Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

4A 248/2012

Urteil vom 7. Januar 2013

I. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Klett, Präsidentin,
Bundesrichter Kolly,
Bundesrichterin Kiss,
Gerichtsschreiber Hurni.

Verfahrensbeteiligte
Nachlassmasse der X._____ AG
in Nachlassliquidation,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Laurent Killias,
Beschwerdeführerin,

-gegen

Y._____ AG,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Reto Thomas Ruoss,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Gesellschaftsrecht,

Beschwerde gegen das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 9. März 2012.

Sachverhalt:

A.

A.a. Die X._____ AG (heute in Nachlassliquidation, Klägerin und Beschwerdeführerin) war in den Konzern der A.Z._____ AG integriert. Sie war bis Ende 2000 eine 100%ige Tochter der B.Z._____ AG. Gemäss Fusionsvertrag vom 26. Juni 2001 übernahm die C.Z._____ AG die B.Z._____ AG rückwirkend per 1. Januar 2001 mit Aktiven und Passiven. Die Y._____ AG (Beklagte und Beschwerdegegnerin) war für das Jahr 2000 die Revisionsstelle der X._____ AG und des Z._____-Konzerns.

A.b. Im Jahr 2000 schrieb die X._____ AG einen Gewinn von Fr. 43'670'000.–. Nach Abzug eines Verlustvortrags aus dem Vorjahr von Fr. 14'500'000.– verblieb ein Bilanzgewinn von rund Fr. 29'170'000.–. Der Verwaltungsrat der X._____ AG beantragte der Generalversammlung gestützt auf den ausgewiesenen Gewinn die Ausschüttung einer Dividende von Fr. 28'500'000.–.

A.c. In der Bilanz der X._____ AG per Ende 2000 wurden als Aktiven unter anderem konzerninterne Darlehen in Höhe von Fr. 23'650'000.– ausgewiesen. Diese bestanden aus einem Guthaben von Festgeldanlagen

gegenüber der A.Z._____ AG in der Höhe von rund Fr. 7'150'000.– sowie einem Guthaben gegenüber der D.Z._____ von Fr. 16'500'000.–. Die niederländische D.Z._____ führte einen konzerninternen Cash Pool. Die angeschlossenen Konzerngesellschaften unterhielten bei derselben Bank wie die D.Z._____ (Pool-Bank) individuelle Konten, die regelmässig - am Ende eines Arbeitstages - in der Weise ausgeglichen wurden, dass bei einem negativen Saldo des individuellen Kontos eine entsprechende Gutschrift aus dem Konto der D.Z._____ erfolgte und ein Überschuss des individuellen Kontos der teilnehmenden Gesellschaft auf das Konto der Poolführerin überwiesen wurde.

A.d. Die Beklagte prüfte im Frühjahr 2001 den Jahresabschluss der Klägerin per Ende Dezember 2000 und bestätigte die Gesetzmässigkeit und Statutenkonformität des Antrags auf Ausschüttung einer Dividende von Fr. 28'500'000.– in ihrem Revisionsbericht vom 12. April 2001. Der Verwaltungsratspräsident der Klägerin beantragte der Generalversammlung (Universalversammlung) vom 20. April 2001, es sei eine Dividende von Fr. 28'500'000.– auszuschütten. Der Antrag wurde angenommen, worauf die einzige Aktionärin der X._____ AG am 28. Juni 2001 eine Gutschrift von Fr. 28'500'000.– im Rahmen des Cash Pools erhielt.

A.e. Die Klägerin macht geltend, die Dividende an ihre Alleinaktionärin hätte bei zutreffender Berücksichtigung der Darlehen an die Konzerngesellschaften als Eigenkapital nur Fr. 6'770'000.– statt der ausgerichteten Fr. 28'500'000.– betragen dürfen. Die Beklagte habe die Rechtmässigkeit der um Fr. 21'730'000.– zu hohen Dividende pflichtwidrig bestätigt.

A.f. Die Cash-Pool-Leaderin D.Z._____ fiel in der Folge in Konkurs. Die Klägerin macht geltend, sie hätte eine um Fr. 4'068'330.50 höhere Konkursdividende erhalten, wenn der ihrer Alleinaktionärin rechtswidrig ausbezahlte Betrag von Fr. 21'730'000.– im Cash Pool verblieben wäre.

B.

B.a. Mit Klage vom 18. Dezember 2008 beantragte die X._____ AG in Nachlassliquidation dem Handelsgericht des Kantons Zürich, es sei die Y._____ AG zu verurteilen, ihr Fr. 4'519'500.– zuzüglich Zins zu 5% seit 20. April 2001 zu bezahlen.

Die Klägerin brachte im Wesentlichen vor, die Beklagte habe sich mit ihrer vorbehaltlosen Genehmigung der überhöhten Dividende aus aktienrechtlicher Verantwortung haftbar gemacht. Sie habe in ihrem Revisionsbericht nicht auf einen Verstoss gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr gemäss Art. 680 OR und nicht auf die fehlende Liquidität sowie die Notwendigkeit von Wertberichtigungen auf den Konzernforderungen hingewiesen.

B.b. Das Handelsgericht des Kantons Zürich wies die Klage mit Urteil vom 9. März 2012 ab.

In seiner Urteilsbegründung stellte das Gericht (in unübersichtlicher Weise) die Lehrmeinungen zu den von der Klägerin behaupteten Pflichtverletzungen der beklagten Revisionsstelle zusammen, um schliesslich offen zu lassen, ob die Beklagte vorliegend ihre Pflichten verletzt habe. Das Handelsgericht des Kantons Zürich fasste ausserdem die Parteistandpunkte zu den kontroversen Fragen zusammen, ohne dazu Stellung zu nehmen. Die Klage wurde abgewiesen mit folgendem Fazit der Begründung:

Äufgrund der Tatsache, dass die Dividende mittels Guthaben im Cash Pool bezahlt wurde, entfällt eine Haftung der Beklagten, selbst wenn sie ihre Pflichten verletzt haben sollte. Dazu führen Überlegungen im Zusammenhang mit dem Kausalzusammenhang. Der Schaden wäre genau gleich bei rechtmässigem Alternativverhalten der Beklagten eingetreten; er steht in keinem Rechtswidrigkeitszusammenhang mit den allenfalls verletzten Schutznormen und ist bei Prüfung der hypothetischen Kausalität der vorgeworfenen Unterlassungen nicht auf die behauptete Pflichtverletzung zurückzuführen.¨

C.

Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt die Klägerin dem Bundesgericht, es sei das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 9. März 2012 aufzuheben und die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, ihr Fr. 4'519'500.– zuzüglich 5% Zins seit 20. April 2001 zu bezahlen (Ziffer 1), eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Ziffer 2). Die Beschwerdeführerin stellt ausserdem die prozessualen Anträge, es sei der Beschwerdegegnerin keine längere Frist zur Antwort einzuräumen als der Beschwerdeführerin selbst gesetzlich zur Begründung ihrer Beschwerde zur Verfügung stehe.

Die Beschwerdeführerin bringt in der Sache vor, das Handelsgericht habe mit der Annahme eines rechtmässigen Alternativverhaltens die Verhandlungsmaxime verletzt und das vom Handelsgericht skizzierte alternative Verhalten wäre nicht rechtmässig gewesen, insbesondere gehe das Handelsgericht - das sich mit den Voraussetzungen insoweit ungenügend auseinandersetze - zu Unrecht von der Möglichkeit zur Ausschüttung einer à conto -Dividende oder einer Naturaldividende aus. Mit der Verneinung des Rechtswidrigkeitszusammenhangs wende das Handelsgericht sodann die Schutzzwecktheorie falsch an und der vom Handelsgericht allein gestützt auf die allgemeine Lebenserfahrung gezogene Schluss zur Kausalität von Unterlassungen sei unhaltbar. Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin die Verweigerung ihres rechtlichen Gehörs, indem die Vorinstanz ohne Konsultation der Parteien angenommen habe, dass ihr die Möglichkeit offen gestanden hätte, eine à conto - oder Naturaldividende in der Höhe der tatsächlich bezahlten Dividende auszuschütten und indem sie unterlassen habe, die Folgerungen im Zusammenhang mit den behaupteten Bonitäts-, Liquiditäts- und Wertberichtigungsproblemen zu begründen.

D.

Die Beschwerdegegnerin beantragt in ihrer Vernehmlassung eine Ergänzung des von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalts und gestützt darauf mit eigener Begründung die Bestätigung des angefochtenen Urteils und die Abweisung der in der Beschwerde vorgebrachten Rügen.
Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet.

Erwägungen:

1.

Das Bundesgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob ein Rechtsmittel zulässig ist (BGE 137 III 417 E. 1; 136 II 101 E. 1, 470 E. 1; 135 III 212 E. 1).

1.1. Die Beschwerde richtet sich gegen einen Endentscheid (Art. 90 BGG) in einer Zivilsache (Art. 72 Abs. 1 BGG), der von einem oberen kantonalen Gericht erging, das als Fachgericht für handelsrechtliche Streitigkeiten und einzige kantonale Instanz eingesetzt ist (Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG), ist innert der Beschwerdefrist (Art. 100 BGG) von der mit ihren Rechtsbegehren unterlegenen Partei (Art. 76 Abs. 1 BGG) eingereicht worden und bei der Streitsache handelt es sich um eine Zivilsache (Art. 72 BGG) mit einem Fr. 30'000.– übersteigenden Streitwert (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG).

1.2. Die Beschwerde hat einen Antrag zu enthalten, der zu begründen ist (Art. 42 BGG).
Die Beschwerdeführerin wiederholt in ihrer Eingabe an das Bundesgericht das vor der Vorinstanz gestellte Begehren, die Beschwerdegegnerin sei zur Bezahlung von Fr. 4'519'500.– zuzüglich 5% Zins seit 20. April 2001 zu verurteilen. Die Beschwerdeführerin hält in der Begründung ihrer Beschwerdeschrift daran fest, dass sie als Gläubigerin im Konkursverfahren der D.Z._____ ohne die behauptete Pflichtverletzung der Beschwerdegegnerin eine höhere Konkursdividende erhalten hätte. Die Differenz zu dieser höheren Konkursdividende beträgt nach der unbestrittenen Feststellung der Vorinstanz Fr. 4'068'330.50. Der Beschwerde ist keine Begründung für den im Rechtsbegehren angeführten höheren Betrag zu entnehmen, weshalb insoweit auf die Beschwerde nicht einzutreten ist. Da die Sachverhaltsfeststellungen im angefochtenen Urteil jedoch nicht ausreichen für einen reformatorischen Entscheid, ist die Sache im Falle der Gutheissung ohnehin an die Vorinstanz zurückzuweisen.

1.3. Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). Öffensichtlich unrichtigb̈edeutet dabei ẅillkürlich(̈BGE 135 III 397 E. 1.5). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein (Art. 97 Abs. 1 BGG). Die Beschwerdeführerin, welche die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substanziiert aufzeigen, inwiefern die gerügten Feststellungen bzw. die Unterlassung von Feststellungen offensichtlich unrichtig sind oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruhen (vgl. BGE 136 III 508 E. 1.2; 133 III 249 E. 1.4.3 S. 255; 133 III 350 E. 1.3, 393 E. 7.1, 462 E. 2.4). Soweit die Beschwerdeführerin den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat (Urteile 4A 214/2008 vom 9. Juli 2008 E. 1.2, nicht publ. in: BGE 134
III 570; 4A 470/2009 vom 18. Februar 2010 E. 1.2). Überdies ist in der Beschwerde darzutun, inwiefern die Behebung des gerügten Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG; BGE 135 I 19 E. 2.2.2).

1.4.

1.4.1. Die Beschwerdegegnerin beantragt in ihrer Vernehmlassung eine Ergänzung des von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalts. Sie wendet sich dagegen, dass sie nur behauptet habe, im Zeitpunkt der Abgabe ihres Revisionsberichtes seien die per 31. Dezember 2000 als Aktionärsdarlehen bezeichneten Forderungen der Beschwerdeführerin gegen die A.Z._____ AG und die D.Z._____ vollständig getilgt gewesen. Sie rügt, die Vorinstanz habe dies in Verletzung von Art. 9 BV nur als Behauptung und nicht als Tatsache festgestellt, obwohl nach dem im vorliegenden Verfahren noch massgebenden zürcherischen Zivilprozessrecht unbestrittene Behauptungen als erwiesen gälten und die Beschwerdeführerin die Behauptung nicht bestritten habe. Da eine Pflichtverletzung nach den insoweit zutreffenden Ausführungen des Handelsgerichts nicht vorliegen würde, wenn sie die Dividendenausschüttung nur unter der Bedingung genehmigt hätte, dass keine gleichzeitige und damit doppelte Verwendung des Eigenkapitals stattfinden (d.h. nicht einerseits für Aktionärsdarlehen verwendet und anderseits als Dividende ausgeschüttet werden) dürfe, so würde nach Ansicht der Beschwerdegegnerin die behauptete Pflichtverletzung ohne weiteres entfallen, wenn im Zeitpunkt der
Erstattung des Revisionsberichtes bzw. der Genehmigung des Dividendenantrags durch die Generalversammlung die Konzerndarlehen zurückbezahlt waren.

1.4.2. Da das Bundesgericht unter Beachtung des Verbotes der reformatio in peiuseine Beschwerde auch mit einer gegenüber dem angefochtenen Entscheid abweichenden Begründung abweisen kann, bleibt es der Beschwerdegegnerin unbenommen, an den vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen Kritik zu üben und insoweit eine abweichende Begründung vorzubringen. Ob die beantragte Ergänzung des Sachverhalts angesichts des Stichtagprinzips für die Entscheidung indessen erheblich ist, nachdem die Beschwerdegegnerin nicht behauptet, sie habe im Hinblick auf die Gewinnausschüttung einen Zwischenabschluss erstellt, sei dahingestellt. Im Falle der Gutheissung der Beschwerde käme ohnehin nur eine Rückweisung der Streitsache an die Vorinstanz in Betracht. Es ist aus diesem Grund auch kein zweiter Schriftenwechsel anzuordnen, um der Beschwerdeführerin Gelegenheit zu geben, zur Kritik der Beschwerdegegnerin Stellung zu nehmen.

2.

Das Handelsgericht hat die Guthaben der Beschwerdeführerin gegenüber der Cash-Pool-Leaderin D.Z._____ am Bilanzstichtag vom 31. Dezember 2000 zutreffend als Darlehen qualifiziert. Es hat nicht geprüft, ob die Bewertung dieses Darlehens zum Nominalwert korrekt erfolgte oder ob unter Berücksichtigung der Bonität der Schuldnerin und allfälliger Darlehens-Bedingungen (Weitergabe der Liquidität an andere Konzerngesellschaften) Rückstellungen erforderlich gewesen wären. Es ist vielmehr davon ausgegangen, dass die D.Z._____ als Konzerngesellschaft der Beschwerdeführerin nahestand und das Darlehen daher an eine nahestehende Dritte gewährt wurde. Es hat angenommen, dass dieses Darlehen ebenso wie die Darlehen an Aktionäre oder andere Gesellschaften desselben Konzerns hinsichtlich der Ausschüttung der Dividende grundsätzlich dem Eigenka-

pital gleich zu stellen sei. Die Vorinstanz hat letztlich offen gelassen, ob die Beschwerdegegnerin ihre Pflichten als RevisionsstelIe verletzt hat, indem sie eine Dividendenausschüttung ohne Rücksicht auf die ausstehenden Darlehen an andere Konzerngesellschaften vorbehaltlos genehmigt hat. Sie hat angenommen, dass der Schaden, dessen Ersatz die Beschwerdeführerin beansprucht, nicht kausal darauf
zurückzuführen ist, dass die Beschwerdegegnerin die Höhe der von der Beschwerdeführerin für das Jahr 2000 an ihre Alleinaktionärin ausgeschütteten Dividende unbeanstandet gelassen hat. Die Vorinstanz hat dabei in drei selbständigen Alternativbegründungen - welche die Beschwerdeführerin richtigerweise alle beanstandet (BGE 138 I 197 E. 4.1.4 S. 100) - angenommen, die Beschwerdegegnerin hätte erstens mit einem rechtmässigen Alternativverhalten denselben Zustand erreichen können, es fehle zweitens am Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen den allenfalls verletzten Normen und dem entstandenen Schaden und die Beschwerdeführerin hätte drittens die Dividende in rechtmässiger anderer Art ausgeschüttet, wenn im Revisionsbericht auf die Problematik hingewiesen worden wäre.

3.

Gegen die erste Begründung - welcher auch die Beschwerdegegnerin in ihrer Vernehmlassung nicht vorbehaltlos zu folgen vermag - macht die Beschwerdeführerin geltend, das Handelsgericht habe das hier noch anwendbare zürcherische Zivilprozessrecht willkürlich angewandt, indem es ein Alternativverhalten unterstellt habe, das die Beschwerdegegnerin gar nicht behauptet hatte. Die Beschwerdeführerin macht überdies geltend, das im angefochtenen Urteil dargestellte alternative Verhalten wäre nicht rechtmässig gewesen, denn die Beschwerdegegnerin hätte sich auch mit diesem Verhalten nach Art. 755 OR verantwortlich gemacht.

3.1. Das Handelsgericht hat im angefochtenen Urteil in einer ersten selbständigen Begründung angenommen, die Verwaltung der Beschwerdeführerin hätte die von der Beschwerdegegnerin möglicherweise rechtswidrig genehmigte Dividende von 28,5 Mio. Franken auch als zulässige à conto - oder Natural-Dividende ausrichten können. Das Gericht hält im angefochtenen Urteil dafür, die umstrittene Dividendenausschüttung wäre zulässig gewesen, wenn sie von der Bedingung abhängig gemacht worden wäre, dass keine gleichzeitige und damit doppelte Verwendung des verfügbaren Eigenkapitals stattfinden dürfe bzw. dass die Dividende nur unter der Bedingung der Verwendung zur Bezahlung bzw. der Verrechnung mit Aktionärsdarlehen bezahlt werden dürfe. Nach Ansicht der Vorinstanz wäre diese Bedingung eingehalten worden mit der Bezahlung der Dividende aus dem Cash Pool, da die Beschwerdeführerin im Zeitpunkt der Zahlung ein genügend hohes Guthaben in diesem Pool hatte. Wollte man - so die Vorinstanz abschliessend - den Sachverhalt aufgrund der fehlenden Identität des Darlehensnehmers und des Dividendenempfängers nicht der Ausschüttung mittels à conto -Dividende gleichstellen, so wäre die Ausschüttung als Naturaldividende möglich gewesen; die Forderung
gegenüber dem Cash Pool bzw. deren Teilnehmern sei diesfalls als Sachwert ausgeschüttet worden.

3.2. Eines der wichtigsten Prinzipien des Aktienrechts ist der Kapitalschutz (BGE 132 III 668 E. 3.2 S. 673). In dessen Dienst steht eine ganze Reihe zwingender Bestimmungen, mit denen sichergestellt werden soll, dass der AG stets ein Reinvermögen - d.h. Aktiven minus Fremdkapital - mindestens im Umfang von Grundkapital und gebundenen Reserven erhalten bleibt (BGE 117 IV 259 E. 5a m.H.). Dazu gehört unter anderem das in Art. 680 Abs. 2 OR verankerte Verbot der Einlagenrückgewähr (Urteile 4A 496/2010 vom 14. Februar 2011 E. 2.1, publ. in: Pra 2011 S. 828 ff.; 4A 188/2007 vom 13. September 2007 E. 4.3.2). Nach dieser Norm steht dem Aktionär kein Recht zu, den (für die Liberierung seiner Aktien) eingezahlten Betrag zurückzufordern, woraus die Rechtsprechung ein Kapitalrückzahlungsverbot ableitet, welches auch die Gesellschaft bindet (BGE 61 I 147; Urteil 4A 496/2010 vom 14. Februar 2011 E. 2.1, publ. in: Pra 2011 S. 828 ff.). Ausser bei der Herabsetzung des Aktienkapitals nach Art. 732 ff. OR ist die Rückzahlung von Aktienkapital an einen Aktionär unzulässig und ein gleichwohl ausbezahlter Betrag muss zurückerstattet werden (BGE 109 II 128 E. 2 S. 129; 87 II 181 E. 9). Im Dienste des Kapitalschutzes stehen weiter die Vorschriften
über die Dividendenausschüttung (Peter Kurer/Christian Kurer, in: Basler Kommentar, 4. Aufl., 2011, N. 2 zu Art. 675 OR; Druey/Glanzmann, Gesellschafts- und Handelsrecht, 10. Aufl., 2010, § 8 N. 33 ff.). Der verhältnismässige Anteil am Bilanzgewinn, der jedem Aktionär nach Art. 660 OR zusteht, darf nur aus dem Bilanzgewinn und aus hiefür gebildeten Reserven ausgerichtet werden (Art. 675 Abs. 2 OR). Der mit dieser Regel verfolgte Schutz vor ungerechtfertigten Eigenkapitalentnahmen, der u.a. durch strenge formelle Anforderungen an einen

Dividendenbeschluss sichergestellt wird, dient nicht nur den Interessen der Gesellschaftsgläubiger, sondern auch den Interessen der Gesellschaft selbst, allfälliger Minderheitsaktionäre sowie weiterer Wirtschaftsteilnehmer (KURER/KURER, a.a.O., N. 6 zu Art. 675 OR; BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., 2009, § 12 N. 515, 518). Dabei versieht die Revisionsstelle eine zentrale Funktion: Sie hat die Korrektheit und Rechtmässigkeit der Bilanz als Grundlage für die Gewinnausschüttungen zu prüfen und den zuständigen Organen, namentlich der Generalversammlung, zu bestätigen, dass ein Bilanzgewinn zur Verfügung steht, der rechtmässig als Dividende in der beabsichtigten Höhe ausgeschüttet werden kann.
Ausschüttungen an die Aktionäre, die sich nicht auf eine revidierte und genehmigte Jahresbilanz stützen, sind rechtswidrig (FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, 1996, § 40 N. 54 ff.; BÖCKLI, a.a.O., § 12 N. 521, 532). Soweit ausnahmsweise eine Dividendenausschüttung während des Geschäftsjahres als zulässig erachtet wird, ist stets vorausgesetzt, dass der für die Ausschüttung verwendete Betrag auf einer revidierten und genehmigten Bilanz beruht (BÖCKLI, a.a.O., § 12 N. 532; KURER/KURER, a.a.O., N. 35 zu Art. 675 OR).

3.3. Der Vorinstanz kann nicht gefolgt werden, wenn sie annimmt, die umstrittene Gewinnausschüttung hätte rechtmässig in Form einer à conto -Dividende ausgerichtet werden können. Unter einer à conto -Dividende wird in der Literatur ein Vorschuss bezeichnet, den die Gesellschaft ihren Aktionären auf Anrechnung der bevorstehenden Dividende leistet. Dabei handelt es sich um ein (kurzfristiges) Darlehen, das später mit der formell korrekt von der Generalversammlung beschlossenen Dividende verrechnet werden soll (BÖCKLI, a.a.O., § 12 N. 533; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, a.a.O., § 40 N. 57 f.; KURER/ KURER, a.a.O., N. 37 zu Art. 675 OR). Im vorliegenden Fall steht jedoch gerade die formelle Genehmigung der Dividende durch die Generalversammlung zur Diskussion, für welche die Beschwerdegegnerin den umstrittenen Revisionsbericht erstellte. Es ist nicht nachvollziehbar, inwiefern die aufgrund des Revisionsberichtes vom 12. April 2001 zur Bilanz Ende 2000 am 20. April 2001 beschlossene und am 28. Juni 2001 gutgeschriebene Dividende als à conto -Leistung auf die bereits beschlossene Dividende qualifiziert werden könnte. Soweit die Vorinstanz annimmt, eine Verrechnung mit einem entsprechenden Darlehen an die Alleinaktionärin wäre
rechtmässig gewesen, fehlen tatsächliche Feststellungen. Denn nach den Feststellungen im angefochtenen Urteil steht nicht fest, dass in der massgebenden Bilanz per 31. Dezember 2000 ein Darlehen an die Alleinaktionärin der Beschwerdeführerin ausgewiesen worden wäre. Nach den Feststellungen der Vorinstanz handelte es sich dabei vielmehr um Darlehen an die Pool-Leaderin D.Z._____ einerseits und um Festgelder an die Holding andererseits. Eine Verrechnung stand daher mangels Gegenseitigkeit im Zeitpunkt der Erstellung des Revisionsberichts nicht in Aussicht. Es fehlt im angefochtenen Urteil jede Feststellung, wann und in welcher Form die Beschwerdeführerin Leistungen an ihre Alleinaktionärin erbracht haben könnte, die in der Bilanz konkret ausgewiesen und mit denen eine Verrechnung hätte möglich sein sollten.

3.4. Der Vorinstanz kann auch nicht gefolgt werden, wenn sie aufgrund ihrer beschränkten Sachverhaltsfeststellungen annimmt, die umstrittene Ausschüttung hätte von der Revisionsstelle in Form einer Natural- oder Sachdividende genehmigt werden können. Unter einer Natural- oder Sachdividende wird die Gewinnverteilung an die Aktionäre nicht in Geld, sondern in Sachleistungen verstanden (BÖCKLI, a.a.O., § 12 N. 536; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, a.a.O., § 40 N. 64 ff.; KURER/ KURER, a.a.O., N. 33 zu Art. 675 OR). Der Begründung im angefochtenen Urteil kann freilich nicht ansatzweise entnommen werden, weshalb sich die Beschwerdeführerin ihrer im Cash Pool gebundenen Mittel zugunsten ihrer Muttergesellschaft hätte entäussern dürfen. Es fehlen jegliche Feststellungen darüber, welche konkreten Verpflichtungen die Beschwerdeführerin mit ihrer Teilnahme am Cash Pool einging und wie sich die finanzielle Lage der Beschwerdeführerin vor und nach der Gewinnentnahme präsentierte. Es ist jedenfalls nicht festgestellt, dass die Beschwerdeführerin nach der Übertragung ihrer Guthaben im Rahmen des Pools an ihre Aktionärin mit ihren verbleibenden Mitteln nicht mehr an diesem Pool teilgenommen hätte. Im Gegenteil beansprucht die Beschwerdeführerin
mit ihrer Klage eine angeblich entgangene Dividende im Konkurs der Pool-Leaderin, was ihre Teilnahme an diesem Cash Pool bis zum Konkurs der Leaderin voraussetzt. Unter diesen Umständen ist nicht nachvollziehbar, auf welche Weise durch die Ausschüttung der Dividende Darlehen an nahestehende (Konzern-) Gesellschaften in entsprechender Höhe reduziert worden wären, wie die Vorinstanz offenbar annimmt.

3.5. Da den Feststellungen im angefochtenen Urteil nicht entnommen werden kann, dass mit der Ausschüttung

der umstrittenen Dividende gleichzeitig Darlehen an andere Konzern-Gesellschaften in entsprechender Höhe reduziert werden konnten, kann offen bleiben, ob die Beschwerdegegnerin ihre Sorgfaltspflichten gewahrt hätte, wenn sie die umstrittene Dividende unter diesem Vorbehalt genehmigt hätte. Ebenso kann offen bleiben, ob die Vorinstanz im Rahmen der Rechtsanwendung von Amtes wegen ein rechtmässiges Alternativverhalten der Beschwerdeführerin bzw. ihrer Organe bei der Gewinnausschüttung für das Geschäftsjahr 2000 annehmen durfte oder ob es dazu tatsächlicher Behauptungen der Beschwerdegegnerin zu einem möglichen Vorgehen bedurft hätte. Für ein rechtmässiges Alternativverhalten der für die Gewinnausschüttung verantwortlichen Organe fehlen jedenfalls die tatsächlichen Feststellungen. Denn dass die Beschwerdeführerin die Dividende ihrer Alleinaktionärin in der Weise ausrichtete, dass sie ihr ein Guthaben im Rahmen des konzerninternen Cash Pools überwies, begründet keine rechtmässige Alternative. Diese Art der Gewinnausschüttung erscheint vielmehr zunächst als blosse Zahlungsmodalität. Sie schliesst nicht aus, dass die
Beschwerdeführerin sich damit liquider Mittel entäusserte, die sie zur Dividendenzahlung nicht verwenden durfte.

4.

Die Beschwerdeführerin beanstandet sodann die zweite Begründung des Handelsgerichts, wonach der Rechtswidrigkeitszusammenhang fehle.

4.1. Das Handelsgericht geht in diesem Zusammenhang davon aus, eine Pflichtverletzung der Beschwerdegegnerin würde sich nur ergeben, wenn diese das verwendbare Eigenkapital einerseits zur Ausschüttung als Dividende, anderseits aber nochmals in Form von Aktionärsdarlehen hätte abfliessen lassen, ohne Bonitäts-, Liquiditäts- und Wertberichtigungsfragen zu prüfen. Das Handelsgericht hält darauf jedoch fest, dass ein gleichzeitiger Abfluss gerade nicht stattgefunden habe. Das Gericht begründet dies damit, dass sich im Umfang der Dividendenausschüttung zeitgleich die Aktionärsdarlehen reduziert hätten, als die Dividende mittels Guthaben im Cash Pool bezahlt wurde. Da ein allfälliges Verbot der doppelten Verwendung der Berechnungsgrösse verwendbares Eigenkapital nach den Erwägungen im angefochtenen Urteil vor Schädigungen des Vermögens aufgrund solcher doppelter Verwendung schützen sollen, habe sich gerade dieses Risiko nicht verwirklicht, da die Dividende mittels Aktionärsdarlehen bezahlt worden sei.

4.2. Die Verpflichtungen der Revisionsstelle bei der Vorbereitung des Generalversammlungsbeschlusses über die Dividende auf Antrag des Verwaltungsrates dienen dem Schutz des Eigenkapitals und damit der Wahrung der Interessen der Gesellschaftsgläubiger, allfälliger Minderheitsaktionäre sowie weiterer Wirtschaftsteilnehmer (oben E. 3.2). Wird aufgrund eines fehlerhaften Revisionsberichts die Ausschüttung einer Dividende genehmigt, fliessen Mittel aus dem Gesellschaftsvermögen ohne (direkte) Gegenleistung ab. Dies liegt, wie die Vorinstanz bemerkt, im Wesen der Dividende. Gemäss der Vorinstanz wurde die aufgrund des Revisionsberichts der Beschwerdegegnerin beschlossene Dividende ausgeschüttet, indem die Beschwerdeführerin ihrer Alleinaktionärin im Rahmen des Cash Pools ein Guthaben überliess, über das sie in diesem Zeitpunkt verfügte. Wie oben in E. 3.3 f. ausgeführt, lässt sich den Feststellungen im angefochtenen Urteil jedoch gerade nicht entnehmen, dass mit der Ausschüttung der umstrittenen Dividende gleichzeitig Darlehen an andere Konzern-Gesellschaften in entsprechender Höhe tatsächlich reduziert werden konnten. Der Begründung der Vorinstanz, dass sich im Umfang der Dividendenausschüttung zeitgleich die Aktionärsdarlehen
reduziert hätten, ist damit die Grundlage entzogen. Die Beschwerdeführerin rügt die schwer nachvollziehbaren Erwägungen der Vorinstanz zutreffend als bundesrechtswidrig.

5.

Schliesslich hat die Vorinstanz in ihrer dritten Alternativbegründung angenommen, bei den Pflichtverletzungen, welche der Beschwerdegegnerin vorgeworfen werden, handle es sich um Unterlassungen. Sie geht sinngemäss auch hier davon aus, die Beschwerdegegnerin habe ihre Pflichten nicht dadurch verletzt, dass sie die Erklärung abgegeben hat, die vom Verwaltungsrat beantragte Dividendenausschüttung sei rechtskonform. Die Vorinstanz unterstellt auch hier sinngemäss, die Revisionsstelle hätte ihre Pflichten nicht verletzt, wenn sie darauf hingewiesen hätte, dass das verwendbare Eigenkapital nicht sowohl für Aktionärsdarlehen als auch für eine

Dividendenausschüttung verwendet werden kann, sowie dass sich Bonitäts- und Liquiditätsprobleme ergeben und Wertberichtigungsbedarf bestehen könnten. Die Vorinstanz kommt im angefochtenen Urteil zum Schluss, die Unterlassung einer entsprechenden Anmerkung hätte im Ergebnis nichts geändert, weil die Organe der Beschwerdeführerin nach legalen Möglichkeiten zur entsprechenden Gewinnausschüttung gesucht und diese auch zur Verfügung gestanden hätten. Da aufgrund der Feststellungen der Vorinstanz indessen gerade nicht geschlossen werden kann, die Gewinnausschüttung hätte in anderer Form rechtmässig
erfolgen können (oben E. 3), entbehrt auch die dritte Alternativbegründung der Grundlage. Weder die Annahmen zu den eingeschränkt definierten Pflichten der Beschwerdegegnerin noch zum hypothetischen Verhalten der Organe der Beschwerdeführerin bedürfen daher näherer Erörterung.

6.

Die Beschwerde ist begründet. Die Urteilsbegründung im angefochtenen Entscheid vermag die Abweisung der Klage nicht zu stützen.

Die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz reichen im Übrigen nicht aus für eine Beurteilung der Klage (Art. 112 Abs. 1 BGG). Die Sache ist daher an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie den rechtserheblichen Sachverhalt erhebe und neu entscheide (Art. 112 Abs. 3 BGG).
Dem Verfahrensausgang entsprechend wird die Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 9. März 2012 wird aufgehoben. Die Sache wird zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.
Die Gerichtskosten von Fr. 25'000.– werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.

3.
Die Beschwerdegegnerin hat die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 28'000.– zu entschädigen.

4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Handelsgericht des Kantons Zürich schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 7. Januar 2013

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Klett

Der Gerichtsschreiber: Hurni