Urteilskopf

122 III 176

34. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 8. März 1996 i.S. X. Corporation gegen Q. (Berufung)
Regeste (de):
Aktienrechtliche Verantwortlichkeit; Nachlassvertrag mit teilweiser Vermögensabtretung; Unterscheidung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden der Gesellschaftsgläubiger.

1. Zulässige Methode der Ausscheidung der Vermögenswerte beim Nachlassvertrag mit teilweiser Vermögensabtretung (E. 5b).

2. Auslegung des Nachlassvertrags im Hinblick auf die Frage, ob auch die aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüche den Gläubigern zur Liquidation überlassen wurden (E. 5c-e).

3. Die Unterscheidung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden der Gesellschaftsgläubiger ist nicht danach vorzunehmen, in welcher Vermögensmasse der Schaden unmittelbar eintritt bzw. ob die haftungsbegründenden Handlungen zu einer Beeinträchtigung des Vermögens der Gesellschaft geführt haben. Massgebliches Kriterium ist vielmehr die Rechtsgrundlage der jeweiligen Schadenersatzpflicht. Exemplifikation dieses Grundsatzes (E. 7).

Regeste (fr):
Responsabilité dans le droit de la société anonyme; concordat par abandon partiel d'actif; distinction entre dommage direct et indirect des créanciers de la société.

1. Méthode admissible pour délimiter les biens en cas de concordat par abandon partiel d'actif (consid. 5b).

2. Interprétation du concordat eu égard à la question de savoir si les prétentions en responsabilité du droit de la société anonyme ont également été cédées aux créanciers dans la liquidation (consid. 5c-e).

3. La distinction entre dommage direct et indirect des créanciers de la société n'est pas fonction de la masse de biens qui a été affectée directement par le dommage, respectivement du point de savoir si les actes générateurs de responsabilité ont conduit à une atteinte au patrimoine de la société. Le critère déterminant est au contraire le fondement juridique du devoir de réparer entrant en ligne de compte. Illustration de ce principe par un exemple (consid. 7).

Regesto (it):
Responsabilità nella società anonima; concordato con abbandono parziale dell'attivo; distinzione tra danno diretto ed indiretto dei creditori della società.

1. Metodo ammissibile per delimitare i beni in caso di concordato con abbandono parziale dell'attivo (consid. 5b).

2. Interpretazione del concordato in relazione alla questione di sapere se anche le pretese fondate sulla responsabilità nella società anonima sono state cedute ai creditori nella liquidazione (consid. 5c-e).

3. Ai fini della distinzione tra danno diretto ed indiretto non è determinante sapere quale massa di beni sia colpita direttamente dal danno, né quali atti generatori di responsabilità abbiano arrecato un pregiudizio al patrimonio della società. Criterio determinante è al contrario il fondamento giuridico del corrispondente obbligo di risarcimento. Spiegazione di questo principio mediante un esempio (consid. 7).

Sachverhalt ab Seite 177

BGE 122 III 176 S. 177

A.- Q. war in den Jahren 1978 bis 1982 Mitglied der Kontrollstelle der Z. AG. Am 25. April 1983 bestätigte das Kantonsgericht Schwyz der Z. AG einen Nachlassvertrag mit teilweiser Vermögensabtretung. Die Z. AG überliess darin den Gläubigern einen Teil ihres Vermögens zur Liquidation und Verteilung nach den Vorschriften über den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, bot die Schaffung eines Genussscheinkapitals an und erklärte sich mit einer Herabsetzung ihres Grundkapitals einverstanden. Die Liquidation der den Gläubigern überlassenen Vermögenswerte sollte in der Weise erfolgen, dass diese formell auf die ebenfalls zur Liquidationsmasse gehörende V. AG übertragen und deren Aktien treuhänderisch der Liquidatorin übereignet wurden. Alsdann sollte die V. AG nach Änderung ihres Zwecks und ihrer Firma in "V.-Abwicklungsgesellschaft" gegenüber Dritten als Veräussererin auftreten, intern jedoch für Rechnung aller beteiligten Gläubiger handeln. Der Erlös war unter Beachtung der Bestimmungen über die Rangordnung und die Rangklassen der Gläubiger gemäss SchKG zu verteilen. Die Genussscheine waren vorerst auf den Namen der Abwicklungsgesellschaft auszustellen und nach Verwertung aller anderen überlassenen Aktiven unter die Gläubiger zu verteilen. Schliesslich war die Abwicklungsgesellschaft aufzulösen und zu liquidieren. Die Z. AG setzte ihr Grundkapital gemäss den

BGE 122 III 176 S. 178

Bestimmungen des Nachlassvertrags herab und führte ihre Geschäfte mit den verbliebenen Mitteln fort, wobei ihrer Firma nie der Zusatz "in Nachlassliquidation" beigefügt wurde. Gegenstand der Vermögensabtretung sollen auch die Verantwortlichkeitsansprüche aus Aktienrecht gegenüber den seinerzeitigen Mitgliedern des Verwaltungsrates und der seinerzeitigen Kontrollstelle gebildet haben. Die Liquidatorin trat diese Ansprüche am 20. August 1985 an die X. Corporation, welche mit einer Forderung von mehr als 13 Millionen Franken in der 5. Klasse kolloziert war, sowie an eine weitere Gläubigerin ab.

B.- Am 18. Dezember 1987 klagte die X. Corporation beim Bezirksgericht Zürich gegen Q. auf Zahlung eines Betrags von Fr. 500'000.– aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit, welchen sie in der Replik auf Fr. 1'000'000.– nebst Zins erhöhte. Das Bezirksgericht Zürich stellte mit Vorentscheid vom 17. August 1990 fest, dass die Klägerin zur Geltendmachung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüche im Klagebetrag von Fr. 1'000'000.– aktivlegitimiert sei und diese Ansprüche nicht verjährt seien. Auf Berufung des Beklagten wies das Obergericht des Kantons Zürich am 18. Juni 1991 die Klage mangels Aktivlegitimation insoweit ab, als sie sich auf Abtretungen im Sinne von Art. 260/316 l SchKG oder Art. 756 Abs. 2 aOR stützte. Dagegen stellte es fest, die Klägerin sei insoweit aktivlegitimiert, aktienrechtliche Verantwortlichkeitsansprüche im Betrag von Fr. 1'000'000.– geltend zu machen, als sie einen direkten Gläubigerschaden behaupte. Eine Nichtigkeitsbeschwerde der Klägerin wies das Kassationsgericht des Kantons Zürich mit Beschluss vom 27. Dezember 1991 ab, soweit es darauf eintrat. Auf die Berufung der Klägerin gegen das Teilurteil des Obergerichts trat das Bundesgericht mit Urteil vom 18. August 1992 nicht ein. Mit Urteil vom 15. März 1993 wies darauf das Bezirksgericht Zürich die Klage ab. Auf Berufung der Klägerin hob das Obergericht des Kantons Zürich am 14. Juni 1994 dieses Urteil insoweit auf, als damit die auf Abtretungen im Sinne von Art. 260/316 l SchKG oder Art. 756 Abs. 2 aOR gestützten Ansprüche erneut abgewiesen wurden; hinsichtlich des direkten Gläubigerschadens bestätigte das Obergericht die Abweisung der Klage.

C.- Gegen die Urteile des Obergerichts des Kantons Zürich vom 18. Juni 1991 und 14. Juni 1994 hat die Klägerin Berufung eingereicht, die vom Bundesgericht teilweise gutgeheissen wird.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

5. Das Obergericht hat im Urteil vom 18. Juni 1991 hinsichtlich der Verantwortlichkeitsansprüche aus mittelbarem Schaden der Gläubiger, welche auf Abtretungen im Sinne von Art. 260/316 l SchKG oder Art. 756 Abs. 2 aOR gestützt werden, die Aktivlegitimation der Klägerin verneint, da diese Ansprüche nicht zu den Vermögenswerten gehörten, welche im Nachlassvertrag den Gläubigern zur Liquidation überlassen worden seien. In der Berufung beanstandet die Klägerin, diese Auffassung verstosse in mehrfacher Hinsicht gegen Bundesrecht.
a) Vorerst macht die Klägerin geltend, bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung gehörten die Verantwortlichkeitsansprüche zwingend zu den den Gläubigern überlassenen Vermögenswerten und könnten nicht von der Abtretung ausgeschlossen werden. Diese Auffassung wird tatsächlich in einem Teil der Lehre vertreten (so ERWIN GERSBACH, Der Nachlassvertrag ausser Konkurs nach dem Schweizerischen Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen und seinen Ausführungserlassen, Diss. Zürich 1937, S. 125; SCHODER, Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, ZBJV 88/1952, S. 418; PETER LUDWIG, Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, Diss. Bern 1970, S. 70; HANS HURTER, Der Nachlassvertrag mit Gesellschaftsgründung, Diss. Bern 1988, S. 125). Die genannten Autoren leiten, soweit sie sich nicht mit einem Verweis auf die früheren Lehrmeinungen begnügen, den zwingenden Charakter aus Art. 260 SchKG ab. Dieser Bestimmung unterstehen indessen nur jene Ansprüche, welche überhaupt zur Konkursmasse bzw. Liquidationsmasse gehören; über den materiellen Bestand der Masse sagt die Bestimmung hingegen nichts aus. Verzichten die zuständigen Organe darauf, einen Anspruch zur Masse zu ziehen, so ist damit Art. 316 l SchKG über die Abtretung von Ansprüchen an die Gläubiger ausgeschlossen (BGE 80 III 41 E. 1b S. 51). Nicht zu entscheiden ist hier die Frage, ob es angesichts der ausdrücklichen Erwähnung der Anfechtungs- und Verantwortlichkeitsansprüche in Art. 316 l SchKG zulässig wäre, bei einem Nachlassvertrag mit Abtretung des gesamten übrigen Vermögens allein diese Ansprüche von der Überlassung an die Gläubiger auszuklammern. Auch Art. 756 und 758 aOR vermögen nicht eine zwingende Überlassung der Verantwortlichkeitsansprüche an die Gläubiger beim Nachlassvertrag mit bloss teilweiser Vermögensabtretung zu begründen. Nach der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 117 II 432 ff.)

regeln diese Bestimmungen vielmehr die Ablösung des bis zur Konkurseröffnung bestehenden Anspruchs aus dem Recht der Gesellschaft durch den Anspruch der Gläubigergesamtheit. Ebensowenig vermag für die Begründung eines zwingenden Charakters zu genügen, dass eine Geltendmachung der Verantwortlichkeitsansprüche häufig unterbleiben würde, wenn sie im Rahmen eines Nachlassvertrags mit teilweiser Vermögensabtretung bei der weiterexistierenden Gesellschaft verblieben (so HURTER, a.a.O., S. 124 f.). Wollen die Gläubiger dies verhindern, so können sie ihre Zustimmung zum Nachlassvertrag davon abhängig machen, dass ihnen auch diese Ansprüche überlassen werden.
Entgegen den Ausführungen in der Berufung hat das Bundesgericht bisher nie eine solche zwingende Über-

lassung der Verantwortlichkeitsansprüche an die Gläubiger bejaht. Die angeführten BGE 86 II 171 ff. und BGE 93 II 22 ff. äussern sich dazu nicht. Bejaht wurde dort lediglich die Anwendbarkeit von Art. 756 aOR beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (BGE 86 II 185 E. 3a, BGE 93 II 24 E. 2), wobei jeweils ein Nachlassvertrag mit umfassender Vermögensabtretung vorlag. Gegen die Auffassung der Klägerin spricht im übrigen die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach auch beim Nachlassvertrag mit Abtretung aller Vermögenswerte die Liquidationsorgane nur bei besonderer Bevollmächtigung durch den Nachlassvertrag zur Anhebung der Verantwortlichkeitsklage gegen die Gesellschaftsorgane befugt waren (BGE 48 III 71, BGE 60 III 99). Mit der Praxisänderung in BGE 64 III 19 E. 2 S. 20 ff. hat das Bundesgericht dann den Grundsatz statuiert, dass beim Nachlassvertrag mit Abtretung aller Vermögenswerte das abgetretene Vermögen ohne gegenteilige Abrede auch die der Gesellschaft zustehenden Verantwortlichkeitsansprüche umfasst, selbst wenn diese im Inventar nicht aufgeführt sind (ebenso BGE 67 II 171; FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2 Auflage, S. 55 Rz. 77). Der Vorbehalt gegenteiliger Abrede schliesst es aus, die Überlassung der Verantwortlichkeitsansprüche an die Gläubiger als zwingend zu betrachten. Auch die Revision des SchKG vom 28. September 1949, mit welcher der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung gesetzlich geregelt wurde, hat diesbezüglich keine Änderung gebracht. In einem nicht veröffentlichten Entscheid des Bundesgerichts vom 15. Juli 1994 (i.S. Ponti AG Bauunternehmung) wurde schliesslich nur festgehalten, die in Art. 316 l SchKG ausdrücklich genannten Verantwortlichkeitsansprüche müssten den Gläubigern zwingend zur Abtretung angeboten werden, wenn diese nicht im Rahmen eines

Teilliquidationsvergleichs von vornherein von der Abtretung ausgeschlossen seien oder die zuständigen Organe auf die Admassierung dieser Ansprüche verzichteten (E. 3c). Der Übergang der Verantwortlichkeitsansprüche aus mittelbarem Schaden an die Liquidationsmasse, welche dann mit der Abtretung gemäss Art. 260/316 l SchKG der Klägerin die Aktivlegitimation verschafft hätte, lässt sich also nicht auf diesem Weg herleiten. b) Das Obergericht hat den Übergang der Ansprüche auf die Liquidationsmasse mit der Begründung verneint, dass Art. 316b Abs. 3 SchKG im Nachlassvertrag eine genaue Ausscheidung verlange, wenn nicht das gesamte Vermögen des Schuldners den Gläubigern zur Liquidation überlassen werde. Die Rechtssicherheit gebiete, dass die den Gläubigern überlassenen Vermögenswerte einzeln aufgeführt würden, womit alle nicht aufgeführten Vermögenswerte bei der Gesellschaft verblieben. Die Klägerin wendet dagegen ein, dass mit dieser Auslegung Art. 316b Abs. 3 SchKG eine zu weitreichende Bedeutung zugemessen werde. Die verlangte klare Ausscheidung sei auch gegeben, wenn die eine Vermögensmasse mit einer Generalklausel (”ihr gesamtes Vermögen mit Ausnahme von ...”) umschrieben und die andere Vermögensmasse durch eine limitative Aufzählung dieser Ausnahmen bestimmt werde. Nach den Grundsätzen der Logik kann eine vollständige und lückenlose Aufteilung eines Vermögens in zwei Teilkomplexe nur derart vorgenommen werden, dass die dem einen Teilkomplex zugehörenden Vermögenswerte limitativ aufgezählt werden, während der andere Teilkomplex als Gesamtheit des Vermögens abzüglich diese ausgeklammerten Vermögenswerte umschrieben wird. Andernfalls bleibt die Zuordnung jener Vermögenswerte offen, welche bei der Ausscheidung übersehen oder vergessen wurden oder damals gar nicht bekannt waren. Die Methode der Generalklausel mit Ausnahmen gewährleistet also gerade eine genaue Ausscheidung. Ob die eine oder die andere Vermögensmasse mit der Generalklausel umschrieben wird, ist logisch unerheblich. Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber in Art. 316b Abs. 3 SchKG beim Nachlassvertrag mit teilweiser Vermögensabtretung die Ausscheidung nur mittels limitativer Aufzählung der den Gläubigern überlassenen Vermögenswerte zulassen wollte, finden sich weder im Wortlaut des Gesetzes noch in den Gesetzesmaterialien. Art. 306 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG gebietet zwar der Nachlassbehörde bei allen Typen des Nachlassvertrags, beim Bestätigungsentscheid das Verhältnis der angebotenen Summe zu den Hilfsmitteln des Schuldners zu würdigen. Dieser Abwägung kommt beim

Nachlassvertrag mit nur teilweiser Vermögensabtretung ähnlich wie beim Prozentvergleich eine besondere Bedeutung zu. Sie verlangt, dass die beiden Vermögensmassen gewichtet werden können, was das Vorliegen näherer Angaben über die Hauptbestandteile beider Vermögensmassen voraussetzt. Dass zum Zweck der genauen Ausscheidung die Aufzählung der den Gläubigern überlassenen Vermögenswerte aber limitativ sein müsse, lässt sich daraus nicht ableiten. Im Interesse der Gläubiger liegt im Gegenteil, dass die Generalklausel zugunsten der ihnen überlassenen Vermögensmasse gilt, womit sie dann auch auf jene Vermögenswerte greifen können, welche aus irgendeinem Grund weder in der einen noch in der anderen Kategorie ausdrücklich aufgeführt sind. Dies ist gerade im Hinblick auf die Verantwortlichkeitsansprüche von Bedeutung. Folgte man der Auffassung des Obergerichts, so könnten die verantwortlichen Organe eine Überlassung dieser Ansprüche an die Gläubiger bereits dadurch verhindern, dass sie in keiner Aufzählung ausdrücklich aufgeführt werden, was wohl nur von wenigen Gläubigern bemerkt würde. Dazu kommt, dass eine vollständige Aufzählung aller den Gläubigern überlassenen Vermögenswerte beim Nachlassvertrag mit nur teilweiser Vermögensabtretung viel grösseren praktischen Schwierigkeiten begegnet als die Aufzählung der davon ausgeklammerten Vermögenswerte; die Verwendung genereller Umschreibungen bestimmter Kategorien von Vermögenswerten liesse sich dabei ebenfalls nicht vermeiden. Unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit ist es schliesslich gleichgültig, ob die Generalklausel zugunsten der den Gläubigern überlassenen Vermögensmasse oder zugunsten der der Gesellschaft verbleibenden Vermögensmasse lautet, denn in beiden Fällen ergibt sich eine abschliessende genaue Ausscheidung.
Auch in der Literatur wird nur eine genaue Ausscheidung der beiden Vermögensmassen verlangt ohne Beschränkung hinsichtlich der dafür verwendeten Methode (FRITZSCHE/WALDER, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, 3. Aufl., Bd. II, § 77, Rz. 15; SCHODER, a.a.O., S. 413). Nach der Rechtsprechung sind strenge Anforderungen an die verlangte genaue Ausscheidung zu stellen. So wurde im bereits zitierten BGE vom 15. Juli 1994 die Verweigerung der Bestätigung eines Nachlassvertrags, bei welchem die von der Überlassung an die Gläubiger ausgenommenen Vermögenswerte unklar umschrieben waren, als nicht willkürlich bezeichnet (E. 3a). Dass die den Gläubigern überlassenen und nicht etwa die davon ausgeklammerten Vermögenswerte einzeln aufzuzählen wären, stand damals

nicht zur Diskussion. Die Bestimmung von Art. 316b Abs. 3 SchKG lehnt sich im übrigen an Art. 316b Abs. 1 Ziff. 1 SchKG an, wo die genaue Ordnung eines den Gläubigern allfällig vorbehaltenen Nachforderungsrechts verlangt wird. In einem Bundesgerichtsentscheid vom 5. September 1994 (i.S. Leclerc & Cie; teilweise abgedruckt in SJ 1995, S. 221 ff.) wurde hinsichtlich der Genauigkeit der Regelung als genügend betrachtet, dass der Inhalt des Nachforderungsrechts bestimmbar sei, ohne dass der Betrag bereits ziffernmässig festgelegt werden müsste (E. 5a). Zu bedenken ist im übrigen, dass sich Art. 316b SchKG an die Nachlassbehörde wendet, welche beim Entscheid über die Bestätigung des ihr unterbreiteten Nachlassvertrags zu prüfen hat, ob dieser den gesetzlich verlangten Inhalt aufweist. Für einen gerichtlich bestätigten Nachlassvertrag aus Art. 316b Abs. 3 SchKG eine nicht widerlegbare Auslegungsregel ableiten zu wollen, würde deshalb auch der Funktion dieser Gesetzesbestimmung widersprechen. Aus diesen Gründen lässt sich die Zugehörigkeit der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüche aus mittelbarem Schaden zu der den Gläubigern überlassenen Liquidationsmasse entgegen der Auffassung des Obergerichts nicht schon deswegen verneinen, weil sie in der entsprechenden Aufzählung nicht ausdrücklich aufgeführt sind. c) Die Zugehörigkeit zur einen oder anderen Vermögensmasse muss deshalb durch Auslegung des Nachlassvertrags ermittelt werden. Bei der Auslegung eines Nachlassvertrags stehen die objektiven Elemente wie Wortlaut, Sinnzusammenhang und Entstehungsgeschichte im Vordergrund. Von Bedeutung ist auch, wie die Nachlassbehörde eine Vertragsbestimmung verstanden hat, da sie zu

prüfen hat, ob der unterbreitete Nachlassvertrag den gesetzlichen Anforderungen entspricht, und bei Mängeln die Bestätigung verweigert, den Nachlassvertrag zur Anpassung zurückweist oder eine ungenügende Regelung selbst ergänzt (Art. 316b Abs. 2 SchKG). Von untergeordneter Bedeutung ist demgegenüber der subjektive Wille der Beteiligten. Auch bei privatrechtlichen Verträgen ist dieser im übrigen nur massgeblich, wenn auf dieser Ebene eine Übereinstimmung besteht; andernfalls erfolgt eine Objektivierung durch die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip (vgl. BGE 118 II 365 ff.). Beim gerichtlichen Nachlassvertrag handelt es sich dagegen nicht um einen privatrechtlichen Vertrag, sondern um eine dem öffentlichen Recht angehörige Form der Zwangsvollstreckung, deren Anwendbarkeit

allerdings von der Zustimmung einer Gläubigermehrheit abhängt (vgl. BGE 103 III 60 mit Hinweisen, 105 III 95, 107 III 109). Insoweit besteht eine strukturelle Verwandtschaft mit den normativen Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrags, insbesondere im Falle seiner Allgemeinverbindlicherklärung, bei deren Auslegung ebenfalls die objektiven Elemente im Vordergrund stehen (vgl. dazu SCHÖNENBERGER/VISCHER, Zürcher Kommentar, N. 110 zu Art. 356 OR und N. 144 zu Art. 356b OR). Das Obergericht hat deshalb zu Recht davon abgesehen, den subjektiven Willen der Gläubiger zu ermitteln. d) Das Urteil des Obergerichts vom 18. Juni 1991 enthält zwar verschiedene Hinweise im Hinblick auf die Auslegung des am 25. April 1983 gerichtlich bestätigten Nachlassvertrags der Z. AG. Nicht abschliessend festgestellt wurde indessen, welches im strittigen Punkt der auf dem Weg der Auslegung ermittelte Inhalt des Nachlassvertrags ist. Das Obergericht hat vielmehr in unzutreffender Anwendung von Art. 316b Abs. 3 SchKG darauf abgestellt, dass das Fehlen einer ausdrücklichen Erwähnung der Verantwortlichkeitsansprüche unter den den Gläubigern überlassenen Vermögenswerten eine Zugehörigkeit zu diesen ausschliesse. Es stellt sich deshalb die Frage, ob die Streitsache in diesem Punkt an die Vorinstanz zurückzuweisen ist oder ob das Bundesgericht die Auslegung selbst vornehmen kann. Ausschlaggebend ist in diesem Zusammenhang, dass die wesentlichen objektiven Elemente im Urteil des Obergerichts vom 18. Juni 1991 festgehalten sind. Insbesondere sind dort genaue Angaben über die verschiedenen Phasen beim Zustandekommen des Nachlassvertrags aufgeführt. Der Wortlaut des Vertrags ist in seinen massgeblichen Punkten sinngemäss zusammengefasst und lässt sich vom Bundesgericht auf dem Weg der Ergänzung des Sachverhalts (Art. 64 Abs. 2 OG) selbst feststellen. In ihren Rechtsschriften berufen sich die Parteien allerdings ergänzend auf zahlreiche weitere Umstände, über welche sich im Urteil vom 18. Juni 1991 nichts findet. Eine Sachverhaltsfeststellung und Beweiswürdigung in diesen Punkten kann nicht Aufgabe des Bundesgerichts sein. Dazu kommt, dass aufgrund der Vorbringen der Parteien nicht ersichtlich ist, inwieweit die Tatsachenbehauptungen schon im kantonalen Verfahren vorgebracht und ob sie bestritten wurden. Eine Rückweisung der Streitsache zur Ergänzung des Sachverhalts in diesen Punkten durch den kantonalen Richter erübrigt sich indessen, da sich im folgenden zeigen wird, dass diese Tatsachenbehauptungen das Ergebnis der Auslegung nicht zu beeinflussen vermögen.

e) aa) Bei der Auslegung des Nachlassvertrags der Z. AG ist von dessen Aufbau und Wortlaut auszugehen. Die massgebliche Ziff. 2 im Abschnitt A. "Überlassung von Aktiven" lautet wie folgt: "Die Firma Z. AG überlässt entschädigungslos ihr gesamtes Vermögen den Gläubigern mit Ausnahme der folgenden Aktiven:" [Es folgt eine Liste der ausgeklammerten Aktiven, welche vorwiegend Beteiligungen umfasst, im Statuswert von Fr. 21'384'200.–.]"Im Einzelnen werden folgende Positionen den Gläubigern überlassen:" [Es folgt eine längere Liste von Aktiven verschiedener Art im Statuswert von total Fr. 86'739'600.–.]"Vom Total der in Höhe von sFr. 86'739'600.– den Gläubigern überlassenen Aktiven sind solche im Schätzwert von sFr. 45'835'100.– mit

Pfandrechten/ Verrechnungen belastet. Es wird Gewähr für den Bestand der überlassenen Aktiven, jedoch nicht für deren Einbringlichkeit übernommen. Die in der Zeit vom 15. September 1982 bis zur gerichtlichen Bestätigung des Nachlassvertrages realisierten Einnahmen sind abzüglich Kosten und Cash-Reserve den Gläubigern zur Verfügung zu stellen." In Abs. 1 ist somit das Prinzip verankert, dass das gesamte Vermögen mit Ausnahme bestimmter Positionen den Gläubigern überlassen wird. Die zugehörige Aufzählung der ausgeklammerten Aktiven hat damit eindeutig limitativen Charakter. Würden weitere Bestimmungen fehlen, so bestände kein Zweifel, dass die Verantwortlichkeitsansprüche ebenfalls den Gläubigern überlassen wurden, da sie nicht unter den Ausnahmen figurieren. In Abs. 2 findet sich dann aber auch noch eine Aufzählung der den Gläubigern überlassenen Positionen, worunter die Verantwortlichkeitsansprüche wiederum nicht figurieren. Soll die getroffene Regelung widerspruchsfrei sein, so hat diese Aufzählung im Unterschied zu jener in Abs. 1 nur exemplifikativen Charakter. Im Text wird dies mit den Worten "im Einzelnen" angedeutet, womit auf das in Abs. 1 erwähnte gesamte Vermögen Bezug genommen wird. Ein limitativer Charakter der Aufzählung in Abs. 2 kann auch nicht aus der einleitenden Ziff. 1 abgeleitet werden, wo im Sinne eines Überblicks über das Konzept des Nachlassvertrags erwähnt wird, die Gesellschaft anerbiete ihren Gläubigern unter anderem "die Überlassung bestimmter Aktiven zur Liquidation und Verteilung". Die in Ziff. 2 Abs. 4 statuierte Gewähr für den Bestand der überlassenen Aktiven konnte allerdings von der Z. AG für die Verantwortlichkeitsansprüche nicht übernommen werden; eine solche Gewähr musste jedoch nicht notwendigerweise mit der Überlassung an die Gläubiger verbunden werden. Das grösste Gewicht kommt somit im Rahmen des

Wortlautes dem in Ziff. 2 Abs. 1 statuierten Grundsatz der Überlassung des gesamten Vermögens mit einzeln aufgezählten Ausnahmen zu. bb) Der Text des Nachlassvertrags hat vom ersten Entwurf bis zur gerichtlichen Genehmigung verschiedene Veränderungen erfahren. Im Entwurf, welcher den Gläubigern mit Zirkular vom 28. Januar 1983 zugestellt wurde, waren in Ziff. 4 lediglich die an die Abwicklungsgesellschaft zu übertragenden Aktiven aufgeführt; eine Aufzählung der bei der Z. AG verbleibenden Vermögenswerte fehlte. Die Erwähnung des Grundsatzes, dass alle Aktiven unter Vorbehalt ganz präziser Ausnahmen an die Gläubiger bzw. an die Abwicklungsgesellschaft übergehen sollten, geht zurück auf die Intervention eines Gläubigers anlässlich der Gläubigerversammlung vom 11. Februar 1983. Die Sachwalterin und die Vertreter der Z. AG erklärten sich damit einverstanden, wobei dies nach ihrer Meinung lediglich eine Frage der Redaktion war und materiell nichts änderte. Die Sachwalterin hielt fest, dass die übertragenen Aktiven aber trotzdem namentlich aufzuführen seien, damit bei der Vornahme der Abtretung keine Zweifel aufkommen sollten. Die so bereinigte Fassung des Nachlassvertrags bildete dann Gegenstand der Zustimmungserklärungen der Gläubiger. Im folgenden verweigerte das Kantonsgericht Schwyz mit Beschluss vom 15. März 1983 die Bestätigung des Nachlassvertrags und wies ihn zur Änderung im Sinne der Erwägungen zurück. Es beanstandete, dass die Unterstellung unter die Regeln des Prozentvergleichs vorgesehen war, obwohl materiell ein Liquidationsvergleich gemäss Art. 316a ff. SchKG vorlag. In der neuen Fassung vom 30. März 1983 wurde dann bezüglich der Liquidation der den Gläubigern überlassenen Aktiven auf die Vorschriften von Art. 316a ff. SchKG verwiesen; die ursprüngliche Ziff. 4 wurde unverändert (abgesehen von einer hier nicht relevanten Abweichung) als Ziff. 2 gemäss dem unter vorstehender E. 5e/aa wiedergegebenen Text übernommen. Für diese bereinigte Fassung wurden die Zustimmungserklärungen der Gläubiger eingeholt, worauf das Kantonsgericht Schwyz den Nachlassvertrag am 25. April 1983 bestätigte. Die anlässlich der Gläubigerversammlung vorgenommene Anpassung belegt, dass die Beteiligten (Gläubiger, Sachwalterin und Schuldnerin) davon ausgingen, dass die Ausscheidung der beiden Vermögensmassen nach dem Prinzip der Generalklausel zugunsten der Liquidationsmasse geschehen sollte. Gegenüber dem Entwurf vom 28. Januar 1983 bedeutete dies nach dessen Wortlaut materiell eine Änderung, welcher die Vertreter der Sachwalterin und der

Schuldnerin aber ausdrücklich zustimmten. Dass sie anlässlich der Gläubigerversammlung diese Änderung nur als Frage der Redaktion darstellten, hat keinen Einfluss darauf, wie die neu gewählte Formulierung auszulegen ist. cc) Das Obergericht erwähnt in seinem Urteil vom 18. Juni 1991, es sei bereits im Entscheid des Kantonsgerichts Schwyz vom 15. März 1983 davon ausgegangen worden, dass die auf die Abwicklungsgesellschaft zu übertragenden Vermögenswerte einzeln enumeriert seien und die restlichen Vermögensteile bei der Nachlassschuldnerin verblieben. Der entsprechende Passus findet sich indessen im Abschnitt über die Würdigung des Verhältnisses der angebotenen Summe zu den Aktiven der Nachlassschuldnerin im Sinne von Art. 306 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG. Er stellt somit lediglich eine sprachlich etwas ungenaue Zusammenfassung der einschlägigen Vertragsbestimmungen dar; eine Aussage zu der erst Jahre später aufgetretenen Auslegungsfrage, welcher Vermögensmasse die nicht ausdrücklich aufgeführten Vermögenswerte zugewiesen sind, wollte der Nachlassrichter damit nicht machen. Ohne Aussagekraft ist in diesem Zusammenhang der weitere Hinweis des Obergerichts, kein Gläubiger habe dieser Bemerkung des Kantonsgerichts widersprochen. Dazu hatten sie gar keinen Anlass, da der Rückweisungsbeschluss nur der Nachlassschuldnerin, dem Sachwalter und dem Sachwalter des Firmengründers zugestellt wurde.
dd) Die für den Nachlassvertrag mit Überlassung aller Vermögenswerte geltende Vermutung, dass ohne gegenteilige Abrede auch die Verantwortlichkeitsansprüche den Gläubigern überlassen sind (vgl. vorne E. 5a), kann nicht ohne weiteres auf den Nachlassvertrag mit bloss teilweiser Vermögensabtretung übertragen werden. Haben die Gläubiger indessen Abstriche an ihren Forderungen zu machen, so haben sie höchstens aufgrund besonderer Umstände (z.B. Weiterführung der gegenseitigen Geschäftsbeziehungen oder besondere Schwierigkeiten der Verwertung) Anlass, auf einzelne vorhandene Aktiven definitiv und vollständig zu verzichten. Bei der Z. AG stand die Überlassung bestimmter Aktiven an die Nachlassschuldnerin in engem sachlichen Zusammenhang zur neu geschaffenen Beteiligung der Gläubiger an der Z. AG über die Ausgabe von Genussscheinen. Dem Genussscheinkapital von 30 Millionen Franken wurde eine Vorzugsdividende von 5% und ein Anspruch auf den Liquidationsanteil vor den Aktionären gewährt, während das Aktienkapital von bisher 7 Millionen Franken entschädigungslos auf 5 Millionen Franken herabgesetzt wurde. An

den in Ziff. 2 Abs. 2 des Nachlassvertrags aufgeführten Vermögenswerten, welche der Z. AG belassen wurden, partizipierten die Gläubiger somit indirekt weiterhin mit Vorzugsrechten. Da mit den Genussscheinen keine Mitwirkungsrechte verbunden waren, hätten sie indessen nicht für die Durchsetzung der Verantwortlichkeitsansprüche sorgen können, wenn diese bei der Gesellschaft verblieben wären. Ein Anlass für die Gläubiger, auf die direkte oder indirekte Heranziehung dieser Ansprüche zu ihrer Befriedigung zu verzichten, ist aber nicht ersichtlich. ee) Alle diese Umstände bestätigen, dass die nicht ausdrücklich aufgeführten Verantwortlichkeitsansprüche nach dem Wortlaut des einleitenden Satzes von Ziff. 2 Abs. 1 ("überträgt ihr gesamtes Vermögen mit Ausnahme der folgenden Aktiven") ebenfalls den Gläubigern zur Liquidation überlassen wurden. Eine nähere Abklärung der weiteren Umstände, welche von der Klägerin in der Berufungsschrift zur Stützung dieser Auslegung ohne entsprechende Anhaltspunkte im angefochtenen Urteil angeführt werden, erübrigt sich damit. Die Beklagte macht anderseits keine weiteren Umstände geltend, welche gegen dieses Auslegungsergebnis sprechen könnten. In Abweichung von der Auffassung des Obergerichts ergibt sich damit aufgrund der Auslegung des Nachlassvertrags der Z. AG, dass die aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüche gegenüber den Organen aus dem mittelbaren Schaden der Gläubiger ebenfalls zum Vermögenskomplex gehören, welcher diesen zur Liquidation überlassen wurde. Ziff. 1 des Urteils des Obergerichts vom 18. Juni 1991 ist somit aufzuheben und die Streitsache zur Beurteilung der geltend gemachten Verantwortlichkeitsansprüche aus mittelbarem Schaden an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 64 Abs. 1 OG).

f) Das Obergericht hat die Frage aufgeworfen, ob im Falle einer Überlassung der Verantwortlichkeitsansprüche an die Gläubiger die Abtretung dieser Rechte an die Klägerin durch die Liquidatorin gemäss Art. 260 SchKG genügen würde oder ob diese nicht namens der V. AG hätte erfolgen müssen. Dazu ist vorerst festzuhalten, dass der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung nach seiner gesetzlichen Ausgestaltung keine zivilrechtliche Abtretung beinhaltet. Die überlassenen Vermögenswerte werden nicht auf einen neuen Rechtsträger überführt, sondern den Gläubigern bzw. den bestellten Liquidationsorganen wird gemäss Art. 316a Abs. 1 SchKG das ausschliessliche Verfügungsrecht über die zivilrechtlich im Eigentum der Nachlassschuldnerin verbleibenden Vermögenswerte eingeräumt. Dies gilt auch beim

Nachlassvertrag mit teilweiser Vermögensabtretung; die in Art. 316b Abs. 3 SchKG geforderte genaue Ausscheidung verlangt nicht zwingend eine Überführung auf einen anderen Rechtsträger. Im Nachlassvertrag der Z. AG haben die Gläubiger indessen mit der Nachlassschuldnerin die formelle Übertragung der überlassenen Vermögenswerte auf die "V.-Abwicklungsgesellschaft" vereinbart, wobei die Mitglieder des Gläubigerausschusses den Verwaltungsrat der Abwicklungsgesellschaft bildeten, während die Geschäftsführung der Liquidatorin übertragen wurde. Der bestellten Nachlassliquidatorin stand aber ohnehin von Gesetzes wegen das Verfügungsrecht über die zur Liquidationsmasse gehörenden Vermögenswerte zu, und zwar ohne Rücksicht darauf, wer gerade formeller Rechtsträger war. Dass die V. AG in der Abtretungserklärung gemäss Art. 260 SchKG nicht als damalige formelle Rechtsträgerin der Verantwortlichkeitsansprüche genannt wurde, ist somit ohne rechtlichen Belang. Die Abtretung gemäss Art. 260 SchKG beinhaltet im übrigen wiederum keine zivilrechtliche Abtretung im Sinne von Art. 164 ff. OR, sondern überträgt dem Abtretungsgläubiger lediglich das Prozessführungsrecht mit dem Anspruch auf Vorausbefriedigung aus dem erzielten Erlös (BGE 116 III 96 E. 4a S. 101, 113 III 135 E. 3a S. 137 mit Hinweisen). Auch unter diesem Gesichtspunkt sind somit die zivilrechtlichen Regeln für das Handeln in fremdem Namen nicht anwendbar.

7. Gegenüber dem Urteil vom 14. Juni 1994 beanstandet die Klägerin, das Obergericht habe den von ihr ebenfalls geltend gemachten unmittelbaren Gläubigerschaden zu Unrecht als mittelbaren Schaden qualifiziert. Der unmittelbare Schaden wird von ihr daraus abgeleitet, dass sie nicht Gläubigerin geworden wäre oder auf einwandfreien Sicherheiten bestanden hätte, wenn die Kontrollstelle ihre Berichte rechtzeitig und pflichtgemäss erstellt hätte; dieser unmittelbare Schaden soll den Ausfall auf ihrer kollozierten Forderung umfassen.
a) Entgegen der Auffassung des Obergerichts hat das Bundesgericht in BGE 117 II 432 ff. die Unterscheidung zwischen mittelbarem und unmittelbarem Schaden der Gläubiger nicht aufgegeben. Aufgegeben wurde einzig die Doppelnatur der Klage eines Gläubigers, bei welcher die frühere Rechtsprechung zwischen einem Anspruch aus dem Schaden der Gesellschaft und einem solchen aus dem mittelbaren Schaden des Gläubigers unterschieden hatte. Nach der neuen Rechtsprechung wird hingegen der Anspruch aus dem Recht der Gesellschaft mit der Konkurseröffnung abgelöst durch den Anspruch

der Gläubigergesamtheit. Betragsmässig sind die beiden Ansprüche deckungsgleich. Sie stimmen auch hinsichtlich der Anspruchsvoraussetzungen überein, unterscheiden sich aber hinsichtlich der Einreden, die ihnen entgegengehalten werden können. Der einzelne Gläubiger, welcher aufgrund einer Abtretung gemäss Art. 260 SchKG klagt, macht einzig diesen einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit geltend und klagt nicht

etwa zusätzlich aus einem individuellen Recht (BGE 117 II 438 ff.). Vorbehalten bleiben hingegen auch hier die Ansprüche aus unmittelbarem Schaden, welchen jeder betroffene Gläubiger selbständig aus eigenem Recht unabhängig vom Vorgehen der Konkursorgane und auch bereits vor einer Konkurseröffnung geltend machen kann (BGE 106 II 232 E. 2b S. 234 f. und 257 E. 2 S. 260 f.). Die Neukonzeption des Anspruchs der Gläubigergesamtheit legt es indessen nahe, auch die Grenzziehung zwischen dem mittelbaren und dem unmittelbaren Gläubigerschaden in ihrem Licht zu überprüfen und nötigenfalls zu präzisieren. b) Leitet sich der Schaden eines Gläubigers bloss aus dem Schaden der Gesellschaft ab, indem er infolge der Vermögenseinbusse der Gesellschaft für seine Forderungen nicht gedeckt ist, so liegt ein mittelbarer Schaden vor. Ein unmittelbarer (direkter, individueller) Schaden wurde nach bisheriger Rechtsprechung und Lehre demgegenüber angenommen, wenn der Gläubiger unabhängig von einer Schädigung der Gesellschaft durch das pflichtwidrige Verhalten der haftbaren Person in seiner vermögensrechtlichen Stellung beeinträchtigt wurde (BGE 110 II 391 E. 1 S. 393 mit Hinweisen; FORSTMOSER, a.a.O., S. 80 Rz. 188; BÜRGI/NORDMANN, Zürcher Kommentar, N. 43 zu Art. 753/754 aOR; MAYA SCHIESS, Das Wesen aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche aus mittelbarem Schaden und deren Geltendmachung im Gesellschaftskonkurs, Diss. Zürich 1978, S. 25 f.). Massgebliches Kriterium ist somit nach dieser Auffassung, in welcher Vermögensmasse der Schaden unmittelbar eintritt bzw. ob die haftungsbegründenden Handlungen zu einer Beeinträchtigung des Vermögens der Gesellschaft geführt haben. Wie das Beispiel des Gläubigers zeigt, der nach eingetretener Überschuldung der Gesellschaft mit dieser noch Austauschverträge abschliesst, ist dieses Kriterium indessen problematisch (so auch HIRSCH, in: SZW 1995, S. 313). Aus einem solchen Vertrag erwächst dem Gläubiger nämlich nur ein Schaden, wenn die Erfüllung seiner Forderung wegen der Überschuldung der Gesellschaft ausbleibt. Sodann hängt das Ausmass seines Schadens ebenfalls vom Vermögensstand der Gesellschaft ab. Auch bei einem solchen Schaden des

Gläubigers besteht somit ein Bezug zum Vermögen der Gesellschaft. Zudem erscheint es als wenig sachgerecht, Schadenersatzansprüche, die einer unterschiedlichen rechtlichen Regelung unterstehen, nach dem Kriterium zu unterscheiden, welche Vermögensmasse direkt betroffen ist. Abzustellen ist vielmehr auf die Rechtsgrundlage der jeweiligen Schadenersatzpflicht. Im Umstand, dass sich zwei Ansprüche auf verschiedene Haftungsnormen stützen, ist der Grund für ihre unterschiedliche rechtliche Ordnung zu sehen. In diesem Sinne ist massgebend, dass die Art. 754 ff. aOR das Verhalten der Organe erfassen, mit welchem Pflichten gegenüber der Gesellschaft verletzt werden (vgl. BGE 110 II 391 E. 2 S. 394). Unmittelbar geschädigt und damit auch anspruchsberechtigt ist dabei die Gesellschaft, welche diese Ansprüche auch ausser Konkurs geltend machen kann. Die Gesellschaftsgläubiger sind davon nur mittelbar betroffen, falls sie deswegen bei einem Konkurs der Gesellschaft einen Ausfall auf ihren Forderungen erleiden. Diesem Umstand trägt das Gesetz dadurch Rechnung, dass mit der Konkurseröffnung der Anspruch aus dem Recht der Gesellschaft im dargelegten Sinne (vgl. vorne E. 7a) abgelöst wird durch einen einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit (Art. 756 und 758 aOR). Aufgrund dieses Unterscheidungskriteriums ergibt sich, dass ein unmittelbarer Schaden eines Gläubigers demgegenüber dort vorliegt, wo das Verhalten eines Organs Pflichten verletzt, welche diesem gegenüber dem betreffenden Gläubiger persönlich obliegen. In aller Regel ist dies ein widerrechtliches Verhalten im Sinne von Art. 41 OR, allenfalls ein Tatbestand der culpa in contrahendo. Der Hinweis auf den deliktischen Charakter der Haftung für unmittelbaren Gläubigerschaden findet sich denn auch in den Entscheiden des Bundesgerichts (so BGE 106 II 257 E. 2 S. 262; vgl. auch BGE 110 II 391 E. 2b S. 395). Eine Abgrenzung nach der Art der verletzten Pflichten lag sodann dort zugrunde, wo das Vorliegen von unmittelbarem Schaden davon abhängig gemacht wurde, dass Gläubigerschutzbestimmungen verletzt worden waren (so BGE 110 II 391 E. 2b S. 395). Auch in der Lehre zum neuen Aktienrecht wird zum Teil die Auffassung vertreten, der Anspruch aus unmittelbarem Gläubigerschaden sei als Anwendungsfall der Haftung gemäss Art. 41 OR aufzufassen, wobei zudem Art. 754 OR als kumulative Haftungsgrundlage angeführt wird (so STOFFEL, in: Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates/La responsabilité des administrateurs, S. 26; BÖCKLI, Das neue Aktienrecht, 2. Auflage, S. 1088 f. Rz. 2003; vgl. auch GUHL/KUMMER/DRUEY, Das Schweizerische

Obligationenrecht, 8. Auflage, S. 707). Die Verschiedenheit des unmittelbar betroffenen Vermögens im Sinne der bisherigen Rechtsprechung ist dabei unter dem Gesichtspunkt des Vorliegens einer entsprechenden Schutznorm von Bedeutung. Diese selbständige Haftungsgrundlage in Art. 41 OR führt dazu, dass beim unmittelbaren Gläubigerschaden Art. 756 und Art. 758 aOR für die Geltendmachung des Schadenersatzanspruches nicht anwendbar sind, das heisst, dass der geschädigte Gläubiger seinen Schadenersatzanspruch individuell, auch ausser Konkurs und im Falle des Konkurses unabhängig vom Vorgehen der Konkursorgane selbständig geltend machen kann. Ob hinsichtlich Solidarität, Verjährung und Gerichtsstand trotzdem die speziellen Bestimmungen von Art. 759-761 aOR anwendbar sind (so STOFFEL, a.a.O., S. 26; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, S. 421 Rz. 16), kann hier offenbleiben. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und herrschender Lehre ist eine Schadenszufügung im Sinne von Art. 41 OR widerrechtlich, wenn sie gegen eine allgemeine gesetzliche Pflicht verstösst, indem entweder ein absolutes Recht des Geschädigten beeinträchtigt (Erfolgsunrecht) oder eine reine Vermögensschädigung durch Verstoss gegen eine Norm bewirkt wird, die nach ihrem Zweck vor derartigen Schäden schützen soll (BGE 119 II 127 E. 3 S. 128 f. mit Hinweisen). Eine solche Verletzung einer Schutznorm liegt vor, wenn ein für die Gesellschaft handelndes Organ einen Dritten beim Vertragsabschluss täuscht. Klassisches Beispiel des unmittelbaren Gläubigerschadens ist deshalb der Fall, wo ein Gesellschaftsorgan einen Dritten durch falsche Auskünfte über die finanzielle Lage der Gesellschaft zur Kreditgewährung an die Gesellschaft veranlasst (BGE 106 II 257 E. 2 S. 261; FORSTMOSER, a.a.O., S. 81 Rz. 197; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, a.a.O., S. 421 Rz. 14). Inwieweit das blosse Verschweigen eine Haftung begründet, hängt davon ab, ob nach den Grundsätzen des Vertragsrechts eine Aufklärungspflicht besteht. Voraussetzung der Haftung eines Gesellschaftsorgans ist somit immer ein bestimmtes Verhalten (Handlung oder Unterlassung) in der direkten Beziehung zum Geschädigten (so schon BGE 106 II 260 unten). Ebenfalls unmittelbarer Gläubigerschaden liegt vor, wenn das Verhalten des Organs gegen Bestimmungen verstösst, welche ausschliesslich dem Schutz der Gläubiger dienen. So hat das Bundesgericht in einem nicht veröffentlichten Entscheid vom 1. November 1995 (i.S. Consent Treuhand AG gegen Bosshard) einen solchen Anspruch in Betracht gezogen, falls bei der

Liquidation der Gesellschaft Auszahlungen an die Aktionäre erfolgen, bevor alle Gläubiger befriedigt sind oder die Erfüllung der betreffenden Verbindlichkeiten sichergestellt ist (Art. 744 Abs. 2 und Art. 745 aOR; für weitere Beispiele vgl. SCHIESS, a.a.O., S. 28). c) Zu prüfen bleibt die Einordnung jener Fälle, wo Bestimmungen verletzt werden, welche sowohl den Interessen der Gesellschaft als auch dem Schutz der Gläubiger dienen. Zu diesen Vorschriften gehören die Bilanzvorschriften und die Bestimmungen über das Verhalten bei eingetretener Überschuldung der Gesellschaft (Art. 725 aOR) mit den damit in Zusammenhang stehenden Pflichten der Kontrollstelle gemäss Art. 728 und 729 aOR. Die diesbezügliche Rechtsprechung des Bundesgerichts zeigt ein uneinheitliches Bild. In einem Entscheid vom 10. März 1986 (i.S. Müller gegen Schwägli Décolletages SA, nicht publiziert) hat das Bundesgericht den Gläubigerschutzcharakter von Art. 725 aOR bejaht (E. 3b); als unmittelbarer Gläubigerschaden qualifiziert wurde der Ausfall eines Gläubigers, der nach eingetretener Überschuldung der Gesellschaft noch unbezahlt gebliebene Lieferungen an die Gesellschaft getätigt hatte. In einem Entscheid vom 27. Februar 1987 (i.S. Benz gegen Beerli, nicht veröffentlicht) wurde hingegen die Ableitung eines unmittelbaren Gläubigerschadens aus Art. 725 aOR abgelehnt, wobei allerdings auch eine Verletzung dieser Bestimmung verneint wurde (E. 1b). In einem Entscheid vom 28. Januar 1993 (i.S. Sanitas Troesch AG

gegen Fidinvest SA, auszugsweise abgedruckt in: RVJ/ZWR 1994, S. 184 ff.; besprochen von HIRSCH, a.a.O., S. 312 ff.) wurde dagegen wiederum unter Bezugnahme auf den erwähnten Entscheid vom 10. März 1986 der Gläubigerschutzcharakter von Art. 725 aOR bejaht. Auf den Ausgang des Verfahrens hatte dies allerdings keinen Einfluss, da das Vorliegen einer Pflichtverletzung der Kontrollstelle verneint wurde. Werden Bestimmungen verletzt, welche sowohl den Interessen der Gesellschaft wie auch dem Schutz der Gläubiger dienen, so entsteht aus der Pflichtverletzung zunächst ein auf Art. 754 aOR gestützter Schadenersatzanspruch der Gesellschaft, der dann mit der Konkurseröffnung abgelöst wird durch den einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit aus mittelbarem Schaden. Würde gleichzeitig wegen des ebenfalls gegebenen Gläubigerschutzcharakters ein selbständiger Anspruch einzelner Gläubiger bejaht, so würden damit aus Art. 41 OR konkurrierende Schadenersatzansprüche begründet. Letztere hätten zwar einen anderen Inhalt (negatives Interesse des einzelnen Gläubigers), welcher aber ebenfalls einen Bezug zur Vermögenssituation der Gesellschaft hat (vgl. vorne E. 7b).

Bei Vorliegen solcher konkurrierender Ansprüche müsste deshalb geregelt werden, welchen Einfluss die Tilgung des einen auf den Fortbestand des andern hat (vgl. HIRSCH, a.a.O., S. 314). Die Bejahung eines Anspruchs aus unmittelbarem Gläubigerschaden würde auch zu einer faktischen Privilegierung dieser Kategorie von Gläubigern vor den andern führen. Da die Verantwortlichkeitsansprüche meistens bestritten sind, können die Konkursorgane über deren Geltendmachung oder Abtretung an einzelne Gläubiger erst nach der zweiten Gläubigerversammlung, das heisst erst nach Vorliegen des Kollokationsplanes entscheiden. Die Gläubiger mit unmittelbarem Schaden könnten demgegenüber ihre Schadenersatzansprüche bereits nach der Konkurseröffnung gegenüber den verantwortlichen Organen selbständig geltend machen, sobald das Ausmass ihres Ausfalls abschätzbar ist. Ein solcher Wettlauf um Befriedigung aus der Verantwortlichkeit der Organe und der bei diesen vorhandenen Vermögenssubstanz würde jedoch dem Sinn von Art. 756 und 758 aOR widersprechen, mit welchen Bestimmungen der Gesetzgeber gerade eine einheitliche Geltendmachung der Verantwortlichkeitsansprüche anstrebte (BGE 86 III 154 E. 3 S. 161; vgl. auch die Bedenken von HIRSCH, a.a.O., S. 314). Aufgrund dieser unannehmbaren praktischen Konsequenzen muss beim Verstoss gegen Bestimmungen, welche sowohl den Interessen der Gesellschaft als auch dem Schutz der Gläubiger dienen, ab dem Zeitpunkt der Konkurseröffnung der einheitliche Anspruch der Gläubigergesamtheit aus mittelbarem Schaden konkurrierende Ansprüche aus unmittelbarem Gläubigerschaden, welche auf dieselbe Handlung oder Unterlassung gestützt werden, ausschliessen. Solche unmittelbare Schadenersatzansprüche entstehen dann nur, wenn gleichzeitig noch weitere Bestimmungen verletzt werden, die allein dem Schutz des betreffenden Dritten dienen, oder allenfalls ein Tatbestand der culpa in contrahendo vorliegt, welcher eine persönliche Haftung des Handelnden begründet. Ersteres ist zum Beispiel der Fall, wenn Dritte von einem Gesellschaftsorgan mit unwahren Angaben über die finanzielle Situation der Gesellschaft oder in Verletzung einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht darüber zu einem Vertragsabschluss bei bereits bestehender Überschuldung veranlasst werden (vgl. vorne E. 7b). In gleicher Weise werden bei der Verletzung von gesetzlichen Bilanzierungsvorschriften Ansprüche aus unmittelbarem Gläubigerschaden gegen das handelnde Gesellschaftsorgan begründet, sobald diese vorschriftswidrigen Bilanzen von ihm gegenüber

einem Kreditgeber verwendet werden (vgl. BGE 110 II 391 E. 2b S. 395). In quantitativer Hinsicht ist im übrigen zu beachten, dass auch solche konkurrierenden Ansprüche des Gläubigers aus unmittelbarer Schädigung auf den Ersatz des Gesamtschadens des Gläubigers beschränkt sind. d) Die Klägerin leitet ihren behaupteten

Anspruch aus unmittelbarem Gläubigerschaden daraus ab, dass die Kontrollstelle im Zusammenhang mit den Jahresrechnungen 1979 und 1980 die ihr obliegenden Pflichten verletzt haben soll. Ein direktes Handeln der Kontrollstelle ihr gegenüber wird nicht behauptet. Es wird auch nicht dargetan, für die Kontrollstelle hätten Anzeichen bestanden, dass die ihr vorgeworfenen Versäumnisse in der Erstattung von Berichten dazu ausgenützt würden, Dritte zu Vertragsabschlüssen auf falscher Geschäftsgrundlage zu veranlassen, welche Anzeichen sie pflichtwidrig ausser acht gelassen habe. Damit erschöpft sich das beanstandete Verhalten in einer Verletzung von Bestimmungen, welche nebst dem Schutz der Gläubiger auch den Interessen der Gesellschaft dient. Obschon die Klägerin behauptet, sie wäre bei gesetzeskonformem Verhalten des Beklagten nie Gläubigerin der Z. AG geworden oder hätte auf einwandfreien Sicherheiten bestanden, macht sie damit nur einen mittelbaren Gläubigerschaden geltend. Das Obergericht hat deshalb im Urteil vom 14. Juni 1994 zu Recht das Vorliegen eines selbständigen Anspruchs aus unmittelbarem Gläubigerschaden verneint.