

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

4A 36/2021

Urteil vom 1. November 2021

I. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung  
Bundesrichterin Hohl, Präsidentin,  
Bundesrichterinnen Kiss, Niquille,  
Bundesrichter Rüedi,  
Bundesrichterin May Canellas,  
Gerichtsschreiber Gross.

Verfahrensbeteiligte  
A.A. \_\_\_\_\_ Ltd. SPC,  
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Marcel Lustenberger,  
Beschwerdeführerin,

gegen

B. \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwalt Georg Umbricht und Rechtsanwältin Corina Stump  
Beschwerdegegner.

Gegenstand  
aktienrechtliche Verantwortlichkeit; Aktivlegitimation, Schaden,

Beschwerde gegen das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 1. Dezember 2020 (HG170213-O).

Sachverhalt:

A.

A.a. Die A.A. \_\_\_\_\_ Ltd. SPC (Klägerin, Beschwerdeführerin) ist eine in T. \_\_\_\_\_ als sogenannte "open ended investment Company" domizilierte Investmentfondsgesellschaft, die verschiedene Unterfonds hält. Diese Unterfonds sind nicht als juristische Personen ausgestaltet. Sie verwalten ihr Vermögen separat und damit von den übrigen Unterfonds getrennt. Es handelt sich hierbei um eine Art Sondervermögen, auf das weder die Gläubiger der Klägerin noch die Gläubiger anderer Unterfonds zugreifen können. Vorliegend von Bedeutung ist der Unterfonds der Klägerin mit der Bezeichnung "X. \_\_\_\_\_-Fonds", der primär die Beteiligung an Immobilienprojekten in Afrika, insbesondere in U. \_\_\_\_\_, bezweckt.

B. \_\_\_\_\_ (Beklagter, Beschwerdegegner), war bis am 1. März 2016 Verwaltungsratspräsident der C. \_\_\_\_\_ AG, deren Hauptzweck die Erbringung von Administrations- und Beratungsdienstleistungen für und im Zusammenhang mit ausländischen kollektiven Kapitalanlagen ist.

A.b. Am 17. Mai 2011 schloss die Klägerin mit der C. \_\_\_\_\_ AG ein Administrative Services Agreement (nachfolgend: Administrative Agreement), worin die C. \_\_\_\_\_ AG zum Administrator des X. \_\_\_\_\_-Fonds ernannt und mit dessen Verwaltung beauftragt wurde. Zu diesem Zweck wurde sie bevollmächtigt, Zahlungen von den Konten der Klägerin zu tätigen (insbesondere solche, die auf vertraglicher Vereinbarung beruhen oder mit dem Investment Manager abgesprochen werden). Investment Manager war die A.B. \_\_\_\_\_ Ltd.

Die D. \_\_\_\_\_ AG mit Sitz in V. \_\_\_\_\_ verwaltet als Investment Managerin das Vermögen der Nationalbank von U. \_\_\_\_\_. Sie zeichnete im Rahmen dieser Tätigkeit für die Nationalbank von U. \_\_\_\_\_ 25'000 Einheiten (Units) am X. \_\_\_\_\_-Fonds zu je USD 1'000.-- und überwies entsprechend am 29. Juli 2011 USD 25 Mio. in den X. \_\_\_\_\_-Fonds der Klägerin. In der Folge

wurden seitens der C.\_\_\_\_\_ AG die Klägerin und die D.\_\_\_\_\_ AG regelmässig mit Kontoauszügen des X.\_\_\_\_\_ -Fonds dokumentiert.

A.c. Anfang Oktober 2015 entschieden die Klägerin und die D.\_\_\_\_\_ AG, die Rückzahlung der X.\_\_\_\_\_ -Fonds-Anteile zu verlangen. Der von der C.\_\_\_\_\_ AG der Klägerin zugestellte Kontoauszug für den X.\_\_\_\_\_ -Fonds wies per 14. Oktober 2015 ein Guthaben von USD 26'727'154.58 aus. Am 16. Oktober 2015 bestätigte die C.\_\_\_\_\_ AG zwar die Rückzahlung über USD 26'524'130.-- als Nettovermögenswert, doch teilte der Beklagte der Klägerin daraufhin mit, dass die Rückzahlung noch nicht erfolgen könne, weil es bei der Ausführung der Instruktionen Bedarf für neue Unterlagen gebe, da bei der E.\_\_\_\_\_ Bank AG in W.\_\_\_\_\_ einige Änderungen zu verzeichnen seien. Am 21. Januar 2016 erhielt die D.\_\_\_\_\_ AG von der Klägerin für deren Konto bei der E.\_\_\_\_\_ Bank AG eine Einsichtsvollmacht, von der sie am 18. Februar 2016 Gebrauch machte. Gleichentags teilte der Beklagte dem Verwaltungsratspräsidenten der D.\_\_\_\_\_ AG, Rechtsanwalt F.\_\_\_\_\_, mit, beim X.\_\_\_\_\_ -Fonds würden rund USD 26 Mio. fehlen, weshalb die Rückzahlung nicht ausgeführt werden könne. Ein Teil der Gelder sei durch einen ehemaligen Verwaltungsrat der C.\_\_\_\_\_ AG verspekuliert worden. Gleichzeitig bat er darum, bis zum 29. Februar 2016 auf eine Anzeige oder eine Information Dritter zu verzichten, da die Möglichkeit bestehe, eine vertragliche Vereinbarung zu treffen, die den Verlust im X.\_\_\_\_\_ -Fonds decken könnte. Er werde sich ohnehin aus den Verwaltungsräten der C.\_\_\_\_\_ -Gesellschaften zurückziehen und eine Selbstanzeige bei der Staatsanwaltschaft einreichen. Am 26. Februar 2016 erstattete die D.\_\_\_\_\_ AG beim Bundesamt für Polizei, Meldestelle für Geldwäscherei, eine Verdachtsmeldung, welche diese am 1. März 2016 an die zuständige Strafverfolgungsbehörde weiterleitete. Die Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich führt (e) eine Strafuntersuchung gegen den Beklagten betreffend Veruntreuung, ungetreue Geschäftsbesorgung etc.

B.

Am 7. November 2017 reichte die Klägerin beim Handelsgericht des Kantons Zürich Klage ein und beantragte, der Beklagte sei zu verpflichten, ihr den Betrag von USD 25'800'000.-- nebst Zins zu 5 % seit dem 1. Januar 2013 zu bezahlen. Die Geltendmachung weiteren Schadens wurde vorbehalten. Mit der Replik reduzierte sie den geltend gemachten Betrag auf USD 25'688'901.30 nebst Zins. Die Klägerin machte geltend, der Beklagte habe ab September 2011 bis Oktober 2012 und dann erneut im Oktober 2015 Gelder aus dem X.\_\_\_\_\_ -Fonds veruntreut und sein Handeln mittels gefälschter Bankauszüge verheimlicht. Dafür hafte er, namentlich aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit.

Mit Urteil vom 1. Dezember 2020 entschied das Handelsgericht, die Klage werde im Umfang von USD 111'098.70 nebst Zins zu 5 % seit 1. Januar 2013 als durch Rückzug erledigt abgeschrieben. Im übrigen Umfang von USD 25'688'901.30 wies es die Klage kostenfällig ab. Es wies die Einwände des Beklagten gegen die Aktivlegitimation der Klägerin sowie gegen seine Passivlegitimation zurück. Weiter erwog es, die Klägerin komme ihrer Behauptungs- und Substanziierungslast hinsichtlich des Schadens aus mehreren Gründen nicht nach, weshalb die Klage abzuweisen sei und die übrigen Haftungsvoraussetzungen offenbleiben könnten.

C.

Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 19. Januar 2021 beantragt die Klägerin dem Bundesgericht, das Urteil des Handelsgerichts sei kostenfällig aufzuheben und der Beklagte zu verurteilen, ihr den Betrag von USD 25'688'901.30 nebst Zins zu 5 % seit dem 1. Januar 2013 zu bezahlen. Eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an das Handelsgericht zurückzuweisen.

Der Beschwerdegegner beantragt, die Beschwerde sei kostenfällig abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Das Handelsgericht hat auf Vernehmlassung verzichtet. Die Parteien haben unaufgefordert repliziert und dupliziert.

Mit Präsidialverfügung vom 24. März 2021 wurde das Gesuch um Sicherstellung der Parteientschädigung im Umfang von Fr. 100'000.-- gutgeheissen. In der Folge leistete die Beschwerdeführerin die Sicherheit an die Bundesgerichtskasse.

Erwägungen:

1.

Mit Beschwerde in Zivilsachen können Rechtsverletzungen nach Art. 95 und 96 BGG gerügt werden. Die Beschwerde ist hinreichend zu begründen, ansonsten darauf nicht eingetreten werden kann (BGE 140 III 115 E. 2; 134 II 244 E. 2.1). In der Beschwerdeschrift ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt (Art. 42 Abs. 2 BGG). Unerlässlich ist dabei, dass auf

die Begründung des angefochtenen Entscheids eingegangen und im Einzelnen aufgezeigt wird, worin eine vom Bundesgericht überprüfbare Rechtsverletzung liegt. Die beschwerdeführende Partei soll in der Beschwerde an das Bundesgericht nicht bloss die Rechtsstandpunkte, die sie im kantonalen Verfahren eingenommen hat, erneut bekräftigen, sondern mit ihrer Kritik an den als rechtsfehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz ansetzen (BGE 140 III 115 E. 2, 86 E. 2).

2.

Vor dem Handelsgericht des Kantons Zürich hatte der Beschwerdegegner dessen örtliche und sachliche Zuständigkeit bestritten. Das Handelsgericht hat seine Zuständigkeit in einem Zwischenentscheid vom 6. Juli 2018 bejaht, der nicht angefochten wurde. Zu Recht unbestritten ist sodann auch die Anwendung schweizerischen Rechts.

3.

Der Beschwerdegegner hatte im vorinstanzlichen Verfahren die Aktivlegitimation der Beschwerdeführerin mit vier Einwänden bestritten. Er behauptete erstens, die Beschwerdeführerin sei nicht berechtigt, für den X.\_\_\_\_\_ Fonds zu handeln, zweitens, habe sie freiwillig auf seine persönliche Haftung verzichtet, drittens, habe sie ihre Ansprüche gegenüber der C.\_\_\_\_\_ AG an die G.\_\_\_\_\_ LLC abgetreten und viertens, selbst wenn sie noch Gläubigerin der C.\_\_\_\_\_ AG wäre, könne sie ausserhalb des Konkurses der C.\_\_\_\_\_ AG keine Verantwortlichkeitsansprüche gegen deren Organe erheben. Im Beschwerdeverfahren hält er nur an den beiden zuletzt genannten Einwänden fest. Das Festhalten an diesen beiden Einwänden, mit denen der Beschwerdegegner mit einer andern bzw. zusätzlichen Begründung zu jener der Vorinstanz die Klageabweisung fordert, ist ohne Weiteres zulässig. Es handelt sich dabei entgegen der Beschwerdeführerin nicht um eine unzulässige Anschlussbeschwerde. Eine solche würde vom angefochtenen Urteil abweichende Anträge voraussetzen.

3.1. Nach Art. 754 Abs. 1 OR sind die Mitglieder des Verwaltungsrats und alle mit der Geschäftsleitung oder mit der Liquidation befassten Personen sowohl der Gesellschaft als auch den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen.

3.2. Vorab muss die Natur der von der Beschwerdeführerin als Gläubigerin eingereichten Klage präzisiert werden. Die Klage über die ein Gesellschaftsgläubiger den Organen einer Gesellschaft gegenüber verfügt - und damit auch dessen Aktivlegitimation - hängt von der Art des erlittenen Schadens ab. Gemäss der bundesgerichtlichen Praxis sind hinsichtlich der Aktivlegitimation folgende drei Konstellationen zu unterscheiden:

- (1) die unmittelbare bzw. direkte und ausschliesslich im Vermögen des Gläubigers bzw. des Aktionärs eintretende Schädigung ("dommage direct") (BGE 141 III 112 E. 5.2.1; 132 III 564 E. 3.1.1; 110 II 391 E. 1). Der Aktionär/Gläubiger allein ist klagelegitimiert innerhalb und ausserhalb des Konkurses (BGE 132 III 564 E. 3.2.1 mit Hinweis);
- (2) die mittelbare bzw. indirekte Schädigung, die primär im Vermögen der Gesellschaft und nur reflexartig - zufolge des Konkurses der Gesellschaft - im Vermögen des Gläubigers bzw. des Aktionärs eintritt ("dommage par ricochet [Reflexschaden]"). Die Gesellschaft ist klagelegitimiert (BGE 141 III 112 E. 5.2.2; 132 III 564 E. 3.2.2, mit Hinweisen);
- (3) die Situation, in welcher sowohl die Gesellschaft als auch der Gläubiger und/oder Aktionär unmittelbar bzw. direkt geschädigt sind (BGE 141 III 112 E. 5.2.3; 132 III 564 E. 3.1.3). Hinsichtlich dieser Konstellation hat das Bundesgericht die Klagebefugnis des direkt geschädigten Aktionärs bzw. Gläubigers - jedenfalls für bestimmte Fälle - insofern eingeschränkt, als dieser nur dann seinen direkten Schaden einklagen kann, wenn das Verhalten des Gesellschaftsorgans gegen aktienrechtliche Bestimmungen verstösst, die ausschliesslich dem Gläubiger- oder Aktionärsschutz dienen oder die Schadenersatzpflicht auf einem andern widerrechtlichen Verhalten des Organs im Sinne von Art. 41 OR oder einem Tatbestand der culpa in contrahendo gründet (BGE 141 III 112 E. 5.2.3; 132 III 564 E. 3.2.3, mit Hinweisen). Wann diese Einschränkung überhaupt Anwendung findet, ist vorliegend umstritten (vgl. hiernach E. 3.2.2.2 ff.).

3.2.1. Die Vorinstanz erwog, ausgehend von dem von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Schadenersatzanspruch sei deren Aktivlegitimation zu bejahen. Die durch die C.\_\_\_\_\_ AG bzw. den Beschwerdegegner getätigten Transaktionen hätten sich direkt auf das Vermögen der Beschwerdeführerin ausgewirkt, womit der von ihr geltend gemachte Schaden als unmittelbarer Schaden im Sinne von BGE 132 III 564 E. 3.1.1 bis 3.1.3 zu qualifizieren sei. Strittig sei, ob nebst der Beschwerdeführerin auch die C.\_\_\_\_\_ AG geschädigt sei. Generell berge jedes gläubigerschädigende Organverhalten eine latente Gefahr der Belangung der Gesellschaft mittels

Schadenersatzklage. Würde aufgrund dieser latenten Gefahr nebst der unmittelbaren Schädigung des Gläubigers stets eine unmittelbare Schädigung der Gesellschaft bejaht, so wäre bei Vorliegen einer vertraglichen Beziehung eine unmittelbare und ausschliessliche Schädigung eines Gläubigers (gemäss der Konstellation 1) gar nicht mehr möglich. Denn der Gesellschaft entstünde stets auch ein direkter Schaden, weil sie aufgrund der Haftung für ihre Organe gegenüber dem Gläubiger dafür aufkommen müsse. Gegen die Bejahung einer direkten Schädigung der Gesellschaft (im Sinne der Konstellation 3) spreche, dass

vorläufig für die Gesellschaft (hier die C. \_\_\_\_\_ AG) nur die Gefahr einer Belangung bestehe. Konkret stehe die tatsächliche Schädigung unter der Bedingung einer Klageerhebung gegen die Gesellschaft mit erfolgreichem Ausgang. Für eine unmittelbare Schädigung spreche hingegen, dass ein Schadenersatzanspruch grundsätzlich mit der Entstehung des Schadens (vorliegend mit der Vornahme der angeblich pflichtwidrigen Transaktionen) begründet und fällig werde. Letztlich liess die Vorinstanz offen, ob auch die Gesellschaft (die C. \_\_\_\_\_ AG) direkt geschädigt sei. Denn es handle sich bei der C. \_\_\_\_\_ AG ohnehin nicht um eine konkursite Gesellschaft, weshalb die Beschwerdeführerin ihren unmittelbaren Schaden so oder anders direkt gegenüber den verantwortlichen Organen geltend machen könne. Im (dritten) Fall, wenn sowohl die Gesellschaft wie auch der Gläubiger unmittelbar geschädigt seien, müsse nämlich unterschieden werden, ob sich die Gesellschaft im Konkurs befinde oder aufrecht stehe. Für den Fall, dass die Gesellschaft aufrecht stehe, habe das Bundesgericht die Aktionärs- bzw. Gläubigerklage aus unmittelbarem Schaden nicht begrenzt.

3.2.2. Der Beschwerdegegner bestreitet diese Begründung in doppelter Hinsicht.

3.2.2.1. Er macht erstens geltend, wenn nur ein direkter Schaden der Beschwerdeführerin (Konstellation 1) vorläge, könnte die Beschwerdeführerin Ersatz lediglich auf der Grundlage von Art. 41 OR und nicht gestützt auf Art. 754 ff. OR fordern. Die Beschwerdeführerin habe ihre Klage zwecks Zuständigkeitsbegründung als Verantwortlichkeitsklage "verpackt". Die dadurch begründete Zuständigkeit des Handelsgerichts eröffne ihr aber nicht die Möglichkeit, ihren Anspruch (vor Handelsgericht) auf Art. 41 ff. OR zu stützen.

3.2.2.2. Zweitens argumentiert der Beschwerdegegner, wenn ein Fall der Konkurrenz zwischen direktem Schaden der Gesellschaft und des Gläubigers (Konstellation 3) vorläge, hätte gemäss BGE 132 III 564 E. 3.2.3 sowie 141 III 112 E. 5.2.3 stets die Klage der Gesellschaft Priorität, unabhängig davon, ob sich die Gesellschaft im Konkurs befinde oder nicht. Die Beschwerdeführerin könne also in jedem Fall nur dann auf Ersatz des direkten Schadens klagen, wenn sie ihre Klage mit Art. 41 OR, einer culpa in contrahendo oder einer ausschliesslich zum Schutz der Gläubiger konzipierten Bestimmung des Gesellschaftsrechts begründen könne.

3.2.3. Wie die Vorinstanz zutreffend darlegte, sind typische Fälle der Konstellation 1 (direkter Schaden nur des Gläubigers) solche, in denen ein Gläubiger einer überschuldeten Gesellschaft einen Kredit gewährt, den er bei rechtzeitiger Überschuldungsanzeige nicht gewährt hätte. Hier ist die Gesellschaft nicht nur nicht geschädigt, vielmehr profitiert sie sogar von der zusätzlichen Liquidität (Urteil 4C.198/2000 vom 28. September 2000 E. 4b; vgl. auch den Hinweis auf diesen Entscheid in BGE 142 III 23 E. 4.2.2). Mit der Vorinstanz ist sodann davon auszugehen, dass auch vorliegend die Beschwerdeführerin direkt geschädigt wurde. Dies scheint auch nicht mehr bestritten zu sein. Die Vorinstanz liess, wie erwähnt, lediglich offen, ob auch die Gesellschaft (die C. \_\_\_\_\_ AG) direkt geschädigt sei. Das ist zu bejahen. Schaden ist gleich wie im übrigen Haftpflichtrecht die Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte. Er kann in einer Vermehrung der Passiven, einer Verminderung der Aktiven oder in entgangenem Gewinn bestehen (BGE 145 III 225 E. 4.1.1 mit weiteren Hinweisen). Die Gesellschaft (die C. \_\_\_\_\_ AG) haftet der Beschwerdeführerin für allfälliges pflichtwidriges Verhalten ihres Organs (Art. 55 Abs. 2 ZGB). Sie ist daher ebenfalls direkt geschädigt durch eine Erhöhung ihrer Verpflichtungen. Es liegt hier folglich die Konstellation 3 vor.

3.2.3.1. Das Bundesgericht erwähnte in BGE 131 III 306 diesbezüglich Folgendes: Wenn nebst den Aktionären und Gesellschaftsgläubigern auch die konkursite Gesellschaft direkt geschädigt ist, kann die Individualklage der Aktionäre und Gläubiger in Konkurrenz zu den Ansprüchen der Gesellschaft treten. Nur für diesen Fall hat die Rechtsprechung die Klagebefugnis der Aktionäre und Gläubiger zur Verhinderung eines Wettlaufs zwischen der Konkursverwaltung und den direkt klagenden Gläubigern bzw. Aktionären zur Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen eingeschränkt (BGE 131 III 306 E. 3.1.2). Der Beschwerdegegner scheint davon auszugehen, dass das Bundesgericht in den beiden von ihm zitierten Entscheiden (BGE 132 III 564 E. 3.2.3 sowie 141 III 112 E. 5.2.3) von

dieser Aussage Abstand genommen hat.

Das Bundesgericht hat sich in den beiden Entscheiden nicht explizit dazu geäußert, ob die Priorität der Klage der Gesellschaft in der Konstellation 3 (weiterhin) unabhängig davon gelten soll, ob sich die Gesellschaft im Konkurs befindet oder nicht. Vielmehr bezog sich die Formulierung auf eine Konkurrenz zwischen den Ansprüchen des direkt geschädigten Gläubigers und jenen der Gesellschaft oder der Konkursverwaltung ("compétition entre les actions en responsabilité exercées respectivement par la société ou l'administration de la faillite et par les créanciers directement touchés"; BGE 141 III 112 E. 5.2.3; 132 III 564 E. 3.2.3). Die Formulierung unterscheidet somit nicht zwischen der Gesellschaft und der Konkursverwaltung, womit prima facie abgeleitet werden könnte, die Einschränkung solle auch dann bestehen, wenn die Gesellschaft aufrecht stehe. Eine eigentliche Abkehr von der eingangs zitierten Aussage in BGE 131 III 306 lässt sich aus dieser Formulierung aber - wie nachfolgend dargelegt - nicht ableiten.

In dem auch von der Vorinstanz angeführten BGE 141 III 112 erwog das Bundesgericht, es bestehe sowohl ein Direktschaden des Arbeitnehmers (Verlust des Versicherungsanspruchs zufolge Nichtbezahlung der Taggeld-Versicherungsprämien durch die Arbeitgeberin) als auch ein (Direkt-) Schaden der Gesellschaft/Arbeitgeberin (Haftung gegenüber dem Arbeitnehmer). Obwohl also eine Konkurrenz zwischen dem Anspruch der Gesellschaft und jenem des direkt geschädigten Arbeitnehmers im Sinne der Konstellation 3 festgestellt werden könne, sei diese Konkurrenz aktuell nicht mehr von Bedeutung, da der Konkurs geschlossen und die Gesellschaft im Handelsregister gelöscht worden sei. Der Entscheid ging aber nicht weiter auf diesen Aspekt ein ("Quoi qu'il en soit [...]"), denn im konkreten Fall könne der Gläubiger seinen Anspruch auf Art. 159 StGB und Art. 87 Abs. 3 AHVG stützen, dabei handle es sich um Bestimmungen zum Schutz des Arbeitnehmers (Gläubigers). Dieser sei daher ohne weiteres aktivlegitimiert (BGE 141 III 112 E. 5.3.3 i.V.m. E. 6 [nicht publ.]). In einem kurz darauf ergangenen Entscheid, der allerdings nicht in Fünferbesetzung erging, führte das Bundesgericht erneut aus, mit der Priorität der Klage der Gesellschaft in der Konstellation, in

der gleichzeitig ein direkter Gläubigerschaden vorliege (Konstellation 3), solle eine Konkurrenz zwischen der Gesellschaft einerseits und einzelnen Gläubigern um die meist begrenzten Ressourcen verhindert werden. Das Ziel dieser Rechtsprechung entfalle aber, wenn feststehe, dass die Gesellschaft nicht selber klage (Urteil 4A 26/2015 vom 21. Mai 2015 E. 5.2). In beiden vom Beschwerdegegner erwähnten Entscheiden ging es sodann darum, dass ein Konkurs eröffnet worden war, in der Folge aber trotzdem keine aktuelle Konkurrenzsituation mehr bestand. In der Kommentierung wurde die in BGE 141 III 112 angesprochene Erleichterung der Klagelegitimation für direkt geschädigte Gläubiger auch nach Konkurseröffnung mehrheitlich begrüsst. Eine Beschränkung auf Fälle, wo sich der Gläubiger auf spezifische Schutznormen, Art. 41 OR oder culpa in contrahendo stützen könne, sei in der Tat nur gerechtfertigt, wenn tatsächlich zufolge paralleler Ansprüche die Gefahr einer Konkurrenzierung zulasten der Gesellschaft bestehe (CEREGATO/BIERI, Aktivlegitimation des Gesellschaftsgläubigers zu Klagen gegen Gesellschaftsorgane, Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht [GesKR] 2015, S. 295 ff., 300 f.; BUFF/VON DER CRONE,

Aktienrechtliche Verantwortlichkeit im Konkurs: Einschränkung der Klageberechtigung, SZW 2015 S. 269 ff., 274 ff. Ablehnend: STOFFEL/ CONSTANTIN, Le droit des sociétés 2015, SZW 2016 S. 322 ff., 325).

Bei einer aufrechtstehenden Gesellschaft besteht erst Recht keine Konkurrenzsituation. Die Rechtfertigung für die Beschränkung der Klagelegitimation, dass die Interessen der Gesamtheit der Gläubiger beeinträchtigt wären, weil die Konkursverwaltung bei Verantwortlichkeitsklagen regelmässig erst nach der zweiten Gläubigerversammlung aktiv werden kann, während direkt geschädigte Gläubiger sofort klagen könnten (BGE 122 III 176 E. 7c; BUFF/VON DER CRONE, a.a.O., S. 273), entfällt. In der Lehre wird denn auch - allerdings ohne weitere Begründung - ausgeführt, ausserhalb des Konkurses bestehe keine Einschränkung der Aktivlegitimation des Aktionärs bzw. des Gläubigers (vgl. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, § 18 S. 2451 Rz. 242).

Auch aufgrund der Art des Schadens besteht kein Grund für eine Priorisierung der Gesellschaft. Vielmehr führte hier eine (angeblich) widerrechtliche Handlung zu zwei Schadenersatzforderungen (eine gegen das Organ und eine gegen die Gesellschaft) für ein und denselben Schaden. Der Schaden der Gläubigerin ist also kein blosser Reflexschaden, der von ihr ausserhalb des Konkurses nicht geltend gemacht werden könnte. Zwischen beiden Schadenersatzforderungen besteht unechte Solidarität. Der Gläubiger als Geschädigter kann wählen, ob er gegen das Organ oder gegen die Gesellschaft vorgehen will. Falls die Gesellschaft in der Folge leisten muss, hat sie einen Rückgriffsanspruch gegenüber dem verantwortlichen Organ (Art. 51 Abs. 2 OR, BERNARD CORBOZ, Le dommage dans les actions en responsabilité contre les organes sociaux, in: Développements récents en droit commercial II, Flavio-Gabriel Chabot [Hrsg.], 2013, S. 93 ff., 101; wohl gleich: v ON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und

Geschäftsführung, 2006, S. 15).

3.2.3.2. Es besteht somit keine Einschränkung in dem Sinne, dass die Beschwerdeführerin (als Gläubigerin) nur aktivlegitimiert wäre, wenn sie ihre Klage mit einer unerlaubten Handlung (Art. 41 OR), einer culpa in contrahendo oder einer Verletzung einer ausschliesslich zum Schutz der Gläubiger konzipierten Bestimmung des Gesellschaftsrechts begründet (CEREGATO/BIERI, a.a.O., S. 300). Auch wenn diese Einschränkung nicht besteht, kann sich die Beschwerdeführerin aber nicht tel quel auf aktienrechtliche Bestimmungen berufen, die nur den Schutz der Gesellschaft bezwecken. Es ist zwar nicht erforderlich, dass sie sich auf eine ausschliesslich zum Schutz der Gläubiger konzipierte Bestimmung stützen kann, jedoch muss sie sich auf eine Bestimmung stützen können, die sowohl den Schutz der Gesellschaft wie auch den Schutz der Gläubiger bezweckt (Norm mit doppelter Schutzwirkung). Dazu gehören namentlich die Bilanzvorschriften und die Bestimmungen über das Verhalten bei eingetretener Überschuldung (BGE 128 III 180 E. 2c, 127 III 374 E. 3c; 125 III 86 E. 3b; 122 III 176 E. 7c). Soweit sie sich auf Bestimmungen des Aktienrechts stützt, beruft sie sich einzig auf Art. 717 OR. Das Bundesgericht hat jedoch bereits zu Art. 722 aOR (jetzt Art. 717 OR) entschieden, dass die allgemeine Sorgfaltspflicht keine Bestimmung ist, die auch dem Gläubigerschutz dient, sondern die nur Pflichten gegenüber der Gesellschaft begründet (BGE 110 II 391 E. 2b. Zustimmung: CHRISTA SOMMER, Die Treuepflicht des Verwaltungsrats gemäss Art. 717 Abs. 1 OR, 2011, S. 34; CLAUDE LAMBERT, Das Gesellschaftsinteresse als Verhaltensmaxime des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft, 1992, S. 225 f.; wohl auch: FREYMOND/VOGT, Die Pflicht des Verwaltungsrates zur Verhinderung von Insiderdelikten, in: Strafrecht als Herausforderung, Jürg-Beat Ackermann [Hrsg.], 1999, S. 210 bei Fn. 176). Die Beschwerdeführerin ist daher grundsätzlich (vgl. aber noch E. 3.3 hiernach) jedenfalls insoweit aktivlegitimiert, als sie einen Anspruch aus Art. 41 OR in Verbindung mit Bestimmungen des StGB geltend macht, die dem Gläubigerschutz dienen, namentlich Veruntreuung und ungetreue Geschäftsführung (ERIC HOMBURGER, Zürcher Kommentar, 1997, N. 799 zu Art. 717 OR; VITO ROBERTO, Haftpflichtrecht, 2. Aufl. 2018, S. 61 Rz. 05.67). Dies ist der Fall: Die Beschwerdeführerin berief sich gemäss den Feststellungen der Vorinstanz auf diese Strafnormen.

3.2.4. Wie erwähnt (E. 3.2.2.1 hiervor), wendet der Beschwerdegegner weiter ein, die Beschwerdeführerin könne sich in einem Verfahren vor Handelsgericht nicht auf Art. 41 OR stützen. Die Vorinstanz verwies diesbezüglich auf ihren Beschluss vom 6. Juli 2018 zur örtlichen und sachlichen Zuständigkeit. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb der Beschwerdegegner in seiner Duplik den Standpunkt vertrete, das Handelsgericht habe mit diesem Zwischenentscheid nicht abschliessend über seine Zuständigkeit entschieden, handle es sich beim Beschluss vom 6. Juli 2018 doch um einen selbstständig anfechtbaren Zwischenentscheid i.S.v. Art. 92 BGG, der nicht angefochten worden sei. Dies ist zutreffend, wie der Beschwerdegegner nun offensichtlich selbst erkannt hat. Er beantragt daher nicht (mehr) formell Nichteintreten, sondern ist offenbar der Auffassung, obwohl die Zuständigkeit der Vorinstanz begründet sei, dürfe diese nicht eine Klage gestützt auf Art. 41 OR i.V.m. mit strafrechtlichen Bestimmungen zum Schutz des Gläubigers beurteilen. Damit bringt er aber letztlich - einfach in anderer Form - erneut inhaltlich die Einrede der Unzuständigkeit vor. Dies verfängt nicht.

Die Beschwerdeführerin war somit befugt - unter Vorbehalt anderweitiger vertraglicher Regelung (vgl. E. 3.3 hiernach) - ihren behaupteten direkten Schaden gegenüber dem Beschwerdegegner geltend zu machen.

3.3. Seinen weiteren Einwand gegen die Aktivlegitimation der Beschwerdeführerin, nämlich dass allfällige Ansprüche an die G. \_\_\_\_\_ LLC abgetreten worden seien (also nicht mehr der Beschwerdeführerin zustünden), stützt der Beschwerdegegner auf ein im Juli 2016 abgeschlossenes Asset Purchase Agreement (nachfolgend: APA). Parteien dieses Vertrages sind die "A.A. \_\_\_\_\_ Ltd. SPC [Beschwerdeführerin] obo D. \_\_\_\_\_ AG Y. \_\_\_\_\_ Fund" als Verkäuferin und die G. \_\_\_\_\_ LLC als Käuferin. Der erste Satz von Ziffer 2.2 ("Assignment of Contracts") dieses Vertrages lautet:

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

3.3.1. Die Vorinstanz ging davon aus, das APA sei nicht anwendbar. Sie erwog, Gegenstand des hier anwendbaren Art. 164 Abs. 1 OR seien Forderungen, nicht jedoch - wie vorliegend - Verträge selbst ("all contracts, licences, leases and other agreements"). Selbst wenn man annehmen würde, die Parteien hätten nicht die Verträge an sich, sondern die jeweiligen Forderungen aus denselben abtreten

wollen ("and all rights thereunder"), so würde die Gültigkeit der Abtretung weiter voraussetzen, dass die Forderungen bestimmt oder bestimmbar seien. Daran fehle es hier. Die einzige Spezifikation finde sich im Zusatz "related to the Purchased Assets". Die "Purchased Assets" würden zwar in Ziffer 1 i.V.m. Anhang 2.1 des APA's als "X.-\_\_\_\_\_ Fonds" definiert, doch genüge diese Angabe nicht. Damit könne nicht auf die exakten Verträge bzw. die darin enthaltenen abzutretenden Forderungen geschlossen werden.

In einer Eventualbegründung erwog die Vorinstanz, letztlich sei die Frage, ob das Administrative Agreement (vgl. Sachverhalt lit. A.b. hiervor) bzw. die Forderungen daraus gültig abgetreten worden seien, aber irrelevant, ändere dies doch insofern nichts an der Aktivlegitimation der Beschwerdeführerin, als die Gläubigerstellung lediglich im Zeitpunkt des pflichtwidrigen Verhaltens (vorliegend 2011 bis 2015) bestanden haben müsse oder spätestens im Moment der Klageeinleitung entstanden sein müsse (mit Verweis u.a. auf GERICKE/WALLER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. II, 5. Aufl. 2016, N. 3 zu Art. 754 OR; BÖCKLI, a.a.O., S. 2451 § 18 Rz. 240; PETER FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, S. 56 Rz. 80). Hinzu komme, dass es sich hier um Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit und damit gerade nicht um eine vertragliche Schadenersatzklage handle. Es könne daher nicht davon ausgegangen werden, es seien auch aktienrechtliche Verantwortlichkeitsansprüche abgetreten worden.

Es könne daher offenbleiben - so die Vorinstanz abschliessend -, ob das APA - wie von der Beschwerdeführerin behauptet - unter der Suspensivbedingung der Zahlung des Kaufpreises gestanden habe. Ebenso könne offenbleiben, ob in Ziffer 2.2 des APA's eine unmittelbare Abtretung oder lediglich die Verpflichtung zur Abtretung vereinbart worden sei, sodass sich auch die Abnahme der diesbezüglich offerierten Beweise erübrige.

3.3.2. Vorab ist zu prüfen, ob die Vorinstanz zu Recht davon ausgehen durfte, es sei irrelevant, ob das APA auf die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Ansprüche Anwendung finde, da deren Gläubigerstellung nur im Zeitpunkt des pflichtwidrigen Verhaltens bestanden haben müsse.

3.3.3. Die von der Vorinstanz in ihrer Begründung zitierten Literaturstellen (vgl. hiervor E. 3.3.1) sind hier nicht einschlägig. Diese halten fest, dass Verantwortlichkeitsansprüche aus Art. 754 OR auch erheben kann, wer zur Zeit der Klage nicht mehr Aktionär bzw. Gläubiger der Gesellschaft ist, sofern er in dieser Eigenschaft unmittelbar geschädigt wurde. Entscheidend sei die Eigenschaft in welcher der Gläubiger bzw. der Aktionär seinen Schaden erlitten habe und nicht die Eigenschaft im Augenblick der Klageeinreichung (GERICKE/WALLER, a.a.O., N. 3 zu Art. 754 OR; FORSTMOSER, a.a.O., S. 56 Rz. 80; BÖCKLI, a.a.O., S. 2451 Rz. 240; vgl. BGE 106 II 232). Als Beispiel hält BÖCKLI fest, der geschädigte Aktionär, der seine Aktie verkaufe, bleibe legitimiert und nicht der Aktionär, der die Aktie im Augenblick der Klageeinreichung halte (BÖCKLI, a.a.O., S. 2451 Rz. 240; vgl. auch BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, 2001, S. 134 ff.). Beim Einwand des Beschwerdegegners geht es aber darum, dass die Beschwerdeführerin mit dem APA allfällige ausservertragliche Ansprüche (einschliesslich allfälliger Verantwortlichkeitsansprüche) gegen ihn abgetreten haben soll. In diesem Fall wäre die Beschwerdeführerin nicht aktivlegitimiert.

3.3.4. Damit ist in einem nächsten Schritt zu prüfen, ob die Vorinstanz ohne Verletzung von Bundesrecht davon ausgehen durfte, das APA sei mangels Bestimmbarkeit der abgetretenen Ansprüche nicht anwendbar bzw. (eventualiter) mit dem APA seien nicht auch aktienrechtliche Verantwortlichkeitsansprüche abgetreten worden.

Die Formvorschrift des Art. 165 Abs. 1 OR dient der Rechts- und Verkehrssicherheit. Es genügt, dass eine von einer Abtretungsvereinbarung erfasste Forderung bestimmbar ist. Immerhin muss aber - im Hinblick auf die Verkehrssicherheit - für einen unbeteiligten Dritten ohne Kenntnis der Umstände der Abtretung aus der Urkunde selbst ersichtlich sein, wem die Forderung zusteht; insbesondere muss auch bei einer Mehrzahl zedierter Forderungen hinreichend klar erkennbar sein, ob eine bestimmte Forderung zu den abgetretenen gehört oder nicht (BGE 122 III 361 E. 4c; vgl. auch BGE 135 V 2 E. 6.1.2; 113 II 163 E. 2b; Urteil 4A 172/2018 vom 13. September 2018 E. 4.4.2). Vorliegend setzt die Erkennbarkeit seitens eines unbeteiligten Dritten voraus, dass aus dem APA hervorgeht, dass (auch) Ansprüche aus dem Administrative Agreement erfasst sind und dass nicht nur vertragliche Ansprüche aus diesem Agreement gemeint sind, sondern auch Verantwortlichkeitsansprüche wegen im Rahmen dieser Verwaltungstätigkeit vorgenommenen Handlungen.

Es trifft zu, wie die Vorinstanz festhält, dass das APA keine konkreten Verträge nennt, die übertragen werden sollen. Wenn sie aber meint, die Umschreibungen im Vertragstext genügten nicht, um daraus "auf die exakten Verträge" schliessen zu können, verlangt sie zu Unrecht mehr als Bestimmbarkeit, nämlich die Nennung bestimmter ("exakter") Verträge. Es wurde denn auch zu Recht geltend gemacht, dass im angefochtenen Entscheid eine Begründung für die (angeblich) fehlende

Bestimmbarkeit fehlt. Es ist unbestritten und ergibt sich bereits aus der Präambel lit. B sowie auch aus der Definition der "Purchased Assets" in Ziffer 1 i.V.m. Anhang 2.1 des APA's, dass mit "Purchased Assets" der X. \_\_\_\_\_ Fonds gemeint ist. In Ziffer 2.1 des APA's wurde sodann ausdrücklich festgehalten, dass alle Forderungen und Rechte im Zusammenhang mit den "Purchased Assets" übergehen sollten ("all of Seller's right, title and interest [whether beneficial or of record] in, to and under the Purchased Assets [...]"). Und Ziffer 2.2 bestimmt unter der Bezeichnung "Assignment of Contracts", dass der Verkäufer alle Verträge, Lizenzen, Leasing und andere Vereinbarungen im Zusammenhang mit den "Purchased Assets" ("all contracts, licences, leases and other agreements and all rights thereunder, related to the Purchased Assets [collectively, the 'Assigned Contracts']") am "Closing Date" transferiert. Es geht also klar hervor, dass alle Verträge und alle Forderungen im Zusammenhang mit dem X. \_\_\_\_\_ Fonds übertragen werden sollen. Zweifellos fällt das Administrative Agreement und die sich daraus ergebenden Forderungen - auch für einen Dritten erkennbar - unter diese Formulierung. Nicht relevant ist schliesslich die an sich zutreffende Bemerkung der Vorinstanz, eine Vertragsübernahme bedürfe der Zustimmung aller Beteiligten, denn strittig ist vorliegend eine konkrete Forderung und nicht die Verpflichtungen der C. \_\_\_\_\_ AG, welche aufgrund der Vertragsübertragung auf einen Dritten übergegangen wären und denen sie nicht zugestimmt hätte.

Dass es sich bei aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen nicht um vertragliche Ansprüche handelt, wie die Vorinstanz ausführt, trifft zu (Urteil 4A 294/2020 vom 14. Juli 2021 E. 4.1.2.1.2). Da das APA nicht nur gemäss Ziffer 2.2 die Übertragung von Verträgen und Rechten daraus ("all rights thereunder") umfasst, sondern gemäss Ziffer 2.1 daneben und allgemein alle Rechte der Verkäuferin ("all of Seller's right") im Zusammenhang mit dem X. \_\_\_\_\_ Fonds, sind auch ausservertragliche Ansprüche umfasst, die im Zusammenhang mit einer vertraglichen Tätigkeit entstanden sind. Der Vertrag erfasst demnach sowohl die vertraglichen Ansprüche der Beschwerdeführerin gegenüber der C. \_\_\_\_\_ AG wie auch die ausservertraglichen gegenüber dem Beschwerdegegner. Das entspricht auch dem Vertragszweck. Die Beschwerdeführerin zitiert dazu - im Hinblick auf die vom Beschwerdegegner ebenfalls bestrittene Passivlegitimation (dazu E. 4 hiernach) - aus ihrer Replik, wo sie ausgeführt hatte, Vertragszweck sei "die Schadloshaltung der Klägerin [Beschwerdeführerin]" gewesen. Der Beschwerdegegner seinerseits gibt im Rahmen seiner Ausführungen zur Aktivlegitimation an, Ziel des APA's sei gewesen, "die Ansprüche in Bezug auf die vorliegend geltend gemachten Verluste, insbesondere auch um ein Vorgehen der Beschwerdeführerin gegen die C. \_\_\_\_\_ [AG] zu verhindern, zu regulieren". Entsprechend dieser letztlich übereinstimmenden Angaben zum Vertragszweck sah das APA vor, dass die G. \_\_\_\_\_ LLC einen Kaufpreis von USD 26'627.130 zu entrichten hatte. Wären (allfällige) Schadenersatz- bzw. Verantwortlichkeitsansprüche der Beschwerdeführerin gegen den Beschwerdegegner vom APA nicht erfasst worden und nur mögliche vertragliche Schadenersatzansprüche gegenüber der C. \_\_\_\_\_ AG, wäre zu erwarten gewesen, dass im Hinblick auf die Zahlung des Preises ein entsprechender Vorbehalt gemacht worden wäre.

3.3.5. Da das APA, wie gezeigt, anwendbar ist, konnten die von der Vorinstanz offengelassenen Einwände des Beschwerdegegners gegen die Aktivlegitimation der Beschwerdeführerin und deren dagegen gerichtete Entgegnungen (vgl. E. 3.3.1 hiervor a.E.) nicht offengelassen werden. Die Vorinstanz müsste somit diesbezüglich prüfen, ob das APA - wie von der Beschwerdeführerin behauptet - unter der Suspensivbedingung der Zahlung des Kaufpreises von USD 26'627'130.-- gestanden hat. Ebenso müsste sie klären, ob in Ziffer 2.2 des APA's eine unmittelbare Abtretung oder lediglich eine Verpflichtung zur Abtretung vereinbart wurde.

3.3.6. Die Vorinstanz hat die Aktivlegitimation der Beschwerdeführerin - aufgrund ihres unzutreffenden Verständnisses des APA's - bejaht, die Klage aber insbesondere mangels Substanziierung des Schadens und der Widerrechtlichkeit abgewiesen. Fehlt es an der Aktivlegitimation der Beschwerdeführerin wäre die Klage ohne Weiteres abzuweisen; ist die Aktivlegitimation hingegen zu bejahen, wären die weiteren Anspruchsvoraussetzungen zu prüfen. Auf eine Rückweisung an die Vorinstanz zur Prüfung der offenen Fragen betreffend Aktivlegitimation könnte somit dann verzichtet werden, wenn die Vorinstanz ohne Verletzung von Bundesrecht davon ausgehen durfte, die Klage sei mangels Substanziierung der Widerrechtlichkeit und des Schadens abzuweisen. Ebenso könnte eine Rückweisung unterbleiben, falls die vom Beschwerdegegner gegen seine Passivlegitimation gerichteten Einwände ohne Weiteres bejaht werden könnten.

#### 4.

Der Beschwerdegegner bestreitet seine Passivlegitimation, weil mit dem APA vereinbart worden sei, dass sich die Beschwerdeführerin für sämtliche (allfälligen) Ansprüche ihm gegenüber an die G. \_\_\_\_\_ LLC wende. Darauf, sowie auf die diesbezüglichen Ausführungen der Vorinstanz, muss

nicht weiter eingegangen werden. Aus den vorstehenden Ausführungen zum Inhalt des APA's im Hinblick auf die Aktivlegitimation ergibt sich, dass der Vertrag grundsätzlich auch die (allfälligen) Verantwortlichkeitsansprüche der Beschwerdeführerin gegenüber dem Beschwerdegegner umfasste, womit die G. \_\_\_\_\_ LLC - unter Vorbehalt der von der Vorinstanz noch nicht beurteilten Einwände (vgl. E. 3.3.1 hiervor a.E.) - berechtigt wurde, Ansprüche gegen den (grundsätzlich passivlegitimierten) Beschwerdegegner aus Verantwortlichkeit durchzusetzen. Es geht daher auch nicht - was der Beschwerdegegner thematisiert - um die Frage, ob mit dem APA eine private oder kumulative Schuldübernahme vereinbart worden sei. Die Einwände des Beschwerdegegners gegen die Bejahung seiner Passivlegitimation hängen vorliegend somit mit den im Zusammenhang mit der Aktivlegitimation noch offenen Fragen zusammen (vgl. hiervor E. 3.3.1 a.E.). Eine Rückweisung kann daher nicht deshalb

unterbleiben, weil die Passivlegitimation des Beschwerdegegners ohne Weiteres zu verneinen wäre. Damit ist nachfolgend zu prüfen, ob die Klage mit der Vorinstanz aufgrund ungenügender Substanziierung der Widerrechtlichkeit bzw. des Schadens abzuweisen ist, womit eine Rückweisung an die Vorinstanz unterbleiben könnte.

5.

Die Vorinstanz erachtete sowohl die Vorbringen der Beschwerdeführerin zum Schaden als auch jene zur Widerrechtlichkeit als nicht hinreichend substantiiert, sodass auch die beantragten Beweismittel nicht abgenommen werden müssten.

5.1.

5.1.1. Nach dem Verhandlungsgrundsatz (Art. 55 Abs. 1 ZPO) haben die Parteien diejenigen Tatsachen zu behaupten, auf die sie ihre Ansprüche stützen, sowie die dazugehörigen Beweismittel anzugeben (BGE 144 III 519 E. 5.1). Welche Tatsachen zu behaupten sind, hängt vom Tatbestand der Norm ab, auf welche der geltend gemachte Anspruch abgestützt wird. Die Parteien haben alle Tatbestandselemente der materiellrechtlichen Normen zu behaupten, die den von ihnen angebehrten Anspruch begründen (Urteil 4A 210/2009 vom 7. April 2010 E. 3.2 mit Hinweisen).

Eine Tatsachenbehauptung hat nicht alle Einzelheiten zu enthalten. Es genügt, wenn die Tatsachen, die unter die das Begehren stützenden Normen zu subsumieren sind, in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen behauptet werden (BGE 136 III 322 E. 3.4.2; Urteile 4A 604/2020 vom 18. Mai 2021 E. 4.1.1; 601/2020 vom 11. Mai 2021 E. 4.1; 4A 496/2019 vom 1. Februar 2021 E. 4.1). Immerhin muss die Tatsachenbehauptung so konkret formuliert sein, dass ein substantiiertes Bestreiten möglich ist oder der Gegenbeweis angetreten werden kann (BGE 136 III 322 E. 3.4.2; Urteil 5A 780/2019, 5A 842/2019 vom 31. August 2020 E. 7.4; je mit Hinweis). Behauptungen sind hinreichend, wenn sie unter der Annahme, sie seien bewiesen, einen Sachverhalt ergeben, den das Gericht den entsprechenden Gesetzesnormen zuordnen und gestützt darauf die Forderung zusprechen kann (BGE 132 III 186 E. 8.2 mit Literaturhinweis). Ein solchermassen vollständiger Tatsachenvortrag wird als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt (zit. Urteile 4A 604/2020 E. 4.1.2; 4A 601/2020 E. 4.1; 4A 496/2019 E. 4.1; 4A 605/2019 E. 4.1; vgl. auch BGE 127 III 365 E.

2b). Nur soweit der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei bestreitet, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substanziierungslast. Die Vorbringen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann (BGE 144 III 519 E. 5.2.1.1; 127 III 365 E. 2b mit Hinweisen; zit. Urteile 4A 604/2020 E. 4.1.2; 4A 601/2020 E. 4.1).

5.1.2. Bestreitungen sind so konkret zu halten, dass sich bestimmen lässt, welche einzelnen Behauptungen des Klägers damit bestritten werden; die Bestreitung muss ihrem Zweck entsprechend so konkret sein, dass die Gegenpartei weiss, welche einzelne Tatsachenbehauptung sie beweisen muss (vgl. Art. 222 Abs. 2 ZPO). Der Grad der Substanziierung einer Behauptung beeinflusst insofern den erforderlichen Grad an Substanziierung einer Bestreitung; je detaillierter einzelne Tatsachen eines gesamten Sachverhalts behauptet werden, desto konkreter muss die Gegenpartei erklären, welche dieser einzelnen Tatsachen sie bestreitet. Je detaillierter mithin ein Parteivortrag ist, desto höher sind die Anforderungen an eine substantiierte Bestreitung. Diese sind zwar tiefer als die Anforderungen an die Substanziierung einer Behauptung; pauschale Bestreitungen reichen indessen nicht aus. Erforderlich ist eine klare Äusserung, dass der Wahrheitsgehalt einer bestimmten und konkreten gegnerischen Behauptung infrage gestellt wird (BGE 141 III 433 E. 2.6 mit Hinweisen). Eine hinreichende Bestreitung lässt die behauptungsbelastete Partei erkennen, welche ihrer

Behauptungen sie weiter zu substantzieren und welche Behauptungen sie schliesslich zu beweisen hat.

Dagegen ist die beweisbefreite Partei grundsätzlich nicht gehalten, darzutun, weshalb eine bestrittene Behauptung unrichtig sei (vgl. BGE 117 II 113 E. 2; Urteil 4A 350/2020 vom 12. März 2021 E. 6.2.1 mit Literaturhinweisen). Die Obliegenheit, substantziiert zu bestreiten, bedeutet mithin nicht, dass Positionen, zu denen die beweisbefreite Partei keine konkreten Einwände erheben konnte, als akzeptiert zu gelten hätten. Dies würde auf eine Umkehr der Behauptungs- und Beweislast herauslaufen. (zum Ganzen: zit. Urteil 4A 350/2020 E. 6.2.1 mit Hinweisen).

5.1.3. Ein qualifiziertes (begründetes) Bestreiten kann verlangt werden bei Sachverhalten, die Gegenstand eigener Handlungen oder Wahrnehmungen der bestreitenden Partei bilden (Urteile 4A 443/2017 vom 30. April 2018 E. 4.3; 4A 614/2014 vom 2. April 2015 E. 6.4.3.3; 4A 709/2011 vom 31. Mai 2012 E. 3.2). Es bedarf eines Informationsgefälles zwischen den Parteien, in dem Sinne dass die an sich behauptungsbelastete Partei den massgebenden Tatsachen ferner steht als die Gegenpartei und dieser ergänzende Angaben zum Geschehensablauf zumutbar sind (vgl. BGE 133 III 43 E. 4.1; Urteile 4A 251/2020 vom 29. September 2020 E. 3.7.1, 4A 296/2017 vom 30. November 2017 E. 1.4.5; je mit Hinweisen).

6.

Die Vorinstanz stellte zutreffend fest, die Widerrechtlichkeit bilde grundsätzlich eine eigene Anspruchsvoraussetzung der Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit. Im Rahmen der Schadensprüfung sei jedoch bereits zu klären, welches pflichtwidrige Verhalten dem Organ konkret vorgeworfen werde, damit der dadurch verursachte (behauptete) Schaden überhaupt nachvollzogen werden könne.

6.1. Hinsichtlich der Widerrechtlichkeit erwog sie, die Beschwerdeführerin berufe sich auf sieben pflichtwidrige Zahlungen, nämlich (fünf) Zahlungen an die H.\_\_\_\_\_ SP am 29. September 2011 über USD 3 Mio., am 18. Oktober 2011 über USD 1 Mio., am 8. November 2011 über USD 10 Mio., am 25. April 2012 über USD 2,5 Mio. und am 29. Oktober 2012 über USD 3 Mio., sowie eine Zahlung am 7. November 2011 über USD 300'000.-- an die I.\_\_\_\_\_ AG und schliesslich eine solche am 21. Oktober 2015 über USD 6 Mio. an J.\_\_\_\_\_ Ltd. Zur Begründung der Widerrechtlichkeit hätte sie - so die Vorinstanz weiter - anhand der einzelnen Transaktionen spezifizieren müssen, wer diese jeweils angeordnet und vorgenommen habe und sie hätte ausführen müssen, was deren jeweiliger Hintergrund gewesen sei und mit welchen konkreten Verhaltensweisen hinsichtlich jeder einzelnen Transaktion der Beschwerdegegner seine Pflichten als Verwaltungsrat (und nicht seine aufsichtsrechtlichen Sorgfaltspflichten) konkret verletzt habe. Zwar nenne die Beschwerdeführerin sieben angeblich pflichtwidrige Transaktionen, doch seien ihre nachfolgenden Ausführungen zur Zweckentfremdung, zur Umgehung des internen Kontrollmechanismus und zur Fälschung der Bankdokumente lediglich genereller Natur, womit entsprechend unklar sei, bei welcher Transaktion dem Beschwerdegegner als Verwaltungsrat welche konkrete Pflichtverletzung vorgeworfen werde und wie diese bewiesen werden solle.

6.2. Diese Ausführungen erfolgten unter dem Titel Schadenersatz, weil die Vorinstanz, wie einleitend erwähnt, zu Recht davon ausging, der Schaden könne nicht geprüft werden, wenn nicht klar sei, aus welcher Pflichtverletzung er abgeleitet werde. Die vorinstanzliche Begründung überzeugt aber insofern nicht, als es heisst, es sei unklar, bei welcher Transaktion welche Pflichtverletzung vorgeworfen werde, dann aber trotzdem weiter der Schaden bzw. dessen Substantzierung geprüft wird. Wäre schon nicht klar, was dem Beschwerdegegner als Pflichtverletzung vorgeworfen wird, könnten auch Ausführungen zum daraus resultierenden Schaden unterbleiben. Im Hinblick auf die Frage, ob der Sachverhalt betreffend den Schaden hinreichend substantziiert ist, genügt es sodann, wenn klar ist, welche Handlung dem Beschwerdegegner als Pflichtverletzung vorgeworfen wird. Es ist Aufgabe des Gerichts zu beurteilen, ob diese tatsächlich pflichtwidrig ist.

6.3. In der Klageschrift legte die Beschwerdeführerin die auch von der Vorinstanz erwähnten sieben Zahlungen dar und führte aus - worauf sie in der Beschwerde hinweist -, aus den entsprechenden Überweisungsaufträgen sei ersichtlich, dass diese vom Beschwerdegegner persönlich sowie von K.\_\_\_\_\_ unterzeichnet worden seien, und zwar von beiden in deren Funktion als Verwaltungsräte der C.\_\_\_\_\_ AG. Zur Darlegung der fehlenden Befugnis führte sie sodann aus, die C.\_\_\_\_\_ AG sei zur sorgfältigen Ausführung der ihr übertragenen Aufgaben verpflichtet gewesen und dies habe Zahlungen an den Beschwerdegegner selbst oder an Dritte (Rückzahlungen bei andern Fonds; "Stopfen von Löchern") ausgeschlossen, wobei sie offen liess, ob das Eine oder das Andere hier

vorgelegen habe. Bei diesen Ausführungen handelte es sich um einen schlüssigen Tatsachenvortrag im Sinne der oben dargestellten Rechtsprechung. Dem Beschwerdegegner war es aufgrund dieser Vorbringen auch möglich, diese substantiiert zu bestreiten. Dies umso mehr, als er vorprozessual in seiner E-Mail vom 18. Februar 2016 selbst von "seiner Verfehlung" sprach und offerierte, eine vertragliche Vereinbarung zu treffen, die den Verlust im X.\_\_\_\_\_-Fonds decke, was die Beschwerdeführerin

ebenfalls bereits in der Klageschrift dargelegt hatte. Er wusste also, um welche Vorwürfe es ging. Die Beschwerdeführerin war nicht gehalten, mögliche konkrete Einwände des Beschwerdegegners bereits in ihrer Klageschrift vorweg zu entkräften (Urteil 4A 637/2020 vom 10. Mai 2012 E. 5.4; 4A 446/2020 vom 8. März 2021 E. 2.1). Der Beschwerdegegner führte in der Klageantwort aus, die Beschwerdeführerin habe selber anerkannt, dass die C.\_\_\_\_\_-AG Zahlungen von den Konti der Beschwerdeführerin vornehmen durfte. Es ist bereits fraglich, ob er damit die Behauptungen der Beschwerdeführerin zur Widerrechtlichkeit genügend bestritten hat, denn diese hatte nie behauptet, er hätte keine Zahlungen von ihren Konti tätigen dürfen. Auf den eigentlichen Vorwurf, dass Zahlungen an ihn selbst oder an unberechtigte Dritte nicht zulässig gewesen seien, ging er damit aber nicht ein.

Aber selbst wenn man von einer genügenden Bestreitung in der Klageantwort ausgeht, womit die Beschwerdeführerin gehalten war, ihre Behauptung (en) weiter zu substantiieren, ist der Vorwurf ungenügender Substantiierung nicht gerechtfertigt. Denn die Beschwerdeführerin kam ihrer Substantiierungslast jedenfalls in der Replik nach. Dort legte sie dar, dass der C.\_\_\_\_\_-AG als Verwalterin (Administratorin) des X.\_\_\_\_\_-Fonds zur Erfüllung ihrer diesbezüglichen Aufgaben eine Zeichnungsberechtigung eingeräumt worden sei, sie jedoch betreffend den Betrag der Zahlungen sowie den Empfänger keine Entscheidungsvollmacht gehabt habe. Die C.\_\_\_\_\_-AG sei gestützt auf das Administrative Agreement, Schedule I ("Administrator's services for the Segregated Portfolio - clause 3") nur befugt gewesen, Zahlungen zu tätigen, die entweder auf einer vertraglichen Vereinbarung oder Rechnungen beruhten oder mit dem Investment Manager der Beschwerdeführerin abgesprochen waren. Gemäss Vereinbarung sei die C.\_\_\_\_\_-AG konkret bevollmächtigt gewesen, Rückzahlungen an Fondsinhaber zu leisten (Schedule I lit. h), Rechnungen des Investment Managers (lit. k) und solche des Administrators sowie der Buchhaltung und Rechtsberatung zu bezahlen (lit. q). Der

Beschwerdegegner habe demgegenüber Gelder aus dem X.\_\_\_\_\_-Fonds entnommen, um angeblich Anteilsrücknahmen an bereits liquidierten Fonds zu befriedigen.

In der Duplik hielt der Beschwerdegegner dem entgegen, sowohl das Investment Management Agreement (zwischen der Beschwerdeführerin und der Investment Managerin [A.B.\_\_\_\_\_-Ltd]) als auch das Investment Advisory Agreement hätten eine Delegationsmöglichkeit vorgesehen, also auch die Möglichkeit der Delegation von Investitionsentscheiden an die C.\_\_\_\_\_-AG. Nichtsdestotrotz sei er jeweils mit der Investment Managerin und dem Investment Advisor in Kontakt gestanden und habe Investitionen in Absprache mit ihnen getroffen. Sodann machte er geltend - was die Vorinstanz dann im Urteil aufnahm -, es wäre der Beschwerdeführerin oblegen, einzelne Transaktionen zu spezifizieren und jeweils auszuführen, wer diese angeordnet bzw. vorgenommen habe, was deren Hintergrund gewesen sei und inwiefern diese rechtswidrig gewesen sein sollen.

6.4. Angesichts der Ausführungen der Beschwerdeführerin in ihrer Replik (vgl. hiervor E. 6.3) kann der Vorinstanz nicht gefolgt werden, wenn sie von ungenügend substantiierten Behauptungen betreffend die Widerrechtlichkeit ausgeht.

6.4.1. Vorerst kann festgehalten werden, dass die Hinweise des Beschwerdegegners auf die Möglichkeit der Delegation von Investitionsentscheiden an die C.\_\_\_\_\_-AG nicht rechtserheblich sind. Zum einen gibt er selber an, dass er Investitionsentscheide mit der Investment Managerin abgesprochen habe und die Beschwerdeführerin führt ihrerseits aus, die C.\_\_\_\_\_-AG habe mit der Investment Managerin abgesprochene Investitionen vornehmen können. Die Beschwerdeführerin begründet ihre Ansprüche nicht mit (Fehl-) investitionen, sondern mit widerrechtlichen Zahlungen an unbefugte Dritte ("zum Stopfen von Löchern") oder allenfalls auch an den Beschwerdegegner selbst.

6.4.2. Die Beschwerdeführerin hat - wie die Vorinstanz selber erwähnt - sieben konkrete Zahlungen als widerrechtlich bezeichnet und diese dem Beschwerdegegner angelastet. Die Vorinstanz bemängelt, die Beschwerdeführerin habe nicht spezifiziert, wer diese sieben Transaktionen jeweils "angeordnet und vorgenommen" habe. Von den sieben Zahlungsaufträgen fehle sodann jener vom 29. November 2012 in den Unterlagen, weiter sei derjenige vom 7. November 2012 nicht signiert und auf jenem vom 21. Oktober 2012 fehle die Unterschrift von K.\_\_\_\_\_. Wenn die Beschwerdeführerin auf die vom Beschwerdegegner unterzeichneten Überweisungsaufträge verweist, hat sie rechtsgenügend behauptet, dass diese Zahlungen von ihm vorgenommen wurden. Das gilt auch hinsichtlich des fehlenden Überweisungsauftrags. Wenn der Beschwerdegegner mit seiner Bemerkung

in der Duplik andeutet, sonst jemand könne die Überweisungen "angeordnet" haben, wäre es an ihm gewesen, dies zu substantzieren, zumal er in diesem Fall am besten wissen konnte, wie es zur Unterzeichnung durch ihn kam. Insofern unterstand er einer qualifizierten Bestreitungslast (vgl. E. 5.1.3 hiervor). Unerfindlich ist sodann, welche Bedeutung betreffend die der Beschwerdeführerin vorgeworfenen mangelnden

Substanziierung der Tatsache zukommen soll, dass auf einem Zahlungsauftrag die Unterschrift von K.\_\_\_\_\_ fehlte. Im Rahmen der Substanziierung der Behauptungen ging es sodann (noch) nicht darum, ob die Beschwerdeführerin die Vornahme der Transaktionen durch den Beschwerdegegner beweisen konnte. Der Hinweis der Vorinstanz, ein Zahlungsbeleg hätte gefehlt und ein weiterer sei nicht unterzeichnet gewesen, bezog sich aber offenkundig darauf.

6.4.3. In einem weiteren Punkt warf die Vorinstanz der Beschwerdeführerin, wie erwähnt, vor, sie hätte zur Substanziierung konkret ausführen müssen, was der jeweilige Hintergrund der einzelnen Transaktionen gewesen sei.

Es ist nicht klar, was die Vorinstanz mit dem "Hintergrund" der einzelnen Transaktionen genau meint. Die Beschwerdeführerin hat, wie dargelegt, deshalb keinen Unterschied zwischen den sieben Transaktionen gemacht, weil sie bei allen davon ausging, der Beschwerdegegner habe diese widerrechtlich vorgenommen, weil diese an unbefugte Dritte bzw. an den Beschwerdegegner selbst erfolgt waren (vgl. hiervor E. 6.4.1). Sie musste nichts mehr zusätzlich behaupten. Allfällige bestimmte (verschiedene) Rechtfertigungen (Hintergründe) für einzelne Zahlungen hätte der Beschwerdegegner darlegen müssen.

6.4.4. Unbehelflich ist auch die Begründung, die Beschwerdeführerin habe nicht genügend substantiiert, inwiefern der Beschwerdegegner seine Pflichten als Verwaltungsrat (und nicht seine auftragsrechtlichen Sorgfaltspflichten aus Vertrag) verletzt habe. Die Ausführungen zur Zweckentfremdung, zur Umgehung des internen Kontrollmechanismus und zur Fälschung der Bankdokumente seien lediglich genereller Natur, womit unklar sei, bei welcher Transaktion konkret welche Pflichtverletzung vorgeworfen werde.

Es trifft zu, dass die Beschwerdeführerin darlegte, der Beschwerdegegner sei gemäss dem Administrative Agreement Schedule I nicht zu Zahlungen an Dritte (Befriedigung von Anteilsrücknahmen an bereits illiquiden Fonds) oder gar an ihn selbst befugt gewesen, womit diese insofern vertragswidrig gewesen seien. Sie hat aber gleichzeitig geltend gemacht, worauf die Vorinstanz selber hinwies, mit seinem Vorgehen habe der Beschwerdegegner eine ungetreue Geschäftsführung und Veruntreuung begangen, womit auch ihre Aktivlegitimation begründet sei. Da die Beschwerdeführerin somit behauptete, eine Zahlung an Dritte bzw. an den Beschwerdegegner selber sei grundsätzlich unzulässig gewesen (Zweckentfremdung), ist nicht ersichtlich, weshalb sie zu jeder einzelnen Zahlung noch spezifische Ausführungen hätte machen müssen, um ihrer Substanziierungspflicht nachzukommen. Wären bei einzelnen Zahlungen besondere Rechtfertigungsgründe für solche Zahlungen vorgelegen, hätten diese - wie erwähnt - vom Beschwerdegegner vorgebracht werden müssen. Damit hat die Beschwerdeführerin die Widerrechtlichkeit der sieben Zahlungen hinreichend behauptet.

Soweit die Beschwerdeführerin behauptete, der Beschwerdegegner habe ihr jeweils gefälschte Kontoauszüge zugestellt und Kontrollmechanismen umgangen, leitete sie daraus offensichtlich nicht selbständige widerrechtliche Handlungen ab, die ihrerseits zu Schädigungen geführt hätten. Vielmehr sollte damit aufgezeigt werden, dass sie (die Beschwerdeführerin) und auch weitere Personen in der C.\_\_\_\_\_ AG nicht hätten erkennen können, dass widerrechtlich Zahlungen getätigt wurden. Sollte sich aufgrund des Beweisverfahrens ergeben, dass die zur (behaupteten) blossen Verwaltung übergebenen Vermögenswerte - entgegen dem im Administrative Agreement Vereinbarten - ausbezahlt wurden, könnten die zugestellten Kontoauszüge nur insofern relevant sein, als sie nicht gefälscht gewesen wären. Denn dann liesse sich allenfalls daraus ableiten, dass die Beschwerdeführerin die tatsächlichen Vorgänge kannte und diese - in Abweichung von dem im Administrative Agreement Vereinbarten - genehmigte. Dies, eine allfällige Genehmigung aufzuzeigen und zu beweisen, wäre aber Aufgabe des Beschwerdegegners und nicht der Beschwerdeführerin.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin hinreichend behauptet hat, die betreffenden sieben Zahlungen seien widerrechtlich gewesen. Davon musste die Vorinstanz als Grundlage für die Schadensprüfung ausgehen.

7.

Die Beschwerdeführerin hatte in der Klage einen Schaden von USD 25'800'000.-- nebst Zins eingeklagt. Dies entsprach dem Total der sieben als pflichtwidrig behaupteten Zahlungen. In der Replik berechnete sie dann einen Schaden von USD 25'688'901.30. Dabei ging sie vom Betrag von USD 26'524'130.-- aus, den der Beschwerdegegner bzw. die C.\_\_\_\_\_ AG selbst mit Schreiben

vom 16. Oktober 2015 als netto auszubehandelnden Betrag ("redemption payment") genannt habe (vgl. Sachverhalt lit. A.c.), wobei sich dieser Betrag wiederum aufgrund des Kontostands gemäss den (behaupteten) gefälschten Kontoauszügen, welcher per 14. Oktober 2015 ein Guthaben von USD 26'727'154.58 aufgewiesen habe, abzüglich einer Administrationsgebühr von USD 103'134.77 sowie geschätzten Liquidationskosten von USD 90'000.-- errechne. Der Anspruch auf Rückzahlung von USD 26'524'130.-- abzüglich dem tatsächlichen Guthaben gemäss echtem Kontoauszug per 21. Oktober 2015 von USD 835'228.72 ergebe den eingeklagten Betrag von USD 25'688'901.30.

7.1. Die Vorinstanz erachtete auch die Ausführungen der Beschwerdeführerin zum Schaden, wie erwähnt, als nicht hinreichend substantiiert. Letztere hätte - ausgehend von der vorgeworfenen Widerrechtlichkeit - dartun müssen, wie sich ihr Vermögen bei pflichtgemäßem Verhalten des Beschwerdegegners ("das heisst ohne Ausschaltung des internen Kontrollmechanismus, ohne Fälschung von Bankdokumenten und bei Investitionen unter Einhaltung der Organpflichten") entwickelt hätte. Es sei auch nicht nachvollziehbar, weshalb sie zur Schadenberechnung von dem vom Beschwerdegegner genannten netto auszuzahlenden Betrag (gemäss Schreiben der C. \_\_\_\_\_ AG vom 16. Oktober 2015) von USD 26'524'130.-- (als hypothetischem Vermögensstand) ausgehe und nicht von dem Guthaben gemäss dem angeblich gefälschten Kontoauszug "ihres Kontos" (Herv. durch die Vorinstanz). Hinzu komme, dass die von ihr vorgenommene Berechnung zum netto auszuzahlenden Betrag (von USD 26'524'130.--) nicht korrekt sei, resultiere doch bei dieser ein Differenzbetrag von USD 9'889.81. Sie begründe auch nicht näher, weshalb sie sich hinsichtlich des tatsächlichen Vermögensstands (aufgrund des echten Kontoauszugs) auf das Stichdatum vom 21. Oktober 2015 stütze. Sie lege sodann nicht dar,

wie sich die in den angeblich gefälschten sowie in den echten Bankdokumenten ausgewiesenen Kontostände errechneten, wie sämtliche der angeblich pflichtwidrigen Transaktionen (inkl. der damit einhergehenden Gebühren und Kosten) in den jeweils gefälschten und echten Bankdokumenten konkret berücksichtigt worden seien, inwiefern die Investitionen im heutigen Zeitpunkt uneinbringlich seien, ob eine allfällige Vermögensverminderung auch bei einer pflichtgemässen Geschäftsführung des Beschwerdegegners eingetreten wäre und generell wie sich ihr Vermögen in diesem Fall konkret entwickelt hätte. Letzteres insbesondere unter Berücksichtigung der zulässigen Transaktionen, d.h. zumindest jener Zahlungen, die auf vertraglicher Vereinbarung beruht hätten oder mit dem Investment Manager abgesprochen worden seien.

Zudem - so die Vorinstanz weiter - seien gemäss den angeblich gefälschten Bankdokumenten neben den als pflichtwidrig behaupteten Zahlungen weitere Zahlungen ausgeführt worden, so beispielsweise ein "Fiduciary Term Deposit" von USD 19,8 Mio. am 14. November 2013, ein "Fiduciary Call Placement" von USD 19,76 Mio am 1. April 2014, ein Investment von USD 18 Mio. an L. \_\_\_\_\_ am 5. Juni 2015 sowie ein solches von USD 18 Mio. an M. \_\_\_\_\_ am 4. August 2015. Die Beschwerdeführerin äussere sich lediglich zur ersten Transaktion ("Fiduciary Term Deposit" über USD 19.8 Mio.), indem sie erkläre, dass per 14. Februar 2014 scheinbar eine Rückzahlung dieser Treuhandanlage im Betrag von USD 19'817'325.-- erfolgt sei. Zu den weiteren Transaktionen äussere sie sich überhaupt nicht. Es wäre aber für das Verständnis der hypothetischen Vermögensentwicklung notwendig gewesen, zu wissen, ob hieraus Gewinne oder Verluste resultiert seien. Dasselbe gelte hinsichtlich der angefallenen Gebühren und Kosten sowie der Wechselkurse, welche die Kontostände selbstredend beeinflusst hätten. Insgesamt sei daher der Schaden nicht substantiiert. Daran vermöge auch der pauschale Hinweis auf die sieben Zahlungen von total USD 25'800'000.-- nichts zu ändern, zumal die

Beschwerdeführerin nicht darlege, weshalb das Total der substantiellen Zahlungen dem Schaden entsprechen solle.

Aufgrund der mangelhaften Substanziierung könne sich die Beschwerdeführerin auch nicht auf Art. 42 Abs. 2 OR berufen.

7.2. Wie erwähnt, entspricht der Schaden der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte. Zu beachten ist, dass der so definierte allgemeine Schadensbegriff im Einzelfall konkretisiert werden muss, damit er brauchbare Kriterien für die Schadensberechnung liefern kann (BGE 144 III 155 E. 2.2 mit Hinweisen). Von welchem Begriff des Schadens auszugehen ist, ist eine vom Gericht zu beurteilende Rechtsfrage (Urteil 4A 436/2016 vom 7. Februar 2017 E. 5.1). Die Vorinstanz scheint in doppelter Hinsicht von einem falschen Schadensbegriff auszugehen.

7.2.1. Wenn die Vorinstanz darlegt, die Beschwerdeführerin hätte substantiiieren müssen, wie sich der Vermögensstand "bei Investitionen unter Einhaltung der Organpflichten" entwickelt hätte und ihr vorwirft, sie verliere kein Wort zu weiteren Zahlungen und ob daraus Gewinne oder Verluste resultiert hätten, was aber für das "Verständnis der hypothetischen Vermögensentwicklung unerlässlich

gewesen" wäre, scheint sie davon auszugehen, zwischen der Beschwerdeführerin und der C.\_\_\_\_\_ AG hätte ein Vermögensverwaltungsvertrag bestanden. Bei einem solchen ist es Aufgabe des Beauftragten (in der Regel eine Bank), ein bestimmtes Vermögen gegen Honorar selbständig zu verwalten. Der Beauftragte trifft die Anlageentscheide selbstständig und entsprechend haftet er für sorgfaltsgemässe Anlageentscheide. Bei einem solchen Vertrag hat das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung festgehalten, der Schaden sei durch einen Vergleich des tatsächlichen Vermögensstands mit einem hypothetisch während derselben Periode vertragskonform verwalteten Vermögen zu bestimmen (zit. Urteil 4A 436/2016 E. 5.1).

Dass zwischen der C.\_\_\_\_\_ AG und der Beschwerdeführerin ein Vermögensverwaltungsvertrag bestanden hätte, war aber von der Beschwerdeführerin nicht behauptet worden. Entsprechend musste sie auch nicht einen Schaden auf dieser Grundlage behaupten und zum Beispiel Angaben dazu machen, ob aus den weiteren "Zahlungen" (Investitionen) Gewinne oder Verluste resultierten und welche hypothetischen Vermögensentwicklungen zu erwarten gewesen wären. Vielmehr beruht die Argumentation der Beschwerdeführerin darauf, dass die C.\_\_\_\_\_ AG beauftragt war, ihre Konti bei den von ihr eingesetzten Banken zu "betreuen", auch wenn sie in Absprache mit der Investment Managerin Investitionen tätigen durfte. Damit lag nach ihrer Darstellung des Rechtsverhältnisses die Verantwortung für Investitionsentscheide nicht bei der C.\_\_\_\_\_ AG bzw. beim Beschwerdegegner.

7.2.2. Vor allem vermischt die Vorinstanz - indem sie von der mit der Replik von der Beschwerdeführerin neu vorgebrachten Berechnung ausgeht - ihrerseits den vertraglichen Anspruch gegenüber der C.\_\_\_\_\_ AG und den ausservertraglichen gegenüber dem Beschwerdegegner. Gegenüber der C.\_\_\_\_\_ AG hat die Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 400 OR Anspruch auf Rückerstattung von allfälligen vertraglich nicht abgedeckten Zahlungen (Urteile 4A 94/2014 vom 1. Juli 2014 E. 4.3 und 4A 284/2013 vom 13. Februar 2014 E. 4.2.4). Aus dem von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt ergibt sich nichts dazu, ob bzw. dass die Beschwerdeführerin das Auftragsverhältnis mit der C.\_\_\_\_\_ AG aufgelöst hat. Es ist aber wohl davon auszugehen, andernfalls die Beschwerdeführerin nicht selber einen Abzug für Liquidationskosten und die Verwaltungsgebühr vorgenommen hätte. Letztlich kann dies dahingestellt bleiben. Denn jedenfalls betreffen solche Kosten das Vertragsverhältnis mit der C.\_\_\_\_\_ AG. Und das Gleiche gilt auch für die von der Vorinstanz beurteilte neue Schadenberechnung gemäss Replik insgesamt. Wenn die Beschwerdeführerin den Vergleich zwischen verschiedenen Kontoständen macht, dann enthalten diese nicht nur den Abfluss der vorgeworfenen

sieben Zahlungen, sondern auch die Zuflüsse und Abflüsse aus weiteren Geschäftsvorgängen. Diese bei Auflösung des Auftragsverhältnisses gegenüber der Beschwerdeführerin als Auftraggeberin abzurechnen, betrifft aber nur die vertragliche Abrechnungspflicht der C.\_\_\_\_\_ AG. Der Beschwerdegegner als möglicherweise ausservertraglich Haftpflichtiger schuldet diese auftragsrechtliche Abrechnung der weiteren Positionen nicht. Er haftet nur für die Rückerstattung der allenfalls widerrechtlich vorgenommenen sieben Zahlungen. Diese hat die Beschwerdeführerin hinreichend substantiiert. Nicht stichhaltig ist die Begründung der Vorinstanz, die Beschwerdeführerin habe nicht dargelegt, weshalb das Total der sieben Zahlungen dem Schaden entsprechen solle. Was der rechtlich massgebliche Schaden ist, ist wie erwähnt (vgl. hiervor E. 7.2) und wie auch die Beschwerdeführerin zu Recht geltend macht, eine Rechtsfrage. Es schadet ihr daher auch nicht, dass sie selbst mit der Replik ihr Rechtsbegehren geändert und von einem andern Schaden als noch in der Klage und damit auch von einer andern Schadensberechnung ausgegangen ist. Betragsmässig ist sie allerdings beschränkt auf den tieferen Betrag; insofern folgerichtig wurde die Klage von der Vorinstanz denn auch im Betrag von USD 111'098.70 nebst Zins als durch Rückzug erledigt abgeschrieben.

Der Vorinstanz ist auch nicht zu folgen, wenn sie der Beschwerdeführerin vorwirft, sie habe nicht dargelegt, inwiefern die Investitionen im heutigen Zeitpunkt uneinbringlich seien. Behauptete die Beschwerdeführerin einen Schaden durch widerrechtliche Verfügung über ihr Vermögen mittels Zahlung an Unberechtigte, entspricht dies, wie dargelegt, dem Schaden. Ob die überwiesenen Beträge allenfalls zurückgefordert werden könnten, musste die Beschwerdeführerin weder behaupten noch beweisen.

Der Vorinstanz ist somit insgesamt nicht zu folgen, wenn sie von einer ungenügenden Substantiierung des Schadens ausging.

8.

Damit ist die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zur Neuurteilung zurückzuweisen. Sie wird die noch offen gelassenen Einwände des Beschwerdegegners gegen die Aktivlegitimation der Beschwerdeführerin zu prüfen haben. Falls sie die Aktivlegitimation der Beschwerdeführerin aufgrund dieser Prüfung (weiterhin) bejaht, wird sie die Passivlegitimation des Beschwerdegegners und bei deren Bejahung die weiteren Voraussetzungen der Haftung des Beschwerdegegners zu prüfen haben. Die Beschwerdeführerin dringt somit mit ihrem Eventualantrag durch, wonach die Sache zur

Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdegegner kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und 68 Abs. 1 und 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.  
Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 1. Dezember 2020 wird aufgehoben und die Sache wird zu neuer Beurteilung an das Handelsgericht zurückgewiesen.
2.  
Die Gerichtskosten von Fr. 66'000.-- für das bundesgerichtliche Verfahren werden dem Beschwerdegegner auferlegt.
3.  
Der Beschwerdegegner hat die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 100'000.-- zu entschädigen.
4.  
Die Beschwerdeführerin hat Sicherheit für eine allfällige Parteientschädigung an den Beschwerdegegner geleistet. Diese ist ihr zurück zu erstatten, da sie dem Beschwerdegegner keine Parteientschädigung leisten muss.
5.  
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Handelsgericht des Kantons Zürich schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 1. November 2021

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Hohl

Der Gerichtsschreiber: Gross