Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4C.263/2004 /ast

Urteil vom 23. Mai 2005
I. Zivilabteilung

Besetzung
Bundesrichter Corboz, Präsident,
Bundesrichterinnen Klett, Rottenberg Liatowitsch, Bundesrichter Nyffeler, Bundesrichterin Kiss,
Gerichtsschreiber Arroyo.

Parteien
X._____,
Y._____,
Beklagte und Berufungskläger,
beide vertreten durch Rechtsanwalt Renzo Guzzi,

gegen

A.D._____,
Klägerin und Berufungsbeklagte, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Hubert Zürcher.

Gegenstand
Aktienrechtliche Verantwortlichkeit,

Berufung gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 18. Mai 2004.

Sachverhalt:

A.
X._____ (Beklagter 1) war Verwaltungsrat, Y._____ (Beklagter 2) Revisionsstelle der Z._____ AG, über die am 6. Januar 1998 der Konkurs eröffnet wurde.

A.D._____ (Klägerin) ist Ehefrau und Alleinerbin des Ende 2002 verstorbenen B.D._____. B.D._____ und die Klägerin erhoben nach Durchführung einer Friedensrichterverhandlung beim Bezirksgericht Zürich am 22. Juni 2000 gegen die Beklagten sowie einen inzwischen nach Abschluss eines Vergleichs aus dem Verfahren ausgeschiedenen Verwaltungsrat der Z._____ AG Klage aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit.

Die Kläger stellten das Begehren, die Beklagten seien zu verurteilen, ihnen unter solidarischer Haftung Fr. 400'000.– nebst Zins zu 5 % seit 6. Januar 1998 zu bezahlen. Die Kläger stützten ihre Forderung auf Ansprüche der Masse der konkursiten Z._____ AG, die das Konkursamt Hottingen-Zürich am 19. Oktober 1998 an B.D._____, C.D._____ und D.D._____ gemäss Art. 260 SchKG abgetreten hatte.

B.
Das Bezirksgericht Zürich verpflichtete mit Urteil vom 29. Juli 2002 die Beklagten solidarisch, den Klägern insgesamt Fr. 400'000.– nebst Zins zu 5 % seit dem 6. Januar 1998 zu bezahlen. Das Gericht kam im Wesentlichen zum Schluss, die Beklagten hätten ihre Pflicht zur Benachrichtigung des Richters im Sinne von Art. 725 OR und 729b OR verletzt, nachdem sie seit Mai 1997 um die Überschuldung der Z._____ AG wussten. Durch die Verzögerung der Konkurseröffnung sei der Konkursverlust um mehr als Fr. 400'000.– höher ausgefallen, wenn der aus der Buchhaltung im Frühjahr 1997 sich ergebende (bereinigte) Verlust mit dem tatsächlich

nach Konkurseröffnung entstandenen verglichen werde.

Die von den Beklagten gegen dieses Urteil erhobene kantonale Berufung wies das Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 18. Mai 2004 ab. Das Gericht verpflichtete die Beklagten solidarisch, der Klägerin insgesamt Fr. 400'000.– nebst Zins zu 5 % seit dem 6. Januar 1998 zu bezahlen. Das Gericht wies den Einwand der Beklagten ab, das Verfahren sei wegen Urteils- und Prozessunfähigkeit des Klägers B.D._____ nichtig, nachdem dieser vor Einleitung der Klage im Januar/Februar 2000 einen Schlaganfall erlitten hatte. Das Gericht verwarf sodann den Einwand der Beklagten, der Klägerin fehle die Aktivlegitimation. Das Obergericht bestätigte auch im Übrigen das erstinstanzliche Urteil.

Das Kassationsgericht des Kantons Zürich wies mit Zirkulationsbeschluss vom 21. Dezember 2004 die Beschwerde der Beklagten gegen das Urteil des Obergerichts ab, soweit es darauf eintrat.

C.
Die Beklagten beantragen mit eidgenössischer Berufung, es sei das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 18. Mai 2004 aufzuheben und es sei die Sache zur Neubeurteilung an das Obergericht des Kantons Zürich zurückzuweisen. Sie rügen die Verletzung von Art. 35 OR, Art. 16 in Verbindung mit Art. 8 ZGB, Art. 260 SchKG sowie Art. 725 und 729b OR in Verbindung mit Art. 8 ZGB.

Nach Abweisung des Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege des Beklagten 2 leisteten die Beklagten den verfügten Kostenvorschuss fristgerecht.
Die Klägerin schliesst auf Abweisung der Berufung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.
Die Klägerin und ihr verstorbener Ehemann B.D._____ haben den Schaden eingeklagt, den die Beklagten der konkursiten Gesellschaft in ihrer Eigenschaft als Organe zugefügt haben sollen und deren Geltendmachung im Konkurs zunächst der Konkursverwaltung zusteht (Art. 757 Abs. 1 OR). Die Konkursverwaltung hat auf die Geltendmachung der Ansprüche der Konkursmasse verzichtet und diese gemäss Art. 260 SchKG am 19. Oktober 1998 an C.D._____ und D.D._____ sowie B.D._____ abgetreten. Die Beklagten bestreiten die Aktivlegitimation der Klägerin. Sie bringen vor, erst nach der Abtretung vom 19. Oktober 1998 hätte B.D._____ über die Rechtsansprüche der Masse verfügen und die Prozessführungsbefugnis an die Klägerin abtreten können. Die Klägerin könne ihre Aktivlegitimation bezüglich der Forderungen der Gläubigergesamtheit daher nicht aus der vorgängigen Zession (im Sinne von Art. 164 OR) vom 22. September 1998 ableiten, als B.D._____ ihr seine im Konkurs der Z._____ AG kollozierten Forderungen zediert habe.

1.1 Nach Art. 260 SchKG ist jeder Gläubiger berechtigt, die Abtretung derjenigen Rechtsansprüche der Masse zu verlangen, auf deren Geltendmachung die Gesamtheit der Gläubiger verzichtet (Abs. 1). Das Ergebnis dient nach Abzug der Kosten zur Deckung der Forderungen derjenigen Gläubiger, an welche die Abtretung stattgefunden hat, nach dem unter ihnen bestehenden Range. Der Überschuss ist an die Masse abzuliefern (Abs. 2). Diese Abtretung ist keine zivilrechtliche Zession im Sinne von Art. 164 ff. OR, sondern überträgt dem Abtretungsgläubiger lediglich das Prozessführungsrecht der Masse mit dem Anspruch auf Vorausbefriedigung aus dem erzielten Erlös (BGE 122 III 176 E. 5f S. 189 mit Verweisen). Die abgetretenen Ansprüche gehören auch nach der Abtretung der Konkursmasse. Die Abtretung kann jeder rechtskräftig kollozierte Gläubiger verlangen (vgl. BGE 111 II 81 E. 3a); mehrere Abtretungsgläubiger bilden eine notwendige Streitgenossenschaft, wobei eine einheitliche Prozessführung nicht verlangt werden darf und einzelne von ihnen auf die Weiterführung des Prozesses verzichten können, ohne dass dies den Rechtsverlust für die übrigen Gläubiger und Streitgenossen zur Folge hat (BGE 121 III 488 E. 2e). Bei einer Forderungsabtretung nach Art.
164 ff. OR geht das Prozessführungsrecht nach Art. 260 SchKG als Nebenrecht auf den Zessionar über (Berti, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel 1998, N. 40 ff. zu Art. 260 SchKG).

1.2 Nach den Feststellungen der Vorinstanz ist die rechtskräftig kollozierte Forderung von Fr. 1'214'376.60

schon vor der Abtretung durch die Konkursverwaltung am 18. August 1998 von C.D._____ und D.D._____ zuerst an den Kläger B.D._____ und darauf von diesem am 22. September 1998 an die Klägerin abgetreten worden. Die Abtretung nach Art. 260 SchKG erfolgte erst danach (am 19. Oktober 1998) an die Zedenten der Forderung, nicht an die Klägerin. Die Vorinstanz hat zu Recht als fraglich erachtet, ob sich die Klägerin aufgrund dieser zeitlichen Abfolge auf eine gültige Prozessführungsbefugnis nach Art. 260 SchKG berufen kann. Sie hat jedoch die Frage der Gültigkeit dieser Abtretung nach Art. 260 SchKG offen gelassen in der Erwägung, die Sonderregelung von Art. 757 Abs. 1 und 2 OR verdränge die Regelung von Art. 260 SchKG. Die Beklagten wenden dagegen ein, Art. 757 Abs. 2 OR sei ein reiner Anwendungsfall von Art. 260 SchKG, weshalb die Aktivlegitimation eines Gesellschaftsgläubigers als Kläger nur bei korrektem Vorgehen nach Art. 260 SchKG gegeben sei. In der Lehre wird zwar - wie die Vorinstanz ausführte - betont, dass Art. 757 Abs. 1 und 2 OR im Bereich aktiengesellschaftsrechtlicher Verantwortlichkeit als lex specialis Art.
260 SchKG verdrängt (Berti, a.a.O., N. 8 zu Art. 260; vgl. auch Böckli, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., Zürich 2004, § 18 N. 358 S. 2118 f., wonach der Vorbehalt in Art. 757 Abs. 3 OR keine zusätzlichen Rechte verleiht); danach bedarf es im Falle eines Verzichts der Konkursverwaltung auf die Geltendmachung der Ansprüche an sich keiner Abtretung damit die Gläubiger ihre Ansprüche geltend machen können (Art. 757 Abs. 2 OR), d.h. jeder Gläubiger kann von Gesetzes wegen selbständig klagen (Böckli, a.a.O., § 18 N. 348 S. 2116 f.; Widmer/Banz, Basler Kommentar, N. 17 zu Art. 757 OR). Immerhin erscheint fraglich, ob es der Rechtssicherheit bzw. der Koordination unter den klagebefugten Gläubigern halber nicht doch einer Ermächtigung oder zumindest einer förmlichen Mitteilung der Konkursverwaltung bedarf; denn die nach Art. 757 Abs. 2 OR klageberechtigten Gläubiger bilden wie bei Art. 260 SchKG eine notwendige Streitgenossenschaft (Widmer/Banz, a.a.O., N. 24 zu Art. 757 OR). Diese Frage kann aber offen bleiben, da das angefochtene Urteil, wie nachfolgend ausgeführt, vor Bundesrecht standhält.

1.3 Selbst wenn nämlich eine Abtretung im Sinne von Art. 260 SchKG erforderlich gewesen wäre, ist die Aktivlegitimation der Klägerin zu bejahen, sofern der während der Hängigkeit des Prozesses verstorbene Kläger gültig geklagt hat. Die Klägerin hat nicht nur ursprünglich als Konkursgläubigerin bzw. Zessionarin Klage eingereicht, sondern ist anstelle ihres verstorbenen Ehemannes (B.D._____) in den Prozess eingetreten. Dessen Forderung von Fr. 9'194.75 wurde im Konkurs der Z._____ AG kolloziert. Diese Forderung trat das zuständige Konkursamt dem Ehemann der Klägerin am 19. Oktober 1998 ab und übertrug ihm damit auch das entsprechende Prozessführungsrecht der Masse. Da im vorliegenden Verfahren nicht die Verteilung des Erlöses, sondern allein die Prozessführungsbefugnis der Masse als solche zur Diskussion steht, ist die Klägerin als Gesamtrechtsnachfolgerin des ursprünglichen Klägers (B.D._____) klagebefugt, falls - was nachfolgend zu prüfen ist - dieser selbst gültig Klage eingereicht hat.

2.
Die Beklagten halten auch vor Bundesgericht daran fest, dass die Klage des nach Erlass des erstinstanzlichen Urteils verstorbenen B.D._____ nichtig sei, weil er nach einem Schlaganfall vor Einleitung des Prozesses urteilsunfähig geworden sei und ihm daher die Prozessfähigkeit als prozessuale Seite der Handlungsfähigkeit gefehlt habe (vgl. dazu BGE 116 II 385 E. 4).

2.1 Nach Art. 35 Abs. 1 OR erlischt die durch Rechtsgeschäft erteilte Ermächtigung, sofern nicht das Gegenteil vereinbart ist oder aus der Natur des Geschäfts hervorgeht, mit dem Tod, der Verschollenerklärung, dem Verlust der Handlungsfähigkeit oder dem Konkurs des Vollmachtgebers oder des Bevollmächtigten. In der Lehre wird entgegen dem Gesetzeswortlaut teilweise die Ansicht vertreten, der Verlust der Handlungsfähigkeit auf Seiten des Vollmachtgebers führe zwingend zum Erlöschen der Vollmacht (Zäch, Berner Kommentar, N. 16, 83 zu Art. 35 OR; Engel, Traité des obligations en droit suisse, 2. Aufl., Bern 1997, S. 399). Zur Begründung wird angeführt, mit dem Wegfall der Handlungsfähigkeit müsse auch die Vollmacht entfallen, weil das Erteilen der Vollmacht eine Erweiterung der Handlungsfähigkeit darstelle und dies demjenigen verwehrt sei, der von Gesetzes wegen in seiner Handlungsfähigkeit eingeschränkt sei; auch der Schutzzweck einer Bevormundung werde durch die Weitergeltung der Vollmacht vereitelt. Dagegen wird jedoch zutreffend vorgebracht, dass die Vollmacht in einem Zeitpunkt erteilt worden ist, in dem der Vollmachtgeber (noch) handlungsfähig und damit auch in der Erweiterung seiner Handlungsfähigkeit gesetzlich nicht
eingeschränkt war (Watter, Basler Kommentar, N. 4 zu Art. 35 OR). Ob der Schutzzweck einer Bevormundung

stets dadurch beeinträchtigt wird, dass eine entsprechend dem Willen des noch urteilsfähigen Vollmachtgebers erteilte Vollmacht beim Eintritt der Urteilsunfähigkeit weiterbesteht, sei dahingestellt. Die Lehrmeinung, welche diese Ansicht vertritt, knüpft die zwingende Beendigung der Vollmacht jedenfalls an die formelle Bevormundung und damit gleichzeitig auch an die Möglichkeit, die Vollmacht neu zu erteilen, wenn dies nach wie vor im wohlverstandenen Interesse des Vollmachtgebers liegt (vgl. Gauch/Schluep/Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., N. 1371; Guhl/Koller, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., S. 161 N. 12).

2.2 Die Lehrmeinung, welche die dispositive Natur der Beendigung der Vollmacht im Falle der (dauernden) Urteilsunfähigkeit des Vollmachtgebers befürwortet, kann sich nicht nur auf den Gesetzeswortlaut berufen, sondern führt zutreffend auch praktische Gründe an (Chappuis, Commentaire romand, N. 11 ad art. 35 CO). Es kann im Interesse des Vollmachtgebers liegen, dass die durch Rechtsgeschäft erteilte Vollmacht mit dem Verlust seiner Urteilsfähigkeit nicht ohne weiteres erlischt; in den Formularen des kantonalen Anwaltsverbandes ist der Weiterbestand aufgrund der typischen Interessenlage des Mandanten nach den Erwägungen im angefochtenen Urteil denn auch vorgesehen (vgl. Watter, a.a.O., N. 4 zu Art. 35 OR; vgl. auch BGE 75 II 190 E. 1 für den Tod des Auftraggebers). Der Vollmacht liegt meist ein Auftragsverhältnis zugrunde. Dafür bestätigt Art. 405 OR die in der römisch- und gemeinrechtlichen Tradition stehende Regelung, dass der Vertrag ohne gegenteilige Vereinbarung erlischt, wenn der Auftraggeber handlungsunfähig wird (Fellmann, Berner Kommentar, N. 32 zu Art. 405 OR). Gleichzeitig bestätigt diese Norm aber auch die dispositive Natur mit dem Vorbehalt "sofern nicht das Gegenteil vereinbart ist oder aus der Natur des Geschäftes
gefolgert werden kann" ("à moins que le contraire n'ait été convenu ou ne résulte de la nature de l'affaire"; "salvo che risulti il contrario dalla convenzione o dalla natura dell'affare"). Damit kann dem allenfalls gewichtigen Interesse des Auftraggebers am Weiterbestand des Auftragsverhältnisses gerade auch für den Fall der Urteilsunfähigkeit Rechnung getragen werden, während ein Widerruf durch den gesetzlichen Vertreter ohnehin vorbehalten bleibt (Fellmann, a.a.O., N. 31/91 zu Art. 405 OR).

2.3 Nach den Feststellungen im angefochtenen Urteil erteilte der (ursprüngliche) Kläger am 23. August 1999 seinem Rechtsvertreter eine Vollmacht zur Führung des Prozesses, wobei vereinbart wurde, dass die Vollmacht unter anderem auch mit dem Verlust der Handlungsfähigkeit des Vollmachtgebers nicht erlösche. Die Vollmachterteilung erfolgte danach vor dem Schlaganfall des Klägers im Januar/Februar 2000 und somit vor Eintritt der von den Beklagten behaupteten Urteilsunfähigkeit des Klägers. Da gemäss Art. 35 Abs. 1 OR gültig vereinbart werden konnte, dass die Vollmacht über den Eintritt einer allfälligen Handlungsunfähigkeit des Vollmachtgebers hinaus bestehen solle, konnte der Rechtsvertreter die Klage einreichen und den Prozess als gültig bestellter Vertreter des Klägers führen. Es stellt sich daher die Frage nicht, ob ein entsprechender Mangel durch die Genehmigung der Klägerin als Rechtsnachfolgerin geheilt werden konnte, wie die Vorinstanz eventualiter begründet und was die Beklagten bestreiten. Die Vorinstanz hat die Prozessfähigkeit des Klägers bundesrechtskonform bejaht, ohne dass sie Abklärungen zu dessen Urteilsfähigkeit nach dem erlittenen Schlaganfall hätte vornehmen müssen. Denn Art. 8 ZGB verleiht keinen Anspruch, zum
Beweis unerheblicher Tatsachen zugelassen zu werden (BGE 129 III 18 E. 2.6). Die entsprechende Rüge ist unbegründet.

3.
Die Rügen der Beklagten betreffend die Feststellung des Schadens sind offensichtlich unbegründet. Der Schaden, der durch eine verzögerte Konkurseröffnung entstanden ist, kann bundesrechtskonform in der Weise festgestellt werden, dass der aus den Buchhaltungsunterlagen ersichtliche Saldo im Zeitpunkt der Verletzung der Benachrichtigungspflicht mit dem (höheren) Verlust im Zeitpunkt der tatsächlich erfolgten Konkurseröffnung verglichen wird. Die Beklagten weisen nicht nach, dass sie prozesskonform Behauptungen und Beweisanerbieten für einen allfälligen Gegenbeweis vorgebracht hätten. Ihre Vorbringen vermögen jedenfalls gegen die Feststellung im angefochtenen Urteil nicht aufzukommen, wonach sie die festgestellten Verluste nicht bestritten haben und daher entsprechend der im kantonalen Prozessrecht verankerten Verhandlungsmaxime von entsprechenden Feststellungen auszugehen ist.

4.

Die Berufung ist abzuweisen. Bei diesem Verfahrensausgang ist die Gerichtsgebühr den Beklagten unter solidarischer Haftbarkeit (intern je zur Hälfte) zu auferlegen (Art. 156 Abs. 1 OG). Sie haben überdies der Klägerin die Parteikosten zu ersetzen (Art. 159 Abs. 2 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Berufung wird abgewiesen.

2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 7'000.– wird den Beklagten unter solidarischer Haftbarkeit (intern je zur Hälfte) auferlegt.

3.
Die Beklagten haben die Klägerin für das bundesgerichtliche Verfahren unter solidarischer Haftbarkeit mit Fr. 8'000.– zu entschädigen.
4. Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 23. Mai 2005
Im Namen der I. Zivilabteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: