



Geschäfts-Nr.: HG210239-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, Vizepräsidentin, und Oberrichterin Noëlle Kaiser Job, die Handelsrichter Giuseppe De Simone, Prof. Dr. iur. Othmar Strasser und Handelsrichterin Prof. Dr. oec. HSG Michèle Sutter sowie der Gerichtsschreiber Dr. Benjamin Büchler

Urteil vom 31. Mai 2022

in Sachen

A._____ Ltd. SPC,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B._____,
Beklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1._____,

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y2._____,

betreffend **Forderung (aktienrechtliche Verantwortlichkeit)**

Inhaltsverzeichnis

Rechtsbegehren	4
Anlässlich der Replik modifiziertes Rechtsbegehren	4
Sachverhalt und Verfahren	5
A. Sachverhaltsübersicht.....	5
a. Parteien und ihre Stellung.....	5
b. Unbestrittener Sachverhalt und Streitpunkte der Parteien	5
B. Prozessverlauf	7
Erwägungen.....	8
I. Formelles.....	8
1. Tragweite der Rückweisung.....	8
2. Eintretensvoraussetzungen.....	9
II. Materielles	9
1. Anwendbares Recht.....	9
2. Allgemeines zur Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit	10
3. Aktivlegitimation	10
3.1. Ausgangslage	10
3.2. Ausschliessliche und unmittelbar geschädigte Gläubigerin	11
3.2.1. Einwand des Beklagten	11
3.2.2. Beurteilung Handelsgericht.....	12
3.2.3. Beurteilung Bundesgericht.....	13
3.2.4. Fazit.....	13
3.3. Verlust der Aktivlegitimation infolge Abtretung der Ansprüche an die S. _____	14
3.3.1. Einwand des Beklagten	14
3.3.2. Beurteilung Handelsgericht.....	14
3.3.3. Beurteilung Bundesgericht.....	15
3.4. Unmittelbare Abtretung oder Verpflichtung zur Abtretung?	16
3.4.1. Parteibehauptungen	16
3.4.2. Würdigung	16
3.5. Suspensivbedingung der Zahlung des Kaufpreises.....	21
3.6. Fazit.....	22
4. Passivlegitimation	22
4.1. Parteibehauptungen	22
4.2. Rechtliches	23
4.3. Würdigung	23
5. Schaden.....	24
5.1. Parteibehauptungen	24
5.2. Rechtliches	25
5.2.1. Schadensbegriff.....	25
5.2.2. Widerrechtlichkeit	26

5.2.3. Behauptungs-, Substantiierungs-, Bestreitungs- und Beweislast sowie Beweisführung	27
5.3. Würdigung	27
5.3.1. Substantiierung der Widerrechtlichkeit	27
5.3.2. Substantiierung des Schadens	29
5.3.3. (Weitere) Einwendungen des Beklagten und Schadenshöhe... ..	29
6. Widerrechtlichkeit.....	31
6.1. Parteibehauptungen	31
6.2. Rechtliches	33
6.3. Würdigung	33
6.3.1. Vorbemerkung	33
6.3.2. Ungetreue Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB).....	34
6.3.2.1. <i>Allgemeines</i>	34
6.3.2.2. <i>Tätereigenschaft</i>	35
6.3.2.3. <i>Pflichtverletzung</i>	36
6.3.2.4. <i>Einwilligung</i>	39
6.3.2.5. <i>Vermögensschaden</i>	41
6.3.2.6. <i>Kausalzusammenhang</i>	41
6.3.2.7. <i>(Eventual-)vorsatz</i>	43
6.4. Fazit.....	44
7. Kausalzusammenhang.....	45
8. Verschulden	45
9. Verjährung	46
9.1. Parteibehauptungen	46
9.2. Würdigung	47
10. Schadenszins.....	48
10.1. Parteibehauptungen	48
10.2. Würdigung	48
11. Fazit	49
III. Kosten- und Entschädigungsfolgen	49
12. Allgemeines	49
13. Gerichtskosten	49
14. Parteientschädigung	50

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

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

Die Geltendmachung des weiteren Schadens bleibt vorbehalten."

Anlässlich der Replik modifiziertes Rechtsbegehren:

(act. 47 S. 2)

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

Die Geltendmachung des weiteren Schadens bleibt vorbehalten."

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Bei der Klägerin handelt es sich um eine Investmentfondsgesellschaft, die auf den C._____ als sog. "open ended Investment Company" domiziliert ist und verschiedene Unterfonds hält. Diese Unterfonds sind nicht als juristische Personen ausgestaltet. Sie verwalten ihr Vermögen separat und damit von den übrigen Unterfonds getrennt. Es handelt sich somit um eine Art Sondervermögen, auf das weder Gläubiger der Klägerin noch Gläubiger anderer Unterfonds zugreifen können. Vorliegend von Bedeutung ist der Unterfond der Klägerin mit der Bezeichnung "D._____" ("D._____"), der primär die Beteiligung an Immobilienprojekten in E._____ und insbesondere in F._____ bezweckt (act. 1 Rz. 7 f. S. 5).

Beim Beklagten handelt es sich um eine in Zürich wohnhafte natürliche Person. Er war bis am 1. März 2016 Verwaltungsratspräsident der G._____ Services AG ("G._____") mit Sitz in Zürich, deren Hauptzweck die Erbringung von Administrations- und Beratungsdienstleistungen für und im Zusammenhang mit ausländischen kollektiven Kapitalanlagen ist (act. 1 Rz. 3 S. 4).

b. Unbestrittener Sachverhalt und Streitpunkte der Parteien

Am 17. Mai 2011 schloss die Klägerin mit der G._____ ein Administrative Services Agreement ("Administrative Agreement"), worin die G._____ zum Administrator des D._____ ernannt wurde. Zu diesem Zweck wurde sie alsdann bevollmächtigt, gewisse Zahlungen von den Konten der Klägerin zu tätigen (act. 1 Rz. 8 ff. S. 5 f.; act. 21 Rz. 85 S. 22; act. 47 Rz. 83 ff. S. 39 ff., Rz. 233 S. 85, Rz. 239 S. 86 und Rz. 245 S. 87 und act. 73 Rz. 25 S.8).

Die H._____ Management AG mit Sitz in I._____ [Stadt in der Schweiz] ("J._____", ehemals K._____ Management AG) verwaltete als Investment Managerin Vermögen der Nationalbank von F._____ ("L._____"). Sie zeichnete im Rahmen dieser Tätigkeit für die L._____ 25'000 Einheiten (Units) am D._____ zu je USD 1'000.00 und überwies entsprechend mit Valuta 29. Juli 2011 USD 25 Mi-

o. in den D._____ der Klägerin. In der Folge wurden die Klägerin und die J._____ durch die G._____ regelmässig mit Kontoauszügen des D._____ dokumentiert (act. 1 Rz. 7 f. S. 5 und Rz. 11 f. S. 6 und act. 21 Rz. 85 S. 41).

Anfang Oktober 2015 entschieden die Klägerin und die J._____, die Rückzahlung (Redemption Payment) der Fondsanteile zu verlangen. Am 16. Oktober 2015 bestätigte die G._____ zwar die Redemption Zahlung über USD 26'524'130.00 als "net transferable amount" (Nettovermögenswert), doch teilte der Beklagte der Klägerin daraufhin mit, dass die Rückzahlung noch nicht erfolgen könne, weil es bei der Ausführung der Instruktion Bedarf für neue Unterlagen gebe, da bei der M._____ Bank AG in N._____ [Ort in Lichtenstein] einige Änderungen zu verzeichnen seien. Am 21. Januar 2016 erhielt die J._____ von der Klägerin für deren Konto bei der O._____ Bank AG eine Einsichtsvollmacht, von welcher sie am 18. Februar 2016 Gebrauch machte. Gleichentags teilte der Beklagte dem Verwaltungsratspräsidenten der J._____ (Rechtsanwalt Dr. P._____) mit, dass beim D._____ rund USD 26 Mio. fehlen würden und die Rückzahlung entsprechend nicht ausgeführt werden könne. Ein Teil der Gelder sei durch einen ehemaligen Verwaltungsrat der G._____ verspekuliert worden. Gleichzeitig bat er ihn darum, bis zum 29. Februar 2016 auf eine Anzeige oder Informationen an Dritte zu verzichten, da die Möglichkeit bestehe, eine vertragliche Vereinbarung zu treffen, die den Verlust im D._____ decken könnte. Nachher werde er sich ohnehin aus den Verwaltungsräten der G._____ zurückziehen und eine Selbstanzeige bei der Staatsanwaltschaft einreichen (act. 1 Rz. 17 ff. S. 7 f.; act. 21 Rz. 87 ff. S. 22 f.; act. 47 Rz. 27 ff. S. 14 f. und act. 73 Rz. 117 ff. S. 25). Am 26. Februar 2016 erstattete J._____ beim Bundesamt für Polizei, Meldestelle für Geldwäsche, eine Verdachtsmeldung, welche diese am 1. März 2016 an die zuständige Strafverfolgungsbehörde weiterleitete. Die Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich führt(e) eine Strafuntersuchung gegen den Beklagten betreffend Veruntreuung, ungetreue Geschäftsbesorgung etc. (act. 1 Rz. 32 f. S. 11 f. und act. 21 Rz. 94 S. 23).

Mit der vorliegenden Klage macht die Klägerin den Beklagten aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit dafür haftbar, ab September 2011 bis Oktober 2012 und

dann im Oktober 2015 Gelder aus dem D._____ veruntreut zu haben, mithin seit 2011 praktisch das gesamte Investment inklusive Erträge unrechtmässig verwendet und sein Handeln mittels gefälschter Bankauszüge verheimlicht zu haben. Die Klägerin geht davon aus, dass ihr Schaden durch die Zweckentfremdung durch den Beklagten mindestens USD 25'688'901.30 nebst Zins zu 5 % seit 1. Januar 2013 (gemäss modifiziertem Rechtsbegehren) betrage (act. 1 Rz. 26 f. S. 9 f. und act. 47 Rechtsbegehren S. 2).

Demgegenüber bestreitet der Beklagte, dass die im Rahmen der Verwaltung des D._____ durch die G._____ allfällig eingetretene Vermögensverminderung auf ein strafrechtlich relevantes Verhalten von ihm zurückzuführen sei, insbesondere sei er befugt gewesen, selbständige Anlageentscheide zu treffen und Transaktionen zu vollziehen, wobei er keine Bankkontoauszüge gefälscht habe. Er habe höchstens suboptimale Anlageentscheide getroffen (act. 21 Rz. 91 S. 23).

B. Prozessverlauf

Am 7. November 2017 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin hierorts die Klage samt Beilagen ein (act. 1 und act. 3/2-24). Das Verfahren wurde unter der Geschäfts-Nr. HG170213-O angelegt. Für die Einzelheiten dieses Verfahrens kann auf act. 98 S. 7 ff. verwiesen werden. Mit Beschluss vom 1. Dezember 2020 des hiesigen Gerichts wurde die Klage im Umfang von USD 111'098.70 nebst Zins zu 5 % seit 1. Januar 2013 als durch Rückzug erledigt abgeschrieben. Im übrigen Umfang wurde die Klage mit Urteil vom gleichen Tag abgewiesen (act. 98 S. 52).

Am 1. November 2021 hob das Bundesgericht das Urteil des Handelsgerichts – in teilweiser Gutheissung der Beschwerde – auf und wies die Sache zur Neu Beurteilung zurück (Urteil BGer 4A_36/2021 vom 1. November 2021 ["Rückweisungsentscheid"] = act. 109).

Das Verfahren des Handelsgerichts wurde unter der Geschäfts-Nr. HG210239-O fortgesetzt. Der Prozess ist spruchreif (Art. 236 Abs. 1 ZPO). Der im Verfahren HG170213-O geleistete Kostenvorschuss von CHF 200'000.– sowie die Sicherstellung der Parteientschädigung in der Höhe von insgesamt CHF 298'873.–

(= CHF 218'000.– + CHF 80'873.–) sind auf das vorliegende Verfahren mit der Geschäfts-Nr. HG210239-O zu übertragen.

Es ist an dieser Stelle auf die Änderung in der Gerichtsbesetzung hinzuweisen. Handelsrichter Dr. iur. Q._____ hat das Handelsgericht inzwischen altershalber verlassen. An seiner Stelle wirkt neu Handelsrichter R._____ am vorliegenden Entscheid mit. Eine solche personelle Veränderung ist, weil begründet, zulässig (vgl. BGE 142 I 93 E. 8.2.). Ansonsten hat sich der Spruchkörper nicht verändert.

Erwägungen:

I. Formelles

1. Tragweite der Rückweisung

Heisst das Bundesgericht eine Beschwerde (teilweise) gut und weist es die Angelegenheit zur neuen Beurteilung an die kantonale Instanz zurück, wird der Streit in jenes Stadium vor der kantonalen Instanz zurückversetzt, in dem er sich vor Erlass des angefochtenen Entscheids befand. Die kantonale Instanz hat ihre neue Entscheidung auf die rechtlichen Erwägungen des bundesgerichtlichen Entscheids zu stützen. Sie hat sich von Bundesrechts wegen nur noch mit jenen Punkten zu befassen, die das Bundesgericht kassierte. Entscheidend ist dabei nicht das Dispositiv, sondern die materielle Tragweite des bundesgerichtlichen Entscheids. Die neue Entscheidung der kantonalen Instanz ist somit auf diejenige Thematik beschränkt, die sich aus den bundesgerichtlichen Erwägungen als Gegenstand der neuen Beurteilung ergibt. Das Verfahren wird nur insoweit neu in Gang gesetzt, als dies notwendig ist, um den verbindlichen Erwägungen des Bundesgerichts Rechnung zu tragen (BGE 143 IV 214 E. 5.2.1. und BGE 135 III 334 E. 2. und 2.1.).

Nach einem Rückweisungsentscheid des Bundesgerichts sind sowohl dieses selbst als auch die kantonalen Instanzen an die rechtliche Beurteilung, mit der die Rückweisung begründet wurde, gebunden. Wegen dieser Bindung der Gerichte ist es ihnen wie auch den Parteien, abgesehen von allenfalls zulässigen Noven,

verwehrt, der Beurteilung des Rechtsstreits einen anderen als den bisherigen Sachverhalt zu unterstellen oder die Sache unter rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen, die im Rückweisungsentscheid ausdrücklich abgelehnt oder überhaupt nicht in Erwägung gezogen worden waren (BGE 143 IV 214 E. 5.3.3. und Urteil BGer 4A_48/2019 vom 29. August 2019 E. 2.). Wird die Sache zur Ergänzung des Sachverhalts zurückgewiesen, so bedeutet dies nicht, dass auf jegliche verbindliche Sachverhaltsfeststellungen zurückgekommen werden könnte (vgl. BGE 135 III 334 E. 2. und E. 2.1. mit Hinweisen). Vielmehr beschränkt sich die Neubeurteilung auf den Rahmen und die Elemente des Sachverhalts, zu deren Klärung die Sache im Rückweisungsentscheid zurückgewiesen wurde (BGE 131 III 91 E. 5.2. mit Hinweisen und Urteil BGer 4A_48/2019 vom 29. August 2019 E. 2.).

Der Rückweisungsentscheid betrifft nur das Urteil des hiesigen Gerichts vom 1. Dezember 2020. Der Beschluss vom selben Datum wurde nicht angefochten. Somit ist noch über den Betrag von USD 25'688'901.30 nebst Zins zu 5% seit dem 1. Januar 2013 zu befinden. Auf den konkreten Umfang der Rückweisung wird im Rahmen der nachfolgenden materiellen Erwägungen eingegangen (vgl. nachfolgend E. II. 3.1. und 3.6.).

2. Eintretensvoraussetzungen

Die formellen Erwägungen des Beschlusses und Urteils des Handelsgerichts vom 1. Dezember 2020 haben nach wie vor Bestand. Es wird auf die entsprechenden unangefochtenen Erwägungen verwiesen. Die Eintretensvoraussetzungen sind somit gegeben.

II. Materielles

1. Anwendbares Recht

Der Rückweisungsentscheid des Bundesgerichts hat keinen Anlass gegeben, auf die Erwägung hinsichtlich des anwendbaren materiellen Rechts (vgl. act. 98 S. 16) zurückzukommen. Es ist somit schweizerisches Recht anwendbar.

2. Allgemeines zur Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit

Die Klägerin stützt ihre Klage auf die Bestimmungen über die aktienrechtliche Verantwortlichkeit. Art. 754 ff. OR sind Teil des allgemeinen Haftpflichtrechts, welches aber vom Gesetz einer gesonderten Ordnung unterworfen wird. Voraussetzungen eines Anspruchs aus Verantwortlichkeit sind somit – wie bei jedem Haftungsanspruch – Aktiv- und Passivlegitimation, Schaden, Widerrechtlichkeit, natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang und vorsätzliches oder fahrlässiges Verschulden. Mit Bezug auf den natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhang, das Verschulden, die Schadensberechnung und die Schadenersatzbemessung finden die allgemeinen haftpflichtrechtlichen Grundsätze auf das Verantwortlichkeitsrecht Anwendung. Speziell regeln die Art. 754 f. OR die Aktiv- und Passivlegitimation sowie die Widerrechtlichkeit. Weiter eröffnet das Verantwortlichkeitsrecht in Abweichung allgemeiner Grundsätze den Ersatz eines Reflexschadens (Art. 756 f. OR) und enthält besondere Bestimmungen zur Solidarität (Art. 759 OR) und zur Verjährung (Art. 760 OR) (BSK OR II-GERICKE/WALLER, Vor. zu Art. 754-762 N 2).

3. Aktivlegitimation

3.1. Ausgangslage

Zwischen den Parteien war im ersten Verfahren vor dem Handelsgericht, das im Beschluss und Urteil vom 1. Dezember 2020 mündete (act. 98), unter anderem umstritten, ob die Klägerin zur Klage aktivlegitimiert ist. Konkret hat der Beklagte die Aktivlegitimation der Klägerin mit vier Einwänden bestritten. Er behauptete erstens, die Klägerin sei nicht berechtigt, für den D._____ zu handeln, zweitens, sie habe freiwillig auf seine persönliche Haftung verzichtet, drittens, sie habe ihre Ansprüche gegenüber der G._____ AG an die S._____ Management FZ LLC ("S._____") abgetreten, und viertens, selbst wenn sie noch Gläubigerin der G._____ wäre, könne sie ausserhalb des Konkurses der G._____ AG keine Verantwortlichkeitsansprüche gegen deren Organe erheben, zumal auch die G._____ unmittelbar geschädigt sei (act. 21 Rz. 19 S. 7).

Diese Einwände beurteilte das hiesige Gericht als nicht stichhaltig (vgl. hierzu Ausführungen in act. 98 E. Ziff. II. 3.2. ff. S. 22 ff.). Im Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht hielt der Beklagte nur an den beiden zuletzt genannten Einwänden fest, wobei er die Klageabweisung – zulässigerweise – mit einer anderen bzw. zusätzlichen Begründung zum ersten Urteil forderte (act. 109 E. 3. S. 5). Das Bundesgericht hat die Sache an das Handelsgericht zur Neubeurteilung zurückgewiesen und dieses unter anderem aufgefordert, die noch offenen gelassenen Einwände des Beklagten gegen die Aktivlegitimation zu prüfen (act. 109 E. 8. S. 28). Auf diese Einwände ist im Nachfolgenden einzugehen.

3.2. Ausschliessliche und unmittelbar geschädigte Gläubigerin

3.2.1. Einwand des Beklagten

Der Beklagte macht geltend, dass nebst der allfällig unmittelbar geschädigten Klägerin auch die Gesellschaft (G._____) unmittelbar geschädigt sei, wobei ihr Schaden im latenten Anspruch der Klägerin auf entsprechenden Schadenersatz aus Verletzung des Administrative Agreements bestehe. Unter diesen Umständen könne eine Gläubigerin ihren Schaden nur dann ausnahmsweise direkt gegen ein Organ geltend machen, wenn das Verhalten des fraglichen Organs gegen aktienrechtliche Bestimmungen verstosse, welche ausschliesslich dem Schutz der Gläubiger dienen. Weder die von der Klägerin angerufenen strafrechtlichen Bestimmungen noch Art. 717 OR würden solche Schutznormen darstellen. Letztlich wäre die Klägerin selbst dann nicht aktivlegitimiert, wenn das Gericht von einem unmittelbaren und ausschliesslichen Schaden der Klägerin ausgehen würde, weil in diesem Fall die allgemeinen Regelungen des zivilrechtlichen Haftpflichtrechts, d.h. Art. 41 ff. OR, und nicht diejenigen des körperschaftlichen Verantwortlichkeitsrechts, zur Anwendung gelangen würden, für deren Beurteilung das Handelsgericht nicht zuständig wäre (act. 21 Rz. 52 ff. S. 15 f. und act. 73 Rz. 84 ff. S. 19 f. und Rz. 142 ff. S. 29).

3.2.2. Beurteilung Handelsgericht

Das hiesige Gericht erwog im Urteil vom 1. Dezember 2020 im Wesentlichen, dass sich die durch die G._____ bzw. den Beklagten getätigten Transaktionen direkt auf das Vermögen der Klägerin ausgewirkt hätten, womit der von ihr geltend gemachte Schaden als unmittelbarer Schaden i.S.v. BGE 132 III 564 E. 3.1.1. bis 3.1.3. zu qualifizieren sei. Generell berge jedes gläubigerschädigende Organverhalten eine latente Gefahr der Belangung der Gesellschaft mittels Schadenersatzklage. Würde aufgrund dieser latenten Gefahr nebst der unmittelbaren Schädigung des Gläubigers stets eine unmittelbare Schädigung der Gesellschaft bejaht, so wäre bei Vorliegen einer vertraglichen Beziehung eine unmittelbare und ausschliessliche Schädigung eines Gläubigers gar nicht mehr möglich. Der Gesellschaft entstünde nämlich stets auch ein direkter Schaden, weil sie aufgrund der Haftung für ihre Organe gegenüber dem Gläubiger dafür aufkommen müsse. Gegen die Bejahung einer direkten Schädigung der Gesellschaft spreche, dass vorläufig für die Gesellschaft (hier G._____) nur die Gefahr einer Belangung bestehe. Konkret stehe die tatsächliche Schädigung unter der Bedingung einer Klageerhebung gegen die Gesellschaft mit erfolgreichem Ausgang. Für eine unmittelbare Schädigung spreche hingegen, dass ein Schadenersatzanspruch grundsätzlich mit der Entstehung des Schadens (vorliegend mit der Vornahme der angeblichen pflichtwidrigen Transaktionen) begründet und fällig werde. Letztlich liess das hiesige Gericht die Frage offen, ob auch die Gesellschaft (konkret die G._____) direkt geschädigt sei. Dies mit der Begründung, dass es sich bei der G._____ ohnehin nicht um eine konkursite Gesellschaft handle, weshalb die Klägerin ihren unmittelbaren Schaden so oder anders direkt gegenüber den verantwortlichen Organen geltend machen könne. Im Fall, wenn sowohl die Gesellschaft wie auch der Gläubiger unmittelbar geschädigt seien, müsse nämlich unterschieden werden, ob sich die Gesellschaft im Konkurs befinde oder aufrecht stehe. Für den Fall, dass die Gesellschaft aufrecht stehe, habe das Bundesgericht die Aktionärs- bzw. Gläubigerklage aus unmittelbarem Schaden nicht begrenzt (act. 98 E. Ziff. II. 3.2.4. S. 27 ff.).

3.2.3. Beurteilung Bundesgericht

Zunächst bestätigte das Bundesgericht in seinem Urteil vom 1. November 2021, dass die Klägerin direkt geschädigt worden sei. Alsdann bestätigte es eine gleichzeitige direkte Schädigung der G._____ infolge Erhöhung ihrer Verpflichtungen, zumal sie gegenüber der Klägerin für allfälliges pflichtwidriges Handeln ihrer Organe hafte. Es liege demnach die Konstellation 3 vor (act. 109 E. 3.2.3. S. 8). Schliesslich erwog das Bundesgericht, dass entgegen der Auffassung des Beklagten in Fallkonstellation 3 keine Einschränkung in dem Sinne bestehe, dass die Klägerin (als Gläubigerin) nur aktivlegitimiert wäre, wenn sie ihre Klage mit einer unerlaubten Handlung (Art. 41 OR), einer culpa in contrahendo oder einer Verletzung einer ausschliesslich zum Schutz der Gläubiger konzipierten Bestimmung des Gesellschaftsrechts begründe. Auch wenn die Einschränkung nicht bestehe, könne sich die Klägerin aber nicht tel quel auf aktienrechtliche Bestimmungen berufen, die nur den Schutz der Gesellschaft bezweckten. Es sei zwar nicht erforderlich, dass sie sich auf eine ausschliesslich zum Schutz der Gläubiger konzipierte Bestimmung stützen könne, jedoch müsse sie sich auf eine Bestimmung stützen können, die sowohl den Schutz der Gesellschaft wie auch den Schutz der Gläubiger bezwecke (Norm der doppelten Schutzwirkung). Dazu würden namentlich die Bilanzvorschriften und die Bestimmungen über das Verhalten bei eingetretener Überschuldung gehören. Soweit sie sich auf Bestimmungen des Aktienrechts stütze, berufe sie sich einzig auf Art. 717 OR. Die allgemeine Sorgfaltpflicht sei keine Bestimmung, die auch dem Gläubigerschutz diene, vielmehr begründe sie nur Pflichten gegenüber der Gesellschaft. Zusammengefasst sei die Klägerin damit grundsätzlich insofern aktivlegitimiert, als sie einen Anspruch aus Art. 41 OR in Verbindung mit Bestimmungen des StGB geltend mache, die dem Gläubigerschutz dienten, namentlich Veruntreuung und ungetreue Geschäftsführung (act. 109 E. 3.2.3.2. S. 10 f.).

3.2.4. Fazit

Das Handelsgericht ist an diese Beurteilung des Bundesgerichts, die weitestgehend mit jener im Urteil des Handelsgerichts vom 1. Dezember 2020 überein-

stimmt, gebunden. Die Klägerin ist somit befugt, ihren behaupteten direkten Schaden gegenüber dem Beklagten geltend zu machen.

3.3. Verlust der Aktivlegitimation infolge Abtretung der Ansprüche an die S._____

3.3.1. Einwand des Beklagten

Der Beklagte macht weiter geltend, mit dem Asset Purchase Agreement hätten sich die Parteien faktisch auf einen Parteiwechsel geeinigt, d.h. darauf, dass alle (allfälligen) Ansprüche der Klägerin allein durch die S._____ befriedigt werden sollten, welcher umgekehrt sämtliche (allfälligen) Ansprüche der Klägerin gegen die G._____ und/oder den Beklagten abgetreten worden seien. In Ziff. 2.2. dieses Agreements sei vereinbart worden, dass die Klägerin mit Wirkung per 18. Juli 2016 sämtliche im Zusammenhang mit den erworbenen D._____ -Anteilen stehenden Verträge an die S._____ abtrete. Die Abtretung habe auch das Administrative Service Agreement umfasst. Zuzufolge der Abtretung und des Parteiwechsels sei die Klägerin nicht (mehr) Gläubigerin der G._____ und daher zur vorliegenden Verantwortlichkeitsklage nicht mehr aktivlegitimiert (act. 21 Rz. 19 S. 7, Rz. 25 S. 9 und Rz. 31 ff. S. 11 f.).

3.3.2. Beurteilung Handelsgericht

Das hiesige Gericht erwog im Urteil vom 1. Dezember 2020, dass das Asset Purchase Agreement ("APA") nicht anwendbar sei. Gegenstand von Art. 164 OR seien Forderungen, nicht jedoch – wie vorliegend – Verträge ("*All contracts, licenses, leases and other agreements*"). Selbst wenn man annehmen würde, die Parteien hätten nicht die Verträge an sich, sondern die jeweiligen Forderungen aus denselben abtreten wollen ("*and all rights thereunder*"), so würde die Gültigkeit der Abtretung weiter voraussetzen, dass die Forderungen bestimmt oder bestimmbar seien. Daran fehle es hier. Letztlich sei die Frage, ob das APA bzw. die Forderungen daraus gültig abgetreten worden seien, aber irrelevant, ändere dies doch insofern nichts an der Aktivlegitimation der Klägerin, als die Gläubigerstellung lediglich im Zeitpunkt des pflichtwidrigen Verhaltens (vorliegend 2011 bis 2015) be-

standen haben oder spätestens im Moment der Klageeinleitung entstanden sein müsse. Entsprechend könne offen bleiben, ob in Ziff. 2.2. des APA eine unmittelbare Abtretung oder lediglich die Verpflichtung zur Abtretung vereinbart worden sei, und ob das APA unter der Suspensivbedingung der Zahlung des Kaufpreises gestanden habe (act. 98 E. II. 3.2.3. S. 24 ff.).

3.3.3. Beurteilung Bundesgericht

In seinem Rückweisungsentscheid erwog das Bundesgericht, es könne nicht gesagt werden, es sei irrelevant, ob das APA auf die von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche Anwendung finde, da deren Gläubigerstellung nur im Zeitpunkt des pflichtwidrigen Verhaltens bestanden haben müsse. Die hierfür zitierten Literaturstellen seien nicht einschlägig (act. 109 E. 3.3.2. f. S. 13 f.). In einem nächsten Schritt hielt das Bundesgericht in Abweichung zur handelsgerichtlichen Beurteilung fest, dass aus dem APA klar hervorgehe, dass alle Verträge und alle Forderungen im Zusammenhang mit dem D._____ übertragen werden sollen. Zweifellos falle das Administrative Agreement und die sich daraus ergebenden Forderungen – auch für einen Dritten erkennbar – unter diese Formulierung. Es sei zwar zutreffend, dass es sich bei aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen nicht um vertragliche Ansprüche handle. Da das APA nicht nur gemäss Ziff. 2.2. die Übertragung von Verträgen und Rechten daraus ("*all rights thereunder*") umfasse, sondern gemäss Ziff. 2.1. daneben und allgemein alle Rechte der Verkäuferin ("*all of Seller's rights*") im Zusammenhang mit dem D._____, seien auch ausservertragliche Ansprüche umfasst, die im Zusammenhang mit einer vertraglichen Tätigkeit entstanden seien. Der Vertrag erfasse demnach sowohl die vertraglichen Ansprüche der Klägerin gegenüber der G._____ wie auch die ausservertraglichen gegenüber dem Beklagten. Dies entspreche auch dem Vertragszweck, der Schadloshaltung der Klägerin. Entsprechend diesem habe das APA vorgesehen, dass die S._____ einen Kaufpreis von USD 26'627'130.00 zu entrichten habe. Wären (allfällige) Schadenersatz- bzw. Verantwortlichkeitsansprüche der Klägerin gegen den Beklagten vom APA nicht erfasst worden, sondern nur mögliche vertragliche Schadenersatzansprüche gegenüber der G._____, wäre zu erwarten gewesen, dass im Hinblick auf die Zahlung des Preises ein entspre-

chender Vorbehalt gemacht worden wäre. Das APA sei entsprechend anwendbar. Vor diesem Hintergrund könne sich das Handelsgericht nicht damit begnügen, die Einwände des Beklagten und deren dagegen gerichtete Entgegnungen offenzulassen. Vielmehr müsse das Handelsgericht prüfen, ob in Ziff. 2.2. des APA eine unmittelbare Abtretung oder lediglich eine Verpflichtung zur Abtretung vereinbart worden sei. Ebenso müsse es klären, ob das APA – wie von der Klägerin behauptet – unter der Suspensivbedingung der Zahlung des Kaufpreises gestanden habe (act. 109 E. 3.3.4. f. S. 14 ff.).

3.4. Unmittelbare Abtretung oder Verpflichtung zur Abtretung?

3.4.1. Parteibehauptungen

Die Klägerin hält dem Einwand des Beklagten betreffend Abtretung des Verantwortlichkeitsanspruches an die S. _____ entgegen, das APA sei am 7. Juli 2016 zwar unterzeichnet, nicht aber vollzogen worden. Für den Vollzug (Closing) sei der 18. Juli 2016 (Closing Date) vorgesehen worden (act. 47 Rz. 156 S. 63). Als Kaufpreis sei ein Betrag von USD 26'627'130.00 vereinbart worden, welcher von der S. _____ per 18. Juli 2016, d.h. dem Datum des Vollzugs des APA, auf ein bezeichnetes Konto der Klägerin hätte überwiesen werden sollen (act. 47 Rz. 158 S. 64). In der besagten Vereinbarung im APA sei nicht etwa von der Abtretung der Verträge an die Käuferin an sich, sondern von der blossen Verpflichtung der Verkäuferin, dies am Vollzugsdatum (und nicht per Vertragsschluss) zu tun, die Rede. Mit anderen Worten beinhalte die fragliche Klausel alleine das Verpflichtungs- und nicht das Verfügungsgeschäft (act. 47 Rz. 159 S. 64 f.).

Der Beklagte wiederholt *duplicando*, dass das englische Wort "shall" in der Rechtssprache nicht "soll", sondern "wird", bedeute und dass die Abtretung gemäss klarer und eindeutiger terminlicher Definition im Vertrag mit Wirkung per 18. Juli 2016 erfolgt sei (act. 73 Rz. 147 S. 30).

3.4.2. Würdigung

Bei der Abtretung handelt es sich nicht um einen Schuldvertrag, aus dem eine Forderung entsteht, sondern um ein Verfügungsgeschäft, durch das eine Forde-

nung vom Zedenten auf den Zessionar übergeht. Die Abtretung beruht wie grundsätzlich jedes Verfügungsgeschäft auf einem Rechtsgrund (*causa*). Besteht der Rechtsgrund in einem schuldrechtlichen Vertrag (*pactum de cedendo*; z.B. Forderungskauf), spricht man von Verpflichtungsgeschäft. Aus dem Rechtsgrund (*causa*) ergibt sich der sachliche Anlass bzw. die Pflicht des Zedenten zur Abtretung, nämlich zur Abgabe der Abtretungserklärung, d.h. zur Ausstellung der Zessionsurkunde, welche die Abtretungserklärung beurkundet und zur Begebung der Urkunde an den Zessionar. Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft fallen zwar häufig zeitlich zusammen (Urteile BGer 4A_314/2016 und 4A_320/2016 vom 17. November 2016 E.4.2.1.), sie können aber auch getrennt werden (BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 N 16).

Die vorliegend umstrittene Klausel findet sich unter dem Titel "*Assignment of Contracts*" in Ziff. 2.2. Satz 1 des APA und lautet wie folgt:

"Seller shall with effects as of the Closing Date assign or otherwise transfer to Purchaser all contracts, licenses, leases and other agreements and all rights thereunder, related to the Purchased Assets (collectively, the "Assigned Contracts")." (act. 22/3 Ziff. 2.2.).

Vorab ist festzuhalten, dass das hiesige Gericht an die rechtliche Beurteilung des Bundesgerichts gebunden ist, wonach vom APA nicht nur die vertraglichen Ansprüche der Klägerin gegenüber der G._____, sondern auch die ausservertraglichen gegenüber dem Beklagten erfasst werden (act. 109 E. 3.3.4. S. 15).

Während die Klägerin aus Ziff. 2.2. Satz 1 des APA ableitet, dass sie sich damit lediglich zur Abtretung verpflichtet habe, vertritt der Beklagte die Ansicht, dass das APA nebst dem Verpflichtungsgeschäft in dieser Klausel auch das Verfügungsgeschäft enthalte und die Abtretung somit mit Wirkung per 18. Juli 2016 erfolgt sei. Es gilt folglich durch Auslegung zu ermitteln, was die Parteien hinsichtlich der Abtretung tatsächlich übereinstimmend gewollt haben (BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 N 16 und Urteil BGer 4A_172/2018 vom 13. September 2018 E. 4.2.1.). Dabei ist das Gericht an die Feststellung des tatsächlichen Parteiwillens gebunden. Lässt sich der tatsächliche Wille nicht feststel-

len, beurteilt sich nach dem Vertrauensprinzip, welchen Inhalt eine Willenserklärung hat. Die Erklärung ist danach so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen nach Treu und Glauben verstanden werden durfte und musste. Dabei hat das Gericht zu berücksichtigen, was sachgerecht ist, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben (Urteil BGer 4A_579/2017 vom 7. Mai 2018 E. 5.2.2.1.; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 13).

Keine Partei hat konkret behauptet, beide Parteien seien sich bei Vertragsschluss über die Bedeutung der Klausel einig gewesen. Selbst wenn davon ausgegangen würde, das Vorliegen eines tatsächlichen Konsenses sei hinreichend substantiiert, liesse sich ein übereinstimmender wirklicher Wille (natürlicher Konsens) der Parteien nicht feststellen: Während der Beklagte zum Beweis seiner Sachdarstellung keine Beweismittel anbietet, offeriert die Klägerin nebst dem APA einzig ein Gutachten eines deutsch-englisch sprachigen Schweizer Rechtsanwalts betreffend die Übersetzung von Ziff. 2.2. Abschnitt 1 des APA. Diese Beweismittel vermögen für sich allein keinen Beweis für ein übereinstimmendes Vertragsverständnis zu bilden. Dementsprechend ist eine objektive Auslegung der Klausel vorzunehmen.

Das englische Wort "shall" wird sowohl mit "sollen", "werden", "wollen" als auch "beabsichtigen" übersetzt. Die Übersetzung ist entsprechend wenig aufschlussreich. Massgeblich für die Bedeutung eines Wortes ist nicht nur dessen unmittelbarer Wortsinn, sondern auch seine Stellung im Kontext und wiederum dessen Stellung im Gesamtkonzept des Vertrags (sog. systematisches Element der Auslegung; vgl. BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 24).

Der Terminus "*with effect as of the closing date*" sowie die Definition "*Closing Date*" gemäss Ziff. 1 des APA, wonach es sich um das Datum handelt, an dem die in der Vereinbarung beschriebene Transaktion vollzogen werden soll, d.h. der 18. Juli 2016 ("*Closing Date*" means and shall be the date at which the transaction described in this Agreement is to be consummated, i.e. 18th of July 2016") sprechen auf den ersten Blick für eine unmittelbare Abtretung mit Aufschub des Forderungsübergangs bis 18. Juli 2016. Bei näherer Betrachtung des Gesamtkonzepts des Vertrags ergibt sich hingegen eine andere Beurteilung. In Ziff. 5 des

APA werden die Transaktionen, von welchen in der Definition "*Closing Date*" die Rede ist und die am 18. Juli 2016 vollzogen werden sollen, ausdrücklich genannt:

"On the Closing Date, Sheller shall:

- *transfer, deliver or cause to be delivered to the Purchaser the ownership and title in the Purchased Assets by transfer or physical possession together with all records, deeds and documents pertaining thereto or, **in the case of the Assigned Contracts and in the case of rights, claims and receivables, by written assignment declarations***

upon credit of the Purchase Price to the Seller's account." (act. 22/3 Ziff. 5.2. Abs. 2).

Die Klausel nimmt eindeutig Bezug auf jene in Ziff. 2.2. des APA, indem sie auf *"Assigned Contracts"* referenziert. Diesbezüglich wird unmissverständlich festgehalten, dass nach Gutschrift des Kaufpreises auf dem Konto des Käufers am Closing Date schriftliche Abtretungserklärungen (*"written assignment declarations"*) abzugeben sind. Die Klausel stützt somit zweifelsfrei die Auffassung der Klägerin, wonach in Ziff. 2.2. des APA lediglich eine Verpflichtung zur Abtretung am Closing Date statuiert wird, ansonsten an diesem Datum keine schriftliche Zessionsurkunde, welche die Abtretungserklärung beurkundet, mehr ausgestellt werden müsste. Infolgedessen kann und muss die Passage *"with effect as of the Closing Date"* so verstanden werden, dass am Closing Date (konkret am 18. Juli 2016) die Abtretungserklärungen abgegeben werden müssen und dass der Zessionar die Forderungen (wie bei Abtretungen üblich) in diesem Zeitpunkt erwirbt (vgl. auch BSK OR I-GIRSBERGER/HERMANN, Art. 164 N 46). Vor diesem Hintergrund ergibt auch der zweite Satz unter Ziff. 2.2. des APA Sinn, wonach Verkäufer und Käufer gemeinsam zusammenarbeiten, um alle für die Abtretung (am Closing Date) erforderlichen Genehmigungen von Dritten einzuholen (*"Seller and Purchaser shall cooperate to receive any necessary approvals for such transfer from third parties"*). Sollte eine Zustimmung nicht eingeholt werden können, wird keine Abtretungserklärung abgegeben; vielmehr führt der Verkäufer die Verträge weiterhin auf Rechnung und Kosten des Käufers (*"To the extent such approval cannot be secured Seller will continue to perform such contracts for the account and at the cost of Purchaser"*).

Zusammengefasst durften und mussten die Parteien die Klausel aufgrund der gesamten Umstände nach Treu und Glauben so verstehen, dass darin lediglich eine Verpflichtung zur Abgabe der Abtretungserklärungen am Tag des Closings statuiert wurde. Das Gegenteil vermag der Beklagte nicht zu beweisen, offeriert er zu seinen Behauptungen doch auch keine Beweismittel.

Dass am 18. Juli 2016 schriftliche Abtretungserklärungen unterzeichnet worden wären, hat der Beklagte alsdann nicht behauptet. Der aktienrechtliche Verantwortlichkeitsanspruch ist damit nicht an die S._____ abgetreten worden. Unabhängig davon, ob die Klägerin berechtigt war, vom Vertrag zurückzutreten, steht der Klägerin der vorliegend gemachte Anspruch mangels (unmittelbarer) Abtretung somit nach wie vor zu.

3.5. Suspensivbedingung der Zahlung des Kaufpreises

Da die aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüche wie soeben aufgezeigt nicht abgetreten wurden, erübrigt sich die Prüfung, ob das APA an die Suspensivbedingung der Zahlung des Kaufpreises und die Abtretung an die Bedingungen des APA geknüpft waren, wie dies die Klägerin geltend macht.

Der Vollständigkeit halber sei jedoch folgendes angemerkt: Ist zwischen den Parteien umstritten, ob ein unbedingter oder ein aufschiebend bedingter Vertrag abgeschlossen wurde, muss gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung der Schuldner die Bedingung als rechtshindernde Tatsache beweisen (BSK OR I-WIDMER/COSTANTINI/EHRAT, Art. 151 N 14 und BGer 4C.264/2004 vom 20. Oktober 2004 E. 3.4.). Da sich die Klägerin auf die rechtshindernde Bedingung beruft, wäre sie von ihr zu beweisen. Die Klägerin leitet aus der Bestimmung in Ziff. 2.1. i.V.m. Ziff. 2.3. des APA ab, dass dieses unter Vorbehalt der Suspensivbedingung der Bezahlung des Kaufpreises stehe. In Ziff. 2.1. des APA erklärt sich die Verkäuferin zusammengefasst damit einverstanden, die "*Purchased Assets*" gemäss den im Vertrag enthaltenen Bedingungen ("*Subject to the terms and conditions defined herein*") frei von jeglichen Belastungen auf die Käuferin zu übertragen und die Käuferin, diese vom Verkäufer zu erwerben. Dass die zu verkaufenden Vermögenswerte ("*Purchased Assets*") zugleich auch sämtliche Rech-

te und Pflichten der im Zusammenhang mit dem D._____ stehenden Verträge ("Assigned Contracts") erfassen, hat das Bundesgericht bereits verbindlich festgehalten (act. 109 E. 3.3.4. S. 14 ff.). Entgegen der Behauptung der Klägerin wird in Ziff. 2.3. des APA jedoch nicht die Wirksamkeit des Vertrags selbst an die Bedingung der Bezahlung des Kaufpreises geknüpft; vielmehr geht es um den Zeitpunkt der Eigentumsübertagung der gekauften Vermögenswerte ("*Under the condition that the Purchase Price is credited to the Seller's account, title in each of the Purchased Assets will pass to the Purchaser on Closing*"). Die Klägerin widerspricht sich alsdann auch selbst, wenn sie einerseits geltend macht, das APA sei mangels Zahlung des Kaufpreises und damit mangels Bedingungseintritts nie wirksam geworden und andererseits von einem Schuldnerverzug und einem Vertragsrücktritt spricht. Insgesamt wäre das klägerische Argument damit ohnehin nicht stichhaltig.

3.6. Fazit

Zusammengefasst ist die Aktivlegitimation der Klägerin zu bejahen. Sie hat diese nicht – wie vom Beklagten geltend gemacht – infolge Abtretung der Ansprüche an die S._____ verloren.

Es gilt demzufolge nachfolgend – wie vom Bundesgericht vorgegeben (vgl. act. 109 E. 3.3.6. S. 16 und E. 8. S. 28) – die Passivlegitimation des Beklagten sowie bei Bejahung derselben die weiteren Voraussetzungen der Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit zu prüfen.

4. Passivlegitimation

4.1. Parteibehauptungen

Die Klägerin erläutert, der Beklagte habe im Zeitraum seiner Verfehlungen von 2011 bis 2015 in der Funktion als Verwaltungsratspräsident der G._____ geamtet und sei damit zweifelsohne passivlegitimiert (act. 1 Rz. 37 f. S. 13 und act. 47 Rz. 181 ff. S. 73).

Der Beklagte hält dem entgegen, im APA sei vereinbart worden, dass die Klägerin sich für sämtliche (allfälligen) Ansprüche in diesem Zusammenhang ausschliesslich an die S._____ wenden werde. Entsprechend sei es zu einem Parteiwechsel bzw. einer Schuldübernahme durch die S._____ bezüglich der Ansprüche im Zusammenhang mit den Verlusten aus dem D._____ gekommen, weshalb er von jeder (allfälligen) Haftung befreit und nicht (mehr) passivlegitimiert sei (act. 21 Rz. 20 S. 7 f. und act. 73 Rz. 103 f. S. 22 und Rz. 153 S. 31).

4.2. Rechtliches

Gemäss Art. 754 Abs. 1 OR sind die Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen passivlegitimiert. Erfasst werden damit unter anderem die von der Generalversammlung gewählten formellen Organe.

4.3. Würdigung

Hinsichtlich der besagten Einwendungen haben die Erwägungen des Beschlusses und Urteils vom 1. Dezember 2020 des hiesigen Gerichts nach wie vor Bestand (vgl. act. 98 E. II. 4.2. S. 33 f.). Das Bundesgericht hielt überdies fest, dass es entgegen der Auffassung des Beklagten nicht um die Frage gehe, ob mit dem APA eine privative oder kumulative Schuldübernahme vereinbart worden sei. Die Einwände des Beklagten gegen die Bejahung seiner Passivlegitimation würden vielmehr im Zusammenhang mit der Beurteilung der Aktivlegitimation stehen (act. 109 E. 4. S. 16 f.).

Die Aktivlegitimation der Klägerin wurde – nach Klärung der noch offenen Fragen – bejaht und eine Abtretung des vorliegenden Verantwortlichkeitsanspruchs an die S._____ verneint. Dass der Beklagte im relevanten Zeitraum zwischen 2011 und 2015 als Verwaltungsratspräsident und damit als formelles Organ der G._____ fungierte, ist unbestritten und ergibt sich auch aus den Akten (act. 3/3). Die Passivlegitimation des Beklagten ist zu bejahen.

5. Schaden

5.1. Parteibehauptungen

Die Klägerin macht vorliegend eine Schädigung ihres Vermögens geltend, die sie durch das pflichtwidrige und gar strafbare Verhalten des Beklagten in seiner Funktion als Organ der G. _____ erlitten habe. Ihr Schaden würde dabei den vom Beklagten während dem Zeitraum von 2011 bis 2015 rechtswidrig zu ihren Lasten getätigten Vermögensdispositionen ohne Gegenleistung entsprechen. Der zur Berechnung des Schadens notwendige hypothetische Vermögensstand ergebe sich aus den gefälschten Kontoauszügen des Beklagten, die das Guthaben nennen würden, über welches sie bei pflichtgemäsem Erfüllen der beklagten Pflichten verfügen würde. Der tatsächliche Vermögensstand könne den Bankunterlagen der M. _____ Bank AG entnommen werden, in welche die J. _____ im Rahmen des Rückführungsprozesses unter Vollmacht der Klägerin Einsicht erhalten habe (act. 1 Rz. 40 f. S. 13 f. und act. 47 Rz. 45 ff. S. 24 ff. und Rz. 61 S. 32 f.). Die Klägerin stellt in der Folge die Beträge der angeblich gefälschten Kontoauszüge des Beklagten denjenigen der angeblich echten Kontoauszüge der Bank im Zeitraum von 2011 bis 2015 gegenüber (act. 1 Rz. 41 ff. S. 13 f. und act. 47 Rz. 52 ff. S.14 f.).

Unter Hinweis auf Art. 42 Abs. 2 OR führt sie weiter aus, dass der Beklagte gestützt auf den gefälschten Kontoauszug per 15. Oktober 2015 einen netto auszubehaltenden Betrag von USD 26'524'130.00 nenne, auf welchen sie hinsichtlich ihres hypothetischen Vermögensstands konkret abstütze (act. 47 Rz. 62 S. 33). Ihr tatsächlicher Vermögensstand gemäss echtem Kontoauszug betrage jedoch per 21. Oktober 2015 USD 835'228.72 (act. 47 Rz. 63 S. 33). Die Differenz zwischen hypothetischem und tatsächlichem Vermögensstand im Betrag von USD 25'688'901.30 (= USD 26'524'130.00 ./. USD 835'228.72) ergebe folglich ihren erlittenen Schaden. Dasselbe ergebe sich bei Betrachtung des Totals der substantiell pflichtwidrigen Zahlungen, die zusammengefasst wie folgt aussehen würden (act. 47 Rz. 192 S. 75 f.):

Datum	Betrag (in USD)	Empfänger
29.09.2011	3'000'000.00	T. _____ Holdings SP

18.10.2011	1'000'000.00	T. _____ Holdings SP
08.11.2011	10'000'000.00	T. _____ Holdings SP
25.04.2012	2'500'000.00	T. _____ Holdings SP
29.10.2012	3'000'000.00	T. _____ Holdings SP
07.11.2012	300'000.00	U. _____ Markets AG
21.10.2015	6'000'000.00	V. _____
Total	25'800'000.00	

Der Beklagte hält dem zunächst entgegen, die Klägerin sei ihrer Pflicht zur rechtsgenügelichen Substantiierung eines angeblichen Schadens nicht einmal ansatzweise nachgekommen (act. 21 Rz. 66 S. 19 und act. 73 Rz. 5 S. 4, Rz. 33 S. 10 und Rz. 47 S.13). Weiter habe die Klägerin auch nicht ausgeführt, weshalb ihr eine rechtsgenügeliche Darlegung des hypothetischen Vermögensstands nicht möglich gewesen sein und Art. 42 Abs. 2 OR zur Anwendung gelangen soll (act. 21 Rz. 48 ff. S. 14 f.).

Ein Schaden müsste selbst bei ausreichender Substantiierung auch deshalb verneint werden, weil die G. _____ die sich im D. _____ befindlichen Gelder verwaltet habe und damit auch Investitionen habe tätigen dürfen. Eine diesbezügliche (allfällige) Pflichtwidrigkeit wäre mittels Schadenersatzklage aufgrund Verletzung vertraglicher Pflichten gegen die G. _____ vor den Gerichten der C. _____ geltend zu machen gewesen (act. 21 Rz. 65 S. 18 f.).

Schliesslich fehle es auch deshalb an einem Schaden, weil der Klägerin infolge Unterzeichnung des APA gegenüber der S. _____ eine vertraglich vereinbarte Forderung von USD 26'627'130.00 zustünde, welche ihre allfälligen Haftungsansprüche ersetze, zumal sie jederzeit geltend gemacht werden könne (Vorteilsanrechnung). Das Absehen von der Durchsetzung dieser Forderung vermöge keinen Schaden zu begründen; vielmehr verletze die Klägerin durch die Nichtbeanspruchung zudem ihre Schadensminderungspflicht (act. 21 Rz. 53 S. 15 und Rz. 64 S.18 und act. 73 Rz. 6 S. 4 f.).

5.2. Rechtliches

5.2.1. Schadensbegriff

Der Schaden besteht in einer Vermögenseinbusse des Geschädigten im Sinne der sog. Differenztheorie. Danach entspricht der Schaden der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte, und kann in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder im entgangenen Gewinn bestehen (BGer 4A.462/2009 vom 16. März 2010 E. 2.1.; BGE 132 III 564 E. 6.2.; BGE 132 III 321 E. 2.2.1.; BGE 132 III 186 E. 8.1.; BGE 129 III 331 E. 2.1.; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, N 2848). Der Schaden ist eng mit der Pflichtverletzung (als Voraussetzung für die Auslösung des Verantwortlichkeitsanspruchs) verknüpft. Nur soweit überhaupt eine Pflichtverletzung besteht und auch nur soweit dadurch ein Schaden verursacht wurde, kann ein Verantwortlichkeitsanspruch entstehen. Deshalb beschränkt sich die Ersatzpflicht auf den widerrechtlich verursachten Teil eines Schadens, auch wenn eine unfreiwillig eingetretene Vermögensverminderung subjektiv als Schaden empfunden wird. Der ersatzpflichtige Schaden besteht mit anderen Worten bloss in jenem Teil der Vermögensverminderung, der bei einer pflichtgemässen Geschäftsführung seitens des Gesellschaftsorgans vermieden worden wäre.

5.2.2. Widerrechtlichkeit

Gemäss Art. 754 OR handeln Verwaltungsratsmitglieder widerrechtlich, wenn sie absichtlich oder fahrlässig Pflichten verletzen. Gemeint sind statutarische Pflichten, Pflichten gestützt auf interne Reglemente und Pflichten, die sich aus Gesetz ergeben (BGE 110 II 391).

Ist – wie vorliegend – sowohl die Gesellschaft als auch der Gläubiger unmittelbar bzw. direkt geschädigt, besteht gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung keine Einschränkung in dem Sinne, dass ein Gläubiger nur aktivlegitimiert wäre, wenn er seine Klage mit einer unerlaubten Handlung (Art. 41 OR), einer culpa in contrahendo oder einer Verletzung einer ausschliesslich zum Schutz der Gläubiger konzipierten Bestimmung des Gesellschaftsrechts begründet. Der Gläubiger muss sich aber auf eine Bestimmung stützen können, die sowohl den Schutz der Gesellschaft wie auch seinen Schutz bezweckt (Norm der doppelten Schutzwirkung). Dazu gehören namentlich unter anderem die Bilanzvorschriften und die

Bestimmungen über das Verhalten bei eingetretener Überschuldung (act. 109 E. 3.2.3.2. S. 10 f.). Die Frage der Pflichtverletzung richtet sich nach den Verhältnissen im Zeitpunkt der fraglichen Handlung oder Unterlassung, d.h. es hat eine ex ante Betrachtung stattzufinden (Urteil BGer 4A_375/2012 vom 20. November 2012 E. 3.2.).

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

5.2.3. Behauptungs-, Substantiierungs-, Bestreitungs- und Beweislast sowie Beweisführung

Hinsichtlich der Anforderungen an die Behauptungs-, Substantiierungs-, Bestreitungs- und Beweislast sowie die Beweisführung kann auf die Ausführungen des hiesigen Gerichts im Beschluss und Urteil vom 1. Dezember 2020 unter Erwägungen Ziff. II. 5.2.3 und Ziff. 5.2.4. S. 39 ff. sowie auf jene des Bundesgerichts im Rückweisungsentscheid unter Erwägung Ziff. 5.1. S.17 ff. verwiesen werden.

5.3. Würdigung

5.3.1. Substantiierung der Widerrechtlichkeit

Das Bundesgericht bestätigte zunächst, dass im Rahmen der Schadensprüfung bereits zu klären sei, welches pflichtwidrige Verhalten dem Organ konkret vorgeworfen werde (act. 109 E. 6. S. 19). Anders als das hiesige Gericht beurteilte es den diesbezüglichen Tatsachenvortrag der Klägerin als schlüssig. Es erwog, dass die Klägerin in der Klageschrift die sieben Zahlungen darlege und erläutere, aus den entsprechenden Überweisungsaufträgen sei ersichtlich, dass diese vom Beklagten persönlich sowie von W._____ unterzeichnet worden seien, und zwar von beiden in deren Funktion als Verwaltungsräte der G._____. Zur Darlegung der fehlenden Befugnis führe die Klägerin sodann aus, die G._____ sei zur sorgfälti-

gen Ausführung der ihr übertragenen Aufgaben verpflichtet gewesen, und dies habe Zahlungen an den Beklagten selbst oder an Dritte (Rückzahlungen bei anderen Fonds; "Stopfen von Löchern") ausgeschlossen, wobei sie offen gelassen habe, ob das Eine oder das Andere hier vorgelegen habe. Dem Beklagten sei es aufgrund dieser Vorbringen möglich gewesen, diese Ausführungen substantiiert zu bestreiten. Dies umso mehr, als er vorprozessual in seiner E-Mail vom 18. Februar 2016 selbst von "seiner Verfehlung" gesprochen und offeriert habe, eine vertragliche Vereinbarung zu treffen, die den Verlust im D._____ decken würde, was die Klägerin in ihrer Klageschrift bereits dargelegt habe. Der Beklagte habe entsprechend gewusst, um welche Vorwürfe es gehe. Dennoch sei er auf den eigentlichen Vorwurf, dass Zahlungen an ihn selbst oder an unberechtigte Dritte nicht zulässig gewesen seien, nicht eingegangen. Selbst wenn man von einer genügenden Bestreitung in der Klageantwort ausgehen würde, sei der Vorwurf der ungenügenden Substantiierung nicht gerechtfertigt, denn die Klägerin sei ihrer Substantiierungslast jedenfalls in der Replik nachgekommen. Dort habe sie dargelegt, dass der G._____ als Verwalterin (Administratorin) des D._____ zur Erfüllung ihrer diesbezüglichen Aufgaben eine Zeichnungsberechtigung eingeräumt worden sei, sie jedoch betreffend den Betrag der Zahlung sowie den Empfänger keine Entscheidungsvollmacht gehabt habe. Der Beklagte habe dem D._____ Gelder entnommen, um angebliche Anteilsrücknahmen an bereits liquidierten Fonds zu befriedigen (act. 109 E. 6.3. S. 20 f.).

Wenn die Klägerin auf die vom Beklagten unterzeichneten Überweisungsaufträge verweise, habe sie rechtsgenügend behauptet, dass diese Zahlungen von ihm vorgenommen worden seien. Dies gelte auch hinsichtlich des fehlenden Überweisungsauftrags. Wenn der Beklagte mit seiner Bemerkung in der Duplik andeute, sonst jemand könne die Überweisungen angeordnet haben, wäre es an ihm gewesen, dies zu substantiieren, zumal er in diesem Fall am besten habe wissen können, wie es zur Unterzeichnung durch ihn gekommen sei. Insofern habe er einer qualifizierten Bestreitungslast unterstanden (act. 109 E. 6.4.2. S. 22).

Insgesamt habe die Klägerin substantiiert behauptet, dass Zahlungen an Dritte bzw. an den Beklagten selber grundsätzlich unzulässig gewesen seien (Zweckentfremdung; vgl. act. 109 E. 6.4.4. S. 23).

An diese Ausführungen ist das hiesige Gericht gebunden. Gestützt auf dieses dem Beklagten vorgeworfene pflichtwidrige Verhalten gilt es nun, den behaupteten dadurch verursachten Schaden zu prüfen.

5.3.2. Substantiierung des Schadens

Das Bundesgericht erwog in seinem Rückweisungsurteil, die Klägerin habe nicht geltend gemacht, dass zwischen den Parteien ein Vermögensverwaltungsvertrag bestanden habe. Entsprechend habe sie auch nicht einen Schaden auf dieser Grundlage behaupten und zum Beispiel Angaben dazu machen müssen, ob aus den weiteren "Zahlungen" (Investitionen) Gewinne oder Verluste resultiert seien und welche hypothetische Vermögensentwicklung zu erwarten gewesen wäre. Vielmehr beruhe die Argumentation der Klägerin darauf, dass die G._____ beauftragt gewesen sei, ihre Konti bei den von ihr eingesetzten Banken zu "betreuen", auch wenn sie in Absprache mit der Investment Managerin Investitionen habe tätigen dürfen. Damit habe nach ihrer Darstellung des Rechtsverhältnisses die Verantwortung für Investitionsentscheide nicht bei der G._____ bzw. beim Beklagten gelegen (act. 109 E. 7.2.1. S. 26 f.). Der Beklagte hafte nur für die Rückerstattung der allenfalls widerrechtlich vorgenommenen sieben Zahlungen. Diese und mithin den Schaden habe die Klägerin hinreichend substantiiert (act. 109 E. 7.2.2. S. 27 f.).

Auch an diese Beurteilung des Bundesgerichts ist das hiesige Gericht gebunden, womit die Einwendung des Beklagten, wonach die Klägerin den Schaden nicht rechtsgenügend substantiiert behauptet habe (vgl. act. 21 Rz. 66 S. 19 und act. 73 Rz. 5 S. 4, Rz. 33 S. 10 und Rz. 47 S.13), fehl geht.

5.3.3. (Weitere) Einwendungen des Beklagten und Schadenshöhe

Unzutreffend ist zunächst der beklagtische Einwand, dass die Klägerin zwingend eine Schadenersatzklage aufgrund Verletzung vertraglicher Pflichten gegen die

G._____ hätte erheben müssen. Vielmehr kann die Gläubigerin als Geschädigte wählen, ob sie gegen das Organ (aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit) oder aber gegen die G._____ (infolge Vertragsverletzung) vorgehen will (vgl. auch act. 109 E. 3.2.3.1. S. 10).

Wie zuvor dargelegt betrachtet das Bundesgericht den Schaden, der in den sieben allenfalls widerrechtlich vorgenommenen Zahlungen im Zeitraum vom 2011 bis 2016 besteht, als hinreichend substantiiert. Die sieben Zahlungen setzen sich wie folgt zusammen (vgl. act. 47 Rz. 192 S. 76):

Datum	Betrag (in USD)	Empfänger
29.09.2011	3'000'000.00	T._____ Holdings SP
18.10.2011	1'000'000.00	T._____ Holdings SP
08.11.2011	10'000'000.00	T._____ Holdings SP
25.04.2012	2'500'000.00	T._____ Holdings SP
29.10.2012	3'000'000.00	T._____ Holdings SP
07.11.2012	300'000.00	U._____ Markets AG
21.10.2015	6'000'000.00	V._____
Total	25'800'000.00	

Der Beklagte äussert sich in der Duplik nicht konkret zu dieser Aufstellung der Klägerin. Er führt diesbezüglich lediglich in allgemeiner Weise aus, dass er die Behauptungen der Klägerin unter Rz. 191-193 ihrer Replik bestreite. Es bestehe kein Schadenersatzanspruch der Klägerin und folglich auch kein Anspruch auf Schadenszinsen (act. 73 Rz. 155 S. 31). Diese pauschalen Bestreitungen genügen den Anforderungen an die Bestreitungslast nicht.

Sodann bringt der Beklagte vor, die S._____ habe sich im APA dazu verpflichtet, die D._____ -Anteile für einen Betrag von USD 26'627'130.00 zu übernehmen. Dies zeige, dass die Parteien im Zusammenhang mit diesem Vertrag explizit von einem Parteiwechsel gesprochen hätten und dass die S._____ der angeblichen Schuld des Klägers (gemeint wohl: Beklagten) nicht bloss beigetreten sei, sondern diese Schuld im vereinbarten Sinne übernommen habe. Die Klägerin habe folglich keinen Schaden erlitten (act. 73 Rz. 58 f. S. 16). Auch dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Einerseits wurde bereits dargelegt, dass der vorliegend geltend gemachte Verantwortlichkeitsanspruch nicht rechtsgültig an die S._____ abgetreten wurde. Andererseits findet auch eine Schuldübernahme im

APA keine Stütze, zumal es an der notwendigen expliziten Verpflichtung durch die S._____ zur Schuldübernahme (und insbesondere zur Übernahme von Schuldverpflichtungen ausservertraglicher Natur) fehlt.

Mangels weiterer Einwendungen gelten die klägerischen Tatsachenbehauptungen somit als unbestritten. Ein Beweisverfahren sowie eine Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR können demzufolge unterbleiben.

Hinsichtlich der Schadenshöhe ist festzuhalten, dass es der Klägerin nicht schadet, dass sie in der Replik ihr Rechtsbegehren geändert und von einem anderen Schaden als noch in der Klage und damit von einer anderen Schadensberechnung ausgegangen ist. Da die Klägerin in ihrer Replik jedoch nicht mehr einen Schaden von USD 25'800'000.00, sondern einen solchen von USD 25'688'901.30 geltend macht, ist sie nunmehr auf diesen tieferen Betrag beschränkt (vgl. auch act. 109 E. 7.2.2. S 27 f.).

Ein Schaden in der eingeklagten Höhe von USD 25'688'901.30 ist folglich zu bejahen.

Der Beklagte wirft der Klägerin schliesslich eine Verletzung der Schadensminderungspflicht vor, weil sie die angeblich vereinbarte Forderung von USD 26'627'130.00 gegenüber der S._____ nicht geltend gemacht habe. Der Einwand ist unbegründet. Wie vorne ausgeführt, wurde die Zession noch gar nicht vollzogen, so dass der Klägerin noch kein durchsetzbarer Anspruch gegenüber der S._____ zustand. Zudem bestand keine Verpflichtung der Klägerin, nach Schadenseintritt allfällige Ansprüche gegenüber Dritten klageweise geltend zu machen.

6. Widerrechtlichkeit

6.1. Parteibehauptungen

Die Klägerin macht zusammengefasst geltend, die G._____ sei mit dem Administrative Agreement zum Administrator für den D._____ ernannt worden. Der Aufgabenbereich der G._____ als Administrator ergebe sich aus dem zwischen dieser

und der Klägerin geschlossenen Anhang I des Administrative Agreements. So sei die G._____ bevollmächtigt worden, für den D._____ Bankkonten zu eröffnen und zu unterhalten sowie bestimmte Zahlungsaufträge zu tätigen. Sie habe jedoch keine Entscheidungsvollmacht gehabt, was die Betragshöhe sowie den Empfänger der Zahlung betreffe. Ihre Befugnis habe sich vielmehr auf Zahlungen beschränkt, die entweder auf einer vertraglichen Vereinbarung oder Rechnung beruht hätten oder mit dem Investment Manager der Klägerin abgesprochen worden seien. Andere Zahlungsberechtigungen habe die G._____ nicht gehabt. Dies müsse auch dem Beklagten bewusst gewesen sein, ansonsten er seine getätigten Transaktionen nicht mit gefälschten Kontoauszügen hätte verheimlichen müssen (act. 47 Rz. 83 S. 39 f. und Rz. 202 S. 78).

Zusammengefasst habe der Beklagte in Überschreitung seiner Befugnisse zu ihrem Nachteil bewusst sieben Zahlungen ohne Grundlage getätigt, welche offensichtlich weder in ihrem Interesse noch im Interesse der G._____ gewesen seien. Der Beklagte habe mit seinem Verhalten seine Pflichten als Geschäftsführer der G._____ zur sorgfältigen Führung der Geschäfte und zur Bewahrung des Vermögens des D._____ auf grobe Weise verletzt und damit zweifelsohne eine Widerhandlung i.S.v. Art. 158 StGB begangen (act. 1 Rz. 53 S. 15 f. und act. 47 Rz. 105 S. 50).

Der Beklagte bestreitet, dass die Klägerin lediglich in ein einziges Immobilienprojekt in F._____ habe investieren wollen. Das Gegenteil ergebe sich aus den Kontoauszügen (act. 73 Rz. 15 f. S. 6 f. und Rz. 116 f. S. 25). Hätten keine weiteren Investitionen getätigt werden dürfen, hätte die Klägerin auf die ihr aufgrund der Kontoauszüge bekannten Investitionen sofort intervenieren müssen (act. 73 Rz. 16 S. 7). Auch seien zum Zweck der Investition gleich mehrere Personen beauftragt und namentlich ein Investment Manager (A1._____ Manager) und ein Investment Advisor (D._____) bestimmt worden. Diesen habe die Klägerin hinsichtlich der Anlage des Fondsvermögens volles und freies Ermessen eingeräumt und sie beide ausdrücklich ermächtigt, ihre jeweiligen Befugnisse und Kompetenzen auch an Dritte zu delegieren. Die Parteien hätten sich regelmässig ausgetauscht, wie das Fondsvermögen investiert werden soll, woraufhin es letztlich die G._____

gewesen sei, welche nach Absprache und im Einvernehmen mit dem Investment Manager und dem Investment Advisor die Investitionen getätigt habe. Die G._____ bzw. er (der Beklagte) als für sie handelndes Organ sei durchaus auch zur Verwaltung und Anlage des Fondsvermögens befugt gewesen. Eigens für diesen Zweck habe die G._____ denn auch über eine entsprechende Bankvollmacht verfügt (act. 73 Rz. 19 ff. S. 7 ff.). Die Klägerin habe zudem selbst anerkannt, dass die G._____ über die Berechtigung verfüge, Zahlungen von den Konti der Klägerin vorzunehmen (act. 21 Rz. 238 S. 86). Er habe die sich im D._____ befindlichen Gelder weder zum Stopfen irgendwelcher Löcher, noch zu seiner persönlichen Bereicherung verwendet. Vielmehr habe er sie in diverse Anlagen investiert, welche letztlich leider nicht den erhofften Gewinn erzielt, sondern zu einem Verlust geführt hätten. Da die G._____ zur Vermögensverwaltung und zur Vornahme von Investitionen berechtigt gewesen sei, könne nicht von einer Pflichtverletzung ausgegangen werden. Die Klägerin behaupte schliesslich auch nicht, der G._____ irgendwelche Anweisungen erteilt zu haben, wonach diese in bestimmte Anlagen nicht hätte investieren dürfen (act. 21 Rz. 72 S. 20). Vielmehr habe das Tätigen von Investitionen im Rahmen seines Handlungs- und Ermessensspielraums gelegen, so dass ihm kein pflichtwidriges Handeln vorgeworfen werden könne (act. 21 Rz. 61 S. 17).

6.2. Rechtliches

Es kann auf die Ausführungen unter Erwägung Ziff. II. 5.2.2. vorstehend verwiesen werden.

6.3. Würdigung

6.3.1. Vorbemerkung

Das Bundesgericht erwog in seinem Rückweisungsentscheid, dass es bereits zu Art. 722 aOR (jetzt Art. 717 OR) entschieden habe, dass die allgemeine Sorgfaltspflicht keine Bestimmung sei, die auch dem Gläubigerschutz diene, sondern nur Pflichten gegenüber der Gesellschaft begründe. Die Klägerin sei damit grundsätzlich insofern aktivlegitimiert, als sie einen Anspruch aus Art. 41 OR in Verbin-

dung mit Bestimmungen des StGB geltend mache, die dem Gläubigerschutz dienen, namentlich Veruntreuung und ungetreue Geschäftsführung (act. 109 E. 3.2.3.2. S. 10 f.).

Eine Strafnorm gilt dann als haftpflichtrechtliche Vermögensschutznorm, wenn im konkreten Fall sowohl ihr objektiver als auch ihr subjektiver Tatbestand erfüllt ist (BGE 133 III 323). Die beklagtische Behauptung, wonach das Zivilgericht hinsichtlich der Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit an die Auffassung des Strafgerichts gebunden sei, was voraussetze, dass ein Strafverfahren durchgeführt werde (vgl. act. 21 Rz. 62 f. S. 17 f.), ist unzutreffend. In einem Zivilprozess kann das Gericht grundsätzlich auch dann noch frei entscheiden, wenn bereits ein Urteil im Strafverfahren vorliegt (BSK OR I-KESSLER, Art. 53 N 4). Die parallellaufende Strafuntersuchung steht dem vorliegenden Zivilprozess folglich nicht – wie vom Beklagten geltend gemacht (act. 73 Rz. 96 S. 21) – entgegen.

6.3.2. Ungetreue Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB)

6.3.2.1. *Allgemeines*

Der ungetreuen Geschäftsbesorgung macht sich unter anderem strafbar, wer aufgrund des Gesetzes, eines behördlichen Auftrags oder eines Rechtsgeschäfts damit betraut ist, Vermögen eines andern zu verwalten oder eine solche Vermögensverwaltung zu beaufsichtigen und dabei unter Verletzung seiner Pflichten bewirkt oder zulässt, dass der andere am Vermögen geschädigt wird (Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB). Einer höheren Strafandrohung unterliegt der Täter, der in der Absicht handelt, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern (Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 StGB).

Der Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung ist ein Verletzungsdelikt. Er ist erfüllt, wenn der Täter in der Stellung eines Geschäftsführers treuwidrig eine Schutzpflicht zur Wahrung fremder Vermögensinteressen verletzt hat und es dadurch zu einer Schädigung des Vermögens gekommen ist. Zudem muss zwischen der Verletzung der Treuepflicht und dem Vermögensschaden ein Kausal-

zusammenhang bestehen. In subjektiver Hinsicht ist Vorsatz erforderlich, wobei Eventualvorsatz genügt (BSK StGB-NIGGLI, Art. 158 N 10 ff.).

6.3.2.2. Tätereigenschaft

Wer Täter nach Art. 158 StGB sein kann, wird vom Gesetz nicht explizit definiert. Im Zentrum steht der Begriff des "Geschäftsführers". Geschäftsführer i.S.v. Art. 158 StGB ist, wer in tatsächlich oder formell selbständiger und verantwortlicher Stellung im Interesse eines anderen für einen nicht unerheblichen Vermögenskomplex zu sorgen hat, und zwar nicht nur, wer Rechtsgeschäfte nach aussen abzuschliessen hat, sondern auch, wer entsprechend seiner Fürsorgepflicht im Innenverhältnis für fremde Vermögensinteressen sorgen soll, insbesondere wer darüber in leitender Stellung verfügt (BSK StGB-NIGGLI, Art. 158 N 12 f. und Praxiskommentar StGB-TRECHSEL/CRAMERI, Art. 158 N 2). Der strafrechtliche Begriff des "Geschäftsführers" setzt folglich weder eine reine Geschäftstätigkeit im Sinne des Zivilrechts noch einen Vermögensverwaltungsvertrag als Grundlage voraus. Notwendig ist vielmehr, dass der Täter für fremdes Vermögen zu sorgen hat, er dies in fremdem Interesse tut, er bei seiner Tätigkeit über ein hohes Mass an Selbständigkeit verfügt, seine Pflichten gerade auf die Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen gerichtet sind und es sich dabei um ein Vermögensinteresse von einigem Gewicht handelt (BSK StGB-NIGGLI, Art. 158 N 14).

Wie bereits vorstehend unter Erwägung Ziff. II. 4.3. ausgeführt, war der Beklagte im relevanten Zeitraum Verwaltungsratspräsident und Geschäftsleitungsmitglied und mithin formelles Organ der G._____. Zwischen den Parteien ist unstrittig, dass die G._____ von der Klägerin bevollmächtigt wurde, bestimmte Zahlungen (namentlich jene gemäss Schedule I des Administrative Agreements) von den Konti der Klägerin zu tätigen. Im Rahmen dieser Tätigkeit hatte der Beklagte folglich für fremdes Vermögen zu sorgen, wobei ihm im Innenverhältnis eine Fürsorgepflicht – für diese fremden Vermögensinteressen der Klägerin zu sorgen und sie zu wahren – oblag. Dass es sich hierbei um Vermögensinteressen von einigem Gewicht handelte, ist offensichtlich. Nach unbestrittener Ansicht der Klägerin wurde schliesslich auch eine gewisse Selbständigkeit gelebt; dies insbesondere, da das Handeln des Beklagten eindeutig über eine blosser Beratungstätigkeit hin-

ausgang (vgl. auch Praxiskommentar StGB-TRECHSEL/CRAMERI, Art. 158 N 4). Dem Beklagten kommt somit *Tätereigenschaft* zu.

6.3.2.3. Pflichtverletzung

Die Tathandlung der ungetreuen Geschäftsbesorgung besteht in der Verletzung jener spezifischen Pflichten, die den Täter in seiner Stellung als Geschäftsführer, aber auch bezüglich konkreter Geschäfte zum Schutz des Auftraggebers bzw. Geschäftsherrn treffen (BGE 120 IV 190 E. 2b und Urteil BGer 6B_1223/2013 vom 4. Dezember 2014 E. 2.5.). Pflichtwidrig handelt ein Geschäftsführer, wenn er seinen Aufgaben nicht oder nicht mit der gebotenen Sorgfalt nachkommt. Da das Strafrecht Inhalt oder Umfang der einzuhaltenden Pflichten nicht konkretisiert, beurteilt sich die Tatbestandsmässigkeit des Verhaltens in erster Linie anhand des (ausserstrafrechtlichen) Grundverhältnisses (Urteil BGer 6S.587/2000 vom 15. März 2001 E. 2. und BGE 105 IV 307 ff. E. 2b), das durch gesetzliche Vorschriften, vertragliche Regelungen, Statuten, unternehmensinterne Reglemente, Weisungen sowie Generalversammlungsbeschlüsse ausgefüllt wird (Navigator Kommentar StGB/JStG-DONATSCH, Art. 158 N 4). Insofern setzt die Annahme einer strafrechtlich relevanten Pflichtverletzung die Feststellung eines ausserstrafrechtlichen, nämlich eines zivil- oder allenfalls verwaltungsrechtlichen Pflichtverstosses voraus. Pflichtwidrig i.S.v. Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB handelt, wer als Vermögensverwalter ein unerlaubtes Geschäftsrisiko eingeht, indem er Weisungen eines Klienten missachtet (BGE 120 IV 190 E. 2b), aber auch wer die Diskrepanz zwischen der Vertretungsbefugnis (interne Vollmacht) und der Vertretungsmacht (externe Vollmacht), d.h. die Diskrepanz zwischen dem "Dürfen" (Vertretungsbefugnis) und dem "Können" ausnützt (ANDREAS DONATSCH, Aspekte der ungetreuen Geschäftsbesorgung nach Art. 158 StGB, S. 10).

Die Klägerin erklärt, dass der G._____ zwar als Verwalterin des D._____ zur Erfüllung ihrer diesbezüglichen Aufgaben eine Zeichnungsberechtigung eingeräumt worden sei. Gestützt auf Schedule I des Administrative Agreements ("Administrator's services for the Segregated Portfolio – clause 3") sei sie aber nur befugt gewesen, Zahlungen zu tätigen, die entweder auf vertraglicher Vereinbarung oder Rechnung beruhten oder mit ihrem Investment Manager abgesprochen gewesen

seien. Konkret sei die G._____ gemäss der Vereinbarung bevollmächtigt gewesen, Rückzahlungen an Fondsinhaber zu leisten (Schedule I lit. h) und Rechnungen des Investment Managers (lit. k) und solche des Administrators sowie der Buchhaltung und Rechtsberatung zu bezahlen (lit. q). Eine Entscheidungsvollmacht betreffend den Empfänger und die Höhe habe aber nicht vorgelegen. Insbesondere sei der Beklagte keineswegs berechtigt gewesen, Zahlungen an sich selbst oder an Dritte zu leisten, konkret Gelder dem D._____ zu entnehmen, um angebliche Anteilsrücknahmen an bereits liquidierten Fonds zu befriedigen (act. 47 Rz. 83 S. 39 f. und Rz. 233 ff. S. 85). Wie vorstehend unter Erwägung Ziff. II. 5.3.1. ausführlich dargelegt, erwog das Bundesgericht für das Handelsgericht verbindlich, dass die Klägerin mit diesen Ausführungen ihrer Substantiierungslast – entgegen den beklagtischen Behauptungen – spätestens in der Replik nachgekommen sei (act. 109 E. 6.3. S. 21).

Duplicando betont der Beklagte, das Immobilienprojekt in F._____ sei nicht das Einzige gewesen, sondern es habe auch zahlreiche weitere Investitionen gegeben (act. 73 Rz. 15 f. S. 6 f. und Rz. 116 f. S. 25). Hieraus kann er jedoch, wie nachfolgend zu zeigen ist, nichts zu seinen Gunsten ableiten. Die Klägerin bestreitet nicht explizit, dass überhaupt andere Investitionen vorgesehen und möglich gewesen wären, hingegen räumt der Beklagte selbst ein, dass die Klägerin zu diesem Zweck einen Investment Manager sowie einen Investment Advisor beauftragt hat. Eine eigene direkte Beauftragung macht er hingegen nicht geltend. Vielmehr beruft er sich in der Folge auf das Investment Management Agreement sowie das Investment Advisory Agreement und legt die Befugnisse des Investment Managers sowie jene des Investment Advisors dar, indem er erklärt, dass diese hinsichtlich der Anlage des Fondsvermögens volles und freies Ermessen gehabt hätten und zudem ausdrücklich ermächtigt gewesen seien, ihre jeweiligen Befugnisse und Kompetenzen auch an Dritte zu delegieren. Er habe jeweils mit dem Investment Manager und dem Investment Advisor in Kontakt gestanden und Investitionen in Absprache mit ihnen getroffen (act. 73 Rz. 19 ff. S. 7 ff. und Rz. 133 S. 27).

Das Bundesgericht hielt in seinem Rückweisungsurteil vom 1. November 2021 unter dem Aspekt der Widerrechtlichkeit verbindlich fest, dass die Hinweise des Beklagten auf die Möglichkeit der Delegation von Investitionsentscheiden an die G._____ nicht rechtserheblich seien. Denn die Klägerin begründe ihre Ansprüche nicht mit (Fehl-)investitionen, sondern mit widerrechtlichen Zahlungen an unbefugte Dritte ("zum Stopfen von Löchern") oder allenfalls an den Beklagten selbst (act. 109 E. 6.4.1. S. 22). Weiter erwog das Bundesgericht, soweit der Beklagte mit seinen Bemerkungen in der Duplik andeute, sonst jemand könne die sieben Überweisungen angeordnet haben, es an ihm gewesen wäre, dies zu substantiieren, zumal er in diesem Fall am besten habe wissen können, wie es zur Unterzeichnung durch ihn gekommen sei. Insofern habe er einer qualifizierten Bestreitungslast unterstanden (act. 109 E. 6.4.2. S. 22). Vor diesem Hintergrund sind die Ausführungen des Beklagten, wonach die Parteien sich regelmässig ausgetauscht hätten, wie das Fondsvermögen investiert werden soll, woraufhin es letztlich die G._____ gewesen sei, welche nach Absprache und im Einvernehmen mit der Investment Managerin und dem Investment Advisor die Investitionen getätigt habe (act. 73 Rz. 18 ff. S. 7 ff.), zu pauschal und mithin ungenügend. Die Klägerin moniert denn auch bereits in ihrer Replik eine genügende Bestreitung dahingehend, dass der Beklagte nicht substantiiert dargetan habe, welche der in Frage stehenden Zahlungen er aus welchem Interesse für den D._____ getätigt haben möchte (act. 21 Rz. 132 S. 56). Der Beklagte bestreitet diese Ausführungen in der Folge zwar pauschal und erklärt, dass zur Erfüllung der Renditeerwartungen selbstverständlich auch risikobehaftete Investitionen erforderlich gewesen seien (act. 73 Rz. 139 f. S. 28), ohne jedoch (trotz der klägerischen Kritik) auf die einzelnen fraglichen Transaktionen einzugehen. Dass die Klägerin hinsichtlich der sieben Zahlungen sowie zur konkreten Pflichtverletzung noch spezifische Ausführungen hätte machen müssen, um ihrer Substantiierungsobliegenheit nachzukommen (vgl. act. 73 Rz. 94 f. S. 20 f.), verneinte das Bundesgericht ausdrücklich: Wären bei den einzelnen Zahlungen besondere Rechtfertigungsgründe für solche Zahlungen vorgelegen (wie z.B. Anweisung durch die Investment Managerin und den Investment Advisor), hätten diese vielmehr vom Beklagten vorgebracht werden müssen (act. 109 E. 6.4.4. S. 23).

Diesen Anforderungen an die gemäss Bundesgericht bestehende qualifizierte Bestreitungslast vermag der Beklagte nach bereits abgeschlossenem Schriftwechsel nicht zu genügen, äussert er sich doch nicht näher dazu, inwiefern ihm hinsichtlich der fraglichen sieben Zahlungen eine Vertretungsbefugnis eingeräumt wurde und inwiefern er seine Vertretungsmacht diesbezüglich rechtmässig ausgeübt hat. Mangels genügender Bestreitungen gelten die gemäss Bundesgericht substantiierten klägerischen Tatsachensachenbehauptungen folglich als unbestritten (vgl. auch BGE 141 III 433 E. 2.6.; Urteil BGer 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 4.1.; Urteil BGer 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 4.3. und BK ZGB I-WALTER, Art. 8 N 191 ff.). Da Gegenstand des Beweises nur rechtserhebliche, *streitige* Tatsachen sind (vgl. Art. 150 Abs. 1 ZPO), ist eine Beweisabnahme nicht erforderlich.

Die Pflichtwidrigkeit ist folglich grundsätzlich zu bejahen, sofern der Beklagte sein Handeln nicht mit einem (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Einverständnis der Klägerin als geschädigte Person legitimieren kann.

6.3.2.4. *Einwilligung*

Der Beklagte macht geltend, aus den Kontoauszügen sei ersichtlich, dass der Kontostand unter anderem in Folge der fraglichen Investitionen geschwankt und bisweilen nur noch bei wenigen zehntausend USD gelegen habe. Die Klägerin gebe selbst zu, dass dies für sie keine Unregelmässigkeiten gewesen seien (act. 73 Rz. 15 f. S. 6 f. und Rz. 116 f. S. 25). Damit widerlege die Klägerin ihre eigene Behauptung, dass es nur ein einziges Investment gegeben habe solle und die G._____ bzw. er (der Beklagte) als ihr Organ keine weiteren Investitionen habe tätigen dürfen. Wäre dem nämlich so gewesen, so hätten die der Klägerin bekannten Investitionen sofort zu Interventionen ihrerseits geführt bzw. führen müssen. Trotz Kenntnis dieser Investitionen und der damit verbundenen, erheblichen Kontostandänderungen habe die Klägerin aber offensichtlich nichts gegen diese einzuwenden gehabt (act. 73 Rz. 16 S. 7).

Das Bundesgericht erwog in seinem Rückweisungsentscheid bereits, dass die Behauptungen der Klägerin, wonach der Beklagte ihr jeweils gefälschte Konto-

auszüge zugestellt und Kontrollmechanismen umgangen habe, nicht dahingehend zu verstehen sei, dass sie daraus selbständige widerrechtliche Handlungen ableite, die ihrerseits zu Schädigungen geführt hätten. Vielmehr habe die Klägerin damit aufzeigen wollen, dass sie, aber auch weitere Personen in der G._____, nicht hätten erkennen können, dass widerrechtliche Zahlungen getätigt worden seien (act. 109 E. 6.4.4. S. 24). Der Beklagte behauptet denn auch nicht explizit, dass die Klägerin die sieben Transaktionen gekannt und die Vornahme derselben durch den Beklagten – in Abweichung von dem in Administrative Agreement Vereinbarten – genehmigt habe.

Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass der Beklagte dies indirekt geltend machen wollte, ist dazu was folgt festzuhalten: Zwar trifft es zu, dass sich aus den Kontoauszügen gewisse (auch erheblichere) Schwankungen des Kontostandes ergeben. Eine Intervention der Klägerin war aber deshalb nicht notwendig, weil sie nicht behauptet, dass das Vermögen aus dem D._____ überhaupt nicht hätte investiert werden dürfen. Vielmehr stellt sie sich auf den Standpunkt, dass der Beklagte zu den von ihr bezeichneten sieben Zahlungen nicht berechtigt gewesen sei. Die vom Beklagten angerufenen drei Kontoschwankungen (vom 14. November 2013, vom 30. April 2014 und 31. Juni 2015; vgl. act. 73 Rz. 16 S. 7) weisen auch keinen Konnex zu den besagten sieben Zahlungen auf (es handelt sich um ein Fiduciary term deposit ABN AMRO vom 14. November 201, einen "Fiduciary Call" vom 1. April 2014 sowie ein "Payment to Euroclear Bank" am 4. Juni 2015, deren Beträge zu einem späteren Zeitpunkt wieder zurückerstattet wurden). Die vorliegend umstrittenen sieben Transaktionen sind auf den Kontoauszügen nicht ersichtlich (weder Datum, noch Betrag, noch Empfänger; vgl. act. 48/35, act. 48/37, act. 48/39 und act. act. 48/42). Aus dem alleinigen Umstand, dass es Kontoschwankungen gegeben hat, kann keineswegs abgeleitet werden, dass die Klägerin die sieben Zahlungen kannte und den Beklagten – entgegen dem im Administrative Agreement Vereinbarten – dazu ermächtigte, diese vorzunehmen (vgl. auch act. 109 E. 6.4.4. S. 24). Vor diesem Hintergrund kann offen gelassen werden, ob die der Klägerin zugestellten Kontoauszüge echt sind oder nicht.

Die Klägerin hat somit die umstrittenen sieben Zahlungen nicht genehmigt.

6.3.2.5. Vermögensschaden

Durch das pflichtwidrige Verhalten muss der Täter zudem einen Schaden bewirkt haben. Ein Vermögensschaden liegt nach der Rechtsprechung bei tatsächlicher Schädigung durch Verminderung der Aktiven, Vermehrung der Passiven, Nicht-Verminderung der Passiven oder Nicht-Vermehrung der Aktiven vor sowie wenn das Vermögen in einem Masse gefährdet wird, dass es in seinem wirtschaftlichen Wert vermindert ist (Urteil BGer 6B_778/2011 vom 3. April 2012 E. 3.2.).

Dass bei der Klägerin durch die sieben unbefugten Zahlungen des Beklagten ein Vermögensschaden eingetreten ist, wurde bereits unter Erwägung Ziff. II. 5.3. aufgezeigt. Es kann auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden.

6.3.2.6. Kausalzusammenhang

Erforderlich ist ferner, dass der Schaden dem Täter zugerechnet werden kann. Als natürliche Ursache gilt jede Handlung, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass auch der Erfolg entfiere. Ein adäquater Kausalzusammenhang ist zu bejahen, wenn das Verhalten geeignet war, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und den Erfahrungen des Lebens einen Erfolg wie den eingetretenen herbeizuführen oder mindestens zu begünstigen (BGE 138 IV 57 E. 4.1.3).

Die Klägerin macht diesbezüglich geltend, dass die pflichtwidrigen Handlungen des Beklagten kausal zur Folge gehabt hätten, dass sie in ihrem Vermögen geschädigt worden sei, indem ihre Aktiven um den Betrag der entwendeten Gelder vermindert worden seien. Hätte der Beklagte die ihm durch Rechtsgeschäft auferlegten Grundpflichten als Geschäftsführungsorgan der G._____ erfüllt und ihre Gelder gehörig administriert bzw. hätte er diese nicht für sachfremde Zwecke des D._____ entnommen, wären sie noch auf ihrem Konto und ihr wäre kein Schaden entstanden (act. 1 Rz. 54 S. 15 und act. 47 Rz. 107 S. 51). Es liege auf der Hand, dass die erörterte Pflichtverletzung des Beklagten allgemein geeignet gewesen sei, den eingetretenen Schaden herbeizuführen. Damit sei sowohl der natürliche

als auch der adäquate Kausalzusammenhang offensichtlich (act. 47 Rz. 125 und Rz. 128 S. 55 und Rz. 230 S. 84).

Der Beklagte hält dem entgegen, dass der von der Klägerin behauptete (vermeintliche) Schaden nicht auf ein Fehlverhalten bzw. eine Pflichtverletzung seinerseits zurückzuführen sei (act. 21 Rz. 69 f. S. 19). Eventualiter sei der Kausalzusammenhang unterbrochen worden (act. 73 Rz. 101 S. 22). Er habe nämlich alles unternommen, um die Verluste der Klägerin auszugleichen. Zu diesem Zweck habe er sogar veranlasst, dass die S._____ mit der Klägerin eine Vereinbarung abgeschlossen habe, welche die volle Deckung dieser Verluste gewährleiste. Es liege allein an der Klägerin, dass sie diese Schadloshaltung noch nicht beansprucht und ihre Verluste damit nicht schon längst gedeckt habe. Alsdann habe sie auch mit einem "Waiver of Claims" den Verzicht auf die Forderung gegenüber der G._____ erklärt. Der Anspruch scheitere damit auch an einem klar unterbrochenen (vermeintlichen) Kausalzusammenhang (act. 73 Rz. 102 S. 22 und Rz. 137 f. S. 28).

Es ist offensichtlich, dass ohne Vornahme der unbefugten sieben Zahlungen der Schaden nicht eingetreten wäre. Das pflichtwidrige Entziehen der besagten Mittel durch den Beklagten bildet alsdann eine kausaladäquate Grundlage für das Entstehen des Schadens.

Unter Erwägungen Ziff. II. 3.3. bis 3.6. vorstehend wurde weiter bereits erörtert, dass die Klägerin den vorliegend geltend gemachten Anspruch nicht an die S._____ abgetreten hat. Entsprechend ist es entgegen den beklagischen Behauptungen nicht zu einer Deckung des behaupteten Verlustes gekommen. Auch hinsichtlich des "Waiver of Claims" hielt das hiesige Gericht bereits in seinem Urteil vom 1. Dezember 2020 fest, dass die G._____ in einem Fragekatalog an die FINMA vom 22. September 2016 zwar ausgeführt habe, dass ihr eine Kopie eines solchen vorliege, worin die Käuferin der D._____ -Anteile bestätige, nach dem Erwerb derselben keine Forderungen gegen die G._____ zu erheben (act. 48/32 S. 11); doch liege weder diese noch eine andere Verzichtserklärung im Recht. Die in diesem Kontext angesprochene Erklärung wurde sodann gar nicht von der Klägerin, sondern von der S._____ als Käuferin der D._____ -Anteile unterzeichnet.

Insgesamt ist nicht erwiesen, dass die Klägerin auf eine persönliche Mithaftung des Beklagten verzichtet hätte (act. 98 E. II. 3.2.2. S. 24). Entsprechend kann nicht von einer Unterbrechung des Kausalzusammenhangs die Rede sein. Falls der Beklagte schliesslich geltend machen wollte, dass die Klägerin ein überwiegendes Selbstverschulden treffe, kann auf die vorstehenden Ausführungen unter Erwägung Ziff. II. 6.3.2.4. verwiesen werden.

Das Vorliegen eines natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhangs ist zu bejahen.

6.3.2.7. (Eventual-)vorsatz

In subjektiver Hinsicht ist Vorsatz bzw. Eventualvorsatz erforderlich, insbesondere hinsichtlich der Pflichtwidrigkeit der Handlung bzw. Unterlassung sowie hinsichtlich des Vermögensschadens und des zwischen Pflichtverletzung und Schaden bestehenden Kausalzusammenhangs (BSK StGB-NIGGLI, Art. 158 N 136 f.). Der Täter muss in Kenntnis seiner Position als Schutzgarant für das fremde Vermögen bewusst und willentlich seine Pflichten als Vermögensverwalter missachten und mindestens mit der Möglichkeit rechnen, dadurch Schaden zu verursachen und dies in Kauf nehmen (Navigator Kommentar StGB/JStG-DONATSCH, Art. 158 N 9).

Die Klägerin macht geltend, dem Beklagten sei stets bestens bewusst gewesen, dass er zu solchen Zahlungen nicht befugt gewesen sei. In seinem Eingeständnis mit E-Mail vom 18. Februar 2016 habe der Beklagte ausgeführt, er habe sich überzeugen lassen, dass der Verlust wieder erwirtschaftet werden könne. Damit habe er zumindest in Kauf genommen, dass er die dem D._____ entnommenen Gelder nicht mehr zurückführen könne. Dass sich der Beklagte über die Rechtswidrigkeit seiner Handlungen bewusst gewesen sei, zeige auch der Umstand, dass er die unrechtmässig getätigten Vermögensdispositionen anhand gefälschter Bankauszüge über Jahre hinweg verheimlicht habe (act. 1 Rz. 59 S. 17 und act. 47 Rz. 110 ff. S. 52 und Rz. 133 S. 56 und Rz. 233 ff. S. 85).

Der Beklagte hält dem entgegen, der Klägerin habe bewusst gewesen sein müssen, dass das Tätigen von Investitionen auch die Gefahr von Verlusten berge, dies umso mehr, als bei einer erwarteten Performance von 8% ein gewissenhafter und vernünftig handelnder Mensch zwangsläufig hohe Risiken eingehen müsse. Für den Eintritt eines (allfälligen) Verlustes trage aber weder die G._____ noch er ein Verschulden. Dass er Hemmungen gehabt habe, die Klägerin mit der schlechten Performance zu konfrontieren, sei verständlich, doch könne gestützt darauf nicht auf ein schuldhaftes Verhalten geschlossen werden. Ein Verschulden sei nicht erstellt (act. 21 Rz. 72 S. 20 und act. 73 Rz. 99 S. 21 f.).

Wie vorstehend bereits dargelegt, war der Beklagte zur Vornahme der sieben fraglichen Transaktionen nicht befugt. Dies wusste er auch, werden seine Aufgaben (resp. diejenigen der G._____) als Administrator doch im Anhang I des Administrative Agreements explizit statuiert. Vor diesem Hintergrund kann er sein Handeln nicht mit dem Argument legitimieren, dass Investitionen zwangsläufig mit hohen Risiken einhergingen, dies umso mehr, wenn eine Performance von 8% erwartet würde. Er widerspricht sich denn damit auch gerade selbst, wenn er weiter ausführt, dass er Hemmungen gehabt habe, die Klägerin mit der schlechten Performance zu konfrontieren. Dass die unbefugten Investitionen selbst Schaden verursachen können, hat der Beklagte bewusst in Kauf genommen, zumal er in seiner Funktion und aufgrund seiner Fachkenntnisse sehr wohl wusste, dass jede Investition letztlich das Risiko eines Verlustes birgt, selbst wenn er einen anderen Ausgang angestrebt und gewünscht hat. Diese Inkaufnahme bestätigt der Beklagte ferner auch selbst, wenn er ausführt, dass die – aus seiner Sicht befugten – Anlagen spekulativ gewesen sein dürften und nicht den erhofften Gewinn erzielt hätten (vgl. act. 21 Rz. 26 S. 9).

Eine Einwilligung der Klägerin liegt sodann nicht vor (vgl. vorstehend E. Ziff. II. 6.3.2.4.). Nach dem Gesagten ist (mindestens) eventualvorsätzliches Handeln des Beklagten zu bejahen.

6.4. Fazit

Zusammengefasst ist der objektive und subjektive Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung erfüllt und damit die Widerrechtlichkeit zu bejahen.

Ob allenfalls gar der qualifizierte Tatbestand von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 StGB erfüllt wäre, ist für die vorliegende Beurteilung irrelevant, weshalb sich eine diesbezügliche Prüfung erübrigt.

7. Kausalzusammenhang

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 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 (vgl. GAUCH et al., Schweizerisches Obligationenrecht, AT, 9. Aufl., Zürich 2008, N 2750 ff. mit Hinweisen auf Rechtsprechung). Die Beweislast trägt die Klägerin, wobei für den natürlichen und den hypothetischen Kausalverlauf das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gilt (BGE 132 III 715 E. 3.1.).

Wie bereits unter Erwägung Ziff. II. 6.3.2.6. vorstehend erörtert, besteht zwischen dem Schaden und der Pflichtverletzung sowohl ein natürlicher als auch adäquater Kausalzusammenhang. Es kann auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden.

8. Verschulden

Schliesslich setzt die zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates ein Verschulden voraus. Schuldhaft handelt, wer entweder absichtlich, also mit Wissen und Willen, oder fahrlässig gehandelt hat. Der Verschuldensmassstab ist nach herrschender Lehre sodann objektiviert. Ein Verschulden ist also immer dann gegeben, wenn ein Organ nicht so gehandelt hat, wie es von einem sachkundigen Organ in der konkreten Stellung objektiv verlangt werden darf (BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 32 mit Hinweis auf BGE 4C.358/2005 vom 12.

Februar 2007 E. 5.6.). Bei einer Klage der Gläubigerin obliegt es der Klägerin, das Verschulden des Organs darzutun (Navigator Kommentar OR-AMSTUTZ/GOHARI, Art. 754 N 129).

Im Unterschied zum Strafrecht bzw. der ungetreuen Geschäftsbesorgung, wo Vorsatz notwendig ist, wird im Zivilrecht bereits Fahrlässigkeit als genügend erachtet. Obwohl die Voraussetzungen leicht anders liegen, wurde unter Erwägung Ziff. II. 6.3.2.7. bereits dargelegt, dass der Beklagte zumindest eventualvorsätzlich – und damit nicht so wie es von einem sachkundigen Organ in der konkreten Stellung objektiv verlangt werden darf – gehandelt hat. Ein Verschulden des Beklagten ist entsprechend zu bejahen.

9. Verjährung

9.1. Parteibehauptungen

Der Beklagte macht weiter geltend, die Forderung sei verjährt. Zur Begründung führt er aus, er habe Dr. P._____ (Vertreter der J._____) unbestrittenermassen mit E-Mail vom 18. Februar 2016 über den Verlust des Geldes informiert. Spätestens ab diesem Zeitpunkt habe die durch denselben Rechtsvertreter vertretene Klägerin Kenntnis von den eingetretenen Verlusten gehabt. Als die Klägerin am 7. November 2017 die vorliegende Klage eingereicht habe, sei der Anspruch nach Art. 60 OR (da es sich nicht um einen Anwendungsfall einer körperschaftlichen Verantwortlichkeitsklage, sondern letztlich um eine gemeinrechtliche ausservertragliche Haftungsklage handle) bereits verjährt gewesen. Es sei jedoch anzunehmen, dass die Klägerin bereits von Anfang an (seit 2011) von den getätigten Transaktionen und den damit verbundenen Verlusten Kenntnis gehabt habe, womit auch die längere Verjährungsfrist für Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit i.S.v. Art. 760 OR abgelaufen sei (act. 21 Rz. 75 f. S. 20 f. und Rz. 97 S. 24 sowie act. 73 Rz. 105 ff. S. 23).

Die Klägerin hält dem entgegen, dass sich die Verjährung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit nach Art. 760 OR richte. Es sei zutreffend, dass die J._____ mit E-Mail des Beklagten vom 18. Februar 2016 erstmals über den durch ihn verur-

sachten und bei ihr eingetretenen Schaden informiert worden sei. Wann sie konkret von der J. _____ über den Schaden informiert worden sei, sei irrelevant, zumal feststehe, dass sie vorher über keine Kenntnis verfügt habe. Die fünfjährige Verjährungsfrist sei damit noch nicht abgelaufen und mit Einreichung der Klage am 7. November 2017 unterbrochen worden (act. 47 Rz. 185 ff. S. 73 ff. und Rz. 236 S. 85). Sodann sei auf Abs. 2 von Art. 760 OR hinzuweisen, wonach die zivilrechtliche Forderung nicht vor dem Strafanspruch verjähre (act. 47 Rz. 188 ff. S. 74 f.).

9.2. Würdigung

Zwischen den Parteien ist zunächst strittig, ob sich die Verjährung nach Art. 760 OR oder nach Art. 60 OR richtet. Das Gericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Art. 60 OR sieht eine relative Verjährungsfrist von drei Jahren (vor dem 1. Januar 2020 noch eine solche von einem Jahr), Art. 760 OR eine solche von fünf Jahren vor, jeweils vom Tage an gerechnet, an welchem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen erlangt hat. Beide Bestimmungen statuieren unter Abs. 2 zudem eine ausserordentliche Verjährungsfrist. Wird die Klage aus einer strafbaren Handlung hergeleitet, für die das Strafrecht eine längere Verjährung vorschreibt, so gilt diese auch für den Zivilanspruch. Massgebend ist dabei die strafrechtliche Frist für die Verfolgungsverjährung gemäss Art. 97 StGB bzw. die Unverjährbarkeit gemäss Art. 101 StGB (BSK OR I-DÄPPEN, Art. 60 N 14). Die Anwendbarkeit von Art. 60 Abs. 2 OR bzw. Art. 760 Abs. 2 OR setzt weder eine vorgängige Strafverfolgung des Täters noch ein Strafurteil voraus. Liegt bei Einleitung des Zivilverfahrens kein Entscheid des Strafrichters vor, hat der Zivilrichter darüber zu befinden, ob ein Straftatbestand erfüllt ist (Kuko OR-DÄPPEN, Art. 60 N 15 sowie Kuko OR-LEHMANN, Art. 760 N 6).

Wie aufgezeigt wird die vorliegend geltend gemachte Forderung aus Tatsachen abgeleitet, welche den objektiven und subjektiven Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung erfüllen (vgl. E. II. 6.3.2.). Wer sich gemäss Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 OR strafbar macht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft. Nach Art. 97 Abs. 1 lit. a StGB verjährt die Strafverfolgung in 10 Jahren, wenn die für die Tat angedrohte Höchststrafe eine Freiheitsstrafe von drei

Jahren ist. Die strafrechtliche Verjährungsfrist ist damit länger als die zivilrechtliche. Die Verfolgungsverjährung beginnt dabei mit der Tatbegehung, nicht erst mit der Kenntnis des Schadens zu laufen (Art. 98 StGB). Bei wiederholten Delikten beginnt die Frist im Zeitpunkt der Beendigung des strafbaren Verhaltens (BSK OR I-DÄPPEN, Art. 60 N 14).

Die erste unbefugte Transaktion wurde am 29. September 2011, die letzte am 21. Oktober 2015 vorgenommen. Die Klageeinleitung am 7. November 2017 erfolgte damit klar vor Ablauf der Verjährungsfrist. Die Forderung ist damit noch nicht verjährt (vgl. auch Art. 135 Ziff. 2 OR).

10. Schadenszins

10.1. Parteibehauptungen

Die Klägerin fordert schliesslich einen Schadenszins von 5 % seit 1. Januar 2013. Die schädigende Handlung habe sich mit jeder unzulässigen Überweisung für die Klägerin finanziell negativ ausgewirkt. Der 1. Januar 2013 liege kurz nach dem tatsächlichen mittleren Verfalltag, womit sich als mittleres Fälligkeitsdatum der 1. Januar 2013 ergebe (act. 1 Rz. 44 f. und act. 47 Rz. 192 f. S. 75 f.).

Der Beklagte macht geltend, der Verzugszins sei nicht ausgewiesen. Die Zinspflicht entfalle jedoch mangels Schadenersatzanspruches ohnehin (act. 21 Rz. 68 S. 19 und act. 73 Rz. 155 S. 31).

10.2. Würdigung

Die Bemessung des Schadenersatzes unterliegt den Regeln des allgemeinen Haftpflichtrechts. Als Grundsatz gilt, dass der Schaden vollständig gedeckt werden muss. Dazu gehört ein Schadenszins zum Zinssatz von 5 %. Dieser Zins ist ab dem Zeitpunkt geschuldet, ab welchem sich das schädigende Ereignis finanziell ausgewirkt hat (BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 50).

Wie die Klägerin zutreffend ausführt, geht die Auswirkung des Schadens mit der jeweiligen pflichtwidrigen Zahlung einher. Die Klägerin hat überdies dargelegt, dass es sich beim 1. Januar 2013 um ein Datum handelt, das kurz nach dem mitt-

leren Verfalltag liegt. Damit hat sie den Zins schlüssig behauptet. Der Beklagte kann sich entsprechend nicht damit begnügen, pauschal zu behaupten, der Verzugszins sei nicht ausgewiesen. Unzutreffend ist überdies auch, dass die Zinspflicht mangels Schadenersatzanspruches ohnehin entfalle. Der Zins erweist sich damit als unbestritten und mithin als ausgewiesen.

11. Fazit

Die Voraussetzungen der Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit sind nach dem Gesagten gegeben, weshalb die Klage gutzuheissen und der Beklagte entsprechend zur Zahlung von USD 25'688'901.30 nebst Zins zu 5% seit dem 1. Januar 2013 an die Klägerin zu verpflichten ist.

III. Kosten- und Entschädigungsfolgen

12. Allgemeines

Das Bundesgericht hat zwar im Rückweisungsentscheid das Urteil des hiesigen Gerichts vom 1. Dezember 2020 aufgehoben und damit auch die Dispositiv-Ziffern 2, 3 und 4 betreffend die Kosten- und Entschädigungsfolgen. Es hat indes die Höhe der auferlegten Prozesskosten nicht beanstandet. Eine Neuurteilung der Kosten- und Entschädigungsfolgen ist durch das Gericht nur insofern vorzunehmen, als sie das Verhältnis der Kostenauflegung an die Parteien betrifft.

13. Gerichtskosten

Wie im Beschluss und Urteil vom 1. Dezember 2020 bereits begründet, ist die Gerichtsgebühr auf CHF 200'000.– festzusetzen (act. 98 E. Ziff. III. 1.). Da die Klägerin nur im verhältnismässig geringen Umfang der Klagereduktion (in der Replik) unterliegt, rechtfertigt es sich, die Gerichtskosten vollumfänglich dem Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Kosten sind aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss zu decken, wobei ihr das Rückgriffsrecht auf den Beklagten einzuräumen ist.

14. Parteientschädigung

Vorliegend hat die Klägerin eine Parteientschädigung beantragt, welche ihr aufgrund ihres grossmehrheitlichen Obsiegens (Unterliegen infolge teilweisen Klagerückzugs ist derart geringfügig, dass es sich auch die Verteilung der Parteientschädigung nicht auswirkt) antragsgemäss zuzusprechen ist (Art. 105 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 1 ZPO; ZK ZPO-JENNY, Art. 105 N 6). Die Parteientschädigung ist auf CHF 260'000.– festzusetzen. Zur Begründung ist wiederum im Wesentlichen auf das Ersturteil vom 1. Dezember 2020 zu verweisen (act. 98 E. Ziff. III. 2.).

Die von der Klägerin geleistete Sicherheit von CHF 218'000.– für die Parteientschädigung ist ihr nach Ablauf der Rechtsmittelfrist zurückzuerstatten.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin USD 25'688'901.30 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 1. Januar 2013 zu bezahlen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgelegt auf CHF 200'000.–.
3. Die Kosten werden dem Beklagten auferlegt. Sie werden aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss gedeckt, wobei der Klägerin das Rückgriffsrecht auf den Beklagten eingeräumt wird.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 260'000.– zu bezahlen.
5. Die von der Klägerin geleistete Sicherheit von CHF 218'000.– für die Parteientschädigung wird ihr nach Ablauf der Rechtsmittelfrist zurückerstattet.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
7. Eine bundesrechtliche **Beschwerde** gegen diesen Entscheid ist innerhalb von **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art.

113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 25'779'000.–.

Zürich, 31. Mai 2022

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzende:

Gerichtsschreiber:

Dr. Claudia Bühler

Dr. Benjamin Büchler