



Mitwirkend: die Oberrichterinnen Dr. Claudia Bühler, Vizepräsidentin, und Flurina Schorta, die Handelsrichter Roger Neining, Samuel Kistler und Alexander Pfeifer sowie die Gerichtsschreiberin Claudia Lunco-Feier

Urteil vom 13. September 2022

in Sachen

A. _____ S.A.,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

1. B. _____ Holding AG,
2. C. _____,
3. D. _____ AG,

Beklagte

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1. _____

3 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y2. _____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

"Es seien die Beklagten 1-3 unter solidarischer Haftbarkeit gemeinsam zu verpflichten, der Klägerin einen Betrag von CHF 3'148'237.35 zzgl. Zins zu 5% seit 6. März 2017 und einen Betrag von CHF 551'341.20 zzgl. Zins zu 5% seit 29. Mai 2017 zu bezahlen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten 1-3."

Rechtsbegehren gemäss Replik:

(act. 44 S. 2)

"Es seien die Beklagten 1-3 im Sinne einer Teilklage und unter dem Vorbehalt der Nachklage unter solidarischer Haftbarkeit gemeinsam zu verpflichten, der Klägerin einen Betrag von CHF 3'148'237.35 zzgl. Zins zu 5% seit 6. März 2017 im Zusammenhang mit der Dividendenausschüttung von E._____ AG in Liquidation für das Geschäftsjahr 2015 und einen Betrag von CHF 551'341.20 zzgl. Zins zu 5% seit 29. Mai 2017 im Zusammenhang mit der Dividendenausschüttung von E._____ AG in Liquidation für das Geschäftsjahr 2016 zu bezahlen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten 1-3."

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist eine Gesellschaft nach polnischem Recht mit Sitz in F._____, Polen. Sie bezweckt die Herstellung und den Vertrieb von Kabeln und Leitungen in Mittel- und Osteuropa. Die Klägerin klagt als Abtretungsgläubigerin im Konkurs der E._____ AG (in Liquidation).

Die E._____ AG (nachfolgend "E._____") war eine Gesellschaft mit Sitz in G._____, die nach ihrem Eintrag im Handelsregister den "Betrieb eines Flugunternehmens insbesondere Durchführung von Geschäftsflügen, Erbringung von Beratungs- und Unterstützungsleistungen in allen Bereichen der Fliegerei und vorwiegend der Geschäftsfliegerei sowie Planung, Organisation und Durchfüh-

zung von Reisen aller Art" bezweckte. Am tt.mm.2018 wurde über die E._____ der Konkurs eröffnet (act. 3/2).

Die Beklagte 1, eine Beteiligungsgesellschaft mit Sitz in G._____, die bis tt.mm.2016 als E._____ Holding AG firmierte (act. 3/7), war ab 19. September 2016 Alleinaktionärin der E._____ (act. 3/10). Der Beklagte 2 war seit der Gründung der E._____ Verwaltungsratspräsident resp. einziger Verwaltungsrat und Geschäftsführer der E._____; gleichzeitig war er seit 2007 einziger Verwaltungsrat und Geschäftsführer der Beklagten 1 (act. 3/2; 3/7). Bei der Beklagten 3 handelt es sich um eine Aktiengesellschaft mit Sitz in H._____/ZH, die die Ausübung sämtlicher Treuhandfunktionen, insbesondere die Übernahme von Revisionsmandaten, bezweckt (act. 3/8). Sie war ab 23. August 2010 Revisionsstelle der E._____ (act. 3/2).

b. Prozessgegenstand

Mit der Klage wird im Wesentlichen geltend gemacht, dass die Organe der E._____, namentlich die Beklagten 2 und 3, in den Geschäftsjahren 2015 und 2016 unberechtigterweise die Ausschüttung von Dividenden resp. von zu hohen Dividenden veranlasst und zugelassen haben. Den dadurch entstandenen Schaden resp. Mittelabfluss will die Klägerin im Betrag von CHF 3'699'578.55 mit der vorliegenden Verantwortlichkeits- und Rückerstattungsklage von den Beklagten 1-3 erhältlich machen.

B. Prozessverlauf

a. Klageeinleitung

Die Klägerin machte die Klage über das eingangs wiedergegebene Rechtsbegehren mit Einreichung der Klageschrift am 30. September 2020 beim Handelsgericht des Kantons Zürich rechtshängig (act. 1). Aufforderungsgemäss (vgl. act. 4) reichte die Klägerin mit Eingabe vom 26. Oktober 2020 Unterlagen zu ihrer Zeichnungsberechtigung und zu den Personalien des Beklagten 2 sowie neue Vollmachten ein (act. 6-8) und leistete einen Kostenvorschuss von CHF 57'800.-. In-nerst angesetzter Nachfrist (act. 10, 14, 19) erstatteten die Beklagten 1-3 ihre Kla-

geantwortet und stellten gleichzeitig ein Gesuch um Sistierung des Verfahrens (act. 21, 24). Nach Einholung einer Stellungnahme der Klägerin (act. 28) wurden die prozessualen Anträge der Beklagten mit Verfügung vom 25. März 2021 abgewiesen (act. 30).

b. Wesentliche Verfahrensschritte

Die Parteien wurden hernach auf den 1. Juni 2021 zur Vergleichsverhandlung vorgeladen (act. 34), die auf Gesuch der Beklagten 1 und 2 (act. 38) auf den 31. August 2021 verschoben werden musste und zu welcher der Klägerin das persönliche Erscheinen erlassen wurde (act. 36). Die Verhandlung und auch anschließende aussergerichtliche Vergleichsgespräche führten zu keiner Einigung (Prot. S. 15 f.). Am 22. September 2021 wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet (act. 42). Die Replik, mit welcher die Klägerin das Rechtsbegehren wie oben aufgeführt änderte, datiert vom 25. November 2021 (act. 44), die Dupliken wurden am 16. resp. 18. Februar 2022 eingereicht (act. 48 resp. 50). Mit Zustellung der zweiten Rechtsschriften an die Klägerin trat der Aktenschluss ein (act. 52). Weitere Eingaben erfolgten nicht.

Mit Verfügung vom 11. August 2022 wurde den Parteien Frist angesetzt zur Erklärung, ob sie auf die Durchführung der mündlichen Hauptverhandlung – unter Vorbehalt der Durchführung eines Beweisverfahrens – verzichteten (act. 55). Die Parteien erklärten innert Frist, auf die Durchführung einer Hauptverhandlung zu verzichten (act. 57, 58 und 59).

Der Prozess erweist sich als spruchreif (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

Erwägungen

1. Formelles

1.1. Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts ist unbestritten (act. 21 Rz. 34; act. 24 Rz. 4) und ergibt sich aus Art. 2 Ziff. 1 LugÜ, Art. 151 Abs. 1 IPRG, Art. 15 Abs. 1 ZPO sowie Art. 40 und Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO in Verbindung mit § 44 lit. b GOG.

1.2. Die Klägerin erhebt die vorliegende Klage als Abtretungsgläubigerin im Konkurs der E._____ AG (in Liquidation), nachdem ihr das Konkursamt Zug mit Verfügung vom 10. Februar 2020 Verantwortlichkeitsansprüche gegen die Organe der E._____ (act. 3/3) sowie mit Verfügung vom 22. Juni 2020 Rückforderungsansprüche gegen die Aktionäre der E._____ (act. 3/4) abgetreten und die Frist zur gerichtlichen Geltendmachung erstreckt hat (vgl. in act. 3/3). Unter Hinweis auf die Verfügung vom 25. März 2021 (act. 30) ist festzuhalten, dass der Umstand, dass die Klägerin mit ihrer Forderung im Konkurs der E._____ (weiterhin) nicht definitiv kolloziert ist, dem Eintreten auf die Klage nicht entgegensteht. Ebenfalls auf die Verfügung vom 25. März 2021 zu verweisen sind die Beklagten 1 und 2, soweit sie erneut die Sistierung des Verfahrens bis zur rechtskräftigen Kollokation der Klägerin verlangen (act. 50 S. 6); die betreffenden Erwägungen haben weiterhin Bestand.

Die Beklagten 1 und 2 wenden ein, weil die Eigenschaft der Klägerin als Konkurs- und Abtretungsgläubigerin weiterhin bestritten werde, sei auch deren Akteneinsichtsrecht nach Art. 8a SchKG und die Verwendung der dadurch erlangten Beweismittel bestritten; die Beweismittel seien formell rechtswidrig beschafft worden und dürften nicht berücksichtigt werden (act. 50 S. 7). Die Beklagten 1 und 2 beziehen sich auf act. 45/69, 45/72, 45/78, 45/82-120 und 45/122-150. Wie in der Verfügung vom 25. März 2021 festgehalten, kann bereits ein Gläubiger, dessen Forderung noch nicht definitiv zugelassen ist, oder selbst ein noch nicht definitiv abgewiesener Gläubiger eine (auflösend) bedingte Abtretung verlangen (act. 30 S. 3 mit Hinweisen). Gestützt darauf kann er gegen einen (behaupteten) Masseschuldner klagen und die mit seiner Stellung als Prozessstandschafter verbundenen Rechte wahrnehmen. Mit der Abtretung wird ihm im Übrigen nur das Recht eingeräumt, anstelle der Masse zu handeln (BGE 145 III 101 E. 4.1.1); die Akteneinsicht und die Verwendung entsprechender Erkenntnisse im Rahmen der Prozessführung erfolgt für die Masse, an die - im Falle einer nachträglichen definitiven Nichtkollokation - denn auch der allfällige Prozessgewinn vollständig abzuliefern wäre. Eine Unverwertbarkeit der genannten Beweismittel liegt damit nicht vor.

1.3. Die Beklagten sind einfache Streitgenossen. Sie können den Prozess unabhängig voneinander führen (Art. 71 Abs. 3 ZPO). Umgekehrt bedeutet dies, dass prozessuales Handeln grundsätzlich nur für den handelnden Streitgenossen wirkt. Jeder hat seinen Standpunkt individuell zu substantiieren. Immerhin wirken sich jedoch faktisch die Tatsachenbehauptungen eines Streitgenossen auch auf die Stellung der übrigen Streitgenossen aus (vgl. RUGGLE, in: Basler Kommentar, Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, Art. 71 N 33).

1.4. Mit der Replik passte die Klägerin ihr Rechtsbegehren im eingangs wiedergegebenen Umfang an. Betragsmässig ist das Rechtsbegehren unverändert; im Unterschied zur ursprünglichen Fassung enthält es neu die Formulierung "im Sinne einer Teilklage" und den Vorbehalt der Nachklage sowie die Präzisierung, dass die Forderungsbeträge einerseits "im Zusammenhang mit der Dividendenausschüttung von E. _____ AG in Liquidation für das Geschäftsjahr 2015" und andererseits "im Zusammenhang mit der Dividendenausschüttung von E. _____ AG in Liquidation für das Geschäftsjahr 2016" verlangt werden (act. 44 S. 2). Die Klägerin führte aus, aufgrund der spätestens im Geschäftsjahr 2015 eingeleiteten faktischen Liquidation von E. _____ seien die Ausschüttungen der gesamten Dividenden für das Geschäftsjahr 2015 und 2016 in der Höhe von zusammen CHF 4.8 Mio. unzulässig gewesen; sie behalte sich die Geltendmachung der restlichen Teilbeträge von CHF 851'762.65 und CHF 248'658.80 ausdrücklich vor (act. 44 S. 5).

Gemäss Art. 86 ZPO ist die Erhebung einer Teilklage zulässig, soweit ein Anspruch teilbar ist. Eines ausdrücklichen Vorbehalts im Rechtsbegehren bedarf es grundsätzlich nicht (DORSCHNER, in: Basler Kommentar, Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, Art. 86 N 12). Mit der Anpassung des Rechtsbegehrens verbindet die Klägerin jedoch eine Erweiterung ihres Klagefundaments, indem sie zusätzlich geltend macht, spätestens im Verlauf des Geschäftsjahrs 2015 sei die faktische Liquidation der E. _____ eingeleitet worden. Weder die Beklagten 1 und 2 noch die Beklagte 3 stellen das Vorgehen der Klägerin in prozessualer Hinsicht in Frage (act. 50 S. 4 f.; act. 48 S. 19), womit sie einer allfälligen Klageänderung im

Sinne von Art. 227 Abs. 1 lit. b ZPO zustimmen; es erübrigen sich weitere Ausführungen.

1.5. Die Parteien gehen übereinstimmend und zutreffend von der Anwendbarkeit schweizerischen Rechts aus (vgl. Art. 154 i.V.m. Art. 155 lit. g IPRG). Das Bundesgesetz vom 23. Dezember 2011 betreffend das Rechnungslegungsrecht (Art. 957 ff. OR) wurde auf den 1. Januar 2013 mit einer Übergangsfrist von zwei Jahren (Konzernrechnung drei Jahre) in Kraft gesetzt.

2. Sachverhalt, Parteistandpunkte

2.1. Unbestrittener Sachverhalt

Die Klägerin kaufte im Jahr 2009 ein Flugzeug I._____, das ab 28. November 2013 als "J._____" im schweizerischen Luftfahrzeugregister eingetragen war. Am 31. Mai 2012 schlossen die Klägerin und die E._____ ein Aircraft Management Agreement, mit welchem die E._____ von der Klägerin mit dem Betrieb von J._____ beauftragt wurde. Am 31. Oktober 2013 schlossen die Klägerin und die E._____ ein Aircraft Lease Agreement und ein Flight Service Agreement betreffend J._____. Ersteres erlaubte es der E._____, J._____ auch für andere Kunden zu nutzen. Am 17. Dezember 2013 schlossen die Klägerin und die E._____ schliesslich ein Aircraft Sale und Purchase Agreement (ASPA), mit welchem die Klägerin der E._____ das Flugzeug J._____ verkaufte (act. 3/14). Gleichzeitig wurde ein Flight Service Agreement (FSA) abgeschlossen (act. 3/15); die E._____ verpflichtete sich unter Ziff. 2.5 des FSA, der Klägerin in den nächsten 5 Jahren 1'000 Flugstunden zu einem reduzierten Tarif zu leisten.

Im August 2015 teilte die E._____ dem Bundesamt für Zivilluftfahrt mit, dass ihr per Ende Oktober 2015 kein Luftfahrzeug mehr zur Verfügung stehen werde (vgl. act. 3/27). Die Klägerin und die E._____ traten in Verhandlungen betreffend Auflösung des FSA. Am 31. August 2015 übte K._____ Limited eine Kaufoption für J._____ per 30. September 2015 aus. Die Klägerin versuchte erfolglos, die Übertragung des Flugzeugs zu verhindern.

Am 23. September 2015 leitete die Klägerin ein Request for Arbitration bei der International Chamber of Commerce (ICC) ein. Die E. _____ kündigte mit Schreiben vom 26. Oktober 2015 das FSA fristlos. Nach dem 31. Oktober 2015 besass die E. _____ keine Betriebsbewilligung mehr und führte keine Flüge unter dem FSA mehr aus.

Mit Entscheid vom 5. September 2017 hiess das ICC Schiedsgericht die Klage der Klägerin gegen die E. _____ teilweise gut und verurteilte die E. _____ zur Bezahlung eines Betrags von USD 4'756'629 zuzüglich Zins, Partei- und Gerichtskostenentschädigung an die Klägerin, während die Klägerin ihrerseits verpflichtet wurde, der E. _____ USD 192'812 zuzüglich Zins und Prozesskosten des Eilschiedsverfahrens zu bezahlen (act. 3/5). Nach Verrechnung der Forderungen bezifferte die Klägerin den ihr zustehenden Betrag umgerechnet auf CHF 5'034'078.30. Für diesen Betrag zuzüglich Zins erteilte die Einzelrichterin am Kantonsgericht des Kantons Zug der Klägerin mit Entscheid vom 12. Februar 2018 definitive Rechtsöffnung (act. 3/6). Am tt.mm.2018 wurde über die E. _____ der Konkurs eröffnet (act. 3/65). Die Klägerin meldete im Konkurs der E. _____ eine Forderung von CHF 5'883'942.33 im 3. Rang zur Kollokation an (vgl. act. 3/3).

2.2. Streitpunkte

2.2.1. Die Klägerin stellt sich in der Klage zusammengefasst auf den Standpunkt, die E. _____ habe bereits den Kauf des Flugzeugs J. _____ von der Klägerin in ihren Büchern nicht korrekt abgebildet, indem sie statt eines Kaufpreises von USD 42.1 Mio. lediglich USD 33.5 Mio. verbucht habe; richtigerweise hätte sie das Flugstundenguthaben der Klägerin im Wert von USD 8.6 Mio. im Kontokorrent 2050 Kunden ausweisen müssen (act. 1 S. 13 ff.). Im September 2015 habe das Flugstundenguthaben immer noch etwa 650 Stunden betragen, was die E. _____ mit einer Verbindlichkeit von rund USD 5 Mio. hätte ausweisen müssen (act. 1 S. 24; act. 44 S. 8 ff.). Im Zusammenhang mit der von der Klägerin eingereichten Schiedsklage bei der International Chamber of Commerce ICC habe die E. _____ per 31. Dezember 2015 zunächst eine Rückstellung von insgesamt CHF 3'048'257.50 vorgenommen, davon CHF 2'711'741.50 für die Schadenersatzforderung (act. 1 S. 26 f.). Letztere sei jedoch vom Beklagten 2 im Austausch

mit der Beklagten 3 nachträglich auf CHF 1'475'000 herabgesetzt worden (act. 1 S. 28 ff.). Dies habe zur Folge gehabt, dass die E. _____ einen Bilanzgewinn von CHF 4'363'715.75 ausgewiesen und gestützt darauf eine Dividende von CHF 4 Mio. ausgeschüttet habe, CHF 3'148'237.35 mehr als erlaubt (act. 1 S. 32 ff.).

Im Geschäftsjahr 2016 habe die E. _____ den Kostenvorschuss für das Schiedsverfahren an die International Chamber of Commerce ICC von USD 192'500 erfolgsneutral verbucht, obwohl nicht mit einer Rückerstattung des Vorschusses habe gerechnet werden können (act. 1 S. 39 ff.). Zudem habe sie eine Forderung gegen L. _____ Ltd., eine vermögenslose Zweckgesellschaft, von USD 1'845'980.64 aktiviert, die in keiner Weise erfolgsversprechend gewesen sei (act. 1 S. 42 ff.). Die E. _____ habe deswegen einen Bilanzgewinn von CHF 2'623'544.65 ausgewiesen und eine Dividende von CHF 800'000.– ausgeschüttet, CHF 551'341.20 mehr als zulässig (act. 1 S. 48 ff.).

In der Replik bringt die Klägerin sodann gestützt auf in der Zwischenzeit erhältlich gemachte E-Mail-Korrespondenz zusätzlich vor, dass spätestens im Jahr 2015 die faktische Liquidation der E. _____ eingeleitet worden sei (act. 44 S. 18 ff.).

2.2.2. Die Beklagten 1 und 2 stellen sich auf den Standpunkt, dass der Kaufpreis für das Flugzeug J. _____ mit USD 33.5 Mio. in den Büchern der E. _____ korrekt abgebildet worden sei. Die Bepreisung der Flugstunden unter dem FSA habe mit dem Kaufpreis nichts zu tun gehabt bzw. habe keine Kaufpreisannteilskomponente enthalten (act. 24 S. 7 ff.). Sie bestreiten, dass angesichts des zwischen der Klägerin und der E. _____ hängigen Schiedsverfahrens zu tiefe Rückstellungen vorgenommen worden seien (act. 24 S. 19 ff.); man habe sich auf eine fachliche Einschätzung der Prozesschancen und zusätzlich auf ein Flugstundenpreisgutachten stützen können. Entsprechend sei die Dividendenausschüttung für das Geschäftsjahr 2015 nicht unzulässig gewesen, zumal es gar nicht zu einem Mittelabfluss gekommen sei (act. 24 S. 23 f.). Auch hinsichtlich des Kostenvorschusses für das Schiedsverfahren habe man sich auf den Legal Letter stützen können (act. 24 S. 24). Die Forderung gegenüber L. _____ Ltd. habe sodann auch gegenüber der Eigentümerin des Flugzeuges M. _____ resp. deren Rechtsnachfolgerin N. _____

SA, Portugal, bestanden und sei werthaltig gewesen (act. 24 S. 24 ff.); das zeige sich auch darin, dass sich die Klägerin diese Schadenersatzforderung im Konkurs der E._____ ebenfalls habe abtreten lassen (act. 24 S. 29). Auch die Dividendenausschüttung des Jahres 2016 sei zulässig gewesen.

Die Geschäftstätigkeit der E._____ habe sich nicht in der Führung eines Flugbetriebs erschöpft. Die höchsten Gewinne habe die E._____ durch den Handel mit Luxusgütern (Flugzeuge, Yachten, Immobilien) und der Erbringung von flugtechnischen Trainings-, Service- und Consultingdienstleistungen erwirtschaftet. Diese Tätigkeiten seien auch im Jahr 2015 und danach fortgesetzt worden (act. 50 S. 5). Es sei keine faktische Liquidation der E._____ in die Wege geleitet worden (act. 50 S. 9 ff.).

2.2.3. Die Beklagte 3 weist darauf hin, dass für die Buchführung einer Gesellschaft der Verwaltungsrat zuständig sei. Die Revisionsstelle sei lediglich Kontrollorgan, wobei vorliegend eine eingeschränkte Revision erfolgt sei (act. 21 S. 9 ff.). Als Revisionsstelle sei die Beklagte 3 nicht in den Kaufprozess von J._____ involviert gewesen. Das FSA sei nicht geprüft worden, und aus dem ASPA habe sich nicht ergeben, dass mit dem FSA ein Restkaufpreis getilgt würde (act. 21 S. 14 ff.). Es seien sodann angemessene Rückstellungen gebildet worden, die sich auf eine externe juristische Beurteilung des Prozessrisikos gestützt hätten (act. 21 S. 21 ff.). Dies gelte auch für den Gerichtskostenvorschuss (act. 21 S. 27 f.). Aufgrund der der Beklagten 3 zur Verfügung stehenden Informationen, insbesondere der Prozesseinschätzung der Kanzlei O._____, habe kein Anlass bestanden, an der Aktivierung der Forderung gegen L._____ Ltd. zu zweifeln (act. 21 S. 29). Auch bei Uneinbringlichkeit dieses Guthabens sei im Übrigen die Ausrichtung der Dividende zulässig gewesen (act. 21 S. 30 f.).

Unabhängigkeitsvorschriften seien keine verletzt worden (act. 48 S. 9 ff.). Aus den von der Klägerin vorgelegten Dokumenten ergebe sich auch nicht, dass eine Liquidation der Gesellschaft beschlossen worden sei bzw. faktisch stattgefunden habe. Thema sei primär die Einstellung des Flugbetriebs bzw. das Grounding der Flotte gewesen, und es sei offenbar diskutiert worden, dass der Beklagte 2 mit seinem Rechtsanwalt eine allfällige Liquidation erörtern wollte (act. 48 S. 15 ff.).

Vielmehr habe man in der fraglichen Phase in den Statuten der Gesellschaft den Gesellschaftszweck erweitert. Entsprechend sei die Beklagte 3 vom Verwaltungsrat informiert worden. Die Klägerin stelle unbelegte Spekulationen an (act. 48 S. 18).

2.2.4. Auf diese und weitere Vorbringen der Parteien ist im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen einzugehen, soweit es für die Entscheidungsfindung erforderlich ist.

3. Rechtliches

3.1. Aktienrechtliche Verantwortlichkeit

Die Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen sind sowohl der Gesellschaft als den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen (Art. 754 Abs. 1 OR). Entsprechendes gilt gemäss Art. 755 Abs. 1 OR für die mit der Prüfung der Jahres- und Konzernrechnung, der Gründung, der Kapitalerhöhung oder Kapitalherabsetzung befassten Personen. Die Voraussetzungen einer Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit sind demnach das Vorliegen eines Schadens, einer Pflichtverletzung, des natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhangs zwischen Schaden und Pflichtverletzung sowie eines Verschuldens (BGE 132 III 342 E. 4.1, 4.2; BGer 4A_375/2012 vom 20. November 2012 E. 2.1; vgl. auch BGer 4A_271/2016 vom 16. Januar 2017). Die Behauptungs- und Beweislast liegt grundsätzlich bei der klagenden Partei.

3.2. Rückerstattung

Gemäss Art. 678 Abs. 1 OR sind Aktionäre und Mitglieder des Verwaltungsrates sowie diesen nahe stehende Personen, die ungerechtfertigt und in bösem Glauben Dividenden, Tantiemen, andere Gewinnanteile oder Bauzinsen bezogen ha-

ben, zur Rückerstattung verpflichtet. Der Anspruch steht der Gesellschaft und dem Aktionär zu; dieser klagt auf Leistung an die Gesellschaft (Abs. 3).

3.3. Verhältnis der Ansprüche

Gemäss BGE 140 III 533 E. 3 ist die Verantwortlichkeitsklage gegenüber der Rückerstattungsklage nicht subsidiär. Die Rückerstattungsklage gegen die Beklagte 1 beruht einerseits auf der Annahme, dass die E._____ im Geschäftsjahr 2015 fälschlicherweise einen Bilanzgewinn von CHF 4'363'715.75 und im Geschäftsjahr 2016 fälschlicherweise einen solchen von CHF 2'623'544.65 ausgewiesen und gestützt darauf zu hohe Dividenden ausgeschüttet habe. Andererseits wird geltend gemacht, die E._____ habe sich spätestens seit dem Geschäftsjahr 2015 in einer Liquidationsphase befunden, in welcher Substanzentnahmen generell unzulässig seien. Grundlage der Verantwortlichkeitsklage bildet die Behauptung, dass bereits im Rahmen der Erstellung und Revision der Jahresrechnungen bzw. -abschlüsse 2015 und 2016 Pflichtverletzungen begangen worden seien, welche so oder so erst die Gewinnausschüttungen erlaubten. Es rechtfertigt sich deshalb, zunächst die Voraussetzungen der Verantwortlichkeitsklage zu prüfen.

3.4. Aktiv-/Passivlegitimation

Die Klägerin erhebt die vorliegende Klage als Abtretungsgläubigerin im Konkurs der E._____ (vgl. oben Ziff. 1.2). In dieser Eigenschaft klagt sie aus dem Recht der Gläubiger Gesamtheit gemäss Art. 757 Abs. 2 OR (vgl. etwa GERICKE/WALLER, in: Basler Kommentar Obligationenrecht II, 5. Aufl. 2016, Art. 757 N 23, 35 mit Hinweisen). Die Beklagte 1 ist als Alleinaktionärin gegebenenfalls rückerstattungspflichtig gemäss Art. 678 OR. Der Beklagte 2 als Verwaltungsrat und die Beklagte 3 als Revisionsstelle unterliegen der Verantwortlichkeit nach Art. 754 resp. Art. 755 OR.

4. Verantwortlichkeit

4.1. Schaden

4.1.1. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts entspricht der Schaden im Recht über die Verantwortlichkeit der Gesellschaftsorgane, gleich wie im übrigen Haftpflichtrecht, der ungewollten Verminderung des Reinvermögens des Geschädigten, d.h. der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (BGE 142 III 23 E. 4.1). Abtretungsgläubiger machen im Verantwortlichkeitsprozess nicht ihre eigenen Ansprüche geltend, sondern diejenigen der Konkursmasse bzw. der Gläubigergesamtheit (GERICKE/WALLER, a.a.O., Art. 757 N 12 ff. und N 18 zu Art. 757). Es geht um die unfreiwillige Vermögenseinbusse, welche die konkursite Gesellschaft durch die pflichtwidrigen Handlungen ihrer Organe erlitten hat (BGE 132 III 342 E. 2.3.3).

4.1.2. Als Schaden behauptet die Klägerin den Betrag an Dividenden, der 2015 und 2016 ihrer Meinung nach zu Unrecht ausgeschüttet worden ist, wovon sie insgesamt CHF 3'699'578.55 (CHF 3'148'237.35 plus CHF 551'341.20) geltend macht. Die Dividenden seien der Beklagten 1 ausbezahlt worden, indem am 31. Dezember 2016 Kontokorrentforderungen der E. _____ gegenüber der Beklagten 1 in der Höhe von CHF 567'468.26 mit der Schuld auf Ausrichtung der Dividende verrechnet worden seien. Am 1. Januar 2017 seien weitere Kontokorrentforderungen von E. _____ gegenüber der Beklagten 1 in Höhe des restlichen Dividendenbetrags von CHF 3'432'531.74 verrechnet worden (act. 1 S. 39). Am 29. Mai 2017 seien schliesslich noch einmal Kontokorrentforderungen der E. _____ gegenüber der Beklagten 1 in Höhe von CHF 800'000.– mit der Schuld zur Ausrichtung der Dividende verrechnet worden (act. 1 S. 53). Die Beklagten bestreiten diese Vorgänge nicht, weisen jedoch darauf hin, dass es zufolge Verrechnung nicht zu einem die Liquiditätslage verschlechternden Mittelabfluss gekommen sei (act. 21 S. 27, 30 f.; act. 24 S. 23 f., 32).

4.1.3. Die Auszahlung der Dividenden der Jahre 2015 und 2016 durch Verrechnung mit Kontokorrentforderungen der E. _____ gegen die Beklagte 1 ist unbestritten und durch Auszüge aus dem Buchhaltungskonto "1155 E. _____ Holding AG CHF" der Jahre 2016 und 2017 belegt (act. 3/38; 3/39). Auch wenn mit der Verrechnung der Dividenden mit Forderungen der E. _____ kein Liquiditätsabfluss

stattfind, wurden die Aktiven der E. _____ im Umfang der Verrechnung vermindert. Sollte sich die Ausschüttung von Dividenden aufgrund von Pflichtverletzungen der Beklagten 2 und 3 als unzulässig erweisen, wäre demnach ein Schaden in entsprechender Höhe erstellt.

4.2. Pflichtverletzung

4.2.1. Zu den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrats gehört gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR die Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle sowie der Finanzplanung, sofern diese für die Führung der Gesellschaft notwendig ist; gemäss Ziff. 6 derselben Bestimmung obliegt ihm zudem die Erstellung des Geschäftsberichtes, der insbesondere die Jahresrechnung, bestehend aus Erfolgsrechnung, Bilanz und Anhang umfasst (vgl. Art. 958 Abs. 2 OR). Nach Art. 957 Abs. 1 Ziff. 2 OR muss jede Aktiengesellschaft eine kaufmännische Buchhaltung nach den Bestimmungen des Obligationenrechts führen. Die Buchhaltung bildet die Grundlage der Rechnungslegung (Art. 957a Abs. 1 OR). Die Verwaltungsratsmitglieder dürfen die Buchführungstätigkeit delegieren; die Endverantwortung verbleibt jedoch beim Verwaltungsrat.

Nach Art. 717 OR müssen die Mitglieder des Verwaltungsrates sowie Dritte, die mit der Geschäftsführung befasst sind, ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren. Gemäss der sogenannten "Business Judgment Rule" haben sich die Gerichte im Hinblick auf die Beurteilung von Verletzungen der Sorgfaltspflicht durch ein Organ gemäss Art. 717 Abs. 1 OR Zurückhaltung aufzuerlegen bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden, die in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidungsprozess zustande gekommen sind (BGE 139 III 24 E. 3.2 mit Hinweisen). Sind diese Voraussetzungen erfüllt, prüft das Gericht den Geschäftsentscheid in inhaltlicher Hinsicht lediglich darauf, ob er als vertretbar erscheint. Diese Regel

findet jedoch Anwendung nur auf eigentliche unternehmerische Entscheide; andere Aufgaben des Verwaltungsrats, namentlich Kontroll- und Organisationsaufgaben, sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts hingegen einer justizmässigen Nachkontrolle zugänglich (Urteil 4A_623/2018 vom 31. Juli 2019 E. 3.1 [nicht publiziert in BGE 145 III 351]). Bei der Überprüfung der Einhaltung von Rechnungslegungsvorschriften rechtfertigt sich entsprechend keine auf blosser Vertretbarkeit beschränkte Kognition.

4.2.2. Der Haftung nach Art. 755 OR unterliegen sämtliche gesetzlich vorgeschriebenen Tätigkeiten der Revisionsstelle, die sie in ihrer Organfunktion ausübt oder auszuüben hat. Dazu gehört in erster Linie die Prüfung der Jahresrechnung; Konkretisierungen ergeben sich dabei durch die detaillierten Anleitungen für die Durchführung der Prüfungsaufgaben, die in den massgeblichen Prüfungsstandards enthalten sind. Missachtet die Revisionsstelle solche Standards ohne guten Grund, kann dies eine Sorgfaltspflichtverletzung begründen (GERICKE/WALLER, a.a.O., Art. 755 N 12 mit Hinweisen).

Die eingeschränkte Revision richtet sich nach Art. 729a OR. Die Revisionsstelle hat zu prüfen, ob Sachverhalte vorliegen, aus denen zu schliessen ist, dass die Jahresrechnung nicht den gesetzlichen Vorschriften und den Statuten entspricht und dass der Antrag des Verwaltungsrats an die Generalversammlung über die Verwendung des Bilanzgewinnes nicht den gesetzlichen Vorschriften und den Statuten entspricht. Die Prüfung beschränkt sich auf Befragungen, analytische Prüfungshandlungen und angemessene Detailprüfungen. Letztere sind hinsichtlich wesentlicher Bilanzpositionen vorzunehmen oder bei Unsicherheiten, die sich aufgrund der Risikobeurteilung oder als Folge von Befragungen und Analysen ergeben können (PFIFFNER/WATTER, in: Basler Kommentar Obligationenrecht II, 5. Aufl. 2016, Art. 729a N 22).

Bei der Beurteilung der Frage, ob die Revisionsstelle ihren gesetzlichen Auftrag korrekt erfüllt hat, sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung alle Umstände zu berücksichtigen, von denen die Revisionsstelle aufgrund von Spezialaufgaben Kenntnis haben konnte (BGE 129 III 129 E. 7).

4.2.3. Die Klägerin wirft den Beklagten 2 und 3 zunächst Pflichtverletzungen im Geschäftsjahr 2013 bei der Verbuchung des Kaufpreises des Flugzeugs J. _____ gemäss ASPA sowie der Verpflichtung zur Leistung von 1'000 Flugstunden gemäss FSA vor; weiter beanstandet sie die Unterlassung der Korrektur dieser Buchungen in den Geschäftsjahren 2014 und 2015 sowie den Antrag auf Ausschüttung einer Dividende von CHF 4'000'000.–.

4.2.3.1. Die Ausführungen der Parteien beziehen sich in weiten Teilen auf die Frage, ob und inwiefern das gleichzeitig mit dem ASPA am 17. Dezember 2013 abgeschlossene FSA Teil des Kaufpreises bildete. Aus den Vertragsdokumenten selbst (act. 3/14 und 3/15) ergibt sich, dass es sich um zwei selbständige Verträge handelt, die auch hinsichtlich ihrer Rahmenbedingungen (z.B. anwendbares Recht, Schiedsklausel) unterschiedlich gestaltet sind und keinen Bezug aufeinander nehmen. Sie datieren jedoch vom selben Tag und sind von den gleichen Parteien abgeschlossen worden. Das ICC Schiedsgericht gelangte gestützt auf die Ausführungen beider Parteien zum Schluss, dass die beiden Verträge "commercially interlinked with each other" waren und die Verkaufstransaktion aus einem Cash-Kaufpreis von USD 33.5 Mio. und 1'000 Block Hours zu einem reduzierten Charterpreis bestand (act. 3/5 S. 47).

4.2.3.2. Für die Frage, ob für das Geschäftsjahr 2015 eine Dividendenausschüttung in der vorgenommenen Höhe zulässig war, braucht indessen – selbst unter Annahme einer wirtschaftlichen Verbindung der Verträge – nicht entschieden zu werden, ob und mit welchem Betrag genau ein Flugstundenguthaben der Klägerin gemäss FSA buchhalterisch abzubilden war. Unabhängig davon stellt sich nämlich die Frage, welche Rückstellungen zu bilden waren, nachdem die E. _____ das FSA mit Schreiben vom 26. Oktober 2015 fristlos gekündigt und das BAZL das Air Operator Certificate und die Betriebsbewilligung der E. _____ per 31. Oktober 2015 sistiert hatte (act. 3/27), und zudem am 2. Dezember 2015 das Flugzeug J. _____ gegen Verrechnung mit dem für den Kauf gewährten offenen Darlehen auf K. _____ Ltd. übertragen worden war (act. 3/29). Bereits am 15. September 2015 hatte die Klägerin ein dringliches ICC-Verfahren eingeleitet und am 23. September 2015 den ordentlichen Request of Arbitration anhängig gemacht (act. 3/5

S. 13 f.), also die Absicht der Durchsetzung ihrer Rechte aus dem FSA klar manifestiert.

4.2.3.3. Nach Art. 960e Abs. 2 OR müssen die voraussichtlich erforderlichen Rückstellungen zulasten der Erfolgsrechnung gebildet werden, wenn vergangene Ereignisse einen Mittelabfluss in künftigen Geschäftsjahren erwarten lassen. Rückstellungen werden unter dem Fremdkapital verbucht (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 2 lit. c OR) und können – wie Verbindlichkeiten – einen hälftigen Kapitalverlust oder die Überschuldung auslösen.

Das Bundesgericht hielt in einem Entscheid aus dem Jahr 2010 (zum damals geltenden Rechnungslegungsrecht) fest, Rückstellungen seien insbesondere zu bilden, um ungewisse Verpflichtungen und drohende Verluste aus schwebenden Geschäften zu decken. Wenn neben der Höhe auch das Entstehen der Verpflichtung ungewiss sei, so seien die Erfahrung des sorgsam Kaufmanns sowie das Vorsichtsprinzip massgebend. Eine Rückstellung in der Bilanz könne bereits bei einer Wahrscheinlichkeit von 50 % oder darunter angebracht sein. In einem solchen Fall könne die angemessene Lösung in der Rückstellung eines Teilbetrags des schlimmst möglichen Ausgangs bestehen (Urteil des Bundesgerichts 4A_277/2010 vom 2. September 2010 E. 2.1 mit Hinweisen).

Ein drohender oder laufender Prozess führt regelmässig zu Rückstellungen. Die Gesellschaft muss Mittel zurückstellen, wenn der Verwaltungsrat zur Einschätzung gelangt, dass die Gesellschaft vor Gericht zwar nicht sicher, aber möglicherweise unterliegt. Für die Schätzung von Bestand und Höhe der Forderung sowie der zu erwartenden Rechtskosten wird in der Regel ein Prozessanwalt beizuziehen sein. Wäre das Unterliegen sicher, müsste die Forderung als Verbindlichkeit verbucht werden. Massgebend ist die Wahrscheinlichkeit, mit welcher die Gesellschaft den angedrohten oder laufenden Prozess verliert (vgl. KÄLIN, Buchhalterische Beurteilung von Prozessrisiken aus Beklagtensicht, in: AJP 2017 S. 1044 f.).

Über die erforderliche Höhe ist sich die Lehre nicht ganz einig (vgl. dazu etwa BÖCKLI, OR-Rechnungslegung, 2. Aufl. 2019, S. 263 ff.). Zugrunde zu legen ist,

wo das Obligationenrecht anwendbar ist, jedenfalls nicht die Methode des IFRS (so das Bundesgericht in den Entscheiden 4A_277/2010 und 6B_778/2011). Stets zu beachten ist das Vorsichtsprinzip (Art. 958c Abs. 1 Ziff. 5 OR und 960 Abs. 2 OR). Vorherrschend ist die Meinung, dass bei einer Unterliegenswahrscheinlichkeit von über 50% die volle Summe, bei einer Wahrscheinlichkeit unter 50% eine anteilmässige Rückstellung zu buchen ist (vgl. KÄLIN, a.a.O., S. 1045 f.). Zudem sollten gegebenenfalls Eventualverbindlichkeiten dargestellt werden (im Anhang; Art. 959c Abs. 2 Ziff. 10 OR); solche sind jedoch nicht bilanzwirksam und stehen der Ausschüttung einer Dividende nicht entgegen.

4.2.3.4. Die Forderungen der Klägerin im ICC-Schiedsverfahren werden im "Final Award" wie folgt zusammengefasst (act. 3/5 S. 43; vgl. auch S. 35 f.):

Claimant's principal claims are (i) USD 6,192,000 plus interest – consisting of 645 Block Hours multiplied by USD 9,600; (ii) a claim for damages in the amount of UDS 600,000 for 250 Block Hours not performed on Aircraft J.____, and (iii) a claim for declaratory relief for compensation of future damage exceeding UDS 6,192,000 which is valued at USD 1 million.

Gegenstand des Verfahrens waren somit Forderungen in der Höhe von insgesamt USD 7'792'000. Unbestrittenermassen buchte die E.____ zunächst Rückstellungen von CHF 2'711'741.50 für die Forderung sowie Rückstellungen von CHF 64'666 und CHF 271'850 für Anwaltskosten (act. 1 S. 27; act. 21 S. 21 f.; act. 24 S. 20 f.; act. 3/32). Auf dieser Basis erstellte die Beklagte 3 einen ersten Revisionsbericht zur Jahresrechnung der E.____ (act. 3/33) und stellte diesen am 1. Juli 2016 dem Beklagten 2 zu (act. 3/34 S. 2). Die E.____ holte bei der Anwaltskanzlei P.____ LLP einen "Legal Letter" ein (act. 3/36; vorliegend nicht massgeblich sind die Einschätzungen derselben Kanzlei im Hinblick auf die Bilanz 2016, act. 3/58). In der "Einschätzung Rückstellungen Bilanz E.____ AG im Zusammenhang mit ICC-Schiedsverfahren ... - A.____ S.A. vs. E.____ AG" vom 19. Mai 2016 hielt Q.____, Partnerin, zum Anspruch auf Zahlung von USD 6'192'000 fest, sie schätze die Erfolgsaussichten der Klägerin, "mit dem Anspruch in voller Höhe zu obsiegen, als sehr gering". Die Chance, die Vertragsstrafen unter Annex 4 FSA gänzlich abzuwehren, sehe sie bei "leicht über 50%". Be-

treffend den Anspruch auf Zahlung von USD 1'500'000 schätze sie die Erfolgsaussichten der Klägerin als gering ein (act. 3/36 S. 4). Aus dem E-Mailaustausch zwischen dem Beklagten 2 und R._____, dem zuständigen Revisor bei der Beklagten 3, in der Zeit vom 5. bis 10. Oktober 2016 geht hervor, dass nachträglich ein neuer Revisionsbericht erstellt wurde und der Beklagte 2 R._____ zum Thema Rückstellungen A._____ "unsere Kalkulation, das zu Grunde liegende Gutachten und [den] Legal Letter" zukommen liess (act. 3/34 S. 1 f.). Gestützt auf die Rückmeldung von R._____ (vgl. act. 3/35) wurde schliesslich ein Betrag von CHF 1'475'000 für die Forderung der Klägerin zurückgestellt (act. 3/32). Grundlage bildete dabei die Differenz zwischen den Kosten einer Flugstunde von USD 8'655 und dem reduzierten Preis gemäss FSA von USD 6'300, multipliziert mit der Zahl der noch geschuldeten Flugstunden von 625 (vgl. act. 3/35); der "Marktpreis" stützte sich auf ein von der E._____ eingeholtes Gutachten betreffend "Blockhour Cost and Comfort of E._____50" von Dr. S._____ (act. 25/4 S. 58). Eine Eventualverbindlichkeit wurde in der Jahresrechnung für das am 31. Dezember 2015 abgeschlossene Geschäftsjahr ziffernmässig nicht ausgewiesen; lediglich sehr summarisch wurde auf "Rechtsstreitigkeiten" hingewiesen, für welche "erwartete Zahlungsausgänge entsprechend zurückgestellt" worden seien (act. 3/31 vorletzte Seite).

4.2.3.5. Die E._____ bildete mithin Rückstellungen in der Höhe von knapp 20% des insgesamt eingeklagten Betrags. Im Hinblick darauf hatte sie rechtlichen Rat eingeholt. Auch wenn sie sich dazu an eine ihrer Rechtsvertreterinnen in der Schiedssache wandte (vgl. act. 3/5 S. 11), dürfte dies den Anforderungen an fachliche Unterstützung genügen, zumal von einem Rechtsanwalt trotz bestehendem Mandatsverhältnis sowohl Sachkunde als auch professionelle Distanz zum eigenen, im Prozess eingenommenen Standpunkt erwartet werden darf. Entgegen der Meinung der Klägerin ist deshalb nicht von einem blossen Gefälligkeitsgutachten auszugehen (act. 44 S. 62).

Die Forderung der Klägerin stützte sich zur Hauptsache darauf, dass die Kündigung des FSA durch die E._____ unter den gegebenen Umständen als "Repudiatory Breach" zu gelten habe und demnach gemäss Ziff. 7.3 FSA und Anhang 4

pauschalisierter Schadenersatz geschuldet sei. Wie gesehen, wurden im Legal Letter die Erfolgsaussichten der Klägerin, mit dem Anspruch in voller Höhe zu obliegen, als sehr gering eingeschätzt, und die Chancen der E._____, die Vertragsstrafe gänzlich abzuwehren, bei leicht über 50% (act. 3/36 S. 4). Entgegen der Ansicht der Beklagten 2 und 3 wurden damit die Erfolgsaussichten der Klägerin nicht als sehr gering eingeschätzt, sondern nur als leicht unter 50%, wenn auch nicht in voller Höhe. Die E._____ konnte mithin durchaus nicht mit einem weitgehenden Obsiegen rechnen; dem fachlichen Rat folgend hätte sie vielmehr entsprechend der in Ziff. 4.2.3.3 dargelegten Regel eine anteilmässige Rückstellung vornehmen müssen, die angesichts einer Unterliegenswahrscheinlichkeit von beinahe 50% auf die Hälfte der unter diesem Anspruch eingeklagten Summe festzusetzen gewesen wäre. Die Rückstellung hätte demnach USD 3'096'000 bzw. unter Zugrundelegung des unbestrittenermassen von E._____ verwendeten Wechselkurses USD/CHF per 31. Dezember 2015 von 0.998989 (vgl. act. 1 S. 34) CHF 3'092'870 betragen müssen. Die weiteren Ansprüche (vergangener und künftiger Schadenersatz im Betrag von USD 1.6 Mio.) durften hingegen gestützt auf den eingeholten Legal Letter zufolge geringer Unterliegenswahrscheinlichkeit ausser Betracht bleiben.

Ohne Relevanz für die vorzunehmenden Rückstellungen ist dabei die Tatsache, dass die Parteien des Schiedsgerichtsverfahrens noch nach dessen Einleitung in Vergleichsverhandlungen standen (vgl. act. 21 S. 23 und act. 50 S. 16 ff.), dies umso mehr, als die Beklagten 1 und 2 einräumen, ihre Vorschläge seien im Oktober 2015 von der Klägerin kategorisch abgelehnt worden (act. 50 S. 18). Nicht massgeblich sind auch der am 5. September 2017 ergangene Entscheid des Schiedsgerichts sowie der Inhalt einer in den Entscheid aufgenommenen "Dissenting Opinion"; gerade die Ungewissheit über den Ausgang des Verfahrens verlangte in Verbindung mit dem Vorsichtsprinzip die Bildung angemessener Rückstellungen; daran ändert nichts, dass der spätere Entscheid nicht in allen Teilen einstimmig ergangen ist.

Mit der bewussten Reduktion der zunächst vorgenommenen Rückstellung und der Unterschreitung des Betrags, der aufgrund der Einschätzung einer Fachperson

dem Risiko angemessen gewesen wäre, liegt auf Seiten des Beklagten 2, der als Verwaltungsrat die Endverantwortung für die Buchführungstätigkeit trägt, eine klare Pflichtverletzung vor. Gleiches gilt auch für die Beklagte 3. Dabei ist insbesondere zu beachten, dass sich sowohl der Beklagte 2 als auch der bei der Beklagten 3 für die Revision der E._____ zuständige Revisor persönlich mit der Frage der Höhe der Rückstellungen befassten; die massgeblichen Unterlagen waren ihnen bekannt, und sie nahmen - nachdem bereits ein erster Revisionsbericht gestützt auf höhere Rückstellungen erstattet worden war - nachträglich in gemeinsamem Zusammenwirken eine sich direkt auf das Ergebnis der Jahresrechnung 2015 auswirkende Korrektur in beträchtlicher Höhe vor.

In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass der Beklagten 3 nicht mangelnde Unabhängigkeit in ihrer Rolle als Revisionsstelle zur Last zu legen ist (vgl. act. 44 S. 70 ff.; act. 48 S. 10 ff.). Nicht die Mitwirkung bei der Buchführung, sondern das unbestrittenermassen im Rahmen der Abschlussprüfung abgegebene Feedback (act. 48 S. 13 f.) des zuständigen Revisors und die gestützt darauf vorgenommenen Änderungen der Jahresrechnung, in Kenntnis der massgeblichen Entscheidungsgrundlagen, gereichen der Beklagten 3 zum Vorwurf. Sie nahm teil an der abschliessenden Festlegung der Höhe der Rückstellungen und gleichzeitig der Höhe des Jahresergebnisses, womit sie sich gerade in ihrer Eigenschaft als Revisionsstelle und angesichts der dabei vorauszusetzenden Kenntnisse des Rechnungslegungsrechts selbst verantwortlich macht.

4.2.4. Die Klägerin bringt vor, das Kontokorrent Kunden 2050 hätte per Ende 2015 eine Schuld von USD 4'992'000 (entsprechend CHF 4'986'953.10) ausweisen müssen, womit sich Rückstellungen für die Forderung erübrigt hätten (act. 1 S. 34). Der von der E._____ beim Kauf des Flugzeugs J._____ nicht bezahlte Teil des Kaufpreises von USD 8.6 Mio. sei in eine Vorauszahlung der Klägerin umgewandelt worden, die zur Verrechnung mit den ihr versprochenen Flugstunden zu einem reduzierten Tarif genutzt worden seien. Da der E._____ ein "Repudiatory Breach" gemäss Ziff. 7.3 FSA vorzuwerfen gewesen sei, sei E._____ nach der Kündigung vom 26. Oktober 2015 verpflichtet gewesen, die Vorauszahlung der

Klägerin in Form von pauschalisiertem Schadenersatz zurückzuerstatten (act. 44 S. 51 ff.).

Die klägerischen Überlegungen beruhen auf einem Zirkelschluss. Sie errechnet den ihrer Meinung nach im Kontokorrent Kunden 2050 per Ende 2015 zu buchenden Betrag aufgrund des für den Fall eines "Repudiatory Breach" gemäss FSA geschuldeten pauschalisierten Schadenersatzes. Dass das Recht der Klägerin, 1'000 Flugstunden zu einem reduzierten Tarif zu beziehen, jedoch von Anfang an auf dieser Basis hätte gebucht werden müssen, ergibt sich weder aus dem FSA noch aus dessen allfälliger wirtschaftlicher Verbindung mit dem ASPA; die Parteien hatten den Marktpreis einer Flugstunde betragsmässig nicht festgelegt, und sie sind sich hinsichtlich der richtigen Höhe nicht einig (vgl. etwa act. 1 S. 15; act. 24 S. 10 f.; act. 21 S. 18, 38; act. 50 S. 21 ff.). Es handelte sich zudem um einen der im Schiedsverfahren strittigen Punkte, machte die E._____ doch geltend, sie hätte höchstens den wesentlich geringeren tatsächlichen Schaden bzw. das Erfüllungsinteresse der Klägerin aus dem FSA auszugleichen.

Es bleibt deshalb dabei (vgl. Ziff. 4.2.3.2), dass nicht die Verbuchung des Flugstundenguthabens der Klägerin während laufenden Vertrags, sondern die Situation nach Klageeinleitung resp. die Konsequenzen der Kündigung des FSA, des Verkaufs des Flugzeugs J._____ sowie des Verlusts der Betriebsbewilligung für die per Ende 2015 pflichtgemäss vorzunehmenden Buchungen massgeblich waren.

4.2.5. Eine weitere Pflichtwidrigkeit erblickt die Klägerin in der Verbuchung des Kostenvorschusses an das ICC Schiedsgericht im Geschäftsjahr 2016. Sie ist der Meinung, dieser Vorschuss hätte als Aufwand verbucht werden müssen. Die Beklagten sind der Meinung, aufgrund des nach ihren Rechtsvertretern und nach Meinung von Experten geringen Prozessrisikos sei man zurecht davon ausgegangen, dass eine Verbuchung der Kosten erst nach endgültiger Festlegung korrekt sei. Die Kostenordnung der ICC habe ihnen nicht bekannt sein müssen (act. 24 S. 24 und act. 21 S. 27 f.).

4.2.5.1. Die klägerischen Vorbringen betreffen den Vorschuss von USD 192'500 für die Kosten des Schiedsgerichts, den die E. _____ am 14. April 2016 bezahlt hatte (act. 3/40-41). Die E. _____ verbuchte diese Zahlung erfolgsneutral als Vorauszahlung Lieferanten und bildete keine Rückstellungen (act. 1 S. 41). Der bereits erwähnte Legal Letter äusserte sich auch zum klägerischen Antrag auf Kostenübernahme durch die Beklagte und zur Kosteneinschätzung (act. 3/36 S. 5 f.); es wurde darauf hingewiesen, dass die Aussichten bezüglich der Kostenverteilung schwer abschätzbar seien und davon ausgegangen werde, dass keine Partei vollständig obsiege oder unterliege, was eine prozentuale Kostenauflage zur Folge habe. Abschliessend wurde festgehalten:

"Ob und inwieweit der E. _____ eine Rückerstattung der Schiedsgerichtsvorschusszahlungen, der Anwaltskosten und der Kosten für die Sachverständigengutachten zuerkannt wird bzw. eine entsprechende Kostentragung der gegnerischen Kosten zu Lasten von E. _____ entsteht, entscheidet sich erst mit dem Schiedsspruch."

4.2.5.2. Wie oben in Ziff. 4.2.3.3 dargelegt, sind bei einem laufenden Prozess Rückstellungen auch für zu erwartende Rechtskosten zu bilden. Ausgehend von der oben wiedergegebenen rechtlichen Einschätzung, die nicht von einem vollständigen Obsiegen einer Partei ausgeht und überdies die Rückerstattung des Kostenvorschusses als unsicher und vom Schiedsspruch abhängig bezeichnet, erweist sich die erfolgsneutrale Verbuchung des Kostenvorschusses ohne Bildung einer Rückstellung als unzulässig.

4.2.5.3. Hinzu kommt, dass es sich beim Vorschuss für die Kosten des Schiedsgerichts um einen bereits erfolgten Mittelabfluss handelt und nicht um einen in künftigen Geschäftsjahren zu erwartenden Mittelabfluss. Die erfolgsneutrale Verbuchung erweist sich bereits aus diesem Grund als unzulässig. Dies gilt umso mehr, als die Schiedsgerichtsordnung keine Rückerstattung des Vorschusses vorsieht, sondern die unterliegende Partei zur Erstattung der Kosten an die obsiegende Partei verpflichtet (vgl. act. 3/42; vgl. auch act. 3/5 S. 110 lit. g). Angesichts des gemäss Legal Letter ungewissen Ausgangs des Schiedsverfahrens bestand kein Anlass, mit einer sicheren Erstattung der Kosten zu rechnen; die Hälfte der

Gerichtskosten (entsprechend dem eigenen Vorschuss von E._____) hätten als Aufwand verbucht werden müssen.

4.2.5.4. Sowohl der Beklagte 2 als auch die Beklagte 3 waren mit dem Legal Letter der Anwaltskanzlei P._____
LLP persönlich befasst (oben Ziff. 4.2.3.4). Die Pflichtverletzung ist ihnen entsprechend zuzurechnen.

4.2.6. Als Pflichtverletzung beanstandet die Klägerin schliesslich die falsche Verbuchung einer angeblichen Forderung gegenüber L._____
Limited (nachfolgend "L._____") im Geschäftsjahr 2016 (act. 1 S. 42 ff.). Die Beklagten sind der Meinung, die Aktivierung der Forderung sei zulässig gewesen. Die Aussichten, diese Schadenersatzforderung durchzusetzen, seien als gut bewertet worden (act. 24 S. 25 ff.; act. 21 S. 29 ff.).

4.2.6.1. Die Vorbringen der Klägerin betreffen eine Forderung gegenüber L._____
von USD 1'845'980.64 (bzw. CHF 1'815'521.96), die per 15. Juli 2016 gebucht wurde (act. 3/47-48). Die Forderung hängt zusammen mit dem Flugzeug M._____, das die E._____
von L._____
geleast und in die USA zur Generalüberholung überstellt hatte. In der dafür vorgesehenen Zeitspanne vom 30. Juni bis 30. September 2014 musste die E._____
keine Leasingraten bezahlen, während L._____
für die Wartung hätte aufkommen müssen. Da L._____
die Wartungskosten nicht bezahlt habe, sei das Flugzeug in den USA geblieben und habe von E._____
bis zur Einstellung des Flugbetriebs am 31. Oktober 2015 nicht mehr genutzt werden können. Diese Forderung machte die E._____
mit Rechnung vom 15. Juli 2016 geltend (act. 3/52) und buchte sie auf den gleichen Zeitpunkt in vollem Umfang in ihre Bücher.

4.2.6.2. Als Aktiven müssen gemäss Art. 959 Abs. 2 OR Vermögenswerte bilanziert werden, wenn aufgrund vergangener Ereignisse über sie verfügt werden kann, ein Mittelzufluss wahrscheinlich ist und ihr Wert verlässlich geschätzt werden kann. Andere Vermögenswerte dürfen nicht bilanziert werden. Aufgrund des Vorsichtsprinzips (Art. 958c Abs. 1 Ziff. 5 OR) ist für den Mittelzufluss eine Eintrittswahrscheinlichkeit von deutlich über 50% zu verlangen (NEUHAUS/GERBER, in: Basler Kommentar Obligationenrecht II, 5. Aufl. 2016, Art. 959 N 19).

4.2.6.3. Die Forderung wurde erst im Geschäftsjahr 2016 eingebucht, also nicht etwa bereits im Jahr 2014, als das Flugzeug nicht aus den USA zurückgekehrt war, oder im Jahr 2015, nachdem das Flugzeug mehr als ein Jahr lang nicht hatte benützt werden können und die Klägerin den Flugbetrieb aufgegeben hatte. Eine bei der Anwaltskanzlei O._____ eingeholte Legal Opinion vom 7. April 2017 schätzte die Chancen, den entgangenen Gewinn bei L._____ einzuklagen, in Anbetracht der vertraglichen Grundlage, der Anwendbarkeit von Schweizer Recht und der Vereinbarung eines Schiedsgerichts mit Sitz in der Schweiz als grundsätzlich gut ein (act. 3/53 S. 4), allerdings mit folgender Einschränkung: "However, a 'positive' award would need to be enforced in the British Virgin Islands, at the legal domicile of L._____. We assume that L._____ is a special purpose vehicle with the sole purpose of being a headlessee and sublessor with no substance whatsoever" (vgl. auch bereits act. 45/142; 45/144). Die Werthaltigkeit der Forderung war somit insbesondere aufgrund der als faktisch aussichtslos eingeschätzten Vollstreckung äusserst fraglich. Daran ändert nichts, dass sich die Klägerin im Konkurs der E._____ auch diese Forderung gestützt auf Art. 260 SchKG hat abtreten lassen (act. 24 S. 29; act. 44 S. 86), zumal die Beklagten nicht behaupten, die Forderung sei erfolgreich geltend gemacht worden (act. 50 S. 41).

4.2.6.4. Die Beklagten machen geltend, die Aktivierbarkeit sei letztlich nicht relevant, denn die Forderung habe ohnehin auch gegenüber der Eigentümerin des Flugzeugs, gegenüber der T._____ SA, Portugal, bestanden. Deren Rechtsnachfolgerin, die N._____ SA, Portugal, habe sich gegenüber der E._____ zur Deblockierung des Flugzeugs verpflichtet gefühlt, auch gestützt auf die Tatsache, dass die E._____ als Halterin des Flugzeugs in der Schweiz eingetragen gewesen sei (act. 24 S. 25 ff.).

Zwar legen die Beklagten 1 und 2 Verträge zwischen der E._____ und N._____ SA vor (act. 25/8, 25/10), welche im Wesentlichen die Fortsetzung der Haltereigenschaft von E._____ zum Gegenstand haben. Ausserdem verweisen sie auf Anwaltskorrespondenz, gemäss welcher u.a. der entgangene Gewinn bei N._____ SA geltend gemacht und von letzterer bestritten wurde (act. 25/11-13; 25/19-24), sowie auf den Entwurf einer Klageschrift vom 4. Februar 2018

(act. 25/25). Dabei ging es jedoch nach eigener Darstellung zunächst nicht darum, die - ausservertragliche - Forderung gegen die N._____ SA klageweise durchzusetzen. Versucht wurde vielmehr, die N._____ SA zur Klage in der Schweiz zu provozieren, um ihr die Forderung widerklageweise entgegenhalten zu können (vgl. act. 24 S. 28 ff.; act. 3/53-54). Diese Strategie erwies sich indes- sen als nicht ergiebig (vgl. act. 24 S. 30). Auch die Rechtsvertreter der E._____ erachteten die Bilanzierbarkeit einer entsprechenden Forderung in vollem Betrag als nicht haltbar (vgl. act. 45/147 S. 4). Eine Forderung gegen N._____ SA wurde denn auch nie gebucht.

4.2.6.5. Die Wahrscheinlichkeit, dass die von der E._____ aktivierte Forderung gegen L._____ werthaltig war und vollstreckbar sein würde, erreichte weder 2016 noch 2017 die Grenze von 50%. Sie hätte deshalb nicht gebucht werden dürfen. Auch hinsichtlich der gegenüber N._____ SA aufgebauten Position äusserten die Rechtsberater der E._____ erhebliche Bedenken. Eine Eintrittswahrscheinlichkeit für Mittelzufluss aus dieser Quelle von deutlich über 50% ist nicht ersichtlich. So- wohl dem Beklagten 2 als auch der Beklagten 3 ist mithin bei der Aktivierung der Forderung gegen L._____ eine Missachtung ihrer Pflichten vorzuwerfen, zumal auch der Beklagten 3 unbestrittenermassen sowohl die Legal Opinion der An- waltskanzlei O._____ (act. 3/53) als auch der E-Mailverkehr gemäss act. 3/54 be- kannt waren (act. 21 S. 29).

4.2.7. Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, anfangs 2015 habe sich abge- zeichnet, dass die E._____ den Flugbetrieb nicht würde aufrechterhalten können und früher oder später Konkurs anmelden müsse. Ende Februar 2015 habe der Beklagte 2 die Liquidation eingeleitet, indem er angefangen habe, Vermögens- werte zu verkaufen, die Einstellung des Flugbetriebs vorzubereiten und beste- hende Vertragsverhältnisse abzuwickeln. Aufgrund einer Reihe von Indizien ist die Klägerin der Meinung, dass eindeutig auf eine faktische Liquidation geschlos- sen werden müsse (act. 44 S. 18 ff.; 56 ff.; act. 45/83 ff.). Der Beklagte 2 bestrei- tet eine beabsichtigte Liquidation (act. 24 S. 19); es sei vielmehr darum gegan- gen, den Konkurs der E._____ abzuwenden und deren bisherige Geschäftstätig- keit – ohne das operative Fluggeschäft – fortzusetzen (act. 50 S. 9 ff.). Die Be-

klagte 3 macht geltend, aus den eingereichten Dokumenten ergebe sich nicht, dass eine Liquidation der Gesellschaft faktisch stattgefunden habe; für die Beklagte 3 habe auch kein Anlass bestanden, an der Weiterführung der Gesellschaft zu zweifeln (act. 48 S. 15 ff.).

4.2.7.1. Gemäss Art. 736 Ziff. 2 OR wird eine Aktiengesellschaft unter anderem durch einen Beschluss der Generalversammlung aufgelöst. Die Auflösung ist zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden; die Gesellschaft tritt in Liquidation (Art. 737 und 738 OR), die nach den Bestimmungen von Art. 739 ff. OR durchzuführen ist. Während der Liquidationsphase einer Gesellschaft dürfen bis zu deren Beendigung zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger keine Dividenden mehr ausgeschüttet werden (BGer 4C.139/2001 vom 13. August 2001, E. 3.d.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 56 N 114). Unter einer «faktischen Liquidation» versteht man bei der Aktiengesellschaft eine Liquidation, in der ohne Beschluss der Generalversammlung wesentliche, für die Fortführung der Aktiengesellschaft vitale Teile des Vermögens in liquide oder quasiliquide Form überführt werden, ohne dass eine Neuinvestition geplant ist. Die faktische Liquidation gilt als Unrechtstatbestand und ist widerrechtlich (BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, § 17 Rz 78; HOHLER/VISCHER, Absichtspauliana und faktische Liquidation, in: GesKR 2021 S. 122 ff., 127 mit Hinweisen).

4.2.7.2. Aus den von der Klägerin bezeichneten Dokumenten ergibt sich, dass die ungünstige Geschäftslage innerhalb der E._____ seit Anfang des Jahres 2015 thematisiert wurde. So regte der Beklagte 2 mit E-Mail vom 7. Januar 2015 ein "shareholder meeting" an und schrieb unter anderem: "es führt also kein weg vorbei an einer diskussion über die auflösung der gesellschaft bzw. zumindest einer einstellung des flugbetriebes in der schweiz" (act. 45/83). In weiteren E-Mails an die Aktionäre im Februar 2015 wurden die drohende Überschuldung bei Vornahme von Abschreibungen auf dem Flugzeug J._____ (act. 45/85) und ein Umsatzeinbruch von 50% sowie der früher oder später drohende Verlust der Lizenz für den gewerblichen Lufttransport thematisiert (act. 45/86). Mit E-Mail vom 21. März 2015 schrieb der Beklagte 2 an den Aktionär U._____ unter anderem: "E._____ wickeln wir ab bis dann ein Urteil im Arbitration case mit den Polen kommt und

dann Konkurs!" (act. 45/89). Im Juni 2015 teilte der Beklagte 2 unter dem Betreff "Live Budget per Ende Mai" mit, dass E. _____ "ca. eine halbe Million OPERATIVER Verlust nach 5 Monaten" aufweise, und: "Wenn man Abschreibungen J. _____ noch rechnen würde dann wäre es schon fast kriminell weiter zu machen" (act. 45/91). Mit E-Mail vom 24. August 2015 sandte der Beklagte 2 den Aktionären die Zwischenbilanz von E. _____ per Ende Juni 2015 zu mit der Bemerkung: "Je nach dem was für Rückstellungen wir für den Polenrechtsstreit bilden müssen (inkl. Legal Cost) sind wir nach dem Streit de facto PLEITE! Aber das macht nix da auch wenn wir weiter fliegen würden - was ja nicht geht - operative die Pleite in kürzester Zeit eintritt" (act. 45/102).

Eine E-Mail des Beklagten 2 vom 22. Juli 2015 enthält die Information an gewisse Mitarbeiter von E. _____, dass der Flugbetrieb von E. _____ eingestellt werden und ihre Arbeitsverträge daher gekündigt werden müssten (act. 45/98). Sodann teilte der Beklagte 2 den Mitarbeitern von E. _____ am 29. August 2015 mit, dass die E. _____ die Lizenz für den gewerbsmässigen Lufttransport spätestens Ende Oktober 2015 verlieren und den Flugbetrieb dann einstellen werde (vgl. act. 45/103).

Im Verlauf des Jahres 2015 verkaufte die E. _____ sodann verschiedene Aktiven, so unbestrittenermassen am 26. Februar 2015 das Flugzeug V. _____ (act. 45/88), am 16. Juni 2015 die Stockwerkeigentumswohnung in G. _____ (bisheriger Sitz der Gesellschaft; act. 3/2 und 45/92), am 2. Dezember 2015 das Flugzeug J. _____ (act. 3/29) und bis am 20. September 2015 sämtliche Möbel im Konferenzraum (act. 45/113); im Verlauf des Geschäftsjahres 2015 sanken die Aktiven von E. _____ von CHF 54.9 Mio. auf CHF 10.9 Mio. und das Fremdkapital von CHF 43.5 auf CHF 6.2 Mio. (act. 3/31).

4.2.7.3. Diese mittels Urkunden belegten Vorgänge zeigen, dass der Beklagte 2 die fehlende Rentabilität des Flugbetriebs und die wirtschaftliche Lage der E. _____ seit Beginn des Jahres 2015 mehrfach und direkt thematisierte und die Einstellung des Flugbetriebs intern und extern vorantrieb. Zusammen mit dem Abstossen von Flugzeugen und den Mitteilungen an das Personal kann durchaus von einer Auflösung eines wesentlichen Teils der E. _____ gesprochen werden.

Soweit die Beklagten auf die erfolgte Zweckänderung und die geplante Fortführung des Geschäftsbetriebs hinweisen (act. 21 S. 20 f.; act. 48 S. 15 f.; act. 50 S. 5 unter Hinweis auf act. 3/31 Anhang), ist festzuhalten, dass die Zweckumschreibung der E._____ gemäss Handelsregister wie folgt lautet "Betrieb eines Flugunternehmens insbesondere Durchführung von Geschäftsflügen, Erbringung von Beratungs- und Unterstützungsleistungen in allen Bereichen der Fliegerei und vorwiegend der Geschäftsfliegerei sowie Planung, Organisation und Durchführung von Reisen aller Art; vollständige Zweckumschreibung gemäss Statuten" (act. 3/2). Aus der von der Beklagten 3 vorgelegten öffentlichen Urkunde (act. 23/3) ergibt sich eine Ergänzung des statutarischen Zwecks um zwei weitere Absätze ("Die Gesellschaft kann alle kommerziellen, finanziellen und andere Tätigkeiten ausüben, welche mit dem Zweck der Gesellschaft im Zusammenhang stehen. Insbesondere Handel mit Luftfahrzeugen, Yachten und anderen Luxusgütern aller Art" und "Die Gesellschaft kann Beteiligungen an Unternehmen erwerben und halten"). Diese Zweckänderung fand indessen bereits am 26. November 2013 im Rahmen einer generellen Statutenrevision statt; sie wurde im Handelsregister nicht nachgetragen und stand mit den Vorgängen im Jahre 2015 in keinem ersichtlichen Zusammenhang. Mit der Aufgabe des Flugbetriebs und dem Verkauf der Flugzeuge gab die E._____ gleichzeitig den in ihrer publizierten Zweckumschreibung an erster Stelle stehenden Gesellschaftszweck auf.

Gleichwohl ist der statutarischen Zweckumschreibung zu entnehmen, dass die Geschäftstätigkeit der E._____ weitere Betätigungsfelder umfasste. Soweit der Beklagte 2 geltend macht, die E._____ habe gerade durch den Handel mit Luxusgütern (Flugzeuge, Yachten, Immobilien) und die Erbringung von flugtechnischen Trainings-, Service- und Consultingdienstleistungen die höchsten Gewinne erwirtschaftet, wird die Behauptung mit dem blossen Verweis auf Beilagen (Jahresabschlüsse 2007 bis 2016 und Übersichten betreffend Konto 3700 und 3900; act. 50 S. 5 f.) nicht ausreichend substantiiert. Immerhin ergibt sich aber aus dem Anhang zum Jahresabschluss 2015 ausdrücklich folgendes: "Die E._____ AG ist im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit in Rechtsstreitigkeiten involviert, welche dazu geführt haben, dass der gewerbliche Flugbetrieb eingestellt worden ist. Der Handel mit Flugzeugen Yachten sowie die technische Betreuung von Flugzeugen

bleibt bestehen (...)." (act. 24 S. 19 f. unter Hinweis auf act. 3/31 Anhang). Die Beklagten 1-3 weisen sodann auf den vollständigen Text der E-Mail an Mitarbeiter vom 22. Juli 2015 (act. 45/98) hin, wonach "E._____ will remain as a broker / aviation consulting company" (act. 48 S. 16; act. 50 S. 13).

Zwar ist in der in Ziff. 4.2.7.2 dargestellten Korrespondenz in verschiedener Hinsicht von "Diskussion über die Liquidation von E._____", von Abwicklung der E._____, von Konkurs, von "kriminell weiter zu machen" und von "de facto PLEI-TE" die Rede, einerseits stets vor dem Hintergrund der fehlenden Rentabilität und der operativen Verluste im Flugbetrieb, andererseits aber auch des Rechtsstreits mit der Klägerin. Es ist nicht auszuschliessen, dass die getroffenen Massnahmen - Einstellung des Flugbetriebs, Abstossen von Flugzeugen und anderen Aktiven, Mitteilungen an das Personal - mit der Absicht erfolgten, den Konkurs der E._____ abzuwenden und die Geschäftstätigkeit ohne das operative Fluggeschäft fortzusetzen. Die vorliegenden Hinweise genügen nicht für die Annahme, die E._____ habe ihre faktische Liquidation eingeleitet. Gleichzeitig ergibt sich aber auch, dass die Weiterführung der Geschäftstätigkeit vom Ausgang des Rechtsstreits mit der Klägerin abhängig war. Dennoch lassen die von der Klägerin aufgezeigten Indizien den Schluss nicht zu, die E._____ wäre auch bei einem positiven Ausgang des Verfahrens für die E._____ liquidiert worden. Dass sich der Beklagte 2 im gleichen Zeitraum in verschiedener Hinsicht anwaltlich beraten liess (vgl. act. 3/26, 45/100, 45/116), dürfte unter den gegebenen Umständen sinnvoll gewesen sein; zugunsten der Klägerin lässt sich daraus nichts ableiten.

4.2.7.4. Es ergibt sich mithin, dass die von der Klägerin angeführten Indizien es nicht erlauben, auf eine faktische Liquidation der E._____ ab dem Jahr 2015 zu schliessen.

Festzuhalten ist aber, dass der E-Mail-Verkehr des Beklagten 2 mit den Aktionären (act. 45/102) deutlich zeigt, dass dem Beklagten 2 die massgebliche Bedeutung der für den Rechtsstreit mit der Klägerin ("Polenrechtsstreit") zu bildenden Rückstellungen für die Finanzlage der Gesellschaft sehr klar bewusst war. Dies wird untermauert durch das Schreiben des Rechtsvertreters der E._____, Rechtsanwalt Z._____, der den Beklagten 2 bereits im März 2014 darauf hinwies,

dass die E._____ bei einem Verkauf des Flugzeugs J._____ gegenüber der Klägerin "immer noch in der FSA-Verpflichtung" stehe und die Klägerin "einen Liquidated Dam[a]ge gem. Ziff. 7.3 in Verbindung mit Schedule 4 zugute" habe. Ende 2014 sei das ein "sehr grosser, siebenstelliger Betrag" (act. 45/82).

4.2.8. Dividenden dürfen gemäss Art. 675 Abs. 2 OR nur aus dem Bilanzgewinn und aus hierfür gebildeten Reserven ausgerichtet werden. Gewinnausschüttungen können Pflichtverletzungen darstellen, wenn die finanzielle Lage der Gesellschaft zum Zeitpunkt der Ausschüttung diese nach objektiver Beurteilung nicht zulässt (GERICKE/WALLER, a.a.O., Art. 754 N 30 m.w.H.). Die Revisionsstelle hat bei der eingeschränkten Revision zu prüfen, ob Sachverhalte vorliegen, aus denen zu schliessen ist, dass der Antrag des Verwaltungsrats an die Generalversammlung über die Verwendung des Bilanzgewinnes nicht den gesetzlichen Vorschriften und den Statuten entspricht (Art. 729a Abs. 1 Ziff. 2 OR).

Die E._____ wies für das Geschäftsjahr 2015 einen Bilanzgewinn von CHF 4'363'715.75 aus (act. 3/31). Eine pflichtgemässe Erhöhung der Rückstellungen im Zusammenhang mit der Auseinandersetzung mit der Klägerin von CHF 1'475'000 auf CHF 3'092'870 hätte den Bilanzgewinn um CHF 1'617'870 auf CHF 2'745'845.75 reduziert. Mit dem Antrag auf Ausschüttung einer Dividende von CHF 4 Mio. überschritt der Beklagte 2 die Grenze des Zulässigen um CHF 1'254'154.25, und die Beklagte 3 stellte in ihrem Prüfbericht gleichwohl fest, dass sie bei ihrer Revision nicht auf Sachverhalte gestossen sei, aus denen sie schliessen müsste, dass der Antrag über die Verwendung des Bilanzgewinns nicht Gesetz und Statuten entsprächen.

Für das Geschäftsjahr 2016 wies die E._____ einen Bilanzgewinn von CHF 2'623'544.65 aus, davon CHF 363'715.75 Gewinnvortrag (act. 3/43); letzterer wäre bei einer vollständigen Ausschüttung des Bilanzgewinns 2015 entfallen. Bei einer pflichtgemässen Verbuchung des Vorschusses an das ICC Schiedsgericht als Aufwand hätte sich der Bilanzgewinn um CHF 195'648.15 (USD 192'500) reduziert; eine zusätzliche Reduktion um CHF 1'815'521.95 (USD 1'845'980.64) hätte sich ergeben, wenn korrekt von einer Aktivierung der Forderung gegenüber L._____ abgesehen worden wäre. Der Bilanzgewinn hätte mithin richtigerweise

CHF 248'658.80 betragen, der mit dem Antrag auf Ausschüttung einer Dividende von CHF 800'000 um CHF 551'341.20 überschritten wurde (vgl. act. 3/57).

4.2.9. Zusammenfassend ergibt sich, dass der Beklagte 2 mit der ungenügenden Bildung von Rückstellungen für die Rechtsstreitigkeit mit der Klägerin, mit der erfolgsneutralen Verbuchung des Vorschusses für die Kosten des ICC Schiedsgerichts und mit der unzulässigen Aktivierung einer Forderung gegenüber L. _____ in verschiedener Hinsicht Rechnungslegungsvorschriften verletzt hat. Die Beklagte 3, die nicht nur von der Vornahme der entsprechenden Buchungen, sondern auch von den eingeholten rechtlichen Einschätzungen Kenntnis hatte und die Höhe der Buchung im Zusammenhang mit dem Rechtsstreit mit der Klägerin mitbestimmte, erteilte sowohl den Jahresrechnungen als auch der Verwendung des Bilanzgewinnes einen positiven Prüfbescheid; auch sie hat die ihr obliegenden Pflichten verletzt.

4.3. Kausalzusammenhang

4.3.1. Zwischen dem Schaden und der Pflichtverletzung muss ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang bestehen. Ursachen im Sinne des natürlichen Kausalzusammenhanges sind alle Umstände, ohne deren Vorhandensein der eingetretene Erfolg nicht als eingetreten oder nicht als in der gleichen Weise bzw. nicht zur gleichen Zeit eingetreten gedacht werden kann. Eine Ursache ist dann adäquat kausal, wenn sie nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, den entstandenen Schaden herbeizuführen. Es kommt also auf "die generelle Eignung der fraglichen Ursachen an, Wirkungen der eingetretenen Art herbeizuführen" (vgl.

GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, AT, 11. Aufl. 2020, N 2947 ff. mit Hinweisen auf Rechtsprechung).

4.3.2. Die Beklagten 2 und 3 bestreiten das Vorliegen des Kausalzusammenhangs lediglich insoweit, als sie behaupten, die vorgenommenen Buchungen seien korrekt gewesen, und dass selbst bei Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit dem Kostenvorschuss für das ICC Schiedsgericht und mit der Forderung gegenüber L. _____ die Ausschüttung einer Dividende zulässig gewesen wäre (act.

21 S. 42; act. 24 S. 34 f.). Wie ausgeführt ist diese Sichtweise im Umfang von CHF 1'254'154.25 und CHF 551'341.20 unzutreffend. Es ist offensichtlich, dass die ungenügende Höhe der vorgenommenen Rückstellungen und die erfolgsneutrale Verbuchung resp. Forderungsaktivierung mit dem resultierenden Bilanzgewinn direkt zusammenhängen und die Ursachen für die erfolgten zu hohen Dividendenausschüttungen darstellen. Der Kausalzusammenhang liegt vor.

4.4. Verschulden

4.4.1. Eine Haftung setzt schliesslich Verschulden voraus. Es gilt ein objektiver Verschuldensmassstab. Verschulden ist immer dann gegeben, wenn der Beklagte nicht so gehandelt hat, wie es von einem objektivierten Organ in der konkreten Stellung verlangt werden darf. Liegt eine Sorgfalts- oder andere Pflichtverletzung vor, so geht damit in der Regel auch ein Verschulden einher. Die Frage der Beweislastverteilung rückt damit in den Hintergrund (vgl. GERICKE/WALLER, a.a.O., Art. 754 N 32, 35).

4.4.2. Da die Beklagten 2 und 3 – wie ausgeführt – pflichtwidrig Rechnungslegungsvorschriften verletzt und die Verwendung des so entstandenen Bilanzgewinnes mittels eines positiven Prüfbescheids ermöglicht haben, ist ihr Verschulden zu bejahen. Soweit sie zu ihrer Entlastung geltend machen, der Beizug von Fachleuten mindere generell ein etwaiges Verschulden, ja schliesse es sogar aus (act. 24 S. 38; act. 21 S. 43), ist ihnen bereits deshalb nicht zu folgen, da gerade die eingeholten Fachmeinungen ihr Vorgehen nicht stützten.

4.5. Fazit

4.5.1. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Voraussetzungen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit im Sinne von Art. 754 Abs. 1 resp. 755 Abs. 1 OR hinsichtlich der Beklagten 2 und 3 vorliegen. Sie sind zur Leistung von Schadenersatz in der Höhe von CHF 1'805'495.45 zu verpflichten.

4.5.2. Die Klägerin verlangt Zins zu 5% auf CHF 3'148'237.35 seit 6. März 2017 und auf CHF 551'341.20 seit 29. Mai 2017, dem jeweiligen Zeitpunkt der Ausrichtung der Dividenden, unter Aufrechnung eines Bereicherungszinses (vgl. act. 1

S. 67 f.). Die Beklagten äussern sich weder zum Zinsenlauf noch zur Berechnung der Klägerin. Der Klägerin ist mithin Zins zu 5% auf CHF 1'254'154.25 seit 6. März 2017 und auf CHF 551'341.20 seit 29. Mai 2017 zuzusprechen.

5. Rückforderung

5.1. Überblick

Gemäss Art. 678 Abs. 1 OR sind Aktionäre, die ungerechtfertigt und in bösem Glauben (insbesondere) Dividenden bezogen haben, zur Rückerstattung verpflichtet. Die Pflicht zur Rückerstattung steht mithin unter zwei Voraussetzungen, nämlich einerseits im objektiven Sinn die Ungerechtfertigkeit der Leistung und andererseits im subjektiven Sinn die Bösgläubigkeit des Empfängers (VOGT, in: Basler Kommentar Obligationenrecht II, 5. Aufl. 2016, Art. 678 N 18).

5.2. Dividende

Es ist unbestritten und belegt, dass die Dividende für das Geschäftsjahr 2015 von CHF 4 Mio. der Beklagten 1 am 31. Dezember 2016 durch Verrechnung von Kontokorrentforderungen der E._____ ihr gegenüber im Umfang von CHF 567'468.26 sowie am 1. Januar 2017 im Umfang von CHF 3'432'531.74 ausbezahlt wurde (act. 3/38). Die Dividende für das Geschäftsjahr 2016 wurde ihr am 29. Mai 2017 ausbezahlt, indem weitere Kontokorrentforderungen der E._____ gegenüber der Beklagten 1 in der Höhe von CHF 800'000.– mit der Schuld zur Ausrichtung der Dividende verrechnet wurden (act. 3/39).

Wie gesehen (oben Ziff. 4.2.8) überschritten die ausgeschütteten Dividenden die Grenze des Zulässigen, und zwar im Geschäftsjahr 2015 um CHF 1'254'154.25 und im Geschäftsjahr 2016 um CHF 551'341.20. Diese Leistungen erfolgten in Verletzung von Art. 675 Abs. 2 OR und damit ungerechtfertigt.

5.3. Bösgläubigkeit

Bösgläubigkeit des Leistungsempfängers im Sinne von Art. 678 Abs. 1 OR setzt voraus, dass der Empfänger im Moment des Empfangs die fehlende Rechtfertigung der Leistung kennt oder bei Anwendung gebührender Sorgfalt hätte kennen

müssen (VOGT, a.a.O., Art. 678 N 27). Handelt es sich beim Begünstigten um eine juristische Person, wird ihr das Wissen bzw. der böse oder gute Glaube des sie vertretenden Organmitglieds angerechnet, wenn dieses am betreffenden Geschäft mitgewirkt hat (BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 Rz 513).

Der Beklagte 2 war, wie eingangs festgehalten, seit der Gründung der E. _____ Verwaltungsratspräsident resp. einziger Verwaltungsrat und Geschäftsführer der E. _____; gleichzeitig war er seit 2007 einziger Verwaltungsrat und Geschäftsführer der Beklagten 1 (act. 3/2; 3/7). In dieser doppelten Eigenschaft war ihm die fehlende Rechtfertigung der ausgeschütteten Dividenden bekannt (oben Ziff. 4.2). Auch die subjektive Voraussetzung von Art. 678 Abs. 1 OR ist zu bejahen.

5.4. Fazit

Nach dem Gesagten hat die Beklagte 1 die Dividenden im genannten Umfang ungerechtfertigt und mit bösem Glauben bezogen, weshalb sie von ihr an die Klägerin zurückzuerstatten sind. Hinsichtlich des Zinses kann auf die Erwägungen oben in Ziff. 4.5.2 verwiesen werden.

6. Solidarität

6.1. Sind für einen Schaden mehrere Personen ersatzpflichtig, so ist jede von ihnen insoweit mit den anderen solidarisch haftbar, als ihr der Schaden aufgrund ihres eigenen Verschuldens und der Umstände persönlich zurechenbar ist (Art. 759 Abs. 1 OR). Wie gesehen liegen für die Beklagten 2 und 3 die Haftungsvoraussetzungen von adäquater Verursachung, Pflichtwidrigkeit und Verschulden vor, weshalb sie grundsätzlich solidarisch haften. Individuelle Herabsetzungsgründe, die eine Reduktion der Haftung rechtfertigen würden, oder Unterschiede im Schweregrad des Verschuldens werden nicht geltend gemacht. Die Beklagten 2 und 3 haften solidarisch für den ganzen Schaden.

6.2. Haften für denselben Schaden mehrere Personen aus verschiedenen Rechtsgründen, so besteht aus Sicht des Gläubigers Anspruchskonkurrenz; die verschiedenen Haftpflichtigen haften solidarisch (GRABER, in Basler Kommentar Obligationenrecht I, 7. Aufl. 2020, Art. 51 N 1 ff., 5). Vorliegend ist die der Beklag-

ten 1 ungerechtfertigt ausgerichtete Dividende identisch mit dem auf die Pflichtverletzungen der Beklagten 2 und 3 zurückzuführenden Schaden. Einwendungen betreffend die Haftung der Beklagten 1 oder zu berücksichtigende Herabsetzungsgründe werden nicht geltend gemacht. Die Beklagte 1 haftet solidarisch mit den Beklagten 2 und 3 für den ganzen Schaden.

7. Zusammenfassung

In teilweiser Gutheissung der Klage sind die Beklagten 1-3 solidarisch zu verpflichten, der Klägerin CHF 1'805'495.45 zu bezahlen, zuzüglich Zins zu 5% auf CHF 1'254'154.25 seit 6. März 2017 und auf CHF 551'341.20 seit 29. Mai 2017. Im Mehrbetrag ist die Klage abzuweisen.

8. Kosten- und Entschädigungsfolgen

8.1. Gerichtskosten

Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Der Streitwert beträgt vorliegend CHF 3'699'578.55. In Anwendung von § 4 Abs. 1 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf CHF 57'800.– festzusetzen. Die Klägerin obsiegt im Umfang von CHF 1'805'495.45 und damit zu rund der Hälfte. Ausgangsgemäss sind die Kosten der Klägerin und den Beklagten 1-3 je zur Hälfte aufzuerlegen, den Beklagten 1-3 unter solidarischer Haftung für ihren Anteil (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Die Kosten sind aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss zu decken (Art. 111 Abs. 1 ZPO), unter Einräumung des Rückgriffsrechts auf die Beklagten 1-3 für die ihnen auferlegte Hälfte der Kosten.

8.2. Parteientschädigung

Die Parteientschädigungen sind bei diesem Ausgang des Verfahrens wettzuschlagen.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Beklagten 1, 2 und 3 werden solidarisch verpflichtet, der Klägerin CHF 1'805'495.45 zu bezahlen, zuzüglich Zins zu 5% auf CHF 1'254'154.25 seit 6. März 2017 und auf CHF 551'341.20 seit 29. Mai 2017.
2. Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 57'800.–.
4. Die Kosten werden je zur Hälfte der Klägerin und (unter solidarischer Haftung für ihren Anteil) den Beklagten 1-3 auferlegt. Die Kosten werden aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Für die den Beklagten 1-3 auferlegte Hälfte der Kosten (CHF 28'900.–) wird der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagten 1-3 eingeräumt.
5. Die Parteientschädigungen werden wettgeschlagen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
7. 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 3'699'578.55.

Zürich, 13. September 2022

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vizepräsidentin:

Dr. Claudia Bühler

Gerichtsschreiberin:

Claudia Iunco-Feier

