

Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4C.436/2006 /len

Urteil vom 18. April 2007
I. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Corboz, Präsident,
Bundesrichterinnen Klett, Rottenberg Liatowitsch,
Bundesrichter Kolly, Bundesrichterin Kiss,
Gerichtsschreiberin Hürlimann.

Parteien
X. _____ AG,
Klägerin und Berufungsklägerin,
vertreten durch Rechtsanwälte Dr. Reto Arpagaus und Dr. Christian Schmid,

gegen

1. A. _____,
2. B. _____,
beide vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Stefan J. Schmid,
3. C. _____ AG,
vertreten durch Rechtsanwältin Dr. Carla Wassmer,
Beklagte und Berufungsbeklagte.

Gegenstand
aktienrechtliche Verantwortlichkeit,

Berufung gegen das Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Schwyz, Zivilkammer, vom 13. Juni 2006.

Sachverhalt:

A.

Die D. _____ AG mit Sitz in M. _____ wurde am 16. Juni 1989 gegründet. Ihr Zweck bestand in der Herstellung, der Verarbeitung und dem Vertrieb von Baustoffen, namentlich auf der Basis von Schaumglas. Am 29. Dezember 1993 wurde über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet.

A.a A. _____ (Beklagter 1) und B. _____ (Beklagter 2) waren Mitglieder des Verwaltungsrats der D. _____ AG, die C. _____ AG (Beklagte 3) deren Revisionsstelle. Der Beklagte 1 wurde im Konkurs der D. _____ AG mit einer Forderung von Fr. 3'706'717.– kolloziert.

A.b Die X. _____ AG (Klägerin) meldete im Konkurs der D. _____ AG eine Forderung von Fr. 1'750'000.– an und wurde mit Fr. 750'000.– kolloziert. Sie leitet diese Forderung aus dem Verkauf einer Produktionsanlage ab. Der gesamte Verkaufspreis von Fr. 1,25 Millionen sollte von der Käuferin in drei Raten getilgt werden, nämlich 40 % bei Vertragsunterzeichnung, 40 % nach erfolgter Ablieferung und Installation der Anlage sowie nach erfolgreicher Durchführung eines Testlaufs und die restlichen 20 % im Zeitpunkt der Aufnahme der kommerziellen Produktion. Die D. _____ AG zahlte die erste Rate, verweigerte dann aber weitere Zahlungen mit der Begründung, die hierzu erforderliche Bedingung, nämlich ein erfolgreich durchgeführter Testlauf, sei nicht erfüllt und die Anlage sei nicht funktionstüchtig für eine industrielle Produktion.

A.c Nachdem die Mehrheit der Gläubiger auf die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen gegen die Organe der D. _____ AG verzichtet hatte, trat die Konkursverwaltung diese Ansprüche mit Verfügung vom 6. März 1995 an die Klägerin sowie an den Beklagten 1 ab.

B.

Am 12. Juni 1996 gelangte die Klägerin an das Bezirksgericht Schwyz mit dem Rechtsbegehren, die Beklagten 1-3 seien zu verpflichten, ihr unter solidarischer Haftung Fr. 750'000.– zuzüglich Zins zu 5 % seit 29. Dezember 1993 zu bezahlen, unter Vorbehalt des Nachklagerechts. Sie machte im Wesentlichen geltend, dass die Beklagten 1 und 2 als Mitglieder des Verwaltungsrats Bilanzierungsvorschriften verletzt und eine zusätzliche Verschuldung der D. _____ AG dadurch bewirkt hätten, dass der Konkurs zu spät eröffnet worden sei. Ausserdem warf sie den Beklagten 1 und 2 vor, sie hätten ihre Pflicht zur sorgfältigen Geschäftsführung verletzt und damit den gesamten Schaden der Gläubiger im Konkurs verursacht. Der Beklagten 3 warf sie vor, sie habe ihre Kontroll- und Prüfungspflichten verletzt und sei ihren Informations- und Meldepflichten nicht nachgekommen. Die Beklagten beantragten die Abweisung der Klage. Die Beklagten 1 und 2 erhoben zudem Widerklage mit dem Begehren, es sei festzustellen, dass sie für den Gläubigerausfall im Konkurs der D. _____ AG nicht verantwortlich seien und demgemäss die Klägerin ihnen gegenüber keine Forderung habe.

Mit Urteil vom 24. September 2003 wies das Bezirksgericht Schwyz die Klage ab und stellte in Gutheissung der Widerklage fest, dass die Beklagten 1 und 2 für den Gläubigerausfall im Konkurs der D. _____ AG nicht haften. Das Bezirksgericht bejahte zwar die grundsätzliche Haftung der Beklagten 1 und 2 aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit, gelangte jedoch zum Ergebnis, dass der Schaden, welchen die Beklagten als Organe der Gesellschaft durch ihre pflichtwidrigen Handlungen verursacht hatten, durch die vom Beklagten 1 der Gesellschaft gewährten Darlehen ausgeglichen worden sei.

C.

Das Kantonsgericht Schwyz hob mit Beschluss vom 12. April 2005 das erstinstanzliche Urteil in teilweiser Gutheissung der Berufung der Klägerin auf und trat auf Klage und Widerklage nicht ein. Das Kantonsgericht überprüfte die materielle Gläubigerstellung der rechtskräftig kollozierten Klägerin und gelangte zum Schluss, die Forderung der Klägerin aus offenen Kaufpreisen sei vor der Eröffnung des Konkurses über die D. _____ AG nicht fällig gewesen bzw. sie sei mangels Eintritts der vertraglichen Bedingung gar nicht entstanden, womit der Klägerin das Rechtsschutzinteresse an der Verantwortlichkeitsklage fehle. Ausserdem qualifizierte das Kantonsgericht die Verantwortlichkeitsklage wegen des Verhaltens der Klägerin als rechtsmissbräuchlich. In einer Eventualbegründung erwog das Gericht, die Klägerin könne wegen Erlöschens ihrer Forderung durch Verrechnung mit der kollozierten Forderung des Erstbeklagten keine Ansprüche mehr geltend machen. Schliesslich erklärte das Gericht die Widerklage für hinfällig, weil auf die Klage nicht einzutreten sei.

D.

Das Bundesgericht hiess mit Urteil vom 10. Januar 2006 die Berufung der Klägerin gut, hob den Beschluss des Kantonsgerichts des Kantons Schwyz vom 12. April 2005 auf und wies die Sache zur Ergänzung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurück (Urteil 4C.312/2005, auszugsweise publ. in BGE 132 III 342). Das Bundesgericht entschied, dass die Kollokation des Abtretungsgläubigers im Verantwortlichkeitsprozess nicht überprüft werden kann (E. 2), die Klage nicht als rechtsmissbräuchlich bezeichnet werden kann (E. 3) und die Verrechnung mit der Darlehensforderung des Beklagten 1 zulässig ist, die im Umfang von Fr. 3'706'717.– kolloziert worden war, wovon Fr. 1'540'000.– als nachrangige Darlehen (E. 4.5).

E.

Mit Urteil vom 13. Juni 2006 hob das Kantonsgericht Schwyz in teilweiser Gutheissung der Berufung der Klägerin das angefochtene Urteil des Bezirksgerichts auf, wies die Klage ab und trat auf die Widerklage nicht ein. Das Gericht lehnte eine neuerliche Anhörung der Parteien zur Frage der Verrechnung ab, nachdem der Beklagte 1 seine kollozierte Darlehensforderung bereits in der Klageantwort zur Verrechnung gestellt hatte, es verneinte die behaupteten Pflichtverletzungen der Beklagten 1 und 2 in der Geschäftsführung, welche nach den Vorbringen der Klägerin zum Konkurs geführt hatten, kam jedoch mit der ersten Instanz zum Schluss, dass die Beklagten 1 und 2 ihrer Pflicht, bei Unterbilanz die notwendigen Massnahmen zu ergreifen und den Richter zu benachrichtigen, nicht in genügendem Masse nachgekommen seien, wobei angesichts der besonderen Umstände gestützt auf Art. 43 und 44 OR der Schadenersatz auf Fr. 1'500'000.– herabzusetzen sei. Die behaupteten Pflichtverletzungen der Beklagten 3 verneinte das Kantonsgericht Schwyz sodann wie schon die erste Instanz. Das Gericht liess die Darlehensforderung des Beklagten 1 in vollem Ausmass, eventuell im Umfang ohne Rangrücktritt von Fr. 2'166'717.– zur Verrechnung mit dem Schadenersatz zu. Es bestätigte schliesslich seinen - im Verfahren der Rückweisung ebenfalls aufgehobenen - Nichteintretensentscheid in Bezug auf die Widerklage und auferlegte den Parteien die Gerichtskosten je zur Hälfte.

F.

Mit Berufung vom 11./13. Dezember 2006 beantragt die Klägerin dem Bundesgericht, das Urteil des Kantonsgerichts Schwyz vom 13. Juni 2006 sei mit Ausnahme des Widerklageentscheids aufzuheben und die Beklagten seien unter solidarischer Haftbarkeit zu verpflichten, der Klägerin CHF 750'000.– zuzüglich 5 % Zins seit 29. Dezember 1993 zu bezahlen. Sie rügt zunächst, die Vorinstanz sei einem offensichtlichen Versehen verfallen bzw. habe aktenwidrige Annahmen getroffen und den Sachverhalt lückenhaft festgestellt sowie bundesrechtliche Beweisvorschriften verletzt, indem sie ihre Vorbringen zum Fortsetzungsschaden unberücksichtigt gelassen habe, sie habe die Art. 41, 42 Abs. 2, 114-142, 754 und 756 f. OR sowie Art. 247, 250 und 251 SchKG verletzt, indem sie den Schaden der Gesellschaft wegen pflichtwidriger Verzögerung der Konkursöffnung aufgrund der Verteilliste bemessen habe, und habe Art. 43 und 44 OR verletzt, indem sie den Schadenersatz herabgesetzt habe. Weiter wirft die Klägerin der Vorinstanz vor, sie habe zu Unrecht die Verrechnung zugelassen und die Pflichtverletzung der Revisionsstelle verneint. Abschliessend unterbreitet die Klägerin - teils unter Verweis auf Rechtsschriften in anderen Verfahren - ihre Schadensberechnung in verschiedenen Varianten.

Die Beklagte 3 beantragt in der Antwort, die Berufung sei - soweit darauf überhaupt einzutreten ist - in Bezug auf die Beklagte 3 vollumfänglich abzuweisen. Die Beklagten 1 und 2 schliessen auf vollumfängliche Abweisung der Berufung, soweit darauf einzutreten ist.

G.

Mit Urteil vom heutigen Tag wies das Bundesgericht eine gleichzeitig eingereichte staatsrechtliche Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

Das Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) ist am 1. Januar 2007 in Kraft getreten (AS 2006, 1205, 1243). Da der angefochtene Entscheid vorher ergangen ist, richtet sich das Verfahren noch nach dem OG (Art. 132 Abs. 1 BGG).

2.

Die Beklagten 1 und 2 haben keine Anschlussberufung eingereicht. Der angefochtene Entscheid ist rechtskräftig geworden, soweit auf die Widerklage nicht eingetreten wird.

3.

Mit der Berufung kann geltend gemacht werden, der angefochtene Entscheid beruhe auf Verletzung von Bundesrecht mit Einschluss der völkerrechtlichen Verträge. Wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte der Bürger bleibt die staatsrechtliche Beschwerde vorbehalten (Art. 43 Abs. 1 OG). Die Berufungsschrift muss die Begründung der Anträge enthalten. Sie soll kurz darlegen, welche Bundesrechtssätze und inwiefern sie durch den angefochtenen Entscheid verletzt sind. Ausführungen, die sich gegen die tatsächlichen Feststellungen richten, das Vorbringen neuer Tatsachen, neue Einreden, Bestreitungen und Beweismittel, sowie Erörterungen über die Verletzung kantonalen Rechts sind unzulässig (Art. 55 Abs. 1 lit. c OG).

3.1 Die Vorinstanz hat die von der Klägerin behaupteten Pflichtverletzungen der Beklagten 1 und 2 hinsichtlich sorgfältiger Geschäftsführung verneint. Der Begründung der Berufung ist nicht zu entnehmen, inwiefern die Vorinstanz dadurch Bundesrechtsnormen verletzt haben sollte. Die Klägerin beanstandet allein die Abweisung ihrer Klage im Zusammenhang mit dem Vorwurf, die Beklagten hätten ihre Pflicht zur rechtzeitigen Benachrichtigung des Richters bei Überschuldung verletzt. Die Vorinstanz hat sodann die von der Klägerin behaupteten weiteren Pflichtverletzungen der Beklagten 3 unter Verweis auf die Begründung der ersten Instanz und in der Erwägung verneint, es seien im erstinstanzlichen Hauptverfahren in dieser Hinsicht nicht rechtzeitig ein diesbezüglicher Schadensverlauf und die Kausalität zwischen angeblichen Pflichtverletzungen und einem Schaden aufgezeigt worden. Die Klägerin bringt sinngemäss dagegen die im vorliegenden Verfahren unzulässige Rüge vor, die Vorinstanz habe ihr das rechtliche Gehör verweigert, indem sie ihrer Begründungspflicht nicht nachgekommen sei. Im Übrigen verweist sie auf Rechtsschriften in anderen Verfahren, was nach konstanter Praxis unzulässig ist. Es ist darauf nicht einzutreten.

3.2 Die Klägerin wendet sich gegen die Feststellung der Vorinstanz, dass der Gesellschaft bzw. der Gläubigergemeinschaft durch die pflichtwidrig verspätete Deponierung der Bilanz zwischen dem 1. Juli 1992 als Zeitpunkt der hypothetischen Konkursöffnung bis zum 29. Dezember 1993 als Zeitpunkt der tatsächlichen Konkursöffnung ein Schaden von Fr. 2'326'752.55 entstanden sei. Soweit sie in diesem Zusammenhang eine willkürliche

Anwendung und Auslegung der Schwyzer Zivilprozessordnung rügt, sind ihre Vorbringen im Berufungsverfahren unzulässig. Soweit sie sich auch gegen die Eventualbegründung wendet, vermöchte eine andere Beurteilung den Entscheid nicht zu beeinflussen, weshalb der Klägerin das Rechtsschutzinteresse an einer Überprüfung fehlt. Ein offensichtliches Versehen liegt sodann nur vor, wenn ein Aktenstück nicht oder unrichtig wahrgenommen wurde, nicht aber wenn ein Beweisstück unrichtig gewürdigt wurde (BGE 115 II 399 E. 2a; 109 II 159 E. 2b S. 162 mit Verweisen). Die Vorinstanz hat die Verteilliste gewürdigt und auf die dort genannte Zahl abgestellt. Ein offensichtliches Versehen liegt nicht vor. Die entsprechende Rüge ist unbegründet. Eine Verletzung der bundesrechtlichen Grundsätze zur Substanziierung liegt sodann

grundsätzlich nicht vor, wenn das kantonale Recht vorschreibt, dass tatsächliche Behauptungen nach dem Beweisverfahren nicht mehr erweitert werden können (BGE 108 II 337; vgl. auch BGE 127 III 365 E. 2b S. 368).

3.3 Die Klägerin unterbreitet Varianten für die nach ihrer Ansicht korrekte Schadensberechnung. Diese Vorbringen beruhen weitgehend auf neuen tatsächlichen Vorbringen und sind im vorliegenden Verfahren unzulässig. Es ist darauf nicht einzutreten. Insbesondere hat die Vorinstanz für das Bundesgericht verbindlich festgestellt, dass die Vorbringen der Klägerin zum Zeitpunkt der hypothetischen Konkursöffnung prozessual verspätet sind, soweit die Klägerin einen früheren Zeitpunkt als den 1. Juli 1992 berücksichtigt haben will. Anzufügen bleibt, dass die Vorinstanz auch weder den bundesrechtlichen Begriff des Schadens noch Grundsätze der Schadensberechnung verkannt hat, wenn sie die durch die pflichtwidrig verspätete Konkursöffnung verursachte Vergrösserung der Überschuldung der Konkursitin zwischen dem Zeitpunkt, in dem die Bilanz hätte deponiert werden müssen, und der tatsächlichen Konkursöffnung als massgebend erachtete. Dass sie für die im Zeitpunkt des tatsächlichen Konkurses gegebene Überschuldung der Konkursitin auf die Verteilliste abstellte, ist dabei aus rechtlicher Sicht nicht zu beanstanden (vgl. Christian Schöniger, in Staehelin/Bauer/Staehlin, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG II,

Art. 88-220, N. 3 und 35 zu Art. 146 SchKG). Die Vorinstanz schloss in Beweiswürdigung, dass der in dieser Liste aufgeführte Betrag ungedeckter Forderungen von Fr. 6'869'351.55 zutreffend ist. Soweit die Klägerin vorbringt, die tatsächliche Überschuldung der Gesellschaft habe mehr betragen, kritisiert sie in unzulässiger Weise die tatsächlichen Feststellungen, ohne gemäss Art. 63 Abs. 2 OG zulässige Rügen zu erheben. Die Feststellung der Vorinstanz ist verbindlich, dass die Überschuldung der D. _____ AG Fr. 2'326'752.55 weniger betragen hätte, wenn der Konkurs am 1. Juli 1992 eröffnet worden wäre.

4.

Die Vorinstanz hat mit dem Bezirksgericht eine Pflichtverletzung der Beklagten 3 als Revisionsstelle der Konkursitin verneint. Sie hat unter Verweis auf die Erwägungen der ersten Instanz dargelegt, dass die Beklagte 3 sowohl in ihrem Revisionsbericht für das Jahr 1991 wie auch im Bericht für das Jahr 1992 eine Überschuldung festgestellt und den Verwaltungsrat auf Art. 725 OR hingewiesen hat, dass sie aber zur selbständigen Benachrichtigung des Richters erst seit Inkrafttreten des neuen Aktienrechts am 1. Juli 1992 überhaupt und jedenfalls nur subsidiär verpflichtet war. Sie hat geschlossen, dass der Beklagten 3 keine Verletzung ihrer ab Juli 1992 geltenden subsidiären Anzeigepflicht vorgeworfen werden könne, nachdem sie den rechtlich und wirtschaftlich versierten Verwaltungsrat auf dessen Pflichten gemäss Art. 725 OR hingewiesen habe und dieser auch nicht untätig blieb, sondern Sanierungsbemühungen traf. Die Klägerin rügt die Verletzung von Art. 729b in Verbindung mit Art. 725 OR sowie von Art. 754 OR.

4.1 Gemäss Art. 729b Abs. 2 OR benachrichtigt die Revisionsstelle bei offensichtlicher Überschuldung den Richter, wenn der Verwaltungsrat die Anzeige unterlässt. Diese Bestimmung bezweckt, im Interesse der aktuellen und künftiger Gläubiger der Gesellschaft wie der Allgemeinheit ein Hinauszögern des Konkurses und damit insbesondere eine weitere Überschuldung zu verhindern. Aussichten für eine kurzfristig realisierbare Sanierung können jedoch nach den Umständen rechtfertigen, auf eine sofortige Benachrichtigung des Richters zu verzichten, wenn es sich nicht um bloss übersteigerte Erwartungen oder vage Hoffnungen handelt (BGE 127 IV 110 E. 5a S. 113; 116 II 533 E. 5a S. 541, je mit Verweis). In diesem Zusammenhang ist insbesondere möglich, mit dem Mittel des Rangrücktritts eine Benachrichtigung des Richters zu vermeiden, wobei allerdings die Revisionsstelle dessen Gültigkeit, die Vertrauenswürdigkeit des den Rangrücktritt erklärenden Gläubigers und einen eventuellen Interessenkonflikt prüfen muss (BGE 129 III 129 E. 7.1 S. 131).

4.2 Das Bezirksgericht, auf dessen Erwägungen die Vorinstanz verweist, hat festgehalten, dass die Beklagte 3 den Rangrücktritt des Beklagten 1 im August 1992 näher abklärte und dessen Gültigkeit prüfte, wobei allerdings der Rücktritt nicht ausreichte, die Überschuldung zu beseitigen. Das Gericht kam zum Schluss, die Überschuldung der D. _____ AG per Ende 1991 sei offensichtlich gewesen und sei von der Beklagten Mitte September

1992, als sie den Revisionsbericht für das Jahr 1991 abgegeben habe, auch erkannt worden. Dagegen sei der Verwaltungsrat der D._____ AG keineswegs untätig geblieben. Im Dezember 1992 habe er beschlossen, die Aktivitäten einzustellen, im März 1993 habe er die Hauptgläubigerin um ein Stillhalteabkommen ersucht, gleichzeitig den Angestellten gekündigt und die Geschäftstätigkeit eingestellt. Damit einhergehend habe er im Jahre 1993 Übernahmeverhandlungen aufgenommen. Das Bezirksgericht verneinte jedenfalls die adäquate Kausalität zwischen dem Fortsetzungsschaden und einer allfälligen Pflichtverletzung der Beklagten 3 mit der Begründung, dass die Beklagte 3 angesichts der im Dezember 1992 beschlossenen Massnahmen den Richter allenfalls ein bis zwei Monate früher hätte benachrichtigen müssen, als der Verwaltungsrat dies tatsächlich getan habe.

4.3 Die Klägerin hält an ihren Vorbringen im erstinstanzlichen Verfahren fest, wonach die Beklagte 3 bei pflichtgemäsem Handeln die Überschuldung der D._____ AG schon vor Mitte September 1992 hätte erkennen können. Inwiefern die Vorinstanz Bundesrechtsnormen verletzt haben könnte, wenn sie der Klägerin insofern nicht folgte, ist der Berufungsschrift nicht zu entnehmen (Art. 55 Abs. 1 lit. c OG). Es ist mit den kantonalen Instanzen davon auszugehen, dass die Beklagte 3 die offensichtliche Überschuldung der D._____ AG Mitte September 1992 erkannte und diese zuvor nicht erkennen musste. Der Verwaltungsrat blieb nach den Feststellungen der Vorinstanz nicht untätig, sondern setzte - nachdem sich die von der Klägerin gelieferte Anlage als offenkundig untauglich zur vertraglich zugesicherten Produktion erwiesen hatte - auf eine neue Technologie, wobei der Beklagte 1 im Jahre 1992 weitere erhebliche finanzielle Mittel von insgesamt Fr. 2'747'717.- zur Verfügung stellte. Nachdem der Erfolg kurzfristig ausblieb und die neuen Geldmittel nicht genügten, die Überschuldung zu beseitigen, beschloss der Verwaltungsrat nach den Feststellungen des Bezirksgerichts, auf welche die Vorinstanz verweist, die Geschäftstätigkeit einzustellen und Übernahmeverhandlungen aufzunehmen.

4.4 Mit den kantonalen Instanzen ist davon auszugehen, dass die Beklagte 3 nach den Umständen in noch vertretbarer Weise davon ausgehen durfte, dass der Verwaltungsrat der D._____ AG geeignete Massnahmen zur Sanierung ergreifen und allenfalls eine Übernahme erfolgreich abschliessen werde, nachdem der Beklagte 1 der Gesellschaft erhebliche Mittel zur Verfügung gestellt hatte und die fachliche Versiertheit und Vertrauenswürdigkeit der Mitglieder des Verwaltungsrats nicht in Frage steht. Auch wenn die subsidiäre Pflicht zur Benachrichtigung des Richters gemäss Art. 729b Abs. 2 OR grundsätzlich dort streng zu verstehen ist, wo die Aussichten auf eine Sanierung kaum realistisch erscheinen und daher von der Revisionsstelle verlangt wird, dass sie nach Ansetzung einer nützlichen Frist an den Verwaltungsrat selbst tätig wird, lässt sich ein Verzicht auf die subsidiäre Anzeige rechtfertigen, wenn nach den Umständen konkrete Aussicht besteht, eine Schädigung der Gläubiger ohne Konkurs abzuwenden. Da der kundige Verwaltungsrat nach den Feststellungen des Bezirksgerichts Übernahmeverhandlungen einleitete und im Jahre 1993 mit Interessenten führte, konnte die Beklagte 3 jedenfalls bis zum Scheitern dieser Übernahmeverhandlungen ohne Verletzung ihrer subsidiären Pflicht gemäss Art. 729b Abs. 2 OR auf die Benachrichtigung des Richters verzichten.

4.5 Die Klägerin behauptet, selbst wenn die Pflicht der Beklagten 3 zur subsidiären Benachrichtigung des Richters erstmals nach dem Scheitern der Sanierung "im Januar 1993" entstanden wäre, so wäre der Konkurs aufgrund der Meldung der Beklagten 3 spätestens im März 1993 eröffnet worden. Inwiefern die Vorinstanz jedoch Bundesrechtsnormen verletzt haben sollte, wenn sie mit der ersten Instanz berücksichtigte, dass der Verwaltungsrat der überschuldeten D._____ AG noch im Jahre 1993 Übernahmeverhandlungen führte, ist der Berufung nicht zu entnehmen. Soweit die Beklagte 3 aufgrund der vom Verwaltungsrat geführten Verhandlungen mit dem erfolgreichen Abschluss der Übernahme durch eine Drittgesellschaft und der Verhinderung eines Verlusts der Gesellschaftsgläubiger rechnen konnte, war sie zur Anzeige an den Richter gemäss Art. 729b Abs. 2 OR nicht verpflichtet. Aufgrund der verbindlichen Feststellungen der kantonalen Gerichte konnte die Vorinstanz die behauptete Verletzung von Art. 729b Abs. 2 OR durch die Beklagte 3 verneinen, ohne Bundesrechtsnormen zu verletzen. Die Berufung der Klägerin gegen die Abweisung der Klage gegen die Beklagte 3 ist unbegründet, soweit darauf einzutreten ist.

5.

Die Vorinstanz hat das Verschulden der Beklagten 1 und 2 in der Verzögerung der Konkurseröffnung zwar bejaht, jedoch als leicht erachtet und die Ersatzpflicht gemäss Art. 43 f. OR reduziert. Die Klägerin macht geltend, die Vorinstanz habe damit Bundesrecht verletzt.

5.1 Die Klägerin bestreitet zu Recht nicht, dass die allgemeinen Regeln der Art. 41 ff. OR auf die Haftung der

Organe im Sinne von Art. 754 OR anwendbar sind (gemäss Art. 99 Abs. 3 OR auch gegenüber der Gesellschaft). Die Vorinstanz ist zutreffend davon ausgegangen, dass Art und Grösse des Ersatzes für den eingetretenen Schaden vom Gericht zu bestimmen ist, wobei sowohl die Umstände als die Grösse des Verschuldens zu würdigen sind (Art. 43 Abs. 1 OR). Sie hat zunächst bundesrechtskonform die Grösse des Schadens festgestellt, der durch die Verzögerung der Konkursöffnung zwischen dem 1. Juli 1992 und dem 29. Dezember 1993 entstanden ist und hat insofern festgehalten, dass die Überschuldung der Konkursitin Fr. 2'326'752.55 mehr betragen hat, als wenn die Anzeige der Überschuldung durch die Beklagten 1 und 2 bereits Mitte 1992 erfolgt wäre. Sie hat jedoch angesichts der Besonderheiten des vorliegenden Falles die Höhe des Ersatzes auf Fr. 1'500'000.– herabgesetzt. Dabei handelt es sich um einen Ermessensentscheid (BGE 127 III 73 E. 5e S. 80). Das Bundesgericht überprüft derartige Ermessensentscheide im Berufungsverfahren zwar grundsätzlich frei. Es übt aber Zurückhaltung und schreitet nur ein, wenn die Vorinstanz grundlos von in

Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, wenn sie Tatsachen berücksichtigt hat, die für den Entscheid im Einzelfall keine Rolle hätten spielen dürfen, oder wenn sie umgekehrt Umstände ausser Betracht gelassen hat, die zwingend hätten beachtet werden müssen. Ausserdem greift das Bundesgericht in Ermessensentscheide ein, falls sich diese als offensichtlich unbillig, als in stossender Weise ungerecht erweisen (BGE 132 III 758 E. 3.3 S. 762, 97 E. 1 S. 99, je mit Verweisen).

5.2 Die Vorinstanz hat die Herabsetzung des Ersatzbetrages damit begründet, dass die Organe der D. _____ AG am technischen und am entsprechenden wirtschaftlichen Misserfolg der in Aussicht genommenen Glasschaum-Produktion grundsätzlich kein Verschulden traf. Es war danach vielmehr der (von der Klägerin) verspätet und vertragswidrig nicht entwicklungsreif gelieferten, für die beabsichtigte Produktion nicht tauglichen Anlage zuzuschreiben, dass die D. _____ AG in finanzielle Schwierigkeiten kam und zusätzlicher Mittel bedurfte. Nachdem der Verwaltungsrat der D. _____ AG dies erkannte, stellte der Beklagte 1 nach den Feststellungen der Vorinstanz der Gesellschaft durch entsprechende Darlehen erhebliche weitere Mittel zur Verfügung, um die nötige Liquidität sicherzustellen und mit dem Ziel, die Gesellschaft mit Hilfe einer neu zu entwickeln- den Technologie dennoch zu retten und deren Zweck der Glasschaum-Produktion dennoch zu erreichen; der Beklagte 1 war denn auch vom Misserfolg der Sanierungsbemühungen hauptsächlich betroffen. Die Sanierungsbemühungen der Beklagten 1 und 2 bestanden jedoch nach den Feststellungen der Vorinstanz nicht nur in der Bereitstellung weiterer Liquidität durch den Beklagten 1 und im Versuch der Entwicklung einer neuen Technologie - unter gleichzeitiger Abstandnahme von der funktionsunfähigen Technologie der Klägerin -, sondern auch im Bemühen um Verkauf von Technologie und Anlagen an Dritte.

5.3 Die Vorinstanz hat ihr Ermessen nicht überschritten, wenn sie aufgrund der besonderen Umstände des vorliegenden Falles die Höhe des Ersatzes des von den Beklagten 1 und 2 insgesamt durch die pflichtwidrig verspätete Konkursanzeige verursachten Schadens um rund einen Drittel herabsetzte. Die Vorinstanz konnte zunächst aufgrund der tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Entscheid davon ausgehen, dass die Beklagten 1 und 2 keinerlei Gründe hatten, an der vertragsgemässen Lieferung der Anlage zu zweifeln, mit der im Sinne des Zweckes der D. _____ AG die industrielle Produktion von Glasschaum aufgenommen werden sollte. Wenn sie für den zu treffenden Ermessensentscheid den Umstand als erheblich erachtete, dass die Beklagten den wirtschaftlichen Misserfolg der Konkursitin insgesamt nicht wesentlich verursacht hatten, hat sie entgegen der Ansicht der Klägerin einen Umstand gewürdigt, der für die Grösse des Verschuldens auch in Bezug auf die konkrete Pflichtverletzung der verspäteten Anzeige der Überschuldung berücksichtigt werden kann. Die Klägerin beanstandet im Übrigen zu Unrecht, dass ihr die Vorinstanz ein Mitverschulden angelastet habe; die Vorinstanz hat allein den Umstand gewürdigt, dass die gelieferte Anlage entgegen vertraglicher Vereinbarung für die in Aussicht genommene Produktion von Glasschaum untauglich war. Die Vorinstanz konnte sodann das Verschulden der Beklagten 1 und 2 aufgrund der - keineswegs von vorneherein aussichtslosen - Sanierungsbemühungen als gering erachten. Sie hat insofern zutreffend den Umstand berücksichtigt, dass insbesondere der Beklagte 1 erhebliche eigene finanzielle Mittel in die Entwicklung einer anderen Technologie investierte, nachdem sich die ursprünglich dafür vorgesehene Anlage als untauglich erwies. Dass sich die Beklagten 1 und 2 mit dem Ausweichen auf eine andere Technologie auf ein Abenteuer eingelassen hätten, wie die Klägerin unterstellt, findet in den Feststellungen des angefochtenen Entscheids keine Stütze.

5.4 Die Vorinstanz hat das Verschulden der Beklagten 1 und 2 in der Verletzung der Pflicht zur rechtzeitigen Anzeige der Überschuldung in Würdigung der gesamten Umstände zutreffend als gering erachtet. Denn die Sanierungsbemühungen der erfahrenen und kundigen Verwaltungsräte waren nach den Erwägungen im angefochtenen Entscheid grundsätzlich realistisch und zielführend. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass

der Versuch der Produktion mit einer neuen Technologie, der mit dem Einsatz ganz erheblicher zusätzlicher finanzieller Mittel durch den Beklagten 1 verbunden war, oder die in der Folge aufgenommenen Verhandlungen über einen Verkauf der - entwicklungsbedürftigen - Produktionsanlage an Dritte bei objektiver Betrachtung aussichtslos gewesen wären. Wenn daher die Vorinstanz die Pflichtverletzung grundsätzlich bejahte, weil sie die Sanierungsbemühungen als zu wenig intensiv und zu langdauernd qualifizierte, so durfte sie jedenfalls ohne fehlerhafte Ausübung des Ermessens diese Sanierungsbemühungen als Umstand erachten, der mindestens eine Herabsetzung des Ersatzbetrages rechtfertigt. Sie hat ihr Ermessen nicht überschritten, wenn sie aufgrund der Sanierungsbemühungen der Beklagten 1 und 2 den Betrag der Schadenersatzforderung der Gesellschaft bzw. der Gesamtheit der Gesellschaftsgläubiger um rund einen Drittel auf Fr. 1'500'000.— reduzierte.

6.

Nach Art. 66 Abs. 1 OG darf die kantonale Instanz, an die eine Sache vom Bundesgericht zurückgewiesen wird, neues Vorbringen berücksichtigen, soweit es nach dem kantonalen Prozessrecht noch zulässig ist. Sie hat jedoch die rechtliche Beurteilung, mit der die Zurückweisung begründet worden ist, auch ihrer Entscheidung zugrunde zu legen. Wegen dieser Bindung der Gerichte - auch des Bundesgerichts - ist es, abgesehen von allenfalls zugelassenen Noven, ihnen wie den Parteien verwehrt, im Fall einer erneuten Anrufung des Bundesgerichts der Beurteilung des Rechtsstreits einen anderen als den bisherigen Sachverhalt zu unterstellen oder die Sache unter rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen, die im Rückweisungsentscheid ausdrücklich abgelehnt oder gar nicht in Erwägung gezogen worden sind (BGE 125 III 421 E. 2a S. 423; 116 II 220 E. 4a S. 222; 111 II 94 E. 2 S. 95). Mit der Rückweisung wird der Prozess hinsichtlich des davon betroffenen Streitpunktes in die Lage zurückversetzt, in der er sich vor Fällung des kantonalen Urteils befunden hat (BGE 61 II 359; Birchmeier, Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege, S. 241). Der Rahmen wird demnach vom Rückweisungsentscheid des Bundesgerichts in rechtlicher Hinsicht

abgesteckt. Demgegenüber bestimmt das kantonale Recht, welche kantonale Instanz die Neubeurteilung vorzunehmen hat, ob neue Tatsachen, die seit dem Erlass des angefochtenen Urteils eingetreten sind, nun noch berücksichtigt werden dürfen, ob nochmals ein Beweisverfahren durchzuführen ist, ob die Klage erweitert oder reduziert werden darf, ob auch noch eine Anschlussappellation zulässig wäre. Alle diese prozessualen Schritte haben sich aber innerhalb des rechtlichen Rahmens zu bewegen, den das Bundesgericht mit seinem Rückweisungsentscheid vorgegeben hat. Der von der Rückweisung erfasste Streitpunkt darf also nicht ausgeweitet oder auf eine neue Rechtsgrundlage gestellt werden (BGE 61 II 359; Birchmeier, a.a.O., S. 242). Daraus folgt schliesslich auch, dass der zuvor obsiegende Berufungskläger im neuen Verfahren keine Verschlechterung seiner Rechtsstellung erleiden darf; im für ihn ungünstigsten Fall müsste er sich mit dem bisherigen, von der Gegenpartei nicht angefochtenen Ergebnis abfinden (BGE 131 III 91 E. 5.2 S. 94; 116 II 220 E. 4a S. 222).

Das Bundesgericht hat im Urteil 4C.312/2005 vom 10. Januar 2006 die Verrechnung der von der Klägerin aufgrund der Abtretung der Konkursmasse eingeklagten Ersatzforderung der Gesellschaft gegen die Beklagten 1 und 2 mit dem Darlehen des Beklagten 1 (im Umfang des nicht rangrücktrittsbelasteten Teils) als zulässig erklärt (E. 4.5). Der Beklagte 1 hat rechtzeitig im vorliegenden Prozess vor erster Instanz die Verrechnung seiner Darlehensforderung von Fr. 2'166'717.— mit einer allfälligen Ersatzforderung der Gläubigersamtheit erklärt. Er hat damit die Ersatzforderung von Fr. 1'500'000.— durch Verrechnung getilgt. Die Vorbringen der Klägerin in diesem Zusammenhang stehen im Widerspruch zu Art. 66 OG und sind nicht zu hören.

7.

Die Berufung ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Diesem Verfahrensausgang entsprechend hat die Klägerin die Gerichtsgebühr zu bezahlen (Art. 156 Abs. 1 OG). Sie hat den obsiegenden Beklagten deren Parteikosten zu ersetzen (Art. 159 Abs. 2 OG). Dabei ist zu beachten, dass sich die Beklagten 1 und 2 in einer gemeinsamen Antwort haben vernehmen lassen, so dass ihnen die Parteikosten gemeinsam und nur einmal erwachsen sind. Die Beklagte 3 hat sich dagegen durch eine eigene Antwort zur Sache geäußert, weshalb ihr die volle Parteientschädigung zusteht.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtsgebühr von Fr. 10'000.— wird der Klägerin auferlegt.

3.

Die Klägerin hat die Beklagten 1 und 2 für das bundesgerichtliche Verfahren mit insgesamt Fr. 12'000.– sowie die Beklagte 3 mit Fr. 12'000.– zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Kantonsgericht des Kantons Schwyz, Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 18. April 2007

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: