

HOR.2012.28 / SB

Urteil vom 27. September 2022

Besetzung	Oberrichter Dubs, Präsident Ersatzrichter Meichssner Handelsrichterin Baumann Handelsrichter Meyer Handelsrichter Nauer Gerichtsschreiber Bisegger
Klägerin	A. _____ LIMITED, [...] vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Leonardo Cereghetti, [...]
Beklagter 1	Dr. oec. B. _____, [...] Zustelladresse: [...] vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Reto Thomas Ruoss, [...]
Beklagte 2	C. _____ m.b.H., [...] vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Christian Schmid, [...]
Beklagte 3	D. _____ AG, [...] vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Fabian Cantieni, [...]
Gegenstand	Ordentliches Verfahren betreffend aktienrechtliche Verantwortlichkeit

Das Handelsgericht entnimmt den Akten:

1.

1.1.

Die Klägerin ist eine im Gesellschaftsregister der Republik Zypern eingetragene Gesellschaft mit Sitz in Nikosia. Die strittige Forderung wurde ihr am 5. Februar 2016 von der ursprünglichen Klägerin E. Bank (Schweiz) AG in Liquidation mit Sitz in Zürich (vormals als F. Bank AG firmierend; nachfolgend: E. Bank AG) abgetreten.

1.2.

Der Beklagte 1 ist eine natürliche Person. Mit Teilurteil vom 5. Mai 2014 kam das Handelsgericht im Rahmen der Beurteilung der örtlichen Zuständigkeit zum Schluss, er habe zur Zeit der Klageanhebung seinen Wohnsitz in Q. (AG) gehabt (E. 8.8). Der Beklagte 1 ist Verwaltungsratspräsident und Mitglied der Geschäftsleitung der Beklagten 3.

1.3.

Die Beklagte 2 ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Zug (ZG; bis 25. August 2017 [SHAB-Publikation] mit Sitz in R. [ZG]). Sie bezweckt insbesondere [... *Es handelt sich um eine Treuhandunternehmung ...*].

1.4.

Die Beklagte 3 ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zug (ZG). Ihr Zweck [... *Es handelt sich um ein Treuhand- und Revisionsunternehmung ...*].

2.

2.1.

Der mittlerweile verstorbene G. erwarb im März 2006 die H. AG mit Sitz in Zug als Mantelgesellschaft und war fortan deren Alleinaktionär. Am 23. März 2006 schloss er mit der Beklagten 3 einen Mandatsvertrag betreffend die H. AG ab. Gemäss diesem Mandatsvertrag stellte die Beklagte 3 der H. AG den Verwaltungsrat zur Verfügung in der Person des Beklagten 1, damals Delegierter des Verwaltungsrats der Beklagten 3. Die Beklagte 3 verpflichtete sich, das Verwaltungsratsmandat treuhänderisch für G. auszuüben und ausschliesslich nach seinen Instruktionen oder von durch ihn bezeichneten Drittpersonen zu handeln. Am 30. März 2006 wurden der Beklagte 1 als neuer (einziger) Verwaltungsrat und die Beklagte 2 als neue Revisionsstelle der H. AG ins Handelsregister eingetragen.

2.2.

Am 12. April 2006 verkaufte I., Sohn von G., drei Liegenschaften in S., T. und U. (allesamt in Deutschland) an die H. AG. Im Grundstückkaufvertrag wurde zusätzlich die Eintragung einer Auflassungsvormerkung nach deutschem Recht (schützt den schuldrechtlichen Anspruch des Erwerbers vor

dinglichen Rechtsänderungen durch den Veräusserer¹⁾) im Grundbuch zugunsten der *H. AG* vereinbart.

Am 16. April beziehungsweise am 21. Mai 2007 wurde die *H. AG* als Eigentümerin der Grundstücke in U. beziehungsweise in T. ins Grundbuch eingetragen. Das Grundstück in S. stand zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch nicht im Eigentum von I., sondern in jenem der J. mbH. Zwar hatte I. mit der J. mbH am 28. Februar 2003 bereits einen Kaufvertrag über dieses Grundstück abgeschlossen, doch war die J. mbH vom ersten Kaufvertrag zurückgetreten, weshalb die Parteien am 5. Juni 2008 einen neuen Kaufvertrag über die Liegenschaft schlossen. Am 9. Juli 2008 wurde I. als Eigentümer im Grundbuch eingetragen. Eine Weiterübertragung des Eigentums an der Liegenschaft auf die *H. AG* fand indes nicht statt.

2.3.

Mit Vertrag vom 21. April 2006 verpflichtete sich die E. Bank AG (damals noch als F. Bank AG firmierend), der *H. AG* ein Darlehen in der Höhe von EUR 5.5 Mio. zu gewähren. Gemäss dem Vertrag sollte ein Teil des Darlehens in der Höhe von EUR 2 Mio. zur Bezahlung des Kaufpreises für die Liegenschaften in S., T. und U. und der Restbetrag von EUR 3.5 Mio. zum Kauf eines von der E. Bank AG genehmigten strukturierten Produkts dienen. Zur Sicherstellung des Kredits sollten einerseits das zu erwerbende strukturierte Produkt, andererseits eine Grundschuld nach deutschem Recht über EUR 6 Mio. ohne Vorrang auf den zu erwerbenden Liegenschaften errichtet werden. Im Übrigen wurden sämtliche Mietzinseinnahmen aus diesen Liegenschaften an die E. Bank AG verpfändet.

Am Tag des Vertragsabschlusses erteilte die *H. AG* der E. Bank AG den Auftrag zum Kauf des erwähnten strukturierten Produkts zum Preis von EUR 3.5 Mio. Die restliche Kreditsumme von EUR 2 Mio. wurde von der E. Bank AG am 26. April 2006 auf ein Konto des Notars Dr. K. überwiesen.

2.4.

Am 12. Dezember 2006 meldete die *H. AG* beim Handelsregister des Kantons Zug eine Erhöhung des Aktienkapitals von bisher Fr. 100'000.00 auf Fr. 11.2 Mio. an (Erhöhung um Fr. 11.1 Mio.). Diese wurde am 22. Dezember 2006 ins Handelsregister eingetragen.

2.5.

Die *H. AG* und die E. Bank AG vereinbarten am 27. Dezember 2006 eine Krediterhöhung um EUR 2 Mio. auf EUR 7.5 Mio. Gemäss dieser Vereinbarung sollte die zusätzliche Kreditsumme für den Bau eines Wärme- und Stromkraftwerks in der Nähe von V. (D) verwendet werden (EUR 1.15 Mio.

1

HERRLER, in: Palandt, Beck'sche Kurzkommentare, Bürgerliches Gesetzbuch, 77. Aufl. 2018, § 883 N. 1.

für den Erwerb eines landwirtschaftlichen Betriebs, EUR 850'000.00 für den Bau der Anlage). Als zusätzliche Sicherheit wurde die Verpfändung aller Aktien der *H. AG* sowie die Abtretung der Schuldtitel, lautend auf den zu finanzierenden landwirtschaftlichen Betrieb, vereinbart. Ein Teilbetrag von EUR 150'000.00 dieser zusätzlichen Kreditsumme war von G. bereits am 26. Oktober 2006 vorbezogen worden, ein weiterer Teilbetrag von EUR 1 Mio. wurde gemäss den in der Vereinbarung vom 27. Dezember 2006 festgehaltenen Modalitäten gleichentags an L., Tochter von G., überwiesen. Den Restbetrag von EUR 850'000.00 zahlte die E. Bank AG auf Instruktion des Beklagten 1, welcher seinerseits von G. dazu instruiert worden war, am 23. Mai 2007 ebenfalls an L. aus.

2.6.

Am 30. April 2007 erfolgte die Rückzahlung des strukturierten Produkts. Zusammen mit dem Kapital von EUR 3.5 Mio. wurden Zinsen in Höhe von EUR 113'050.00 und ein Kapitalgewinn von EUR 271'950.00 gutgeschrieben. Damit konnten die aufgelaufenen Kreditzinsen bezahlt werden.

2.7.

Mit Vereinbarung vom 18. Mai 2007 wurde der Kredit um ein Jahr verlängert sowie der ausstehende Kreditbetrag von Euro in Fr. 10.9 Mio. umgewandelt. Von der Umwandlung nicht erfasst war der am 23. Mai 2007 an L. ausbezahlte Betrag von EUR 850'000.00.

2.8.

Mit Schreiben vom 29. Juni 2007 erteilte die *H. AG* der E. Bank AG den Auftrag zum Erwerb von zwei weiteren strukturierten Produkten zum Preis von insgesamt Fr. 5.8 Mio.

Am 7. Mai 2008 kündigte die E. Bank AG die Kredite über Fr. 10.9 Mio. und EUR 850'000.00 per 22. Mai 2008. Sie reduzierte in der Folge die Darlehensschuld, indem sie die Rückzahlungen aus den beiden strukturierten Produkten vereinnahmte, welche sich im Depot der *H. AG* befanden. Im Übrigen erhielt die E. Bank AG den bei Notar Dr. K. zur Abwicklung des Kaufvertrags bezüglich die Liegenschaft S. hinterlegten Betrag von EUR 570'000.00 rückvergütet.

2.9.

Am 13. November 2009 reichte der Beklagte 1 beim Kantonsgericht Zug die Überschuldungsanzeige nach Art. 725 Abs. 2 OR ein, woraufhin am 16. November 2009 der Konkurs über die *H. AG* eröffnet wurde.

2.10.

Mit Klage vom 26. August 2010 vor dem Handelsgericht des Kantons Aargau verlangte die E. Bank AG von den Beklagten 1 und 2 sowie von G. die

Zahlung von Schadenersatz infolge des nur teilweise zurückbezahlten Darlehens in Höhe von Fr. 6'267'182.44 und EUR 380'599.28. Die E. Bank AG sowie die beiden Beklagten schlossen am 23. Mai 2013 einen Vergleich, durch welchen sich die Beklagten zur Bezahlung von Fr. 500'000.00 an Erstere verpflichteten. Das Verfahren wurde dementsprechend abgeschlossen. Im Weiteren versuchte die E. Bank AG ihre Grundpfandrechte auf den Liegenschaften in S., U. und T. zu verwerten. Während aus der Verwertung der letzten beiden Grundstücke ein Nettoerlös von Fr. 549'332.86 resultierte, konnte die E. Bank AG aus der Verwertung der Liegenschaft in S. aufgrund eines im Range vorgehenden, den Verkehrswert des Grundstücks übersteigenden, Pfandrechts eines anderen Gläubigers keinen Erlös erzielen.

2.11.

Im Rahmen des Konkursverfahrens trat die Konkursverwaltung die Verantwortlichkeitsansprüche der H. AG gegen die Gründer und Organe der H. AG im Sinne von Art. 260 SchKG gleichzeitig an die Beklagte 3 und die E. Bank AG ab. In der Abtretungsverfügung wurde unter anderem Folgendes festgehalten: *"Sind hinsichtlich der gleichen Massrechte mehrere Abtretungen an verschiedene Gläubiger erfolgt, so haben diese in einem allfälligen Prozessverfahren als Streitgenossen aufzutreten [...]."*

3.

3.1.

Mit Klage vom 12. Juli 2012 beantragte die E. Bank AG:

- " 1.
Die Beklagten 1, 2, und 3 seien zu verpflichten, in solidarischer Haftung untereinander der Klägerin den Betrag von CHF 3'000'000.00 zuzüglich Zins von 6 % seit 22.5.2008 zu bezahlen, unter Vorbehalt des Nachklagerechts.
- 2.a)
Allfällige Netto-Einnahmen der Klägerin aus einer allfälligen Verwertung des Grundstücks S. (eingetragen im Grundbuch von S., Deutschland, unter Blatt 2320) seien dem Betrag gemäss Ziff. 1 hiervor anzurechnen.
- b) Sofern bei Spruchreife des vorliegenden Prozesses der Betrag der Netto-Einnahmen aus der Verwertung des in S. gelegenen Grundstücks gemäss Ziff. 3a hiervor noch nicht definitiv festgelegt werden kann, seien die Beklagten 1-3 zu verpflichten, Zug um Zug gegen Abtretung dieser Ansprüche zur vollständigen Bezahlung der Schadenssumme gemäss Ziff. 1 hiervor zu verpflichten.
3.
Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten 1, 2 und 3 in solidarischer Haftung."

Mit der Klage wurden unter anderen folgende prozessualen Anträge gestellt:

- " 1.
Der Beklagten 3 sei die Prozessführungsbefugnis abzusprechen.
- 2.
Eventualiter sei der Beklagten 3 Frist zum Beitritt zu diesem Verfahren mittels Einreichung einer Klage zur Geltendmachung der abgetretenen Verantwortlichkeitsansprüche bis spätestens 31. Juli 2012 anzusetzen. Ist bis zu diesem Datum keine Klage beim Handelsgericht des Kantons Aargau eingereicht worden, gelten allfällige Ansprüche der Beklagten 3 als Abtretungsgläubigerin durch Verzicht als verwirkt."

3.2.

Mit Zwischenentscheid vom 5. Mai 2014 erklärte das Handelsgericht die aargauischen Gerichte für örtlich zuständig zur Beurteilung der Klage.

3.3.

3.3.1.

Mit Klageantwort vom 3. Oktober 2014 stellte der Beklagte 1 die folgenden Anträge:

- " 1.
Auf die Klage gegen den Beklagten 1 sei nicht einzutreten.
 - 2.
eventualiter sei sie vollumfänglich abzuweisen;
 - 3.
subeventualiter für den Fall einer (teilweisen) Gutheissung der Klage gegen den Beklagten 1 sei die Ersatzpflicht jedes einzelnen Beklagten vom Gericht fest zu setzen.
- alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge, zuzüglich Mehrwertsteuer, zu Lasten der Klägerin."

3.3.2.

Mit Klageantwort vom 3. Oktober 2014 stellte die Beklagte 2 die folgenden Anträge:

- " 1.
Auf die Klage sei nicht einzutreten; evtl. sei die Klage vollumfänglich abzuweisen.
- 2.
Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich Mehrwertsteuer, zu Lasten der Klägerin."

3.3.3.

Mit Klageantwort vom 3. Oktober 2014 stellte die Beklagte 3 die folgenden Anträge:

- " 1.
Auf die Klage gegen die Beklagte 3 sei nicht einzutreten;
2.
eventualiter sei die Klage vollumfänglich abzuweisen;
- alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich Mehrwertsteuer, zu Lasten der Klägerin."

3.4.

Mit Zwischenentscheid vom 14. Juli 2015 erkannte das Handelsgericht:

- " 1.
Die Verfügung der Konkursverwaltung (Konkursamt des Kantons Zug) vom 18. April 2011 ist nichtig, soweit damit Verantwortlichkeitsansprüche gegen die Beklagten 1, 2 oder 3 an die Beklagte 3 abgetreten werden.
2.
Die Klägerin ist befugt, die ihr mit der Verfügung der Konkursverwaltung (Konkursamt des Kantons Zug) abgetretenen Verantwortlichkeitsansprüche gegen die Beklagten 1, 2 und 3 im vorliegenden Verfahren alleine geltend zu machen."

3.5.

Mit Replik vom 26. Januar 2016 hielt die Klägerin an ihren Rechtsbegehren fest.

3.6.

Mit Duplik je vom 13. Mai 2016 hielten sämtliche Beklagten an ihren Anträgen fest.

3.7.

3.7.1.

Mit Eingabe vom 14. Juni 2016 teilten die E. Bank AG und die Klägerin mit, die E. Bank AG habe ihre im Konkurs der H. AG rechtskräftig kollozierte Forderung mit sämtlichen Nebenrechten an die Klägerin abgetreten. Die Klägerin werde das vorliegende Verfahren fortsetzen.

3.7.2.

Der Präsident verfügte am 17. Juni 2016:

- " 1.
Das Verfahren wird mit der A. Ltd., Zypern, als Klägerin fortgesetzt.
2.
Die bisherige Klägerin scheidet als Partei aus dem Verfahren aus. Vorbehalten bleibt die Kostenverlegung gemäss Art. 83 Abs. 2 ZPO."

3.8.

Mit Stellungnahme vom 24. November 2016 hat die Klägerin auf das vorbehaltene Nachklagerecht verzichtet.

3.9.

Mit Urteil vom 21. Juni 2017 trat das Handelsgericht nicht auf die Klage ein.

3.10.

Die von der Klägerin gegen das Urteil vom 21. Juni 2017 erhobene Beschwerde hiess das Bundesgericht mit Urteil 4A_442/2017 vom 28. August 2018 gut und wies das Handelsgericht neben der Rückweisung in der Sache an, auf die Klage einzutreten.

3.11.

Mit Verfügung vom 4. Januar 2019 wies der Präsident die Anträge der Beklagten auf Parteikostensicherstellung ab.

3.12.

Mit Entscheid des Kantonsgerichts Zug vom 9. November 2018 wurde die H. AG wieder in das Handelsregister eingetragen.

3.13.

Mit Verfügung vom 12. Juli 2019 wurde die Streitsache an das Gesamtgericht überwiesen.

3.14.

Mit Eingaben vom 6. November 2019 (Klägerin), 18. November 2019 (Beklagter 1 und Beklagte 2) und 21. November 2019 (Beklagte 3) verzichteten die Parteien auf die Durchführung einer Hauptverhandlung und beantragten die Einreichung schriftlicher Schlussvorträge.

3.15.

Mit Eingaben vom 30. Januar 2020 (Beklagte 2) resp. 31. Januar 2020 (Klägerin, Beklagter 1 und Beklagte 2) erstatteten die Parteien ihre schriftlichen Schlussvorträge. Die Parteien hielten dabei an den zuletzt gestellten Rechtsbegehren fest. Der Beklagte 1 stellte überdies die folgenden prozessualen Anträge.

" 1.

Der Zwischenentscheid vom 14. Juli 2015 sei in Wiedererwägung zu ziehen und es sei fest zu stellen, dass die Abtretung der Verantwortlichkeitsansprüche im Konkurs der H. AG in Liq. Gegen den Beklagten 1 an die Beklagte 3 gültig und damit die Beklagte 3 im Verfahren HOR.2012.28 gegen den Beklagten 1 prozessführungsbefugt ist;

2.
Sollte das Gesamtgericht weitere Beweisvorkehrungen treffen, welche über die Beweisverfügung vom 7. Oktober 2019 hinausgehen, sei dem Beklagten 1 Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben."

3.16.

Mit Eingabe vom 28. Februar 2020 nahm die Klägerin zu den Schlussvorträgen der Beklagten 1, 2 und 3 Stellung und stellte die folgenden prozessualen Anträge:

- " 1.
Rz. 6 und 23 des Schlussvortrags des Beklagten 1 vom 31. Januar 2020 seien samt Beweisofferte sowie der als "Beilage 1" bezeichneten Urkunde aus dem Recht zu weisen.
2.
Der prozessuale Antrag Ziff. 1 des Beklagten 1 sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist."

3.17.

Mit Eingaben vom 23. März 2020 (Beklagte 3) sowie je vom 24. März 2020 (Beklagter 1 und Beklagte 2) verzichteten die Beklagten 1 bis 3 auf Stellungnahmen zur Eingabe der Klägerin vom 28. Februar 2020.

3.18.

Mit Verfügung vom 21. April 2020 zeigte der Präsident den Parteien die neue Bestellung des Handelsgerichts – Ersatz des ausgetretenen Gerichtsschreibers Sebastian Müller durch Gerichtsschreiberin Franziska Ruff – an.

3.19.

Mit Urteil vom 27. April 2020 erkannte das Handelsgericht:

- " 1.
Die prozessualen Anträge des Beklagten 1 gemäss dem Schlussvortrag vom 31. Januar 2020 werden **abgewiesen**.
2.
Die Klage wird **abgewiesen**.
3.
3.1.
Die Gerichtskosten betragen Fr. 45'079.50. Sie werden um [recte: im] Umfang von Fr. 31'500.00 der Klägerin und im Umfang von Fr. 13'579.50 der Beklagten 3 auferlegt.
- 3.2.
Die Gerichtskosten werden mit dem von der Klägerin geleisteten Gerichtskostenvorschuss in der Höhe von Fr. 36'670.00 verrechnet. Die Beklagte 3 hat der Klägerin Fr. 5'170.00 direkt zu ersetzen. Den Differenzbetrag von Fr. 8'409.50 hat die Beklagte 3 der Obergerichtskasse bereits bezahlt.

4.

4.1.

Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten 1 eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 77'738.40 (inkl. Auslagen und MWSt.) zu bezahlen. Die Konkursmasse der E. Bank (Schweiz) AG in Liquidation haftet dem Beklagten 1 für die Forderung im Umfang von Fr. 54'417.00 solidarisch.

4.2.

Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten 2 eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 144'000.00 (inkl. Auslagen) zu bezahlen. Die Konkursmasse der E. Bank (Schweiz) AG in Liquidation haftet der Beklagten 2 für die Forderung im Umfang von Fr. 100'800.00 solidarisch."

3.20.

Die von der Klägerin gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde hiess das Bundesgericht mit Urteil 4A_294/2020 vom 14. Juli 2021 teilweise gut und erkannte:

" 1.

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Der Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Aargau, 1. Kammer, vom 27. April 2020 wird betreffend die Dispositivziffern 2-4 aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung an das Handelsgericht zurückgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 20'000.-- werden zu Fr. 14'545.45 der Beschwerdeführerin und zu Fr. 5'454.55 den Beschwerdegegnern 1 und 3 auferlegt, letzteren unter solidarischer Haftbarkeit.

3.

Die Beschwerdeführerin hat die Beschwerdegegnerin 2 für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 22'000.-- und die Beschwerdegegner 1 und 3 mit je Fr. 16'000.-- zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Handelsgericht des Kantons Aargau, 1. Kammer, schriftlich mitgeteilt.

3.21.

Ein vom Beklagten 1 gegen das bundesgerichtliche Urteil eingereichtes Erläuterungs- bzw. Berichtigungsgesuch hiess das Bundesgericht mit Urteil 4G_1/2021 vom 14. Dezember 2021 gut und berichtigte mehrere Erwägungen seines Urteils 4A_294/2020 vom 14. Juli 2021.

3.22.

Mit Verfügung vom 1. September 2022 zeigte der Präsident den Parteien die neue Bestellung des Handelsgerichts – Ersatz der altershalber ausgeschiedenen Ersatz- bzw. Handelsrichter Boner und Alberati durch Ersatzrichter Meichssner und Handelsrichterin Baumann sowie der ausgetretenen Gerichtsschreiberin Ruff durch Gerichtsschreiber Bisegger – an.

Das Handelsgericht zieht in Erwägung:

1. Thema des vorliegenden Rückweisungsverfahrens

1.1. Die Grundsätze des Rückweisungsverfahrens

Nach einer Rückweisungsentscheidung des Bundesgerichts sind sowohl dieses selbst als auch die kantonalen Instanzen an die rechtliche Beurteilung gebunden, mit der die Rückweisung begründet wurde. Wegen dieser Bindung der Gerichte ist es ihnen wie auch den Parteien – abgesehen von zulässigen Noven – verwehrt, der Beurteilung des Rechtsstreits einen anderen als den bisherigen Sachverhalt zu unterstellen oder die Sache unter rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen, die in der Rückweisungsentscheidung abgelehnt oder überhaupt nicht in Erwägung gezogen worden waren. Wie weit die Gerichte und Parteien an die erste Entscheidung gebunden sind, ergibt sich aus der Begründung der Rückweisung, die sowohl den Rahmen für die neuen Tatsachenfeststellungen als auch jenen für die neue rechtliche Begründung vorgibt. Durch die Rückweisung wird der Prozess in die Lage zurückversetzt, in welcher er sich vor Erlass des aufgehobenen Urteils befunden hat. Das Verfahren, welches von da an wieder einzuschlagen ist, richtet sich nach dem einschlägigen Prozessrecht. Das gilt – im Rahmen des der Rückweisung unterliegenden Streitpunktes – insbesondere auch für die Zulassung neuer Tatsachen und neuer Beweismittel. Der Rahmen wird demnach von der Rückweisungsentscheidung des Bundesgerichts in rechtlicher Hinsicht abgesteckt. Der von der Rückweisung erfasste Streitpunkt darf also nicht ausgeweitet oder auf eine neue Rechtsgrundlage gestellt werden. Daraus folgt schliesslich auch, dass die zuvor obsiegende Beschwerdeführerin im neuen Verfahren keine Verschlechterung ihrer Rechtsstellung erleiden darf; in dem für sie ungünstigsten Fall müsste sie sich mit dem bisherigen, von der Gegenpartei nicht angefochtenen Ergebnis abfinden.²

1.2. Das Urteil des Bundesgerichts 4A_294/2020 vom 14. Juli 2021

In seinem Urteil vom 14. Juli 2021 gab das Bundesgericht in E. 11 dem Handelsgericht für das Rückweisungsverfahren folgenden Rahmen vor:

- " Nach dem Gesagten ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen. Die Dispositivziffern 2-4 des vorinstanzlichen Urteils werden aufgehoben und die Sache wird zur neuen Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

Dabei hat sie die Verantwortlichkeit des Beschwerdegegners 1 wegen Pflichtverletzungen bei der Auszahlung der Darlehenssumme aus der Krediterhöhung im Umfang von Fr. 3.241 Mio. zu bejahen und die Klage im entsprechenden Umfang gutzuheissen (E. 4.1.4 hiervor). Zudem wird die Vorinstanz die Frage des Kausalzusammenhangs hinsichtlich der Haftung des Beschwerdegegners 1 wegen Pflichtverletzungen

² BGer 4A_197/2020 vom 10. Dezember 2020 E. 3.2 m.w.N.

beim Erwerb der Liegenschaften in U. und in T. betreffend das Unterlassen der Überprüfung der gutachterlichen Schätzung erneut und betreffend das Unterlassen, sich über die Mieterträge zu informieren, erstmals zu prüfen haben (E. 5.4.2 hiervor). Schliesslich hat die Vorinstanz erstmals zu beurteilen, ob die Beschwerdegegnerin 3 als Nichtorgan wegen Mitwirkung an der Kapitalerhöhung nach Art. 753 OR haftbar ist (E. 2.5 hiervor)."

1.3. Das Gesuch um Erläuterung bzw. Berichtigung des Beklagten 1

In seinem Gesuch um Erläuterung bzw. Berichtigung an das Bundesgericht machte der Beklagte 1 im Wesentlichen geltend, die Klägerin habe zwar zunächst Fr. 3 Mio. unter Nachklagevorbehalt eingeklagt, später aber auf den Nachklagevorbehalt verzichtet. Sie habe damit unwiderruflich nicht mehr als Fr. 3 Mio. verlangt. Indem das Bundesgericht festgehalten habe, ausgewiesen sei eine Forderung von Fr. 3.241 Mio., und die Vorinstanz gleichzeitig angewiesen habe, weitere Ansprüche zu prüfen, die zu einer Erhöhung dieser Forderung führen könnten, habe es das Handelsgericht verpflichtet, einen die Dispositionsmaxime verletzenden Entscheid zu fällen.

1.4. Das Urteil des Bundesgerichts 4G_1/2021 vom 14. Dezember 2021

In seinem Erläuterungs- bzw. Berichtigungsurteil vom 14. Dezember 2021 bezeichnete das Bundesgericht das Vorbringen des Beklagten 1 im Erläuterungs- bzw. Berichtigungsgesuch als zutreffend und erkannte wie folgt:

" 1.

Das Urteil 4A_294/2020 vom 14. Juli 2021 wird wie folgt berichtigt:

1.1. Erwägung 4.1.4 (S. 28 f.) und Erwägung 11 (S. 45): Die Klage der Beschwerdeführerin gegen den Beschwerdegegner 1 ist nur im Umfang von Fr. 3 Mio. gutzuheissen.

1.2. Erwägung 5 (S. 31) und Erwägung 11 (S. 45): Eine Prüfung des Anspruchs der Beschwerdeführerin auf Schadenersatz aus Art. 754 Abs. 1 OR gegen den Beschwerdegegner 1 aufgrund pflichtwidrigen Verhaltens beim Erwerb der Liegenschaften in U. und in T. entfällt.

1.3. Erwägung 5.4.2 (S. 34 f.) und Erwägung 11 (S. 45): Eine Beweisabnahme über den Verkehrswert der Liegenschaften in U. und in T. im Zeitpunkt des Erwerbs ist nicht durchzuführen. Ebenso entfällt eine Neubeurteilung des Kausalzusammenhangs zwischen dem pflichtwidrigen Unterlassen der Überprüfung der Verkehrswerte dieser Liegenschaften sowie dem pflichtwidrigen Unterlassen, sich über deren Mieterträge zu informieren, und dem geltend gemachten Schaden.

[...]"

1.5. Der Gegenstand des vorliegenden Rückweisungsverfahrens

Im Ergebnis beschränkt sich das vorliegende Rückweisungsverfahren auf die folgenden zwei Punkte:

- Das Handelsgericht hat den Beklagten 1 wegen Pflichtverletzungen bei der Auszahlung der Darlehenssumme aus der Krediterhöhung zu verurteilen, der Klägerin den Betrag von Fr. 3 Mio. zu bezahlen.
- Das Handelsgericht hat erstmals zu beurteilen, ob die Beklagte 3 als *Nichtorgan* wegen Mitwirkung an der Kapitalerhöhung nach Art. 753 OR haftbar ist.

Von selbst versteht sich sodann, dass das Handelsgericht eine neue Anordnung über die Liquidation der handelsgerichtlichen Prozesskosten zu treffen hat.

2. Pflichtverletzungen des Beklagten 1 bei der Auszahlung der Darlehenssumme aus der Krediterhöhung

Mit Bezug auf die Pflichtverletzungen des Beklagten 1 bei der Auszahlung der Darlehenssumme aus der Krediterhöhung hat das Bundesgericht die Rechtslage abschliessend beurteilt und festgestellt, dass der Beklagte 1 der Klägerin den eingeklagten Betrag von Fr. 3 Mio. schuldet. Das Handelsgericht hat diesbezüglich keinerlei weitere Prüfungen zu unternehmen. Das Bundesgericht verzichtete jedoch darauf, selbst reformatorisch zu entscheiden (obwohl es nach Art. 107 Abs. 2 BGG hierzu befugt wäre). Die Aufgabe des Handelsgerichts im vorliegenden Rückweisungsverfahren besteht diesbezüglich somit ausschliesslich darin, die bundesgerichtliche Anordnung unter Verweis auf dessen Urteile (4A_294/2020 vom 14. Juli 2021 [vgl. insbesondere E. 4] und 4G_1/2021 vom 14. Dezember 2021 [Berichtigungsurteil]) umzusetzen, d.h. die Verpflichtung des Beklagten 1 zur Bezahlung von Fr. 3 Mio. an die Klägerin im Dispositiv festzuhalten.

3. Allfällige Ansprüche der Klägerin als Nichtorgan gegenüber der Beklagten 3 aus Gründungshaftung (Art. 753 OR)

Vom Bundesgericht noch nicht abschliessend geprüft und daher vom Handelsgericht zu untersuchen ist die Frage, ob der Klägerin gegenüber der Beklagten 3 Ansprüche *als Nichtorgan* nach Art. 753 OR im Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung vom 12. Dezember 2006 (bis zu einem Betrag von maximal Fr. 3 Mio.) zustehen.

Nach Art. 753 OR sind Gründer, Mitglieder des Verwaltungsrats und alle Personen, die bei der Gründung mitwirken, sowohl der Gesellschaft als den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, wenn sie: absichtlich oder fahrlässig Sacheinlagen, Sachübernahmen oder die Gewährung besonderer Vorteile zugunsten von Aktionären oder anderen Personen in den Statuten, einem Gründungsbericht oder einem Kapitalerhöhungsbericht unrichtig oder irreführend angeben, verschweigen oder verschleiern, oder bei der Genehmigung einer solchen Massnahme in anderer Weise dem Gesetz zuwiderhandeln (Ziff. 1); absichtlich oder fahrlässig die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsre-

gister aufgrund einer Bescheinigung oder Urkunde veranlassen, die unrichtige Angaben enthält (Ziff. 2); wissentlich dazu beitragen, dass Zeichnungen zahlungsunfähiger Personen angenommen werden (Ziff. 3).

3.1. Anwendbarkeit von Art. 753 OR auf Kapitalerhöhungen

Nach dem Wortlaut in der Einleitung zu Art. 753 OR ist die Gründungshaftung auf "*Gründer, Mitglieder des Verwaltungsrates und alle Personen, die bei der Gründung mitwirken*", beschränkt. Das Bundesgericht hat in seinem Urteil 4A_294/2020 vom 14. Juli 2021 (E. 2.5) für das Handelsgericht verbindlich festgestellt (hierzu oben, E. 1), dass diese Bestimmung auch auf eine Kapitalerhöhung bzw. auf die dabei mitwirkenden Personen Anwendung findet. Dies ergebe sich indirekt aus dem Hinweis auf den Kapitalerhöhungsbericht in Art. 753 Ziff. 1 OR.³ Demgemäss kommen Ansprüche aus Gründerhaftung gestützt auf Pflichtverletzungen der Beklagten 3 als Nichtorgan im Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung der *H. AG* vom 12. Dezember 2006 in Betracht.

3.2. Aktivlegitimation bzw. Prozessstandschaft

3.2.1. Die Klägerin macht fremde Ansprüche geltend

Die Klägerin ist eine Gläubigerin im Konkurs der *H. AG*. Insoweit ist sie grundsätzlich aktivlegitimiert, einen allfälligen Schaden, den sie im Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung vom 12. Dezember 2006 erlitt, aus Gründungshaftung geltend zu machen. Im vorliegenden Prozess macht sie jedoch nicht eigene, sondern Ansprüche der Gesellschaft, d.h. der *H. AG* geltend. Hierzu ist sie nur befugt, wenn sie berechtigt ist, die Ansprüche der hierfür an sich aktivlegitimierten *H. AG* (bzw. nunmehr der Konkursverwaltung der *H. AG*) als deren Prozessstandschafterin geltend zu machen.

3.2.2. Erwägung des Handelsgerichts im Urteil vom 27. April 2020

Das Handelsgericht hatte in seinem Urteil vom 27. April 2020 erwogen, dass die *E. Bank AG* (bzw. infolge Zession der Konkursforderung nunmehr die Klägerin) nicht zur Geltendmachung von Ansprüchen aus Gründungshaftung von Nichtorganen befugt sei, weil die Konkursverwaltung mit Abtretungsverfügung vom 18. April 2011 einzig Verantwortlichkeitsansprüche gegen die Gründer und die Organe der *H. AG* i.S.v. Art. 260 SchKG abgetreten habe, nicht jedoch Verantwortlichkeitsansprüche wegen einer Mitwirkung an der Kapitalerhöhung als Nichtorgan.

3.2.3. Beurteilung des Bundesgerichts im Urteil 4A_294/2020 vom 14. Juli 2021

Das Bundesgericht folgte dieser Rechtsauffassung nicht und erwog zusammengefasst, die gemäss Art. 260 SchKG abgetreten Ansprüche beruhten in aller Regel auf einer unklaren oder zumindest zweifelhaften Rechts(grund)lage und seien strittig, was eine der Voraussetzungen für die

³ Vgl. auch: VON DER CRONE, Aktienrecht, 2. Aufl. 2020, N. 1823.

Zulässigkeit einer konkursrechtlichen Abtretung durch das Konkursamt sei. In Anbetracht dieser faktischen und rechtlichen Situation sei der Umfang der konkursrechtlichen Abtretung in einem weiten Sinn zu verstehen, sodass alles darunter zu subsumieren sei, was direkt oder sinngemäss dem der Masse möglicherweise zustehenden Aktivum als Vermögenswert entspreche. Obgleich in der Abtretungsverfügung lediglich der Ausdruck "Gründer" verwendet werde, sei dieser entsprechend dem vorstehend Aufgeführten in einem weiten Sinn zu verstehen. Es sei nicht ersichtlich, dass eine Beschränkung der Abtretung auf Ansprüche gegen Gründer – unter Ausschluss der übrigen vom Anwendungsbereich von Art. 753 OR erfassten Personen – im Interesse der *H. AG* gelegen hätten. Gleiches gelte für die Beschränkung auf den Gründungsakt als solchen – unter Ausschluss von Kapitalerhöhungen, welche ebenfalls unter diese Bestimmung subsumiert würden. Es sei vielmehr davon auszugehen, dass das Konkursamt sich mit dieser Begriffsverwendung an die Marginalie von Art. 753 OR ("Gründungshaftung") habe anlehnen wollen und einerseits alle nach Art. 753 OR passivlegitimierten natürlichen und juristischen Personen sowie andererseits auch Kapitalerhöhungen habe einbeziehen wollen (Urteil des Bundesgerichts 4A_294/2020 vom 14. Juni 2021 E. 2.4 f.).

3.2.4. Fazit betreffend die Prozessstandschaft

Diese bundesgerichtliche Rechtsauffassung ist für das Handelsgericht verbindlich (vgl. oben E. 1). Demgemäss ist die Klägerin gestützt auf die Abtretungsverfügung des Konkursamtes i.S.v. Art. 260 SchKG berechtigt, als Prozessstandschafterin der *H. AG* allfällige Verantwortlichkeitsansprüche der *H. AG* aus sog. Gründungshaftung nach Art. 753 OR gegenüber der Beklagten 3 *als Nichtorgan* geltend zu machen.

3.3. Die Passivlegitimation

3.3.1. Die Haftpflichtigen der Gründungshaftung

Im Zentrum des Kreises der haftpflichtigen Personen stehen bei der Gründungshaftung mit den Gründern und den Verwaltungsratsmitgliedern Personen mit Organfunktion. Das Gesetz erweitert diesen formell abgegrenzten Kreis um Personen, die bei der Gründung mitwirken. Von der Haftung erfasst werden damit Personen, die unabhängig von ihrer formalen Stellung materiell gesehen, bezogen und beschränkt auf den Gründungsvorgang, eine organähnliche, gestaltende Rolle wahrnehmen oder den Prozess der Gründung wesentlich beeinflussen. Der Gründungshaftung unterstehen mit anderen Worten alle Personen, die mit *gestaltender Funktion* an der Gründung mitwirken, die Tätigkeit der Gründer im engeren Sinne fördern und durch ihr Zutun auf die Entstehung der Gesellschaft hinwirken. Eine lediglich administrative oder technische Mitwirkung begründet dagegen keine Haftung. Zu einer Erweiterung des Kreises der Verantwortlichen über die formellen Gründer und Mitglieder des Verwaltungsrates hinaus kann es vor allem dann kommen, wenn die Gründer materiell relevante Teile des Grün-

dungsvorgangs an aussenstehende Dritte wie Treuhandfirmen, Anwaltskanzleien oder Notare delegieren. Unter Umständen kann auch ein Grossaktionär oder ein Geldgeber im Rahmen einer Kapitalerhöhung haftpflichtig werden, falls die übrigen Voraussetzungen der Gründungshaftung erfüllt sind.⁴

3.3.2. Die Passivlegitimation der Klägerin

Es ist unstrittig, dass die Beklagte 3 die Buchhalterin der *H. AG* war und in dieser Eigenschaft den Zwischenabschluss per 30. Juni 2006 (KB 65, Blatt 3 f.) erstellte, in welchem die drei Liegenschaften S., T. und U. als Sacheinlagen mit einem Buchwert von EUR 9 Mio. bzw. Fr. 14.243 Mio. der *H. AG* aufgeführt sind (act. 057, Rz. 355; act. 837, Rz. 224 und 233), wobei sich die Beklagte bezüglich der Bewertung auf Verkehrswertschätzungen der drei Grundstücke von Dipl. Ing. N. vom 7. Dezember 2006 (KB 64; act. 057, Rz. 354 f.; act. 836, Rz. 230) stützte. Unstrittig ist auch, dass die Kapitalerhöhung durch Umwandlung von frei verfügbarem Eigenkapital erfolgte, das im Wesentlichen aus den drei im Zwischenabschluss per 30. Juni 2006 als Sacheinlagen bilanzierten Liegenschaftswerten der drei deutschen Grundstücke bestand (act. 056, Rz. 351 ff.; KB 66). Unbestritten ist auch, dass die *H. AG* im damaligen Zeitpunkt tatsächlich von keinem der drei Grundstücke Eigentümerin war (erst am 16. April bzw. 21. Mai 2007 wurde die *H. AG* als Eigentümerin der Liegenschaften U. bzw. T. im Grundbuch eingetragen; von S. wurde sie nie Eigentümerin [vgl. Aktenzusammenzug, Ziff. 2.2]).

Nach Art. 652d Abs. 1 OR kann das Aktienkapital auch durch Umwandlung von frei verwendbarem Eigenkapital erhöht werden. Nach Abs. 2 derselben Bestimmung ist die Deckung des Erhöhungsbetrages mit der Jahresrechnung in der von den Aktionären genehmigten Fassung und dem Revisionsbericht eines zugelassenen Revisors nachzuweisen. Liegt der Bilanzstichtag mehr als sechs Monate zurück, so ist ein geprüfter Zwischenabschluss erforderlich.

Demgemäss ist das Vorliegen einer Jahresrechnung (bzw. gegebenenfalls sogar eines Zwischenabschlusses) für die Durchführung einer Kapitalerhöhung aus frei verfügbarem Eigenkapital zwingende Voraussetzung. Fraglich ist allerdings, ob die von einer Gesellschaft mit der Erstellung der Buchhaltung (und damit der Erstellung des Jahres- und gegebenenfalls Zwischenabschlusses) betraute Unternehmung deshalb als eine bei der Kapitalerhöhung mitwirkende Person zu geltend hat. Die Erstellung eines Jahresabschlusses erfolgt jedes Jahr und nicht im Hinblick auf eine Kapitalerhöhung. Der (externe) Buchhalter weiss daher im Zeitpunkt der Erstellung des Jahresabschlusses nicht zwingend, dass im kommenden Geschäfts-

⁴ VON DER CRONE (Fn 3), N. 1824.

jahr eine Kapitalerhöhung durchgeführt werden soll (oftmals wird die Gesellschaft dies im Zeitpunkt des Jahresabschlusses selbst noch nicht wissen). Selbst wenn eine (externe) Buchhalterin mit der Erstellung eines Zwischenabschlusses beauftragt wird, muss sie nicht zwingend Kenntnis davon haben, dass der Zwischenabschluss im Hinblick auf eine Kapitalerhöhung erfolgt (auch wenn es in der Praxis wohl der Regel entsprechen dürfte, die Buchhalterin entsprechend zu orientieren). Vorliegend ist freilich nicht strittig, dass die Beklagte 3 – deren damaliger Delegierter des Verwaltungsrates (Beklagter 1) ebenfalls Verwaltungsrat der *H. AG* war – wusste, dass der Zwischenabschluss per 30. Juni 2006 im Hinblick auf die Kapitalerhöhung vom 12. Dezember 2006 erstellt werden soll. Dies ändert aber nichts an der grundsätzlichen Frage, ob die Erstellung eines Buchhaltungsabschlusses (sei es ein Jahres- oder Zwischenabschluss) eine Mitwirkungshandlung i.S.v. Art. 753 OR darstellt. Wie aus den nachfolgenden Erwägungen hervorgeht, kann diese Frage vorliegend indessen offenbleiben.

3.4. Die Pflichtwidrigkeit

3.4.1. Die Darstellung der Klägerin

Die Klägerin macht geltend, die Beklagte 3 habe gewusst respektive in Kauf genommen, dass der Zwischenabschluss und die Berichte falsch gewesen seien und die Kapitalerhöhung somit unrechtmässig gewesen sei (act. 058, Rz. 360).

Die *H. AG* sei entgegen dem Zwischenabschluss damals nicht Eigentümerin dieser drei in Deutschland gelegenen Liegenschaften gewesen. Die Eintragung im Grundbuch habe damals auch nicht unmittelbar bevorgestanden. Die Beklagte 3 hätte die Liegenschaften ohne die Eigentumsfrage anhand aktueller Grundbuchauszüge zu überprüfen in der Bilanz nicht aktivieren dürfen. Die Beklagte 3 hätte vielmehr auf der Aktivseite eine Forderung im Umfang des bezahlten Kaufpreises aktivieren und entsprechende Wertberichtigungen aufgrund der Bonität und des ausländischen Wohnsitzes des Schuldners I. sowie des viel tieferen Verkehrswertes der Liegenschaften vornehmen müssen. Die Beklagte 3 habe jegliche kritische Auseinandersetzung mit den vorgelegten Verkehrswertschätzungen von Dipl. Ing. N. vom 7. Dezember 2006 (KB 64) vermissen lassen. Dabei hätte die Beklagte 3 sofort erkennen können, dass die den Verkehrswertgutachten zugrunde gelegten Angaben über Mietzinseinnahmen, Betriebs- und Unterhaltskosten sowie Sanierungsbedarf nicht der Realität entsprochen hätten. Die tatsächliche Situation sei der Beklagten beispielsweise aufgrund des Vermögensverwaltungsvertrages mit L. und der Buchführung für die *H. AG* bekannt gewesen. Selbst wenn die Beklagte 3 über keinerlei Zahlen verfügt hätte, hätte sie die in den Gutachten ausgewiesenen Mietzinzzahlungen überprüfen müssen.

Wäre die Beklagte 3 diesen Pflichten nachgekommen, wäre die Überschuldung der *H. AG* sofort zu Tage getreten. Dies hätte zum sofortigen Gang zum Konkursrichter ohne Sanierungsmöglichkeiten geführt. Die Kapitalerhöhung hätte nicht durchgeführt werden können.

Weiter habe die Beklagte 3 im Bilanzanhang eine Belehnung aller drei Grundstücke zu einem Betrag von EUR 2 Mio. behauptet. Zum Bilanzstichtag 30. Juni 2006 seien aber nur die Grundpfandrechte auf U. und T. im ersten Rang zugunsten der Klägerin in das Grundbuch eingetragen gewesen, nicht dagegen auf S. Beide Liegenschaften zusammen hätten einen Verkehrswert von maximal EUR 1 Mio. gehabt. Demzufolge sei auch diese Aussage im Bilanzanhang falsch. Falsch sei auch, dass die fälschlicherweise aktivierten Grundstücke in Höhe von EUR 2 Mio. belehnt gewesen seien. Vielmehr betrage die Belehnung der Grundstücke insgesamt EUR 5.5 Mio. zuzüglich bis 30. Juni 2006 aufgelaufener Zinsen. Das ergebe sich aus der Sicherungsvereinbarung vom 21. April 2006 (act. 074, Rz. 473; act. 498 ff.; act. 1147, Rz. 369 ff.; act. 1158, Rz. 448 ff.; act. 1161, Rz. 463 ff.).

Schliesslich habe die Beklagte 3 einen eigenen Angestellten an die Beklagte 2 (Revisionsstelle) für die Prüfung des von ihr selbst erstellten Zwischenabschlusses abgeordnet (act. 144, Rz. 977).

3.4.2. Die Darstellung der Beklagten 3

Die Beklagte 3 bestreitet, dass der Zwischenabschluss und die Berichte falsch gewesen seien oder dass die Kapitalerhöhung unrechtmässig gewesen sei.

Die Kapitalerhöhung habe auf den Gutachten von N. beruht. Dieser sei ein anerkannter Schätzungsexperte, der von G. und der Klägerin ausgesucht worden sei. Die Beklagten und die *H. AG* hätten darauf vertrauen dürfen, dass dessen Gutachten richtig seien. Ohnehin werde bestritten, dass die Gutachten falsch gewesen seien. Eine Bewertung stelle einen hypothetischen Wert im Zeitpunkt der Bewertung dar. Dass ein Objekt zu einem späteren Zeitpunkt zu einem anderen Preis verkauft werde, bedeute nicht, dass die Bewertung falsch gewesen sei. Überdies würden der von der Klägerin behauptete damalige Zustand, die Lage und die Rentabilität der Liegenschaften bestritten. Die Beklagte 3 habe nichts über die Liegenschaften wissen müssen. Sie sei bloss die Buchhalterin gewesen. Es werde auch bestritten, dass Wertberichtigungen hätten vorgenommen werden müssen. Es habe keine Gründe gegeben, an der Bonität von G. oder dem Verkehrswert der Liegenschaften zu zweifeln. Die *H. AG* sei damals nicht überschuldet gewesen. Die Vermögenslage der *H. AG* sei durch die Kapitalerhöhung im Weiteren auch nicht verändert worden. Die Kapitalerhöhung sei daher für die *H. AG* irrelevant gewesen. Es werde bestritten, dass die Beklagten

gewusst hätten oder in Kauf genommen hätten, dass der Zwischenabschluss oder die Berichte falsch gewesen seien.

Die Beklagte 3 habe auch nicht gewusst, dass die *H. AG* im Grundbuch nicht als Eigentümerin eingetragen gewesen sei. Als Buchhalterin habe sie diese Frage auch nicht prüfen müssen. Ob die *H. AG* im Grundbuch als Eigentümerin eingetragen gewesen sei, sei in buchhalterischer Hinsicht irrelevant (act. 826, Rz. 224; act. 840, Rz. 274 ff.; act. 1453, Rz. 92; act. 1438 Rz. 24 ff.; act. 1453, Rz. 92 ff.)

Schliesslich bestreitet die Beklagte 3, einen Angestellten für die Revision des Zwischenabschlusses abgeordnet zu haben (act. 857, Rz. 464).

3.4.3. Die Pflichtwidrigkeit i.S.v. Art. 753 OR

Art. 753 OR hat den Charakter einer Schutznorm. Die Vermögen der Gesellschaft, der Aktionäre und der Gesellschaftsgläubiger werden vor den Folgen einer unrichtigen oder irreführenden Darstellung von Sachverhalten der qualifizierten Gründung bzw. anderer Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit qualifizierten Gründungen geschützt (Art. 753 Ziff. 1 OR). Es handelt sich dabei um Sachverhalte wie Sacheinlagen oder Sondervorteile für Gründer, Aktionäre oder Dritte, welche nicht gesetzeskonform in den Statuten offengelegt und nicht mit einem geprüften Gründungs- bzw. Kapitalerhöhungsbericht dokumentiert werden. In der Praxis stehen die Sachverhalte der Überbewertung von Sacheinlagen im Vordergrund. Geschützt werden die Aktionäre und Gläubiger weiter vor Eintragung einer Gründung oder Kapitalerhöhung aufgrund von unrichtigen Angaben, Urkunden oder Bescheinigungen (Ziff. 2). Schliesslich soll auch die willentliche Entgegennahme von Zeichnungen zahlungsunfähiger Personen verhindert werden (Ziff. 3), wobei dieser Sachverhalt praktisch gesehen nur bei der Kapitalerhöhung einer Rolle spielen kann.⁵

3.4.4. Die Beurteilung im vorliegenden Fall

3.4.4.1. Relevante Grundsätze der Rechnungslegung

Die Beklagte 3 hatte als Buchhalterin der *H. AG* deren Buchhaltung nach den Vorschriften des Obligationenrechts (Art. 957 ff. OR) zu führen (Art. 957 Abs. 1 Ziff. 2 OR). Demgemäss hatte sie insbesondere auch die Grundsätze einer ordnungsgemässen Rechnungslegung gemäss Art. 958c Abs. 1 OR zu beachten. Das heisst, die Rechnungslegung musste klar und verständlich, vollständig und verlässlich erfolgen, das Wesentliche enthalten und vorsichtig sein. Ebenfalls hatte sie stets dieselben Massstäbe zu verwenden und Aktiven und Passiven sowie Aufwand und Ertrag durfte sie nicht miteinander verrechnen (Art. 958c Abs. 1 Ziff. 1-7 OR).

⁵ VON DER CRONE (Fn 3), N. 1832.

Strittig ist vorliegend insbesondere die Aktivierbarkeit und Bewertung der drei deutschen Liegenschaften. Art. 959 Abs. 2 OR schreibt vor, dass Vermögenswerte als Aktiven zu bilanzieren sind, wenn aufgrund vergangener Ereignisse über sie verfügt werden kann, ein Mittelzufluss wahrscheinlich ist und ihr Wert verlässlich geschätzt werden kann. Vermögenswerte, welche diese Voraussetzungen nicht erfüllen, dürfen nicht aktiviert werden. Mit der Wendung "*wenn [...] über sie verfügt werden kann*" ist entgegen dem strikten Wortlaut aber nicht die Möglichkeit gemeint, über den Vermögenswert eigenständig rechtlich verfügen zu können, sondern das Faktum der Beherrschung des Vermögenswerts.⁶ Mit "*Mittelzufluss wahrscheinlich*" ist im Weiteren nicht nur der Zufluss von Mitteln im engeren Sinne, sondern allgemeiner ein wirtschaftlicher Nutzen des Vermögenswerts gemeint.⁷ In der Lehre wird vertreten, die Aktivierbarkeit eines Vermögenswerts hänge nicht zwingend davon ab, ob das betroffene Unternehmen in rechtlicher Hinsicht dessen Eigentümerin sei. Vielmehr sei nach dem Prinzip "*substance over form*" eine wirtschaftliche Betrachtungsweise massgebend.⁸ Mit anderem Worten könnten die Voraussetzungen von Art. 959 Abs. 2 OR unter Umständen auch durch eine andere rechtliche Gestaltung als Eigentum erfüllt sein.

Hinsichtlich der Bewertung von Aktiven und Verbindlichkeiten schreibt Art. 960 Abs. 2 OR sodann vor, dass die Bewertung vorsichtig erfolgen muss, die zuverlässige Beurteilung der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens aber nicht verhindern darf. Abs. 3 derselben Bestimmung schreibt vor, dass bei konkreten Anzeichen für eine Überbewertung von Aktiven oder für zu geringe Rückstellungen die betreffenden Werte zu überprüfen und gegebenenfalls anzupassen sind. Aktiven dürfen bei der Erfassung zudem höchstens zu den Anschaffungs- oder Herstellungskosten bewertet werden (Art. 960a Abs. 1 OR).

3.4.5. Aktivierbarkeit und Bewertung der drei deutschen Grundstücke

3.4.5.1. Aktivierbarkeit aufgrund wirtschaftlicher Betrachtungsweise

Vorliegend ist unbestritten, dass die *H. AG* per Stichtag des Zwischenabschlusses (30. Juni 2006) von keinem der drei deutschen Grundstücke in zivilrechtlicher Hinsicht Eigentümerin war. Wie gesehen spricht dies aber nicht von vornherein gegen die Aktivierbarkeit der drei deutschen Grundstücke. Zu untersuchen ist vielmehr die wirtschaftliche Stellung der *H. AG* mit Bezug auf die drei Grundstücke per Datum des Zwischenabschlusses.

Die *H. AG* hatte als schweizerische Gesellschaft die schweizerischen Rechnungslegungsvorschriften zu beachten. Die Frage, welche Rechtsstellung der *H. AG* hinsichtlich der drei Grundstücke konkret zukam, ist

⁶ BÖCKLI, OR-Rechnungslegung, 2. Aufl. 2019, N. 323.

⁷ BÖCKLI (Fn. 6), N. 325.

⁸ BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, § 8 N. 172 ff.

demgegenüber nach deutschem Recht zu beurteilen (vgl. Art. 119 Abs. 1 und Art. 99 Abs. 1 IPRG), zumal die Rechte an den Grundstücken ja auch an deren Lageort in Deutschland durchzusetzen gewesen wären. Für die Frage, ob nach schweizerischem Recht eine wirtschaftliche Stellung vorlag, welche eine Aktivierbarkeit der drei Grundstücke rechtfertigte, ist daher zu untersuchen, über welche konkrete Rechtstellung die *H. AG* mit Bezug auf die drei Grundstücke per Datum des Zwischenabschlusses nach deutschem Recht verfügte.

Das deutsche Handelsgesetzbuch enthält in § 246 Abs. 1 Satz 2 HGB folgende Vorschrift: *"Vermögensgegenstände sind in der Bilanz des Eigentümers aufzunehmen; ist ein Vermögensgegenstand nicht dem Eigentümer, sondern einem anderen wirtschaftlich zuzurechnen, hat dieser ihn in seiner Bilanz auszuweisen."* Das deutsche Handelsrecht folgt somit – wie das schweizerische Recht – einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise bei der Aktivierbarkeit von Vermögenswerten.⁹ Demgemäss ist beim Grundstückskauf das Grundstück mit Übergang der Verfügungsgewalt – beispielsweise durch tatsächliche Übernahme - dem Käufer zuzurechnen, auch wenn die Eintragung im Grundbuch noch aussteht.¹⁰ Auch die deutsche steuerrechtliche Rechtsprechung geht davon aus, dass es für die Bilanzierbarkeit nicht entscheidend auf den Zeitpunkt des rechtlichen Eigentumsüberganges, sondern vielmehr darauf ankomme, ob das Grundstück wirtschaftlich noch dem Vermögen des Veräusserers oder schon dem Vermögen des Übernehmers zuzurechnen sei. Man werde beispielsweise beim Abschluss von Kaufverträgen im allgemeinen eine Zugehörigkeit zum Vermögen des Käufers von dem Zeitpunkt an annehmen können, von dem an der Käufer nach dem Willen der Vertragspartner wirtschaftlich über das Grundstück verfügen könne; was ist in der Regel der Fall sei, sobald Besitz, Gefahr, Nutzungen und Lasten auf den Käufer übergegangen seien.¹¹ Relevant sei zudem, ob der Käufer aufgrund der erklärten Auffassung¹² und der ins Grundbuch eingetragenen Auflassungsvormerkung in der Lage sei, den Veräusserer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut auszuschliessen.¹³ Da das deutsche Recht von vergleichbaren Voraussetzungen für die Aktivierbarkeit eines Vermögenswerts ausgeht wie das schweizerische Recht, erscheint es sinnvoll, für die Aktivierbarkeit von gekauften aber noch nicht erworbenen deutschen Grundstücken auf die in Deutschland geltenden Voraussetzungen für die Aktivierbarkeit abzustellen. Denn diese bieten am ehesten Gewähr dafür, dass der (nach schweizerischem gleich wie nach deutschem

⁹ MERKT, in: Baumbach/Hopt, Beck'sche Kurzkommentare, Handelsgesetzbuch, 39. Aufl. 2020, § 246 N. 3.

¹⁰ MERKT (Fn 9), § 246 N. 16.

¹¹ Urteil des (deutschen) Bundesfinanzhofs I R 213/69 vom 13. Oktober 1972 Rz. 18.

¹² Vgl. hierzu § 925 Abs. 1 Satz 1 BGB: *"Die zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück nach § 873 erforderliche Einigung des Veräusserers und des Erwerbers (Auflassung) muss bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor einer zuständigen Stelle erklärt werden."*

¹³ Urteil des (deutschen) Bundesfinanzhofs IX R 23/85 vom 29. Oktober 1985 Rz. 9.

Recht) massgebenden wirtschaftlichen Betrachtungsweise zum Durchbruch verholfen wird.

Tut man dies, so erscheint zweifelhaft, ob es sich rechtfertigte, die drei Grundstücke in der Zwischenbilanz der *H. AG* per 30. Juni 2006 zu aktivieren. Per 30. Juni 2006 waren lediglich die Kaufverträge, die der *H. AG* einen schuldrechtlichen Anspruch auf Eigentumsverschaffung einräumten, abgeschlossen. In den Kaufverträgen wurden zwar – wie das in Deutschland üblich ist – Auflassungsvormerkungen vereinbart, welche die *H. AG* gegen dingliche Verfügungen des Veräusserers, die den Kaufverträgen widersprechen, schützen sollten. Auch wurde usanzgemäss bereits in den Kaufverträgen die Auflassung erklärt, jedoch das Geschäft noch nicht beim Grundbuch angemeldet (vgl. KB 43, Ziff. III.1 f. [S.]; KB 44, Ziff. III.1 f. [T.]; KB 45, Ziff. III.1 f. [U.]). Im Fall von S. erscheint allerdings zweifelhaft, ob die Auflassungsvormerkung (wie nach § 883 Abs. 1 BGB vorgeschrieben) tatsächlich im Grundbuch eingetragen wurde, war der Verkäufer (I.) im Zeitpunkt der Unterzeichnung des Grundstückkaufvertrages doch selbst noch nicht Eigentümer dieses Grundstücks (der sich in der Sammelbeilage KB 46 befindliche Grundbuchauszug für S. ist unvollständig, insbesondere fehlt die hier relevante Abteilung II, wo eine allfällige Auflassungsvormerkung ersichtlich wäre; vgl. auch KB 43, Ziff. X.1). Dass die *H. AG* per 30. Juni 2006 eine irgendwie geartete faktische Herrschaft über eines der Grundstücke erlangt hätte, wurde sodann nicht aufgezeigt. Insbesondere ist nicht dargetan, dass der *H. AG* per Datum des Zwischenabschlusses bereits "Besitz, Gefahr, Nutzungen und Lasten" übertragen worden wären.

3.4.5.2. Bewertung der drei deutschen Grundstücke

Auf jeden Fall zutreffend ist jedoch der Einwand der Klägerin, dass die drei Liegenschaften – wenn schon – dann jedenfalls nicht zum Wert gemäss den Gutachten Dipl. Ing. N. hätten in der Bilanz aktiviert werden dürfen.

Zwar ist entgegen der Klägerin nicht entscheidend, dass die Beklagte 3 die Gutachten von Dipl. Ing. N. nicht inhaltlich überprüfte. Diesbezüglich ist der Beklagten 3 zuzustimmen, dass es einer Buchhaltungsunternehmung im Regelfall nicht zuzumuten ist, Liegenschaftsbewertungen inhaltlich zu überprüfen, zumal wenn es sich (wie hier) um ausländische Immobilien handelt. Entsprechend durfte sich die Beklagte 3 grundsätzlich auf die Gutachten von Dipl. Ing. N. stützen.

Entscheidend ist hier aber, dass die durch diese Gutachten ermittelten Verkehrswerte für die Bilanzierung nach schweizerischem Rechnungslegungsrecht gar nicht massgeblich waren. Massgeblich waren nach Art. 960a Abs. 1 OR vielmehr die Anschaffungskosten, d.h. die für diese Liegenschaften bezahlten Kaufpreise. Gemäss den Grundstückkaufverträgen vom 12. April 2006 kaufte die *H. AG* die drei Grundstücke zu einem Preis von EUR 2 Mio. (S. EUR 0.57 Mio. [KB 43]; T. EUR 0.94 Mio. [KB 44]; U.

EUR 0.49 Mio. [KB 45]; act. 041, Rz. 249 ff.). Wendet man den gleichen Umrechnungskurs von (gerundet) 1.582644¹⁴ an wie die Beklagte 3 im Zwischenabschluss per 30. Juni 2006, so ergibt sich eine Bewertung von (gerundet) Fr. 3'165'288.89 Mio. Wenn überhaupt, dann hätten die Grundstücke zu diesem Wert aktiviert werden müssen und nicht zu den von Dipl. Ing. N. ermittelten (angeblichen) Verkehrswerten. Mit einem bilanzierten Wert der fraglichen Grundstücke von Fr. 3'165'288.89 Mio. aber hätte die Erhöhung des Aktienkapitals um Fr. 11.1 Mio. nicht durchgeführt werden können.

3.4.5.3. Fazit

Zusammenfassend wäre es folglich nicht zur Kapitalerhöhung gekommen, wenn die Beklagte 3 ihren Pflichten als Buchhalterin nachgekommen wäre und den Zwischenabschluss per 30. Juni 2016 entsprechend den anwendbaren Rechnungslegungsvorschriften erstellt hätte. Wie bereits im Zusammenhang mit der Passivlegitimation erörtert, stellt sich allerdings auch hier die Frage, ob die Erstellung des Zwischenabschlusses als Mitwirkungshandlung bei der Kapitalerhöhung zu gelten hat. Bejahte man diese Frage, so hätte die Beklagte 3 durch die falsche Verbuchung der drei deutschen Liegenschaften die Eintragung der Kapitalerhöhung mittels einer Urkunde mit unrichtigen Angaben veranlasst und damit den Tatbestand von Art. 753 Ziff. 2 OR erfüllt. Denn tatbestandsmässig im Sinne dieser Bestimmung ist jegliche unrechtmässige Angabe, mit der die mitwirkenden Personen die Eintragung der Gesellschaft oder der Kapitalerhöhung in das Handelsregister veranlassen. Wären die drei Grundstücke nicht mit zu hohen Werten aktiviert worden, hätte die Zwischenbilanz nicht genügend frei verwendbares Eigenkapital ausgewiesen, was letztlich dazu geführt hätte, dass die Kapitalerhöhung nicht im Handelsregister eingetragen worden wäre.

Angesichts der bereits festgestellten Pflichtverletzung der Beklagten 3 kann offenbleiben, ob sie einen eigenen Mitarbeiter für die Revision ihres eigenen Zwischenabschlusses abgeordnet hat.

3.5. Das Verschulden

3.5.1. Zum Verschulden im Allgemeinen

Grundsätzlich greift die Haftung von Art. 753 - 755 OR bei jedem Verschulden. Dabei gilt ein objektiver Sorgfaltsmassstab, d.h. die beklagte Person muss so gehandelt haben, wie es von einem objektivierten Organ bzw. einer Drittperson in der konkreten Stellung hätte verlangt werden dürfen. Bei Fällen des Erfolgsunrechts (Beeinträchtigung eines absoluten Rechts) ist unter dem Begriff des Verschuldens die Frage zu klären, ob das Verhalten

¹⁴ Korrekterweise einzusetzen wäre freilich der Fremdwährungskurs im Zeitpunkt der Anschaffung, vgl. BSK OR II –NEUHAUS/HAAG, 5. Aufl. 2016, Art. 96a OR N. 7. Am Ergebnis änderte sich vorliegend allerdings nichts.

des Haftpflichtigen vom Soll-Verhalten abgewichen ist (objektives Verschulden). Dieser Schritt entfällt bei Sachverhalten des Verhaltensunrechts genau gleich wie bei Sachverhalten der vertraglichen Haftpflicht. Die Frage nach dem objektiven Verschulden wird nämlich faktisch schon auf der Ebene der Pflichtwidrigkeit entschieden. Unter der Haftungsvoraussetzung des Verschuldens ist in diesen Fällen einzig die subjektive Vorwerfbarkeit zu prüfen. Die subjektive Komponente des Verschuldens beschränkt sich auf die Frage nach der Urteilsfähigkeit der verantwortlichen Personen (Art. 16 ZGB). Bei der Gründungshaftung setzen die Tatbestände der unrichtigen oder irreführenden Darstellung einer qualifizierten Gründung sowie der Eintragung einer Gesellschaft aufgrund von falschen Bescheinigungen oder Urkunden absichtliche oder fahrlässig Mitwirkung voraus.¹⁵

3.5.2. Beurteilung

Vorliegend besteht die fragliche Pflichtverletzung der Beklagten 3 als Buchhalterin der *H. AG* in der Nichtbeachtung der obligationenrechtlichen Rechnungslegungsvorschriften. Die Fahrlässigkeit ergibt sich in objektiver Hinsicht folglich bereits aus der Verletzung der Rechnungslegungsvorschriften. Dass die für die Beklagte 3 handelnden Organe (Art. 55 Abs. 1 und Abs. 2 ZGB) auch die subjektive Komponente des Verschuldens erfüllten, also urteilsfähig i.S.v. Art. 16 ZGB waren, ist zu vermuten¹⁶ und wird von der Beklagten 3 auch nicht infrage gestellt.

3.6. Schaden und Kausalzusammenhang

3.6.1. Der Schadens- und Kausalitätsbegriff

3.6.1.1. Der Schaden

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts entspricht der Schaden bei der Verantwortlichkeit der Gesellschaftsorgane, gleich wie im übrigen Haftpflichtrecht, der ungewollten Verminderung des Reinvermögens des Geschädigten.¹⁷ Er kann in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder in entgangenem Gewinn bestehen und entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte.¹⁸

3.6.1.2. Der Kausalzusammenhang

Wie im allgemeinen Haftpflichtrecht muss zudem zwischen dem pflichtwidrigen Verhalten und dem Schaden ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang bestehen.¹⁹ Die natürliche Kausalität ist gegeben, wenn ein Handeln Ursache im Sinn einer *conditio sine qua non* für den Eintritt eines Schadens ist. Dies ist eine Tatfrage. Rechtsfrage ist demgegenüber, ob

¹⁵ VON DER CRONE (Fn 3), N. 1836 f.

¹⁶ BGE 124 III 5 E. 1b.

¹⁷ BGE 142 III 23 E. 4.1; BGer 4A_294/2020 vom 14. Juli 2021 E. 4.1.2.2.3.

¹⁸ BGE 129 III 331 E. 2.1.

¹⁹ VON DER CRONE (Fn 3), N. 1835.

zwischen der Ursache und dem Schadenseintritt ein adäquater Kausalzusammenhang besteht. Dies ist eine Wertungsgesichtspunkten unterliegende Rechtsfrage.²⁰ Indessen kann nicht nur ein Handeln, sondern auch ein (pflichtwidriges) Unterlassen kausal für einen Schaden sein. Grundsätzlich unterscheidet die Rechtsprechung auch bei Unterlassungen zwischen natürlichem und adäquatem Kausalzusammenhang. Während bei Handlungen die wertenden Gesichtspunkte erst bei der Beurteilung der Adäquanz zum Tragen kommen, spielen diese Gesichtspunkte bei Unterlassungen in der Regel schon bei der Feststellung des hypothetischen Kausalverlaufs eine Rolle. Es ist daher bei Unterlassungen in der Regel nicht sinnvoll, den festgestellten oder angenommenen hypothetischen Geschehensablauf auch noch auf seine Adäquanz zu prüfen.²¹

3.6.2. Von der Klägerin geltend gemachte Schadensposten

3.6.2.1. Unnütze Kapitalerhöhungskosten

Die Klägerin macht in ihrer Klage einen Anspruch auf Ersatz der Kosten der Kapitalerhöhung vom 12. Dezember 2006 von Fr. 144'400.00 geltend. Diesen Schaden machte sie nicht nur gegenüber der Beklagten 3, sondern auch gegenüber dem Beklagten 1 geltend. Im Urteil vom 27. April 2020 erwog das Handelsgericht hierzu zusammengefasst, die Klägerin habe diesen Schaden nicht hinreichend substantiiert. Auf entsprechende Rüge der Beschwerdeführerin hin, führte das Bundesgericht in E. 7.3 seines Urteils 4A_294/2020 vom 14. Juli 2021 dazu folgendes aus: *"In ihrer Klage führte die Beschwerdeführerin unter dem Titel 'Unnütze Kapitalerhöhungskosten' in Rz. 673 aus, darunter fielen die Notariats- und Grundbuchgebühren, die Honorare der Beschwerdegegnerinnen 2 und 3 sowie die Emissionsabgabe. Zur Bezahlung dieser Posten sei auf Mietzinseinnahmen der H. AG 'im Umfang von ca. EUR 90'000.--, damals ca. CHF 144'000.-- zurückgegriffen [worden], welche zugunsten der Klägerin verpfändet waren' (Rz. 674). Ein Beweismittel - weder für die Höhe noch für die Zusammensetzung der behaupteten Forderung - offerierte sie an dieser Stelle nicht. Nämliches gilt für ihre entsprechenden Ausführungen in der Replik (Rz. 582 ff., insbes. Rz. 589). Die von der Beschwerdeführerin erwähnten Beilagen 74 und 77 wurden an anderer Stelle als Beweismittel offeriert, nämlich unter dem Titel der 'Zweckentfremdung der verpfändeten Mietzinse' (Rz. 378 ff. der Klage). Hätte die Beschwerdeführerin den behaupteten Schaden unter dem Titel der unnützen Kapitalerhöhungskosten mit diesen Beweismitteln belegen wollen, hätte sie an der entsprechenden Stelle auf diese verweisen müssen. Da sie dies unterliess, hat sie den bestrittenen Schaden nicht rechtsgenügend substantiiert, weshalb die Vorinstanz zu Recht davon ausging, dass der Schaden unbelegt sei."*

²⁰ BGE 132 III 715 E. 2.2.

²¹ BGE 132 III 715 E. 2.3; BGer 4A_294/2020 vom 14. Juli 2021 E. 4.1.2.4.1.

Diese Erwägungen des Bundesgerichts erfolgten zwar im Zusammenhang mit dem Beklagten 1 und nicht mit der Beklagten 3. Die Frage, ob das Handelsgericht auch mit Bezug auf die Beklagte 3 an diese bundesgerichtliche Beurteilung gebunden ist (zur Bindungswirkung im Rückweisungsverfahren vgl. oben, E. 1) kann aber offen bleiben. Denn hinsichtlich der Beurteilung des geltend gemachten Schadenersatzanspruches ergeben sich keine Unterschiede zwischen der Beklagten 3 und dem Beklagten 1, sodass den bundesgerichtlichen Erwägungen inhaltlich vollumfänglich zu folgen ist.

Der Klägerin steht folglich kein Anspruch auf Ersatz der (angeblichen) Kosten der Kapitalerhöhung vom 12. Dezember 2006 in Höhe von Fr. 144'400.00 gegenüber der Beklagten 3 zu.

3.6.3. Verursachung der Auszahlung des Zusatzkredits in Höhe von EUR 2 Mio.

Die Klägerin macht weiter geltend, die Beklagte 3 habe durch ihren Beitrag zur unrechtmässigen Kapitalerhöhung der H. AG die Auszahlung des Zusatzkredits von EUR 2 Mio. (umgerechnet gemäss damaligem Kurs: Fr. 3.241 Mio. [vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_294/2020 vom 14. Juli 2021 E. 4.1.4]) durch die E. Bank AG mitverursacht (act. 144, Rz. 978). Dies wurde von der Beklagten 3 bestritten (act. 857, Rz. 463).

Das Handelsgericht hat in seinem Urteil vom 27. April 2020 den Kausalzusammenhang zwischen Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung und der Auszahlung des Zusatzkredits durch die E. Bank AG zwar nicht mit Bezug auf die Beklagte 3 jedoch mit Bezug auf die Beklagte 2 beurteilt. Das Handelsgericht erwog damals, dass selbst wenn eine Pflichtverletzung der Beklagten 2 im Rahmen der Kapitalerhöhung erstellt wäre, keine Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden vorliegen würde. Denn die Auszahlung einer Darlehenssumme begründe keinen Gesellschaftsschaden, da Verbindlichkeiten und flüssige Mittel im gleichen Umfang erhöht würden. Vorliegend sei der Schaden erst durch die Auszahlung des Darlehensbetrages an L. und G. entstanden. Die Verwendung des Darlehens sei jedoch ausserhalb des Zuständigkeitsbereichs der Beklagten 2 als Revisionsstelle gelegen.

Zu diesen Ausführungen nahm das Bundesgericht in seinem Urteil 4A_294/2020 vom 14. Juli 2021 (E. 4.2.4) wie folgt Stellung: *"[...] Wenn die Vorinstanz nun den Kausalzusammenhang zwischen möglichen Pflichtverletzungen der Beschwerdegegnerin 2 anlässlich der Kapitalerhöhung und dem der H. AG aufgrund der Auszahlungen an L. und der Genehmigung der Auszahlung an G. entstandenen Schaden verneinte, weil die Auszahlung des Darlehens ausserhalb des Zuständigkeitsbereichs der Beschwerdegegnerin 2 gelegen sei, kann ihr nicht ohne Weiteres gefolgt werden. Stünde fest, dass der H. AG ohne Kapitalerhöhung keine Krediterhöhung*

gewährt worden wäre, und stünde überdies fest, dass sich die Beschwerdegegnerin 2 derart pflichtwidrig verhalten hätte, dass bei pflichtgemäßem Verhalten keine Kapitalerhöhung stattgefunden hätte, wäre nicht von der Hand zu weisen, dass sie damit die Voraussetzung für die Schädigung der H. AG geschaffen hätte. Allerdings wurde die H. AG nicht bereits dadurch geschädigt, dass ihr die E. Bank AG eine Krediterhöhung gewährte, sondern deshalb, weil der Beschwerdegegner 1 ohne die zweckmässige Verwendung des Geldes sicherzustellen, EUR 1.85 Mio. an L. auszahlen liess, und ohne die Rückführung sicherzustellen, die Auszahlung von EUR 150'000.-- an G. genehmigte. Selbst wenn die Beschwerdegegnerin 2 sich über den Zweck der Kapitalerhöhung erkundigt hätte, wie die Beschwerdeführerin verlangt, hätte sie keinen Einfluss auf die Auszahlung der Kreditsumme gehabt. Insofern haftet sie nicht für den der H. AG aufgrund der nicht zweckgerichteten Verwendung des Kredits entstandenen Schaden."

Diese bundesgerichtlichen Ausführungen betreffen wiederum die Beklagte 2. Indessen können sie ohne Weiteres auf die Beklagte 3 übertragen werden. Auch wenn die Beklagte 3 durch pflichtwidrige Handlungen mitverursacht hätte, dass die H. AG die Kapitalerhöhung durchführen konnte, und zusätzlich festgestellt wäre, dass die E. Bank AG den Zusatzkredit in Höhe von EUR 2 Mio. nicht ausbezahlt hätte, wenn die Kapitalerhöhung nicht durchgeführt worden wäre, bestünde kein Kausalzusammenhang zwischen dem geltend gemachten Schaden und den pflichtwidrigen Handlungen der Beklagten 3. Denn auch hier gilt, dass die H. AG nicht deshalb geschädigt wurde, weil ihr die E. Bank AG den Zusatzkredit ausbezahlte, sondern weil der Beklagte 1 ohne die zweckmässige Verwendung des Geldes sicherzustellen, EUR 1.85 Mio. an L. auszahlen liess, und ohne die Rückführung sicherzustellen, die Auszahlung von EUR 150'000.00 an G. genehmigte.

3.6.4. Verlust auf Liegenschaften

Die Klägerin macht weiter geltend, dass bezüglich der Liegenschaften U. und T. ein Schaden entstanden sei, indem diese beiden Liegenschaften zusammen einen Verkehrswert von max. EUR 1 Mio. aufwiesen, schliesslich aber zu weniger als EUR 600'000.00 brutto freihändig hätten veräussert werden müssen. Damit sei der Gesellschaft ein Schaden im Umfang von EUR 1.43 Mio. (damals ca. Fr. 2.145 Mio.) abzüglich EUR 0.6 Mio. (heute ca. Fr. 0.72 Mio.), somit Fr. 1.425 Mio. entstanden. Dieser Schaden sei darauf zurückzuführen, dass die Organe der H. AG nie werterhaltende Massnahmen getätigt hätten, weshalb die Liegenschaften in einem schlechten Zustand hätten verwertet werden müssen (act. 102, Rz. 666 ff.; vgl. auch act. 1181, Rz. 573 ff.).

Dieser Schadensposten steht damit selbst nach dem Vortrag der Klägerin in keinem Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung der H. AG bzw. der

diesbezüglichen Mitwirkung der Beklagten 3 als Nichtorgan. Dieser Schadensposten ist im vorliegenden Rückweisungsverfahren daher nicht weiter zu prüfen.

3.6.5. Zinsen und Gebühren

Die Klägerin macht weiter geltend, auf dem Kredit seien Zinsen belastet worden. Diese Zinsen habe die *H. AG* mangels laufender Einnahmen nie bezahlen können. Bis Ende 2009, als der Konkurs über die *H. AG* eröffnet worden sei, seien Zinsen in Höhe von EUR 400'153.00 (ca. Fr. 600'000.00) und Fr. 1'013'259.00 entstanden und Gebühren in Höhe von Fr. 42'094.00, gesamthaft somit knapp EUR 1.1 Mio. Gesamthaft seien der *H. AG* Zinsen und *Gebühren* für einen Totalbetrag von Fr. 1.65 Mio. entstanden, wobei mit dem Positivsaldo der Derivatprodukte (Kapitalgewinne und Zinserträge) in Höhe von Fr. 434'113.00 teilweise aufgelaufene Zinsen durch Verrechnung getilgt worden seien (act. 103, Rz. 679 ff. und Rz. 682 f.; act. 1185, Rz. 595).

Die Zinsen und Gebühren, die aus dem ersten Kredit über EUR 5.5 Mio. geltend gemacht werden, stehen von vornherein in keinem Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung, wurde der erste Kredit doch vor der Kapitalerhöhung gewährt. Betreffend die Zinsen und Gebühren aus dem Zusatzkredit in Höhe von EUR 2 Mio. gilt ebenfalls, dass die Tatsache, dass die *H. AG* diese Verbindlichkeiten nicht begleichen konnte, nicht darauf zurückzuführen ist, dass die Kapitalerhöhung durchgeführt wurde (selbst unter der Annahme, der Zusatzkredit wäre ohne Kapitalerhöhung nicht bewilligt worden). Entscheidend ist hier vielmehr, dass der Zusatzkredit zweckentfremdet wurde und die Mietzinseinnahmen nicht der *H. AG* zuflossen.

Eine Zusprechung der auf den Zusatzkredit entfallenden Zinsen und Gebühren scheiterte überdies daran, dass die Klägerin nicht aufzeigt, welcher Anteil des geltend gemachten Schadens in Höhe von Fr. 1.65 Mio. auf den Zusatzkredit entfällt.

3.6.6. Weitere Schadensposten

Die Klägerin macht weiter Schadenersatzforderungen wegen entgangener Nettomietzinse und von den Beklagten 1 und 3 der *H. AG* verursachten eigenen Honorare und Honorare von Anwälten, die aufgrund der Überschuldungslage und des offenen Interessenkonflikts mit der *H. AG* unge rechtfertigt gewesen seien, geltend. Es sei schon nicht klar, was für Leistungen, die honoriert werden sollten, erbracht worden seien (act. 104, Rz. 692 ff.). Die kollozierte Konkursforderung der Beklagten 3 (Fr. 142'000.00) müsse deshalb als Schadensposition hinzukommen.

Auch bezüglich dieser Schadenspositionen ist ein Zusammenhang mit der Mitwirkung der Beklagten 3 als Nichtorgan bei der Kapitalerhöhung nicht

erkennbar. Insbesondere legt die Klägerin nicht dar, dass die Honorarforderungen einen Zusammenhang zu den Pflichtwidrigkeiten der Beklagten 3 im Rahmen ihrer Tätigkeit als Buchhalterin der H. AG aufweisen. Auf diesen Schadensposten ist folglich im vorliegenden Rückweisungsverfahren nicht weiter einzugehen.

3.7. Fazit

Zusammenfassend verursachte die Beklagte 3 keinen Schaden, der natürlich und adäquat kausal auf ihre Mitwirkung als Nichtorgan bei der Kapitalerhöhung vom 12. Dezember 2006 zurückzuführen wäre. Demgemäss steht der Klägerin gegenüber der Beklagten 3 kein Anspruch aus Gründungshaftung gemäss Art. 753 OR zu.

4. Die Prozesskostenliquidation

Abschliessend sind die Prozesskosten i.S.v. Art. 95 ZPO entsprechend dem Ausgang des Verfahrens (Art. 104 i.V.m. Art. 106 f. ZPO) neu zu verlegen.

4.1. Die Gerichtskosten

4.1.1. Die Höhe der Entscheidgebühr und der Kosten für die Beweisführung

Der Streitwert beträgt Fr. 3 Mio. Der Grundansatz für die Entscheidgebühr i.S.v. Art. 95 Abs. 2 lit. b ZPO beträgt Fr. 36'670.00 (Fr. 21'670.00 + 0.5% des Streitwertes [Fr. 3 Mio. x 0.005 = Fr. 15'000.00]; Art. 96 ZPO i.V.m. § 7 Abs. 1 des kantonalen Verfahrenskostendekrets [VKD; SAR 221.150]).

Erfordert das Verfahren ausserordentliche Aufwendungen, kann dieser Grundansatz um bis zu 50 % erhöht werden (§ 7 Abs. 3 VKD). Das vorliegende Verfahren war ausserordentlich aufwändig. Das Handelsgericht hat zwei Zwischenentscheide gefällt: 1.) den Entscheid vom 5. Mai 2014 zur örtlichen Zuständigkeit im Umfang von 20 Seiten (mit vorgängiger Instruktionsverhandlung) sowie 2.) den Entscheid vom 14. Juli 2015 zur Frage der Gültigkeit der Abtretung der Verantwortlichkeitsansprüche an die Beklagte 3 bzw. die Befugnis der Klägerin, diese Ansprüche alleine geltend zu machen, im Umfang von 17 Seiten. Im Übrigen stellten sich zahlreiche nicht alltägliche prozessleitende Fragen, welche einen entsprechenden Abklärungs- und Instruktionsaufwand erforderten, so z.B. zur Auswirkung der freiwilligen Auflösung der ursprünglichen Klägerin mit nachfolgender Konkursliquidation (vgl. u.a. die Verfügung vom 9. Januar 2013), zum Parteiwechsel auf Seiten der Klägerin nach Abtretung der Kollokationsforderung von der ursprünglichen auf die neue Klägerin (vgl. die Verfügung vom 17. Juni 2016) oder zu den Gesuchen aller Beklagten um Parteikostensicherstellung am Anfang des Prozesses und erneut nach dem Parteiwechsel. Nicht zu belasten sind den Parteien allerdings die Kosten des vorlie-

genden Rückweisungsentscheids. Entsprechend erhöhen sich die Gerichtskosten im Vergleich zum (aufgehobenen) Urteil vom 27. April 2020 (E. 15.1) nicht.

Unter Berücksichtigung der ausserordentlich aufwändigen Instruktion rechtfertigt sich ein Zuschlag zum Grundansatz von 25 %. Auf die nächsten Fr. 1'000.00 abgerundet ist die Entscheidunggebühr demzufolge auf Fr. 45'000.00 festzusetzen.

Hinzuzurechnen sind noch die Kosten für die Beweisführung anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 3. Dezember 2013 in dem auf die Frage der örtlichen Zuständigkeit beschränkten Verfahren in Höhe von Fr. 79.50 (Art. 95 Abs. 2 lit. c ZPO).

Die Gerichtskosten i.S.v. Art. 95 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 ZPO betragen Fr. 45'079.50.

4.1.2. Die Verlegung der Gerichtskosten

4.1.2.1. Die Zwischenentscheide

Die Klägerin macht geltend, die Beklagten 1 und 3 hätten die Prozesskosten im Zusammenhang mit den beiden Zwischenentscheiden vom 5. Mai 2014 und 14. Juli 2015 zu tragen (act. 1251, Rz. 957, 960). Die Beklagte 3 vertritt demgegenüber den Standpunkt, die unterliegende Partei habe sämtliche Kosten zu bezahlen (act. 1445, Rz. 45 ff.).

Das Gericht entscheidet über die Prozesskosten in der Regel im Endentscheid (Art. 104 Abs. 1 ZPO). Bei einem Zwischenentscheid können die bis zu diesem Zeitpunkt entstandenen Prozesskosten verteilt werden (Art. 104 Abs. 2 ZPO). Das Handelsgericht hat vorliegend bei beiden Zwischenentscheiden darauf verzichtet, bereits eine Kostenverteilung vorzunehmen.

Die Verlegung der Gerichtskosten eines Zwischenentscheids muss nicht zwingend dem Ausgang des Verfahrens im Endentscheid folgen.²² Unterliegen in den Entscheiden unterschiedliche Parteien, kann diesem Umstand durch Anwendung von Art. 108 oder Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO Rechnung getragen werden.²³ Kosten, die dadurch entstehen, dass die obsiegende Partei mit einzelnen Vorbringen oder unselbständigen Begehren unterliegt, können unnötige Kosten nach Art. 108 ZPO darstellen, die der obsiegenden Partei aufzuerlegen sind.²⁴

²² PESENTI, Gerichtskosten (insbesondere Festsetzung und Verteilung) nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2017, N. 371.

²³ BK ZPO-STERCHI, 2012, Art. 104 N. 4; vgl. auch PESENTI (Fn. 22), N. 372.

²⁴ URWYLER/GRÜTTER, in: Brunner/Gasser/Schwander, ZPO-Kommentar, 2. Aufl. 2016, Art. 108 N. 1; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 2019, § 16 N. 39.

4.1.2.1.1. Der Zwischenentscheid betreffend die örtliche Zuständigkeit

Die Beklagte 3 hat sich mit verschiedenen prozessualen Mitteln bereits im Vorfeld des vorliegenden Verfahrens dafür eingesetzt, dass die Verantwortlichkeitsansprüche gegen die Organe der H. AG nicht vor den Gerichten des Kantons Aargau, sondern vor jenen des Kantons Zug verhandelt werden. Es kann auf die folgenden Ausführungen im Zwischenentscheid vom 5. Mai 2014 verwiesen werden (E. 8.2):

"[...] Im Einzelnen war der zeitliche Ablauf der Folgende: Mit Verfügung vom 7. November 2011 (KB 8) ordnete das Konkursamt Zug entgegen dem Antrag der Beklagten 3 vom 21. Oktober 2011 (KB 6) an, dass die Verantwortlichkeitsansprüche im Zusammenhang mit der konkursiten H. AG vor dem Handelsgericht Aargau geltend zu machen seien und nur im Falle einer Unzuständigkeitserklärung dieses Gerichts vor den Gerichten des Kantons Zug. Die dagegen von der Beklagten 3 eingereichte Beschwerde wies das Obergericht Zug mit Urteil vom 16. Februar 2012 ab (KB 9). Per 1. März 2012 hat sich der Beklagte 1 in Zug angemeldet (vgl. AB 4). Mit Schlichtungsgesuch an das Friedensrichteramt Zug vom 9. März 2012 (AB 5) machte die Beklagte 3 Verantwortlichkeitsansprüche gegen die Organe der konkursiten H. AG entgegen der Verfügung des Konkursamts Zug in Zug geltend. Mit Verfügung vom 16. November 2012 (AB 6) sistierte das Friedensrichteramt Zug das Verfahren bis zum Entscheid des Handelsgerichts Aargau über seine örtliche Zuständigkeit. [...]"

Eine Beschränkung des Verfahrens und ein Zwischenentscheid zur örtlichen Zuständigkeit drängten sich insbesondere mit Blick auf das von der Beklagten 3 in Zug eingeleitete und sistierte Verfahren auf (vgl. Verfügung vom 13. September 2012 betreffend Beschränkung des Verfahrens E. 1.3 [act. 181 ff.]).

In dem auf die Frage der örtlichen Zuständigkeit beschränkten Verfahren verzichteten die Beklagten 1 und 2 mit Eingaben vom 25. Februar 2013 (act. 263, 267) auf die Stellung eines Antrags und überliessen den Entscheid dem Gericht. Die Beklagte 3 beantragte hingegen, es sei festzustellen, dass der Beklagte 1 seinen Wohnsitz in Zug habe und es sei auf die Klage mangels örtlicher Zuständigkeit nicht einzutreten (act. 270 ff.; 353 ff.). Diese Anträge begründete sie eingehend mit Klageantwort vom 25. Februar 2013 (12 Seiten) und Duplik vom 6. Mai 2013 (15 Seiten; beide im beschränkten Verfahren). Ihr Rechtsvertreter nahm als einziger der Anwälte auf der Beklagtenseite an der Instruktionsverhandlung im beschränkten Verfahren vom 3. Dezember 2013 teil (act. 462). Die Beklagte 3 war damit auch innerhalb des vorliegenden Verfahrens die einzige Partei, welche sich aktiv gegen die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts zur Wehr setzte. Und dies, obwohl ihr aufgrund der vorangegangenen Verfahren im Kanton Zug bewusst sein musste, dass sie mit ihrer Auffassung kaum durchdringen dürfte.

Damit war es die Beklagte 3, welche den erheblichen Aufwand für die Klärung der örtlichen Zuständigkeit verursacht hat (insbesondere für die Instruktionsverhandlung mit Partei- und Zeugenbefragung und das Verfassen des Zwischenentscheids von 20 Seiten). Es rechtfertigt sich daher, die darauf entfallenden Gerichtskosten gestützt auf Art. 108 ZPO der Beklagten 3 aufzuerlegen. Diese Kosten werden ermessensweise mit 15 % der Entscheidgebühr veranschlagt.

4.1.2.1.2. Der Zwischenentscheid betreffend die Klagebefugnis der Klägerin

Mit Zwischenentscheid vom 14. Juli 2015 erkannte das Handelsgericht:

- " 1.
Die Verfügung der Konkursverwaltung (Konkursamt des Kantons Zug) vom 18. April 2011 ist nichtig, soweit damit Verantwortlichkeitsansprüche gegen die Beklagten 1, 2 oder 3 an die Beklagte 3 abgetreten werden.
2.
Die Klägerin ist befugt, die ihr mit der Verfügung der Konkursverwaltung (Konkursamt des Kantons Zug) abgetretenen Verantwortlichkeitsansprüche gegen die Beklagten 1, 2 und 3 im vorliegenden Verfahren alleine geltend zu machen."

Zur Begründung wurde ausgeführt, die Beklagte 3 könne nicht gegen sich selber klagen und sie stehe in einem Näheverhältnis zu den beiden anderen Beklagten, so dass sie ihnen gegenüber nicht zur Wahrung der Interessen der Konkursmasse geeignet sei. Es kann auf die ausführliche Begründung des Zwischenentscheids verwiesen werden.

Diese Frage war nur deshalb zu klären, weil die Beklagte 3 sich – trotz bestehendem Näheverhältnis zu den beiden anderen Beklagten als einzige formelle Organe der *H. AG* – die Verantwortlichkeitsansprüche gegenüber den Organen der *H. AG* im Konkurs hat abtreten lassen.

Das Verhalten der Beklagten 3 konnte offensichtlich nicht zielführend sein. Dennoch war diese Frage gerichtlich zu klären. Den damit verbundenen – unnötigen – Aufwand des Handelsgerichts (insbesondere das Verfassen des Entscheids von 17 Seiten vom 14. Juli 2015 [act. 1039 ff.]) hat die Beklagte 3 mit ihrem Verhalten verursacht. Entsprechend hat sie die damit zusammenhängenden Gerichtskosten gestützt auf Art. 108 ZPO zu tragen. Sie werden ermessensweise mit 15 % der Entscheidgebühr veranschlagt.

4.1.2.2. Die Beweisführungskosten

Weiter hat die Beklagte 3 die Beweisführungskosten im Zusammenhang mit der Instruktionsverhandlung vom 3. Dezember 2013 in dem auf die Frage der örtlichen Zuständigkeit beschränkten Verfahren im Umfang von

Fr. 79.50, zu bezahlen. Es gilt diesbezüglich die gleiche Begründung wie betreffend den entsprechenden Zwischenentscheid (unnötige Kosten).

4.1.2.3. Der Endentscheid

Die verbleibenden 70% der Gerichtskosten sind entsprechend dem Ausgang im vorliegenden Endentscheid zu verlegen. Die Beklagte 3 obsiegte gegenüber dem Beklagten 1 im vollen Umfang (der Rückzug des Nachklagevorbehalts ist kostenmässig nicht zu berücksichtigen). Demgegenüber unterlag die Klägerin gegenüber den Beklagten 2 und 3 in vollem Umfang. Gestützt auf Art. 106 Abs. 2 ZPO) tragen die Klägerin und der Beklagte 1 die verbleibenden 70% im Verhältnis zwei Drittel zu einem Drittel.

4.1.2.4. Ergebnis

Dem Gesagten gemäss sind die Gerichtskosten wie folgt zu liquidieren:

Partei	Berechnung	Betrag
Klägerin	Fr. 45'000.00 x 0.7 x 2/3	Fr. 21'000.00
Beklagter 1	Fr. 45'000.00 x 0.7 x 1/3	Fr. 10'500.00
Beklagte 2		Fr. 0.00
Beklagte 3	Fr. 45'000.00 x 0.3 + Fr. 79.50	Fr. 13'579.50
Total		Fr. 45'079.50

4.2. Die Parteientschädigung

4.2.1. Insgesamt nur eine Parteientschädigung?

4.2.1.1. Die Parteistandpunkte

Die Klägerin bringt vor, im Falle ihres Unterliegens sei den Beklagten höchstens gemeinsam eine Parteientschädigung zuzusprechen (act. 1252, Rz. 961 ff.). Sämtliche Beklagten machen demgegenüber sinngemäss geltend, es sei ihnen nicht zumutbar gewesen, sich durch einen gemeinsamen Anwalt vertreten zu lassen, weshalb ihnen je eine Parteientschädigung zuzusprechen sei (act. 749, Rz. 993; act. 812, Rz. 195 f.; act. 860, Rz. 502 und act. 1460, Rz. 132).

4.2.1.2. Rechtliches

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 759 Abs. 2 OR²⁵ soll der in einem aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozess unterliegende Kläger, der mehrere Beteiligte solidarisch für den Gesamtschaden eingeklagt hat, das Prozesskostenrisiko nur gegenüber einer einzigen Gegenpartei tragen. Den beklagten Streitgenossen steht jedoch je eine Parteientschädigung zu, wenn sie begründeten Anlass hatten, sich einzeln vertreten zu lassen. Dies trifft etwa zu, wenn mehrere Beklagte intern in einem Interessenkonflikt stehen und einem einzelnen Anwalt bereits standes-

25

BSK OR II-GERICKE/WALLER, 5. Aufl. 2016, Art. 759 N. 8.

rechtlich untersagt ist, alle gemeinsam zu vertreten, weil sie sich gegenseitig belasten. Eine gemeinsame Parteientschädigung ist auch dann nicht angezeigt, wenn einerseits ein Verwaltungsrat und andererseits eine Revisionsstelle eingeklagt werden, da sich die Klagen diesfalls auf ein unterschiedliches Klagefundament stützen.²⁶

4.2.1.3. Würdigung

Da die Beklagte 2 als Revisionsstelle eingeklagt ist, die Beklagten 1 und 3 jedoch als Verwaltungsrat und faktisches Organ, ist der Beklagten 2 eine eigene Parteientschädigung zuzusprechen.²⁷

Zwischen den Beklagten 1 und 3 besteht ein enges Verhältnis. Dieses wurde im Zwischenentscheid vom 14. Juli 2015 wie folgt umschrieben:

" Der Beklagte 1 war vom 30. März 2006 bis zum Konkurs am 16. November 2009 einziger Verwaltungsrat der H. [...]

Der Beklagte 1 war in dieser Zeit auch Verwaltungsratsdelegierter der Beklagten 3 mit Einzelunterschrift [...]

Zudem ist der Beklagte 1 auch Aktionär der Beklagten 3 [...]

Beachtenswert im vorliegenden Verfahren ist im Übrigen, dass der damalige Alleinaktionär der H., G., mit der Beklagten 3 einen Mandatsvertrag abgeschlossen hatte, gemäss welchem ihm die Beklagte 3 den Beklagten 1 als Verwaltungsrat für die H. zur Verfügung stellte (KB 35). Unterzeichnet ist dieser Mandatsvertrag im Namen der Beklagten 3 durch den Beklagten 1. Soweit erkennbar wurde die Beklagte 3 bis zum Konkurs der H. gegenüber deren Alleinaktionär stets entweder durch den Beklagten 1 oder dessen Assistentin O. (vgl. Klageantwort Bekl. 1 N. 130) vertreten." (E. 3.1)

" Während der Zeit, in welche die allfällige Verantwortlichkeitsansprüche auslösenden Handlungen und Unterlassungen fielen, traten der Beklagte 1 und die Beklagte 3 nach aussen, namentlich gegenüber dem Alleinaktionär der H., G., als Einheit auf. Die gesamte Kommunikation der Beklagten 3 betreffend die H. lief soweit ersichtlich über den Beklagten 1 oder seine Assistentin O. Auch im vorliegenden Verfahren finden sich keine Anzeichen dafür, dass die Beklagten 1 und 3 bisher je gegenläufige Standpunkte eingenommen hätten." (E. 3.3.3)

An diesen Ausführungen kann nach wie vor festgehalten werden. Die Beklagten 1 und 3 haben über das gesamte Verfahren hinweg nie wesentlich abweichende Standpunkte vertreten. Die Beklagte 3 hatte im Übrigen nur deshalb mit der H. AG zu tun, weil sie ihrem Alleinaktionär den Beklagten 1 als Verwaltungsrat der H. AG zur Verfügung gestellt hatte. Mit der Ausübung seines Amtes als Verwaltungsrat erfüllte der Beklagte 1 die Verpflichtung

²⁶ BGE 125 III 138 E. 2d; vgl. auch BGer 4A_603/2014 vom 11. November 2015 E. 12.2.1; HGer ZH, HG130073 vom 16. März 2008 E. IX.3.

²⁷ BGE 125 III 138 E. 2e.

tung der Beklagten 3 gegenüber dem Alleinaktionär der *H. AG*. Interessenkonflikte, welche im vorliegenden Verfahren die Vertretung durch verschiedene Anwälte erheischt hätten, sind nicht erkennbar. Daran ändert auch nichts, dass der Beklagte 1 als formelles und die Beklagte 3 als (angeblich) faktisches Organ der *H. AG* eingeklagt worden sind; beiden wird vorgeworfen, der *H. AG* bei der Führung der Geschäfte pflichtwidrig einen Schaden verursacht zu haben. Die Vorwürfe sind im Wesentlichen dieselben.

Somit sind den Beklagten 1 und 3 gestützt auf Art. 759 Abs. 2 OR und die dazu ergangene bundesgerichtliche Rechtsprechung Parteientschädigungen nur im Gesamtumfang einer Parteientschädigung zuzusprechen, wie wenn sie von einem gemeinsamen Anwalt vertreten worden wären.

4.2.2. Die Bemessung der Parteientschädigung

Bei einem Streitwert von Fr. 3 Mio. beläuft sich die Grundentschädigung gemäss Art. 96 ZPO i.V.m. § 3 Abs. 1 lit. a Ziff. 10 des kantonalen Anwalts tariffs (SAR 291.150; AnwT) auf Fr. 86'040.00 (Fr. 29'040.00 + 1.9% des Streitwertes [Fr. 3 Mio. x 0.019 = Fr. 57'000.00]). Mit dieser Grundentschädigung sind gemäss § 6 Abs. 1 AnwT insbesondere eine Rechtsschrift und die Teilnahme an einer behördlichen Verhandlung abgegolten. Vorliegend wurde (im nicht beschränkten Verfahren) ein doppelter Schriftenwechsel durchgeführt. In dem auf die Eintretensfrage beschränkten Verfahren wurde eine Hauptverhandlung durchgeführt, nach Rückweisung des Verfahrens durch das Bundesgericht haben die Parteien auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichtet, indes schriftliche Schlussvorträge eingereicht. Dafür ist praxisgemäss ein Zuschlag von 30 % (20 % für die zusätzlichen Rechtsschriften und 10 % für die schriftlichen Schlussvorträge) zu gewähren. Daraus ergibt sich eine (vorläufige) Entschädigung von Fr. 111'852.00.

Im Übrigen kann die Parteientschädigung um bis zu 50% erhöht werden, wenn ein Verfahren ausserordentliche Aufwendungen erfordert (§ 7 Abs. 1 AnwT). Das Verfahren war besonders aufwändig (vgl. E. 4.1.1 hiervor). Ein Zuschlag von 25 % auf die ordentliche Entschädigung erscheint als angemessen. Daraus ergibt sich eine Entschädigung von Fr. 139'815.00. Dazu kommt gestützt auf § 13 AnwT eine Auslagenpauschale von praxisgemäss rund 3 % der Entschädigung; diese beträgt inkl. Auslagen somit gerundet Fr. 144'000.00 (ohne einen allfällig hinzukommenden Mehrwertsteuerzuschlag).

4.3. Die Verlegung der Parteientschädigung

4.3.1. Beklagte 2

Die Beklagte 2 obsiegte vollumfänglich. Ihr steht daher eine volle Parteientschädigung zu. Da sie selber mehrwertsteuerpflichtig²⁸ und damit vorsteuerabzugsberechtigt ist (Art. 28 MWSTG), kann ihr aber auf der Entschädigung kein Mehrwertsteuerzuschlag gewährt werden.²⁹

Bei der Beklagten 2 stellt sich die Frage, ob ihr zulasten der Beklagten 3 eine Parteientschädigung für die beiden beschränkten Verfahren, welche jene verursacht hat, zu gewähren ist. Der Aufwand der Beklagten 2 in dem auf die Frage der örtlichen Zuständigkeit beschränkten Verfahren bestand im Wesentlichen aus der Klageantwort, welche nur rund 2 Seiten Text umfasste (act. 266 ff.). Es rechtfertigt sich daher nicht, der Beklagten 2 dafür eine zusätzliche Parteientschädigung zuzusprechen. Auch die einzige Rechtsschrift der Beklagten 2 in dem auf die Frage der alleinigen Klagebefugnis der Klägerin beschränkten Verfahren vom 12. März 2015 ist mit ca. 3½ Seiten kurz (act. 960 ff.). Im Übrigen waren die Interessen der Beklagten 2 und 3 in dieser Frage gleichgerichtet. Schliesslich wurde die Abtretung der Verantwortlichkeitsansprüche von der Konkursmasse an die Beklagte 3 mit Zwischenentscheid vom 14. Juli 2015 auch im Verhältnis zur Beklagten 2 für nichtig erklärt, weil zwischen diesen beiden Beklagten ein Näheverhältnis bestand (vgl. Zwischenentscheid vom 14. Juli 2015 E. 4). Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich auch für jenes beschränkte Verfahren nicht, der Beklagten 2 für ihren Aufwand eine Parteientschädigung zu Lasten der Beklagten 3 zuzusprechen.

Die Klägerin ist folglich zu verpflichten, der Beklagten 2 eine Parteientschädigung von Fr. 144'000.00 zu bezahlen.

4.3.2. Beklagte 3

Der Beklagten 3 steht von vornherein lediglich eine halbe Parteientschädigung zu, weil es sich nicht rechtfertigte, einen separaten Anwalt zu engagieren. Vielmehr hätte sie sich durch den gleichen Anwalt wie der Beklagte 1 vertreten lassen können. Da die Beklagte 3 mehrwertsteuerpflichtig³⁰ und damit vorsteuerabzugsberechtigt ist (Art. 28 MWSTG), kann ihr auf der Entschädigung kein Mehrwertsteuerzuschlag gewährt werden.

²⁸ Vgl. https://www.uid.admin.ch/Detail.aspx?uid_id=CHE-106.916.027 (zuletzt abgerufen am 19. Juli 2022).

²⁹ Vgl. hierzu Merkblatt des Generalsekretariats der Gerichte Kanton Aargau zur Frage der Berücksichtigung der Mehrwertsteuer bei der Bemessung der Parteientschädigung vom 11. Januar 2016, abrufbar auf <https://www.ag.ch/de/gerichte/obergericht/handelsgericht> (zuletzt abgerufen am 19. Juli 2022).

³⁰ Vgl. https://www.uid.admin.ch/Detail.aspx?uid_id=CHE-106.916.027 (zuletzt abgerufen am 19. Juli 2022).

Die Beklagte 3 hat die Parteikosten der Klägerin für die beiden beschränkten Verfahren verursacht (insbesondere zwei Replikschriften und Teilnahme an einer Instruktionsverhandlung). Es rechtfertigt sich, dass die Beklagte 3 die Klägerin im Umfang von 30 % der nach dem Streitwert berechneten Grundentschädigung (ohne Zuschläge) dafür entschädigt (Fr. 86'040.00 plus 3% Auslagenpauschale, aber ohne Mehrwertsteuerzuschlag [vgl. hierzu sogleich, E. 4.3] = Fr. 88'621.20; vgl. oben E. 4.2.2). Abgerundet ist folglich von Fr. 26'500.00 auszugehen.

Die der Klägerin zu leistende Entschädigung von Fr. 26'500.00 ist mit der Parteientschädigung von Fr. 72'000.00, welche die Klägerin der Beklagten 3 schuldet, zu verrechnen. Im Ergebnis hat die Klägerin der Beklagten 3 eine Parteientschädigung von Fr. 45'500.00 zu bezahlen.

4.3.3. Beklagter 1

Der Beklagte 1 unterlag vollumfänglich. Der Verzicht auf den Nachklagevorbehalt wirkt sich nicht auf die Verlegung der Parteikosten aus. Der Beklagte 1 schuldet der Klägerin folglich eine volle Parteientschädigung inkl. Auslagenpauschale in Höhe von Fr. 144'000.00. Ein Mehrwertsteuerzuschlag ist indessen nicht zu gewähren, denn die durch einen schweizerischen Anwalt vertretene Klägerin hat ihren Sitz im Ausland.³¹

4.4. Solidarische Haftung der ursprünglichen Klägerin (E. Bank AG)

Mit Verfügung vom 17. Juni 2016 hielt der Präsident fest, dass das Verfahren im Sinne eines Parteiwechsels mit einer neuen Klägerin fortgesetzt werde. Die ursprüngliche Klägerin, die E. Bank AG, schied aus dem Verfahren aus, unter Vorbehalt der Kostenverlegung nach Art. 83 Abs. 2 ZPO. Gemäss Art. 83 Abs. 2 Satz 2 ZPO haftet die ausscheidende Partei für die bis zum Parteiwechsel aufgelaufenen Prozesskosten solidarisch mit.

Der Parteiwechsel von der ursprünglichen zur neuen Klägerin erfolgte nach Abschluss des doppelten Schriftenwechsels. Ein im Vergleich zum Gesamtaufwand namhafter Aufwand entstand den Beklagten danach hauptsächlich noch durch die auf die Frage des Eintretens beschränkte Hauptverhandlung sowie das Verfassen der schriftlichen Schlussvorträge im unbeschränkten Verfahren. Der entsprechende Aufwand wird vorliegend mit 30 % gewichtet. Daher rechtfertigt es sich, dass die Konkursmasse der E. Bank AG für die den Beklagten 2 und 3 zulasten der Klägerin zugesprochenen Parteientschädigungen im Umfang von 70 % des jeweils zugesprochenen Betrags solidarisch mithaftet. Das bedeutet, dass die Konkursmasse

³¹ Vgl. hierzu Merkblatt des Generalsekretariats der Gerichte Kanton Aargau zur Frage der Berücksichtigung der Mehrwertsteuer bei der Bemessung der Parteientschädigung vom 11. Januar 2016, abrufbar auf <https://www.ag.ch/de/gerichte/obergericht/handelsgericht> (zuletzt abgerufen am 19. Juli 2022).

der E. Bank AG für die Entschädigungsforderung der Beklagten 2 im Umfang von Fr. 100'800.00 und für diejenige der Beklagten 3 im Umfang von Fr. 31'850.00 solidarisch mithaftet.

Das Handelsgericht erkennt:

1.

1.1.

Der Beklagte 1 wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 3'000'000.00 zu bezahlen.

1.2.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

2.

2.1.

Die Gerichtskosten betragen Fr. 45'079.50. Davon werden Fr. 21'000.00 der Klägerin, Fr. 10'500.00 dem Beklagten 1 und Fr. 13'579.50 der Beklagten 3 auferlegt.

2.2.

Die Gerichtskosten werden mit dem von der Klägerin geleisteten Gerichtskostenvorschuss in der Höhe von Fr. 36'670.00 verrechnet. Die Beklagte 3 hat überdies bereits Fr. 8'409.50 in die Obergerichtskasse einbezahlt. Damit sind die Gerichtskosten gedeckt. Der Klägerin sind durch die Beklagte 3 Fr. 5'170.00 und durch den Beklagten 1 Fr. 10'500.00 zu ersetzen.

3.

3.1.

Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten 2 eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 144'000.00 (inkl. Auslagen) zu bezahlen. Die Konkursmasse der E. Bank (Schweiz) AG in Liquidation haftet der Beklagten 2 für diese Forderung im Umfang von Fr. 100'800.00 solidarisch.

3.2.

Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten 3 eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 45'500.00 (inkl. Auslagen) zu bezahlen. Die Konkursmasse der E. Bank (Schweiz) AG in Liquidation haftet der Beklagten 3 für diese Forderung im Umfang von Fr. 31'850.00 solidarisch.

3.3.

Der Beklagte 1 wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 144'000.00 (inkl. Auslagen) zu bezahlen.

Zustellung an:
[...]

Mitteilung an:
[...]

Rechtsmittelbelehrung für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art. 90 ff. BGG)

Gegen diesen Entscheid kann **innert 30 Tagen**, gerechnet von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheides an, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden.

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen. Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht (Art. 95 ff. BGG) verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG).

Aarau, 27. September 2022

Handelsgericht des Kantons Aargau

1. Kammer

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Dubs

Bisegger