

Tribunale federale  
Tribunal federal

{T 0/2}  
4C.292/2003 /zga

Urteil vom 25. Mai 2004  
I. Zivilabteilung

Besetzung  
Bundesrichterin Klett, präsidierendes Mitglied,  
Bundesrichterin Rottenberg Liatowitsch,  
Bundesrichter Nyffeler,  
Gerichtsschreiber Gelzer.

Parteien

1. X1. \_\_\_\_\_,
2. X2. \_\_\_\_\_,
3. X3. \_\_\_\_\_,
4. X4. \_\_\_\_\_,

Beklagte und Berufungskläger,  
alle vertreten durch Herrn lic. iur. Peter Müllhaupt,

gegen

1. Y1. \_\_\_\_\_,
2. Y2. \_\_\_\_\_,
3. Y3. \_\_\_\_\_,
4. Y4. \_\_\_\_\_,
5. Y5. \_\_\_\_\_,
6. Y6. \_\_\_\_\_, 1

Kläger und Berufungsbeklagte,  
alle vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Otto Carl Meier-Boeschenstein,

Gegenstand

aktienrechtliche Verantwortlichkeit,  
Berufung gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zug, Zivilrechtliche Abteilung, vom 9. September 2003.

Sachverhalt:

A.

Am 3. Februar 1999 wurde über die Z. \_\_\_\_\_ AG mit Sitz in A. \_\_\_\_\_ der Konkurs eröffnet. Darin wurden Dr. Y1. \_\_\_\_\_ und die Gesellschaften Y2. \_\_\_\_\_, Y3. \_\_\_\_\_, Y4. \_\_\_\_\_, Y5. \_\_\_\_\_ und Y6. \_\_\_\_\_ (nachfolgend: Kläger) mit Forderungen von insgesamt Fr. 759'612.87 kolloziert. Am 19. November 1999 trat das Konkursamt Zug als Konkursverwaltung den Klägern die Verantwortlichkeitsansprüche der Masse gegen die Gründer und Organe gemäss Art. 260 SchKG ab.

B.

Am 22. Dezember 2000 belangten die Kläger die ehemaligen Verwaltungsräte der Z. \_\_\_\_\_ AG X1. \_\_\_\_\_, X2. \_\_\_\_\_, X3. \_\_\_\_\_ und X4. \_\_\_\_\_, beim Kantonsgericht des Kantons Zug aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit gemäss Art. 757 Abs. 2 OR auf Zahlung von Fr. 1 Mio. zuzüglich Zins zu 5 % seit 3. Februar 1999.

Als Verletzung von Sorgfaltspflichten führten die Kläger zusammengefasst an, am 15. März 1996 habe der Verwaltungsrat der Z. \_\_\_\_\_ AG gegenüber der B. \_\_\_\_\_ GmbH eine Rangrücktrittserklärung für eine Forderung von DM 1'500'000.-- aus einer ersten Warenlieferung abgegeben. Am 31. Dezember 1996 habe die Z. \_\_\_\_\_ AG der B. \_\_\_\_\_ GmbH erneut Waren im Wert von DM 5'920'780.34 geliefert, ohne die Kaufpreisforderung durch Bar- oder Vorauszahlung abzusichern, wie sich dies unter den gegebenen Umständen aufgedrängt habe. Vielmehr habe die Z. \_\_\_\_\_ AG die Kaufpreisforderung in sechs Darlehen umgewandelt und dabei für das fünfte Darlehen in der Höhe von DM 500'000.-- Rangrücktritt erklärt. Mit dieser Darlehensgewährung sei ein "Klumpenrisiko" geschaffen worden. Die B. \_\_\_\_\_ GmbH sei am 3. Juni 1997 aufgelöst worden.

Da anzunehmen sei, die Beklagten hätten von Anfang an gewusst, dass die der B. \_\_\_\_\_ GmbH gewährten Darlehen nie zurückbezahlt würden, sei die Z. \_\_\_\_\_ AG bereits Ende 1996 überschuldet gewesen, weshalb dem Richter die Überschuldung hätte gemeldet werden müssen. Weiter warfen die Kläger den Beklagten vor, am 31. Dezember 1996 gegenüber der C. \_\_\_\_\_ GmbH Gläubigerverzichtserklärungen über US\$ 169'052.28, über DM 395'003.16 und über DM 515'225.19 abgegeben zu haben. Alsdann führten die Kläger an, wenn der Verwaltungsrat entweder ganz auf die Warenlieferungen verzichtet oder die Darlehen nicht gewährt, den Gläubigerverzicht und die Rangrücktrittserklärungen nicht unterzeichnet hätte, sondern um die Eintreibung der Forderungen bemüht gewesen wäre, hätte der Konkurs der Z. \_\_\_\_\_ AG vermieden werden können und ihre Gläubiger wären nicht zu Schaden gekommen. Der Konkurs der Z. \_\_\_\_\_ AG sei damit die Folge des Handelns bzw. des Nichthandelns des Verwaltungsrates gewesen. Den Klägern sei dadurch, dass die Z. \_\_\_\_\_ AG ihren Verpflichtungen nicht mehr nachkommen konnte, ein Schaden von Fr. 760'862.77 entstanden. Da den Klägern die Verantwortlichkeitsansprüche der Masse abgetreten worden seien, könnten sie den gesamten den Gläubigern der Z. \_\_\_\_\_ AG entstandenen Schaden von Fr. 2'276'838.5 geltend machen. Die Kläger beschränkten sich jedoch auf die Geltendmachung von CHF 1 Mio., um allfällige Entlastungsbehauptungen von vornherein zu entkräften.

In der Klageantwort vom 7. Mai 2001 wendeten die Beklagten insbesondere ein, es treffe nicht zu, dass die Z. \_\_\_\_\_ AG der B. \_\_\_\_\_ GmbH am 31. Dezember 1996 Waren im Wert von DM 5'920'780.34 geliefert habe. Vielmehr hätten am 31. Oktober 1996 in dieser Höhe Forderungen der Z. \_\_\_\_\_ AG gegenüber der B. \_\_\_\_\_ AG bestanden, über welche am 20. Dezember 1996 ein Darlehensvertrag abgeschlossen worden sei. Die Lieferungen, aus denen sich diese Forderungen ergeben hätten, seien selbstverständlich schon vor dem 31. Oktober 1996 erfolgt. Die Forderung von DM 5'920'780.34 habe nicht zusätzlich zur Forderung von DM 1'500'000.-- bestanden, für welche die Z. \_\_\_\_\_ AG bereits den Rangrücktritt erklärt habe. Vielmehr hätten sich die gesamten Verbindlichkeiten aus Kontokorrent auf DM 5'920'780.34 belaufen.

In der Replik vom 9. Oktober 2001 beharrten die Kläger auf der Darstellung, wonach die Z. \_\_\_\_\_ AG der B. \_\_\_\_\_ GmbH nach der Rangrücktrittserklärung vom 15. März 1996 Waren im Wert von DM 5'920'780.34 geliefert hätten.

Das Kantonsgericht beurteilte die eingeklagte Forderung nach schweizerischem Recht und wies die Klage mit Urteil vom 26. September 2002 mangels genügender Substanziierung des der Z. \_\_\_\_\_ AG erwachsenen Schadens ab.

Dieses Urteil fochten die Kläger mit Berufung beim Obergericht des Kantons Zug an, welches - gleich wie das Kantonsgericht - annahm, die Kläger hätten den eingeklagten Schaden ungenügend substantiiert. Das Obergericht kam jedoch zum Ergebnis, dieser Schaden sei von den Beklagten in der Höhe von Fr. 759'612.87 anerkannt worden und hiess daher mit Urteil vom 9. September 2003 die Berufung teilweise gut, hob das erstinstanzliche Urteil auf und wies die Sache zur Prüfung der weiteren Haftungsvoraussetzungen an das Kantonsgericht zurück.

C.

Die Beklagten fechten den Rückweisungsentscheid des Obergerichts sowohl mit staatsrechtlicher Beschwerde als auch mit eidgenössischer Berufung an. Mit der vorliegenden Berufung beantragen die Beklagten, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Kläger beantragen, auf die Berufung nicht einzutreten, eventuell sie abzuweisen. Für den Eventualfall, dass auf die Berufung eingetreten wird, erheben die Kläger Anschlussberufung mit dem Begehren, es sei festzustellen, dass die Kläger rechtsgenügend einen Gesamtschaden von Fr. 1'000'000.-- behauptet hätten, weshalb das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur neuer Beurteilung an das Kantonsgericht Zug zurückzuweisen sei.

Die Beklagten schliessen auf Abweisung der Anschlussberufung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

Wird ein kantonales Urteil gleichzeitig mit staatsrechtlicher Beschwerde und mit Berufung angefochten, so ist in der Regel der Entscheid über letztere bis zur Erledigung der staatsrechtlichen Beschwerde auszusetzen (Art. 57 Abs. 5 OG). Von diesem Grundsatz ist abzuweichen, wenn die Berufung unabhängig vom Ausgang des Beschwerdeverfahrens gutgeheissen werden kann (BGE 114 II 239 E. 1b S. 240). Ein solcher Fall liegt hier bezüglich der in der Beschwerde angefochtenen

Feststellung der Anerkennung eines Teils des Schadens vor, weshalb die Berufung gemäss dem Antrag der Beklagten in der Beschwerde vorweg zu behandeln ist.

2.

Das Bundesgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob auf ein bei ihm eingereichtes Rechtsmittel einzutreten ist (BGE 127 III 433 E. 1).

2.1 Der angefochtene Rückweisungsentscheid beendet das Verfahren nicht und ist damit als Zwischenentscheid zu qualifizieren, der nur nach den Voraussetzungen von Art. 50 Abs. 1 OG angefochten werden kann (BGE 127 III 433 E. 1b/aa und E. 1b/bb S. 435 f.).

2.2 Gemäss Art. 50 Abs. 1 OG ist gegen selbständige Vor- und Zwischenentscheide ausnahmsweise die Berufung zulässig, wenn zum einen dadurch sofort ein Endentscheid herbeigeführt werden kann.

Dieses Erfordernis bedeutet, dass das Bundesgericht selbst in der Lage sein muss, in der Sache einen Endentscheid herbeizuführen, indem es mit einem vom angefochtenen Zwischenentscheid abweichenden Urteil abschliessend und endgültig über den streitigen Anspruch entscheidet (BGE 122 III 254 E. 2a S. 255 f., mit Verweisen). Diese Voraussetzung ist hier erfüllt, da die vollumfängliche Gutheissung der Berufung zur Abweisung der Klage und damit zu einem endgültigen Entscheid führen würde.

Art. 50 Abs. 1 OG setzt zum andern voraus, dass ein so bedeutender Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren erspart werden kann, dass die gesonderte Anrufung des Bundesgerichts gerechtfertigt erscheint. Über das Vorhandensein dieser Voraussetzung entscheidet das Bundesgericht nach freiem Ermessen (Art. 50 Abs. 2 OG). Grundsätzlich ist in der Berufung darzulegen, inwiefern sie vorliegt. Von Ausführungen darüber kann jedoch abgesehen werden, wenn aus dem angefochtenen Entscheid oder der Natur der Streitsache hervorgeht, dass die Fortführung des Verfahrens offensichtlich ein weitläufiges und kostspieliges Beweisverfahren erfordert (BGE 116 II 738 E. 1b; Urteil des BGer. 4C.70/2002 vom 16. Mai 2002 E. 1.3; vgl. auch Urteil des BGer. 4C.95/1999 vom 9. Juni 1999 E. 1c). So hat das Bundesgericht angenommen, es sei notorisch, dass Prozesse über Fragen der Arzthaftung regelmässig weitläufige Beweisverfahren erforderlich machten, wenn keine Anhaltspunkte dafür bestünden, dass es sich im Einzelfall ausnahmsweise anders verhalte (Entscheid 4C.97/2002 vom 1. Juli 2002 E. 1.3). Ebenso hat das Bundesgericht bezüglich eines vermeidbaren einlässlichen Beweisverfahrens zur Abklärung der Vaterschaft eine Ausnahme gemäss Art.

50 Abs. 1 OG ohne weiteres bejaht (BGE 129 III 288 E. 2.3.2).

2.3 Im vorliegenden Fall hat das Kantonsgericht bei der Fortführung des Verfahrens ein Beweisverfahren bezüglich der von den Beklagten bestrittenen Sorgfaltspflichtverletzungen bei der Ausübung ihrer Verwaltungsratsmandate und deren Kausalität zum Schaden durchzuführen. Solche Verfahren sind regelmässig weitläufig und teuer. Dass es sich im vorliegenden Fall anders verhalten soll, ist nicht ersichtlich, zumal die Parteien neben der Würdigung von umfangreichen Akten auch die Einvernahme von Zeugen und die Einholung eines Gutachtens bezüglich des Wertes von Marken verlangen. Demnach ist auf die form- und fristgerechte Berufung einzutreten.

3.

3.1 Zum Schaden führte das Obergericht an, die Kläger setzten den Verlust der Gläubiger im Konkurs der Z. \_\_\_\_\_ AG mit dem der Gesellschaft erwachsenen Schaden gleich, den sie im Umfang von Fr. 1 Mio. geltend machten. Ursachen dieses Schadens seien nach Auffassung der Kläger Warenlieferungen an Dritte ohne Sicherheiten im Umfang von rund DM 5,9 Mio., Rangrücktrittserklärungen des Verwaltungsrates in Höhe von DM 1,5 Mio. und Forderungsverzichtserklärungen über rund CHF 1 Mio. Die Angaben der Kläger zum Schaden seien widersprüchlich. Entgegen ihrer Auffassung entspreche dieser nicht der Summe der obgenannten Beträge, in deren Höhe die Beklagten das Vermögen der Z. \_\_\_\_\_ AG angeblich pflichtwidrig vermindert haben sollen. Die Kläger hätten in ihrer Replik im vorinstanzlichen Verfahren selber eingeräumt, dass die Forderungen für Warenlieferungen in ein Darlehen umgewandelt worden seien. Der Umstand, dass dieses Darlehen bis heute nicht zurückbezahlt worden sei, bedeute nicht, dass der Gesellschaft ein Schaden in diesem Umfang entstanden sei. Auch die von den Klägern behauptete Liquidation der Darlehensnehmerin habe nicht zwingend zur Folge, dass die Darlehensgeberin ihre Darlehensforderung vollständig abschreiben müsse. Die Kläger hätten im Weiteren anerkannt, dass als Gegenleistungen für Rangrücktritts- und Verzichtserklärungen der Z. \_\_\_\_\_ AG Verzichtserklärungen von Drittgesellschaften abgegeben worden seien. Der Z. \_\_\_\_\_ AG sei demnach kein Schaden im von den Klägern angegebenen Umfang entstanden.

Weiter führte das Obergericht aus, der Gesellschaftsschaden lasse sich auch nicht mit der Summe der insgesamt kollozierten Forderungen von angeblich Fr. 2,7 Mio. gleichsetzen. Im vorliegenden Fall sei jedoch zu berücksichtigen, dass die Kläger nachgewiesen hätten, dass sie mit Forderungen in der

Höhe von insgesamt Fr. 759'612.87 kollektiert worden seien. Die Beklagten hätten in ihrer Klageantwort festgehalten, die Feststellung der Kläger sei zutreffend, dass ihnen im Konkurs der Z. \_\_\_\_\_ AG ein Schaden von Fr. 760'862.77 (recte: Fr. 759'612.87) entstanden sei; in diesem Umfang seien ihre Forderungen kollektiert worden. Die Beklagten hätten damit einen den Klägern mittelbar und der Z. \_\_\_\_\_ AG unmittelbar entstandenen Schaden in Höhe der kollektierten Forderungen im Gesamtbetrag von Fr. 759'612.87 anerkannt. In diesem Ausmass sei der Schaden demgemäss ausgewiesen.

3.2 Die Beklagten bringen dem Sinne nach vor, der im vorliegenden Verfahren relevante Schaden der Z. \_\_\_\_\_ AG könne nicht mit dem Verlust der Gläubiger im Konkurs dieser Gesellschaft gleichgestellt werden. Das Obergericht habe demnach verkannt, dass die Beklagten mit der Anerkennung eines Verlustes der Gläubiger im Konkurs der Z. \_\_\_\_\_ AG nicht einen dieser Gesellschaft erwachsenen Schaden anerkannt hätten. Demnach habe das Obergericht Art. 8 ZGB verletzt, wenn es von einem teilweise anerkannten Schaden ausgegangen sei und insoweit kein Beweisverfahren durchgeführt habe.

3.3 Art. 8 ZGB regelt für das Bundeszivilrecht einerseits die Beweislastverteilung und gibt andererseits der beweispflichtigen Partei einen Anspruch darauf, für rechtserhebliche Vorbringen zum Beweis zugelassen zu werden (BGE 126 III 315 E. 4a S. 317). Art. 8 ZGB ist daher insbesondere verletzt, wenn das kantonale Sachgericht unbewiesene Behauptungen einer Partei unbekümmert darum, dass sie von der Gegenpartei bestritten worden sind, als richtig hinnimmt, oder über rechtserhebliche Tatsachen überhaupt nicht Beweis führen lässt (BGE 114 II 289 E. 2a S. 291).

Der Schaden wird allgemein und auch in Bezug auf die aktienrechtlichen Verantwortlichkeit nach der Differenztheorie bestimmt (Urt. des BGer. 4C.160/2001 vom 18. Dezember 2001, E. 2d/aa, mit Hinweisen). Demnach besteht der Schaden der Gesellschaft in der Differenz zwischen ihrem gegenwärtigen, nach dem schädigenden Verhalten eines Mitglieds des Verwaltungsrats festgestellten Vermögensstand und dem Stand, den ihr Vermögen bei einem korrekten Verhalten hätte (vgl. BGE 127 III 403 E. 4a). Entsprechende Schadenersatzansprüche der Gesellschaft gehen nach ihrem Konkurs auf die Konkursmasse über, welche sie gemäss Art. 260 SchKG an einzelne Gläubiger abtreten kann. Die Gläubiger, welche auf Grund einer solchen Abtretung Ansprüche gegenüber den Verwaltungsräten geltend machen, müssen demnach durch diese hervorgerufene Vermögensverminderungen der Gesellschaft beweisen. Dazu genügt nicht nachzuweisen, dass Gläubiger im Konkurs der Gesellschaft einen Verlust erlitten haben, weil diese Vermögensverminderung bei den Gläubigern und nicht bei der Gesellschaft eingetreten ist und daher keinen Schaden der Gesellschaft darstellt. Will ein Gläubiger seinen im Konkurs einer Gesellschaft erlittenen Schaden einfordern, so hat er diesen unabhängig von

einer Abtretung gemäss Art. 260 SchKG einzuklagen und dabei die besonderen Haftungsvoraussetzungen nachzuweisen (BGE 122 III 176 E. 7a S. 189 f.; 125 III 86 E. 3a S. 88).

3.4 Im vorliegenden Verfahren machen die Kläger ihnen gemäss Art. 260 SchKG abgetretene Schadenersatzansprüche der Gesellschaft und nicht selbständige Ansprüche aus eigenem Recht geltend. Das Obergericht hat daher den Streitgegenstand bzw. den bundesrechtlichen Begriff des Schadens verkannt, wenn es die Anerkennung eines Verlusts der Kläger als Anerkennung des eingeklagten Schadens der Gesellschaft interpretierte. Somit hat das Obergericht Art. 8 ZGB verletzt, wenn es annahm, die Kläger müssten im Umfang der Anerkennung einen Schaden nicht nachweisen bzw. substantiieren. Zur Berichtigung ist das angefochtene Urteil in teilweiser Gutheissung der Berufung soweit aufzuheben, als das Obergericht feststellte, die Beklagten hätten im Umfang des Verlusts der Kläger im Konkurs der Z. \_\_\_\_\_ AG einen ihr erwachsenen Schaden anerkannt. Damit ist jedoch das Schicksal der Klage nicht besiegelt. Sie könnte im jetzigen Verfahrensstadium nur abgewiesen werden, wenn gemäss der Annahme des Obergerichts von einer ungenügenden Substantiierung des Schadens auszugehen wäre. Ob diese Annahme vor Bundesrecht standhält, wird in der nachfolgenden Erwägung im Rahmen der Behandlung der Anschlussberufung geprüft und verneint. Damit ist von einer genügenden

Substantiierung des Schadens auszugehen, weshalb die abschliessende Beurteilung der Klage zusätzliche Abklärungen erfordert, welche nicht vom Bundesgericht vorzunehmen sind. Dieses kann daher über den Berufungsantrag der Beklagten auf Abweisung der Klage im jetzigen Zeitpunkt nicht entscheiden.

4.

4.1 Mit Anschlussberufung machen die Kläger geltend, es treffe nicht zu, dass sie zum Schaden widersprüchliche Angaben gemacht und diesen ungenügend substantiiert hätten. Die Kläger hätten folgende klar bezifferte Schadenpositionen geltend gemacht:

- Warenlieferungen an die B. \_\_\_\_\_ GmbH im Umfang von DM 5'920'780.-- ohne Sicherheit. Die Kaufpreisschuld sei später in eine nicht erhaltliche Darlehensforderung umgewandelt worden.
- Rangrücktrittserklärungen des Verwaltungsrats in der Höhe von DM 1,5 Mio. gegenüber der

B. \_\_\_\_\_ GmbH.

- Forderungsverzichtserklärungen über rund Fr. 1 Mio. gegenüber der C. \_\_\_\_\_ GmbH.

- zudem hätten die Kläger einen Fortsetzungsschaden geltend gemacht.

4.2 Nach allgemeinen Grundsätzen hat die Schadenersatz beanspruchende Partei den Schaden zu beweisen. Wie weit die anspruchsbegründenden Tatsachen dabei inhaltlich zu substantzieren sind, damit sie unter die massgeblichen Bestimmungen des materiellen Rechts subsumiert werden können, bestimmt das materielle Bundesrecht. Die jeweiligen Anforderungen ergeben sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei. Tatsachenbehauptungen müssen dabei so konkret formuliert sein, dass ein substanziiertes Bestreiten möglich ist oder der Gegenbeweis angetreten werden kann. Bestreitet der Prozessgegner das an sich schlüssige Vorbringen der behauptungsbelasteten Partei, kann diese gezwungen sein, die rechtserheblichen Tatsachen nicht nur in den Grundzügen, sondern so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen werden kann (BGE 127 III 365 E. 2b, mit Hinweisen). Das kantonale Prozessrecht kann verlangen, dass zur Substanziierung der Bestreitung im Einzelnen darzulegen ist, welche Behauptungen der Gegenpartei bestritten werden (BGE 117 II 113 E. 2; bestätigt in Urteil des BGer. 4C.165/2003 vom 3. November 2003 E. 2.2.2; vgl. auch Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 7. Aufl., S. 264 f. Rz. 55).

4.3 Die Ausführungen der Kläger zum Schaden sind deshalb widersprüchlich, weil sie ihnen abgetretene Ansprüche der Masse auf Ersatz des der Gesellschaft erwachsenen Schadens einklagen und sie sich in ihrer Klage zur Begründung dieses Schadens auf den Verlust der Gläubiger im Konkurs der Gesellschaft berufen. Dennoch ergibt sich aus den von den Klägern angeführten Sorgfaltspflichtverletzungen, welche Schäden der Gesellschaft die Kläger gemeint haben. So machen sie sinngemäss geltend, der Z. \_\_\_\_\_ AG sei dadurch eine Vermögensverminderung in der Höhe von Fr. 1,5 Mio. erwachsen, dass die Z. \_\_\_\_\_ AG in dieser Höhe eine Rangrücktrittserklärung gegenüber der B. \_\_\_\_\_ GmbH abgegeben habe. Dabei ist jedoch zu beachten, dass diese Rangrücktrittserklärung nur soweit zu einer Vermögensverminderung führte, als ohne diese Erklärung die Forderung mit Aussicht auf Erfolg hätte eingetrieben werden können. Dazu hätten die Kläger nähere Angaben machen müssen, was sie jedoch unterliessen, weshalb insoweit ein substanziiertes Bestreiten bzw. eine Beweisabnahme nicht möglich war. Demnach wurde der aus der Rangrücktrittserklärung resultierende Schaden nicht genügend substanziiert. Dasselbe gilt bezüglich des aus der Verzichtserklärung im Umfang von Fr. 1 Mio. gegenüber der C. \_\_\_\_\_ GmbH resultierenden Schadens, da die Kläger in ihrer Klage nicht darlegten, dass oder in welchem Umfang diese Forderung tatsächlich hätten eingetrieben werden können, wenn auf sie nicht verzichtet worden wäre. Es kann daher offen bleiben, ob dem Obergericht bezüglich entsprechender von den Beklagten angegebener Gegenleistungen ein offensichtliches Versehen unterlaufen ist, wie dies die Kläger behaupten.

Alsdann machten die Kläger implizit geltend, der Z. \_\_\_\_\_ AG sei durch ungesicherte Warenlieferungen an die B. \_\_\_\_\_ GmbH ein Schaden von DM 5,9 Mio. erwachsen, da die entsprechende Kaufpreisforderung in ein Darlehen umgewandelt worden sei, welches zufolge der Auflösung der B. \_\_\_\_\_ GmbH nicht mehr erhältlich gemacht werden können. Diese Angaben genügen entgegen der Annahme des Obergerichts zur Substanziierung des aus den ungesicherten Warenlieferungen erwachsenen Schadens in der Höhe von DM 5,9 Mio, da dessen Ursache und Umfang eindeutig bezeichnet werden und damit eine substanziierte Bestreitung möglich war. Da notorisch ist, dass eine Deutsche Mark im Jahre 1996 etwa Fr. 0,8 entsprach, ergibt dies einen Schadenbetrag von über Fr. 4 Mio. Die Streitsache ist daher an die Vorinstanz zurückzuweisen, welche zu prüfen haben wird, ob die klägerische Behauptung der Nichteinbringlichkeit der Kaufpreis- bzw. Darlehensforderung gegenüber der B. \_\_\_\_\_ GmbH von den Beklagten nach kantonalem Prozessrecht hinreichend substanziiert bestritten wurde. Sollte dies der Fall sein, müssten die Kläger beweisen, dass die Z. \_\_\_\_\_ AG die Darlehensforderungen bei der B. \_\_\_\_\_ GmbH nicht hat erhältlich machen können. Das Obergericht hat demnach entgegen der Annahme der Kläger insoweit die Beweislast nicht falsch verteilt.

4.4

4.4.1 Alsdann machten die Kläger dem Sinne nach einen sog. Fortsetzungsschaden geltend, der dadurch entstanden sei, dass die Z. \_\_\_\_\_ AG trotz der erkennbaren Überschuldung im Jahre 1996 fortgeführt worden sei. Das Obergericht führte dazu aus, die Kläger hätten angegeben, bereits 1996 sei die Z. \_\_\_\_\_ AG offensichtlich überschuldet gewesen. Sie stützten sich hierbei auf eine Bemerkung der Revisionsstelle im Revisionsbericht über das Geschäftsjahr 1996, wonach die Fortführung des Unternehmens wegen bestehender Liquiditätsschwierigkeiten ernsthaft gefährdet sei. Daraus liessen sich indes keinerlei Rückschlüsse auf das Ausmass der Überschuldung der

Z. \_\_\_\_\_ AG im Jahre 1996 ziehen. Auch wenn es zutreffen möge, dass bei einer verschleppten Konkureröffnung der ziffermässige Nachweis eines Schadens schwierig zu erbringen sei, sei es den Klägern zumindest zumutbar gewesen, sich wenigstens schätzungsweise zur finanziellen Situation der Z. \_\_\_\_\_ AG Ende 1996 zu äussern. Aus der tabellarischen Gewinn- und Verlustsituation über die Jahre 1993 - 1997, die in der Klageschrift wiedergegeben sei, liessen sich ebenfalls keine Rückschlüsse auf den Überschuldungsgrad ziehen. Die Kläger hätten es auch unterlassen, entsprechende

Beweisanträge zu stellen. In der Berufungsschrift hätten die Kläger zum Fortsetzungsschaden lapidar ausgeführt, dieser sei ein nicht definierbarer Betrag, welcher durch die verspätete Konkureröffnung verursacht wurde, wobei der Liquidationserlös im Zeitpunkt, in welchem der begründete Verdacht auf Überschuldung bestand, durch den Richter zu schätzen sei. Damit sei ein Fortsetzungsschaden in keiner Weise substantiiert worden.

4.4.2 Die Kläger rügen, diese Annahme verletze Bundesrecht, da sie soweit möglich und zumutbar die Grundlagen behauptet hätten, welche dem Gericht eine Schätzung des Fortsetzungsschadens nach Art. 42 Abs. 2 OR erlaubt hätte. Zur Begründung führten die Kläger dem Sinne nach an, ihnen hätten dazu nur die Revisionsberichte und das Resultat des Konkurses zur Verfügung gestanden. Gestützt darauf hätte das Gericht schätzen müssen, was das Resultat einer Liquidation der Gesellschaft 1996 gewesen wäre. Dazu hätten die Kläger angegeben, dass anzunehmen sei, die damalige Bilanz sei zu schön gezeichnet gewesen, da die Markenrechte "Taverniti" und die Darlehen überbewertet gewesen seien. Weiter hätten die Kläger in ihrer Klage die Ertrags-, Aufwand, Gewinn- und Verlustsituation der Gesellschaft für die Jahre 1993 bis Ende 1997 tabellarisch zusammengestellt. Die Verluste ab Ende 1996 liessen den Fortsetzungsschaden erahnen und genügten schon alleine für eine entsprechende Schätzung des nach 1996 entstandenen Schadens. Das Obergericht stelle dazu unverständlicherweise fest, es liessen sich daraus keine Rückschlüsse auf den Überschuldungsgrad ziehen. Es habe dabei verkannt, dass keine solche Rückschlüsse gezogen, sondern der Fortsetzungsschaden

soweit möglich und zumutbar umrissen werden solle, damit das Gericht eine Schätzung vornehmen könne.

4.4.3 Der Fortsetzungsschaden besteht in der Differenz des Vermögens der Gesellschaft im Zeitpunkt, in dem der Konkurs hätte eröffnet werden sollen, und ihrem Vermögen im Zeitpunkt der Konkureröffnung (vgl. Ur. des BGer. 4C.160/2001 vom 18. Dezember 2001 E. 2d/aa). Wenn der Schaden oder dessen Höhe nicht beweisbar ist, kann der Richter den Schaden in Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR aufgrund einer blossen Schätzung als ausgewiesen erachten. Mit dieser bundesrechtlichen Erleichterung des Schadensnachweises soll dem Geschädigten jedoch nicht die Möglichkeit eröffnet werden, ohne nähere Angaben Schadenersatzforderungen in beliebiger Höhe zu stellen. Art. 42 Abs. 2 OR zielt lediglich auf eine Beweiserleichterung und nicht etwa darauf, dem Geschädigten die Beweislast generell abzunehmen. Demnach hat der Geschädigte auch bei der Anwendbarkeit von Art. 42 Abs. 2 OR alle Umstände, die für den Eintritt des Schadens sprechen und dessen Abschätzung erlauben oder erleichtern, soweit möglich und zumutbar zu behaupten und zu beweisen (BGE 122 III 219 E. 3a S. 221, mit weiteren Hinweisen; vgl. auch Ur. des BGer. 4C.160/2001 vom 18. Dezember 2001, E. 2d/bb).

4.4.4 Diesen Anforderungen sind die Kläger in ihrer Klage bezüglich des Fortsetzungsschadens nicht nachgekommen. Sie haben - wie das Obergericht zu Recht anführt - die Umstände, welche die zur Bestimmung des Fortsetzungsschadens erforderliche Schätzung des Liquidationserlöses der Z. \_\_\_\_\_ AG bei einem Konkurs Ende 1996 hätten erlauben können, nicht hinreichend bezeichnet. So geben die Kläger in ihrer Klage nicht an, welchen Wert die Marke "Taverniti" Ende 1996 gehabt haben soll und legen auch keine Umstände dar, welche eine Schätzung erlauben würden. Bezüglich des damaligen Wertes der an die B. \_\_\_\_\_ GmbH gewährten Darlehen führen die Kläger bloss an, es sei davon auszugehen, dass der Verwaltungsrat von Anfang an gewusst habe, dass diese nie zurückbezahlt würden, ohne diese Behauptung näher zu begründen. Damit wurden keine Umstände genannt, welche eine Abschätzung des Wertes der Darlehen Ende 1996 erlaubt hätten. Wie das Obergericht zu Recht annahm, erlaubt auch die tabellarische Darstellung des Ertrags und Aufwands der Z. \_\_\_\_\_ AG von 1993 bis 1997 auf Seite 14 der Klage keine Abschätzung des Vermögensstandes per Ende 1996. Demnach hat das Obergericht kein Bundesrecht verletzt, wenn es von einer ungenügenden Substanziierung des Fortsetzungsschadens ausgegangen ist.

4.5 Nach dem Gesagten ist die Anschlussberufung insoweit gutzuheissen, als die Feststellung des Obergerichts, die Kläger hätten eingeklagten Schaden ungenügend substantiiert, aufzuheben und das Gegenteil festzustellen ist. Dem Antrag der Kläger auf Rückweisung der Sache an das Kantonsgericht kann jedoch keine Folge geleistet werden. Vielmehr ist die Streitsache an das Obergericht zurückzuweisen, welches nach kantonalem Prozessrecht zu entscheiden hat, ob es das Verfahren selbst weiterführen oder die Streitsache dazu an das Kantonsgericht zurückweisen muss.

Zudem hat das Obergericht die Kosten des kantonalen Berufungsverfahrens neu zu verlegen.

5.

Gemäss den vorstehenden Erwägungen ist das Urteil des Obergerichts in teilweiser Gutheissung der Berufung und der Anschlussberufung vollumfänglich aufzuheben und die Streitsache zur Weiterbehandlung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Da beide Parteien mit ihren Begehren teilweise durchgedrungen sind, rechtfertigt es sich, ihnen die Gerichtsgebühr je zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteikosten für das bundesgerichtliche Verfahren wettzuschlagen (Art. 156 Abs. 1 und 3 sowie Art. 159 Abs. 2 und 3 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

In teilweiser Gutheissung der Berufung und der Anschlussberufung wird das Urteil des Obergerichts des Kantons Zug vom 9. September 2003 aufgehoben.

2.

Die Sache wird zur Weiterbehandlung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

3.

Die Gerichtsgebühr von Fr. 10'000.-- wird den Parteien je zur Hälfte auferlegt.

4.

Die Parteikosten werden wettgeschlagen.

5.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zug, Zivilrechtliche Abteilung, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 25. Mai 2004

Im Namen der I. Zivilabteilung

des Schweizerischen Bundesgerichts

Das präsidiierende Mitglied: Der Gerichtsschreiber: