



Geschäfts-Nr.: HG140213-O

U

(vormals: HG130015)

Mitwirkend: Oberrichter Dr. George Daetwyler, Vizepräsident, Oberrichterin
Dr. Franziska Grob, die Handelsrichter Paul Geisser, Jean-Gaspard
Comtesse und Dr. Thomas Lörtscher sowie der Gerichtsschreiber
Dr. David Egger

Urteil und Beschluss vom 22. Januar 2015

in Sachen

A. _____ AG in Nachlassliquidation,
Klägerin

vertreten durch die Liquidatorin B. _____ AG,
diese vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

C. _____ AG,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

Inhaltsverzeichnis:

Rechtsbegehren:	3
Erwägungen:	3
I. (Einleitung)	3
1. Sachverhaltsübersicht	3
1.1. Parteien.....	3
1.2. Prozessgegenstand	4
II. (Prozessgeschichte)	5
III. (Prozessuales).....	9
1. Zuständigkeit	9
2. Anwendbares Prozessrecht	9
3. Aktivlegitimation der Klägerin	10
4. Massgeblichkeit des Rückweisungsentscheides	12
5. Prozessuale Erklärungen der Parteien.....	13
IV. (Sachverhalt).....	14
1. Zum Cash Pooling im Allgemeinen	14
2. Unbestrittener Sachverhalt.....	14
3. Nachfolgende Ereignisse	17
V. (Parteistandpunkte).....	18
1. Standpunkt der Klägerin	18
2. Standpunkt der Beklagten	20
VI. (Materielles)	21
1. Voraussetzungen der Revisionshaftung im Allgemeinen	21
2. Verhältnis der Verantwortlichkeitsklagen (Art. 754 ff. OR) und der Rückerstattungsklage (Art. 678 OR).....	22
3. Schaden	26
4. Short Term Deposit	30
5. Pflichtverletzung	31
5.1. Gutheissung des Antrags auf Dividendenausschüttung trotz Fehlens von verwendbarem Eigenkapital.....	32
5.2. Gutheissung des Antrags auf Dividendenausschüttung trotz Gefährdung der Liquiditätsversorgung.....	51
5.3. Gutheissung des Antrags auf Dividendenausschüttung trotz Notwendigkeit einer Wertberichtigung der Darlehensforderungen	52
6. Kausalzusammenhang	56
7. Verschulden	59
8. Schadenersatzbemessung	60
9. Fazit	61
VII. (Kosten- und Entschädigungsfolgen)	61
Erkenntnis:.....	63

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

"Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 4'519'500.– zuzüglich 5% Zins seit 20. April 2001 zu bezahlen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. Mehrwertsteuerzusatz von 7,6%) zulasten der Beklagten."

Wichtiger Hinweis:

Text in blauer Schrift ist dem Urteil des Handelsgerichtes des Kantons Zürich vom 20. Januar 2014 (HG130015) entnommen.

Das Gericht zieht in Erwägung:

I.

(Einleitung)

1. **Sachverhaltsübersicht**

1.1. **Parteien**

Die Klägerin ist die Nachlassmasse der A._____ AG ("A._____"). Die A._____ war eine in der Luftfracht tätige Aktiengesellschaft mit Sitz in Kloten. Die Aktien der A._____ wurden bis Ende des Jahres 2000 zu 100% von der D._____ AG ("D._____") gehalten, welche ihrerseits eine 100%ige Tochtergesellschaft der E._____ AG ("E._____") war. Gemäss Fusionsvertrag vom 26. Juni 2001 (Handelsregistereintrag vom 29. Juni 2001) wurde die D._____ mit ihren Aktiven und Passiven rückwirkend per 1. Januar 2001 von der F._____ AG ("F._____") übernommen. Die F._____ wiederum war eine 100%ige Tochtergesellschaft der E._____ (act. 1 S. 6 f. Rz 8 f.; act. 12 S. 20 f. Rz 79 ff.; act. 4/1).

Die Beklagte ist eine Revisionsgesellschaft mit Sitz in Zürich (act. 4/5). Als Revisionsstelle prüfte sie für das Geschäftsjahr 2000 die Jahresrechnung sowohl der A._____ als auch der E._____ (sowie weiterer Gesellschaften des Konzerns) sowie als Konzernprüferin die Konzernrechnung des E._____ -Konzerns (act. 1 S. 7 f. Rz 13 ff., act. 12 S. 12 Rz 20, 22).

1.2. Prozessgegenstand

1.2.1. Per 31. Dezember 2000 schrieb die A._____ einen Bilanzgewinn von rund CHF 29.17 Mio. Die Aktivseite der Bilanz wies Forderungen aus konzerninternen Darlehen in der Höhe von CHF 23.65 Mio. auf. Gestützt auf den genannten Bilanzgewinn beantragte der Verwaltungsrat der A._____ der Generalversammlung die Ausschüttung einer Dividende in der Höhe von CHF 28.5 Mio. Im Frühjahr 2001 prüfte die Beklagte den Jahresabschluss der A._____ per 31. Dezember 2000 und bestätigte die Gesetzmässigkeit und Statutenkonformität des Antrags auf Ausschüttung der Dividende. Der Verwaltungsrat der A._____ schlug der Generalversammlung vom 20. April 2001 vor, eine Dividende von CHF 28.5 Mio. auszuschütten, was von der Generalversammlung genehmigt wurde. Am 28. Juni 2001 erfolgte zugunsten der einzigen Aktionärin, der D._____, eine Gutschrift im Rahmen des Cash Pools von CHF 28.5 Mio.

1.2.2. Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, dass das für die Dividendenausschüttung verwendbare Eigenkapital der A._____ infolge konzerninterner Darlehen in der Höhe von CHF 23.65 Mio. bereits beansprucht gewesen sei, womit die Darlehen bei der Bestimmung der ausschüttbaren Dividende hätten berücksichtigt werden müssen. Indem die Beklagte die Dividendenausschüttung in der Höhe von CHF 28.5 Mio. vorbehaltlos genehmigt habe, habe sie sich aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit haftbar gemacht.

1.2.3. Die Beklagte macht geltend, die Darlehen an die E._____ und die G._____ würden keine verpönten Aktionärsdarlehen darstellen, hätten somit bei der Bestimmung der Höhe der Dividende nicht berücksichtigt werden müssen. Ausserdem habe die A._____ diese Darlehen mit ihren gegenüber anderen Cash Pool-Teilnehmern bestehenden Schulden verrechnen können. Neben der A._____ sei auch deren Alleinaktionärin Teilnehmerin des Cash Pools gewesen; da die Dividende über den Cash Pool ausgerichtet worden sei, habe die Liquidität der A._____ kein Problem dargestellt.

II. (Prozessgeschichte)

Am 18. Dezember 2008 reichte die Klägerin Klageschrift und Weisung im Verfahren HG080315 ein (act. 1 und 3). Nach Eingang der Klageantwortschrift vom 6. April 2009 (act. 12) fand am 27. August 2009 eine Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung statt, welche zu keiner Einigung führte (Prot. I S. 8 ff.). Anlässlich dieser Referentenaudienz sowie mit Verfügung vom 28. August 2009 wurden den Parteien Substantiierungshinweise erteilt (Prot. I S. 9 f. und act. 19). Die Replik datiert vom 20. November 2009 (act. 23).

Mit Verfügung vom 26. November 2009 wurde der Beklagten Frist bis 17. Dezember 2009 zur Einreichung der Duplik angesetzt, unter der Androhung, dass bei Säumnis Verzicht auf Duplik angenommen werde. Am 18. Dezember 2009 wurde der Beklagten die Frist bis 26. Januar 2010 und am 28. Januar 2010 schliesslich bis 15. Februar 2010 vorletztmals erstreckt (Prot. I S. 16). Da die Beklagte innert dieser Frist weder die Dupliktschrift erstattete noch ein weiteres Fristerstreckungsgesuch stellte, wurde mit Verfügung vom 24. Februar 2010 Verzicht auf Duplik angenommen und das Hauptverfahren als geschlossen erklärt (Prot. I S. 18).

Daraufhin reichte die Beklagte am 10. März 2010 eine als Noveneingabe betiteltete Rechtsschrift ein und stellte den prozessualen Antrag, es seien die Vorbringen der Beklagten in dieser Noveneingabe als zulässige Noven im Sinne von § 115 Ziff. 2 ZPO/ZH zur Kenntnis und zu den Prozessakten zu nehmen und im Rahmen der Entscheidung über die vorliegende Klage zu berücksichtigen (act. 31). Mit Verfügung vom 12. März 2010 wurde erwogen, dass die Noveneingabe der Beklagten von Form und Inhalt her einer (verspäteten) umfassenden Dupliktschrift entspreche, und die Beklagte wurde aufgefordert, die Noveneingabe neu zu fassen und dabei (Prot. I S. 19 f.):

- a) Behauptungen, Bestreitungen und Einreden einzeln anzuführen, die neu sind, d.h. nicht schon in einer früheren Rechtsschrift vorgetragen wurden,

- b) zu jeder einzelnen dieser neuen Behauptungen, Bestreitungen und Einreden entweder separat auszuführen, inwiefern sich deren Richtigkeit aus den Prozessakten ergibt, wobei diese Prozessakten im Einzelnen zu bezeichnen sind,
- c) oder anzugeben, durch welche neu eingereichten Urkunden sie sofort bewiesen werden können,
- d) rechtliche Erörterungen nicht mit Behauptungen, Bestreitungen und Einreden zu vermischen, sondern separat aufzuführen.

Am 6. April 2010 reichte die Beklagte ihre überarbeitete Noveneingabe (Noveneingabe II) ein (act. 35). Auf Verfügung vom 8. April 2010 (Prot. I S. 21) hin nahm die Klägerin mit Eingabe vom 25. Mai 2010 zur Noveneingabe II Stellung (act. 39). Mit Verfügung vom 27. Mai 2010 wurde diese klägerische Eingabe der Beklagten zugestellt und erwogen, dass das Gericht über die Zulässigkeit der Noveneingabe II der Beklagten vorab zu entscheiden haben werde (Prot. I S. 22). Mit Eingabe vom 8. Juni 2010 nahm die Beklagte unaufgefordert zur klägerischen Eingabe vom 25. Mai 2010 Stellung und erklärte sämtliche Ausführungen aus Teil II der Noveneingabe II (auch) als Bestandteil dieser Stellungnahme (act. 42). Diese Stellungnahme wurde der Klägerin mit Verfügung vom 9. Juni 2010 zugestellt (Prot. I S. 23). Mit Beschluss vom 28. Februar 2011 wurde entschieden, welche Behauptungen der Noveneingabe II der Beklagten als zulässige Noven im Sinne von § 115 Ziff. 2 ZPO/ZH zugelassen werden, sowie dass die rechtlichen Ausführungen der Beklagten in der Noveneingabe II zugelassen werden, mit dem Vorbehalt, dass Tatsachenbehauptungen, Bestreitungen und Einreden, welche allenfalls in den rechtlichen Ausführungen enthalten sind, unbeachtlich sind (act. 44). Mit Eingabe vom 26. April 2011 nahm die Klägerin zu den zugelassenen Noven Stellung (act. 47). Diese Stellungnahme wurde der Beklagten mit Verfügung vom 28. April 2011 zugestellt (Prot. I S. 27). Mit Urteil vom 9. März 2012 wies das Handelsgericht die Klage ab (act. 50).

Mit Urteil vom 7. Januar 2013 hob das Bundesgericht – in teilweiser Gutheissung einer Beschwerde der Klägerin – das Urteil des Handelsgerichts vom 9. März

2012 auf und wies die Sache zu neuer Entscheidung an das Handelsgericht zurück (act. 55). Das Verfahren des Handelsgerichts wurde unter der Geschäftsnummer HG130015 fortgesetzt. Bezugnehmend auf das Urteil des Bundesgerichts stellte die Beklagte mit Eingabe vom 11. März 2013 den Antrag, es sei ihr gestützt auf das im Umfang von CHF 451'169.50 rechtskräftig gewordene Urteil des Handelsgerichts eine gerichtlich festzusetzende Parteientschädigung zuzusprechen und es seien die Kosten für diesen Teilentscheid definitiv zu verlegen (act. 56). Der Klägerin wurde Frist zur Stellungnahme angesetzt (act. 57). Diese erfolgte mit Eingabe vom 12. April 2013 (act. 60), welche der Beklagten mit Verfügung vom 15. April 2013 zugestellt wurde (Prot. II S. 3). Der beklagte Antrag wurde schliesslich mit Beschluss vom 3. Mai 2013 (act. 64) abgewiesen, wobei die Frage offen gelassen wurde, ob – wie die Beklagte ausführt (act. 56 Rz 11 ff.) – die Vorinstanz trotz der Aufhebung des gesamten Urteils an die in ihrem ersten Urteil festgestellte, vom klägerischen Rechtsbegehren abweichende Schadenshöhe von CHF 4'068'330.50 gebunden sei, weil das Bundesgericht im Differenzbetrag auf die Beschwerde nicht eingetreten sei. Darauf wird unten einzugehen sein (vgl. Ziffer VI. 3.4).

Mit Urteil vom 20. Januar 2014 hiess das Handelsgericht die Klage teilweise gut und verpflichtete die Beklagte, der Klägerin CHF 4'293'528.50 zuzüglich Zins zu 5% seit 28. Juni 2001 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wies es die Klage ab (act. 74).

Mit Urteil vom 16. Oktober 2014 hob das Bundesgericht – in teilweiser Gutheissung einer Beschwerde der Beklagten – das Urteil des Handelsgerichts vom 20. Januar 2014 auf und wies die Sache – zwecks neuer Berechnung der Schadenshöhe – zu neuer Entscheidung an das Handelsgericht zurück (BGer 4A_138/2014 vom 16. Oktober 2014, act. 79). Das Verfahren des Handelsgerichts wurde unter der Geschäftsnummer HG140213 fortgesetzt.

Der Vertreter der Beklagten teilte dem hiesigen Handelsgericht in der Folge am 8. Januar 2015 telefonisch mit (Prot. S. 2), dass gestützt auf die Erwägungen des Bundesgerichts eine Neuberechnung der ausschüttbaren Dividende und damit verbunden des von der Klägerin durch die Pflichtverletzung der Beklagten

erlittenen Schadens auch ohne neue Entscheidung denkbar erscheine, hätten doch alle Beteiligten Kenntnis von den Eckzahlen einer Neuberechnung; vor diesem Hintergrund frage es sich, ob es nicht allenfalls eine Möglichkeit gebe, das vorliegende Verfahren im jetzigen Verfahrensstadium zu erledigen, etwa durch Vergleich, an einer Vergleichsverhandlung oder durch eine Eingabe, in welcher die Beklagte erkläre, ein Grossteil des Anspruchs sei in der Zwischenzeit beglichen worden.

Daraufhin teilte das hiesige Handelsgericht den Parteien mit Schreiben vom 9. Januar 2015 mit, dass das Urteil des Bundesgerichts vom 16. Oktober 2014 am 21. Oktober 2014 verschickt worden und beim hiesigen Handelsgericht am 22. Oktober 2014 eingegangen sei, worauf das Verfahren wieder angelegt worden sei. In der Folge sei das bundesgerichtliche Urteil analysiert worden. Anschliessend seien die erforderlichen Arbeiten in Angriff genommen worden. Aus Sicht des Handelsgerichts dränge sich derzeit keine Vergleichsverhandlung auf. Die Parteien könnten aber darüber informiert werden, dass am 22. Januar 2015 eine interne Beratung in dieser Sache terminiert worden sei (act. 80).

In ihrer unaufgeforderten Eingabe vom 19. Januar 2015 (Datum Poststempel; hierorts eingegangen am 20. Januar 2015; act. 81) nahm die Beklagte eine eigene Schadensberechnung offenbar gemäss den Vorgaben des Bundesgerichts vor und erklärte, dass die so errechnete Ersatzleistung von der Beklagten im Umfang von CHF 3'841'930.60 (die Beklagte erwähnte in ihrem Schreiben irrtümlich den Betrag von "CHF 3'0841'930.60", was ein offensichtliches Versehen darstellt; vgl. act. 81 Rz. 6) anerkannt werde; ferner sei ab 28. Juni 2001 bis zur Bezahlung ein Zins zu 5% geschuldet, was ebenfalls anerkannt werde (act. 81 Rz. 5 f.). Die Beklagte führte in ihrer Eingabe weiter aus, dass sie mit Valutadatum vom 19. Dezember 2014 einen Betrag von CHF 6'419'225.60 an die Klägerin bezahlt habe. Mit Valuta vom 19. Januar 2015 habe die Beklagte einen weiteren Betrag von CHF 11'299.20 an die Klägerin bezahlt (act. 81 Rz. 7 ff.). Es sei daher davon Vormerk zu nehmen, dass die Beklagte mit Valuta vom 19. Dezember 2014 einen Betrag von CHF 6'419'225.60 und mit Valuta vom 19. Januar 2015 einen Betrag

von CHF 11'299.20 an die Klägerin bezahlt habe; der Prozess sei als gegenstandslos geworden abzuschreiben (act. 81 S. 2).

Die Klägerin liess am 22. Januar 2015 während laufender Beratung telefonisch mitteilen, sie sei mit der beklagischen Berechnung gemäss heute bei ihr eingegangener Eingabe (act. 81) nicht einverstanden (Prot. S. 4).

Das Verfahren ist spruchreif.

III. (Prozessuales)

1. Zuständigkeit

Die örtliche und die sachliche Zuständigkeit des angerufenen Handelsgerichts sind unverändert gegeben und überdies unbestritten (vgl. act. 50 S. 4).

2. Anwendbares Prozessrecht

Der eidgenössischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Datum des Inkrafttretens: 1. Januar 2011) ist nicht ausdrücklich zu entnehmen, welches Recht zur Anwendung kommt, wenn die Rechtsmittelinstanz den angefochtenen Entscheid aufhebt und zur Fortsetzung des Hauptverfahrens oder Durchführung eines Beweisverfahrens an die untere Instanz zurückweist. Die Rückweisung bewirkt, dass der Prozess in die Lage zurückversetzt wird, in der er sich vor Ausfällung des angefochtenen Entscheids befunden hat. Das Verfahren vor der unteren Instanz ist somit nicht zum Abschluss gekommen, so dass für die Fortsetzung des Verfahrens bisheriges Recht weitergilt (Art. 404 Abs. 1 ZPO; BSK ZPO-Frei/Willisegger, Art. 404 N 13; Urteil des Bundesgerichts 4A_471/2011 vom 17. Januar 2012, E. 3.3). Für das vorliegende Verfahren hat dies zur Folge, dass es nach der zürcherischen Zivilprozessordnung (ZPO/ZH) und dem Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) fortzuführen ist.

3. Aktivlegitimation der Klägerin

3.1. Betreffend ihre Aktivlegitimation führt die Klägerin aus, der A._____ sei am 8. Oktober 2001 zunächst provisorische und am 5. Dezember 2001 definitive Nachlassstundung gewährt worden. Anlässlich der Gläubigerversammlung vom 13. Mai 2002 hätten die Gläubiger einen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung genehmigt und die B._____ AG als Liquidatorin gewählt. Das Bezirksgericht Bülach habe mit Verfügung vom 19. Juni 2002 den Nachlassvertrag bestätigt und die Wahl der Liquidatorin vorgemerkt. Anlässlich der Sitzung vom 22. Juni 2007 habe der Gläubigerausschuss seine Zustimmung zur Klageeinreichung gegenüber der Revisionsstelle erteilt. Die Klägerin, handelnd durch ihre Liquidatorin, sei demnach zur Anhebung der vorliegenden Klage legitimiert (act. 1 S. 7 Rz 10-12).

Die Beklagte bestreitet mit Nichtwissen, dass der Gläubigerausschuss am 22. Juni 2007 die Zustimmung zur Klageeinreichung gegenüber der Beklagten erteilt haben soll. Selbst aber wenn er damals einen solchen Beschluss gefasst haben sollte, habe er die Einleitung der heute zu beurteilenden Klage vom 18. Dezember 2008 gar nicht genehmigen können, da diese anlässlich der Beschlussfassung noch nicht vorgelegen habe. Sie sei erst im Laufe des Jahres 2008 vom Gegenanwalt ausgearbeitet worden. Ein gültiger Genehmigungsbeschluss liege somit nicht vor (act. 12 S. 63 Rz 317-319). Zu diesen beklagischen Ausführungen nimmt die Klägerin in der Replik keine Stellung.

3.2. Bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung ist die Wahl eines Gläubigerausschusses ebenso wie diejenige eines Liquidators zwingend (BSK SchKG II-Bauer/Hari/Jeanneret/Wüthrich, Art. 318 N 11). Der Nachlassvertrag muss Bestimmungen über die Abgrenzung der Befugnisse zwischen Gläubigerausschuss und Liquidatoren enthalten (Art. 318 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG), was in der Praxis jedoch selten vorkommt (so BSK SchKG II-Bauer/Hari/Jeanneret/Wüthrich, Art. 318 N 17). Von Gesetzes wegen müssen die Liquidatoren zur Führung von Prozessen keine Ermächtigung des Ausschusses einholen. Sieht der Nachlassvertrag keine anderslautenden Bestimmungen vor,

liegen solche Anordnungen in der ausschliesslichen Kompetenz der Liquidatoren, wobei der Ausschuss zu diesen Fragen höchstens beratend Stellung nimmt. In der Praxis ziehen es die Liquidatoren allerdings vor, die vorgängige Meinung des Ausschusses zu den das Liquidationsergebnis massgeblich beeinflussenden Anordnungen einzuholen (BSK SchKG II-Bauer/Hari/Jeanneret/Wüthrich, Art. 320 N 10). Dem Gesetz sind die Folgen eines Verstosses gegen einen Beschluss oder gegen Weisungen des Ausschusses durch die Liquidatoren nicht zu entnehmen. Nach einem älteren, zum Konkurs ergangenen Bundesgerichtsentscheid steht dem Gläubigerausschuss das Recht zu, bei der Aufsichtsbehörde Beschwerde gegen einen Beschluss zu führen, welchen die Konkursverwaltung ohne vorgängige Anhörung des Ausschusses gefasst hat (BGE 51 III 163). Dieser Entscheid ist analog auf den Nachlassvertrag anzuwenden (BSK SchKG II-Bauer/Hari/Jeanneret/Wüthrich, Art. 320 N 14). Die Klägerin trägt die Beweislast hinsichtlich ihrer Aktivlegitimation (Art. 8 ZGB).

Mit Verfügung des Bezirksgerichts Bülach vom 19. Juni 2002 wurde der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung bestätigt und die Wahl der B._____ AG als Liquidatorin sowie eines Gläubigerausschusses vorgemerkt (act. 4/4). Der von der Klägerin behauptete Umstand, der Gläubigerausschuss habe anlässlich der Sitzung vom 22. Juni 2007 seine Zustimmung zur Klageeinreichung gegenüber der Revisionsstelle erteilt, kann – muss aber nicht – eine entsprechende Kompetenzausscheidung im Nachlassvertrag bedeuten. Der Nachlassvertrag liegt nicht bei den Akten. Die Aktivlegitimation der Klägerin muss jedoch nicht in Frage gestellt werden. Ein Vorgehen der Liquidatorin ohne Mitwirkung des Gläubigerausschusses oder gegen dessen Ansicht führt nämlich nicht zu einer Nichtigkeit der betreffenden Handlungen der Liquidatorin; diese sind lediglich anfechtbar. Den Ausführungen der Beklagten ist aber nicht zu entnehmen, dass der Gläubigerausschuss bezüglich der Einleitung des vorliegenden Verfahrens durch die Liquidatorin bei der Aufsichtsbehörde Beschwerde geführt hätte. Auch ist den Akten nicht zu entnehmen, dass ein Gläubiger gegen das Vorgehen der Liquidatorin Einsprache im Sinne von Art. 320 Abs. 2 SchKG beim Gläubigerausschuss als dem Aufsichts- und Kontrollorgan über die Liquidatorin erhoben hätte (vgl. dazu BSK SchKG II-Bauer/Hari/Jeanneret/Wüthrich, Art. 320

N 16 f.). Weiter ist das Argument der Beklagten unbehelflich, wonach anlässlich der Sitzung vom 22. Juni 2007 eine erst danach – im Jahre 2008 – ausgearbeitete Klage gar nicht habe genehmigt werden können. Es kann nicht angehen, dass eine Genehmigung erst dann gültig erfolgen kann, nachdem eine entsprechende Klageschrift ausgearbeitet wurde und Kosten entstanden sind. Vielmehr muss es für eine Genehmigung reichen, wenn der Gläubigerausschuss über den Prozessgegenstand in Kenntnis gesetzt wird. Im Sinne vorstehender Ausführungen ist von der Aktivlegitimation der Klägerin auszugehen.

4. Massgeblichkeit des Rückweisungsentscheides

Hebt das Bundesgericht einen Entscheid auf und weist es die Sache zu neuer Beurteilung an die kantonale Instanz zurück, so wird der Streit in jenes Stadium vor der kantonalen Instanz zurückversetzt, in dem er sich vor Erlass des angefochtenen Entscheids befand. Die kantonale Behörde hat ihre neue Entscheidung auf die rechtlichen Erwägungen des bundesgerichtlichen Entscheids zu stützen. Wie weit die Gerichte und Parteien an die erste Entscheidung gebunden sind, ergibt sich aus der Begründung der Rückweisung, die sowohl den Rahmen für die neuen Tatsachenfeststellungen als auch jenen für die neue rechtliche Begründung vorgibt. Soweit das Bundesgericht sich nicht ausgesprochen hat, fällt die kantonale Instanz ihre neue Entscheidung frei, ohne an ihren ersten Entscheid gebunden zu sein (Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, § 104a N 35; BSK BGG-Werdt, Art. 107 N 9; BGE 135 III 334 E. 2 und 2.1).

Im Entscheid vom 16. Oktober 2014 erachtete das Bundesgericht die Beschwerde der Beklagten insoweit aber nur dort als begründet, wo es um die Zusammensetzung des für die Dividende zur Verfügung stehenden Betrags und demzufolge die Höhe des durch die Klägerin erlittenen Schadens geht (BGer 4A_138/2014 vom 16. Oktober 2014, E. 6.4). Weitere Rügen der Beklagten wies das Bundesgericht als unbegründet ab (BGer 4A_138/2014 vom 16. Oktober 2014, E. 3-5).

Es ist somit im Sinne bundesgerichtlicher Erwägungen vorliegend nur noch über die Höhe des erlittenen Schadens und – nach Massgabe des definitiven Verfahrensausgangs – über die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu entscheiden. Dabei werden die neuen Erwägungen in die entsprechenden Stellen des Urteils des Handelsgerichts vom 20. Januar 2014 (act. 74) eingefügt. Die unverändert übernommenen Stellen des Urteils vom 20. Januar 2014 werden in blauer Schrift dargestellt.

5. Prozessuale Erklärungen der Parteien

In ihrer unaufgeforderten Eingabe vom 19. Januar 2015 (act. 81) erklärte die Beklagte, sie *anerkenne* die eingeklagte Forderung im Umfang von CHF 3'841'930.60 zuzüglich Zins zu 5% seit 28. Juni 2001 bis zur Bezahlung (act. 81 Rz. 6; vgl. bereits vorstehend Ziff. II.). Die Klage ist daher in diesem Umfang als durch Anerkennung der Forderung erledigt abzuschreiben (Art. 241 ZPO). Die Eingabe der Beklagten vom 19. Januar 2015 (act. 81) ist der Klägerin mit dem Urteil zuzustellen. Die Klägerin erklärte sich mit der ihr zugestellten Kollegialkopie dieser Eingabe wie erwähnt als nicht einverstanden (Prot. S. 4).

Ferner beantragte die Beklagte in ihrer Eingabe vom 19. Januar 2015, es sei davon Vormerk zu nehmen, dass die Beklagte mit Valuta vom 19. Dezember 2014 einen Betrag von CHF 6'419'225.60 und mit Valuta vom 19. Januar 2015 einen Betrag von CHF 11'299.20 an die Klägerin bezahlt habe; der Prozess sei als gegenstandslos geworden abzuschreiben (act. 81 S. 2). Dem Zahlungsbeleg der Beklagten vom 19. Dezember 2014 (act. 82/1) ist nicht zu entnehmen, an wen sie die Zahlung effektiv geleistet hat. Das Handelsgericht kann daher auch nicht abschliessend prüfen, ob und an wen die Beklagte die Zahlung geleistet hat, weshalb auch eine Vormerknahme von den Zahlungen nicht möglich ist. Diese erübrigt sich jedoch auch, kann doch die Klage im vorstehend erwähnten Umfang als durch Anerkennung der Forderung erledigt abgeschrieben werden. Das Verfahren ist daher teilweise zufolge Anerkennung und nicht zufolge Gegenstandslosigkeit erledigt abzuschreiben.

Zur Beurteilung des Mehrbetrages des eingeklagten Anspruchs ist im Folgenden die neue Berechnung der Schadenshöhe vorzunehmen.

IV. (Sachverhalt)

1. Zum Cash Pooling im Allgemeinen

Zwecks besseren Verständnisses des im Anschluss darzustellenden Sachverhaltes wird an dieser Stelle die Funktionsweise des Cash Pooling veranschaulicht. Beim Cash Pooling führen verbundene Unternehmen die Soll- und Habensaldi ihrer Bankkonten bzw. ihre gesamte Liquidität automatisch auf ein zentrales Hauptkonto zusammen. Das Ziel ist die Ermöglichung einer effizienten Liquiditätsbewirtschaftung im Konzern sowie besserer Konditionen bei der Geldanlage und -ausleihe. In der Praxis wird zwischen dem Zero Balancing Cash Pooling und dem Notional Cash Pooling unterschieden. Beim Zero Balancing Cash Pooling führt jede Gruppengesellschaft ein eigenes Konto bei der den Pool betreuenden Bank, wobei die Saldi dieser Einzelkonten regelmässig auf ein zentrales Konto (Master Account) überführt werden, das auf den Namen derjenigen Konzerngesellschaft lautet, welche die Rolle der Pool-Führerin übernimmt. Beim Notional Cash Pooling hingegen verbleibt das Guthaben jeder Gruppengesellschaft auf ihrem eigenen Bankkonto; die Soll- und Habenbestände aller Gruppenkonti werden lediglich rechnerisch zusammengeführt, um auf der Nettoposition die entsprechenden Zinsen gutzuschreiben bzw. zu belasten (Blum, Cash Pooling: gesellschaftsrechtliche Aspekte, AJP 6/2005 S. 705).

2. Unbestrittener Sachverhalt

2.1. Im Jahre 1998 liess der E.____-Konzern durch externe Berater die Einführung eines Cash Pooling-Systems evaluieren (act. 13/34). Das vorliegend streitgegenständliche Zero Balancing Cash Pooling wurde zwischen der H.____ AG ("H.____") als der den Pool verwaltenden Bank und der E.____ mit Wirkung per 1. August 1999 eingerichtet (act. 4/10). Der vom E.____-Konzern praktizierte Cash Pool umfasste je einen Pool für die Währungen CHF, EUR und USD, an welchen zwischen 28 und 50 Gruppengesellschaften teilnahmen. Die

A._____ war sowohl am CHF-, EUR- wie auch am USD-Pool beteiligt. Als Pool-Führerin figurierte die zu diesem Zweck gegründete E._____ ... (NL) B.V. ("G._____"), eine Tochtergesellschaft der E._____ mit Sitz in den Niederlanden. Jede Pool-Teilnehmerin schloss mit der G._____ ein Reciprocal Framework Agreement ab, gemäss welchem sich die G._____ und die Konzerngesellschaften zur gegenseitigen Darlehensgewährung verpflichteten (act. 1 S. 16 f. Rz 46-50; act. 4/9 Artikel 1.1).

Die Pool-Teilnehmerinnen unterhielten bei der H._____ je ein Konto in der betreffenden Geldwährung, auf welches Zahlungen von Dritten eingingen und von welchem aus sie Zahlungen an Dritte tätigten. So wickelte auch die A._____ ihren gesamten Zahlungsverkehr über die drei Konten ab. Die G._____ als Pool-Führerin verfügte bei der H._____ ebenfalls über drei Konten in den Währungen CHF, EUR und USD (Master Accounts), welche ausschliesslich der Durchführung des Cash Pooling dienten (act. 1 S. 18 Rz 55 f.).

Am Ende eines jeden Buchungstags glich die H._____ sämtliche Teilnehmerkonten zu Gunsten bzw. zu Lasten des Master Account der G._____ derart aus, dass die Teilnehmerkonten täglich einen Null-Valutasaldo aufwiesen, dies indem ein positiver Tagessaldo des Teilnehmerkontos auf den Master Account überführt und umgekehrt ein negativer Tagessaldo des Teilnehmerkontos durch eine Gutschrift vom Master Account auf Null gestellt wurde. Die Transaktionen zwischen dem Master Account und dem Teilnehmerkonto begründeten entsprechende Forderungen der übertragenden an die empfangende Gesellschaft. Zwischen der A._____ und der G._____ bestand ein Kontokorrentverhältnis, in dessen Rahmen die gegenseitigen Forderungen verrechnet wurden. Diese Konstellation wird von der Klägerin anhand des folgenden Beispiels erläutert: Gingen an einem Tag auf dem CHF-Konto der A._____ bei der H._____ eine Zahlung von CHF 20'000.– und eine solche von CHF 10'000.– ein und wurde am gleichen Tag über dieses Konto ein Zahlungsauftrag von CHF 5'000.– ausgeführt, wurde der betreffende Tagessaldo auf dem CHF-Konto der A._____ bei der H._____ von CHF 25'000.– (CHF 20'000.– plus CHF 10'000.– minus CHF 5'000.–) bei Tagesschluss auf das CHF-Konto der G._____ bei der H._____ transferiert. Der Kontostand des CHF-

Kontos der A._____ bei der H._____ betrug nach diesem Transfer CHF 0.–. Die A._____ merkte sich eine Sollposition (Guthaben) gegenüber der G._____ von CHF 25'000.– vor. Erfolgte am nächsten Tag vom CHF-Konto der A._____ aus eine Zahlung von CHF 8'000.–, wurde der negative Tagessaldo auf dem CHF-Konto der A._____ von minus CHF 8'000.– bei Tagesschluss durch einen Übertrag von CHF 8'000.– vom CHF-Konto der G._____ bei der H._____ wieder auf Null gestellt. Die A._____ merkte sich eine Habenposition (Verpflichtung) gegenüber der G._____ von CHF 8'000.– vor. Insgesamt hatte die A._____ am Abend dieses Tages eine Forderung gegenüber der G._____ von CHF 17'000.– (CHF 25'000.– minus CHF 8'000.–) (act. 1 S. 18 f. Rz 57-59).

Gegenüber der H._____ war allein die G._____ an einem Guthaben auf dem Master Account berechtigt. Da zwischen der E._____ und der H._____ ein Notional Cash Pooling-Vertrag mit Pool-Teilnehmerinnen E._____ und G._____ bestand, bei welchem die E._____ als Pool-Führerin fungierte, konnte diese über Gelder auf dem Master Account verfügen (act. 1 S. 18 f. Rz 57 und 60).

2.2. Die A._____ schrieb im Jahr 2000 einen Gewinn von CHF 43.67 Mio. Nach Abzug des Verlustvortrags von rund CHF 14.5 Mio. aus dem Jahre 1999 verblieb ein Bilanzgewinn von rund CHF 29.17 Mio. Weiter wies sie ein Eigenkapital von insgesamt CHF 35.35 Mio. auf, welches sich wie folgt zusammensetzte (act. 23 S. 34; act. 4/12 S. 4):

Aktienkapital ("Share capital")	CHF Mio.	2.50
Agio ("Additional paid-in capital")	CHF Mio.	2.43
Allgemeine Reserve ("General reserve")	CHF Mio.	1.25
<u>Bilanzgewinn</u>	<u>CHF Mio.</u>	<u>29.17</u>
Total	CHF Mio.	35.35

Die Aktivseite der Abschlussbilanz der A._____ wies per Ende 2000 eine Position "Loans to fully-cons. companies" (Darlehen an vollkonsolidierte Unternehmen) in der Höhe von CHF 23.65 Mio. auf (act. 4/12 S. 3). Dieser Betrag umfasste eine Forderung der A._____ gegenüber der G._____ aus dem – oben dargestellten –

Zero Balancing Cash Pooling in der Höhe von rund CHF 16.5 Mio. sowie eine Forderung gegenüber der E._____ aus Festgeld-Anlagen in der Höhe von rund CHF 7.2 Mio. Bei den Festgeld-Anlagen der überschüssigen Liquidität handelte es sich um kurzfristige Darlehen (Short Term Deposits, STD) von mehr als 30 aber weniger als 365 Tagen Dauer an die E._____; diese erfolgten nicht über den Cash Pool (act. 12 S. 14 Rz 36; act. 23 S. 44 f.). Die beiden Darlehen waren mit hin solche, welche die A._____ innerhalb des E._____-Konzerns einer Schwes-tergesellschaft (G._____ als direkte Tochtergesellschaft der E._____; "cross-stream") und der Konzern-Muttergesellschaft bzw. der Grossmuttergesellschaft (die E._____ hielt 100% der Aktien der D._____ und diese wiederum 100% der Aktien der A._____; "up-stream") ausgerichtet hatte.

Gestützt auf den Bilanzgewinn von CHF 29.17 Mio. beantragte der Verwaltungsrat der Generalversammlung die Ausschüttung einer Dividende in der Höhe von CHF 28.5 Mio. Im Frühjahr 2001 prüfte die Beklagte den Jahresabschluss der A._____ per Ende Dezember 2000 und bestätigte die Gesetzmässigkeit und Statutenkonformität des Antrags des Verwaltungsrates. Sie hielt in ihrem Revisionsbericht vom 12. April 2001 zuhanden der Generalversammlung der A._____ abschliessend fest: "In our opinion, the accounting records and financial statements and the proposed appropriation of available earnings comply with Swiss law and the company's articles of incorporation." Der Verwaltungsratspräsident der A._____ schlug der Generalversammlung vom 20. April 2001 (Universalversammlung) vor, eine Dividende von CHF 28.5 Mio. auszuschütten, was von der Generalversammlung genehmigt wurde. Am 28. Juni 2001 erfolgte zugunsten der einzigen Aktionärin, der D._____, eine Gutschrift über den Cash Pool von CHF 28.5 Mio. (act. 1 S. 21 ff. Rz 71-79 und S. 56 Rz 199; act. 12 S. 68 f. Rz 357-362).

3. Nachfolgende Ereignisse

3.1. Begründet mit der anhaltenden Verschlechterung der Kreditwürdigkeit des E._____-Konzerns kündigte die H._____ am 10. September 2001 gegenüber der E._____ den Zero Balancing Cash Pooling-Vertrag per 31. Oktober 2001 und den Notional Cash Pooling-Vertrag per 31. Dezember 2001. Die Benachrichtigung der

Pool-Teilnehmerinnen erfolgte am 1. Oktober 2001, nachdem am Vortag noch sämtliche Konten der Pool-Teilnehmerinnen auf Null ausgeglichen worden waren. Mit Schreiben vom 4. Oktober 2001 hielt die H._____ gegenüber der E._____ fest, dass bei Tagesbeginn am 1. Oktober 2001 die Vereinbarung über das Zero Balancing Cash Pooling im gegenseitigen Einvernehmen rückwirkend per 30. September 2001 ausser Kraft gesetzt worden sei (act. 1 S. 19 f. Rz 61-65; act. 12 S. 29 Rz 142; act. 13/36; 13/38).

3.2. Die I._____, die F._____ und die Konzernmutter E._____ (sowie weitere Gesellschaften aus dem E._____-Konzern) befinden sich heute in Nachlassliquidation. Der A._____ wurde am 5. Dezember 2001 definitive Nachlassstundung gewährt. Über die G._____ wurde am 27. März 2002 der Konkurs eröffnet (act. 1 S. 7 Rz 10 und S. 20 Rz 65).

3.3. Das Prüfungsmandat der Beklagten endete mit der Prüfung der Jahresrechnung 2000. Vom Revisionsmandat im Hinblick auf die Jahresrechnung 2001 wurde sie im Juni 2001 entbunden (act. 12 S. 67 Rz 350).

V. (Parteistandpunkte)

1. Standpunkt der Klägerin

1.1. Die Klägerin macht geltend, die Beklagte habe sich mit ihrer vorbehaltlosen Genehmigung der beantragten Dividendenausschüttung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit haftbar gemacht. Der A._____ hätten Ende 2000 freie Mittel von CHF 29.17 Mio. zur Ausschüttung einer Dividende (Eigenkapital abzüglich Aktienkapital, Agio und Allgemeine Reserven) bzw. von CHF 30.42 Mio. zur Ausrichtung von Konzerndarlehen (Eigenkapital abzüglich Aktienkapital und Agio) zur Verfügung gestanden. Das für die Dividendenausschüttung verwendbare Eigenkapital der A._____ von CHF 29.17 Mio. sei zufolge der konzerninternen Darlehen im Umfang von CHF 23.65 Mio. bereits beansprucht gewesen, womit ein Betrag von CHF 5.49 Mio. [ausgehend von diesen Zahlen recte CHF 5.52 Mio.] verblieben sei, welcher der Aktionärin als Dividende hätte ausgeschüttet werden dürfen. Die Guthaben der A._____ gegenüber der G._____ aus dem

Cash Pool in der Höhe von rund CHF 16.5 Mio. und gegenüber der E._____ aus Festgeld-Anlagen in der Höhe von rund CHF 7.2 Mio. würden nämlich als Aktionärsdarlehen bzw. Darlehen an nahestehende Dritte in den Anwendungsbereich von Art. 680 Abs. 2 OR fallen und hätten daher bei der Festsetzung der Dividende vom verwendbaren Eigenkapital abgezogen werden müssen (act. 1 S. 31 Rz 110). In der Replik errechnet die Klägerin den als Dividende ausschüttbaren Betrag auf CHF 6.77 Mio., indem sie von dem für Aktionärsdarlehen verwendbaren Eigenkapital von CHF 30.42 Mio. die konzerninternen Darlehen von CHF 23.65 Mio. abzieht (act. 23 S. 34).

1.2. Die Pflichtverletzung der Beklagten habe dazu geführt, dass eine um rund CHF 23 Mio. (so gemäss Klageschrift, act. 1 S. 56 Rz 198) bzw. CHF 21.73 Mio. (neu berechnet in der Replik, act. 23 S. 33 Rz 120) zu hohe Dividende beschlossen und ausgeschüttet worden sei. Da die Dividende über den Cash Pool bezahlt worden sei, wären bei Unterbleiben der Pflichtverletzung die rund CHF 23 Mio. bzw. CHF 21.73 Mio. im Cash Pool verblieben und die Klägerin hätte heute eine um rund CHF 23 Mio. bzw. CHF 21.73 Mio. höhere Forderung gegenüber der G._____. Damit sei die Kausalität gegeben. Der eingetretene Schaden bestehe im Abschlagszahlungsausfall im Konkurs der G._____ auf der um rund CHF 23 Mio. bzw. CHF 21.73 Mio. höheren Forderung der Klägerin und belaufe sich auf CHF 4'519'500.– (act. 1 S. 57 Rz 203) bzw. CHF 4'068'330.50 (nach neuer Berechnung in der Replik, act. 23 S. 36 Rz 134).

1.3. Ausserdem habe die A._____ nicht über die notwendige Liquidität verfügt, um diese Dividende auszuzahlen. Die eingehende Liquidität habe sie jeden Abend in den Cash Pool abgeführt. Die benötigte Liquidität habe sie sich ebenfalls aus dem Cash Pool besorgt. Eine alternative Liquiditätsquelle habe ihr nicht zur Verfügung gestanden. Die Pool-Führerin G._____ habe jedoch über eine mangelhafte Bonität verfügt. Dementsprechend habe nicht darauf vertraut werden können, dass die G._____ die notwendigen flüssigen Mittel für die Dividendenzahlung würde bereitstellen können, und hätte die Beklagte darauf hinweisen müssen, dass die Ausschüttung einer Dividende mit der Liquiditätssituation nicht vereinbar sei (act. 1 S. 51 f., act. 23 S. 32 f.). Schliesslich

seien die Geldanlagen der A._____ bei den finanziell angeschlagenen Gesellschaften E._____ und G._____, welche 9.55% der Bilanzsumme ausgemacht hätten, nicht mehr uneingeschränkt werthaltig gewesen, weshalb diese hätten wertberichtigt werden müssen. In diesem Zusammenhang macht die Klägerin einen Teilbetrag von CHF 4'519'500.– geltend (act. 1 S. 53 ff.; act. 23 S. 25 ff.).

2. Standpunkt der Beklagten

2.1. Die Beklagte macht geltend, die Klägerin habe gegenüber ihrer Aktionärin einen Rückerstattungsanspruch für die zu viel bezahlte Dividende gehabt. Indem sie diesen nicht richtig durchgesetzt habe, sei sie ihrer Schadensminderungspflicht nicht nachgekommen, weshalb es überhaupt an einem Schaden mangle (act. 12 S. 10 Rz 10 ff.).

2.2. Die A._____ habe per 31. Dezember 2000 über ein ausreichendes Eigenkapital zur Ausschüttung einer Dividende von CHF 28.5 Mio. verfügt. Einerseits, weil die Darlehen an die E._____ und die G._____ keine verpönten Aktionärsdarlehen dargestellt hätten und somit bei der Bestimmung der Höhe der Dividende nicht hätten berücksichtigt werden müssen, und andererseits, weil die A._____ diese Darlehen mit Schulden gegenüber anderen Poolteilnehmern habe verrechnen können (act. 12 S. 11 Rz 14).

2.3. Zudem seien spätestens im Zeitpunkt der Abgabe des Revisionsberichts durch die Beklagte die per 31. Dezember 2000 als Aktionärsdarlehen bezeichneten Forderungen gegen die E._____ und die G._____ vollständig getilgt gewesen. Damit sei vor der ordentlichen Generalversammlung der A._____ vom 20. April 2001 das Eigenkapital wieder frei und zur Dividendenausschüttung verfügbar geworden (act. 12 S. 11 Rz 15).

2.4. Neben der A._____ sei auch deren Alleinaktionärin, die D._____, Teilnehmerin des Cash Pools gewesen. Sie habe daher ihre Dividende über den Cash Pool beziehen müssen und habe dies auch getan. Aufgrund der Verrechnungsmöglichkeit im Cash Pool sei daher abzusehen gewesen, dass die

Forderung der A._____ gegenüber der G._____ aus dem Cash Pool (soweit sie im Zeitpunkt der Entstehung der Dividendenforderung noch bestehen würde) mit der Dividendenschuld teilverrechnet und damit getilgt würde (act. 12 S. 11 Rz 16, S. 57 Rz 282 f.). Die A._____ sei berechtigt gewesen, zur Bezahlung der Dividende ihre Forderung gegen die G._____ einzusetzen und die D._____ habe diese an Zahlungsstatt annehmen müssen. Jedenfalls im Umfang der Forderung der A._____ gegen die G._____ habe auf irgendeine andere Liquidität daher nicht zurückgegriffen werden müssen. Die Liquidität habe folglich bei der Beurteilung des Dividendenantrags kein Problem dargestellt (act. 12 S. 11 Rz 17, S. 57 Rz 284).

2.5. Schliesslich macht die Beklagte zum Kausalzusammenhang im Sinne eines rechtmässigen Alternativverhaltens geltend, dass die Klägerin, wenn sie eine tiefere Dividende ausgeschüttet hätte, den Restbetrag nicht in den Cash Pool gelegt, sondern der E._____ als zusätzliche Short Term Deposits (STD) überlassen hätte, womit sich nicht ihre Forderung gegenüber der G._____, sondern diejenige gegenüber der E._____ im entsprechenden Betrag erhöht hätte. Damit wäre für die Schadenshöhe auf die hypothetische zusätzliche Konkursdividende der klägerischen Forderungen im Konkurs der E._____ abzustellen, welche bedeutend tiefer liege als bei der G._____ (act. 12 S. 61 f. Rz 303 ff.).

VI. (Materielles)

1. Voraussetzungen der Revisionshaftung im Allgemeinen

Durch das Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Änderungen des Obligationenrechts wurden die Bestimmungen über die Revisionsstelle revidiert. Das Gesetz ist am 1. Januar 2008 in Kraft getreten. Die hier zu diskutierenden Prüfungshandlungen der Beklagten sind in den Jahren 2000 bzw. 2001 erfolgt und demnach gemäss dem früheren Recht zu beurteilen (Art. 7 der Übergangsbestimmungen der Änderung vom 16. Dezember 2005). Massgebend sind somit Art. 727 ff. aOR für die Prüfungspflichten und Art. 755 aOR und für die

Verantwortlichkeit der Revisionsstelle. Gemäss Art. 755 aOR, welcher bei der Revision unverändert blieb und Art. 755 OR entspricht, sind alle mit der Prüfung der Jahres- und Konzernrechnung 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. Haftungsvoraussetzungen sind also die folgenden: Schaden, Pflichtverletzung, natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang zwischen Schaden und Pflichtverletzung, Verschulden.

2. Verhältnis der Verantwortlichkeitsklagen (Art. 754 ff. OR) und der Rückerstattungsklage (Art. 678 OR)

2.1. Unter dem Titel der Verletzung der Obliegenheit zur Schadensminderung macht die Beklagte geltend, die Verantwortlichkeitsansprüche gemäss Art. 754 ff. OR seien gegenüber der Rückerstattungsklage im Sinne von Art. 678 OR subsidiär (act. 12 S. 33 f. Rz 161). Die Voraussetzungen für die Rückerstattungsklage im Sinne von Art. 678 Abs. 1 OR (ungerechtfertigter Empfang einer Dividende, böser Glaube des Empfängers) seien – gestützt auf die klägerische Sachdarstellung – vorliegend erfüllt gewesen (act. 12 S. 35 ff. Rz 167-177). Der Rechtsanspruch der Klägerin gegen die D._____ auf Rückerstattung der ungerechtfertigt ausgeschütteten Dividende sei auch erfüllbar gewesen, da das Vermögen der Anspruchsgegnerin D._____ seit der Fusion separat verwaltet worden sei und nun eine separate Masse mit einem Aktivenüberschuss von rund CHF 62.2 Mio. zur Verfügung stehe (act. 12 S. 37 Rz 178-181). Die Klägerin habe im Kollokationsprozess gegen die D._____ aber bloss eine Forderung von CHF 10 Mio. (statt einer solchen von mindestens CHF 23 Mio.) geltend gemacht und zudem diesen Anspruch in erster Linie mit der Deliktspauliana, eventualiter auch mit Art. 678 Abs. 1 OR begründet. Die Klage zeige die Zumutbarkeit der Schadensminderung, und bei Gutheissung wäre ein Schaden entfallen (act. 12 S. 38 f. Rz 184-188). Die Klägerin habe unsorgfältig prozessiert (den bösen Glauben nicht behauptet) und nun sei der Anspruch als im Kollokationsprozess abgewiesen präjudiziert. Einer neuerlichen Geltendmachung stünde zudem die Einrede der Verjährung entgegen (act. 12 S. 39 ff. Rz 189-199). Die Verletzung

der Schadensminderungspflicht sei Teil der Schadensberechnung (und nicht der Schadenersatzbemessung), sodass vorliegend ein Schaden gänzlich wegfallen (act. 12 S. 31 f. Rz 153).

Die Klägerin führt aus, die Beklagte gehe fehl, wenn sie geltend mache, die Obliegenheit zur Schadensminderung sei ein Problem der Schadensberechnung. Gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung des Bundesgerichts falle die Schadensminderungspflicht unter Art. 44 Abs. 1 OR und sei (lediglich) im Rahmen der Schadenersatzbemessung zu berücksichtigen. Zudem habe die Klägerin die Wahl, ob sie eine Verantwortlichkeitsklage erheben oder eine Rückforderungsklage anstrengen wolle; die von der Beklagten angerufene Lehrmeinung Luterbachers werde von der herrschenden Lehre abgelehnt. Zwischen der Verantwortlichkeitsklage und der Rückforderungsklage bestehe Alternativität (Konkurrenz). Auch wäre nach Ansicht der Klägerin eine Rückforderungsklage zufolge Fehlens der Bösgläubigkeit der Aktionärin aussichtslos gewesen (act. 23 S. 39 ff. Rz 149-160).

2.2. Art. 44 OR bestimmt, dass der Richter die Ersatzpflicht ermässigen oder ganz von ihr entbinden kann, wenn der Geschädigte in die schädigende Handlung eingewilligt hat, oder Umstände, für die er einstehen muss, auf die Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens eingewirkt haben. Dementsprechend wird die Obliegenheit zur Schadensminderung gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung bei der Bemessung des Schadenersatzes berücksichtigt (BSK OR I-Heierli/Schnyder, Art. 44 N 13, 16; Roland Brehm, in: Berner Kommentar, 3. Auflage, 2006, Art. 44 N 48 f. m.w.H.). Eine allfällig unterlassene Schadensminderung seitens der Klägerin wäre also nicht bei der Existenz bzw. der Höhe des Schadens, sondern bei der Bemessung des Schadenersatzes zu berücksichtigen.

2.3. Nach einer neuen Lehrmeinung von Kurer fallen Zahlungen, welche das Verbot der Kapitalrückgewähr verletzen, schon gar nicht in den Anwendungsbereich von Art. 678 OR. Denn die Rückforderungsklage nach Art. 678 OR bezieht sich nach klarem Gesetzestext auf ungerechtfertigte Gewinnausschüttungen, nicht aber auf Kapitalrückzahlungen. Nach dieser Ansicht

führt ein Verstoss gegen das Verbot der Einlagerückgewähr zur absoluten Nichtigkeit der entsprechenden Transaktion mit der Folge, dass ein nachträgliches Non-versé entsteht und die Einlagepflicht des Aktionärs mit sofortiger Fälligkeit wieder auflebt. Dort wird auf die Unverjährbarkeit dieser Forderung hingewiesen, wobei das Bundesgericht dies anders sieht und die Zehnjahresfrist von Art. 127 OR anwendet (BSK OR II-Kurer, Art. 680 N 17 ff., insbesondere N 26 und N 28 m.w.H. und gegen das HWP 1354, ferner Art. 678 N 4). Die weiteren bekannten Autoren nehmen soweit ersichtlich zu dieser Frage nicht Stellung.

Nach Ansicht von Forstmoser steht der Rückerstattungsanspruch für ungerechtfertigte Bezüge in Konkurrenz zu den Verantwortlichkeitsansprüchen. Rückerstattung gemäss Art. 678 f. OR und Schadenersatz gemäss Art. 754 ff. OR können – wenn je die besonderen Voraussetzungen erfüllt sind – nebeneinander geltend gemacht werden. Zu beachten ist, dass durch die Rückerstattung allenfalls der Schaden vermindert wird, was bei der Verantwortlichkeitsklage zu berücksichtigen ist (Forstmoser, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit: die Haftung der mit der Verwaltung, Geschäftsführung, Kontrolle und Liquidation einer AG betrauten Personen, 2. Auflage, 1987, N 627). Nach Ansicht von Böckli steht die Rückerstattungsklage mit der Verantwortlichkeitsklage in einem schwierigen Verhältnis der Interaktion, welches sich weder mit dem Ansatz der Alternativität (d.h. Konkurrenz im Sinne Forstmosers) noch der Subsidiarität (also durch den "Zauberstab" eines einzigen Begriffs) lösen lässt. Durch die vollzogene Rückerstattung wird der Schaden der Gesellschaft ausgeglichen oder jedenfalls stark vermindert, was auf die Subsidiarität der Verantwortlichkeitsklage hindeuten müsste. Es wäre aber prozesstechnisch unzumutbar, wenn die Gesellschaft bzw. der für sie klagende Aktionär zuerst die Empfänger einklagen müsste und dann in einem anderen Prozess diejenigen, die für den durch die Rückerstattung nicht abgeholten Schaden im Verwaltungsrat verantwortlich sind. Es muss ein gesamthafte Vorgehen ohne nachteilige Folgen für den Kläger in analoger Anwendung von Art. 759 Abs. 2 OR möglich sein (Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, § 12 N 567).

Folgt man der Auffassung von Kurer, stellt sich die Frage des Verhältnisses von Art. 678 OR und Art. 754 ff. OR schon gar nicht. Der Anspruch auf Einzahlung des Aktienkapitals ist diesfalls bisher nicht verjährt und auch nicht – nicht einmal für das Nachlassverfahren – beurteilt. Folgt man den Voten von Forstmoser und Böckli zugunsten der Alternativität bzw. zugunsten des gleichzeitigen Vorgehens der Gesellschaft, welche sich übrigens nicht auf den Fall beschränken, dass die Pflichtigen aus Art. 678 und Art. 754 ff. OR die gleichen Personen sind (ansonsten würde insbesondere Böcklis Hinweis auf Art. 759 Abs. 2 OR keinen Sinn machen, ist doch dort die Klage auf Erstattung des Gesamtschadens gegen mehrere Beteiligte geregelt), so dringt die Beklagte mit ihrem Argument der Subsidiarität der Verantwortlichkeitsklage nicht durch.

Wenn aber die Klägerin nicht gehalten war, überhaupt oder zuerst die Rückforderungsklage anzustrengen, kann die Beklagte aus dem Verlauf des Kollokationsprozesses auch nichts (Entscheidendes) für sich ableiten.

Hinzu kommt – bei allfälliger Anwendbarkeit von Art. 678 OR – Folgendes: Wie die Beklagte zu Recht ausführt, wird im Rahmen der Kollokationsklage nicht über den materiellen Anspruch entschieden (act. 12 S. 41 f. Rz 194). Im Kollokationsprozess geht es nur um die Frage, inwieweit ein Gläubiger Anspruch auf den Erlös aus der Liquidation der Aktiven des Gemeinschuldners haben soll, nicht aber um die rechtskräftige Beurteilung seiner Forderung als solcher. Das Urteil wirkt daher grundsätzlich nur im entsprechenden Vollstreckungsverfahren (Thomas Sprecher, in Kurzkommentar SchKG, Art. 250 N 1 m.H.a. weitere Autoren und BGE 103 III 49 E. 1a, BGE 119 III 126). Sollte tatsächlich – wie die Beklagte ausführt (act. 12 S. 37 f. Rz 181) – ein Aktivenüberschuss von rund CHF 62.2 Mio. aus der separaten Masse für die D. _____ vorhanden sein, könnte die Klägerin die materielle Beurteilung der Forderung grundsätzlich noch herbeiführen.

Schliesslich ist immerhin festzuhalten, dass – wie zu zeigen sein wird – die Beklagte mit der Gutheissung des Antrages auf Dividendenzahlung natürlich und adäquat kausal dafür gesorgt hat, dass eine die zulässige Höhe übersteigende Dividende an die Aktionärin ausbezahlt werden konnte. Auch unter dem

Gesichtspunkt der Sachnähe erschiene es eigenartig, wenn die Klägerin sich zuerst an den durch beklagtische Fehlleistungen Begünstigten zu halten hätte.

2.4. Es ist festzuhalten, dass das beklagtische Argument des fehlenden Schadens aufgrund einer Verletzung der Obliegenheit zur Schadensminderung nicht stichhaltig ist, weil die Klägerin nicht gehalten war, überhaupt oder zumindest zuerst die Rückforderungsklage gegen die D._____ anzustrengen und die Verletzung der Obliegenheit ohnehin erst bei der Schadenersatzbemessung zu berücksichtigen wäre.

3. Schaden

3.1. In der Klageschrift macht die Klägerin als Schaden einen (bis heute) erlittenen „Abschlagszahlungs-Ausfall“ in der Höhe von CHF 4'519'500.– geltend. Sie begründet diesen damit, dass ihre Forderung gegenüber der konkursiten G._____ als Pool-Führerin des konzerninternen Zero Balancing Cash Pools um rund CHF 23 Mio. höher wäre, wenn die Beklagte nicht eine unzulässige Gewinnausschüttung in dieser Höhe an die D._____ genehmigt hätte, welche in der Folge über den Zero Balancing Cash Pool an die D._____ ausgeschüttet wurde. Wenn die Forderung der Klägerin gegenüber der G._____ um rund CHF 23 Mio. höher wäre, hätte die Klägerin im Konkurs der G._____ bis heute Abschlagszahlungen von 19.65% von diesen CHF 23 Mio. erhalten (act. 1 S. 56 f. Rz 198-203). In der Replik nimmt die Klägerin erneut eine Berechnung des Schadens aus „Abschlagszahlungs-Ausfall“ vor, indem sie von dem unter Art. 680 Abs. 2 OR für Aktionärsdarlehen verwendbaren Kapital von CHF 30.42 Mio. ausgeht und davon den für die Darlehen beanspruchten Betrag von CHF 23.65 Mio. abzieht (ergibt CHF 6.77 Mio.), womit die Dividendenausschüttung im Umfang von CHF 21.73 Mio. (CHF 28.5 Mio. minus CHF 6.77 Mio.) unzulässig gewesen sei. Auf eine um diesen Betrag höhere Forderung gegenüber der konkursiten G._____ hätte sie bis heute Abschlagszahlungen von 19.2% der höheren Forderung erhalten, anstelle von 19.4% von ihrer heute tieferen Forderung. Der neu errechnete Schaden betrage CHF 4'068'330.50 (act. 23 S. 33 ff.).

Da eventualiter davon auszugehen sei, dass die A._____ mit den nicht als Dividende ausbezahlten Mitteln Schulden zurückbezahlt hätte, macht die Klägerin eventualiter einen Schaden aus Nichtverminderung der Passiven geltend, und zwar einstweilen einen Teilbetrag von CHF 4'519'500.– (act. 23 S. 36 f. Rz 135 ff.). Der A._____ sei auch insofern ein Schaden entstanden, als wegen der pflichtwidrig unterlassenen Wertberichtigungen auf den Darlehensforderungen eine zu hohe Dividende ausgeschüttet worden sei. Insoweit der eingeklagte Betrag nicht schon unter einem anderen Titel zugesprochen werden kann, macht die Klägerin diesbezüglich ebenfalls einen Teilbetrag von CHF 4'519'500.– geltend (act. 23 S. 37 f. Rz 138 ff.).

3.2. Die Beklagte bestritt in der Klageantwort die Höhe des Schadens mit dem Argument, der auf eine einzelne Forderung entfallende Dividendenbetrag im Konkurs der G._____ verändere sich mit dem Gesamtbetrag der zugelassenen Forderungen, so dass auf eine Mehrforderung von CHF 23 Mio. nicht ebenfalls eine Dividende von 19.65% entfallen wäre, wie dies die Klägerin noch in der Klageschrift geltend gemacht hatte (act. 12 S. 61 Rz 301). Die von der Klägerin in der Replik neu vorgenommene Berechnung wurde von der Beklagten hingegen nicht mehr bestritten (act. 44 S. 40 f.). Die Berechnungsweise des von der Klägerin geltend gemachten Dividendenausfalls im Konkurs der G._____ gilt somit als von der Beklagten anerkannt.

3.3. Die Dividendenausschüttung von CHF 28.5 Mio. überschreitet die im Sinne bundesgerichtlicher Erwägungen neu errechnete Höhe der zulässigen Dividendenausschüttung von CHF 7.95 Mio. (vgl. dazu unten Ziffer 5.1.3) um CHF 20.55 Mio. Diese Zahl ist der von der Klägerin in der Replik vorgenommenen (act. 23 S. 35 f.) – und von der Beklagten anerkannten – Berechnungsweise des Dividendenausfalls im Konkurs der G._____ zugrunde zu legen.

Ausgehend von einer um CHF 20.55 Mio. bzw. EUR 13.79 Mio. höheren Konkursforderung der Klägerin (anstatt CHF 21.73 Mio. bzw. EUR 14.58 Mio., vgl. act. 23 S. 35 Rz 130) und der im Konkurs der G._____ kollozierten Forderungen von EUR 1'347'687'819.– ergibt sich neu ein Gesamtausstand der G._____ (vor Abschlagszahlungen) von rund EUR 1'361'477'819.– (anstatt

EUR 1'362'267'819.–, vgl. Rz 131). Die Höhe bisheriger Abschlagszahlungen von EUR 261'451'437.– macht 19.2% dieses Gesamtausstandes aus (vgl. Rz 132). Die Klägerin hätte auf ihrer im Konkurs der G._____ kollozierten Forderung von EUR 34'788'402.06 bisher Abschlagszahlungen von 19.2% und damit von insgesamt EUR 6'679'373.20 erhalten. Dies macht EUR 69'576.80 (bzw. CHF 103'669.40) weniger aus, als die Klägerin mit EUR 6'748'950.– tatsächlich erhalten hat. Beim zusätzlichen Ausstand von CHF 20.55 Mio. bzw. EUR 13.79 Mio. würden die Abschlagszahlungen im Umfang von 19.2% EUR 2'647'680.– bzw. CHF 3'945'600.– (anstatt EUR 2.8 Mio. bzw. CHF 4.172 Mio., vgl. Rz 133) betragen. Zieht man von den CHF 3'945'600.– die CHF 103'669.40 ab, ergibt sich ein Schaden in der Form eines Abschlagszahlungsausfalls von CHF 3'841'930.60 (anstatt CHF 4'068'330.50, vgl. Rz 133 f.). Diese – unabhängig von und vorgängig zur beklagischen Eingabe vom 19. Januar 2015 (act. 81) erfolgte – Berechnung der Schadenshöhe deckt sich im Ergebnis auch mit der Berechnung der Beklagten, welche diese in ihrer unaufgeforderten Eingabe vom 19. Januar 2015 vorgenommen hat (vgl. act. 81, insb. Rz. 5 f.).

Diese Schadenshöhe ist für die von der Klägerin geltend gemachte Pflichtverletzung der Gutheissung der Dividendenausschüttung trotz Fehlens von verwendbarem Eigenkapital (vgl. dazu unten Ziffer VI. 5.1) massgebend.

3.4. An dieser Stelle ist auf die beklagischen Vorbringen in der Eingabe vom 11. März 2013 einzugehen, mit der sie geltend macht, dass das Handelsgericht trotz der Aufhebung des gesamten Urteils an die in seinem Urteil vom 9. März 2012 festgestellte, vom klägerischen Rechtsbegehren in der Beschwerde abweichende Schadenshöhe von CHF 4'068'330.50 gebunden sei, da das Bundesgericht im Differenzbetrag zu CHF 4'519'500.– auf die Beschwerde nicht eingetreten sei (act. 56 S. 4 f. Rz 11 f.). In ihrer Beschwerde ans Bundesgericht beantragte die Klägerin, die Beklage sei zur Bezahlung von CHF 4'519'500.– zuzüglich 5% Zins seit 20. April 2001 zu verurteilen. Das Bundesgericht erwog, dass nach unbestrittener Feststellung der Vorinstanz die Klägerin ohne die behauptete Pflichtverletzung eine um CHF 4'068'330.50 höhere Konkursdividende erhalten hätte. Da der Beschwerde keine Begründung für den im Rechtsbegehren

angeführten höheren Betrag zu entnehmen sei, sei insoweit auf die Beschwerde nicht einzutreten. Da die Sachverhaltsfeststellungen im angefochtenen Urteil jedoch nicht für einen reformatorischen Entscheid ausreichen, sei die Sache im Falle der Gutheissung ohnehin an die Vorinstanz zurückzuweisen (BGer 4A_248/2012 vom 7. Januar 2013, E. 1.2).

Auf den Umfang der Bindung der Vorinstanz wurde schon oben hingewiesen; dieser ergibt sich aus der Begründung der Rückweisung (vgl. Ziffer III. 4). Hinsichtlich der Schadenshöhe ist zu berücksichtigen, dass im angefochtenen Urteil des Handelsgerichts vom 9. März 2012 eine eingehende Auseinandersetzung mit den verschiedenen geltend gemachten Schadensarten nicht stattgefunden hat. Es ist nämlich so, dass die Klägerin in der Replik lediglich den im Zusammenhang mit der Verletzung von Rückgewährvorschriften geltend gemachten Schaden neu auf CHF 4'068'330.50 errechnet. Im Zusammenhang mit dem Schaden aus Nichtverminderung der Passiven sowie dem Schaden als Folge pflichtwidrig unterlassener Wertberichtigungen auf den Darlehensforderungen macht sie in der Replik weiterhin – einstweilen als Teilbetrag – CHF 4'519'500.– geltend (act. 23 S. 36 f. Rz 135 ff.). Vor diesem Hintergrund kann nicht von einer unbestrittenen Feststellung des Schadens durch die Vorinstanz gesprochen werden. Eine Auseinandersetzung mit der Schadenshöhe erfolgte – mangels Anlass – auch durch das Bundesgericht nicht. Vielmehr wies das Bundesgericht die Sache an die Vorinstanz zurück. Dies tat es nicht gestützt auf Art. 107 Abs. 2 BGG, sondern in Anwendung von Art. 112 Abs. 3 BGG, damit die Vorinstanz "den rechtserheblichen Sachverhalt erhebe und neu entscheide" (BGer 4A_248/2012 vom 7. Januar 2013, E. 6). Da die Vorinstanz zur Erhebung des rechtserheblichen Sachverhalts angewiesen wurde, hat eine Beschränkung des Schadens auf CHF 4'068'330.50 nicht zu erfolgen.

3.5. Der Schaden aus "Abschlagszahlungs-Ausfall" beruht auf der Begründung, dass bei einem Ausbleiben der Gewinnausschüttung die Forderung der Klägerin gegenüber der Pool-Führerin um rund CHF 23 Mio. bzw. CHF 21.73 Mio. höher gewesen wäre. Da das Vorliegen des Schadens aus "Abschlagszahlungs-Ausfall" bejaht wird und – wie zu zeigen sein wird – eine diesbezügliche Haftung der

Beklagten vorliegt, muss der von der Klägerin eventualiter ins Feld geführte Schaden aus Nichtverminderung der Passiven (vgl. oben Ziffer 3.1) verneint werden, da dieser auf der – der oben genannten Sachverhaltskonstellation widersprechenden – Begründung beruht, dass die A._____ mit den nicht als Dividende ausbezahlten Mitteln Schulden zurückbezahlt hätte. Beide Schäden können nicht gleichzeitig vorliegen: Hätte die A._____ das Geld für die Schuldentrückzahlung gebraucht, wäre die klägerische Forderung gegenüber der Pool-Führerin nicht – wie für den Schaden aus "Abschlagszahlungs-Ausfall" geltend gemacht – um rund CHF 23 Mio. bzw. CHF 21.73 Mio. höher.

3.6. Im Zusammenhang mit dem von der Klägerin subeventualiter vorgebrachten Schaden bzw. der Haftung als Folge pflichtwidrig unterlassener Wertberichtigungen auf den Darlehensforderungen wird auf die Ausführungen zur Pflichtverletzung verwiesen (unten Ziffer 5.3, insb. 5.3.3).

4. Short Term Deposit

4.1. Die Beklagte behauptet, die Nettoschuld der E._____ gegenüber der A._____ habe sich per Bilanzstichtag lediglich auf CHF 4'398'282.64 belaufen (und nicht auf CHF 7'183'055.54), da die A._____ der E._____ aus Lieferungen und Leistungen einen Betrag von umgerechnet CHF 2'784'772.90 geschuldet habe (act. 12 S. 22 f. Rz 94).

Die Klägerin bestreitet dies und macht geltend, die Darlehensforderung der A._____ gegenüber der E._____ von rund CHF 7 Mio. und die Verpflichtung der A._____ gegenüber der E._____ von rund CHF 2.5 Mio. habe per 31. Dezember 2000 nicht verrechnet werden können, weil es an der Fälligkeit der Gegenforderung der A._____ gefehlt habe (act. 23 S. 31 Rz 109). Diese Behauptung gilt als unbestritten (act. 35 S. 5 f. Rz 10 ff. i.V.m. act. 44 S. 6 f.).

4.2. Während es genügt, dass die eigene Schuld des Verrechnenden erfüllbar ist, muss die Schuld des Verrechnungsgegners fällig sein, damit man ihre Erfüllung mittels Verrechnung bewirken kann, mit anderen Worten muss die Verrechnungsforderung fällig und die Hauptforderung erfüllbar sein (BSK OR I-

Peter, Art. 120 N 4). Die Verrechnung führt zum Erlöschen der Verrechnungs- und der Hauptforderung zu dem Teil, als sie sich wertmässig decken. Die Verrechnung wirkt auf den Zeitpunkt zurück, in dem dem Verrechnenden die fällige, durchsetzbare Verrechnungsforderung gegen den Verrechnungsgegner und diesem die erfüllbare Hauptforderung gegen den Verrechnenden zustanden (BSK OR I-Peter, Art. 124 N 5). Die Beklagte beschränkt sich darauf zu behaupten, die Nettoschuld der E._____ gegenüber der A._____ habe sich per Bilanzstichtag lediglich auf CHF 4'398'282.64 belaufen, da die A._____ der E._____ aus Lieferungen und Leistungen einen Betrag von umgerechnet CHF 2'784'772.90 geschuldet habe. Nähere Ausführungen hinsichtlich der Verrechnung macht die Beklagte nicht. So macht sie nicht geltend, dass die A._____ oder die E._____ Verrechnung erklärt hätten bzw. eine Verrechnung möglich war. Angesichts der unbestritten gebliebenen Behauptung der Klägerin, dass ihre Gegenforderung nicht fällig war, sowie der fehlenden eingehenderen Ausführungen der Beklagten zur Verrechenbarkeit der Forderungen ist die von der Beklagten behauptete Gegenforderung von der Schuld der E._____ gegenüber der A._____ aus STD nicht in Abzug zu bringen.

5. Pflichtverletzung

Unter dem Titel Pflichtverletzung wirft die Klägerin der Beklagten einerseits vor, dass sie im Rahmen der Revision des Jahresabschlusses 2000 hinsichtlich der beantragten Ausschüttung der Dividende von CHF 28.5 Mio. nicht auf den Verstoss gegen das Verbot der Einlagerückgewähr gemäss Art. 680 Abs. 2 OR aufmerksam gemacht bzw. die Dividendenausschüttung trotz Fehlens von verwendbarem Eigenkapital gutgeheissen habe. Andererseits habe sie auf das Fehlen der nötigen Liquidität für die Dividendenausschüttung nicht hingewiesen und es zudem unterlassen, die Notwendigkeit von Wertberichtigungen auf den Konzernforderungen festzustellen, sodass der Jahresgewinn 2000 in der Abschlussbilanz zu hoch ausgewiesen worden sei (act. 1 S. 24 Rz 83).

5.1. Gutheissung des Antrags auf Dividendenausschüttung trotz Fehlens von verwendbarem Eigenkapital

5.1.1. Zum erstgenannten Vorwurf führt die Klägerin Folgendes aus: Gemäss Abschlussbilanz der A._____ habe die A._____ per Ende 2000 auf der Passivseite für eine Dividendenausschüttung verwendbares Eigenkapital von CHF 29.17 Mio. ausgewiesen. Auf der Aktivseite der Bilanz seien unter dem Titel kurzfristige Darlehen mit einer Laufzeit von weniger als einem Jahr konzerninterne Darlehen von CHF 23.65 Mio. (CHF 16.45 Mio. Guthaben gegen G._____ aus Cash Pooling, CHF 7.2 Mio. Guthaben gegen E._____ aus Festgeld-Anlagen) ausgewiesen worden. Diese konzerninternen Darlehen hätten wegen des Verbots der Einlagenrückgewähr nur aus freien Mitteln ausgerichtet werden dürfen. Angesichts dieser Sachlage sei das für eine Dividendenausschüttung verwendbare Eigenkapital bereits in der Höhe von CHF 23.65 Mio. blockiert gewesen und hätte daher nur noch eine Dividendenausschüttung im Betrag von CHF 5.49 Mio. [recte: 5.52 Mio.] vorgenommen werden dürfen. Dementsprechend wirft die Klägerin der Beklagten vor, bei Gutheissung des Antrages auf Dividendenausschüttung das Verbot der Einlagenrückgewähr im Zusammenhang mit konzerninternen Darlehen nicht berücksichtigt zu haben (act. 1 S. 26 ff. Rz 90-112; Berechnung korrigiert in act. 23 S. 34).

Die Beklagte macht demgegenüber geltend, es liege durch Darlehen an die E._____ und G._____ keine Einlagenrückgewähr vor. Sie behauptet, das ausschüttbare Eigenkapital habe CHF 30.42 Mio. betragen (Gewinn plus Reserven), die Darlehen seien nicht an einen direkten Aktionär geflossen (sondern an die "Grossmutter" [E._____ als Aktionärin der D._____, diese als Aktionärin der A._____] und an die Schwester-Gesellschaft [G._____ als direkte Tochtergesellschaft der E._____]), wobei die für Darlehen an Aktionäre damals geltenden Regeln des Schweizer Handbuchs der Wirtschaftsprüfung von 1998 (HWP) eingehalten gewesen seien. Die A._____ sei im Konzernverhältnis Nettoschuldnerin gewesen und die Darlehen seien im Zeitpunkt der

Beschlussfassung über die Gewinnausschüttung am 20. April 2001 getilgt gewesen (act. 12 S. 44 ff. Rz 206-235).

5.1.2. Eines der wichtigsten Prinzipien des Aktienrechts ist der Kapitalschutz. In dessen Dienst steht eine ganze Reihe zwingender Bestimmungen, mit denen sichergestellt werden soll, dass der AG stets ein Reinvermögen – d.h. Aktiven minus Fremdkapital – mindestens im Umfang von Grundkapital und gebundenen Reserven erhalten bleibt. Dazu gehört unter anderem das in Art. 680 Abs. 2 OR verankerte Verbot der Einlagenrückgewähr. Nach dieser Norm steht dem Aktionär kein Recht zu, den (für die Liberierung seiner Aktien) eingezahlten Betrag zurückzufordern, woraus die Rechtsprechung ein Kapitalrückzahlungsverbot ableitet, welches auch die Gesellschaft bindet. Ausser bei der Herabsetzung des Aktienkapitals nach Art. 732 ff. OR ist die Rückzahlung von Aktienkapital an einen Aktionär unzulässig und ein gleichwohl ausbezahlter Betrag muss zurückerstattet werden. Im Dienste des Kapitalschutzes stehen weiter die Vorschriften über die Dividendenausschüttung. Der verhältnismässige Anteil am Bilanzgewinn, der jedem Aktionär nach Art. 660 OR zusteht, darf nur aus dem Bilanzgewinn und aus hierfür gebildeten Reserven ausgerichtet werden (Art. 675 Abs. 2 OR). Der mit dieser Regel verfolgte Schutz vor ungerechtfertigten Eigenkapitalentnahmen, der u.a. durch strenge formelle Anforderungen an einen Dividendenbeschluss sichergestellt wird, dient nicht nur den Interessen der Gesellschaftsmitglieder, sondern auch den Interessen der Gesellschaft selbst, allfälliger Minderheitsaktionäre sowie weiterer Wirtschaftsteilnehmer. Dabei versieht die Revisionsstelle eine zentrale Funktion: Sie hat die Korrektheit und Rechtmässigkeit der Bilanz als Grundlage für die Gewinnausschüttungen zu prüfen und den zuständigen Organen, namentlich der Generalversammlung, zu bestätigen, dass ein Bilanzgewinn zur Verfügung steht, der rechtmässig als Dividende in der beabsichtigten Höhe ausgeschüttet werden kann. Ausschüttungen an die Aktionäre, die sich nicht auf eine revidierte und genehmigte Jahresbilanz stützen, sind rechtswidrig (BGer 4A_248/2012 vom 7. Januar 2013, E. 3.2).

5.1.3. Gemäss Art. 728 aOR prüft die Revisionsstelle, ob die Buchführung und die Jahresrechnung sowie der Antrag über die Verwendung des Bilanzgewinnes Gesetz und Statuten entsprechen. Die Revisionsstelle hat insbesondere zu prüfen, ob genügend Bilanzgewinn und freie Reserven vorhanden sind, um die vom Verwaltungsrat beantragte Dividende ausrichten zu können (Art. 675 Abs. 2 OR). In seiner Entscheid vom 20. Januar 2014 erwog das Handelsgericht, dass vorliegend das für die Gewinnausschüttung verwendbare Eigenkapital dasjenige sei, welches nicht auf das Nennkapital (Aktien- und Partizipationskapital), die gesperrte Quote der allgemeinen gesetzlichen Reserve sowie das Agio entfalle. Ziehe man vom Eigenkapital von CHF 35.35 Mio. dieses gebundene Kapital (die Summe von Nennkapital und Agio und Reserven von total CHF 6.18 Mio.) ab, seien CHF 29.17 Mio. im Hinblick auf Art. 675 Abs. 2 OR ungebundenes Kapital gewesen (act. 74 S. 31 E. 5.1.3). Da die für die Dividendenausschüttung verwendbaren freien Mittel der A._____ von CHF 29.17 Mio. zufolge der konzerninternen Darlehen im Umfang von CHF 23.65 Mio. de facto gesperrt gewesen seien, sei vorliegend eine Dividendenausschüttung von lediglich CHF 5.52 Mio. zulässig gewesen (CHF 29.17 Mio. minus CHF 23.65 Mio.) (act. 74 S. 46 f. E. 5.1.4.5).

Das im Hinblick auf das Verbot der Einlagenrückgewähr (Art. 680 Abs. 2 OR) gesperrte Kapital habe das gesamte Nennkapital (Aktien- und Partizipationskapital) sowie das gesamte Agio umfasst und somit CHF 4.93 Mio. betragen. Bei einem Eigenkapital von CHF 35.35 Mio. seien damit CHF 30.42 Mio. im Hinblick auf die Einlagenrückgewähr ungesperrtes Kapital gewesen (act. 74 S. 31 E. 5.1.3).

Die Rüge der Beklagten, wonach das Handelsgericht für die Berechnung des gesperrten bzw. ungesperrten Kapitals im Zusammenhang mit den Aktionärsdarlehen zu Unrecht nur auf den Bilanzgewinn abgestellt habe – richtigerweise gehöre auch das Agio zum nicht durch Art. 680 Abs. 2 OR geschützten Kapital, weshalb sich der für die Dividende zur Verfügung stehende Betrag aus der Summe des Bilanzgewinns und Agios abzüglich der Aktionärsdarlehen errechne – hielt das Bundesgericht für begründet. Es erwog,

dass das Agio wie eine gewöhnliche allgemeine Reserve zu behandeln sei und keinen besonderen Schutz, namentlich des Verbots der Einlagenrückgewähr nach Art. 680 Abs. 2 OR, genieße. Dafür spreche insbesondere der klare Wortlaut von Art. 671 OR: Abs. 2 Ziff. 1 bestimme, dass das Agio der allgemeinen Reserve zuzuweisen sei. Aus Abs. 3 e contrario folge sodann, dass die allgemeine Reserve - und damit auch das in diese kraft Abs. 2 Ziff. 1 zugewiesene Agio - frei verwendet werden dürfe, soweit sie die Hälfte des Aktienkapitals übersteige. Das Agio falle mithin nicht in den Anwendungsbereich von Art. 680 Abs. 2 OR und könne als Teil der (ungesperrten) allgemeinen Reserve im Verfahren der Dividendenausschüttung ausbezahlt werden (BGer 4A_138/2014 vom 16. Oktober 2014, E. 6.2.2). Das Agio "Additional paid-in capital" von CHF 2.43 Mio. sei rechnerisch zur allgemeinen Reserve zu zählen. Da derjenige Teil der allgemeinen Reserven frei verwendet werden dürfe, der die Hälfte des Aktienkapitals übersteige, unterliege das ganze "Additional paid-in capital" im Umfang von Fr. 2.43 Mio. nicht dem Verbot der Einlagenrückgewähr gemäss Art. 680 Abs. 2 OR; die als "General reserve" ausgewiesene Position in der Höhe von CHF 1.25 Mio. betrage genau die Hälfte des Aktienkapitals in der Höhe von CHF 2.5 Mio.. Der für die Dividende zur Verfügung stehende Betrag berechne sich aus der Summe des Bilanzgewinns und Agios abzüglich der Aktionärsdarlehen (BGer 4A_138/2014 vom 16. Oktober 2014, E. 6.3).

Im Sinne dieser bundesgerichtlichen Erwägungen ist der für die Dividende zur Verfügung stehende Betrag auf CHF 7.95 Mio. festzusetzen (Bilanzgewinn von CHF 29.17 Mio. zuzüglich Agio von CHF 2.43 Mio. abzüglich Aktionärsdarlehen von CHF 23.65 Mio.). Ausgehend von der zulässigen Dividendenausschüttung in der Höhe von CHF 7.95 Mio. ist die Höhe des von der Klägerin erlittenen Schadens neu zu berechnen.

Vorliegend beträgt die Sperrquote nach Art. 680 Abs. 2 OR demzufolge CHF 2.5 Mio. (das Nennkapital). Bei einem Eigenkapital von CHF 35.35 Mio. waren damit CHF 32.85 Mio. im Hinblick auf die Einlagenrückgewähr ungesperrtes Kapital. Das für die Gewinnausschüttung verwendbare Eigenkapital beträgt im Sinne

bundesgerichtlicher Erwägungen CHF 31.6 Mio. (die Summe von Bilanzgewinn und Agio).

5.1.4. Die Klägerin rügt die Gutheissung des Antrages des Verwaltungsrates auf eine zu hohe Gewinnausschüttung mit der Begründung, das verwendbare Eigenkapital der A._____ von CHF 29.17 Mio. sei zufolge der konzerninternen Darlehen im Umfang von CHF 23.65 Mio. bereits beansprucht gewesen. Es sei ein Betrag von CHF 5.49 Mio. [recte CHF 5.52 Mio.] verblieben, welcher der Aktionärin als Dividende hätte ausgeschüttet werden dürfen (act. 1 S. 31 Rz 110). In der Replik errechnet die Klägerin den als Dividende ausschüttbaren Betrag auf CHF 6.77 Mio., indem sie von dem unter Art. 680 Abs. 2 OR für Aktionärsdarlehen verwendbaren Kapital von CHF 30.42 Mio. ausgeht und davon den für die Darlehen beanspruchten Betrag von CHF 23.65 Mio. abzieht (act. 23 S. 34).

5.1.4.1. Doppelte Verwendung der freien Mittel

An dieser Stelle ist auf diese von der Klägerin ins Feld geführte "doppelte" Verwendung der freien Mittel einzugehen. Wie ausgeführt, waren vorliegend CHF 32.85 Mio. im Lichte von Art. 680 Abs. 2 OR für die Ausrichtung der Aktionärsdarlehen verwendbares Kapital, nämlich der Bilanzgewinn von CHF 29.17 Mio., die allgemeine Reserve von CHF 1.25 Mio. und das Agio von CHF 2.43 Mio. Im Hinblick auf die Dividendenausschüttung gemäss Art. 675 Abs. 2 OR waren CHF 31.6 Mio. ungebundenes Kapital, nämlich der Bilanzgewinn von CHF 29.17 Mio. sowie das Agio von CHF 2.43 Mio.

In diesem Zusammenhang stellt sich zunächst die Frage, ob die Darlehen an die G._____ und die E._____ in der Höhe von CHF 23.65 Mio. als Aktionärsdarlehen zu qualifizieren sind und somit in den Anwendungsbereich von Art. 680 Abs. 2 OR fallen. Unabhängig von der Beantwortung dieser Frage hatten die Darlehen als solche zwar keine Einlagenrückgewähr zur Folge, da die A._____ per 31. Dezember 2000 ein über diesen Betrag hinausgehendes, bezüglich der Beachtung des Verbotes der Einlagenrückgewähr ungesperrtes Kapital von CHF 32.85 Mio. auswies. Qualifizieren sich die Darlehen allerdings als

Aktionärsdarlehen, sind sie – da sowohl sie als auch die Dividende den Bilanzgewinn beschlagen – bei der Bestimmung der ausschüttbaren Dividende zu berücksichtigen. In ihrer Höhe bewirken sie eine de facto-Sperrung der freien Mittel, welche – ohne die Existenz der Darlehen – für die Ausschüttung der Dividende zur Verfügung stehen würden. Denn würden die Darlehen bei der Bestimmung der ausschüttbaren Dividende nicht berücksichtigt, würden die freien Mittel doppelt verwendet bzw. berücksichtigt, nämlich im Zusammenhang mit den erfolgten Aktionärsdarlehen einerseits und der geplanten Dividende andererseits.

Nachfolgend ist zu prüfen, ob die Gewährung der Darlehen an die G._____ und die E._____ in den Schutzbereich des Art. 680 Abs. 2 OR fällt und eine de facto-Sperrung der freien Mittel in der Höhe der Darlehen zur Folge hatte, so dass eine Dividende nur noch aus freien Mitteln, welche nicht de facto für solche Darlehen gesperrt waren, ausgerichtet werden durfte.

5.1.4.2. Zulässigkeit von Aktionärsdarlehen

5.1.4.2.1. Ein Darlehen an Aktionäre, welches unter dem Verbot der Kapitalrückgewähr zu prüfen ist, liegt dann vor, wenn Leistungen an Aktionäre, an Dritte zugunsten eines Anteiligners (z.B. Strohmänn, Hintermann des Aktionärs) sowie an sonst dem Gesellschafter Nahestehende (z.B. verbundene Unternehmen) erfolgen (Bochud, Darlehen an Aktionäre aus wirtschaftlicher, zivil- und steuerrechtlicher Sicht, Diss. Bern 1991, S. 153; Schultz, Zur Problematik von Darlehen an Aktionäre aus Sicht der Kontrollstelle, in: Schweizerische Treuhand- und Revisionskammer (Hrsg.), Abschlussprüfung und Unternehmungsberatung, Festschrift zum 50-jährigen Bestehen der Schweizerischen Treuhand und Revisionskammer, Zürich 1975, S. 239; Blum, a.a.O, S. 706).

5.1.4.2.2. Die Lehre ist uneinheitlich bezüglich der Frage, in welchen Fällen Darlehen an Aktionäre gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr i.S.v. Art. 680 Abs. 2 OR verstossen. Hinsichtlich der Lehrmeinungen schliesst Blum, dass gemäss einem Teil der Lehre die Vorschriften über das geschützte Eigenkapital insofern eine absolute Schranke darstellen würden, als jedes Darlehen an einen Aktionär als verbotene Ausschüttung qualifizieren solle, sofern dieses den Betrag

der freien Reserven überschreite, unabhängig davon, ob es zu Marktkonditionen gewährt werde oder nicht; gemäss einer anderen Lehrmeinung, welche von Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel als "wohl herrschend" bezeichnet werde, müsse hingegen zu Marktkonditionen (insbesondere bei ausreichender Bonität des Schuldners) ein Darlehen auch aus gebundenen Mitteln zulässig sein (Blum, a.a.O., S. 706, 710; auch von Tschäni wird die Lehre in diesem Sinne verstanden, vgl. Tschäni, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, Zürich/Basel/Genf 2003, 5. Kap. N 48). Maurer/Handle wiederum stellen die Lehrmeinungen so dar, dass Darlehen sowohl im Bereich der freien Reserve als auch im Bereich des geschützten Eigenkapitals unproblematisch seien, solange sie zu Marktkonditionen gewährt würden. Erfolge ein Leistungsaustausch hingegen nicht zu Marktkonditionen, so könne der Vorgang nach herrschender Lehre aktienrechtlich problematisch sein, weil Gesellschaftsinteresse und -kapital tangiert würden (Maurer/Handle, Pflichten und Verantwortlichkeit der Revisionsstelle im Zusammenhang mit konzerninternen Darlehen, GesKR 2013, S. 287 ff., 292).

Böckli lehnt die Zulässigkeit von Aktionärsdarlehen aus gebundenen Mitteln ab, wenn der Aktionär an der Gesellschaft massgeblich beteiligt ist und das Darlehen etwa 10% des bilanzmässigen Eigenkapitals der Gesellschaft überschreitet, unabhängig davon, ob dieses zu Marktkonditionen gewährt wurde oder die Bonität des Darlehensnehmers gut ist. Solche Aktionärsdarlehen würden im Resultat in einer (verbotenen) Entliberierung resultieren, da im Umfang des Darlehens anstelle der "vom Gesetz gewollten Erfüllung wieder eine blosser Zahlungspflicht" trete (Böckli, Aktienrechtliches Sondervermögen und Darlehen an Aktionäre, in FS Vischer, 1983, S. 528 f., 538; Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2009, § 12 N 546).

Auch Bochud sieht die Kapitalentnahmenormen tangiert, wenn Darlehen aus gesperrten Mitteln ausgerichtet werden (Bochud, a.a.O., S. 214). Er schliesst die Anwendung der Kapitalentnahmenormen bei denjenigen Darlehensforderungen der Gesellschaft gegen Aktionäre aus, die aus dem ordentlichen Geschäftsverkehr herrühren und zu üblichen Konditionen abgeschlossen worden

sind. Ob es sich bei einem Darlehen um ein solches „Umsatzgeschäft“ handle, lasse sich anhand des statutarischen Zwecks der Gesellschaft überprüfen (Bochud, a.a.O., S. 147). Bochud plädiert sodann für die Zulässigkeit von Darlehen an die Gesellschafter, soweit diese ihrerseits Guthaben bei der Gesellschaft haben und diese obligationenrechtlich verrechenbar sind (Bochud, a.a.O., S. 150 Fn. 80 mit Hinweis auf Art. 213 f. SchKG und auf Schultz). Schultz schreibt, eine Verrechnung der von der Gesellschaft gegebenen mit erhaltenen Darlehen an Aktionäre dürfe nur in jenen Ausnahmefällen möglich sein, wo ein Verrechnungsanspruch durchgesetzt werden könne. Davon abgesehen sieht Schultz in der Gewährung von Aktionärsdarlehen aus den gesperrten Mitteln eine Kapitalrückzahlung nach Art. 680 Abs. 2 OR (Schultz, a.a.O., S. 239 f.).

Nach Druey fällt ein Aktionärsdarlehen unter das Verbot der Einlagerückgewähr nach Art. 680 Abs. 2 OR, wenn es nicht aus den verfügbaren Reserven erfolgt und zudem die Bedingungen des Darlehens (insbesondere dessen Zins, Besicherung und Kündbarkeit sowie die Bonität des Schuldners) nicht denjenigen mit einem unabhängigen Dritten entsprechen (Guhl/Koller/Schnyder/Druey, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. A., Zürich 2000, § 67 N 103; Druey/Druey Just/Glanzmann, Gesellschafts- und Handelsrecht, 10. Aufl., Zürich 2010, § 11 N 75 f. mit Verweis auf Glanzmann, Der Darlehensvertrag mit einer Aktiengesellschaft aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, Diss. St. Gallen 1996, S. 9 f.).

Binder schliesst aus dem geschützten Kapital entrichtete Darlehen an Aktionäre nicht grundsätzlich aus. Er sieht lediglich dann einen Verstoss gegen Art. 680 Abs. 2 OR, wenn der Rückerstattungsanspruch aufgrund eines bloss simulierten Darlehensvertrages oder der Zahlungsunfähigkeit des Aktionärs fiktiv ist. Gemäss Binder stellt ein Darlehen an Aktionäre letztlich ein Bewertungsproblem dar. Stellt der Rückzahlungsanspruch einen wirklichen Gegenwert dar, könne ein Darlehen auch Bestandteil des Mindestreinvermögens bilden. Das Grundkapital werde nicht gefährdet, sofern die Bonität des Aktionärs in Ordnung ist oder für das erhaltene Darlehen sogar Sicherheiten gestellt wurden (Binder, Das Verbot der Einlagerückgewähr im Aktienrecht, Diss. Bern 1980, S. 84 f.).

Auch Kurer vertritt die Position, dass ein Darlehen dann gegen das Verbot der Einlagerückgewähr verstösst, wenn entweder nie eine ernst zu nehmende Rückzahlungsabsicht bestanden hat (fiktives Darlehen) oder der Aktionär von Anfang an nicht in der Lage war, das Darlehen zurückzuzahlen (BSK OR II-Kurer, Art. 680 N 22; dieser Ansicht schliesst sich auch Jagmetti an, vgl. Jagmetti, Cash Pooling im Konzern, Diss. Zürich 2007, S. 179).

Maurer/Handle vertreten die Ansicht, dass – abweichend von der herrschenden Lehre – auch Darlehen, die zu marktgerechten Konditionen gewährt werden, konsequenterweise nur im Bereich der freien Reserven zulässig sind und zu einer de facto-Sperrung der freien Reserven führen, denn auch diese würden das geschützte Eigenkapital der Gesellschaft gefährden (Maurer/Handle, a.a.O., S. 296).

Mit der Frage der Behandlung der Darlehen im Rahmen eines Cash Pools hatte sich das Bundesgericht noch nicht zu befassen. Hinsichtlich der Darlehensgewährung an einen Hauptaktionär erwog es aber, dass eine solche kein Klumpenrisiko darstellen dürfe, sondern nur im Rahmen einer vernünftigen Risikoverteilung erfolgen sollte (BGE 113 II 52). Nach Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel gelte danach gemäss Bundesgericht das "arm's length principle", wonach in der Darlehensgewährung an Aktionäre sich die Gesellschaft nicht anders verhalten solle als gegenüber beliebigen Dritten. Dementsprechend sollte das Darlehen auch angemessen – wie gegenüber Dritten – abgesichert sein und muss die fristgerechte Rückzahlung des Darlehens ernsthaft gewollt sein (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 40 N 349-351).

Festzuhalten ist, dass diese Überlegungen zur Darlehensgewährung innerhalb eines Konzerns allgemein auch für die Darlehensgewährung im Rahmen des Cash Pools gelten (so auch Handschin, Einige Überlegungen zum Cashpooling im Konzern, www.eskript.unibas.ch, S. 289).

Für die Bewertung von Darlehen und die Beurteilung, ob sie marktgerecht sind, ist die bilanzielle Sichtweise ausschlaggebend. Daher können hinsichtlich des

Darlehens an die G._____ etwaige im Rahmen eines Cash Pools bestehende nicht aktivierbare Gegenleistungen nicht berücksichtigt werden.

5.1.4.2.3. Für das Bundesgericht wie auch den weit überwiegenden Teil der Lehre ist – wie oben dargestellt – im Zusammenhang mit der Gewährung von Darlehen an den Aktionär das Prinzip des dealing at arm's length von entscheidender Bedeutung. In diesem Sinne müssen Darlehen, welche nicht aus den freien Reserven erfolgen, zu den gleichen Bedingungen gewährt werden wie an einen unabhängigen Dritten oder eine grundsätzliche Ausgewogenheit der Vertragsbedingungen aufweisen (für ein Verständnis im letzteren, weiteren Sinne: Rusch, Interzession im Interesse des Aktionärs - Sicherheitsbestellung für Verbindlichkeiten von Mutter- und Schwestergesellschaften in der Schweiz, Zürich 2004, S. 138).

Die Beklagte bringt vor, sowohl für das Darlehen gegenüber der G._____ als auch für das STD gegenüber der E._____ hätten schriftliche Darlehensverträge zu üblichen Bedingungen bestanden. Nähere Ausführungen dazu macht sie nicht; insbesondere gibt sie nicht kund, um welche konkreten Verträge es sich dabei handeln soll (act. 12 S. 46 Rz 215). Die Klägerin stellt dies in Abrede. Die G._____ sei nach dem Reciprocal Loan Framework Agreement nicht verpflichtet gewesen, für ihre Schulden gegenüber der A._____ eine Sicherheit zu leisten. Die Zinskonditionen des Reciprocal Loan Framework Agreement seien auch nicht marktüblich gewesen: die G._____ habe den Poolteilnehmerinnen Kreditzinsen in Rechnung gestellt, welche bis zu 0.5% höher gelegen hätten als diejenigen der National Westminster Bank. Gleichzeitig habe sie den Poolteilnehmerinnen Darlehenszinsen gutgeschrieben, welche bis zu 0.5% tiefer gelegen hätten als diejenigen der National Westminster Bank. Auch die Darlehen gegenüber der E._____ seien nicht besichert gewesen. Im Übrigen sei die Rückzahlungsfähigkeit der E._____ und der G._____ entgegen der Darstellung der Beklagten nicht gegeben gewesen; die Darlehensforderungen gegenüber der E._____ und der G._____ hätten in der Bilanz der A._____ per Ende 2000 zwingend wertberichtigt werden müssen (act. 23 S. 16 f. Rz 47 ff.). Im Lichte dieser klägerischen – von der Beklagten nicht bestrittenen (vgl. act. 35 und 44) – Behauptungen, welche

teilweise auch durch das Reciprocal Loan Framework Agreement belegt sind (act. 4/9), hat die A._____ die Darlehen innerhalb des Cash Pools als auch die Short Term Deposits ohne schriftliche Darlehensverträge sowie ohne Sicherheit gewährt. Es kann ohne Weiteres angenommen werden, dass einem unabhängigen Dritten solche Darlehen nicht gewährt worden wären. Bei Gesellschaften ausserhalb des Finanzsektors muss diese Frage ohnehin häufig verneint werden, erfolgen solche Darlehen doch societatis causa (Rusch, a.a.O., S. 138).

Die Beklagte bringt mehrfach vor, die E._____ habe sämtliche Verpflichtungen der G._____ garantiert, und beruft sich dabei auf eine zwischen der G._____ und der E._____ am 22. Dezember 2000 geschlossene Vereinbarung (act. 12 S. 16 Rz 49, S. 51 Rz 249 und S. 66 Rz 343; act. 13/14). Wie die Klägerin in zutreffender Weise entgegnet (vgl. act. 23 S. 31 f. Rz 110 ff.), waren die Parteien der Vereinbarung die E._____ und die G._____; die A._____ war weder Partei noch wird sie in der Vereinbarung erwähnt, womit sie weder Einfluss auf das (Weiter-)Bestehen der Vereinbarung hatte noch gestützt darauf irgendwelche Forderungen stellen oder Rechte ableiten konnte. Es ist nicht ersichtlich, wie sich aus dieser Vereinbarung eine Haftbarkeit der E._____ gegenüber den Poolteilnehmerinnen für die Verbindlichkeiten der G._____ ergeben soll; die Vereinbarung stellt höchstens eine Garantie gegenüber der G._____ dar und nicht gegenüber dritten, an der Vereinbarung nicht beteiligten Parteien. Da der Hintergrund der Vereinbarung aus den Akten im Übrigen nicht erhellt, kann diese hier auch nicht eingehender beurteilt werden.

Die Beklagte weist weiter auf die Regeln des Schweizer Handbuches der Wirtschaftsprüfung von 1998 (HWP Band 1, 2.38312) hin, wonach Darlehen an Aktionäre und diesen nahestehende Personen dann gegen Art. 680 Abs. 2 OR verstossen, "wenn aus den Umständen darauf zu schliessen ist, dass der Darlehensnehmer nicht oder nicht mehr willens oder von Anfang an nicht in der Lage gewesen ist, das Darlehen zurück zu zahlen, und dieses Darlehen ausserdem grösser ist als die Differenz zwischen den Eigenmitteln der Gesellschaft (einschliesslich stiller Reserven) und dem einbezahlten Aktienkapital

(und einem allfälligen Agio). Das Fehlen eines schriftlichen Vertrags mit Zins- und Rückzahlungskonditionen sowie Sicherheiten kann ein Indiz dafür sein, dass eine Rückzahlung nicht beabsichtigt ist". Die beiden Darlehen würden nicht unter Art. 680 Abs. 2 OR fallen, da die erstgenannte Voraussetzung nicht gegeben sei (act. 12 S. 45 f. Rz 213 ff.). Daraus kann die Beklagte nichts zu ihren Gunsten ableiten. Hinsichtlich der im Handbuch erwähnten, aus den Umständen zu folgernden Rückzahlungsunwilligkeit bzw. -unfähigkeit der Darlehensnehmers ist zunächst zu bemerken, dass für die beiden streitgegenständlichen Darlehen keine schriftlichen Darlehensverträge vorliegen. Zwar besteht hinsichtlich des Darlehens an die G._____ ein zwischen dieser und der A._____ abgeschlossenes Reciprocal Framework Agreement, worin sich die Parteien zur gegenseitigen Darlehensgewährung verpflichten und die Darlehenszinsen geregelt werden. Es handelt sich dabei jedoch um einen Rahmenvertrag, welcher sich mit den einzelnen Forderungen nicht befasst. Das Vorliegen eines – im Sinne des HWP – konkret das an die G._____ gewährte Darlehen betreffenden Vertrages, welcher die Sicherheiten sowie die Zins- und Rückzahlungskonditionen regelt, wurde nicht behauptet; zudem wurde ein solcher als Beweismittel weder eingereicht noch offeriert. Bezüglich des an die E._____ gewährten Darlehens (Short Term Deposit) lassen sich den Akten keine konkreten Ausführungen zu den betreffenden Bedingungen entnehmen. Auch diesbezüglich wurde ein Vertrag als Beweismittel weder eingereicht noch offeriert. Weiter behauptet die Beklagte zwar, die beiden Darlehensnehmerinnen hätten regelmässig Rückzahlungen vorgenommen. Nähere Ausführungen oder Belege zu den Rückzahlungen finden sich jedoch keine. Hinsichtlich des Darlehens an die G._____ ist gemäss unbestritten gebliebenen klägerischen Ausführungen in der Replik die A._____ im Zeitraum Ende Dezember 2000 bis Ende Juni 2001 lediglich an einem einzigen Tag, am 20. Februar 2001, Schuldnerin der G._____ gewesen, und dies nicht weil die G._____ ihre Ausstände beglichen hätte, sondern vielmehr die A._____ vermutlich an diesem Tag über den Cash Pool einen Zahlungsauftrag ausführen liess (act. 23 S. 29 Rz 101). Unter dem Gesichtspunkt der Zahlungsfähigkeit muss zudem angesichts der die K._____ -Gruppe betreffenden gerichtsnotorischen Ereignisse im Jahr 2001 (vgl. BGer 5A_386/2008 vom 6. April 2009) die Bonität

der G._____ und die E._____ per Ende 2000 zumindest in Frage gestanden haben; die Beklagte behauptet nicht, sich hinsichtlich der Aktionärsdarlehen mit der Bonität der Schuldnerinnen befasst zu haben. Da weder schriftliche, die Rückzahlungsbedingungen regelnde Darlehensverträge vorliegen, noch die (regelmässigen) Rückzahlungen dokumentiert sind – eine Rückzahlungsabsicht also nicht auf der Hand liegt –, und weiter auch die Rückzahlungsfähigkeit der Schuldnerinnen zweifelhaft gewesen sein muss, muss davon ausgegangen werden, dass die erstgenannte Voraussetzung des HWP für unzulässige Aktionärsdarlehen entgegen der beklagtischen Ansicht erfüllt ist. Insbesondere ist festzustellen, dass das HWP den vom Bundesgericht vertretenen Grundsatz des *dealing at arm's length* bestätigt. Die zweitgenannte Voraussetzung des HWP (Berechnung der Darlehenshöhe) ist nicht gegeben, sodass die Aktionärsdarlehen – wie bereits gezeigt (oben Ziffer 5.1.4.1) – für sich allein nicht gegen Art. 680 Abs. 2 OR verstossen. Sie sind aber bei der Bestimmung der Höhe der Dividendenausschüttung rechnerisch zu berücksichtigen.

5.1.4.2.4. Im Lichte des Vorstehenden kann festgehalten werden, dass – in Anwendung des vom Bundesgericht für die Gewährung von Aktionärsdarlehen vertretenen Grundsatzes des *dealing at arm's length* – die Aktionärsdarlehen an die G._____ und die E._____ unabhängigen Dritten nicht zu den gleichen Bedingungen gewährt worden wären. Unter diesen Umständen fallen sie unter Art. 680 Abs. 2 OR und bewirken eine *de facto*-Sperrung der für die Dividendenausschüttung verwendbaren freien Mittel.

5.1.4.3. "Verrechnung" im Rahmen des Cash Pools

5.1.4.3.1. Die Beklagte macht geltend, der Cash Pool habe in rechtlicher Hinsicht zu einer "Verrechenbarkeit" sämtlicher Forderungen von Poolteilnehmern untereinander und mit der G._____ geführt, selbst wenn für eine eigentliche Verrechnung die (unmittelbare) Gegenseitigkeit gefehlt habe. So habe jeder Poolteilnehmer Guthaben gegenüber der G._____ jederzeit dadurch "einkassieren" können, dass er zur Tilgung seiner Verbindlichkeiten gegenüber anderen Poolteilnehmern Vergütungsaufträge ausgestellt habe. Mit dem Saldoausgleich am entsprechenden Tag sei er von seiner Schuld gegenüber dem

anderen Poolteilnehmer befreit worden. Der begünstigte Poolteilnehmer sei im entsprechenden Umfang Gläubiger gegenüber der G._____ geworden, wogegen das Guthaben des belasteten Poolteilnehmers gegenüber der G._____ gleichermassen reduziert und damit einkassiert worden sei. Die Beklagte stellt die "Verrechnung" anhand des folgenden Beispiels dar: Wenn die Konzerngesellschaft A der Konzerngesellschaft B CHF 50 Mio. zahlen sollte, und umgekehrt die B der A CHF 20 Mio., dann übertrug zwar die A der B CHF 50 Mio., und die B der A CHF 20 Mio., wobei entsprechende Vergütungsaufträge erteilt und von der H._____ Gutschrifts- bzw. Belastungsanzeigen ausgestellt wurden. Am Abend wurden dann aber die Saldi auf das Zielkonto übertragen und gleichzeitig die Scharnierkonti zwischen A bzw. B und der G._____ nachgeführt, womit A nun der G._____ CHF 30 Mio. schuldete und B gegenüber der G._____ ein Guthaben von CHF 30 Mio. hatte (act. 12 S. 27 f. Rz 127 ff.). Per 31. Dezember 2000 habe die A._____ den anderen Poolteilnehmern einen Betrag von insgesamt CHF 26'116'445.85 geschuldet, womit ihre Gesamtschuld die Forderungen gegenüber der G._____ um CHF 9'649'753.65 überstiegen habe. Diese Schulden habe sie – jedenfalls am 31. Dezember 2000 und bis zur Aufhebung des Cash Pools – mit ihrer Forderung gegen die G._____ verrechnen können. Die grösste Einzelschuld der A._____ gegenüber einem Poolteilnehmer habe per 31. Dezember 2000 umgerechnet CHF 19'269'070.10 betragen und gegenüber der J._____ AG ("J._____") bestanden. Dieser Ausstand sei am 31. Dezember 2000 seitens der A._____ längstens innert 30 Tagen zur Zahlung fällig gewesen. Allein schon aufgrund dieser einen Schuld der A._____ und ihrer Verrechnungsmöglichkeit im Cash Pool sei daher das Guthaben gegenüber der G._____ vollumfänglich werthaltig gewesen. Diese Verbindlichkeit gegenüber der J._____ sei in der Folge auch effektiv längstens innert 30 Tagen seit dem 31. Dezember 2000, d.h. bis spätestens Ende Januar 2001, über den Cash Pool beglichen worden. Das Guthaben der A._____ gegenüber der G._____ per 31. Dezember 2000 sei auf jeden Fall am 20. Februar 2001 vollumfänglich getilgt gewesen. An diesem Datum habe die A._____ gegenüber der G._____ kein Guthaben mehr gehabt, sondern habe ihr CHF 1'430'871.27 geschuldet (act. 12 S. 48 Rz 229 ff.).

Die Klägerin bestreitet die Verrechnungsmöglichkeit, da es an der Voraussetzung der Gegenseitigkeit der Forderungen gefehlt habe; eine Forderung gegenüber der G._____ habe nicht mit einer Schuld gegenüber der J._____ oder einer anderen Konzerngesellschaft verrechnet werden können. Das Fehlen der Gegenseitigkeit könne auch nicht durch die abstrakte Möglichkeit des Nettings über den Cash Pool "kompensiert" werden (act. 23 S. 29 f. Rz 103 ff.). Im Übrigen sei die A._____ im Zeitraum Ende Dezember 2000 bis Ende Juni 2001 einzig am 20. Februar 2001 Schuldnerin der G._____ gewesen. An allen anderen 180 Tagen sei sie Gläubigerin gewesen. Es sei auch nicht so, dass die G._____ Rückzahlungen geleistet hätte. Vielmehr seien über sie schlicht die konzerninternen Zahlungsströme gebündelt worden. Dass die A._____ am 20. Februar 2001 keine Darlehensforderung gegenüber der G._____ gehabt habe, sei demnach nicht darauf zurückzuführen, dass die G._____ ihre Ausstände beglichen hätte. Vielmehr habe die A._____ vermutlich an diesem Tag einen Zahlungsauftrag ausführen lassen. Die G._____ sei lediglich die "Durchlaufstelle" gewesen (act. 23 S. 29 Rz 101).

5.1.4.3.2. Dass es sich bei der von der Beklagten geltend gemachten Verrechnung – welche dazu führen soll, dass Art. 680 Abs. 2 OR nicht tangiert wird bzw. im Resultat gar keine Kapitalrückzahlung an die Aktionärin vorliegt – nicht um eine solche nach Art. 120 OR handeln kann, steht ausser Frage. Es fehlt an der Gegenseitigkeit der Forderungen, indem die G._____ die Darlehensschuldnerin der A._____ im Cash Pool war und die A._____ ihrerseits Schuldnerin anderer Poolteilnehmerinnen war (aber nicht der G._____ oder der E._____). Auf eine Verrechnung nach Art. 120 OR beziehen sich aber Bochud und Schultz, wenn sie von der Zulässigkeit von Darlehen an die Gesellschafter ausgehen (vgl. oben IV. 5.1.4.2.2). Zwar hat die Beklagte Recht, wenn sie darauf hinweist, dass sich das Darlehen einer Poolteilnehmerin an die G._____ verminderte, wenn die Darlehensgeberin eine Verbindlichkeit gegenüber einem anderen Poolteilnehmer über den Cash Pool tilgte. Eine solche Situation kann jedoch aus verschiedenen Gründen nicht einer Verrechnung im Sinne von Art. 120 OR gleichgesetzt werden: Infolge der fehlenden Gegenseitigkeit würde eine solche Gleichsetzung dem – vom Bundesgericht betonten (vgl. BGer

4A_248/2012 vom 7. Januar 2013, E. 3.2) – Kapitalschutz als einem der wichtigsten Prinzipien des Aktienrechts widersprechen: Wie die Klägerin richtig darlegt, wäre im Konkurs der J._____ die A._____ verpflichtet gewesen, ihre gesamte ausstehende Schuld gegenüber der J._____ von rund CHF 19 Mio. zu bezahlen und hätte ihr Guthaben gegenüber der G._____ nicht im Sinne von Art. 213 SchKG zur Verrechnung bringen können. Weiter hätte die A._____ im Konkurs der G._____ ihre Verpflichtung gegenüber der J._____ von rund CHF 19 Mio. nicht mehr durch Verrechnung mit ihrem Guthaben gegenüber der G._____ (teilweise) begleichen können. Sie hätte zum einen der J._____ rund CHF 19 Mio. geschuldet, ihre Forderung von rund CHF 16 Mio. gegenüber der G._____ aber wohl nicht oder nur noch zum Teil realisieren können (vgl. act. 23 S. 30 Rz 107).

Es wurde schon oben festgehalten, dass die Überlegungen für die Darlehensgewährung innerhalb eines Konzerns allgemein auch für die Darlehensgewährung im Rahmen des Cash Pools gelten (vgl. Ziffer VI. 5.1.4.2.2). Vor diesem Hintergrund erscheint die Abwicklung der Zahlungen über den Cash Pool als eine blosser Zahlungsmodalität, welche die Zahlungsfähigkeit der Poolteilnehmerinnen und die Funktion des Cash Pools bedingt. Auch aus diesem Grund rechtfertigt sich keine Gleichstellung mit der Verrechnung nach Art. 120 OR.

Würde man hier von einer Verrechnungslage ausgehen, müsste im umgekehrten Fall, wo eine Poolteilnehmerin Schuldnerin der G._____ ist, das Darlehen der G._____ im Hinblick auf eine Dividendenausschüttung der Poolteilnehmerin ausser Acht gelassen werden, insofern die Poolteilnehmerin Forderungen in mindestens der gleichen Höhe gegenüber anderen Poolteilnehmerinnen hätte. Wird in einem solchen Fall die Dividende nicht vollständig aus freien Reserven ausgeschüttet, wirkt sich im Falle eines Konkurses der Poolteilnehmerin die Quasi-Verrechnung zulasten ihrer Gläubiger aus. Kann im Falle eines Konkurses infolge fehlender Gegenseitigkeit nicht verrechnet werden, ist der Poolteilnehmerin mit der Dividendenausschüttung Kapital zum Nachteil der Gläubiger entnommen worden. Die Poolteilnehmerin wäre noch immer verpflichtet, der Pool-Führerin ihre Forderung zu erstatten. Ihrerseits würde sie im

Konkurs ihrer Schuldnerinnen (andere Poolteilnehmerinnen) nicht die volle Forderung erhalten. Der Umstand, dass es an der Gegenseitigkeit der Forderungen fehlt und diese nicht jederzeit (und auch im Konkurs) verrechnet werden können, führt dazu, dass sich in einer solchen Situation der Wert der Forderungen je nach Bonität des Schuldners ändert und neu beurteilt werden müsste. Die Verrechnung nach Art. 120 OR ist mit einer solchen Unsicherheit hingegen nicht behaftet, als zum Nominalwert der Forderungen verrechnet wird und eine von vornherein exakt berechenbare Restforderung bleibt.

Beim Notional Cash Pooling, wo lediglich anhand des Totalsaldos ein Zins bestimmt wird und die Guthaben nicht verschoben werden, würde eine mit der Verrechnungslage vergleichbare Situation wohl nicht geltend gemacht. Auch aus diesem Grund rechtfertigt es sich nicht, bei dem das gleiche Ziel verfolgenden Zero Balancing Cash Pooling eine Verrechnungslage anzuerkennen.

Hinsichtlich der Erwägungen im aufgehobenen Entscheid des Handelsgerichts vom 9. März 2012 (act. 50), wonach die beschlossene Dividende (über den Cash Pool) mittels Quasi-Verrechnung an die Alleinaktionärin (D._____ AG) ausgeschüttet worden sei, hielt das Bundesgericht fest, dass nach den Feststellungen im angefochtenen Urteil nicht fest stehe, dass in der massgebenden Bilanz per 31. Dezember 2000 ein Darlehen an die Alleinaktionärin (D._____ AG) ausgewiesen worden sei. Nach den Feststellungen der Vorinstanz habe es sich dabei vielmehr um Darlehen an die Pool-Führerin G._____ einerseits und um Festgelder an die Holding andererseits gehandelt. Eine Verrechnung habe daher mangels Gegenseitigkeit im Zeitpunkt der Erstellung des Revisionsberichts nicht in Aussicht gestanden (BGer 4A_248/2012 vom 7. Januar 2013, E. 3.3). Zu bemerken ist in diesem Zusammenhang, dass die D._____ ebenfalls Teilnehmerin im CHF-, EUR- und USD-Pool war (act. 4/6-8). Hinsichtlich der Verrechenbarkeit der Forderungen im Rahmen des Cash Pools vertritt das Bundesgericht somit die Ansicht, dass die Gegenseitigkeit der Forderungen gegeben sein muss und eine wie hier vorliegende Konstellation das Erfordernis der Gegenseitigkeit nicht erfüllt.

So wird auch in der Literatur zum Thema Cash Pooling dafür plädiert, dass freie Reserven nicht überschritten werden sollen. Dass diesem Erfordernis auch durch eine Quasi-Verrechnung im Rahmen des Cash Pools begegnet werden könnte, wird in der Literatur nicht vorgebracht. Hinsichtlich des Cash Pooling erachtet Müller das Verbot der Einlagenrückgewähr nur dann nicht als tangiert, wenn das Cash Management durch den Gesellschaftszweck gedeckt ist, das maximale Risiko eines definitiven Mittelabflusses die freien Reserven zu keinem Zeitpunkt übersteigt, branchenübliche Konditionen vorliegen (at arm's length) und die Möglichkeit besteht, die Vereinbarung im Falle einer Bonitätsverschlechterung der begünstigten Gruppengesellschaften kurzfristig aufzulösen (Müller, Cash Pooling im Konzern, www.advocat.ch, S. 2, 3 und 5, mit einer Checkliste für den Verwaltungsrat, S. 5 f.). Hinsichtlich der Darlehen im Rahmen des Zero Balancing Cash Pooling vertritt Blum die Auffassung, dass die notwendige vertragliche Beschränkung des Verlustrisikos auf den Betrag der freien Reserven oder sogar der überschüssigen Liquidität, um dem Problem des Mittelabflusses über die freien Reserven hinaus sowie der Gefahr eines Konkurses zufolge Liquiditätsschwierigkeiten zu begegnen, nicht möglich ist. Eine Milderung des Risikos sei durch Zurverfügungstellung nur eines Teils der Liquidität und durch ständiges Reporting über die freien Reserven zu erreichen. Das Gesellschaftsrecht verlange, dass das Verlustrisiko jederzeit auf den Betrag der freien Nettoreserven beschränkt sein müsse (Blum, a.a.O., S. 713 f.).

Festzuhalten bleibt, dass entgegen der Meinung der Beklagten nicht von einer "Verrechenbarkeit" der Darlehen im Rahmen des Cash Pools auszugehen ist. Die ausgerichteten Darlehen fallen unter Art. 680 Abs. 2 OR, womit ihre Höhe bei der Bestimmung des für die Dividendenausschüttung zur Verfügung stehenden Betrages zu berücksichtigen ist.

5.1.4.4. Massgebender Zeitpunkt der Prüfung

5.1.4.4.1. Die Beklagte stellt sich nun auf den Standpunkt, eine mehrfache Verwendung der freien Mittel habe gar nicht stattgefunden. Sie behauptet, per 31. Dezember 2000 sei ein ausschüttbarer Gewinn von CHF 28.5 Mio. vorhanden gewesen, wie dies die vom Verwaltungsrat erstellte und von der Beklagten als

Revisionsstelle geprüfte Jahresrechnung 2000 ausgewiesen habe. Damit habe der Gewinnverwendungsantrag des Verwaltungsrates Gesetz und Statuten entsprochen. Per 31. Dezember 2000 habe die A._____ aber noch keine Verpflichtung gegenüber der D._____ auf Ausrichtung einer Dividende gehabt. Als der den Anspruch begründende Beschluss der Generalversammlung vom 20. April 2001 gefasst worden sei, seien die per 31. Dezember 2000 bestehenden, hier Streitgegenstand bildenden Darlehen an die G._____ und die E._____ bereits vollständig getilgt gewesen (act. 12 Rz 270 f.). Zudem macht die Beklagte unter Hinweis auf verschiedene Normen des Revisionshandbuches geltend, es komme auf den letzten der Revisionsstelle vorgelegten Antrag des Verwaltungsrates an; dieser müsse (spätestens) per Datum der Generalversammlung Gesetz und Statuten entsprechen (act. 12 S. 46 ff. Rz 220 ff.; S. 55 Rz 272 f.).

5.1.4.4.2. Hinsichtlich der Pflichtverletzung der Beklagten spricht sich das Bundesgericht im Rückweisungsentscheid klar für die Massgeblichkeit des Stichtagsprinzips aus (BGer 4A_248/2012 vom 7. Januar 2013, E. 1.4.2). Danach ist für die Frage, ob genügend ausschüttbare Mittel vorhanden sind, der Bilanzstichtag – vorliegend somit der 31. Dezember 2000 – massgebend (BSK OR II-Kurer, Art. 675 N 24; so auch die Klägerin in act. 23 S. 18 Rz 57). Da die Beklagte nicht behauptet, sie habe im Hinblick auf die Gewinnausschüttung einen Zwischenabschluss erstellt, welcher die Rückzahlung der Darlehen aber auch weitere Ereignisse bis zu diesem Datum berücksichtigt, ist die behauptete Rückzahlung der Darlehen insofern unbeachtlich.

5.1.4.5. Fazit

Die Darlehen an die G._____ und die E._____ in der Höhe von CHF 23.65 Mio. fallen in den Anwendungsbereich von Art. 680 Abs. 2 OR. Da die A._____ Ende 2000 ein über diesen Betrag hinausgehendes, bezüglich der Einlagenrückgewähr ungesperrtes Kapital von CHF 32.85 Mio. auswies, hatten die Darlehen als solche zwar keine Einlagenrückgewähr zur Folge. Allerdings bewirkten sie im Hinblick auf eine Dividendenausschüttung eine de facto-Sperrung der für diese zur Verfügung stehenden freien Mittel. Eine Dividende durfte nur noch aus freien

Mitteln, welche nicht de facto für die Darlehen gesperrt waren, ausgerichtet werden. Die Ende 2000 für die Dividendenausschüttung verwendbaren freien Mittel der A._____ von CHF 31.6 Mio. waren zufolge der konzerninternen Darlehen im Umfang von CHF 23.65 Mio. de facto gesperrt, womit vorliegend eine Dividendenausschüttung von lediglich CHF 7.95 Mio. zulässig gewesen wäre (CHF 31.6 Mio. minus CHF 23.65 Mio.; zur Berechnung vgl. auch oben Ziffer 5.1.3 und 5.1.4.1). Bei der Prüfung des Antrages auf Dividendenausschüttung hat die Beklagte diesen Umstand nicht beachtet und ihre Pflicht dadurch verletzt, dass sie die Erklärung abgegeben hat, die vom Verwaltungsrat beantragte – die zulässige Höhe um CHF 20.55 Mio. übersteigende – Dividendenausschüttung von CHF 28.5 Mio. sei rechtskonform (vgl. BGer 4A_248/2012 vom 7. Januar 2013, E. 5).

5.2. Gutheissung des Antrags auf Dividendenausschüttung trotz Gefährdung der Liquiditätsversorgung

5.2.1. Die Klägerin führt aus, die A._____ habe sich die benötigte Liquidität aus dem Cash Pool besorgt, eine andere Liquiditätsquelle habe ihr nicht zur Verfügung gestanden (und das bei liquiden Mitteln der A._____ von nur CHF 217'000.– per Ende 2000). Die Liquiditätsversorgung wäre nur dann gesichert gewesen, wenn die G._____ über ausgezeichnete Bonität verfügt hätte, was nicht der Fall gewesen sei. Dementsprechend habe nicht darauf vertraut werden können, dass die G._____ die notwendigen flüssigen Mittel für die Dividendenzahlung würde bereitstellen können, und hätte die Beklagte darauf hinweisen müssen, dass die Ausschüttung einer Dividende mit der Liquiditätssituation nicht vereinbar sei (act. 1 S. 51 f. Rz 182 ff.). Im Falle, dass eine Bezahlung über den Cash Pool aus irgendwelchen Gründen nicht möglich gewesen wäre (Zahlungsunfähigkeit der G._____, ausserordentliche Kündigung durch die H._____, Verarrestierung oder Beschlagnahmung des Master Account), hätte die A._____ zudem nicht nur zur Deckung ihres laufenden Liquiditätsbedürfnisses, sondern zusätzlich auch noch zur Begleichung der Dividendenforderung ihrer Aktionärin einen Kredit aufnehmen müssen (act. 23 S. 32 f. Rz 115).

Die Beklagte bestreitet ihre Pflicht zur Vornahme eines Solvenzttests bezüglich der Dividendenausschüttung und führt aus, dass die Ausschüttung der Dividende die Fortführung der A._____ nicht gefährdet habe. Die Beklagte habe von den Pool-Vereinbarungen Kenntnis gehabt und davon ausgehen dürfen, dass die Dividende über den Cash Pool ausbezahlt werden würde. Damit habe sie aber auch davon ausgehen dürfen, dass die A._____ keinen Cash-Bestand ausserhalb des Pools aufzubauen habe, da die D._____ verpflichtet gewesen sei, die Forderung der A._____ gegen die G._____ (falls bei Auszahlung der Dividende noch bestehend) an Zahlungsstatt entgegen zu nehmen. Die Klägerin anerkenne zu Recht, dass die Dividende auch tatsächlich am 28. Juni 2001 über den Cash Pool von der A._____ an die D._____ gelangt sei. Damit anerkenne sie auch, dass kein Abfluss von Liquidität erfolgt sei, sondern vielmehr der Abbau eines entsprechenden Guthabens bei der G._____ (act. 12 S. 56 ff. Rz 275-287).

5.2.2. Die Dividendenzahlung darf die Gesellschaft nicht in einen Liquiditätsengpass mit weitreichenden Folgen führen (BSK OR II-Kurer/Kurer, Art. 675 N 29). Der Auffassung der Klägerin, dass aufgrund der Herkunft der Liquidität von der G._____ und deren fehlender Bonität die Gutheissung des Antrages auf Ausschüttung der Dividende pflichtwidrig gewesen sei, kann angesichts der Ausgestaltung des Cash Pools nicht beigespflichtet werden. Die Mittel stammten ja nicht aus der eigenen Kasse der G._____, sondern diese verwaltete die Liquidität der Konzerngesellschaften der E._____. Dass bei der G._____ überhaupt keine Gelder aus den Aktivitäten der Poolgesellschaften mehr eingehen würden und der gesamte Cash Pool zusammenbrechen würde, behauptet die Klägerin sodann nicht; dies erschien im Zeitpunkt der Prüfung des Antrages durch die Beklagte wohl auch nicht als wahrscheinlich oder gar absehbar. Da die Klägerin selber zugesteht, dass die Dividende über den Cash Pool zahlbar war, was die Beklagte als Revisionsgesellschaft der A._____ sowie des gesamten Konzerns – unbestrittenermassen – wusste, ist das Argument der beklaglichen Pflichtwidrigkeit im Zusammenhang mit der Berücksichtigung der Liquiditätssituation der A._____ nicht stichhaltig.

5.3. Gutheissung des Antrags auf Dividendenausschüttung trotz Notwendigkeit einer Wertberichtigung der Darlehensforderungen

5.3.1. Die Klägerin trägt in der Klageschrift vor, bei der Prüfung der Jahresrechnung gelte unter anderem der Grundsatz der Wesentlichkeit. Die Geldanlagen der A._____ bei der E._____ und der G._____ hätten beinahe 10% (9.55%) der gesamten Bilanzsumme ausgemacht und die zweitgrösste Einzelposition in der Bilanz der A._____ dargestellt. Die Beklagte hätte der Position „Loans to fully-consolidated companies“ also schon angesichts der Grössenordnung besondere Aufmerksamkeit schenken sollen. Hinzu komme, dass der Revisionsstelle (wie auch der breiten Öffentlichkeit) die finanziellen Probleme der K._____ -Gruppe zur Zeit der Revisionsarbeiten im Frühjahr 2001 bekannt gewesen seien und die Revisionsstelle über die wirtschaftliche Verflechtung der A._____ mit der K._____ -Gruppe und die entsprechenden Abhängigkeiten bestens informiert gewesen sei. Bei der materiellen Prüfung von (ungesicherten) Darlehensforderungen gehe es neben dem Feststellen deren tatsächlichen Bestands primär um die Abklärung der Bonität des Schuldners. Ist die Bonität des Schuldners nicht mehr gewährleistet, sei in Anwendung des Vorsichtsprinzips auf Forderungen eine Wertberichtigung vorzunehmen. Die Forderungen der A._____ gegen die G._____ von 16.45 Mio. und gegen die E._____ von CHF 7.2 Mio. seien zu ihren Nominalwerten ausgewiesen worden, obwohl sie wegen der fehlenden Bonität hätten wertberichtigt werden müssen. Dass tatsächlich ein Wertberichtigungsbedarf bestanden habe, zeige sich im Übrigen darin, dass die A._____ heute hohe, nicht mehr einbringliche Ausstände gegen die beiden Darlehensnehmerinnen habe. Bei einer Wertberichtigung nur schon im Umfang von 3% auf den Forderungen hätte der Gewinn nicht mehr ausgereicht, um die vorgesehene Dividende zu bezahlen. Bei einer Wertberichtigung um 18% wäre der Tatbestand des hälftigen Kapitalverlusts im Sinne von Art. 725 OR erfüllt gewesen und bei einer solchen von 32% wäre die A._____ im Zeitpunkt der Dividendenausschüttung überschuldet gewesen. Der seitens der Beklagten unterlassene Hinweis auf einen Wertberichtigungsbedarf sei daher pflichtwidrig (act. 1 S. 52 ff. Rz 187-194).

Die Beklagte bestreitet in der Klageantwort jede Pflichtwidrigkeit. Sie trägt vor, es habe kein Wertberichtigungsbedarf auf den Forderungen der A._____ gegen die G._____ und die E._____ bestanden; die Bonität der beiden Gesellschaften sei nicht zu beanstanden gewesen. Die heutigen Ausstände taugten nicht als Argument für einen Wertberichtigungsbedarf per 31. Dezember 2000. Ausserdem seien die damaligen, angeblich wertberichtigungsbedürftigen Forderungen noch vor dem Beschluss auf Gewinnausschüttung getilgt worden. Selbst aber eine Wertberichtigung hätte in Ermangelung einer Forderung der D._____ auf Auszahlung einer noch nicht beschlossenen Dividende am 31. Dezember 2000 schliesslich nur zu einer Reduktion des Bilanzgewinnes geführt, nicht aber zu einer Unterbilanz oder aber einer Überschuldung (act. 12 S. 93 Rz 478-484).

In der Replik bringt die Klägerin vor, die Fortführungsfähigkeit der E._____ sowie der G._____ sei Anfang 2001 ungewiss gewesen. Die Beklagte hätte sich daher fragen müssen, welche Rückzahlung die beiden Schuldnerinnen noch hätten leisten können, wenn sie ihre Bilanz auf Liquidationswerte hätten umstellen müssen. "Der Einfachheit halber" bestimmt die Klägerin die Liquidationswerte der Forderungen so, dass sie Abschläge auf den Fortführungswerten der beiden Gesellschaften vornimmt, und zwar einen Abschlag von 1/3 auf dem Umlaufvermögen und einen Abschlag von 2/3 auf dem Anlagevermögen (zu den Zahlen vgl. auch act. 4/20 und 4/32). Die Höhe dieser Abschläge beruhe auf branchenüblichen Erfahrungswerten und sei konservativ angesetzt. Dies habe zur Folge, dass gemäss dem Vorsichtsprinzip in der Jahresabschlussbilanz 2000 der A._____ eine Rückstellung in der Höhe von 50% der Darlehensforderung gegenüber der E._____ und damit von CHF 3.6 Mio. hätte vorgenommen werden müssen. Eventualiter wäre eine Rückstellung in der Höhe von 25% (1/2 der ermittelten Payout Ratio) der ausstehenden Darlehensforderung (CHF 7.2 Mio.) und damit von CHF 1.8 Mio. vorzunehmen gewesen. Hinsichtlich der Darlehensforderung gegenüber der G._____ hätte eine Rückstellung in der Höhe von 60% und damit von CHF 9.9 Mio. erfolgen müssen, eventualiter eine solche von 30% (1/2 der ermittelten Payout Ratio) der ausstehenden Darlehensforderung (CHF 16.5 Mio.) und damit von CHF 4.95 Mio. (act. 23 S. 24 Rz 77 ff. und S. 26 f. Rz 90 ff.).

5.3.2. In der Referentenaudienz/Vergleichsverhandlung vom 27. August 2009 erfolgte ein Substantiierungshinweis an die Klägerin, wonach sie den behaupteten Wertberichtigungsbedarf für die Darlehen an die G._____ und die E._____ in Zahlen auszudrücken und diese Zahlen zu begründen habe (Prot. I S. 10). Die Höhe des von der Klägerin geltend gemachten Wertberichtigungsbedarfs errechnet diese anhand von – wie von ihr behauptet – "branchenüblichen Erfahrungswerten". Ausführungen dazu, wie eine Wertberichtigung gestützt auf die konkrete finanzielle Lage der beiden Schuldnerinnen hätte vorgenommen werden sollen, macht die Klägerin nicht. Die Klägerin setzt sich nicht mit der konkreten Bonität der beiden Gesellschaften auseinander, sondern nimmt bei beiden die gleichen prozentualen Abschläge auf dem Umlaufvermögen und dem Anlagevermögen vor. Dies stellt keine genügende Behauptung der Höhe des Wertberichtigungsbedarfs im konkreten Fall dar, anhand welcher ein Beweissatz gebildet werden könnte. Ob ein Wertberichtigungsbedarf überhaupt bestanden hat, kann vor diesem Hintergrund offen bleiben. Eine Pflichtverletzung infolge der Gutheissung des Antrags auf Dividendenausschüttung trotz Notwendigkeit einer Wertberichtigung auf den Darlehen kann somit nicht als gegeben betrachtet werden.

5.3.3. Überdies ist zu bemerken, dass die Klägerin nicht darlegt, auf welchen Betrag sich der anhand der von ihr vorgenommenen Wertberichtigung und den Rückstellungen ergebende Schaden beläuft, von welchem sie einen Teilbetrag von CHF 4'519'500.– (folglich im Sinne einer Teilklage) geltend macht. Zwar behauptet sie, dass bei einer Wertberichtigung nur schon im Umfang von 3% der Gewinn für die Dividendenzahlung nicht mehr ausgereicht hätte, bei einer solchen von 18% der Tatbestand des hälftigen Kapitalverlusts im Sinne von Art. 725 OR erfüllt gewesen wäre und bei einer Wertberichtigung von 32% die A._____ im Zeitpunkt der Dividendenausschüttung überschuldet gewesen wäre. Mit diesen Behauptungen ist der Schaden aber noch nicht beziffert, und die Klägerin ist ihrer Behauptungspflicht in Bezug auf die Höhe des eingetretenen Schadens nicht nachgekommen. Sie macht auch nicht geltend, im Sinne von § 61 Abs. 2 ZPO/ZH nicht in der Lage zu sein, den Schaden zum jetzigen Zeitpunkt zu beziffern, und

dies erst nach Durchführung des Beweisverfahrens tun zu können. Damit ist ein Schaden nicht rechtsgenügend behauptet.

6. Kausalzusammenhang

6.1. 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 et al., Schweizerisches Obligationenrecht, AT, 9. Aufl., Zürich 2008, N 2750 ff. mit Hinweisen auf Rechtsprechung). Der Beweis des natürlichen Kausalzusammenhanges obliegt dem Geschädigten. Dem präsumtiven Haftpflichtigen steht in diesem Zusammenhang der Beweis offen, dass ein rechtmässiges Alternativverhalten denselben Schaden bewirkt hätte wie das tatsächlich erfolgte rechtswidrige Verhalten. Gelingt ihm dieser (strikte) Beweis, fehlt es am erforderlichen Kausalzusammenhang (vgl. BGE 131 III 115 E. 3.1 und 3.3). Jedenfalls liegt es am Haftpflichtigen, dies aufzuzeigen (BGer 4C.118/2005 vom 8. August 2005; Böckli, a.a.O., § 18 N 427 und Fn 1031).

6.2. Die Klägerin macht geltend, wenn die Beklagte sich pflichtgemäss verhalten und in ihrem Bericht darauf hingewiesen hätte, dass bei den gegebenen Umständen die Ausschüttung einer Dividende von CHF 28.5 Mio. zu einer Verletzung des Verbots der Einlagerückgewähr gemäss Art. 680 Abs. 2 OR führt, hätte der Verwaltungsratspräsident der A._____ an der Generalversammlung vom 20. April 2001 nicht vorgeschlagen, eine Dividende von CHF 28.5 Mio. auszuschütten, womit ein entsprechender GV-Beschluss und eine Ausschüttung in dieser Höhe an die Alleinaktionärin D._____ unterblieben wäre. Vielmehr wäre diesfalls lediglich eine Dividende von CHF 5.5 Mio. ausbezahlt worden und eine Ausschüttung im Betrag von CHF 23 Mio. wäre unterblieben (act. 1 S. 55 f.

Rz 195-198). Die Klägerin führt aus, die Überweisung der Dividende an die D._____ sei über das CHF-Poolingkonto der A._____ bei der H._____ erfolgt; am 28. Juni 2001 sei diesem Konto ein Betrag in der Höhe von CHF 28.5 Mio. belastet worden. Entsprechend habe auf diesem Konto ein negativer Tagessaldo von minus CHF 28.5 Mio. resultiert, welcher durch einen Übertrag von CHF 28.5 Mio. vom CHF-Konto der G._____ bei der H._____ (Master Account) wieder auf Null gestellt worden sei. In der Buchhaltung der A._____ sei auf dem Kontoblatt der G._____ eine Habenposition von CHF 28.5 Mio. verbucht worden. Vor dieser Buchung habe die A._____ ein Guthaben gegenüber der G._____ in der Höhe von CHF 34.8 Mio. (Gesamtsaldo aus dem Kontokorrentverhältnis) gehabt. Durch die "Abbuchung" von CHF 28.5 Mio. habe sich dieses Guthaben auf CHF 6.3 Mio. reduziert. Wenn die entsprechende Überweisung unterblieben wäre, wäre die Forderung der A._____ gegen die G._____ heute höher und hätte die Klägerin im Konkurs der G._____ eine um CHF 23 Mio. höhere Forderung eingeben können (act. 1 S. 56 f. Rz 199-201). In der Replik korrigierte die Klägerin diese Zahl auf CHF 21.73 Mio. (act. 23 S. 33 ff. Rz 119 ff.; vgl. dazu oben VI. 3.3).

Die Beklagte behauptet demgegenüber, wenn sie den Dividendenantrag des Verwaltungsrats nicht gestützt hätte, hätte die Klägerin zwar den Betrag von CHF 23 Mio., der nicht als Gewinn ausgeschüttet worden wäre, zur freien Verfügung gehabt. Die Klägerin hätte die bei ihr verbleibenden Mittel im Umfang des verfügbaren Eigenkapitals aber nicht bei der G._____ in den Cash Pool gelegt, da sie diese während mehr als 30 Tagen nicht benötigt hätte. Vielmehr hätte sie diese Mittel als zusätzliche Short Term Deposits (STD) der E._____ überlassen. Damit hätte sich aber die Forderung der A._____ nicht gegen die G._____, sondern gegen die E._____ erhöht. Der Schaden würde diesfalls aber deutlich unter dem Klagebetrag liegen, da den Gläubigern der 3. Klasse von der E._____ in Nachlassliquidation erst eine Dividende von 5.3% ausgerichtet worden sei (act. 12 S. 61 f. Rz 302-310).

Die Behauptung der Beklagten, wonach die A._____ den Dividendenbetrag im Juni 2001 "der E._____ als zusätzliche STD überlassen" hätte, bezeichnet die Klägerin in Anbetracht der damaligen desaströsen Finanzlage der E._____ als

absurd. Moody's habe die E._____ im Juni 2001 mit einem Rating von Ba3 bewertet und damit Anlagen bei der E._____ zu den "Junk-Bonds" bzw. Schrottanleihen gezählt. Eine Geldanlage bei der E._____ wäre krass sorgfaltswidrig gewesen. Wenn die Beklagte behaupten wolle, gemäss Ziff. 8.6.2 des "Financial Manual" sei die A._____ gehalten gewesen, die überschüssige Liquidität als Short Term Deposit bei der E._____ anzulegen, sei darauf zu entgegnen, dass sich aus dem Wortlaut von Ziff. 8.6.1 sowie von Ziff. 8.6.2 deutlich ergebe, dass die überschüssige Liquidität in erster Linie zur Bezahlung von Schulden benutzt werden solle. Ausserdem enthalte das "Financial Manual" Konzernweisungen. Diese dürfen von den Tochtergesellschaften nur dann beachtet werden, wenn sie nicht ihren Eigeninteressen zuwider laufen. Vorliegend hätte nun der Verwaltungsrat der A._____ mit Sicherheit keiner Weisung mehr Folge leisten dürfen, welche auf das Anlegen von Geldern bei der maroden Holdinggesellschaft abgezielt hätte (act. 23 S. 38 f. Rz 144 ff.).

6.3. Entscheidend für den natürlichen Kausalzusammenhang ist die Frage, was die Klägerin mit dem nicht ausgeschütteten Gewinn gemacht hätte, wenn die Beklagte die Gewinnausschüttung im unzulässigen Betrag verhindert hätte. Die Beklagte behauptet nicht, es wäre auch dann zu einer Dividendenausschüttung in der Höhe von CHF 28.5 Mio. gekommen, wenn sie den Dividendenantrag des Verwaltungsrats nicht gestützt hätte. Insoweit anerkennt sie, dass es bei ihrem pflichtgemässen Verhalten zu einer Dividendenausschüttung in der entsprechende Bestimmungen (Art. 675 Abs. 2 OR) verletzenden Höhe nicht gekommen wäre, insofern also ein natürlicher Kausalzusammenhang zwischen der Gutheissung des Antrags und dem Schaden nicht strittig ist. Strittig ist allerdings, ob die Gelder im Cash Pool verblieben oder als Short Term Deposits der E._____ überlassen worden wären. Mit der Behauptung des Letzteren will die Beklagte den Kausalzusammenhang infolge rechtmässigen Alternativverhaltens als unterbrochen sehen. Jedoch macht sie zu dieser ihrer Behauptung keine weiteren Ausführungen. So ist weder klar, aus welchen Gründen die Gelder nicht im Cash Pool verblieben wären bzw. aus welchen Gründen die A._____ verpflichtet gewesen wäre, die Gelder als Short Term Deposits der E._____ zu überlassen bzw. dass die A._____ die Gelder tatsächlich nicht während mehr als

30 Tagen benötigt hätte. Vor diesem Hintergrund und in Anbetracht der unbestritten gebliebenen klägerischen Behauptung, wonach eine Geldanlage bei der E._____ krass sorgfaltswidrig gewesen wäre, erweist sich das von der Beklagten geltend gemachte rechtmässige Alternativverhalten als zu wenig schlüssig behauptet, um darüber Beweis führen zu können. Ein anderes Alternativverhalten hat die Beklagte nicht behauptet (vgl. act. 12 und act. 35 i.V.m. act. 44).

6.4. Die Dividende an die D._____ wurde über den Cash Pool ausgeschüttet. Im Zusammenhang mit der Einstellung des Cash Pools führte die Klägerin aus, die Pool-Teilnehmerinnen seien am 1. Oktober 2001 über die sofortige Einstellung des Cash Pools informiert worden, und zwar, nachdem am Vortag noch sämtliche Konten auf Null ausgeglichen und damit "leer geräumt" worden seien (act. 1 S. 20 Rz 63). Dies blieb unbestritten. Wird aufgrund eines fehlerhaften Revisionsberichts die Ausschüttung einer Dividende genehmigt, fliessen Mittel aus dem Gesellschaftsvermögen ohne (direkte) Gegenleistung ab. Indem die A._____ ihrer Aktionärin die Dividende (ohne Gegenleistung) über den Cash Pool überliess, reduzierte sich ihr Guthaben gegenüber der G._____ aus dem Cash Pool um den Dividendenbetrag bzw. verzichtete die A._____ (ohne Gegenleistung) gegenüber der G._____ auf die Rückzahlung des Darlehens in der Höhe des Dividendenbetrages; vor der Dividendenausschüttung verfügte sie über eine Forderung gegenüber der G._____ von CHF 34.8 Mio., danach lediglich über eine solche von CHF 6.3 Mio. Nachdem das CHF Cash Pool Konto der A._____ vor der Einstellung des Cash Pools auf Null ausgeglichen wurde, ging dieser Betrag der A._____ definitiv verloren. Insofern liegt ein Kausalzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem eingetretenen Schaden vor.

7. Verschulden

Es gilt ein objektiver Verschuldensmassstab. Ein Verschulden ist also immer dann gegeben, wenn die Revisionsstelle nicht so gehandelt hat, wie es von einem objektivierten Organ in der konkreten Stellung verlangt werden darf (BSK OR II-Gericke/Waller, Art. 754 N 32 m.H.a. BGE vom 12. Februar 2007, 4C.358/2005

Erw. 5.6). Umstritten ist die Beweislastverteilung hinsichtlich des Verschuldens. Ein Teil der Lehre nimmt bei Ansprüchen der Gesellschaft und der Aktionäre ein vertragliches oder zumindest vertragsähnliches Verhältnis an, was zur Vermutung des Verschuldens führt. Bei Ansprüchen der Gläubiger wird demgegenüber mehrheitlich von der deliktischen Natur der Verantwortlichkeitsansprüche ausgegangen. Der Anspruch der Gläubigergesamtheit gilt als mit demjenigen der Gesellschaft identisch – womit wieder die (der vertraglichen Haftung entliehene) Vermutung des Verschuldens greift. Vorliegend wird das Verschulden der Revisionsstelle also vermutet bei gleichzeitiger Einräumung der Möglichkeit der Exkulpation. Die praktischen Auswirkungen dieser Kontroverse sind allerdings zufolge des objektivierten Sorgfaltsmassstabes, welcher die Entlastung zufolge subjektiver Aspekte bei nachgewiesener Pflichtwidrigkeit praktisch verunmöglicht, gering (BSK OR II-Gericke/Waller, Art. 754 N 35). Da die Beklagte – wie oben ausgeführt – pflichtwidrig nicht auf die von der Gesellschaft geplante Dividendenausschüttung und damit doppelte Verwendung der freien Mittel hingewiesen hat und keinerlei Exkulpationsgründe behauptet, ist auch ihr Verschulden zu bejahen.

8. Schadenersatzbemessung

8.1. Die Bemessung des Schadenersatzes unterliegt den Regeln des allgemeinen Haftpflichtrechts, insbesondere den Art. 43 und 44 OR. Grundsätzlich muss der Schaden vollständig gedeckt werden. Denkbar sind etwa Reduktionen bei Selbstverschulden des Geschädigten und bei nur leichter Fahrlässigkeit (BSK OR II-Gericke/Waller, Art. 754 N 50).

8.2. Da die Klägerin nach den obigen Ausführungen nicht verpflichtet gewesen ist, vorgängig zu dieser Klage die allfällig zu Unrecht ausbezahlte Dividende bei der Aktionärin D._____ zurückzufordern, kann ihr ihre Prozessführung gegenüber der Letzteren unter dem Titel der Obliegenheit zur Schadensminderung nicht vorgeworfen werden. Andere Reduktionsgründe im Sinne von Art. 43 und Art. 44 OR sind nicht ersichtlich.

8.3. Der Zins ist ab dem Zeitpunkt geschuldet, in welchem sich das schädigende Ereignis finanziell ausgewirkt hat. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts wird der Schadenszins in der Regel auf 5 % festgesetzt (BSK OR II-Gericke/Waller, Art. 754 N 50 mit Hinweisen auf Rechtsprechung). Die Überweisung der Dividende im Rahmen des Cash Pools erfolgte am 28. Juni 2001, wodurch sich gleichzeitig das Darlehen der A._____ gegenüber der G._____ um den überwiesenen Betrag verminderte. Die Beklagte hat daher ab dem 28. Juni 2001 einen Zins von 5% zu entrichten.

9. Fazit

Im Sinne vorstehender Ausführungen ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 3'841'930.60 zuzüglich Zins zu 5% seit 28. Juni 2001 zu bezahlen. Weil die Beklagte die Klage in diesem Umfang anerkannt hat, ist die Klage im Umfang von CHF 3'841'930.60 zuzüglich Zins zu 5% seit 28. Juni 2001 bis zur Bezahlung als durch Anerkennung der Forderung erledigt abzuschreiben (act. 81 Rz. 6; vgl. bereits vorstehend Ziff. II. und III.5.).

Im Mehrbetrag ist die Klage abzuweisen.

VII. (Kosten- und Entschädigungsfolgen)

1. Gemäss § 23 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 bleibt die alte Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 anwendbar, da für das Verfahren insgesamt die Bestimmungen des kantonalen Prozessrechts anwendbar bleiben (vgl. Art. 404 Abs. 1 ZPO). Ebenso gilt die bisherige Anwaltsgebührenverordnung vom 21. Juni 2006 (§ 25 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010).

2. Die Gerichtskosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt. Obsiegt keine Partei vollständig, werden die Kosten verhältnismässig verteilt (§ 64 Abs. 2 ZPO/ZH). Jede Partei hat in der Regel die Gegenpartei im gleichen Verhältnis für aussergerichtliche Kosten und Umtriebe zu entschädigen, wie ihr Kosten auferlegt werden (§ 68 Abs. 1 Satz 1 ZPO/ZH).

3. Da die Beklagte im vorliegenden Prozess im Umfang von 85% sowie mit ihrem Antrag in der Eingabe vom 11. März 2013 (act. 56), welche einen umfangreichen Beschluss zur Folge hatte, gänzlich unterliegt (vgl. act. 64), rechtfertigt es sich, ihr die Kosten zu 90% und der Klägerin zu 10% aufzuerlegen. Dagegen führt der Aufwand nach der Rückweisung nicht zu einer höheren Gerichtsgebühr. In Anbetracht des Schwierigkeitsgrades und des beträchtlichen Aufwandes ist die Gerichtsgebühr gemäss § 4 Abs. 1 GebV OG um die Hälfte zu erhöhen (§ 4 Abs. 2 GebV OG). Bei der Festsetzung der reduzierten Prozessentschädigung an die Klägerin ist die Anzahl der eingereichten Rechtsschriften sowie die Referentenaudienz/Vergleichsverhandlung zu berücksichtigen (§§ 2 und 6 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006). Dabei ist von einer Prozessentschädigung von 160% der Grundgebühr auszugehen. Die Beklagte ist *antragsgemäss* zu verpflichten, der Klägerin eine reduzierte Prozessentschädigung von CHF 94'000.– (einschliesslich Mehrwertsteuer) zu bezahlen (act. 81 S. 2). Dieser Betrag entspricht im Wesentlichen auch dem vom Handelsgericht berechneten Betrag einer angemessenen Prozessentschädigung.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Klage wird im Umfang von CHF 3'841'930.60 zuzüglich Zins zu 5% seit 28. Juni 2001 bis zur Bezahlung als durch Anerkennung der Forderung erledigt abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Das Gericht erkennt:

1. Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 100'000.–.
3. Die Kosten werden zu 10% der Klägerin und zu 90% der Beklagten auferlegt.
4. Die Beklagte wird antragsgemäss verpflichtet, der Klägerin eine reduzierte Prozessentschädigung von CHF 94'000.– (einschliesslich Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien unter Beilage einer Kopie von Prot. S. 4, an die Klägerin mit einem Doppel von act. 81.
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 4'519'500.–.

Zürich, 22. Januar 2015

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Gerichtsschreiber:

Dr. George Daetwyler

Dr. David Egger