

Entscheidbesprechungen Discussions d'arrêts actuels

3. Wirtschaftsrecht/Droit économique

3.2. Gesellschaftsrecht – allgemein/ Droit des sociétés – en général

3.2.4. Aktienrecht/Droit de la société anonyme

HGer ZH, HG130073-O U/ei: Swissair/Verantwortlichkeitsklage

Handelsgericht des Kantons Zürich, Urteil HG130073-O U/ei vom 16. März 2018, *Swissair Schweizerische Luftverkehr-Aktiengesellschaft in Nachlassliquidation gegen Verwaltungsräte und faktische Organe (Beklagte 1–14)*, Schadenersatz aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit gemäss Art. 754 OR wegen Ausfall der Cash-Pool-Forderung und wegen Ausfall mehrerer Festgeld-Darlehen (Klage abgewiesen).



THOMAS JUTZI*



JANINE MÜLLER**

Das mit Spannung erwartete weitere Swissair-Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich weist auch diese aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage vollumfänglich ab. Das Handelsgericht verneint das Vorliegen sämtlicher Tatbestandselemente von Art. 754 Abs. 1 OR und stellt unter anderem hohe Anforderungen an die Substantiierung der Pflichtwidrigkeit durch die Klägerin, was aus Gründen des Beweislastrisikos unangemessen erscheint. Ferner prüft und bejaht das Handelsgericht das Argument des rechtmässigen Alternativverhaltens, wonach der Schaden selbst dann eingetreten wäre, wenn sich die Beklagten rechtmässig verhalten hätten – womit eine Haftung ausser Betracht fallen müsse. Offen bleibt jedoch, wie dieses Argument dogmatisch einzuordnen ist und inwiefern sich das Bundesgericht noch zu dieser Frage wird äussern dürfen.

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

A. Sachverhalt

Das vorliegende Urteil befasst sich mit aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen gegen die Organe der Schweizerischen Luftverkehrs-Aktiengesellschaft (im Folgenden dem Urteil folgend: Swissair), welche von der Nachlassmasse der Swissair geltend gemacht werden.

1. Konzernstruktur

Per 1. März 1996 wurde in der ehemaligen Swissair-Gruppe eine neue Führungsstruktur und in der Folge eine Holding-Struktur eingeführt, wobei die «SAirGroup AG» als Dachholding geschaffen wurde. Am 22. Mai 1997 wurde zu diesem Zweck die bisherige «Swissair Schweizerische Luftverkehr Aktiengesellschaft» mit unverändertem Aktionariat zur SAirGroup umfirmiert. Der neuen Führungsstruktur entsprechend wurden vier Konzernbereiche bzw. Subholdings mit den rechtlich verselbstständigten Gesellschaften (i) «SAirLines AG», (ii) «SAirServices AG», (iii) «SAirLogistics AG» und (iv) «SAirRelations AG» gebildet. Im vorliegenden Fall geht es um die «SAirLines AG», zu deren Konzernbereich das Fluggeschäft gehörte. Das gesamte Fluggeschäft wurde sodann in zwei Konzerngesellschaften aufgeteilt: Während die Flugzeugflotte in die «Flightlease AG» eingebracht wurde, die für den Flottenbetrieb verantwortlich zeichnete, wurde das restliche Fluggeschäft in die neu gegründete, am 23. Mai 1997 im Handelsregister eingetragene «Swissair AG» eingebracht, die für den Flugbetrieb verantwortlich war.

Die Aktien der Flightlease AG wurden direkt von der Dachholding SAirGroup gehalten; die Swissair stellte hingegen innerhalb des Konzerns eine «Enkelgesellschaft» der SAirGroup dar, da die Aktien der Swissair von der Subholding SAirLines AG gehalten wurden.

2. Konzernfinanzierung

In den Jahren 1998/1999 wurde in der SAirGroup eine zentrale Konzernfinanzierung mit einheitlicher finanzieller Leitung eingeführt: Im sog. «Financial Manual» wurden 1998 die wichtigsten finanziellen Prinzipien der SAirGroup skizziert und u.a. die Einführung eines Cash-Pools durch das Corporate Treasury vorgesehen, um die konzernweite Liquidität sicherzustellen. Mitte Dezember 1999 genehmigte der Verwaltungsrat der SAirGroup die sog. «finanziellen Richtlinien der SAirGroup», die unter dem Titel «Finanzielle Führung» festhielten, (i) dass eine hohe Gewinnabführung von den Tochtergesellschaften an die Dachholding vorgesehen war, (ii) dass der Konzern-Cashflow der Holding zugerechnet und durch die Konzern-

* THOMAS JUTZI, Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Ordentlicher Professor für Wirtschaftsrecht an der Universität Bern.

** JANINE MÜLLER, Dr. iur., Rechtsanwältin, ehemalige wissenschaftliche Assistentin am Institut für Wirtschaftsrecht an der Universität Bern.

leitung bewirtschaftet wird und (iii) dass die grundsätzliche Bilanzverantwortung für alle Gesellschaften bei der Konzernleitung liege. Wesentliche Instrumente der zentralen Konzernfinanzierung waren ein konzernweiter Cash-Pool und Festgeldanlagen der Konzerngesellschaften bei der SAirGroup. Ferner gewährte die Swissair der SAirGroup ein Gründungsdarlehen; im vorliegenden Verfahren wurden indes keine Ansprüche gegen die Organe der Swissair in diesem Zusammenhang geltend gemacht.

Um diese zentrale Konzernfinanzierung sicherzustellen, betrieb die SAirGroup ein sog. Zero-Balancing-Cash-Pooling, welches von der eigens zu diesem Zweck in den Niederlanden gegründeten «SAirGroup Finance» (nachfolgend Finance BV) als Poolleaderin unterhalten wurde. Die Finance BV unterhielt einen sog. Master Account; die Konzerngesellschaften führten jeweils auf eigenen Namen je drei Kontokorrent-Konti in den Währungen USD, Euro und CHF. Diese Kontokorrent-Konti wurden täglich auf Saldo Null gestellt, wobei ein positiver Saldo dem Master Account der Finance BV gutgeschrieben bzw. ein negativer Saldo dem Master Account belastet wurde. Während ein positiver Saldo auf den Kontokorrent-Konti der Konzerngesellschaft eine Forderung erzeugte, stellte ein negativer Saldo auf diesen Konti eine Schuld der Konzerngesellschaften pro Konto gegenüber der Poolleaderin Finance BV dar.

3. Geltend gemachte Ansprüche

Im Rahmen des konzernweiten Cash-Pools war die Swissair praktisch andauernd Nettogläubigerin der Finance BV und verfügte bis zuletzt über namhafte Guthaben bei der Poolleaderin. Beim Zusammenbruch der SAir Group kam die Swissair mit ihrer Cash-Pool-Forderung gegenüber der Finance BV zu Verlust. Aus diesem Grund macht die Klägerin im vorliegenden Verfahren gestützt auf Art. 754 OR Ersatz des Schadens geltend, den sie durch den Ausfall ihrer Cash-Pool-Forderung gegenüber der Finance BV erlitten habe.

Weiter gewährte die Swissair der SAirGroup mit ihrer überschüssigen Liquidität seit der Gründung der SAir Group im Mai 1997 bis zu deren Zusammenbruch im Oktober 2001 laufend Festgeld-Darlehen, indem die Swissair für eine feste Zeitdauer nicht betriebsnotwendige Mittel bei der SAirGroup «parkierte». Aus diesem Grund macht die Klägerin ebenfalls gestützt auf Art. 754 OR Ersatz des Schadens geltend, den sie durch den Ausfall mehrerer Festgeld-Darlehen erlitten habe, welche die Swissair der SAirGroup im September 2001 gewährt hatte.

B. Prozessgeschichte

Die Klage wurde am 26. April 2013 beim Handelsgericht Zürich rechtshängig gemacht. Die Klageantworten der 14

Beklagten gingen Ende Februar 2014 ein; die Replik der Klägerin datiert vom 30. Januar 2015. Die Dupliktschriften der Beklagten wurden Ende November 2015 eingereicht. Die Parteien verzichteten nach Durchführung des zweiten Schriftenwechsels auf die Durchführung der Hauptverhandlung.

Das vorliegende Urteil datiert vom 16. März 2018, erstreckt sich über 168 Seiten und weist die Klage ab. Seitens der vollumfänglich unterliegenden Klägerin wurde fristgemäss eine bundesgerichtliche Beschwerde eingereicht, wobei das erstinstanzliche Urteil in sämtlichen zentralen Klagepunkten (mithin Passivlegitimation der Verwaltungsräte der SAirGroup, Pflichtwidrigkeit, Schaden und Kausalzusammenhang) angefochten wird.¹ Aus diesem Grund rechtfertigt es sich, auf sämtliche Erwägungen dieser zentralen Klagepunkte in der gebotenen Kürze einzugehen.

II. Erwägungen

A. Passivlegitimation

Das Handelsgericht stellte in E. IV.1 bzw. E. IV.4 einleitend fest, dass die Klägerin Verantwortlichkeitsansprüche gegen 14 Beklagte geltend mache, wobei die Beklagten 1 und 2 grundsätzlich als Verwaltungsräte der Swissair und damit als formelle Organe der Swissair eingeklagt seien. Die Beklagten 3–14 würden im vorliegenden Fall als faktische Organe der Swissair eingeklagt. Im Anschluss ging das Handelsgericht in E. IV.4.3.3 gesondert auf die einzelnen Beklagten ein und prüfte im Einzelfall, wer bis wann welche Funktion innehatte.

Das Handelsgericht führte in E. IV.4.3.3.1 aus, dass der faktischen Organschaft im Konzern besondere Bedeutung zukomme. Eine blosser Einflussnahme der Organe des Konzerns auf die Untergesellschaft reiche jedoch für die Annahme einer faktischen Organschaft nicht aus. Erforderlich für eine faktische Organschaft bei der Untergesellschaft sei vielmehr, dass sich auf der Ebene der Konzernobergesellschaft Zuständigkeiten bilden würden. Die Verantwortlichkeit eines faktischen Organs beschränke sich auf den von ihm dauerhaft wahrgenommenen Aufgabenkreis, wobei das faktische Organ innerhalb dieses Kreises auch für Unterlassungen hafte.

Weil die Swissair Teil der SAirGroup gewesen sei, sei ein Grossteil der Aufgaben und Kompetenzen des Swissair-Verwaltungsrates auf Konzernebene wahrgenommen worden – dem Verwaltungsrat der Konzernuntergesell-

¹ WERNER ENZ, Swissair-Urteil kommt vor Bundesgericht, NZZ vom 14.5.2018.

schaft seien nur noch Restkompetenzen verblieben. Die Finanzkompetenzen seien dem Verwaltungsrat der Untergesellschaft weitgehend entzogen worden, weil die Finanzverantwortung für den ganzen Konzern in der Regel von der Konzernleitung zentral wahrgenommen werde. Der Verwaltungsrat der Untergesellschaft habe nur noch die Funktion, die Finanzvorgänge laufend zu begleiten, zu überwachen und insbesondere die jederzeitige Solvenz der Untergesellschaft durch genügend Liquidität sicherzustellen. Grundsätzlich wird damit ausgeführt, dass die Mitglieder der Konzernleitung einerseits faktische Organe der Teilnehmersgesellschaft eines Cash-Pools werden, andererseits aber auch faktische Organe von den vorliegend praktizierten Festgeldanlagen beim Konzern. Nach ausführlicher Darstellung gelangte das Handelsgericht zu der Überzeugung, dass die faktische Organstellung der Beklagten 1, 2, 4, 8 und 12 vorliege, bei den übrigen Beklagten jedoch nicht.

Als Begründung brachte das Handelsgericht vor, schon allein aus der Tatsache, dass die übrigen Beklagten nie in der Konzernleitung der SAirGroup tätig gewesen seien, könne ausgeschlossen werden, dass die übrigen Beklagten durch die Erteilung von Weisungen direkt auf die Willensbildung der Swissair eingewirkt und dadurch faktisch ihre Geschäfte geführt hätten. Die übrigen Beklagten hätten ausschliesslich für die SAirGroup und nie für die Swissair gehandelt, weshalb sie als faktische Organe der Swissair ausser Betracht fallen würden. Die übrigen Beklagten hätten weder eine Finanzverantwortung bei der Swissair gehabt, noch hätten Handlungspflichten für die Swissair bestanden.

Demgegenüber führte das Handelsgericht auf Rüge der Beklagten in E. IV.4.3.3.3 aus, dass die SAirGroup als faktisches Organ der Swissair zwar passivlegitimiert wäre, was jedoch nicht ausschliesse, dass gleichzeitig auch die einzelnen Mitglieder der Konzernleitung als faktische Organe der Swissair tätig waren. Wenn Konzernorgane durch pflichtwidriges Verhalten nicht nur die Konzernuntergesellschaft, sondern die Konzernobergesellschaft als Gesamtes in Schwierigkeiten bringen, könnten sie sich nicht darauf berufen, dass aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit ausschliesslich der unterdessen insolvente Konzern als faktisches Organ verantwortlich sei.

B. Pflichtverletzung

In Erwägung V. setzte sich das Handelsgericht mit dem Kriterium der Pflichtverletzung im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit auseinander. Behandelt wurden (i) der Vorwurf der pflichtwidrigen Organisation der finanziellen Führung der Klägerin sowie (ii) der Vorwurf der pflichtwidrigen Bewirtschaftung der Aktiven der Swissair.

1. Vorwurf der pflichtwidrigen Organisation der finanziellen Führung der Klägerin

Das Handelsgericht führte in E. V.5.2 aus, dass in einem Konzern die Untergesellschaften in die Obergesellschaft eingeordnet würden, woraus sich zwangsläufig der einheitliche Führungsanspruch der Obergesellschaft ergebe. Dabei bliebe die Untergesellschaft eine selbständige juristische Einheit, in welcher der Verwaltungsrat der Untergesellschaft die «unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben» von Art. 716a Abs. 1 OR weiterhin wahrnehmen müsse. Der «einheitliche Führungsanspruch» der Obergesellschaft stehe allerdings in einem unübersehbaren Spannungsverhältnis zur «eigenständigen Selbstverwaltung» der Untergesellschaft. Für Konzerngesellschaften sei daher der Aufgabenkatalog gemäss Art. 716a Abs. 1 OR im Sinne einer teleologischen Reduktion so zu lesen, dass dem Verwaltungsrat der Untergesellschaften nur Restkompetenzen (residuelle Kompetenzen) zustehen würden. So verbleibe beispielsweise dem Verwaltungsrat anstelle der faktisch entzogenen Oberleitung der Untergesellschaft nur die Restkompetenz, ein vertretbares Konzept für das Funktionieren der Untergesellschaft zu gewährleisten. Weiter sei die Finanzkompetenz des Verwaltungsrats der Konzernuntergesellschaft besonders stark tangiert. Dem Verwaltungsrat der Konzernuntergesellschaft würden die Finanzkompetenzen weitgehend entzogen, da diese für den ganzen Konzern von der Konzernleitung zentral wahrgenommen werden. Der Verwaltungsrat der Konzernuntergesellschaft habe in diesem Bereich nur noch die Funktion, die Finanzvorgänge laufend zu begleiten und zu überwachen, wobei er insbesondere für die jederzeitige Solvenz der Konzernuntergesellschaft zu sorgen habe. Allerdings sei der Verwaltungsrat der Konzernuntergesellschaft weiterhin dafür verantwortlich, dass die Aufsichtsfunktionen von Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR wahrgenommen würden.

Die entscheidende Frage im vorliegenden Prozess sei, ob der Verwaltungsrat der Swissair nach der Errichtung der Konzernstruktur über diese skizzierten minimalen Restkompetenzen verfügt habe. Die Finanzkompetenzen eines Verwaltungsrats einer selbständigen Gesellschaft würden sich jedoch grundsätzlich von den Verhältnissen einer Konzernuntergesellschaft unterscheiden – auf diese unterschiedliche Ausgangslage werde von der Klägerin jedoch nicht bzw. nicht substantiiert eingegangen. Es wäre laut Handelsgericht Sache der Klägerin gewesen, differenziert darzulegen, inwieweit die Kompetenzattraktion durch die Obergesellschaft zulässig gewesen wäre (zulässige Konzernbildung) und ab welchem Punkt die minimalen Restkompetenzen der Konzernuntergesellschaft nicht mehr gewährleistet gewesen seien (pflichtwidrige Konzernorganisation). Der Vorwurf der unrechtmässigen Kon-

zernbildung sei daher bereits mangels substantiierter Begründung abzuweisen.

Im Sinne einer Eventualbegründung wurde indes dargelegt, dass ohnehin keine unzulässige Übertragung bzw. Usurpierung von (Finanz-)Kompetenzen vorliegen würde. Es könne festgehalten werden, dass das Schrumpfen der Finanzkompetenzen der Organe der Konzernuntergesellschaft so lange unproblematisch sei, als der Konzernuntergesellschaft finanzielle Restkompetenzen verbleiben würden (eigene liquide Mittel, Liquiditätsplanung etc.) und zwingendes Privatrecht insbesondere mit Bezug auf den bilanzbezogenen Eigenkapitalschutz beachtet werde. Das Cash-Management der Swissair sei ausdrücklich durch eine vertragliche Vereinbarung an das Konzern-Treasury der SAirGroup ausgelagert worden; eine unzulässige «finanzielle Unterwerfung der Swissair» bzw. eine «Usurpierung der Finanzkompetenzen der Swissair» durch die SAirGroup liege nicht vor. Die Einführung des Cash-Pools und der Festgeldanlagen sei nicht zu beanstanden. Auch der Betrieb sei unproblematisch, solange die Swissair über genügend eigene Liquidität verfügt habe und solange die Kapitalschutzvorschriften eingehalten worden seien.

Weil die finanzielle Selbständigkeit der Swissair nicht in Frage gestellt worden sei und sie auch über die notwendige organisatorische Selbständigkeit verfügt habe, erweise sich die Konzernbildung als zulässig und die Konzernorganisation sei nicht zu beanstanden.

2. Vorwurf der pflichtwidrigen Bewirtschaftung der Aktiven der Swissair

Entscheidend sei aber, ob die Swissair, deren Einbindung in die Konzernstruktur der SAirGroup an sich nicht zu beanstanden war, weiterhin zur Teilnahme am Cash-Pool und zur Gewährung von Festgeld-Darlehen an die SAirGroup berechtigt gewesen sei, als mit dem Vorliegen der Jahresabschlüsse 2000 klar geworden sei, dass die Bonität der Finance BV als Finanzierungsarm des Konzerns und der gesamten SAirGroup fraglich geworden sei.

Das Handelsgericht geht diesbezüglich in E. V.5.3 auf die Bedeutung der sorgfältigen Vermögensanlage gemäss Art. 717 Abs. 1 OR ein und stellt u.a. fest, dass es kein «vorrangiges Konzerninteresse» gebe und sich die Rechtsprechung bei der nachträglichen Überprüfung von Geschäftsentscheiden unter dem Gesichtspunkt der allgemeinen Sorgfalts- und Treuepflicht eine gewisse Zurückhaltung auferlege (Business Judgment Rule). Für konzerninterne Darlehen seien die von der Lehre und Rechtsprechung entwickelten Grundsätze der Gewährung von Darlehen an Aktionäre bzw. an nahestehende Personen zu beachten, weswegen nur marktkonforme Darlehen, die auch unabhängigen Dritten zu den gleichen Bedingungen gewährt

würden, unbedenklich seien («arm's length»-Prinzip). Weiter seien die Vorschriften zum Schutz des Eigenkapitals der AG zu prüfen.

Bei der angemessenen Gewichtung aller relevanten Umstände sei davon auszugehen, dass die konzerninternen Darlehen bis am 31. Dezember 2000 marktkonform gewesen seien. Für eine beweismässige Abklärung würden die notwendigen Behauptungen fehlen.

Im vorliegenden Fall sei von der gleichen Annahme wie im Swisscargo-Fall auszugehen, wonach «die Bonität der SAirGroup bzw. der Finance BV nicht nur per 31. Dezember 2000, sondern in der ganzen Zeit bis zum Zusammenbruch der SAirGroup anfangs Oktober 2001 zumindest in Frage gestellt war (Gerichtsnotorietät)». Aufgrund der verschlechterten Bonität der SAirGroup und der Finance BV könnten die konzerninternen Darlehen ab dem 1. Januar 2001 nicht mehr als marktkonform eingestuft werden. Diese Darlehen hätten ab diesem Zeitpunkt Ausschüttungscharakter angenommen. Zudem sei die Swissair aufgrund der eigenen finanziellen Situation ab 31. Dezember 2000 nicht mehr in der Lage gewesen, Ausschüttungen in der Höhe ihrer Cash-Pool-Guthaben bei der Finance BV – und erst recht nicht Ausschüttungen in der kumulierten Höhe der Cash-Pool-, Festgeld- und Gründungsdarlehen – unter Einhaltung der zwingenden Kapitalschutzvorschriften zu tätigen. Der Jahresabschluss 2000 zeige, dass die Swissair nicht über frei ausschüttbares Eigenkapital in der erforderlichen Höhe verfügt habe. Als Folge davon würden die nicht marktkonformen konzerninternen Darlehen nicht nur gegen das Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung (Art. 678 Abs. 2 OR), sondern auch gegen das Verbot der Einlagenrückerstattung (Art. 680 Abs. 2 OR) verstossen – die Gewährung der konzerninternen Darlehen ab dem 1. Januar 2001 sei widerrechtlich gewesen.

Das Handelsgericht prüfte sodann in E. V.6 die Pflichtverletzungen in Bezug auf die einzelnen Beklagten: Mit dem Vorliegen der geprüften und genehmigten Jahresrechnung 2000 der SAirGroup wäre klar geworden, dass die Bonität der Finance BV und der SAirGroup per Bilanzstichtag 31. Dezember 2000 fraglich geworden sei und dass die konzerninternen Darlehen nicht mehr den Marktbedingungen entsprochen hätten. Zudem wäre mit dem Vorliegen der revidierten und genehmigten Jahresrechnung 2000 der Swissair klar geworden, dass die Swissair per Bilanzstichtag 31. Dezember 2000 nicht über genügend ausschüttbare Mittel verfügte, die für die Aufrechterhaltung nicht mehr marktkonformer konzerninterner Darlehen erforderlich gewesen wären. Allerdings sei zu beachten, dass die Jahresrechnung 2000 der SAirGroup erst mit dem Revisionsbericht vom 2. April 2001 und die Jahresrechnung 2000 der Swissair erst mit dem Revisionsbericht vom 16. Februar

2001 definitiv geworden seien. Da der Beklagte 1 bereits am 20. Januar 2001 von sämtlichen Funktionen in der SAir-Group enthoben wurde und folglich ab diesem Zeitpunkt auch nicht mehr einziger Verwaltungsrat der Swissair gewesen sei, könne ihm nicht vorgeworfen werden, dass er in pflichtwidriger Weise unterlassen habe, den Austritt der Swissair aus dem Cash-Pool zu veranlassen.

Im Fall des Beklagten 2 sei speziell hervorzuheben, dass diesem die angespannte finanzielle Lage schon deshalb hätte bekannt sein müssen, weil er sich bei seinem Amtsantritt als Konzern-CEO am 15. März 2001 seine Vergütung von der SAirGroup für fünf Jahre im Voraus habe auszahlen lassen. Der Beklagte 2 wäre in seiner Eigenschaft als (designierter) einziger Verwaltungsrat der Swissair ab dem 15. März 2001 verpflichtet gewesen, im Rahmen seiner Finanzkompetenzen die Finanzvorgänge zu überwachen, um im Rahmen seiner Aufsichtsfunktionen die geeigneten Massnahmen zum Schutz des Kapitals der Swissair zu ergreifen. Allerdings lege die Klägerin nicht genau dar, welche konkreten Handlungspflichten nach seinem Amtsantritt ab dem 15. März 2001 verletzt worden seien; die Klägerin äussere sich nicht klar zum rechtmässigen Verhalten, das vom Beklagten 2 zu verlangen gewesen wäre. Da die Klägerin ihrer Obliegenheit nicht nachkomme, klar anzugeben, welches die rechtmässigen Handlungspflichten des Beklagten 2 gewesen wären, sei ein pflichtwidriges Verhalten des Beklagten 2 nicht dargetan.

Aufgrund der bei ihrem Amtsantritt am 18. Juni 2001 angetroffenen Situation wäre die Beklagte 4 als Konzern-CFO der SAirGroup und faktisches Organ der Swissair verpflichtet gewesen, in Bezug auf die fraglichen konzerninternen Darlehen für die Einhaltung der Kapitalschutzvorschriften zu sorgen. Allerdings komme die Klägerin auch hier ihrer Obliegenheit nicht nach, klar anzugeben, welches die rechtmässigen Handlungspflichten der Beklagten 4 gewesen wären, weshalb ein pflichtwidriges Verhalten nicht dargetan werden könne.

Aus demselben Grund verneinte das Handelsgericht schliesslich das pflichtwidrige Verhalten der Beklagten 8 und 12. Bei den übrigen Beklagten wurde trotz der festgestellten mangelnden Passivlegitimation dennoch im Einzelfall geprüft, ob eine Pflichtwidrigkeit vorlag, was jeweils ebenfalls verneint wurde.

C. Schaden

In Erwägung VI prüfte das Handelsgericht «im Sinn einer Alternativbegründung» für jeden Beklagten einzeln, ob für den Fall einer Pflichtverletzung eines oder mehrerer Beklagten ein Schaden dargetan wäre. Das Handelsgericht stellte vorab fest, dass die Klägerin bei der Bewilligung der

provisorischen Nachlassstundung am 5. Oktober 2011 über Cash-Pool-Forderungen gegenüber der Finance BV sowie über Festgeld-Forderungen gegenüber der SAirGroup verfügt habe. Der Klägerin stünde ein Erfüllungsanspruch gegen die Finance BV bzw. die SAirGroup zu. Allerdings könne die Klägerin im vorliegenden Verfahren nur Schadenersatzansprüche und gerade keine Erfüllungsansprüche geltend machen. Die Gleichsetzung des Schadenersatzanspruchs gegenüber der Beklagten aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit mit dem Erfüllungsanspruch sei unzutreffend und ein Schaden im Sinne der Differenztheorie nicht dargetan.

Im Sinne der Prüfung eines Schadens gemäss der Differenztheorie prüfte das Handelsgericht die hypothetische Höhe des Guthabens ohne das schädigende Ereignis und gelangte zum Schluss, dass die Swissair die nach dem 1. Januar 2001 zurückgeforderten Cash-Pool-Guthaben und die im September 2001 nicht erneuerten Festgeldanlagen für die Finanzierung des Flugbetriebs hätte verwenden und aufbrauchen müssen. Die Darstellung der Klägerin, wonach die Swissair die entsprechenden Beträge auf eigenen Konten bei solventen Banken hätte anlegen und behalten müssen, so dass diese schliesslich zur Befriedigung der Gläubiger zur Verfügung gestanden hätten, sei unrealistisch. Ferner scheitere die Klägerin zumindest teilweise daran, die effektive Höhe der Guthaben aus den konzerninternen Darlehen aufgrund des angeblich schädigenden Verhaltens anzugeben. Wenn aber weder die hypothetische Höhe der ausstehenden Forderungen ohne das schädigende Verhalten noch die effektive Höhe der ausstehenden Forderungen mit dem schädigenden Verhalten angegeben werden könne, sei eine Berechnung des Schadens nach der Differenztheorie ausgeschlossen.

D. Kausalzusammenhang

In Erwägung VII. äusserte sich das Handelsgericht schliesslich «im Sinn einer (weiteren) Alternativbegründung» zum adäquaten Kausalzusammenhang zwischen den Pflichtverletzungen und dem Schadenseintritt im vorliegenden Fall. Das Handelsgericht führte aus, der Schädiger könne gegen seine Haftpflicht einwenden, dass der Schaden auch dann eingetreten wäre, wenn er sich pflichtgemäss verhalten hätte. Mit anderen Worten könne der Schädiger geltend machen, dass er für einen Normverstoss nicht haftbar gemacht werden solle, weil das rechtmässige Verhalten ebenso zum Schaden geführt hätte. Auch in Bezug auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeit sei gemäss der neueren Literatur der Einwand zu beachten, dass bei rechtmässigem Alternativverhalten der gleiche Schaden verursacht worden wäre.

Das Handelsgericht stellte in E. VII.4.3 sodann fest, dass die Swissair-Gläubiger beim von der Klägerin geforderten rechtmässigen Alternativverhalten der Beklagten nicht besser gestellt gewesen wären: Wenn die Swissair ihre Cash-Pool-Guthaben nicht der Finance BV zur Verfügung gestellt hätte und die Festgeldanlagen bei der SAirGroup im September 2001 nicht erneuert hätte, hätten diese Guthaben für die Weiterführung des Flugbetriebes eingesetzt werden müssen und wären dabei vollständig aufgebraucht worden. Aufgrund der unbestrittenen Tatsache, dass die Swissair die erwähnten Beträge im Interesse der Gläubiger für die Weiterführung des Flugbetriebes hätte verwenden müssen und dass diese Gelder dabei aufgebraucht worden wären, entfalle eine Haftung der Beklagten. Der eingeklagte Schaden wäre auch beim von der Klägerin geforderten rechtmässigen Alternativverhalten eingetreten, weshalb es an der Haftungsvoraussetzung der adäquaten Kausalität fehle.

In einem Fazit führte das Handelsgericht schliesslich in E. VII.4.4 erneut aus, das angebliche Fehlverhalten sei aufgrund des hypothetischen Kausalverlaufs nicht ursächlich für den Ausfall der Cash-Pool- und Festgeld-Forderung; die von der Klägerin als rechtmässig angegebene Handlungsoption «Austritt aus dem Cash-Pool und Nichterneuerung der Festgeldanlagen» hätte ebenfalls zum vollständigen Verlust der genannten Guthaben geführt.

III. Anmerkungen

A. Allgemeine Anmerkungen

Das Grounding der Swissair bzw. der Zusammenbruch der Konzernmutter SAirGroup hat bis heute zu einem strafrechtlichen und sieben zivilrechtlichen Verfahren gegen den Verwaltungsrat und die Geschäftsführung der ehemaligen Swissair geführt.² Das vorliegende Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich folgt den anderen zivilrechtlichen Verfahren in dieser Angelegenheit insofern, als auch diese Verantwortlichkeitsklage vollumfänglich abgewiesen wird. Wie in III.C.4. noch aufzuzeigen sein wird, ist die Begründung der Klageabweisung bzw. die Berufung auf das Argument des rechtmässigen Alternativverhaltens in diesem Zusammenhang ebenfalls weder neu noch überraschend.

Materiell-rechtliche Grundlage der vorliegenden Klage bildet die aktienrechtliche Verantwortlichkeit: Gemäss Art. 754 Abs. 1 OR sind die Mitglieder des Verwaltungsrats und alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen sowohl der Gesellschaft als den einzel-

nen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen. Wie bereits ausgeführt, äussert sich das Handelsgericht – abgesehen vom Verschulden – zu sämtlichen Tatbestandselementen dieser Norm und verneint einerseits die Passivlegitimation bestimmter Beklagter, andererseits aber auch das Vorliegen der übrigen notwendigen materiellen Voraussetzungen. Nachfolgend sollen nur einige Anmerkungen im Zusammenhang mit der Pflichtverletzung und dem rechtmässigen Alternativverhalten dem tieferen Verständnis der Problematik dienen.

Auf Ausführungen zum vermögensrechtlichen Schaden und zur hier interessierenden Abgrenzung zwischen Differenztheorie und Erfüllungsanspruch wird insofern ebenso verzichtet wie auf rechtliche Erläuterungen zum Organbegriff, zur Reduktion der unübertragbaren Befugnisse zugunsten des Konzerns sowie zu den Begriffen des Cash-Poolings und Festgeld-Darlehen.

B. Zur Pflichtverletzung

1. Ausgangslage

Wie aus dem Wortlaut von Art. 754 OR hervorgeht, sollen Gesellschaftsorgane für jenen Schaden haften, der als *Folge der Verletzung ihrer aktienrechtlichen Pflichten* entsteht – diese Pflichtverletzung stellt eine besondere Form der Widerrechtlichkeit dar.³

Das Verantwortlichkeitsrecht zielt nicht darauf ab, unternehmerischen Misserfolg zu sanktionieren, sondern will vielmehr dort eingreifen, wo die Verhaltensstandards bei der Entscheidungsfindung nicht den gesetzlichen Vorgaben entsprochen haben.⁴ Um eine Verantwortlichkeitsklage zu begründen, ist es gemäss neuerer bundesgerichtlicher Rechtsprechung erforderlich, konkrete Handlungen oder Unterlassungen zu substantiieren, mit denen die Beschwer-

² Siehe dazu ausführlich FABIAN AKERET, Verantwortlichkeitsklagen in der Schweiz während den letzten 20 Jahren, Zürich 2018, 72 ff.

³ BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 23, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Obligationenrecht II, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2016 (BSK OR II-Verfasser). Siehe zu den Pflichten und der Pflichtwidrigkeit statt vieler auch HARALD BÄRTSCHLI, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss. Zürich, Zürich 2001, 239 ff.

⁴ HANS CASPAR VON DER CRONE/OLIVIER BAUM, Aktienrechtliche Verfahren: Klagemöglichkeiten und Klagerisiken, GesKR 2016, 278 ff., 297; DANIEL JENNY, Abwehrmöglichkeiten von Verwaltungsratsmitgliedern in Verantwortlichkeitsprozessen, Diss. Zürich, Zürich 2012, N 75 ff. zu den Funktionen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit. Siehe aber zum Argument des rechtmässigen Alternativverhaltens nachfolgend III.C.

degegner gegen ihre *Pflicht als Organe verstossen* haben sollen.⁵

Das vorliegende Urteil scheint insofern unbefriedigend, als das Handelsgericht feststellt, dass gewisse Beklagte ab dem 1. Januar 2001 eine Pflicht zur Behebung der Situation getroffen hätte – es sich aber deswegen um kein pflichtwidriges Verhalten handeln könne, weil die Klägerin ihrer Obliegenheit, zu zeigen, was richtigerweise hätte vorgenommen werden müssen, nicht nachgekommen sei. Einerseits wird also das Vorliegen eines «widerrechtlichen Verhaltens» ab 1. Januar 2001 bejaht, andererseits kann dennoch keiner der 14 Beklagten dafür zur Rechenschaft gezogen werden.

Vorliegend rechtfertigen sich daher einige Ausführungen zur Substantiierungspflicht im ordentlichen Zivilprozess. Im Zentrum steht die Frage, was die Klägerin im Zusammenhang mit der Pflichtverletzung genau hätte vorbringen sollen.⁶

2. Zivilprozessualer Verhandlungsgrundsatz im Allgemeinen

Zufolge des Verfahrensgrundsatzes von Art. 55 Abs. 1 ZPO haben die Parteien dem Gericht die Tatsachen, auf die sie

ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben. Damit liegt die Verantwortung für die Beibringung des Tatsachenfundaments grundsätzlich bei den Parteien – nur ausnahmsweise hat das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen zu untersuchen.⁷ Diese sog. rechtserheblichen Tatsachen umfassen rechtsbegründende, rechtsaufhebende und rechtshemmende Tatsachen, welche sich aus den Tatbestandselementen der den angeblichen Ansprüchen zugrundeliegenden materiellen Rechtsnormen ergeben.⁸ Diese Verhandlungsmaxime führt dazu, dass die Tatsachen nicht nur zu behaupten, sondern gerade zu beweisen sind; Gegenstand des Beweises sind – zufolge Art. 150 Abs. 1 ZPO – rechtserhebliche, streitige Tatsachen.⁹ Zum Beweis können nur substantiiert behauptete bzw. substantiiert bestrittene Tatsachen erhoben werden.¹⁰

3. Behauptungs- und Substantiierungslast im Besonderen

Bei der Behauptungs- und Substantiierungslast handelt es sich um zwei unterschiedliche Obliegenheiten¹¹: Während die Behauptungslast Antwort darauf gibt, welche konkreten Tatsachen als Tatbestandselement der anzuwendenden Rechtsnorm zu behaupten sind, bezieht sich die Substantiierungslast darauf, *wie* diese Tatsachen behauptet werden müssen, mit anderen Worten wie detailliert die Tatbestandsvoraussetzungen im Einzelnen darzulegen sind. Erstere

⁵ BGer, 4A_603/2014, 11.11.2015, E. 8.2.2. Dabei handelt es sich um die Verantwortlichkeitsklage der Nachlassmasse der Flightlease AG. Siehe dazu statt vieler auch AKERET (FN 2), 76 f.

⁶ Auf die Business Judgment Rule (BJR) wird nicht weiter eingegangen, da es sich nach der hier vertretenen Ansicht bei den infrage gestellten konzerninternen Darlehen (zumindest ab dem 1. Januar 2001) nicht um einen Anwendungsfall der nachträglichen Beurteilung eigentlicher Geschäftsentscheide handelt. Vielmehr handelt es sich um die Verletzung der unübertragbaren Organisations- und Kontrollaufgaben sowie der Treuepflicht, welche von der Judikative grundsätzlich ohne Weiteres geprüft werden dürfen – die fraglichen Entscheide waren ab dem 1. Januar 2001 nicht mehr «wohlinformiert und ohne Interessenkonflikte getroffen», siehe HGer ZH, HG130073-O U/ei, 16.3.2018, E. V.5.3.3.2.1.b S. 67 und E. V.5.3.3.3.1 S. 75; BSK OR II-GERICKE/WALLER (FN 3), Art. 754 N 31. Siehe zur BJR jedoch statt vieler ALEXANDER NIKITINE, Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide, Konzeption und Ausgestaltung der «Business Judgment Rule» im Gefüge der Corporate Governance, Diss. Zürich, Zürich 2007, passim; MARKUS VISCHER, Kritische Sicht auf die vom Bundesgericht im Verantwortlichkeitsrecht verwendete Business Judgment Rule (BJR), SJZ 2018, 53 ff., passim; LEO RUSTERHOLZ/LUKAS HELD, Beweisfragen im Zusammenhang mit der Business Judgment Rule, Besprechung des Urteils 4A_259/2016, 4A_267/2016 des Bundesgerichts vom 13. Dezember 2016, GesKR 2017, 228 ff., passim; LEO RUSTERHOLZ/LUKAS HELD, Ausgewählte Aspekte zur Business Judgment Rule im Licht aktueller Rechtsprechung, GesKR 2016, 186 ff., passim; PETER V. KUNZ, Business Judgment Rule (BJR) – Fluch oder Segen?, SZW 2014, 274 ff., passim; ALEX CHRISTEN, «Quo vadis, BJR?», AJP 2015, 123 ff., passim; FRANK GERHARD, Business Judgment Rule und Rechtsrisiken, Anerkennung einer Legal Judgment Rule für rechtlich gebundene Entscheide von Unternehmensorganen, SZW 2016, 254 ff., passim.

⁷ ALEXANDER R. MARKUS/MELANIE HUBER-LEHMANN, Zivilprozessuale Grundsätze der Sachverhaltsermittlung – Substantiierung und richterliche Fragepflicht, ZBJV 2018, 269 ff., 270; es handelt sich um die Unterscheidung zwischen Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime. Siehe auch ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht, Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 2. A., Zürich 2013, § 10 N 16; JENNY (FN 4), N 253 ff.

⁸ MARKUS/HUBER-LEHMANN (FN 7), 274 m.w.H.

⁹ Wird eine Tatsache nicht bestritten, wird sie zum massgebenden Sachverhalt, siehe MARKUS/HUBER-LEHMANN (FN 7), 282.

¹⁰ BGer, 5P.210/2005, 21.10.2005, E. 4.1, bzw. BGer, 4A_178/2015, 11.9.2015, E. 2.6.

¹¹ Obliegenheiten sind prozessuale Lasten, deren Missachtung prozessuale Nachteile nach sich ziehen, siehe ANNETTE DOLGE, Anforderungen an die Substanziierung, in: Annette Dolge/Walter Bischofberger (Hrsg.), Substantiieren und Beweisen, Praktische Probleme, Zürich 2013, 17 ff., 19 m.w.H.; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (FN 7), § 10 N 17; DANIEL SCHWANDER, Ein vergleichender Streifzug durch das zivil- und strafprozessuale Beweisrecht, in: Roland Fankhauser/Corinne Widmer Lüchinger/Rafael Klingler/Benedikt Seiler (Hrsg.), Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, Zürich 2016, 573 ff., 578. SCHWANDER, 581, weist darauf hin, dass auch im Zivilprozess der Grundsatz, wonach die Beweisführungslast mit der Beweislast (verstanden als Beweisrisikolast) korreliere, gelte.

Last lässt sich durch das materielle Recht eingrenzen, letztere Frage wird durch das Prozessrecht beantwortet.¹²

Gemäss der Beweislastregel von Art. 8 ZGB hat grundsätzlich derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Auch im Verantwortlichkeitsrecht hat der Kläger den vollen Beweis für das Vorliegen der die Verantwortlichkeit auslösenden Tatbestandselemente zu erbringen.¹³ Gemäss Art. 221 Abs. 1 lit. d ZPO hat die Klage daher auch die Tatsachenbehauptungen zu enthalten. Lehre und Rechtsprechung zufolge bedeutet dies, dass die klagende Partei die rechtsbegründenden Tatsachen substantiiert darzustellen hat.¹⁴ Substantiiieren heisst demnach, «[...] dass der Sachverhalt so präzise und detailliert vorzutragen ist, dass die Gegenpartei darauf antworten kann, eine rechtliche Subsumtion möglich ist und über die rechtserheblichen Tatsachen Beweis abgenommen werden kann».¹⁵

Die Anforderungen an die Substantiierung dienen dazu, einen fairen Prozess zu ermöglichen und «fishing expeditions» zu vermeiden – das oberste Gebot der Gerichte sollte insofern darin bestehen, «[...] den Parteien zu ihrem Recht zu verhelfen, und nicht berechtigte Forderungen mit übertriebenen Anforderungen an die Substanziierung abzuwürgen».¹⁶

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist der Behauptungslast Genüge getan, «[...] wenn die Parteien in ihrem Tatsachenvortrag in allgemeiner Weise sämtliche Tatsachen benennen, welche unter die ihr Begehren stützenden Normen zu subsumieren sind. Ein solchermassen vollständiger Tatsachenvortrag wird als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt [...]. Bestreitet der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substanziierungslast. Die Vorbringen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzel-tatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Ge-

genbeweis angetreten werden kann (BGE 127 III 365 E. 2b S. 368).»¹⁷ Das Bundesgericht hat sich mit anderen Worten bereits vor Inkrafttreten der ZPO gegen übertriebene Substantiierungsforderungen der kantonalen Gerichte gewendet und vernünftig detaillierte und schlüssige Sachverhaltsdarstellungen als genügend erachtet.¹⁸

4. Unterschiede bei handelsgerichtlichen Verfahren?

Handelsgerichtliche Verfahren sind häufig komplex, mit viel Aufwand für sämtliche Beteiligten verbunden und kennen hohe Streitwerte.¹⁹ Das Handelsgericht des Kantons Zürich ist offenbar bekannt dafür, stets (sehr) hohe Anforderungen an die Substantiierung solcher Klagen zu stellen.²⁰ Dies ist allerdings insofern kritisch zu hinterfragen, als die Substantiierungsanforderungen auch in handelsgerichtlichen Verfahren nicht erhöht werden dürfen, da sich eine erhöhte Substantiierung einzig aufgrund der Komplexität des Sachverhalts und nicht allein wegen des hohen Streitwerts ergeben kann.²¹

5. In casu

Aus dem vorliegenden Urteil bzw. aus dessen E. V.2 («Wesentliche Vorwürfe der Klägerin») erhellt, dass die Klägerin eine Pflichtverletzung nicht nur moniert hat, sondern auch dargelegt hat, welches Verhalten gegen welche konkreten gesetzlichen Normen verstossen haben soll.²² Aus der klägerischen Sachverhaltsdarstellung sowie aufgrund gerichtsnotorischer Tatsachen hat das Handelsgericht denn gerade als erstellt erachtet, dass aufgrund der verschlechterten Bonität der SAirGroup und der Finance BV die konzerninternen Darlehen ab dem 1. Januar 2001 nicht mehr als marktkonform eingestuft werden konnten (E. V.5.3.3.2.2.f) und

¹² Siehe zum Ganzen MARKUS/HUBER-LEHMANN (FN 7), 278 f. m.w.H.; DOLGE (FN 11), 19 f. m.w.H.; STAHELIN/STAHELIN/GROLIMUND (FN 7), § 10 N 12; FRÉDÉRIC KRAUSKOPF/CHIARA IMELDA WIRZ, Rechtsbegehren im Haftpflichtrecht, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Alexander R. Markus/Rodrigo Rodriguez (Hrsg.), Das Rechtsbegehren im Zivilverfahren, Theoretische Fragen, praktische Antworten, Bern 2016, 29 ff., 36; JENNY (FN 4), N 255.

¹³ Siehe statt vieler VON DER CRONE/BAUM (FN 4), 294; ROGER GRONER, Beweisrecht, Beweise und Beweisverfahren im Zivil- und Strafrecht, Bern 2011, 183.

¹⁴ DOLGE (FN 11), 22.

¹⁵ DOLGE (FN 11), 22. Siehe zum Grad der Substantiierung statt vieler BGE, 4A_443/2017, 30.4.2018, E. 4.1.

¹⁶ DOLGE (FN 11), 35.

¹⁷ BGE, 4A_210/2009, 7.4.2010, E. 3.2, siehe auch BGE, 4A_509/2015, 20.6.2016, E. 4.2.

¹⁸ DOLGE (FN 11), 23 m.H. auf die Rechtsprechung.

¹⁹ DOLGE (FN 11), 33.

²⁰ Vgl. DOLGE (FN 11), 33 m.H. auf die Rechtsprechung. Siehe u.a. auch OGer ZH, LB110046-O/U, 8.9.2014, E. V.3.2.4 S. 148 ff. sowie E. V.3.3.5 S. 214 ff. Vgl. zu diesem Urteil auch nachfolgend III.C.4.

²¹ DOLGE (FN 11), 33.

²² Siehe z.B. HGER ZH, HG130073-O U/ei, 16.3.2018, E. V.2 S. 47: «Sie wirft den Beklagten 1–14 vor, mit der Einführung um dem Betrieb des Cash-Pools gegen die allgemeine Sorgfaltspflicht bei der Vermögensanlage (Art. 717 Abs. 1 OR) und gegen die Kapitalschutzvorschriften (Art. 678 Abs. 2 [Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung] und Art. 680 Abs. 2 OR [Verbot der Einlagerückgewähr]) verstossen zu haben. Überdies wirft sie den Beklagten 2, 4, 6, 9 und 10 vor, im Zusammenhang mit der Gewährung von Festgeld-Darlehen der Swissair an die SAirGroup und insbesondere durch die Erneuerung von Festgeld-Darlehen im September 2001 ebenfalls gegen die allgemeine Sorgfaltspflicht bei der Vermögensanlage [...] und gegen die aktienrechtlichen Kapitalschutzvorschriften [...] verstossen zu haben [...]»

die Darlehen zu einer unzulässigen verdeckten Gewinnausschüttung (Art. 678 Abs. 2 OR) mutiert seien (E. V.5.3.4). Gestützt auf dieses Ergebnis wäre auch eine rechtliche Subsumtion im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung möglich gewesen. Mit anderen Worten hätten die klägerischen Ausführungen und Beweise den Anforderungen an die Substantiierung grundsätzlich bereits genügt. Das Handelsgericht bringt in E. I.3 im Übrigen vor, es handle sich um ein aussergewöhnlich umfangreiches Verfahren, würden doch die Rechtsschriften der Parteien ohne Zwischeneingaben und Noveneingaben mehr als 18'000 Seiten umfassen, wozu noch zahlreiche Beilagen kommen würden. Bei diesem Umfang scheint zumindest fragwürdig, dass den Anforderungen an die Substantiierung nicht gerecht werden konnte.

Indem die Klägerin nun bereits bei einer «ordentlichen» Pflichtverletzung und gerade nicht im Rahmen von ermesensbasierten Entscheiden beweisen soll, worin das richtige Verhalten bestanden hätte, und somit nicht nur beweisen muss, dass das aktive Verhalten der Organe widerrechtlich war, wird ihr de facto unterstellt, zu wissen, was richtig gewesen wäre. Damit wird die Klägerin – neben der Widerrechtlichkeit – auch beweispflichtig für das rechtmässige Verhalten. Die Beklagten werden insofern prozessrechtlich privilegiert, als sie (mutmasslich im Zusammenhang mit dem Kausalzusammenhang) nur dartun müssen, dass dieses rechtmässige Verhalten den Schaden nicht hätte verhindern können – vom Beweis, darzutun, was sie richtigerweise hätten vornehmen müssen, werden sie mit anderen Worten entbunden.²³ Es stellt sich die Frage, ob dies die Klägerin im Einzelfall nicht vor zu hohe prozessuale Hürden stellt und ihr die Geltendmachung ihres allfälligen Anspruchs aus Beweisgründen nicht geradezu verunmöglicht.²⁴

Damit kann festgehalten werden, dass das Handelsgericht nach der hier vertretenen Meinung die angebliche Verletzung der Substantiierungspflicht nicht unter dem Tatbestandselement der Pflichtwidrigkeit hätte monieren sollen, nachdem sie das Vorliegen einer solchen unmissverständlich bejaht hat. Indem die Klägerin nicht nur beweisen muss, dass ein Organ gegen Pflichten verstossen hat, sondern auch noch Beweis dafür erbringen muss, *was* das Organ *richtigerweise* hätte vornehmen müssen, wird der Klägerin faktisch verunmöglicht, zu ihrem Recht zu gelangen.

Da im vorliegenden Fall die Klage ohnehin wegen des angeblich fehlenden Schadens und des Einwands des rechtmässigen Alternativverhaltens vom Handelsgericht abgewiesen worden wäre, macht es den Anschein, als sei die Pflichtwidrigkeit nur deshalb mangels Substantiierung verneint worden, um einen pragmatischen Entscheid fällen zu können bzw. um sämtliche Tatbestandselemente als nicht erfüllt zu qualifizieren.

C. Zum rechtmässigen Alternativverhalten

1. Prinzip und dogmatische Einordnung

Voraussetzung für die Haftung aus Art. 754 OR ist schliesslich, dass das widerrechtliche (und schuldhafte) Verhalten des Organs den Schaden verursacht hat, wobei der Geschädigte hierfür grundsätzlich die Beweislast trägt.²⁵

Das Argument des rechtmässigen Alternativverhaltens wird erst seit neuerem in Lehre und Rechtsprechung auch im Falle der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit bei einem aktiven Verhalten des Schädigers vermehrt vorgebracht bzw. geprüft.²⁶ Dabei handelt es sich um den Einwand des Schädigers, dass der Schaden auch dann eingetreten wäre, wenn er sich rechtmässig bzw. pflichtgemäss verhalten hätte.²⁷ Mit dem Konstrukt des rechtmässigen Alternativverhaltens soll der Schädiger mit anderen Worten trotz Pflichtverstoss nicht für dessen Folgen haftbar gemacht werden können.²⁸ Das OR kennt keine generelle gesetzliche Legiferierung dieses Grundsatzes im Bereich des Haftpflichtrechts, findet jedoch in einzelnen Bestimmungen (beispielsweise in Art. 55 und 56 OR) punktuell ausdrücklich Erwähnung.²⁹

²³ Siehe zum Argument des rechtmässigen Alternativverhaltens sogl. III.C.

²⁴ Siehe BGer, 4A_169/2011, 19.7.2011, E. 5.4, zur Frage, ob das Gericht intervenieren muss, wenn der Beschwerdeführer von der Beschwerdegegnerin bereits in der Klageantwort darauf aufmerksam gemacht worden ist, dass er seine Forderung nicht genügend substantiiert habe.

²⁵ BSK OR II-GERICKE/WALLER (FN 3), Art. 754 N 42. Der natürliche Kausalzusammenhang braucht im Schadenersatzprozess nicht durch strikten Beweis belegt zu werden; es reicht die «überwiegende Wahrscheinlichkeit», siehe GRONER (FN 13), 186 m.H. auf die Rechtsprechung; JEAN NICOLAS DRUEY/EVA DRUEY JUST/LUKAS GLANZMANN, Gesellschafts- und Handelsrecht, 11. A., Zürich/Basel/Genf 2015, § 14 N 32.

²⁶ Siehe auch BSK OR II-GERICKE/WALLER (FN 3), Art. 754 N 42b m.w.H.; CHRISTOPH B. BÜHLER, Kausalität und rechtmässiges Alternativverhalten in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, in: Rolf Sethe/Peter R. Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII, Zürich 2016, 61 ff., 64 f.; JENNY (FN 4), N 721.

²⁷ Vgl. statt vieler BÜHLER (FN 26), 65 m.w.H.; JENNY (FN 4), N 720 m.w.H.

²⁸ BÜHLER (FN 26), 65.

²⁹ Siehe dazu BÜHLER (FN 26), 72 f. Der Autor weist in diesem Zusammenhang ebenfalls auf Art. 691 Abs. 3 OR als sinngemässen gesellschaftsrechtlichen Anwendungsfall hin, BÜHLER (FN 26), 74. Siehe zum Kriterium der Kausalität im Zusammenhang mit Art. 706 Abs. 1 OR sowie Art. 691 Abs. 3 OR statt vieler BERTRAND G. SCHOTT, Aktienrechtliche Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen wegen Verfahrensmängeln, Diss. Zürich, Zürich 2009, § 3 N 4 ff.; STEFAN KNOBLOCH, Das System

Die dogmatische Einordnung dieses Konstrukts ist indes in der Lehre zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit umstritten: Einer Lehrmeinung nach ist die Pflichtverletzung gerade keine *conditio sine qua non*, wenn der Schadenseintritt selbst bei pflichtgemäßem Verhalten nicht hätte verhindert werden können, weshalb es bereits an der *natürlichen Kausalität fehlen* soll.³⁰ Ein Teil der Lehre lehnt die Berufung auf rechtmässiges Alternativverhalten grundsätzlich *ab*, weil derjenige, der einen rechtswidrigen Weg gewählt habe, auch dessen Folgen auf sich nehmen müsse; ein anderer Teil betrachtet das rechtmässige Alternativverhalten als Spezialfall der überholenden Kausalität und will es bei der *Schadensberechnung im Rahmen der Vorteilsanrechnung* berücksichtigen. Die vierte Lehrmeinung ordnet das rechtmässige Alternativverhalten schliesslich unter dem Aspekt des *Rechtswidrigkeitszusammenhangs* bzw. der Relevanz der Pflichtwidrigkeit für den eingetretenen Erfolg ein.³¹ Der akademische Streit fusst mithin auf der Frage, ob das Argument des rechtmässigen Alternativverhaltens dem Gesichtspunkt der Kausalität, der Schadensberechnung oder jenem des Rechtswidrigkeitszusammenhangs zuzuordnen ist.³²

Gemäss BÜHLER geht es beim rechtmässigen Alternativverhalten um den Zusammenhang zwischen Pflichtverletzung und eingetretenem Schaden: «Die Haftung, welche auf dem pflichtwidrigen Verhalten des Schädigers beruht, ist nur dann gerechtfertigt, wenn die Pflichtwidrigkeit sich im eingetretenen Erfolg ausgewirkt hat, d.h. wenn ein besonderer Zusammenhang zwischen dieser Pflichtverletzung und dem eingetretenen Erfolg besteht.»³³ Die Verschuldenshaftung könne nicht bezwecken, Schäden zu verhindern, die auch bei pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wären; sie setze vielmehr voraus, dass der Schaden durch das verlangte Verhalten auch tatsächlich hätte verhindert werden können.³⁴

zur Durchsetzung von Aktionärsrechten, Habil. Zürich, Zürich 2011, 127 ff.

³⁰ BSK OR II-GERICKE/WALLER (FN 3), Art. 754 N 42b; OLIVER KÄLIN, Die Sanierung der Aktiengesellschaft, Ein Rechtshandbuch für Verwaltungsräte, Zürich 2016, N 886; BARTSCHI (FN 3), 228. Siehe zur Abgrenzung des rechtmässigen Alternativverhaltens von der hypothetischen Kausalität BÜHLER (FN 26), 67: «Der Unterschied des Einwandes des rechtmässigen Alternativverhaltens zur hypothetischen Kausalität besteht darin, dass die Hypothese nicht ein späteres Ereignis, sondern die mit den pflichtwidrigen Handlungen *zeitlich zusammenfallende Alternative rechtmässigen Verhaltens* betrifft.»

³¹ Siehe zum Ganzen BÜHLER (FN 26), 68 ff. mit Hinweisen auf die Vertreter der einzelnen Lehrmeinungen sowie zur Kritik an den einzelnen Standpunkten.

³² So auch JENNY (FN 4), N 720.

³³ BÜHLER (FN 26), 78.

³⁴ BÜHLER (FN 26), 79.

2. Anfechtbarkeit

Die dogmatische Einordnung des rechtmässigen Alternativverhaltens stellt auch vorprozessuale Schwierigkeiten: So ist es nämlich zum einen entscheidend, ob es sich beim rechtmässigen Alternativverhalten um einen Anwendungsfall der natürlichen Kausalität und damit um eine Tatfrage handelt, die vom Bundesgericht nicht überprüft werden kann, oder aber um einen Fall der adäquaten Kausalität, mithin also um eine überprüfbare Rechtsfrage.³⁵ Diese Beurteilung als Tat- oder Rechtsfrage spielt zum anderen im Zusammenhang mit der Verhandlungsmaxime insofern eine Rolle, als der Richter Tatfragen gestützt auf die Parteivorbringen und Beweise beurteilt, Rechtsfragen jedoch aufgrund der eigenen Rechtskenntnis zu entscheiden hat.³⁶

3. Beweislast

Die wohl herrschende Lehre und die Rechtsprechung gehen davon aus, dass der Schädiger die Beweislast für den Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens zu tragen hat – dies u.a. auch deshalb, weil feststehe, dass der Schädiger pflichtwidrig vorgegangen sei und der durch ihn ausgelöste Schaden grundsätzlich in seinen Verantwortungsbereich fallen soll.³⁷ Mit anderen Worten ist der natürliche Kausalzusammenhang in der Regel vom Geschädigten zu beweisen, während der Schädiger im Einzelfall dafür beweispflichtig ist, nachzuweisen, dass auch das pflichtgemässe Verhalten den Eintritt des Schadens nicht verhindert hätte.³⁸ Ferner werden an den Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens sehr hohe Beweisforderungen gestellt: Der Schädiger muss nachweisen, dass der Erfolg mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auch bei pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wäre.³⁹

4. Im Zusammenhang mit dem Grounding der Swissair bisher vorgebrachte Argumentation

Bei der Berücksichtigung des rechtmässigen Alternativverhaltens in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit bei einem aktiven⁴⁰ Verhalten des Schädigers handelt es sich – wie bereits erwähnt – um ein neueres Phänomen; die frühere Gerichtspraxis stand diesem Einwand eher skeptisch gegenüber.⁴¹

³⁵ BGer, 4A_603/2014, 11.11.2015, E. 6.3; BÜHLER (FN 26), 80; auch JENNY (FN 4), N 48 m.w.H.

³⁶ BÜHLER (FN 26), 80 f.

³⁷ BÜHLER (FN 26), 82 m.H. auf Lehre und Rechtsprechung.

³⁸ BÜHLER (FN 26), 82 f.

³⁹ BGE 131 III 115 E. 3.3 S. 120; BÜHLER (FN 26), 83.

⁴⁰ Siehe zur Frage des rechtmässigen Alternativverhaltens bei Unterlassungen statt vieler BÜHLER (FN 26), 76 f.

⁴¹ BÜHLER (FN 26), 76 m.H. auf die Rechtsprechung.

In diesem Zusammenhang ist auf zwei jüngere Verfahren hinzuweisen, die auf das Argument des rechtmässigen Alternativverhaltens eingehen – bezeichnenderweise handelt es sich bei beiden Streitigkeiten um Verfahren im Zusammenhang mit dem Grounding der Swissair, welche beide ihren Anfang im Kanton Zürich (Bezirksgericht und Obergericht bzw. Handelsgericht) genommen haben⁴² und welche beide gestützt auf die Argumentation des rechtmässigen Alternativverhaltens abgewiesen wurden. Wie anhand dieser Entscheide zu zeigen sein wird, nimmt das Ober- bzw. das Handelsgericht des Kantons Zürich jedoch keine eindeutige dogmatische Einordnung dieses Arguments vor; mit anderen Worten ist nicht ohne Weiteres klar, wie das rechtmässige Alternativverhalten zu qualifizieren und unter welchem Tatbestandselement von Art. 754 OR richtigerweise zu prüfen ist. Damit bleibt denn auch offen, ob es sich dabei um eine Tat- oder Rechtsfrage handelt und wer dafür die Beweislast zu tragen hat.

Zum einen prüfte das Handelsgericht des Kantons Zürich in seinem Urteil HG080315-0/Udz vom 9. März 2012 das rechtmässige Alternativverhalten unter «4. Die Auswirkungen allfälliger Pflichtverletzungen der Beklagten» und stellte nach dessen Prüfung fest, dass Überlegungen zur Normzwecktheorie bzw. Schutzzwecklehre oder zum Rechtswidrigkeitszusammenhang zum selben Ergebnis führen würden.⁴³ Der fehlende Rechtswidrigkeitszusammenhang habe zur Folge, dass die Beklagte trotz pflichtwidrigem Verhalten selbst dann nicht haften würde, wenn ihr kein rechtmässiges Alternativverhalten zur Verfügung gestanden hätte.⁴⁴ In einem Fazit hielt das Handelsgericht fest: «Der Schaden wäre genau gleich bei rechtmässigem Alternativverhalten der Beklagten eingetreten; er steht in keinem Rechtswidrigkeitszusammenhang mit den allenfalls verletzten Schutznormen und ist bei Prüfung der hypothetischen Kausalität der vorgeworfenen Unterlassungen nicht auf die behaupteten Pflichtverletzungen zurückzuführen.»⁴⁵

In der bundesgerichtlichen Beschwerde der vollumfänglich unterliegenden Klägerin wurde vom Bundesgericht schliesslich offengelassen, «[...] ob die Beschwerdegegnerin ihre Sorgfaltspflichten gewahrt hätte, wenn sie die umstrittene Dividende unter diesem Vorbehalt genehmigt hätte. Ebenso kann offen bleiben, ob die Vorinstanz im Rahmen der Rechtsanwendung von Amtes wegen ein rechtmässiges

Alternativverhalten der Beschwerdeführerin bzw. ihrer Organe bei der Gewinnausschüttung für das Geschäftsjahr 2000 annehmen durfte oder ob es dazu tatsächlicher Behauptungen der Beschwerdegegnerin zu einem möglichen Vorgehen bedurft hätte. Für ein rechtmässiges Alternativverhalten der für die Gewinnausschüttung verantwortlichen Organe fehlen jedenfalls die tatsächlichen Feststellungen. Denn dass die Beschwerdeführerin die Dividende ihrer Alleinaktionärin in der Weise ausrichtete, dass sie ihr ein Guthaben im Rahmen des konzerninternen Cash-Pools überwie, begründet keine rechtmässige Alternative. Diese Art der Gewinnausschüttung erscheint vielmehr zunächst als blosser Zahlungsmodalität. Sie schliesst nicht aus, dass die Beschwerdeführerin sich damit liquider Mittel entäusserte, die sie zur Dividendenzahlung nicht verwenden durfte.»⁴⁶

Im Jahr 2014 führte das Obergericht Zürich zum anderen im Zusammenhang mit dem Kausalzusammenhang aus, rechtspolitischer Zweck der Adäquanz bilde die Begrenzung der Haftung; es solle im Einzelfall entschieden werden, ob eine Schädigung billigerweise noch dem Haftpflichtigen zugerechnet werden könne.⁴⁷ «Denn ein Schaden ist nur dann auf eine Pflichtverletzung zurückzuführen, wenn er durch Anwendung pflichtgemässer Vorsicht höchstwahrscheinlich vermieden worden wäre; wäre er gleichwohl (d.h. auch bei pflichtgemäßem Verhalten) eingetreten, so beruht er nicht auf der Pflichtwidrigkeit (vgl. BGE 105 IV 18 E. 3.a S. 20).»⁴⁸

5. In casu

Nicht nur die Anwendbarkeit der Business Judgment Rule, sondern auch das Argument des rechtmässigen Alternativverhaltens stellen wirksame Verteidigungsmittel angegriffener Verwaltungsratsmitglieder dar, die beide darauf abzielen, aufzuzeigen, dass eine der vier Haftungsvoraussetzungen von Art. 754 Abs. 1 OR nicht erfüllt ist.⁴⁹ Während heute klar und grundsätzlich unbestritten ist, dass die

⁴² Vgl. Art. 40 ZPO, wonach für Klagen aus gesellschaftsrechtlicher Verantwortlichkeit das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder am Sitz der Gesellschaft zuständig ist. Siehe zum Übergangsrecht betreffend Verfahren, die bei Inkrafttreten der ZPO bereits rechtshängig waren, Art. 404 ZPO.

⁴³ HGer ZH, HG080315-0/Udz, 9.3.2012, E. 4.3 sowie E. 4.4. S. 24 f.

⁴⁴ HGer ZH, HG080315-0/Udz, 9.3.2012, E. 4.4 S. 28.

⁴⁵ HGer ZH, HG080315-0/Udz, 9.3.2012, E. 5 S. 30.

⁴⁶ BGer, 4A_248/2012, 7.1.2013, E. 3.5.

⁴⁷ OGer ZH, LB110046-O/U, 8.9.2014, E. 3.2.3.1.b S. 133 f.

⁴⁸ OGer ZH, LB110046-O/U, 8.9.2014, E. 3.2.3.1.b S. 135 f. Dies wurde im Ergebnis in BGer, 4A_603/204, 11.11.2015, E. 6.4, bestätigt: «Damit erübrigt es sich, auf die weiteren Erwägungen der Vorinstanz in diesem Zusammenhang und die von der Beschwerdeführerin dagegen erhobenen Rügen einzugehen, namentlich ob die Vorinstanz die Klage insoweit, d.h. bezüglich des Vorwurfs der Eingehung eines liquiditätsmässigen Klumpenrisikos, zu Unrecht als ungenügend substantiiert betrachtete und diesbezüglich kein Beweisverfahren durchführte und ob ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen dem geltend gemachten Schaden und der vorgeworfenen Pflichtverletzung gegeben ist; die Frage der Adäquanz stellt sich erst und nur dann, wenn der natürliche Kausalzusammenhang zwischen dem pflichtwidrigen Verhalten und dem Erfolg zu bejahen ist.»

⁴⁹ KALIN (FN 30), N 869 f.

Business Judgment Rule im Rahmen des Tatbestandselements der Pflichtwidrigkeit zu prüfen ist, ist das Argument des rechtmässigen Alternativverhaltens immer noch nicht dogmatisch eindeutig eingeordnet. Eine (bundes-)gerichtliche Präzisierung, ob es sich hierbei um eine Tat- oder Rechtsfrage handelt und welche Partei beweisbelastet ist, wäre wünschenswert.

D. Schlussbemerkungen

Aus den bisherigen Ausführungen erhellt, dass sowohl hinsichtlich der Substantiierung der Pflichtwidrigkeit als auch im Zusammenhang mit dem Argument des rechtmässigen Alternativverhaltens Klärungsbedarf besteht. Es ist nun Aufgabe des Bundesgerichts, sich mit dieser Angelegenheit auseinanderzusetzen, und es bleibt abzuwarten, wie und mit welcher Argumentationslinie die Klägerin den Entscheid zum einen anfecht und wie bzw. ob das Bundesgericht zum anderen überhaupt auf die wesentlichen Punkte der Beschwerde eingehen kann. Aus klägerischer Sicht wäre es wünschenswert, dass – je nach Zulässigkeit im Beschwerdeverfahren oder aber nach Rückweisung zur Neuurteilung an das Handelsgericht – rechtlich auf die vorgebrachten Argumente eingegangen wird und dass die Klage bzw. die Beschwerde nicht erneut an der angeblich mangelnden Substantiierung und damit letztlich formell scheitert; dies gerade vor dem Hintergrund, dass auch der Ansprüche geltend machende Liquidator selbst vor Verantwortlichkeitsansprüchen nicht gefeit ist.⁵⁰

⁵⁰ Siehe zu den Prozesskosten HGer ZH, HG130073-O U/ei, 16.3.2018, E. IX S. 162 ff.