



---

Prozess Nr. CG060040/U

Mitwirkende: Bezirksrichter lic.iur. et lic.oec.publ. Ernst als Vorsitzender,  
Bezirksrichterin lic.iur. Schurr und Ersatzrichter lic.iur. Wenker sowie die  
juristische Sekretärin lic.iur. Rauscher

**Urteil vom 23. Juni 2009**

in Sachen

**X in Nachlassliquidation,** [REDACTED],  
Klägerin

vertreten durch [REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]

gegen

1. [REDACTED]  
[REDACTED]
2. [REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]
3. [REDACTED]  
[REDACTED]
4. [REDACTED]  
[REDACTED]
5. [REDACTED]  
[REDACTED],

6. [REDACTED]

[REDACTED]

7. [REDACTED]

[REDACTED]

8. [REDACTED]

[REDACTED]

9. [REDACTED]

[REDACTED]

10. [REDACTED]

[REDACTED]

Beklagte

1 vertreten durch [REDACTED]

[REDACTED]

2 vertreten durch [REDACTED]

[REDACTED]

3 vertreten durch [REDACTED]

[REDACTED]

4 vertreten durch [REDACTED]

[REDACTED]

5, 6 vertreten durch [REDACTED]

[REDACTED]

5, 6 vertreten durch [REDACTED]

[REDACTED]

7 vertreten durch [REDACTED]

[REDACTED]

7 vertreten durch [REDACTED]

[REDACTED]

8 vertreten durch [REDACTED]

[REDACTED]

8 vertreten durch [REDACTED]

[REDACTED]

9 vertreten durch [REDACTED]

[REDACTED]

9 vertreten durch [REDACTED]

[REDACTED]

10 vertreten durch [REDACTED]

[REDACTED]

betreffend **Forderung (aktienrechtliche Verantwortlichkeit)**

Literaturverzeichnis	6
Rechtsbegehren	8
<b>I. Prozessgeschichte und Parteien</b>	9
1. Prozessgeschichte	9
2. Parteien	10
2.1. Die Klägerin	10
2.2. Die Beklagten im Einzelnen	10
<b>II. Sachverhalt / Prozessthema</b>	12
1. Sachverhalt	12
2. Prozessthema	13
<b>III. Formelles</b>	15
1. Gerichtliche Zuständigkeit und anwendbares Recht	15
2. Einfache Streitgenossenschaft	15
3. Kautions	16
4. Zulässigkeit der Klageänderung (Währungsfrage)	16
5. Bindung des Zivilgerichtes an das Urteil des Strafgerichtes	17
<b>IV. Materielles</b>	20
1. Klagelegitimation	20
1.1. Aktivlegitimation	20
1.2. Passivlegitimation	21
2. Rechtsgrundlagen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit	21
3. Die Voraussetzungen im Einzelnen	21
A. Schaden	21
1. Parteistandpunkte	21
1.1. Klägerin	22
1.2. Beklagte	22
2. Differenztheorie	23
3. Gegenwert	26
3.1. Unmittelbare Gegenleistung	26
3.2. Parteistandpunkte	27
3.3. Würdigung	28
B. Pflichtverletzungen gemäss Art. 754 OR	30
1.1. Allgemein	30
2. Vorbringen im Einzelnen	32
2.1. Pflichtgemässer Entscheidfindungsprozess	32
2.2. Vorbestehende Verpflichtung durch das Term Sheet?	40
2.2.1. Parteibehauptungen	40
2.2.2. Grundsätzliche Verbindlichkeit des Term Sheet	42
2.2.3. Interpretation der einzelnen Vertragsklauseln	44
2.2.4. Rechtliche Abklärung der Verbindlichkeit durch die Beklagten	48
2.2.5. Die Rolle [REDACTED]	49
2.2.6. Nichtigkeit der Vereinbarung	53
2.2.7. Fazit	54
2.3. Sanierungsleistung	54
2.3.1. Voraussetzungen	54
2.3.2. Verhältnis zwischen X, Y und Z	57
2.3.3. Sanierungskonzept für die Z	58

a)	Ausführungen der Parteien	58
b)	Anforderungen an ein Sanierungskonzept	60
c)	Sanierungsplan der Z	62
d)	Fazit	66
2.4.	Rekapitalisierung	66
a)	Gefährdung der bilateralen Abkommen	66
b)	Konkurs der Z	68
2.4.2.	Interesse der X am Fortbestand der Z	69
a)	Einzelgesellschaft und Konzern	69
b)	Auswirkungen eines Z-Konkurses auf die X	72
2.4.3.	Überschuldung der X	92
2.4.4.	Krise der X?	95
2.4.5.	Verhalten des Verwaltungsrates in der "Krise"	99
2.5.	Sanierung oder kontrollierter Ausstieg	107
3.	Fazit	110
<b>V.</b>	<b>Kosten- und Entschädigungsfolgen</b>	<b>112</b>
1.	Grundsatz	112
2.	Gerichtskosten	112
3.	Prozessentschädigung	112

Hinweis Im Interesse besserer Übersichtlichkeit werden in den nachfolgenden Erwägungen die Rechtsschriften zusätzlich zu den Aktennummern mit vorangestellten Kurzbezeichnungen für Klage (KB), Klageantworten der Beklagten 1–10 (KA1–KA10), Replik (R) und Dupliken der Beklagten 1–10 (D1–D10) 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

Bärtschi, Harald	Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss. Zürich 2001
Bernstorff, Christoph Graf von	Einführung in das englische Recht, 2. Aufl., München 2000
Böckli, Peter	Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., Zürich 2004
Brehm, Roland	Berner Kommentar, Teilband VI 1/3/1, 3. Aufl., Bern 2006 (zit. BK-Brehm)
Druey, Jean Nicolas / Vogel, Alexander	Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, Zürich 1999
Forstmoser, Peter / Meier-Hayoz, Arthur / Nobel, Peter	Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996
Forstmoser, Peter	Haftung im Konzern, Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, Charlotte M. Baer (Hrsg.), Bern, Stuttgart, Wien, 2000, (St.Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht; Bd. 59)
Forstmoser, Peter / Sprecher, Thomas / Töndury, Gian Andri	Persönliche Haftung nach Schweizer Aktienrecht: Risiken und ihre Minimierung = Personal liability under Swiss Corporate Law: associated risks and their avoidance, aktualisierte Aufl., Zürich 2005
Frank, Richard / Sträuli, Hans / Messmer, Georg	Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997
Gauch, Peter / Schluep, Walter R. / Schmid, Jörg / Emmenegger, Susan	Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., Band I, Zürich 2008
Gauch, Peter / Schluep, Walter / Schmid, Jörg	Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., Band II, Zürich 2008
Güthoff, Julia	Gesellschaftsrecht in Grossbritannien, München 1993
Handschin, Lukas	Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Habil. Zürich 1994
Handschin, Lukas	in ZBJV, Band 136, 2000
Hardmeier, Hans Ulrich	in Zürcher Kommentar, Zürich 1997, Art. 725a OR

- Honsell, Heinrich / Vogt, Nedim Peter / Wiegand, Wolfgang (Hrsg.) Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 4. Aufl., Basel 2007 (zit. BSK OR I-Bearbeiter)
- Koeflerli, Jürg A. Der Sanierer einer Aktiengesellschaft, Zürich 1994
- Kornicker, Peter Risiken bei der Gestaltung von Verträgen im internationalen Wirtschaftsrecht, Risiko und Recht, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2004, Basel 2004
- Koziol, Helmut Österreichisches Haftpflichtrecht, Band I, 2. Aufl., Wien 1980
- Kuzmic, Kristina Haftung aus Konzernvertrauen, Die Aussenhaftung des Konzerns im Schweizerischen Privatrecht, Diss. Zürich 1998
- Leuenberger, Christoph Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht 1999 und 2000, ZBJV 137 (2001)
- Linder, Tatjana / von der Crone, Hans Caspar Die Revisionsstelle in der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung, SZW 2007
- Merz, Hans Schweizerisches Privatrecht, Teilband VI/1, Basel 1984
- Müller, Roland/ Lipp, Lorenz / Plüss, Adrian Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für die Praxis, 3. Aufl., Zürich 2007
- Nikitine, Alexander Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide: Konzeption und Ausgestaltung der “Business judgment rule“ im Gefüge der Corporate Governance, Diss. Zürich 2007
- Oftinger, Karl / Stark, Emil W. Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Band I, Zürich 1995
- Pfeifer, Michael Übersicht über Entwicklungen und Tendenzen bei der gesellschaftlichen Verantwortlichkeit, AJP 2000
- 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)
- Triebel, Volker / Hodgson, Stephen / Kellenter, Wolfgang / Müller, Georg Englisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Heidelberg 1995
- Vogel, Oscar Aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsprozess: Kosten- und Entschädigungsfolge, SZW 1998
- Von Büren, Roland in: Schweizerisches Privatrecht; Der Konzern: rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens, Basel 1997
- Von der Crone, Hans Caspar / Carbonara, Antonio / Hunziker, Silvia Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung, Basel 2006
- Watter, Rolf Gewinnverschiebungen bei Aktiengesellschaften im schweizerischen Handelsrecht, AJP 1996
- 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

**Rechtsbegehren:**

(KB act. 2 S. 4 f.; R act. 106 S. 3 und 4)

- "1. Die Beklagten seien unter solidarischer Haftung zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von EUR 150 Mio.  
eventualiter: den Betrag von CHF 231'267'000.—  
nebst Zins zu 5% seit 1. März 2001 zu bezahlen, wobei die Ersatzpflicht eines jeden Beklagten durch das Gericht festzusetzen sei.
2. Es sei der in der Betreuung Nr. 94446 des Betreibungsamtes [REDACTED] vom 16. Dezember 2005 durch den Beklagten 1 erhobene Rechtsvorschlag definitiv zu beseitigen.
3. Es sei der in der Betreuung Nr. 20085 des Betreibungsamtes [REDACTED] vom 19. Dezember 2005 durch den Beklagten 3 erhobene Rechtsvorschlag definitiv zu beseitigen.
4. Es sei der in der Betreuung Nr. 05 273321 D des Betreibungsamtes [REDACTED] vom 16. Januar 2006 durch den Beklagten 4 erhobene Rechtsvorschlag definitiv zu beseitigen.
5. Es sei der in der Betreuung Nr. 225694 des Betreibungsamtes [REDACTED] vom 16. Dezember 2005 durch den Beklagten 5 erhobene Rechtsvorschlag definitiv zu beseitigen.
6. Es sei der in der Betreuung Nr. 5077136 des Betreibungsamtes [REDACTED] vom 2. Januar 2006 durch den Beklagten 6 erhobene Rechtsvorschlag definitiv zu beseitigen.
7. Es sei der in der Betreuung Nr. 11090 des Betreibungsamtes [REDACTED] vom 16. Dezember 2005 durch den Beklagten 7 erhobene Rechtsvorschlag definitiv zu beseitigen.
8. Es sei der in der Betreuung Nr. 505'591 des Betreibungsamtes [REDACTED] SG vom 16. Dezember 2005 durch den Beklagten 8 erhobene Rechtsvorschlag definitiv zu beseitigen.
9. Es sei der in der Betreuung Nr. 72125 des Betreibungsamtes [REDACTED] vom 19. Dezember 2005 durch die Beklagte 9 erhobene Rechtsvorschlag definitiv zu beseitigen."

## **Das Gericht zieht in Betracht:**

### **I. Prozessgeschichte und Parteien**

#### 1. Prozessgeschichte

Mit Weisung des Friedensrichteramtes der Stadt Zürich Kreise 1 und 2 vom 29. November 2005 und Klageschrift vom 27. Februar 2006 machte die Klägerin die Klage gleichentags mit dem eingangs genannten Rechtsbegehren beim hiesigen Gericht anhängig (KB act. 1 und 2). Die Frist zur Einreichung der Weisung wurde unter Berücksichtigung der Gerichtsferien gewahrt (§ 140 GVG; § 101 ZPO). Nach Eingang der Klage und Durchführung eines Schriftenwechsels zur Frage der Kautonierung (vgl. act. 22+23; act. 25; act. 27+28; act. 30; act. 33+34; act. 36+38) wurde der Klägerin mit Beschluss vom 9. Juni 2006 gestützt auf § 73 ZPO Frist zur Leistung einer Kauton in Höhe von CHF 9'220'000.-- angesetzt (act. 41). Die Kauton wurde fristgerecht in Form einer Bankgarantie der Zürcher Kantonalbank geleistet (act. 44).

Die Klageantworten der Beklagten gingen innert einmal erstreckter Frist am 31. Januar 2007 ein (KA act. 70, 73, 77, 81, 84, 86, 88, 91, 94, 97). Mit Beschluss des Kollegialgerichts vom 9. Mai 2007 wurde für die weiteren Parteivorträge in Anwendung von § 128 Satz 2 ZPO das schriftliche Verfahren angeordnet (act. 101 S. 10) und der Klägerin Frist zur Einreichung der Replikschrift bis zum 31. August 2007 angesetzt, verbunden mit verschiedenen Substanziierungshinweisen (act. 101). Mit Beschluss vom 28. August 2007 wurde der Klägerin die am 9. Mai 2007 angesetzte Frist zur Erstattung der Replik bis 30. November 2007 erstreckt (act. 103; Prot. S. 8). Die Replik ging in der Folge fristgerecht am 30. November 2007 ein (R act. 106). Mit Beschluss vom 25. März 2008 wurden die Beklagten aufgefordert, ihre Dupliktschriften bis 31. August 2008 dem Gericht einzureichen (act. 114). Diese Frist wurde den Beklagten mit Referentenverfügung vom 13. Juni 2008 einmalig und letztmals bis 30. September 2008 erstreckt (act. 117). Die Dupliktschriften gingen innert Frist zwischen dem 25. September und dem



b) [REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]

c) [REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]

d) [REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]

e) [REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]

f) [REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]

g) [REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]

h) [REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]

i) [REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]

j) [REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]

## II. Sachverhalt / Prozessthema

### 1. Sachverhalt

Der Klage liegt im Wesentlichen folgender Sachverhalt zugrunde: Im Jahr 1995 erwarb die damalige W eine Beteiligung von 49,5% an der [REDACTED] Fluggesellschaft Z. Die Beteiligungsmehrheit von 50,5% wurde weiterhin von [REDACTED] Aktionären, insbesondere staatlichen [REDACTED] Beteiligungsgesellschaften, gehalten. Die Minderheitsbeteiligung an der Z wurde im Jahr 1997 im Rahmen von Umstrukturierungen der W, welche neu X hiess (und mit der heutigen Klägerin identisch ist), in die neu gegründete Y AG, eine 100%ige Tochter der Klägerin, eingebracht. Seither war die Y und nicht mehr die Klägerin Minderheitsaktionärin der Z.

Ab 1999 verhandelte die X mit den [REDACTED] Mehrheitsaktionären über eine Erhöhung der Beteiligung der Y an der Z. Am 26. April 2000 wurde in der Folge ein "Term Sheet" unterzeichnet, dessen Bedeutung im Zusammenhang mit dem vorliegenden Verfahren unter den Parteien umstritten ist (act. 3/14). Im Herbst 2000 nahmen die X einerseits und die [REDACTED] Aktionäre der Z andererseits Ver-

handlungen auf über die weitere Aufstockung der Beteiligung der Y an der Z und über die Rekapitalisierung der Z. Am 22. Januar 2001 unterzeichnete der Beklagte 1, nach entsprechenden Beschlüssen der Beklagten als Gesamtverwaltungsrat vom 14. Dezember 2000 und vom 20. Januar 2001, eine Vereinbarung über die Rekapitalisierung der Z (act. 3/41) und weitere Vereinbarungen, welche jedoch nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sind. Mit der Rekapitalisierungsvereinbarung verpflichtete sich die X gegenüber den [REDACTED] Aktionären zugunsten der Z eine Zahlung von EUR 150 Mio. zu leisten, gegen Zeichnung von Partizipationsscheinen. Die Zahlungsverpflichtung wurde am 26. Februar 2001 durch die X erfüllt. Die Partizipationsscheine wurden am 23. Februar 2001 durch die Y gezeichnet (act. 3/64).

Die Klägerin wirft den Beklagten vor, sie hätten angesichts der gesamten Umstände, insbesondere der finanziellen Verhältnisse der beteiligten Gesellschaften X, Y und Z mit der Eingehung der Rekapitalisierungsvereinbarung im Januar 2001 ihre Pflichten als Verwaltungsräte verletzt und der Klägerin einen Schaden in der Höhe der Rekapitalisierungszahlung von EUR 150 Mio. zugefügt. Die Beklagten bestreiten die behaupteten Ansprüche der Klägerin vollumfänglich.

Auf die Ausführungen der Parteien wird im Folgenden eingegangen werden, jedoch nur soweit sie für den Ausgang des Verfahrens wesentlich sind.

## 2. Prozessthema

2.1. Die Beklagten 5 und 6 lassen mit der Duplik ausführen, die Klägerin bringe mit der Replik komplett neue Prozessthemen ein. Sie habe ihr Verfahren mit der Behauptung begonnen, die X habe am 26. Februar 2001 zur Liberierung neuer Partizipationsscheine der Z SA EUR 150 Mio. an die Z SA bezahlt, ohne für diese Zahlung je einen Gegenwert erhalten zu haben (D5 act. 132 und D6 act. 135 je S. 3). Mit der Replik habe die Klägerin eingeräumt, dass die Zahlung von EUR 150 Mio. als Aushändigung eines der Y gewährten Darlehens verbucht worden sei (D5 act. 132 und D6 act. 135 S. 7). Prozessgegenstand sei daher nicht mehr, ob der Klägerin ein Schaden entstand, weil die Z-PS bei der Y gelandet und zudem Nonvaleurs gewesen seien, so dass sich auch der Wert der Beteiligung Y

nicht erhöht habe, sondern dass der Klägerin ein Schaden entstanden sei, weil die Verpflichtungen der Y aus dem Darlehensvertrag vom 23. Februar 2001 angeblich Nonvaleurs gewesen bzw. nicht erfüllt worden seien (D5 act. 132 und D6 act. 135 je S. 11). Die Klägerin mache neu geltend, vor dem Hintergrund der allseitigen Sanierungssituation, wohl aber auch sonst, sei eine Darlehensgewährung im Konzern, nämlich von der X an die Y, nur unter der Bedingung zulässig gewesen, dass sie "at arm's length" erfolge und ein Rückzahlungswille auf beiden Seiten bestanden habe. Davon könne laut Behauptung der Klägerin keine Rede sein. Nach Ansicht der Klägerin sei daher die Darlehensgewährung vom 23. Februar 2001 unzulässig und zugleich pflichtwidrig. Die Beklagten 5 und 6 ziehen in der Folge das Fazit, Prozessgegenstand sei laut der Klägerin nicht mehr das Verhalten der Beklagten im Zusammenhang mit der Rekapitalisierung der Z, sondern im Zusammenhang mit der Darlehensgewährung an die Y (D5 act. 132 und D6 act. 135 je S. 12).

Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Die Klägerin hält in Ziffer 7 der Replik (R act. 106 S. 7) explizit fest, dass die im Februar 2001 geleistete Zahlung von EUR 150 Mio., welche in Erfüllung der mit der Vereinbarung "Recapitalization of Z" eingegangenen Verpflichtung erfolgte, Prozessthema sei (R act. 106 S. 7). Richtig ist zwar, dass die Klägerin mit der Replik einräumt, die buchhalterische Abwicklung sei dann nachträglich wohl so erfolgt, dass ein Darlehen zwischen X und Y gebucht worden sei. Die Verbuchung sei soweit ersichtlich nach der Zahlung im Februar 2001 erfolgt. Ein solches Darlehen sei indessen nicht werthaltig gewesen, weshalb sich nichts am Schaden für die Klägerin ändere (R act. 106 S. 17). In der Folge macht die Klägerin tatsächlich Ausführungen zur Bestreitung der Werthaltigkeit des gemäss Behauptung der Beklagten gewährten Darlehens, führt aber aus: "Es bleibt somit unabhängig von der nachträglichen buchhalterischen Erfassung dabei: Die Klägerin hatte 150 Mio. EUR ohne Gegenwert ausgegeben und erhielt auch keinen solchen". Im Weiteren hält die Klägerin mehrfach fest, dass sie sich auf den Standpunkt stellt, die Beklagten hätten sich durch die Rekapitalisierung der Z aktienrechtlich verantwortlich gemacht (z.B. R act. 106 S. 24 Ziff. 22 und 23). Von einer Änderung des Prozessthemas durch die Klägerin kann somit bei richtiger Lesart der klägerischen Ausführungen keine Rede sein.

2.2. Prozessthema ist somit die Frage, ob die Beklagten mit dem Abschluss der Rekapitalisierungsvereinbarung vom 22. Januar 2001 und der Erfüllung der daraus folgenden Verpflichtung zur Zahlung von EUR 150 Mio. ihre Pflichten als Verwaltungsräte gegenüber der Klägerin verletzt haben und ob der Klägerin dadurch ein Schaden entstanden ist. Bereits an dieser Stelle ist festzuhalten, dass die Akquisition der Z-Beteiligung an sich ebenso wenig Prozessthema ist, wie das Projekt ████████ oder die ██████████, zumal die Klägerin ausdrücklich anerkennt, dass es sich bei der Z um eine strategisch wichtige Beteiligung der Y handelte (R 106 S. 127, 214 ).

### **III. Formelles**

#### **1. Gerichtliche Zuständigkeit und anwendbares Recht**

Die örtliche Zuständigkeit richtet sich bezüglich der in der Schweiz wohnhaften Beklagten 1 und 3-10 nach dem GestG; sie ist gemäss Art. 29 GestG am Sitz der Gesellschaft gegeben. ██████████ hat seinen Wohnsitz in den USA, womit sich die örtliche Zuständigkeit nach IPRG bestimmt; sie ist gemäss Art. 151 IPRG ebenfalls gegeben (Sitz der Gesellschaft). 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 Beteiligten aus § 31 GVG. Das angerufene Gericht ist demnach für alle Beteiligten örtlich und sachlich zuständig.

#### **2. Einfache Streitgenossenschaft**

Die vorliegend zu beurteilende Klage richtet sich gegen mehrere Beklagte, welche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit ins Recht gefasst werden. Mehrere Personen können gemäss § 40 Abs. 1 ZPO gemeinsam als Beklagte belangt werden, wenn für die Ansprüche dasselbe Gericht zuständig und die gleiche Verfahrensart vorgesehen ist und wenn sich die Ansprüche überdies im Wesentlichen auf die gleichen Tatsachen und Rechtsgründe stützen. Die sachliche und örtliche Zuständigkeit sind wie oben festgehalten gegeben. Auch die übrigen Voraussetzungen für eine einfache Streitgenossenschaft im Sinne von § 40 Abs. 1 ZPO liegen

unbestrittenermassen vor, weshalb die Beklagten als einfache Streitgenossen ins Recht gefasst werden können.

### 3. Kautio

Die geforderte Kautio von CHF 9'220'000.-- wurde von der Klägerin fristgerecht in Form einer Bankgarantie geleistet, weshalb auch unter diesem Gesichtspunkt einem Eintreten auf die Klage nichts im Wege steht (act. 44).

### 4. Zulässigkeit der Klageänderung (Währungsfrage)

Die Klägerin beantragte mit ihrem Rechtsbegehren in der Klageschrift, die Beklagten seien zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von EUR 150 Mio. zu bezahlen (KB act. 2 S. 4). Mit der Replik ergänzte die Klägerin ihr Rechtsbegehren um den Eventualantrag, die Beklagten seien zur Zahlung von CHF 228 Mio. zu verpflichten (R act. 106 S. 4). Sie macht jedoch geltend, dieser Antrag sei unnötig, da die Einwendungen der Beklagten gegen das Klagebegehren in Euro unbehelflich seien (R act. 106 S. 4). Der Schaden bestehe darin, dass eine Verpflichtung zur Zahlung von EUR 150 Mio. eingegangen und die Verpflichtung auch erfüllt worden sei. Das Klagebegehren in Euro sei daher zulässig, da die als Schaden bezeichnete Rekapitalisierung in Euro vereinbart und auch in Euro erfolgt sei (R act. 106 S. 346). Neun der zehn Beklagten hatten mit der Klageantwort ausführen lassen, die Klage sei schon deshalb abzuweisen, weil eine Zahlung in Euro verlangt wurde. Bei Schadenersatzansprüchen aus unerlaubter Handlung sei die Währung des Staates in dem der Vermögensverlust eingetreten sei, geschuldet. Der behauptete Vermögensverlust sei in der Schweiz veranlasst worden und sei in der Schweiz eingetreten, bei einer Gesellschaft, die ihre Bücher in Schweizer Franken führe. Entsprechend sei die Klage abzuweisen (KA1 act. 70 S. 56; KA2 act. 73 S. 8; KA3 act. 77 S. 8; KA5 act. 84 S. 10; KA6 act. 86 S. 10; KA7 act. 88 S. 8; KA8 act. 91 S. 62; KA9 act. 94 S. 10; KA10 act. 97 S. 9).

Gemäss § 61 ZPO kann der Kläger in einem rechtshängigen Prozess im Rahmen der Zuständigkeit des angerufenen Gerichtes einen anderen oder einen weiteren Anspruch geltend machen, sofern der neue Anspruch mit dem bisher geltend ge-

machten in engem Zusammenhang steht. Diese Voraussetzung ist vorliegend ohne weiteres gegeben. Auch wird durch den neuen Anspruch weder die Rechtsstellung der Beklagten wesentlich beeinträchtigt noch das Verfahren ungebührlich verzögert. Das Eventualbegehren ist daher zuzulassen, wogegen auch zu Recht keiner der Beklagten opponiert. Es erübrigt sich daher an dieser Stelle auf die Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit eines Klagebegehrens in Euro im vorliegenden Fall einzugehen.

## 5. Bindung des Zivilgerichtes an das Urteil des Strafgerichtes

5.1. Die Beklagten berufen sich auf die Urteile des Bezirksgerichtes [REDACTED] in den Strafprozessen und machen geltend, der Zivilrichter sei im Kanton Zürich in dem nicht von Art. 53 OR erfassten Bereich an ein konnexes strafrechtliches Erkenntnis weitgehend gebunden. Der Zivilrichter solle nicht ohne Not von der Auffassung des Strafrichters (auch im von Art. 53 OR erfassten Bereich) abweichen. Seine Unabhängigkeit in der Feststellung und Beurteilung des Sachverhalts hindere ihn nicht daran, die Beweisergebnisse der Strafuntersuchung mit zu berücksichtigen. Die Konnexität sei gegeben, da der Sachverhalt derselbe sei. Wo es, wie vorliegend, um die Beurteilung praktisch ein und desselben Sachverhaltes gehe, gebiete es die Rechtssicherheit, wenn immer möglich zu einer einheitlichen Beurteilung zu gelangen. Dabei gebühre den Feststellungen des Strafrichters, welcher der Officialmaxime unterliege und dem zur Abklärung des Tatbestandes mehr und tauglichere Mittel zur Verfügung stünden als dem Zivilrichter, in aller Regel der Vorrang. Entsprechend werde in Lehre und Rechtssprechung gefordert, dass der Zivilrichter nicht ohne sehr gewichtige Gründe ("nicht ohne Not") von der Auffassung des Strafrichters abweichen solle. Im vorliegenden Fall werde die im allgemeinen enge Bindung des Zivilrichters an die Feststellungen des Strafrichters noch durch einen besonderen Umstand verstärkt: Der Strafrichter habe sich vorliegend, was selten sei, für die Anwendung der angeklagten Strafnorm auf die Auslegung einer zivilrechtlichen Norm (Art. 717 OR) zu stützen und den Sachverhalt unter diese zu subsumieren. Bei dieser Norm handle es sich um dieselbe, auf welche sich der angebliche Anspruch der Klägerin in diesem Prozess stütze und soweit es um die Frage der Pflichtwidrigkeit gehe, sei auch die gleiche Norm an-

zuwenden. Der Sachverhalt sei vom Bezirksgericht [REDACTED] im Hinblick auf die identischen Tatbestandselemente auszuleuchten und zu würdigen gewesen, wie vom hiesigen Gericht. Entsprechend schwerer wiege das Argument der Vermeidung sich widersprechender Urteile und entsprechend enger müsse die Bindung des Zivilrichters in einem solchen Fall an die Feststellungen seines zuvor urteilenden Kollegen sein (D1 act. 120 Rz 149-157; D2 act. 123 S. 6-8; D4 act. 129 Rz 230-236; D7 act. 138 Rz 41-44; D8 act. 141 Rz 19-30, D9 act. 141 Rz 221-231; D10 act. 147 Rz 224-234).

5.2. Art. 53 Abs. 2 OR bestimmt, ein strafgerichtliches Erkenntnis sei mit Bezug auf die Beurteilung der Schuld und die Bestimmung des Schadens für den Zivilrichter nicht verbindlich. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung stellt diese Vorschrift einen auf die Schuldfrage und die Schadensbestimmung beschränkten Eingriff in das sonst (noch) den Kantonen vorbehaltene Prozessrecht dar. In Bezug auf die beiden Problemkreise ist demnach eine Bindung des Zivilrichters an ein vorausgegangenes Strafurteil im Interesse des materiellen Bundesrechts ausgeschlossen. Im Übrigen steht es den Kantonen von Bundesrechts wegen frei, die Verbindlichkeit des Strafurteils für den Zivilrichter vorzusehen, insbesondere, was die Feststellung der Tat als solcher und deren Widerrechtlichkeit anbetrifft (BGE 107 II 158 ff.).

Entgegen den von den Beklagten zitierten Ausführungen (BK-Brehm, Art. 53 OR N 25) besteht auch im Kanton Zürich keine Bindung des Zivilrichters an die Feststellung der Täterschaft und der Widerrechtlichkeit durch den Strafrichter, gibt es doch weder prozessrechtliche Bestimmungen noch kann dazu auf die obergerichtliche Rechtssprechung gemäss ZR 65 (1966) Nr. 113 verwiesen werden, denn diese wurde vom Zürcher Obergericht in ZR 79 (1980) Nr. 95 wieder in Zweifel gezogen (ZR 96 (1997) Nr. 119). Gemäss ZR 79 (1980) Nr. 95 S. 186 kommt einem Strafverfahren im Zivilprozess keine präjudizierende Wirkung zu. Bei Freispruch - und um einen solchen handelt es sich vorliegend bekanntermassen - ergibt sich dies aus Art. 53 OR. Aber auch bei einer Verurteilung besteht eine Bindung des Zivilrichters an ein strafrechtliches Erkenntnis nur dort, wo das kantonale Prozessrecht dies ausnahmsweise vorschreibt. Nach der älteren Praxis

des Obergerichtes, die im genannten Entscheid ZR 65 (1966) Nr. 113 ohne genauere Prüfung der Frage übernommen wurde, wird - ohne dass eine ausdrückliche Vorschrift vorhanden wäre - aus den allgemeinen Grundsätzen des Prozessrechts hergeleitet, eine solche Bindung bestehe im Kanton Zürich insoweit, als die Rechtskraft des Urteils reiche. Der Zivilrichter sei an die tatsächlichen Feststellungen des Strafrichters gebunden, soweit sie notwendige Voraussetzungen der im Dispositiv ausgesprochenen Verurteilung bildeten. Dazu gehöre, dass der Verurteilte die ihm zur Last gelegte Handlung begangen habe, und dass diese widerrechtlich sei. Im zitierten ZR 79 (1980) Nr. 95 S. 186 wurde eine solche Bindung schon deshalb verneint, weil es sich in casu um einen ausländischen Strafprozess handelte, abgesehen davon wurde aber festgehalten, dass es ohnehin fraglich erscheine, ob an der bisher vom Obergericht vertretenen Auffassung festgehalten werden könne. Diese könne sich nicht auf eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung abstützen, was hier, wo es um die Einschränkung der Entscheidungsfreiheit des Zivilrichters gehe, wohl verlangt werden müsse. Auch Frank/Sträuli/Messmer (§ 191 ZPO N 3) sprechen - ohne jede Einschränkung - davon, Strafurteile bänden den Zivilrichter grundsätzlich nicht. Dies ist schon deshalb zu befürworten, weil die gesetzlich vorgesehenen Einflussmöglichkeiten der Geschädigten auf den Gang des Strafverfahrens, insbesondere die Beweisabnahme, gering sind und keinen Vergleich mit dem Zivilrecht aushalten (ZR 79 (1980) Nr. 95 S. 186).

Die Unabhängigkeit in der Feststellung und Beurteilung des Sachverhalts hindert den Zivilrichter aber nicht daran, die Beweisergebnisse der Strafuntersuchung abzuwarten und mitzuberücksichtigen (Urteil des Bundesgerichts vom 31. März 1994, E. 3b, in: SJ 1994 S. 551 f.); dass er dannzumal nicht grundlos von der Auffassung des Strafrichters abgehen wird, ist jedoch eine Frage der Zweckmässigkeit und nicht ein Satz des Bundesrechts (BGE 125 III 401 S. 411 unter Verweis auf ein nicht veröffentlichtes Urteil des Bundesgerichts vom 7. Februar 1984 i.S. Sch., E. 2 und BK-Brehm, Art. 53 OR N 31 ff., mit weiteren Nachweisen).

Nach dem Gesagten steht fest, dass keine Bindung des Zivilgerichtes an das Urteil des Strafgerichtes in dem Sinne besteht, dass die Ausführungen des letzteren Gerichtes unbesehen zu übernehmen wären.

#### **IV. Materielles**

##### 1. Klagelegitimation

###### 1.1. Aktivlegitimation

Verschiedene Beklagte bestreiten die Aktivlegitimation der Klägerin mit der Begründung, der Klageschrift lasse sich nicht klar entnehmen, welchen Schaden welcher Gesellschaft die klägerischen Vertreter geltend machen wollten. Sofern es sich nicht um eine Schädigung des Vermögens der X handle, seien entsprechende Ausführungen irrelevant. Änderungen im Vermögen der Y seien nicht Gegenstand des Verfahrens, denn diesbezüglich fehle der Klägerin die Aktivlegitimation, da es sich dabei nur um einen bei ihr eingetretenen Reflexschaden handeln könne (KA1 act. 70 S. 149; KA2 act. 73 S. 95; KA5 act. 84 S. 49; KA6 act. 86 S. 49; KA7 act. 88 S. 92; KA9 act. 94 Rz 221, 222; KA10 act. 97 Rz 226).

Aktiv- und Passivlegitimation gehören zur Begründetheit des Klagebegehrens und ihr Fehlen führt zur Abweisung der Klage. Die Bejahung der Aktivlegitimation bedeutet, dass die Klägerin berechtigt ist, einen solchen Anspruch geltend zu machen, es ist aber noch nicht entschieden, ob der Anspruch der Klägerin überhaupt und im behaupteten Umfang besteht (Frank/Sträuli/Messmer, § 27/28 ZPO N 66; Pra. 1989 Nr. 83 = BGE 114 II 345). Ob der Klägerin ein Schaden entstanden ist, ist eine der Kernfragen des vorliegenden Prozesses. Ist nicht der Klägerin, sondern der Y ein Schaden entstanden, so ist die Klage mangels Vorliegens der Voraussetzung eines Schadenseintrittes und nicht mangels Aktivlegitimation abzuweisen.

Die Aktivlegitimation zur Geltendmachung von Ansprüchen aus aktienrechtlicher 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 Massevermögen gemäss Art. 325 SchKG ausdrücklich auch die Ansprüche aus (aktienrechtlicher) Verantwortlichkeit zählen. Bei der Klägerin handelt es sich um die Nachlassmasse der X, welche gemäss Art. 319 Abs. 1 SchKG vom Liquidator vor Gericht vertreten wird. Die Aktivlegitimation der Klägerin ist somit gegeben.

## 1.2. Passivlegitimation

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 1-10 waren im prozessrelevanten Zeitraum Mitglieder des Verwaltungsrats der Klägerin (vgl. oben Ziff. I. 2.2. lit. a-j). Es ist zwischen den Parteien zu Recht nicht strittig, dass die von der Klägerin ins Recht gefassten Personen grundsätzlich der persönlichen Haftung für Fehlverhalten nach aktienrechtlicher Verantwortlichkeit unterworfen sind.

## 2. Rechtsgrundlagen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit

Die Klägerin stützt ihre Ansprüche auf Art. 754 OR. Nach Art. 754 OR sind die Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der Geschäftsführung befassten Personen der Gesellschaft, den Aktionären und den Gläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen. Haftungsvoraussetzung ist damit die Pflichtverletzung (nachfolgend Ziff. IV. 3. B.), welche einen Schaden zur Folge hat. 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, jedoch gemäss Art. 759 Abs. 1 OR nur insoweit, als ihnen der Schaden aufgrund ihres eigenen Verschuldens persönlich zurechenbar ist (sog. differenzierte Solidarität).

## 3. Die Voraussetzungen im Einzelnen

### A. Schaden

#### 1. Parteistandpunkte

### 1.1. Klägerin

Die Klägerin liess zum Schaden geltend machen, dieser bestehe darin, dass durch den Abschluss der Rekapitalisierungsvereinbarung vom 22. Januar 2001 das Vermögen der Klägerin mit einem neuen Passivum in der Höhe von EUR 150 Mio. belastet worden sei. Die Klägerin sei vor Abschluss dieser Vereinbarung unter keinem Titel zur Rekapitalisierung verpflichtet gewesen (R act. 106 S. 115 Ziff. 65). Sie habe für die Vermögensdifferenz von EUR 150 Mio. keinen Gegenwert erhalten; ob ein Gegenwert bei der Y in Form der PS bestehe, sei unter dem Gesichtspunkt des klägerischen Schadens irrelevant. Im Übrigen sei und bleibe die Werthaltigkeit der PS bestritten (R act. 106 S. 116 Ziff. 66).

### 1.2. Beklagte

Die Beklagten machen demgegenüber geltend, es liege kein Schaden vor, da ohne die Rekapitalisierung der Z Forderungen gegen die Klägerin entstanden wären, welche den Betrag von EUR 150 Mio. bei weitem überstiegen hätten. Mangels Schadens sei die Klage daher abzuweisen. Nach der massgebenden Differenztheorie sei die Klägerin verpflichtet, die Differenz zwischen ihrem gegenwärtigen Vermögen (nach dem schädigenden Verhalten des Verwaltungsrates) und dem hypothetischen Stand ihres Vermögens ohne das schädigende Verhalten als Schaden darzulegen und auch zu beweisen. Die Klägerin unterlasse es aber, die hypothetische Vermögensentwicklung darzutun und damit fehle es bereits an einer Substanziierung des Schadens (KA1 act. 70 S. 102; KA2 act. 73 S. 96; KA3 act. 77 S. 153; KA4 act. 81 S. 57; KA5 act. 84 S. 50; KA6 act. 86 S. 50; KA7 act. 88 S. 92; KA8 act. 91 S. 53; KA9 act. 94 S. 87; KA10 act. 97 S. 112 mit Verweis auf BK-Brehm Art. 41 OR N 70).

Ausserdem machen die Beklagten geltend, der Klägerin sei auch deshalb kein Schaden entstanden, weil sie mit der Bezahlung des Betrages von EUR 150 Mio. an die Z einen werthaltigen "Befreiungsanspruch" gegenüber der Y erworben habe (KA1 act. 70 Ziff. 282 ff.; KA2 act. 73 S. 96 Ziff. 32.2 ff.; KA3 act. 77 S. 149 Ziff. 363 ff.; KA4 act. 81 S. 55 Rz 253, 254; KA5 act. 84 S. 31 Rz 94, 95; KA6 act. 86 S. 31 Rz 94, 95; KA7 act. 88 S. 99 Rz 258 ff.; KA8 act. 91 S. 58 Rz 171; KA9

act. 94 S. 96 Rz 245; KA10 act. 97 S. 124 Rz 248 ff.) und - wie verschiedene Beklagte geltend machen - weil der Wert der 100%igen Tochter Y durch die Zeichnung der Partizipationsscheine an der Z um EUR 150 Mio. gestiegen sei (Beklagte 3 und 4), bzw. weil die Zahlung das Eigenkapital der Z gestärkt habe, was wiederum zu einer Werterhöhung der Y als 100%ige Tochter der Klägerin geführt habe (Beklagte 7, 9 und 10). Es sei somit schon deshalb kein Schaden entstanden, weil sich Passiven und Aktiven der Klägerin gleichermassen um den Betrag von EUR 150 Mio. erhöht hätten (KA3 act. 77 S. 151 Rz 370; KA4 act. 81 S. 55 Rz 251, 252, 259; KA7 act. 88 Rz 188; KA9 act. 94 S. 71 Rz 177; KA10 act. 97 S. 88 Rz 177).

## 2. Differenztheorie

Der rechtlich relevante Schaden wird in Lehre und Rechtssprechung für das Vertrags- und das Deliktsrecht gleichermassen umschrieben. Schaden ist die ungewollte Verminderung des Reinvermögens. Er kann in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven (sog. "damnum emergens"; positive Vermögensverminderung) oder in entgangenem Gewinn ("lucrum cessans"; vereitelte Vermögensvermehrung) bestehen und entspricht nach allgemeiner Auffassung der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (BGE 104 II 199 mit Hinweisen). Der Differenzbestimmung ist das vom schädigenden Ereignis betroffene Rechtsgut unterworfen, als welches ausnahmsweise auch das Gesamtvermögen des Geschädigten erscheint, so wenn es mit einer Verbindlichkeit belastet wird (Merz, S. 187). Der Schaden tritt mit der rechnerischen Vermögensverminderung ein und beläuft sich auf deren gegenwärtiges oder mit hinreichender Sicherheit voraussehbar künftiges Ausmass. Ein Schaden ist daher nicht erst entstanden, wenn der Geschädigte einen Verlust seines Barvermögens erleidet, vielmehr reicht bereits die Beeinträchtigung seines Bilanzvermögens aus (BGE 64 II 138). Gerade für die aktienrechtliche Verantwortlichkeit ist die bilanztechnische Betrachtungsweise nützlich und angebracht, geht es doch immer um den Ersatz von Vermögensschäden. Die Quantifizierung von schädigenden Ereignissen wird dadurch grundsätzlich vereinfacht (von der Crone/Carbonara/Hunziker, S. 4). Im

Weiteren tritt bei einer Vermehrung der Passiven der Schaden bereits mit dem Entstehen der Verbindlichkeit und nicht erst mit deren Erfüllung ein (Koziol, S. 14; BGE 116 II 444).

Die Anwendung der Differenztheorie wird in der Schweiz - anders als beispielsweise in Deutschland - kaum hinterfragt. Aus der Umschreibung des Schadens als Vermögensverminderung lässt sich entnehmen, dass die Feststellung des Schadens das Ergebnis eines Vergleiches zweier Vermögensstände ist. Der Schaden entspricht somit der Differenz zwischen dem tatsächlichen Vermögensstand nach Eintritt der schädigenden Pflichtwidrigkeit und dem Stand, den das Vermögen ohne Verwirklichung des schädigenden Ereignisses gehabt hätte (BK-Weber, Art. 97 OR N 151 mit vielen weiteren Verweisen). Man nimmt somit, um den Schaden zu bestimmen, eine Subtraktion zweier Summen vor, die je verschiedenen Ständen des Vermögens entsprechen. Hierbei muss mit der Hypothese gearbeitet werden, wie sich das Vermögen gestaltet hätte, wäre das schädigende Ereignis nicht dazwischen getreten. Man berücksichtigt, dass der Zeitablauf allenfalls eine Vermehrung des Vermögens gebracht hätte, den (jetzt) entgangenen Gewinn, das (traditionellerweise sogenannte) *lucrum cessans*. Dieses kann darin liegen, dass durch das schädigende Ereignis eine zu Recht erwartete Vermehrung der Aktiven oder Verminderung der Passiven nicht erfolgt. Wo dagegen anzunehmen ist, dass das Ereignis keine solche das Vermögen vermehrende Entwicklung abgeschnitten hat, genügt der Vergleich des Vermögensstandes vor und nach dem schädigenden Ereignis; man erhält sofort den bereits vorhandenen und abgeschlossenen sogenannten positiven Schaden, das *damnum emergens*, das durch die Verminderung der Aktiven oder Vermehrung der Passiven entstanden ist. Der hypothetische Stand des Vermögens, der gemäss der Definition in Rechnung zu stellen ist, fällt hier mit dem realen Vermögensstand, wie er vor dem schädigenden Ereignis bestanden hat, zusammen (Honsell, S. 73).

Der Unterschied zwischen *lucrum cessans* und *damnum emergens* beruht darauf, dass im einen Fall das Zeitmoment berücksichtigt wird, im anderen nicht, indem man je nachdem mit einer künftigen durch das schädigende Ereignis verhinderten oder verminderten Vermögensvergrösserung rechnet (Oftinger/Stark, § 2 N 9-12).

Die Annahme eines hypothetischen (künftigen) Vermögensstandes rechtfertigt sich somit nur dort, wo der Geschädigte einen entgangenen Gewinn geltend macht und damit behauptet, ohne die Schädigung hätte sich sein Vermögen positiver entwickelt als mit dem Schaden.

Es ist anzumerken, dass die dargelegte Rechtsauffassung des Gerichts, es könne vorliegend bei der Schadensberechnung auf die Ermittlung eines hypothetischen Vermögensstandes der Klägerin verzichtet werden, von derjenigen in der Substanziierungsaufgabe vom 9. Mai 2007 abweicht (act. 101). Eine Pflicht des Richters, den Parteien eine vom bisher Vorgebrachten abweichende Rechtsauffassung vor der Urteilsfällung bekanntzugeben, besteht nach der Rechtsprechung jedoch nur dann, wenn im Hinblick auf diese neue Rechtsauffassung anzunehmen ist, die Parteien könnten ihre tatsächlichen Vorbringen vervollständigen wollen (ZR 78 (1979) Nr. 35). Die Parteien haben sich zu der Frage, welche finanziellen Konsequenzen seitens der X zu erwarten gewesen wären, wenn sie am 26. Februar 2001 nicht die EUR 150 Mio. an die Z bezahlt hätten, in ihren Vorträgen geäußert. Da beiden Parteien kein Nachteil daraus erwächst, wenn auf ihre Stellungnahme zur Nichtberücksichtigung dieses Sachverhaltskomplexes abgesehen wird, kann kein rechtlich geschütztes Interesse an einer Vervollständigung des Vorgetragenen bestehen, weshalb auf eine weitere Stellungnahme hierzu verzichtet werden kann.

Zwar hat die Geschädigte nach Art. 42 OR die Existenz und den Umfang der Schadenersatzforderung zu beweisen. Die Anwendung der Differenztheorie im Sinne der Beklagten würde jedoch dazu führen, dass der Beweis eines Schadenseintrittes von vornherein dadurch verunmöglicht würde, dass die Geschädigte verpflichtet würde, die hypothetischen - und von der Gegenseite behaupteten - Folgen des Nichteintrittes der von ihr behaupteten Schädigung zu beweisen. Die Ansicht, dass die Geschädigte zu beweisen hätte, dass ihre Vermögenslage ohne die Rekapitalisierungszahlung nicht noch schlechter wäre, geht nach dem oben Gesagten fehl.

Damit ist aber nicht gesagt, dass die Ausführungen der Beklagten zu den negativen Folgen einer Nichtzahlung nicht von Relevanz wären. Soweit die Beklagten

geltend machen, sie hätten die Rekapitalisierungsverpflichtung unterzeichnet, weil sie mit guten Gründen davon ausgegangen seien, im Interesse der Gesellschaft zu handeln, indem sie damit den von ihnen behaupteten viel grösseren Schaden zu verhindern versuchten, beschlagen diese Ausführungen zwar nicht die Problematik der Schadensfeststellung, die Vorbringen sind jedoch unter dem Gesichtspunkt der Pflichtverletzung zu prüfen.

### 3. Gegenwert

#### 3.1. Unmittelbare Gegenleistung

Ist der allfällige Schaden aufgrund der bilanztechnischen Betrachtungsweise zu erstellen (vgl. oben Ziff. IV. 3. A. 2.), so ist unter dem Titel "Schaden" nur der Bestand einer unmittelbaren Gegenleistung zu prüfen, nämlich der behauptete Rückzahlungsanspruch der Klägerin gegenüber der Y bzw. eine unmittelbare Erhöhung des Wertes der 100%igen Tochtergesellschaft Y. Mit der Verpflichtung der Klägerin zur Zahlung von EUR 150 Mio. erhöhten sich deren Passiven um den genannten Betrag. Steht der Zahlung keine unmittelbare werthaltige Gegenleistung, mithin eine Erhöhung der Aktiven im selben Umfang gegenüber, so ist grundsätzlich von einem Schaden im Rechtssinne auszugehen. Die Frage, ob die Zahlung im weitergehenden Interesse der Gesellschaft stand, weil ihr ein mittelbarer Gegenwert gegenüberstand, etwa die Aussichten auf künftige Dividenden, die Abwendung eines Imageschadens, die Abwendung von Schadenersatzklagen und Umsatzeinbussen etc., ist nicht an dieser Stelle, sondern wie oben unter Ziff. IV. 3. A. 2. erwähnt, unter dem Titel "Pflichtverletzung" zu prüfen.

Wie unten gezeigt werden wird (Kapitel Pflichtverletzung IV. 3. B.), machen denn auch sämtliche Beklagten in erster Linie geltend, die Klägerin sei wegen vorbestehender Verpflichtungen bzw. im Konzerninteresse verpflichtet gewesen, die Z zu rekapitalisieren, weshalb die Zahlung nicht pflichtwidrig gewesen sei. Ist dies zutreffend und liegt demnach keine Pflichtwidrigkeit vor, so erübrigt es sich festzustellen, ob der Klägerin ein Schaden entstanden ist, da die Voraussetzungen gemäss Art. 754 OR kumulativ vorliegen müssen, um eine Ersatzpflicht der Ver-

waltungsräte zu bejahen. Die nachstehenden Ausführungen zur unmittelbaren Gegenleistung und somit zum Schaden erfolgen daher der Vollständigkeit halber.

### 3.2. Parteistandpunkte

Die Klägerin bestreitet, dass ihr mit der Zahlung des Betrages von EUR 150 Mio. ein Rückforderungsanspruch ("Befreiungsforderung") gegenüber der Y entstanden sei bzw. dass der Zahlung eine andere unmittelbare Gegenleistung gegenübergestanden habe (R 106 S. 17-21, 300, 307).

Der Beklagte 1 liess in seiner Klageantwortschrift ausführen, da die Liberierung der Partizipationsscheine der Z durch die Klägerin, die Zeichnung der Partizipationsscheine hingegen durch die Y erfolgt sei, sei durch diesen Vorgang "gruppenintern eine Forderung der X gegenüber der Y" entstanden, bzw. da die Partizipationsscheine von der Y gezeichnet, jedoch von der Klägerin liberiert worden seien, habe der Klägerin eine Forderung in der Höhe des Liberierungsbetrages gegen die Y zugestanden (KA1 act. 70 S. 51 Rz 133, S. 113 Rz 283).

Die Beklagten 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9 und 10 liessen ausführlicher geltend machen, im Konzernverbund stelle es grundsätzlich keine Seltenheit dar, dass zentrale Dienstleistungen aus Gründen der Effizienz und des effizienten Cash-Managements von einer Stelle ergingen. Gerade im Konzernverbund ziehe dies aber auch ganz klare Folgen nach sich: Die leistende Gesellschaft erwerbe durch einen konzerninternen Vertrag einen Anspruch auf Überwälzung der ihr entstandenen Kosten auf die begünstigte Gesellschaft. Es sei nie die Rede davon gewesen, dass die Klägerin die Zahlung vom 26. Februar 2001 ohne Gegenleistung erbringe. Ein Schaden hätte der Klägerin daher nur entstehen können, wenn ihr Befreiungsanspruch gegenüber der Y uneinbringlich gewesen wäre ( KA2 act. 73 S. 101 f. Ziff. 32.5; KA3 act. 77 S. 152 Rz 371 ff.; KA5 act. 84 Rz 136; KA6 act. 86 S. 43 Rz 136; KA7 act. 88 S. 99 N 259; KA8 act. 91 N 170, 171; KA9 act. 94 S. 96 Rz 245 f.; KA10 act. 97 S. 124 Rz 247 f.). Die Beklagten 5, 6, 7 und 8 bringen zusätzlich vor, die Erfüllung der Liberierungsschuld der Y habe nahegelegen, da die Klägerin der Y noch ein Festgeld von CHF 393,6 Mio. habe zurückzahlen müssen (KA5 act. 84 Rz 137; KA6 act. 86 S. 43 Rz 137; KA7 act. 88 S. 100 N 263; KA8

act. 91 N 171). Der Beklagte 4 stellte sich unter Verweis auf Art. 402 OR auf den Standpunkt, die Klägerin habe die Partizipationsscheine im Auftrag ihrer Tochtergesellschaft Y für diese bezahlt. Die X habe daher *ex lege* einen Ersatzanspruch in der Höhe von EUR 150 Mio. Da die Y zu diesem Zeitpunkt nicht überschuldet gewesen sei, sei die Forderung der X werthaltig gewesen (KA4 act. 81 S. 56 Rz 253, 254).

Mit der Replik räumte die Klägerin ein, es sei "buchhalterisch offenbar nach Zahlung der EUR 150 Mio. an die Z und Zeichnung der PS durch die Y ein Darlehen der X an die Y eingebucht" worden. Sie bestreitet jedoch den Bestand einer entsprechenden Forderung nach wie vor und macht geltend, ein solches Darlehen sei fiktiv und es sei an den Beklagten zu beweisen, dass ein echter Rückzahlungswille auf Seiten der Y bestanden habe (R act. 106 S. 319 Ziff. 119.3).

Mit der Duplik machen alle Beklagten geltend, die Klägerin habe den Betrag von EUR 150 Mio., entsprechend CHF 229,92 Mio., aufgrund eines Darlehensvertrages vom 23. März 2001 geleistet. Diese Behauptung belegen die Beklagten durch Einreichung des beidseitig unterzeichneten Darlehensvertrages. Da die Klägerin selbst anführt, die Zahlung sei als Darlehen verbucht worden, erübrigt es sich, eine Stellungnahme der Klägerin zu diesem Dokument einzuholen (act. 121/57).

### 3.3. Würdigung

Die Beklagten (die Beklagten 5 und 6 erst mit der Duplik) verhalten sich in ihren Ausführungen zur Gegenleistung widersprüchlich, da sie einerseits geltend machen, die Klägerin habe mit der Erfüllung der Zahlungsverpflichtung aus den Januarverträgen eine unmittelbare und werthaltige Gegenforderung gegenüber der Y erworben, andererseits aber behaupten, es habe sich um eine zulässige Sanierungsleistung zugunsten der Z gehandelt, welche der Klägerin als sanierende Konzernmutter auf längere Sicht mittelbare Vorteile (kein Imageverlust, kein Verlust der bestehenden Synergieeffekte, künftige Dividendenzahlungen, Erhalt des Beteiligungswertes, Abwendung von Schadenersatzklagen etc.) gebracht habe.

Diese beiden Behauptungen schliessen einander im Grunde genommen aus, denn: Hat die Klägerin eine werthaltige Gegenforderung gegenüber der Y erworben, so spielt die Frage, ob die Rekapitalisierung der Z im Interesse der X geboten und zulässig war, im vorliegenden Prozess keine Rolle (weil dann die Y die Zahlung, welche unbestrittenermassen an die Z floss, finanziert hätte und nicht die X). Steht andererseits fest, dass die Rekapitalisierung der Z im wohlverstandenen Interesse der X lag und sich die X angesichts ihrer eigenen finanziellen Verhältnisse sich diese auch leisten konnte, so ist die Pflichtverletzung unabhängig vom Bestand der "Befreiungsforderung" zu verneinen (siehe hinten Ziff. IV. B. 3.).

Sämtliche Parteien gehen in ihren Rechtsschriften letztlich davon aus, dass die Zahlung von EUR 150 Mio. zur Sanierung der Z, bzw. zur Aufrechterhaltung der Liquidität der Z geleistet wurde (D1 act. 120 S. 224; D2 act. 123 S. 181; D3 act. 126 S. 153; D4 act. 129 S. 202; D5 act. 132 S. 23; D6 act. 135 S. 23; D7 act. 138 S. 156; D8 act. 141 S. 119; D9 act. 144 S. 192; D10 act. 147 S. 236). So halten die Beklagten 1, 2, 4 und 7 zum eingereichten Darlehensvertrag explizit fest, dass es der X bei der Z-Zahlung nicht primär um eine Kreditvergabe an ihre Tochtergesellschaft Y, sondern um die Wahrung ihres eigenen Gesellschaftsinteresses (D1 act. 120 S. 209; D2 act. 123 S. 213; D4 act. 129 Rz 1026; D7 act. 138 Rz 757) durch Aufrechterhaltung der Z gegangen sei. Für den eingereichten Darlehensvertrag gilt daher wohl, wie bereits das Bezirksgericht Bülach mit Urteil vom 4. Juni 2007 (gegen den Beklagten 6) festgehalten hat: "Während im Verhältnis von unabhängigen Geschäftspartnern Verträge ausgehandelt und abgeschlossen werden, die sich dann auf die Buchhaltung auswirken, wird im Konzern vielfach ein bestimmtes buchhalterisches Resultat gesucht und danach der entsprechende Vertrag zwischen den betroffenen Gesellschaften abgeschlossen" (act. 136/5 S. 74).

Vorliegend steht die Frage, ob der Klägerin durch die Zahlung in Form des Werterhaltes der Enkelin Z ein mittelbarer Gegenwert erwuchs, im Vordergrund. Diese Frage ist - wie oben unter Ziff. IV. 3. A. 2. ausgeführt - im Folgenden unter dem Titel der Pflichtverletzung zu prüfen. Sollte eine Pflichtverletzung der Beklagten

verneint werden, so erübrigt sich die Schadensfeststellung, da die Voraussetzungen von Art. 754 OR kumulativ vorliegen müssen, um eine Ersatzpflicht der Verwaltungsräte zu begründen.

## B. Pflichtverletzungen gemäss Art. 754 OR

### 1.1. Allgemein

Im Rahmen der Pflichtwidrigkeit ist von Seiten der Klägerin ein Verstoß der massgeblichen Personen gegen die gesetzlichen Pflichten nach Art. 716 ff. OR oder gegen statutarische oder reglementarische Vorschriften darzutun. Denn: Haftbar wird ein Organmitglied, auch wenn das von ihm angerichtete Desaster noch so gross ist, nur bei Verletzung seiner Pflichten (Böckli, § 18 N 377). Bei der Beurteilung der Pflichtwidrigkeit sind diejenigen Normen in Betracht zu ziehen, welche statuierte Organpflichten betreffen, die zum Schutz der Interessen der Gesellschaft, der Aktionäre und der Gesellschaftsgläubiger bestehen (BGE 110 II 394). Zu unterscheiden ist zwischen spezifischen Verhaltenspflichten des Gesetzes und den allgemeinen Handlungsmaximen im Bereiche der Sorgfalts-, der Treue- und der Gleichbehandlungspflicht, wobei letztere im vorliegenden Fall nicht tangiert ist.

Die Sorgfaltspflicht ist die Kernnorm der Verantwortlichkeit von Organmitgliedern überhaupt. Sie bezieht sich als vom Richter zu konkretisierender Verhaltensmassstab auf die den Organen gesetzlich aufgetragenen Aufgaben. Die Sorgfaltspflicht ist nicht als selbständige Verhaltens- und Schutznorm zu verstehen, sondern als Modalität und Mindeststandard für die Art der Erfüllung spezifischer Pflichten. Die Treuepflicht ist der allgemeine Verhaltensmassstab für die Erfüllung einzelner Organaufgaben und in diesem Sinne der Sorgfaltspflicht ähnlich. Der Verwaltungsrat hat vor allem seine konkreten Aufgaben nicht nur "sorgfältig", sondern stets auch "in guten Treuen" zu erfüllen, d.h. ausgerichtet auf die Interessen der Gesellschaft und unter Hintansetzung fremder oder eigener divergierender Interessen (Böckli, § 18 N 379 f.). Eine enge Definition der Interessen der Aktiengesellschaft ist dabei abzulehnen. Gerade auch was im langfristigen Interesse der Gesellschaft liegt, ist im Allgemeinen rechtmässig (BGE 100 II 393 E.4;

Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 3 N 11 f.). Umstritten ist, ob bei grossen Gesellschaften, die volkswirtschaftlich von Bedeutung sind, auch die Interessen der Volkswirtschaft und der Allgemeinheit zu berücksichtigen sind (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 28 N 26; Bärtschi, S. 260). Allgemein gilt aber, dass an die Sorgfalt um so höhere Anforderungen zu stellen sind, je verantwortlicher die Tätigkeit der grundsätzlich verantwortlichen Person ist (Forstmoser/Sprecher/Töndury, S. 55).

Nach feststehender Praxis ermittelt der Richter das Mass der von den Verwaltungsratsmitgliedern geforderten Sorgfalt objektivierend. Er fragt danach, welches Verhalten billigerweise von einem abstrakt vorgestellten, ordnungsgemäss handelnden Verwaltungsrat in einer vergleichbaren Situation erwartet werden darf (Böckli, § 13 N 575). Dabei ist es unerlässlich, den handelnden Organen einen Ermessensspielraum für unternehmerische Entscheide zuzugestehen. Unternehmerische Entscheide müssen oft unter Wettbewerbsdruck, rasch und mit vorerst noch unzulänglichem Informationsstand getroffen werden. Die Tatsache, dass sich aus dem Rückblick - nach Wegfall des Zeitdrucks, in Kenntnis der wirklichen Lage und des nun bekannten Ausganges der Geschehnisse - ein Entscheid in den Augen des Richters als falsch herausstellt, darf nicht als Nachweis der objektiven Unsorgfalt behandelt werden (Böckli, § 13 N 581). Dies kann somit dazu führen, dass auch ein sich nachträglich als unvorteilhaft erweisendes Verhalten mit der Sorgfaltspflicht übereinstimmt, wenn es sich im Zeitpunkt der Vornahme einem korrekt handelnden Verwaltungsrat als valable, wenn auch mit gewissen Risiken verbundene, Handlungsmöglichkeit präsentierte. Dies gilt besonders für Entscheidungen über Sofortmassnahmen zur Bewältigung einer Krise, die unter grossem Entscheidungs- und Handlungsdruck, jedoch auf der Grundlage ungenügender Informationen gefällt werden müssen (Senn, S. 28). Die Situation ist so zu beurteilen, wie sie sich damals darstellte, auf Grund des damaligen Wissensstandes und in Unkenntnis dessen, was damals die Zukunft war (Böckli, § 13 N 581).

Im Umfeld eines Konzerns sind die Organe einer Gesellschaft nach der konstanten und bewährten Rechtsprechung des Bundesgerichts in erster Linie der eige-

nen Gesellschaft verpflichtet und nicht dem Konzern als Ganzes. Wo Drittinteressen etwa der Mitarbeiter, der Öffentlichkeit oder einer anderen Konzerngesellschaft mit auf dem Spiel stehen, hat das Organ dennoch dafür zu sorgen, dass das Interesse der betroffenen (Konzern-)Gesellschaft durch geeignete Massnahmen gebührend berücksichtigt wird (s. BGE 130 III 213 E. 2.2.2, 113 II 52 E. 3a; Urteil 4C.252/2000 v. 5. Dezember 2000, E. 3b). Die Verletzung von Vorschriften zum Schutze einer Einzelgesellschaft kann daher grundsätzlich nicht mit dem Bestehen eines Konzerns gerechtfertigt werden, denn die Bildung eines Konzerns setzt die Beachtung der rechtlichen Verschiedenheit der einzelnen juristischen Personen voraus. Wer die entsprechenden Folgen nicht hinnehmen will, muss sein Geschäft unter einer einheitlichen juristischen Flagge führen. Zu beachten ist allerdings, dass die Interessen von Konzerngesellschaften in der Regel gleich gerichtet sein dürften.

## 2. Vorbringen im Einzelnen

### 2.1. Pflichtgemässer Entscheidungsprozess

a) Die Klägerin wirft den Beklagten vor, sie hätten den Rekapitalisierungsentscheid nicht vorschriftsgemäss gefällt. Sie hätten teils wörtlich, teils sinngemäss vortragen lassen, dass sie regelmässig an den Sitzungen teilgenommen hätten, dass dort ausführlich diskutiert worden sei, dass sie sorgfältig überlegt und erst danach gehandelt hätten, dass sie immer Alternativen erwogen und die Entscheidungsgründe abgewogen hätten, dass sie kritische Fragen gestellt und alle Unterlagen gründlich studiert hätten, aber auch, dass sie sich - namentlich der Beklagte Fischer - auf die ausgewiesene Finanzkompetenz anderer Verwaltungsratsmitglieder hätten verlassen dürfen, dass die Konzernleitung begründeterweise das uneingeschränkte Vertrauen des Verwaltungsrats genossen habe und dass man im Verwaltungsrat immer rechtzeitig alles richtig gesehen und umfassend bedacht habe. Sie alle seien auf jeden Fall nicht nur engagierte und selbstlose, sondern vor allem auch sachkundige, sorgfältige und geradezu vorbildliche Verwaltungsräte gewesen. Diese Selbstdarstellung in den Klageantworten werde bestritten. Sie sei schon durch die Protokolle widerlegt, aus denen nichts von alledem hervorgehe, weil sie vor allem das fortgesetzte Schweigen der allermeisten Verwaltungs-

ratsmitglieder dokumentierten. Einzelvoten hätten Seltenheitswert, die Protokollinhalte seien von geradezu ausgesuchter Substanzlosigkeit, in der die Verwaltungsratsmitglieder im Wesentlichen in der Präsenzliste am Kopf des Protokolls auftauchten und danach nicht mehr. Es sei in den Protokollen auch nichts von einlässlichen Diskussionen, Für und Wider, Erwägungen, Widersprüchen, Einwendungen, Bedenken oder deren Widerlegung zu lesen, es werde praktisch nie auf Unterlagen, Expertenberichte etc. Bezug genommen, man könne kaum zuordnen, ob jetzt referiert werde, was die Konzernleitung vortrage oder was der Verwaltungsrat meine. Die Vielzahl der - teils eher banalen - Themen lasse auch alles in einem gleichförmigen Brei eingetaucht erscheinen, in dem grosse wie kleine Themen mit gleichem Aufwand an Zeit und Zeilen abgehandelt würden; es erscheine alles geglättet, nivelliert, anonymisiert, entpersonalisiert - gleich wie die Klageantworten, die sich interessanterweise weitestgehend davon dispensierten, eine aktive Rolle der einzelnen Verwaltungsräte auch noch irgendwie auszubreiten oder zu substantiieren, sondern sich vielmehr auf meist kurzes Selbstlob beschränkten, um danach in der Gesamtgruppe unauffällig zu verschwinden. Eine, wie es oft heisse (z.B. KA9 act. 94 Rz 98) "intensive Befassung" mit einem Thema, namentlich mit Z, spiegle sich in den Protokollen überhaupt nicht wieder (R act. 106 S. 332).

Die Klägerin wirft den Beklagten damit vor, sie hätten ihre Pflichten im Zusammenhang mit der Entscheidungsfindung verletzt.

b) Der Verwaltungsrat hat seine Entscheide sorgfältig und frei von Interessenkonflikten zu fällen. Sorgfältig bedeutet, dass der Verwaltungsrat seine Entscheide stets auf der Basis genügender Information fällt und im Rahmen der Beschlussfassung Risiken und Chancen der Entscheide abwägt sowie alternatives Vorgehen prüft (vgl. Art. 717 OR). Die Beklagten machen geltend, sie seien allen diesen Vorgaben nachgekommen, weshalb ihr Entscheid in Anwendung der "business judgment rule" einer richterlichen Überprüfung ohnehin entzogen sei.

Die "business judgment rule" baut auf der Grundidee auf, dass Geschäftsführungsentscheide, die sich in einem geschäftlichen Ermessensspielraum bewegen, nicht schon deshalb eine Pflichtverletzung enthalten, weil sie sich im Nachhinein

als unzweckmässig oder falsch herausstellen (siehe oben Ziff. IV. 3. B. 1.1.), geht dann aber noch einen Schritt weiter, indem sie der Gesetzmässigkeit und dem prozedural untadeligen Zustandekommen mehr Gewicht einräumt als der Begründbarkeit des konkreten Entscheides. Bei Anwendung dieser Regel wird in erster Linie die Sorgfalt im Verfahren, das den Verwaltungsrat zum Entscheid geführt hat, geprüft, nicht der Entscheid selbst. Ihre Anwendbarkeit ist im Schweizer Recht umstritten (siehe Zusammenstellung der Lehrmeinungen in: Nikitine, S.133 ff.). Wie im Folgenden gezeigt werden wird, erübrigt es sich vorliegend, die Anwendbarkeit der "business judgement rule" zu prüfen.

c) Der Klägerin ist zuzustimmen, wenn sie ausführt, den Protokollen der Verwaltungsratssitzungen sei nicht zu entnehmen, dass der Rekapitalisierungsentscheid vor der Unterzeichnung der Januarverträge im Verwaltungsrat intensiv diskutiert worden wäre, dass Chancen und Risiken abgewogen worden wären und dass der Verwaltungsrat Alternativen geprüft hätte. Hier kann auf die Verwaltungsratsprotokolle vom 14. Dezember 2000 und vom 20. Januar 2001 verwiesen werden (act. 3/33; act. 3/34). Am 14. Dezember 2000 war die Z mehrfach Thema an der Verwaltungsratssitzung. So ist dem Protokoll auf S. 4 zu entnehmen, dass [REDACTED] über den Cash-Bedarf der Z für 2001 und 2002 sowie die geplante Kapitalerhöhung und die weiteren Sanierungsmassnahmen (Verkauf von Assets und einzelnen Business Units, Filialisierung der Gruppe) sowie die Ursachen der Probleme der Z referierte. Ausserdem nahm der Verwaltungsrat "zur Kenntnis, dass [REDACTED] bei einem Scheitern der Verhandlungen (wohl über die Rekapitalisierung bzw. Kapitalerhöhung) die Ratifizierung der bilateralen Verträge möglicherweise verweigern wird". Ausser einem Hinweis auf eine Diskussion des Verwaltungsrates zur Frage der Verantwortung des von der X delegierten Managements für die Lage der Z, enthält das Protokoll keinen Hinweis auf Meinungsäusserungen aus den Reihen der Verwaltungsräte zur finanziellen Lage der Z, den Sanierungsaussichten oder Alternativen zur Rekapitalisierungszahlung. Im Rahmen der darauffolgenden Erläuterungen des Budgets durch [REDACTED] wird die Z ebenfalls mehrfach erwähnt, wiederum ohne dass einer der Beklagten ausweislich des Protokolls sich dazu geäussert hätte (act. 3/33 S. 4 und 5). Die Z wird erst wieder auf der zehnten und letzten Seite des Protokolls thema-



- Zur rechtlichen Verpflichtung zur Z-Zahlung unter Verweis auf das Protokoll der (telefonischen) Verwaltungsratssitzung vom 22. Februar 2001 (act. 3/61 Traktandum 1 S. 4, 1. Absatz):

" [REDACTED]  
[REDACTED]. "

- Zur Alternative "Sanierung oder Konkurs" unter Verweis auf das Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom 31. Januar 2001 (act. 3/52 S. 6):

" [REDACTED]. "

- Zur Verknüpfung der Zahlung mit den weiteren Sanierungsmassnahmen und mit dem Einverständnis der Gewerkschaften unter Verweis auf das Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom 31. Januar 2001 (act. 3/52 S. 6):

" [REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]. "

und:

" [REDACTED]  
[REDACTED]. "

Und weiter (act. 3/52 S. 7):

" [REDACTED]  
[REDACTED]. "

- Zur Abwägung "Nutzen der Z-Beteiligung" (Landerechte, [REDACTED]) und "Schaden eines Ausstiegs" (Ausstiegskosten, Verlust Hub [REDACTED]) wiederum unter Verweis auf das Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom 31. Januar 2001 (act. 3/52 S. 6):

" [REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]. "

Und weiter:

' [REDACTED]  
[REDACTED]."

- Zum Ziel, den "kontrollierten Ausstieg" sicherzustellen unter Verweis auf das Protokoll der (telefonischen) Verwaltungsratssitzung vom 22. Februar 2001 (act. 3/61 S. 2):

' [REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]."

[REDACTED]  
[REDACTED]."

Und unter Verweis auf das Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom 24. März 2001 (act. 82/21 S. 6):

' [REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]."

- Zum Zustand der X im Jahr 2000 und Anfang 2001, zur fehlenden Überschuldung und zur Überwachung des Eigenkapitalstandes und der Liquidität durch den Verwaltungsrat unter Verweis auf das Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom 27. Juli 2001 (act. 82/27 S. 2):

' [REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]."

Und weiter unter Verweis auf das Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom 27. August 2001 (act.82/28 S. 1):

' [REDACTED]  
[REDACTED]

[REDACTED]

Weiter unter Verweis auf das Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom 10. Juli 2001 (act. 82/32 S. 2):

' [REDACTED] ."

Und unter Verweis auf das Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom 27. August 2001 (act.82/28 S. 1 f.):

' [REDACTED] ")

Und:

' [REDACTED] .

Weiter unter Verweis auf das Protokoll der Konzernleitungssitzung vom 30. Januar 2001 (act. 3/51 S. 6):

[REDACTED] ."

Schliesslich unter Verweis auf die Verwaltungsratssitzung vom 22. November 2000 (act. 3/30):

' [REDACTED] ."

- Zum Abstützen auf externe Berater unter Verweis auf das Protokoll der Sitzung des Verwaltungsrates vom 23. Mai 2001 (act. 3/75 S. 3) dazu bereits KA4 act. 81 Rz 207):

' [REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]. "

Und unter Verweis auf das Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom 2. März 2001 (act. 3/69 S. 4):

[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]. "

Und weiter unter Verweis auf das Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom 29. September 2001 (act. 82/48 S. 1):

' [REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]. "

Aus den obigen Ausführungen erhellt, dass die Beklagten somit mit einer Ausnahme, welche sich zudem nicht auf die Rekapitalisierung der Z bezieht (Protokoll vom 22. November 2000) zur Bestreitung der klägerischen Behauptung, die Rekapitalisierungsvereinbarung vom 22. Januar 2001 sei im Verwaltungsrat nicht bzw. nur ungenügend diskutiert worden, auf Protokolle von Sitzungen verweisen, welche nach dem Abschluss der Vereinbarung stattgefunden haben. Die in diesen Protokollen festgehaltenen Äusserungen können aber zum vornherein nicht relevant sein für die Frage, ob die Beklagten den Entscheid, die Klägerin zur Rekapitalisierung der Z zu verpflichten, sorgfältig gefasst haben. Die entsprechenden Ausführungen der Beklagten sind daher unbehelflich.

Stützt man allein auf die Verwaltungsratsprotokolle ab, so entsteht tatsächlich der Eindruck, die Beklagten hätten vor der Unterzeichnung der Verträge keine Dis-

kussionen geführt, keine Alternativen zur Rekapitalisierung geprüft, die Chancen und Risiken eines Rekapitalisierungsentscheids nicht abgewogen. Die Beklagten 1, 3, 4, 8, 9 und 10 lassen zwar geltend machen, das Leben spiele sich natürlich auch ausserhalb der Protokolle ab, weitere Beweismittel für ihre Gegenbehauptung nennen sie aber nicht (D1 act. 120 S. 30; D3 act. 126 S. 22; D4 act. 129 S. 18; D8 act. 141 S. 236; D9 act. 144 S. 23; D10 act. 147 S. 29), wozu sie allerdings im Hauptverfahren auch noch nicht verpflichtet sind. Sie wären hingegen verpflichtet gewesen, die Behauptungen der Klägerin substantiiert zu bestreiten, unter Nennung der Umstände der Diskussionen unter den Verwaltungsräten (Zeitpunkt, Teilnehmer, Inhalt der Gespräche etc.), welche angeblich "ausserhalb der Verwaltungsratsprotokolle" stattgefunden haben.

e) Die Frage, ob die Beklagten ihre Pflicht zur sorgfältigen Entscheidungsfindung verletzt haben, spielt jedoch nur dann eine Rolle, wenn der Entscheid selbst unvertretbar und damit pflichtwidrig gewesen wäre. Verletzen die Verwaltungsräte ihre Pflichten im Entscheidungsprozess, fällen aber dennoch einen Entscheid, welcher als vertretbar und deshalb als nicht pflichtwidrig erscheint, so fehlt es den Pflichtverletzungen in der Entscheidungsfindung an der Kausalität zu einem allfälligen Schaden. Es ist daher vorab zu klären, ob der Entscheid an sich als pflichtwidrig erscheint. Ist dies nicht der Fall, so erübrigt es sich, die genauen Umstände des Entscheidungsfindungsprozesses beweismässig zu erstellen. Bei diesem Vorgehen erübrigt es sich auch, auf die Frage der Anwendbarkeit der "business judgment rule" weiter einzugehen.

## 2.2. Vorbestehende Verpflichtung durch das Term Sheet?

### 2.2.1. Parteibehauptungen

Die Beklagten berufen sich ausnahmslos darauf, die Klägerin sei bereits durch das Term Sheet zur Rekapitalisierung der Z verpflichtet gewesen (KA1 act. 70 S. 80; KA2 act. 73 S. 78; KA3 act. 77 S. 98; KA4 act. 81 S. 12; KA5 act. 84 S. 22; KA6 act. 86 S. 22; KA7 act. 88 S. 36; KA8 act. 91 S. 38; KA9 act. 94 S. 37; KA10 act. 97 S. 92). Sie verweisen dazu insbesondere auf Art. 3 Ziff. 2 und Art. 6 des Term Sheet vom 26. April 2000. Als entscheidend müsse aber betont werden,

dass sich die Beklagten 1-10 für verpflichtet hielten, das Term Sheet und dessen Ziffer 3 einzuhalten (unter Verweis auf das Protokoll der Sitzung des Verwaltungsrates der X vom 22. Februar 2001, act. 3/61 S. 3). Überdies habe die Einhaltung dieser Verpflichtung im eminenten eigenen Geschäftsinteresse der Klägerin gelegen. Der Abschluss der Rekapitalisierungsvereinbarung für sich allein käme daher ohnehin nicht als schadensverursachende Handlung in Frage.

Die Klägerin erklärt, dem Term Sheet sei keine rechtliche Verpflichtung zur Rekapitalisierung zu entnehmen. Das Term Sheet vom 26. April 2000 sei "einzig eine Programmskizze ohne rechtliche Verbindlichkeit" gewesen. Es sei nicht nur von Bedingungen abhängig gewesen, sondern hätte unabhängig davon in eigentliche Verträge umgesetzt werden müssen, die ihrerseits dem EU -Recht hätten entsprechen müssen. So habe [REDACTED], welcher seitens der X mit dem [REDACTED] Staat diese Verträge diskutiert habe, in der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 15. Dezember 2005 ausdrücklich erklärt, das Term Sheet sei keine verbindliche Vereinbarung gewesen (act. 108/2 S. 8 f.). Die Klägerin macht zudem geltend, eine verbindliche vertragliche Vereinbarung heisse eben nicht "Term Sheet", sondern "contract" oder "agreement" und eine rechtliche Bindung sei nicht durch "its resolves" zu erklären (R act. 106 S. 175). Die Beklagten würden auf der Zugabe behaftet, dass damals auch diese "Abreden" nicht hätten "vollzogen" werden können. Das sei eine euphemistische Ausdrucksweise, denn sie hätten in Tat und Wahrheit schon deshalb gar nicht getroffen werden können, weil sie rechtswidrig und damit nichtig gewesen seien. Das EU-Recht habe ja gerade jede verbindliche Abmachung hinsichtlich der Beteiligungserhöhung verboten. Das Term Sheet habe deshalb nur die Absichtserklärung enthalten, wie man - wenn es dann später zulässig sein würde - in etwa habe vorgehen wollen. Weil das Term Sheet selbst kein Vertrag gewesen sei und gar keiner habe sein dürfen, sei ja um einen solchen in der Folge verhandelt worden, was gänzlich unnötig gewesen wäre, wenn das Term Sheet schon der (eigentliche) Vertrag gewesen wäre. Erst mit den Verträgen vom Januar 2001 sei eine rechtliche Verbindlichkeit geschaffen worden (R act. 106 S. 175).

Die Klägerin zieht somit die Verbindlichkeit des Term Sheet als Gesamtvereinbarung in Zweifel.

### 2.2.2. Grundsätzliche Verbindlichkeit des Term Sheet

Die Parteien haben am 26. April 2000 ein Dokument mit dem Namen "Summary of key terms" ("Zusammenfassung der Schlüsselbegriffe") unterzeichnet, welches die Parteien im vorliegenden Prozess übereinstimmend "Term Sheet" nennen. Vertragsparteien sind die [REDACTED] Aktionäre der Z, nämlich der [REDACTED] Staat sowie die [REDACTED]-[REDACTED] (eine zu 100% vom [REDACTED] Staat beherrschte Aktiengesellschaft) auf der einen Seite, sowie die X, "acting for itself and relevant subsidiaries", auf der anderen Seite. Bei dem Begriff Term sheet (bzw. "summary of key terms") handelt es sich nicht um einen feststehenden Rechtsbegriff, dessen Definition bzw. Interpretation eindeutig wäre. Grundsätzlich sind *Term Sheets* stichwortartige Zusammenfassungen der wesentlichen Vertragspunkte auf zwei bis drei Seiten in tabellarisch und logisch gegliederter Reihenfolge; sie sind ein äußerst nützliches Hilfsmittel, um das Problem, dass "business people lange, komplexe Vertragsentwürfe nicht lesen", zu entschärfen; in einem Term Sheet muss ausdrücklich geregelt werden, dass die Parteien erst mit der Unterzeichnung des voll ausformulierten Vertrages rechtlich gebunden werden wollen (Kornicker, S. 66 und S. 71, N 1043 und N 1937). Im Übrigen ist davon auszugehen, dass auch im [REDACTED] Recht der Grundsatz gilt, dass für die Qualifikation eines Rechtsgeschäfts nicht dessen (allenfalls falsche) Bezeichnung durch die Parteien, sondern dessen Inhalt massgebend ist.

Unzutreffend ist die Aussage der Klägerin, dass ein mit "Summary of Key Terms" bezeichnetes Dokument zum vornherein keine verbindlichen Abmachungen enthalten könne.

Das Dokument umfasst insgesamt vierzehn Seiten plus zwei Seiten Anhang, ist unterzeichnet vom [REDACTED] Minister für [REDACTED] und [REDACTED], [REDACTED] für die [REDACTED] Seite und für die X vom damaligen Verwaltungsratspräsidenten [REDACTED] [REDACTED]. Es enthält in Ziffer 17 eine Rechtswahl zugunsten des [REDACTED] Rechts und eine Gerichtsstandsklausel zugunsten der [REDACTED] Ge-

richte (act. 3/14). Das Dokument selbst spricht sich nicht über seine Bindungswirkung aus. Inhalt des Dokumentes sind weitgehend ausformulierte Bestimmungen über die strategischen Ziele der Partnerschaft Z-X (bzw. Y bzw. W), die sofortige Implementierung der [REDACTED], das weitere Vorgehen betreffend [REDACTED] [REDACTED], Übernahme der Aktienmehrheit von 85% durch "[REDACTED]" in zwei Schritten sowie im Gegenzug die Übernahme von Aktien der X durch [REDACTED], die Weiterbedienung der Schlüsselrouten durch Z, die Neuverhandlung der [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] (" [REDACTED]"), das Vorgehen der Parteien im Falle der Eingehung einer internationalen [REDACTED] [REDACTED] durch "[REDACTED]", die Beziehung der Aktionäre der Z nach dem Closing, Mitarbeiteraktien, Put-Option der [REDACTED], keine Call-Option von "[REDACTED]" sowie über das Closing und die aufschiebenden Bedingungen.

Form und Inhalt des Dokumentes sprechen für die grundsätzliche Verbindlichkeit. Welchen Sinn hätte eine Gerichtsstandsklausel und eine Vereinbarung über das auf den Vertrag anzuwendende Recht in einem Dokument über dessen Unverbindlichkeit sich die Parteien zum vornherein einig sind?

Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle festgehalten, dass die Klägerin zwar behauptet, die Beklagten hätten nicht auf die Verbindlichkeit des Term Sheet schliessen dürfen, während sie an anderer Stelle aus einem einzigen Satz in einem Brief von [REDACTED] [REDACTED] auf die volle Verlustübernahme durch die X schliesst. So hält die Klägerin in der Replik (R act. 106 S. 74) fest, [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] habe mit Schreiben vom 9. August 2000 gegenüber [REDACTED] [REDACTED] und [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] erklärt, dass die Y für den Fall, dass sich im Rahmen der Sanierung der [REDACTED] bzw. [REDACTED] ein weiterer Mittelbedarf ergeben sollte, für diesen vollumfänglich aufkommen werde. Dies schliesst die Klägerin allein daraus, dass [REDACTED] [REDACTED] in diesem Schreiben erklärte "... Y y fera face". Mit dieser Zusage habe die Y das volle wirtschaftliche Risiko für Verluste bei [REDACTED] und [REDACTED] [REDACTED], welche bis zur Umsetzung der geplanten Kapitalerhöhung eintraten, übernommen. Wenn die Klägerin diesen Rückschluss aus einem einzigen Satz in der Geschäftskorrespondenz zieht, dann verhält sie sich widersprüchlich, wenn sie den Beklagten vorwirft, es sei völlig klar gewesen, dass das Term Sheet als voll ausformulierter Vertrag, beidseitig unterzeichnet, mit Ge-



(act. 3/43 S. 11) - welche, abgesehen von der Satzstellung, identisch ist mit der umstrittenen Ziffer 3 Abs. 2 des Term Sheet vom 26. April 2000 - zum Schluss, dass die X mit dem Ausdruck "undertakes" (im Term Sheet "undertaking") eine verbindliche Verpflichtung einging, wobei diese "obligation constitue manifestement une obligation de moyen" sei (act. 85/17 und act. 87/17 je S. 32 Ziff. 61), also eine Verpflichtung zur Erbringung einer Dienstleistung bzw. Verpflichtung zu Massnahmen ("obligation de moyens" bedeutet: Pflicht, auf das angestrebte Ergebnis hinzuwirken; Verpflichtung, die Mittel in geeigneter Weise einzusetzen). Von Bedeutung ist dieses [REDACTED] Urteil deshalb, weil in Ziffer 17 des Term Sheet ebenfalls der Gerichtsstand [REDACTED] und die Anwendbarkeit von [REDACTED] Recht vereinbart wurden (act. 3/14 S. 14). Aus dem genannten Urteil ist zu schliessen, dass, hätte sich also die [REDACTED] Seite im Zusammenhang mit dem Term Sheet an ein [REDACTED] Gericht gewandt, dieses mit grosser Wahrscheinlichkeit zum Schluss gekommen wäre, dass die X zumindest im Sinne von Ziffer 3 Abs. 2 des Term Sheet vom 26. April 2000 verpflichtet war, die Z zu unterstützen.

Beide Parteien machen längere Ausführungen zur Qualifikation der Ziffer 3. Abs. 2 des Term Sheet als Patronatserklärung. Während die Klägerin bestreitet, dass eine Patronatserklärung vorliegt und generell verneint, dass aus einer Patronatserklärung eine Zahlungsverpflichtung abgeleitet werden könne, erklären die Beklagten 2, 3, 5, 6, 7, 9 und 10, eine Patronatserklärung sei eine verbindliche Verpflichtung, zumal es sich vorliegend um eine "harte" Patronatserklärung handle (KA2 act. 73 S. 79; KA3 act. 77 S. 99; KA5 act. 84 S. 67; KA6 act. 86 S. 67; KA7 act. 88 S. 77; KA9 act. 94 S. 75; KA10 act. 97 S. 95). In der Duplik erklären die Genannten, ob das unter [REDACTED] Recht zu interpretierende Term Sheet insgesamt aus Schweizer Sicht dogmatisch eine „Patronatserklärung“ gewesen sei, eine „weiche“ oder eine „harte“, sei nicht entscheidend, zumal auch das Schweizer Gesetz diese Ausdrücke nicht kenne (D1 act. 120 S. 394; D2 act. 123 S. 92; D3 act. 126 S. 252; D7 act. 138 S. 268; D8 act. 141 S. 321; D9 act. 144 S. 321; D10 act. 147 S. 398).

Patronatserklärungen (die oft gleichartig verstandenen Begriffe wie "Letter of awareness" oder "lettre d'intention" deuten einen ausserrechtlichen Charakter der Pat-

ronatserklärung an (Druey/Vogel, S. 115)), werden in den unterschiedlichsten Erscheinungsformen verwendet und haben keinen fest umschriebenen Inhalt. Eine begriffliche Erfassung ist daher schwierig (vgl. von Büren, S. 327). Meistens gehen Patronatserklärungen von der Mutter zugunsten einer Tochtergesellschaft aus (Druey/Vogel, S. 114). Die Patronatserklärung stellt keinen Rechtsbegriff, sondern einen deskriptiven Sammelbegriff dar, der ganz unterschiedlich ausgestaltete Erklärungen zusammenfasst (Kuzmic, S. 41). Diese reichen von der blossen Kundgabe der Kenntnisnahme vom Geschäft mit der Tochtergesellschaft, der Aufrechterhaltung der Beteiligungsverhältnisse bis hin zu Zusagen über die finanzielle Ausstattung und Bonität der Tochtergesellschaft, die Einflussnahme auf ihr Geschäftsgebaren, Management oder gar zur Gleichstellung ihrer Verbindlichkeiten mit denjenigen der Muttergesellschaft (Kuzmic, a.a.O.; vgl. auch Druey/Vogel, S. 115 f.). Je nach Erklärungsinhalt kommt somit der Patronatserklärung rechtlich bindender Charakter oder lediglich geschäftsmoralische Bedeutung im Sinne eines unverbindlichen (vgl. Handschin, S. 291) "gentleman's agreement" zu (Kuzmic, S. 41). In aller Regel will eine Konzernleitung mit einer Patronatserklärung kein rechtlich durchsetzbares Zahlungsverprechen abgeben (Böckli, 3. Aufl., § 11 N 498 f.). Durch Auslegung ist im Einzelfall abzuklären, ob eine finanzielle Verpflichtung besteht (Böckli, 3. Aufl. a.a.O.; Druey/Vogel, S. 116; Kuzmic, a.a.O.; Müller/Lipp/Plüss, S. 182 f.; von Büren, S. 330).

Gemein ist aber allen Erscheinungsformen der Patronatserklärungen, dass es sich - in konzernmässig organisierten Strukturen - um Erklärungen von Muttergesellschaften oder Grossaktionären gegenüber bzw. zu Gunsten von Gläubigern ihrer Tochtergesellschaften handelt, welche abgegeben werden, wenn eine Tochtergesellschaft zur Deckung ihres Finanzbedarfs oder zu Sanierungszwecken fremde Mittel braucht, insbesondere einen Kredit aufnehmen will. Im vorliegenden Fall hat die X die umstrittene Erklärung jedoch gegenüber ihren Mitaktionären (bzw. den Mitaktionären der Y), d.h. gegenüber der [REDACTED] [REDACTED] und dem [REDACTED] [REDACTED] Staat abgegeben und nicht gegenüber Dritten (Gläubigern der Z), weshalb keine Patronatserklärung vorliegt und sich Weiterungen zur Frage, ob eine "harte" oder "weiche" Patronatserklärung gegeben ist, sich an dieser Stelle deshalb erübrigen.

b) Die Beklagten beziehen sich in ihren Ausführungen weiter auf Ziffer 6 des Term Sheet. Dort steht wörtlich: "Neither the ██████████ ██████████ nor ██████████-██████████ assumes any responsibility for taking part in any recapitalization of ██████████ prior or subsequent to the Closing, ..." (Hervorhebung hinzugefügt). Daraus lässt sich zwanglos der Schluss zu ziehen, dass im Falle der Notwendigkeit einer Rekapitalisierung diese eben von der dritten Vertragspartei, der X, zu tragen gewesen wäre. Die Klägerin erklärt, dieser Rückschluss sei falsch, denn selbst wenn diese Klausel verbindlich wäre, so begründete sie mit Sicherheit keine Verpflichtung der Klägerin, sondern bestenfalls eine "Begünstigung" der ██████████ Aktionäre, welche sich zudem auf die Zeit vor dem Closing beschränke. Was nach dem Closing sei, sage die Klausel nicht (R act. 106 S. 176). Zu letzterem sei auf den Wortlaut der Bestimmung verwiesen, nämlich "prior or subsequent to the closing", was sich nicht anders als mit "vor oder nach dem Closing" übersetzen lässt. Was den Rückschluss auf die Verpflichtung der Klägerin anbelangt, so ist darauf hinzuweisen, dass sich ausgehend von der Interpretation der Klägerin die Frage stellt, wem gegenüber und in welcher Form die ██████████ Gesellschaften denn mit dieser Klausel begünstigt werden sollten, wenn nicht gegenüber ihrer Vertragspartnerin, der X. Diese wäre bei einer Rekapitalisierung eben dadurch "benachteiligt" worden, dass sie die Lasten alleine zu tragen gehabt hätte. Weiter stellt sich die Frage, weshalb die Klausel in das Term Sheet aufgenommen wurde, wenn nach Lesart der Klägerin ohnehin niemand zur Teilnahme an einer allfälligen Rekapitalisierung verpflichtet werden sollte. Im Übrigen verhält sich die Klägerin widersprüchlich, führt sie doch an anderer Stelle an, dass die Beklagten bereits vor der Unterzeichnung der Januarverträge gewusst hätten, dass nicht nur der Konkurs der Z drohe, sie hätten auch gewusst, dass der Kapitaleinschuss von total EUR 250 Mio. nirgends hinreichen würde und dass sie in Zukunft ohne die ██████████ Aktionäre für die ("bereits als horrend und stetig wachsend bekannten") Verluste werde sorgen müssen (R act. 106 S. 228). Bereits in der Klagebegründung hatte die Klägerin ausführen lassen, die Klägerin habe seit April 2000 gewusst, dass sie zur Deckung des "enormen zusätzlichen" Kapitalbedarfes der Z nicht mehr auf die Hilfe der ██████████ Aktionäre habe zählen können, sondern auf sich alleine gestellt gewesen sei (KB act. 2 S. 25). Woraus die Klägerin ableitet, dass sie bei der

Verlusttragung bzw. Rekapitalisierung der Z auf sich alleine gestellt gewesen wäre und nicht auf die Unterstützung durch den [REDACTED] Staat bzw. die [REDACTED] hätte zählen können, wenn nicht aus dem Term Sheet, sagt sie nicht. Ebenso wenig verfährt das klägerische Argument, die Klägerin sei nicht Aktionärin der Z gewesen (was unbestritten ist), weshalb sie "zu gar nichts" habe verpflichtet sein können. Die Klägerin ("acting for itself and relevant subsidiaries") war Vertragspartnerin des Term Sheet und hatte sich selbstverständlich vertraglich direkt zur Zahlung verpflichten können.

Richtig ist, dass aus der Formulierung von Ziffer 6 des Term Sheet weder auf die Höhe noch auf den Zeitpunkt der Leistung eines entsprechenden Beitrags von Seiten der Klägerin geschlossen werden kann. Ebenso wenig steht fest, wie diese aus dem Term Sheet erwachsende Verpflichtung der Klägerin rechtlich zu qualifizieren wäre, wobei eine solche Qualifikation nach [REDACTED] Recht vorzunehmen wäre. Diese Frage kann jedoch im vorliegenden Fall offenbleiben, ebenso die abschliessende Prüfung der Verbindlichkeit der genannten Klausel. Zu prüfen ist hingegen, ob die Beklagten im Januar 2001 zumindest davon ausgehen durften, die Klausel sei verbindlich und die X zur Zahlung verpflichtet.

#### 2.2.4. Rechtliche Abklärung der Verbindlichkeit durch die Beklagten

Ob die Beklagten eine rechtliche Abklärung der Verbindlichkeit des Term Sheets haben vornehmen lassen, ist umstritten. Zu berücksichtigen ist aber, dass auch die externen Berater der Klägerin von einer Verbindlichkeit der Ziffern 3.3. und 6. des Term Sheet ausgingen: So wurde im Shield-Bericht von [REDACTED] vom 10. Oktober 2000 im Kapitel "Z stakes" unter dem Titel "mögliche zukünftige Verpflichtungen" ("potential future commitments") "potential future recapitalization / restructuring" "to be covered 100 % by X" und "Keep well guarantee" erwähnt (act. 3/90 A-10). Die Beklagten halten zudem fest, auch die [REDACTED] sei in ihrem Bericht "Financial Exposure Report" vom 26. Februar 2001 davon ausgegangen, dass die X möglicherweise weitere finanzielle Bedürfnisse der Z würde decken müssen (act. 85/22 und 87/22 je S. 8). Dazu ist allerdings zu bemerken, dass die [REDACTED] sich hier ausdrücklich auf die Verträge vom 24. Januar 2001 bezog und nicht etwa, wie zumindest ein Teil der Beklagten

zu glauben scheint, auf das Term Sheet vom 26. April 2000. Die Beklagten machen sodann geltend, auch die Schweizer Rechtsanwälte seien von einer Verpflichtung zur Unterstützung der Z ausgegangen (KA2 act. 73 S. 80; KA3 act. 77 Rz 235). Der Beklagte 1 – so die Beklagten 9 und 10 – habe den Gesamtverwaltungsrat dahingehend informiert, dass gemäss der von ihm bei Schweizer Anwälten eingeholten Informationen eine rechtliche Verpflichtung bestehe (KA9 act. 94 Rz 89; KA10 act. 97 Rz 88). Im Protokoll der Sitzung des Verwaltungsrates der X vom 31. Januar 2001 wird zwar festgehalten, die X sei vertraglich verpflichtet, mit Best Efforts die Finanzierung der weiteren Cash-Bedürfnisse zu arrangieren (act. 3/52). Daraus können die Beklagten allerdings nichts zu ihren Gunsten ableiten, da sich diese Aussage wohl auf die kurz zuvor abgeschlossenen Januarverträge bezieht.

Die Frage, ob die Beklagten eine Prüfung der rechtlichen Verbindlichkeit haben vornehmen lassen, ist jedoch nicht von Bedeutung, da die Interpretation der Vereinbarung, insbesondere die Antwort auf die Frage, ob direkt aus dem Term Sheet eine Rekapitalisierungsverpflichtung erwuchs oder nicht, keineswegs offensichtlich ist und somit, auch bei einer Beurteilung durch Rechtsanwälte, wohl letztlich nur ein [REDACTED] Gericht die Frage hätte verbindlich klären können. Eine eindeutige Haltung wäre aufgrund eines Auslegungsverfahrens nach den Grundsätzen des [REDACTED] Rechtes zu ermitteln gewesen. Die Beklagten waren jedoch im Herbst 2000 bzw. im Januar 2001 nicht verpflichtet, sich der Rekapitalisierung zu widersetzen und ein (letztinstanzliches) Urteil eines [REDACTED] Gerichtes über die Verbindlichkeit des Term Sheet anzustreben, zumal die Rekapitalisierung der Z dringlich war (vgl. Ziff. IV. 3. B. 2.5.).

#### 2.2.5. Die Rolle [REDACTED] [REDACTED]

Die Klägerin führt weiter aus, der Wille der Vertragspartei X sei bei Formulierung und Abschluss des Term Sheet im April 2000 nicht auf einen Vertragsabschluss und schon gar nicht auf eine Verpflichtung zu einer Rekapitalisierung in irgendwelcher Höhe gerichtet gewesen. Die Verhandlungen seien seitens der Klägerin ausschliesslich durch [REDACTED] [REDACTED] geführt worden und seitens des [REDACTED] Staates durch [REDACTED] [REDACTED]. Der damalige Verwaltungsratspräsident

der X, [REDACTED] [REDACTED], habe ebenso wenig einen Beitrag geleistet in den Vertragsverhandlungen, wie der Beklagte 1 als Vizepräsident. [REDACTED] [REDACTED] sei sowohl während der Vertragsverhandlungen als auch später nie davon ausgegangen, das Term Sheet löse eine rechtlich verbindliche Verlustübernahmeverpflichtung der X gegenüber der Z aus. Ganz grundsätzlich sei es damals und gemäss seinen Aussagen bis Ende seiner Amtszeit im Januar 2001 seine Absicht gewesen, keinen Vertrag betreffend Z zu unterzeichnen (R act. 106 S. 173). Dies schliesst die Klägerin aus den Aussagen von [REDACTED] [REDACTED] bei der Staatsanwaltschaft [REDACTED] vom 15. Dezember 2005 (act. 108/2 S. 8 f.) und zwar aus folgenden Fragen und Antworten:

Frage 25 "Sie haben eben ausgesagt, der VR habe sich, falls dies notwendig sei, und die Nebenbedingungen erfüllt seien, bereit erklärt, an einer Kapitalerhöhung der Z teilzunehmen. Heisst das, dass keine Verpflichtung bestanden hat, an einer solchen Erhöhung mitzutun?"

"Aus dem Term Sheet geht eine solche Verpflichtung nicht hervor. Auch aus dem Vertragsentwurf, den sie mir vorlegen müssen, geht keine solche Verpflichtung hervor. Als Gesellschafter war natürlich die X verpflichtet, der Z gewisse Unterstützung zu geben, wie auch der [REDACTED] Staat verpflichtet war, als Gesellschafter mitzuhelfen, eine mögliche schwierige Situation zu meistern. Ich habe aber bis zu meinem Abgang die Meinung vertreten, dass die Z zuerst einerseits die noch verfügbaren Assets verkaufen sollte und andererseits die Flotte redimensionieren."

Frage 26" Reden wir von einer moralischen und nicht von einer vertraglichen Verpflichtung?"

"Ja, eine moralische Verpflichtung."

Die Klägerin erklärt weiter, [REDACTED] [REDACTED] habe damals "ganz klar Wissen und Willen der X" bei Unterzeichnung des Term Sheet verkörpert. Seine Position sei diejenige der X gewesen. Diese Meinung habe er auch gegenüber der [REDACTED]

Regierung im Herbst 2000 vertreten. Wenn nun ausgerechnet der Minister eine andere Meinung vertrete, dann sei diese nun wirklich nicht verbindlich (R act. 106 S. 174). Auf Seite 186 der Replik (R act. 106) bestreitet die Klägerin im Widerspruch zu ihren Ausführungen auf Seite 174, dass die Partner, sei es die Regierung oder andere Beteiligte, je aus dem Term Sheet eine rechtliche Verpflichtung zu einer Rekapitalisierung der Z abgeleitet hätten. Die Regierung habe sich, wenn überhaupt, nur auf eine Verpflichtung zu einer Beteiligungserhöhung, nicht aber zu einer Rekapitalisierung, berufen. Dies belege auch das Schreiben vom 20. November 2000 (act. 3/18), welches sich einzig auf die Beteiligungserhöhung beziehe. Woraus die Klägerin schliesst, das Schreiben vom 20. November 2000 habe sich nur auf die Beteiligungserhöhung bezogen, sagt sie nicht und diese Behauptung widerspricht auch dem Wortlaut des Schreibens: Der Minister hält eingangs seines genannten Schreibens fest, der Staat erwarte, dass die X die im Term Sheet vom 26. April 2000 wiedergegebene Vereinbarung vollumfänglich respektiere ("I would like to confirm you that the expects X to fully honor the agreement negotiated earlier this year and reflected in the document entitled "W/Z II: Summary of Key Terms", signed by the Chairman of the Board of X and myself on April 26, 2000"). Im letzten Abschnitt auf der ersten Seite weist der Minister darauf hin, dass die Parteien während der langen Verhandlungen, welche der Vereinbarung vom 26. April 2000 vorausgegangen seien, die Möglichkeit in Betracht gezogen hätten, dass die Z rekapitalisiert werden müsste. Es sei besonders ("specifically") vereinbart worden, dass weder der Staat noch die irgendeine Verpflichtung, sich an einer solchen Rekapitalisierung zu beteiligen, übernähmen und zwar weder vor noch nach dem Closing (und dass von der X eingeleitete Kapitalerhöhungen nicht zu einer Verwässerung von -Stimmrechten führen dürften). Wenn nun die Rekapitalisierung der Z vor dem Inkrafttreten des Vertrages vom 21. Juni 1999 (zwischen der EU und der Schweiz), d.h. vor dem Closing notwendig werde, müssten die Parteien prüfen, wie dies am Besten in einer der Vereinbarung vom 26. April 2000 entsprechenden Art und Weise erreicht werden könne (act. 3/18). Der Minister verweist in seinem Schreiben insgesamt achtmal auf das Term Sheet, nennt ausdrücklich

die Passage, wonach die [REDACTED] Aktionäre nicht zu einer Rekapitalisierung verpflichtet sind und stellt im nächsten Satz fest, die Parteien hätten nun eine Lösung für die Rekapitalisierung der Z zu suchen, welche der Regelung im Term Sheet entspreche. Damit lässt der [REDACTED] Minister keine Zweifel daran, dass die [REDACTED] Seite davon ausgeht, die X sei verpflichtet, die Rekapitalisierungszahlung zu leisten.

Wenn die Klägerin ausführt, das Term Sheet sei deshalb unverbindlich, weil [REDACTED] [REDACTED] diese Meinung vertreten habe, so geht diese Ansicht fehl. Auch das [REDACTED] Recht stellt primär auf den Konsens der Parteien ab (Art. 1108, 1110 ff. [REDACTED] des anwendbaren [REDACTED] Rechts). Sind sich zwei Parteien nicht einig, wie ein Vertrag (oder eine einzelne Bestimmung eines Vertrages) zu interpretieren ist, so ist mittels Auslegung der Sinn der Bestimmung zu ermitteln (Art. 1156 ff. [REDACTED] [REDACTED] des anwendbaren [REDACTED] Rechts). Behauptet eine Partei, der so ermittelte Sinn entspreche nicht dem, was sie habe erklären wollen, hat sie sich auf einen Erklärungsirrtum zu berufen. Für das vorliegende Verfahren wäre, ungeachtet der Äusserung von [REDACTED] [REDACTED], zu klären gewesen, wie der Verwaltungsrat bzw. dessen damaliger Präsident, welcher bei der Unterzeichnung für die X handelte, das Term Sheet verstand. Dazu fehlen jegliche Behauptungen der Parteien. Hätte sich ergeben, dass die Haltung der X (und nicht diejenige des verhandlungsführenden CEO) zur Frage der Verbindlichkeit und Auslegung des Term Sheet als Ganzes bzw. nicht mit derjenigen der Gegenpartei übereinstimmte, so wäre nach dem Vertrauensprinzip zu ermitteln gewesen, wie die Parteien den Vertrag nach Treu und Glauben verstehen durften. Sofern der Wille einer Partei tatsächlich auf etwas anderes als den so ermittelten Sinn der Bestimmung gerichtet gewesen wäre, hätte sie sich auf einen Erklärungsirrtum zu berufen gehabt.

Der Vollständigkeit halber wird an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass [REDACTED] [REDACTED] gemäss seinen Aussagen in der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme auch klar machte, dass er der Ansicht sei, die X sei als Gesellschafterin (ebenso wie der [REDACTED] [REDACTED]) verpflichtet gewesen, der Z eine "gewisse Unterstützung" zu geben, um eine mögliche schwierige finanzielle Situation zu meis-

tern, auch wenn er im Term Sheet keine solche Verpflichtung sehe. Weiter war [REDACTED] [REDACTED] der Ansicht, dass eine Beteiligung an der Kapitalerhöhung nur geschehen sollte, wenn die Z gleichzeitig bereit war, ihre nicht betriebsnotwendigen Vermögenswerte zu verkaufen. Damit deckte sich die Ansicht des kurz vor der Vertragsunterzeichnung entlassenen CEO grundsätzlich mit dem Inhalt der Januarverträge (vgl. act. 3/41), welche den Verkauf der Vermögenswerte festschrieben.

#### 2.2.6. Nichtigkeit der Vereinbarung

Die Beklagten wenden gegen die Ausführungen der Klägerin betreffend Unverbindlichkeit bzw. Nichtigkeit der Beteiligungserhöhung wegen eines Verstosses gegen EU-Recht zu Recht ein, dass aus dem Wortlaut des Term Sheet klar ersichtlich ist, dass die Beteiligungserhöhung festgeschrieben wurde (D1 act. 120 S. 393; D2 act. 123 S. 290; D3 act. 126 S. 251; D4 act. 129 S. 338; D7 act. 138 S. 269; D8 act. 141 S. 203; D9 act. 144 S. 319; D10 act. 147 S. 369). Die Modalitäten der Beteiligungserhöhung werden denn auch im Term Sheet detailliert umschrieben. Die Formulierungen enthalten keinen Hinweis darauf, dass es zur grundsätzlichen Verbindlichkeit nach Ansicht der Parteien weiterer Abmachungen bedurft hätte. Dass die Parteien bei anderen Klauseln des Vertrages sehr wohl einen solchen Vorbehalt anbrachten, stärkt diese Ansicht (vgl. z.B. Ziff. 4 S. 4 des Term Sheet, act. 3/14). Für die Verbindlichkeit der Abmachung spricht, dass beim Vollzug der Beteiligungserhöhung kein Geld mehr fließen sollte, sondern die Erhöhung in einem ersten Schritt gegen Verrechnung mit einem der Z gewährten Darlehen und in einem zweiten Schritt im Tausch gegen X-Aktien geschehen sollte. Die neuen Z-Aktien der Y waren somit im April 2000 bereits "bezahlt" und die formelle Erhöhung des Aktienanteils erscheint damit lediglich als Nachvollzug. Dass die Beklagten auch tatsächlich von der Verbindlichkeit der Verpflichtung zur Beteiligungserhöhung ausgingen, ist auch dem Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom 25. April 2000 zu entnehmen, anlässlich welcher die Beklagten das Term Sheet genehmigten (act. 3/13 S. 2). Wenn die Klägerin schreibt, dass eine solche Beteiligungserhöhung gar nicht verbindlich hätte vereinbart werden dürfen, weil sie gegen EU-Recht verstossen hätte und damit nichtig gewesen wäre, so

verkennt sie, dass das Term Sheet mit einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossen wurde: Die Beteiligungserhöhung wäre erst zu vollziehen gewesen, wenn die notwendigen rechtlichen Voraussetzungen geschaffen worden wären, nämlich die Ratifikation der Bilateralen Verträge. Der Einwand der Klägerin geht daher ins Leere.

#### 2.2.7. Fazit

Aufgrund des Gesagten sprachen gute Gründe dafür, dass das Term Sheet eine verbindliche Vereinbarung darstellte und dass insbesondere die Ziffern 3.2. und 6. eine Verpflichtung der Klägerin zu weiteren Kapitaleinschüssen enthielten. Es bestand somit ein hohes Risiko, dass die [REDACTED] Regierung die Einhaltung der Vereinbarung bei Weigerung der X erfolgreich gerichtlich hätte einfordern können. Die Beklagten verhielten sich somit nicht pflichtwidrig, wenn sie aufgrund des Term Sheet davon ausgingen, dass die Klägerin gegenüber der Z im Zusammenhang mit der Rekapitalisierung nicht frei jeglicher Verpflichtung war. Ob diese Ansicht letztlich der Beurteilung der (letztinstanzlichen) [REDACTED] Gerichte in jedem Fall standgehalten hätte, konnten die Beklagten innert der kurzen Frist, welche ihnen für den Rekapitalisierungsentscheid zur Verfügung stand, nicht ergründen. Die Beklagten mussten mit der Möglichkeit rechnen, dass sie im Falle einer Weigerung aufgrund des Term Sheet gerichtlich zur Rekapitalisierung verpflichtet werden konnten bzw. im Falle eines Konkurses der Z zu entsprechenden Schadenersatzzahlungen. Der Abschluss der Rekapitalisierungsvereinbarung erscheint bereits unter diesem Gesichtspunkt als vertretbar.

### 2.3. Sanierungsleistung

#### 2.3.1. Voraussetzungen

Leistungen ohne adäquate Gegenleistung liegen in der Regel nicht im Interesse der Gesellschaft und können daher eine Pflichtverletzung darstellen. Als adäquate Gegenleistung gelten jedoch nicht nur unmittelbare Gegenleistungen, sondern auch solche, die nur auf längere Sicht Vorteile für die Gesellschaft bringen.

Erbringt eine Konzernobergesellschaft als Aktionärin ihrer sanierungsbedürftigen Konzernuntergesellschaft eine Leistung ohne eine unmittelbare Gegenleistung von dieser Konzernuntergesellschaft zu erhalten, so handelt es sich um eine Kapitaleinlage. Mit der Leistung der Konzernobergesellschaft steigt grundsätzlich der Wert der Beteiligung an der Konzernuntergesellschaft zu Lasten des übrigen Vermögens der Konzernobergesellschaft, aus welchem die Leistung erfolgte; das Vermögen der Aktionärin nimmt somit nicht ab, sondern wird lediglich zugunsten ihrer Beteiligung umgeschichtet. Die Leistung der Konzernobergesellschaft erfolgt daher wirtschaftlich betrachtet immer gegen ein "Entgelt", denn die Vermögenslage verändert sich nicht. Hierbei muss berücksichtigt werden, dass die Beteiligung einer Konzernobergesellschaft in aller Regel aufgrund der rechnungslegungsrechtlichen Bewertungsprinzipien nicht aufgewertet wird, sondern lediglich stille Reserven (Zwangsreserven) geschaffen werden. Für die Aktionäre der Konzernobergesellschaft bedeutet dies, dass weniger freie Mittel vorhanden sind, welche für eine allfällige Dividendenausschüttung verwendet werden können. Vom oben-erwähnten Grundsatz, wonach sich die Vermögenslage der Konzernobergesellschaft nicht verändert, besteht eine Ausnahme: Ist die Konzernuntergesellschaft überschuldet, wird sich der Wert der von der Konzernobergesellschaft gehaltenen Beteiligung, welche unter Umständen bereits auf Null abgeschrieben wurde, auch bei einem Vermögenszufluss nicht mehr erhöhen, solange der Vermögenszufluss kleiner ist, als die Überschuldung der Gesellschaft. Kann daher die die Leistung empfangende Gesellschaft nicht saniert und damit der Wert der Beteiligung nicht erhöht werden, ist der Vermögensabfluss bei der Konzernobergesellschaft definitiv (Rubli, S. 129/130, mit weiteren Verweisen). Da aus einer Kapitalanlage kein Rückforderungsanspruch oder ein sonstiger Leistungsanspruch erwächst, ist bei Konkurs der Tochtergesellschaft die Einlage unwiederbringlich verloren.

Ausserhalb des Krisenfalles wirken sich Leistungen von der Mutter- zur Konzernuntergesellschaft im Normalfall auf den – auch durch die Tatsache des Konzernverbunds wesentlich geprägten – Wert der gehaltenen Aktien aus, so dass entsprechende Transaktionen grundsätzlich unproblematisch sind. Vorliegend ist jedoch zu beachten, dass die Y, und damit nur indirekt die X, nicht 100%, sondern nur 49,5% der Z-Aktien hielt und darüber hinaus die X sich mit EUR 50 Mio. mehr

als die übrigen Aktionäre an der Rekapitalisierung beteiligte. Selbst wenn man von einem unmittelbaren Wertzuwachs in Form eines erhöhten Beteiligungswertes ausgehen wollte, so wäre doch zu beachten, dass diese Werterhöhung bezogen auf die Y maximal 49,5% von EUR 250 Mio. betragen konnte und damit EUR 123.75 Mio.

Im Krisenfall, namentlich bei einer Überschuldung der Tochtergesellschaft, bedürfen solche Transferleistungen einer besonderen Rechtfertigung. Zwar anerkennt das Gesetz in Art. 663e OR den Konzern als Zusammenfassung mehrerer Gesellschaften unter einheitlicher Leitung und setzt damit die Zulässigkeit der so geschaffenen Interdependenz voraus (Böckli, § 13 N 618 ff.). Aus Gründen des Gläubigerschutzes sind Sanierungsleistungen im Krisenfall aber nur zu tolerieren, soweit die Interessen der Gläubiger der Konzernmutter gewahrt sind. Sofern die Zahlung geeignet ist, den Konkurs der Tochter zu vermeiden, gereicht dies der Mutter mittelbar zum Vorteil, stellt doch die Liquidation als Beendigung der Geschäftstätigkeit fast immer eine Wertvernichtung dar. Diese der Muttergesellschaft zufallenden Vorteile vermögen jedoch nur dann als Gegenleistung zu gelten, wenn damit bei einigermassen intakter Ertragslage eine vorübergehende Illiquidität abgewendet werden soll, nicht aber, wenn damit weitere mit erheblicher Wahrscheinlichkeit zu erwartende Verluste bei der Tochtergesellschaft finanziert werden müssen (so Druey/Vogel, S. 203 zur Leistung von Sicherheiten durch die Mutter an die konkursgefährdete Tochter). Das bedeutet nichts anderes, als dass einer Sanierungszahlung der Muttergesellschaft an eine Konzernuntergesellschaft ein taugliches Sanierungskonzept für die Tochter zugrunde liegen muss. Ist die Mutter selbst ein Sanierungsfall bzw. "in Schieflage", so muss die Transaktion im weiteren Sinn Teil eines Sanierungsplans für die Mutter sein. Bei der Beurteilung des Sanierungskonzepts ist bei der richterlichen Überprüfung Zurückhaltung zu üben. Als tauglich kann ein solches Konzept dennoch nur gelten, wenn es neben der Schaffung von Liquidität auch geeignete Massnahmen zur Wiedererlangung eines positiven Cashflows enthält. Unzulässig sind Sanierungsmassnahmen, welche den Zusammenbruch des Unternehmens nur hinauszögern. Vielmehr müssen die Voraussetzungen für einen Konkursaufschub nach Art. 725a OR erfüllt sein (Urteil des BGer 4C.366/2000 v. 19. Juni 2001 E. 4 und 5; Urteil CG950181 des

Bezirksgerichts Zürich, a.a.O., S. 56 ff.; BSK-OR II-Widmer/Banz, Art. 754 N 28 f.; Senn, S. 88 f.). Ist die Konzernmutter zwar in Schieflage, aber nicht überschuldet, verfügen die Organe über einen erweiterten Spielraum: Das schweizerische Recht kennt namentlich keine gesetzliche Grundlage für eine richterlich begleitete Sanierung einer nicht überschuldeten Gesellschaft (Böckli, § 13 N 728 ff.)

### 2.3.2. Verhältnis zwischen X, Y und Z

Vorab stellt sich die Frage, ob bei einem Verhältnis über eine "Generation" hinweg, also von der Muttergesellschaft zur Enkelin, und ob konkret zwischen der X und der Z von einem Konzernverhältnis gesprochen werden kann und ob diesfalls - insbesondere im Rahmen einer Sanierung - die selben Regeln gelten wie im Verhältnis zu einer Tochtergesellschaft.

Gemäss Art. 2 des Organisationsreglements 1999 und 2000 der X galten im X-Konzern diejenigen Gesellschaften als Konzerngesellschaften, welche die Holding stimmenmässig beherrschte (entsprechend Art. 663e OR), d.h. in denen sie unmittelbar oder mittelbar über eine von ihr beherrschte Gesellschaft mehr als die Hälfte der Stimmrechte ausüben konnte. Die übrigen Gesellschaften galten als Beteiligungsgesellschaften (act. 3/80 und 81). Die Y, hundertprozentige Tochtergesellschaft der Klägerin, hielt in der hier relevanten Zeitspanne 49,5 % der Z-Aktien. Damit war die Z nach dem Verständnis des Organisationsreglements der Klägerin keine Konzerngesellschaft, sondern "lediglich" eine Beteiligungsgesellschaft. Bei der Beurteilung der vorliegenden Klage ist indes zu beachten, dass die Vereinbarung vom 26. April 2000 (Term Sheet) vorsah, den Anteil der Y an der Z in zwei Schritten auf 85 % zu erhöhen (vgl. act. 3/14). Dies entsprach der nach dem EWR-Nein und dem Scheitern des Projekts ██████ eingeschlagenen und über Jahre verfolgten Expansionsstrategie, welche mit der Akquisition von 49.5 % der Z-Aktien im Jahre 1995 umgesetzt und später in "█████-█████" umbenannt wurde. Bereits in der Vereinbarung vom 4. Mai 1995 (Shareholders' and Master Agreement) zwischen der W als Rechtsvorgängerin der Klägerin und dem ██████ Staat war die Aufstockung der Z-Beteiligung bei Inkrafttreten der bilateralen Verträge zwischen der Schweiz und der EU vorgesehen worden (act. 78/53 S. 5, 8, 25). Die Klägerin bestreitet zwar die Verbindlichkeit des Term

Sheet, nicht aber, dass die Beteiligungserhöhung und die Eingliederung der Z in den X-Konzern beabsichtigt waren. Die Z sollte somit ganz in den X-Konzern eingliedert werden, sobald die regulatorischen Hindernisse weggefallen wären. Unter diesem Aspekt machen die Beklagten zu Recht geltend, sie hätten sich mit der Sorgfalt und dem Blick einer künftigen Muttergesellschaft mit der Z befasst (KA1 act. 70 S. 64; KA2 act. 73 S. 63; KA3 act. 77 S. 142; KA5 act. 84 S. 56; KA6 act. 86 S. 56; KA7 act. 88 S. 62; KA9 act. 94 S. 60; KA10 act. 97 S. 74). Dass es sich bei der Z tatsächlich um eine zukünftige Enkelgesellschaft - und nicht eine Tochtergesellschaft - der X handelte, ist dabei nicht weiter von Bedeutung, weil ihre Aktien von Y, als 100%iger Tochtergesellschaft der X, gehalten wurden. Wesentlich ist, dass die Z eine zukünftige Konzerngesellschaft der Klägerin war. Aus all diesen Gründen rechtfertigt es sich, die Z betreffend die Beurteilung der Frage der Zulässigkeit der hier umstrittenen Zahlung einer Konzerngesellschaft gleichzustellen.

Davon geht auch die Klägerin explizit aus, wenn sie ausführt, die Beklagten könnten zwar formell einwenden, es habe zwischen der Klägerin und der Z kein Mutter-Tochter-Verhältnis bzw. kein eigentliches Konzernverhältnis vorgelegen. Materiell sei hingegen doppelt durch die Struktur hindurchgegriffen worden, indem in der X sowohl auf Stufe Verwaltungsrat, als auch auf Stufe Konzernleitung im relevanten Zeitpunkt über die Z informiert und diskutiert worden sei. Spätestens mit dem Abschluss des Term Sheet habe bei der X ein klares Verständnis dahingehend bestanden, dass die Z eine Konzerngesellschaft sei (KB act. 2 S. 96).

### 2.3.3. Sanierungskonzept für die Z

#### a) Ausführungen der Parteien

Die Klägerin macht geltend, es habe für die Z kein taugliches Sanierungskonzept bestanden. Zwar habe schon längere Zeit vor der Rekapitalisierungszahlung der Plan "Blue Sky" bestanden, dieser habe indessen keine echte Sanierung der Z vorgesehen. "Blue Sky" habe im Wesentlichen vorgesehen, dass die Z einerseits beim Personal spare (und zwar EUR 52 Mio., die angesichts des Riesenlochs von CHF 1,2 Milliarden für die Jahre 2000 und 2001 kaum mehr als der berühmte

Tropfen auf einen heissen Stein gewesen seien), andererseits hätten Betriebsteile zuerst verselbständigt und dann zu Marktwerten an die X veräussert werden sollen. Die Pläne seien weder fertig noch umsetzungsreif gewesen, es habe sich um blosse Plankonzepte mit Planzahlen und lauter Annahmen gehandelt, welche sich spätestens im März 2001 als definitiv überholt erwiesen hätten. Die angebliche Sanierung hätte zu einem realen Mittelabfluss bei der Klägerin geführt; sie wäre also nur um den Preis weiterer Mittelabflüsse bei der Klägerin als Einzelgesellschaft zu erzielen gewesen. "Blue Sky" hätte auch keine Einsparungen von EUR 357 Mio. gebracht; dies sei reines Wunschdenken auf Papier gewesen. Auch aus der von den Beklagten angerufenen Fairness Opinion (act. 71/27) ergebe sich entgegen der Ansicht der Beklagten nicht die Sanierungsfähigkeit der Z. Vielmehr sei dieser gutachterlichen Stellungnahme zu entnehmen, dass der weitere Geschäftsgang nach Annahme der [REDACTED] bis Ende 2001 zu einem Cash-Fehlbetrag EUR 454 Mio. und einem Cash-Bedarf von EUR 519 Mio. geführt hätte (R act. 106 S. 43 f.).

Die Beklagten bringen demgegenüber vor, sie seien zu Recht von der Sanierungsfähigkeit der Z ausgegangen. Auch die Beklagten berufen sich dazu auf den Sanierungsplan "Blue Sky" und die Fairness Opinion der [REDACTED]. Ausserdem führen sie an, die Z habe 1998 einen Gewinn von EUR 24 Mio. und 1999 bei einem nach wie vor positiven EBIT einen kleinen Verlust EUR 10 Mio. ausgewiesen. Erst in der zweiten Hälfte des Jahres 2000 habe sich die Situation "unverhofft" ins Negative verändert. Im letzten Quartal sei die Lage plötzlich angespannt gewesen und am 11. Dezember 2000 habe der Verwaltungsrat der Z festgestellt, dass das Nettovermögen der Gesellschaft weniger als 25% des Aktienkapitals decke. Ende 2000 hätten die Eigenmittel nur EUR 5 Mio. betragen (KA1 act. 70 S. 73; KA2 act. 73 S. 39, 42, 71; KA3 act. 77 S. 180; KA5 act. 84 S. 21; KA6 act. 86 S. 21; KA7 act. 88 S. 50; KA8 act. 91 S. 25; KA9 act. 94 S. 51; KA10 act. 97 S. 62; act. 71/42+43). Laut Ausführungen der Beklagten wurden verschiedene Sanierungsmassnahmen erarbeitet, einerseits zur kurzfristigen Verbesserung der Liquidität, andererseits zur langfristigen Gesundung der angespannten finanziellen Situation rund um die Z. Für das Jahr 2001 seien die Sachverständigen der [REDACTED] von einem Cash Bedarf in der Höhe von EUR 519 Mio. ausgegangen. Mit der

Zeichnung bzw. der Liberierung der Partizipationsscheine sei bereits fast die Hälfte dieses Bedarfes abgedeckt gewesen. Zusätzlich habe die [REDACTED] der Z ein "auto gap filling potential" von EUR 301 bis EUR 338 Mio. attestiert. Die Beklagten seien daher zu Recht von einer echten Chance, die Z sanieren zu können, überzeugt gewesen (KA1 act. 70 S. 79; KA2 act. 73 S. 74; KA3 act. 77 S. 148; KA4 act. 81 S. 23; KA5 act. 84 S. 61; KA6 act. 86 S. 61; KA7 act. 88 S. 68; KA8 act. 91 S. 29; KA9 act. 94 S. 59; KA10 act. 97 S. 72).

Die Parteien berufen sich in ihren Ausführungen auf dieselben Dokumente, nämlich den [REDACTED]

[REDACTED] ("Rapport Spécial", undatiert, act. 78/138), welcher auf dem Konzept "Blue Sky" basiert, die "Fairness Opinion" der [REDACTED] vom 11. Dezember 2000 (act. 71/27) sowie das Dokument "Proposal to the board for the financial restructuring of Z" (act. 3/31). Der Rapport Spécial ist undatiert, wurde aber unbestrittenermassen zuhanden der ausserordentlichen Generalversammlung der Z vom 8. Februar 2001 erstellt. Während die Beklagten die Sanierungsaussichten unter Berufung auf diese Dokumente als gut bezeichnen, spricht die Klägerin von einem "embryonalen Sanierungskonzept" (KA1 act. 70 S. 79; KA2 act. 73 S. 74; KA3 act. 77 S. 148; KA4 act. 81 S. 23; KA5 act. 84 S. 61; KA6 act. 86 S. 61; KA7 act. 88 S. 68; KA8 act. 91 S. 29; KA9 act. 94 S. 59; KA10 act. 97 S. 72; R act. 106 S. 43). Die Parteien stellen damit keine abweichenden tatsächlichen Behauptungen zum Inhalt der vorgelegten Sanierungspläne auf, sondern sie interpretieren die Dokumente, auf welche sie sich beide gleichermassen berufen, unterschiedlich. Welchen Kriterien ein taugliches Sanierungskonzept zu genügen hat und ob die von den Parteien angeführten Konzepte diesen Ansprüchen genügen, ist daher nachstehend zu prüfen.

b) Anforderungen an ein Sanierungskonzept

Sanierungsmassnahmen umfassen, wenn sie zur effektiven Überwindung einer schwerwiegenden Krise des Unternehmens führen sollen, fast immer ein ganzes Bündel von gezielten Massnahmen im organisatorischen, betrieblichen, personellen und finanziellen Bereich. Der Kern der Sanierung liegt jedoch fast immer in finanziellen Massnahmen, die auf eine Verbesserung der Eigenkapitalsituation

(Entschuldung) und auf eine Verbesserung der Erträge (vor allem des cash flow) abzielen (Böckli, § 13 N 752, S. 1677). Zum Sanierungsplan gehört in erster Linie eine Analyse der Ursachen, welche zur Sanierungsbedürftigkeit geführt haben, d.h. eine Darlegung der IST-Situation, damit daraus die zu treffenden Massnahmen abgeleitet werden können. Darauf basierend ist eine realistische Einschätzung der künftigen Ertragschancen unter Einbezug der geplanten Sanierungsmassnahmen vorzunehmen. Die Sanierungsmassnahmen sind nur dann als geeignet zu beurteilen, wenn sie voraussichtlich dazu führen können, dass die Gesellschaft den finanziellen Engpass überwindet und wieder eine dauerhaft gesunde wirtschaftliche Basis erlangt. Bloss bilanztechnische Sanierungsmassnahmen reichen nicht aus (ZK-Hardmeier Art. 725a OR N 1317, S. 392 mit weiteren Verweisen).

Es bedarf somit eines konkreten Konzepts von Massnahmen, welche aller Voraussicht nach nicht nur kurz-, sondern langfristige Wirkung entfalten. Diese Sanierungsmassnahmen können einerseits in rein betrieblichen Vorkehrungen wie Kosteneinsparungen, Personalreduktion, Lagerabbau, Veränderung der Angebotspalette usw. bestehen. Neben betrieblichen Massnahmen bedarf es jedoch andererseits meistens auch einer Verbesserung der Liquidität z.B. durch Verkauf von nicht benötigtem Anlagevermögen oder von ganzen Unternehmensbereichen, durch Zuschuss von neuen Mitteln, sei es als Eigenkapital oder in Form von Aktionärsdarlehen. Der Sanierungsplan hat sich schliesslich darüber auszusprechen, in welchem Zeitraum die vorgesehene betriebliche Neuausrichtung und eine allfällige Neugestaltung der rechtlichen Beziehungen verwirklicht werden können (ZK-Hardmeier, Art. 725a OR N 1318). Die Erhöhung der Liquidität ist somit nur zulässig, wenn sie für die Fortsetzung der Geschäftstätigkeit notwendig war und zudem nach dem gewöhnlichen Geschäftsgang mit Gewinnen gerechnet werden durfte oder wenn durch flankierende Massnahmen derartige Gewinnaussichten geschaffen werden (BGE 4C.366/2000 S. 6). Kein Gebot ist, dass die Gesellschaft unmittelbar nach dem Sanierungsprozess wieder Gewinne abzuwerfen hat, doch sollte dies ein mittelfristiges Ziel sein (Koeferli, S. 164, zu den Sanierungsaussichten im Sinne von Art. 725a OR).

c) Sanierungsplan der Z

ca) Gemäss dem "Proposal to the board" (act. 3/31) und dem "Rapport Spécial" (act. 78/138) enthielt das Sanierungskonzept - basierend auf "Blue Sky" - die folgenden Massnahmen zur operationellen und finanziellen Sanierung der Z:

- Reduktion der Flotte;
- Einstellung unrentabler Destinationen;
- Verhandlungen mit den Gewerkschaften zwecks Einsparung von EUR 52 Mio. Personalkosten;
- Verkauf von 85% der Anteile an den Tochtergesellschaften [REDACTED] an die X;
- Verkauf von nicht strategischen Anlagen, wie Beteiligung an [REDACTED], Flugzeuge, [REDACTED], Hotellerie, allgemein Immobilien, [REDACTED] (" [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]");
- Zahlung eines bestimmten Cash Betrages durch den [REDACTED] Staat und die X.

Ausserdem sah der Plan "Blue Sky" verschiedene "Management Massnahmen" ("initiatives managériales") vor, wie die vollständige Implementierung der [REDACTED], Neuverhandlung von Verträgen mit Zulieferfirmen wie [REDACTED] ([REDACTED] [REDACTED]) und [REDACTED] sowie weitere Massnahmen zur Kostensenkung (act. 71/28 S. 4).

cb) Zu klären ist, ob die Beklagten davon ausgehen durften, dass diese Massnahmen geeignet waren, die Existenz der Z langfristig zu sichern.

Die Beklagten führen an, sie seien zu Recht davon ausgegangen, es bestehe eine echte Chance, die Z mit dem vorliegenden Plan zu sanieren. Sie verweisen dazu auf die Studie der [REDACTED]. Die [REDACTED] war vom Z Verwaltungsrat beauftragt worden, eine gutachterliche Stellungnahme ("fairness opinion") zur vom Verwaltungsrat vorgeschlagenen "Kapitalerhöhung" (und den gleichzeitig einzuleitenden weiteren Massnahmen) abzugeben (act. 71/27 S. 3). Die [REDACTED] legte ihrer Analy-

se vom 11. Dezember 2000 drei verschiedene Szenarien zugrunde (act. 71/27 S. 4):

- kein Verkauf von Vermögenswerten oder Betriebsteilen ("base scenario")
- Verkauf von einzelnen Vermögenswerten ("scenario 2")
- Verkauf von Betriebsteilen ("scenario 3")

Die ██████ bezieht in ihrer "fairness opinion" den Liquiditätsbedarf beim "base scenario" ("no sale of assets nor activities") auf EUR 454 Mio. (act. 71/27 S. 23), zuzüglich EUR 65 Mio. für "risks in business plan", also total EUR 519 Mio. (act. 71/27 S. 32). Die "Blue Sky" Massnahmen zur Kostensenkung, z.B. die Einsparungen beim Personal dürften in diese Berechnung des benötigten Cash bereits eingeflossen sein. Im Folgenden hält sie fest, die Z sei aus eigener Kraft - nämlich durch den Verkauf von Vermögenswerten und Betriebsteilen - in der Lage EUR 301 bis 338 Mio. an liquiden Mitteln zu generieren ("auto-gap-filling potential", act. 71/27 S. 32). Bei erfolgreicher Durchführung des Sanierungsprogramms wären der Z daher gemäss der "fairness opinion" im Jahr 2001 liquide Mittel in der Höhe von mindestens EUR 551 Mio. zugeflossen, nämlich aus dem oben erwähnten Verkauf zuzüglich EUR 250 Mio. Kapitaleinschuss durch die Hauptaktionäre. Die ██████ stellt diese Berechnungen zwar anhand der vom Management getroffenen Annahmen an, bezeichnet die Liquiditäts-Prognose des Z Managements aber als "fair" (act. 78/138) und die im Budget 2001 präsentierten Zahlen als sehr glaubwürdig ("tout à fait crédibles"; Protokoll der Z Verwaltungsratssitzung vom 11. Dezember 2000, act. 3/32 S. 8). Weiter hielt die ██████ fest, dass die Massnahmen auf der Ebene "Blue Sky" gut festgelegt seien und rigoros verfolgt würden. Auf der Ebene "Clean Slate" seien weitere Massnahmen möglich, diese seien aber noch nicht festgelegt (act. 31/32 S. 7). Insgesamt bezeichnete der ██████-Bericht, das "Blue Sky" Sanierungsprogramm als "well specified and quantified". Es enthalte klare Verantwortlichkeiten für die Umsetzung und sei mit einem strengen Überwachungssystem ("rigorous monitoring and tracking system") ausgestattet. Die ██████ wies anlässlich der Präsentation der fairness opinion im Verwaltungsrat aber auch ausdrücklich darauf hin, dass das Gros der Massnahmen erst in den Jahren 2002 und 2003 seine volle Wirkung entfalten würde.

■■■■■ ■■■■■, CEO der Z, präsentierte den Beklagten das Sanierungskonzept des Z Verwaltungsrates anlässlich der Verwaltungsratssitzung vom 14. Dezember 2000 und beantragte die Teilnahme der X am Sanierungsprogramm mit EUR 150 Mio. (act. 3/33).

cc) Die Klägerin bestreitet nicht, dass die Sanierungspläne gemäss den act. 71/27 und 71/28 vom Z-Verwaltungsrat existierten. Sie bestreitet aber, dass ein Sanierungskonzept bestanden habe, "das diesen Namen auch verdient hätte" (R act. 106 S. 200). Sie setzt sich in der Folge mit dem Inhalt des Sanierungsplanes auseinander und hält fest, dass dieser vorgesehen habe, die Vermögenswerte an die X zu verkaufen, wofür der X ihrerseits das Geld für den Erwerb gefehlt habe. Zudem sei das Programm zum Scheitern verurteilt gewesen, weil der Verwaltungsrat der Z den Verkauf von Vermögenswerten "weder gerechnet noch beschlossen" habe und die ■■■■■ Regierung gar nicht bereit gewesen sei, Vermögenswerte zu verkaufen (R act. 106 S. 202).

Dem ist zu widersprechen: Zum einen überprüfte die ■■■■■ die vom Management vorgelegten Zahlen, was keinen anderen Schluss zulässt, als dass innerhalb der Z (wenn auch nicht vom Verwaltungsrat, sondern vom Management) sehr wohl Berechnungen angestellt wurden, welche dann in der Prüfung von der ■■■■■ als realistisch angesehen wurden. Zum anderen war der Verkauf der Vermögenswerte Teil des dem Aktionariat anlässlich der ausserordentlichen Generalversammlung unbestrittenermassen vorgelegten Sanierungsplanes (vgl. "Rapport Spécial"). Wenn die Klägerin geltend macht, dieser Rapport Spécial habe Massnahmen enthalten, welche der Verwaltungsrat der Z, bzw. der ■■■■■ Staat als Hauptaktionär gar nie umzusetzen gedachten, so müsste von einer bewussten Täuschung der Minderheitsaktionärin (Y) ausgegangen werden, was jedoch nicht die Beklagten zu verantworten hätten.

Ausserdem - so macht die Klägerin weiter geltend - habe das Sanierungsprogramm einen Verlust der Z für 2001 von EUR 519 Mio. vorgesehen. Diese Behauptung ist unzutreffend, sprechen doch die verschiedenen Dokumente, auf welche sich auch die Klägerin beruft, stets von einem Cash-Bedarf von EUR 519 Mio. und nicht von einem geschätzten Verlust (act. 3/31; act. 71/27;

act. 78/138). Zwar prognostizierte die ██████ tatsächlich für die Jahre 2001 und 2002 noch einen Verlust für die Z, nämlich für das Jahr 2001 einen solchen von EUR 117 Mio. für die Airline und von EUR 149 Mio. für den Konzern. Für das Jahr 2003 wurde jedoch ein "break even" Resultat prognostiziert. Zutreffend ist, dass der Plan den Verkauf der Betriebsteile bzw. Geschäftseinheiten ("activities") an die X vorsah. Dass auch die übrigen Vermögenswerte ("assets") nicht an Dritte, sondern an die Klägerin hätten veräußert werden sollen, ist den Dokumenten nicht zu entnehmen und wird von der Klägerin auch nicht explizit behauptet. Die Klägerin führt jedoch zu Recht an, dass bei einem Verkauf von Betriebsteilen an die X dem Konzern kein neues Geld zugeflossen wäre. Allerdings wurde die Übernahme dieser Betriebsteile von der X seit längerem angestrebt (was auch die Klägerin festhält, R act. 106 S. 202), da sie sich dadurch Synergieeffekte erhoffte und damit Kosteneinsparungen, welche der X (bzw. der Y) und der Z zugute gekommen wären.

cd) Der Beklagte 1 beruft sich zur Stützung seiner Argumentation auf den Audit Report der International Pilot Services Corporation (IPSC) (act. 71/49). Die Klägerin bringt demgegenüber vor, der Audit Report enthalte keine Bestätigung der Aussagen des Beklagten 1. Beim Audit Report handelt es sich - entgegen seiner Bezeichnung - ausdrücklich nicht um das Ergebnis eines Audits (also einer eigentlichen Buch- oder Wirtschaftsprüfung, act. 71/49 S. 7). Richtig ist, dass auf Seite 80 von act. 71/49 unter "Blue Sky Weaknesses" folgendes vermerkt ist: "Blue Sky is an immediate look at addressing Z's operational and financial problems - not a long-term approach". Und weiter auf Seite 81: "There is no long-term operating plan for Z" sowie auf Seite 96 unter summary: "Even Blue Sky and recapitalization plans do not ensure Z's long-term viability". Darauf verweist die Klägerin. Beachtet man allerdings das gesamte Dokument, so sind diese Aussagen zu relativieren. Der Audit Report enthält insbesondere eine Analyse des Ist-Zustands und verweist auf den Seiten 77 und 78 auf die Stärken von "Blue Sky" und stimmt in diesen Punkten mit dem ██████-Bericht überein. Als Schwächen sieht der Audit Report die oben zitierten Punkte und begründet dies damit, dass - anders als in der Branche üblich - kein Fünfjahresplan vorliege und dass das Schicksal der Z eng mit der X verbunden sei (S. 96). Im Übrigen aber ist dem Au-

dit Report nicht zu entnehmen, dass die mit dem Sanierungsprogramm vorgeschlagenen Massnahmen unangemessen, nicht durchführbar oder untauglich wären. Die Piloten-Vereinigung spricht sich somit in ihrer - durchaus kritischen - Stellungnahme nicht grundsätzlich gegen die Durchführung von "Blue Sky" aus, sondern bringt als Ergänzung darüber hinausgehende strategische Überlegungen ein. Mit den im Plan genannten Zahlen (Liquiditätsbedarf, Verkaufserlöse, Kosteneinsparungen etc.) beschäftigt sich der Audit Report nicht.

d) Fazit

Das Sanierungskonzept, basierend auf "Blue Sky", beinhaltete somit alle oben unter Ziffer IV. 3. B. 2.3.3. geschilderten Vorgaben, nämlich Massnahmen zum sofortigen (Rekapitalisierungszahlungen) und zum mittelfristigen Erhalt der Liquidität (Verkauf von Vermögenswerten) zwecks Aufrechterhaltung des Betriebes sowie Massnahmen zur Kostensenkung (Verkauf von Betriebsteilen an die X, Einsparungen beim Personal, Optimierung der Arbeitsprozesse, Neuverhandlungen von Verträgen mit Zulieferfirmen, Flughafengesellschaft), was der Ertragssteigerung und damit der langfristigen Existenzsicherung diene, sowie einen Zeithorizont für die Umsetzung ("break even" in 2003). Die Rekapitalisierungszahlung war somit keine isolierte Massnahme, sondern Teil eines Sanierungskonzepts. Das Konzept war von den Experten der [REDACTED] auf die Sanierungsaussichten hin überprüft und für gut befunden worden. Die Beklagten durften daher im Dezember 2000 bzw. im Januar 2001 davon ausgehen, dass die Z saniert werden konnte.

Ob die X sich diese weiteren Ausgaben leisten konnte und unter den gegebenen Umständen leisten durfte, ist im Folgenden zu prüfen.

2.4. Rekapitalisierung:

a) Gefährdung der bilateralen Abkommen

Die Beklagten machen geltend, [REDACTED] habe damit gedroht, im Falle der Nichtrekapitalisierung der Z, die Bilateralen Verträge zwischen der EU und der Schweiz ("Bilaterale I") nicht zu ratifizieren. Sie seien auch deshalb zur Rekapitalisierung verpflichtet gewesen, zumal auch der Schweizer Bundesrat entsprechenden

Druck auf die X ausgeübt habe, um die Bilateralen I nicht zu gefährden (KA1 act. 70 S. 84; KA2 act. 73 S. 49; KA3 act. 77 S. 107; KA4 act. 81 S. 34; KA5 act. 84 S. 25; KA6 act. 86 S. 25; KA7 act. 88 S. 80; KA8 act. 91 S. 41; KA9 act. 94 S. 77; KA10 act. 97 S. 97).

Ob der schweizerische Bundesrat Druck auf den Verwaltungsrat der X ausübte, ist umstritten. Die Beklagten führen dazu aus, die beiden zuständigen Bundesräte [REDACTED] (als Bundespräsident) und [REDACTED] (als Vorsteher des UVEK) hätten keinen Zweifel darüber offen gelassen, dass sie vom Verwaltungsrat der X erwarteten, die Z im erforderlichen Umfang zu unterstützen, um die Ratifizierung der Bilateralen Abkommen I in den EU-Staaten, insbesondere in [REDACTED], nicht zu gefährden. Unklar bleibt dabei in den Ausführungen der Beklagten, wann diese Gespräche stattgefunden haben sollen. Die Beklagten äussern sich zu diesem Zeitpunkt sehr vage, während der Beklagte 1 ausführen liess, die Gespräche hätten nach Erhalt des Schreibens vom 20. November 2000 stattgefunden, erklären andere (z.B. der Beklagte 2), die Gespräche seien im "Januar und Februar 2001" geführt worden. Dabei ist der Zeitpunkt dieser Gespräche für deren Relevanz zentral. Sollten die beiden Bundesräte der X tatsächlich zur Rekapitalisierung geraten haben, so wäre dies nur von Interesse, sofern diese Aussage vor Abschluss der Januarverträge gemacht worden wäre und somit von den Beklagten in ihre Überlegungen beim Abschluss eben dieser Vereinbarungen hätte einfließen können. In diesem Punkt bleiben die Ausführungen der Beklagten jedoch unsubstanziert.

Dass der [REDACTED] Transportminister [REDACTED] mit seinem Hinweis im Schreiben vom 20. November 2000, die EU-Staaten, [REDACTED] inbegriffen ("including my own country"), müssten die bilateralen Abkommen ratifizieren (act. 3/18), den X Verantwortlichen zu verstehen gab, [REDACTED] habe es in der Hand, ob die [REDACTED] künftig von den "Freiheiten der Lüfte" profitieren werde, ist offensichtlich und wird kaum ernsthaft bestritten. Eine andere Frage ist, wie ernst die Beklagten diese "Drohung" nehmen mussten. Ob [REDACTED] als EU-Mitglied es sich hätte leisten können und wollen, die Bilateralen Abkommen zu Fall zu bringen, falls es ihnen nicht gelingen sollte, die Interessen ihrer nationalen Fluggesellschaft in den

Verhandlungen mit ihrer Mitaktionärin durchzusetzen, ist mehr als fraglich, denn nicht nur die Schweizer Seite profitierte von den Bilateralen Abkommen, sondern auch die EU (40-Töner im Alpen transit, Agrarabkommen, Personenfreizügigkeit). Ausserdem war auch [REDACTED] am Abschluss der Bilateralen Verträge interessiert, konnte doch die von beiden Seiten gewünschte und für die Zukunft der Z wichtige Aufstockung der Kapitalbeteiligung der Y und damit die vollständige Einbindung der Z in den X-Konzern erst nach Ratifizierung der Verträge vollzogen werden. Objektiv betrachtet dürfte das Risiko, dass [REDACTED] die Drohung, die Verträge nicht zu ratifizieren, wahr machen würde, nicht allzu gross gewesen sein. Allerdings konnte [REDACTED] die Ratifizierung erheblich verzögern und hat die Abkommen tatsächlich auch als letzter EU-Staat ratifiziert. Dies war einerseits auf das komplizierte [REDACTED] System zur Ratifizierung von Staatsverträgen (gemäss welchem sieben Parlamente ihre Zustimmung zu erteilen hatten) zurückzuführen, andererseits aber ist dem zitierten Schreiben des [REDACTED] Ministers zu entnehmen, dass die Bilateralen Verträge tatsächlich als Druckmittel in den Verhandlungen über die Zukunft der [REDACTED] Fluggesellschaft eingesetzt wurden. Eine Verzögerung des Inkrafttretens der Bilateralen I widersprach den Interessen der X. Durch die Bilateralen I wurden die Schweizerischen Fluggesellschaften denjenigen aus der EU praktisch gleichgestellt und erhielten somit Zugang zum liberalisierten Europäischen Luftverkehrsmarkt (freie Wahl der Destinationen, freie Gestaltung der Tarife, Wegfall der Kapazitätsbeschränkungen, Möglichkeit zum Erwerb der Aktienmehrheit an Europäischen Fluggesellschaften). Damit stieg die Attraktivität der W als Allianzpartnerin, was gerade in der Zeit von Anfang 2001, in welcher die [REDACTED] überdacht und der Anschluss an eine Allianz als Alternative geprüft wurde (vgl. dazu hinten Ziff. IV. 3. B. 2.4.4.) von grosser Bedeutung war. Eine möglichst rasche Ratifikation der Bilateralen I lag daher im ureigenen Interesse der X.

b) Konkurs der Z

Die Beklagten machen geltend, dass die Z ohne die Zahlung von insgesamt EUR 250 Mio. sofort in Konkurs gefallen wäre, d.h. die Unternehmensleitung hätte der Aktionärsversammlung am 8. Februar 2001 die Auflösung der Gesellschaft bean-

trägt. Nachdem die Klägerin in der Klagebegründung noch klar von einem Konkurs im Falle der Nichtrekapitalisierung ausgegangen war (KB act. 2 S. 55 Ziff. 23.5), bestritt sie diese Behauptung in der Replik insofern, als sie den Konkurs der Z in einer Klammerbemerkung als "in der Optik der Beklagten - bestrittene - Folge eines Ausbleibens der Rekapitalisierung" bezeichnete (R act. 106 S. 161), um sich mit der Aussage, es sei (nicht erst) Ende Dezember 2000 offensichtlich gewesen, dass die Z konkursgefährdet gewesen sei, erneut in Widerspruch zu ihren vorgängigen Ausführungen zu setzen (R act. 106 S. 144). Die Bestreitung der Klägerin (in der Klammerbemerkung) ist unsubstanziert und ihre Behauptungen sind widersprüchlich. Im Übrigen bestreitet die Klägerin nicht, dass an der Aktionärsversammlung vom 8. Februar 2001 die Auflösung der Z beantragt werden sollte, sofern die Rekapitalisierung nicht zustande gekommen wäre. Dass die Z das benötigte Kapital bei Nichtzahlung durch die X aus einer anderen Quelle erhalten hätte, behauptet die Klägerin nicht. Es ist daher im Folgenden davon auszugehen, dass die Z ohne die Rekapitalisierungszahlung in Konkurs gefallen bzw. in Liquidation versetzt worden wäre.

#### 2.4.2. Interesse der X am Fortbestand der Z

##### a) Einzelgesellschaft und Konzern

Die Klägerin betont in diesem Zusammenhang, dass das Schweizerische Recht, mit Ausnahme der Vorschriften zur konsolidierten Rechnungslegung, kein Konzernrecht kenne. Rechtlich gesehen seien daher alle Gesellschaften eines Konzerns unabhängige juristische Personen. Durch einen Konkurs der Z sei daher die Y und nicht die X betroffen gewesen, da die Y den 49,5%-Aktienanteil an der Z gehalten habe. Soweit die Beklagten geltend machten, die Auflösung der ■■■■ habe Kostenfolgen gehabt, seien diese Kosten wiederum zu Lasten der W gegangen, welche Partnerin der Z in der ■■■■ gewesen sei. So führt die Klägerin aus, es sei zunächst festzuhalten, dass auch für den von der Klägerin geführten Konzern die Grundwahrheit gälte, dass ein Konzern nicht hafte bzw. nicht die Dachgesellschaft für Verpflichtungen einer Tochtergesellschaft. Eine Haftung der Holding-Gesellschaft setze auch im Konzern im Einzelfall einen Verpflichtungsgrund voraus, an dem es jedenfalls in Bezug auf alles, was mit der ■■■■ zu tun

hat, im Verhältnis zur Klägerin fehle (R act. 106 S. 50). Die Beklagten behaupteten, so die Klägerin weiter, es habe eine Verpflichtung aus "Konzernvertrauen" bzw. ein "Konzerninteresse" gegeben. Die Darlegungen der Beklagten seien im Einzelnen unterschiedlich und vor allem unterschiedlich diffus, wenn auch im Ergebnis insgesamt klar: Die Beklagten schlössen Schaden und Pflichtwidrigkeit, damit also widerrechtliches Handeln und Verschulden, allenfalls auch adäquate Kausalität mit der Überlegung aus, die Klägerin hätte sonst mehr als EUR 150 Mio. an Kostenfolgen zu tragen gehabt; das Geld sei sozusagen "gut" angelegt gewesen, weil dadurch "Mehrforderungen" vermieden worden seien. Dazu hätten die Beklagten - gemäss der Klägerin - zunächst einmal zu behaupten gehabt, dass die Klägerin für Verpflichtungen der Z vollumfänglich hafte. Es gebe keine (generellen oder den Einzelfall betreffenden) Bürgschaftserklärungen, Solidarverpflichtungen, Schuldbeitritte oder Ähnliches, aus welchen eine rechtsgeschäftliche Haftung der Klägerin für (ungedekte) Verpflichtungen der Z gegenüber Dritten von eben diesen Dritten hätte abgeleitet werden können. Es habe auch keine gesetzliche Verpflichtung gegeben und solches trügen die Beklagten auch nicht vor. Wenn die Beklagten behaupteten, aus dem statutarischen Zweck der Klägerin ergebe sich deren Verpflichtung zur Stützung von Tochtergesellschaften (z.B. KA3 act. 77 Rz 339 ff.), so sei dieses Argument generell falsch und im konkreten Zusammenhang ganz falsch: Die Z sei eine Minderheitsbeteiligung gewesen und zudem keine der Klägerin, sondern eine der Y AG, also damit eine "Enkelbeteiligung" der Klägerin (vgl. dazu Ziff. IV. 3. B. 2.3.2., wo die Klägerin selbst festhält, die Z sei wie eine Konzerngesellschaft zu behandeln gewesen). Aus dieser Konstellation ergäbe sich noch weniger als aus der Konstellation der direkten 100%-Beteiligung die angebliche Verpflichtung zur Unterstützung. Alles Gegenteilige sei rechtlich falsch - aus der blossen Konzernzugehörigkeit folge keine Verpflichtung der Klägerin gegenüber der Z oder gar für deren Verpflichtungen gegenüber Dritten (R act. 106 S. 52).

Bei der Frage, ob die Z aus Sicht der X sanierungswürdig war, bzw. ob die Z überhaupt rekapitalisiert werden sollte oder fallengelassen, sind die Auswirkungen eines Z-Konkurses auf die X zu prüfen und damit die Frage, ob die Rekapitalisierung im Interesse der X lag. Strittig ist, ob dabei das Interesse der Einzelgesell-

schaft oder des Konzerns X von Belang ist. Dazu ist festzuhalten, dass die X eine reine Holdinggesellschaft war, deren Zweck im Halten von Beteiligungen bestand. Ebenfalls von Belang ist, dass es sich bei der X nicht um eine Finanzholding handelte, welche im Wesentlichen - wie jede andere Aktionärin - an einer Optimierung des Ertrags ihrer Anlagen interessiert ist. Dort beschränken sich die Pflichten der Mitglieder des Verwaltungsrates (und einer allfälligen Geschäftsleitung) nämlich auf sorgfältige Investitions- und Devestitionsentscheide sowie darauf, die Aktionärsrechte in den Tochtergesellschaften sorgfältig wahrzunehmen. Bei anderen Holdinggesellschaften dürfen der Verwaltungsrat und - im Rahmen der delegierten Kompetenzen - die Geschäftsleitung der Konzernobergesellschaft weitergehen und die formelle wie faktische Macht der Obergesellschaft dazu verwenden, eine einheitliche Leitung aller Konzerngesellschaften durchzusetzen. Diesfalls trifft sie eine erweiterte Verantwortung: Sie haben die Leitungsfunktion "mit aller Sorgfalt" zu erfüllen, wobei die Optik die der Obergesellschaft und des Konzernganzen sein soll. In der Regel dürften dabei die Interessen der Obergesellschaft und des Konzerns übereinstimmen. Ist dies nicht der Fall, dann wird man den Organen einer Konzernobergesellschaft, die sich auch nach aussen definiert hat, das Recht einräumen, im Interesse des Konzerns auch einmal die Einzelinteressen der eigenen Gesellschaft hinten an zu stellen. Schrankenlos darf dies nicht geschehen, und die Interessen der eigenen Gesellschaft müssen zumindest dann konsequent vorgehen, wenn ihre eigene Existenz auf dem Spiel steht (Forstmoser, Haftung im Konzern, S. 117).

Die Klägerin weist zwar zu Recht darauf hin, dass die einzelnen Gesellschaften, welche im Konzernverbund zusammengeschlossen sind, rechtlich selbständig bleiben und daher grundsätzlich keine Verpflichtung einer Konzerngesellschaft besteht, für die Verbindlichkeiten einer anderen Gesellschaft einzustehen. Die Beklagten machen jedoch auch gar nicht geltend, die Klägerin sei bei einem Konkurs der Z direkt für Verpflichtungen der Z gegenüber Dritten haftbar geworden. Vielmehr machen sie geltend, Gesellschaften der X wären durch einen Konkurs der Z aus verschiedenen Gründen Schäden entstanden, sei es durch den Verlust von Synergien, sei es durch vertragliche Verpflichtungen der Tochtergesellschaf-

ten untereinander, welche Schäden es im Interesse des Gesamtkonzerns zu vermeiden gegolten habe.

Die X war - wie bereits erwähnt - eine reine Holdinggesellschaft, deren Zweck "Erwerb, Verwaltung und Veräussern von Beteiligungen, insbesondere der Beteiligung an der Y AG" war (act. 3/1). Damit ist bereits aus der Zweckbestimmung der X zu entnehmen, dass die X ihre Handlungen in erster Linie auf das Wohlergehen ihrer Tochtergesellschaften, insbesondere die Y zu richten hatte. Bei der Y handelt es sich unbestrittenermassen um das Kernstück des X Konzerns. Sie hielt als Subholding sämtliche Fluggesellschaften des Konzerns, darunter auch die W. Unbestritten ist, dass die Y gemäss Jahresabschluss 1999 einen Kapitalverlust erlitten hat, den es zu beseitigen galt, weshalb die X als Konzernmutter der finanziellen Lage der Y besondere Aufmerksamkeit zu schenken hatte. Dass die X einen Konkurs der Y oder auch der W verkräftet hätte, behauptet selbst die Klägerin nicht. Soweit ein Konkurs der Z daher eine Gefährdung der Interessen der Y oder von deren 100% Tochter W hätte bedeuten können, lag es im Eigeninteresse der X diesen Schaden abzuwenden.

b) Auswirkungen eines Z-Konkurses auf die X

Die Beklagten machen im Wesentlichen die folgenden Risiken für die X im Zusammenhang mit einem Verzicht auf die Rekapitalisierung der Z geltend: a) Schadenersatzforderungen der [REDACTED] Partner, b) Umsatzeinbussen, Reputationsschaden und c) Kosten im Zusammenhang mit der Auflösung der [REDACTED]. Darauf ist im Folgenden einzugehen:

ba) Schadenersatzforderungen

1) Die Beklagten 1, 2, 4 und 7-10 verweisen im Zusammenhang mit den Auswirkungen eines allfälligen Z-Konkurses auf die X auf die hohe Integrationstiefe der Z (D1 act. 120 S. 286; D2 act.123 S. 214; D4 act. 129 S. 245; D7 act.138 S. 187; D8 act. 141 S. 149; D9 act. 144 S. 230; D10 act. 147 S. 283) und auf die strategische Bedeutung der Z innerhalb der X (Konzern). Die Z habe nach dem EWR-Nein den Zugang zu Europa gewährleisten sollen und sei dadurch nach der Akquisition im Jahr 1995 zur wichtigsten Beteiligung neben der "Hausmarke" W

geworden (KA1 act. 70 S. 15 f.; KA2 act. 73 S. 11 f.; KA3 act. 77 S. 26 f.; KA4 act. 81 S. 11; KA5 act. 84 S. 14 f., KA6 act. 86 S. 14 f.; KA7 act. 88 S. 15 f., S. 58; KA8 act. 91 S. 13 f., S. 42 f.; KA9 act. 94 S. 19 f., 30 f.; KA10 act. 98 S. 15 f., S. 23 f.). Der Beklagte 3 liess in der Klageantwort weiter ausführen, die Z habe sich durch die Zusicherungen der W bzw. später der X ausschliesslich auf diese Partner ausgerichtet und die gesamte Zukunft der Airline und flugnahen Betriebe dieser Entwicklung untergeordnet. Gleichzeitig habe sie ein Einhergehen mit anderen potenziellen Partnern abgelehnt, um ihre Aufrichtigkeit und Treue dem schweizerischen Bündnispartner gegenüber zu bekunden, wie dies die Treuepflicht gefordert habe. So seien viele der Bemühungen, den Hub ██████ attraktiver zu machen, im eigentlichen Interesse der W erfolgt. Die Slotzuteilung sei von der X diktiert und nicht unbedingt vorteilhaft für die Z gewesen. Auch die Umflottung der Z sei darauf ausgerichtet worden, mehr Konformität mit der W zu erreichen. Gemäss dem Untersuchungsbericht des ██████ Parlaments habe der Z-Verwaltungsrat sich eigentlich für den Kauf von Boeing-Flugzeugen entschieden gehabt, auf Druck der X dann aber doch den Kauf von Airbus-Flugzeugen beschlossen, da damit bessere Synergien in der Gesamtflotte erzielt werden konnten (unter Verweis auf act. 78/124 S. 182 f.). Auch im Bereich der Kurzstreckenflotte hätte das Z-Management lieber Fokker-Flugzeuge gekauft. Um eine bessere Abstimmung mit der Y-Tochter ██████ zu erreichen, habe man sich im Sommer 1997 aber für Avro RJ85er entschieden. Die Harmonisierung von Technikern und Materiallager hätten zu einer Abhängigkeit von der X geführt, denn die Technikabteilung von Z sei weitgehend auf Boeing spezialisiert gewesen. Diese und andere Massnahmen und Projekte hätten die W und ihre Rechtsnachfolgerin gefordert und vorangetrieben mit dem Ziel, eine weitgehende unternehmerische Integration mit der Z zu erreichen (KA3 act. 77 S. 79 f.). Die Klägerin wäre daher, so die Ausführungen der Beklagten, von ██████ Seite mit erheblichen Schadenersatzforderungen konfrontiert worden (KA1 act. 70 S. 65; KA2 act. 73 S. 105 f.; KA3 act. 77 S. 118; KA4 act. 81 S. 59; KA5 act. 84 S. 57; KA6 act. 86 S. 57; KA7 act. 88 S. 63; KA8 act. 91 S. 56 f.; KA9 act. 94 S. 61; KA10 act. 97 S. 116 f.). Der Beklagte 2 liess ausserdem geltend machen, die X habe im Zusammenhang mit der Umflottung der Z Garantien abgegeben (KA2 act. 73 S. 57).

Die Klägerin bestreitet die Ausführungen der Beklagten, insbesondere des Beklagten 3 (KA3 act. 77 S. 79 f.), zu den Verflechtungen der Z mit dem X-Konzern nicht im Einzelnen. Sie hält lediglich fest, "die 1994/1995 gutgeheissenen Punkte oder sonstigen angestellten Überlegungen (zweiter Heimmarkt, Hub ■■■■■, Synergien, "feed", Umflottung, "Türöffner", Mehrheitserwerb oder Partnerschaft mit US-Gesellschaft, Informatik-Volumina etc.) waren nicht mehr aktuell und hätten ohne Zögern über Bord geworfen werden müssen" (R act. 106 S. 129). Ausserdem erklärt sie, die Beklagten hätten die Behauptungen bezüglich der Garantien nicht ansatzweise substantiiert. Die angeblichen Forderungen seien aber bestritten (R act. 106 S.160). Im Übrigen äussert sie sich nicht zu konkret behaupteten Verflechtungen. Sie macht aber geltend, die Beklagten könnten sich für ihren Entscheid grundsätzlich nicht auf Überlegungen berufen, die möglicherweise in der Vergangenheit einmal richtig gewesen sein könnten (R act. 106 S. 129).

Die Klägerin hält in ihrer Replik (R act. 106 S. 54) aber auch fest, dass es "politisch" möglicherweise für den W-Konzern wenig schön gewesen wäre, wenn die Z Konkurs gegangen wäre, dass sich daraus für eine (sehr begrenzte) Zeit gewisse reale Schwierigkeiten in ■■■■■ (sei es im Flugverkehr, sei es am Boden, sei es mit ■■■■■) und ein möglicherweise sogar erheblicher Rechtfertigungsbedarf in ■■■■■ ergeben hätten. Dass man sich mit "Begehren", "Forderungen" und "Ansprüchen" aller Art, auch solchen mit (angeblich) rechtlicher Begründung (also Forderungen im eigentlichen, juristischen Sinne) hätte herumschlagen müssen, solle nicht dem Grundsatz nach bestritten werden. Aber das sei in erster Linie ein Kommunikationsproblem gewesen und wäre von der Klägerin möglicherweise so erfolgreich gelöst worden wie der Flugzeugabsturz von ■■■■■ bzw. diejenigen der Tochtergesellschaft ■■■■■ von ■■■■■ und ■■■■■. Einfach zu behaupten, eine Beteiligungsgesellschaft dürfe nicht "abstürzen" oder es gäbe einen "faktischen Beistandszwang", genüge verantwortlichsrechtlich natürlich nicht. Das Konzerninteresse hätte - richtig betrachtet - dazu führen müssen, dass man aus der unrentablen Beteiligung Z rechtzeitig (nämlich im Verlaufe des Jahres 2000) aussteige, dass man weder die eigene Beteiligung daran (die rechtlich eine indirekte war, nämlich die - direkte - Beteiligung der Y) erhöhte, noch gar die von

der Beteiligungserhöhung rechtlich und wirtschaftlich zu unterscheidende Rekapitalisierung machte (R act. 106 S. 54 f.).

2) Dass die Z zwar nur eine Minderheitsbeteiligung war (aus regulatorischen Gründen), ist unbestritten. Dennoch war sie bereits in hohem Masse in den [REDACTED] integriert und Teil des gesamten Systems. So wurde im Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom 22. November 2000 festgehalten, die Integration von Z Airline sei zu 80% abgeschlossen (act 31/30 S. 10). Seit ihrer Akquisition im Jahr 1995 wurde auf diese Integration hingearbeitet. Die beklagischen Ausführungen, dass die X (bzw. vor deren Gründung die W) in den Jahren zwischen 1995 erheblichen Einfluss auf die Geschicke der Z nahm und zwar indem sie darauf hinwirkte, dass Geschäftsentscheide der Z im Interesse der X gefällt wurden, blieben im Grundsatz unbestritten. Entgegen der Ansicht der Klägerin handelt es sich dabei nicht um "Überlegungen, die möglicherweise in der Vergangenheit einmal richtig gewesen sein könnten" (R act. 106 S. 129); vielmehr dauerten die Wirkungen dieser Geschäftsentscheide bis zum vorliegend relevanten Zeitpunkt fort. So war beispielsweise die Umflottung der Z im Zeitpunkt der Januarverträge noch nicht abgeschlossen, geschweige denn bezahlt, was die Z finanziell erheblich belastete (siehe Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom 14. Dezember 2000, act.31/33 S. 4), wobei die Behauptung des Beklagten 2, die X habe im Zusammenhang mit der Flugzeugbeschaffung sogar für die Z Garantien abgegeben, ebenfalls nicht substantiiert bestritten wurde (S. 76 oben). Aus dem Bericht des [REDACTED] Parlamentes, auf welchen der Beklagte 3 verweist, geht auch hervor, dass die dort befragten Z Exponenten praktisch ausnahmslos von finanziellen Zusicherungen der W im Zusammenhang mit der Umflottung berichteten (act. 78/124 S. 182 f.). Notorisch ist zudem, dass die X auch Einfluss auf die Besetzung der Schlüsselstellen im Management der Z nahm. So stand seit dem Einstieg der W bei Z mit [REDACTED] [REDACTED] und später [REDACTED] [REDACTED] jeweils ein "W-Mann" der Z als CEO vor, was ebenfalls ein Zeichen für die Einflussnahme der X ist (vgl. auch act. 3/33 S. 4, wonach die Beklagten am 14. Dezember 2000 die Frage der Verantwortung des von der X delegierten Managements für die finanzielle Lage der Z diskutierten). Die Beklagten weisen aufgrund der fortgeschrittenen Integration der Z zu Recht auf die Gefahr hin, dass die X von [REDACTED] Seite

mit erheblichen Schadenersatzforderungen konfrontiert worden wäre (KA1 act. 70 S. 65; KA2 act. 73 S. 105 f.; KA3 act. 77 S. 118; KA4 act. 81 S. 59; KA5 act. 84 S. 57; KA6 act. 86 S. 57; KA7 act. 88 S. 63; KA8 act. 91 S. 56 f.; KA9 act. 94 S. 61; KA10 act. 97 S. 116 f.). Denn, wer bei einer Beteiligung im Hinblick auf die künftige Übernahme derselben bestimmte Entscheide erwirkt, sich dann aber kurzfristig entschliesst, von der Übernahme abzusehen und die Beteiligung fallen lässt, muss damit rechnen, zur Verantwortung gezogen zu werden, wenn der Beteiligung dadurch ein Schaden erwächst, z.B. weil sie im Hinblick auf die Übernahme ihre Selbstständigkeit bereits ganz oder teilweise aufgegeben hat (vgl. Auflistung der möglichen Klagen im Financial Exposure Report der ██████████ vom 21. Februar 2001, act. 89/84 S. 17). Die Grössenordnung der möglichen Ansprüche der ██████████ Seite lässt sich aus den Forderungseingaben der ██████████ Beteiligten in der Nachlassliquidation der X abschätzen, nachdem die Z Konkurs gegangen war, worauf die Beklagten zu Recht verweisen. Unter anderem wurden folgende Forderungen eingegeben: Schadenersatz infolge Vertragsverletzung (Art. 530 des ██████████), unerlaubter Handlung und faktischer Organschaft in der Höhe von EUR 2'500 Mio. für die Z SA in Konkurs sowie Schadenersatz für den "Verlust der Chance, die Z zu restrukturieren" in der Höhe von EUR 400 Mio. für den ██████████ Staat sowie für seine Beteiligungsgesellschaft ██████████-█████████ (jeweils unter Verweis auf die entsprechenden Auszüge aus dem Kollokationsplan act. 88/82, 88/84; KA1 act. 70 S. 65 f.; KA2 act. 73 S. 64 f.; KA3 act. 77 S. 73; KA4 act. 81 S. 59; KA5 act. 84 S. 57; KA6 act. 86 S. 57; KA7 act. 88 S. 85; KA8 act. 91 S. 56 f.; KA9 act. 94 S. 61; KA10 act. 97 S. 75 f.). Auch der ██████████ Staat stellte nach dem Zusammenbruch der beiden Fluggesellschaften erhebliche Schadenersatzforderungen und zwar die Folgenden: Schadenersatz wegen der Beeinträchtigung der ██████████ Volkswirtschaft in der Höhe von EUR 335 Mio., Schadenersatz aus Ansehensverlust durch den Konkurs der Z in der Höhe von EUR 100 Mio. Vorausgesagt wurden diese Ansprüche dem Verwaltungsrat der X bereits anfangs 2001 im Financial Exposure Report der ██████████ (KA1 act. 70 S. 65 f.; KA2 act. 73 S. 64 f.; KA3 act. 77 S. 73; KA4 act. 81 S. 59; KA5 act. 84 S. 57; KA6 act. 86 S. 57; KA7 act. 88 S. 85; KA8 act. 91 S. 56 f.; KA9 act. 94 S. 61; KA10 act. 97 S. 75 f.; unter

Verweis auf den Financial Exposure Report der [REDACTED] vom 21. Februar 2001, act. 89/84 S. 17). Die [REDACTED] Aktionäre haben somit gegen die X in Nachlassliquidation erhebliche Forderungen erhoben. Selbst wenn man davon ausgeht, dass diese Forderungen zumindest teilweise mit der Verletzung des (Ausstiegs-)Vertrages vom 2. August 2001 begründet werden, so ist die Wahrscheinlichkeit hoch, dass Forderungen aus unerlaubter Handlung, faktischer Organschaft etc. bei einem Konkurs der Z im ersten Quartal 2001 erst recht auch gegen die damals noch aufrechtstehende X erhoben worden wären.

bb) Umsatzverluste

1) Die Beklagten führen in ihren Klageantwortschriften weiter an, durch einen Kollaps der Z wären der Y viele Flugpassagiere, welche aufgrund des Transfer-systems mit Z auch mit Y (*recte wohl: W*) flogen, verloren gegangen. Erhebliche finanzielle Einbussen wären vorprogrammiert gewesen. Nach der seit 1995 verfolgten Integration der Z hätten diese Flugpassagiere inzwischen einen wichtigen Prozentsatz dargestellt. Da durch die [REDACTED] der Verkauf der Flugtickets vereinheitlicht gewesen sei, seien diesbezüglich genaue Zahlen schwierig zu eruieren. Die Flugpläne und das Codesharing hätten gemäss den Ausführungen der Beklagten komplett neu aufgestellt werden müssen: Die W und die Z seien komplementär ausgerichtet gewesen. Die Z habe beispielsweise das "Afrika-Geschäft" ausgeführt. Bei Destinationen, die von beiden Fluggesellschaften bedient wurden, seien die Flüge aufeinander abgestimmt gewesen. Das Erstellen eines neuen Flugplanes geschehe aber nicht von einem Tag auf den anderen. Ein operationelles Chaos wäre die Folge gewesen. Das (ebenfalls gemeinsam geführte) Reservationssystem hätte praktisch von einem Tag auf den anderen abgelöst werden müssen. Ausserdem hätte die W den strategisch entscheidenden Zugang zum europäischen Markt sowie vor allem zum zweiten Hub in [REDACTED] verloren (KA1 act. 70 S. 67 f.; KA2 act. 73 S. 55 f.; KA3 act. 77 S. 142 f.; KA4 act. 81 S. 29; KA5 act. 84 S. 58; KA6 act. 86 S. 58; KA7 act. 88 S. 64; KA8 act. 91 S. 37 f.; KA9 act. 94 S. 62 f.; KA10 act. 97 S. 63).

Auch die flughnahen Betriebe der X hätten unter einem Zusammenbruch der Z gelitten, wie die Beklagten 3 und 8 weiter geltend machen. Der Verwaltungsrat habe

geschätzt, dass ein Wegfallen der Z aus der Gruppe allein bei der Tochtergesellschaft [REDACTED] zu einem Umsatzrückgang von 20% geführt hätte (KA 3 act. 77 S. 143; KA 8 act. 91 S. 57).

Die Klägerin führt an, das von den Beklagten erwähnte Schadenspotential aus dem Verlust des Hub [REDACTED], dem Wegfall der [REDACTED] und/oder dem Verlust von Zubringerpassagieren aus [REDACTED], habe nicht bestanden. Gegen ein solches Schadenspotential sprächen schon die nackten Zahlen: Bei einem Umsatz von rund CHF 4 Milliarden, den die W jeweils 2000 und 2001 aus dem Verkauf von Flugbilletten weltweit erzielt habe, habe der Flugverkehr zwischen [REDACTED] und [REDACTED] in den neun Monaten von April bis Dezember des Jahres 2000 einen Umsatz von knapp CHF 75 Mio. generiert, in den neun Monaten von Januar bis September des Jahres 2001 einen solchen von nur noch CHF 70 Mio. (R act. 106 S. 50). Mit andern Worten: Ein auf das Jahr umgerechnetes Umsatzvolumen von höchstens CHF 100 Mio. für die Jahre 2000 und 2001 hätte niemals auch nur ansatzweise die von den Beklagten in den Raum gestellten Verluste und Haftungsrisiken von aberhundert Millionen von Franken zur Folge haben können, wenn der [REDACTED] Markt weggefallen wäre (was er ohnehin nicht wäre). Der Wegfall des [REDACTED] Marktes hätte höchstens, wenn überhaupt, für das Jahr 2001 eine Umsatzeinbusse in der Grössenordnung von CHF 70 Mio. zur Folge gehabt, der erhebliche Einsparungen (keine Verkaufsorganisation mehr in [REDACTED], keine Flugzeuge nach [REDACTED]) und anderweitige Einnahmemöglichkeiten (entsprechend gewinnträchtiger Einsatz der freigewordenen Besatzungsmitglieder und Flugzeuge auf anderen Strecken als von und nach [REDACTED]) gegenüber gestanden hätten. Die Beklagten hätten es vollständig unterlassen, den Wegfall des "Hubs" [REDACTED] bzw. des [REDACTED] Marktes im Einzelnen konkret zu substantzieren und in den Auswirkungen auf die Klägerin zu quantifizieren. Einen messbaren Nachteil für die Klägerin habe es nicht gegeben, allfällige - von der Klägerin bestrittene - Nachteile für die W interessieren hier nicht, weil es sich dabei dann um blosse Reflexschäden handeln würde (R act. 106 S. 50 f.).

2) Die Behauptung der Beklagten, dass der Wegfall der Z zu Flugausfällen geführt hätte, ist grundsätzlich unbestritten geblieben. Die Klägerin verkennt in ihren

Ausführungen zu den Einschränkungen im Flugverkehr, dass die Beklagten nicht in erster Linie Einbussen aus dem Wegfall der Strecke [REDACTED]-[REDACTED] / [REDACTED]-[REDACTED] geltend machen, sondern vielmehr behaupten, dass aufgrund der aufeinander abgestimmten Flugpläne, die Passagiere aus [REDACTED], welche wegen der engen Zusammenarbeit und der Abstimmung der Flugpläne mit W (weiter-)flogen, ausgeblieben wären. Zutreffend ist aber, dass die Beklagten die mutmassliche Einbusse durch Flugausfälle bzw. den Wegfall der [REDACTED] Passagiere auf W-Flügen aufgrund des Ausfalles der Z-Zubringerflüge tatsächlich nicht quantifizieren. Allerdings ist es ohne weiteres nachvollziehbar, dass die [REDACTED] Passagiere für ihre Langstreckenflüge bei einem Wegfall der Zubringerdienste nicht mehr über [REDACTED] und damit nicht mehr mit W geflogen wären, was Einbussen mit sich gebracht hätte. Die Klägerin bestreitet denn auch nicht, dass sich für eine gewisse Zeit reale Schwierigkeiten in [REDACTED] im Flugverkehr hätten ergeben können. Sie geht aber davon aus, diese Probleme hätten mit einer geschickten Kommunikation „gelöst“ werden können, wie dies auch bei den Flugzeugabstürzen von [REDACTED], [REDACTED] oder [REDACTED] geschehen sei (R act. 106 S. 54). Es liegt auf der Hand, dass das willentliche Fallenlassen einer bis anhin alimentierten Fluggesellschaft nicht mit tragischen Unglücksfällen, wie Flugzeugabstürzen verglichen werden kann. Fällt ein Zubringerflug aus, so bleiben die Passagiere dieses Zubringerfluges aus, selbst wenn man es mit einer geschickten Kommunikation schafft, aufgebrachte Z-Kunden zu beschwichtigen. Und ob die „freigewordenen Besatzungsmitglieder und Flugzeuge“ von einem Tag auf den anderen „entsprechend gewinnträchtig“ auf anderen Strecken als von und nach [REDACTED] hätten eingesetzt werden können, wie die Klägerin dies behauptet, erscheint mehr als fraglich.

Die Behauptung der Beklagten, allein [REDACTED] habe 20 % ihres Umsatzes mit der Z erwirtschaftet (KA3 act. 77 S. 143; KA8 act. 91 S. 57, unter Verweis auf act. 31/57), blieb unbestritten. Die Klägerin hält an anderer Stelle fest, dass der Anteil der W am [REDACTED]-Umsatz 30% betrug (R act. 106 S. 99). Damit lag der Anteil der Z nur wenig unter dem Umsatz, welchen die [REDACTED] mit der W als wichtigster Fluggesellschaft des Konzerns erzielte. Ein Wegfall des Z-Anteiles hätte höchstwahrscheinlich einschneidende Auswirkungen auf den Umsatz und

damit auch auf den Ertrag der ██████ gehabt. ██████ wiederum war einer der sogenannten flugnahen Betriebe, deren Einnahmen für den X Konzern überlebensnotwendig waren.

Insgesamt lässt sich festhalten, dass die Beklagten die Umsatzeinbussen und Reputationsschäden zwar nicht quantifizieren, dass solche aber mit grosser Wahrscheinlichkeit eingetreten wären. Wie auch die Klägerin zugibt, wären reale Probleme entstanden (R act. 106 S. 54). Diese hätten mit Sicherheit auch finanzielle Folgen nach sich gezogen. Dem ist bei der Gesamtwürdigung Rechnung zu tragen.

bc) Finanzielle Folgen im Zusammenhang mit der ██████

1) Die Beklagten machen weiter geltend, ein Konkurs der Z hätte unweigerlich zum Ende der ██████ geführt. Für den Flugbetrieb der W und damit für die X als Muttergesellschaft hätte ein Aus der ██████ äusserst unangenehme Konsequenzen gehabt, wie unter anderem die Folgenden: Die an die ██████ ausgelagerten Aktivitäten hätten überstürzt wieder in die W zurückgeführt werden müssen unter einer projektierten Kostenfolge von CHF 100 Mio. bis zu CHF 308 Mio., gemäss einer Berechnung von ██████ ██████, welche an der Verwaltungsratsitzung vom 31. Januar 2001 präsentiert worden sei (act. 31/52). Alle Funktionen, die vorher zusammengelegt worden seien, hätten wieder getrennt werden müssen. Die Kosten der ██████ hätten künftig von der X alleine getragen werden müssen, was einen zusätzlichen Aufwand von CHF 203 Mio. bedeutet hätte. Die X sei unter der UK Partnership für sämtliche Verbindlichkeiten der ██████ im vollen Betrag solidarisch haftbar gewesen. Davon sei auch ██████ im „Financial Exposure Report“ vom 26. Februar 2001 ausgegangen (act. 89/84 S. 19, 20). Im Gegenzug wären die Einsparungen durch die ██████ von geschätzten CHF 150 Mio. pro Jahr für die X dahingefallen. Gleichzeitig hätten die ausstehenden Beträge der Z bei der ██████ in Höhe von CHF 42.8 Mio. praktisch vollends abgeschrieben werden müssen. Das Schweizer Personal, welches in ██████ (insbesondere Marketing), und das ██████, welches in ██████ tätig gewesen sei, hätte zurückberufen werden müssen. Dies hätte u.a. einen enormen Know-how-Verlust mit sich gebracht. Schliesslich hätte die Auflösung der ██████ höchstwahrscheinlich auch unter

dem Titel "Desintegrationskosten" Entschädigungsforderungen der Z gegen die X mit sich gebracht. Zusammenfassend wäre ein plötzliches Aus der █████ infolge Konkurses der Z für die X sowohl rein betrieblich als auch finanziell desaströs gewesen.

Die Klägerin verneint, dass ein Konkurs der Z die Auflösung der █████ zur Folge gehabt hätte. Es sei zudem nicht ersichtlich, was die Beklagten eigentlich als "Kosten" der █████ bezeichneten. Die █████ habe einzig vorbestehende Kosten administriert, hauptsächlich Personalkosten, die vorher die W für ihren Betrieb direkt getragen habe. Es seien Kosten gewesen, die die W nicht etwa eingespart, sondern "nur via █████" bezahlt habe und nach einem Ausstieg der Z aus der █████ auch weiterhin hätte bezahlen müssen. Wenn die Beklagten geltend machten, mit dem Zusammenbruch der Z wäre deren █████ Beitrag von CHF 203 Mio. (= 29% von CHF 700 Mio.) "schlagartig weggebrochen", so sei dies schlicht unwahr: Der Betrag sei bereits vorher nicht bezahlt worden und die Beklagten hätten eingeräumt, dass es einen Ausstand der Z von CHF 43 Mio. gegeben habe. Die W (und nicht die Klägerin) habe somit die Kosten der █████ bereits vor der Rekapitalisierung allein getragen. Diese Kosten hätten sich bei einem Wegfallen der Z kurzfristig reduziert, denn die "Z-█████-Mitarbeiter" wären nicht mehr gebraucht worden und deshalb durch die █████ in █████ entlassen worden. Dass die █████ eine blosser Kostenstelle gewesen sei, ohne Einfluss auf die beiden weiterhin selbständig funktionierenden Airlines, zeige sich nur schon daran, dass sie nach dem Grounding der W kurz und schmerzlos aufgelöst worden sei, ohne dass deshalb der Flugbetrieb einer der beiden Fluggesellschaften gelitten habe. Für eine Besprechung der Kernpunkte der Auflösung habe eine Telefonkonferenz am 11. Oktober 2001 ausgereicht. Z und W hätten ihr Personal zurückgenommen. So heisse es im nachfolgend zitierten Protokoll dieser Telefonkonferenz ("Minutes of phone conference on █████ dismantling") auf Seite 2 oben unter Ziffer 3 Personal: "In den █████-Ländern (█████, █████, █████, █████ und █████) wird das ursprüngliche █████ (=Z)- oder █████ (=W)-Personal von seinem früheren Airline-Arbeitgeber übernommen. Soweit der Liquidator der W bzw. der Kommissar der Z nicht widersprechen, würden diese Angestellten zu ihrem ursprünglichen Arbeitgeber transferiert" (R act. 106 S. 151 und Verweis auf act. 107/71).

Umstritten ist zwischen den Parteien somit insbesondere, welche Funktion der [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] (" [REDACTED] ") zukam. Die [REDACTED] wurde gegründet, um in ihr die Betriebsbereiche Netzwerkmanagement, Finanzen, IT Strategies, Verkauf und Marketing der W und der Z zusammenzufassen (so die Klägerin, R act. 106 S. 153). Die Integration der Z in den X-Konzern wurde durch die Implementierung der [REDACTED], welche auch gemäss der Klägerin bereits vor April 2000 zu funktionieren begann, weiter vorangetrieben. Während die Beklagten geltend machen, es habe sich um eine "Quasi-Fusion", ein "Gehirn mit zwei Körpern" (z.B. KA2 act. 73 S. 55) gehandelt, führt die Klägerin an, die [REDACTED] sei eine blosser Kostenstelle gewesen, welche kaum eigene Verpflichtungen eingegangen sei (z.B. R act. 106 S. 151). Unbestritten ist hingegen, dass die [REDACTED] spätestens Anfang 2000 ihren Betrieb aufnahm, formell Arbeitsverträge von der Z und der W übernahm und eine umfassende gemeinsame Vertriebs- und Marketingorganisation zumindest im Aufbau begriffen war (R act. 106 S. 175).

Die Beklagten haben zur Frage der Haftung der Partner in einer English Partnership ein Memorandum der Anwaltskanzlei [REDACTED] eingereicht. Gemäss diesem Memorandum haften die Parteien einer English Partnership solidarisch für die Schulden der Partnerschaft (act. 95/46). Die Ausführungen von [REDACTED], auf welche sämtliche Beklagten verweisen, werden von der Klägerin bestritten (R act. 106 S. 147 f.). Die eigenen Ausführungen der Klägerin zur Frage der solidarischen Haftung der Partner einer English Partnership sind jedoch widersprüchlich. Zum einen hält sie fest, bei der solidarischen Haftung handle es sich um eine "dispositive Verpflichtung", welche durch den Partnerschaftsvertrag wegbedungen oder eingeschränkt werden könne (R act. 106 S. 148 2. Absatz). Andererseits macht die Klägerin geltend, die Parteien hätten im Partnerschaftsvertrag keine solidarische Haftung vereinbart, was im Widerspruch zur behaupteten dispositiven, gesetzlichen Verpflichtung steht. Im dritten Absatz auf Seite 148 der Replik (act. 106) behauptet die Klägerin schliesslich, auch nach dem dispositiven englischen Recht treffe die Behauptung der solidarischen Haftung nicht zu. Die Behauptungen der Klägerin sind somit insgesamt widersprüchlich. Die konkrete Kritik am Memorandum von [REDACTED] erschöpft sich in der Behauptung, dieses sei völlig allgemein gehalten und es werde bestritten, dass die Ausführungen zu-

trägen. Bestritten wird auch, dass die Aktennotiz in einem direkten Bezug zur ■■■■ stehe und/oder den Beklagten in diesem Zusammenhang zur Kenntnis gebracht worden sei. Die Beklagten verweisen in ihren Dupliken auf ihre Ausführungen in den Klageantwortschriften.

2) Der ■■■■-Vertrag zwischen der Z und W verweist auf Englisch Recht und den Partnership Act 1890 (Section 25 des ■■■■-Vertrages). Die Qualifikation der ■■■■ als English Partnership ist zwischen den Parteien nicht umstritten.

Eine *Partnership* nach Englischem Recht ist eine Rechtsbeziehung zwischen Personen, die ein Geschäft gemeinsam führen, um Gewinn zu erzielen (Section 1 Partnership Act 1890; Triebel/Hodgson/Kellenter/Müller, § 10 S. 293-299). Unter den Begriff "Personen" fallen auch Kapitalgesellschaften (Triebel/Hodgson/Kellenter/ Müller S. 293; Graf von Bernstorff S. 210 m.w.H.; Güthoff S. 7). Wird der Gewinn geteilt, wird eine *Partnership* vermutet, doch steht der Gegenbeweis frei (Triebel/Hodgson/Kellenter/Müller S. 293). Geregelt wird die *Partnership* durch den *Partnership Act 1890*. Allerdings nicht umfassend, zumal Section 46 auf die Regeln von *Equity und Common Law* verweist, welche weiter Geltung beanspruchen, sofern sie dem *Partnership Act 1890* nicht widersprechen.

Im Innenverhältnis der *Partnership* erfolgt der Ausgleich von Verlusten - mangels anderer Bestimmungen - unabhängig von der Kapitalbeteiligung: Jeder Partner ist gleichermaßen verpflichtet (Triebel/Hodgson/Kellenter/Müller S. 295). Im Außenverhältnis der *Partnership* ist zwischen dem deliktischen und dem vertraglichen Bereich zu unterscheiden. Im deliktischen Bereich gilt, dass alle Partner für unerlaubte Handlungen eines Partners gesamtschuldnerisch „*jointly and severally*“ verantwortlich sind, wenn die unerlaubten Handlungen im gewöhnlichen Geschäftsbetrieb der *Partnership* oder mit Zustimmung aller Partner begangen werden (Sections 10-13 Partnership Act 1890; Triebel/Hodgson/Kellenter/Müller S. 297). Auch im vertraglichen Bereich ist jeder Partner unlimitiert persönlich und solidarisch mit den anderen Partnern für alle Schulden und Verpflichtungen der *Partnership* haftbar (Section 9 Partnership Act 1890; Güthoff S. 12). Prozessual müssen die Partner gemeinsam zur Verantwortung gezogen werden, weshalb eine Klage gegen die *Partnership* oder alle Partner gemeinsam zu erheben ist. Ein

solches Urteil kann dann gegen alle Gesellschafter vollstreckt werden (Güthoff S. 13 m.w.H.; Triebel/Hodgson/Kellenter/Müller S. 297 f. m.w.H., insb. unter Verweis auf den Fall *Kendall v. Hamilton (1879) 4 App. Cas. 504*).

Der Konkurs einer Partei stellt einen Auflösungsgrund dar (jedenfalls ohne anderslautende Regelung der Parteien: Partnership Act 1890 Section 33; Güthoff S. 14). Besteht ein positives Kapitalkonto, werden zuerst Gläubigerforderungen, dann Nachschüsse der Partner ausgeglichen, bevor Einlagen zurückerstattet werden. Der Überschuss steht den Partnern im Verhältnis ihrer Gewinnbeteiligung zu. Reicht das Kapitalkonto nicht aus, um Gläubiger zu befriedigen und Nachschüsse und Einlagen zurückzuzahlen, müssen die Partner den Verlust im Verhältnis ihrer Gewinnbeteiligung ausgleichen (Section 44 Partnership Act 1890, Triebel/Hodgson/Kellenter/Müller S. 299).

Das Insolvenzverfahren gegen eine *Partnership* und ihre Mitglieder richtet sich nach dem *Insolvent Partnerships Order 1986*, die aufgrund von S. 420 *Insolvency Act 1986* erlassen worden war. Danach bestehen - betreffend Kapitalgesellschaften als Partner - folgende Möglichkeiten (Güthoff S. 15 f.):

1. Ein Gläubiger oder alle Gesellschafter können bei Gericht einen Antrag auf Erlass einer Abwicklungsanordnung gegen die *Partnership* stellen, so als sei sie eine *Company*. Folge ist, dass die *Partnership* wie eine *company* behandelt wird, deren Gesellschafter unbegrenzt für Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften (Art. 7 und Anhang 1 *Insolvent Partnership Order 1986*). Das Vermögen der Gesellschaft wird in Geld umgesetzt und zusammen mit persönlichen Nachschüssen, die von den Gesellschaftern eingefordert werden, zur Begleichung der Schulden verwendet;
2. Ein oder mehrere Gläubiger können einen Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens stellen, nachdem sie die *Partnership* zuvor erfolglos zur Zahlung fälliger Forderungen in Höhe von mehr als 750 Pfund aufgefordert haben. Die Gläubiger können in diesem Fall einen kombinierten Antrag auf Konkurseröffnung über das Vermögen der *Partnership* und der Gesellschafter stellen. Die Vermögensgegenstände der *Partnership* und der einzelnen

Gesellschafter werden getrennt - jedoch durch denselben Liquidator - verwaltet.

Die Klägerin macht geltend, der direkte Zugriff auf die Partner werde durch § 228 des Insolvency Acts 1986 verwehrt. Reiche das liquidierte Vermögen der Partnerschaft nicht aus, um sämtliche Gläubiger der Partnerschaft zu befriedigen, könne lediglich die Partnerschaft selbst resp. deren Liquidator Regress auf die Partner nehmen (R act. 106 S. 149).

Section 228 des Insolvency Act 1986 lautet wie folgt:

"Section 228: ACTIONS STAYED ON WINDING-UP ORDER

Where an order has been made for winding up an unregistered company, no action or proceeding shall be proceeded with or commenced against any contributory of the company in respect of any debt of the company, except by leave of the court, and subject to such terms as the court may impose."

Damit ist entgegen den Ausführungen der Klägerin nicht gesagt, dass die Partner nicht für Schulden der Partnership (deren Konkurs nach den Regeln der "unregistered company" abgewickelt wird) haften, sondern lediglich festgelegt, dass ein Verfahren gegen die Partner im Rahmen der Zwangsvollstreckung nur mit Bewilligung des Gerichtes geführt werden darf. Folglich spricht auch das nicht gegen den Bestand einer solidarischen Haftung.

3) Auf die weitere Behauptung der Klägerin, die solidarische Haftung der Partner sei durch Section 5, 6 und 15 des ■■■-Vertrages (act. 71/18) wegbedungen worden, ist im Folgenden einzugehen.

Section 5 lautet wie folgt:

"5. PROPERTY AND LIABILITIES

- (1) All the assets transferred to, or acquired or created by the Partnership, including (without limitation) all the equipment for the time being used for the Partnership Business, will be the property of the Partnership.
- (2) Any asset or property of the Partnership not held in the names of the Partners shall be held upon trust for the Partnership by the person in whose name that asset or property is held, and that person shall be indemnified by the Partners jointly and severally in respect of all liabilities arising in respect of that asset or property."

In Absatz 1 wird somit lediglich definiert, welche "assets" ("Vermögenswerte") Eigentum der Partnership sein sollen. In Absatz 2 wird festgehalten, dass eine Person, welche ein Aktivum der Partnership hält, welches nicht auf den Namen eines Partners oder der Partnership lautet, für sich daraus ergebende Verpflichtungen von den Partnern "jointly and severally" schadlos gehalten werden soll. Daraus lässt sich keine Haftungsbeschränkung ableiten, wie dies die Klägerin geltend macht (act. 106 S. 148), wenn sie behauptet, dass die Parteien bloss eine auf "assets" bezogene Haftungsbeschränkung vereinbart hätten. Vielmehr wird durch diese Bestimmung zum Ausdruck gebracht, wie die Partnership mit Personen, welche "assets" der Partnership halten, zu verfahren hat. Über die Behandlung anderer finanzieller Verpflichtungen, welche eine solidarische Haftung begründen können, sagt Section 5 des █████-Agreements indessen nichts aus.

"Section 6 CAPITAL" hält fest, dass beide Parteien je eine Einlage von 4 Mio. Pfund zu leisten haben. Die Bestimmung regelt somit die Bezahlung der Einlagen, das heisst die Äufnung des Gesellschaftskapitals, nicht aber die Frage einer allfälligen Haftung. Die Klägerin vermag daraus folglich nichts für ihren Standpunkt abzuleiten, zumal sie ihre Behauptung betreffend Haftungsbeschränkung auch keineswegs substantiiert, sondern bloss pauschal auf Section 6 verweist (act. 106 S. 148).

Section 15 beschäftigt sich mit der Zahlungsunfähigkeit eines Partners. Die Klägerin macht mit Bezug auf Section 15 des █████-Vertrages ("INSOLVENCY OF A PARTNER") geltend, diese Bestimmung belege, dass die Behauptung der Beklag-

ten, jeder Partner haften solidarisch und die ■■■ hätte nicht ohne Chaos und enorme, nachgerade unabsehbare rechtliche und finanzielle Folgen aufgelöst werden können, schlicht falsch sei (act. 106 S. 148).

Section 15 regelt das Verfahren bei Insolvenz eines ■■■-Partners. Auch hier geht es allerdings nicht um die Haftung, sondern um das Recht des solventen Partners, bei Insolvenz des anderen den ■■■-Vertrag aufzulösen (Absatz 2) und die Möglichkeit, den Anteil des insolventen Partners zu übernehmen (Absatz 4). Überdies wird in Section 15 des ■■■-Vertrages das Bewertungsverfahren für den vom solventen Partner zu übernehmenden Anteil des insolventen ■■■-Partners geregelt (Absätze 5 und 6). Insbesondere wird in Section 15 aber auch festgehalten, dass der insolvente Partner den solventen Partner für einen allenfalls negativ bewerteten Anteil zu entschädigen hat (Absätze 5 und 8). Abgesehen davon substantiiert die Klägerin auch betreffend Section 15 nicht, woraus sie genau die Wegbedingung der solidarischen Haftung ableitet. Eine Wegbedingung von Section 9 des Partnership Acts 1890, welcher im Aussenverhältnis die solidarische Haftung statuiert, lässt sich aus Section 15 des ■■■-Vertrages jedenfalls nicht ableiten. Im Innenverhältnis erfolgt der Ausgleich von Verlusten gemäss Partnership Act 1890 - mangels anderer Bestimmungen - unabhängig von der Kapitalbeteiligung: Jeder Partner ist folglich gleichermassen verpflichtet. Daran ändert auch Section 15 des ■■■-Vertrages nichts.

Die pauschalen Verweisungen der Klägerin auf Teile des ■■■-Vertrages sind demnach unbehelflich, um ihr Argument, dass sich daraus der Wille der ■■■-Parteien zu Haftungsbeschränkungen ergeben würde, zu belegen. Hätten die Parteien die solidarische Haftung wegbedingen wollen, hätten sie dies ausserdem ausdrücklich machen können, was sie aber unterlassen haben. Auch eine sinn-gemässe Aufhebung der solidarischen Haftung lässt sich aus dem ■■■-Vertrag nicht ableiten.

Die Klägerin behauptet weiter, dass im Fall der Bejahung einer solidarischen Haftung von der W bzw. der Klägerin Rückstellungen hätten gemacht werden müssen, welche indessen bereits Ende 2000 in den Büchern zu erfassen gewesen wären, zumal die Z schon längst vor Jahresende 2000 ihre Schulden gegenüber

der ■■■ nicht beglichen habe. Diese Verpflichtung sei aber nirgends bei der Klägerin erfasst, woraus folge, dass es besagte Solidarschuld nicht gegeben habe (act. 106 S. 149 f.). Eine Erfassung der Verbindlichkeiten der ■■■ in den Büchern der W (oder allenfalls der Y oder der X) wäre zwar ein Indiz für den Bestand einer Solidarschuld gewesen. Allein die Tatsache aber, dass die Solidarschuld bei der Klägerin oder bei der W nicht erfasst wurde, bedeutet jedoch umgekehrt nicht, dass seitens des Konzerns oder der Klägerin keine solidarische Haftung bestand.

Die Beklagten behaupten somit zu Recht, dass die Partner einer English Partnership nach englischem Recht grundsätzlich solidarisch für die Schulden der Gesellschaft haften und dass im ■■■ Vertrag diese solidarische Haftung der Partner nicht wegbedungen wurde.

4) Die Klägerin wendet weiter ein, die ■■■ sei gar keine Verbindlichkeiten eingegangen, für welche die W hätte haftbar gemacht werden können. Damit widerspricht sich die Klägerin, weil sie andernorts selbst geltend macht, die ■■■ habe für ihre eigenen Kosten der W und der Z Rechnung gestellt (R act. 106 S. 154), denn wer keine Verbindlichkeiten eingeht, hat keine Kosten, die er Dritten in Rechnung stellen könnte. Ausserdem wurde im Protokoll zur telefonischen Sitzung vom 11. Oktober 2001, wo die Auflösung der ■■■ besprochen wurde und auf welches Protokoll die Klägerin verweist, festgelegt, dass ■■■ eine Liste der Verbindlichkeiten der ■■■ gegenüber Arbeitnehmern, Lieferanten und Fluggesellschaften zu erstellen habe, ebenso wie eine Liste der Vermögenswerte der ■■■. Womit ebenfalls belegt ist, dass Verbindlichkeiten der ■■■ bestanden. Die Ausführungen der Klägerin, die Auflösung der ■■■ hätte überhaupt keine Kostenfolgen für die W gehabt, weil z.B. die "■■■-Angestellten" einfach durch die "■■■" hätten entlassen werden können (R act. 106 S. 91), sind somit nicht zutreffend. Nicht nachvollziehbar ist die Aussage der Klägerin im Zusammenhang mit den Verbindlichkeiten der ■■■, dass man "die Arbeitsverträge, des für das von Z und W formell übernommene Personal als hier irrelevant ausser Acht lassen" könne (R act. 106 S. 156). Offensichtlich geht auch die Klägerin davon aus, dass die ■■■ als Arbeitgeberin auftrat, zumal die Klägerin nicht ausführt, was unter "Arbeitsverträge für formell übernommenes Personal" sonst

verstanden werden könnte. Ein konkursbedingter Arbeitsplatzverlust für einen Teil der ■■■-Angestellten hätte somit eine solidarische Haftung der W zumindest für ausstehende Löhne, Lohnfortzahlungen während der Kündigungsfrist und allfällige weitere Ansprüche der "■■■■■■■■■■ ■■■-Angestellten" etc. ausgelöst.

Aus dem Umstand, dass die ■■■ im Oktober und somit nach Eröffnung des Konkurs- bzw. Nachlassverfahrens über beide Partner "kurz und schmerzlos" aufgelöst wurde, kann die Klägerin nichts zu ihren Gunsten ableiten. Bei einer Auflösung der ■■■ durch einen Konkurs der Z, während die W unter ihrem Mutterkonzern X weiter existiert hätte, wäre es wohl kaum zu der "einvernehmlichen Rücknahme der Arbeitnehmer", welche dann im Oktober 2001 unter veränderten Vorzeichen vereinbart wurde, gekommen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Arbeitnehmer in jedem Fall versucht hätten, ihre Ansprüche gegenüber der damals noch aufrecht stehenden W geltend zu machen.

Die Klägerin macht allerdings zu Recht geltend, dass die Beklagten sich zur mutmasslichen Höhe der möglichen Haftungsansprüche gegenüber der W (und damit zu Lasten des X Konzerns) nicht äussern. Die Beklagten machen zwar unter Verweis auf eine im Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom 31. Januar 2001 (act. 31/52) festgehaltene Schätzung der ■■■ ■■■ AG geltend, die unplanmässige Auflösung der ■■■ hätte Kosten von EUR 308 Mio. verursacht (D1 act. 120 S. 288; KA1 Rz. 263; D2 act. 123 S. 215; KA2 act. 73 S. 56/57; D3 act. 123 S. 184; KA3 act. 77 S. 142; D4 act. 129 S. 246; KA4 act. 81 S. 59; D7 act. 138 S. 186; KA 7 act. 88 S. 64; D8 act. 141 S. 149; D9 act. 114 S. 231; KA9 act. 94 Rz 159; D10 act. 147 S. 284; KA10 act. 97 S. 76). Dem Protokoll ist jedoch lediglich zu entnehmen, dass ■■■ ■■■ u.a. folgende Restrukturierungsrückstellungen ermittelt habe: „■■■■ 308 Mio. (Auflösung ■■■)“. Damit geht aus dem Protokoll keineswegs hervor, dass es sich dabei um die Kosten der unplanmässigen Auflösung gehandelt hätte. Weitere Ausführungen zu diesem Thema machen die Beklagten nicht. Es kann somit mit anderen Worten festgestellt werden, dass die ■■■ ■■■ AG, als Beraterin der X von Auflösungskosten von EUR 308 Mio. ausging. Ob diese Kosten jedoch nicht auch bei einer planmässigen Auflösung der ■■■ im Zuge des kontrollierten Ausstiegs der X aus

dem Z-Engagement angefallen wären, bleibt offen. Keine Angaben machen die Beklagten dazu, ob nach Liquidation der ■■■■■ überhaupt offene Forderungen übrig geblieben wären, da die ■■■■■ offenbar auch über Vermögenswerte verfügte (act. 108/74 S. 1 Ziff. 2). Auch zur Anzahl der zu entlassenden Arbeitnehmer und zu den mutmasslichen Kostenfolgen dieser Entlassungen finden sich keine Behauptungen.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass der Konkurs der Z die Auflösung der ■■■■■ zur Folge gehabt hätte und diese Auflösung grundsätzlich Haftungsfolgen für die W hätte auslösen können. Das mutmassliche Ausmass wurde jedoch von den Beklagten in keiner Weise substantiiert.

5) Beide Parteien machen jedoch übereinstimmend geltend, es habe betreffend ■■■■■ einen Ausstand der Z gegenüber der W von CHF 42.8 Mio. gegeben. Die Beklagten führen aus, die Klägerin hätte im Konkursfall diesen Betrag abschreiben müssen, während die Klägerin dafür hält, dass damit belegt sei, dass der Klägerin aus einem Konkurs der Z keine Mehrkosten erwachsen wären, da die Z ihren Anteil ja gar nie bezahlt habe (R act. 106 S. 163). Anerkannt ist somit, dass die Z ihren finanziellen Verpflichtungen gegenüber der ■■■■■ nicht (vollumfänglich) nachkam, wobei die Klägerin festhält, die W habe die Verpflichtungen der Z erfüllt (R act. 106 S. 155). Damit erwarb die W einen Rückforderungsanspruch gegenüber der Z. Mit einem Konkurs der Z wäre diese Forderung grösstenteils oder vollumfänglich uneinbringlich geworden. Hingegen bestand die Möglichkeit, dass die Forderung bei einer erfolgreichen Sanierung einbringlich geworden wäre, während sie im Konkursfall definitiv hätte abgeschrieben werden müssen. Auch im Falle eines geordneten Ausstieges wäre diese Forderung wohl nicht einfach "verfallen", sondern hätte bei der Berechnung einer "exit fee" miteinbezogen werden können.

6) Das Hauptaugenmerk legen die Beklagten in ihrer Argumentation jedoch auf die durch die Zusammenlegung der Geschäftsbereiche in der ■■■■■ geplanten Einsparungen. Die Klägerin bestätigt die beklagtische Aussage, dass es bei der ■■■■■ um die Ausschöpfung von Synergien gegangen sei und um einen (grossen) Schritt in Richtung Integration ("aber eben nicht mehr", so die Klägerin). Ebenfalls

als richtig bezeichnet die Klägerin die Ausführungen, dass durch die ■■■ mit Kosteneinsparungen von EUR 150 Mio. gerechnet worden sei. Solche Einsparungen hätten aber frühestens im Jahr 2002 erzielt werden können (R act. 106 S. 159).

Es liegt auf der Hand, dass der Synergieeffekt und damit auch die Einsparungsmöglichkeit bei einem Konkurs der Z - selbst wenn dieser wie die Klägerin behauptet nicht zur Auflösung der ■■■ geführt hätte - nicht mehr hätte erzielt werden können, lag dieser Synergieeffekt doch gerade darin, dass zwei Fluggesellschaften verschiedene Betriebsbereiche in einer Gesellschaft zusammengelegt und dadurch Kosten gespart hätten. Bei einer erfolgreichen Sanierung der Z (siehe dazu und zu den in diesem Zusammenhang berechtigten Erwartungen der Beklagten die Ausführungen oben unter Ziff. IV. 3. B. 2.3.3.d), wären somit der für die Sanierung notwendigen Rekapitalisierungszahlung von Seiten der Klägerin in der Höhe von EUR 150 Mio., ab 2002 (jährliche) Einsparungen im Konzern im Umfang von CHF 150 Mio. gegenüber gestanden. Die Weiterführung der ■■■, welche das Überleben der Z voraussetzte, lag somit zumindest im mittelfristigen Interesse der Klägerin.

bd) Fazit

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Teilnahme an der Rekapitalisierung aus verschiedenen Gründen im Interesse der X und ihren Konzerngesellschaften, insbesondere Y, W und ■■■ lag. Zwar bemerkt die Klägerin zu Recht, dass ein Konkurs „keine Naturkatastrophe“ sei. Das ändert aber nichts an der Tatsache, dass die Beklagten aufgrund der vielfältigen Verflechtungen der Z mit dem X Konzern mit gravierenden Folgen für die X rechnen mussten: Zum einen bestand die reale Gefahr, dass die ■■■ Aktionäre die X für Forderungen in existenzbedrohender (Milliarden-)Höhe ins Recht gefasst hätten, wäre die Z aufgrund der Weigerung der X, an der Rekapitalisierung teilzunehmen, Konkurs gegangen (dazu Ziff. IV. 3. B. 2.4.b). Weiter war damit zu rechnen, dass durch Flugausfälle, den Zusammenbruch der ■■■ und durch Reputationsverluste weitere Schäden (wobei insbesondere der Ausstand der Z gegenüber der W in der Höhe von rund CHF 43 Mio. nicht mehr einbringlich gewesen wäre) entstanden wä-

ren, welche direkt zu Lasten des Konzerns gegangen wären oder zumindest indirekt Haftungsfolgen für Konzerngesellschaften ausgelöst hätten. Zudem wären die Synergieeffekte (insbesondere die errechneten Einsparungen von CHF 150 Mio. jährlich durch die [REDACTED]) weggefallen.

#### 2.4.3. Überschuldung der X

Die Klägerin wurde mit Beschluss vom 9. Mai 2007 aufgefordert, hinsichtlich der von ihr behaupteten Überschuldung der X detailliert darzulegen, dass diese tatsächlich überschuldet war und auf welcher Grundlage davon auszugehen war/ist, und wenn ja, ob dies bereits am 31. Dezember 2000, oder erst am 20. Januar 2001 oder erst "Ende Februar und damit vor Auslösung der Zahlung" der Fall war (vgl. KB act. 2 S. 89 Ziff. 27.4., S. 48 Ziff. 21). Die Klägerin führte in der Folge in der Replik unter Verweis auf den parallelen "[REDACTED]"-Prozess aus, die Klägerin sei am 18. Dezember 2000 überschuldet gewesen. Die per 18. Dezember 2000 bestehende Überschuldung habe auch nach dem 18. Dezember, insbesondere am 22. bis 25. Januar 2001 bei Vertragsunterzeichnung, und am 26. Februar 2001 bei Zahlung bestanden, mehr sogar: Zu den beiden letztgenannten Zeitpunkten sei sie grösser als am 18. Dezember 2000 gewesen (R act. 106 S. 60 f.). In der Folge übernimmt die Klägerin ihre Ausführungen aus dem "[REDACTED]"-Prozess zum Stichtag 18. Dezember 2000. Massgebend für die Frage, ob die X überschuldet war oder nicht, ist der Zeitpunkt, in welchem die Beklagten ihre definitive Zustimmung zur Rekapitalisierung gaben und damit der 20. Januar 2001. Zwar haben die Beklagten bereits am 14. Dezember 2000 entschieden, dass sich die X "mit 50%, d.h. mit EUR 150 Mio. an der Kapitalerhöhung beteiligt", die entsprechenden Verträge waren aber noch nicht ausgehandelt, die Nebenbedingungen noch nicht bekannt. Insbesondere zum 20. Januar 2001 bleibt die Klägerin jegliche substanziierte Ausführungen, trotz entsprechender Aufforderung, schuldig. Dass sich die Vermögenslage der Klägerin im Verlaufe eines Monats nicht verändert hätte, ist schlicht undenkbar und dafür, dass die Veränderung eine ausschliesslich negative gewesen wäre, wie die Klägerin dies behauptet, bestehen keine substanziierten Behauptungen und auch keine Anhaltspunkte. Es fehlt da-

mit vorliegend bereits an den notwendigen Behauptungen der Klägerin zur Prüfung der Überschuldung der Klägerin im relevanten Zeitpunkt.

Dennoch ist was folgt festzuhalten: Die Beklagten verweisen verschiedentlich darauf, dass die Revisionsstelle mit Bezug auf die Jahresrechnung 2000 keine Überschuldung der X festgestellt habe.

Die unübertragbare Pflicht der Führung und der Oberleitung der Gesellschaft gemäss Art. 716a OR obliegt dem Verwaltungsrat. Die Revisionsstelle überprüft weder die Geschäftsführung und die dabei gefällten Strategieentscheide, noch die Angemessenheit und Zweckmässigkeit der Ziele und Methoden, sondern in erster Linie die Jahresrechnung. Dabei überprüft sie, ob die Regeln der Rechnungslegung und des Kapitalschutzes beachtet wurden. Der Prüfungsgegenstand ist begrenzt. Dies zeigt sich darin, dass die Revisionsstelle den verbalen Lagebericht, in dem der Verwaltungsrat unter Umständen auch die finanzielle Lage der Gesellschaft anspricht, nicht überprüft. Bei der Erfüllung dieser Prüfungsaufgaben ist die Revisionsstelle auf die Kooperation des Verwaltungsrates angewiesen. Den Verwaltungsrat treffen deshalb gesetzliche Pflichten im Hinblick auf die Zusammenarbeit mit der Revisionsstelle. Er hat die Jahresrechnung zu erstellen und darf dabei die Lage nicht besser darstellen, als sie tatsächlich ist. Auch muss der Verwaltungsrat der Revisionsstelle alle in Bezug auf den Prüfungsauftrag relevanten und erforderlichen Unterlagen aushändigen und ihr die entsprechenden Informationen erteilen. Dies bedeutet umgekehrt für die Revisionsstelle, dass es ihr obliegt, die notwendigen Auskünfte beim Verwaltungsrat einzuholen, um ihre Prüfungs- und Berichterstattungspflicht erfüllen zu können. Die Durchsetzung dieser Auskunftspflicht wird in der Praxis oft durch die sogenannte Vollständigkeitserklärung des Verwaltungsrates gewährleistet. Über die Prüfung verfasst die Revisionsstelle nach Art. 729 Abs. 1 OR einen Revisionsbericht an die Generalversammlung, worin sie über das Ergebnis ihrer Prüfung orientiert und die Jahresrechnung zur Genehmigung oder Ablehnung empfiehlt (Linder / von der Crone, S. 498 f.).

Gemäss Art. 725 OR ist für die Frage der Überschuldung bzw. des Kapitalverlustes die "letzte Jahresbilanz" massgebend. Der Hinweis auf die letzte Jahresbilanz ist insofern ungenau, als in Wirklichkeit der Aktivenüberschuss gemäss den dem

Verwaltungsrat intern zugänglichen Jahreszahlen gemeint ist (Böckli, § 13 N 718). Massgeblich ist die Bilanz zu Fortführungswerten (Böckli, § 13 N 719).

Aus den testierten Jahresabschlüssen 2000 sowohl der X als auch der Y geht nicht hervor, dass eine der Gesellschaften damals überschuldet gewesen wäre. Es können den Jahresberichten auch keine Hinweise auf eine damals bestehende Überschuldungsgefahr entnommen werden (vgl. act. 85/1 [Y] und 85/4 [X]). Hätte eine solche Gefahr bestanden, so wäre es auch Aufgabe der Revisionsstelle [REDACTED] gewesen, dies festzuhalten. Die [REDACTED] machte jedoch keine Hinweise auf eine Überschuldungsgefahr oder gar Überschuldung und sah auch keine Veranlassung, nicht ausschliesslich zu Fortführungswerten zu bilanzieren. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass die Beklagten Mitte 2001, nach Abschluss der Jahresrechnung 2000, die Eröffnungsbilanz 2001 und damit letztlich die Abschlussbilanz 2000 der X durch die [REDACTED] überprüfen liessen. Dies geschah im Rahmen einer Rechnungslegung für die sechs Monate bis 30. Juni 2001 (vgl. act. 82/26). Dabei wurde die Jahresrechnung 2000 der [REDACTED] von der [REDACTED] nicht ausdrücklich als richtig bestätigt oder als falsch beurteilt. Die [REDACTED] nahm eine Neubeurteilung betreffend Eigenkapital vor. Die Gründe dafür wurden in diesem Bericht ausführlich dargelegt (act. 82/26 S. 7 und 35) und lagen zumindest teilweise darin, dass die [REDACTED] andere - neuere - IAS-Normen anwandte als die [REDACTED]. Dies hatte zur Folge, dass die [REDACTED] das Eigenkapital der X per Ende 2000 nicht wie die [REDACTED] mit CHF 1'160 Mio., sondern mit lediglich CHF 716 bzw. CHF 655 Mio. per 1. Januar 2001 bezifferte. Per Ende Juni 2001 betrug es dann nur noch CHF 555 Mio. (act. 82/26 S. 4). Der Umstand, dass auch diese Zwischenbilanz nach Fortführungswerten erstellt wurde (act. 82/26 S. 6: "The consolidated financial statements are prepared on a going concern basis ..."), zeigt, dass die Revisionsfirma nicht von einer Überschuldung der X ausging. Auf jeden Fall durften sich die Beklagten auf die durch ihre Revisionsgesellschaften - [REDACTED] und [REDACTED] - überprüfte Bilanz verlassen, zumal ihnen nicht vorgeworfen wird, sie hätten der Revisionsstelle nicht die korrekten Daten vorgelegt.

Richtig ist, dass die Beklagten den Jahresabschluss und das Testat der Revisionsstelle per 31. Dezember 2000 noch nicht kannten. Der Jahresabschluss wurde - was üblich und nicht zu beanstanden ist - erst im März 2001 per 31. Dezember 2000 erstellt. Nun stellt sich die Frage, ob die Beklagten anders als die Revisionsstelle der X Anlass gehabt hätten, von einer Überschuldung der X im Dezember 2000 bzw. Januar 2001 auszugehen. Die Klägerin wirft den Beklagten weder vor, sie seien ihren Pflichten gegenüber der Revisionsstelle betreffend Einsicht und Auskunft nicht nachgekommen, noch dass sie der Revisionsstelle geschönte Bücher vorgelegt hätten, noch dass die Revisionsstelle im Einverständnis mit den Beklagten falsche Angaben gemacht habe oder nicht genügend zur Ausübung ihres Amtes befähigt gewesen sei. Die von der Klägerin im Zusammenhang mit der Frage der Überschuldung in den Vordergrund gerückte Frage der Allokation und Verbuchung der Rückstellung wurde von [REDACTED] [REDACTED] von der [REDACTED] [REDACTED] eingehend thematisiert - wie dem Schreiben von [REDACTED] [REDACTED] an die Finanzdelegation der X vom 16. März 2001 zu entnehmen ist - was zeigt, dass sich die Revisionsstelle mit der Frage der Rückstellungen vertieft befasst hatte und auch gerade in diesem Punkt Korrekturen forderte, um die Jahresrechnung abnehmen zu können (act. 108/68 S. 3). Es ist somit nicht ersichtlich, aufgrund welcher Umstände die Beklagten im Januar 2001 in der Überschuldungsfrage zu einem anderen Schluss hätten kommen müssen, als die Revisionsstelle nach Prüfung der gesamten Rechnungslegung zwei Monate später tatsächlich kam. Dass die Revisionsstelle ihre Aufgabe nicht pflichtgemäss erfüllt hätte, wird nicht behauptet.

#### 2.4.4. Krise der X?

Wie oben erwähnt unter Ziffer IV. 3. A. 2.3.1., ist im Falle der Überschuldung der Mutter eine Sanierungszahlung an die Tochter unzulässig. Befindet sich die Mutter in Schieflage, ist aber nicht überschuldet, so besteht ein erweiterter Ermessensspielraum.

Die Klägerin wirft den Beklagten weiter vor, die X habe sich ihrerseits ab Mitte 2000 in einer Krise befunden. Die Beklagten hätten jedoch, anstatt die Sanierung der X gezielt anzugehen, nichts getan und weiter planlos Geld ausgegeben. Auch

unter diesem Gesichtspunkt sei die Z-Zahlung pflichtwidrig gewesen. Seit Oktober 2000 hätten die Beklagten gewusst, dass es innerhalb des Konzerns eine Vielzahl von verlustbringenden Beteiligungen gegeben habe. Sie hätten auch gewusst, dass die Cash-Bedürfnisse bis Mitte 2001 nicht mehr aus eigener Kraft zu decken gewesen seien und dass ein Loch von CHF 2 Milliarden entstehen würde (R act. 106 S. 8). Die Beklagten hätten unterlassen zu tun, was sie hätten tun müssen. Sie hätten weder eine provisorische Bilanz noch eine provisorische Jahresrechnung der X erstellt bzw. erstellen lassen, noch sich eine Rechnung der Y vorlegen lassen. Wer bei drohender Überschuldung den Ist-Zustand nicht durch Erstellen einer Zwischenbilanz ermittelte, mache sich verantwortlich. Hätten die Beklagten alle Passiven, die auf der Y und der X per Jahresende lasteten, alle effektiven und naheliegenden Fälligkeiten richtig erfasst und verbucht, hätten sie zumindest den bedrohlich werdenden Liquiditätsengpass als unabweisliche Folge des wachsenden Mittelabflusses ("cash drain") feststellen müssen (R act. 106 S. 9 f.). Die Klägerin macht mit anderen Worten geltend, die X selbst habe sich zum Zeitpunkt der Verpflichtung zur Zahlung in einer Krise befunden und die Beklagten hätten nicht die richtigen Schritte zur Krisenbewältigung eingeleitet. Für die X und den ganzen W-Konzern habe kein Sanierungsplan bestanden, obwohl im Dezember 2000 die Notwendigkeit dazu dringlich und den Beklagten bekannt gewesen sei. Die vertragliche Festschreibung des Ausbaus der Beteiligung an der konkursgefährdeten Z und das Eingehen einer Verpflichtung zu deren Rekapitalisierung im Januar 2001 habe im krassen Widerspruch zu einer dringlich notwendigen Sanierung der X gestanden (R act. 106 S. 242).

Die Beklagten bestreiten, dass sich die Klägerin vor September 2001 in einer Krise befunden haben soll (D1 act. 120 Rz 525, 526, 1112, 1242; D2 act. 123 S. 257, 282, 330; D4 act. 129 Rz 580, 593, 1263, 1392; D7 act. 138 Rz 405, 406, 964, 1201; D8 act. 141 Rz 343, 349, 713, 989; D9 act. 144 Rz 588, 589, 1256; D10 act. 147 Rz 508, 521, 522, 1267). Unbestritten ist jedoch was folgt: Anlässlich der Sitzung der Finanzkommission vom 13. Juni 2000 hatte die Kommission Bedenken geäußert, ob die gegenwärtige Strategie der X, welche sich bis anhin bewährt habe, noch finanzierbar sei. Im Zusammenhang mit den Massnahmen zur Verbesserung der Bilanzstruktur und Rückgewinnung müsse daher auch die

Strategie diskutiert werden (act. 3/20 S. 4 Mitte). Im Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom 5. Juli 2000 wurde unter dem Traktandum "Bericht zur Sitzung der Finanzkommission vom 13. Juni 2000" festgehalten, dass "zur Wiederherstellung des finanziellen Verhandlungsspielraums einschneidende Massnahmen getroffen werden" müssten. Deutlich äusserte sich der Beklagte 7, [REDACTED] [REDACTED], welcher sagte, er erachte die finanzielle Lage als sehr ernst und erklärte, diese müsse innerhalb der nächsten sechs bis zwölf Monate stabilisiert werden (act. 3/21 S. 3).

Den Beklagten war somit spätestens im Juni bzw. Juli 2000 bekannt, dass das Unternehmen schwierigen Zeiten entgegensteuerte und dass einschneidende Massnahmen ergriffen werden mussten, auch wenn sie dies heute nicht als "Krise" bezeichnen möchten. Sie erteilten in der Folge der Konzernleitung u.a. den Auftrag detailliert darzulegen, weshalb an der eingeschlagenen Strategie festgehalten werden solle, deren Finanzierbarkeit abzuklären und Devestitionen vorzuschlagen (act. 3/21 S. 6 unten). An der Verwaltungsratssitzung vom 17. August 2000 erstattete die Konzernleitung Bericht. CEO [REDACTED] [REDACTED] plädierte für die Beibehaltung der [REDACTED]- und [REDACTED], CFO [REDACTED] [REDACTED] informierte über die finanziellen Folgen des Erwerbs der Airline-Beteiligungen, die Darlehens- und Garantieverpflichtungen sowie die weiteren finanziellen Zugeständnisse, welche gegenüber den Airline-Partnern gemacht wurden. Er machte weiter darauf aufmerksam, dass der Cash Bedarf auch zukünftig nicht aus selbsterarbeitetem Free Cash Flow gedeckt werden könne und der ROIC, also die Rendite auf dem investierten Kapital, in den nächsten Jahren die Zielsetzung von 12 % nicht erreichen werde. Weiter sei ein Aktionsplan zur Deckung des Finanzierungsbedarfes erstellt worden, welcher aus "business driven measures" bestand (Reduktion des Net Working Capital, Verzicht auf geplante Investitionen bzw. Reduktion der Capital Expenditures). Ausserdem würden nicht-strategische Assets wie z.B. die Beteiligungen an [REDACTED], [REDACTED] [REDACTED], [REDACTED] und [REDACTED] devestiert werden, die Devestition von [REDACTED] und [REDACTED] analysiert und ein Securitisation-Programm erarbeitet, welches einen Teil der Assets aus der Bilanz nehmen solle. Vorbereitet werde die Beschaffung von "Preferred Capital" (gemeint ist offensichtlich "preferred share capital": Vorzugsaktien) in der Höhe von

CHF 300 Millionen. Diese Massnahmen sollten sicherstellen, dass die Bilanz um CHF 2 bis 3 Milliarden entlastet werden könne.

Gestützt auf die Ausführungen des CEO und des CFO fassten die Beklagten an derselben Sitzung den Beschluss, die ██████- und ██████ "im Wissen um die Kapital- und Managementintensität" fortzusetzen. Vorausgesetzt werde eine konsequente Devestitions- und Investitionspolitik. Die Massnahmen zur Sicherstellung der Finanzierung seien nochmals zu diskutieren. Ausserdem wurde explizit festgehalten, dass die Eigenkapitalbasis ungenügend sei und es deshalb eine konsequente Devestition nicht strategisch relevanter Assets brauche (act. 3/24).

An der Verwaltungsratssitzung vom 21. September 2000 informierte ██████ ██████ den Verwaltungsrat, dass ein Teil der Massnahmen zur Entlastung der Bilanz bereits vollzogen seien, insbesondere diejenigen betreffend Working Capital. Die Devestitionen der ██████- und ██████ seien pendent. Der Verkaufsprozess bezüglich ██████ sei ebenso eingeleitet, wie die Beschaffung von Preferred Share Capital. Allerdings verweist ██████ ██████ auch auf die bedrohliche Kursentwicklung der X-Titel, was das mangelnde "Verständnis bzw. Vertrauen der Analysten in die Strategie" reflektiere (act. 3/27 S. 5 f.).

Mit Schreiben vom 14. November 2000 wandte sich VR-Präsident ██████ an die übrigen VR-Mitglieder und hielt im Hinblick auf die nächste Verwaltungsratssitzung fest, dass Anlass bestehe, die Strategie zu hinterfragen. Sorgen bereiteten ihm insbesondere die Entwicklung der drei ██████ Beteiligungen und die Z. Aber auch das Engagement in die ██████ und die Sanierung der ██████ bürden nicht zu unterschätzende Risiken in sich. Vor diesem Hintergrund stelle sich ernsthaft die Frage, ob die sogenannte ██████ noch zielführend sei. Zwar sei die Idee nach wie vor überzeugend, ihre Umsetzung stosse aber offensichtlich an gewisse Grenzen. Diese seien gegeben durch die knappe finanzielle Kapazität und die ebenso knappen Management-Ressourcen der Gruppe (act. 3/28). Im Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom 22. November 2000 wurde u.a. festgehalten, dass sich die angespannte Ausgangslage seit der letzten Beurteilung durch die Finanzkommission nicht verändert habe, aber "unter der Voraussetzung, dass die von ██████ ██████ präsentierten Massnahmen konsequent

umgesetzt werden, können die Jahre 2000 und 2001 bilanztechnisch gestaltet und die Verluste verkraftet werden". Vorgesehen seien operative Massnahmen, wie äusserst selektive und zurückhaltende Investitionen, Devestition von nicht strategisch relevanten Assets und cash-relevante Massnahmen, wie Securisation von Flugzeugen, Sale/Lease back von Simulatoren und sonstigen Assets und schliesslich die Ausgabe von Preferred Share Capital, wobei das Gelingen dieser Ausgabe massgeblich von der Marktbeurteilung und damit davon, ob bei den Medien wieder Ruhe einkehre, abhängt (act. 3/30 S. 4). Anlässlich derselben Sitzung präsentierte der CFO die Massnahmen gemäss Projekt Shield, worauf der Beklagte ■■■ erklärte, die Massnahmen genügten seines Erachtens nicht, um die Bilanz zu stabilisieren. Er befürchte, der "Financial Flame Out" könnte schneller eintreten als erwartet und forderte: "Stop the bleeding" (act. 3/30).

Wenn die Beklagten heute bestreiten, dass sich die X ab Mitte 2000 in einer Krise befunden habe (D1 act. 120 Rz 525, 526, 1112, 1242; D2 act. 123 S. 257, 282, 330; D4 act. 129 Rz 580, 593, 1263, 1392; D7 act. 138 Rz 405, 406, 964, 1201; D8 act. 141 Rz 343, 349, 713, 989; D9 act. 144 Rz 588, 589, 1256; D10 act. 508, 521, 522, 1267), so scheint es sich dabei in erster Linie um eine Frage ihrer Definition des Wortes "Krise" zu handeln (laut Duden handelt es sich um die "Zeit, die den Höhe- und Wendepunkt einer gefährlichen Entwicklung darstellt"). Von den Beklagten klar bestritten ist, dass sich die X (oder die Y) im vorliegend relevanten Zeitraum im Zustand der Überschuldung befunden habe (siehe dazu oben Ziff. IV. 3. B. 2.4.3.). Dass sich das Unternehmen jedoch spätestens ab Mitte 2000 in einer finanziell kritischen Situation befand, welche Anlass gab, die Strategie zu überdenken und einschneidende Massnahmen erforderte, um insbesondere die Liquidität des Konzerns aufrecht zu erhalten, bestreiten selbst die Beklagten nicht ernsthaft. Ob diese Situation nun bereits als "Krise" zu definieren ist oder erst als "Gefahr einer Krise", kann letztlich offen bleiben.

#### 2.4.5. Verhalten des Verwaltungsrates in der "Krise"

Aus dem Katalog der unübertragbaren Organverpflichtungen ergibt sich die grundsätzliche Pflicht, die Gesellschaft fortzuführen. Da eine Krise den Fortbestand der Gesellschaft in Frage stellt, gehört auch die Krisenbewältigung zu den

unentziehbaren Pflichten des Verwaltungsrates. Zu klären ist nun, ob die Beklagten sich in der geschilderten Situation pflichtgemäss verhalten haben.

Besteht die Gefahr, dass eine Gesellschaft in eine finanziell kritische Situation gerät oder befindet sich die Gesellschaft bereits in einer solchen, so besteht die erste Pflicht des Verwaltungsrates darin, eine Analyse des Ist-Zustandes vorzunehmen bzw. vornehmen zu lassen. Eine solche Analyse ist Voraussetzung für den verwaltungsrätlichen Entscheid, ob eine Sanierung notwendig und möglich ist und wenn ja, welche konkreten Massnahmen einzuleiten sind. Im Sanierungsfall ist die Analyse des Ist-Zustandes somit Voraussetzung für das gesetzeskonforme Handeln. Nun stellt sich die Frage, wann der Verwaltungsrat spätestens den Ist-Zustand erkennen und gestützt darauf handeln muss, um einer Verantwortung zu entgehen. Zur zeitlichen Komponente der Führungspflicht gibt es in Literatur und Rechtssprechung kaum konkrete Hinweise; die meisten Autoren beschränken sich auf die Bezeichnung von Grundsätzen: Das richtige Verhalten liegt zwischen dem monate-, allenfalls jahrelangen Abwarten (was unzulässig ist) auf der einen und dem überstürzten, unüberlegten Verhalten auf der anderen Seite. Dabei kann sicher gesagt werden, dass in komplizierten Verhältnissen länger mit einem Entscheid gewartet werden darf, weil es in diesen Verhältnissen auch länger dauert, bis die Entscheidungsgrundlagen erarbeitet sind (Handschin, ZBJV S. 435 f. mit weiteren Verweisen).

Die Beklagten bzw. das Management der X liessen im Sommer bzw. Herbst 2000 zwei Berichte zum Zustand der X erstellen und zwar durch die Beratungsfirmen [REDACTED] und [REDACTED]. [REDACTED] ("Project Shield") war dabei beauftragt, das Management der X in der Beurteilung der aktuellen finanziellen Situation der X zu unterstützen und mitzuhelfen, eine umfassende finanzielle Perspektive für die X und ihre Airline Beteiligungen zu entwickeln. Ausserdem sollte [REDACTED] das gesamte und effektive finanzielle Engagement der X beurteilen und Empfehlungen betreffend finanzieller und strategischer Planung entwickeln (act. 3/90 S. 1). Die [REDACTED] AG ("Project Chess") wurde von der X beauftragt, mit Bezug auf die gegenwärtige Negativ-Entwicklung der Airlines strategische Alternativen für die X zu evaluieren (act. 78/107). [REDACTED] erstattete ihren Bericht am

16. August ("Status Report") bzw. am 10. Oktober 2000, die [REDACTED] [REDACTED] AG am 22. November und am 14. Dezember 2000. Die Klägerin behauptet, [REDACTED] habe in ihrem Shield-Bericht vom 10. Oktober 2000 klar darauf hingewiesen, "dass eine Überschuldung für das Geschäftsjahr 2000 nur durch operationelle Verbesserungen, Verkauf von Beteiligungen, Securisation-Geschäfte und Ausgabe von Vorzugsaktien verhindert werden könne" (R act. 106 S. 105). Die Klägerin legt jedoch nicht dar, aufgrund welcher Äusserungen im Bericht "Shield" sie zu diesem Schluss kommt. Richtig ist, dass [REDACTED] darauf hinwies, dass die Airline Investments in den letzten Jahren zu einer schwierigen finanziellen Situation geführt hätten und in den Jahren 2000 bis 2003 negative Cashflows ("negative free cash flow") zu erwarten seien, weshalb sofort Massnahmen, inklusive "portfolio actions", ergriffen werden müssten. Der Finanzbedarf für 2000 werde voraussichtlich CHF 2 Mia. erreichen, eine weitere Milliarde werde für 2001 benötigt (act. 3/90 S. 1). Dass "negative free cashflow" nicht mit "Verlust" gleich zu setzen ist, wie die Klägerin dies tut (R act. 106 S. 262), bedarf keiner weiteren Ausführungen. Entgegen den Behauptungen der Klägerin hat [REDACTED] als Schlussfolgerung festgehalten: "In summary, the X needs to tightly manage and closely monitor its financial development in 2000 and in the coming years" (act. 3/90 S. 2; "Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die X ihre finanzielle Entwicklung im Jahre 2000 und in den kommenden Jahren straff führen und genau überwachen muss"). Daraus lässt sich zwar ableiten, dass die X Massnahmen ergreifen musste, um den Finanzbedarf zu decken, nicht aber, dass die unmittelbare Gefahr der Überschuldung bestand.

Die Beratungsgesellschaft [REDACTED] [REDACTED] hat ihrerseits in der Präsentation des "Project Chess" vom 22. November 2000 festgehalten, dass die Veränderungen des Marktes den Ruf nach einer Neubewertung der Strategie laut werden liessen. Die [REDACTED] [REDACTED] AG ging weiter davon aus, die X werde das Jahr 2000 mit einem Gewinn abschliessen, wenn auch mit einem kleinen. Die Gruppe brauche mehr Liquidität, als sie selbst erwirtschaftete. Massnahmen, um zusätzlichen "Cash" zu generieren, seien bereits festgelegt und eingeleitet. Diese Aussage der [REDACTED] [REDACTED] AG erfolgte unter Verweis auf das Projekt "Shield" von [REDACTED]. Die Verschuldung habe sich erhöht und werde sich ohne die oben genannten

Massnahmen weiter erhöhen. Der Eigenfinanzierungsgrad ("equity ratio" = Anteil des Eigenkapitals am Gesamtkapital) liege aber noch auf einem akzeptablen Niveau ("acceptable" heisst auch "zulässig" oder "einwandfrei") (act. 78/107 11. Seite). Im Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom 22. November 2000, an welcher die ██████████ ██████████ AG ihren Bericht präsentierte, ist vermerkt, die ██████████ ██████████ AG sei zum Schluss gekommen, dass die "Eigenkapitaldeckung der ██████████-██████████ im Industriemittel liegt" und somit "genügend Zeit für eine eingehende Analyse der Strategie und strategischer Optionen" bleibe. Im Bericht selbst wird weiter festgehalten, "X needs to reassess its strategy, but there is no need for immediate crisis-decisions", aber auch "measures have to be initiated anyway" ("Massnahmen müssen auf jeden Fall eingeleitet werden") (act. 3/30). Die Klägerin erklärt, dieser Befund vermöge die Beklagten keineswegs zu entlasten. ██████████ ██████████ habe Strategieoptionen, nicht Finanzzahlen geprüft. Dass er (recte: „sie“, nämlich die ██████████ ██████████ AG) trotzdem, als aussen stehender Experte eine Krisensituation festgestellt habe, bedeute vorab, dass er die Situation als derart alarmierend betrachtet habe, dass er nicht bloss die Frage nach Krisenentscheiden aufgeworfen habe, sondern nach "sofortigen" Krisenentscheiden (R act. 106 S. 262, Hervorhebung im Original). Dies bedeute "nichts anderes, als dass Krisenentscheide und Massnahmen notwendig waren, nur nicht "sofortige" (R act. 106 S. 106). Die Beklagten halten dagegen, aus dieser Aussage könne nichts Derartiges herausgelesen werden, auch nicht ansatzweise. Die Aussage, es seien Massnahmen einzuleiten, sei derart lapidar, dass sie schlicht auf jedes Unternehmen zutrefe (D1 act. 120 S. 343; D4 act. 129 S. 295). Richtig ist, dass die ██████████ ██████████ AG - welche angesichts ihres umfassenden Beratungsmandates, welches ihr Zugang zu den Entscheidungsträgern und den massgeblichen Dokumenten verschaffte, nicht als "ausenstehende Dritte" bezeichnet werden kann - tatsächlich strategische Optionen prüfte. Diese "strategischen Optionen" konnten jedoch nicht losgelöst von der konkreten finanziellen Situation erarbeitet werden und wurden es auch nicht, denn die ██████████ ██████████ AG stützte sich ausdrücklich auf die von ██████████ ██████████ mit dem Projekt „Shield“ (act. 78/105) erarbeitete Finanzanalyse (act. 78/107 S. 4: „The statements are based on ..., the results of the project „Shield“, ...“). Der Einwand der Klägerin, es handle sich "nur" um eine Strategie-

analyse, ist daher unbehelflich. Im Übrigen sind die von der [REDACTED] [REDACTED] AG gezogenen Schlussfolgerungen in ihrer Gesamtheit zu betrachten. Es ist daher müßig darüber zu spekulieren, ob bei der Bemerkung "no need for immediate crisis-decisions" die Betonung auf dem Wort "immediate" gelegen habe oder auf den "Krisenentscheiden". Auch die Interpretation der Beklagten, Krisenentscheide seien überhaupt nicht zur Diskussion gestanden, geht letztlich fehl (oder ist wiederum eine Frage der Interpretation des Begriffes "Krise"). Betrachtet man nur schon den vollständigen Satz "X needs to reassess its strategy, but there is no need for immediate crisis-decisions", so erhellt, dass [REDACTED] [REDACTED] feststellte, dass die X durchaus Handlungsbedarf hatte, nämlich dass die Strategie überdacht werden musste und dass Massnahmen ergriffen werden mussten, nicht aber überstürzt.

Dass die X überschuldet war oder eine Unterkapitalisierung aufwies, ist dem Bericht nicht zu entnehmen, im Gegenteil: Der Bericht spricht von einem akzeptablen Eigenfinanzierungsgrad und damit einem grundsätzlich genügenden Eigenkapital. Überschuldung bedeutet, dass das Fremdkapital die Aktiven übersteigt, was wiederum heisst, dass kein Eigenkapital mehr vorhanden ist. Im Übrigen mussten die Beklagten nicht davon auszugehen, dass renommierte Unternehmensberatungsfirmen wie [REDACTED] oder die [REDACTED] [REDACTED] AG bei Vorliegen einer Überschuldung dies nicht explizit ausgesprochen hätten und nicht auf die gesetzeskonforme Verhaltensweise (Anrufung des Richters bzw. sofortige Ausarbeitung eines umfassenden Sanierungskonzeptes) gedrängt hätten.

Die fachliche Qualifikation der beauftragten Unternehmensberater wurde von der Klägerin nicht in Zweifel gezogen. Die Beklagten durften gestützt auf die Expertenberichte davon ausgehen, dass zwar Massnahmen zwecks Aufrechterhaltung der Liquidität kurzfristig nötig waren (z.B. "portfolio actions"), dass einschneidende Massnahmen (wie z.B. die Abkehr von der bisherigen Strategie), aber nicht überstürzt zu beschliessen waren, sondern dass genügend Zeit zur Erarbeitung einer neuen Strategie bleiben würde. Die Beklagten haben denn auch an der Sitzung vom 14. Dezember 2000, nachdem ihnen der Bericht "Chess" vorgestellt worden

war, unbestrittenermassen die folgenden Entscheide getroffen (act. 3/33 S. 9 f.), jeweils auf Antrag der Geschäftsleitung (act. 3/33 S. 8 f.):

- „1. Verkauf der Beteiligungen an [REDACTED] und an [REDACTED]. Zum Stand der Gespräche mit [REDACTED] soll Ende März 2001 Bericht erstattet werden.
2. Bei [REDACTED] soll infolge der Überkapazität ein B767 aus dem Markt genommen werden. Die Kapazität geht entweder an [REDACTED], vorausgesetzt [REDACTED] verzichtet auf den Einstieg ins Langstreckengeschäft, oder wird bei der W integriert. Das soll sich im Budget 2001 positiv auswirken. Das operative Ergebnis von [REDACTED] muss dringend verbessert werden und die getroffenen Massnahmen müssen konsequent umgesetzt werden. Die Beteiligung soll verkauft werden, sobald die vertraglichen Verpflichtungen gegenüber den anderen Aktionären erfüllt worden sind.
3. Sorgfältige Analyse der Ausstiegsoptionen bei den [REDACTED] Beteiligungen. Gespräch mit den [REDACTED] Partnern. Die Möglichkeit der Gewährung einer staatlichen Beihilfe soll geprüft werden. Die Gespräche mit Air [REDACTED] und [REDACTED] zur Prüfung einer Zusammenarbeit sollen fortgesetzt werden.
4. Bei [REDACTED] wird der mit [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] verhandelte Vergleich genehmigt. [REDACTED] könne in einem [REDACTED]-[REDACTED] den [REDACTED] Hub feeden. Ansonsten sollte [REDACTED] später wieder ohne wesentlichen Einschlag verkauft werden.
5. Die rechtlichen Möglichkeiten des Verzichts auf die Beteiligung [REDACTED] infolge grundlegend veränderter Verhältnisse (unerwartet hoher Verluste) muss geprüft werden; mit sorgfältiger Kostenanalyse der Rückabwicklung der bereits durchgeführten Integration.
6. Aufnahme von Gesprächen mit [REDACTED] [REDACTED] Gespräche zur Abklärung eines [REDACTED] Beitritts, um zu prüfen, ob die gesamte [REDACTED] [REDACTED] oder nur einzelne Gesellschaften aufgenommen würden.
7. Die Verhandlungen mit [REDACTED] werden beendet. Grundsätzlich werden keine neuen Beteiligungen erworben, welche einen Cash-Out zur Folge haben. Bei [REDACTED] und [REDACTED] müsste ein Einstieg mit einem Partner erfolgen.

8. Die Einführung eines einheitlichen Airline-Brands (basierend auf dem W-Brand) wird geprüft.“

Im Zusammenhang mit dem Beschluss unter Ziffer 6 diskutierten die Verwaltungsräte die Auswirkungen eines Zusammengehens mit [REDACTED] auf den [REDACTED] und auf die "Airline-related" Geschäfte sowie die Frage, ob das Synergiepotential eine umfassende Neuausrichtung des Airline-Geschäfts rechtfertige. Sie befürworteten laut Protokoll grundsätzlich eine sofortige Kontaktaufnahme mit [REDACTED] zur Abklärung, ob Verhandlungsbereitschaft bestehe. [REDACTED] unterstrich, dass der [REDACTED] heute die Funktion der vierten Kraft in Europa zukomme. Nach dem Einbringen in die [REDACTED] würde sie zerschlagen. Der Cash Drain müsse gestoppt werden. Da mit [REDACTED] bereits erste Vorgespräche stattgefunden hatten, beantragte [REDACTED] im Sinne einer Priorisierung, diese erst im Februar fortzusetzen. Die Gespräche müssten mit jedem der fünf Partner individuell geführt werden und absorbierten enorme Kapazitäten. Zusammenfassend kam der Verwaltungsrat zum Schluss, dass der X die Mittel zum Aufbau der vierten Kraft fehlten. Die Strategie müsse daher angepasst werden. Die Anpassung sei zeitkritisch. Der Verwaltungsrat verlangte ausserdem von der Konzernleitung ein klares Bekenntnis zur Unterstützung des [REDACTED] Beitritts. Priorität habe der operative Turnaround der X. Zudem müsse für 2001 finanziell ein Worst Case Scenario vorbereitet werden. Den Verwaltungsräten der [REDACTED] Partner müsse klar kommuniziert werden, dass der X Verwaltungsrat die anfallenden Verluste nicht mehr mittragen werde. Das gelte insbesondere für [REDACTED] und [REDACTED]. Parallel, aber mit "zweiter Priorität" sollten die Vorgespräche mit [REDACTED] fortgesetzt werden. Ende Januar solle [REDACTED] einen Zwischenbericht vorlegen (act. 3/33 S. 10). An derselben Sitzung stimmten die Beklagten auch einer "Beteiligung der X mit 50%, d.h. mit Euro 150 Mio. an der Kapitalerhöhung" der Z zu, vorausgesetzt die "Nebenbedingungen" würden ebenfalls erfüllt (act. 3/33 S. 10).

Die Beklagten haben damit anlässlich der Sitzung vom 14. Dezember 2000 erste Entscheide im Hinblick auf einen Strategiewechsel getroffen (nämlich Aufnahme von Gesprächen mit den Partnern bei den [REDACTED] Beteiligungen, Beziffe-

rung der mutmasslichen Ausstiegskosten und Stopp von Neuinvestitionen einerseits sowie die Prüfung der Einbringung der [REDACTED] in die [REDACTED] [REDACTED] andererseits). Dass an der genannten Sitzung bereits ein Entscheid betreffend Strategiewechsel gefallen wäre, bestreiten sämtliche Beklagten ausdrücklich (D1 act. 120 Rz 1429; D2 act. 123 S. 330; D4 act. 129 S. 350; D7 act. 138 Rz 1063; D8 act. 141 Rz 797; D9 act. 144 Rz 1370; D10 act. 147 Rz 1247). Soweit das Abstossen von Beteiligungen jedoch zur Diskussion stand, betraf dies offensichtlich nicht die Z. Die erste einschneidende Massnahme im Zusammenhang mit dem Strategiewechsel erfolgte am 20. Januar 2001 mit der Entlassung des CEO [REDACTED] [REDACTED] (act. 3/34), welcher die Abkehr von der [REDACTED] offenbar nicht mittragen wollte (act. 3/24).

Die Klägerin wirft den Beklagten vor, sie hätten, als der Kapitalbedarf der Z manifest wurde, ab Ende November sofort Ausstiegsverhandlungen aufnehmen müssen, anstatt über die Rekapitalisierung zu verhandeln. Die Beklagten hätten stattdessen zuerst einen Vertrag unterzeichnet der zu einem irreversiblen Cash-out von EUR 150 Mio. geführt habe (z.B. R act. 106 S. 11, S. 264). Die Frage des richtigen Zeitpunkts für den Ausstieg aus der Z, ist eng mit dem Entscheid über den Strategiewechsel der X verknüpft. Ob die Beklagten die notwendigen Entscheide über den Strategiewechsel zeitgerecht getroffen haben, ist ein Ermessensentscheid. Das Gericht darf nicht rückwirkend in Kenntnis der damals zukünftigen Entwicklung einen zu strengen Massstab anlegen und auch nicht das eigene Ermessen, an Stelle des Ermessens der Verwaltungsräte setzen. Krisenbewältigung bedeutet nicht, dass der Verwaltungsrat die erstbeste Beteiligung mit existenziellen Problemen hätte fallen lassen müssen. Die Beklagten befanden sich im vorliegend relevanten Zeitraum von Mitte Dezember 2000 bis Ende Januar 2001 mitten im Entscheidverfahren betreffend Strategiewechsel der X. Sie hatten denn auch, wie oben erwähnt (Ziff. IV. 3. B. 2.4.5.), verschiedene Studien in Auftrag gegeben, welche Aufschluss über die zu treffenden Massnahmen geben sollten und liessen von den Fachleuten verschiedene strategische Optionen prüfen. Der Entscheid betreffend Rekapitalisierung der Z fiel in die Zeit zwischen verschiedenen Expertenberichte, nämlich „Shield“ von [REDACTED] vom 10. Oktober 2000 (act. 3/89), „Chess“ der [REDACTED] [REDACTED] AG vom 22. November 2000 bzw.

14. Dezember 2000 (act. 78/107+109) und den Financial Exposure Report der [REDACTED] vom 21. Februar 2001 (act. 89/84) und musste in diesen Zeitraum fallen, da er angesichts des dringlichen Finanzbedarfs, d.h. des drohenden Konkurses der Z keinen Aufschub duldet (siehe oben Ziff. IV. 3. B. 2.4.b). Zwar war offenbar allen Beteiligten bewusst, dass ein Strategiewechsel erfolgen musste, ob die neue Strategie jedoch die Z beinhalten sollte oder nicht, war zu diesem Zeitpunkt keineswegs entschieden. Den Beklagten war bekannt, dass es im Konzern eine Vielzahl von verlustbringenden Beteiligungen gab und der Konzern allenfalls einer "Sanierung" bedurfte. Auch eine Sanierung des Konzerns hätte jedoch nicht zwingend bedingt, dass gerade die Z sofort hätte abgestossen werden müssen bzw. dass die Lösung des Problems in einem Konkurs der Z lag. Sanierung heisst, die Unternehmung durch geeignete Massnahmen in die Gewinnzone bringen, um das längerfristige Überleben der Unternehmung sicherzustellen. Damit dies gelingt, ist der Verwaltungsrat gerade auch in schwierigen Situationen verpflichtet, sich strategische Optionen für die Zeit nach der Krise offen zu halten. Das kann auch bedeuten, an einer nichtgewinnbringenden Beteiligung festzuhalten, wenn sich aus anderen Gründen Vorteile für die Unternehmen aus dem Halten dieser Beteiligung ergeben könnten.

Es kann daher aus heutiger Sicht nicht gesagt werden, der Entscheid, die Z zumindest vorläufig nicht fallenzulassen, sei aufgrund der eigenen schwierigen finanziellen Situation der X unvertretbar gewesen.

## 2.5. Sanierung oder kontrollierter Ausstieg

Die Beklagten bringen einerseits vor, die Z sei von grosser strategischer Bedeutung für die X und deshalb in jedem Fall zu retten gewesen. Es sei daher notwendig und gerechtfertigt gewesen, die Sanierung der Z mit allen Mitteln zu versuchen. Unmittelbar nach Abschluss der Rekapitalisierungsvereinbarung haben die Beklagten aber unbestrittenermassen den Ausstieg aus der Beteiligung Z beschlossen. Diese Tatsache steht im Widerspruch zum behaupteten hohen Stellenwert der Z innerhalb des Konzerns, worauf die Klägerin zu Recht hinweist. Die Klägerin führt aus, allein dass schon vor der Erfüllung der Zahlungsverpflichtung

der Ausstieg aus dem Z Engagement und den Januarverträgen beschlossen worden sei, zeige die Pflichtwidrigkeit des Abschlusses der Januarvereinbarungen (z.B. R act. 106, S. 14, S. 241, 264). Es bestehe denn auch keinerlei Zusammenhang zwischen der Zahlung von EUR 150 Mio. und den Ausstiegsverhandlungen, es sei denn ein negativer: Wer im Februar 2001 Ausstiegsverhandlungen aus finanziellen Gründen führe, der dürfe nicht im gleichen Monat noch EUR 150 Mio. just für die Gesellschaft ausgeben, aus der er aussteigen wolle; die Sachlage habe sich nämlich zwischen Ende Dezember 2000/Anfang Januar 2001 und Ende Februar 2001 in keiner Weise verändert, die es erklären könnte, warum man schon im Februar aus dem Z-Engagement aussteigen wollte, das man in den Wochen zuvor angeblich mit Zähnen und Klauen verteidigt hatte. In Wirklichkeit hätten die Beklagten weder im Dezember 2000 noch im Januar 2001 ernsthaft über die Sinnhaftigkeit des Z-Engagements nachgedacht, sondern sie hätten die Dinge schleifen lassen. Im Februar 2001 habe sich endlich bei den Beklagten die Einsicht verdichtet, die sie objektiv betrachtet schon Monate vorher hätten haben können und müssen: Dass ein Festhalten an der Z sinnlos sei (R act. 106 S. 265).

Die Beklagten machen - wie erwähnt - u.a. geltend, sie hätten der Rekapitalisierungszahlung zugestimmt, um sich den Weg des geordneten Ausstiegs offen zu halten (KA3 act. 77 S. 118 ff.; KA7 act. 88 Rz 410; D1 act. 120 Rz 937; D2 act. 123 S. 219; D8 act. 141 Rz 550). Berücksichtigt man allerdings die unbestrittene Tatsache, dass im Rahmen der "Januarverträge" nicht nur die Rekapitalisierungsvereinbarung abgeschlossen wurde, sondern auch weitere Vereinbarungen, mit welchen sich die Klägerin nach dem Term Sheet erneut zur Aufstockung ihres Aktienanteils und zu weiteren Verlustübernahmen verpflichtete, so erscheint die Behauptung, man habe sich mit Rekapitalisierungsvereinbarung den Rücken für den "geordneten Ausstieg" freihalten wollen, als widerlegt. Nicht nur die Rekapitalisierungsvereinbarung, sondern auch die übrigen Vereinbarungen regeln klar die weitere Zusammenarbeit der X (oder Y) und der Z und enthalten keine Hinweise darauf, dass einer der Vertragspartner im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gedachte, künftig getrennter Wege zu gehen.

Fraglich ist aber, ob die Beklagten, wenn sie Alternativen zur Sanierung der Z geprüft hätten - was bestritten ist - zwingend zum Schluss hätten gelangen müssen, die Zahlung nicht zu leisten. Den Beklagten boten sich drei alternative Vorgehensweisen, nämlich der sofortige Ausstieg ohne weitere Zahlung, der "geordnete Ausstieg" sowie die Sanierung. Die Verweigerung der Zahlung hätte unweigerlich zum Konkurs bzw. zur Liquidation der Z geführt (oben Ziff. IV. 3. B. 2.4.b). Stellt man die beiden Optionen "geordneter Ausstieg" und "sofortiger Konkurs" einander gegenüber, so wäre dem geordneten Ausstieg in jedem Fall der Vorzug zu geben gewesen. Wie bereits festgehalten, wären die negativen Folgen eines sofortigen Konkurses der Z auf die Situation des Gesamtkonzerns im Zeitpunkt des Entscheides über die Rekapitalisierung nicht absehbar gewesen, geschweige denn quantifizierbar, während der geordnete Ausstieg (welcher wohl mit der Vereinbarung einer "exit fee" per Saldo aller Ansprüche einhergegangen wäre, wie dies später im August 2001 geschah) ein mehr oder weniger kalkulierbares und damit vertretbares Risiko mit sich brachte. Mit einem sofortigen Konkurs der Z, wäre die Möglichkeit eines kontrollierten Ausstieges verschlossen geblieben. Die Klägerin wirft den Beklagten wie erwähnt vor, sie hätten ab Ende November 2000 Ausstiegsverhandlungen aufnehmen müssen, anstatt über die Rekapitalisierung zu verhandeln. (z.B. R act. 106 S. 11, S. 264). Dass Ausstiegsverhandlungen innert der kurzen Zeit, welche den Beklagten für den Rekapitalisierungsentscheid zur Verfügung stand - auch die Klägerin geht davon aus, die Frage der Rekapitalisierung sei erst spät im 4. Quartal 2000 aufgetaucht (R act. 106 S. 260, 264) - hätten erfolgreich abgeschlossen werden können, erscheint ebenfalls ausgeschlossen.

Soweit der Ausstieg durch den Verkauf der Beteiligung an der Z (Devestition) hätte angestrebt werden sollen, liegt auf der Hand, dass ein solcher Verkauf ebenfalls den Fortbestand der Z bedingt und mehr als zwei bis drei Monate in Anspruch genommen hätte.

Der geordnete Ausstieg, den die Beklagten schliesslich anstrebten, war somit - wie die Beklagten zu Recht anführen (KA1 act. 70 S. 87; KA2 act. 73 S. 76; KA3 act. 77 S. 117; KA4 act. 81 S. 30; KA5 act. 84 S. 38; KA6 act. 86 S. 38; KA7 act. 88 S. 73; KA8 act. 91 S. 32; KA9 act. 94 S. 53; KA10 act. 97 S. 64) - nur mit

der Rekapitalisierungszahlung zu haben (KA2 act. 73 Ziff. 23., 24., oben Ziff. 8.2.3.). Es spielt somit unter dem Gesichtspunkt der Pflichtverletzung keine Rolle, ob die Beklagten die Rekapitalierungsvereinbarung - wie sie behaupten - bereits im Hinblick auf die Option des kontrollierten Ausstieges genehmigten oder im berechtigten Vertrauen auf eine vollständige Gesundung der Z. In jedem Fall erscheint der Entscheid, den Betrag von EUR 150 Mio. zu leisten auch dann unternehmerisch gerechtfertigt, wenn damit nicht die Sanierung, sondern mutmasslich nur das Überleben der Z bis zum Abschluss einer Ausstiegsvereinbarung gesichert werden konnte.

### 3. Fazit

Der Entscheid der Beklagten, die Klägerin zur Beteiligung an der Rekapitalisierung der Z zu verpflichten, muss im Gesamtzusammenhang der damaligen Umstände beurteilt werden. Die Notwendigkeit zur Rekapitalisierung der Z wurde erst im Spätherbst 2000 offenbar. Der Entscheid, ob die X an der Rekapitalisierung teilnehmen sollte, musste bis am 8. Februar 2001 – und damit unter erheblichem Zeitdruck - fallen, da an diesem Datum der Aktionärsversammlung die Auflösung der Z hätte beantragt werden müssen, wäre die Rekapitalisierung nicht zustande gekommen (Ziff. IV. 3. B. 2.4.b). Die Rekapitalisierungszahlung stellte keine isolierte Massnahme dar, sondern war Teil eines Sanierungskonzeptes, welches zum damaligen Zeitpunkt als aussichtsreich erschien (Ziff. IV. 3. B. 2.3.3.). Die Beklagten durften zum damaligen Zeitpunkt zudem davon ausgehen, dass die Klägerin bereits durch das Term Sheet vom 26. April 2000 zur Rekapitalisierung verpflichtet war und aus diesem Grund sowie aufgrund der engen Verflechtung der Z mit dem X-Konzern bei einem Konkurs der Z mit erheblichen Schadenersatzforderungen durch die Z bzw. deren ██████████ Aktionäre konfrontiert worden wäre (Ziff. IV. 3. B. 2.4.2.b). Ausserdem hätte der Wegfall der Z mit Sicherheit zu Umsatzeinbussen bei Konzerngesellschaften, wegen Flugausfällen, Reputationsverlusten und Verlust von Synergieeffekten geführt (Ziff. IV. 3. B. 2.4.2.). Diese Negativfolgen eines Konkurses mussten die Beklagten umso weniger riskieren, als sich die X selbst, in der Zeit als der Z-Entscheid gefällt werden musste in einer

kritischen Phase des Umbruchs befand, in welcher die langjährige Strategie in Frage gestellt werden musste und auch in Frage gestellt wurde. Allerdings war in der vorliegend massgebenden Zeit zwischen Oktober 2000 und Januar 2001 der Entscheid über die künftige Strategie noch nicht gefällt. Es war insbesondere nicht entschieden, ob die Z Teil dieser künftigen Strategie sein sollte oder nicht. Der Entscheid über einen Strategiewechsel kann nicht von heute auf morgen gefällt werden, bedarf einer sorgfältigen Erarbeitung der Entscheidungsgrundlagen und nach dem Entscheid einer möglichst schonenden Umsetzung. Einem überstürzten Entscheid, wie z.B. dem „planlosen Ausstieg“ aus einer oder mehreren wichtigen Beteiligungen durch Konkurs derselben, ist der massvolle Ausstieg unter einvernehmlicher Auflösung oder Rückabwicklung der eingegangenen Verpflichtungen vorzuziehen.

Der Entscheid über die Rekapitalisierung war somit eng mit dem Entscheid über die künftige Strategie der X verknüpft. Da der Konkurs der Z unmittelbar drohte, mussten die Beklagten den Rekapitalisierungsentscheid unverzüglich fällen, bevor der Entscheid über den Strategiewechsel beschlossen werden konnte. Nach dem oben Gesagten war der Konkurs der Z angesichts der Gesamtumstände keine Option (Ziff. IV. 3. B: 2.4.2.). Die beiden anderen Möglichkeiten, nämlich geordneter Ausstieg oder Sanierung der Z bedingten die Rekapitalisierung gleichermaßen.

Ob die Beklagten vor Fällen des Rekapitalisierungsentscheides tatsächlich die verschiedenen Optionen gegeneinander abgewogen und Varianten geprüft haben ist dabei von untergeordneter Bedeutung. Bei der Prüfung der Pflichtwidrigkeit des Rekapitalisierungsentscheides, ist der Inhalt des Entscheides und dessen Vertretbarkeit aus damaliger Sicht massgebend und nicht, ob der Beschluss Resultat eines bestimmten Entscheidungsverfahrens ist, weshalb es sich erübrigt die Umstände der Beschlussfassung durch die Beklagten beweismässig abzuklären (Ziff. IV. 3. B. 2.1.).

Unter Würdigung der gesamten Umstände erscheint der Entscheid der Beklagten, die X am 22. Januar 2001 zur Teilnahme an der Rekapitalisierung der Z mit EUR

150 Mio. zu verpflichten und die Zahlung am 26. Februar 2001 zu leisten, als vertretbar und somit als nicht pflichtwidrig. Demnach ist die Klage abzuweisen.

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

### 1. Grundsatz

Ausgangsgemäss wird die Klägerin kostenpflichtig. Ausserdem hat sie den Beklagten eine Prozessentschädigung zu bezahlen (§§ 64 Abs. 2 und 68 Abs. 1 ZPO). Den Beklagten 1 und 3-10 ist zusätzlich zur Prozessentschädigung die Mehrwertsteuer von 7.6% zu entrichten. Der Beklagte 2 hat auf die Beantragung der Mehrwertsteuer zu Recht verzichtet, da er seinen Wohnsitz im Ausland hat (KA2 act.72 S. 3). Der Streitwert beträgt CHF 228 Mio. (§ 18 Abs. 1 ZPO).

### 2. Gerichtskosten

Die einfache Gerichtsgebühr gemäss § 4 Abs. 1 der Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (GebV) beträgt CHF 1'210'750.--. 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 1'614'300.-- (gerundet) 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 1'614'300.--.

### 3. Prozessentschädigung

a) 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 fest-

setzt. 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 einer 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 belasteten. 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 führte, 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).

b) Vorliegend sind als Beklagte sämtliche Verwaltungsräte der X im Zeitpunkt der behaupteten schädigenden Handlung ins Recht gefasst worden. Unter den Mitgliedern des Verwaltungsrates 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 wurde (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 Argu-

ment, 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 - wie erwähnt - 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 6 reichten, vertreten durch dieselben Anwälte, zwei identische Rechtsschriften ein, wobei jeweils einzig die Namen der Beklagten 5 und 6 je in die Rechtsschriften eingesetzt wurden (D5 und D6, act. 132 und act. 135). Auch wenn diese beiden Rechtsschriften offenbar unabhängig von den übrigen Beklagten verfasst wurden, so werden auch von den Beklagten 5 und 6 weitgehend dieselben Argumente vorgebracht wie von den Beklagten 1-4 und 7-10. 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 jeweiligen Bearbeitern gelegentlich, insbesondere was den Aufbau der Rechtsschriften angeht, modifiziert wurde. Was anhand unzähliger Stellen aufgezeigt werden könnte, sei hier stellvertretend an folgendem Beispiel geschildert: Die Stellungnahme der Beklagten zu Ziffer 33.3. der Replik lautet bei den Beklagten 1-4 und 7-10 wortwörtlich gleich, ausser dass die Beklagten 1, 7 und 8 auf den sehr bildlichen Vergleich des Management Information Systems mit einem Barometer verzichtet haben (D1 act. 120 S. 255 Rz 787 f.; D2 act. 123 S. 189; D3 act. 126 S. 162 Rz 913 f.; D4 act. 129 S. 214 Rz 902 f.; D7 act. 138 S. 165 Rz 645 f.; D8 act. 141 S. 135 Rz 474 f.; D9 act. 144 S. 202 Rz 896 f.; D10 act. 147 S. 248 Rz 804 f.).

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 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.

c) Die einfache Anwaltsgebühr gemäss § 3 Abs. 1 AnwGebV beträgt CHF 1'196'400.--. Die Verdoppelung führt zu einer Anwaltsgebühr (Grundgebühr) von CHF 2'392'800.--. Hierzu sind Zuschläge von insgesamt 50% für die Duplik 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 4'785'600.--. Davon ist grundsätzlich an jeden der zehn Beklagten ein Zehntel zu leisten. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Beklagten 5 und 6 durch dieselben Anwälte vertreten waren und jeweils identische Rechtsschriften einreichten, wobei einzig die Namen

der Beklagten 5 und 6 je in die Rechtsschriften eingesetzt wurden (KA 5 und KA 6 act. 84 und act. 86; D5 und D6 act. 132 und act. 135). Den Beklagten 5 und 6 ist daher gemeinsam eine Prozessentschädigung zuzusprechen, so dass die insgesamt geschuldete Anwaltsgebühr von CHF 4'785'600.-- durch neun zu teilen ist. Demnach schuldet die Klägerin den Beklagten 1–4 und 7–10 je einzeln eine Prozessentschädigung von (gerundet) CHF 531'700.-- und den Beklagten 5 und 6 gemeinsam eine Prozessentschädigung in derselben Höhe.

4. Die unterliegende Klägerin hat demnach eine Gerichtsgebühr von CHF 1'614'300.-- sowie eine Prozessentschädigung von insgesamt CHF 4'785'600.-- (zuzüglich Mehrwertsteuer für die Beklagten 1 und 3-10) zu leisten.

**Demgemäss erkennt das Gericht:**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr (inkl. Schreib-, Zustellungs- und Vorladungsgebühr) wird festgesetzt auf CHF 1'614'300.--.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, den Beklagten 1-4 und 7-10 je eine Prozessentschädigung von CHF 531'700.-- und den Beklagten 5 und 6 gemeinsam eine Prozessentschädigung von CHF 531'700.-- zu bezahlen, den Beklagten 1 und 3-10 je zuzüglich 7.6% Mehrwertsteuer.
5. Die Gerichtskasse wird angewiesen, der Klägerin die Bankgarantie vom 26. Juni 2006, sobald die Gerichtskosten und die Prozessentschädigungen bezahlt sind, auf erstes Verlangen zurückzugeben.

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