Handelsgericht des Kantons Zürich

Geschäfts-Nr.: HG120137-O U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. George Daetwyler, Vizepräsident, Oberrichterin Flurina Schorta, die Handelsrichter Paul Josef Geisser, Peter Leutenegger und Markus Koch sowie die Gerichtsschreiberin Kerstin Habegger

Urteil und Beschluss vom 1. Juli 2015

in Sachen

A._____ AG in Nachlassliquidation,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1._____, und Rechtsanwalt lic. iur. X2._____,

gegen

1. **B._____**, Dr.,
2. **C._____**,
3. **D._____**, Dr.,
4. **E._____**,
5. **F._____**,

Beklagte

1, 5 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1._____,
2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y2._____,
3 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y3._____,
4 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y4._____, und Rechtsanwalt Dr. iur. Y5._____,

betreffend **Forderung**

Inhaltsverzeichnis

Rechtsbegehren **5**
Sachverhalt und Verfahren **5**
A. Sachverhaltsübersicht *5*
a. Parteien und ihre Stellung 5
b. Prozessgegenstand 6
B. Prozessverlauf *6*
a. Klageeinleitung 6
b. Wesentliche Verfahrensschritte 7
c. Umfangreiche Vorbringen und Wiederholungen 7
Erwägungen **8**
1. Formelles, anwendbares Recht *8*
2. Verjährung *15*
3. Sachverhalt, Parteibehauptungen *22*
3.1. Sachverhalt, Hintergrund 22
3.2. Parteibehauptungen 23
4. Aktienrechtliche Verantwortlichkeit *25*
5. Schaden *26*
5.1. Parteibehauptungen 26
5.2. Schadensbezifferung 27
5.3. Schadensbegriff 29
5.4. Gläubigerschädigung als Schaden? 29
5.5. Fortführungsschaden 34
5.6. Ausschlussgründe 34
5.7. Zusammenfassung Schaden 34
6. Pflichtverletzung *35*
6.1. Allgemein 35
6.2. Pflichtwidriges Verhalten 35
6.3. Verantwortlichkeit wegen Gläubigerbegünstigung? 39
6.3.1. Parteibehauptungen 39
6.3.2. Gesetzliche Grundlagen 40
6.3.3. Urteil des Bundesgerichts 5C.29/2000 41
6.3.4. Würdigung 45
6.4. Art. 725 OR 46
6.4.1. Parteibehauptungen 46
6.4.2. Gesetz, Begriffe 47
6.4.3. Überschuldung 49
6.4.4. Illiquidität 52
6.4.5. Fortführungsfähigkeit 57
6.4.6. Fazit 65
6.5. Handlungsoptionen 65
6.5.1. Parteistandpunkte 66
6.5.2. Handlungspflichten 66
6.5.3. Sanierung 68
6.5.4. Zahlungen 74
6.5.5. Zahlungsstopp 78

6.5.6. Konkrete Zahlungen 79
6.5.7. Fazit....85
6.6. Ergebnis Pflichtverletzung 86
7. Zusammenfassung *86*
8. Prozesskosten *86*
Das Handelsgericht beschliesst: **88**
Das Handelsgericht erkennt: **88**

Rechtsbegehren
(act. 1 S. 3 und act. 6 S. 3)

A. Es seien die Beklagten zu verpflichten der Klägerin folgende Beträge zu zahlen:

1. CHF 92'673'106.00, bestehend aus folgenden Teilbeträgen, zuzüglich Zins auf den nachgenannten Teilbeträgen:

   a) CHF 83'714'085.00 zuzüglich Zins von 5% seit 14. September 2001;

   b) CHF 8'727'367.00 zuzüglich Zins von 5% seit 26. Juni 2005;

   c) CHF 231'654.00 zuzüglich Zins von 5% seit 1. Oktober 2001;

2. EUR 25'719'244.00 zuzüglich Zins von 5% seit 1. Juni 2012;

3. GBP 751'788 zuzüglich Zins von 5% seit 28. September 2001.

Alles unter solidarischer Haftung, wobei die Ersatzpflicht eines jeden Beklagten durch das Gericht festzusetzen sei.

B. Es sei festzustellen, dass bei einer allfälligen Leistung der Forderungen gemäss Rechtsbegehren Ziffer A.2 und A.3 in Schweizer Franken gestützt auf Art. 84 OR folgende Beträge geschuldet sind:

1. Forderung Rechtsbegehren Ziffer A.2 (EUR 25'719'244.00): CHF 38'174'045.00 zuzüglich Zins von 5% seit 1. Juni 2012;

2. Forderung Rechtsbegehren Ziffer A.3 (GBP 751'788.00): CHF 1'796'623.00 zuzüglich Zins von 5% seit 28. September 2012.

C. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. MWST-Ersatz) solidarisch zu Lasten der Beklagten.

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist die Nachlassmasse der A._____ AG. Die A._____ AG [nachfolgend: A._____] fungierte seit der Überführung der G._____-Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich ("alte G._____") in den Jahren 1996/97 in einen Konzern mit Hol-

dingstruktur als herrschende Konzernobergesellschaft. Das Fluggeschäft wurde unter einer Subholding, der H._____, betrieben, die eine 100%ige Tochtergesellschaft von A._____ war. Am 5. Oktober 2001 wurde der A._____ die provisorische Nachlassstundung bewilligt. Am 20. Juni 2003 bestätigte der Nachlassrichter den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung vom 26. Juni 2002. Der Genehmigungsentscheid wurde am 26. Juni 2003 rechtskräftig. Seither befindet sich die A._____ in Nachlassliquidation.

Die Beklagten 1-4 waren Verwaltungsräte der A._____. B._____ (Beklagter 1) amtete ab tt.mm.2000 als Verwaltungsrat und zudem ab tt.mm.2001 als Verwaltungsratspräsident und Delegierter des Verwaltungsrates, C._____ (Beklagter 2) war seit 1989 im Verwaltungsrat und ab … 1999 Mitglied der Finanzkommission, und D._____ (Beklagter 3) sowie E._____ (Beklagter 4) traten 1995 in den Verwaltungsrat ein. F._____ (Beklagte 5) war ab … resp. tt.mm.2001 oberste Finanzchefin ("CFO") der gesamten G._____-Gruppe und Mitglied der Konzernleitung.

b. Prozessgegenstand

Gegenstand der Klage sind Verantwortlichkeitsansprüche im Zusammenhang mit sieben Zahlungen, die die A._____ im September/Oktober 2001 an Dritte geleistet hat, nämlich am 12. (resp. 10.) und 28. September sowie 1. Oktober 2001 an I._____ Ltd. (insgesamt GBP 917'934 und CHF 282'850), am 25. und 27. September 2001 an J._____ (insgesamt GBP 7'206'410 und CHF 28'235'239), am 17. September 2001 an K._____ Bank S.A. ... (BEF 1'051'440'219) sowie am 14. September 2001 durch Rückzahlung einer Optionsanleihe über insgesamt CHF 102'215'000. Abzüglich ausbezahlte Dividenden und unter Berücksichtigung von Vergleichszahlungen ergibt sich aus diesen Zahlungen nach Auffassung der Klägerin der eingeklagte Nettoschaden.

B. Prozessverlauf

a. Klageeinleitung

Die Klägerin machte die vorliegende Klage am 27. Juni 2012 mit Einreichung der Klageschrift beim Handelsgericht des Kantons Zürich rechtshängig (act. 1). Mit

Eingabe vom 2. Juli 2012 korrigierte sie einen Additionsfehler im Rechtsbegehren (act. 6). Nach Eingang des Kostenvorschusses für die Gerichtskosten (act. 5) sowie der von den Beklagten verlangten Sicherstellung der Parteientschädigung (act. 10, 14, 16, 28 und 30) reichten die Beklagten innert der ihnen angesetzten Frist am 5. November 2012 die Klageantworten ein (act. 32, 34, 36 und 38).

b. Wesentliche Verfahrensschritte

Die Parteien wurden hierauf auf den 13. Juni 2013 zu einer Vergleichsverhandlung vorgeladen, in deren Anschluss das Verfahren im Hinblick auf aussergerichtlich geführte Vergleichsgespräche zunächst bis 12. September 2013 und hernach weiterhin bis Ende Oktober 2013 informell ausgesetzt blieb (Prot. S. 14 ff., 17). Mit Verfügung vom 28. Oktober 2013 wurde die Einholung zweiter Rechtsschriften angeordnet (act. 48). Die Replikschrift datiert vom 28. Februar 2014 (act. 54), die Duplikschriften wurden am 30. September 2014 erstattet (act. 68, 70, 72 und 74). Die Klägerin reichte am 15. Dezember 2014 eine Stellungnahme ein (act. 81), zu welcher sich wiederum die Beklagten äusserten (act. 91-94). Mit der Zustellung dieser Eingaben an die Klägerin wurde den Parteien zugleich Frist zur Erklärung angesetzt, ob sie auf die Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung verzichten (act. 95). Innert Frist erklärten alle Parteien den Verzicht auf die Durchführung der mündlichen Hauptverhandlung (act. 97-101); weitere Stellungnahmen gingen nicht ein bzw. wurden nicht verlangt.

Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

c. Umfangreiche Vorbringen und Wiederholungen

Die Parteien haben ihren Standpunkt in ausführlichen und umfangreichen Vorbringen dargestellt, die sie mitunter als für die Entscheidung des Verfahrens nicht von Bedeutung und unvermeidliche Wiederholung bezeichnen (vgl. z.B. act. 68 S. 4 f.; 70 S. 16 f.; 72 S. 7 f.; 74 S. 6 f.). Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt, dass die Behörde tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidfindung berücksichtigt, was der Rechtssuchende ihr vorträgt (BGE 124 I 241 E. 2 S. 242 mit Hinweisen). Nicht erforderlich ist hingegen, dass sich der Ent-

scheid mit allen Parteibehauptungen einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen in sämtlichen Prozesseingaben ausdrücklich abhandelt und widerlegt. Es genügt, wenn das Gericht in seinen Urteilserwägungen die rechtserheblichen Vorbringen der Parteien berücksichtigt und kurz seine Überlegungen nennt, von denen es sich hat leiten lassen und auf die es seinen Entscheid stützt (BGE 133 III 439 E. 3.3; vgl. auch Urteil Obergericht Zürich LB090080 vom 25. März 2013, E. 6.c). Im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen findet in diesem Sinne eine Auseinandersetzung mit den Vorbringen der Parteien statt, soweit sie sich für den Entscheid als relevant erweisen.

Erwägungen

1. Formelles, anwendbares Recht

1.1. Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts ist unbestritten und ergibt sich aus Art. 40 und Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO in Verbindung mit § 44 lit. b GOG; im internationalen Verhältnis ist Art. 151 Abs. 1 IPRG massgeblich (vgl. Vock/Nater, in: Basler Kommentar Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N 11 zu Art. 40).

1.2. Die Klägerin behält sich die Klage für vor dem 11. September 2001 erfolgte Zahlungen und gegenüber weiteren Verantwortlichen vor (act. 1 S. 12 f.). Die Zivilprozessordnung lässt die Erhebung einer Teilklage ausdrücklich zu, soweit ein Anspruch teilbar ist (Art. 86 ZPO). Ohnehin zulässig ist die Erhebung einer unechten Teilklage insofern, als eine Klage mit Bezug auf einen weiteren Lebenssachverhalt oder weitere Personen vorbehalten wird; da die materielle Rechtskraft eines Entscheides auf den Streitgegenstand beschränkt ist, steht sie einer Klage über einen anderen Lebenssachverhalt nicht entgegen (vgl. Spühler, in: Basler Kommentar Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N 4 ff. zu Art. 86).

1.3. Die Klägerin klagt mit ihrem Rechtsbegehren Lit. A. einerseits die Zusprechung von Beträgen in Schweizer Franken und andererseits in Euro sowie Britischen Pfund ein; in Rechtsbegehren Lit. B verlangt sie die Feststellung bestimm-

ter Beträge für den Fall der Leistung der Fremdwährungsforderungen in Schweizer Franken.

1.3.1. Nach Art. 84 Abs. 1 OR sind Geldschulden in der geschuldeten Währung zu bezahlen. Eine Fremdwährungsschuld ist klageweise in Fremdwährung durchzusetzen, auch wenn der Schuldner zur Zahlung in Schweizer Franken berechtigt sein mag und eine Betreibung in Schweizerwährung erfolgen muss (vgl. Art. 67 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG; BGE 134 III 151).

Die Rechtsnatur der vorliegend eingeklagten Verantwortlichkeitsansprüche ist kontrovers (vgl. dazu Gericke/Waller, in: Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Aufl. 2012, N 35 zu OR 754); als Forderung auf Ersatz angerichteten Schadens fehlt aber jedenfalls eine vereinbarte Währung. Nach BGE 137 III 158 ist Art. 84 OR jedoch auch auf Forderungen aus unerlaubter Handlung anwendbar und folglich auch in einem Schadenersatzprozess (E. 3). Schadenersatzansprüche sind danach, ausgehend von der Definition des Schadens als Differenz zwischen dem tatsächlichen Stand des Vermögens und jenem hypothetischen ohne Eintritt des schädigenden Ereignis, auf die Heilung des Schadens gerichtet und sinnvollerweise in der Währung zuzusprechen, in der die Vermögensschädigung eingetreten ist (E. 3.2.2).

Die Klägerin verlangt als Schaden teilweise den Ersatz von Zahlungen, die in Fremdwährung geleistet worden sind. Es ist nach dem Gesagten somit jedenfalls zulässig, wenn die Klägerin ihre Ansprüche insoweit in Fremdwährung geltend macht; der gegenteiligen Ansicht des Beklagten 4 (act. 34 S. 347) ist nicht zu folgen.

1.3.2. Mit Bezug auf Rechtsbegehren Lit. B beruft sich die Klägerin auf die sogenannte Nennwerttheorie und macht geltend, die Umrechnung habe zum Kurs im Zeitpunkt der Fälligkeit (resp. Zahlung der Forderungen) zu erfolgen (act. 1 S. 67, 99). In der Replik ergänzt sie, ein Anspruch auf Feststellung bestehe, weil der Klägerin die Ungewissheit, ob die Beklagten im Fall der Bezahlung in Schweizer Franken den korrekten Umwandlungskurs und -zeitpunkt in Anwendung bringen, nicht zumutbar sei, zumal angesichts von gegenteiligen Behauptungen der Par-

teien und der erheblichen Beträge (act. 54 S. 600 f.). Die Beklagten widersprechen dieser Auffassung und bestreiten eine unzumutbare Unsicherheit (act. 68 S. 643; 70 S. 741; 72 S. 735; 74 S. 756).

Das Eintreten auf eine Klage setzt ein schutzwürdiges Interesse voraus (vgl. Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO); eine Feststellungsklage bedarf insbesondere eines Feststellungsinteresses, das eine Unsicherheit, Ungewissheit oder Gefährdung der Rechtsstellung erfordert, deren Andauern der klagenden Partei nicht zumutbar ist (Gehri, in: Basler Kommentar Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2013, N 8 zu Art. 59 ZPO). Die Möglichkeit einer Leistungsklage schliesst ein Feststellungsbegehren in der Regel aus.

Wie dargelegt macht die Klägerin ihre Ansprüche mit der vorliegenden Klage zurecht teilweise in Euro bzw. Britischen Pfund geltend. Deren Bezahlung in Schweizer Franken kann sie insoweit nicht verlangen. Was den Umrechnungskurs einer allfälligen Bezahlung in Landeswährung anbelangt, so ist dieser für den Fall eines Betreibungsverfahrens durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung auf den Tag des Betreibungsbegehrens festgelegt worden (BGE 135 III 88 E. 4.1). Soweit der Schuldner nach Art. 84 Abs. 2 OR zur Bezahlung in Landeswährung berechtigt ist, soll der Umwandlungskurs am Erfüllungsort zur Verfallzeit gelten (Weber, Berner Kommentar zu Art. 68-96 OR, Bern 2005, N 329 f. zu Art. 84). Im Zentrum steht für die Klägerin allerdings nicht der Umrechnungskurs an sich, sondern der Ersatz eines allfälligen Schadens aus Währungsschwankungen. Da auch für Fremdwährungsschulden der Grundsatz des Nominalismus gilt, besteht Anspruch zunächst nur auf Zahlung des Forderungsnennwerts und trägt der Gläubiger das Risiko der Geldwertverminderung (Weber, a.a.O., N 320 f.). Anderes gilt jedoch für wertbeständige Schulden, zu welchen insbesondere auch Schadenersatzforderungen gehören; diesfalls hat der Schuldner als weiteren Schaden auch den Kursverlust zwischen der geschuldeten und der einheimischen Währung zu tragen (Weber, a.a.O., N 197 ff.). Der Klägerin stünde damit gegebenenfalls zusätzlich zum Nominalbetrag als Ersatz ihres Schadens die Währungsdifferenz zwischen dem Zeitpunkt des Schadenseintritts und dem Zahlungsdatum zu. Die Ungewissheit der Klägerin besteht damit in der naturgemäss unbekannten

künftigen Entwicklung des Währungskurses. Diese Ungewissheit kann nicht behoben werden. Damit erweist sich das Feststellungsbegehren als unzulässig, weshalb auf das Rechtsbegehren Lit. B nicht einzutreten ist.

1.4. Die Beklagten sind einfache Streitgenossen. Sie können den Prozess unabhängig voneinander führen (Art. 71 Abs. 3 ZPO). Umgekehrt bedeutet dies, dass prozessuales Handeln grundsätzlich nur für den handelnden Streitgenossen wirkt. Jeder hat seinen Standpunkt individuell zu substantiieren. Immerhin wirken sich jedoch faktisch die Tatsachenbehauptungen eines Streitgenossen auch auf die Stellung der übrigen Streitgenossen aus (so jedenfalls Ruggle, in: Basler Kommentar, Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N 33 zu Art. 71). Zwar wäre ein Beweisverfahren im Prinzip selbständig zu führen (vgl. Staehelin/Schweizer in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 71 N 15); auch hier wirkt sich indes die Beweisführung eines Streitgenossen über Tatsachen, die auch alle anderen betreffen, jedenfalls zu ihren Gunsten auf deren Stellung aus (so BSK ZPO-Ruggle, N 37 zu Art. 71).

1.5. Allgemein gilt, dass nach Art. 221 Abs. 1 lit. d ZPO die Tatsachenbehauptungen in die Klage aufzunehmen sind. Sie können nicht nur in ihren Grundzügen dargelegt werden, sondern müssen substantiiert (in Einzeltatsachen gegliedert) werden und sind so umfassend, detailliert und klar darzulegen, dass die Gegenpartei dazu Stellung nehmen und darüber Beweis abgenommen werden kann (Leuenberger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Kommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 221 N 43; Willisegger, in: Basler Kommentar, Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, Art. 221 N 29). Die Tatsachen müssen in der Rechtsschrift selbst dargelegt resp. behauptet werden. Tatsachen, die sich lediglich aus einer Beilage zu einer Rechtsschrift ergeben, sind vom Richter - soweit die Verhandlungsmaxime das Verfahren beherrscht - nicht zu beachten. Selbst mit einem allgemeinen Hinweis in der Rechtsschrift auf eine Beilage oder mit der allgemeinen Erklärung, dass eingereichte Akten als integrierender Bestandteil der Rechtschrift gelten, wird der Behauptungslast nicht genügend nachgekommen (BSK ZPO-Willisegger, Art. 221 N 27).

1.6. Gemäss Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO muss die Klage die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den substantiiert behaupteten Tatsachen (Prinzip der Beweisverbindung) enthalten. Dabei ist ein Beweismittel nur dann als formgerecht angeboten zu betrachten, wenn sich die Beweisofferte eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lässt und umgekehrt. In der Regel sind die einzelnen Beweisofferten unmittelbar im Anschluss an die Tatsachenbehauptungen aufzuführen, die damit bewiesen werden sollen. Mangels solcher Beweisofferten der beweisbelasteten Partei unterbleibt eine Beweisabnahme (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_56/2013 vom 4. Juni 2013, E. 4.4). Die Beweismittel sind vor Aktenschluss zu nennen, und ein späteres Nachreichen ist nur möglich, soweit noch neue Tatsachen und Beweismittel in den Prozess eingeführt werden können (Leuenberger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 221 N 52).

1.7. Die Klägerin reichte am 15. Dezember 2013 eine umfangreiche "Stellungnahme zu den Dupliken" ein (act. 81). Die Beklagten äusserten sich dazu ihrerseits in ebenso umfangreichen Eingaben (act. 91-94), obwohl ihrer Meinung nach die von der Klägerin eingebrachten Tatsachen und Beweismittel nicht mehr zu berücksichtigen seien.

Die Zivilprozessordnung sieht in Art. 225 ZPO lediglich eine (allfällige) Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels vor. Nach Abschluss des zweiten Schriftenwechsels besteht somit grundsätzlich Aktenschluss; neue Tatsachen und Beweismittel können nur noch beschränkt unter der Voraussetzung von Art. 229 Abs. 1 ZPO vorgebracht werden, ein dritter Schriftenwechsel (Triplik und Quadruplik) ist ausgeschlossen (vgl. u.a. BSK ZPO-Willisegger, N 12 zu Art. 225; Leuenberger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., N 20 f. zu Art. 225 und N 4 zu Art. 229). Dies hat auch das Bundesgericht in einem kürzlich ergangenen und publizierten Entscheid bestätigt (BGE 140 III 312).

Sodann gilt, dass den Parteien zwar nach der Praxis des Bundesgerichts die vom EGMR entwickelte Möglichkeit zusteht, zu jeder Eingabe von Vorinstanz oder Gegenpartei Stellung zu nehmen, und zwar unabhängig davon, ob diese neue und erhebliche Gesichtspunkte enthalten (vgl. BGE 133 I 100 E. 4.5; 137 I 195 E.

2.3.1; 138 I 154 E. 2.3.3). Davon ist aber das Replikrecht im engeren Sinn zu unterscheiden, welches dazu berechtigt, sich zu Eingaben von Vorinstanz oder Gegenpartei zu äussern, soweit die darin vorgebrachten Noven prozessual zulässig und materiell geeignet sind, den Entscheid zu beeinflussen (vgl. BGE 138 I 154 E. 2.3.2). Solche Stellungnahmen sind als Ausfluss des verfassungsmässigen Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) materiell zu berücksichtigen, während Äusserungen gestützt auf das darüber hinausgehende "Recht auf Kenntnisnahme von und Stellungnahme zu Eingaben der übrigen Verfahrensbeteiligten" nicht dazu führen können, den Parteien die Ergänzung, Erweiterung und Erneuerung ihrer Vorbringen ausserhalb des ordentlichen Schriftenwechsels und des Novenrechts zu ermöglichen.

Auch aufgrund des sog. Replikrechts vorgetragene neue Tatsachen und Beweismittel hat das Gericht nur zu berücksichtigen, wenn sie nach den Regeln des Novenrechts (Art. 229 ZPO) vorgebracht werden dürfen (Leuenberger, a.a.O., N 17 zu Art. 225), wobei für jede einzelne neue Tatsache und jedes einzelne neue Beweismittel darzutun ist, dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen gemäss Art. 229 Abs. 1 ZPO erfüllt sind.

Das bedeutet vorliegend konkret, dass auf die nach Abschluss des zweiten Schriftenwechsels erstatteten Stellungnahmen der Parteien nur insoweit einzugehen ist, als die Vorbringen einerseits prozessual zulässig und andererseits für den Entscheid relevant sind. Soweit dies der Fall ist, wird im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen auf solche Ausführungen Bezug genommen.

1.8. Die Parteien berufen sich teilweise auf Feststellungen, die in anderen Verfahren zwischen den Parteien, im Rahmen von Anfechtungsklagen oder im Rahmen von gegen die Beklagten geführten Strafverfahren ergangen sind.

Art. 53 OR regelt die Unabhängigkeit des Zivilrichters gegenüber dem Strafgesetz, dem freisprechenden Urteil des Strafgerichts und dem Urteil des Strafrichters überhaupt; diese Unabhängigkeit betrifft die Bestimmungen über die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit bei der Beurteilung der zivilrechtlichen Schuld oder Nichtschuld und die Freisprechung (Abs. 1) sowie die strafgerichtlichen Er-

kenntnisse hinsichtlich Schuld und Schaden (Abs. 2). Die grundsätzlich bestehende Unabhängigkeit des Zivilrichters in der Beurteilung des Sachverhaltes hindert ihn jedoch nicht daran, die Beweisergebnisse der Strafuntersuchung mitzuberücksichtigen (BGE 125 III 401; Urteil des Bundesgerichtes vom 31. März 1994 in SJ 1994, S. 551 f.). Dass er nicht grundlos von der Auffassung des Strafrichters abweichen wird, ist eine Frage der Zweckmässigkeit und nicht ein Satz des Bundesrechts (BGE 125 III 401 S. 411 m.w.H.). Es besteht mithin keine zwingende Bindung des Zivilgerichtes an das Urteil des Strafgerichtes in dem Sinne, dass die Ausführungen des letzteren Gerichtes unbesehen zu übernehmen wären, das Strafurteil aber nicht unberücksichtigt bleiben muss (ZR 79 Nr. 95; vgl. Urteil Obergericht Zürich LB090080 vom 25. März 2013 E. II.4).

Materiell rechtskräftige Entscheide in Zivilsachen sind für die Parteien und ihre Rechtsnachfolger verbindlich; über den Streitgegenstand soll in einem späteren Prozess nicht erneut entschieden werden können. Die materielle Rechtskraft bezieht sich allerdings auf das Urteilsdispositiv. Die Urteilsbegründung wird davon nicht erfasst. Die Urteilserwägungen haben in einer anderen Streitsache keine bindende Wirkung, sind aber gegebenenfalls zur Klärung der Tragweite des Urteilsdispositivs beizuziehen (vgl. BGE 136 III 345 E. 2.1 mit Hinweisen). Tatsächlichen Feststellungen, die in einem anderen Verfahren - zumal zwischen anderen Parteien - ergangen sind, kommt daher in der Regel keine präjudizielle Wirkung zu.

1.9. Die geltend gemachten Ansprüche beruhen auf Vorgängen im September 2001. Nach der allgemeinen Regel der Nichtrückwirkung (Art. 1 SchlT ZGB) ist grundsätzlich das in diesem Zeitpunkt geltende Recht massgeblich für deren Beurteilung. Die am 1. Januar 2008 resp. 1. Januar 2013 in Kraft getretenen Änderungen im Aktien- und Rechnungslegungsrecht (Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 betreffend GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht; Bundesgesetz vom 23. Dezember 2011 betreffend das Rechnungslegungsrecht) haben daher, soweit überhaupt relevant, ausser Acht zu bleiben.

Anwendbar ist auch im internationalen Verhältnis das schweizerische Recht (vgl. Art. 154 i.V.m. Art. 155 lit. g IPRG).

2. Verjährung

2.1. Die Beklagten machen die Verjährung allfälliger Ansprüche geltend (act. 32 S. 7 f.; act. 36 S. 15; act. 38 S. 15; act. 34 S. 61 f.). Die Klägerin vertritt eine andere Rechtsauffassung (act. 54 S. 21; vgl. auch act. 81 S. 12 ff. und hernach act. 91 S. 5 ff.; 92 S. 7 ff.; 93 S. 6 ff.; 94 S. 7 ff.).

2.2. Nach Art. 760 Abs. 1 OR verjährt der Anspruch auf Schadenersatz gegen die verantwortlichen Personen in fünf Jahren von dem Tage an, an dem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen erlangt hat, jedenfalls aber mit dem Ablaufe von zehn Jahren, vom Tage der schädigenden Handlung an gerechnet. Die Verjährung wird nach Art. 135 Ziff. 2 OR unterbrochen durch Schuldbetreibung, durch Klage oder Einrede vor einem Gerichte oder Schiedsgericht sowie durch Eingabe im Konkurse und Ladung zu einem amtlichen Sühneversuch (bis Ende 2010 geltende Fassung); die Verjährung beginnt mit der Unterbrechung von neuem (Art. 137 Abs. 1 OR).

2.3. Die vorliegende Klage betrifft Zahlungen, die die A._____ zwischen dem 12. (resp. 10.) September 2001 und dem 1. Oktober 2001 an Dritte geleistet hat.

Die absolute 10-jährige Frist beginnt mit der (behaupteten) schädigenden Handlung, mithin mit der Leistung der betreffenden Zahlungen. Die relative 5-jährige Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Geschädigte die Existenz eines Schadens sowie dessen Beschaffenheit und wesentlichen Merkmale, d.h. alle tatsächlichen Umstände kennt, die geeignet sind, eine Klage zu veranlassen und zu begründen (vgl. BGE 136 III 322 E. 4.1). Nach diesem Entscheid kann die fünfjährige Verjährung für Verantwortlichkeitsansprüche der Gesamtheit der Gläubiger keinesfalls einsetzen, bevor über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet wurde (E. 4.4). Auf den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung gelangen die für den Konkurs aufgestellten Regeln analog zur Anwendung (vgl. BSK OR II-Gericke/ Waller, N 3 zu Art. 757). Das Bundesgericht hat in BGE 125 III 154 E. 3 b festge-

halten, dass im Nachlassverfahren die Bewilligung der Nachlassstundung, durch welche das Verfahren eröffnet werde, gleichartige Wirkungen wie die Konkurseröffnung und der Pfändungsvollzug zeitige. Frühester massgeblicher Zeitpunkt für den Verjährungsbeginn wäre demnach vorliegend das Datum der provisorischen Bewilligung der Nachlassstundung, mithin der 5. Oktober 2001.

Der Klägerin ist jedoch zuzugestehen, dass die konkursähnliche Wirkung im vorliegenden Kontext mit der Genehmigung des Nachlassvertrages eintritt, da die Liquidationsorgane zuvor noch keine Möglichkeit der Durchsetzung entsprechender Ansprüche haben (act. 54 S. 30; BSK OR II-Gericke/Waller, N 5 zu Art. 760 OR), hingegen nicht erst mit der Auflage des Kollokationsplans. Die fünfjährige relative Verjährungsfrist begann mithin am 20. Juni 2003 zu laufen, und die Verjährung ist bis zur Einleitung der vorliegenden Klage am 27. Juni 2012 nur dann nicht eingetreten, wenn rechtzeitig Unterbrechungshandlungen vorgenommen wurden.

2.4. Die Klägerin macht geltend, sie habe am 3. Oktober 2006, am 27. Dezember 2010 und am 30. September 2011 je ein Schlichtungsbegehren gestellt (act. 54 S. 22 ff.; act. 33/3, 33/6 und 33/7). Die Beklagten bestreiten insbesondere die verjährungsunterbrechende Wirkung des Sühnebegehrens vom 3. Oktober 2006 (act. 32 S. 11 f.; 34 S. 65 f.; 68 S. 8 ff.; 70 S. 40 ff.; 72 S. 28 ff.; 74 S. 28 ff.).

2.4.1. Gemäss BGE 114 II 261 bezeichnet die Wendung "Ladung zu einem amtlichen Sühneversuch" im Sinne von Art. 135 Ziff. 2 aOR das Begehren des Ansprechers um Abhaltung eines amtlichen Sühneversuchs, wobei die Verjährung bereits durch Postaufgabe des Begehrens unterbrochen wird. Die Unterbrechung der Verjährung setzt weder voraus, dass der Schuldner vom Sühnebegehren Kenntnis erhält, noch dass er innert angemessener Frist zur Sühneverhandlung vorgeladen wird. Wesentlich ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung für die Unterbrechungswirkung, dass der Gläubiger zur Bekräftigung seines Interesses am Weiterbestand der Forderung ein Rechtsschutzgesuch stellt; ein Zutun der Behörde und insbesondere eine amtliche Mitteilung an den Schuldner ist nicht erforderlich (Däppen, in: Basler Kommentar Obligationenrecht I, 5. Aufl. 2011, N 5 zu Art. 135 OR).

Der Umfang der Unterbrechung war bis zum Inkrafttreten der eidgenössischen Zivilprozessordnung gegebenenfalls durch Auslegung zu ermitteln. Nunmehr muss der Streit gemäss Art. 202 Abs. 2 ZPO individualisiert sein, damit das Schlichtungsgesuch die Verjährung unterbricht, d.h. es muss die Parteien, das Rechtsbegehren sowie den individualisierten Streitgegenstand - unter Umständen auch nur mit einem Stichwort bezeichnet - enthalten (BSK OR I-Däppen, N 6c und 20a zu Art. 135; vgl. auch 4. Aufl. 2007, N 20a zu Art. 135 aOR). Wesentlich ist auch nach Meinung des Bundesgerichts, dass der Schuldner erkennen kann, um welche Forderung es geht (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 4C.185/2005 E. 3.2 unter Bezugnahme auf BGE 114 II 335). Das Bundesgericht wendet sich gegen eine formalistische Betrachtungsweise und legt das Gewicht darauf, dass der Schuldner die Möglichkeit haben muss, sich auf die Situation einzustellen, so dass er nicht in seinen schutzwürdigen Interessen verletzt wird (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_576/2010 E. 3.1.1 mit Hinweisen). Die Praxis ist mithin durchaus unterbrechungsfreundlich, auch wenn kein Grundsatz "in dubio contra praescriptionem" existiert (vgl. BSK OR I-Däppen, N 2 vor Art. 127-142).

2.4.2. Das Sühnebegehren vom 3. Oktober 2006 (act. 33/3=35/18) wurde innerhalb der 5-jährigen Frist gestellt. Es richtet sich an insgesamt 44 Beklagte und verlangt deren Verpflichtung zur Bezahlung von CHF 5'000'000'000.00 zuzüglich Zins unter solidarischer Haftung und gerichtlicher Festsetzung der Ersatzpflicht eines jeden Beklagten aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit. Als Forderungsgrund sind verschiedene "Sachthemenkomplexe, bei denen den Beklagten ein verantwortlichkeitsrelevantes Verhalten vorgeworfen wird" aufgeführt, darunter "Zahlungen an Dritte ab Frühjahr 2001". Das Begehren bezeichnet somit die Parteien, das Rechtsbegehren wie auch den Streitgegenstand.

Das Sühnebegehren differenziert nicht, welche der insgesamt 44 Beklagten von welchen Teilen der Forderung betroffen sind. Das schadet allerdings nicht. Nach Art. 136 Abs. 1 OR wirkt die Unterbrechung der Verjährung gegen einen solidarisch Haftenden für alle, wobei dies auch für Verantwortlichkeitsklagen Geltung hat (BSK OR II-Gericke/Waller, N 8 zu Art. 760). Es muss deshalb zulässig sein, alle auch nur entfernt möglichen Verantwortlichen mit der Verjährungsunterbre-

chung zu bedienen, statt sich mit derselben Wirkung auf einzelne zu beschränken.

Die Anforderungen an die Individualisierung des Anspruchs selbst dürfen nicht überstrapaziert werden. Es geht einzig darum zu verifizieren, welche Streitsache anhängig gemacht wird; es genügt, wenn alle notwendigen Elemente enthalten sind, damit der Streit individualisiert werden kann (Infanger, in: Basler Kommentar Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N 4 zu Art. 202). Aus der Bezeichnung als "Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit im Sinne von Art. 754 ff. OR" in Verbindung mit Stichworten zum Sachthemenkomplex, aus welchem solche Ansprüche behauptet werden, ist ohne weiteres erkennbar, mit was für einer Forderung die Beklagten konfrontiert werden sollten. Dabei genügt auch die Umschreibung der Thematik mit "Zahlungen an Dritte ab Frühjahr 2001"; für die in diesem Zeitpunkt aktiven Organe war damit nicht nur der Zeitraum, in welchem Handlungen ihrerseits als verantwortlichkeitsrelevant eingeklagt werden sollten, sondern auch die Art der Handlungen selbst abgesteckt, was genügt, um sich auf die Geltendmachung solcher Ansprüche einstellen zu können.

Aus BGE 121 III 18 können die Beklagten nichts für ihren Standpunkt ableiten (act. 32 S. 12; 34 S. 65). Dieser Entscheid betrifft eine Beschwerde gegen einen Zahlungsbefehl, der als Forderungsgrund lediglich "Schadenersatz" vermerkte, was laut dem Bundesgericht nur dann genügt, falls dem Betriebenen aus dem Gesamtzusammenhang klar wird, wofür er belangt wird. Gerade davon ist allerdings vorliegend auszugehen, da das Sühnebegehren nicht nur "aktienrechtliche Verantwortlichkeit" als Forderungsgrund nennt, sondern zusätzlich verschiedene Sachthemenkomplexe, die die Ansprüche näher eingrenzen. Mit dem Begehren wurden andererseits ausschliesslich Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit geltend gemacht, womit für sämtliche Beklagten erkennbar war, dass sie für Verwaltung, Geschäftsführung oder Revision der Gesellschaft haften sollten und keine andere Anspruchsgrundlage behauptet wurde.

2.4.3. Die Beklagten stellen sich in der Duplik auf den Standpunkt, die mit dem Sühnebegehren vom 3. Oktober 2006 geltend gemachte Forderung sei in den Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens gefallen, womit der angerufe-

ne Friedensrichter nach damals gültiger kantonaler Zivilprozessordnung sachlich unzuständig gewesen sei und das Begehren die Verjährung nicht habe unterbrechen können (act. 68 S. 8 ff.; 70 S. 40 ff.; 72 S. 28 ff.; 74 S. 28 ff.). Die Klägerin widerspricht dem (act. 81 S. 12 ff.).

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts vermag grundsätzlich nur ein an den zuständigen Sühnebeamten gerichtetes Sühnebegehren die Verjährung zu unterbrechen (BGE 132 V 404 E. 4.1; Berti, Zürcher Kommentar zu Art. 127-142 OR, 2002, N 56 zu Art. 135 OR). Für die Klage aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit war im Jahr 2006 im innerstaatlichen Verhältnis Art. 29 GestG massgeblich, wonach das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder am Sitz der Gesellschaft zuständig war. Im Anwendungsbereich des IPRG sind nach wie vor alternativ die schweizerischen Gerichte am Sitz der Gesellschaft oder am Wohnsitz (bzw. gewöhnlichen Aufenthaltsort) des Beklagten zuständig (Art. 151 Abs. 1 und 2 IPRG). Im Anwendungsbereich des LugÜ steht hingegen der Gerichtsstand im Sitzstaat der Gesellschaft nicht zur Verfügung; es gelten die allgemeinen Regeln gemäss Art. 2 ff. LugÜ. Im Vordergrund steht der Gerichtsstand am Wohnsitz des Beklagten (Art. 2 Nr. 1 LugÜ), allenfalls nach Art. 5 Nr. 1 oder 3 LugÜ am Sitz der Gesellschaft sowie nach Art. 6 Nr. 1 LugÜ am Gerichtsstand der Streitgenossenschaft (Blunschi, in Müller/Wirth, Kommentar GestG, Zürich 2001, N 17 ff. zu Art. 29 GestG; Killias, in: Schnyder, Kommentar Lugano-Übereinkommen, Zürich 2011, N 79 zu Art. 22 Nr. 2; BSK OR II-Gericke/Waller, N 4a vor Art. 754-761). Verantwortlichkeitsklagen gegen natürliche Personen wurden im Kanton Zürich nach dem 2006 massgeblichen Prozessrecht in der Regel vom Bezirksgericht beurteilt und waren grundsätzlich mit einem Sühnverfahren einzuleiten (§ 31 Ziff. 1 GVG/ZH; § 93 ZPO/ZH); die direkte Klageerhebung beim Gericht war unter anderem obligatorisch vorgeschrieben für Klagen im Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens (§ 104 lit. d ZPO/ZH).

Das Sühnebegehren der in 8001 Zürich domizilierten (act. 3/2) Klägerin vom 3. Oktober 2006 war adressiert an das Friedensrichteramt Zürich Kreis 1 und 2 und richtete sich gegen 44 Beklagte; fünf Beklagte hatten ihren Wohnsitz laut dem Begehren im Ausland (USA: B._____, F._____, L._____; Saudi Arabien:

M._____; Belgien: N._____; act. 33/3). Laut dem Sühnebegehren befand sich somit lediglich der Wohnsitz des Beklagten N._____ in einem ausländischen Vertragsstaat des Lugano-Übereinkommens. Dies genügt allerdings, um die Anwendbarkeit des LugÜ zu begründen. Gestützt auf Art. 6 Nr. 1 LugÜ hätte dieser, ebenso wie weitere Beklagte mit schweizerischem Wohnsitz, am Wohnsitz eines erstbeklagten Schweizers verklagt werden können (vgl. Müller, in: Dasser/Oberhammer, Lugano-Übereinkommen, Bern 2011, Art. 6 N 23); umstritten ist hingegen, ob dies auch mit Bezug auf Beklagte mit Wohnsitz in einem Nicht-Vertragsstaat gilt (a.a.O., N 32 ff.). Zudem wäre ein Gerichtsstand am Erfüllungs- resp. Handlungs- und Erfolgsort in Betracht gefallen (Art. 5 LugÜ). Die Klage im Kanton Zürich wäre 2006 nach dem Gesagten ohne Sühnverfahren direkt beim Gericht einzureichen gewesen. Das Friedensrichteramt Zürich 1 und 2 erweist sich mithin nicht als zuständig für die Behandlung des Sühnebegehrens vom 3. Oktober 2006.

Die Parteien behaupten nicht, dass der Friedensrichter das Begehren zurückgewiesen und auf seine fehlende Zuständigkeit hingewiesen habe. Ein Vorgehen nach Art. 139 aOR stand daher nicht zur Diskussion. Das *heute* im Prozess stehende Verfahren fällt sodann nicht in den Anwendungsbereich des LugÜ. Zu beantworten ist auch nicht die Frage der korrekten Klageeinleitung und der Zuständigkeit des angerufenen Handelsgerichts. Vielmehr steht zur Diskussion, ob sich die heute beklagten Parteien auf die fehlende Unterbrechungswirkung des beim damals unzuständigen Friedensrichter eingereichten Sühnebegehrens berufen können.

Sämtliche im vorliegenden Verfahren Beklagten wären nach dem Dargelegten im Binnen- oder (aussereuropäisch) internationalen Verhältnis zurecht in ein Sühnverfahren gezogen worden. Auf die Unzuständigkeit des Friedensrichters hätten sie sich nicht berufen können, zumal diese einzig aufgrund der Rechtsposition eines Mitbeklagten und nicht aufgrund ihrer eigenen in Frage stand; daran ändert nichts, dass sich die Beklagten bei direkter Klageeinleitung beim Gericht nicht gegen dieselbe hätten wenden können (vgl. u.a. act. 70 S. 46; 74 S. 34), weil diesfalls nämlich kein Fehler in der Klageeinleitung vorgelegen hätte. Zugunsten der

Beklagten lässt sich auch aus der gemäss Art. 759 Abs. 2 OR vorgesehenen Möglichkeit der gemeinsamen Klage auf den Gesamtschaden nichts ableiten. Dass die Klage nicht gegen mehrere Beteiligte gemeinsam geführt werden *muss*, ergibt sich bereits aus dem Gesetz. Die gemeinsam Beklagten sind einfache Streitgenossen, die den Prozess unabhängig voneinander führen können. Auch wenn dem Gericht eine Trennung des Verfahrens nicht ohne weiteres freistehen sollte (so z.B. act. 70 S. 50 und 72 S. 34 mit Hinweis auf Läser, Mehrheit von Ersatzpflichtigen in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Diss. Zürich 2010, S. 147), handelt es sich umgekehrt um grundsätzlich eigenständige Verfahren gegen jeden Beklagten, die in ihren Rechtspositionen separat zu beurteilen sind. Das trifft selbstverständlich auch für die Zuständigkeit zu, die einer angestrebten Einklagung möglichst vieler Personen im Weg stehen kann (Läser, a.a.O., S. 156 ff., 160; vgl. auch Blunschi, a.a.O., N 21 zu Art. 29 GestG). Soweit die Beklagten schliesslich Sinn und Zweck von § 104 lit. d ZPO/ZH anführen, der mit Rücksicht auf das Problem der Rechtshängigkeit nach LugÜ resp. des "forum running" ins Gesetz aufgenommen worden sei (act. 68 S. 12 f.; 70 S. 48; 72 S. 36 f.; 74 S. 36 f.), so steht diese Thematik hier ebenfalls nicht im Vordergrund; es ist nicht entscheidend, ob die Klage 2006 im eurointernationalen Verhältnis rechtshängig wurde, sondern einzig, ob das eingeleitete Sühneverfahren als Rechtsschutzgesuch im Sinne einer Bekräftigung des Gläubigerinteresses am Weiterbestand seiner Forderung genügt. Mit Bezug auf die heute im Prozess stehenden Beklagten, die für sich sämtliche fehlerfrei in ein Sühneverfahren zu ziehen gewesen wären, ist dies zu bejahen.

Damit ist im Ergebnis festzuhalten, dass mit der Einreichung des Schlichtungsbegehrens vom 3. Oktober 2006 die Unterbrechungswirkung eingetreten ist und die Fristen von neuem beginnen.

2.4.4. Am 27. Dezember 2010 stellte die Klägerin beim Friedensrichteramt Zürich 1 und 2 ein weiteres Sühnebegehren (act. 33/6=35/20). Mit diesem wurde unter anderem verlangte, es seien die (dortigen) Beklagten 5, 7-8, 11-13, 15-19 (Nr. 5, 8, 11, 13 und 15 identisch mit den heutigen Beklagten 1-5) zur Bezahlung von CHF 707'197'324.00 zuzüglich Zins zu verpflichten. Als verantwortlichkeitsrele-

vantes Verhalten wurde auf S. 8 des Gesuchs insbesondere auch "Zahlungen an Dritte ab Frühjahr 2001" erwähnt, mit der Präzisierung, der Schaden errechne sich vor dem Hintergrund diverser Zahlungen ab März 2001, welche angesichts der bei der A._____ eingetretenen Überschuldung nicht mehr hätten vorgenommen werden dürfen (act. 33/6).

Unter Hinweis auf die Ausführungen in Ziff. 2.4.2 oben erweist sich auch dieses Schlichtungsgesuch, das ausschliesslich Beklagte mit schweizerischem oder aussereuropäischem Wohnsitz betraf, als zulässige und geeignete Unterbrechungshandlung; die Verjährung begann von neuem. Auf das weitere Schlichtungsbegehren vom 30. September 2011 (act. 33/7=35/21) braucht unter diesen Umständen nicht mehr eingegangen zu werden.

2.5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die vorliegende, schliesslich am 27. Juni 2012 rechtshängig gemachte Forderung nicht verjährt ist.

3. Sachverhalt, Parteibehauptungen

3.1. Sachverhalt, Hintergrund

In der Jahresrechnung 2000 wies der A._____-Konzern Verluste in der Höhe von CHF 2'885 Mio. aus (act. 33/15 S. 8), die zu einem grossen Teil auf Rückstellungen im Zusammenhang mit den in den Vorjahren erworbenen ausländischen Airline Beteiligungen zurück zu führen waren. Die Jahresrechnung der A._____ schloss mit einem Verlust von CHF 1'069 Mio. und einem Eigenkapital von CHF 904 Mio. bei einem Aktienkapital von CHF 877 Mio. (act. 33/15 S. 46 ff.); sie wurde anlässlich der Generalversammlung vom 25. April 2001 genehmigt (act. 3/55 S. 12; vgl. auch act. 54 S. 67 f.).

Der Verwaltungsrat der A._____ beschloss in der Folge die Aufgabe der sog. Hunter-Strategie und den geordneten Ausstieg aus den ausländischen Airline Beteiligungen, leitete Devestitionen ein, traf Massnahmen zur Liquiditätssicherung und zog verschiedene Beratungsfirmen bei (act. 32 S. 37 ff.; 34 S. 121 ff.; 36 S. 241 ff.; 38 S. 232 ff.; vgl. z.B. act. 54 S. 607 ff.).

Am 11. September 2001 kam es in den USA zu mehreren Terroranschlägen, die zu erheblichen Beeinträchtigungen des Flugverkehrs und der flugnahen Unternehmen führten. In der Zeit danach fanden bei der A._____ zahlreiche Konzernleitungs- und Verwaltungsratssitzungen statt; es wurden Gespräche mit den Grossbanken geführt und die Konzernleitung wandte sich an den Bundesrat (act. 32 S. 120 ff.; 34 S. 154 ff.; 36 S. 46 ff.; 38 S. 22 ff.; 54 S. 209 ff.). Mangels ausreichender Liquidität wurde der Flugverkehr der G._____ am 2. Oktober 2001 vorübergehend eingestellt ("Grounding"). Die A._____ reichte am 4. Oktober 2001 ein Gesuch um Nachlassstundung ein, das am Folgetag provisorisch bewilligt wurde (act. 3/123).

In der Zeit zwischen dem 10. (und nicht 12.; vgl. dazu noch unten Ziff. 5.2.2) September und dem 1. Oktober 2001 leistete die A._____ unter anderem die folgenden Zahlungen, aus welchen die Klägerin ihre Verantwortlichkeitsansprüche ableitet:

10.09.01	I._____ Ltd.	GBP	107'082
14.09.01	Rückzahlung Optionsanleihe	CHF	102'215'000
17.09.01	K._____ Bank S.A.	BEF	1'051'440'219
25.09.01	J._____	GBP	7'206'410
27.09.01	J._____	CHF	28'235'239
28.09.01	I._____ Ltd.	GBP	810'852
01.10.01	I._____ Ltd.	CHF	282'850

3.2. Parteibehauptungen

3.2.1. Die Klägerin beruft sich auf eine Verantwortlichkeit der Beklagten wegen Gläubigerbegünstigung (act. 1 S. 12, 64 ff.). Sie wirft ihnen im Wesentlichen vor, sie hätten im Zeitpunkt der Zahlungen objektiv und ernsthaft mit der Möglichkeit der Insolvenz der A._____ rechnen müssen. Es sei ihnen bewusst gewesen, dass diese ohne neue Fremdmittel in Kürze illiquid sein würde. Hoffnung habe nur noch auf einen Zuschuss vom Bund bestanden. Sie hätten sich deshalb auch bewusst sein müssen, dass Zahlungen an einzelne Gläubiger zu einer Schädigung der übrigen Gläubiger führen würden (act. 1 S. 83 ff.). Vor diesem Hintergrund hätten sie spätestens ab September 2001 keine Zahlungen mehr ausführen oder zulassen dürfen, sondern - insbesondere die Beklagten 1 und 5 - einen Zahlungsstopp für

nicht betriebsnotwendige Zahlungen veranlassen müssen. Auch sei die Erstellung einer Liquidationsbilanz unterlassen worden. Die beklagten Verwaltungsräte hätten die organschaftliche Oberverantwortung getragen und seien eng in das laufende Geschehen eingebunden gewesen. Sie hätten die notwendigen Massnahmen zur Vermeidung der Gläubigerbegünstigung nicht eingeleitet und keine klare Weisungen an die Beklagte 5 gegeben. Diese sei von allen der nahenden Illiquidität am meisten bewusst gewesen. Sie habe den selbst verhängten Zahlungsstopp aktiv und selektiv zugunsten der J._____ und der I._____ unterlaufen (act. 1 S. 91 f.).

3.2.2. Die Beklagten beantragen die Abweisung der Klage. Sie stellen sich insbesondere auf den Standpunkt, die A._____ habe sich mit Hilfe einer Vielzahl von Massnahmen seit dem Frühjahr 2001 auf dem Weg der finanziellen Gesundung befunden, als der Terroranschlag vom 11. September 2001 eine ganz neue Situation geschaffen habe. In der Zeit, als die Zahlungen erfolgten, habe der Verwaltungsrat der A._____ und die Beklagte 5 mit der Konzernleitung mit höchster Intensität versucht, die geschaffene bedrohliche Situation und die Insolvenz bzw. den Konkurs abzuwenden. Die Bemühungen seien nicht aussichtslos gewesen, und es sei zwingend erforderlich gewesen, die Geschäftstätigkeit aufrecht zu erhalten (act. 32 S. 3 ff.; 34 S. 44 ff.). Die Beklagten 2-4 wenden zudem ein, es fehle bereits am Klagefundament, indem ihnen kein pflichtwidriges Verhalten vorgeworfen werde. Von den gerügten Zahlungen hätten sie weder gewusst noch wissen müssen. Diese seien aber auch nicht pflichtwidrig erfolgt (vgl. act. 36 S. 5 ff.; 38 S. 4 ff.; 34 S. 53 ff.). Die Beklagten bestreiten eine Übertragbarkeit des Urteils des Bundesgerichts 5C.29/2000 auf das vorliegende Verfahren, sowohl was die Pflichtwidrigkeit als auch was den Schaden anbelangt (act. 34 S. 19 ff.). Die Klage gehe von einem falschen Schadensbegriff aus und nehme zu Unrecht an, dass jede paulianisch anfechtbare Zahlung eine Pflichtverletzung des Verwaltungsrats darstelle. Eine Substantiierung eines auf Verletzung von Art. 725 OR beruhenden Schadens fehle; ohnehin sei bestritten, dass die A._____ per 31. Dezember 2000 überschuldet gewesen sei (act. 34 S. 53 ff.; 36 S. 310 ff., 421 ff.).

4. Aktienrechtliche Verantwortlichkeit

4.1. Die Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen sind sowohl der Gesellschaft als den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen (Art. 754 Abs. 1 OR).

4.2. Die Klägerin ist die Nachlassmasse der A._____. Auf den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung gelangen die für den Konkurs aufgestellten Regeln analog zur Anwendung (vgl. BSK OR II-Gericke/Waller, N 3 zu Art. 757 m. Hinweisen). Die Nachlassmasse resp. deren Verwaltung macht als solche Ansprüche der Gläubigergesamtheit geltend (BSK OR II-Gericke/Waller, N 12 ff. und N 18 zu Art. 757).

4.3. Es ist unbestritten, dass die Beklagten 1-4 als Mitglieder des Verwaltungsrates Organe der A._____ waren. Die Beklagte 5 wird als oberste Finanzchefin und Mitglied der obersten Führungsebene der A._____ eingeklagt, die im Finanzbereich weitestgehend selbständig operiert habe. Die Beklagte 5 bestreitet nicht, dass auch sie grundsätzlich vom Anwendungsbereich von Art. 754 Abs. 1 OR erfasst wird (act. 32 S. 328).

4.4. Die Klägerin belangt alle Beklagten für den gleichen Schaden. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung greift die differenzierte Solidarität gemäss Art. 759 Abs. 1 OR erst, wenn die zur Verantwortung gezogenen Personen effektiv für den gleichen Schaden haftbar sind. In einem ersten Schritt ist daher der von einem Verantwortlichen durch schuldhafte Verletzung einer aktienrechtlichen Pflicht adäquat verursachte Schaden zu ermitteln. In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob individuelle Herabsetzungsgründe eine Reduktion der Haftung rechtfertigen. Mit anderen Worten haften nur die Personen untereinander solidarisch, für welche die Haftungsvoraussetzungen von adäquater Verursachung, Pflichtwidrigkeit und Verschulden gegeben sind. Für den Umfang der Ersatzpflicht eines solidarisch Haftenden ist es im Aussenverhältnis unerheblich, ob auch andere für den gleichen Schaden haften. Ebenso wenig spielt der (geringe oder volle) Umfang ih-

rer Haftung ein Rolle (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_468/2011 vom 4. Januar 2012, E. 1.3).

4.5. Entsprechend der allgemeinen Regel des Haftpflichtrechts, zu welchem die Art. 754 ff. OR gehören, obliegt es dem Verantwortlichkeitskläger, die Elemente des Verantwortlichkeitsanspruchs zu substantiieren und zu beweisen (vgl. Urteile des Bundesgerichts 4A_410/2011 vom 11. Juli 2012, E. 3.1; 4A_462/2009 vom 16. März 2010 E. 2).

5. Schaden

5.1. Parteibehauptungen

5.1.1. Die Klägerin ist der Meinung, der Schaden entspreche der Gläubigerschädigung, die mit derjenigen der Anfechtungsklage identisch sei (act. 1 S. 65 ff.). Sie verweist auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur paulianischen Anfechtung und macht geltend, die Schädigung ergebe sich daraus, dass durch die vollständige Tilgung einer einzelnen Schuld und der damit einhergehenden Verminderung des Verwertungssubstrates die Werthaltigkeit der übrigen Gläubigerforderungen beeinträchtigt werde. Der Schaden sei in der Verminderung des Haftungssubstrats zu sehen; die Verminderung der Passiven sei keine adäquate Gegenleistung. Der Schaden entspreche dem Betrag der widerrechtlich geleisteten Zahlungen, abzüglich Dividende, welche im Nachlassverfahren bei Nichtzahlung hätte ausgerichtet werden müssen (act. 1 S. 69). Schadensmindernd würden die erzielten Rückflüsse bzw. Vergleichszahlungen berücksichtigt.

In der Replik hält sie daran fest, dass Referenzgrösse für die Schadensberechnung das Massevermögen als Verwertungssubstrat sei. Der Schaden entspreche der Differenz zwischen dem tatsächlichen Stand des Massevermögens und dem Vermögen, welches die Masse ohne die pflichtwidrig geleisteten Zahlungen hätte. Im Übrigen sei es gerechtfertigt und in komplexen Fällen notwendig, den Fokus im Rahmen der Differenzbetrachtung auf einzelne Bilanzpositionen zu richten (act. 54 S. 42 f., 597, 635).

5.1.2. Die Beklagten bestreiten einen Schaden der Klägerin; alle Zahlungen hätten gültige und fällige Forderungen getilgt und im entsprechenden Umfang Passiven reduziert. Schaden sei nicht Gläubigerschädigung; die Verantwortlichkeitsklage schütze ein anderes Vermögen als die paulianische Anfechtung. Die Klage sei ungenügend substantiiert (act. 32 S. 256 ff.; act. 34 S. 28 ff., 293 ff.; act. 36 S. 25 ff.; act. 38 S. 313 ff.). Daran halten sie auch in ihrer zweiten Rechtsschrift fest (act. 68 S. 639 f.; act. 70 S. 736 f.; act. 72 S. 731; act. 74 S. 752 f.).

Ferner weisen sie darauf hin, dass die Klägerin aus der Zahlung an J._____ vom 25. September 2001 selbst keinen Schaden ableite und nicht bestreite, dass die Zahlung an J._____ vom 27. November 2001 nicht aus Mitteln der A._____, sondern aus solchen der A._____ Finance erfolgt sei, womit ein blosser Passiventausch stattgefunden habe (act. 68 S. 421 f.; act. 70 S. 22; act. 72 S. 12 f.; act. 74 S. 11 f., 754).

5.2. Schadensbezifferung

5.2.1. Die Klägerin berechnet den Nettoschaden zusammengefasst wie folgt, wobei ihre Berechnungen betragsmässig nicht detailliert beanstandet werden (act. 1 S. 71 ff.; vgl. act. 32 S. 324 f.; act. 34 S. 348 ff.; act. 36 S. 383 ff.; act. 38 S. 406 f.):

14.09.01	Rückzahlung Optionsanleihe	CHF	102'215'000
	abzügl. Maximaldividende	CHF	18'500'915
	Schaden	*CHF*	*83'714'085*
17.09.01	K._____ Bank S.A.	BEF	1'051'440'219
	umgerechnet in	EUR	26'065'203
	abzügl. Maximaldividende	EUR	4'717'802
	abzügl. Vergleichszahl (total)	EUR	7'799'715
	zuzügl. Zins (total)	EUR	12'171'558
	Schaden	*EUR*	*25'719'244*
25.09.01	J._____	GBP	7'206'410
	abzügl. Maximaldividende	GBP	1'304'360
	abzügl. Anteil Vergleich	GBP	7'007'865
	zuzüglich Zins	GBP	1'105'815
	Schaden		*0.00*

27.09.01	J._____	CHF	28'235'239
	abzügl. Maximaldividende	CHF	5'110'578
	abzügl. Anteil Vergleich	CHF	18'723'533
	zuzügl. Zins	CHF	4'326'239
	Schaden	*CHF*	*8'727'367*
12.09.01	I._____ Ltd.	GBP	107'082
28.09.01	I._____ Ltd.	GBP	810'852
	abzügl. Maximaldividende	GBP	166'145
	Schaden	*GBP*	*751'788*
01.10.01	I._____ Ltd.	CHF	282'850
	abzügl. Maximaldividende	CHF	51'196
	Schaden	*CHF*	*231'654*

5.2.2. Festzuhalten ist zunächst, dass die erste beanstandete Zahlung an I._____ Ltd. in der Höhe von GBP 107'082 (auch) nach den Ausführungen der Klägerin in der Replik tatsächlich per Valuta 10. September 2001 erfolgte (vgl. act. 54 S. 208).

5.2.3. Bereits aus der klägerischen Aufstellung ergibt sich sodann, dass die Klägerin aus der Zahlung der A._____ an J._____ vom 25. September 2001 keinen Schaden ableitet (vgl. auch act. 54 S. 627). Zu dieser Zahlung erübrigen sich mithin weitere Ausführungen, da insoweit mangels behaupteten Schadens von vornherein keine Verantwortlichkeitsansprüche bestehen können.

5.2.4. Zur Zahlung an J._____ vom 27. September 2001 wenden die Beklagten ein, diese habe das Verwertungssubstrat der A._____ nicht beeinträchtigt, da sie über ein Konto erfolgt sei, das am Zero-Balancing Cash Pool angeschlossen gewesen und somit gleichentags wieder auf Null ausgeglichen worden sei (act. 32 S. 204 f.; act. 34 S. 224 ff.; act. 36 S. 163 ff.; act. 38 S. 147 ff.; sodann act. 68 S. 421 f.; act. 70 S. 22; act. 72 S. 12 f.; act. 74 S. 11 f., 754). Die Klägerin bestreitet nicht, dass die Zahlung zulasten des Cash Pool Kontos erfolgt sei. Dass dieses gleichentags wieder ausgeglichen worden sei, ändere jedoch nichts daran, dass ein Mittelabfluss stattgefunden habe. Zudem seien die Gelder aus dem Cash Pool ohnehin vor der Nachlassstundung vollumfänglich auf die A._____ übertragen worden, wobei der Betrag entsprechend grösser gewesen wäre, wenn die Zahlung an J._____ nicht erfolgt wäre (act. 54 S. 627 f., 726 f.).

Unbestritten ist damit, dass die A._____ die Zahlung an J._____ vom 27. September 2001 über CHF 28'235'239 zulasten anderer Kreditoren - zunächst eines …-Kontokorrents und hernach der A._____ Finance - geleistet hat, womit ein blosser Passiventausch stattgefunden hat. Es ist daher davon auszugehen, dass mit dieser Transaktion bei der A._____ tatsächlich kein Mittel*ab*fluss eingetreten ist, wurden doch lediglich Passiven verlagert. Es kann dahin gestellt bleiben, ob in der Folge der Mittel*zu*fluss aus dem Übertrag der Gelder aus dem Cash Pool entsprechend geringer war. Die Klägerin legt zwar detailliert dar, wie am 28. September 2001 - unmittelbar vor der Einstellung des Cash Poolings - ein letzter Sweep sowie Überträge auf Konti der A._____ ausgelöst worden seien (act. 54 S. 429 ff.). Sie behauptet aber selbst nicht, dass die dabei veranlassten zahlreichen Transaktionen unmittelbar in einem Zusammenhang mit der Zahlung an J._____ standen, so dass die Klägerin aus der allenfalls geringeren Höhe der dabei der A._____ gutgeschriebenen Beträge nichts für sich ableiten kann.

5.3. Schadensbegriff

Schaden ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts die ungewollte Verminderung des Reinvermögens. Er entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen - nach dem schädigenden Ereignis festgestellten - Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (BGE 132 III 359 E. 4). Der allgemeine Schadensbegriff gilt auch im Verantwortlichkeitsrecht: Schaden ist die Differenz zwischen dem gegenwärtigen Stand des Vermögens des Geschädigten und dem Stande, den sein Vermögen ohne die den Schaden verursachende rechtswidrige Handlung oder Unterlassung hätte (Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. Zürich 2009, § 18 Rz 360). Zur Festsetzung des Konkursverschleppungsschadens insbesondere ist das Vermögen im Zeitpunkt, in welchem der Konkurs hätte erfolgen müssen, mit demjenigen bei Konkurseröffnung zu vergleichen, wobei Liquidationswerte massgebend sind (BGE 136 III 322 E. 3).

5.4. Gläubigerschädigung als Schaden?

5.4.1. Wie ausgeführt (oben Ziff. 4.2) macht die Klägerin die Ansprüche der Gläubigergesamtheit geltend (BSK OR II-Gericke/Waller; N 12 ff. und N 18 zu OR 757). Dabei geht es um den Schaden der Gesellschaft (Urteil des Bundesgerichts 4A_410/2011 vom 11. Juli 2012 E. 3.2). Das Bundesgericht hielt denn auch in BGE 132 III 342 E. 2.3.3 fest: "Der gesamte Schaden der Gläubiger, den gemäss Art. 757 Abs. 1 OR in erster Linie die Konkursverwaltung einzuklagen berechtigt ist, besteht in der unfreiwilligen Vermögenseinbusse, welche die konkursite Gesellschaft durch die pflichtwidrigen Handlungen ihrer Organe erlitten hat." Der relevante Schaden in einer typischen Verantwortlichkeitsklage bestimmt sich nicht in der Person des Klägers, sondern in der negativen Veränderung des Gesellschaftsvermögens (Böckli, a.a.O., § 18 Rz 365).

Demgegenüber ist die für die paulianische Anfechtung erforderliche Gläubigerschädigung immer eine objektive Schädigung der Gläubiger durch Beeinträchtigung der Exekutionsrechte, sodass das auf ihre Forderungen entfallende Betreffnis geschmälert wird (Staehelin, in: Basler Kommentar SchKG II, 2. Aufl. 2010, N 3 zu Art. 288 und N 14 zu Art. 285); der Schaden ist immer ein solcher der Gläubiger und braucht sich mit demjenigen des Schuldners nicht zu decken (a.a.O., N 14b zu Art. 288; vgl. auch Vogt, Die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Absichtsanfechtung und ihre Bezüge zur aktienrechtlichen Sorgfaltspflicht der Organe, in: AJP 2010 S. 1090, und Vogt, Krisenmanagement unter dem Damoklesschwert der paulianischen Anfechtung, Die neuere Bundesgerichtspraxis zur Absichtsanfechtung nach Art. 288 SchKG, in: GesKR 2009 S. 165).

Bereits daraus ergibt sich, dass für den vorliegenden Verantwortlichkeitsanspruch nur die Differenz des Vermögens der Gesellschaft mit resp. ohne die beanstandeten Zahlungen den (allfälligen) Schaden bilden kann und nicht die blosse Differenz im Haftungssubstrat. Denn das Vollstreckungssubstrat besteht allein aus den Aktiven der konkursiten Gesellschaft, während sich der Vermögensstand der Gesellschaft aus den Aktiven *und* den Passiven ergibt. Den Beklagten ist sodann zuzustimmen, dass die Bezahlung einer fälligen Schuld im Vermögen der Gesellschaft grundsätzlich keinen Schaden bewirkt, werden doch die Aktiven um den gleichen Betrag reduziert wie die Passiven.

5.4.2. In seinem Urteil vom 19. September 2000 (5C.29/2000; sog. Fall Raichle) hielt das Bundesgericht zum entsprechenden Einwand im dortigen Verfahren fest (E. 4.c):

"Damit ist ohne weiteres auch davon auszugehen, dass die Darlehensrückzahlung zu einer Schädigung der Gläubiger führte. Der Einwand der Beklagten, dass den anderen Gläubigern kein Schaden entstanden sei, weil der Verminderung der Aktiven eine entsprechende Verminderung der Passiven gegenüber gestanden habe, überzeugt nicht. Die Schädigung der Gläubiger besteht darin, dass durch die vollumfängliche Tilgung einer einzelnen Schuld und der damit einhergehenden Verminderung des Verwertungssubstrates die Werthaltigkeit ihrer Forderungen beeinträchtigt wurde. Diesfalls ist die Konkursverwaltung befugt, durch Verantwortlichkeitsklage das zur Masse gehörende Vermögen im Interesse der Gesamtheit der Gesellschaftsgläubiger erhältlich zu machen (Art. 757 Abs. 1 Satz 2 OR; BGE 117 II 432 E. 1b/ee S. 439)."

An der verwiesenen Stelle in BGE 117 II 432 hielt das Bundesgericht allerdings lediglich fest, dass es nach der Konkurseröffnung nicht mehr Ziel des Verantwortlichkeitsrechts sein könne, die Lebensfähigkeit der Gesellschaft und den Wert der Beteiligungsrechte der Aktionäre zu erhalten. Es könne vielmehr einzig noch darum gehen, im Interesse der Gesellschaftsgläubiger das zur Masse gehörende Vermögen erhältlich zu machen. Die Durchsetzung der Verantwortlichkeitsansprüche könne dabei jedoch nicht den einzelnen Gläubigern überlassen werden. Der einzelne Gläubiger habe gar keine unmittelbaren Ansprüche gegen die verantwortlichen Organe, sondern bloss einen Anspruch gegen die Konkursmasse auf anteilmässige Befriedigung seiner Forderung aus deren Aktiven. Der Entscheid äussert sich mit anderen Worten nicht zum Schadensbegriff; dass der Nachlassverwalter berechtigt ist, mittels Verantwortlichkeitsklage den verursachten Schaden geltend zu machen, steht hingegen ausser Frage.

Auch in der Literatur wird dafür gehalten, dass der relevante Schaden bei der Absichtspauliana ein anderer sei als im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht: Letzteres handle von einer Verminderung des Gesellschaftsvermögens. Wenn die Gesellschaft einzelne Gläubiger gegenüber anderen bevorzuge, werde das Gesellschaftsvermögen dadurch (falls fällige Forderungen bezahlt werden und die

Gesellschaft nicht überschuldet sei) nicht beeinträchtigt, weil der Abnahme auf der Aktivseite eine entsprechende Verminderung der Verpflichtungen gegenüberstehe (Forstmoser, Paulianische Anfechtung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, in: Liber amicorum für Rudolf Tschäni, Zürich 2010, S. 445 ff.).

Hingewiesen wird auch darauf, dass das Bundesgericht zwei Jahre nach dem Entscheid Raichle festgehalten habe, dass die Gesellschaft durch die Befriedigung einzelner Gläubiger zu Lasten der übrigen Gläubiger nicht geschädigt werde, sei doch die Transaktion aus Sicht der Gesellschaft buchhalterisch neutral, weshalb die Gläubiger einen unmittelbaren Schaden erlitten hätten, den sie selbst geltend machen könnten (Suter, Der Schaden bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Diss. St. Gallen 2010, S. 198 unter Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts 4C.200/2002, E. 3; unpubl. Erw. in BGE 129 III 129). Rebsamen (Die Gleichbehandlung der Gläubiger durch die Aktiengesellschaft, Diss. Freiburg 2004, Rz 891 ff.) ist der Meinung, dass das Bundesgericht in beiden Fällen richtigerweise die Klagen der Konkursverwaltung bzw. der Abtretungsgläubiger hätte abweisen müssen.

Andere Autoren erachten die Einzelbetrachtung von Schadenspositionen beim Fortführungsschaden (u.a. auch mit Hinweis auf den Fall Raichle) als überholt (Umbach/Weber, Schadensberechnung im Verantwortlichkeitsprozess, in: Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Zürich 2003, S. 125 ff.).

Denkbar ist zwar, dass Gläubiger gestützt auf Art. 41 OR einen direkten Schaden geltend machen können, z.B. wenn der Tatbestand der Gläubigerbevorzugung im Sinne von StGB 167 erfüllt ist. Der Schaden des einzelnen Gläubigers würde diesfalls tatsächlich dem Betrag der entgangenen Konkursdividende entsprechen (vgl. dazu Gessler, Gläubigerbegünstigung durch die Aktiengesellschaft, Festgabe Peter Forstmoser, Zürich 2008, S. 419; siehe auch Urteil des Bundesgerichts 4A_381/2012 vom 8. November 2012, E. 6). Soweit sich die Klägerin in diesem Zusammenhang auf Böckli bezieht (act. 54 S. 597), wird denn auch dort insbesondere die Diskrepanz der Lage von Alt- und Neugläubigern thematisiert; Böckli hält fest, dass die Neugläubiger, die bei Kenntnis der wahren Sachlage gar nicht oder nur gegen bar bzw. gegen ausreichende Sicherheit geleistet hätten, einen

Schaden entsprechend der Differenz zwischen dem Forderungsbetrag und der Konkursdividende bei Misslingen der Sanierung und der Differenz zwischen dem Forderungsbetrag und der ihnen im Sanierungsplan zukommenden Teilsumme im Fall seines Gelingens erleiden würden (Böckli, a.a.O., § 13 Rz 817d). Damit ist aber gerade eine direkte Gläubigerschädigung angesprochen, die vorliegend nicht Thema ist.

5.4.3. Die Klägerin weist zwar zurecht darauf hin, dass Forstmoser an der oben zitierten Stelle einschränkend festhält, das Gesellschaftsvermögen sei nur dann nicht beeinträchtigt, wenn fällige Forderungen bezahlt würden und die Gesellschaft nicht überschuldet sei (act. 54 u.a. S. 635, 659). Dass jedoch mit dem Eintritt der Überschuldung - auf die vorliegend umstrittene Frage, ob und wann dies bei der A._____ der Fall war, wird noch näher einzugehen sein (unten Ziff. 6.4.3) - ohne weiteres ein anderer Schadensbegriff zum Tragen kommen soll, kann aus der erwähnten Aufsatzstelle nicht abgeleitet werden. Dies ergibt sich auch nicht allein daraus, dass dem Verwaltungsrat aus dem Eintritt der Überschuldung oder deren Drohen bestimmte gesetzliche Pflichten erwachsen (dazu noch unten Ziff. 6.4), zumal in diesem Zusammenhang gerade nicht die Gläubigerschädigung, sondern der sog. Fortführungsschaden im Vordergrund steht.

Mit Bezug auf den Schaden kann sodann auch dem Aufsatz von Krizaj zum Verhältnis der Verantwortlichkeitsklage zur paulianischen Anfechtung (Ying und Yang. Oder das Verhältnis der Verantwortlichkeitsklage zur paulianischen Anfechtungsklage, in: AJP 2013 S. 819 ff.) nichts zugunsten der Klägerin entnommen werden. Dieser Autor vertritt namentlich in Bezug auf den Fall Raichle die Meinung, dass das Bundesgericht die Aktivlegitimation zu Unrecht der Konkursverwaltung statt direkt den Gläubigern zugesprochen habe (a.a.O. S. 830); die Verminderung des Verwertungssubstrats stelle im Fall Raichle wegen der gleichzeitigen Verminderung der Passiven keinen Schaden im Sinne von Art. 754 f. OR dar; der Schaden sei ausschliesslich bei den Gesellschaftsgläubigern eingetreten, in Form der Verminderung der Konkursdividende (a.a.O., S. 832 f.). Nicht anders verhält es sich vorliegend.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Schaden nicht mit der Höhe der geleisteten Zahlungen begründet werden kann. Läge in diesen Zahlungen resp. in der Nichtanordnung eines Zahlungsstopps eine Pflichtverletzung, so wäre der Stand des Vermögens der A._____ mit den Zahlungen und der hypothetische Stand ohne diese zu vergleichen. Einen solchen Schaden hat die Klägerin nicht dargetan und ist auch nicht ersichtlich.

5.5. Fortführungsschaden

Die Klägerin hat keinen anderen Schaden geltend gemacht als die beanstandeten, um die Dividende und Rückflüsse reduzierten Zahlungen. Insbesondere bezifferte sie ausdrücklich keinen Fortführungsschaden (vgl. act. 54 S. 663, 711; vgl. auch act. 81 S. 9), was durch einen Vergleich des Vermögens im Zeitpunkt, in welchem der Konkurs korrekterweise zu eröffnen gewesen wäre, mit demjenigen bei Konkurseröffnung hätte dargestellt werden müssen, wobei Liquidationswerte massgebend gewesen wären (vgl. BGE 136 III 322 E. 3). Insofern erübrigen sich weitere Ausführungen.

5.6. Ausschlussgründe

Die Klägerin legt ausführlich dar, weshalb ihrer Meinung nach der Annahme einer Gläubigerschädigung keine Ausschlussgründe entgegenstehen. Es fehle insbesondere eine adäquate bzw. verwertbare Gegenleistung, es handle sich nicht um betriebsnotwendige Zahlungen oder Zahlungen für eigentliche Sanierungsleistungen, und es wäre auch keine identische Gläubigerschädigung bei korrektem Verhalten des Schuldners eingetreten (act. 1 S. 66 ff.). Die Beklagten sind anderer Ansicht.

Da nach dem Ausgeführten der Begriff der Gläubigerschädigung vorliegend nicht massgeblich ist, kann es auf Ausschlussgründe gegenüber der paulianischen Anfechtung nicht ankommen. Ob die Zahlungen - hätten sie zu einem Schaden geführt - unter dem Aspekt der Sorgfaltspflichtverletzung zu beanstanden gewesen wären, wird im Rahmen der nachfolgenden Prüfung noch näher zu klären sein.

5.7. Zusammenfassung Schaden

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Klägerin mit der Darlegung des Betrags der geleisteten Zahlungen, abzüglich der hypothetischen Maximaldividende und der geleisteten Vergleichszahlungen keinen im Rahmen der erhobenen Verantwortlichkeitsklage relevanten Schaden substantiiert. Die Klage ist daher bereits aus diesem Grund abzuweisen.

Damit würden sich grundsätzlich weitere Ausführungen erübrigen. Immerhin ist nachfolgend aber noch zu prüfen, ob das den Beklagten zur Last gelegte Verhalten eine Pflichtverletzung darstellen würde, wenn dennoch von der Verursachung eines Schadens auszugehen wäre.

6. Pflichtverletzung

6.1. Allgemein

Die Verantwortlichkeit einer Organperson nach Art. 754 OR setzt die absichtliche oder fahrlässiger Verletzung ihrer Pflichten voraus. Zu den Pflichten des Verwaltungsrats gehört zunächst die Führung der Geschäfte nach Art. 716 Abs. 2 OR. Die unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben sind in Art. 716a OR aufgeführt; nach dessen Abs. 1 Ziff. 7 gehört dazu insbesondere die Benachrichtigung des Richters im Falle der Überschuldung (vgl. Art. 725 OR). Sodann gilt die Sorgfalts- und Treuepflicht gemäss Art. 717 Abs. 1 OR und die Pflicht zur Gleichbehandlung der Aktionäre (Art. 717 Abs. 2 OR).

6.2. Pflichtwidriges Verhalten

6.2.1. Die Klägerin wirft den beklagten Verwaltungsräten vor, sie seien eng in das laufende Geschehen eingebunden gewesen und hätten die organschaftliche Oberverantwortung getragen. Sie hätten die notwendigen Massnahmen zur Vermeidung einer Gläubigerbegünstigung nicht eingeleitet und keine klaren Weisungen an die Beklagte 5 gegeben. Diese sei sich von allen der nahenden Illiquidität am meisten bewusst gewesen. Sie habe den selbst verhängten Zahlungsstopp aktiv und selektiv zugunsten der J._____ und der I._____ unterlaufen (act. 1 S. 92 f.). Pflichtwidrig sei auch, dass der Abfluss von Liquidität in dreistelliger Millionenhöhe die A._____ bei den Bemühungen um Stützung durch den Bund oder ande-

re Banken noch illiquider habe erscheinen lassen als sie es so schon gewesen sei (act. 1 S. 92). In der Replik konkretisiert die Klägerin, dass der Beklagte 1 in seiner Eigenschaft als CEO und Vorsitzender der Konzernleitung spätestens am 10. September 2001 eine Anweisung an das Treasury oder an die Beklagte 5 hätte verfassen müssen, welche einen vollständigen Zahlungsstopp oder zumindest eine Priorisierung der Zahlungen vorgeschrieben hätte, dass nur noch absolut betriebsnotwendige Zahlungen ausgeführt werden dürften. Er hätte zudem die unmissverständliche Kommunikation an das Treasury sicherstellen müssen (act. 54 S. 582). Die Beklagten 2-4 hätten in ihrer Eigenschaft als Verwaltungsräte spätestens am 10. September 2001 den sofortigen Erlass solcher Weisungen an die Konzernleitung bzw. das Treasury verlangen müssen; tatsächlich hätten sie nichts unternommen, und sie hätten sich auch nicht auf die Wirksamkeit des "Zahlungsstopps" vom 20. August 2001 verlassen dürfen (act. 54 S. 582 f.). Die Beklagte 5 schliesslich hätte in ihrer Eigenschaft als Finanzchefin entsprechende detaillierte Weisungen spätestens am 10. September 2001 erlassen müssen, was sie unterlassen habe; zudem habe sie hier relevante Zahlungen gar ausdrücklich freigegeben und später nicht mehr für den Stopp der Zahlungen gesorgt und ihre Pflichten damit auch durch aktives Tun verletzt (act. 54 S. 583). Hätten die Beklagten pflichtgemäss gehandelt, wären die beanstandeten Zahlungen nicht ausgeführt worden (act. 54 S. 583 ff.). Die Beklagten hätten von der bevorstehenden Fälligkeit und Rückzahlung der Obligationenanleihe gewusst, die Beklagten 1 und 5 durch die täglichen Cash Flow Projections, die Beklagten 2-4 durch Information über bedeutende anstehende Fälligkeiten anlässlich der Verwaltungsratssitzungen (act. 54 S. 586); hätten sie bei der P._____ interveniert resp. intervenieren lassen, wären die Zahlungen nicht vorgenommen worden (act. 54 S. 587).

Die Beklagten 2-4 wenden zunächst ein, es werde ihnen keine konkrete Handlung vorgeworfen und sie hätten bezüglich der Zahlungen auch keine vorgenommen. Hinsichtlich der Rückzahlung der Optionsanleihe machen alle Beklagten geltend, es fehle an einem substantiierten Vorwurf (act. 32 S. 183; act. 34 S. 201 ff.; act. 36 S. 138 ff.; act. 38 S. 119 ff.). Der von der Klägerin geforderte vollständige Zahlungsstopp sei sodann nach der eigenen Darstellung der Klägerin am 21. September 2001 angeordnet worden, und auch die verlangte Priorisierung auf nur

noch absolut betriebsnotwendige Zahlungen sei tatsächlich erfolgt. Da die Klägerin zurecht nicht verlange, dass die Beklagten 2-4 überdies die Einhaltung dieser Massnahmen hätten überwachen müssen, entfalle eine Haftung ohne weiteres (act. 70 S. 700 ff.; 72 S. 699 ff.; 74 S. 720 ff.). Die Beklagten 1 und 5 weisen zudem darauf hin, dass es sich um unabdingbare, notwendige Zahlungen gehandelt habe, die trotz Zahlungspriorisierung resp. Zahlungsstopp zulässig gewesen seien (act. 68 S. 618 f.).

6.2.2. Trotz umfangreichen Ausführungen zur Frage der Überschuldung (vgl. noch unten Ziff. 6.4.3) legt die Klägerin den Beklagten nicht zur Last, dass sie ihrer Pflicht zur Vornahme der Überschuldungsanzeige nicht nachgekommen wären. Es erübrigen sich daher auch Ausführungen dazu, dass der Beklagten 5 die Unterlassung unübertragbarer und unentziehbarer Aufgaben des (formellen) Verwaltungsrates nicht vorgeworfen werden könnten (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 4A_474/2011 vom 4. Januar 2012, E. 3.1).

Der Vorwurf, den erforderlichen Zahlungsstopp resp. die Priorisierung von Zahlungen nicht angeordnet zu haben, beruht auf der Prämisse, dass für die Beklagten in der nach Meinung der Klägerin gegebenen finanziellen Lage der A._____ eine Pflicht zur Gleichbehandlung der Gläubiger galt. Darauf wird nachfolgend näher einzugehen sein. Ohne eigenständige Bedeutung ist dabei die gleichzeitig erhobene Rüge, die A._____ mit der Zulassung des Abflusses von Liquidität in dreistelliger Millionenhöhe (noch) illiquider erscheinen lassen zu haben. Wenn überdies nebenbei geltend gemacht wird, die flüssigen Mittel seien pflichtwidrig zulasten der Gruppengesellschaften - namentlich G._____ (vgl. act. 54 S. 419 f., 587, 590; auch act. 81 S. 21, 56 ff.) - entzogen worden, so kann dies (wie auch die gegenseitigen Festgeldguthaben) nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sein; nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist für die Organhaftung nur auf die Interessen der einzelnen Gesellschaft abzustellen und nicht auf jene des ganzen Konzerns oder anderer Gruppengesellschaften (BGE 130 III 213 E. 2.2.2 und 2.3 S. 219).

6.2.3. Vorab ist auf den Einwand der Beklagten 2-4 einzugehen, der Verwaltungsrat sei nicht zuständig für den Zahlungsverkehr; es sei eine gültige Delegation er-

folgt, und die entsprechenden Personen seien sorgfältig ausgewählt, instruiert und überwacht worden (vgl. act. 36 S. 211 ff.; act. 38 S. 199 ff.; act. 34 S. 261 ff.). Die Klägerin ist der Meinung, der Verwaltungsrat sei zur Kontrolle der Finanzen als Ausfluss der finanziellen Führung, Überwachung und Erhaltung des finanziellen Gleichgewichts verpflichtet. Die nahe Verfolgung der Liquidität gehöre zu den ständigen Pflichten eines Verwaltungsrats. Zwar sei eine Delegation des täglichen Zahlungsverkehrs zulässig, doch sei es Aufgabe des Verwaltungsrates, die dabei anwendbaren Leitplanken zu setzen (act. 54 S. 595 f.).

6.2.3.1. Zu den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrats gehört gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR die Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle sowie der Finanzplanung, sofern diese für die Führung der Gesellschaft notwendig ist. Die Geschäftsführung kann ganz oder zum Teil an ein Mitglied oder an Dritte übertragen werden (Art. 716b OR). Die Finanzverantwortung stellt damit eine nicht delegierbare Aufgabe des Verwaltungsrats dar. Zur Finanzverantwortung gehört, dass sich der Verwaltungsrat um das finanzielle Gleichgewicht des Unternehmens, namentlich die Liquidität, zu kümmern hat (vgl. Böckli, a.a.O., § 13 N 340 f.). Dafür sind systematische und zeitnahe Informationen erforderlich und - zumindest - die Oberaufsicht über die Planung und die Überwachung der Finanzen. Sodann sind strategische Finanzentscheide dem Verwaltungsrat vorbehalten. Im Übrigen können die Finanzen aber als Teil der Geschäftsführung delegiert werden, wobei dies insbesondere auch für den Zahlungsverkehr gilt.

6.2.3.2. Ob, wie die Beklagten 2-4 geltend machen, das Corporate Treasury, das dem Konzernleiter Finanzen unterstellt gewesen sei, für den Zahlungsverkehr verantwortlich war (z.B. act. 34 S. 267 ff.; act. 36 S. 215), kann allerdings offen bleiben. Denn die Oberaufsicht über das finanzielle Gleichgewicht des Unternehmens steht nach dem Gesagten dem Verwaltungsrat zu. Dazu gehört insbesondere auch die Überwachung der Liquidität, wobei es nebst Entgegennahme zeitnaher und kontinuierlicher Information durchaus auch Sache des Verwaltungsrats ist, die massgeblichen Entscheidungen über die Zukunft des Unternehmens zu treffen. So ist es selbstverständlich, dass der Entscheid über die Einreichung ei-

nes Gesuchs um Nachlassstundung dem Verwaltungsrat vorbehalten ist. Der Verwaltungsrat muss aber auch die seiner Strategie entsprechenden Weisungen erteilen. Dazu mag beispielsweise auch die Anweisung gehören, ob und bis wann noch Zahlungen geleistet werden (so grundsätzlich auch act. 34 S. 365), oder unter Umständen auch die Bildung von Prioritäts-Kategorien. Nicht Teil der Pflichten des Verwaltungsrats ist aber die Konkretisierung oder gar Umsetzung dieser generellen Weisungen.

6.2.3.3. Wie gesehen wird den Beklagten 2-4 vorgeworfen, sie hätten es unterlassen, spätestens am 10. September 2001 den sofortigen Erlass von Weisungen an die Konzernleitung bzw. das Treasury zu verlangen, um entweder einen Zahlungsstopp oder zumindest eine Priorisierung der Zahlungen zu erwirken, damit nur noch absolut betriebsnotwendige Zahlungen ausgeführt würden.

Bei dem von der Klägerin als korrektes Handeln erwarteten generellen Zahlungsstopp hätte es sich zweifellos um einen sehr weitreichenden Entscheid mit unmittelbaren und erheblichen Konsequenzen für die A._____ gehandelt; wäre die Einstellung der Zahlungen angezeigt gewesen, wäre der Entscheid über ihre Anordnung dem Verwaltungsrat vorbehalten gewesen. Für die Erteilung von Weisungen zu Zahlungsprioritäten kann dies allerdings höchstens insoweit gelten, als es um deren generelle Regelung geht. Die Entscheidung, ob im Einzelfall eine konkrete Zahlung zu den unabdingbar und notwendigerweise auszuführenden gehört, kann - zumal bei delegierter Geschäftsführung - nicht Sache des gesamten Verwaltungsrates sein. Hierauf wird soweit relevant im Zusammenhang mit den einzelnen Zahlungen noch näher einzugehen sein.

6.3. Verantwortlichkeit wegen Gläubigerbegünstigung?

6.3.1. Parteibehauptungen

6.3.1.1. Die Klägerin stellt sich zur Begründung ihrer Klage zunächst auf den Standpunkt, die Voraussetzungen eines Anspruchs gegen die Beklagten würden sich weitgehend mit jenen von Art. 288 SchKG decken. Es handle sich um den gleichen Vorgang betrachtet von zwei Seiten (act. 1 S. 64 ff.). Zu den gesetzli-

chen oder statutarischen Pflichten zähle laut Bundesgericht die Gleichbehandlung der Gläubiger, wenn abzusehen sei, dass nicht mehr alle Verbindlichkeiten erfüllt werden könnten (act. 1 S. 79). Dem Verbot der Ungleichbehandlung vorgeschaltet sei die Pflicht, bei drohender Überschuldung eine Liquidationsbilanz zu erstellen und gegebenenfalls den Richter zu benachrichtigen. Die Gewissheit durch Erstellung einer Liquidationsbilanz sei allerdings nicht erforderlich; vielmehr genüge die begründete Besorgnis der Überschuldung, welche vorhanden war oder hätte vorhanden sein müssen, was gegeben sei, wenn sich bei einem Unternehmen ein starker Kapitalverlust oder eine Überschuldung abzeichne, wenn unabwendbare Liquiditätsengpässe bestünden oder das Unternehmen seinen Verpflichtungen nicht mehr vertragskonform nachzukommen vermöge und eine Sanierung praktisch als aussichtslos erscheine (act. 1 S. 80 unter Verweis auf das Urteil des Bundesgerichts 5C.29/2000 E. 4b aa). Die Fortführungsfähigkeit der A._____ habe im Zeitpunkt der hier relevanten Zahlungen zufolge Illiquidität gefehlt, und die A._____ sei zu Liquidationswerten überschuldet gewesen. Echte Sanierungsaussichten hätten keine mehr bestanden. Die bevorzugte und nicht betriebsnotwendige Befriedigung der monierten Gläubiger stelle unter diesen Umständen eine Pflichtverletzung der Beklagten dar (act. 54 S. 44, 539 ff., 579 ff.).

6.3.1.2. Die Beklagten bestreiten eine aktienrechtliche Pflicht zur Gläubigergleichbehandlung (act. 68 S. 16 ff.; 70 S. 55 ff.; 72 S. 42 ff.; 74 S. 43 ff.). Sie bestreiten eine Überschuldung der A._____ per 11. September 2001 und weisen darauf hin, dass selbst die Klägerin ihnen nicht vorwerfe, dass sie nicht bereits zu diesem Zeitpunkt die Bilanz deponiert hätten; auch wenn im Übrigen eine Überschuldung vorgelegen hätte, wäre ihnen nach der Praxis eine "Toleranzfrist" von mindestens vier Wochen zuzugestehen gewesen (act. 68 S. 513 ff.; 70 S. 580 ff.; 72 S. 578 ff.; 74 S. 595 ff.). Die geleisteten Zahlungen seien nicht pflichtwidrig gewesen (act. 68 S. 611 ff.; 70 S. 689 ff.; 72 S. 689 ff.; 74 S. 710 ff.).

6.3.2. Gesetzliche Grundlagen

Gesetzlich ist eine Pflicht zur Gleichbehandlung der Gläubiger im Aktienrecht nicht verankert. Als Bevorzugung eines Gläubigers wird hingegen strafrechtlich sanktioniert, wenn ein Schuldner im Bewusstsein seiner Zahlungsunfähigkeit und

in der Absicht, einzelne seiner Gläubiger zum Nachteil anderer zu bevorzugen, darauf abzielende Handlungen vornimmt (Art. 167 StGB). Der dem Insolvenzrecht zugrunde liegenden Maxime der Gläubigergleichbehandlung (Art. 197 Abs. 1 SchKG, unter Vorbehalt von Art. 219 SchKG) dienen sodann die Anfechtungsklagen gemäss Art. 285 ff. SchKG, mit welchen unter bestimmten Umständen aus vollstreckungsrechtlicher Sicht unrechtmässig entäussertes Substrat in die Masse zurückgeführt werden kann (vgl. BGE 136 III 247 E. 2).

Die Beklagten 1 und 5 wurden bezüglich der Zahlung an J._____ am 27. September 2001, die Beklagte 5 zudem bezüglich der Zahlungen an I._____ Ltd. am 28. September und 1. Oktober 2001, gestützt auf Art. 167 StGB der Gläubigerbevorzugung angeklagt und freigesprochen (vgl. act. 33/10 S. 518-557; act. 33/11 S. 302-362; 362-380).

Verschiedene Anfechtungsklagen im vorliegenden Kontext – die Klägerin verweist unter anderem auf die Urteile des Bundesgerichts 5A_358/2008, 5A_473/2009, 5A_116/2009 und 5A_386/2008 (act. 1 S. 87 ff.) – wurden gutgeheissen, andere waren nicht erfolgreich (vgl. u.a. BGE 136 III 247; 137 III 268).

6.3.3. Urteil des Bundesgerichts 5C.29/2000

Die Klägerin beruft sich insbesondere auf den bereits erwähnten Entscheid des Bundesgerichts 5C.29/2000 vom 19. September 2000 (sog. Fall Raichle). In diesem Entscheid, der einerseits Anfechtungsansprüche gemäss Art. 288 SchKG betraf, liess das Bundesgericht offen, ob die Anfechtungsklage (nebst betr. Rückgabe einer Parzelle) auch bezüglich Rückzahlung eines Darlehens begründet war, da diesbezüglich die Klage aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit gutzuheissen sei. Es hielt zum Thema Pflichtverletzung fest (E. 4.b)aa):

"Wenn sich bei einem Unternehmen ein starker Kapitalverlust oder eine Überschuldung abzeichnet, wenn unabwendbare Liquiditätsengpässe bestehen oder das Unternehmen seinen Verpflichtungen nicht mehr vertragskonform nachzukommen vermag und eine Sanierung praktisch als aussichtslos erscheint, bestehen ernsthafte Zweifel, dass die Fortführung des Unternehmens noch möglich ist. In einer solchen Situation rechtfertigt sich die Bilanzierung zu Fortführungswerten nicht mehr; vielmehr wird die Bilanzierung zu

Veräusserungswerten aktuell, weil die Liquidation nicht deshalb verzögert werden darf, weil nach der zu Fortführungswerten erstellten - und damit praktisch belanglosen - Bilanz keine Überschuldung ausgewiesen ist (Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, Zürich 1996, N 840 und 1680a; Franz Broger, Fortführung der Unternehmenstätigkeit (going concern), in: Der Schweizer Treuhänder 1994, S. 711 ff.; Lukas Handschin, Die Pflichten und die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates im Sanierungsfall, ZBJV 2000, S. 436 ff.). Während bei einer aufrechtstehenden Gesellschaft fällige Schulden ohne weiteres bezahlt werden dürfen, verhält es sich dann anders, wenn sich eine Gesellschaft in einer wirtschaftlichen und finanziellen Situation befindet, in welcher zu Liquidationswerten bilanziert werden muss und daraus eine Überschuldung der Gesellschaft resultiert; diesfalls haben die Gläubiger nach Massgabe der gesetzlichen Rangordnung gemäss Art. 219 SchKG Anspruch auf Gleichbehandlung.
Jede bevorzugte Befriedigung eines Gläubigers stellt eine Pflichtverletzung dar."

Diese Rechtsprechung ist vom Bundesgericht seither nicht mehr ausdrücklich bestätigt worden. Im Urteil 4A_496/2010 vom 14. Februar 2011, E. 3.3, musste die Frage nicht entschieden werden (vgl. dazu auch Vogt/Peter, Aktienrechtliche Rahmenbedingungen einer finanziellen Sanierung, insbesondere das Verbot der Einlagenrückgewähr, in: GesKR 2011 S. 228 ff.):

"Dass nach der Kapitalerhöhung eine praktisch aussichtslose wirtschaftliche Situation vorgelegen haben sollte, welche in Anlehnung an das von der Beschwerdeführerin angerufene Urteil 5C.29/2000 vom 19. September 2000, E. 4b/aa, eine Bilanzierung zu Liquidationswerten geboten hätte und in welcher jede bevorzugte Befriedigung eines Gläubigers grundsätzlich eine Pflichtverletzung darstellen würde, ergibt sich aus den vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen nicht. Schliesslich lag bei einer Rechnungslegung zu Fortführungswerten per Ende Dezember 2000 keine Überschuldung der Gesellschaft vor, womit auch nicht ersichtlich ist, inwiefern der Verwaltungsrat gegen die Pflicht zur Überschuldungsanzeige gemäss Art. 725 OR verstossen haben sollte."

Im Urteil 4A_324/2011 vom 16. Januar 2012, E. 3.2, hielt das Bundesgericht fest:

"Ob zwischen Verantwortlichkeitsansprüchen gegen den Verwaltungsrat nach Art. 754 ff. OR und Anfechtungsansprüchen nach Art. 285 ff. SchKG gegenüber begünstigten Dritten echte Anspruchskonkurrenz herrscht, erscheint fraglich. Die Frage kann indessen offen bleiben, da die Vorinstanz auch bezüglich der begründeten Besorgnis der Überschuldung

annahm, die Beschwerdeführerin habe nur für den 24. Mai 2002 rechtzeitig hinreichend begründete Behauptungen aufgestellt. Dass diese Auffassung unzutreffend wäre, zeigt die Beschwerdeführerin nicht rechtsgenüglich auf (vgl. E. 1.1 hiervor)."

In der Literatur ist der Entscheid Raichle kontrovers und mehrheitlich ablehnend kommentiert worden. Rebsamen (Die Gleichbehandlung der Gläubiger durch die Aktiengesellschaft, Diss. Freiburg 2004) äussert sich zustimmend (Rz 732 ff.; 762): "Die Pflicht der Verwaltungsräte und Geschäftsführer zur Sorgfalt verbietet die Befriedigung von Gläubigeransprüchen, sobald die Gesellschaft zu Liquidationswerten bilanzieren muss und sich dabei eine Überschuldung herausstellt." Allerdings gelte dies nicht für die Zeitspanne, während derer zwar begründete Besorgnis der Überschuldung vorliege, aber diese noch nicht festgestellt sei (vgl. Rz 761).

Ablehnend mit einer Übersicht über den Stand der Meinungen nimmt der Basler Kommentar Stellung (BSK OR II-Gericke/Waller, N 7a vor Art. 754-761, u.a.: "Eine aktienrechtliche Gläubigergleichbehandlungspflicht existiert nicht."). Gessler (Gläubigerbegünstigung durch die Aktiengesellschaft, Festgabe Peter Forstmoser, Zürich 2008) erachtet den Entscheid als fragwürdig (S. 412; s. auch S. 417 f.), und auch Forstmoser (Paulianische Anfechtung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Liber amicorum für Rudolf Tschäni, Zürich 2010), lehnt eine aktienrechtliche Gleichbehandlungspflicht zugunsten der Gläubiger ab (S. 442); das Bundesgericht versteht er im Übrigen so, dass ausschliesslich die Nichtbeachtung der Pflichten von Art. 725 Abs. 2 OR gerügt worden sei (S. 444).

Weitere ablehnende Stellungnahmen finden sich in SZW 2011 S. 416 ff. (Baisch/Weber, Aktienrechtliche Restriktionen bei der Kapitalerhöhung als Sanierungsmassnahme - Verbot der Einlagenrückgewähr vs. Werthaltigkeitstheorie bei der Verrechnungsliberierung, S. 425 und Anm. 59) sowie in AJP 2010 S. 1075 (Vogt, Die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Absichtsanfechtung und ihre Bezüge zur aktienrechtlichen Sorgfaltspflicht der Organe, S. 1087).

Die Klägerin weist auf weitere zustimmende Stimmen hin (act. 54 S. 32): Glanzmann/Roberto (Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates in Sanierungssituationen, in: Weber, Praxis zum unternehmerischen Verantwortlichkeitsrecht, Zürich 2004,

S. 77 ff.) geben jedoch lediglich die Ansicht des Bundesgerichts im Fall Raichle wieder (S. 92). Nyffeler (Wie geht das Bundesgericht mit Verantwortlichkeitsprozessen um?, in: Weber, Praxis zum unternehmerischen Verantwortlichkeitsrecht, Zürich 2004, S. 16) bezeichnet den Entscheid als "auch mit Bezug auf die aktienrechtliche Verantwortung einleuchtend", äussert sich im Übrigen aber vor allem zur bundesgerichtlichen Abgrenzung zwischen Tat- und Rechtsfragen. Krizaj (zit. oben in Ziff. 5.4.3) gelangt zum Ergebnis, die Anfechtungstatbestände (Art. 286 ff. SchKG) stellten in jedem Fall eine Norm im Sinne von Art. 41 Abs. 1 OR zum Schutz entsprechender Vermögensschäden dar, und vertritt wegen der Parallele zu Art. 744 Abs. 2 OR die Auffassung, bei Art. 286 SchKG handle es sich um eine gesellschaftsrechtliche Schutznorm (a.a.O., S. 835).

Das Bundesgericht hält zur Anfechtungsklage nun in BGE 136 III 247, E. 2 (siehe auch Urteil 5A_750/2008 vom 24. Februar 2010, E. 2, und BGE 137 III 268 E. 4.2) fest, dass es sich bei der Anfechtungsklage um ein im Dienst der Gläubigergleichbehandlung stehendes Instrument handle, bei dem es um die Rückführung von aus vollstreckungsrechtlicher Sicht unrechtmässig entäussertem Substrat gehe. Die Handlungen des Schuldners blieben zivilrechtlich gültig, aber auf der vollstreckungsrechtlichen Eben unbeachtlich. Es gehe allerdings nicht darum, den Schuldner in der gesetzlich festgelegten Verdachtsperiode seiner Handlungsfähigkeit zu berauben. Dem Schuldner müsse mit anderen Worten selbst in schwierigen Zeiten bzw. bei finanziell angespannter Lage eine normale Geschäftstätigkeit möglich sein, und auch sachlich motivierte Entscheide des Schuldners im Rahmen dieser Tätigkeit könnten naturgemäss eine Ungleichbehandlung der Gläubiger beinhalten. Die Anfechtungsklage solle dort greifen, wo es um unlautere Machenschaften gehe, wie es namentlich der Fall sei, wenn Vollstreckungssubstrat beiseitegeschafft worden sei, das sich bei normalem Geschäftsgebaren in der Masse noch vorgefunden hätte.

Unbestritten ist hingegen, dass Art. 725 Abs. 2 OR unmittelbar dem Schutz der Gläubiger dient; die Anzeige der Überschuldung soll eine gleichmässige Befriedigung der Gläubiger sicherstellen und verhindern, dass einzelne Gläubiger bevor-

zugt behandelt oder der Konkurs verzögert wird (vgl. Wüstiner, in: Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Aufl. 2012, N 4 zu Art. 725).

6.3.4. Würdigung

Das Aktienrecht kennt keine ausdrückliche Pflicht zur Gleichbehandlung der Gläubiger. Der Entscheid des Bundesgerichts, dem eine solche Pflicht entnommen werden könnte, ist nicht amtlich publiziert, über ein Jahrzehnt alt und seither nicht mehr bestätigt worden; in der Lehre ist er kritisch bis ablehnend aufgenommen worden, jedenfalls insoweit, als daraus eine selbständige aktienrechtliche Gleichbehandlungspflicht der Gläubiger abzuleiten wäre. Dem Entscheid liegt auch insofern eine besondere Konstellation zugrunde, als er den Verkauf eines Grundstücks unter Verrechnung mit einem gewährten Darlehen sowie die Rückzahlung des Restdarlehens an die Verwaltungsratspräsidentin der betreffenden Gesellschaft betrifft, die Anfechtungsgegnerin und Verantwortlichkeitsbeklagte also identisch waren und (zudem) eine Selbstbegünstigung vorlag.

Die gegenüber Handlungen kurz vor dem Konkurseintritt (resp. der Nachlassstundung) zu prüfenden rechtlichen Ansatzpunkte (strafrechtliche Gläubigerbevorzugung, paulianische Anfechtung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit) haben unterschiedliche Voraussetzungen, die nicht identisch definiert werden: Anfechtungsvoraussetzungen gemäss Art. 288 SchKG insbesondere sind die Gläubigerschädigung, die Schädigungsabsicht und deren Erkennbarkeit für den Begünstigten (vgl. BGE 137 III 268 E. 4), während die aktienrechtliche Verantwortlichkeit das Vorliegen eines Schadens, einer Pflichtverletzung, des natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhangs zwischen Schaden und Pflichtverletzung sowie eines Verschuldens voraussetzt (vgl. BGE 132 III 342 E. 4.1). Die Voraussetzungen sind separat zu betrachten und nicht zu vermischen, selbst wenn sie sich teilweise überschneiden.

Anfechtung und Verantwortlichkeit (und ohnehin strafrechtliche Sanktionen) haben auch nicht dasselbe Ziel: Die paulianische Anfechtung bezweckt die Ergänzung des Vollstreckungssubstrats um ungerechtfertigt abgezogene Werte, also die Wiederherstellung des vollstreckungsrechtlich "korrekten" Zustandes; der be-

günstigte Gläubiger verliert seine Vorzugsbehandlung. Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit demgegenüber ist Haftpflicht der Organe; diese haften also mit ihrem Privatvermögen für Schaden, den sie im Rahmen ihrer Tätigkeit bei der Gesellschaft angerichtet haben. Es werden der Gesellschaft Mittel (zusätzlich) zugeführt. Das ist eine andere Konstellation und setzt die Erfüllung der spezifischen Voraussetzungen voraus.

Im Ergebnis ist deshalb festzuhalten, dass es - besondere tatsächliche Gegebenheiten vorbehalten - nicht genügt, die Voraussetzungen der paulianischen Anfechtung zu prüfen oder auf entsprechende Entscheide zurückzugreifen. Auch kann die blosse Ungleichbehandlung von Gläubigern keine Verantwortlichkeit begründen. Nicht ausgeschlossen ist jedoch, dass die Ausrichtung von Zahlungen an Gläubiger unter den konkreten Bedingungen aus anderen Gründen pflichtwidrig war.

6.4. Art. 725 OR

6.4.1. Parteibehauptungen

6.4.1.1. Die Klägerin weist darauf hin, dass "rechtslogisch verknüpft mit dem Verbot der Ungleichbehandlung, und diesem vorgeschaltet" die Pflicht stehe, bei drohender Überschuldung eine Liquidationsbilanz zu erstellen (act. 1 S. 79). In der Replik betont sie, dass sich die A._____ bereits am 10. September 2001, vor den Terroranschlägen vom 11. September 2001, in einer desolaten Verfassung befunden habe. Die Beklagten hätten gewusst, dass der A._____ kurzfristig, d.h. per Ende September 2001 die Liquidität ausgehen würde und dass die Fortführungsfähigkeit der G._____-Gruppe als Konzern und der A._____ unter diesen Umständen nicht mehr gegeben war, weshalb sie verpflichtet gewesen wären, eine Zwischenbilanz zu Liquidationswerten zu erstellen, die eine offensichtliche Überschuldung ergeben hätte (act. 54 S. 579). Die Beklagten hätten keine Überschuldungsanzeige vorgenommen. Sowohl vor wie nach den Terroranschlägen habe jedoch ein erfolgsversprechendes Sanierungskonzept gefehlt. In dieser Situation hätten die Beklagten für eine Gleichbehandlung der Gläubiger resp. eine Einstellung der Zahlungen sorgen müssen, wenigstens aber dafür, dass nur noch die für

die Fortführung des Geschäftsbetriebs unabdingbaren Zahlungen ausgeführt würden (act. 54 S. 580 f.).

6.4.1.2. Die Beklagten bestreiten eine Überschuldung der A._____ per 11. September 2001 und die pflichtwidrige Leistung der beanstandeten Zahlungen (vgl. oben Ziff. 6.3.1.2).

6.4.2. Gesetz, Begriffe

Gemäss Art. 725 Abs. 1 OR beruft der Verwaltungsrat unverzüglich eine Generalversammlung ein und beantragt ihr Sanierungsmassnahmen, wenn die letzte Jahresbilanz zeigt, dass die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt ist. Wenn begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht, muss eine Zwischenbilanz erstellt und diese der Revisionsstelle zur Prüfung vorgelegt werden; ergibt sich aus der Zwischenbilanz, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind, so hat der Verwaltungsrat den Richter zu benachrichtigen, sofern nicht Gesellschaftsgläubiger im Ausmass dieser Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten (Art. 725 Abs. 2 OR).

Überschuldung bedeutet, dass die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht mehr vollständig durch die ordnungsgemäss bewerteten Netto-Aktiven gedeckt sind (Böckli, a.a.O., § 13 Rz 746). Begründete Besorgnis der Überschuldung besteht immer, wenn die Jahresbilanz oder eine Zwischenbilanz zu Fortführungswerten eine Überschuldung ausweist. Aber auch andauernde Verlustausweise ("cash drain") oder ausserordentliche Ereignisse während des Geschäftsjahrs können Anlass zu einer begründeten Besorgnis der Überschuldung geben. Gleiches kann gelten, wenn die Fortführung der Unternehmung nicht mehr gewährleistet ist, womit eine Bilanzierung zu Fortführungswerten nicht mehr gerechtfertigt und eine Umstellung auf Veräusserungswerte erforderlich ist. Auch Illiquidität kann eine Besorgnis der Überschuldung begründen, da dadurch die Fortführung der Gesellschaft gefährdet ist (vgl. BSK OR II-Wüstiner, N 33 zu Art. 725; siehe auch N 34; Böckli, a.a.O., § 13 Rz 767 ff.). Die Fortführungsfähigkeit ist dann gegeben, wenn die Weiterführung der Unternehmenstätigkeit hinreichend, d.h. zeitlich unbe-

schränkt oder zumindest über einen längeren Zeitraum gewährleistet ist (so Wüstiner, a.a.O., N 33 a.E.; vgl. z.B. auch Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 51 N 45).

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf das Urteil des Bundesgerichts 4A_324/2011 vom 16. Januar 2012, wo das Bundesgericht festhält, bei der Prüfung, ob objektiv aus Sicht des Verwaltungsrates Besorgnis einer Überschuldung bestanden habe, sei nicht allein die letzte Bilanz massgebend, sondern sämtliche Anzeichen, die der Verwaltungsrat gekannt habe oder gekannt haben müsse, die auf eine Überschuldung hindeuteten. Im Nachhinein gewonnene Erkenntnisse könnten nur eine Rolle spielen, wenn sie dem Verwaltungsrat schon früher hätten bekannt sein müssen (E. 2.2.1). Weiter hält das Bundesgericht fest (E. 2.2.2):

"Für den Konkursverschleppungsschaden ist entscheidend, ob der Richter zu einem früheren Zeitpunkt hätte benachrichtigt werden müssen und ob durch eine allfällige Verspätung den Gläubigern ein Schaden entstanden ist. Dass in diesem früheren Zeitpunkt für den Verwaltungsrat die Besorgnis einer Überschuldung begründet ist (vgl. E. 2.2.1 hiervor), reicht hierfür nicht aus. Vielmehr ist zusätzlich erforderlich, dass die nach Art. 725 Abs. 2 OR zu erstellende Zwischenbilanz sowohl zu Fortführungs- als auch zu Liquidationswerten objektiv eine Überschuldung ausweist. Dabei untersteht die Zwischenbilanz zu Fortführungswerten den gesetzlichen Bewertungsvorschriften. Bei der Bilanz zu Liquidationswerten findet dagegen keine Fortschreibung der historisch gewachsenen Buchwerte statt (BÖCKLI, a.a.O., S. 1848 f. § 13 Rz. 770 und 771)."

Zahlungsunfähigkeit schliesslich ist die Unfähigkeit des Schuldners, aus einem nicht nur vorübergehenden Mangel an Zahlungsmitteln fällige Geldschulden zu begleichen (so Brunner/Boller, in: Basler Kommentar Schuldbetreibung und Konkurs II, 2. Aufl. 2010, N 2 zu Art. 191). Oder anders ausgedrückt: "Unter Zahlungsunfähigkeit ist das dauerhafte Ausbleiben von Zahlungsmitteln zu verstehen, die erforderlich sind, um Schulden bei Fälligkeit zu begleichen" (Trechsel, Praxiskommentar StGB, Dike, N 9 zu Art. 165). Bei Zahlungsunfähigkeit besteht keine Handlungspflicht gemäss Art. 725 OR, wohl aber kann sich aus der Illiquidität eine begründete Besorgnis der Überschuldung ergeben oder kann die Fortführung der Gesellschaft in Frage stehen.

6.4.3. Überschuldung

6.4.3.1. Die Klägerin thematisiert in der Klageschrift an verschiedener Stelle beiläufig die Überschuldung der A._____ bereits per Ende des Jahres 2000 (vgl. act. 1 Rz 22, 70, 241-250). Sie führt aber weiter aus (Rz 250), der konkrete Nachweis der Überschuldung sei nur dann erforderlich, wenn zwischen Zahlung und Insolvenz ein grösserer Zeitraum liege, oder wenn es um die Frage der Verantwortlichkeit von solchen Organen geht, welche es pflichtwidrig unterliessen, die Bilanz zu deponieren, aber im Zeitraum der Zahlung nicht mehr in der Gesellschaft tätig waren. Diese Situation betreffe jedoch nicht die vorliegende Klage. Die zugelassenen Forderungen von über CHF 9 Mia. und die Deckungsquote von bestenfalls 18.1% zeige, dass man es nicht mit einem Grenzfall zu tun habe, sondern mit einer manifesten Überschuldung, welche fraglos auch bei der Erstellung einer Liquidationsbilanz spätestens per Anfang September aufgetaucht wäre (act. 1 S. 82).

Die Beklagten bestreiten, dass die A._____ am 31. Dezember 2000 entgegen dem geprüften Jahresabschluss überschuldet gewesen sei und widerlegen dies in den Klageantworten ausführlich (vgl. act. 32 S. 24, 26 ff. mit Hinweis auf act. 3/81 und 33/15-16, 33/10 S. 69, 33/17 S. 55, 63 etc.; act. 36 S. 397 ff. dto. act. 38; act. 34 S. 87 ff.).

Wie es sich damit verhält, kann offen bleiben. In der Replik stellt die Klägerin klar, dass sie ihre Klage nicht mit einer Überschuldung am 31. Dezember 2000 begründet (act. 54 S. 606), sondern damit, dass im Zeitpunkt der vorliegend relevanten Zahlungen die Fortführungsfähigkeit der A._____ zufolge Illiquidität nicht mehr gegeben und die A._____ zu Liquidationswerten überschuldet gewesen sei (act. 54 S. 44; vgl. auch act. 81 S. 9). Entsprechend geht sie detailliert auf den chronologischen Sachverhalt aus ihrer Sicht ab anfangs 2001 bis 4. Oktober 2001 ein (act. 54 S. 47-539) und legt die Überschuldung der A._____ per 11. September 2001 dar (act. 54 S. 539-578).

Die Beklagten bestreiten eine Überschuldung (zu Fortführungswerten) anfangs September resp. am 10. September 2001 (act. 32 S. 94 ff.; act. 36 S. 277 ff.; act.

38 S. 271, 478; act. 34 S. 142). Sie bestreiten auch eine Überschuldung per Ende September 2001 (wenn auch nicht eine Unterbilanz; vgl. act. 32 S. 110, 164; act. 36 S. 92; act. 38 S. 71, 478; act. 34 S. 198, 291 f.). Selbst wenn aber nach dem 11. September 2001 eine Überschuldung vorgelegen hätte, sind sie der Meinung, dass dies nicht relevant gewesen wäre (act. 68 S. 516; 70 S. 584; 72 S. 582; 74 S. 596); bis jedenfalls 29./30. September 2001 sei auch die Erstellung einer Bilanz zu Liquidationswerten nicht erforderlich gewesen (act. 68 S. 532; 70 S. 592 ff.; 72 S. 590 ff.; 74 S. 604 ff.).

6.4.3.2. Soweit sich die Klägerin auf den Standpunkt stellt, der konkrete Nachweis der Überschuldung sei in Anbetracht einer Deckungsquote von lediglich 18.1% nicht erforderlich, kann ihr nicht gefolgt werden. Wie eingangs dargelegt hat der Verwaltungsrat zwar sämtliche Anzeichen zu beachten, die er kennt oder kennen müsste und die auf eine Überschuldung hindeuten. Im Nachhinein gewonnene Erkenntnisse können aber nur eine Rolle spielen, wenn sie dem Verwaltungsrat schon früher hätten bekannt sein müssen. Der im Rahmen der Nachlassliquidation resultierende Schuldenüberhang kann somit nur dann relevant sein, wenn er für den Verwaltungsrat im Zeitpunkt der beanstandeten Zahlungen zumindest erkennbar war. Die Klägerin führt denn in der Replik auch näher aus, anhand welcher Umstände die Beklagten ihrer Meinung nach in der Lage gewesen wären, die behauptetermassen eingetretene massive Überschuldung zu erkennen (act. 54 S. 542 ff.).

6.4.3.3. Die Klägerin nimmt als Ausgangspunkt die Jahresrechnung der A._____ per Ende 2000, die ein Eigenkapital von CHF 904 Mio. auswies. Die Konzernrechnung habe per 31. Dezember 2000 ein Eigenkapital von CHF 1'160 Mio. gezeigt, was allerdings im Rahmen eines Restatements rückwirkend auf CHF 716 Mio. habe korrigiert werden müssen. Per 30. Juni 2001 seien es noch CHF 555 Mio. gewesen. Das Eigenkapital der Einzelgesellschaft A._____ habe per 31. August 2001 noch CHF 660'579'220.66 betragen (act. 54 S. 543 f.). Eine Liquidationsbilanz per 12. September 2001 hätte nach Auffassung der Klägerin um Garantieverpflichtungen für Anleihen von Gruppengesellschaften sowie im Zusammenhang mit Leasingverbindlichkeiten von Gruppengesellschaften korrigiert werden

müssen und ausserdem eine Wertberichtigung der Beteiligung H._____ erfordert (act. 54 S. 545 ff.). So hätten anstelle der im Anhang aufgeführten Eventualverpflichtungen von CHF 2'830 Mio. im Umfang von CHF 2'154 Mio. Rückstellungen für Garantieverpflichtungen gegenüber Anleihensgläubigern von A._____ Finance ... und A._____ Finance (USA) Inc. gebildet werden müssen (act. 54 S. 557). Für die Leasingverbindlichkeiten hätten Rückstellungen von CHF 688.489 Mio. gebildet werden müssen (act. 54 S. 563). Die Beteiligung H._____ hätte spätestens nach den Ereignissen vom 11. September 2001 auf ihre Werthaltigkeit überprüft und erheblich - von rund CHF 2.347 Mia. auf maximal CHF 801'376'687 - korrigiert werden müssen (act. 54 S. 577). Entsprechend korrigiert hätte sich bei der A._____ eine Überschuldung von mindestens CHF 3'728 Mio. ergeben (act. 54 S. 577).

Die Beklagten halten fest, dass die A._____ jedenfalls bis Ende August 2001 auch nach Darstellung der Klägerin statutarisches Eigenkapital in der Höhe von mindestens CHF 660 Mio. aufgewiesen habe. Die Klägerin lege nicht dar, inwiefern dieses bis zum 10. September 2001 - für die Beklagten zudem erkennbar - weggeschmolzen wäre (act. 68 S. 533 f.; 70 S. 604 f.; 72 S. 601; 74 S. 618). Die konkreten Auswirkungen der Terroranschläge vom 11. September 2001 auf das operative Ergebnis seien nicht sofort erkennbar gewesen, und die von J._____ zusammen mit der Konzernleitung durchgeführten Abklärungen und die gestützt darauf am 29. September 2001 vorgelegte Zwischenbilanz habe ein positives Eigenkapital von CHF 384 Mio. gezeigt (act. 68 S. 534; 70 S. 607; 72 S. 603; 74 S. 620). Bestritten sind auch die von der Klägerin vorgenommenen Korrekturen und Wertberichtigungen (act. 68 S. 556, 572 ff.; 70 S. 627, 647 ff.; 72 S. 623 ff., 644 ff.; 74 S. 642 ff., 663 ff.).

6.4.3.4. Die Parteien stimmen darin überein, dass per 31. August 2001 bei der A._____ noch von einem Eigenkapital von CHF 660 Mio. auszugehen war. Soweit die Klägerin dies in act. 81 S. 6 relativieren will, ist anzumerken, dass sie selbst weder eine andere Ausgangszahl behauptet noch eine Überschuldung zu einem früheren Zeitpunkt substantiiert hat, zumal dies auch nach ihrer Meinung für die Beurteilung der Klage nicht relevant wäre (a.a.O). Die Klägerin leitet die geltend

gemachte Überschuldung der A._____ im Zeitpunkt der beanstandeten Zahlungen nicht aus dem Verlust dieses Eigenkapitals im ersten Drittel des Monats September ab, sondern aus der Verpflichtung zur Umstellung auf Liquidationswerte als Folge der Ereignisse vom 11. September 2001 und der danach fehlenden Überlebensfähigkeit der A._____ zufolge absehbarer Illiquidität (vgl. act. 54 S. 540). Damit kann aber letztlich offen bleiben, ob eine Liquidationsbilanz der A._____ nach den Terroranschlägen eine Überschuldung gezeigt hätte und wie gross diese gewesen wäre. Denn die Klägerin macht nach dem Ausgeführten ausdrücklich nicht den Fortführungs- oder Konkursverschleppungsschaden geltend, für den entscheidend wäre, ob der Richter zu einem früheren Zeitpunkt hätte benachrichtigt werden müssen und ob den Gläubigern durch eine allfällige Verspätung ein Schaden entstanden ist (vgl. oben Ziff. 6.2.2). Es ist deshalb für ihren Standpunkt auch nicht massgeblich, ob und zu welchem Zeitpunkt entsprechend Art. 725 Abs. 2 OR eine Zwischenbilanz zu erstellen gewesen wäre zur Prüfung, ob sowohl zu Fortführungs- als auch zu Liquidationswerten objektiv eine Überschuldung vorlag, denn sie leitet ihren Schaden gerade nicht aus der Verletzung dieser Bestimmung ab (vgl. auch noch unten Ziff. 6.5.2). Vielmehr ist nachfolgend auf die Frage der Fortführungsfähigkeit mangels Liquidität näher einzugehen.

6.4.4. Illiquidität

6.4.4.1. Die Klägerin macht geltend, die Liquiditätsprognose der A._____ vom 10. September 2001 sei zwar für die Monate September, Oktober und November von Cash-Beständen von CHF 831.3 Mio., 516.1 Mio. und 953.1 Mio. ausgegangen, sei jedoch falsch gewesen, da sie auf der unbegründeten Hoffnung basierte, dass die darin enthaltenen Additional Measurements und Contingency Measures sich rechtzeitig umsetzen liessen (act. 54 S. 196 f.). Bei Vornahme einer seriösen Liquiditätsprognose wäre die Liquidität per Ende September 2001 negativ gewesen oder zumindest so tief, dass die am 1. Oktober 2001 fällig werdenden Zahlungen (O._____) nicht hätten geleistet werden können. Den Beklagten 1 und 5 sei dies bekannt gewesen, und die Beklagte 5 habe ihre Bedenken auch den anderen Beklagten mitgeteilt (act. 54 S. 197; 166). Gleichentags habe die P._____ [Bank] den Zero Balancing Cash Pooling Vertrag sowie den Notional Cash Pooling Ver-

trag gekündigt (act. 54 S. 200). Die G._____ Cashflow Projection vom 11. September 2001 habe für die Monate September, Oktober und November 2001 negative Cashbestände vor Additional Measurements von CHF -22.6 Mio. (Ende September) und von -53.2 Mio. (Ende Oktober) aufgewiesen; für die Monate März und April 2002 seien gar unter Einrechnung von Contingency Measures negative Werte von CHF -23.3 Mio. und -103.6 Mio. erwartet worden (act. 54 S. 203). Damit sei bereits vor den Terroranschlägen vom 11. September 2001 der Eintritt der Illiquidität unmittelbar bevorgestanden (act. 54 S. 205).

Die Beklagten bestreiten, dass die Liquiditätsprognose bekanntermassen unseriös gewesen sei oder sich solches aus Aussagen der Beklagten ableiten lasse (act. 68 S. 250; 70 S. 301; 72 S. 288 ff.; 74 S. 294 f.). Die Kündigung des Cash Pools sei auf den 31. Oktober 2001 erfolgt, was ausreichend Zeit für die Abwicklung und Sicherung der Liquidität geboten hätte (act. 70 S. 306; 72 S. 293 f.; 74 S. 300). Die Liquiditätsprognose vom 11. September 2001, übrigens nicht vor den Terroranschlägen erstellt, habe für die Monate September 2001 bis Februar 2002 immer noch positive Liquiditäts-Endsaldi gezeigt. Die Prognose habe im Übrigen die erwarteten Liquiditätszuflüsse aus dem Verkauf der Q._____-Beteiligung und von AN._____ noch nicht berücksichtigt (act. 68 S. 269 f.; 70 S. 321 f.; 72 S. 310; 74 S. 317 ff.).

Die Klägerin leitet die behauptete Unseriosität daraus ab, dass die Liquiditätsprognose auf Hoffnungen betreffend die rechtzeitige Umsetzung der zusätzlichen Massnahmen basierte. Einerseits ist dazu festzuhalten, dass Prognosen begriffsimmanent Annahmen über zukünftige Tatsachen zugrunde liegen. Selbst optimistische Erwartungen können nicht ohne weiteres als falsch bezeichnet werden. Auch wenn die Beklagte 5 die Liquiditätslage als eng ("liquidity will be very tight", act. 3/84 S. 2) resp. die Prognose nachträglich (vgl. act. 54 S. 166) als ehrgeizig bezeichnet haben sollte, so genügt dies nicht, um die Liquiditätsprognose grundsätzlich zu disqualifizieren. Sodann kann der täglich neu erstellten "G._____ Group Cashflow Projection" per 11. September 2001 entnommen werden, dass per Ende September und Oktober 2001 *vor* und per Ende März und April 2002 *nach* zusätzlichen Massnahmen (Additional Measurements resp. Contingency

Measures) mit negativen Werten gerechnet wurde (vgl. act. 33/26/11.9). Die Kontroverse der Parteien um den genauen Erstellungszeitpunkt dieses Dokuments (vgl. act. 81 S. 21) braucht nicht entschieden zu werden. Die Auswirkungen des Ende August 2001 vom Verwaltungsrat beschlossenen Verkaufs von Q._____ und AN._____ (vgl. dazu noch unten Ziff. 6.4.5) sind in der Tabelle nicht ersichtlich. Selbst wenn sowohl Zeitpunkt als auch Höhe des sich daraus ergebenden Liquiditätszuflusses noch unbekannt waren, durfte jedenfalls mit einem positiven Effekt gerechnet werden.

Die Klägerin beruft sich schliesslich auf eine angebliche Aussage des Beklagten 1 gegenüber R._____ anlässlich eines Treffens im Haus des Beklagten 1 am Abend des 10. September 2001. Der Beklagte 1 habe gesagt, dass die Situation bei der G._____ dramatisch sei und dass er mit der Illiquidität der Gruppe für die folgenden Tage rechnen müsse (act. 54 S. 202). Die Beklagten bestreiten eine Aussage dieses Inhalts (act. 68 S. 255; 70 S. 308; 72 S. 295; 74 S. 302). Für die Frage, ob bereits vor den Terroranschlägen vom 11. September 2001 der Eintritt der Illiquidität unmittelbar bevorgestanden habe, kann aus dieser Behauptung allerdings ebenfalls nichts Verbindliches abgeleitet werden. Zunächst ist die behauptete Aussage an sich wenig aussagekräftig, zumal "mit der Illiquidität der A._____ für die folgenden Tage rechnen" ungenau und zeitlich wenig bestimmt ist. Die Klägerin stützt sich auf ein Schreiben von S._____ vom 5. Oktober 2001 sowie auf das Buch "T._____" von R._____ und U._____ (act. 54 S. 202 f.; 55/195 und 55/101). Das Schreiben von S._____ an den Beklagten 1, das S._____ laut dem einleitenden Text verfasst hatte, um sich "gegen die erhobenen ungeheuerlichen Anschuldigungen und Irreführungen [zu] wehren", hält fest, dass S._____ von R._____ am 11. September 2001 vormittags über das am Vorabend geführte Gespräch mit dem Beklagten 1 orientiert worden sei, in dessen Verlauf die erwähnte Aussage gefallen sei (act. 55/195 S. 1). Bereits die äusseren Umstände dieses Schreibens - verfasst mehr als drei Wochen nach der Orientierung über ein zwischen anderen Personen am Vortag geführtes mehrstündiges Gespräch - wecken Zweifel an der Verlässlichkeit des wiedergegebenen Wortlautes. Hinzu kommt, dass R._____ das Gespräch in seinem Buch abweichend schildert: Thematisiert worden sei zunächst die Idee der Integration von G._____ und V._____ in eine Gesellschaft,

und erst die hinzugerufene Beklagte 5 habe abgewinkt mit der Bemerkung "Ihr könnt den Plan vergessen. Wir haben nicht mehr genügend flüssige Mittel, um ihn zu realisieren." (act. 55/101 S. 37). Bereits aus den von der Klägerin bezeichneten Dokumenten lässt sich folglich eine Aussage des Beklagten 1 über die bei A._____ am 10. September 2001 konkret bevorstehende Illiquidität nicht zuverlässig herleiten; unter diesen Umständen braucht nicht näher auf die zusätzlichen Einwände der Beklagten gegenüber dieser Behauptung eingegangen zu werden (vgl. act. 68 S. 255 ff.; 70 S. 307 ff.; 72 S. 294 ff.; 74 S. 301 ff.; folglich auch nicht auf diejenigen der Klägerin in act. 81 S. 7 f.).

6.4.4.2. Die Klägerin behauptet weiter, die A._____ habe die fälligen Rechnungen bereits vor dem 11. September 2001 - und erst recht danach - nur noch selektiv bezahlen können und habe andere fällige Forderungen nicht mehr bezahlt (act. 54 S. 616, 680 mit Hinweis auf Rz 219, 241, 334 ff., 340 ff., 362, 421, 573, 791 ff., 808). Dabei bezieht sie sich auf eine Aufforderung von W._____ an die Finanzchefs von Konzerngesellschaften, Zahlungen bis "early July" zu verschieben (Rz 219) und auf eine diesbezügliche Erkundigung von W._____ (Rz 241). Sodann verweist sie auf die Anweisungen zum payment stop/slowdown (Rz 334 ff.) und auf die Erinnerungen von AA._____ (Rz 340 ff.), wonach Rechnungen nicht innert der Zahlungsfrist von 20 Tagen bezahlt worden seien (AB._____ Übersetzungen, Rechnungen vom 7., 17. und 29. August 2001 über CHF 9'684.–, 2'259.60 und 1'700.10; sowie AC._____, Rechnung vom 24. August 2001 über CHF 195'906.75, die nicht resp. erst mit "Vorschuss" vom 5. Oktober 2001 bezahlt worden sei; Rz 362). Die A._____ sei nach den Aussagen von AD._____ ab September 2001 mit Zahlungen zurückhaltend geworden (Rz 421), in der Woche vom 17.-21. September 2001 seien bereits erfasste Zahlungen nicht ausgeführt worden, weil die September-Löhne noch nicht sichergestellt waren (Rz 573). Sie führt ferner eine Reihe unbezahlter Rechnungen per 26. September 2001 an, wobei es sich soweit ersichtlich durchwegs um Forderungen gegen Tochtergesellschaften handelt (Rz 791 ff.), und erwähnt schliesslich, dass Erlöse nicht an V._____ weitergeleitet worden seien (Rz 808).

Die Beklagten 2-4 stellen sich auf den Standpunkt, die A._____ habe bis Ende September 2001 (28. September) sämtliche fälligen Rechnungen bezahlt (act. 34 S. 196, 236; act. 36 S. 94; act. 38 S. 73; vgl. auch act. 35/165). Die Beklagten 1 und 5 machen geltend, die A._____ sei bis jedenfalls am 28. September 2001 zahlungsfähig gewesen (act. 32 S. 104 ff.). Ausser in nicht typischen Einzelfällen seien keine Zahlungen verzögert worden (act. 68 S. 654). Die Beklagten weisen darauf hin, dass der von der Klägerin angerufene AA._____ gerade ausgesagt habe, es sei nur noch das absolut Notwendige und für die Fortführung des Betriebs Erforderliche bezahlt worden (act. 70 S. 196; 72 S. 193; 74 S. 196), worauf die Klägerin zu behaften sei. Andererseits könne die Klägerin mit einem einzelnen Beispiel nicht zeigen, dass bereits im August 2001 systematisch Rechnungen nicht mehr bezahlt worden seien. In Anbetracht von monatlich Tausenden von Zahlungen hätte die nur noch selektive Ausführung von Zahlungen zu Tausenden von Mahnungen in den Gesellschaftsakten führen müssen, wobei die Klägerin solches weder behaupte noch belege. Bis zum Grounding im Oktober 2001 sei es auch zu keiner einzigen Betreibung gekommen (act. 72 S. 194 f.; 68 S. 165 f.; 70 S. 197 ff.; 74 S. 198).

Aus den Ausführungen der Klägerin ergibt sich nicht, dass bei der A._____ bis 11. September 2001 die Zahlungsunfähigkeit oder gar eine Einstellung der Zahlungen eingetreten wäre. Dafür genügt der Umstand nicht, dass der Liquidität konzernintern mehr Beachtung geschenkt wurde, wobei auf das Thema der Anordnung oder Nichtanordnung eines Zahlungsstopps noch näher einzugehen sein wird (unten Ziff. 6.5.5). Selbst wenn die A._____ bereits im Lauf des August 2001 gewisse vergleichsweise kleine Zahlungen nicht oder verspätet ausgeführt hätte, so liesse dies den Schluss auf die bereits eingetretene Illiquidität nicht zu; es kann daher offen bleiben, ob - wie die Beklagten zudem geltend machen (act. 68 S. 165, 177; 70 S. 197, 211; 72 S. 194, 208; 74 S. 197, 211) - die Verzögerungen in diesen Fällen anderen Ursachen zuzuschreiben waren.

Die Beklagten 1 und 5 gestehen zu, dass am 17. September 2001 der Eintritt der Illiquidität für Ende September/Anfang Oktober für den Fall vorausgesehen worden war, dass keine Gegenmassnahmen getroffen werden könnten (act. 68 S.

654). Unbestritten ist grundsätzlich auch, dass es nach dem 21. September 2001 zu Verzögerungen in der Ausführung von Zahlungen im Konzern kam (act. 72 S. 281 f.; 70 S. 288; 74 S. 288), wobei auch zusätzlich eingeführte Kontrollmechanismen eine Rolle spielten (act. 72 S. 352; 68 S. 303 f.; 70 S. 359 f.; 74 S. 360).

6.4.4.3. Auch nach Darstellung der Beklagten war allerdings am 29. September 2001 bekannt, dass die A._____ ab 1. Oktober 2001 nicht mehr allen fälligen Verbindlichkeiten würde nachkommen können (act. 34 S. 197; act. 38 S. 73 f.; act. 36 S. 94; act. 32 S. 107). Dies ergibt sich auch aus dem Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom 29. September 2001 (act. 35/165 S. 1): "Die Holding kann ihren Verbindlichkeiten ab dem 1. Oktober nicht mehr nachkommen."
Es ist damit erstellt und an sich unbestritten, dass jedenfalls am 29. September 2001 die mindestens vorübergehende Zahlungsunfähigkeit der A._____ unmittelbar bevorstand, wenn nicht noch ein Überbrückungskredit gewährt werden würde.

6.4.5. Fortführungsfähigkeit

Die Klägerin ist der Ansicht, der A._____ habe bereits vor, jedenfalls aber nach den Terroranschlägen die Fortführungsfähigkeit gefehlt (act. 54 S. 579), während die Beklagten sich auf den Standpunkt stellen, die A._____ habe sich "auf einem zwar schmalen, aber gangbaren Weg" befunden, der sie absehbar wieder in sichere Gefilde führen würde (act. 32 S. 99; 34 S. 146; vgl. auch act. 38 S. 17 ff.; 36 S. 42 ff.).

6.4.5.1. Die Beklagten haben in den Klageantworten aus ihrer Sicht dargelegt, welche Massnahmen im Verlauf des Jahres 2001 ergriffen worden seien, um die Konzernfinanzen zu stabilisieren (act. 32 S. 43 ff.; act. 36 S. 241 ff.; act. 38 S. 231 ff.; act. 34 S. 121 ff.). So sei der geordnete Ausstieg aus Air AE._____, …/Air AF._____ und O._____ im März 2001 beschlossen und in der Folge vertraglich geregelt worden (Vertrag Air AE._____ vom 30. Juni 2001, act. 33/25; Vertrag …/Air AF._____ vom 31. Juli/1. August 2001, act. 33/27; Vereinbarung O._____ vom 2. August 2001, act. 33/28). Es seien personelle Änderungen (neuer Treasurer ab Juni 2001, neue Finanzchefin ab Juli 2001) vorgenommen sowie externe Kräfte (namentlich J._____ und I._____ Ltd) beigezogen worden. Die Liquiditäts-

voraussage sei verbessert und Devestitionen vorgenommen worden. Die Einführung der sog. G._____ Group Cashflow Projections (zwischen Juni und August 2001; vgl. act. 32 S. 59, 54) habe die Erstellung eines konzernweiten werktäglichen Überblicks über die erwarteten Cash-Einnahmen und Ausgaben sowie einen Ausblick für die nächsten 12 Monate erlaubt (act. 34 S. 125; act. 36 S. 263 ff.; (id. act. 38); vgl. z.B. act. 35/92). Es sei ein Kosteneinsparungsprogramm ("Change 2001") initiiert und ein neuer Business Plan mit Anpassung an den Strategiewechsel erarbeitet worden. Nebst der ersten (über CHF 650 Mio.) und der zweiten (über CHF 500 Mio.) sei ab Februar 2001 eine dritte Kreditlinie angestrebt und schliesslich am tt.mm.2001 als Überbrückungskreditlinie über CHF 1 Mia. abgeschlossen worden.

Die Klägerin geht in der Replik ebenfalls sehr ausführlich auf die Ereignisse in der A._____ im Jahr 2001 ein und schildert sie aus ihrer Sicht (act. 54 S. 47-539). Sie betont, dass die Kreditgeber bereits im März 2001 kritische Fragen gestellt hätten (S. 56 ff.), das Cash Pooling bereits im Mai 2001 zu Diskussionen mit der P._____ AG Anlass gegeben (S. 71 ff.) und die AG._____ [Bank] ihre Konditionen verschlechtert habe (S. 75 f.). Sie führt aus, dass das Cash Management im Frühsommer 2001 in einem desolaten Zustand gewesen sei (S. 76 ff.) und der Liquiditätsplanung fehlerhafte Prognosen betreffend die Devestition von Flugzeugen zugrunde lagen (S. 89 ff.). Die Situation sei bereits Ende Juni 2001 besorgniserregend gewesen, wie sich aus dem Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom 27. Juni 2001 ergebe (S. 110 ff.). Bei dem schliesslich mit den Lead-Banken AH._____, AI._____ und AJ._____ abgeschlossenen Multicurrency Revolving Bridge Loan Facility Agreement über CHF 1 Mia. habe es sich lediglich um eine Überbrückungsfinanzierung gehandelt, die zudem mit kaum erfüllbaren einschränkenden Bedingungen versehen gewesen sei (S. 120 ff.). Die Vereinbarungen über den Ausstieg aus Air AE._____ und …/Air AF._____ hätten die Liquidität zusätzlich belastet (S. 114, 140). Anlässlich der Sitzung vom 20. August 2001 sei der Verwaltungsrat über die sich zuspitzende Liquiditätssituation bis Ende 2001 informiert worden, wobei insbesondere im September 2001 ein Engpass entstehen könnte (S. 144 f.). Die Devestition von Q._____ per Ende November sei unrealistisch gewesen, und bei AL._____ sei der Devestitionswert um rund CHF 796

Mio. zu hoch angenommen worden (S. 145 f.). Der Liquiditätsplan hätte Ende August 2001 realistischerweise korrigiert werden müssen und so im September 2001 den Eintritt der Illiquidität angezeigt (S. 152 ff.).

Auch wenn die Parteien die Ereignisse bis und mit August 2001 unterschiedlich gewichten, stimmen sie grundsätzlich darin überein, dass sich Konzernleitung und Verwaltungsrat in dieser Zeit intensiv mit der Finanzlage des Konzerns befassten. Zwar stellt die Klägerin die Einschätzung der Situation durch die Beklagten in verschiedener Hinsicht in Frage, und sie kritisiert auch ihre Entscheide wie namentlich die vorläufige Weiterführung der Dualstrategie (act. 1 S. 81; 54 S. 64). Sie legt dies den Beklagten jedoch nicht als den Schaden verursachende Pflichtverletzung zur Last, so dass sich eine nähere Auseinandersetzung mit den Strategie- resp. Sanierungsentscheiden der Beklagten bis und mit August 2001 - unter Vorbehalt der nachfolgenden Erwägungen - erübrigt.

6.4.5.2. Soweit die Klägerin auch in diesem Zusammenhang die Liquiditätsplanung beanstandet, kann zunächst auf die Erwägungen in Ziff. 6.4.4 oben verwiesen werden. Insbesondere ist nicht grundsätzlich zu beanstanden, dass bei der Erstellung der Prognosen auch erwartete Kreditverlängerungen und Devestitionen erfasst wurden. Zur Lage Ende August 2001 ist vorab festzuhalten, dass die Beklagte 5 laut dem Protokoll der Sitzung des Verwaltungsrats vom 20. August 2001 zur Liquiditätssituation bis Ende Jahr berichtete. Wörtlich wurde vermerkt: "Im September könnte ein Engpass entstehen, falls sich der Downturn stärker als erwartet auf das Ergebnis auswirken sollte" (act. 3/70 S. 2). Mehr als ein Hinweis auf eine mögliche Knappheit im Falle nicht eintretender Erwartungen kann dieser Bemerkung nicht entnommen werden, zumal ein Engpass nicht mit drohender Illiquidität gleichgesetzt werden kann. Dabei braucht nicht näher auf den Einwand der Beklagten eingegangen zu werden, wonach sich ein umfassendes Restrukturierungskonzept für das Airline-Geschäft mitten in der Umsetzung befunden und positive Gewinnaussichten gezeigt habe (act. 68 S. 156; 72 S. 183; 70 S. 202; 74 S. 186 f.).

Die Beklagten bestreiten, dass die Devestition von Q._____ per Ende November unrealistisch gewesen sei und halten fest, dass bereits am 30. August 2001 ein

Letter of Intent mit AK._____ abgeschlossen worden sei, wobei das Closing auf den 5. Oktober 2001 vorgesehen war (act. 70 S. 203 f.; 72 S. 184; 68 S. 157 f.; 74 S. 187 f.; vgl. bereits u.a. act. 32 S. 81 ff. sowie act. 33/62). Selbst wenn, wie die Klägerin geltend macht (act. 54 S. 145), im Allgemeinen davon auszugehen ist, dass der Verkauf eines solchen Geschäftsbereichs mehrere Monate in Anspruch nimmt, ist eine beschleunigte Abwicklung jedenfalls durchaus vorstellbar. Ebenfalls in Abrede gestellt wird von den Beklagten, dass bei AL._____ der Devestitionswert um rund CHF 796 Mio. zu hoch angenommen worden sei (act. 54 S. 146; act. 70 S. 204 f.; 72 S. 186; 68 S. 158; 74 S. 189). Die Klägerin bezieht sich in der Replik auf ein E-Mail des damaligen CFO der AL._____ (act. 55/126), ohne näher darzulegen, auf welchen Annahmen die Liquiditätsprognosen konkret beruhten. Die Beklagten halten demgegenüber in den Dupliken detailliert fest, dass im Vergleich zur internen Schätzung von AL._____ insgesamt mit um rund CHF 216 Mio. geringeren Erträgen und damit vorsichtig gerechnet worden sei (act. 70 S. 206 f.; 68 S. 159 f.; 72 S.187 f.; 74 S. 190 ff.). Wenn die Klägerin dies in der Stellungnahme zu den Dupliken bestreitet und ihre Ausführungen ergänzt, indem sie ihre eigene Replikbeilage (act. 55/127) für die Monate August und September 2001 im Einzelnen erläutert und kommentiert (act. 81 S. 33), erweisen sich ihre Ausführungen einerseits als verspätet (vgl. oben Ziff. 1.7). Andererseits widerlegen sie jene der Beklagten nur scheinbar, indem sich die Klägerin auf die Kolonne "Cashflow Expected" konzentriert, während sich die Beklagten auf die insgesamt im Jahr 2001 aus den "Disposals" zu erwartenden Beträge beziehen.

Zu beachten ist überdies, dass die in der "Board presentation: Review of the use of the going concern basis in the preparation of the Group accounts" (act. 55/149; vgl. noch unten Ziff. 6.4.5.4) enthaltenen Zahlen zu den "Disposals" laut Vermerk auf dem "Interim disclosure to lenders, 19 July 2001" beruhen (S. 9), wobei dem Verwaltungsrat zusätzlich ein aktueller Liquiditätsplan präsentiert wurde (act. 69/45); die Parteien stimmen darin überein, dass dieser nicht zum gleichen Zeitpunkt erstellt wurde wie die "Cash Flow Projection" vom 27. August 2001 (act. 33/26), womit die Übersichten nicht direkt vergleichbar sind (act. 81 S. 40 f.). Allfällige Unterschiede vermögen daher die Liquiditätsplanung nicht zu disqualifizieren.

Insgesamt ist festzuhalten, dass eine erkennbar notwendige Korrektur der Liquiditätsplanung per Ende August 2001 mit diesen Einwänden nicht dargetan ist.

6.4.5.3. Die Parteien stimmen darin überein, dass die seit April 2001 beigezogene Beraterin und designierte (vgl. act. 3/57 S. 2 f.) Revisionsstelle J._____ mit einer erneuten Prüfung des Jahresabschlusses 2000 sowie der Erstellung eines Halbjahresabschluss 2001 beauftragt worden war, der Ende August 2001 geprüft wurde (act. 1 S. 43 f.; act. 32 S. 67; 34 S. 140; 36 S. 273; 38 S. 266). Die Klägerin weist allerdings darauf hin, dass es sich bei dem Halbjahresabschluss um einen Konzernabschluss gehandelt habe ohne jegliche Aussagekraft für die A._____ als Einzelgesellschaft; er sei nicht dazu geeignet gewesen, Auskunft über die Fortführungsfähigkeit der A._____ im Sinne von Art. 725 OR zu geben (act. 54 S. 165). Die Beklagten äussern sich in der Duplik ausführlich zum erstellten Halbjahresabschluss (act. 72 S. 215 ff.; 70 S. 233 ff.; 74 S. 218 ff.; 68 S. 183 ff.): Sie halten fest, dass die A._____ AG einen statutarischen Zwischenabschluss (Einzelabschluss) per 30. Juni 2001 erstellt habe und die Experten von J._____ diesen Abschluss überprüft sowie die Einhaltung der Schwellenwerte nach Art. 725 OR bejaht haben; ebenso hätten auch die verschiedenen Einzelgesellschaften statutarische Zwischenabschlüsse erstellt, die durch J._____ überprüft worden seien, und J._____ habe bei der Prüfung des Konzern-Halbjahresabschlusses auch die Eigenkapitalsituation der einzelnen Konzerngesellschaften überprüft. Sie berufen sich überdies auf ein Kurzgutachten von AM._____ vom 10. September 2014 (u.a. act. 72/39). Die Klägerin bleibt dabei, dass keine statutarischen Halbjahresabschlüsse erstellt worden seien; das sei in der kurzen zur Verfügung stehenden Zeit auch nicht möglich gewesen (act. 81 S. 35 ff.).

Wie es sich damit verhält, kann offen bleiben. Es trifft zu, dass der Halbjahresabschluss ("Financial statements of the G._____ Group for the 6 months ended 30 June 2001") vom 30. August 2001 (act. 3/81) auf konsolidierter Basis erstellt wurde. Wie bereits gesehen stellt sich die Klägerin jedoch nicht (substantiiert) auf den Standpunkt, die A._____ sei bereits Ende August 2001 zu Fortführungswerten überschuldet gewesen, sondern darauf, dass im Zeitpunkt der vorliegend relevanten Zahlungen die Fortführungsfähigkeit der A._____ zufolge Illiquidität nicht mehr

gegeben und diese zu Liquidationswerten überschuldet gewesen sei (oben Ziff. 6.4.3.1). Ob die dem Konzern-Halbjahresabschluss zugrundeliegenden Zahlen der einzelnen Gesellschaften ihrerseits statutarische Zwischenabschlüsse darstellten, steht nicht im Vordergrund, soweit nicht die Überschuldung resp. die Einhaltung der Vorschriften von Art. 725 Abs. 2 OR zu prüfen sind.

6.4.5.4. Anlässlich seiner Sitzung vom 27. August 2001 diskutierte der Verwaltungsrat im Zusammenhang mit dem Halbjahresabschluss 2001 einlässlich über die Fortführungsfähigkeit. Die Klägerin geht im Detail auf die dem Verwaltungsrat anlässlich dieser Sitzung präsentierten Folien zur Going Concern-Thematik ein (act. 54 S. 164 ff.; act. 55/149); sie ist der Meinung, dass der Verwaltungsrat den Halbjahresabschluss 2001 auf der Grundlage einer unzutreffenden und offensichtlich allzu optimistischen Liquiditätsprojektion auf Going Concern Basis gutgeheissen habe (act. 54 S. 176). Die Beklagten bestreiten dies (act. 68 S. 219; 70 S. 272; 72 S. 257; 74 S. 263); die J._____ habe den nach Fortführungswerten erstellten Halbjahresabschluss am 30. August 2001 vorbehaltlos testiert (act. 68 S. 182; 70 S. 249, 274 ff.; 72 S. 214; 74 S. 265).

Der Halbjahresbericht ("Financial statements of the G._____ Group for the 6 months ended 30 June 2001") vom 30. August 2001 hält in den "Notes to the consolidated financial statements" unter Ziffer 2 zum Titel "Going concern" fest (act. 3/81 S. 6):

The consolidated financial statements are prepared on a going concern basis which the Board of Directors of the Company believes to be appropriate. The Group's current liabilities exceed its current assets by CHF 2 193 million at 30 June 2001. The Group meets its day to day working capital requirements through a variety of overdraft facilities and financing agreements, some of which may be repayable on demand. The Directors have prepared projected cash flow information from the date of these consolidated financial statements to 31 December 2002. These cash flow projections include assumptions for the disposal of majority stakes in Q._____ and the AN._____ Group. On the basis of this cash flow information, the Directors consider that the Group will continue to operate within the facilities currently agreed. However, the margin of facilities over requirements is not large and, inherently, there can be no certainty in relation to these matters. The nature of

the Group's business is such that there can be unpredictable variation in the timing of cash inflows.

Der Klägerin ist zuzustimmen, dass diese Anmerkung zur Fortführungsfähigkeit sehr zurückhaltend formuliert ist und verschiedene Risiken erwähnt; es kommt darin deutlich zum Ausdruck, dass die Finanzierungsbasis dünn und die Liquiditätslage angespannt war. Gleichzeitig erteilte die J._____ in ihrem abschliessenden "Report of the auditors to the Board of Directors of the G._____ Group" jedoch kein negatives Zeugnis; vielmehr hielt sie abschliessend fest (act. 3/81 S. 48):

In forming our opinion we have considered the adequacy of the disclosures made in note 2 to the consolidated financial statements concerning the G._____ Group's current liquidity management and the continuation and adequacy of the G._____ Group's financing facilities. In view of this matter we consider that it should be drawn to your attention but our opinion is not qualified in this respect.

Diese Bemerkung enthält keine eigentliche Einschränkung des Prüfungsurteils, sondern ist als erklärender oder hervorhebender Hinweis zu betrachten, der die in Bezug auf das laufende Liquiditätsmanagement und die Finanzierungsinstrumente bestehenden Unsicherheiten verdeutlicht (vgl. z.B. auch Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Band 2 Abschlussprüfung, Zürich 2009, II.7.2.5.2 S. 431). Die Fortführungsfähigkeit wurde dem Konzern damit nicht abgesprochen, der Problematik aber gleichzeitig ein besonderes Augenmerk gewidmet.

Soweit die Klägerin im Weiteren auf die unzulässige Aktivierung der Position "Pensions" in der Bilanz verweist (act. 54 S. 180), vertreten die Beklagten unter Hinweis auf Lehre und Praxis unwidersprochen eine andere Meinung (vgl. act. 70 S. 278; 72 S. 263; 74 S. 269; 68 S. 225; Helbling, Aktivierung von Arbeitgeberbeitragsreserven in der Firmenbilanz, in: ST 3/09 S. 125 ff.); eine fehlerhafte Verbuchung ist hier nicht ersichtlich. Selbst wenn die J._____ sodann im Rahmen des Restatements in verschiedener Hinsicht Korrekturen vorgenommen haben sollte, die, wie die Klägerin gestützt auf die Aussagen verschiedener Personen im Rahmen der Strafuntersuchung geltend macht (act. 54 S. 181 f.), beim internen Controlling zumindest nachträglich kritisiert wurden, behauptet und begründet auch die Klägerin nicht konkret, dass der Abschluss unwahr oder falsch gewesen wäre,

selbst wenn sie dies mit dem Vorwurf, er sei "geschönt" gewesen (act. 54 S. 585), in den Raum stellt.

Auch ohne zusätzliche Korrekturen ist allerdings festzuhalten, dass die G._____ Gruppe unbestrittenermassen in einer schwierigen Lage war (vgl. act. 70 S. 278; 72 S. 263; 74 S. 270). Die Liquiditätslage war wenig komfortabel und weitgehend von den laufenden Devestitionsmassnahmen abhängig. Es erscheint unter den gegebenen Umständen aber sowohl als vertretbar als auch als nachvollziehbar, dass der Verwaltungsrat in Anbetracht der vorgelegten und geprüften Zahlen und gestützt auf die präsentierte Liquiditätsprognose weiterhin auch für die A._____ von einer Going concern-Basis ausging, allerdings unter der Bedingung des Verkaufs von Beteiligungen (vgl. act. 3/76 S. 2).

6.4.5.5. Es ist unbestritten, dass sich die Situation der A._____ mit den Terroranschlägen in USA deutlich verschlechterte: Einerseits bestand auch nach Darstellung der Beklagten per Ende September 2001 eine Unterbilanz (vgl. act. 32 S. 110, 164; act. 36 S. 92; act. 38 S. 71, 478; act. 34 S. 199, 291 f.). Andererseits konnte die A._____ jedenfalls ab 1. Oktober 2001 nicht mehr allen fälligen Verbindlichkeiten nachkommen (act. 34 S. 197; act. 38 S. 73 f.; act. 36 S. 94; act. 32 S. 107). Es ist auch unbestritten, dass der Beklagte 1 bereits am 12. September 2001 an der Konzernleitungssitzung mitteilte, dass infolge der neuen Ausgangslage um staatliche Unterstützung nachgesucht werden müsse (act. 1 S. 48; act. 34 S. 154; act. 36 S. 46 (id. act. 38); act. 32 S. 120). Die Klägerin zieht daraus den Schluss, dass die Gruppe ohne Zuschuss von neuem Kapital keine Überlebenschance gehabt habe; die (am 19. September 2001) diskutierten Massnahmen seien hilflos und realitätsfremd gewesen (act. 1 S. 53).

Die Beklagten sind hingegen der Meinung, dass lediglich von einer Zahlungsstockung, nicht aber von einer absehbaren nachhaltigen Zahlungsunfähigkeit auszugehen gewesen sei (act. 34 S. 152 ff.; act. 32 S. 106 ff.). Sie machen geltend, es seien sofort Abklärungen über die Handlungsoptionen in rechtlicher Hinsicht eingeleitet worden (z.B. act. 34 S. 155 ff.), die aufgezeigt hätten, dass eine Nachlassstundung kein Mittel für das Überleben des Konzerns darstellte (z.B. act. 34 S. 157); es seien Verhandlungen betr. Überbrückungsfinanzierung mit den Ban-

ken aufgenommen worden (z.B. act. 34 S. 158 f.) und die Verhandlungen betr. "AO._____" seien fortgesetzt worden (z.B. act. 34 S. 159 f.). Sodann verweisen sie auf das Hilfeersuchen an den Bundesrat (z.B. act. 34 S. 160 ff.) und die Bemühungen der Arbeitsgruppe AP._____ (vgl. auch act. 36 S. 46 ff.; (id. act. 38) und act. 32 S. 121 ff.). Die Beklagten bestreiten überdies, dass eine Überschuldungssituation eingetreten war wegen des von der Klägerin behaupteten Rückstellungs- und Wertberichtigungsbedarfs. Ein Liquiditätsengpass genüge für sich allein nicht zum Wegfall der Fortführungsfähigkeit (z.B. act. 68 S. 523 f.).

An dieser Stelle kann offen bleiben, ob bei der A._____ eine nachhaltige Zahlungsunfähigkeit oder lediglich eine Zahlungsstockung absehbar war. Selbst wenn dank den geplanten Devestitionen die Liquidität längerfristig gewährleistet gewesen wäre, hing die Weiterführung der Unternehmenstätigkeit kurzfristig davon ab, dass der Bund und/oder Dritte der A._____ einen Überbrückungskredit in beträchtlicher Höhe gewähren würden. Es darf davon ausgegangen werden, dass die Nichtbezahlung fälliger Verbindlichkeiten in kürzester Zeit zum Stillstand jeglicher Geschäftstätigkeit und damit zum Kollaps geführt hätte (vgl. dazu auch unten Ziff. 6.5.6.2 betr. Cross Default; allgemein z.B. Böckli, a.a.O., § 13 Rz 748a, 749). Die Fortführungsfähigkeit war damit nach dem 11. September 2001 ernsthaft gefährdet.

6.4.6. Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Klägerin den Beklagten keine Schadensverursachung durch Verletzung der sich aus Art. 725 OR ergebenden Pflichten vorwirft und eine Überschuldung der A._____ zu Fortführungswerten nicht (substantiiert) behauptet. Weder Ende August 2001 noch am 10. September 2001 war die Illiquidität der Gesellschaft eingetreten, auch wenn zur Erhaltung der Liquidität zusätzliche Devestitionsmassnahmen erforderlich wurden. Hingegen war nach dem 11. September 2001 eine Liquiditätslücke absehbar und stand die Fortführungsfähigkeit der Gesellschaft damit in Frage.

6.5. Handlungsoptionen

6.5.1. Parteistandpunkte

Die Klägerin ist der Meinung, dass der Verwaltungsrat im Rahmen seiner Pflicht zur sorgfältigen Geschäftsführung gemäss Art. 717 Abs. 1 OR auch die Interessen der Gläubiger zu berücksichtigen habe, welche umso stärker zu beachten seien, je mehr die Gesellschaft in die Nähe einer Konkursliquidation gerate. In einer Situation drohender Insolvenz würden die Interessen der Gesellschaft gegenüber jenen der Gläubiger immer mehr in den Hintergrund treten. Bestehe keine ernsthafte Möglichkeit zur Fortführung der Gesellschaft mehr, was sich auch aus der Gesamtsituation, namentlich bei drohender Illiquidität, ergeben könne, müsse hinsichtlich noch auszuführender Zahlungen erhöhte Wachsamkeit gelten. Nur wenn ernsthafte Sanierungsaussichten bestünden, könne mit der Anmeldung des Konkurses zugewartet werden, wobei aber während dieser Zeit jede Schädigung der Gläubiger zu vermeiden sei. Es gelte die Pflicht der relativen Gleichbehandlung der Gläubiger. Absolut sei diese hingegen zu beachten, wenn keine Sanierungsaussichten mehr bestünden; dann seien sämtliche Zahlungen einzustellen (act. 54 S. 34 ff.). Die Klägerin hält den Beklagten sodann beiläufig vor (act. 1 S. 92), sie hätten es pflichtwidrig unterlassen, spätestens im Zusammenhang mit dem Halbjahresabschluss und dem Restatement eine Liquidationsbilanz erstellen zu lassen (vgl. auch act. 54 S. 206).

Die Beklagten bestreiten eine pflichtwidrige Vornahme der Zahlungen ebenso wie die fehlenden Sanierungsaussichten und die behauptete Gleichbehandlungspflicht der Gläubiger. Die im Rahmen der Sorgfalts- und Treuepflicht gemäss Art. 717 OR zu wahrenden Gesellschaftsinteressen würden zwar in Konkursnähe insofern etwas modifiziert, als die zusätzlichen spezifischen Pflichten gemäss Art. 725 OR hinzuträten; eine Pflicht zur ausschliesslichen Orientierung an den Interessen der Gläubiger gebe es aber in dieser Phase nicht (u.a. act. 70 S. 55 ff.; 72 S. 44 ff.; 74 S. 44 ff.).

6.5.2. Handlungspflichten

Nach dem vorstehend Ausgeführten wurde nach dem 11. September 2001 offenbar, dass die A._____ ihre Unternehmenstätigkeit über den Monat September

hinaus nur noch dann würde weiterführen können, wenn sie kurzfristig einen Überbrückungskredit würde erhältlich machen können. Es bestand damit die begründete Besorgnis der Überschuldung im oben dargelegten Sinn (Ziff. 6.4.2), dies jedoch wegen absehbarer Liquiditätsprobleme und nicht zufolge Eintritts der Überschuldung.

Rechtsfolge der "begründeten Besorgnis" ist die Pflicht des Verwaltungsrats zur Erstellung einer Zwischenbilanz zu Fortführungs- resp. Veräusserungswerten und deren Prüfung durch die Revisionsstelle (Art. 725 Abs. 2 Satz 1; vgl. auch BSK OR II-Wüstiner, N 35 ff. zu Art. 725; Böckli, a.a.O., § 13 Rz 770 ff.); ergebnisabhängig folgt die Pflicht, den Richter zu benachrichtigen.

Die Beklagten machen nicht geltend, dass im Lauf des Septembers 2001 eine Zwischenbilanz zu Veräusserungswerten erstellt worden ist. Sie weisen jedoch darauf hin, dass anlässlich der Sitzung des Verwaltungsrates vom 29. September 2001 eine Zwischenbilanz der Einzelgesellschaften A._____ und der H._____ jeweils per 30. September 2001 vorgelegt worden sei, wobei erstere nach wie vor über ein positives statutarisches Eigenkapital in der Höhe von CHF 384 Mio. verfügt habe (act. 34 S. 198; 36 S. 92; 38 S. 71; vgl. u.a. act. 35/165 S. 1 und act. 35/168). Sie sind der Meinung, dass die A._____ damit eine Unterbilanz im Sinne von Art. 725 Abs. 1 OR aufgewiesen habe, die daraus folgenden Pflichten mit der Terminierung einer ausserordentlichen Generalversammlung zwecks Unterbreitung von Sanierungsvorschlägen jedoch bereits in die Wege geleitet worden seien (act. 32 S. 110; 34 S. 199).

Eine Zwischenbilanz zu Fortführungswerten ist auf der Grundlage der letzten Jahresbilanz unter Berücksichtigung aller Geschäftsvorfälle bis zum Stichtag einschliesslich derjenigen, welche Besorgnis zu einer begründeten Überschuldung gegeben haben, zu erstellen (BSK OR II-Wüstiner, N 36 zu Art. 725 OR). Es kann offen bleiben, ob es sich bei der in act. 35/168 (oder u.a. act. 69/54) vorliegenden Bilanz um eine Zwischenbilanz im technischen Sinn handelt und ob eine gleichzeitig erstellte Liquidationsbilanz eine Überschuldung ergeben hätte. Denn auch wenn die Umstände zu einem Vorgehen nach Art. 725 Abs. 2 Satz 1 OR Anlass gegeben hätten, so wären die Ergebnisse der Zwischenbilanzen für die Frage der

Weiterführung weniger ausschlaggebend gewesen, als die drohende Illiquidität. Insofern wäre deshalb auch eine selbständige Pflichtverletzung (durch Nichterstellen einer Zwischenbilanz) zu verneinen, wäre sie schadensrelevant geltend gemacht worden. Dass wegen der jedenfalls kurzfristig nicht mehr ausreichend vorhandenen Liquidität Handlungsbedarf bestand, war demgegenüber klar und ist an sich unbestritten.

Aus den gleichen Gründen stehen die aus der Unterbilanz gemäss Art. 725 Abs. 1 OR folgenden Pflichten nicht im Vordergrund, weshalb offen bleiben kann, ob ihnen mit der bereits am 13. Juni 2001 geplanten und auf den 9. November 2001 angesetzten ausserordentlichen Generalversammlung und der entsprechenden Pressemitteilung vom 24. September 2001 (vgl. z.B. act. 32 S. 93; act. 33/111) genügt wurde.

6.5.3. Sanierung

6.5.3.1. Selbst bei festgestellter Überschuldung darf von der Benachrichtigung des Richters abgesehen werden, wenn konkrete Aussichten auf eine Sanierung bestehen. Es muss sich um einen bewussten Entscheid in Kenntnis der Überschuldungssituation handeln; der Verwaltungsrat hat dabei zu prüfen, ob das Risiko, das mit dem Versuch einer Sanierung naturgemäss verbunden ist, durch den ökonomischen Wert der Chance einer Sanierung aufgewogen wird (BSK OR II-Wüstiner, N 40a zu Art. 725 mit div. Hinweisen). Das Bundesgericht fasst seine Rechtsprechung im Urteil 6B_492/2009 vom 18. Januar 2010, E. 2.1, wie folgt zusammen:

"Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann der Verwaltungsrat bei Überschuldung die Benachrichtigung des Richters für eine kurze Zeitspanne aufschieben, wenn eine vernünftige Aussicht auf eine kurzfristige Lösung des Problems besteht (BGE 132 III 564 E. 5.1 S. 573). Angemessen erscheint eine auf wenige Wochen bemessene Frist (vgl. Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, § 13 Rz. 816 f. und 818, wonach die Frist auf 4 bis 6 Wochen festzulegen ist; ebenso Botschaft vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts, BBl 2008 1691 Ziff. 2.1.32; Urteil 4C.117/1999 vom 16. November 1999 E. 1b/aa, das in Anlehnung an Art. 64 Abs. 2 lit. b des Vorentwurfes zu einem Bundesgesetz über die Rechnungslegung und Revision vom 29. Juni

1998 die Frist auf maximal 60 Tage bemisst). Es muss die dauerhafte finanzielle Gesundung der Gesellschaft erwartet und deren Ertragskraft wiederhergestellt werden. Sind erhebliche Zweifel an den Erfolgsaussichten der Sanierung angebracht oder ist diese für die Gläubiger mit einem erhöhten Risiko verbunden, hat der Verwaltungsrat den Richter zu benachrichtigen. Übertriebene Erwartungen oder vage Hoffnungen reichen nicht aus (BGE 127 IV 110 E. 5a S. 113; Urteil 4C.366/2000 vom 19. Juni 2001 E. 4b).

Wie dargelegt bestand bei der A._____ nach dem 11. September 2001 Anlass zur "begründeten Besorgnis" der Überschuldung, ohne dass aber bereits eine festgestellte Überschuldung zu Fortführungs- und Veräusserungswerten vorlag. Die Gesellschaft befand sich bei Vornahme der beanstandeten Zahlungen mithin in einer der Pflicht zur Anrufung des Richters vorangehenden Phase, in welcher - wie oben dargelegt - zunächst eine Zwischenbilanz zu erstellen war; es wird die Meinung vertreten, dass in dieser Phase auch die Anforderungen an die Erfolgsaussichten einer Sanierung noch weniger restriktiv sind (vgl. Vogt/Peter, Aktienrechtliche Rahmenbedingungen einer finanziellen Sanierung, insbesondere das Verbot der Einlagerückgewähr, in: GesKR 2011 S. 241). Es kann deshalb jedenfalls keine Verletzung von Art. 725 OR darin gesehen werden, dass sich der Verwaltungsrat in dieser Situation um eine Sanierung resp. Fortführung der Gesellschaft bemühte und von der Anrufung des Richters absah. Dem scheint im Übrigen auch die Klägerin zuzustimmen (act. 54 S. 580, 603). Schliesslich ist festzuhalten, dass vorliegend zwischen dem 11. September 2001 und dem Gesuch um Nachlassstundung vom 4. Oktober 2001 eine Zeitspanne von rund drei Wochen liegt, mithin selbst die von der Rechtsprechung entwickelte Toleranzfrist jedenfalls eingehalten wäre.

6.5.3.2. Die Klägerin bemängelt, dass die Beklagten nicht über einen realistischen Sanierungsplan verfügten. Es sei ihnen nur noch der Gang zum Bund geblieben, da nicht einmal Bankkredite erhältlich waren. Trotz bis ins Jahr 2000 zurückreichenden Warnungen seien Sanierungsmassnahmen - sprich die empfohlenen Verkäufe wesentlicher Unternehmensbestandteile - immer wieder hinausgeschoben worden. Rettungsübungen in letzter Minute würden keine bevorzugte Befriedigung einzelner Gläubiger rechtfertigen (act. 1 S. 81). Mit der vom Bund erhofften Milliarde hätte immer noch ein nicht gedeckter Schuldenüberhang von CHF 5

Mia. bestanden, und auch eine Kapitalerhöhung habe keine realistische Chance gehabt (act. 1 S. 83). Selbst wenn aber noch begründete Aussicht auf Sanierung bestanden habe, rechtfertige dies nicht die Vornahme der beanstandeten Zahlungen, die weder privilegierte Forderungen betroffen oder der dringenden Schadensabwendung gedient haben noch hoheitlich angeordnet oder überlebensnotwendig gewesen seien (act. 54 S. 581).

Die Beklagten sind, wie bereits dargelegt, der Ansicht, dass einerseits die Sanierung der A._____ in die Wege geleitet worden sei (vgl. oben Ziff. 6.4.5.1) und andererseits auch nach den Terroranschlägen nicht von Vornherein von der Aussichtlosigkeit jeglicher Sanierung habe ausgegangen werden müssen (vgl. oben Ziff. 6.4.5.5).

6.5.3.2.1. Soweit die Klägerin die getroffenen Sanierungsmassnahmen - resp. deren Unterlassung - beanstandet, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass sich die Gerichte nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung insbesondere auch bei der Überprüfung von Sanierungsentscheiden Zurückhaltung aufzuerlegen haben (vgl. allgemein BGE 139 III 24 E. 3.2; Urteil 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010, E. 7.2.4; vgl. auch Vogt/Bänziger, Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgment Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts, in: GesKR 2012 S. 607 ff., 623), jedenfalls insoweit, als sie in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidprozess zustande gekommen sind. Dies soll auch für die mit dem Entscheid, ob eine Bilanzierung zu Fortführungswerten noch zulässig sei, verbundene Einschätzung der Sanierungsaussichten gelten, zumal diese wesentlich von den eingeleiteten Sanierungsmassnahmen abhängen und insofern mit der Ausübung von Geschäftsführungsermessen verknüpft sind. Die Gerichte sollten danach die vom Verwaltungsrat vorgenommene Gewichtung und Abwägung der Interessen nicht uneingeschränkt überprüfen und einer eigenen Beurteilung unterziehen, sondern nur einschreiten, wenn ein Entscheid unter den konkreten Umständen nicht vertretbar war (a.a.O.).

6.5.3.2.2. Auch diese eingeschränkte Prüfung kann allerdings unterbleiben, wenn es vorliegend nicht die Sanierungsmassnahmen sind, aus welchen die Klägerin

den behaupteten Schaden ableitet, sondern die im fraglichen Zeitraum ausgeführten Zahlungen.

Nach dem oben in Ziff. 6.4.5 Dargelegten war sodann die Fortführungsfähigkeit noch Ende August 2001 in vertretbarer Weise bejaht worden. Diese Situation wurde zwar durch die Terroranschläge insofern verändert, als die absehbar eintretende (jedenfalls vorübergehende) Illiquidität die Fortführungsfähigkeit ernstlich in Frage stellte. Im Vordergrund stand in dieser Situation aber nicht die Erarbeitung eines neuen Sanierungsplans zusätzlich zu den bis dahin bereits eingeleiteten und noch vorgesehenen Massnahmen, sondern in erster Linie - mit dem Fokus auf Erhalt und Fortführung der Unternehmung - die Überbrückung der Krise. Insofern ist auch die Frage, ob die Voraussetzungen einer Sanierung in Form eines Sanierungsplans und ausreichenden Sanierungsaussichten unmittelbar nach dem 11. September 2001 vorlagen, nicht massgeblich zu beantworten.

6.5.3.2.3. Die Beklagten legen unter Berufung auf BGE 116 II 320 die Notwendigkeit einer Rettung der G._____-Gruppe dar, da erhebliche Interessen der Allgemeinheit auf dem Spiel gestanden seien (Bedeutung für Schweizer Volkswirtschaft; Verkehrspolitik; Tourismus; Beschäftigte; act. 34 S. 166 ff.; act. 36 S. 126 ff.; (id. act. 38), act. 32 S. 110 ff.), und machen geltend, bis 1. Oktober 2001 sei versucht worden, mit Unterstützung von Banken und Bund den G._____-Konzern als Ganzes zu retten, und anschliessend mittels eines Not-Kredits das Grounding zu verhindern (act. 34 S. 174 ff.; act. 36 S. 101 (id. act. 38)). Die Klägerin hält diese Überlegungen für irrelevant; sie werfe den Beklagten nicht vor, dass sie im September 2001 noch letzte Versuche zur Sanierung unternommen hätten, sondern dass dabei ein klares Sanierungskonzept gefehlt und nicht betriebsnotwendige Zahlungen zugelassen worden seien. Der unternommene Sanierungsversuch sei auch möglich gewesen, wenn die monierten Zahlungen nicht ausgeführt worden wären (act. 54 S. 617, 724).

6.5.3.3. Wie gesehen ist der Standpunkt der Klägerin nicht ganz einheitlich, indem sie zum Einen im Verlauf des vorliegenden Verfahrens die Sanierungsmassnahmen resp. deren Unterlassung sowie den zugrundeliegenden Plan und die Aussichten der Sanierung bemängelt, zum Andern aber den Schaden weder aus den

Sanierungsbemühungen noch überhaupt aus dem nach dem 11. September 2001 unternommenen Rettungsversuch ableitet. Letzteren macht sie den Beklagten ausdrücklich auch nicht zum Vorwurf; sie anerkennt damit zumindest implizit, dass es unter den gegebenen Umständen vertretbar war, von rechtlichen Schritten einstweilen abzusehen.

Zum gleichen Ergebnis würde auch eine Würdigung aufgrund der von den Parteien in den wesentlichen Teilen übereinstimmend geschilderten Chronologie der Ereignisse (vgl. act. 1 S. 47 ff.; 36 S. 45 ff.; 32 S. 120 ff.; 38 S. 20 ff.; 34 S. 154 ff.) führen. So fand nach den Terroranschlägen vom 11. September 2001 am 12. September 2001 eine Konzernleitungssitzung statt, anlässlich welcher der Beklagte 1 die Benachrichtigung des Bundesrates ankündigte. In der Folge leitete der interne Rechtsdienst des Konzerns Abklärungen u.a. zum Thema Nachlassstundung ein. Am 17. September 2001 wurde der Bundesrat über die bevorstehende Zahlungsunfähigkeit informiert. Anlässlich der Sitzung der Konzernleitung vom 19. September 2001 stellte die Beklagte 5 eine weitere Verschlechterung der Situation fest; sodann wurde der Verwaltungsrat informiert. Am 22. September 2001 fand eine zweite Besprechung der Beklagten 1 und 5 mit Vertretern des Bundesrats statt. Am 25. und 26. September 2001 folgten weitere Sitzungen des Verwaltungsrates und der Konzernleitung; dabei wurden auch die Optionen sofortige Einstellung der Geschäftstätigkeit und Vorbereitung einer Nachlassstundung thematisiert. Am 28. September 2001 traf sich die sog. Arbeitsgruppe AP._____; gleichentags stellte die P._____ das Cash Pooling ein. Über das Wochenende 29./30. September 2001 wurden weitere Sitzungen des Verwaltungsrates sowie mit Vertretern des Bundesrats, der Banken und der Konzerngesellschaften abgehalten, worauf der Verwaltungsrat am 30. September 2001 entschied, für die A._____ ein Gesuch um Nachlassstundung zu stellen.

Die Parteien stimmen damit überein, dass sich die Konzernleitung und der Verwaltungsrat der Problematik der Situation nach den Terroranschlägen bewusst waren und rasch erkannten, dass die A._____ den bevorstehenden Engpass nur mittels weiterer Kredite bzw. mit Hilfe des Bundes würde überbrücken können. Auch die sofortige Einleitung rechtlicher Schritte wurde geprüft und zunächst ver-

worfen. Zwar ist davon auszugehen, dass die Kapitalmarktfähigkeit der A._____ - die Klägerin verweist auf die Präsentation der J._____ zuhanden des Bundesrats vom 17. September 2001 (act. 1 S. 84; act. 3/96) - bereits schwer beeinträchtigt war, die Hilfe des Bundes notwendig und gleichzeitig auch das Risiko zu scheitern durchaus beträchtlich war. Eine Gegenüberstellung des Risikos, die Geschäfte drei Wochen weiterzuführen, mit der Chance, nicht nur die Gesellschaft und die Gläubigeransprüche, sondern auch weitere, verbundene Interessen zu retten, erscheint aber als vertretbar. Dabei darf in Betracht gezogen werden, dass die Ereignisse vom 11. September 2001 absolut aussergewöhnlich und ihre Auswirkungen zunächst nicht vollständig abzusehen waren. Hinzu kommt die unbestreitbare emotionale und auch volkswirtschaftliche Bedeutung der "G._____". Selbst wenn der Bundesrat zunächst ablehnend reagierte, wurde doch nach dem 17. September ein zweites Treffen am 22. September 2001 und einige Tage später ein Meeting der sog. AP._____-Gruppe durchgeführt. Erst im Verlauf des folgenden Wochenendes wurde deutlich, dass die Rettung des Konzerns nicht mehr möglich war.

Die Klägerin wendet ein, es sei bereits am 25. September 2001 bekannt gewesen, dass die A._____ in Nachlassstundung gehen würde, was die Beklagten in Abrede stellen. Soweit sich die Klägerin diesbezüglich auf das Protokoll der Telefonkonferenz des Verwaltungsrats vom 25. September 2001 (act. 3/108) bezieht, kann ihr allerdings nicht gefolgt werden: Aus dem Dokument geht zwar hervor, dass die Optionen sofortige Einstellung der Geschäftstätigkeit und Vorbereitung einer Nachlassstundung thematisiert wurden, aber auch, dass letzteres als "last resort" in Frage komme und der AP._____-Gruppe noch die Chance zu geben sei, eine Finanzlösung vorzuschlagen. Als sichere Tatsache konnte die Nachlassstundung demnach zu diesem Zeitpunkt, vor der Sitzung der Gruppe am 28. September 2001, nicht gelten; daran vermögen im Übrigen auch die von der Klägerin zitierten diversen Stellen aus dem Entwurf des Protokolls der Sitzung vom 25. September 2001 nichts zu ändern (act. 3/144; act. 54 S. 317 ff.). Anlässlich der Sitzung des Verwaltungsrats vom 26. September 2001 wurde die finanzielle Situation erneut einlässlich besprochen und erteilten beigezogene Anwälte Auskunft über die Optionen Konkurs resp. Deponierung der Bilanz und Nachlassstundung

(vgl. act. 3/111); dem Protokoll ist zu entnehmen, dass von einem solchen Szenario ohne gründliche Vorbereitung abgeraten wurde, so dass zunächst vertiefte Abklärungen beschlossen wurden. Weiter stand die Fortführung des Betriebs mit dem Fokus auf die nächsten zwei bis drei Monate zur Diskussion. Das Protokoll schliesst mit der Bemerkung, dass "within the next few days" zu entscheiden sei, welches Vorgehen verfolgt werde, um die bevorzugte Behandlung von Gläubigern zu vermeiden, wobei die diesbezüglich geplanten Schritte aufgezeigt werden (a.a.O., S. 2). Selbst wenn sich an dieser Sitzung eine Sanierung des Konzerns als Ganzes zunehmend als sehr fraglich abzeichnete (vgl. auch Aktennotiz AQ._____, act. 3/112 S. 2), stand auch in diesem Zeitpunkt die Nachlassstundung noch nicht unmittelbar bevor und wurde das Ergebnis der "recapitalisation task force" (gemeint AP._____-Gruppe; vgl. act. 54 S. 362) als "further major factor" vorbehalten. Was die Klägerin dem unter Hinweis auf Handnotizen, ein Gedächtnisprotokoll, das Buch "T._____" sowie die Zeugeneinvernahmen von R._____ und AR._____ entgegen zu stellen versucht (vgl. act. 54 S. 364 ff.), belegt nicht, dass den Beklagten klar war, dass der A._____ nur noch die Nachlassstundung blieb; diesem Schluss steht bereits die unbestrittene und andernfalls schwer nachvollziehbare Tatsache entgegen, dass die "Arbeitsgruppe für die Refinanzierung der A._____" am 28. September 2001 überhaupt zusammentrat (vgl. Ergebnisnotiz act. 55/391) und am 29. September 2001 neue Berechnungen zu den Restrukturierungskosten sowie zum Businessmodell "AO._____" präsentiert wurden (vgl. act. 54 S. 473 f.; act. 55/404).

Im Ergebnis erscheint unter den gegebenen Umständen ein Aufrechterhalten des Status Quo während rund drei Wochen bei gleichzeitiger Abklärung aller Optionen weder als unvernünftig noch als unrealistisch. Dabei braucht nicht einmal in Betracht gezogen zu werden, dass bekanntlich in der Folge tatsächlich Mittel des Bundes zur Verfügung gestellt wurden. Es durfte in vertretbarer Weise von einer noch nicht auswegslosen Situation ausgegangen werden.

6.5.4. Zahlungen

6.5.4.1. Die Klägerin stellt sich einerseits auf den Standpunkt, auch sogenannt betriebsnotwendige Zahlungen (soweit ihnen kein unmittelbarer, verwertbarer Ge-

genwert gegenüber stehe) seien nur dann zulässig, wenn längerfristig mit einem Überleben der Gesellschaft gerechnet werden könne (act. 1 S. 81; vgl. auch act. 1 S. 83 ff., insbesondere S. 91). Selbst wenn aber andererseits noch begründete Aussicht auf Sanierung bestanden habe, rechtfertige dies nicht die Vornahme der beanstandeten Zahlungen, die weder privilegierte Forderungen betroffen oder der dringenden Schadensabwendung gedient haben noch hoheitlich angeordnet oder überlebensnotwendig gewesen seien (act. 54 S. 581).

Wie dargelegt sind weder die seit März 2001 in die Wege geleiteten Sanierungsmassnahmen noch das zugrundeliegende Sanierungskonzept resp. dessen Aussichten für den Entscheid massgeblich. Es stellt sich hingegen die Frage, welche Handlungen im vorliegend gegebenen Stadium der "begründeten Besorgnis" zulässig sind.

6.5.4.2. Nach Art. 717 Abs. 1 OR haben die Mitglieder des Verwaltungsrats, sowie Dritte, die mit der Geschäftsführung befasst sind, ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt zu erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen zu wahren. Die gesetzlich normierte Treuepflicht verlangt, dass die Mitglieder des Verwaltungsrats ihr Verhalten am Gesellschaftsinteresse ausrichten (vgl. BGE 139 III 24 E. 3.2).

Das Gesellschaftsinteresse, an dem sich der Verwaltungsrat zu orientieren hat, wird in erster Linie durch den statutarischen Zweck bestimmt, wobei im Rahmen der Zweckverfolgung insbesondere für die nachhaltige Steigerung des Unternehmenswertes zu sorgen ist (vgl. Watter/Roth Pellanda, in: Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Aufl. 2012, N16 zu Art. 717 m.w.H.). Diskutiert wird, ob namentlich volkswirtschaftlich bedeutende Unternehmen nicht nur die gesetzlichen Normen einzuhalten und die finanziellen Interessen der Aktionäre zu wahren haben, indem sie für letztere einen Mehrwert schaffen, sondern auch dazu verpflichtet sind, sich sozial verantwortlich und umweltverträglich zu verhalten (sog. Corporate Social Responsibility; Watter/Roth Pellanda, a.a.O.; Homburger, in: Zürcher Kommentar zu Art. 707-726 OR, 2. Aufl. 1997, N 797 ff. zu Art. 717; z.B. auch Steininger, Interessenkonflikte des Verwaltungsrates, Zürich 2011, S. 53 ff.). Das Interesse der Gesellschaft besteht auch nach der bundesgerichtlichen Rechtspre-

chung nicht isoliert (vgl. BGE 100 II 384 E. 4: "neben der Gewinnerzielung auch andere Interessen (z.B. Existenzsicherung der Arbeitnehmer, Investitionen)"; BGE 116 II 320 E. 3.a: "Interessen der Beschäftigten und der übrigen Gläubiger sowie am Allgemeinwohl"; Urteil des Bundesgerichts 4A_188/2007 vom 13. September 2007, E. 4.3.5: "prise en compte des intérêts légitimes à la fois de la société, des actionnaires, des créanciers et du personnel de l'entreprise"). Insbesondere in Krisensituationen, auf welche sich die beiden letztgenannten Entscheide beziehen, darf der Gesellschaftszweck gegenüber anderweitigen Interessen in den Hintergrund treten. Allerdings sind dies ausdrücklich nicht ausschliesslich die Interessen der Gläubiger ("On ne saurait être aussi catégorique", Urteil 4A_188/2007 vom 13. September 2007, E. 4.3.5). Das Gewicht wird auf die Schadensverhinderung oder -begrenzung gelegt; es gelte, für die Betroffenen zu retten, was noch zu retten ist, wozu insbesondere auch geeignete Massnahmen zur Erhaltung des Betriebes dienen könnten (BGE 116 II 320 E. 3.a). Die Gläubigerinteressen haben hingegen - wie bereits dargelegt (oben Ziff. 6.3) - Vorrang, sobald nach Art. 725 Abs. 2 OR die Pflicht zur Benachrichtigung des Richters eintritt.

6.5.4.3. Mit Bezug auf die zulässigen Handlungen ergibt sich daraus, dass ab dem Zeitpunkt, in dem die Überschuldung feststeht und die Anzeigepflicht gemäss Art. 725 Abs. 2 OR greift, Zahlungen nur noch äusserst restriktiv geleistet werden dürfen. Nach Böckli hat der Verwaltungsrat in dieser Zwischenphase bis zum Entscheid des Gerichts (Konkurseröffnung, Konkursaufschub bzw. gegebenenfalls Nachlassstundung) die Zahlungen praktisch einzustellen. Ausgenommen davon könnten Zahlungen an privilegierte Gläubiger, dringende Zahlungen zur unmittelbaren Schadensabwendung, überlebensnotwendige Zahlungen, falls Aussicht auf Sanierung unter Fortführung des Betriebs bestehe, oder hoheitlich angeordnete und bedingungslos geschuldete Zahlungen sein (Böckli, a.a.O., § 13 Rz 778 ff.). Soweit in dieser Phase eine Sanierung der Gesellschaft in Frage kommt, ist auch nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung klar, dass dabei sämtliche Massnahmen in Frage kommen, die auf die finanzielle Gesundung der Gesellschaft, d.h. auf den Fortbestand der Gesellschaft und die Verhinderung der Liquidation abzielen; im Falle einer Überschuldung ist das kurzfristige Ziel von Sanierungsmassnahmen, die Gesellschaft mindestens in einen Zustand zu ver-

setzen, dass die Anrufung des Richters nach Art. 725 Abs. 2 OR unabhängig von allfälligen Rangrücktrittserklärungen vermieden werden kann (BGE 138 III 204 E. 3.3.1). Dabei versteht es sich von selbst, dass das Unternehmen während der Sanierung weitergeführt werden muss - eine Gesellschaft, die ihre Aktivitäten eingestellt hat, ist nicht sanierungsfähig (BSK OR II-Wüstiner, N 40a zu Art. 725).

Das Bundesgericht differenziert sodann im Zusammenhang mit Art. 288 SchKG zwischen der "hoffnungslos gewordenen Situation" (BGE 137 III 268 E. 4.2.3 f.) und der einer Konkurseröffnung gesetzlich vorgelagerten Verdachtsperiode, in der es nicht darum gehe, den Schuldner faktisch seiner Handlungsfähigkeit zu berauben und ihn zu immobilisieren, zumal damit in der Regel seine sofortige Konkursreife herbeigeführt würde, was selten im Interesse der Gläubigergesamtheit liegen dürfte. Dem Schuldner müsse mit anderen Worten selbst in schwierigen Zeiten bzw. bei finanziell angespannter Lage eine normale Geschäftstätigkeit möglich sein, und auch sachlich motivierte Entscheide des Schuldners im Rahmen dieser Tätigkeit könnten naturgemäss eine Ungleichbehandlung der Gläubiger beinhalten (BGE 136 III 247 E. 2).

Von der Phase der festgestellten Überschuldung, in der unter Umständen noch Sanierungsaussichten gegeben sind, ist hingegen diejenige der "begründeten Besorgnis" zu unterscheiden, in welcher zwar finanzielle Schwierigkeiten eingetreten sind oder die Fortführungsfähigkeit in Frage steht, jedoch gesetzlich (erst) die Pflicht zur Erstellung einer Zwischenbilanz besteht. Richtschnur ist in dieser Situation weiterhin Art. 717 Abs. 1 OR, wobei abgesehen vom Gesellschaftsinteresse auch die Interessen der Aktionäre und Gläubiger, des Personals und der Allgemeinheit zu berücksichtigen sind. Nach dem Gesagten muss hier grundsätzlich eine normale Geschäftstätigkeit möglich bleiben (so auch Vogt/Peter, in: GesKR 2011 S. 242 [zit. oben Ziff. 6.3.3]; Rohde, Wem darf eine überschuldete Gesellschaft was, wofür und wie zahlen?, in: Sanierung und Insolvenz von Unternehmen IV; Zürich 2014, S. 172 f.). Dabei kann es die Sorgfalt in der Geschäftsführung gebieten, Ansprüche von strategisch oder für den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb wichtigen Geschäftspartnern zu erfüllen, während andere, auch fällige Ansprüche einstweilen zurückgestellt werden, vorausgesetzt es bestehen sachliche, im Ge-

sellschaftsinteresse liegende Gründe dafür (vgl. Vogt, in: GesKR 2009 S. 184 [zit. oben Ziff. 5.4.1]; Forstmoser, in: FS Tschäni S. 440 [zit. oben Ziff. 5.4.1]). Der Fokus liegt aber weiterhin auf der Existenzerhaltung der Gesellschaft, und die Vornahme von in diesem Zusammenhang erforderlichen Zahlungen stellt eine im Gesellschaftsinteresse liegende, grundsätzlich korrekte Handlung dar. Dass die absichtliche (und nur darauf gerichtete) Privilegierung einzelner Gläubiger oder gar die Beseitigung von Vermögen oder die Selbstbegünstigung pflichtwidrig wären, versteht sich hingegen von selbst.

6.5.4.4. Wie ausgeführt befand sich die A._____ nach dem 11. September 2001 im Stadium der "begründeten Besorgnis". Die Zulässigkeit der Bezahlung von Forderungen hat sich daher an den vorstehend dargelegten Grundsätzen zu orientieren.

6.5.5. Zahlungsstopp

Die Klägerin wirft den Beklagten konkret die Unterlassung der Anordnung eines Zahlungsstopps vor (oben Ziff. 6.2). Sie äussert sich an verschiedener Stelle zu diesem Thema und macht insbesondere geltend, der "Payment Stop/Slowdown" sei nicht umgesetzt bzw. dessen Umsetzung nicht kontrolliert worden (act. 1 S. 38), es habe keine generelle Kontrolle grosser Zahlungen gegeben (act. 1 S. 39), Darlehen seien trotz Zahlungsstopp zurückbezahlt worden (act. 1 S. 40), eine Genehmigungspflicht sämtlicher Zahlungen aus dem Cash Pool habe erst ab dem 20. September 2001 gegolten (act. 1 S. 54) und entgegen dem intern verfügten Zahlungsstopp seien am 25. September 2001 gleichwohl Zahlungen ausgeführt worden (act. 1 S. 57 f.; vgl. auch S. 55 f.; 91 f. und oben Ziff. 6.2.1).

Die Beklagten halten entgegen, es sei kein absoluter Zahlungsstopp ergangen; vielmehr habe sowohl die Weisung vom 21. August 2001 als auch jene vom 20. September 2001 den zielgerichteten Einsatz der vorhandenen Liquidität bzw. die Hinauszögerung der Zahlungen um einige Tage bezweckt, um die Mittel bestmöglich im Interesse des Konzerns einzusetzen (act. 34 S. 58; vgl. auch act. 32 S. 150, 311 ff.; sodann act. 38 S. 370 f., 414 f. mit Verweisen). Im Übrigen hätten die Beklagten ihren Pflichten als Verwaltungsrat aber gerade Genüge getan, wenn

die Klägerin in der Replik selbst einräume, dass aufgrund des Payment Stop/Slowdowns nur noch das absolut Notwendige und für die Fortführung des Betriebes Erforderliche bezahlt resp. am 20. September 2001 ein vollständiger Zahlungsstopp erlassen worden sei (act. 70 S. 23 f.; 72 S. 14 f.; 74 S. 22 f.).

Wie gesehen besteht weder im Zeitraum von Sanierungsbemühungen noch bei "begründeter Besorgnis" ein generelles Zahlungsverbot (oben Ziff. 6.5.4.3). Tatsächlich kann den von der Klägerin in der Klageschrift (act. 1 S. 38, 55) bezeichneten Schreiben denn auch nicht die Anordnung eines absoluten Zahlungsstopps entnommen werden. Die E-Mail der Beklagten 5 vom 21. August 2001 betrifft "Urgent measures to improve the Cash situation" und zielt im Wesentlichen auf den Einsatz eines Projektteams zu diesem Zweck ab (act. 3/71). Mit E-Mail vom 20. September 2001 wurde eine Änderungen des Zahlungsablaufes für Zahlungen aus dem Cash Pool, namentlich eine Bewilligungspflicht durch das Corporate Treasury, angeordnet (act. 3/100; 3/72). Offenbar am 21. September 2001 wurden vorbereitete Zahlungen mit Valuta 24. September 2001 einstweilen gestoppt (vgl. act. 3/101). Es ergibt sich aus diesen Schreiben eine verstärkte Fokussierung auf das Zahlungswesen und die Prüfung der Ausführung von Zahlungen. Es ist jedoch nicht ersichtlich, inwiefern den Beklagten in diesem Zusammenhang eine Pflichtverletzung vorzuwerfen wäre.

6.5.6. Konkrete Zahlungen

6.5.6.1. Rückzahlung Optionsanleihe

Die Klägerin beanstandet zunächst die der A._____ am 14. September 2001 belastete Rückzahlung der 3% Optionsanleihe 1987-17.09.2001 einschliesslich Zins im Gesamtbetrag von CHF 102'215'000. Dem Einwand der Beklagten, die Rückzahlung beruhe nicht auf Handlungen ihrerseits, sondern sei ausschliesslich durch die P._____ abgewickelt worden (Mitteilung der Modalitäten der Rückzahlung am 28. August 2001, Belastung des Kontokorrentkontos der A._____ bei der P._____ und Transfer auf zwei neue Konti; Zahlung an Anleihensgläubiger), und die Klägerin habe auch keinen Vorwurf an die Beklagten substantiiert (act. 32 S.

183; 34 S. 201 ff.; 36 S. 138 ff.; 38 S. 119 ff.), hält sie entgegen, die Beklagten hätten durchaus intervenieren können (act. 54 S. 586 f.).

Es ist unbestritten, dass die Optionsanleihe ordentlich bei Fälligkeit zurückbezahlt wurde. Die der A._____ am 14. September 2001 belastete Rückzahlung entsprach normalem Geschäftsgang und bildete damit auch nach Meinung der Klägerin (act. 54 S. 586) Teil der Finanzplanung. Dabei wurden die Dispositionen nach unbestrittener Darstellung der Beklagten bereits am 28. August 2001 durch die Konsortialführerin P._____ in die Wege geleitet (act. 54 S. 587; vgl. act. 3/90). Die Beklagten bestreiten, dass eine Intervention ihrerseits möglich resp. zielführend gewesen wäre (act. 74 S. 728 f.; 72 S. 707 f.; 70 S. 709 f.; 68 S. 623 f.). Selbst wenn die Anordnung einer Auszahlungssperre durch die Beklagten aber möglich gewesen wäre, ist zu berücksichtigen, dass die Belastung des Gesamtbetrags auf dem Kontokorrentkonto der A._____ nur drei Tage nach den Terroranschlägen in den USA erfolgte, in einem Zeitpunkt also, in welchem noch keine Kontaktnahme mit dem Bundesrat stattgefunden hatte. Auch wenn nach dem 11. September 2001 rasch klar war, dass veränderte Bedingungen vorlagen und die Hilfe Dritter resp. des Bundes unabdingbar wurde, waren die entsprechenden Abklärungen noch keineswegs abgeschlossen. Es kann deshalb weder als sorgfalts- noch als treuwidrig betrachtet werden, wenn die Beklagten den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb aufrechterhielten und dabei auch die zur Rückzahlung fällige Anleihe bedienten. Soweit die Klägerin einwendet, die Rückzahlung der Optionsanleihe sei nicht betriebsnotwendig gewesen, da sie ohne Zusammenhang mit dem operativen Geschäft der A._____ bzw. deren Tochtergesellschaften gewesen sei (act. 54 S. 587), ist zu beachten, dass die Beklagten als Organe der Holding-Gesellschaft A._____ in Anspruch genommen werden. Als Finanz- und Beteiligungsgesellschaft kann deren Geschäft weder mit jenem der verschiedenen Tochtergesellschaften gleichgesetzt noch auf den Flugbetrieb reduziert werden, und die ordentliche Abwicklung der Finanzgeschäfte steht durchaus im Einklang mit dem Gesellschaftszweck (vgl. auch noch Ziff. 6.5.6.2).

6.5.6.2. Rückzahlung Kredit K._____ S.A. ...

Die Klägerin rügt weiter die am 17. September 2001 erfolgte Rückzahlung eines Kredits an die K._____ S.A. im Betrag von BEF 1'051'440'219. Sie führt aus, die Bank habe eine zweimalige Anfrage um Verlängerung abgelehnt. Der Auftrag zur Rückzahlung sei hierauf am 13. September 2001 an die P._____ erteilt worden (act. 1 S. 49 f.). Die Beklagten machen geltend, die Rückzahlung habe der vertraglichen Verpflichtung entsprochen. Wäre die Rückzahlung verweigert worden, hätte dies einen sog. Cross Default für Kredite über insgesamt CHF 5'497 Mio. ausgelöst (act. 32 S. 185 ff.; siehe auch act. 34 S. 204 ff.; 36 S. 140 ff.; 38 S. 123 ff.).

Es ist unbestritten, dass dieser Kredit ebenfalls ordentlich zurückbezahlt wurde, nachdem eine Verlängerung abgelehnt worden war. Die Rückzahlung von Darlehen bei Fälligkeit gehört zum ordentlichen Geschäftsgang; es sind keine Eigeninteressen, Interessenkonflikte oder ausserhalb des Gesellschaftsinteresses liegende Ziele erkennbar. Auch hier gilt, dass der Rückzahlungsauftrag am 13. September 2001, nur wenige Tage nach dem 11. September 2001, erfolgte. Erst am Tag der Belastung, am 17. September 2001, fand ein erstes Treffen mit dem Bundesrat statt. Wie bereits festgehalten kann es weder als sorgfalts- noch als treuwidrig betrachtet werden, wenn die Beklagten den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb aufrechterhielten, bis die Ergebnisse der eingeleiteten Schritte zur Abklärung der weiteren Kreditmöglichkeiten feststanden. Eine Sorgfaltspflichtverletzung ist auch hier zu verneinen.

Dabei braucht die von den Beklagten ins Feld geführte Cross Default-Problematik noch nicht einmal geprüft zu werden. Festzuhalten ist dazu immerhin, dass die Klägerin nicht bestreitet, dass die Verweigerung der pünktlichen Rückzahlung sowohl der Optionsanleihe als auch des Darlehens von K._____ S.A. gemäss den vertraglichen Regeln mit den anderen Finanzgläubigern zu einem Cross Default hätte führen können, mit der Folge, dass andere Finanzgläubiger und die Vertreter der Obligationäre berechtigt gewesen wären, die sofortige Fälligkeit ihrer Forderungen herbeizuführen. Sie weist jedoch bezugnehmend auf ein Urteil des Bundesgerichts im Zusammenhang mit der paulianischen Anfechtung (5A_386/2008 E. 4.3) darauf hin, dass dies eine Rückzahlung nicht rechtfertige,

und behauptet zudem, dass die Sanierung ohnehin einen Kapitalschnitt bzw. eine neue Aushandlung der Bedingungen erfordert und die Fälligstellung von Forderungen die Fortführung des operativen Betriebs nicht verunmöglicht hätte (act. 54 S. 588 f.). Dies wird wiederum von den Beklagten bestritten (act. 74 S. 732 f.; 72 S. 710 ff.; 70 S. 711 ff.; 68 S. 626 ff.). Die klägerische Argumentation vermöchte jedoch bereits deshalb nicht zu überzeugen, da mit der Einstellung der Zahlungen gegenüber den Finanzgläubigern vor oder am 17. September 2001 die Notwendigkeit von Massnahmen signalisiert worden wäre, die in diesem Zeitpunkt noch nicht feststand. Unbestrittenermassen bemühten sich die Beklagten nach dem 11. September 2001 darum, mittels weiterer Kredite bzw. mit Hilfe des Bundes die absehbare Liquiditätslücke zu überbrücken. Die Einstellung der Zahlungen hätte diesen Abklärungen vorgegriffen und Tatsachen geschaffen, deren Eintritt gerade verhindert hätte werden sollen. Wie dargelegt wirft die Klägerin den Beklagten nicht vor, dass sie im September 2001 noch letzte Versuche zur Sanierung unternommen haben, und sie begründet weder die Klage noch den Schaden mit der verspäteten Anrufung des Richters. Nicht ersichtlich ist dann aber, inwiefern eine in diesem Sinn unkontrollierte Einstellung der Zahlungen gegenüber einzelnen Finanzgläubigern mit entsprechender Signalwirkung für den gesamten Kapitalmarkt der Anrufung des Richters resp. der ordentlichen Einleitung eines Nachlassverfahrens vorzuziehen gewesen wäre, dies umso mehr, als die Klägerin auch nicht näher darlegt, inwiefern bei der A._____ in diesem Zeitpunkt die Option eines "Kapitalschnitts" oder von linearen Forderungsverzichten konkret zur Diskussion stand bzw. an anderer Stelle selbst beanstandet, dass keine Vorbereitungen für eine Nachlassstundung getroffen worden seien (act. 54 S. 359).

6.5.6.3. Zahlungen J._____

Als pflichtwidrig erachtet die Klägerin sodann die Zahlungen an J._____ am 25. und 27. September 2001 über GBP 7'206'410 und CHF 28'235'239. Wie bereits dargelegt kann hier allerdings eine nähere Auseinandersetzung schon deshalb unterbleiben, weil die Klägerin aus der ersten Zahlung keinen Schaden behauptet und die zweite Zahlung unbestrittenermassen keinen Mittelabfluss bewirkte, sondern lediglich einen Passiventausch (siehe oben Ziff. 5.2.3. und 5.2.4.). Damit

fehlt es hier an einer Grundlage für die Klage, selbst wenn noch entgegen den Erwägungen in Ziff. 5.4. oben davon auszugehen wäre, dass die Bezahlung fälliger Schulden im Verantwortlichkeitsprozess der Gläubigergesamtheit als Schaden relevant sein kann.

6.5.6.4. Zahlungen I._____ Ltd.

Die Klägerin beanstandet schliesslich die Zahlungen an I._____ Ltd. vom 10. und 28. September sowie 1. Oktober 2001 über GBP 107'082, GBP 810'852 und CHF 282'850. Sie ist der Ansicht, die Leistungen seien nicht betriebsnotwendig gewesen und hätten keine Honorare in dieser Höhe gerechtfertigt (act. 1 S. 77). Es habe sich nicht um Sanierungs-, sondern um gewöhnliche Kommunikationsberatung gehandelt (act. 54 S. 630 f.). Bestritten sei, dass es sich beim Teilbetrag von CHF 240'000 um einen Vorschuss gehandelt habe und dass von I._____ Ltd. nach dem Grounding resp. der Nachlassstundung weiterhin Leistungen erbracht worden seien (act. 54 S. 631 f.).

Die Beklagten führen aus, I._____ Ltd. habe für die Umsetzung des Restrukturierungsprozesses notwendige strategische Kommunikationsberatung erbracht (vgl. act. 32 S. 227 ff.). Bei Nichtbezahlung habe das Risiko der Leistungseinstellung bestanden, wobei die A._____ auf die Leistungen angewiesen gewesen sei (act. 32 S. 246). Die Rechnung über GBP 107'082.50 sei am 28. August 2001 visiert und zur Zahlung freigegeben worden; der Betrag sei am 10. September 2001 bezahlt worden (mit Verweis auf act. 35/225). Weitere Rechnungen über rund GBP 526'000 habe die Beklagte 5 am 6. September 2001 visiert und zur Zahlung freigegeben. Die letzten beiden habe sie am 28. September 2001 visiert und zur Zahlung freigegeben; sie seien mit Valuta 1. Oktober 2001 bezahlt worden (vgl. act. 33/235-236). Für diese Zahlung, die einen Vorschuss von CHF 240'000 umfasst habe, seien in der folgenden Woche und auch nach der Bewilligung der Nachlassstundung noch Leistungen erbracht worden (vgl. auch act. 34 S. 237 ff.; act. 36 S. 187 ff.; act. 38 S. 172 ff.).

Auch die Klägerin legt in ihrer zweiten Rechtsschrift dar, dass der Beklagte 1 die I._____ Ltd. im Juni 2001 als Beraterin im Bereich Finanzkommunikation enga-

giert habe; sie weist auf deren Tätigkeit laut Consultancy Engagement Letter hin und zieht daraus den Schluss, dass man die Informationen betreffend die aktuelle Situation der A._____ als so sensibel erachtet habe, dass man sich nicht mehr auf die eigene Kommunikationsabteilung habe verlassen wollen. Insbesondere Ziffer 1 des Consultancy Engagement Letters wird wie folgt zitiert: "1. Provide strategic advice to you on all aspects of communications in relation to the current situation" (act. 54 S. 95 und act. 55/73). Die Klägerin geht damit selbst davon aus, dass der Beizug von I._____ Ltd. aufgrund der finanziellen Lage der A._____ erfolgte und diese mithin im Interesse der Gesellschaft tätig wurde. Dies gilt unabhängig davon, ob es bei den erbrachten Dienstleistungen um die eigentliche Sanierung ging oder vielmehr spezifisch Beratung und Anleitung in Bezug auf die Finanzkommunikation erworben wurde. Es ist nachvollziehbar, dass die A._____ gerade auch in der sich verschärfenden Finanzlage im Lauf des Septembers 2001 auf eine professionell(er)e Kommunikation namentlich gegenüber den Finanzgläubigern angewiesen war. Entsprechend ist es grundsätzlich sachlich vertretbar und durchaus folgerichtig, wenn die fälligen Rechnungen der I._____ Ltd. dem gewöhnlichen Geschäftsgang entsprechend bezahlt wurden.

Ohne weiteres gilt dies für die erste der Zahlungen, die am 10. September 2001 ausgeführt wurde (vgl. oben Ziff. 5.2.2), in einem Zeitpunkt also, als nach obigen Erwägungen vertretbar von der Fortführungsfähigkeit der A._____ ausgegangen werden konnte. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern hier eine pflichtwidrige Handlung vorliegt.

Was die weiteren Zahlungen anbelangt, so blieb unbestritten und geht auch aus den eingereichten Urkunden hervor, dass die der Zahlung vom 28. September 2001 zugrundeliegenden Rechnungen mit Daten zwischen dem 30. August 2001 und 23. September 2001 ausgestellt, laut handschriftlichen Vermerken zwischen dem 6. und 21. September 2001 visiert und bis 24. September 2001 zur Zahlung weitergeleitet wurden (vgl. act. 33/224-234). Wie dargelegt waren in diesem Zeitraum nach wie vor Verhandlungen mit dem Bund und Vertretern von Banken und Wirtschaft im Gang; dass die Bemühungen ohne Erfolg bleiben würden, stand

noch nicht fest. Auch diesbezüglich ist deshalb die Bezahlung der fälligen Rechnungen im Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsganges nicht zu beanstanden.

Die der letzten Zahlung zugrundeliegenden Rechnungen vom 26. und 28. September 2001, die am 28. September 2001 visiert und zur Zahlung freigegeben (act. 33/235-236) und schliesslich mit Valuta 1. Oktober 2001 bezahlt wurden, betrafen einerseits "business communications services for the week commencing 30 September 2001" (act. 33/235) und andererseits "Costs incurred" (act. 33/236). Wie dargelegt wurde im Verlauf des Wochenendes vom 29./30. September 2001, also nach erfolgter Zahlungsanweisung, klar, dass die A._____ ein Gesuch um Nachlassstundung stellen würde. Zu beachten ist dabei, dass die Honorare unbestrittenermassen wöchentlich "upon presentation of invoice" zu zahlen waren (act. 32 S. 232; act. 54 S. 631). Auch wenn vor Ausführung der Zahlung klar wurde, dass die A._____ in Nachlassstundung gehen würde - und die Belastung noch hätte gestoppt werden können - läge indessen keine Pflichtwidrigkeit vor. Die Beklagten legen detailliert dar, dass I._____ Ltd. auch im Zusammenhang mit der Kommunikation des Gesuchs um Nachlassstundung tätig wurde, wobei die Klägerin lediglich pauschal (und damit ungenügend), ohne näher auf die Ausführungen einzugehen, Dienstleistungen nach dem Grounding bzw. nach bewilligter provisorischer Nachlassstundung bestreitet (act. 32 S. 237, 244 f.; act. 54 S. 631 f.; s.a. act. 34 S. 246 f.; 36 S. 205 ff.; 38 S. 192 ff.). Dass eine professionelle Finanzkommunikation aber gerade im Hinblick auf die geplante Nachlassstundung als unverzichtbar erschien und mittels Honorarzahlung gesichert wurde, ist durchaus nachvollziehbar und vertretbar. Ein den Gesellschaftsinteressen zuwiderlaufendes oder gar auf Schädigung der anderen Gläubiger gerichtetes Handeln könnte darin nicht gesehen werden.

Nur am Rande stellt die Klägerin schliesslich bezugnehmend auf den Erfolg der Kommunikationsbemühungen auch deren Wert in Frage. Sie behauptet aber weder noch legt sie näher dar, inwiefern die Beklagten konkret aufgrund der Höhe der bezahlten Honorare ihre Sorgfaltspflichten verletzt haben sollen, so dass sich eine nähere Auseinandersetzung erübrigt.

6.5.7. Fazit

Die beanstandeten Zahlungen erfolgten - soweit sie überhaupt schadensrelevant sein können - im Rahmen des ordentlichen Geschäftsbetriebs und des Gesellschaftsinteresses, wobei in vertretbarer Weise von einer noch nicht aussichtslosen Situation ausgegangen werden durfte; überdies waren sämtliche Zahlungen sachlich motiviert.

6.6. Ergebnis Pflichtverletzung

Abschliessend ist festzuhalten, dass mangels einer allgemeinen aktienrechtlichen Pflicht zur Gläubigergleichbehandlung die blosse Ungleichbehandlung von Gläubigern keine Verantwortlichkeit begründet. Unter den gegebenen Umständen bestand sodann keine Pflicht zur gänzlichen Einstellung von Zahlungen und erweist sich auch die Ausrichtung der konkret bezeichneten Zahlungen an verschiedene Gläubiger nicht als pflichtwidrig.

7. Zusammenfassung

Da die Klägerin weder einen relevanten Schaden noch ein pflichtwidriges Verhalten der Beklagten dargelegt hat, braucht auf die weiteren Haftungsvoraussetzungen nicht eingegangen zu werden.

Im Ergebnis erweist sich die Klage als unbegründet und ist abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist.

8. Prozesskosten

8.1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Klägerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

8.2. Auszugehen ist von einem Streitwert von CHF 132'643'774.–, der sich aus der Summe der Rechtsbegehren A1, B1 und B2 ergibt, zumal letzteren ein höherer als im Zeitpunkt der Klageeinleitung gegebener Umrechnungskurs zugrunde liegt. Bei der Festsetzung der Gerichtsgebühr ist dem aussergewöhnlichen Umfang des Verfahrens durch Erhöhung der ordentlichen Gebühr von CHF 734'000.– um einen Drittel auf CHF 979'000.– Rechnung zu tragen (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG; § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG).

8.3. Gemäss Art. 759 Abs. 2 OR kann der Kläger mehrere Beteiligte gemeinsam für den Gesamtschaden einklagen und verlangen, dass der Richter im gleichen Verfahren die Ersatzpflicht jedes einzelnen Beklagten festsetzt. Das Bundesgericht hat diese Bestimmung im Lichte der Materialien und der Systematik in dem Sinn ausgelegt, dass der Kläger, der mehrere Verantwortliche gemeinsam für den Gesamtschaden einklagt, das Kosten- und Entschädigungsrisiko nur gegenüber einer Gegenpartei trägt und nicht gegenüber jedem Beklagten (BGE 122 III 324 E. 7b S. 326 mit Hinweisen). Die Kostenverteilung nach Art. 759 Abs. 2 OR in diesem Sinne gilt indes nicht apodiktisch. Den Umständen des Einzelfalls darf durchaus Rechnung getragen werden. Insbesondere kann es sich rechtfertigen, mehreren in Streitgenossenschaft beklagten Organen je eine Parteientschädigung zuzusprechen, wenn sie intern in einem Interessenkonflikt stehen und es einem Anwalt standesrechtlich untersagt wäre, alle Beklagten gemeinsam zu vertreten, weil sie sich gegenseitig belasten (BGE 125 III 138 E. 2d). An dieser Rechtsprechung, die in der Literatur begrüsst wurde, hat das Bundesgericht bisher festgehalten (Urteil 4A_267/2008 vom 8. Dezember 2008 E. 7.1 mit Hinweisen).

8.3.1. Vorliegend hat die Klägerin vier Verwaltungsräte (Beklagte 1-4) gemeinsam mit der Finanzchefin (Beklagte 5) eingeklagt, wobei diese und der Beklagte 1 durch denselben Rechtsanwalt, die Beklagten 2-4 hingegen je separat vertreten werden. Ein Interessenskonflikt unter den Beklagten 2-4 und damit ein objektivsachlicher Grund für getrennte Vertretungen ist allerdings nicht erkennbar; ihre Rechtsschriften sind denn auch in weiten Teilen identisch, wenn auch teilweise unterschiedlich aufgebaut. Im Unterschied zu den Beklagten 1 und 5 berufen sie sich auch auf eine gültige Delegation, bestreiten aber gleichzeitig das Vorliegen unzulässiger Handlungen und belasten die Beklagten 1 und 5 nicht. Deren Standpunkte und Argumentation decken sich weitgehend mit jenen der übrigen Beklagten, wenn sie auch als Verwaltungsratsdelegierter und Finanzchefin eine etwas andere Stellung inne hatten. Es ergibt sich daher, dass eine gemeinsame Vertretung sämtlicher Beklagten möglich gewesen wäre.

8.3.2. Bei der Bemessung der Parteientschädigungen ist auszugehen von der Grundgebühr von CHF 719'619.– (§ 4 AnwGebV). Hinzu kommen Zuschläge ge-

mäss § 11 Abs. 2 AnwGebV für die Teilnahme an der Vergleichsverhandlung und die zweite Rechtsschrift von insgesamt rund 50% (ergibt CHF 1'079'430.–). Da nach dem Gesagten eine gemeinsame Vertretung sämtlicher Beklagten grundsätzlich möglich, jedoch mit Mehrarbeit verbunden gewesen wäre, ist die so ermittelte Gebühr noch einmal um 20% zu erhöhen (§ 8 AnwGebV). Insgesamt ist deshalb die Parteientschädigung für alle Beklagten zusammen auf gerundet CHF 1'295'315.– festzusetzen und diese gleichmässig zu verteilen.

8.3.3. Im Ergebnis ist die Klägerin demnach zu verpflichten, den Beklagten 1-5 eine Parteientschädigung von je CHF 259'063.– (an die Beklagten 2-4 zuzüglich 8% MWST) zu bezahlen.

Das Handelsgericht beschliesst:

1. Auf die Feststellungsklage gemäss Rechtsbegehren lit. B wird nicht eingetreten.

2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Klage wird im Übrigen abgewiesen.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 979'000.–.

3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Vorschuss bezogen.

4. Die Klägerin wird verpflichtet, den Beklagten 1 und 5 je eine Parteientschädigung von je CHF 259'063.– und den Beklagten 2-4 je eine Parteientschädigung von je CHF 279'788.– (inkl. 8% MWST) zu bezahlen. Die Entschädigung wird den Beklagten – nach Rechtskraft dieses Urteils – im Betrag von je CHF 240'000.– direkt aus der von der Klägerin geleisteten Sicherheit

überwiesen. Im übersteigenden Betrag haben die Beklagten einen direkten Anspruch gegenüber der Klägerin.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.

6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 132'643'774.–.

Zürich, 1. Juli 2015

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:	Gerichtsschreiberin:
Dr. George Daetwyler	Kerstin Habegger