_\_\_\_\_ (D5 und D7, act. 133 und act. 138, je Rz 123 ff.).

b) Wie soeben unter dem Titel „Rekapitalisierung AR.\_\_\_\_\_/AS.\_\_\_\_\_“ festgehalten, ist aus der Promesse d'achat et de vente vom 6. April 2000 die A.\_\_\_\_\_ und nicht die AO.\_\_\_\_\_ verpflichtet (oben, Ziff. (5).b)), wobei die genaue Höhe der Call-/Put-Option nicht in der Promesse d'achat et de vente vom 6. April 2000 selbst, sondern in deren Ergänzung vom 8. August 2000 festgelegt wurde (act. 109/48 Ziff. 3), welche ihrerseits auf Seite der AX.\_\_\_\_\_ ausschliesslich durch die A.\_\_\_\_\_, handelnd in eigenem Namen – und ohne Beisein der AO.\_\_\_\_\_ –, abgeschlossen wurde. Dass eine Verpflichtung der AO.\_\_\_\_\_ aus der Promesse d'achat et de vente vom 6. April 2000 insbesondere nicht wie von der Klägerin geltend gemacht aus den Aktionärsbindungsverträgen mit der CD.\_\_\_\_\_ SA, der Promesse d'achat et de vente vom 6. April 2000, Ziff. 6.2, dem Halten der Beteiligungen an der CC.\_\_\_\_\_ SA durch die AO.\_\_\_\_\_, der Zahlung des Rekapitalisierungsbetrages am 5. Dezember 2000 „on behalf of AO.\_\_\_\_\_“ oder dem Schreiben des Beklagten C.\_\_\_\_\_ vom 9. August 2000 folgt, wurde ebenfalls bereits aufgezeigt, so dass an dieser Stelle nach oben verwiesen werden kann (oben, Ziff. (5).b)). Im Übrigen hätte es sich bei der geltend gemachten, per 18. Dezember 2000 zu verbuchenden Verpflichtung nicht um eine solche gegenüber den Porteuern, sondern gegenüber der CF.\_\_\_\_\_ gehandelt, welche Vertragspartnerin der einschlägigen Verträge war (vgl. act. 109/44 S. 1 und act. 109/48 S. 1), wie die Beklagten 5 und 7 zu Recht geltend machen. Angesichts dieser Sachlage ist auf die weiteren Verteidigungsvorbringen der Beklagten (vgl. oben, a)) nicht näher

einzugehen. Die unter diesem Titel geltend gemachten CHF 410 Mio. waren per 18. Dezember 2000 nicht bei der AO.\_\_\_\_\_ zu verbuchen.

### **(7) Zwischenergebnis Verpflichtungen und Rückstellungen aus Airline-Beteiligungen**

Die Klägerin stützt die geltend gemachten Verpflichtungen und Rückstellungen im Umfang von CHF 1'341 Mio., welche per 18. Dezember 2000 bei der AO.\_\_\_\_\_ hätten verbucht werden sollen, auf die soeben abgehandelten sechs Sachverhaltskomplexe (Ziff. (1) – (6) vorstehend). Der klägerische Standpunkt hat sich dabei in den Fällen von Ziff. (1) – (3) als begründet erwiesen, während er in den übrigen Fällen nicht zu schützen ist. Tabellarisch dargestellt ergibt sich folgendes Bild:

#### **Verpflichtungen und Rückstellungen bei der AO.\_\_\_\_\_ aus Airline-Beteiligungen**

AP._____ -Verluste für das Jahr 2000 (oben, Ziff. (1))	CHF	350 Mio.
Auskauf der Altgesellschafter (oben, Ziff. (2))	CHF	143 Mio.
AP._____ -Verluste für das Jahr 2001 (oben, Ziff. (3))	CHF	48 Mio.
<b>Total Verpflichtungen und Rückstellungen aus Airline-Beteiligungen</b>	<b>CHF</b>	<b>541 Mio.</b>

Damit ergibt sich, dass unter dem Titel „Verpflichtungen und Rückstellungen aus Airline-Beteiligungen“ bei der AO.\_\_\_\_\_ per 18. Dezember 2000 von den geltend gemachten CHF 1'341 Mio. einstweilen CHF 541 Mio. zu berücksichtigen sind. Von diesem Betrag wären am 18. Dezember 2000 in einer Zwischenbilanz CHF 398 Mio. in Form von Rückstellungen (Ziff. (1) und (3) vorstehend) und CHF 143 Mio. in Form von kurzfristigen Verbindlichkeiten (Ziff. (2)) zu verbuchen gewesen.

**c) Stille Reserven**

1. Die Parteien sind sich einig, dass bei der AO.\_\_\_\_\_ am 18. Dezember 2000 stille Reserven bestanden, welche zum Eigenkapital der AO.\_\_\_\_\_ per 18. Dezember 2000 hinzu zu rechnen gewesen wären. Die Meinungen gehen jedoch auseinander, bei welchen Beteiligungen in jenem Zeitpunkt (noch) stille Reserven bestanden und wie hoch diese stillen Reserven gewesen seien. Nach Abschluss des Hauptverfahrens geht es dabei noch um stille Reserven bei den Beteiligungen AX.\_\_\_\_\_ (nachfolgend Ziff. 3) und BW.\_\_\_\_\_ (nachfolgend Ziff. 2). In den Klageantworten waren von den Beklagten 5 und 7 noch stille Reserven auf den Beteiligungen CI.\_\_\_\_\_ und CJ.\_\_\_\_\_ geltend gemacht worden (K5 und K7, act. 69 und 71, je Rz 97). Nachdem die Klägerin in der Replik vorgebracht hatte, dass die beiden Beteiligungen bereits am 30. Juni 2000 in den Büchern der AO.\_\_\_\_\_ aus der Bilanzposition „Beteiligungen“ in die Bilanzposition „Wertschriften“ transferiert worden und in diesem Zusammenhang von Buchwerten auf Marktwerte angehoben worden seien (RE, act. 108, Rz 110), haben die Beklagten 5 und 7 in den Dupliken an ihren diesbezüglichen Behauptungen in der Klageantwort nicht mehr festgehalten (D5 und D7, act. 133 und 138, je Rz 173–189).

2. Bezüglich der Beteiligung BW.\_\_\_\_\_ sind sich die Klägerin sowie die Beklagten 1–4, 6, 8–12 nach dem zweiten Schriftenwechsel grundsätzlich einig, dass sich die stillen Reserven berechnen als Differenz zwischen dem Buchwert (CHF 309 Mio.) und dem Marktwert gemäss Tageskurs der von der AO.\_\_\_\_\_ gehaltenen BW.\_\_\_\_\_ -Aktien am 18. Dezember 2000 (CHF 368 Mio.), was stille Reserven von CHF 59 Mio. ergebe (RE, act. 108, Rz 107 f.; D1, act. 121, Rz 235 ff.; D2, act. 124, Rz 290 ff.; D3, act. 127, Rz 215 ff.; D4, act. 130, Rz 365 ff.; D6, act. 135, Rz 201 ff.; D8, act. 140, Rz 218 ff.; D9, act. 142, Rz 255 ff.; D10, act. 145, Rz 185 ff.; D11, act. 148, Rz 213 ff.; D12, act. 152, Rz 220 ff.). Die Beklagten 5 und 7 bestreiten mit Nichtwissen den Buchwert von CHF 309 Mio. per 18. Dezember 2000, da ihnen nicht bekannt sei, wie viele BW.\_\_\_\_\_ -Aktien die AO.\_\_\_\_\_ per 18. Dezember gehalten habe und äussern sich zum von der Klägerin geltend gemachten Marktwert per 18. Dezember 2000 nicht. Während die Be-

klagten 5 und 7 in den Klageantworten noch vom Marktwert per 31. Dezember 1999 in der Höhe von CHF 715 Mio. ausgingen (und so zu stillen Reserven von CHF 462 Mio. gelangten), wird in der Duplik nun die Differenz zwischen Buch- und Marktwert per 31. Dezember 2000 herangezogen und die stillen Reserven per 31. Dezember 2000 werden mit CHF 83 Mio. beziffert (D5 und D7, act. 133 und 138, je Rz 174 ff., insb. Rz 174 und 180). Indes kommt es auf die stillen Reserven per 31. Dezember 2000 nicht an, massgeblich ist allein die Höhe der stillen Reserven per 18. Dezember 2000. Die Beklagten 5 und 7 übersehen dabei, dass die Behauptungslast diesbezüglich nicht bei der Klägerin liegt. Es hätte an ihnen gelegen, die stillen Reserven per 18. Dezember 2000 geltend zu machen (und zwar als Differenz von Markt- und Buchwert per 18. Dezember 2000) und gegebenenfalls die Klägerin aufzufordern, zwecks genauer Bezifferung der von ihnen geltend zu machenden stillen Reserven Buchhaltungsunterlagen zu edieren. Die diesbezüglichen Vorbringen der Beklagten 5 und 7 gehen daher an der Sache vorbei. Die Beklagten 5 und 7 machen in den Dupliken überdies im Weiteren geltend, die Beteiligungen an AX.\_\_\_\_\_ und BW.\_\_\_\_\_ hätten zu *Liquidationswerten* mindestens mit CHF 1'600 Mio. zu Buche geschlagen (D5 und D7, act. 133 und 138, je Rz 186 ff.), ohne sich jedoch dazu zu äussern, wie sich der behauptete Mehrwert auf die Gesellschaften AX.\_\_\_\_\_ und BW.\_\_\_\_\_ verteilt (vgl. nachfolgend 3.b)).

Bei der BW.\_\_\_\_\_ -Beteiligung ist angesichts der diesbezüglichen Einigkeit zwischen der Klägerin und den Beklagten 1–4, 6, 8–12 demnach vorerst von stillen Reserven in der Höhe von CHF 59 Mio. auszugehen. Wie allerdings bereits oben unter dem Titel „Eigenkapital“ (oben lit. a)) festgehalten, sind im Eigenkapital der AO.\_\_\_\_\_ von CHF 390 Mio. bereits CHF 45 Mio. stille Reserven der BW.\_\_\_\_\_ enthalten, weshalb diese CHF 45 Mio. von den CHF 59 Mio. in Abzug zu bringen sind: Zusätzlich zu den bereits im Eigenkapital von CHF 390 Mio. enthaltenen CHF 45 Mio. sind unter dem Titel „stille Reserven BW.\_\_\_\_\_ -Beteiligung“ demnach noch CHF 14 Mio. zu beachten. Dies ist (im Gegensatz zur Klägerin) den Beklagten 1–4, 6, 8–12 nicht entgangen. Sie weisen darauf und auf den Umstand hin, dass das Eigenkapital des Zwischenabschlusses vom 31. Ok-

tober 2000 sich auf den Handelsbilanz-II-Abschluss beziehe, welcher auf dem „true & fair view“-Prinzip basiere, weshalb die (damaligen) stillen Reserven der BW.\_\_\_\_\_ im Eigenkapital bereits enthalten gewesen seien (D1, act. 121, Rz 237 f.; D2, act. 124, Rz 292 f.; D3, act. 127, Rz 217 f.; D4, act. 130, Rz 367 f.; D6, act. 135, Rz 203 f.; D8, act. 140, Rz 220 f.; D9, act. 142, Rz 257 f.; D10, act. 145, Rz 187 f.; D11, act. 148, Rz 215 f.; D12, act. 152, Rz 222 f.).

3. Bezüglich der Beteiligung AX.\_\_\_\_\_ gehen alle Beklagten nach dem zweiten Schriftenwechsel wie schon in den Klageantworten von stillen Reserven von CHF 294 Mio. aus (entsprechend der in der Bilanz per 31. Dezember 2000 vorgenommenen Aufwertung), während die Klägerin hier keine stillen Reserven gelten lassen will. Die Beklagten 1–4, 6, 8–12 ermitteln die geltend gemachten stillen Reserven anhand des IAS-Eigenkapitalwertes; im von der Klägerin eingereichten IAS-Abschluss der AX.\_\_\_\_\_ per 31. Dezember 2000 (act. 109/53) betrage der Eigenkapitalwert der AX.\_\_\_\_\_ CHF 594 Mio. Hiervon sei der Buchwert von CHF 300 Mio. abzuziehen, was stille Reserven in der Höhe von CHF 294 Mio. ergebe. Im Übrigen verweisen diese Beklagten auf den Markenwert der AX.\_\_\_\_\_ (ohne sich auf dessen genauen Wert festzulegen und ohne die geltend gemachten stillen Reserven entsprechend zu erhöhen), der den Substanzwert von CHF 594 Mio. zumindest zusätzlich erhöhe. Die Klägerin bestreitet stille Reserven auf der AX.\_\_\_\_\_ -Beteiligung insbesondere mit Hinweis auf die ungenügende Ertragslage der AX.\_\_\_\_\_ (RE, act. 108, Rz 100 ff.; D1, act. 121, Rz 218 ff.; D2, act. 124, Rz 273 ff.; D3, act. 127, Rz 198 ff.; D4, act. 130, Rz 347 ff.; D5, act. 133, Rz 181 ff.; D6, act. 135, Rz 184 ff.; D7, act. 138, Rz 181 ff.; D8, act. 140, Rz 201 ff.; D9, act. 142, Rz 238 ff.; D10, act. 145, Rz 168 ff.; D11, act. 148, Rz 196 ff.; D12, act. 152, Rz 203 ff.). Die Beklagten 5 und 7 machen in den Dupliken überdies erstmals geltend, die Beteiligungen an AX.\_\_\_\_\_ und BW.\_\_\_\_\_ hätten zu *Liquidationsswerten* mindestens mit CHF 1'600 Mio. zu Buche geschlagen (D5 und D7, act. 133 und 138, je Rz 186 ff.).

a) Sowohl die Klägerin als auch die Beklagten 1–4, 6, 8–12 beziehen sich in ihrer Argumentation auf den internen Detailbericht der AX.\_\_\_\_\_ zur Jahresrech-

nung 2000 vom 5. März 2001, von den Beklagten auch als „IAS-Abschluss AX.\_\_\_\_“ bezeichnet (act. 109/53). Ein gemäss IAS-Vorschriften (IAS für International Accounting Standards, im Jahr 2002 durch die Bezeichnung IFRS [International Financial Reporting Standards] abgelöst) erstellter Abschluss ist nach dem Prinzip der „true & fair view“ zu erstellen, womit vereinfacht gesagt stille Reserven gemäss OR nicht zulässig sind (BSK OR II-Neuhaus/Balkanyi, Art. 669 N 45 f.). Deshalb sind bei einem IAS-Eigenkapitalwert stille Reserven gemäss OR grundsätzlich mit enthalten. Der Detailbericht gliedert sich in verschiedene Kapitel. Kapitel 2 ist die Bilanz der AX.\_\_\_\_, wobei das Eigenkapital auf S. 43 aufgeführt ist (act. 109/53 S. 43). Dies sieht folgendermassen aus:

PASSIVEN		Buchwerte 31.12.2000 CHF	Buchwerte 31.12.1999 CHF
<b>4 EIGENKAPITAL</b>			
<b>4.1 Gesellschaftskapital</b>			
Aktienkapital		150'000'000	150'000'000
Agio		150'000'000	150'000'000
		300'000'000	300'000'000
<b>4.2 Reserven (vor Gewinnverteilung)</b>			
Allgemeine Reserven		1'200'000	1'200'000
Aufwertungsreserven		433'733'501	448'798'188
		434'933'501	449'998'188
<b>4.3 Bilanzgewinn</b>			
Gewinnvortrag		(35'541'817)	463'872
Jahreserfolg		(105'411'548)	(51'070'177)
		(140'953'365)	(50'606'305)
<b>TOTAL 4. EIGENKAPITAL</b>		<b>693'680'138</b>	<b>699'391'683</b>
<b>TOTAL PASSIVEN</b>		<b>2'948'883'364</b>	<b>2'991'552'205</b>

Hierzu fällt hauptsächlich Folgendes auf:

aa) Das Eigenkapital beträgt knapp CHF 594 Mio. und liegt damit um CHF 294 Mio. über dem Buchwert von CHF 300 Mio. (vgl. Jahresbilanz der AO.\_\_\_\_ per 31. Dezember 1999, act. 3/80, nicht paginiert, Liste der Beteiligungen per 31. Dezember 1999; Jahresbilanz der AO.\_\_\_\_ per 31. Dezember 2000, act. 3/105,

Liste der Beteiligungen per 31. Dezember 2000, S. 7; wohl auch [schlecht lesbar] Pro Forma-Bilanz AO.\_\_\_\_\_ per 31. Oktober 2000, act. 68/6, S. 4 [so D4, act. 130, Rz 351]). Davon gehen CHF 433.7 Mio. (per 31.12.2000) auf Aufwertungsreserven zurück, während im Jahr 1999 die Aufwertungsreserven mit CHF 448.8 Mio. zu Buche schlagen. Aufwertungsreserven dürfen nach Art. 670 Abs. 1 OR gebildet werden, falls die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven infolge eines Bilanzverlusts nicht mehr gedeckt sind (d.h. falls ohne diese Aufwertung ein Kapitalverlust gemäss Art. 725 Abs. 1 OR vorliegt), wenn also – mit anderen Worten – das Nettovermögen kleiner ist als die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven. Dabei dürfen ausschliesslich Grundstücke und Beteiligungen aufgewertet werden.

bb) Per 31. Dezember 1999 resultierte ein Verlust von CHF 50.6 Mio. (Jahresverlust von CHF 51.1 Mio. abzüglich Gewinnvortrag 1998 von CHF 0.5 Mio.). Dieser Verlust wurde dann aber nicht als (negativer) Gewinnvortrag ins kommende Jahr übertragen, vielmehr erscheinen dort nur CHF 35.5 Mio. als Verlustvortrag. Die Differenz wurde durch direkte Verrechnung mit Aufwertungsreserven getilgt (denn es gilt in dieser Bilanz:  $\text{Aufwertungsreserve}_{2000} = \text{Aufwertungsreserve}_{1999} + \text{Gewinnvortrag}_{1999} - \text{Jahreserfolg}_{1999} + \text{Gewinnvortrag}_{2000}$ ). Es ist jedoch unzulässig, die Aufwertungsreserve zur Tilgung des Bilanzverlusts durch Verrechnung zu verwenden (Böckli, § 8 Rz 298; BSK OR II-Neuhaus/Balkanyi Art. 671b N 2). Die Aufwertungsreserve kann nur durch Umwandlung in Aktienkapital sowie durch Wiederabschreibung oder Veräusserung der aufgewerteten Aktiven aufgelöst werden (Art. 671b OR). Wäre der gesamte Verlust 1999 in die Bilanz 2000 als negativer Gewinnvortrag übernommen worden, hätte im Jahr 2000 übrigens ein Verlust von CHF 156 Mio. resultiert (CHF 50.6 Mio. zuzüglich CHF 105.4 Mio.). Das Nettovermögen hätte CHF 145 Mio. betragen, also weniger als die Hälfte des Aktienkapitals und der allgemeinen Reserven.

cc) In der Bilanz der AX.\_\_\_\_\_ per 31. Dezember 2000 lässt die „Aufwertungsreserve“ von CHF 433.7 Mio. das Eigenkapital auf CHF 594 Mio. ansteigen (vgl. oben). Dies erlaubte es, in der Bilanz der AO.\_\_\_\_\_ 2000 die Beteiligung

AX.\_\_\_\_\_ von ehemdem CHF 300 Mio. (Buchwert) auf CHF 594 Mio. aufzuwerten (act. 3/105 S. 3 Beteiligungen, sowie Anhang Ziff. 15, S. 7, Liste der vollkonsolidierten Beteiligungen per 31. Dezember 2000) und somit das Eigenkapital der AO.\_\_\_\_\_ um CHF 294 Mio. anwachsen zu lassen. Zufälligerweise beträgt das Eigenkapital der AO.\_\_\_\_\_ per 31. Dezember 2000 insgesamt CHF 293.079 Mio. (act. 3/105 S. 3). Ohne diese im März 2001 (Erstellung der Bilanz der AX.\_\_\_\_\_ 2000 am 5. März 2001) ausgewiesene Aufwertung mittels „Aufwertungsreserve“ wären die Aktiven der AO.\_\_\_\_\_ kleiner gewesen als das Fremdkapital (Aktiven von CHF 3'194 Mio. [3'488 – 294] gegenüber einem Fremdkapital von CHF 3'195 Mio., vgl. act. 3/105 S. 3), d.h. die AO.\_\_\_\_\_ wäre überschuldet gewesen.

b) Nebst diesen Auffälligkeiten spricht ein weiterer Grund dagegen, dass auf der Beteiligung AX.\_\_\_\_\_ per 18. Dezember 2000 stille Reserven im Umfang von CHF 294 Mio. zu berücksichtigen wären: Die Beklagten 1–4, 6, 8–12 haben wie bei der Prüfung der stillen Reserven auf der BW.\_\_\_\_\_ -Beteiligung gesehen (oben, 2. in fine) darauf hingewiesen, dass der Zwischenabschluss per 31. Oktober 2000 auf dem „true & fair view“-Prinzip beruhe. Aus diesem Grund waren dort die stillen Reserven auf der BW.\_\_\_\_\_ -Beteiligung bereits im Eigenkapital der AO.\_\_\_\_\_ enthalten. Gleich müsste es sich aber auch bezüglich allfälliger stiller Reserven auf der AX.\_\_\_\_\_ -Beteiligung verhalten. Die von den Beklagten geltend gemachten CHF 294 Mio. stille Reserven auf der AX.\_\_\_\_\_ -Beteiligung sind jedoch in jenem Abschluss im Eigenkapital der AO.\_\_\_\_\_ nicht zu finden. Daraus liesse sich wohl schliessen, dass solche stillen Reserven auf der AX.\_\_\_\_\_ -Beteiligung nicht bestanden. Auch auf dem Markenwert sind mangels entsprechender Behauptungen keine stillen Reserven zu beachten resp. näher zu prüfen. Indes kann die Frage, ob auf der AX.\_\_\_\_\_ -Beteiligung stille Reserven zu berücksichtigen gewesen wären, ausdrücklich offen bleiben, ebenso wie sich eine Stellungnahme der Klägerin zu den neuen, wenig substantiierten Behauptungen der Beklagten 5 und 7 zum angeblichen Liquidationswert der Beteiligung AX.\_\_\_\_\_ (und BW.\_\_\_\_\_ ) erübrigt. Wohl ist der Wert der Beteiligung AX.\_\_\_\_\_ eine strittige Tatfrage und die geltend gemachten stillen Reserven wären von den Beklagten zu beweisen. Ein Beweisverfahren ist indes nur durchzuführen, wenn die strit-

tige Tatfrage erheblich ist (§ 133 Abs. 1 ZPO). Falls jedoch das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Tatsache auf den Urteilspruch keinen Einfluss hat, so hat eine beweismässige Abklärung dieser Tatsache zu unterbleiben. So verhält es sich vorliegend mit den strittigen stillen Reserven auf die Beteiligung AX.\_\_\_\_\_, wie noch zu zeigen sein wird.

4. Zusammenfassend bleibt demnach festzuhalten, dass unter dem Titel „stille Reserven“ der Betrag von CHF 14 Mio. in die Bilanz der AO.\_\_\_\_\_ per 18. Dezember 2000 einzusetzen sind.

**d) Zusammenfassung finanzielle Situation AO.\_\_\_\_\_ per 18. Dezember 2000**

1. Gemäss den obigen Erwägungen hätte eine Zwischenbilanz der AO.\_\_\_\_\_ per 18. Dezember 2000 vor der Vornahme der AT.\_\_\_\_\_-Transaktion folgendermassen ausgesehen:

Massgebliches Eigenkapital (oben lit. a)	CHF	390 Mio.
Verpflichtungen und Rückstellungen aus Airline-Beteiligungen (oben lit. b)	CHF	- 514 Mio.
Stille Reserven BW._____ (oben lit. c)	CHF	14 Mio.
<b>Eigenkapital per 18. Dezember 2000 (ohne eventuelle stille Reserve AX._____)</b>	<b>CHF</b>	<b>- 110 Mio.</b>

Damit bleibt festzuhalten: Sollten auf der Beteiligung AX.\_\_\_\_\_ am 18. Dezember 2000 stille Reserven von mehr als CHF 110 Mio. vorhanden gewesen sein, so war die AO.\_\_\_\_\_ am 18. Dezember 2000 vor der Vornahme der AT.\_\_\_\_\_-Transaktion nicht überschuldet. Bestanden hingegen auf der Beteiligung AX.\_\_\_\_\_ keine stillen Reserven oder waren diese tiefer als CHF 110 Mio., so war die AO.\_\_\_\_\_ überschuldet, wobei sich die Überschuldung auf maximal CHF 110 Mio. belief.

2.a) Die Beklagten 1–4, 6, 8–12 machen in diesem Zusammenhang geltend, von einer – allein massgeblichen – echten Überschuldung könnte nur gesprochen

werden, wenn die Aktiven nicht mehr ausreichen, die zum betreffenden Zeitpunkt *real vorhandenen* Drittverbindlichkeiten zu decken. Da die Klage indes weder auf einer Falschbeurkundung noch auf einer Verletzung vom Art. 725 OR beruhe, sondern auf einer angeblichen Bevorzugung von *real existierenden Gläubigern* der AO.\_\_\_\_\_ zum Nachteil der A.\_\_\_\_\_ und ihrer Gläubiger, seien Rückstellungen ausser Acht zu lassen, da Rückstellungen im Zeitpunkt ihrer Bildung gar keine Gläubiger hätten (D1, act. 121, Rz 86; D2, act. 124, Rz 145; D3, act. 127, Rz 74; D4, act. 130, Rz 151; D6, act. 135, Rz 54; D8, act. 140, Rz 72; D9, act. 142, Rz 109; D10, act. 145, Rz 41; D11, act. 148, Rz 67; D12, act. 152, Rz 67). Bei Rückstellungen handle es sich nicht um Drittschulden, sondern um rein interne Vorgänge, wobei auch das Bezirksgericht CM.\_\_\_\_\_ im parallelen Strafverfahren festgehalten habe, dass Rückstellungen keine Schulden seien (D1, act. 121, Rz 276 ff.; D2, act. 124, Rz 330 ff.; D3, act. 127, Rz 255 ff.; D4, act. 130, Rz 418 ff.; D6, act. 135, Rz 244 ff.; D8, act. 140, Rz 258 ff.; D9, act. 142, Rz 295 ff.; D10, act. 145, Rz 225 ff.; D11, act. 148, Rz 253 ff.; D12, act. 152, Rz 261 ff.).

b) Es ist für die rechtliche Beurteilung einer Klage nicht entscheidend, worauf die klagende Partei ihre tatsächlichen Vorbringen stützt, obliegt doch die Rechtsanwendung wie bereits erwähnt stets dem Gericht (§ 57 ZPO). Ob Rückstellungen im Zeitpunkt ihrer Bildung keine (*real existierenden*) Gläubiger haben und aus diesem Grund keine solchen Gläubiger bevorzugt werden könnten, ist daher von vornherein irrelevant, falls die vorgetragenen Tatsachen unter dem Blickwinkel irgendeiner Rechtsnorm des materiellen Rechts (ob von der Klägerin angerufen oder nicht) erheblich sein sollten. Zutreffend ist demgegenüber, dass zumindest herkömmlich zwischen echter und unechter Überschuldung unterschieden wird, soweit eine Verletzung von Art. 725 OR im Raume steht: Während bei einer unechten Überschuldung das Eigenkapital nur buchmässig verloren ist (und insbesondere durch die Auflösung von stillen Reserven eigentlich das Fremdkapital gedeckt wäre), ist bei einer echten Überschuldung das Fremdkapital effektiv, d.h. auch nach Auflösung aller offenen und stillen Reserven, nicht mehr gedeckt (BSK OR II-Wüstiner, Art. 725 N 30; Lanz, S. 38). Die Pflicht des Verwaltungsrates, eine Zwischenbilanz zu Fortführungs- oder Veräusserungswerten zu erstellen, be-

steht in dem Zeitpunkt, wo er eine begründete Besorgnis einer *buchmässigen* (also „unechten“) Überschuldung hat oder haben muss (anstelle vieler BSK OR II-Wüstiner, Art. 725 N 35 mit zahlreichen Hinweisen). Ergibt sodann eine Zwischenbilanz zu Fortführungswerten eine (echte oder buchmässige) Überschuldung, so muss eine Zwischenbilanz zu Veräusserungswerten erstellt werden (HWP II, 3.14232, S. 49; BSK OR II-Wüstiner, Art. 725 N 38). In dieser sind die Aktiven zum effektiven geschätzten Verkehrswert einzusetzen, während bei den Passiven die Rückstellungen beachtlich bleiben resp. sogar (für die Stilllegungskosten etc.) neu zu bilden sind. Die Ansicht, es handle sich dabei im Augenblick des Bilanzstichtages noch gar nicht um „Schulden“, entspringt einem Missverständnis: Zum Fremdkapital gehören auch und nicht zuletzt die Rückstellungen, ohne die eine Liquidationsbilanz nicht nur unvollständig, sondern auch unrichtig wäre, wie Böckli zu Recht festhält (Böckli, § 13 Rz 771, insb. Fn 1392 f.). Soweit ersichtlich hat das Bezirksgericht CM.\_\_\_\_\_ denn auch bloss im Rahmen der Prüfung des Gläubigeranteils der A.\_\_\_\_\_ an den Verbindlichkeiten der AO.\_\_\_\_\_ festgehalten, es habe sich bei den streitgegenständlichen Rückstellungen um solche gegenüber der A.\_\_\_\_\_ und nicht um Schulden gegenüber (Konzern-)Dritten gehandelt (wobei das Zivilgericht selbst dann nicht an die Erwägungen des Strafurteils gebunden wäre, wenn diese hier einschlägig wären, vgl. oben, III.3.b)). Das Argument, eine (allein massgebliche) echte Überschuldung könne durch Rückstellungen nicht (mit-)begründet werden, ist daher nicht zu hören.

3. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass eine Zwischenbilanz der AO.\_\_\_\_\_ per 18. Dezember 2000 (vor Vornahme der AT.\_\_\_\_\_ -Transaktion) eine Überschuldung von maximal CHF 110 Mio. ausgewiesen hätte. Soweit jedoch auf der Beteiligung AX.\_\_\_\_\_ stille Reserven zu berücksichtigen gewesen wären, hätte sich diese Überschuldung um den Betrag dieser stillen Reserven verringert resp. wäre ganz weggefallen, falls die stillen Reserven auf der Beteiligung AX.\_\_\_\_\_ grösser als CHF 110 Mio. gewesen sein sollten.

### 3. Wert der AT.\_\_\_\_\_ AG per 18. Dezember 2000

a) Die Klägerin beziffert in der Klageschrift den Wert der AT.\_\_\_\_\_ AG, deren Aktiven aus einer Beteiligung an der CK.\_\_\_\_\_ und an der CL.\_\_\_\_\_ bestand, mit rund CHF 333 Mio., entsprechend dem im Sommer 2001 erzielten Verkaufserlös für die CK.\_\_\_\_\_ (CHF 385 Mio.) zuzüglich des Werts der CL.\_\_\_\_\_ gemäss Jahresabschluss 2000 (CHF 2 Mio.) abzüglich Passiven von CHF 54 Mio. (KL, act. 2, Ziff. V.11.2 S. 62). Die Beklagten bestreiten diesen Wert in den Klageantworten: Die Beklagten 1–4, 6, 8–12 weisen die Berechnung der Klägerin als falsch zurück und bringen vor, durch die AT.\_\_\_\_\_ -Transaktion sei das Eigenkapital der AO.\_\_\_\_\_ um CHF 184 Mio. angewachsen (K1, act. 90, Rz 199 ff., 561 f.; K2, act. 62, Rz 300 ff., 654 f.; K3, act. 63, Rz 277 ff.; K4, act. 67, Rz 209 ff.; K6, act. 72, Rz 170 ff., 195 f.; K8, act. 74, Rz 107 ff.; K9, act. 76, Rz 103, 292 ff.; K10, act. 79, Rz 306 ff., 562 f.; K11, act. 82, Rz 121 ff., 429 f.; K12, act. 85, Rz 122 ff., 431 f.). Die Beklagten 4, 5, 7–9 machen in den Klageantworten zudem geltend, der Verkaufserlös vom Sommer 2001 von CHF 385 Mio. könne nicht massgeblich sein, seien doch die Aktien der CK.\_\_\_\_\_ an der NYSE kotiert gewesen und habe die von der AT.\_\_\_\_\_ gehaltene Beteiligung nachweislich am 18. Dezember 2000 einen Börsenwert von lediglich CHF 214 Mio. gehabt (K4, act. 67, Rz 611; K5, act. 69, Rz 137 f.; K7, act. 71, Rz 137 f.; K8, act. 74, Rz 393; K9, act. 76, Rz 292 ff.). Gemäss den Beklagten 5 und 7 betrug am 18. Dezember 2000 der Substanzwert der AT.\_\_\_\_\_ AG CHF 162 Mio. (K5 und K7, act. 69 und 71, je Rz 138). Die Klägerin hält in der Replik am Wert von CHF 333 Mio. fest und lässt ausführen, der Börsenkurs per 18. Dezember 2000 sei irrelevant, da ein börsenmässiger Verkauf der Beteiligung als Ganzes weder zulässig noch möglich gewesen wäre und ein gestaffelter Verkauf den Aktienkurs nach unten gedrückt hätte (RE, act. 108, Rz 113, 163, 303). In den Dupliken übernehmen die Beklagten 1–4, 6, 8–12 den Wert von CHF 333 Mio., mit Ausnahme des Beklagten 2 indes alle mit dem schönen Zusatz „ohne dessen Richtigkeit anzuerkennen“ (D1, act. 121, Rz 211 f.; D2, act. 124, Rz 267 f.; D3, act. 127, Rz 192 f.; D4, act. 130, Rz 341 f.; D6, act. 135, Rz 177 f.; D8, act. 140, Rz 194 f.; D9, act. 142, Rz 231 f.; D10, act. 145, Rz 161 f.; D11, act. 148, Rz 189 f.; D12, act. 152, Rz 196 f.). Die Beklagten 5 und 7

halten am geltend gemachten Substanzwert von CHF 162 Mio. fest (D5 und D7, act. 133 und 138, je Rz 224).

b) Die Frage, welchen Wert die AT.\_\_\_\_\_ AG am 18. Dezember 2000 hatte, ist eine Tatfrage. Der Wert der AT.\_\_\_\_\_ AG ist unter den Parteien strittig, wobei der behauptete Wert zwischen CHF 162 Mio. und CHF 333 Mio. liegt. Von einem Beweisverfahren über den strittigen Wert der AT.\_\_\_\_\_ AG per 18. Dezember 2000 ist indes mangels Erheblichkeit abzusehen (§ 133 Abs. 1 ZPO): Selbst falls der Wert der AT.\_\_\_\_\_ AG am untersten Ende des geltend gemachten und damit zu beweisenden Wertes, d.h. bei CHF 162 Mio., gelegen haben sollte, so wäre durch die AT.\_\_\_\_\_ -Transaktion die maximal bestehende Überschuldung der AO.\_\_\_\_\_ per 18. Dezember 2000 von CHF 110 Mio. (vgl. oben, Ziff. 2.d)) beseitigt worden. Die AT.\_\_\_\_\_ -Transaktion hat damit eine allenfalls bestehende Überschuldung der AO.\_\_\_\_\_ so oder so behoben (zu den Konsequenzen vgl. unten, Ziff. 5). Den Gläubigern der A.\_\_\_\_\_ könnte indes aus dieser Transaktion dann ein Schaden erwachsen sein, wenn die A.\_\_\_\_\_ (zumindest) nach Vornahme dieser Transaktion per 18. Dezember 2000 ihrerseits überschuldet gewesen sein sollte, wie dies die Klägerin denn auch geltend macht (RE, act. 108, Rz 145 ff. und sogleich nachfolgend Ziff. 4.1.a)). Es ist im Folgenden daher auf die finanzielle Situation der A.\_\_\_\_\_ per 18. Dezember 2000 näher einzugehen.

#### **4. Finanzielle Situation der A.\_\_\_\_\_ per 18. Dezember 2000**

1.a) Nach der Darstellung der Klägerin in der Replik – in der Klageschrift hatte die Klägerin noch keine dahin gehenden Behauptungen gemacht – war die A.\_\_\_\_\_ per 18. Dezember 2000 mit CHF 975 Mio. überschuldet: Einem Eigenkapital von CHF 2'018 Mio. sowie stillen Reserven in der Beteiligung der AT.\_\_\_\_\_ AG von CHF 333 Mio. seien Rückstellungen von CHF 2'710 Mio. (AO.\_\_\_\_\_ [1'114 Mio.], BB.\_\_\_\_\_ [228 Mio.], AU.\_\_\_\_\_ B.V. [1'368 Mio.]) und Wertberichtigungen von CHF 616 Mio. (Beteiligung [500 Mio.] und Darlehen [116 Mio.] an AO.\_\_\_\_\_ ) gegenüber gestanden (RE, act. 108, Rz 182):

Ausgewiesenes Eigenkapital per 31. Dezember 1999 (Rz. 146 vorstehend)	CHF	2'018 Mio.
Rückstellungen für Garantien für Verpflichtungen der AO._____ (Rz. 147 vorstehend)	CHF	-1'114 Mio.
Rückstellung für Rekapitalisierung BB._____ (Rz. 159 f. vorstehend)	CHF	-228 Mio.
Rückstellungen für Garantien für Verpflichtungen der AU._____ (Rz. 148 ff. vorstehend)	CHF	-1'368 Mio.
Wertberichtigung Beteiligung AO._____ (Rz. 161 vorstehend)	CHF	-500 Mio.
Wertberichtigung Darlehen an AO._____ (Rz. 162 vorstehend)	CHF	-116 Mio.
Aufwertung der Beteiligung AT._____ AG (Rz. 163 vorstehend)	<u>CHF</u>	<u>333 Mio.</u>
<b>Eigenkapital per 18. Dezember 2000 ohne Aufwertung airlinenahe Beteiligungen</b>	<b>CHF</b>	<b>-975 Mio.</b>

Eventualiter macht die Klägerin geltend – falls entgegen ihrer Auffassung bei den flugnahen Unternehmungen stille Reserven bestanden haben sollten –, dass die A.\_\_\_\_\_ per 18. Dezember maximale Aufwertungen bei den flugnahen Beteiligungen in der Höhe von CHF 1'685 Mio. hätte vornehmen können, was zu einem maximalen Eigenkapital von CHF 710 Mio. geführt hätte. Dies wiederum sei weniger als die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven, so dass die A.\_\_\_\_\_ selbst bei Vornahme dieser nicht gerechtfertigten Aufwertungen per 18. Dezember 2000 einen Kapitalverlust aufgewiesen hätte (RE, act. 108, Rz 169 ff., 183).

b) Die Beklagten bestreiten, dass die A.\_\_\_\_\_ per 18. Dezember 2000 überschuldet gewesen sei:

Die Beklagten 1–4, 6, 8–12 bringen hauptsächlich vor, die angebliche Überschuldung der A.\_\_\_\_\_ sei Folge eines „Domino-Effektes“ der klägerischen Rechnung: So verlange die Klägerin etwa, dass in der Bilanz der A.\_\_\_\_\_ per 18. Dezember 2000 der gesamte AO.\_\_\_\_\_ -Beteiligungswert (in der bilanzierten Höhe von CHF 500 Mio.) infolge der angeblichen Überschuldung der AO.\_\_\_\_\_ ebenso voll abzuschreiben sei wie ein von der A.\_\_\_\_\_ an die AO.\_\_\_\_\_ gewährtes Darlehen in der Höhe von CHF 116 Mio., was alleine schon zu Wertberichtigungen bei der A.\_\_\_\_\_ in der Höhe von CHF 616 Mio. führe. Die Klägerin fordere für identische Sachverhalte damit simultan Rückstellungen bei der AO.\_\_\_\_\_ und (als Folge dieser Rückstellungen bei der AO.\_\_\_\_\_) Wertberichtigungen bei der A.\_\_\_\_\_ für die durch die Rückstellungen angeblich überschuldete AO.\_\_\_\_\_. Wenn die Klägerin überdies verlange, dass – zusätzlich zu den Rückstellungen bei der AO.\_\_\_\_\_ für deren angebliche Verpflichtungen – bei der A.\_\_\_\_\_ Rückstellungen zu bilden gewesen wären für angebliche Garantien der A.\_\_\_\_\_, so führe dies gar zu einer dreifachen Verbuchung desselben Sachverhalts. Soweit Rückstellungen zu bilden gewesen seien, so hätte dies in jedem Fall nur einmal geschehen müssen, wobei den Verantwortlichen ein Ermessen zugekommen sei, auf welcher Ebene die Rückstellungen zu bilden gewesen seien (D1, act. 121, Rz 101 ff., 244 ff.; D2, act. 124, Rz 160 ff., 298 ff.; D3, act. 127, Rz 89 ff., 223 ff.; D4, act. 130, Rz 184 ff., 373 ff.; D6, act. 135, Rz 69 ff., 209 ff.; D8, act. 140, Rz 87 ff., 226 ff.; D9, act. 142, Rz 124 ff., 263 ff.; D10, act. 145, Rz 59 ff., 193 ff.; D11, act. 148, Rz 82 ff., 221 ff.; D12, act. 152, Rz 89 ff., 228 ff.). Die Beklagten 1–4, 6, 8–12 lassen von den geltend gemachten Rückstellungen in der Höhe von CHF 2'710 Mio. bei der A.\_\_\_\_\_ CHF 1'501 Mio. gelten (aufgeschlüsselt nach einzelnen Positionen, vgl. die folgende Tabelle, zu finden in D1, act. 121, Rz 122; D2, act. 124, Rz 181; D3, act. 127, Rz 110; D4, act. 130, Rz 223; D6, act. 135, Rz 90; D8, act. 140, Rz 108; D9, act. 142, Rz 145; D10, act. 145, Rz 79; D11, act. 148, Rz 103; D12, act. 152, Rz 110):

	Rückstellungen (in Mio.)		
	AO. _____	A. _____	
AP. _____:			
(1) Laufende Verluste 2000	- 350	350	
(2) Auskauf Altgesellschafter AP. _____	143	143	
(3) Verluste 2001	48	- 48	
(4) Investitionen AQ. _____	163	163	
(5) Zukünftige Verluste		- 147	
AR. _____/AS. _____:			
(6) Rekapitalisierung 2000	227		
(7) Mehrheitsaktionäre	410	- 410	
BB. _____:			
(8) Rekapitalisierung		- 228 - 59	
AU. _____:			
(9) Auskauf Altgesellschafter AP. _____		- 143	} 609 Mio
(10) Rekapitalisierung AR. _____/AS. _____ 2000		- 227	
(11) Übrige Verluste BZ. _____		- 239	
(12) Zusätzliche Rückstellungen für Garantien der AU. _____		759	
<b>Total Rückstellungen gem. nachfolgenden Ausführungen des Beklagten</b>	<b>- 350</b>	<b>- 1'501</b>	

Bei der A. \_\_\_\_\_ seien per 18. Dezember 2000 einem Eigenkapital von CHF 2'018 Mio. und stillen Reserven auf der AT. \_\_\_\_\_-Beteiligung von CHF 333 Mio. diese Rückstellungen von CHF 1'501 Mio. sowie Wertberichtigungen an der Beteiligung AO. \_\_\_\_\_ von CHF 152 Mio. gegenüber gestanden, was ein minimales Eigenkapital von CHF 698 Mio. ergebe. (Auch) die A. \_\_\_\_\_ sei also im Zeitpunkt der AT. \_\_\_\_\_-Transaktion am 18. Dezember 2000 nicht überschuldet gewesen (D1, act. 121, Rz 247 f.; D2, act. 124, Rz 301 f.; D3, act. 127, Rz 226 f.; D4, act. 130, Rz 380 f.; D6, act. 135, Rz 212 f.; D8, act. 140, Rz 229 f.; D9, act. 142, Rz 266 f.; D10, act. 145, Rz 196 f.; D11, act. 148, Rz 224 f.; D12, act. 152, Rz 231 f.). Unter Einbezug der stillen Reserven bei den flugnahen Unternehmungen in der Höhe von mindestens CHF 3'000 Mio. hätten die verantwortlichen Organe der A. \_\_\_\_\_ am 18. Dezember 2000 sogar von einem effektiven Eigenkapital von CHF 3'690 Mio. ausgehen dürfen (D1, act. 121, Rz 495, 281 ff.; D2, act. 124, Rz 535, 334 ff.;

D3, act. 127, Rz 471, 261 ff.; D4, act. 130, Rz 669, 430 ff.; D6, act. 135, Rz 514, 255 ff.; D8, act. 140, Rz 475, 265 ff.; D9, act. 142, Rz 508, 299 ff.; D10, act. 145, Rz 479, 229 ff.; D11, act. 148, Rz 467, 257 ff.; D12, act. 152, Rz 499, 265 ff.).

Nach Ansicht der Beklagten 5 und 7 waren (unter der bestrittenen Annahme, dass die AO.\_\_\_\_\_ per 18. Dezember 2000 überschuldet gewesen wäre) von den geltend gemachten Rückstellungen für die AU.\_\_\_\_\_ B.V. in der Höhe von CHF 1'368 Mio. insgesamt CHF 239 Mio. berechtigt, während von den geltend gemachten Rückstellungen und Wertberichtigungen im Zusammenhang mit der AO.\_\_\_\_\_ von insgesamt CHF 1'730 Mio. (1'114 Mio. + 500 Mio. + 116 Mio., vgl. oben, lit. a)) unter Annahme der behaupteten Überschuldung der AO.\_\_\_\_\_ insgesamt maximal CHF 1'391 Mio. berechtigt gewesen wären (D5 und D7, act. 133 und 138, je Rz 80 ff., 18 ff.). Die klägerische Berechnung des Eigenkapitals der A.\_\_\_\_\_ sei aus diesem Grund um CHF 1'478 Mio. nach oben zu korrigieren [recte: 1'468 Mio., nämlich: 1'129 Mio. (= 1'368 – 239) + 339 Mio. (= 1'730 – 1'391)], weshalb das Eigenkapital der A.\_\_\_\_\_ am 18. Dezember 2000 unter Berücksichtigung der angeblich maximalen Aufwertung der flugnahen Betriebe CHF 2'188 Mio. [recte: 2'178 Mio.] betragen habe (D5 und D7, act. 133 und 138, je Rz 83, 87).

2. Im Folgenden soll die finanzielle Situation der A.\_\_\_\_\_ per 18. Dezember 2000 anhand der Rückstellungen für Verpflichtungen der AO.\_\_\_\_\_ (lit. b.(1) nachfolgend) sowie anhand der Rückstellungen für Verpflichtungen der AU.\_\_\_\_\_ B.V. (lit. b.(2) nachfolgend) näher untersucht werden. Dabei wird sich zeigen, dass es auf die übrigen von der Klägerin geltend gemachten Rückstellungen und Wertberichtigungen nicht weiter ankommt.

#### **a) Eigenkapital**

Sowohl die Klägerin als auch sämtliche Beklagten gehen in ihren Berechnungen per 18. Dezember 2000 von einem Eigenkapital der A.\_\_\_\_\_ von CHF 2'018 Mio. aus, was dem Eigenkapital des geprüften Jahresabschlusses per 31. Dezember 1999 entspricht. Zwar betont die Klägerin, dies erfolge lediglich zu

Berechnungszwecken und stelle keine Anerkennung der Richtigkeit dieser Position dar (RE, act. 108, Rz 146), allerdings stellt die Klägerin trotz des entsprechenden Substanziierungshinweises anlässlich der Standortbestimmung vom 6. Dezember 2006 (Prot. S. 11) keinerlei anders lautenden Behauptungen zur Höhe des Eigenkapitals auf. Es ist daher bei Geltung der Verhandlungsmaxime in Übereinstimmung mit den Parteien zu Berechnungszwecken von einem Eigenkapital der A.\_\_\_\_\_ per 18. Dezember 2000 von CHF 2'018 Mio. auszugehen.

## **b) Rückstellungen und Wertberichtigungen**

### **(1) Rückstellungen für (Garantie-)Verpflichtungen zugunsten der AO.\_\_\_\_\_**

a) Die geltend gemachten CHF 1'114 Mio. Rückstellungen bei der A.\_\_\_\_\_ für Garantieverpflichtungen zugunsten der AO.\_\_\_\_\_ begründet die Klägerin wie folgt: Da die AO.\_\_\_\_\_ per 18. Dezember 2000 massiv überschuldet gewesen sei, hätte die A.\_\_\_\_\_ in Anwendung des Vorsichtsprinzips ihre Garantieverpflichtungen zugunsten der AO.\_\_\_\_\_ aus dem Erwerb und dem Halten der Airline-Beteiligungen AP.\_\_\_\_\_ und AR.\_\_\_\_\_/AS.\_\_\_\_\_ zurückstellen müssen. Bei der AP.\_\_\_\_\_ habe es sich um Verpflichtungen im Umfang von CHF 704 Mio. gehandelt (Addition der oben, Ziff. 2.b.(1) – (4), abgehandelten vier Teilsummen [350 Mio. + 143 Mio. + 48 Mio. + 163 Mio.]), bei der AR.\_\_\_\_\_/AS.\_\_\_\_\_ um CHF 410 Mio. für die französischen Porteurs (RE, act. 108, Rz 147; tabellarisch ersichtlich in der oben, Ziff. 2.b vor (1) abgedruckten Tabelle).

Die Beklagten 1–4, 6, 8–12 bestreiten die Höhe der geltend gemachten Rückstellungen und bringen wie bereits gesehen hauptsächlich vor, die behauptete Überschuldung bei der A.\_\_\_\_\_ komme in der klägerischen Berechnung nur zustande, weil Rückstellungen regelmässig zuerst bei der AO.\_\_\_\_\_ verbucht würden (für die Verpflichtung) und dann bei der A.\_\_\_\_\_ (für die Garantie) und sodann gleich nochmals bei der A.\_\_\_\_\_ zu berücksichtigen seien (bei der Wertberichtigung für die überschuldete Tochter). Im Kern geht auch die Berechnung der Beklagten 5 und 7 auf die Eliminierung von Mehrfachverbuchungen zurück (vgl. nachfolgend Ziff. (2).a)). Die Frage, ob es sich bei den geltend gemachten

Verbuchungsschritten um unzulässige Mehrfachverbuchungen handelt, ist eine vom Gericht zu entscheidende Rechtsfrage.

b) Die A.\_\_\_\_\_ hatte vor dem 18. Dezember 2000 in zahlreichen Verträgen der AO.\_\_\_\_\_ mit (Konzern-)Dritten gegenüber den Vertragspartnern der AO.\_\_\_\_\_ die Erfüllung der vertraglichen Verbindlichkeiten der AO.\_\_\_\_\_ garantiert, so unter anderem im Rahmen des AP.\_\_\_\_\_ -Engagements die Übernahme der Verluste für das Jahr 2000, den Auskauf der Altgesellschafter sowie die Übernahme der Verluste für das Jahr 2001 (vgl. oben, Ziff. 2.b.(1) – (3); Wortlaut der Garantieerklärung vgl. oben, Ziff. 2.b.(1).b.aa.bbb; rechtliche Qualifikation oben, Ziff. 2.b.(1).b.aa.ccc). Garantieerklärungen sind gemäss Art. 663b Ziff. 1 OR im Anhang der Garantin aufzuführen. Die ausweispflichtigen Garantieverpflichtungen können unterschiedlichen Ursprungs sein. Als Beispiel wird in der Literatur ausdrücklich die Garantie der Muttergesellschaft gegenüber Schuldnern [recte: Gläubigern] der Tochtergesellschaft genannt (BSK OR II-Neuhaus/Blättler, Art. 663b N 9a m.w.H.). Sobald sich Garantieverpflichtungen oder andere Eventualverpflichtungen wie Bürgschaften oder Pfandbestellungen zugunsten Dritter zu eigentlichen Verlustrisiken aktualisieren – namentlich weil die Erfüllung durch den Hauptverpflichteten aufgrund dessen ungenügender Solvenz als gefährdet erscheint –, ist sodann bei der Garantin nach Art. 669 Abs. 1 OR eine Rückstellung zu bilden (HWP I S. 250; Böckli, § 8 Rz 311; BSK OR II-Neuhaus/Blättler, Art. 663b N 14). Dies kann ohne Weiteres dazu führen, dass die Verbindlichkeit sowohl bei der Hauptschuldnerin als auch bei der Garantin bilanzwirksam zu verbuchen ist.

aa) Zu prüfen bleibt indes, ob und inwieweit diese Grundsätze auch bei Vorliegen einer Konzernverbundenheit zwischen Hauptschuldnerin und Garantin gelten. Die Beklagten 1–4, 6, 8–12 machen in diesem Zusammenhang unter Berufung auf das Privatgutachten resp. auf ein im Hinblick auf die Dupliken von den Gutachtern erstelltes Schreiben (act. 122/20 [stellvertretend], S. 3 f.) geltend, die Situation zwischen AO.\_\_\_\_\_ und A.\_\_\_\_\_ sei insofern nicht mit der Lage eines beliebigen Schuldners und eines beliebigen Garanten zu vergleichen, als die betreffenden Gesellschaften über die Lage der je anderen Gesellschaft gegenseitig

bestens informiert gewesen seien. Vielmehr seien in einem Konzern bei völliger Transparenz über die finanziellen Verpflichtungen und deren effektive Deckung für identische Sachverhalte nicht mehrfach Rückstellungen in verschiedenen Konzerngesellschaften zu bilden. Eine solche Mehrfachberücksichtigung würde vielmehr zu verpönten „Willkür-Reserven“ führen (D1, act. 121, Rz 106 ff.; D2, act. 124, Rz 165 ff.; D3, act. 127, Rz 94 ff.; D4, act. 130, Rz 194 ff.; D6, act. 135, Rz 74 ff.; D8, act. 140, Rz 92 ff.; D9, act. 142, Rz 129 ff.; D10, act. 145, Rz 64 ff.; D11, act. 148, Rz 87 ff.; D12, act. 152, Rz 94 ff.).

Wenn mehrere rechtlich selbständige Gesellschaften so zusammengefasst sind, dass deren Unternehmen der einheitlichen Leitung einer Konzernspitze unterstellt sind und so eine wirtschaftliche, aber nicht rechtliche Einheit bilden (ausführlich zum Begriff des Konzerns Beyeler, S. 3 ff.), so liegt es in der Natur der Sache, dass via Konzernspitze die als Garantin auftretende Konzerngesellschaft über die finanziellen Belange der Hauptschuldnerin aus demselben Konzernverbund Bescheid weiss oder wissen sollte. Der von den Beklagten geltend gemachte Informationsvorsprung der A.\_\_\_\_\_ als Garantin von Leistungen der AO.\_\_\_\_\_ gegenüber beliebigen Drittgaranten ist manifest. Das Wissen darum, ob der konzernverbundene Hauptschuldner seiner Verpflichtung nachkommen kann und will, kann aber für sich alleine nicht dazu führen, dass abweichend von den allgemeinen Grundsätzen die Garantieverpflichtung bei der Garantin keinen Rückstellungsbedarf erzeugen könnte. Zu Ende gedacht würde eine solche Ansicht bedeuten, dass die Konzernspitze völlig losgelöst von der (vertraglichen oder ausservertraglichen) rechtlichen Verpflichtung Rückstellungen bei derjenigen juristischen Person innerhalb des Konzerns – konkret bei der Mutter anstelle der Tochter – bilden könnte, bei der es ihr am meisten beliebt. Dies würde der auch in Konzernverhältnissen geltenden Einzelabschlussbetrachtung stracks zuwiderlaufen. Das Wissen darum, dass eine Tochter eine Verbindlichkeit nicht selber zu erfüllen im Stande ist, ändert grundsätzlich nichts daran, dass diese Tochter die betreffende Verbindlichkeit eingegangen ist und die Verbindlichkeit daher im Einzelabschluss der Tochter bilanzmässig zu erfassen ist. Ebenfalls nicht zu überzeugen vermag der Einwand, es könne nicht angehen, dass dieselbe Verbindlich-

keit innerhalb des Konzerns mehrfach zu Buche schlage: Diese Ansicht übersieht letztlich, dass massgeblich die Sicht der Einzelabschlüsse ist (wie in den Dupliken zu Recht auch von den Beklagten eingeräumt wird, vgl. oben, Ziff. 2.b.(1).b.aa.ccc)) und nicht die konsolidierte Sicht der Konzernrechnung. Wie bereits (ibidem) erwähnt können in den Einzelabschlüssen der Konzerngesellschaften nicht nur interne Gewinnausschüttungen oder Aktiven (als Vermögenswerte in der Bilanz der Tochter und Beteiligungswerte in der Bilanz der Mutter) doppelt erscheinen, sondern auch Verbindlichkeiten.

Wenn für Verbindlichkeiten, die bereits im Einzelabschluss der AO.\_\_\_\_\_ zu erfassen waren (resp. zu erfassen gewesen wären), bei der A.\_\_\_\_\_ gleichwohl nicht zusätzlich Rückstellungen zu bilden waren, so liegt die Begründung anderswo – nämlich im Wesen der Rückstellungen: Unabhängig vom Vorliegen eines Konzernverhältnisses sollen Rückstellungen (ebenso wie die Bildung von Wertberichtigungen oder die Vornahme von Abschreibungen) dazu dienen, ein konkretes Risiko in den Büchern zu erfassen, um die Vermögens- und Ertragslage der Gesellschaft möglichst zuverlässig beurteilen zu können (vgl. BSK OR II-Neuhaus/Balkanyi, Art. 669 N 20). Diesem Ziel liefe es zuwider, wenn für die Erfüllung ein und derselben Verbindlichkeit der Tochter eine Rückstellung bei der Tochter gebildet würde, die sich im Einzelabschluss der Mutter in einem gesunkenen Beteiligungswert auswirkt, und dieselbe Verbindlichkeit nochmals im Einzelabschluss der Mutter als Garantin zurückgestellt würde: Im Einzelabschluss der Mutter würde sich diesfalls die Verbindlichkeit der Tochter gleich doppelt auswirken, die Vermögenslage der Mutter würde dadurch in einem verzerrten Bild dargestellt. Die zuverlässige Beurteilung der Vermögenslage der Muttergesellschaft würde also nicht erleichtert, sondern erschwert. Für diejenigen Verbindlichkeiten, die korrekterweise bereits im Einzelabschluss der AO.\_\_\_\_\_ per 18. Dezember 2000 zu erfassen waren, sind daher im gedachten Einzelabschluss der A.\_\_\_\_\_ per 18. Dezember 2000 nicht nochmals Rückstellungen zu bilden.

bb) Dies wirkt sich konkret folgendermassen aus: Im Rahmen des AP.\_\_\_\_\_ - Engagements waren die Übernahme der Verluste der AP.\_\_\_\_\_ Group für das

Jahr 2000 (CHF 350 Mio.), den Auskauf der Altgesellschafter (CHF 143 Mio.) sowie die Übernahme der Verluste für das Jahr 2001 (CHF 48 Mio.) bei der AO.\_\_\_\_\_ zu verbuchen. Für diese drei Teilbeträge im Gesamtumfang von CHF 541 Mio. waren daher in der Bilanz der A.\_\_\_\_\_ nicht zusätzliche Rückstellungen zu bilden. Ebenfalls keine Rückstellungen – weder bei der AO.\_\_\_\_\_ noch bei der A.\_\_\_\_\_ – waren erforderlich im Zusammenhang mit der Kapitalausstattung der AQ.\_\_\_\_\_ (vgl. zur Begründung oben, Ziff. 2.b.(4).b.bb)); auch im Teilbetrag von CHF 163 Mio. (Kapitalausstattung AQ.\_\_\_\_\_) ist ein Rückstellungsbedarf bei der A.\_\_\_\_\_ demnach nicht gegeben. Demgegenüber traf die Verpflichtung von CHF 410 Mio. gegenüber den französischen Porteuern CD.\_\_\_\_\_ und CE.\_\_\_\_\_ respektive gegenüber der CF.\_\_\_\_\_ nicht die AO.\_\_\_\_\_, lag doch die Verpflichtung aus den entsprechenden Verträgen und gemäss den vorliegenden Behauptungen hierzu (keine gültige Substituierung der A.\_\_\_\_\_ durch die AO.\_\_\_\_\_) bei der A.\_\_\_\_\_ (vgl. oben, Ziff. 2.b.(6).b)). Der Betrag von CHF 410 Mio. wäre daher bei der A.\_\_\_\_\_ zu verbuchen gewesen. (Zum Betrag von CHF 227 Mio. für die Rekapitalisierung der AR.\_\_\_\_\_/AS.\_\_\_\_\_ [oben, Ziff. 2.b.(5)] vgl. nachfolgend Ziff. (2).b)).

Diese Teilbeträge betreffend Rückstellungen für (Garantie-)Verpflichtungen zugunsten der AO.\_\_\_\_\_ wurden bereits bei der Prüfung der finanziellen Situation der AO.\_\_\_\_\_ untersucht, welche entlang den klägerischen Behauptungen zur finanziellen Situation der AO.\_\_\_\_\_ erfolgte (vgl. oben, Ziff. 2.b)). Von den Beklagten 1–4, 6, 8–12 wird darüber hinaus in den Dupliken unter dem Titel „Rückstellungen für zukünftige Verluste der AP.\_\_\_\_\_“ ein Betrag von CHF 147 Mio. – entsprechend CHF 195 Mio. abzüglich CHF 48 Mio. – zugestanden (D1, act. 121, Rz 162, drittes Lemma; D2, act. 124, Rz 221, dritter Punkt; D3, act. 127, Rz 147, drittes Lemma; D4, act. 130, Rz 271; D6, act. 135, Rz 130, drittes Lemma; D8, act. 140, Rz 148, drittes Lemma; D9, act. 142, Rz 185, drittes Lemma; D10, act. 145, Rz 114, drittes Lemma; D11, act. 148, Rz 143, drittes Lemma; D12, act. 152, Rz 150, dritter Punkt; vgl. auch die oben, vor lit. a abgedruckte Tabelle, Position (5)). Dieses Zugeständnis ändert inhaltlich nichts am Ergebnis der vorliegend zu beurteilenden Klage – schon gar nichts zu Ungunsten der Klägerin, welche diesen

Rückstellungsbedarf unter keinem Titel geltend gemacht hat, wird doch dadurch einzig die finanzielle Situation der A.\_\_\_\_\_ per 18. Dezember 2000 um den entsprechenden Betrag verschlechtert. Dieser Wert von CHF 147 Mio. ist daher ohne vorgängige Stellungnahme seitens Klägerin als Rückstellungsbedarf bei der A.\_\_\_\_\_ zu berücksichtigen. Die Beklagten 5 und 7 haben diesen Betrag nicht zugestanden. Da die Beklagten lediglich eine einfache Streitgenossenschaft gemäss § 40 ZPO bilden (vgl. oben, III.1.), wirkt dieses Zugeständnis selbstredend nicht zwischen den Beklagten 5 und 7 und der Klägerin. Da sich durch die Berücksichtigung dieser Position indes inhaltlich nichts am Ergebnis ändert, kann davon abgesehen werden, die Beklagten 5 und 7 hierzu anzuhören. Ohne Berücksichtigung dieser Position würde die Bilanz der A.\_\_\_\_\_ per 18. Dezember 2000 um CHF 147 Mio. besser aussehen, was jedoch irrelevant ist, wie sich zeigen wird (unten, lit. d)). Der Betrag von CHF 147 Mio. ist daher zu den CHF 410 Mio. für die Verpflichtung aus der Promesse d'achat et de vente vom 6. April 2000 und der Ergänzungsvereinbarung vom 8. August 2000 zu addieren.

Zusammenfassend ergibt sich demnach, dass von den geltend gemachten Rückstellungen in der Höhe von CHF 1'114 Mio. für (Garantie-)Verpflichtungen zugunsten der AO.\_\_\_\_\_ im Einzelabschluss der A.\_\_\_\_\_ per 18. Dezember 2000 CHF 557 Mio. zu berücksichtigen sind.

**(2) Rückstellungen für Garantieverpflichtungen zugunsten der AU.\_\_\_\_\_ B.V.**

a) Die geltend gemachten CHF 1'368 Mio. Rückstellungen bei der A.\_\_\_\_\_ für Garantieverpflichtungen zugunsten der AU.\_\_\_\_\_ B.V. begründet die Klägerin wie folgt: Die AU.\_\_\_\_\_ B.V., eine 100%ige Tochter der A.\_\_\_\_\_, habe vor dem 18. Dezember 2000 zwei Euro-Anleiheobligationen mit Laufzeiten bis in die Jahre 2006 resp. 2010 von insgesamt EUR 900 Mio. (entsprechend CHF 1'368 Mio.) ausgegeben, deren Rückzahlungen durch die A.\_\_\_\_\_ gegenüber den Obligationären garantiert worden seien. Die AU.\_\_\_\_\_ B.V. habe ihrerseits per 18. Dezember 2000 gegenüber der BZ.\_\_\_\_\_ B.V. Darlehensforderungen von rund EUR 690 Mio. gehabt. Da indes die BZ.\_\_\_\_\_ B.V. per 18. Dezember 2000 (mit CHF

609 Mio.) überschuldet gewesen sei, hätte die AU.\_\_\_\_\_ B.V. für diese EUR 690 Mio. eine Rückstellung bilden müssen und wäre dann selber mit rund EUR 686 Mio. überschuldet gewesen (Eigenkapital von rund EUR 4 Mio. abzüglich Rückstellung von EUR 690 Mio.). Da am 18. Dezember 2000 demnach die AU.\_\_\_\_\_ B.V. überschuldet gewesen sei, hätte die A.\_\_\_\_\_ für die Garantieverpflichtungen gegenüber den Anleiensgläubigern der AU.\_\_\_\_\_ B.V. eine Rückstellung von CHF 1'368 Mio. (EUR 900 Mio. zum damaligen Umrechnungskurs) bilden müssen (RE, act. 108, Rz 148 ff.).

Alle Beklagten machen geltend, entgegen der klägerischen Behauptung sei bei der A.\_\_\_\_\_ unter diesem Titel nicht eine Rückstellung von CHF 1'368 Mio., sondern lediglich eine solche von CHF 239 Mio. vorzunehmen gewesen. Das Eigenkapital der BZ.\_\_\_\_\_ B.V. sei im massgeblichen Zeitpunkt in der Tat mit CHF 609 Mio. negativ gewesen. Ein Teil dieser Überschuldung, nämlich CHF 143 Mio., sei jedoch auf den am 28. Dezember 2000 erfolgten Auskauf der Altgesellschafter der AP.\_\_\_\_\_ zurückzuführen und sei daher wegzudenken, da die entsprechende Verpflichtung nicht bei der BZ.\_\_\_\_\_ B.V. gelegen habe. Weiter sei ein Teilbetrag von CHF 227 Mio. für die Rekapitalisierung der AR.\_\_\_\_\_/AS.\_\_\_\_\_ wegzudenken, da dieser zwar bei der BZ.\_\_\_\_\_ B.V. verbucht worden sei, jedoch (zumindest gemäss klägerischer Argumentation) bei der AO.\_\_\_\_\_ (so D5 und D7, act. 133 und 138, je Rz 86) respektive bei der A.\_\_\_\_\_ hätte verbucht werden sollen (so D1, act. 121, Rz 165 ff., 169; D2, act. 124, Rz 224 ff., 227; D3, act. 127, Rz 150 ff., 154; D4, act. 130, Rz 275 ff., 282; D6, act. 135, Rz 133 ff., 137; D8, act. 140, Rz 151 ff., 154; D9, act. 142, Rz 188 ff., 191; D10, act. 145, Rz 117 ff., 121; D11, act. 148, Rz 146 ff., 149; D12, act. 152, Rz 153 ff., 156). Damit verbleibe bei der BZ.\_\_\_\_\_ B.V. ein Restbetrag von CHF 239 Mio. (609 – 143 – 227), welcher nicht auf diese beiden Sachverhalte zurückzuführen gewesen sei. Mit einem Kapitaleinschuss in die BZ.\_\_\_\_\_ B.V. resp. mit einer Rückstellung in dieser Höhe in der Bilanz der A.\_\_\_\_\_ wäre die Überschuldung der BZ.\_\_\_\_\_ B.V. zu eliminieren gewesen, womit für die ausstehenden Anleiensobligationen in der Höhe von CHF 1'368 Mio. der (nicht überschuldeten) AU.\_\_\_\_\_ B.V. keine zusätzlichen Rückstellungen mehr zu bilden gewesen wären (D1, act. 121, Rz 195 ff.; D2, act.

124, Rz 252 ff.; D3, act. 127, Rz 177 ff.; D4, act. 130, Rz 319 ff.; D5, act. 133, Rz 84 ff.; D6, act. 135, Rz 162 ff.; D7, act. 138, Rz 84 ff.; D8, act. 140, Rz 197 ff.; D9, act. 142, Rz 216 ff.; D10, act. 145, Rz 146 ff.; D11, act. 148, Rz 174 ff.; D12, act. 152, Rz 181 ff.).

b) Die Parteien gehen übereinstimmend davon aus, dass die BZ.\_\_\_\_\_ B.V. per 18. Dezember 2000 mit CHF 609 Mio. überschuldet war und es herrscht Einigkeit, dass zu dieser Überschuldung der bei dieser Gesellschaft verbuchte Auskauf der Altgesellschafter der AP.\_\_\_\_\_ in der Höhe von CHF 143 Mio. beigetragen hatte (RE, act. 108, Rz 41; Beklagte vgl. oben, a)). Wie bereits gesehen wäre dieser Teilbetrag bei der AO.\_\_\_\_\_ zu verbuchen gewesen, welche sich zum Auskauf der Altgesellschafter verpflichtet hatte (oben, Ziff. 2.b.(2).b)). Entsprechend hätte sich die Überschuldung bei der BZ.\_\_\_\_\_ B.V. um CHF 143 Mio. verringert. Ebenfalls nicht strittig ist, dass ein weiterer Teilbetrag dieser CHF 609 Mio., nämlich CHF 227 Mio., auf die bei dieser Gesellschaft verbuchte Rekapitalisierungszahlung der AR.\_\_\_\_\_/AS.\_\_\_\_\_ vom 5. Dezember 2000 zurückging (RE, act. 108, Rz 71 f.; Beklagte vgl. oben, a)). Indes war zu dieser Rekapitalisierungszahlung weder die BZ.\_\_\_\_\_ B.V. noch die AO.\_\_\_\_\_ verpflichtet, vielmehr lag die Verpflichtung aus den entsprechenden Verträgen und gemäss den vorliegenden Behauptungen hierzu (keine gültige Substituierung der A.\_\_\_\_\_ durch die AO.\_\_\_\_\_) bei der A.\_\_\_\_\_ (vgl. oben, Ziff. 2.b.(5).b)). Der Betrag von CHF 227 Mio. wäre daher bei der A.\_\_\_\_\_ zu verbuchen gewesen. Gleichzeitig hätte sich die Überschuldung bei der BZ.\_\_\_\_\_ B.V. um weitere CHF 227 Mio. verringert und hätte demnach noch CHF 239 Mio. betragen.

Anders als bei den Teilbeträgen von CHF 143 Mio. und CHF 227 Mio. ergeben sich in Bezug auf die verbleibenden CHF 239 Mio. weder aus den Vorträgen der Klägerin noch aus denjenigen der Beklagten Anhaltspunkte dafür, dass dieser Betrag von einer (bestimmten) anderen Konzerngesellschaft zu tragen gewesen wäre. Dabei kann mit der klägerischen Schilderung, die unbestritten geblieben ist, davon ausgegangen werden, dass die AU.\_\_\_\_\_ B.V. im massgeblichen Zeitpunkt gegenüber der BZ.\_\_\_\_\_ B.V. Darlehensforderungen von rund CHF 690

Mio. gehabt habe und sich ein Ausfall dieser Forderung (infolge Insolvenz der BZ.\_\_\_\_\_) fatal auf die AU.\_\_\_\_ B.V. ausgewirkt und letztlich dazu geführt hätte, dass die A.\_\_\_\_\_ für die Rückzahlung der von der AU.\_\_\_\_ B.V. ausgegebenen Anleihen in der Höhe von CHF 1'368 Mio. hätte aufkommen müssen. Die A.\_\_\_\_\_ hatte demnach schon aus diesem Grund ein grosses Interesse, die Überschuldung der BZ.\_\_\_\_ B.V. und damit die Überschuldung der AU.\_\_\_\_ B.V. zu verhindern. Hätten die Beklagten am 18. Dezember 2000 diese finanzielle Schieflage erkannt, so wäre es zulässig und geboten gewesen, diese CHF 239 Mio. zugunsten der BZ.\_\_\_\_ B.V. bei der A.\_\_\_\_\_ zu allozieren, etwa indem die A.\_\_\_\_\_ einen Kapitaleinschuss in dieser Höhe bei der BZ.\_\_\_\_ B.V. vorgenommen hätte. Als Folge davon wäre die AU.\_\_\_\_ B.V. nicht von der Überschuldung bedroht gewesen, womit keine Rückstellungen für die Garantieverpflichtungen für die von der AU.\_\_\_\_ B.V. ausgegebenen Anleiheobligationen vorzunehmen gewesen wären. Die Beklagten sind unstreitig nicht so vorgegangen, wie auch das Erstellen einer Zwischenbilanz per 18. Dezember 2000 unterblieben ist. Hätten die Beklagten per 18. Dezember 2000 eine Zwischenbilanz der A.\_\_\_\_\_ sowie der AO.\_\_\_\_\_ erstellt, wäre die soeben geschilderte Verbuchung indes zulässig gewesen. Aus der Tatsache, dass die Beklagten diese Verbuchung nicht so vorgenommen haben, liesse sich daher nicht ableiten, dass mangels erfolgter buchhalterischer Reaktion die Überschuldung der BZ.\_\_\_\_ B.V. im massgeblichen Zeitpunkt zu einer Überschuldung der AU.\_\_\_\_ B.V. führte, welche ihrerseits bei der A.\_\_\_\_\_ umfangreiche Garantieverpflichtungen ausgelöst hätte. Nebst den CHF 227 Mio. für die Rekapitalisierungszahlung AR.\_\_\_\_/AS.\_\_\_\_\_ wäre daher bei der A.\_\_\_\_\_ in einer Zwischenbilanz per 18. Dezember 2000 auch der Betrag von CHF 239 Mio. zu Gunsten der BZ.\_\_\_\_ B.V. zu verbuchen gewesen, insgesamt also CHF 466 Mio.

Zusammenfassend wäre bei der A.\_\_\_\_\_ demnach von den unter dem Titel „Rückstellungen für Garantieverpflichtungen zugunsten der AU.\_\_\_\_ B.V.“ geltend gemachten CHF 1'368 Mio. ein Betrag von CHF 466 Mio. zu verbuchen gewesen, indes nicht in Form von Rückstellungen für Garantieverpflichtungen zu-

gunsten der AU.\_\_\_\_\_ B.V., sondern als Verbindlichkeit gegenüber der BZ.\_\_\_\_\_ B.V..

### (3) Zwischenergebnis Rückstellungen und Wertberichtigungen

Von den unter dem Titel „Rückstellungen für Garantieverpflichtungen zugunsten der AO.\_\_\_\_\_“ geltend gemachten CHF 1'114 Mio. sind in der A.\_\_\_\_\_ per 18. Dezember CHF 557 Mio. zu berücksichtigen, während von den unter dem Titel „Rückstellungen für Garantieverpflichtungen zugunsten der AU.\_\_\_\_\_ B.V.“ geltend gemachten CHF 1'368 Mio. deren CHF 466 Mio. zu bilanzieren gewesen wären. Einstweilen würde sich die Eigenkapitalsituation bei der A.\_\_\_\_\_ per 18. Dezember 2000 demnach wie folgt präsentieren (vgl. die oben, vor lit. a) abgedruckte Tabelle aus RE, act. 108, Rz 182):

Massgebliches Eigenkapital (oben, lit. a)	CHF	2'018 Mio.
Rückstellungen für Garantien für Verpflichtungen der AO._____ (oben, Ziff. (1))	CHF	- 557 Mio.
Rückstellung für Rekapitalisierung BB._____	CHF	- 228 Mio.
Rückstellungen für Garantien für Verpflichtungen der AU._____ B.V. (oben, Ziff. (2))	CHF	- 466 Mio.
Wertberichtigung Beteiligung AO._____	CHF	- 500 Mio.
Wertberichtigung Darlehen an AO._____	CHF	- 116 Mio.
<b>Eigenkapital per 18. Dezember 2000 ohne Aufwertung airlinenahe Beteiligungen</b>	<b>CHF</b>	<b>151 Mio.</b>

Das Eigenkapital der A.\_\_\_\_\_ ohne Aufwertung der flugnahen Beteiligungen per 18. Dezember 2000 betrug demnach nach Prüfung der geltend gemachten Rückstellungen für Verpflichtungen der AO.\_\_\_\_\_ sowie für Verpflichtungen der AU.\_\_\_\_\_ B.V. CHF 151 Mio. (2'018 Mio. - 1'867 Mio.). Es kann daher offen bleiben, ob die geltend gemachten Rückstellungen für die Rekapitalisierung der

BB.\_\_\_\_\_ sowie die Wertberichtigungen für Beteiligung und Darlehen an die AO.\_\_\_\_\_ berechtigt seien oder nicht, da selbst bei voller Berücksichtigung der unter diesen Titeln geltend gemachten Summen das errechnete Eigenkapital der A.\_\_\_\_\_ per 18. Dezember 2000 mit CHF 151 Mio. schon vor Hinzurechnung der stillen Reserven (dazu sogleich, lit. c)) grösser war als die maximale Überschuldung der AO.\_\_\_\_\_ von CHF 110 Mio.

**c) Stille Reserven**

Gemäss unbestritten gebliebener Behauptung der Klägerin war die AT.\_\_\_\_\_ AG bei der A.\_\_\_\_\_ mit einem Buchwert von lediglich CHF 100'000.– bewertet worden (RE, act. 108, Rz 163). Da indes der Wert der AT.\_\_\_\_\_ AG im Zeitpunkt der Fusion mit der AO.\_\_\_\_\_ mindestens CHF 162 Mio. betrug (vgl. oben, Ziff. 3), ist für die Berechnung der Eigenkapitalsituation der A.\_\_\_\_\_ per 18. Dezember 2000 (vor der Transaktion) von stillen Reserven auf der AT.\_\_\_\_\_ AG von mindestens CHF 162 Mio. auszugehen.

**d) Zusammenfassung finanzielle Situation A.\_\_\_\_\_ per 18. Dezember 2000**

Gemäss den obigen Erwägungen hätte eine Zwischenbilanz der A.\_\_\_\_\_ per 18. Dezember 2000 vor der Vornahme der AT.\_\_\_\_\_ -Transaktion im schlechtesten Fall folgendermassen ausgesehen:

Massgebliches Eigenkapital (oben lit. a)	CHF	2'018 Mio.
Rückstellungen und Wertberichtigungen (oben lit. b) max.	CHF	- 1'867 Mio.
Stille Reserven AT._____ (oben lit. c) mind.	CHF	162 Mio.
<b>Eigenkapital per 18. Dezember 2000 (ohne Aufwertung flugnahe Betriebe) mind.</b>	<b>CHF</b>	<b>313 Mio.</b>

Damit bleibt festzuhalten: Ohne Prüfung einer Aufwertung der flugnahen Betriebe und unter ungeprüfter Zugrundelegung der maximal geforderten Beträge für Wertberichtigungen und Rückstellungen für die BB.\_\_\_\_\_ sowie unter Berücksichtigung der von den Beklagten 1–4, 6, 8–12 zugestandenen CHF 147 Mio. (vgl. oben lit. b)) sowie unter Annahme des tiefsten geltend gemachten Werts der stil-

len Reserven auf der AT.\_\_\_\_\_ AG wies die A.\_\_\_\_\_ am 18. Dezember 2000 (vor Vornahme der AT.\_\_\_\_\_-Transaktion) ein positives Eigenkapital von mindestens CHF 313 Mio. aus.

## 5. Fazit

Wie die Prüfung der finanziellen Situation der AO.\_\_\_\_\_ per 18. Dezember 2000 aufgrund der dem Gericht vorgebrachten Behauptungen ergeben hat, war die AO.\_\_\_\_\_ per 18. Dezember 2000 maximal (d.h. ohne eventuelle stille Reserven auf der Beteiligung AX.\_\_\_\_\_) mit CHF 110 Mio. überschuldet. Falls jedoch auf der Beteiligung AX.\_\_\_\_\_ stille Reserven zu berücksichtigen gewesen wären, hätte sich die Überschuldung um den Betrag dieser stillen Reserven verringert resp. wäre ganz weggefallen, falls die stillen Reserven auf der Beteiligung AX.\_\_\_\_\_ grösser als CHF 110 Mio. gewesen sein sollten (oben, Ziff. 2). Ob die Beklagten eine am 18. Dezember 2000 bestehende Überschuldung der AO.\_\_\_\_\_ pflichtwidrig nicht erkannt haben, bleibt demnach offen.

Der Wert der AT.\_\_\_\_\_ AG betrug im Zeitpunkt der Fusion mit der AO.\_\_\_\_\_ nach den Behauptungen der Parteien mindestens CHF 162 Mio. (und maximal CHF 333 Mio.) (oben Ziff. 3). Durch die AT.\_\_\_\_\_-Transaktion wurde daher die allenfalls bestehende Überschuldung der AO.\_\_\_\_\_ auf jeden Fall beseitigt, während die A.\_\_\_\_\_ nach Vornahme dieser Transaktion ebenfalls nicht überschuldet war (oben, Ziff. 4). Der A.\_\_\_\_\_ als Alleinaktionärin der AO.\_\_\_\_\_ erwuchs daher durch die AT.\_\_\_\_\_-Transaktion kein Schaden (vgl. oben, Ziff. 1.4.b), jedenfalls wenn man in Rechnung stellt, dass nach übereinstimmender und zutreffender Ansicht der Parteien (dazu sogleich nachfolgend, Ziff. 6) der A.\_\_\_\_\_ umgekehrt ein Schaden entstanden wäre, wenn sie ihrer Tochter AO.\_\_\_\_\_ keinerlei Mittel hätte zukommen lassen, da ein allfälliger Konkurs der Tochter hohe Folgekosten für die Konzernmutter nach sich gezogen hätte. Bei dieser Sachlage erübrigt sich, auf die weiteren Verteidigungsvorbringen der Beklagten im Zusammenhang mit dem Vorliegen eines Schadens einzugehen. Es bleibt demnach

festzuhalten, dass der Klägerin aus der vorliegend eingeklagten AT.\_\_\_\_\_-Transaktion kein Schaden entstanden ist.

## **6. Fehlende Kausalität**

1.a) Ist eine Konzernuntergesellschaft (Tochter) überschuldet, bestehen für die Konzernobergesellschaft (Mutter) vernünftigerweise nur zwei mögliche Reaktionen: Entweder sie nimmt eine Sanierung der Tochtergesellschaft vor, was in der Regel bedeutet, dass die Mutter der Tochter die zur Beseitigung der Überschuldung notwendigen Mittel zur Verfügung stellt, oder es wird auf die „Vernichtung“ weiterer Mittel verzichtet und die Tochter in ein Insolvenzverfahren geschickt. Zu den Alternativen „Insolvenzverfahren oder Sanierung“ stellt die Klägerin in der Replik vorerst klar, dass sie entgegen den Ausführungen der Beklagten nicht davon ausgehe, dass die AO.\_\_\_\_\_ hätte sich selbst überlassen resp. in ein Insolvenzverfahren geschickt werden sollen (RE, act. 108, Rz 7). Die gesamte AX.\_\_\_\_\_-Gruppe wäre nach ihrer Ansicht vielmehr zu sanieren gewesen, wobei die Klägerin nähere Ausführungen dazu macht, wie eine solche Sanierung ihrer Meinung nach hätte vor sich gehen sollen: So wäre ein Sanierungskonzept auszuarbeiten gewesen, welches zuerst die Ist-Situation festgestellt und sodann die Sanierungsstrategie festgelegt hätte und schliesslich die Umsetzung der Sanierungsstrategie vor Beginn der Sanierung geplant hätte. Konkreter hätte ein mögliches Sanierungskonzept gemäss Klägerin in den Grundzügen bedeutet, dass die überlebensfähigen und überlebensnotwendigen Teile der AX.\_\_\_\_\_-Gruppe (Flugbetriebe AX.\_\_\_\_\_ und BW.\_\_\_\_\_) von den maroden ausländischen Airline-Beteiligungen durch Auskauf aus der AO.\_\_\_\_\_ durch die A.\_\_\_\_\_ abzuschotten gewesen wären, während die ausländischen Beteiligungen bei der AO.\_\_\_\_\_ zu isolieren gewesen wären. Die verlustreichen ausländischen Airline-Beteiligungen wären sodann durch Verkauf oder Liquidation zu eliminieren gewesen. Die Eigenkapitalbasis der A.\_\_\_\_\_ wäre zu stärken und die AX.\_\_\_\_\_ als vollintegrierte Fluggesellschaft wiederherzustellen gewesen (RE, act. 108, Rz 184 ff.). Da die Klägerin sowohl zu Beginn der Replik als auch zu Beginn ihrer Ausführungen über

die Sanierung (RE, act. 108, Rz 7, 184) unmissverständlich betont, dass aus ihrer Sicht nicht ein Insolvenzverfahren der AO.\_\_\_\_\_, sondern deren Sanierung angeordnet hätte, sind die soeben geschilderten „Grundzüge“ eines Sanierungskonzepts nicht etwa so zu verstehen, dass die AO.\_\_\_\_\_ doch hätte fallengelassen werden sollen. Der von der Klägerin erhobene Vorwurf lautet vielmehr, dass die Beklagten es unterlassen hätten, eine effektive, ordnungsgemässe Sanierung der AX.\_\_\_\_\_-Gruppe vorzunehmen, welche ohne eine Sanierung insbesondere auch der AO.\_\_\_\_\_ aussichtslos gewesen wäre. Auch aus Sicht der Beklagten hätte sich eine Insolvenz der AO.\_\_\_\_\_ auf das Vermögen der Klägerin fatal ausgewirkt (D1, act. 121, Rz 548; D2, act. 124, Rz 32 ff.; D3, act. 127, Rz 19 ff.; D4, act. 130, Rz 33 ff.; K5, act. 69, Rz 256; D6, act. 135, Rz 36 f.; K7, act. 71, Rz 256; D8, act. 140, Rz 24 f.; D9, act. 142, Rz 32 ff.; D10, act. 145, Rz 29; D11, act. 148, Rz 479 ff.; D12, act. 152, Rz 22 ff.).

b) Es ist in der Tat in Übereinstimmung mit den Parteien davon auszugehen, dass ein Insolvenzverfahren der AO.\_\_\_\_\_ im Dezember 2000 nicht zuletzt für die A.\_\_\_\_\_ keine vorteilhafte Angelegenheit gewesen wäre, wären doch diesfalls nicht nur zahlreiche Garantieverpflichtungen bei der A.\_\_\_\_\_ aktuell geworden (zu einigen davon vgl. oben, Ziff. 2 und 4), sondern auch ein schwerwiegender Image-Schaden entstanden. Ob überdies eine Pflicht zur finanziellen Stützung der AO.\_\_\_\_\_ nicht nur als ökonomische Notwendigkeit innerhalb des Konzerns, sondern auch als Ausfluss des statutarischen Zwecks der A.\_\_\_\_\_ – welcher gemäss Handelsregisterauszug in „Erwerb, Verwaltung und Veräussern von Beteiligungen, insbesondere der Beteiligung an der AO.\_\_\_\_\_ AG“ bestand (act. 3/3 S. 1) – betrachtet werden könnte, kann hier offen bleiben (bejahend K1, act. 90, Rz 376 ff.; K2, act. 62, Rz 496 ff.; K3, act. 63, Rz 380; K4, act. 67, Rz 350 ff.; K5, act. 69, Rz 334; K6, act. 72, Rz 48 ff.; K7, act. 71, Rz 334; K8, act. 74, Rz 237 ff.; K9, act. 76, Rz 44 ff.; K10, act. 79, Rz 128, 336; K11, act. 82, Rz 329 ff.; K12, act. 85, Rz 330 ff.; verneinend RE, act. 108, Rz 365). Zumindest erhellt aus dem statutarischen Zweck der A.\_\_\_\_\_, dass der AO.\_\_\_\_\_ im Konzern jedenfalls eine zentrale Stellung zukam.

Da vorliegend wie soeben gesehen am 18. Dezember 2000 die Einleitung eines Insolvenzverfahrens für die AO.\_\_\_\_\_ keine valable Option gewesen wäre, ist der Vermögensstand der Klägerin vor der AT.\_\_\_\_\_ -Transaktion zu vergleichen mit dem Stand, den das Vermögen der Klägerin gehabt hätte, wenn ordnungsgemäss saniert worden wäre. Falls also die Überschuldung bei der AO.\_\_\_\_\_ grösser gewesen wäre als der Wert der AT.\_\_\_\_\_ und zudem davon auszugehen wäre, durch die Vermeidung eines Konkurses der AO.\_\_\_\_\_ sei von der Klägerin nicht in noch viel höherem Umfang Schaden abgewendet worden, so hätte die A.\_\_\_\_\_ zur ordentlichen Sanierung ihrer Tochter AO.\_\_\_\_\_ nach den Behauptungen der Klägerin in der Konsequenz nicht weniger, sondern mehr Mittel aufwenden müssen. Das soeben geschilderte „Sanierungskonzept“ der Klägerin jedenfalls lässt keinen anderen Schluss zu: Die vorgeschlagene Isolation der maroden ausländischen Airline-Beteiligungen bei der AO.\_\_\_\_\_ kann nicht ohne schwerwiegenden inhaltlichen Widerspruch so verstanden werden, dass die AO.\_\_\_\_\_ sodann sich selbst überlassen werden sollte – ohne zusätzlichen Aufwand an Mitteln wäre eine Insolvenz aber nicht zu verhindern gewesen. Die Stärkung der Eigenkapitalbasis der A.\_\_\_\_\_ hätte an der finanziellen Situation der AO.\_\_\_\_\_ nichts geändert, und auch das Schlagwort der AX.\_\_\_\_\_ als wiederhergestellte vollintegrierte Fluggesellschaft vermag nichts daran zu ändern, dass eine Sanierung nicht zuletzt wegen der engen Verflechtung der Konzerngesellschaften untereinander nicht ohne zusätzliche Mittel zu haben gewesen wäre. Wie die Prüfung der finanziellen Situation der A.\_\_\_\_\_ per 18. Dezember 2000 ergeben hat, waren bei der A.\_\_\_\_\_ jedenfalls die Mittel vorhanden, eine etwaige Überschuldung der AO.\_\_\_\_\_ zu eliminieren (oben, Ziff. 4).

2. Selbst wenn die vorliegende Klage entgegen den obigen Ausführungen nicht schon mangels Schaden abzuweisen wäre, so müsste ein eingetretener Schaden durch die eingeklagte Handlung (resp. Unterlassung) adäquat kausal verursacht worden sein. Dieses Erfordernis hängt mit dem klägerischen Vorwurf eines fehlenden Sanierungskonzeptes zusammen, wie sogleich zu zeigen sein wird.

a) Wie soeben (oben, 1.a)) gesehen, ist die Klägerin der Auffassung, dass es die Beklagten unterlassen hätten, für die AX.\_\_\_\_-Gruppe ein taugliches Sanierungskonzept zu erarbeiten und umzusetzen, da sie die finanzielle Situation falsch eingeschätzt hätten. Die Beklagten 1–4, 6, 8–12 bestreiten, dass ein Sanierungsplan auszuarbeiten gewesen wäre: Ihrer Auffassung nach war weder die A.\_\_\_\_ noch die AO.\_\_\_\_ per 18. Dezember 2000 überschuldet, weshalb ein Sanierungsbedarf, der eine Überschuldungssituation voraussetze, definitionsgemäss nicht gegeben gewesen sei. Indessen sei die AT.\_\_\_\_-Transaktion eine Massnahme gewesen, um den bei der AO.\_\_\_\_ per 31. Dezember 1999 bestehenden Kapitalverlust zu beseitigen (D1, act. 121, Rz 498 ff., insb. Rz 499, Rz 527; D2, act. 124, Rz 539 ff., insb. Rz 544; D3, act. 127, Rz 474 ff., insb. Rz 475, Rz 502; D4, act. 130, Rz 672 ff., insb. Rz 674 ff., Rz 714; D6, act. 135, Rz 517 ff., insb. Rz 519 f., Rz 552; D8, act. 140, Rz 478 ff., insb. Rz 479, Rz 507; D9, act. 142, Rz 511 ff., insb. Rz 512, Rz 535; D10, act. 145, Rz 483 ff., insb. Rz 484, Rz 512; D11, act. 148, Rz 470 ff., insb. Rz 471, Rz 499; D12, act. 152, Rz 502 ff., insb. Rz 503, Rz 531). Die Beklagten 5 und 7 weisen darauf hin, dass die AO.\_\_\_\_ am 18. Dezember 2000 nicht überschuldet gewesen sei, so dass die klägerischen Ausführungen zum Sanierungskonzept fehl gingen. Zudem seien die bestehenden Verpflichtungen der AO.\_\_\_\_ gegenüber ausländischen Airline-Beteiligungen durch die A.\_\_\_\_ garantiert gewesen, weshalb die vorgeschlagene Abschottung dieser Risiken bei der A.\_\_\_\_ [recte: AO.\_\_\_\_] nicht möglich gewesen wäre (D5 und D7, act. 133 und 138, je Rz 240).

b) Ob die AO.\_\_\_\_ per 18. Dezember 2000 überschuldet war, wie die Klägerin geltend macht, oder ob es in jenem Zeitpunkt nur darum ging, den mit der Jahresrechnung 1999 ausgewiesenen Kapitalverlust zu beseitigen, wie die Beklagten vorbringen: Die finanzielle Situation der AO.\_\_\_\_ erforderte von den Beklagten so oder anders eine angemessene Reaktion. Angenommen, dass die AO.\_\_\_\_ in jenem Zeitpunkt überschuldet war, so hätte es an den Beklagten gelegen, diese Überschuldung zu erkennen und sodann in Kenntnis der Lage zu entscheiden, entweder den Richter anzurufen oder auf diesen Schritt zu verzichten und anstatt dessen unverzüglich eine Sanierung anhand zu nehmen. Wohl spricht die den

Sanierungsbedarf behauptende Klägerin wiederholt von der Sanierung der ganzen AX.\_\_\_\_-Gruppe, doch hätte eine solche Sanierung auf jeden Fall auch die Sanierung der AO.\_\_\_\_ beinhalten müssen, geht doch auch die Klägerin (zu Recht) davon aus, dass die AO.\_\_\_\_ nicht hätte sich selbst überlassen und in den Konkurs geschickt werden sollen. Aus diesem Grund musste – immer unter der Annahme von deren Überschuldung – das Überleben der AO.\_\_\_\_ sofort gesichert werden. Das Ausarbeiten eines fundierten Sanierungskonzeptes, welches in der Regel sowohl Massnahmen zur kurzfristigen Existenzsicherung (nicht zuletzt durch Beseitigung einer Überschuldung) als auch solche zur langfristigen Ertragssicherung zu enthalten hat, hätte demgegenüber Zeit in Anspruch genommen, ebenso wie die Umsetzung eines solchen Konzeptes; so dürfte etwa die von der Klägerin vorgeschlagene Verbesserung der Eigenkapitalbasis wohl nicht von heute auf morgen zu haben gewesen sein.

Dies führt zu folgendem Schluss: Selbst falls der Klägerin durch die Vornahme der AT.\_\_\_\_-Transaktion ein Schaden entstanden wäre – was nach den obigen Ausführungen zu verneinen ist –, so hätte bei der im Überschuldungsfall der AO.\_\_\_\_ gebotenen Ausarbeitung eines Sanierungskonzeptes die AT.\_\_\_\_-Transaktion keineswegs zwingend unterbleiben müssen: Die AT.\_\_\_\_-Transaktion hätte nämlich vielmehr Teil eines solches Sanierungskonzeptes sein können, wenn es darum ging, das kurzfristige Überleben der AO.\_\_\_\_ zu sichern, war sie doch unstreitig geeignet, die Eigenkapitalbasis der AO.\_\_\_\_ zu verbessern. Die angenommene Schädigung der A.\_\_\_\_ wäre diesfalls auch eingetreten, wenn sich die Beklagten rechtmässig verhalten hätten. Damit wäre eine entsprechende Pflichtverletzung für den Schaden vorliegend gar nicht relevant, da derselbe Schaden auch bei so genanntem rechtmässigen Alternativverhalten der Beklagten eingetreten wäre. Die Figur des rechtmässigen Alternativverhaltens ist primär von Bedeutung im Zusammenhang mit pflichtwidrigen Unterlassungen, indem die natürliche Kausalität wegfällt, wenn auch das pflichtgemässe Handeln zum gleichen Ergebnis geführt hätte. Das Bundesgericht hat deren Anwendbarkeit mehrfach bejaht (BGE 122 III 232 ff.; 121 III 363; weitere Nachweise bei Gauch/Schluep/Emmenegger, Rz 2956), auch wenn ein Teil der

Lehre dagegen Vorbehalte geäussert hat (Nachweise und Näheres zur Kontroverse bei Rey, Rz 644 ff.). Ohne hier auf die unterschiedlichen Meinungen näher einzugehen bleibt festzuhalten, dass auch ein gegebenenfalls nötiges, pflichtgemäss und in Respektierung von Art. 716a OR erstelltes Sanierungskonzept zwecks Stärkung der Eigenkapitalbasis der AO.\_\_\_\_\_ wohl nicht zuletzt Transaktionen wie die Übertragung der AT.\_\_\_\_\_ AG von der A.\_\_\_\_\_ zur AO.\_\_\_\_\_ beinhaltet hätte. Der AT.\_\_\_\_\_ -Transaktion würde es daher in der vorliegenden Situation, unter Annahme sowohl einer Pflichtverletzung wie auch eines Schadens, an der notwendigen Kausalität für diesen Schaden fehlen, da auch ein pflichtgemässes Handeln der Beklagten zu demselben Resultat geführt hätte.

3. Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass die Klage aus all diesen Gründen abzuweisen ist, weshalb auf die weiteren Voraussetzungen für die Gutheissung einer aktienrechtlichen Verantwortlichkeit nicht näher einzugehen ist.

## **V. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

1. Die Klägerin verliert den Prozess. Sie trägt deshalb die Gerichtskosten und hat den Beklagten eine Prozessentschädigung zu bezahlen (§§ 64 Abs. 2 und 68 Abs. 1 ZPO). Den Beklagten 1, 3–9, 11 und 12 ist zusätzlich zur Prozessentschädigung ein Mehrwertsteuerzusatz von 7.6% zu entrichten. Dem Beklagten 10 ist entgegen dessen Antrag (D10, act. 145, S. 2) keine Mehrwertsteuer zu entrichten, da er Wohnsitz im Ausland hat, womit keine Mehrwertsteuer anfällt. Der Beklagte 2 demgegenüber hat aus demselben Grund auf die Beantragung der Mehrwertsteuer zu Recht verzichtet (D2, act. 124, Rz 754). Der Streitwert liegt bei CHF 279'796'331.45 (§ 18 Abs. 1 ZPO).

a) Die einfache Gerichtsgebühr gemäss § 4 Abs. 1 der Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (GebV) beträgt CHF 1'469'732.–. Das vorliegende Verfahren ist als ausserordentlich umfangreich zu bezeichnen, weisen doch alleine die Rechtsschriften einen Umfang von mehreren

tausend Seiten auf, während dutzendweise Bundesordner als Beilagen eingereicht worden sind. Deshalb ist die Gerichtsgebühr gemäss § 4 Abs. 2 GebV auf 4/3 zu erhöhen, was eine Gebühr von CHF 1'959'643.– ergibt. Von der in § 9 Ziff. 1 GebV vorgesehenen Verdoppelungsmöglichkeit der Gebühr in besonders aufwändigen Verfahren ist indes angesichts des hohen Streitwertes abzusehen. Die Gerichtsgebühr beträgt damit einschliesslich Schreib- und Zustellgebühren sowie weiterer Auslagen (§ 2 Abs. 3 GebV) CHF 1'959'600.–.

b.aa) Was die den Beklagten auszurichtende Prozessentschädigung betrifft, ist Folgendes zu beachten: Gemäss Art. 759 Abs. 2 OR kann der Kläger mehrere Beteiligte gemeinsam für den Gesamtschaden einklagen und verlangen, dass der Richter im gleichen Verfahren die Ersatzpflicht jedes einzelnen Beklagten festsetzt. Wie das Bundesgericht festgehalten hat, wurde diese Bestimmung bei der Revision des Aktienrechts neu ins Gesetz aufgenommen mit dem Ziel, den Kläger vom hohen Kostenrisiko einer aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage zu befreien, welches darin besteht, die Gerichts- und Prozesskosten gegenüber allen entlasteten Beklagten zu tragen. Der Gesetzgeber habe den Kläger von diesem Risiko, das ihn von der Erhebung einer Verantwortlichkeitsklage zum Voraus abhalten könnte, befreien wollen (BGE 122 III 324 ff., E. 7b S. 325 f.). Im Lichte der Materialien und der Systematik hat das Bundesgericht die Bestimmung daher in dem Sinn ausgelegt, dass der Kläger, der mehrere Verantwortliche für den Gesamtschaden gemeinsam einklagt, das Kosten- und Entschädigungsrisiko nur gegenüber einer Gegenpartei trägt und nicht gegenüber jedem Beklagten (BGE 122 III 324, E. 7b S. 326). Dieser Entscheid ist in der Literatur auf breite Zustimmung gestossen (Vogel, SZW 1998 146 ff.; Zäch/Triebold, S. 421 ff.; Bärtschi, S. 125, m.w.H. in Fn 628).

In einem späteren Entscheid wurde präzisiert, dass der in BGE 122 III 324 ff. aufgestellte Grundsatz dann nicht befriedige, wenn mehrere Beklagte aus unterschiedlichen tatsächlichen Klagefundamenten belangt würden und diese intern in einem Interessenkonflikt stünden, so dass einem Anwalt standesrechtlich untersagt wäre, alle Beklagten gemeinsam zu vertreten, weil sie sich gegenseitig be-

lasteten. Würde unter diesen Umständen lediglich eine Prozessentschädigung zugesprochen, müssten die je einzeln vertretenen, obsiegenden Streitgenossen jedenfalls einen Teil der eigenen Prozesskosten tragen, was im Ergebnis zu einer Art partieller Kausalhaftung der obsiegenden Beklagten für den eigenen Verfahrensaufwand führe, was wiederum dem schweizerischen Prozessverständnis grundsätzlich fremd sei. Deshalb könne den beklagten Streitgenossen unter bestimmten Umständen ein Anspruch auf mehrere Parteientschädigungen nicht ab-erkannt werden. Davon sei insbesondere dann auszugehen, wenn die Beklagten begründeten Anlass gehabt hätten, sich einzeln oder in Gruppen vertreten zu lassen (BGE 125 III 140 E. 2d). Auch dieser Entscheid ist in der Literatur zustimmend zur Kenntnis genommen worden (Leuenberger, S. 861 f.; Pfeifer, S. 1470; kritisch hingegen Bärtschi, S. 128).

bb) Vorliegend sind als Beklagte sämtliche Verwaltungsräte der A.\_\_\_\_\_ sowie deren CEO und der CFO im Zeitpunkt der behaupteten schädigenden Handlung ins Recht gefasst worden. Unter den Mitgliedern des Verwaltungsrates – und in vermehrter Masse unter den Verwaltungsratsmitgliedern einerseits sowie dem CEO und CFO andererseits – können durchaus Interessengegensätze bestehen, insbesondere wenn einzelnen Verwaltungsräten gegenüber anderen Sonderfunktionen zukommen, sei es das Präsidium oder die Angehörigkeit zu Ausschüssen mit Spezialzuständigkeit. Dieser Umstand vermag für sich alleine allerdings nicht zu rechtfertigen, vom Grundsatz abzuweichen, dass der Kläger gegenüber mehreren Beklagten nicht mehrere Prozessentschädigungen soll leisten müssen, zumal dieses Bestreben vom Gesetzgeber explizit geäußert worden ist (vgl. die Zitate bei Vogel, SZW 1998 147). Andernfalls würde der Sinn dieser Norm ausgehebelt, besteht doch abgesehen vom Einpersonen-Verwaltungsrat jeder Verwaltungsrat aus einem Präsidenten und zumindest einem weiteren (einfachen) Verwaltungsratsmitglied (Art. 712 OR), womit Art. 759 Abs. 2 OR nie zum Tragen käme: Sobald ein mehrköpfiger Verwaltungsrat eingeklagt würde, ergäbe sich wegen der unterschiedlichen Funktionen der Beklagten für die Klägerin in jedem Fall zumindest eine Verdoppelung des Kostenrisikos.

In BGE 125 III 138 ff. war die Situation insofern eine andere als im vorliegenden Fall, als dort einerseits zwei Revisionsstellen und andererseits Verwaltungsräte eingeklagt wurden. Diese wurden aus unterschiedlichen tatsächlichen Klagefundamenten belangt, unterlagen doch die Verantwortlichkeitsansprüche unterschiedlichen Voraussetzungen (Art. 754 OR i.V.m. Art. 716a ff. OR einerseits, Art. 755 OR i.V.m. Art. 728 ff. OR andererseits). Vorliegend wurden alle Beklagten aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit gemäss Art. 754 OR ins Recht gefasst. Allerdings wäre auch dort, wo die Beklagten aus unterschiedlichen Haftungsnormen ins Recht gefasst werden, der Sinngehalt von Art. 759 Abs. 2 OR zu beachten: In einem nach BGE 125 III 138 ff. ergangenen Entscheid hat das Bundesgericht den Entscheid der Vorinstanz geschützt, den obsiegenden Beklagten insgesamt nur eine Prozessentschädigung zuzusprechen, obwohl es sich dabei um Verwaltungsräte und Revisionsstelle handelte und sich zudem Letztere von den beklagten Verwaltungsräten abgegrenzt und eine andere Verteidigungsstrategie gewählt hatte (BGer, Entscheid 4C.160/2001 vom 18. Dezember 2001, nicht in der amtlichen Sammlung). Ausschlaggebend war in diesem Entscheid das Argument, dass in Bezug auf die primäre Frage, ob die betreffende Gesellschaft im massgeblichen Zeitpunkt überschuldet gewesen sei bzw. in welchem späteren Zeitpunkt Verwaltungsrat und Revisionsstelle eine Überschuldung hätten erkennen und entsprechend handeln müssen, der Standpunkt der Beklagten identisch gewesen sei und kein Interessenkonflikt bestanden habe (BGer, 4C.160/2001 vom 18. Dezember 2001, E.3c).

Im vorliegenden Fall wurden alle Beklagten aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit gemäss Art. 754 OR ins Recht gefasst. Die Beklagten grenzten sich voneinander nicht klar ab und wählten auch keine unterschiedlichen Verteidigungsstrategien, sondern reichten vielmehr gar weitgehend gleichlautende Eingaben ein. So sieht das Bild bei den Dupliken folgendermassen aus: Die Beklagten 5 und 7 reichten, vertreten durch dieselben Anwälte, zwei identische Rechtsschriften ein, wobei jeweils einzig die Namen der Beklagten 5 und 7 je in die Rechtsschriften eingesetzt wurden (D5 und D7, act. 133 und act. 138). Auch wenn diese beiden Rechtsschriften offenbar unabhängig von den übrigen Beklag-

ten verfasst wurden, so werden inhaltlich weitgehend dieselben Argumente vorgebracht wie von den Beklagten 1–4, 6, 8–12. Diese wiederum haben ihre Rechtsschriften in sehr enger Zusammenarbeit verfasst, worauf schon ein Blick auf die Inhaltsverzeichnisse schliessen lässt. Darüber hinaus ist sogar der Text dieser Rechtsschriften nicht etwa nach gegenseitiger Absprache je eigenständig verfasst worden, sondern es wurde – wie unschwer zu erkennen ist – von einem gemeinsamen Urtext mit den wortwörtlich gleichlautenden Sätzen ausgegangen, welcher von den Bearbeitern unterschiedlich modifiziert worden ist. Was anhand zahlreicher Stellen aufgezeigt werden könnte, sei hier stellvertretend an folgendem Beispiel geschildert: Bei der Stellungnahme zu den klägerischen Vorbringen in der Replik äussern sich die Beklagten 1–4, 6, 8–12 zu den klägerischen Rz 210–215. Bei den Beklagten 3, 4 und 9 klingt das vorerst wortwörtlich gleich (D3, act. 127, Rz 521 f.; D4, act. 130, Rz 734 f.; D9, act. 142, Rz 550 f. [ausser Rz 550 letzter Satz]); wortwörtlich dieselben Ausführungen wie in diesen Rechtsschriften finden sich sodann auch bei den Beklagten 1, 6, 8, 10–12, wobei dort die Ausführungen der soeben referenzierten beiden Duplik-Randziffern von einem längeren Einschub betreffend Pflicht zur Sanierung unterbrochen werden. Dieser wiederum ist bei allen (D6 ausgenommen) weitestgehend wörtlich derselbe (D1, act. 121, Rz 547 f.; D6, act. 135, Rz 571 f.; D8, act. 140, Rz 527 f.; D10, act. 145, Rz 538 f.; D11, act. 148, Rz 519 f.; D12, act. 152, Rz 551 f.). Einzig der Beklagte 2 bestreitet die klägerischen Replik-Rz 210–215 deutlich knapper und insofern unabhängig von den anderen (D2, act. 124, Rz 568). Wenn hier trotz des Abweichens des Beklagten 2 diese Stelle exemplarisch herausgegriffen wird, so deshalb, weil sich im Übrigen bei allen Beklagten derselbe Tippfehler findet, ist doch überall zu lesen (D1, act. 121, Rz 548 Ziff. 3; D3, act. 127, Rz 522; D4, act. 130, Rz 735; D6, act. 135, Rz 572; D8, act. 140, Rz 528 Ziff. 3; D9, act. 142, Rz 551; D10, act. 145, Rz 539 Ziff. 3; D11, act. 148, Rz 520 Ziff. 3; D12, act. 152, Rz 552 Lemma 3. – Hervorhebung hinzugefügt): „Nach gefestigter Praxis des Bundesgerichts sind die verantwortlichen Organe einer überschuldeten Gesellschaft zu Sanierungshandlungen ermächtigt, wenn ernsthafte Aussichten auf Erfolg bestehen. Diesfalls können die verantwortlichen Organe diese in Angriff nehmen und müssen die Bi-

lanz nicht deponieren (vgl. BGE 132 III 564, E. 5.1 mit Hinweis auf die [bereits in der Klageantwort erwähnten] Bundesgerichtsentscheide vom 19. Juni 2001, 4C.366/2000 E. 4b und BGE 116 II 533, E. 5a; vgl. auch BGE **4C/436/2006**, E. 4)“, wo es korrekt **4C.436/2006** heissen müsste.

Aus all diesen Gründen erscheint es grundsätzlich angebracht, die Klägerin das Kosten- und Entschädigungsrisiko nur gegenüber einer Gegenpartei tragen zu lassen (und nicht gegenüber jedem Beklagten) und die einfache Anwaltsgebühr in Anbetracht der Komplexität des Falles im Rahmen des Zulässigen zu erhöhen. Indes muss trotz der bestehenden Rechts- und Sachlage auch dem erstinstanzlichen Richter ein gewisser Ermessensspielraum zukommen (vgl. BSK OR II-Widmer/Gericke/Waller, Art. 759 N 8). Auch wenn sich gezeigt hat, dass eine gemeinsame Vertretung der Beklagten in Anbetracht der Umstände und vor allem der weitgehenden inhaltlichen und teils auch grammatikalischen Übereinstimmung der Rechtsschriften der Beklagten durchaus nicht unangebracht gewesen wäre, so lässt sich nicht ohne Weiteres sagen, es wäre einzig gerechtfertigt gewesen, einen einzigen Vertreter für alle Beklagten zu bestellen. Im Bestreben die Verteidigungsrechte nicht unnötig einzuschränken ist daher vorliegend trotz des Wunsches des Gesetzgebers, das Prozesskostenrisiko bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage möglichst klein zu halten und trotz der tatsächlich erfolgten engen Zusammenarbeit unter den Beklagten die Anwaltsgebühr im Folgenden vorab zu verdoppeln. Dies lässt sich auch mit § 2 Abs. 3 der Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006 (AnwGebV) begründen, wonach der notwendige Zeitaufwand der Anwälte nicht in einem Missverhältnis zum Streitwert stehen soll.

cc) Die einfache Anwaltsgebühr gemäss § 3 Abs. 1 AnwGebV beträgt CHF 1'455'382.–. Die Verdoppelung führt zu einer Anwaltsgebühr (Grundgebühr) von CHF 2'910'764.–. Hierzu sind Zuschläge von insgesamt 50% für das Hauptverfahren einschliesslich Referentenaudienz angebracht (§ 6 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Da es sich vorliegend im Weiteren um ein Verfahren mit ausserordentlich umfangreichem Aktenmaterial handelt und den Beklagten, auch soweit die Rechtsschriften

nicht selbständig verfasst wurden, jedenfalls ein grosser Koordinationsaufwand erwuchs, ist ein weiterer Zuschlag von 50% zu berechnen (§ 6 Abs. 1 lit. b i.V.m. § 6 Abs. 2 AnwGebV). Die insgesamt geschuldete Anwaltsgebühr beläuft sich damit auf CHF 5'821'528.–. Davon ist grundsätzlich an jeden der zwölf Beklagten ein Zwölftel zu leisten. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Beklagten 5 und 7 durch dieselben Anwälte vertreten waren und jeweils identische Rechtsschriften einreichten, wobei einzig die Namen der Beklagten 5 und 7 je in die Rechtsschriften eingesetzt wurden (KA 5 und KA 7, act. 69 und act. 71; D5 und D7, act. 133 und act. 138). Den Beklagten 5 und 7 ist daher gemeinsam eine Prozessentschädigung zuzusprechen, so dass die insgesamt geschuldete Anwaltsgebühr von CHF 5'821'528.– durch elf zu teilen ist. Demnach schuldet die Klägerin den Beklagten 1–4, 6, 8–12 je einzeln eine Prozessentschädigung von (gerundet) CHF 529'230.– und den Beklagten 5 und 7 gemeinsam eine Prozessentschädigung in derselben Höhe.

2. Die unterliegende Klägerin hat demnach eine Gerichtsgebühr von CHF 1'959'600.– sowie eine Prozessentschädigung von insgesamt CHF 5'821'530.– zu leisten.

**Demgemäss erkennt das Gericht:**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr (inkl. Schreib-, Zustellungs- und Vorladungsgebühr) wird festgesetzt auf CHF 1'959'600.–.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, den Beklagten 1–4, 6, 8–12 je eine Prozessentschädigung von CHF 529'230.– und den Beklagten 5 und 7 gemeinsam eine Prozessentschädigung von CHF 529'230.– zu bezahlen, den Beklagten 1, 3–9, 11 und 12 je zuzüglich 7.6% Mehrwertsteuer.
5. Die Gerichtskasse wird angewiesen, der Klägerin die Bankgarantie vom 9. Dezember 2005 zurückzugeben, sobald die Gerichtskosten und die Prozessentschädigungen bezahlt sind.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien je gegen Empfangsschein.
7. Eine Berufung gegen dieses Urteil kann innert 10 Tagen von der Zustellung an schriftlich und im Doppel beim Bezirksgericht Zürich, Postfach, 8026 Zürich, erklärt werden.

Der Vorsitzende

Die juristische Sekretärin