



Mitwirkend: Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, Vizepräsidentin, und Oberrichterin Noëlle Kaiser Job, die Handelsrichter Dr. iur. Felix Graber, Prof. Dr. iur. Othmar Strasser und Handelsrichterin Prof. Dr. oec. HSG Michèle Sutter sowie die Gerichtsschreiberin Nadja Kiener

Beschluss und Urteil vom 1. Dezember 2020

in Sachen

A._____ Ltd. SPC,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1._____
vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X2._____

gegen

B._____,
Beklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1._____
vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y2._____

betreffend **Forderung (aktienrechtliche Verantwortlichkeit)**

Inhaltsverzeichnis

Rechtsbegehren der Klage: (act. 1 S. 2)	3
Anlässlich der Replik modifiziertes Rechtsbegehren: (act. 47 S. 2).....	3
Sachverhalt und Verfahren:	4
1. Sachverhaltsübersicht.....	4
1.1. Die Parteien.....	4
1.2. Unbestrittener Sachverhalt und Standpunkte der Parteien.....	4
2. Prozessverlauf	6
Erwägungen:	10
I. Formelles	10
1. Örtliche und sachliche Zuständigkeit	10
2. Partei- und Prozessfähigkeit der Klägerin	11
3. Litispendenz.....	11
4. Weitere Prozessvoraussetzungen	12
5. Klagereduktion	12
6. Nachklagevorbehalt	13
7. Noveneingabe	13
II. Materielles	15
1. Anwendbares Recht.....	15
2. Allgemeines zur Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit	15
3. Aktivlegitimation	16
3.1. Parteivorbringen	16
3.2. Zu den einzelnen Einwänden des Beklagten.....	21
3.2.1. <i>Keine Berechtigung der Klägerin für den C'..... zu handeln</i>	21
3.2.2. <i>Freiwilliger Verzicht der Klägerin auf persönliche Mithaftung des</i> <i>Beklagten</i>	22
3.2.3. <i>Verlust der Aktivlegitimation infolge Abtretung der Ansprüche an die</i> <i>N.....</i>	23
3.2.4. <i>Ausschliessliche und unmittelbar geschädigte Gläubigerin</i>	26
3.2.4.1. Rechtslage	27
3.2.4.2. Würdigung.....	29
4. Passivlegitimation	32
4.1. Parteivorbringen	32
4.2. Würdigung	32
5. Schaden.....	33
5.1. Parteivorbringen	33
5.2. Rechtliches.....	36
5.2.1. <i>Schadensbegriff</i>	36
5.2.2. <i>Widerrechtlichkeit</i>	37
5.2.3. <i>Behauptungs- und Substantiierungslast</i>	38
5.2.4. <i>Beweislast und Beweisführung</i>	40
5.3. Würdigung	41
5.3.1. <i>Substantiierung</i>	41
5.3.2. <i>Beweismittel</i>	47
5.4. Zwischenfazit.....	49
6. Weitere Voraussetzungen der Verantwortlichkeitshaftung.....	49

7. Fazit	50
III. Kosten- und Entschädigungsfolgen.....	50
1. Gerichtskosten	50
2. Parteientschädigung	50

Rechtsbegehren der Klage:

(act. 1 S. 2)

- "1. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von USD 25'800'000 nebst Zins zu 5% seit dem 1. Januar 2013 zu bezahlen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten.

Die Geltendmachung des weiteren Schadens bleibt vorbehalten."

Anlässlich der Replik modifiziertes Rechtsbegehren:

(act. 47 S. 2)

- "1. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von USD 25'688'901.30 nebst Zins zu 5% seit dem 1. Januar 2013 zu bezahlen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten.

Die Geltendmachung des weiteren Schadens bleibt vorbehalten."

Sachverhalt und Verfahren:

1. Sachverhaltsübersicht

1.1. **Die Parteien**

Bei der *Klägerin* handelt es sich um eine Investmentfondsgesellschaft, die auf den Cayman-Islands als sogenannte "open ended Investment Company" domiziliert ist und verschiedene Unterfonds hält. Diese Unterfonds sind nicht als juristische Personen ausgestaltet. Sie verwalten ihr Vermögen separat und damit von den übrigen Unterfonds getrennt. Es handelt sich somit um eine Art Sondervermögen, auf das weder Gläubiger der Klägerin noch Gläubiger anderer Unterfonds zugreifen können. Vorliegend von Bedeutung ist der Unterfond der Klägerin mit der Bezeichnung "C._____ Segregated Portfolio" ("C'._____"), der primär die Beteiligung an Immobilienprojekten in Afrika und insbesondere in I._____ bezweckt (act. 1 Rz. 7 f.).

Beim *Beklagten* handelt es sich um eine in Zürich wohnhafte natürliche Person. Er war bis am 1. März 2016 Verwaltungsratspräsident der D._____ Services AG ("D'._____") mit Sitz in Zürich, deren Hauptzweck die Erbringung von Administrations- und Beratungsdienstleistungen für und im Zusammenhang mit ausländischen kollektiven Kapitalanlagen ist (act. 1 Rz. 3).

1.2. **Unbestrittener Sachverhalt und Standpunkte der Parteien**

Am 17. Mai 2011 schloss die Klägerin mit der D'._____ ein Administrative Services Agreement ("Administrative Agreement"), worin die D'._____ zum Administrator des C'._____ ernannt und mit dessen Verwaltung beauftragt wurde. Zu diesem Zweck wurde sie alsdann bevollmächtigt, Zahlungen von den Konten der Klägerin zu tätigen (insbesondere solche, die auf vertraglicher Vereinbarung beruhen oder mit dem Investment Manager [E._____ Ltd.] abgesprochen werden; act. 1 Rz. 8 ff.; act. 21 Rz. 85; act. 47 Rz. 83 ff., Rz. 233, Rz. 239 und Rz. 245 und act. 73 Rz. 25).

Die F._____ AG mit Sitz in G._____ ("F'._____", ehemals H._____ AG) verwaltet als Investment Managerin Vermögen der Nationalbank von I._____ [Land in Zentralafrika] ("I'._____"). Sie zeichnete im Rahmen dieser Tätigkeit für die I'._____ 25'000 Einheiten (Units) am C'._____ zu je USD 1'000.00 und überwies entsprechend mit Valuta 29. Juli 2011 USD 25 Mio. in den C'._____ der Klägerin. In der Folge wurden die Klägerin und die F'._____ durch die D'._____ regelmässig mit Kontoauszügen des C'._____ dokumentiert (act. 1 Rz. 7 f. und Rz. 11 f. und act. 21 Rz. 85).

Anfang Oktober 2015 entschieden die Klägerin und die F'._____, die Rückzahlung (Redemption Payment) der Fondsanteile zu verlangen. Der von der D'._____ der Klägerin zugestellte Kontoauszug für den C'._____ wies per 14. Oktober 2015 ein Guthaben von USD 26'727'154.58 aus. Am 16. Oktober 2015 bestätigte die D'._____ zwar die Redemption Zahlung über USD 26'524'130.00 als "net transferable amount" (Nettovermögenswert, Net Asset Value, "NAV"), doch teilte der Beklagte der Klägerin daraufhin mit, dass die Rückzahlung noch nicht erfolgen könne, weil es bei der Ausführung der Instruktionen Bedarf für neue Unterlagen gebe, da bei der J._____ Bank AG in Vaduz einige Änderungen (Fusion mit der K._____ Bank AG) zu verzeichnen seien. Am 21. Januar 2016 erhielt die F'._____ von der Klägerin für deren Konto bei der J._____ Bank AG eine Einsichtsvollmacht, von welcher sie am 18. Februar 2016 Gebrauch machte. Gleichentags teilte der Beklagte dem Verwaltungsratspräsidenten der F'._____ (Rechtsanwalt Dr. L._____) mit, dass beim C'._____ rund USD 26 Mio. fehlen würden und die Rückzahlung entsprechend nicht ausgeführt werden könne. Ein Teil der Gelder sei durch einen ehemaligen Verwaltungsrat der D'._____ verspekuliert worden. Gleichzeitig bat er ihn darum, bis zum 29. Februar 2016 auf eine Anzeige oder Informationen an Dritte zu verzichten, da die Möglichkeit bestehe, eine vertragliche Vereinbarung zu treffen, die den Verlust im C'._____ decken könnte. Nachher werde er sich ohnehin aus den Verwaltungsräten der D'._____ -Gesellschaften zurückziehen und eine Selbstanzeige bei der Staatsanwaltschaft einreichen (act. 1 Rz. 17 ff.; act. 21 Rz. 87 ff.; act. 47 Rz. 27 ff. und act. 73 Rz. 117 ff.). Am 26. Februar 2016 erstattete F'._____ beim Bundesamt für Polizei, Meldestelle für Geldwäscherei, eine Verdachtsmeldung, welche

diese am 1. März 2016 an die zuständige Strafverfolgungsbehörde weiterleitete. Die Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich führt derzeit eine Strafuntersuchung gegen den Beklagten betreffend Veruntreuung, ungetreue Geschäftsbesorgung etc. (act. 1 Rz. 32 f. und act. 21 Rz. 94).

Mit der vorliegenden Klage macht die *Klägerin* den Beklagten aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit dafür haftbar, ab September 2011 bis Oktober 2012 und dann im Oktober 2015 Gelder aus dem C'._____ veruntreut zu haben, mithin seit 2011 praktisch das gesamte Investment inklusive Erträge unrechtmässig verwendet und sein Handeln mittels gefälschter Bankauszüge verheimlicht zu haben. Die Klägerin geht davon aus, dass ihr Schaden durch die Zweckentfremdung durch den Beklagten mindestens USD 25'688'901.30 nebst Zins zu 5 % seit 1. Januar 2013 (gemäss modifiziertem Rechtsbegehren) betrage (act. 1 Rz. 26 f. und act. 47 S. 2).

Demgegenüber bestreitet der *Beklagte*, dass die im Rahmen der Verwaltung des C'._____ durch die D'._____ allfällig eingetretene Vermögensverminderung auf ein strafrechtlich relevantes Verhalten von ihm zurückzuführen sei, insbesondere habe er keine Bankkontoauszüge gefälscht. Er habe höchstens suboptimale Anlageentscheide getroffen (act. 21 Rz. 91). Er vertritt zusammengefasst den Standpunkt, dass das vorliegende Gericht weder örtlich noch sachlich zuständig sei, dass die Klägerin nicht partei- und prozessfähig sei, dass es an der Aktiv- und Passivlegitimation der Parteien und ebenso an sämtlich weiteren Voraussetzungen für eine Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit fehle. Dementsprechend beantragt er die vollumfängliche Abweisung der Klage, soweit überhaupt darauf einzutreten sei (act. 21 S. 2 und act. 73 S. 2).

2. Prozessverlauf

Am 7. November 2017 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin hierorts die Klage samt Beilagen ein (act. 1 und act. 3/2-24). Nach Leistung des vom Gericht geforderten Kostenvorschusses in der Höhe von CHF 200'000.– wurde dem Beklagten mit Verfügung vom 27. November 2017 Frist zur Erstattung der Klageantwort angesetzt (act. 4; act. 6 und act. 7). Nachdem der Beklagte mit seiner Eingangs-

be vom 6. Dezember 2017 mehrere Prozessanträge (betreffend den Nachweis der Vertretungs- und Zeichnungsbefugnis der die Vollmacht Unterzeichnenden sowie die Sicherstellung der Parteientschädigung) gestellt hatte, wurde ihm die Frist zur Erstattung der Klageantwort einstweilen abgenommen (act. 9; act. 11/1-2 und act. 12). Mit Eingabe vom 17. Januar 2018 reichte die Klägerin diverse Dokumente zur Darlegung der Gültigkeit der den klägerischen Rechtsvertretern erteilten Vollmacht ins Recht und äusserte sich zum Sicherstellungsantrag (act. 14 und act. 15/25-26). In der Folge wurde der Klägerin mit Verfügung vom 23. Januar 2018 Frist zur Sicherstellung der Parteientschädigung von CHF 218'000.– angesetzt (act. 16). Nach rechtzeitiger Leistung dieser Sicherheit wurde dem Beklagten (erneut) Frist zur Erstattung der Klageantwort angesetzt (act. 18 und act. 19). In seiner Klageantwort vom 25. April 2018 bestritt der Beklagte die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich sowie die Partei- und Prozessfähigkeit der Klägerin und stellte Antrag auf Sistierung des Verfahrens (act. 21 und act. 22/1-9). Die diesbezügliche Stellungnahme der Klägerin erging am 31. Mai 2018 (act. 23) und wurde dem Beklagten am 5. Juni 2018 zugestellt (act. 25; act. 26/1-2; Prot. S. 12 und act. 27). Mit Eingabe vom 22. Juni 2018 äusserte sich der Beklagte zur Eingabe der Klägerin vom 31. Mai 2018 (act. 32 und act. 33/1-2). Mit Beschluss vom 6. Juli 2018 wurden die örtliche und sachliche Zuständigkeit des hiesigen Gerichts sowie die Partei- und Prozessfähigkeit der Klägerin bejaht und die beantragte Sistierung des Verfahrens abgewiesen (act. 34 Disp. Ziff. 2 und 3). Gleichentags wurde sodann die Leitung des vorliegenden Prozesses an Oberrichterin Dr. Claudia Bühler als Instruktionsrichterin delegiert (act. 36). Den anlässlich der Vergleichsverhandlung vom 5. Oktober 2018 geschlossenen Vergleich unter Widerrufsvorbehalt bis zum 5. Dezember 2018 widerrief die Klägerin am 4. Dezember 2018 (act. 41 und act. 42). Mit Verfügung vom 6. Dezember 2018 wurde der Klägerin Frist zur Erstattung der Replik angesetzt und mit Verfügung vom 11. Februar 2019 der Prozess an Ersatzoberrichterin Nicole Klausner delegiert (act. 43 und act. 45). Nachdem die Klägerin ihre Replik am 25. Februar 2019 eingereicht hatte, wurde dem Beklagten Frist zur Erstattung der Duplik angesetzt (act. 47; act. 48/25-46 und act. 49). Mit Eingabe vom 20. März 2019 beantragte dieser, es sei ihm die angesetzte Frist zur Einrei-

chung der Duplik wieder abzunehmen und die Klägerin zunächst aufzufordern, für seine Parteientschädigung eine weitere Sicherheit zu leisten (act. 51 und act. 52/1-2). Nachdem dem Beklagten die Frist zur Erstattung der Duplik einstweilen abgenommen wurde und sich die Klägerin auf entsprechende Aufforderung hin zum Antrag des Beklagten auf Leistung einer weiteren Sicherheit für die Parteientschädigung sowie zu deren Höhe geäussert hatte, wurde der Klägerin mit Verfügung vom 26. April 2019 Frist zur (zusätzlichen) Sicherstellung der Parteientschädigung von CHF 80'873.– (inkl. MwSt.) angesetzt (act. 53; act. 55; act. 56/47 und act. 57). Nachdem sie dieser Aufforderung nachgekommen war, wurde dem Beklagten (erneut) Frist zur Erstattung der Duplik angesetzt (act. 60 und act. 61). Parallel ersuchte die Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich um Herausgabe der Akten des vorliegenden Verfahrens (act. 63). Mit Verfügung vom 27. Juni 2019 wurde die Leitung des vorliegenden Prozesses schliesslich an Oberrichterin Noëlle Kaiser Job delegiert (act. 66). Nachdem sich die Parteien zum Gesuch der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich geäussert hatten, wurden dieser mit Verfügung vom 11. Juli 2019 die vorliegenden Verfahrensakten für zehn Tage zur Einsichtnahme zur Verfügung gestellt (act. 64; act. 68; act. 69 und act. 70). Anschliessend wurde der Klägerin die vom Beklagten innert Frist erstattete Duplik unter Hinweis auf den Aktenschluss zugestellt (act. 73; act. 74/10-14 und act. 75).

Mit Verfügung vom 8. September 2020 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zu erklären, ob auf die Durchführung der mündlichen Hauptverhandlung verzichtet werde (act. 77). Der Beklagte teilte mit Schriftsatz vom 18. September 2020 (Datum Poststempel) mit, dass er nunmehr durch Rechtsanwältin Y2. _____ der M. _____ Rechtsanwälte vertreten werde und beantragte eine Fristerstreckung bis 21. Oktober 2020, um sich zur Durchführung der mündlichen Hauptverhandlung zu äussern (act. 79). Nach entsprechender Anpassung des Rubrums wurde das Fristerstreckungsgesuch des Beklagten mit Verfügung vom 21. September 2020 abgewiesen und ihm eine Notfrist bis 25. September 2020 gewährt (act. 81). Beide Parteien teilten in der Folge dem Gericht mit, an der Durchführung der mündlichen Hauptverhandlung festhalten zu wollen (act. 84 und act. 85). Überdies informierte der Beklagte, durch Rechtsanwalt Y1. _____ und/oder Rechtsanwältin

Y2._____ der M._____ Rechtsanwälte vertreten zu werden (act. 85), woraufhin das Rubrum entsprechend angepasst wurde. In der Folge wurden die Parteien zur Hauptverhandlung vom 5. November 2020 vorgeladen (act. 87). Am 26. Oktober 2020 teilte der Beklagte mit, nachträglich auf die Durchführung der Hauptverhandlung zu verzichten (act. 88). Mit E-Mail vom 4. November 2020 beantragte der Beklagte die Verschiebung der Hauptverhandlung, da sich seine Rechtsvertreter in Quarantäne begeben müssten (act. 89). Daraufhin wurden die Ladungen abgenommen und den Parteien mitgeteilt, dass die Hauptverhandlung verschoben werde (act. 90). Die Klägerin bestätigte hierauf erneut, an der Durchführung der Verhandlung festzuhalten (act. 91). Am 6. November 2020 (Datum Poststempel) reichte sie zudem eine Noveneingabe ein (act. 92). Anschliessend wurden die Parteien zur Hauptverhandlung vom 1. Dezember 2020 vorgeladen. Gleichzeitig wurde dem Beklagten die klägerische Noveneingabe zugestellt (act. 94 und Prot. S. 37). Dazu äusserte sich der Beklagte mit Eingabe vom 19. November 2020 (Datum Poststempel) (act. 95). In der Folge wurde die Stellungnahme zur Noveneingabe der Klägerin zugestellt (Prot. S. 38).

Am 1. Dezember 2020 fand die mündliche Hauptverhandlung statt (act. 94, Prot. S. 40 ff.). Aus den Ausführungen der Parteien anlässlich der Hauptverhandlung ergeben sich keine Noven, welche entscheidungsrelevant wären (act. 96, act. 97 und Prot. S. 40 ff.).

Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

Die früheren Mitwirkenden, Oberrichter Dr. Georg Daetwyler, Handelsrichter Paul Josef Geisser und Hans Moser, sind nicht mehr im Amt, weshalb sie im vorliegenden Verfahren ersetzt wurden.

Erwägungen:

I. Formelles

1. Örtliche und sachliche Zuständigkeit

Mit Beschluss vom 6. Juli 2018 des hiesigen Gerichts wurden die beklagischen Bestreitungen hinsichtlich der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit des Handelsgerichts als unbegründet beurteilt und der Antrag auf Nichteintreten entsprechend abgewiesen. Dabei erwog das Gericht im Wesentlichen, dass nach allgemeinem prozessualen Grundsatz primär auf den von der Klägerin eingeklagten Anspruch und dessen Begründung abzustellen sei, vorliegend damit auf die Klage aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit i.S.v. Art. 754 OR infolge Verletzung aktienrechtlicher Organpflichten. Die Frage, ob es sich um eine Klage aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit oder – wie vom Beklagten geltend gemacht – um eine reine Schadenersatzklage nach Art. 41 OR handle, sei doppelrelevant und beschlage damit sowohl die Prüfung der Zuständigkeit als auch jene des materiellen Anspruchs, weshalb sie für die Beurteilung der Zuständigkeit als wahr zu unterstellen und erst im Rahmen der materiell-rechtlichen Prüfung näher zu untersuchen sei. Die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ergebe sich aus Art. 2 Nr. 1 LugÜ und Art. 151 Abs. 2 IPRG i.V.m. Art. 20 IPRG, die sachliche aus Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG (act. 34).

Weshalb der Beklagte in seiner Duplik die Auffassung vertritt, das Handelsgericht habe über die sachliche Zuständigkeit nicht abschliessend entschieden (act. 73 Rz. 112), ist nicht nachvollziehbar, handelt es sich doch beim Beschluss vom 6. Juli 2018 um einen Zwischenentscheid über die Zuständigkeit i.S.v. Art. 92 BGG, der selbständig anfechtbar war. Mangels Anfechtung wurde dieser Prozessentscheid in dem Sinne rechtskräftig, als die darin beurteilte Zuständigkeitsfrage bereits endgültig entschieden ist. Für das vorliegend laufende Verfahren besteht eine Bindungswirkung sui generis, d.h. das Handelsgericht ist als erlassende Instanz an diesen Zwischenentscheid gebunden und kann ihn nicht mehr abändern (BGer 4A_591/2015 vom 6. Juni 2016 E. 2.2.1. und E. 2.2.2.; BGer

5C.248/2003 vom 5. Februar 2004 E. 2.1.; BGE 128 III 191 E. 4a; DROESE, res iudicata ius facit, 2015, S. 153 f. und S. 269 f.). Dies gilt namentlich auch dann, wenn die Zuständigkeit in einem auf einer doppelrelevanten Tatsache beruhenden Zwischenentscheid bejaht worden ist (BGer 4A_75/2018 vom 15. November 2018 E. 4.1.).

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des hiesigen Gerichts für die vorliegende Klage aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit nach Art. 754 OR ist entsprechend zu bejahen.

2. Partei- und Prozessfähigkeit der Klägerin

Mit rechtskräftigem Beschluss vom 6. Juli 2018 wurde die Partei- und Prozessfähigkeit der Klägerin mit der Begründung bejaht, dass nach geltendem Recht der Cayman Islands ("Companies Law", PART XIV - Segregated Portfolio Companies) sowie gestützt auf die bei den Akten befindlichen Dokumente ohne Weiteres davon ausgegangen werden könne, dass sich die Klägerin rechtmässig inkorporiert habe, womit der Nachweis der Partei- und Prozessfähigkeit erbracht worden sei (act. 34).

Wie soeben dargelegt, wurde der besagte Beschluss nicht angefochten und zeitigt entsprechend Bindungswirkung (vorne Ziff. I. 1.), womit auch die Partei- und Prozessfähigkeit der Klägerin zu bejahen ist. Die vom Beklagten ebenfalls aufgeworfene Frage, ob die Klägerin berechtigt ist, für den C'._____ zu handeln, betrifft die Aktivlegitimation. Darauf ist unter Ziff. II. 3.2.1. nachstehend einzugehen.

3. Litispandez

Die Klägerin führt in ihrer Replik aus, sich im laufenden Strafverfahren gegen den Beklagten als Privatklägerin konstituiert zu haben. Konkret habe sie mit Schreiben vom 23. April 2018 erklärt, sich am Strafverfahren als Straf- und Zivilklägerin zu beteiligen (act. 47 Rz. 147).

Mit der Rechtshängigkeit der Adhäsionsklage kann der Adhäsionskläger denselben Anspruch nicht mehr auf dem Zivilweg geltend machen (Art. 64 Abs. 1 lit. a ZPO und Art. 59 Abs. 2 lit. d ZPO), denn der Adhäsionsklage kommt wie einer "gewöhnlichen" Klage nach der Zivilprozessordnung Sperrwirkung zu (BGer 4A_622/2019 vom 15. April 2020 E. 5.2.2.). Vorbehalten bleibt der Fall, dass das Strafgericht in seinem Urteil die Adhäsionsklage auf den Zivilweg verwiesen oder der Adhäsionskläger die Klage vor Abschluss der erstinstanzlichen Hauptverhandlung zurückgezogen hat (Art. 122 Abs. 4 StPO; BSK ZPO-HEMPEL, Art. 39 N 6).

Die vorliegende Zivilklage wurde am 7. November 2017 rechtshängig (Art. 62 Abs. 1 ZPO), die parallel von der Klägerin anhängig gemachte Adhäsionsklage hingegen erst am 23. April 2018 (Art. 122 Abs. 3 StPO i.V.m. Art. 119 Abs. 2 lit. b StPO). Im Zeitpunkt der vorliegend anhängig gemachten Zivilklage, d.h. am 7. November 2017, bestand somit keine anderweitige Rechtshängigkeit i.S.v. Art. 59 Abs. 2 lit. d ZPO.

4. Weitere Prozessvoraussetzungen

Die übrigen Prozessvoraussetzungen nach Art. 59 Abs. 2 ZPO sind unbestrittenmassen erfüllt. Auf die Klage ist einzutreten.

5. Klagereduktion

Die Klägerin reduziert in ihrer Replik die Forderung von ursprünglich USD 25'800'000.00 nebst Zins zu 5 % seit 1. Januar 2013 auf USD 25'688'901.30 nebst 5 % Zins seit 1. Januar 2013 (act. 1 S. 2 und act. 47 S. 2). Dies mit der Begründung, dass der Schaden in der Differenz des ausgehend vom gefälschten Kontoauszug per Oktober 2015 berechneten netto auszubezahlenden Betrags von USD 26'524'130.00 (hypothetischer Vermögensstand) und dem tatsächlichen Vermögensstand gemäss echtem Kontoauszug der J._____ Bank AG von USD 835'228.72 liege (act. 47 Rz. 62 ff.). Der Beklagte äussert sich zur Klagereduktion nicht konkret.

Die Beschränkung des Rechtsbegehrens wird nicht als Klageänderung behandelt, sondern kommt einem teilweisen Rückzug gleich und ist jederzeit zulässig (KUKO ZPO-NAEGELI/MAYHALL, Art. 227 N 35). Demzufolge ist die Klage im Umfang von USD 111'098.70 nebst Zins zu 5 % seit 1. Januar 2013 als durch Rückzug erledigt abzuschreiben (vgl. Art. 241 Abs. 3 ZPO).

Somit ist noch über den Betrag von USD 25'668'901.30 nebst Zins zu 5 % seit 1. Januar 2013 zu befinden.

6. Nachklagevorbehalt

Die Klägerin behält sich das Nachklagerecht vor (act. 1 S. 2 und Rz. 43 und act. 47 S. 2; insbesondere für Kosten der Untersuchung des Sachverhaltes inkl. vorprozessualer Anwaltskosten, laufende Fees etc.). Ein solcher Nachklagevorbehalt ist jedoch nicht erforderlich. Er hat keine besondere rechtliche Wirkung, weil auch die blosser Erhebung einer (verdeckten) Teilklage die Erhebung weiterer Teilklagen nicht ausschliesst (BSK ZPO-DORSCHNER, Art. 86 N 12 und N 14).

Über einen nicht eingeklagten Anspruch nimmt das Gericht weder Abklärungen zum strittigen Sachverhalt vor noch gibt es eine rechtliche Beurteilung ab, zumal die Klägerin lediglich eine Leistungsklage erhebt und nicht auf Feststellung einer weitergehenden Leistungspflicht klagt.

7. Noveneingabe

Am 6. November 2020 reichte die Klägerin eine Noveneingabe ein (act. 92).

Nach Abschluss des zweiten Schriftenwechsels können neue Tatsachen nur unter den Voraussetzungen von Art. 229 ZPO ins Verfahren eingebracht werden. Dabei wird vorausgesetzt, dass die Noven ohne Verzug ins Verfahren eingebracht werden (Art. 229 Abs. 1 ZPO). Ausserdem dürfen die Tatsachen und Beweismittel erst nach dem letzten Schriftenwechsel entstanden oder gefunden worden sein (echte Noven, lit. a) oder trotz zumutbarer Sorgfalt nicht früher vorgebracht worden sein können (unechte Noven, lit. b).

Im vorliegenden Verfahren ist der Aktenschluss mit dem Abschluss des zweiten Schriftenwechsels, also mit der Duplik des Beklagten vom 20. August 2019 (act. 73), eingetreten (BGE 140 III 312 E. 6). Mit Zustellung der Duplik an die Klägerin wurde der Aktenschluss ausdrücklich verfügt (act. 75). Auf Seiten der Klägerin war dagegen der zweite Schriftenwechsel bereits mit der Erstattung der Replik am 25. Februar 2019 (act. 47) abgeschlossen, sodass ab diesem Zeitpunkt die Voraussetzungen von Art. 229 ZPO zu beachten waren.

In ihrer Noveneingabe hat die Klägerin einerseits eine Abtretungserklärung der I'._____ an die Klägerin vom 4. November 2020 (act. 93/48) und andererseits ein Order des Grand Court der Cayman Islands vom 20. August 2020 (act. 93/49) ins Recht gereicht (act. 92 Rz. 2 f.). Gemäss dem Court Order wurde die Klägerin betreffend dem C'._____ in "receivership" (Liquidation) versetzt. Der Beklagte ist der Ansicht, dass die Noveneingabe unzulässig sei, weil sie sog. Potestativ-Novem beinhalte, die als unechte Novem i.S.v. Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO zu behandeln seien (act. 95. S. 2 und Prot. S. 40 ff.). Bei Potestativ-Novem handelt es sich um nachträglich von einer Partei geschaffene Novem, die – abhängig vom Entscheid dieser Partei – bereits vor Aktenschluss hätten existieren können (BGer 4A_583/2019 vom 19. August 2020 E. 5.3.). Hintergrund des angerufenen Bundesgerichtsentscheids war eine Patentstreitigkeit. Nachdem die beklagte Partei ihre Duplik eingereicht hatte und das Fachrichtervotum erstattet worden war, verzichtete der Patentinhaber teilweise auf das Patent, um dem von der beklagten Partei vorgebrachten Vorwurf der unzulässigen Änderung des Patents zu entgehen. Diesen Teilverzicht brachte der Patentinhaber sodann als Novum in den Prozess ein (BGer 4A_583/2019 vom 19. August 2020). Im Unterschied zum besagten Teilverzicht des Patentinhabers (als Partei), der allein von seinem Willen abhängig war, stammt die vorliegende Abtretungserklärung nicht von der Klägerin, sondern von der I'._____, womit sie weder von der Klägerin allein geschaffen wurde, noch deren Entstehungszeitpunkt allein von ihrem Entscheid abhängig war. Entsprechend handelt es sich bei der von der Klägerin eingereichten Abtretungserklärung nicht um ein Potestativ-Novum, sondern um ein echtes Novum. Die Klägerin hat die Abtretungserklärung zwei Tage nach deren Unterzeichnung und damit ohne Verzug i.S.v. Art. 229 Abs. 1 ZPO beim Gericht eingereicht. Die

Abtretungserklärung und die Ausführungen dazu sind damit zulässig und – soweit von Relevanz – entsprechend zu beachten. Hinsichtlich der Anordnung des Grand Court der Cayman Islands vom 20. August 2020 hat die Klägerin nicht ausgeführt, wann ihr diese zur Kenntnis gelangt ist. Ob die Anordnung ohne Verzug i.S.v. Art. 229 ZPO eingereicht wurde und damit ebenfalls zulässig und zu beachten ist, kann schon deshalb offen gelassen werden, weil deren Beachtung am Ausgang des vorliegenden Verfahrens nichts ändert. Im Übrigen führt das sog. receivership (Liquidation) weder zu einer Änderung des Namens der Klägerin (so act. 92 S. 1) noch wirkt es sich auf ihre Partei- oder Prozessfähigkeit aus. Es handelt sich auch nicht um ein ausländisches Konkursdekret, das Gegenstand einer Anerkennung nach Art. 166 ff. IPRG bilden könnte (vgl. BGer 2C_303/2010 vom 24. Oktober 2011, E. 2.3.1.).

II. **Materielles**

1. Anwendbares Recht

Für Verantwortlichkeitsansprüche gilt das Gesellschaftsstatut (Art. 154 IPRG i.V.m. Art. 155 lit. g IPRG). Dies bedeutet, dass auf die in der Schweiz eingereichten Verantwortlichkeitsklagen gegen Organe einer schweizerischen AG schweizerisches Recht Anwendung findet (BSK OR II-GERICKE/WALLER, Vor. zu Art. 754-761 N 4).

Die vorliegend eingereichte Verantwortlichkeitsklage richtet sich gegen den Beklagten als ehemaligen Verwaltungsrat der D'_____ und somit gegen ein Organ einer schweizerischen AG, weshalb schweizerisches Recht zur Anwendung gelangt.

2. Allgemeines zur Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit

Die Klägerin stützt ihre Klage auf die Bestimmungen über die aktienrechtliche Verantwortlichkeit. Art. 754 ff. OR sind Teil des allgemeinen Haftpflichtrechts, welches aber vom Gesetz einer gesonderten Ordnung unterworfen wird. Voraus-

setzungen eines Anspruchs aus Verantwortlichkeit sind somit wie bei jedem Haftungsanspruch: Aktiv- und Passivlegitimation, Schaden, Widerrechtlichkeit, natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang und vorsätzliches oder fahrlässiges Verschulden. Mit Bezug auf den natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhang, das Verschulden, die Schadensberechnung und die Schadenersatzbemessung finden die allgemeinen haftpflichtrechtlichen Grundsätze auf das Verantwortlichkeitsrecht Anwendung. Speziell regeln die Art. 754 f. OR die Aktiv- und Passivlegitimation sowie die Widerrechtlichkeit. Weiter eröffnet das Verantwortlichkeitsrecht in Abweichung allgemeiner Grundsätze den Ersatz eines Reflexschadens (Art. 756 f OR.) und enthält besondere Bestimmungen zur Solidarität (Art. 759 OR) und zur Verjährung (Art. 760 OR) (BSK OR II-GERICKE/WALLER, Vor. zu Art. 754-762 N 2).

3. Aktivlegitimation

Die Sachlegitimation bildet keine Prozessvoraussetzung, sondern betrifft das materielle Recht (BGE 139 III 504 E. 1.2.). Fehlt sie, wird die Klage als unbegründet abgewiesen. Die Aktivlegitimation ist als materiell-rechtliche Voraussetzung des eingeklagten Anspruchs zwar vom Gericht im Rahmen der Rechtsanwendung von Amtes wegen zu prüfen (BGE 126 III 59 E. 1a), unter der Herrschaft der Verhandlungsmaxime allerdings nur nach Massgabe des behaupteten und festgestellten Sachverhalts (BGE 130 III 550 E. 2.; zum Ganzen BGer 4A_1/2014 vom 26. März 2014 E. 2.3.).

3.1. **Parteivorbringen**

Die *Klägerin* führt in ihrer *Klageschrift* aus, dass ihr durch das pflichtwidrige Verhalten des Beklagten ein unmittelbarer und ausschliesslicher Schaden entstanden sei, weshalb sie als Gläubigerin der D'._____ ohne Weiteres aktivlegitimiert sei (act. 1 Rz. 36).

Der *Beklagte* bestreitet in seiner *Klageantwort* die Aktivlegitimation der Klägerin im Wesentlichen mit vier Argumenten. Zunächst macht er geltend, die Klägerin sei nicht berechtigt, für den C'._____ zu handeln, ausserdem habe die Klä-

gerin sämtliche (allfälligen) Ansprüche in diesem Zusammenhang mit dem im Juli 2016 geschlossenen Asset Purchase Agreement an die N._____ Capital Management ... LLC ("N._____") abgetreten und sei entsprechend nicht mehr Gläubigerin der D'_____. Selbst wenn sie noch Gläubigerin der D'_____ wäre (was bestritten werde), könne sie ausserhalb des Konkurses der D'_____ ohnehin keine Verantwortlichkeitsklage gegen deren Organe erheben. Hinzu komme, dass sie auch auf eine von ihm angebotene persönliche Mithaftung verzichtet habe (act. 21 Rz. 19).

Zur Begründung seines ersten Arguments führt der Beklagte aus, dass die Klägerin keinen eigenen Schaden geltend mache, sondern denjenigen eines von ihr angeblich gehaltenen Unterfonds, weshalb ihr der Nachweis obliege, dass dieser Fond tatsächlich bestehe, er von ihr gehalten werde und sie berechtigt sei, für diesen zu handeln. Diesen Nachweis erbringe sie jedoch nicht. Die von ihr eingereichte "List of mutual Funds" belege höchstens, dass die Klägerin als Fondsgesellschaft bei der Cayman Islands Monetary Authority registriert sei, nicht jedoch, dass sie auch berechtigt sei, für den C'_____ zu handeln. Ohnehin sei die Liste nicht mehr aktuell, datiere sie doch vom 30. Juni 2017. Auch die weiteren von der Klägerin eingereichten Dokumente (wie Certificate of Good Standing, Certificate of Incumbency und das Register of Directors and Officers for A._____ Ltd. SPC) würden die Berechtigung nicht nachweisen, zumal aus diesen lediglich hervorgehe, welche Personen für die Klägerin zeichnungsberechtigt seien (act. 21 Rz. 24).

Das Vorbringen, wonach die Klägerin keine Gläubigerin der D'_____ mehr sei, begründet der Beklagte mit dem Asset Purchase Agreement vom 7. Juli 2016. Dieses sei abgeschlossen worden, weil die D'_____ befürchtet habe, dass sich die Klägerin aufgrund der spekulativen Investitionen bei ihr schadlos halten würde, was den Konkurs der D'_____ und den Verlust mehrerer Arbeitsplätze zur Folge hätte haben können. Diese Gefahr habe er abwenden wollen, indem er der Klägerin die C'_____-Anteile für einen Kaufpreis von USD 26'627'130.00 abgekauft habe und sie dadurch für allfällig schlecht getätigte Investitionen habe schadlos halten wollen. Im Rahmen der Verhandlungen sei man übereingekommen, dass die von ihm gehaltene Gesellschaft N._____ (domiziliert in den Verei-

nigten Arabischen Emirate) die besagten C'._____ -Anteile der Klägerin erwerben soll (act. 21 Rz. 26 ff). Auf eine von ihm angebotene persönliche Mithaftung habe die Klägerin allerdings verzichtet und sich damit einverstanden erklärt, dass sämtliche (allfälligen) Ansprüche der Klägerin alleine durch die N._____ befriedigt würden und der N._____ entsprechend sämtliche (allfälligen) Ansprüche der Klägerin gegen die D'._____ und/oder den Beklagten abgetreten würden (act. 21 Rz. 31 f. und Rz. 35). Entsprechend sehe Ziffer 2.2. Asset Purchase Agreement vor, dass die Klägerin mit Wirkung per 18. Juli 2016 sämtliche im Zusammenhang mit den erworbenen C'._____ -Anteilen stehenden Verträge an die N._____ abtrete. Da das Administrative Agreement von der vereinbarten Abtretung ebenfalls erfasst werde, sei die Klägerin nicht mehr Gläubigerin der D'._____ und damit zur Erhebung der vorliegenden Verantwortlichkeitsklage nicht aktivlegitimiert. Demzufolge könne sie allfällig ihr zustehende (vertragliche) Ansprüche aus dem Asset Purchase Agreement einzig noch gegenüber der N._____ geltend machen. Da die Klägerin der N._____ bis heute noch keine Bankverbindung zur Verfügung gestellt habe, welche ihr eine Geldüberweisung ermöglicht hätte, liege ein Fall eines Gläubigerverzugs vor (act. 21 Rz.42 ff. und Rz. 64; vgl. auch act. 73 Rz. 68 und Rz. 148).

Schliesslich führt der Beklagte aus, dass die Klägerin – sollte das Gericht wider Erwarten zum Schluss gelangen, dass die Klägerin Gläubigerin der D'._____ sei und einen unmittelbaren Schaden erlitten habe – nicht ausschliesslich geschädigt worden wäre. Vielmehr wäre auch bei der D'._____ ein entsprechender Schaden eingetreten, der im latenten Anspruch der Klägerin auf entsprechenden Schadenersatz aus Verletzung des Administrative Agreements bestehe. Wenn nebst dem Gläubiger zugleich die (konkursite) Gesellschaft geschädigt sei, trete die Individualklage des Gläubigers in Konkurrenz zu den Ansprüchen der Gesellschaft, so dass Gläubiger ihren Schaden nur ausnahmsweise direkt gegen ein Organ geltend machen könnten, nämlich dann, wenn das Verhalten desselben gegen (aktienrechtliche) Bestimmungen verstosse, welche ausschliesslich dem Schutz der Gläubiger dienen. Weder die von der Klägerin angerufenen strafrechtlichen Bestimmungen noch Art. 717 OR würden solche Schutznormen darstellen. Art. 717 OR regle die allgemeine Sorgfalts- und Treuepflicht von Gesellschaftsorganen

und diene ganz offensichtlich nicht ausschliesslich dem Gläubigerschutz, was die Klägerin denn auch zu Recht nicht behauptete. Dies wäre aber zwingend erforderlich, damit die Klägerin ausserhalb eines Konkurses der Gesellschaft über die Bestimmungen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit entsprechende Ansprüche geltend machen könne. Die strafrechtlichen Bestimmungen seien alsdann weder dem Aktienrecht zuzuordnen, noch würden diese den ausschliesslichen Schutz von Gläubigern bezwecken, weshalb sie ebenfalls nicht als Schutznormen in Betracht kämen. Schliesslich bringt der Beklagte vor, dass die Klägerin selbst dann nicht aktivlegitimiert wäre, wenn das Gericht von einem unmittelbaren und ausschliesslichen Schaden der Klägerin ausgehen würde, weil nach seiner Auffassung in diesem Fall die allgemeinen Regeln des zivilrechtlichen Haftpflichtrechts, d.h. Art. 41 ff. OR (gemeinrechtliche Schadenersatzklage), zur Anwendung gelangen würden, für deren Beurteilung das Handelsgericht nicht zuständig wäre. Ein Anwendungsfall des körperschaftlichen Verantwortlichkeitsrechts läge jedenfalls nicht vor. Die frühere Praxis, wonach sich ein geschädigter Gläubiger alternativ auf Art. 41 OR oder auf Art. 754 OR berufen könne, sei vom Bundesgericht verworfen worden (act. 21 Rz. 52 ff.; vgl. auch act. 73 Rz. 84 ff. und 142 ff.).

Die *Klägerin* hält in ihrer *Replik* daran fest, dass sie unmittelbar und ausschliesslich geschädigte Gesellschaftsgläubigerin und damit ohne Weiteres aktivlegitimiert sei. Entgegen der beklagtischen Ansicht lasse das Bundesgericht nämlich Klagen auf Ersatz des direkten Schadens des Gläubigers gestützt auf die Bestimmungen des Verantwortlichkeitsrechts zu, vorausgesetzt, die allgemeinen haftpflichtrechtlichen Regeln von Art. 41 OR seien erfüllt. Auch habe das Bundesgericht in BGE 4A_26/2015 vom 21. Mai 2015 E. 4.3. erwogen, dass die Bestimmungen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit die allgemeinen Haftpflichtnormen nicht verdrängen würden (act. 47 Rz. 140 f.). Sodann vermöge ein allfällig latenter Anspruch auf Schadenersatz aus Vertrag keinen Schaden bei der D'._____ im Sinne der Differenztheorie zu begründen. Doch selbst wenn die D'._____ auch geschädigt wäre, könnte sie (die Klägerin) vorliegend ihren Anspruch auf eine Schutznorm im Sinne von Art. 41 OR stützen, womit die Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit für den Verantwortlichkeitsanspruch als direkt geschädigte Gläubigerin erfüllt wäre (act. 47 Rz. 148). Als Inhaberin der entsprechenden Ver-

mögenswerte, die auf den C'._____ überwiesen worden seien, sei ihr durch die pflichtwidrigen Transaktionen ein Schaden in Höhe von USD 25'688'901.30 (durch Verminderung ihrer Aktiven) entstanden (act. 47 Rz. 142 ff. und Rz. 212 und act. 92 Rz. 5).

Eine persönliche Mithaftung habe der Beklagte nie angeboten (act. 47 Rz. 209). Das Asset Purchase Agreement habe aber ohnehin keine Wirkung entfaltet. Da es sich bei der N._____ um ein Vehikel des Beklagten in den Vereinigten Arabischen Emiraten handle, sei für sie entscheidend gewesen, dass die Vereinbarung erst dann Wirkung entfalte, wenn das versprochene Geld auf dem Konto der Klägerin gutgeschrieben worden sei. Unzutreffend sei demnach, dass die Abtretung sämtlicher im Zusammenhang mit dem C'._____ stehenden Verträge an die N._____ bereits am 18. Juli 2016 und damit völlig losgelöst von der Bezahlung des Kaufpreises erfolgt sei. Vielmehr sei vereinbart worden, dass der Vollzug des Vertrags (Closing) nur dann erfolge bzw. die zu verkaufenden Vermögenswerte inkl. der damit zusammenhängenden abzutretenden Verträge erst dann auf die N._____ übertragen würden, wenn der Kaufpreis dem Konto der Klägerin gutgeschrieben worden sei. Das Asset Purchase Agreement sei zwar am 7. Juli 2016 unterzeichnet und für den Vollzug sei der 18. Juli 2016 vereinbart worden, doch sei der Vertrag mangels Überweisung des Kaufpreises nie vollzogen und dementsprechend nie wirksam geworden (act. 47 Rz. 155 ff.). Die Überweisung des Geldes habe einerseits nicht erfolgen können, weil die N._____ nicht über die notwendigen Mittel verfüge, und andererseits weil die O._____ Bank, auf welche das Geld gemäss Asset Purchase Agreement hätte überwiesen werden müssen, jede Zusammenarbeit mit dem Beklagten bzw. mit Gesellschaften aus seinem Umfeld verweigere. Da die gleichen Compliance- und GwG-Vorschriften (die der Beklagte nicht erfülle) für alle Banken in der Schweiz gelten würden, sei die Transaktion unmöglich geworden, wobei der Beklagte diese Unmöglichkeit zu vertreten habe (act. 47 Rz. 170 f.). Ein Fall eines Gläubigerverzuges liege jedenfalls nicht vor. Vielmehr habe die Klägerin der N._____ nach mehreren Mahnungen eine letztmalige Frist bis zum 30. Juni 2017 zur Überweisung des Kaufpreises angesetzt. Nachdem auch diese Frist ungenutzt verstrichen sei, habe sie der N._____ mit Schreiben vom 4. Juli 2017 mitgeteilt, dass sie gestützt auf Art. 107 Abs. 2 OR

vom Vertrag zurücktrete und auf die nachträgliche Leistung verzichte. Der Kaufpreis sei nie auf dem Konto der Klägerin gutgeschrieben worden, das Closing habe nie stattgefunden und entsprechend sei die im Asset Purchase Agreement vorgesehene Abtretung nie erfolgt. Selbst wenn das Asset Purchase Agreement wirksam geworden wäre, enthalte die Vereinbarung nicht die Abtretung der Verträge an die Käuferin (N._____) an sich, sondern lediglich die Verpflichtung der Verkäuferin (Klägerin), diese am Vollzugsdatum an die N._____ abzutreten (act. 47 Rz. 159 und Rz. 174 ff.). Dies sei jedoch insofern irrelevant, als der vorliegende Schadenersatzanspruch ohnehin nicht Gegenstand der Abtretung sei (act. 47 Rz. 179 und Rz. 215).

Der *Beklagte* bleibt in der Folge in seiner *Duplik* dabei, dass das Asset Purchase Agreement rechtsverbindlich und wirksam sei. Zunächst sei es unzutreffend, dass die Bezahlung des Kaufpreises eine Bedingung für die Rechtswirksamkeit des Vertrags darstelle. Das englische Wort "shall" werde in der Rechtsprache denn auch nicht mit "soll", sondern "wird" übersetzt, weshalb die Abtretung direkt mit Wirkung per 18. Juli 2016 erfolgt sei. Für einen Rücktritt der Klägerin vom Asset Purchase Agreement gestützt auf Art. 107 Abs. 2 OR fehle es am Nachweis eines Schuldnerverzugs als Grundvoraussetzung. Ein Schuldnerverzug sei vorliegend nämlich schon deshalb ausgeschlossen, weil sich die Klägerin in einem Gläubigerverzug befinde, zumal die N._____ die Zahlung habe auslösen wollen und dies nur deshalb nicht erfolgreich gewesen sei, weil das von der Klägerin eingesetzte Bankinstitut die Zahlung der N._____ nicht habe entgegennehmen wollen. Diesen Umstand habe sich die Klägerin jedoch selbst zuzuschreiben. Die N._____ habe der Klägerin sämtliche Compliance Unterlagen wunschgemäß geliefert, doch habe die Klägerin dieser bis heute keine andere Bankverbindung genannt, welche es ihr ermöglicht hätte, die vereinbarte Geldüberweisung vorzunehmen. Bereits vor diesem Hintergrund sei die Rücktrittserklärung der Klägerin vom 4. Juli 2017 unwirksam. Sodann habe die N._____ diese auch nie erhalten (act. 73 Rz. 61 ff. und Rz. 145 ff.).

3.2. Zu den einzelnen Einwänden des Beklagten

3.2.1. Keine Berechtigung der Klägerin für den C'._____ zu handeln

Wie dargelegt, ist der Beklagte der Auffassung, dass die Klägerin nachweisen müsse, dass sie berechtigt sei, für den C'._____ zu handeln, zumal sie einen Schaden desselben geltend mache.

Es ist unbestritten, dass die Klägerin Inhaberin des Kontos ist, auf welches das Geld der I'._____ überwiesen wurde und von welchem die angeblich pflichtwidrigen Transaktionen getätigt wurden (act. 47 Rz. 144 und act. 73 Rz. 38). Da die Klägerin mit Überweisung des Geldes auf ihr Konto Gläubigerin dieses Guthabens wurde, macht sie – entgegen den Ausführungen des Beklagten – nicht einen Anspruch aus dem C'._____ für denselben oder für die I'._____ geltend, sondern einen *eigenen* Schadenersatzanspruch zufolge Vermögensverminderung auf *ihrem* Konto. Demnach braucht sie nicht nachzuweisen, dass sie berechtigt ist, für den C'._____ oder die I'._____ zu handeln. Dass sie partei- und prozessfähig und der C'._____ nicht als juristische Person ausgestaltet ist, wurde bereits dargelegt (vorne Ziff. I. 1. und Ziff. I. 2. und Ziff. I.7.). Im Übrigen ist auf § 218 des Gesellschaftsrechts der Cayman Islands sowie die diesbezüglichen Ausführungen der Klägerin zu verweisen, wonach sie als Portfoliounternehmen für die von ihr errichteten Portfolios, so auch für den C'._____, zu handeln berechtigt ist (act. 25 Rz. 29 ff. und act. 26/1 mit Anhängen).

3.2.2. Freiwilliger Verzicht der Klägerin auf persönliche Mithaftung des Beklagten

Der Beklagte macht weiter geltend, die Klägerin habe auf seine freiwillig und unpräjudiziell angebotene persönliche Mithaftung verzichtet. Hierfür beruft er sich insbesondere auf E-Mail Korrespondenz vom Juni 2016 sowie auf einen angeblich von der Klägerin unterzeichneten Waiver of Claims (act. 21 Rz. 31 und act. 73 Rz. 89, Rz. 137 und Rz. 151).

In der angerufenen Korrespondenz erklärt der Beklagte, dass er den Vertrag nicht persönlich eingehen könne, da er nicht selbständig erwerbend sei. Er sei aber bereit, das Asset Purchase Agreement als Mithaftender zu unterzeichnen (act. 22/4 S. 2). Vor dem Hintergrund, dass die Klägerin behauptet, der Beklagte habe seine persönliche Mithaftung nie angeboten, und der Beklagte dieses E-Mail auch nicht an die Klägerin, sondern an P'._____ (Head of Legal der F'._____),

richtete und lediglich den Rechtsanwälten Dr. L._____ (Verwaltungsratspräsident der F'._____) und Q._____ (Rechtsvertreter der N._____) eine Kopie desselben sandte, ist nicht erwiesen, dass die Klägerin von diesem E-Mail bzw. von dessen Inhalt überhaupt Kenntnis hatte. Entsprechend kann auch nicht geprüft werden, ob und inwiefern allenfalls eine Reaktion von ihr hätte erwartet werden dürfen. Nach dem Gesagten kann aus der Nichtreaktion der Klägerin jedenfalls kein Verzicht auf eine zivilrechtliche Belangung des Beklagten abgeleitet werden. Ein solcher findet sich denn auch nicht im Asset Purchase Agreement. Auch ist nicht ersichtlich, dass die Parteien in diesem überein gekommen wären, dass sich die Klägerin ausschliesslich an die N._____ halten werde.

Hinsichtlich des "Waiver of Claims" führt die D'._____ in einem Fragekatalog an die FINMA vom 22. September 2016 zwar aus, dass ihr eine Kopie eines solchen vorliege, worin die Käuferin der C'._____-Anteile bestätige, nach dem Erwerb derselben keine Forderungen gegen die D'._____ zu erheben (act. 48/32 S. 11); doch liegt weder diese noch eine andere Verzichtserklärung im Recht. Die in diesem Kontext angesprochene Erklärung wurde sodann gar nicht von der Klägerin, sondern von der N._____ als Käuferin der C'._____-Anteile unterzeichnet. Die Klägerin erhebt vorliegend auch nicht etwa eine Forderung gegen die D'._____, sondern gegen den Beklagten persönlich.

Insgesamt ist nicht erwiesen, dass die Klägerin auf eine persönliche Mithaftung des Beklagten verzichtet hätte, womit die diesbezügliche Einwendung des Beklagten der Aktivlegitimation der Klägerin nicht entgegensteht.

3.2.3. Verlust der Aktivlegitimation infolge Abtretung der Ansprüche an die N._____

Der Beklagte macht weiter geltend, mit dem Asset Purchase Agreement hätten sich die Parteien faktisch auf einen Parteiwechsel geeinigt, d.h. darauf, dass alle (allfälligen) Ansprüche der Klägerin allein durch die N._____ befriedigt werden sollten, welcher umgekehrt sämtliche (allfälligen) Ansprüche der Klägerin gegen die D'._____ und/oder den Beklagten abgetreten worden seien. In Ziff. 2.2. dieses Agreements sei vereinbart worden, dass mit Wirkung per 18. Juli 2016 die

Klägerin sämtliche im Zusammenhang mit den erworbenen C'._____ -Anteilen stehenden Verträge an die N._____ abtrete. Dieses habe auch das Administrative Service Agreement umfasst. Zuzufolge der Abtretung und des Parteiwechsels sei die Klägerin nicht (mehr) Gläubigerin der D'._____ und daher nicht mehr aktivlegitimiert für die vorliegende Verantwortlichkeitsklage (act. 21 Rz. 31 f.).

Parteien des Asset Purchase Agreement sind die "A._____ Ltd. R._____ Fund Segregated Portfolio" als Verkäuferin und die "N._____ CAPITAL MANAGEMENT ... LLC" als Käuferin. Zur Beantwortung der Frage, ob die Klägerin ihrer Aktivlegitimation infolge Abtretung ihrer Ansprüche an die N._____ verlustig ging, ist der erste Satz der Bestimmung von Ziff. 2.2. Asset Purchase Agreement mit der Überschrift "Assignment of Contracts" heranzuziehen, der wie folgt lautet:

"Seller shall with effects as of the Closing Date assign or otherwise transfer to Purchaser all contracts, licenses, leases and other agreements and all rights thereunder, related to the Purchased Assets (collectively, the "Assigned Contracts")."

In Ziff. 9. des Asset Purchase Agreement wurde die Anwendung von Schweizer Recht vereinbart (vgl. auch Art. 145 Abs. 1 Satz 1 IPRG). Bei einer Abtretung nach Schweizer Recht überträgt die Gläubigerin (Zedentin) eine bestehende oder künftige *Forderung* mittels Verfügungsvertrag auf einen Dritten (Zessionar), wodurch ein Gläubigerwechsel stattfindet. Die Abtretung bedarf zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Form (Art. 165 Abs. 1 OR). Sie ist grundsätzlich immer dann zulässig, wenn ihr nicht Gesetz, Vereinbarung oder Natur des Rechtsverhältnisses entgegenstehen (Art. 164 Abs. 1 OR).

Die vorliegende "Abtretung" wurde schriftlich vereinbart. Dass aktienrechtliche Verantwortlichkeitsansprüche von ihrer Natur her oder aufgrund gesetzlicher Vorschriften nicht abtretbar wären, ist nicht ersichtlich (FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Rz. 89; OGer ZH, I. ZK, LB120076, E. D.3.3.1.). Gemäss Wortlaut der Vertragsbestimmung hätten alle "contracts, licenses, leases and other agreements and rights thereunder, related to the Purchased Assets" abgetreten (oder anderweitig übertragen) werden sollen. Im Sinne von Art. 164 OR ab-

tretbar sind *Forderungen*, nicht jedoch – wie vorliegend – Verträge selbst ("all contracts, licences, leases and other agreements"). Selbst wenn man davon ausgeht, dass die Parteien nicht die Verträge an sich, sondern die jeweiligen Forderungen aus denselben hätten abtreten wollen ("and all rights thereunder"), so setzte die Gültigkeit der Abtretung weiter voraus, dass die Forderungen bestimmt oder zumindest bestimmbar wären. Bestimmbarkeit ist gegeben, wenn aus dem Rechtsverhältnis zwischen Zedent und Zessionar die notwendigen Elemente (Person des Schuldners, Rechtsgrund und Inhalt bzw. Höhe der Forderung) hervorgehen, welche die Feststellung ermöglichen, ob eine Forderung von der Abtretung erfasst wird (BGE 135 V 2 E. 6.1.2; BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 N 36 und N 41). In der zu beurteilenden Vertragsklausel werden die genannten Verträge nicht näher konkretisiert, so fehlen insbesondere Angaben über die Parteien, die Art und den Inhalt der Verträge sowie über deren Abschlussdatum. Die einzige Spezifikation findet sich im Zusatz "related to the Purchased Assets". Die "Purchased Assets" werden zwar in Ziff. 1 i.V.m. Anhang 2.1. Asset Purchase Agreement als "Investment in C._____ Segregated Portfolio" definiert, doch genügt diese Angabe den Anforderungen an die Bestimmbarkeit nicht, fehlen doch weiterhin die wesentlichen Elemente, um auf die exakten Verträge bzw. die darin enthaltenen abzutretenden Forderungen schliessen zu können. Damit fehlt es an genügenden Anhaltspunkten für eine Abtretung des Administrative Agreements vom 17. Mai 2011 bzw. der Forderungen aus demselben. Ob die Klägerin ihre vertraglichen Ansprüche aus dem Administrative Agreement im Asset Purchase Agreement (d.h. im Jahr 2016) an die N._____ abgetreten oder sonst wie übertragen hat, ist vorliegend aber ohnehin irrelevant, änderte dies insofern nichts an der (allfälligen) Aktivlegitimation der Klägerin, als die Gläubigerstellung lediglich im Zeitpunkt des pflichtwidrigen Verhaltens (vorliegend 2011 bis 2015) bestanden haben oder spätestens im Moment der Klageeinleitung entstanden sein muss (BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 3; BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, § 18 Rz. 240; FORSTMOSER, a.a.O., Rz. 80). Hinzu kommt, dass es sich selbst bei Annahme der Abtretung der Ansprüche aus dem Administrative Agreement bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage gerade nicht um eine vertragliche Schadenersatzklage handelt, sondern um eine ausservertragliche (BSK

OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 35). Soweit der Beklagte mit seinen Vorbringen, wonach die Klägerin *sämtliche* (allfälligen) Ansprüche an die N.____ abgetreten habe, indirekt geltend machen wollte, dass auch der vorliegend interessierende (behauptete) aktienrechtliche Verantwortlichkeitsanspruch abgetreten worden sei, kann ihm nicht gefolgt werden. Dies trifft auch auf eine – grundsätzlich denkbare – Vertragsübernahme zu, die allerdings der Zustimmung aller Beteiligten bedarf (BSK OR I- GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 N 4a). Von einem damit verbundenen Übergang des vorliegend geltend gemachten (allfälligen) aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsanspruchs kann ebenfalls nicht ausgegangen werden. Vor diesem Hintergrund kann offen bleiben, ob die Wirksamkeit der vereinbarten Abtretung/Parteiwechsel – wie von der Klägerin behauptet – gestützt auf Ziff. 2.1. i.V.m. Ziff. 2.3. Asset Purchase Agreement unter der (rechtlich zulässigen) Suspensivbedingung der Zahlung des Kaufpreises stand (BSK OR I- GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 N 26). Weiter offen bleiben kann auch, ob in Ziff. 2.2. Asset Purchase Agreement eine unmittelbare Abtretung oder lediglich die Verpflichtung zur Abtretung vereinbart wurde, womit sich auch die Abnahme diesbezüglich offerierter Beweise erübrigt (vgl. act. 47 Rz. 159).

Damit hat die Klägerin ihre (allfällige) Aktivlegitimation nicht – wie vom Beklagten geltend gemacht – infolge "Abtretung" der Ansprüche an die N.____ verloren.

3.2.4. Ausschliessliche und unmittelbar geschädigte Gläubigerin

Der Beklagte bringt schliesslich vor, dass nebst der allfällig unmittelbar geschädigten Klägerin auch die Gesellschaft (D'.____) unmittelbar geschädigt sei, wobei ihr Schaden im latenten Anspruch der Klägerin auf entsprechenden Schadenersatz aus Verletzung des Administrative Agreements bestehe. Unter diesen Umständen könne eine Gläubigerin ihren Schaden nur dann ausnahmsweise direkt gegen ein Organ geltend machen, wenn das Verhalten des fraglichen Organs gegen aktienrechtliche Bestimmungen verstosse, welche ausschliesslich dem Schutz der Gläubiger dienen. Weder die von der Klägerin angerufenen strafrechtlichen Bestimmungen noch Art. 717 OR würden solche Schutznormen darstellen. Letztlich wäre die Klägerin selbst dann nicht aktivlegitimiert, wenn das Gericht von

einem unmittelbaren und ausschliesslichen Schaden der Klägerin ausgehen würde, weil in diesem Fall die allgemeinen Regelungen des zivilrechtlichen Haftpflichtrechts, d.h. Art. 41 ff. OR und nicht diejenigen des körperschaftlichen Verantwortlichkeitsrechts, zur Anwendung gelangen würden, für deren Beurteilung das Handelsgericht nicht zuständig wäre.

3.2.4.1. Rechtslage

Nach Art. 754 Abs. 1 OR sind die Mitglieder des Verwaltungsrats und alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen sowohl der *Gesellschaft* als auch den einzelnen *Aktionären* und *Gesellschaftsgläubigern* für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen. Nicht allen Anspruchsberechtigten stehen jedoch die gleichen Ansprüche zu. Das Gesetz unterscheidet zunächst zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden, sodann zwischen Ansprüchen ausser Konkurs und Ansprüchen im Konkurs (BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 3).

Mittelbar ist ein Schaden, wenn der Aktionär oder Gesellschaftsgläubiger nur deshalb einen solchen erleidet, weil die Gesellschaft zu Schaden kommt, d.h. wenn der Schaden im Vermögen der Aktionäre oder Gläubiger einzig dadurch eintritt, weil das Vermögen der AG vermindert wurde. Der Schaden der Gesellschaft ist für mittelbare Schäden der Aktionäre und Gläubiger mithin *conditio sine qua non*. Eine *unmittelbare* direkte Schädigung des Aktionärs oder des Gläubigers liegt vor, wenn die Pflichtwidrigkeit des Organs sie in ihrem Vermögen schädigt, ohne gleichzeitig das Vermögen der AG zu schmälern (BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 15). Zur Unterscheidung von mittelbarer und unmittelbarer Schädigung wird demzufolge darauf abgestellt, in welcher Vermögensmasse der Schaden eingetreten ist. Von dieser traditionellen Auffassung war das Bundesgericht für eine kurze Zeit abgewichen, indem es nicht mehr auf das Kriterium der betroffenen Vermögensmasse, sondern auf die Rechtsgrundlage der jeweiligen Schadenersatzpflicht abstellte (BGE 122 III 176; X Corporation-Praxis; BGE 125 III 86). Mit dem Biber Holding-Entscheid ist das Bundesgericht zur traditionellen Unterscheidung zurückgekehrt (BGE 131 III 306; vgl. auch BGE 129 III

129 E. 3.). In seiner neueren und mittlerweile gefestigten Praxis unterscheidet es nunmehr zwischen folgenden drei Konstellationen (BGE 132 III 564):

(1) die unmittelbare bzw. direkte und ausschliesslich im Vermögen des Gläubigers bzw. des Aktionärs eintretende Schädigung (dommage direct; BGE 132 III 564 E. 3.1.1.);

(2) die mittelbare bzw. indirekte Schädigung, die primär im Vermögen der Gesellschaft und nur reflexartig – durch Konkursfall – im Vermögen des Gläubigers bzw. des Aktionärs eintritt (dommage par ricochet; sog. Reflexschaden; BGE 132 III 564 E. 3.1.2.) und

(3) die Situation, in welcher sowohl die Gesellschaft als auch der Gläubiger und/oder Aktionär aufgrund einer Pflichtverletzung unmittelbar bzw. direkt geschädigt sind (BGE 132 III 564 E. 3.1.3.).

Bei der *ersten* Konstellation können die Gläubiger eigenständig vorgehen und ohne jegliche Einschränkungen vom Verantwortlichen Schadenersatz verlangen, gleichgültig, ob die Gesellschaft in Konkurs gefallen ist oder nicht (BGE 132 III 564 E. 3.2.1.; BGE 131 III 306 E. 3.1.2.; BGE 127 III 374 E. 3a; KÄLIN OLIVER, Und nochmals: zur Rechtsnatur aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche, AJP 2016, S. 135 ff.). Im Unterschied zur zwischenzeitlich angewandten und nunmehr überholten X Corporation-Praxis (BGE 122 III 176), wonach auch im Konkurs einer Gesellschaft, die von ihren Organen nicht geschädigt ist, die Aktionärs- bzw. Gläubigerklage aus direktem Schaden eine ausschliessliche Schutznorm voraussetzte, wird dies nach der "neu-alten" Praxis des Bundesgerichts nicht mehr speziell vorausgesetzt (KUKO OR-AMSTUTZ/GOHARI, Art. 754 N 19 ff.).

Paradebeispiel, in welchem ein Gläubiger einen unmittelbaren und ausschliesslichen Schaden erleidet, bildet der Fall, bei dem er einer überschuldeten Gesellschaft einen Kredit erteilt, was er bei rechtzeitiger Überschuldungsanzeige des Verwaltungsrates nicht getan hätte oder wenn das Gesellschaftsorgan in Verletzung von gesetzlichen Bilanzierungsvorschriften Bilanzen gegenüber einem Kre-

ditgeber verwendet hat, soweit der Kreditgeber der Gesellschaft bei Kenntnis der wahren Tatsachen keinen Kredit, einen Kredit zu einem höheren Zinssatz oder nur gegen Leistung von Sicherheiten gewährt hätte. Ursache der unmittelbaren Schädigung ist demzufolge oft eine falsche Bilanz. Die Gesellschaft selbst wird durch eine solche nicht geschädigt, der Schaden tritt im Gegenteil direkt und damit ausschliesslich im Vermögen derjenigen Person ein, die der Gesellschaft gestützt auf die falsche Bilanz neue Mittel zur Verfügung stellt, sei es in Form von Eigen- oder Fremdkapital (BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 16; KUKO OR-AMSTUTZ/GOHARI, Art. 754 N 22, je mit Hinweisen auf die Rechtsprechung; CHARLOTTE BAER, Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, S. 80; BÖCKLI, a.a.O., § 18 N 311).

Die *zweite* Konstellation untersteht dem Regime der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsbestimmungen; der Gläubiger verfügt ausser Konkurs der Gesellschaft über keine individuelle Klagemöglichkeit. Nach Konkurseröffnung gilt die Ordnung von Art. 757 OR.

Im *dritten* und seltenen Fall muss unterschieden werden, ob sich die AG ausserhalb oder innerhalb eines Konkurses befindet. Für den Fall, dass sie aufrecht steht, hat das Bundesgericht die Aktionärs- bzw. Gläubigerklage aus unmittelbarem Schaden nicht beschränkt. Ist hingegen der Konkurs über die AG eröffnet worden, hat es die Klagebefugnis der Gläubiger zur Verhinderung eines Wettlaufs zwischen der Konkursverwaltung und den direkt klagenden Gläubigern bzw. Aktionären beschränkt und der Gesellschaftsklage eine Priorität eingeräumt. Der Gläubiger kann in diesem Fall ausnahmsweise nur dann auf Ersatz seines direkten Schadens klagen, wenn er seine Klage mit einer unerlaubten Handlung (Art. 41 OR), einer culpa in contrahendo oder einer ausschliesslich zum Schutz der Gläubiger konzipierten Bestimmung des Gesellschaftsrechts begründen kann (sog. Schutznormtheorie; BGE 141 III 112 E. 5.2.3.; BGE 132 III 564 E. 3.2.3.; BGE 131 III 306 E. 3.1.2. ; BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 17; KUKO OR-AMSTUTZ/GOHARI, Art. 754 N 23 ff.; CLAUDIA SUTER, Der Schaden bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, S. 75 f. und S. 87 f.).

3.2.4.2. Würdigung

Zunächst ist festzuhalten, dass bei der Prüfung der Aktivlegitimation im Folgenden auf die von der Klägerin behaupteten Sachverhaltsausführungen abgestellt wird. Entsprechend ist vorerst von dem von ihr behaupteten Schaden auszugehen und zu klären, ob dieser im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als mittelbar oder unmittelbar zu qualifizieren ist und ob die Klägerin durch die behauptete Pflichtverletzung ausschliesslich geschädigt wurde. Auf die Höhe des Schadens bzw. die Schadenssubstantiierung und Schadensbemessung wird als explizite Anspruchsvoraussetzung der Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit erst zu einem späteren Zeitpunkt eingegangen (nachfolgend Ziff. II. 5.).

Auf Empfehlung der F'._____ investierte die I'._____ USD 25 Mio. in den C'._____. Mit Überweisung des Geldes auf das Konto der Klägerin wurde sie deren Gläubigerin (vorne Ziff. II. 3.2.1.). Gemäss dem von der Klägerin behaupteten Sachverhalt führten die in der Folge durch die D'._____ bzw. den Beklagten getätigten Transaktionen zu einer Schmälerung ihres Vermögens und damit zu einer Verminderung ihrer Aktiven, was grundsätzlich einen Schaden im Sinne der Differenztheorie darstellen kann. Die fraglichen Transaktionen wirkten sich damit – unabhängig von einem allfälligen Schaden der Gesellschaft – direkt auf das Vermögen der Klägerin aus, womit ihr behaupteter Schaden als *unmittelbarer* Schaden zu qualifizieren ist.

Strittig ist, ob nebst der Klägerin auch die Gesellschaft (D'._____) geschädigt wurde. Eine Gesellschaft kann nur unmittelbar geschädigt sein (FORSTMOSER, a.a.O., Rz. 187). Eine unmittelbare Schädigung der Gesellschaft liegt vor, wenn sich eine Handlung negativ auf das Eigenkapital derselben auswirkt (BAUM/VON DER CRONE, Durchsetzungsordnung für Verantwortlichkeitsansprüche im Konkurs, SZW 2/2016, S. 236).

Generell birgt jedes gläubigerschädigende Organverhalten eine latente Gefahr der Belangung der Gesellschaft mittels Schadenersatzklage. Würde aufgrund dieser latenten Gefahr nebst der unmittelbaren Gläubigerschädigung *stets* eine unmittelbare Schädigung der Gesellschaft bejaht, so wäre bei Vorliegen einer vertraglichen Beziehung eine unmittelbare und ausschliessliche Schädigung eines

Gläubigers (gemäss der dargelegten Konstellation 1) gar nicht mehr möglich. Denn der Gesellschaft entstünde aus dem direkten Gläubigerschaden ebenfalls einen Schaden, da sie aufgrund der Haftung für ihre Organe (Art. 722 OR, Art. 55 ZGB) dafür aufkommen müsste (JENNY, Abwehrmöglichkeiten von Verwaltungsratsmitgliedern in Verantwortlichkeitsprozessen, Zürich/St. Gallen 2012, S. 31). In diesem Zusammenhang ist auf ein Urteil des Bundesgerichts vom 12. Januar 2015 hinzuweisen, worin dieses erwog, dass durch das pflichtwidrige Verhalten der Verwaltungsräte (Nichtbezahlung der Versicherungsprämien [insbesondere Krankentaggeldversicherung] trotz entsprechendem Abzug vom Lohn des Arbeitnehmers, weshalb die Versicherungsgesellschaft die Entrichtung der Krankentaggelder verweigerte) nicht nur der Gläubiger (Arbeitnehmer), sondern auch die Gesellschaft einen unmittelbaren Schaden erleide, indem sich ihre Passiven um eine Schadenersatzpflicht gegenüber dem Arbeitnehmer (Gläubiger) erhöht hätten (damnum emergens in Form einer Vermehrung der Passiven; BGE 141 III 112 E. 5.3.2.). Im Unterschied zu den Paradebeispielen zur Konstellation 1 gründet das vorgeworfene pflichtwidrige Organverhalten im zitierten Entscheid nicht nur auf einer Verletzung von aktienrechtlichen Organpflichten, sondern – wie in casu – zugleich auch auf einer Vertragsverletzung, welche die Gefahr der Belangung mittels vertraglicher Schadenersatzklage mit sich bringt. Währenddem der Arbeitnehmer im genannten Entscheid vorgängig zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage gegen die Verwaltungsräte eine Schadenersatzklage gegen die Gesellschaft erfolgreich erhoben hatte (infolge Konkurs der Gesellschaft und mangels genügendem Liquidationsvermögen jedoch lediglich einen kleinen Teil der zugesprochenen Summe erhalten hatte), besteht vorliegend für die D'._____ lediglich die *Gefahr* einer solchen Belangung. Konkret steht die tatsächliche Schädigung der Gesellschaft (D'._____) quasi unter der Bedingung einer Klageerhebung mit erfolgreichem Ausgang, was auf den ersten Blick gegen eine *unmittelbare* Schädigung derselben spricht. Für eine unmittelbare Schädigung spricht jedoch der Umstand, dass ein solcher Schadenersatzanspruch (unabhängig von dessen Durchsetzung) grundsätzlich mit der Entstehung des Schadens (vorliegend mit der Vornahme der angeblich pflichtwidrigen Transaktionen) begründet und fällig wird (BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 52). Die Frage, ob die D'._____ ebenfalls un-

mittelbar geschädigt wurde, kann vorliegend offen gelassen werden, weil es sich bei ihr unbestrittenermassen nicht um eine konkursite Gesellschaft handelt (act. 73 Rz. 87) und die Klägerin damit ihren unmittelbaren Schaden so oder anders direkt gegenüber den verantwortlichen Organen geltend machen kann.

4. Passivlegitimation

4.1. **Parteivorbringen**

Die *Klägerin* führt aus, dass der Beklagte im Zeitraum seiner Verfehlungen von 2011 bis 2015 in der Funktion als Verwaltungsratspräsident der D'._____ geamtet habe. Der Beklagte sei somit im relevanten Zeitraum formelles Organ der D'._____ gewesen und damit zweifelsohne passivlegitimiert (act. 1 Rz. 37 f. und act. 47 Rz. 181 ff.).

Der *Beklagte* hält dem entgegen, im Asset Purchase Agreement sei vereinbart worden, dass die Klägerin sich für sämtliche (allfälligen) Ansprüche in diesem Zusammenhang ausschliesslich an die N._____ wenden werde. Entsprechend sei es zu einem Parteiwechsel bzw. einer Schuldübernahme durch die N._____ bezüglich der Ansprüche im Zusammenhang mit den Verlusten aus dem C'._____ gekommen, weshalb der Beklagte von jeder (allfälligen) Haftung befreit sei. Er sei damit nicht (mehr) passivlegitimiert (act. 21 Rz. 20 und act. 73 Rz. 103 f. und Rz. 153).

4.2. **Würdigung**

In einem externen Schuldübernahmevertrag verpflichtet sich der Dritte gegenüber dem Gläubiger, eine Forderung gegenüber dem alten Schuldner zu übernehmen. Dadurch wird er als neuer Schuldner verpflichtet und der alte Schuldner wird befreit (Art. 176 ff. OR). Der Beklagte sieht die behauptete Schuldübernahme in der Vereinbarung, wonach sich die Klägerin für sämtliche (allfälligen) Ansprüche ausschliesslich an die N._____ wenden werde. Nebst dem, dass eine solche Vereinbarung im Asset Purchase Agreement keine Stütze findet, fehlte es selbst bei Vorliegen einer solchen an der notwendigen expliziten Verpflichtung durch die N._____ zur Schuldübernahme (und insbesondere zur Über-

nahme von Schuldverpflichtungen ausservertraglicher Natur). Zudem argumentiert der Beklagte widersprüchlich, indem er einerseits hinsichtlich der Aktivlegitimation der Klägerin vorbringt, dieselbe habe im Asset Purchase Agreement sämtliche (allfälligen) Ansprüche an die N._____ abgetreten, sich aber andererseits bezüglich der Passivlegitimation auf den Standpunkt stellt, es sei im Asset Purchase Agreement ausserdem vereinbart worden, dass sich die Klägerin für sämtliche Ansprüche an die N._____ wenden werde. Wenn die Klägerin tatsächlich alle Ansprüche an die N._____ abgetreten hätte, erübrigte sich die Vereinbarung, wonach sich die Klägerin bezüglich ihrer Ansprüche an die N._____ wenden müsse, da ihr keine solchen mehr zustünden. Nach dem Gesagten ist eine Schuldübernahme zu verneinen. Die Einwendungen des Beklagten gegen seine Passivlegitimation sind demzufolge unbeachtlich.

Dass der Beklagte im relevanten Zeitraum zwischen 2011 und 2015 als Verwaltungsratspräsident und damit als formelles Organ der D'._____ fungierte, ist unbestritten und ergibt sich auch aus den Akten (vgl. act. 3/3), weshalb er ohne Weiteres passivlegitimiert ist.

5. Schaden

5.1. **Parteivorbringen**

Die *Klägerin* führt zunächst in erklärender Weise aus, dass der C'._____ lediglich über ein auf sie lautendes Konto verfüge. Dieses sei ursprünglich bei der S._____ SA geführt worden, alsdann per 9. August 2013 geschlossen und bei der K._____ Bank AG weitergeführt worden, welche im Jahre 2015 mit der J._____ Bank AG fusioniert habe und seither entsprechend unter deren Name firmiere (act. 47 Rz. 42). Die Unterlagen, so insbesondere diejenigen hinsichtlich der Berechnungen des NAV, aber auch die Kontoauszüge im Zeitraum zwischen 2011 und 2015, welche sie habe herunterladen können und die der Beklagte Herrn T._____ (Director Operations and Investment Controlling der F'._____) für den Zeitraum von Januar 2015 bis Oktober 2015 auf dessen Aufforderung hin am 16. Oktober 2015 per E-Mail zugestellt habe, hätten auf den ersten Blick keine Unregelmässigkeiten aufgewiesen. Erst als die F'._____ im Oktober 2015 die

Rückzahlung des zuletzt in diesen Dokumenten ausgewiesenen Guthabens in Höhe von USD 26'727'154.58 (USD 26'524'130.00 als netto zu überweisender Betrag) gefordert habe und in der Folge vom Beklagten vertröstet worden sei, sei aufgefliegen, dass der Beklagte die ihnen zugestellten Kontoauszüge gefälscht habe. Sie mache vorliegend eine Schädigung ihres Vermögens geltend, die sie durch das pflichtwidrige und gar strafbare Verhalten des Beklagten in seiner Funktion als Organ der D'._____ erlitten habe. Ihr Schaden würde dabei den vom Beklagten während dem Zeitraum von 2011 bis 2015 rechtswidrig zu ihren Lasten getätigten Vermögensdispositionen ohne Gegenleistung entsprechen. Der zur Berechnung des Schadens notwendige hypothetische Vermögensstand ergebe sich aus den gefälschten Kontoauszügen des Beklagten, die das Guthaben nennen würden, über welches sie bei pflichtgemäsem Erfüllen der beklagten Pflichten verfügen würde. Der tatsächliche Vermögensstand könne den Bankunterlagen der J._____ Bank AG entnommen werden, in welche die F'._____ im Rahmen des Rückführungsprozesses unter Vollmacht der Klägerin Einsicht erhalten habe (act. 1 Rz. 40 f. und act. 47 Rz. 45 ff. und Rz. 61). Die Klägerin stellt in der Folge die Beträge der angeblich gefälschten Kontoauszüge des Beklagten denjenigen der angeblich echten Kontoauszüge der Bank im Zeitraum von 2011 bis 2015 gegenüber (act. 1 Rz. 41 ff. und act. 47 Rz. 52 ff.).

Unter Hinweis auf Art. 42 Abs. 2 OR führt sie weiter aus, dass der Beklagte gestützt auf den gefälschten Kontoauszug per 15. Oktober 2015 einen netto auszubehaltenden Betrag von USD 26'524'130.00 nenne, auf welchen sie hinsichtlich ihres hypothetischen Vermögensstands konkret abstütze (act. 47 Rz. 62). Ihr tatsächlicher Vermögensstand gemäss echtem Kontoauszug betrage jedoch per 21. Oktober 2015 USD 835'228.72 (act. 47 Rz. 63). Die Differenz zwischen hypothetischem und tatsächlichem Vermögensstand im Betrag von USD 25'688'901.30 (= USD 26'524'130.00 ./. USD 835'228.72) ergebe folglich ihren erlittenen Schaden. Dies bestätige denn auch der U._____ -Bericht, in welchem festgehalten werde, dass der C'._____ im Umfang von rund USD 26. Mio. entreichert worden sei (act. 47 Rz. 64 f.). Dasselbe ergebe sich ferner bei Betrachtung des Totals der substantiell pflichtwidrigen Zahlungen, die zusammengefasst wie folgt aussehen würden (act. 47 Rz. 192):

Datum	Betrag (in USD)	Empfänger
29.09.2011	3'000'000.00	V. _____ Holdings SP
18.10.2011	1'000'000.00	V. _____ Holdings SP
08.11.2011	10'000'000.00	V. _____ Holdings SP
25.04.2012	2'500'000.00	V. _____ Holdings SP
29.10.2012	3'000'000.00	V. _____ Holdings SP
07.11.2012	300'000.00	W. _____ AG
21.10.2015	6'000'000.00	BA. _____
Total	25'800'000.00	

Schliesslich macht sie einen Schadenszins von 5 % seit 1. Januar 2013 geltend. Die schädigende Handlung habe sich mit jeder unzulässigen Überweisung für die Klägerin finanziell negativ ausgewirkt. Der 1. Januar 2013 liege kurz nach dem tatsächlichen mittleren Verfalltag, womit sich als mittleres Fälligkeitsdatum der 1. Januar 2013 ergebe (act. 1 Rz. 44 f. und act. 47 Rz. 193).

Der *Beklagte* hält dem zunächst entgegen, die Klägerin sei ihrer Pflicht zur rechtsgenügenden Substantiierung eines angeblichen Schadens nicht einmal ansatzweise nachgekommen (act. 21 Rz. 66 und act. 73 Rz. 5 , Rz. 33 und Rz. 47). Hierzu hätte sie darlegen müssen, was genau die Aufgaben- und Kompetenzbereiche der vorliegend mit der Vermögensverwaltung beauftragten Personen (d.h. des Investment Managers, des Investment Advisors und der D'. _____ als Investment Administrator) gewesen sein sollen, d.h. welcher Beteiligte welches Pflichtenheft und welche Befugnis im Rahmen der Verwaltung des Fondsvermögens gehabt haben und was das Risikoprofil des Kunden und die verfolgte Anlagestrategie gewesen sein sollen. Dies habe die Klägerin jedoch gänzlich unterlassen und ihm lediglich pauschal ein strafbares Verhalten, kriminelle Energie und die Fälschung von offensichtlich nötigen (Zweit-)Unterschriften und von Kontoauszügen unterstellt. Wer welche Transaktionen bewilligt und unterzeichnet habe, was deren Hintergrund gewesen sei und inwiefern diese rechtswidrig gewesen sein sollten, habe die Klägerin indes nicht konkret dargetan. Auch habe sie es unterlassen, sämtliche (Zahlungs-)Aufträge der fraglichen Transaktionen einzureichen (act. 73 Rz. 34 ff.).

Weiter habe die Klägerin auch nicht ausgeführt, weshalb ihr eine rechtsgenügende Darlegung des hypothetischen Vermögensstands nicht möglich gewesen sein

und Art. 42 Abs. 2 OR zur Anwendung gelangen solle. Es sei ihr ohne Weiteres zumutbar gewesen, ein konkretes pflichtgemässes Verhalten und konkrete, sich aus einem solchen Verhalten ergebende hypothetische Vermögensstände rechtsgenügend substantiiert zu behaupten. Die (vermeintlich) gefälschten Bankkontoauszüge würden zum Schadensnachweis weder eine zuverlässige noch eine ausreichende Grundlage bilden. Es sei völlig unklar, wie die dort angegebenen Kontostände berechnet worden seien, und es werde bestritten, dass diese Kontostände dem angeblichen hypothetischen Vermögensstand bei pflichtgemäßem Verhalten entsprochen hätten (act. 73 Rz. 46 ff.). Auch sei der geltend gemachte Verzugszins nicht ausgewiesen. Die Zinspflicht entfalle mangels Schadenersatzanspruchs aber ohnehin (act. 21 Rz. 68 und act. 73 Rz. 155).

Ein Schaden im Sinne der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit müsste selbst bei ausreichender Substantiierung weiter auch deshalb verneint werden, weil die D'._____ die sich im C'._____ befindlichen Gelder verwaltet habe und damit auch Investitionen habe tätigen dürfen. Eine diesbezügliche (allfällige) Pflichtwidrigkeit vermöge nicht per se eine aktienrechtliche Verantwortlichkeit zu begründen, sondern wäre mittels Schadenersatzklage aufgrund Verletzung vertraglicher Pflichten gegen die D'._____ geltend zu machen gewesen. Hierfür zuständig wären jedoch die Gerichte der Cayman Islands (act. 21 Rz. 65).

Schliesslich fehle es auch deshalb an einem Schaden, weil der Klägerin infolge Unterzeichnung des Asset Purchase Agreement gegenüber der N._____ eine vertraglich vereinbarte Forderung von USD 26'627'130.00 zustünde, welche ihre allfälligen Haftungsansprüche ersetze, zumal sie jederzeit geltend gemacht werden könne (Vorteilsanrechnung). Das Absehen von der Durchsetzung dieser Forderung vermöge keinen Schaden zu begründen; vielmehr verletze die Klägerin durch die Nichtbeanspruchung zudem ihre Schadensminderungspflicht (act. 21 Rz. 53 und Rz. 64 und act. 73 Rz. 6).

5.2. Rechtliches

5.2.1. Schadensbegriff

Der Schaden besteht in einer Vermögenseinbusse des Geschädigten im Sinne der sog. Differenztheorie. Danach entspricht der Schaden der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte, und kann in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder im entgangenen Gewinn bestehen (BGer 4A.462/2009 vom 16. März 2010 E. 2.1.; BGE 132 III 564 E. 6.2.; BGE 132 III 321 E. 2.2.1.; BGE 132 III 186 E. 8.1.; BGE 129 III 331 E. 2.1.; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, N 2848). Der Schaden ist eng mit der Pflichtverletzung (als Voraussetzung für die Auslösung des Verantwortlichkeitsanspruchs) verknüpft. Nur soweit überhaupt eine Pflichtverletzung besteht und auch nur soweit dadurch ein Schaden verursacht wurde, kann ein Verantwortlichkeitsanspruch entstehen. Deshalb beschränkt sich die Ersatzpflicht auf den widerrechtlich verursachten Teil eines Schadens, auch wenn eine unfreiwillig eingetretene Vermögensverminderung subjektiv als Schaden empfunden wird. Der ersatzpflichtige Schaden besteht mit anderen Worten bloss in jenem Teil der Vermögensverminderung, der bei einer pflichtgemässen Geschäftsführung seitens des Gesellschaftsorgans vermieden worden wäre. So reicht es beispielsweise nicht, festzustellen, dass Management Entschädigungen zu hoch ausgefallen sind, sondern es muss zudem genau bestimmt werden, welche Entschädigung noch pflichtgemäss gewesen wäre. Der Schaden erweist sich insofern sowohl in seiner Existenz als auch in seinem Umfang als von der Pflichtverletzung abhängig (SUTER, a.a.O., S. 86).

Zum Schaden gehört nach konstanter Rechtsprechung auch der Zins vom Zeitpunkt an, in dem das schädigende Ereignis sich finanziell ausgewirkt hat. Er läuft bis zum Tag der Zahlung des Schadenersatzes. Dabei gilt der Grundsatz, dass Zinsen linear auf dem Kapital bis zur Bezahlung anwachsen (BGE 131 III 12 E. 9.1.). Der Zinssatz beträgt in Analogie zu Art. 73 OR 5 % (BGE 122 III 53 E. 4b).

5.2.2. Widerrechtlichkeit

Die Widerrechtlichkeit einer unmittelbaren Schädigung besteht in der Verletzung einer aktienrechtlichen Bestimmung, die zum Zweck des Gläubiger- oder

Aktionärsschutzes aufgestellt wurde. Falls die verletzte Norm sowohl die Gesellschaft als auch die Gläubiger schützt, ist die Aktivlegitimation des unmittelbar geschädigten Gläubigers nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung eingeschränkt, wenn die konkursite Gesellschaft gleichzeitig ebenfalls einen Schaden erlitten hat. Entsprechendes gilt für die unmittelbar geschädigten Aktionäre. Nebst Ansprüchen, die sich auf Art. 41 OR oder die Figur der *clupa in contrahendo* stützen, können die betroffenen Gläubiger oder Aktionäre ihren unmittelbaren Schaden in der genannten Konstellation nur geltend machen, wenn eine aktienrechtliche Schutznorm verletzt wurde, die ausschliesslich ihre Interessen schützt. Welche Normen den Gläubiger oder Aktionär alleine schützen, muss von Fall zu Fall abgeklärt werden, doch bestehen nicht mehr viele Regeln, die einzig dem Gläubiger- oder Aktionärsschutz dienen (BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 23 f.). Die Frage der Pflichtverletzung richtet sich nach den Verhältnissen im Zeitpunkt der fraglichen Handlung oder Unterlassung, d.h. es hat eine *ex ante* Betrachtung stattzufinden (BGer 4A_375/2012 vom 20. November 2012 E. 3.2.).

Wie bereits unter Erwägung Ziff. II. 2. erwähnt, bildet die Widerrechtlichkeit grundsätzlich eine eigene Anspruchsvoraussetzung der Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit. Im Rahmen der Schadensprüfung ist jedoch bereits zu klären, welches pflichtwidrige Verhalten dem Organ konkret vorgeworfen wird, damit der dadurch verursachte (behauptete) Schaden überhaupt nachvollzogen werden kann.

5.2.3. Behauptungs- und Substantiierungslast

Der im vorliegenden Fall geltende Verhandlungsgrundsatz besagt, dass der Rechtssuchende die Tatsachen zu behaupten und zu beweisen hat, aus denen er seinen Anspruch herleitet (BGer 4A_169/2011 vom 19. Juli 2011 E. 5.5.). Das Gericht darf das Urteil nur auf die von den Parteien behaupteten Tatsachen abstützen. Somit obliegt den Parteien die Behauptungslast. Es handelt sich dabei nicht um eine Rechtspflicht, sondern um eine prozessuale Obliegenheit, deren Unterlassung zu einem prozessualen Nachteil führt, indem die betreffende Tatsache im Prozess unberücksichtigt bleibt. Pauschale Behauptungen genügen nicht (BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 221 N 27; ZK ZPO-LEUENBERGER, Art. 221 N 43).

Die Tatsachen müssen in der Rechtsschrift selbst dargelegt bzw. behauptet werden (Art. 221 Abs. 1 lit. d ZPO). Tatsachen, die sich lediglich aus einer Beilage zu einer Rechtsschrift ergeben, sind vom Gericht nicht zu beachten (BGer 4A.169/2011 vom 19. Juli 2011 E. 6.3.; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 221 N 31; KUKO ZPO-NAEGELI/RICHERS, Art. 221 N 27).

Die Substantiierungslast verlangt, dass die beweisbelastete Partei die erforderlichen Tatsachenbehauptungen korrekt und bestimmt vorbringt. Die jeweiligen Anforderungen ergeben sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei. Bestreitet der Prozessgegner das an sich schlüssige undifferenzierte Vorbringen der behauptungsbelasteten Partei seinerseits schlüssig und widerspruchsfrei, kann diese gezwungen sein, die rechtserheblichen Tatsachen nicht nur in den Grundzügen, sondern umfassend, d.h. detailliert und in Einzeltatsachen gegliedert, darzulegen. Tatsachenbehauptungen sind dabei immer so konkret zu formulieren, dass sie einerseits ohne Weiteres als Beweissatz formuliert und in eine allfällige Beweisverfügung aufgenommen werden können, und andererseits substantiiertes Bestreiten möglich ist bzw. der Gegenbeweis angetreten werden kann. Wird dem Gebot der Substantiierung ungenügend nachgelebt, ergeht ein Sachentscheid ohne Beweisabnahme, weil die behauptete Tatsache von Anfang an so behandelt wird, wie wenn sie beweislos wäre. Das Gericht kann einen Sachverhalt nur erfragen, wenn dieser zumindest andeutungsweise behauptet worden ist. Zudem entfällt die richterliche Fragepflicht zum Vornherein, wenn die Gegenpartei auf eine ungenügende Substantiierung hinweist (BGer 4A_169/2011 vom 19. Juli 2011 E. 6.2.; BGE 127 III 365 E. 2b f.; BGE 108 II 337 E. 3.; BSK ZGB I- LARDELLI, Art. 8 N 33 ff.; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 221 N 29 f.).

Zusammengefasst ist es damit Sache der Klägerin, den tatsächlich eingetretenen sowie den betragsmässig für die Schadenersatzklage relevanten, das heisst den bei Pflichterfüllung des entsprechenden Organs vermeidbaren Schaden, geltend zu machen und nachzuweisen. Sie hat den Schaden demgemäss ziffernmässig im Einzelnen zu substantiieren und zu beweisen (Art. 8 ZGB; BGer 4A_462/2009

vom 16. März 2010 E. 2.; BÖCKLI, a.a.O., § 18 Rz. 136, Rz. 366 und Rz. 371; SUTER, a.a.O., S. 127).

Ist der strikte Nachweis des Schadens ausgeschlossen oder unzumutbar, so hat das Gericht den Schaden gemäss Art. 42 Abs. 2 OR nach seinem Ermessen abzuschätzen. Da die Schadenbestimmung nach richterlichem Ermessen die Ausnahme gegenüber einer genauen Schadensberechnung sein soll, ist sie nur zulässig, sofern eine zahlenmässig, auf reale Daten gestützte Berechnung für den Geschädigten nicht möglich oder unzumutbar ist, was der Kläger glaubhaft zu machen hat (BSK OR I-KESSLER, Art. 42 N 10 f.). Art. 42 Abs. 2 OR zielt lediglich auf eine Beweiserleichterung ab und darf im Ergebnis nicht zu einer Umkehr oder gar Aufhebung der Beweislast führen. Die Herabsetzung des Beweismasses befreit die Klägerin nicht von der Darlegungslast und der Obliegenheit, die im Rahmen des Zumutbaren relevanten Behauptungen vorzubringen und Beweisanträge zu stellen. Dabei muss die Klägerin alles Zumutbare tun, um die Schätzung zu erleichtern bzw. rational nachvollziehbar zu machen. Vor allem hat sie alle Umstände, die für den Eintritt des Schadens sprechen und dessen Abschätzung erlauben oder erleichtern, zu behaupten und zu beweisen (BGer 4C.55/2006 vom 12. Mai 2006 E. 2.3.; BGE 128 III 271 E. 2b; BGE 122 III 219 E. 3a). Nimmt die Klägerin keine Schadensberechnung vor und benennt auch keine genügenden Anhaltspunkte, die eine solche zumindest erlauben, trifft das Gericht keine Schadensschätzungspflicht (BGE 128 III 271 E. 2b/aa; CHRISTOPHE ROSAT, Der Anlagenschaden, Schadensberechnung beim Vermögensverwaltungsvertrag, S. 70).

5.2.4. Beweislast und Beweisführung

Um zum Beweis zugelassen zu werden, hat die Klägerin die genannten von ihr zu beweisenden Tatsachen zunächst rechtsgenügend zu behaupten, wobei die Anforderungen daran – wie dargelegt – insbesondere vom Verhalten des Beklagten (Bestreitungen) abhängen.

Nach Art. 150 Abs. 1 ZPO ist der Beweis über rechtserhebliche, streitige Tatsachen zu führen. Rechtserheblich sind dabei Tatsachen, deren Vorliegen oder Fehlen den Ausgang des konkreten Verfahrens beeinflussen können (BK

ZPO II-BRÖNNIMANN, Art. 152 N 27; BSK ZPO-GUYAN, Art. 150 N 3). Das Recht, Beweis zu führen (Art. 152 Abs. 1 ZPO), befreit die Parteien nicht davon, ihre Sachdarstellungen substantiiert vorzubringen. Das Beweisverfahren dient nicht dazu, ungenügende Parteivorbringen zu vervollständigen. Die rechtserheblichen Tatsachen sind umfassend und klar darzulegen, sodass darüber Beweis abgenommen werden kann (DOLGE, Anforderungen an die Substantiierung, in: DOLGE [HRSG.], Substantiieren und Beweisen, Praktische Probleme, S. 17 ff.). Über einen nicht substantiiert behaupteten Sachverhalt ist kein Beweis abzunehmen. Insbesondere sind vage, generelle und pauschale Behauptungen, die auf einen Ausforschungsbeweis abzielen, nicht beachtlich (BK ZPO II-BRÖNNIMANN, Art. 152 N 33 f.).

In der Regel sind die einzelnen Beweisofferten unmittelbar im Anschluss an die Tatsachenbehauptungen, die damit bewiesen werden sollen, aufzuführen (BGer 4A_56/2013 vom 4. Juni 2013 E. 4.4.). Insbesondere ist zu bezeichnen, welche Behauptung mit welchem Beweismittel bewiesen werden soll (BK ZPO II-BRÖNNIMANN, Art. 152 N 22 ff.).

5.3. Würdigung

5.3.1. Substantiierung

Die Klägerin führt aus, dass der vorliegend geltend gemachte Schaden den vom Beklagten während dem Zeitraum von 2011 bis 2015 rechtswidrig zu ihren Lasten getätigten *Vermögensdispositionen* entspreche. In diesem Zusammenhang nennt sie sieben substantielle Transaktionen (vorne Ziff. II. 5.1.). Hinsichtlich der Höhe des Schadens erklärt sie, dass die auf den gefälschten Kontoauszügen genannten Kontostände dem Vermögen entsprechen würden, über welches sie bei pflichtgemäsem Erfüllen der beklagischen Pflichten verfügen würde (hypothetischer Vermögensstand; act. 47 Rz. 51 und Rz. 61). Der tatsächliche Vermögensstand ergebe sich hingegen aus den echten Bankunterlagen der J. _____ Bank AG (act. 47 Rz. 51 und Rz. 63). Der Schaden bestehe damit in der Differenz zwischen dem vom Beklagten genannten netto auszubezahlenden Betrag von USD 26'524'130.00, der sich ausgehend vom Guthaben des gefälschten Konto-

auszugs per 14. Oktober 2015 von USD 26'727'154.58 abzüglich einer Administrationsgebühr (USD 103'134.77) sowie abzüglich geschätzter Liquidationskosten (USD 90'000.00) errechne, und dem Guthaben gemäss echtem Kontoauszug per 21. Oktober 2015 von USD 835'228.72. Konkret betrage er **USD 25'688'901.30** (= USD 26'524'130.00 ./. USD 835'228.72) (act. 47 Rz. 26 und Rz. 63 f.). Auf diesem Betrag sei sodann Zins zu 5 % seit 1. Januar 2013 geschuldet – ein Datum, das ausgehend von den jeweiligen pflichtwidrigen Transaktionen kurz nach dem mittleren Verfalltag liege (act. 1 Rz. 44 f. und 47 Rz. 193).

Da der Beklagte den Bestand des klägerischen Schadens sowie dessen Bemessung in mehrfacher Hinsicht bestreitet, trifft die Klägerin eine Behauptungs- und Substantiierungslast, aufgrund derer sie die einzelnen Grundlagen ihres Schadens sowie dessen Höhe detailliert darzutun hat. Dieser Behauptungs- und Substantiierungslast kommt die Klägerin aus mehreren Gründen nicht nach:

Wie bereits dargelegt, entspricht der Schaden der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis (vorliegend: ohne das vorgeworfene pflichtwidrige Verhalten des Beklagten) hätte, wobei hinsichtlich des hypothetischen Vermögensstands die vorgeworfene Pflichtverletzung eine entscheidende Rolle spielt. Diesbezüglich führt die Klägerin im Wesentlichen aus, dass die D'._____ mangels rechtlicher Grundlagen und gemäss den im Offering Memorandum festgelegten Anlagerestriktionen zu den Investitionen nicht befugt gewesen sei (act. 47 Rz. 97). Die besagten Zahlungen seien gestützt auf systemgenerierte Zahlungsaufträge (mit vorgedruckten Doppelunterschriften darauf) in unzulässiger Weise (unautorisiert, d.h. ohne Wissen von BB._____, dass seine elektronischen Signatur verwendet werde) ausgelöst worden. Dadurch habe der Beklagte die Gelder zweckentfremdet, obwohl er als Verwaltungsratspräsident der D'._____ verpflichtet gewesen wäre, dafür zu sorgen, dass die Pflichten der D'._____ unter dem Administrative Agreement vertrags- und gesetzeskonform erfüllt würden. Dies schliesse Zahlungen an den Beklagten selber oder an Dritte aus, für die es keine Rechtsgrundlage gebe. Durch das Tätigen von Zahlungen ohne Gegenleistungen (Zweckentfremdung, da weder im Interesse der Klägerin noch im Interesse der

D'._____) unter Ausschaltung der internen Kontrollmechanismen (insbesondere des mit der Kollektivunterschrift geltenden 4-Augenprinzips) und die anschließende Fälschung von Kontoauszügen habe sich der Beklagte einerseits einer ungetreuen Geschäftsbesorgung sowie einer Veruntreuung schuldig gemacht und andererseits seine Sorgfalts- und Treuepflicht i.S.v. Art. 717 OR in grober Weise verletzt (act. 1 Rz. 51 und Rz. 53 und act. 47 Rz. 105, Rz. 122 und Rz. 223).

Zur Begründung der Widerrechtlichkeit hätte die Klägerin in ihrer Rechtschrift anhand der einzelnen Transaktionen spezifizieren müssen, wer diese jeweils angeordnet und vorgenommen hat (zwar hat sie die Zahlungsaufträge vom 29. September 2011, vom 18. Oktober 2011, vom 8. November 2011, vom 25. April 2012, vom 7. November 2012 und vom 21. Oktober 2015 eingereicht, doch fehlt jener vom 29. November 2012, derjenige vom 7. November 2012 ist gar nicht signiert und auf jenem vom 21. Oktober 2012 fehlt die Unterschrift von BB._____; vgl. act. 3/19). Sodann hätte sie konkret ausführen müssen, was deren jeweiliger Hintergrund war und mit welchen konkreten Verhaltensweisen hinsichtlich jeder einzelnen Transaktion der Beklagte seine hier interessierenden Pflichten als Verwaltungsrat der Gesellschaft (und nicht seine auftragsrechtlichen Sorgfaltspflichten aus Vertrag) konkret verletzt hat. Zwar nennt die Klägerin, wie bereits erwähnt, sieben substantielle, angeblich pflichtwidrige Transaktionen, doch sind ihre nachfolgenden Ausführungen zur Zweckentfremdung, zur Umgehung des internen Kontrollmechanismus und zur Fälschung der Bankdokumente lediglich genereller Natur, nehmen sie doch keinen Bezug auf die einzelnen Transaktionen, womit entsprechend unklar ist, bei welcher Transaktion dem Beklagten als Verwaltungsrat der D'._____) welche konkrete Pflichtverletzung vorgeworfen wird und wie diese bewiesen werden soll.

Hinsichtlich des Schadens hätte die Klägerin aber – ausgehend von der vorgeworfenen Widerrechtlichkeit – immerhin dartun müssen, wie sich die behaupteten pflichtwidrigen Handlungen konkret auf ihren gegenwärtigen Vermögensstand ausgewirkt haben und wie sich ihr Vermögen bei pflichtgemäßem Verhalten des Beklagten (das heisst ohne Ausschaltung des internen Kontrollmechanismus, ohne Fälschung von Bankdokumenten und bei Investitionen unter Einhaltung der

Organpflichten) entwickelt hätte. Dies unterlässt sie jedoch gänzlich und behauptet lediglich pauschal, dass ihr hypothetischer Vermögensstand den Guthaben in den vermeintlich gefälschten Bankdokumenten und ihr tatsächlicher Vermögensstand denjenigen in den echten Bankdokumenten entspreche. Konsequenterweise müsste sie zur Berechnung ihres Schadens nach der Differenztheorie somit auf die in den Bankdokumenten aufgeführten Guthaben abstellen. Dies tut sie aber nicht. Vielmehr beruft sie sich auf den vom Beklagten genannten netto auszahlenden Betrag von USD 26'524'130.00 (als hypothetischen Vermögensstand), welcher sich aus dem Guthaben gemäss dem angeblich gefälschten Kontoauszug per 14. Oktober 2015 (USD 26'727'154.58) abzüglich einer Administrationsgebühr (USD 103'134.77) sowie abzüglich geschätzter Liquidationskosten (USD 90'000.00) ergebe (act. 1 Rz. 13 und act. 47. Rz. 26). Weshalb sie sich nun auf diesen netto an die F'._____ auszuzahlenden Betrag anstatt auf das Guthaben im angeblich gefälschten Kontoauszug (*ihrer* Kontos) stützt, welches gemäss ihren eigenen Ausführungen ihren hypothetischen Vermögensstand wiedergeben würde, ist nicht nachvollziehbar und führt die Klägerin nicht aus. Hinzu kommt, dass die von ihr angestellte Berechnung zum NAV nicht korrekt ist, resultiert bei dieser doch ein Differenzbetrag von USD 9'889.81, der offenbar ebenfalls in Abzug gebracht wurde (vgl. auch act. 47/28). Hinsichtlich des gegenwärtigen Vermögensstands stützt sich die Klägerin in ihrer Replik auf das Guthaben im echten Kontoauszug per 21. Oktober 2015 im Betrag von USD 835'228.72 (act. 47 Rz. 63). Weshalb sie sich auf den Kontostand per diesem Stichdatum stützt, begründet sie nicht näher. Dies, obwohl der Saldo neun Tage früher, d.h. am 12. Oktober 2015, noch USD 6'835'249.66 betrug (vgl. act. 48/41) und sie sich in ihrer ersten Klageschrift noch auf den Kontosaldo per 17. Februar 2016 ("Tag, an dem der Schwindel aufflog", vgl. act. 1 Rz. 41) berief. Weiter legt die Klägerin auch in keiner Weise dar, wie sich die in den angeblich gefälschten sowie echten Bankdokumenten ausgewiesenen Kontostände errechnen, wie sämtliche der angeblich pflichtwidrigen Transaktionen (inkl. der damit einhergehenden Gebühren und Kosten) in den jeweils gefälschten und echten Bankdokumenten konkret berücksichtigt wurden, inwiefern die Investitionen im heutigen Zeitpunkt uneinbringlich sind, ob eine allfällige Vermögensverminderung auch bei einer pflichtgemäs-

sen Geschäftsführung des Beklagten eingetreten wäre (oder allenfalls in welchem Teilumfang) und generell wie sich ihr Vermögen in diesem Fall konkret entwickelt hätte (insbesondere unter Berücksichtigung der zulässigen Transaktionen, d.h. zumindest jener Zahlungen, die auf vertraglicher Vereinbarung beruhen oder mit dem Investment Manager abgesprochen wurden).

Gemäss den angeblich gefälschten Bankdokumenten wurden nebst den behaupteten pflichtwidrigen Transaktionen weitere Zahlungen ausgeführt, so beispielsweise ein Fiduciary Term Deposit von USD 19.8 Mio. am 14. November 2013, ein Fiduciary Call Placement von USD 19.76 Mio. am 1. April 2014, ein Investment von USD 18 Mio. an Euroclear am 5. Juni 2015 sowie ein solches von USD 18 Mio. an Clearstream am 4. August 2015 (act. 48/39 und act. 48/42). Die Klägerin äussert sich lediglich zur ersten Transaktion (Fiduciary Term Deposit über USD 19.8 Mio.), indem sie erklärt, dass per 14. Februar 2014 scheinbar eine Rückzahlung dieser Treuhandanlage im Betrag von USD 19'817'325.00 erfolgt sei (act. 47 Rz. 55). Zu den weiteren Transaktionen äussert sie sich nicht. So verliert sie insbesondere kein Wort darüber, ob diese Investments überhaupt getätigt wurden oder hätten getätigt werden sollen und falls ja, ob ein Gewinn oder Verlust resultierte bzw. hätte resultieren sollen. Dies wäre jedoch für das Verständnis der hypothetischen Vermögensentwicklung unerlässlich gewesen. Dasselbe gilt hinsichtlich der angefallenen Gebühren und Kosten sowie der Wechselkurse, welche die Kontostände selbstredend ebenfalls beeinflussen. Nach dem Gesagten hat die Klägerin somit ihren Schaden nicht wie vorausgesetzt in Einzeltatsachen gegliedert und begründet, sondern mittels pauschaler Behauptung auf die Guthaben in den Kontoauszügen bzw. auf den vom Beklagten genannten an die F'._____ netto auszahlenden Betrag abgestellt, ohne dessen Zusammensetzung auch nur annähernd zu erläutern. Dies wäre jedoch notwendig gewesen, ansonsten die Höhe ihres behaupteten hypothetischen und tatsächlichen Vermögensstands, deren Differenz der ersatzpflichtige Schaden ergibt, vom Beklagten weder substantiiert bestritten noch vom Gericht überprüft werden kann. An diesem Umstand vermag auch der pauschale Hinweis darauf, dass die substantiellen Zahlungen total USD 25'800'000.00 betragen würden und auch im U._____ -Bericht festgehalten werde, dass der C'._____ im Umfang von rund USD 26 Mio. entreichert worden

sei, nichts zu ändern, zumal die Klägerin weder darlegt, weshalb das Total der substantiellen Zahlungen dem Schaden entsprechen soll, noch aus dem U. _____ - Bericht hervorgeht, dass die genannte Entreicherung auf das angeblich pflichtwidrige Verhalten des Beklagten als Verwaltungsrat der D'. _____ zurückzuführen ist.

Dass das Abstellen auf die Guthaben in den scheinbar gefälschten und echten Bankdokumenten (als hypothetischer und tatsächlicher Vermögensstand) zur Errechnung des ersatzpflichtigen *Schadens der angeblich pflichtwidrigen Transaktionen* nicht richtig sein kann, illustriert was folgt: Würde auf die pauschal behaupteten klägerischen Berechnungsmodalitäten abgestellt, hätte der Schaden der Klägerin gemäss Differenztheorie am 31. Dezember 2012 *USD 19'859'819.00* (= USD 19'874'687.45 ./. USD 14'868.45) betragen und hätte sich alsdann per 1. Januar 2014 in nicht nachvollziehbarer Weise auf USD 27.00 (= USD 20'480.35 ./. USD 20'453.35) verringert. Per 30. September 2014 wäre er wieder auf *USD 19'774'667.53* (= USD 19'788'204.40 ./. USD 13'536.87) angewachsen, ohne dass in der Zwischenzeit eine der angeblich pflichtwidrigen Transaktionen erfolgt wäre. Dass sich der *ersatzpflichtige* Schaden der Klägerin trotz pflichtgemäsem Verhalten des Beklagten in diesem Zeitraum um *USD 19'774'640.53* erhöht haben soll, leuchtet nicht ein. Eine unfreiwillig eingetretene Vermögenseinbusse kann zwar subjektiv als Schaden empfunden werden, doch löst ein pflichtgemässes Verhalten keine Ersatzpflicht aus.

Ob die genannten Guthaben in den Bankkontoauszügen allenfalls als Basis für die Schadensberechnung herangezogen werden könnten, liesse sich nur beurteilen, wenn die Vermögensentwicklung bzw. die Zusammensetzung der Kontostände genau bekannt wäre. Selbst wenn sich deren Berechnung aus den diversen eingereichten Kontoauszügen irgendwie herleiten liesse, wäre die Klägerin nicht davon entbunden, diese in ihren Rechtsschriften Schritt für Schritt darzulegen. Mit blossem Verweis auf sämtliche (gefälschten und echten) Bankdokumente ohne nähere und vor allem schlüssige Begründung kommt die Klägerin ihrer Substantiierungslast nicht rechtsgenügend nach. Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, die Grundlagen des Anspruchs aus den Beilagen zusammenzusuchen (BGer 4A_264/2014 vom 17. August 2015 E. 4.2.).

Auch der Hinweis auf Art. 42 Abs. 2 OR ist vorliegend nicht zielführend. Die Klägerin unterlässt es bereits glaubhaft zu machen, weshalb ihr eine Berechnung ihres hypothetischen Vermögensstands nicht möglich oder nicht zumutbar sein soll, was jedoch Grundvoraussetzung für die Anwendbarkeit von Art. 42 Abs. 2 OR darstellte. Hinzu kommt, dass die Klägerin weiter auch nicht sämtliche zumutbaren Behauptungen vorgebracht hat, um die Abschätzung des hypothetischen Vermögensstands und mithin des Schadens zu erleichtern. Wie bereits dargelegt, behauptet sie vielmehr lediglich pauschal, dass die Guthaben in den scheinbar gefälschten Kontoauszügen des Beklagten ihren hypothetischen und diejenigen in den echten Kontoauszügen der Bank ihren tatsächlichen Vermögensstand wiedergeben würden, ohne die Zusammensetzung dieser Kontostände in irgendeiner Weise zu erläutern und diese dadurch rational nachvollziehbar zu machen. Art. 42 Abs. 2 OR bezweckt nicht die Umverteilung oder Umgehung der Beweislast. Dass der Klägerin zumindest grundlegende Ausführungen zur Vermögensentwicklung bei pflichtgemäsem und pflichtwidrigem Verhalten des Beklagten (gestützt auf die echten und angeblich gefälschten Kontoauszüge) möglich und zumutbar gewesen wären, ist offensichtlich (so beispielsweise zu angefallenen Gebühren und Kosten, zu den in den Kontoauszügen weiter ersichtlichen Transaktionen sowie Spezifikation der Auswirkungen jeder einzelnen pflichtwidrigen Transaktion auf die hypothetische und tatsächliche Vermögensentwicklung). Da – wie bereits dargelegt – völlig unklar ist, wie die angegebenen Kontosaldis (insbesondere diejenigen der angeblich gefälschten Kontoauszüge) errechnet wurden und es – wie ebenfalls bereits erläutert – auch nicht Aufgabe des Gerichts ist, deren Zusammensetzung anhand der Kontoveränderungen zu analysieren, fehlt es an genügenden Anhaltspunkten für eine Schadensberechnung, weshalb das Gericht keine Schadensschätzungspflicht trifft.

5.3.2. Beweismittel

Zum Beweis der Schadensforderung offeriert die Klägerin nebst den jeweiligen Kontoauszügen, die wie zuvor dargelegt nichts zur Substantiierung beitragen können, zunächst ein Gutachten a) über die tatsächliche Entwicklung des Vermögens des C'._____ auf der Basis der echten Kontoauszüge der S._____

und K._____/J.____ Bank; und b) über die hypothetische Entwicklung des Vermögens des C'.____ in der Annahme, dass mit Ausnahme des Darlehens über USD 5 Mio. und den vom Beklagten in den gefälschten Bankauszügen ausgewiesenen Festgeldern keine Anlagen erfolgten (Gutachten 1) sowie ein weiteres Gutachten darüber, dass die Kontoauszüge gemäss den Replikbeilagen 35, 37, 39 und 42 gefälscht worden seien (Gutachten 2). Des Weiteren fordert sie die Edition von allen Bankunterlagen (Kontoauszügen) bei der S.____ SA und der J.____ Bank AG bzw. vormals K.____ Bank AG bezüglich der Konti der Klägerin betreffend den C'.____ (act. 47 Rz. 60 und Rz. 62).

Die klägerische Behauptung, wonach ihr hypothetisches Vermögen den Guthaben in den angeblich gefälschten Kontoauszügen und ihr gegenwärtiges Vermögen denjenigen in den echten Bankdokumenten entspreche (ohne jegliche Erläuterung der Zusammensetzung der Guthaben) und die Differenz derselben den ersatzpflichtigen Schaden ergebe, ist zu pauschal und genügt vor dem Hintergrund der beklagischen Bestreitungen den Anforderungen an die Substantiierung nicht (vorne Ziff. II. 5.3.1.). Ein Beweis ist aber nur abzunehmen, wenn substantiierte Behauptungen vorliegen, welche nachzuweisen sind. Die Beweisabnahme ist nicht dazu da, solche zu ersetzen. Bereits aus diesem Grund kann die Abnahme der offerierten Beweismittel zur Frage des Schadens unterbleiben.

Hinsichtlich des offerierten Gutachtens 2 ist der Vollständigkeit halber festzuhalten, dass die Tatsache, ob die Kontoauszüge gemäss den Replikbeilagen 35, 37, 39 und 42 gefälscht worden sind, im Zusammenhang mit der vorliegenden Schadenssubstantiierung, konkret zur Ermittlung des hypothetischen und gegenwärtigen Vermögensstands, nicht rechtserheblich ist, womit sie nicht Gegenstand des diesbezüglichen Beweises bilden kann (Art. 150 Abs. 1 ZPO).

Bezüglich des Editionsbegehrens ist schliesslich anzumerken, dass eine Mitwirkungspflicht bei der Abklärung des Sachverhalts namentlich nur dann besteht, wenn die beweisbelastete Partei wegen Beweisschwierigkeiten nicht selber den Beweis führen kann (BSK ZPO-SCHMID, Art. 160 N 11). Dass die Klägerin die Unterlagen ihrer eigenen Konti nicht selbst anfordern und beim Gericht einreichen

könnte, legt sie nicht dar und ist auch nicht ersichtlich, womit eine gerichtlich angeordnete Edition ausser Betracht fällt.

5.4. Zwischenfazit

Zusammengefasst ist es der Klägerin nicht gelungen, ihre Forderung in genügender Weise zu substantiieren, zumal die Behauptung, dass die Guthaben in den vermeintlich gefälschten Kontoauszügen ihrem hypothetischen Vermögensstand und diejenigen in den echten Kontoauszügen ihrem tatsächlichen Vermögensstand entsprechen würden, sowie der Verweis auf die entsprechenden Kontoauszüge zu pauschal und allgemein ist und damit den Anforderungen an die Substantiierung nicht genügt. Auf diesen Mangel hat der Beklagte die Klägerin bereits in seiner Klageantwort explizit hingewiesen (act. 21 Rz. 66). Trotzdem hat es die Klägerin unterlassen, sich in ihrer zweiten Rechtsschrift eingehend mit der Kritik des Beklagten und der Zusammensetzung der Guthaben aus den Kontoauszügen bzw. der Vermögensentwicklung bei pflichtgemäsem und pflichtwidrigem Verhalten des Beklagten im Einzelnen auseinanderzusetzen. Entsprechend ist die behauptete Tatsache so zu behandeln, wie wenn sie beweislos wäre, und auch die richterliche Fragepflicht entfällt aufgrund des Hinweises der Gegenpartei auf eine ungenügende Substantiierung.

Insgesamt vermag die Klägerin den von ihr geltend gemachten Schaden nicht zu substantiieren und entsprechend auch nicht nachzuweisen, weshalb die Klage abzuweisen ist. Offen gelassen werden kann folglich, ob der Schaden – wenn er denn substantiiert und nachgewiesen worden wäre – durch die allfällige Forderung der Klägerin gegenüber der N._____ aus dem Asset Purchase Agreement im Betrag von USD 26'627'130.00 (teilweise) gedeckt würde.

6. Weitere Voraussetzungen der Verantwortlichkeitshaftung

Da die Klage bereits mangels Schadenssubstantiierung und Schadensnachweis abzuweisen ist, erübrigen sich weitere Ausführungen zu den verbleibenden Voraussetzungen der Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit.

7. Fazit

Die vorliegende Klage ist abzuweisen.

III. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Gerichtskosten

Die Höhe der Gerichtskosten bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG; Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG ZH). Sie richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG), welcher die Basis zur Berechnung der Grundgebühr bildet (§ 4 Abs. 1 GebV OG). Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 ZPO) und beläuft sich vorliegend auf USD 25'800'000.00, entsprechend CHF 25'779'000.– per Klageeinleitung. Bei diesem Streitwert beträgt die Grundgebühr rund CHF 200'000.–. Der Aufwand für die Bearbeitung und die Schwierigkeit des vorliegenden Falles bewegen sich im üblichen Rahmen. Die Gerichtsgebühr ist folglich auf CHF 200'000.– festzusetzen. Aufgrund ihres vollumfänglichen Unterliegens zufolge teilweise Klagerückzugs und im Übrigen Klagebaweisung sind die Gerichtskosten der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu decken.

2. Parteientschädigung

Vorliegend hat der Beklagte eine Parteientschädigung beantragt, welche ihm aufgrund seines vollumfänglichen Obsiegens zuzusprechen ist (Art. 105 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 1 ZPO; ZK ZPO-JENNY, Art. 105 N 6). Bei berufsmässig vertretenen Parteien richtet sich die Höhe der Parteientschädigung nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV; Art. 95 Abs. 3 lit. b und Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003). Grundlage für die Festsetzung der Höhe der Parteientschädigung bildet in erster Linie der Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV), aufgrund dessen die Grundgebühr berechnet wird (§ 4 Abs. 1 AnwGebV). Die gestützt auf den vorliegenden Streitwert von CHF 25'779'000.– ermittelte Grundgebühr von

rund CHF 185'000.– deckt den Aufwand für die Erarbeitung einer Rechtsschrift und die Teilnahme an der Hauptverhandlung ab (§ 11 Abs. 1 AnwGebV). Für die Vergleichsverhandlung und die zweite Rechtsschrift ist gestützt auf § 11 Abs. 2 AnwGebV ein Zuschlag von insgesamt rund 40% der Grundgebühr zu berechnen. Folglich ist die Klägerin zu verpflichten, dem Beklagten eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 260'000.– zuzüglich 7,7% MwSt. zu bezahlen. Die Parteientschädigung ist dem Beklagten von der Obergerichtskasse aus der von der Klägerin dafür geleisteten Sicherheit auszubezahlen.

Das Handelsgericht beschliesst:

1. Die Klage wird im Umfang von USD 111'098.70 nebst Zins zu 5 % seit 1. Januar 2013 als durch Rückzug erledigt abgeschrieben.
2. Kosten- und Entschädigungsfolgen und schriftliche Mitteilung gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

und erkennt sodann:

1. Die Klage wird im übrigen Umfang von USD 25'668'901.30 nebst Zins zu 5 % seit 1. Januar 2013 abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgelegt auf CHF 200'000.–.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss gedeckt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet dem Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 260'000.– zzgl. 7.7% MwSt. zu bezahlen. Die Parteientschädigung wird dem Beklagten – nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist – direkt von der Obergerichtskasse aus der von der Klägerin dafür geleisteten Sicherheit ausbezahlt.
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 25'779'000.–.

Zürich, 1. Dezember 2020

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vizepräsidentin:

Gerichtsschreiberin:

Dr. Claudia Bühler

Nadja Kiener