

Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit

Hans-Ueli Vogt*

Inhalt

I.	Einleitung.....	22
II.	Das Konzept der differenzierten Solidarität.....	25
	1. Differenzierte Solidarität: Individualisierung der Haftung	25
	2. Auswirkungen der differenzierten Solidarität auf die Stellung des Gläubigers ..	26
III.	Gründe für eine Differenzierung im Rahmen der solidarischen Haftung.....	28
	1. Die Rolle des einzelnen Verwaltungsrats- oder Geschäftsleitungsmitgliedes innerhalb der Unternehmensleitung.....	28
	a) Pflichten nicht geschäftsführender Verwaltungsratsmitglieder und von geschäftsführenden Verwaltungsratsmitgliedern bzw. Geschäftsleitungsmitgliedern	29
	b) Verschulden nicht geschäftsführender Verwaltungsratsmitglieder und von geschäftsführenden Verwaltungsratsmitgliedern bzw. Geschäftsleitungsmitgliedern	30
	2. Weitere „Umstände“ bei einzelnen Verwaltungsrats- oder Geschäftsleitungsmitgliedern.....	33
	3. Leichtes Verschulden von Verwaltungsrats- oder Geschäftsleitungsmit- gliedern oder der Revisionsstelle	34
	4. Unterschiedliche Kausalverläufe	35
	5. Verhalten Dritter.....	37
	6. Selbstverschulden der geschädigten Gesellschaft.....	39
	7. Bescheidene finanzielle Vergütung	41
IV.	Zur Kritik an der Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit.....	41
	1. Die differenzierte Solidarität in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung	41
	2. Zur solidarischen Haftung der Revisionsstelle	43
	a) Problematik	43
	b) Lösungsvorschlag: solidarische Haftung der Geschäftsführungsorgane, anteilmässige Haftung der Revisionsstelle.....	45

* Herrn lic. iur. Ivo Zuberbühler danke ich für seine wertvolle Unterstützung bei d
Redaktion dieses Beitrags.

V.	Geltendmachung der solidarischen Verantwortlichkeit	48
1.	Gemeinsame Einklagung für den Gesamtschaden	48
2.	Ersatz eines Teils des Schadens durch einen Solidarschuldner.....	49
3.	Vergleich eines Solidarschuldners mit der Gesellschaft bzw. der Konkursverwaltung	50
4.	Differenzierte Beurteilung der Verjährung?	52
VI.	Der Rückgriff unter solidarisch Verantwortlichen	53
1.	Zusammenhang zwischen Innen- und Aussenverhältnis.....	53
2.	Bemessung des Rückgriffsanspruchs.....	55
3.	Rückgriff auf einen Solidarschuldner, dessen Schuld gegenüber dem Gläubiger verjährt ist.....	56
4.	Haftung von Rückgriffsschuldner.....	56
	Literaturverzeichnis.....	57
	Materialienverzeichnis	59

I. Einleitung

Es ist die Regel, dass Schäden, die zu Ansprüchen aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit führen, von mehreren Personen oder auch mehreren Organen verursacht worden und zu verantworten sind. Die Frage, wie das Vorhandensein einer Mehrzahl Verantwortlicher rechtlich zu behandeln ist, stellt dementsprechend eine Kernfrage der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit dar. Wer von den mehreren Verantwortlichen letzten Endes wie viel bezahlen muss, hängt dabei massgeblich davon ab, welcher Grad der Gleichbehandlung und Solidarität oder aber der Individualisierung im Verhältnis zwischen den Verantwortlichen angenommen wird. Art. 143 Abs. 1 OR hält in diesem Zusammenhang fest, *Solidarität unter mehreren Schuldner* entstehe dann, wenn sie dem Gläubiger erklärten, jeder hafte ihm gegenüber einzeln für die Erfüllung der ganzen Schuld. Ohne solche Willenserklärung lässt der Gesetzgeber nach Art. 143 Abs. 2 OR eine Solidarhaftung nur in den von ihm bestimmten Fällen entstehen. Für den vorliegend interessierenden Bereich der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit hat der Gesetzgeber in Art. 759 OR bekanntlich eine Solidarhaftung angeordnet. Solidarische Haftung bedeutet gemäss Art. 144 OR, dass der Gläubiger nach seiner Wahl von allen Solidarschuldner je nur einen Teil oder das Ganze fordern kann, wobei sämtliche Schuldner so lange verpflichtet bleiben, bis die ganze Forderung getilgt ist.

Die *Rechtfertigung der Solidarhaftung* ergibt sich aus der Überlegung, dass es nicht dem Gläubiger obliegen soll, zur Substantiierung seiner Ansprüche die einzelnen Umstände des Zusammenwirkens mehrerer Schuldner darlegen zu müssen, und dass es auch nicht in erster Linie an ihm gelegen sein kann, das Risiko der Zahlungsunfähigkeit eines der mehreren Schuldner tragen zu müssen. Die Solidarhaftung strebt mithin eine möglichst vollständige Befriedigung und eine erleichterte Durchsetzung des Anspruchs des Gläubigers an. Rechtstechnisch geschieht dies dadurch, dass dem Gläubiger eine potenzielle Überdeckung seines Anspruchs geboten wird, indem er frei wählen kann, welchen oder welche Schuldner er belangt, bis er vollständig befriedigt ist. Der Nachteil des Gläubigers, mit einer Mehrheit von Schuldner und, damit einhergehend, mit den oft undurchsichtigen Umständen ihres Zusammenwirkens konfrontiert zu sein, soll durch die Solidarität kompensiert werden. Im Gegenzug führt die Solidarität im Vergleich zu einer anteilmässigen Haftung für Einzelschulden auf Seiten der Schuldner unvermeidlich zu einer Vervielfachung ihrer gesamthaften potenziellen Haftungssumme und damit zu einem erhöhten Risiko, tatsächlich leisten zu müssen.¹

Dem Interessenausgleich zwischen der Gläubiger- und der Schuldnerposition, der mit einer absolut verstandenen Solidarhaftung erzielt wird, ist sowohl im allgemeinen Haftpflichtrecht als auch in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit immer wieder Kritik erwachsen; dies, weil die solidarische Haftung für den konkret belangten Schuldner zu einer Belastung führen kann, die dem Verursachungs- und dem Verschuldensprinzip widerspricht.² Der Gesetzgeber hat sich dieser Kritik mit Bezug auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeit anlässlich der Aktienrechtsrevision von 1991 angenommen und versucht, die Gläubiger- und die Schuldnerinteressen etwas feiner gegeneinander abzuwägen.³ Die durch den revidierten Art. 759 OR aufgestellte

¹ Vgl. zum Gesagten BGE 93 II 317 ff., E. 2e; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3942; REY, N 1404; vgl. auch das Urteil des Bundesgerichts H 156/99 vom 20. März 2000, E. 5.

² Vgl. etwa REY, N 1459 ff.; MÜLLER, 283 ff.; sodann im aktienrechtlichen Zusammenhang BGE 97 II 403 ff., E. 7d; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 380 ff. und 389 ff.; MÜLLER, 289 f.; NOBEL, 105.

³ Siehe die Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II 745 ff., 769, 842, 850 f., 852, 938; Amtl. Bull. NR 1985, S. 1789; Amtl. Bull. StR 1988, S. 526; Amtl. Bull. NR 1990, S. 1389 ff.; Amtl. Bull. StR 1991, S. 76, 471; Amtl. Bull. NR 1991, S. 852 ff.

Ordnung wird in der Lehre unter dem Titel der *differenzierten Solidarität* (im Gegensatz zu der vom Bundesgericht früher befolgten Praxis der absoluten Solidarität⁴) abgehandelt. Doch auch die neue gesetzliche Ordnung steht unter Beschuss, oder es wird zumindest vorgebracht, die mit der Revision von 1991 verfolgten Ziele seien mit dem neuen Art. 759 OR nicht erreicht worden.⁵ Die *Corporate-Governance*-Diskussion, die zu einer deutlicheren Herausbildung der Rollen der verschiedenen potenziell Verantwortlichen geführt hat (exekutive und nicht exekutive Verwaltungsratsmitglieder, Ausschuss- und Nicht-Ausschussmitglieder, die Rolle der Revisionsstelle im Gegensatz zu jener der Unternehmensleitung usw.), sowie die wachsende Bedeutung und mediale Visibilität des Verantwortlichkeitsrechts haben das Bewusstsein für die Problematik der solidarischen Haftung im Bereich der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit zusätzlich geschärft.

Im Folgenden wird in einem ersten Schritt das Konzept der differenzierten Solidarität gemäss Art. 759 Abs. 1 OR in allgemeiner Weise erörtert (II.). Anschliessend werden die wichtigsten Gründe erläutert, die zu einer Differenzierung bei der Haftung mehrerer solidarisch Verantwortlicher führen (III.). Danach wird auf die Kritik an der heute geltenden Ordnung und an der Rechtsprechung der letzten Jahre zur differenzierten Solidarität eingegangen, insbesondere im Zusammenhang mit der solidarischen Haftung der Revisionsstelle, und es wird dazu ein schon vor 25 Jahren gemachter Lösungsvorschlag wieder zur Diskussion gestellt (der sich nun auch im bundesrätlichen Entwurf für eine Änderung des Obligationenrechts wiederfindet) (IV.). Schliesslich greift der vorliegende Beitrag ausgewählte Fragen im Zusammenhang mit der Geltendmachung der solidarischen Verantwortlichkeit nach Art. 759 Abs. 2 OR und mit dem Rückgriff nach Art. 759 Abs. 3 OR auf (V. und VI.).

⁴ Vgl. zu ihr etwa BGE 97 II 403 ff., E. 7d; FORSTMOSER, *Verantwortlichkeit*, N 382 ff., 389, 397 ff.; NOBEL, 105 ff.

⁵ Siehe die Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007, 105; sodann den Begleitbericht zum Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht vom 2. Dezember 2005, S. 20, Ziff. 2.2.8, und S. 87, Ziff. 3.1.48; ROBERTO, 30, 31 ff.

II. Das Konzept der differenzierten Solidarität

1. Differenzierte Solidarität: Individualisierung der Haftung

Der Grundgedanke der differenzierten Solidarität gemäss Art. 759 Abs. 1 OR liegt darin, dass jeder Solidarschuldner, insbesondere jedes einzelne Verwaltungsratsmitglied sowie die Revisionsstelle, nur dann haften soll, wenn bei ihm alle *Haftungsvoraussetzungen*⁶ erfüllt sind, aber selbst dann nur insoweit (d.h. nur für jenen Betrag), als sich dies unter Berücksichtigung aller für ihn massgeblichen *Elemente der Schadenersatzbemessung* (im Sinne von Art. 43 f. OR) ergibt. Differenzierte Solidarität bedeutet mit anderen Worten, dass die Haftung eines potenziell solidarisch Verantwortlichen ganz oder zum Teil entfällt, sofern bei ihm die Haftungsvoraussetzungen nicht erfüllt sind bzw. soweit die Elemente der Schadenersatzbemessung eine Reduktion der Ersatzpflicht gebieten. Die Differenzierung der solidarischen Haftung bringt also eine Individualisierung in das an sich vom Gleichheitsgedanken geprägte Regime der Solidarität.⁷

Die Differenzierung und Individualisierung der Solidarhaftung kommt vor allem bei den verschiedenen Elementen der Schadenersatzbemessung klar zum Ausdruck: Jeder solidarisch Haftpflichtige kann seine persönlichen, ihn spezifisch betreffenden *Umstände und Herabsetzungsgründe gemäss Art. 43 und 44 OR* geltend machen, und zwar bereits *im Aussenverhältnis*.⁸ Bei der individuellen Bemessung des Haftungsbetrages kommen Faktoren wie die Grösse des Verschuldens oder besondere Umstände auf Seiten des Schädigers in Betracht, aber auch etwa ein Selbstverschulden des Geschädigten

⁶ Schaden, Pflichtwidrigkeit, adäquater und natürlicher Kausalzusammenhang, Verschulden.

⁷ „Le juge doit raisonner, pour chaque défendeur, comme s’il ne fallait s’occuper que de lui“ (BGer vom 14. Dezember 1999, RJJ 2000, 135 ff., E. 7c, aa); siehe auch NOBEL, 122, 124.

⁸ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 2A.252/2002 vom 4. November 2002, E 3.2.2.1: „Innerhalb [des] allgemeinen Rahmens kausaler Schadenszurechnung bedeutet die [...] differenzierte Solidarität [...] vor allem, dass der solidarisch Haftpflichtige sich nun sogar im Aussenverhältnis (und nicht mehr bloss im Rahmen des Regressprozesses) auf persönliche Reduktionsgründe berufen kann.“; vgl. auch das Urteil des Bundesgerichts H 235/03 vom 2. März 2004, E. 5.

oder die bescheidene finanzielle Vergütung.⁹ Für jeden Haftpflichtigen lässt sich so ein individueller Haftungsplafond bestimmen, bis zu welchem er für den vom ihm adäquat kausal verursachten und zu verantwortenden Schaden im Aussenverhältnis gegenüber dem Geschädigten haftet.¹⁰

Aus der Differenzierung der Solidarität und damit der Individualisierung der Haftung ergibt sich insbesondere, dass die Frage, ob andere Beklagte haftbar sind und gegebenenfalls in welchem Umfang, für die Festsetzung des individuellen Haftungsplafonds grundsätzlich keine Rolle spielt.¹¹ Ja, die Differenzierung der Solidarität kommt überhaupt nicht nur dann zum Tragen, wenn mehrere potenziell Verantwortliche eingeklagt werden; auch der *allein Beklagte* – etwa die allein beklagte Revisionsstelle – kann eine Differenzierung gegenüber anderen potenziell Haftbaren geltend machen und verlangen, dass die ihn betreffenden Haftungsvoraussetzungen individuell beurteilt werden.¹²

2. Auswirkungen der differenzierten Solidarität auf die Stellung des Gläubigers

Die mit der Solidarität angestrebte *Erleichterung zu Gunsten des Gläubigers* wird mit der Differenzierung der Solidarität *nicht vereitelt*, aber natürlich schon *abgeschwächt*. Wohl in den meisten Fällen ergibt sich für den Geschädigten aus der Summe der individuellen Haftungsplafonds der verschiedenen solidarisch Verantwortlichen trotz der Differenzierung der Solidarität *mehr als eine 100-prozentige Deckung* seines Anspruchs. So mögen von drei Verwaltungsratsmitgliedern zwei zu 100% für den Schaden verantwortlich sein, eines demgegenüber aufgrund seines geringen Verschuldens nur zu

⁹ Siehe BGE 132 III 564 ff., E. 7: „Chaque coresponsable peut donc faire valoir ses motifs personnels d'atténuation de la responsabilité, tels que la faute légère, la gêne, l'action de complaisance, la différence des situations économiques ou la faible rémunération (...)“; siehe auch FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, Rz 212 ff.; ROBERTO, 34 f.

¹⁰ Siehe BÖCKLI, § 18 N 491.

¹¹ Siehe BGER vom 14. Dezember 1999, RJJ 2000, 135 ff., E. 7c, aa: „Sur le plan externe, il convient d'apprécier le degré de la faute pour lui-même, et non par comparaison avec la faute d'autrui (à moins bien sûr que la faute d'un tiers soit si grave que le lien de causalité s'en trouve rompu)“.

¹² Vgl. als Beispiel BGE 127 III 453 ff.

50%. Daraus ergibt sich eine Schadensdeckung für den Geschädigten im Umfang von 250%. Bei absoluter Solidarität (im strikten Sinne) würde die Deckung demgegenüber 300% betragen. Eine Überdeckung besteht auch im ersten Fall, wenn auch keine Einstandspflicht für fremde Verursachung oder fremdes Verschulden; insofern ist es täuschend, von differenzierter „Solidarität“ zu sprechen. Davon, das Konzept der differenzierten Solidarität würde die Solidarität zu Gunsten eines Systems der Einzelschuld aufgeben, kann aber nicht die Rede sein.¹³

Aufgrund der Differenzierung der Solidarität und der Individualisierung der Haftung besteht freilich „die solidarische Haftung nur mehr bis zum *kleinsten gemeinsamen Nenner des Verschuldens*“¹⁴ (wobei das Verschulden hier, entsprechend dem Gesagten, stellvertretend für die gesamten Umstände steht, die nach Art. 43 f. OR für die Schadenersatzbemessung massgebend sind). Bezüglich dieses kleinsten gemeinsamen Nenners gilt, dass der Gläubiger „nach seiner Wahl von allen Solidarschuldnern je nur einen Teil oder das Ganze“ – gemeint: den kleinsten gemeinsamen Nenner aufgrund der verschiedenen individuellen Haftungsplafonds – „fordern [kann]“¹⁵ und dass „[s]ämtliche Schuldner so lange verpflichtet [bleiben], bis die ganze Forderung“ – die Forderung im Umfang des kleinsten gemeinsamen Nenners – „getilgt ist“¹⁶, auch wenn dies dazu führt, dass ein Schuldner mehr bezahlen muss, als es seinem internen Anteil entspricht. Daran sieht man, dass auch die differenzierte Solidarhaftung eine Solidarhaftung ist. Dementsprechend verbleibt auch bei der differenzierten Solidarität das Hauptrisiko der Zahlungsunfähigkeit eines Mitschuldners bei den Solidarschuldnern und nicht beim Gläubiger, entsprechend der Zielsetzung der solidarischen Haftung.¹⁷ Die differenzierte Solidarität führt somit im Endeffekt lediglich zu einer

¹³ Siehe zum Gesagten das Urteil des Bundesgerichts 2A.252/2002 vom 4. November 2002, E. 3.2.2.1; vgl. zum Ganzen auch BERTSCHINGER, Revisionsstelle, 593 f.; BÖCKLI, § 18 N 488, 493, 516 ff.; MEINHARDT, 147 f.; ZÄCH/TRIEBOLD, 428 f.; Urteil des Bundesgerichts 4C.192/2003 vom 13. Oktober 2003, E. 3.4.

¹⁴ Urteil des Bundesgerichts 2A.252/2002 vom 4. November 2002, E. 3.2.2.1 (Hervorhebung hinzugefügt).

¹⁵ Art. 144 Abs. 1 OR.

¹⁶ Art. 144 Abs. 2 OR.

¹⁷ Siehe zu dieser Zielsetzung vorn, I.

teilweisen Schwächung der im Übrigen nach wie vor privilegierten Stellung des Gläubigers.¹⁸

III. Gründe für eine Differenzierung im Rahmen der solidarischen Haftung

Im Folgenden werden verschiedene Umstände untersucht, die im Kontext der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit das Ob und gegebenenfalls das Ausmass der Haftung der einzelnen ins Recht Gefassten bestimmen. Es geht hier also um Gründe, die nach dem Konzept der differenzierten Solidarität Anlass sein können, einzelne potenziell Verantwortliche anders zu beurteilen als andere.

1. Die Rolle des einzelnen Verwaltungsrats- oder Geschäftsleitungsmitgliedes innerhalb der Unternehmensleitung

Zu einer Differenzierung bei der Haftung mehrerer Verwaltungsrats- oder Geschäftsleitungsmitglieder kann es aufgrund der Rolle des einzelnen Mitgliedes innerhalb der Unternehmensleitung kommen, insbesondere aufgrund der Rolle des einzelnen Verwaltungsratsmitgliedes im Verwaltungsrat. Nachfolgend wird untersucht, inwiefern hinsichtlich der individuellen Haftung eines Einzelnen darauf abzustellen sei, ob es sich beim potenziell Verantwortlichen um ein geschäftsführendes Verwaltungsratsmitglied bzw. ein Geschäftsleitungsmitglied oder ein nicht geschäftsführendes Verwaltungsratsmitglied handelt.¹⁹

¹⁸ Nicht zutreffend darum BGE 133 III 6 ff., E. 5.3.2, wo ausgeführt wird, „la notion de solidarité serait vidée de son contenu s'il fallait apprécier, de manière individualisée, dans chaque cas, la responsabilité de la personne recherchée“.

¹⁹ Die nachfolgenden Ausführungen stützen sich zu einem grossen Teil auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur persönlichen Haftung der Arbeitgeber-Organen aufgrund von Art. 52 AHVG. Trotz der Besonderheiten und der besonderen Strenge dieser Haftung sind die Differenzierungen, die das Bundesgericht bezogen auf die unterschiedlichen Rollen von Verwaltungsratsmitgliedern anstellt, im Prinzip verallgemeinerungsfähig.

a) Pflichten nicht geschäftsführender Verwaltungsratsmitglieder und von geschäftsführenden Verwaltungsratsmitgliedern bzw. Geschäftsleitungsmitgliedern

Festzuhalten ist zunächst, dass auf der Ebene der Pflichten bzw. der Pflichtwidrigkeit als einer Haftungsvoraussetzung im Bereich der *unübertragbaren Aufgaben* des Verwaltungsrates gemäss Art. 716a OR *im Prinzip keine Differenzierung* aufgrund einer Delegation der Geschäftsführung an einzelne Verwaltungsratsmitglieder oder Dritte möglich ist. Denn der Pflichtenkatalog von Art. 716a OR gilt für alle Verwaltungsratsmitglieder, ob sie in geschäftsführender oder (bei delegierter Geschäftsführung) in nicht geschäftsführender Position sind.²⁰ Insbesondere ist die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen auch Aufgabe eines nicht geschäftsführenden Verwaltungsratsmitgliedes, denn sie ist Aufgabe des Gesamtverwaltungsrates.²¹

Anders sieht es im Bereich der *delegierbaren Aufgaben* des Verwaltungsrates aus. Soweit bestimmte Aufgaben rechtmässig einzelnen Verwaltungsratsmitgliedern oder einer aus Dritten zusammengesetzten Geschäftsleitung delegiert worden sind (insbesondere die operative Geschäftsführung), ergibt sich eine Differenzierung zwischen dem Pflichtenkatalog der nicht geschäftsführenden und dem der geschäftsführenden Verwaltungsratsmitglieder bzw. der Geschäftsleitungsmitglieder: Die delegierenden, nicht geschäftsführenden Verwaltungsratsmitglieder haben gemäss Art. 754 Abs. 2 OR nur noch (aber immerhin) die Pflicht, Sorgfalt bei der Auswahl, Unterrichtung und insbesondere Überwachung der Delegaten walten zu lassen; die Delegaten haben demgegenüber alle ihnen übertragenen Aufgaben sorgfältig zu erfüllen. Haftungsrechtlich ergibt sich daraus eine entsprechende Differenzierung zwischen verschiedenen Mitgliedern des Verwaltungsrates bzw. zwischen den

²⁰ Vgl. zum Gesagten das Urteil des Bundesgerichts H 235/03 vom 2. März 2004, E. 4.1; sodann etwa BERTSCHINGER, Arbeitsteilung, Rz 137, 164 ff.; BÖCKLI, § 13 N 433 ff., 531 ff., § 18 N 385; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 29 N 19, 29; VON DER CRONE, Arbeitsteilung, 80, 95 FN 59.

²¹ Siehe Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR und dazu etwa das Urteil des Bundesgerichts H 156/99 vom 20. März 2000, E. 3b, aa und bb.

nicht geschäftsführenden Verwaltungsratsmitgliedern und den Geschäftsleitungsmitgliedern.²²

b) *Verschulden nicht geschäftsführender Verwaltungsratsmitglieder und von geschäftsführenden Verwaltungsratsmitgliedern bzw. Geschäftsleitungsmitgliedern*

Eine Differenzierung bei der Haftung der einzelnen verantwortlichen Verwaltungsratsmitglieder bzw. zwischen nicht geschäftsführenden Verwaltungsratsmitgliedern und Geschäftsleitungsmitgliedern kommt vor allem auf der Ebene des Verschuldens in Betracht. „Ob ein Organ schuldhaft gehandelt hat, hängt entscheidend von der Verantwortung und den Kompetenzen ab, die ihm von der juristischen Person übertragen wurden.“²³ Auf der Ebene des Verschuldens ist die Rolle des einzelnen Verwaltungsratsmitgliedes im Verwaltungsrat bzw. die Rolle als Geschäftsleitungsmitglied mithin umfassend – und eben individuell – zu würdigen.²⁴ Dabei ist das Verschulden primär im Rahmen der Schadenersatzbemessung von Bedeutung, während es bezüglich der Begründung der Haftung als solcher kaum zu Differenzierungen Anlass gibt, genügt hierfür doch bereits ein leichtes Verschulden.²⁵

Mit Bezug auf das Verschulden eines einzelnen Verwaltungsratsmitgliedes angesichts seiner Rolle innerhalb des Verwaltungsrates ist zunächst ebenfalls danach zu unterscheiden, ob es sich um ein geschäftsführendes oder ein nicht geschäftsführendes Verwaltungsratsmitglied handelt. Auch ein *nicht geschäftsführendes Verwaltungsratsmitglied* steht, wie bereits gesagt, in der Pflicht, über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen die Oberaufsicht auszuüben. Es ist nach Massgabe eines objektivierten Sorgfalts- und Verschuldensmassstabes aber nicht verpflichtet, jedes Geschäft zu überwa-

²² Siehe zum Gesagten BERTSCHINGER, Arbeitsteilung, Rz 42 ff., 229; FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, Rz 102 f.; VON DER CRONE, Arbeitsteilung, 93; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 49.

²³ Urteil des Bundesgerichts H 267/02 vom 21. Januar 2004, E. 4.2; Urteil des Bundesgerichts H 94/05 vom 19. Januar 2006, E. 4.1.

²⁴ Siehe auch VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 49.

²⁵ Siehe BÖCKLI, § 18 N 430; siehe betreffend die Haftung auch für leichtes Verschulden etwa das Urteil des Bundesgerichts 4C.358/2005 vom 12. Februar 2007

chen, sondern es darf sich auf eine Überprüfung der Tätigkeit der Geschäftsleitung sowie des Geschäftsganges beschränken. Dazu gehört, dass der Betreffende „sich laufend über den Geschäftsgang informiert, Rapporte verlangt, sie sorgfältig studiert, nötigenfalls ergänzende Auskünfte einzieht und Irrtümer abzuklären versucht“²⁶. Ergibt sich aufgrund dieser Überprüfungstätigkeit ein Verdacht unsorgfältiger Geschäftsführung, dann sind auch nicht geschäftsführende Verwaltungsratsmitglieder verpflichtet, Abklärungen zu treffen oder den Beizug Sachverständiger zu veranlassen.²⁷ Dabei wird die Schwelle, ab der eine Pflicht zum Tätigwerden besteht, tief angesetzt. So hielt das Bundesgericht etwa fest, dass sich ein nicht geschäftsführendes Verwaltungsratsmitglied nicht damit entlasten könne, dass die Jahresrechnung von der Revisionsstelle nicht beanstandet worden sei und diese die nötige Sorgfalt ihrerseits nicht habe walten lassen. Das betreffende Verwaltungsratsmitglied sei vielmehr angesichts der nicht aussagekräftigen Jahresrechnung und der darin enthaltenen Unklarheiten verpflichtet gewesen, selber tätig zu werden.²⁸ Selbst in einem Fall, in dem die faktischen Geschäftsführungs- und Verwaltungsorgane unüberschaubare Verhältnisse geschaffen und deliktische Absichten verfolgt hatten und der Beklagte die einzige formelle Organperson war, qualifizierte das Bundesgericht das Verhalten des Beklagten als grob schuldhaft, weil er nicht einmal versucht habe, den gesetzlichen Pflichten nachzukommen, sondern in Passivität verharret sei, statt sich aktiv um Einsicht in die Bücher zu bemühen oder sich um eine ordnungsgemässe Buchführung zu kümmern. Das Verschulden des Beklagten lag diesfalls vor allem darin, am Mandat festgehalten zu haben, obwohl er nicht in der Lage war, die nicht delegierbaren Pflichten zu erfüllen.²⁹ Dass er keine Geschäftsführungsfunktion innegehabt hatte, änderte daran selbst im

(= BGE 133 III 116 ff.), nicht amtlich publizierte E. 5.6; FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, Rz 133.

²⁶ Urteil des Bundesgerichts 4C.358/2005 vom 12. Februar 2007 (= BGE 133 III 116 ff.), nicht amtlich publizierte E. 5.2.1.

²⁷ Siehe zum Gesagten das Urteil des Bundesgerichts 4C.358/2005 vom 12. Februar 2007 (= BGE 133 III 116 ff.), nicht amtlich publizierte E. 5.2.1; vgl. auch das Urteil des Bundesgerichts H 225/04 vom 29. November 2005, E. 5.1.

²⁸ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 4C.358/2005 vom 12. Februar 2007 (= BGE 133 III 116 ff.), nicht amtlich publizierte E. 5.2.4.

²⁹ Siehe zum Gesagten das Urteil des Bundesgerichts H 94/05 vom 19. Januar 2006, E. 4.3.

Rahmen einer differenzierten, individualisierenden Verschuldensbeurteilung nichts.

Weiter unterscheidet das Bundesgericht bei seiner Verschuldensbeurteilung danach, ob Mitglieder des Verwaltungsrates eines Grossunternehmens oder aber eines Unternehmens mit einfacher Organisationsstruktur zu beurteilen sind (eine Unterscheidung, die dann freilich nicht zu einer Differenzierung zwischen Verwaltungsratsmitgliedern der gleichen Gesellschaft führt).³⁰ In einem *Grossunternehmen* sind insbesondere die Möglichkeiten eines Verwaltungsratsmitgliedes, die Geschäftsführung zu überwachen, beschränkt.³¹ Dem Verwaltungsratspräsidenten eines Grossunternehmens wird es darum „nicht als grobfahrlässiges Verschulden angerechnet werden können, wenn er nicht jedes einzelne Geschäft, sondern nur die Tätigkeit der Geschäftsleitung und den Geschäftsgang im Allgemeinen überprüft“.³² Auch für nicht geschäftsführende Verwaltungsratsmitglieder eines Grossunternehmens besteht jedoch die beschriebene Pflicht zur Informationsbeschaffung, ganz besonders bei konkretem Verdacht einer unsorgfältigen Geschäftsführung.

Bei *Klein- und Mittelbetrieben mit einfacher Organisationsstruktur* sind höhere Anforderungen an die Erfüllung der Sorgfaltspflicht sowie der Aufsichts- und Kontrollpflichten zu stellen; das Verschulden der betreffenden Verwaltungsratsmitglieder wird dementsprechend strenger beurteilt. Dies hat zur Folge, dass Verwaltungsratsmitglieder in solchen Unternehmen den Überblick über alle wesentlichen Belange der Gesellschaft haben müssen, selbst wenn die Geschäftsführung weitgehend delegiert ist.³³ So hätten in einem konkreten Fall der Verwaltungsratspräsident und ein anderes Verwaltungsratsmitglied trotz der Delegation der Führung der Finanzen angesichts von Zahlungsausständen reagieren müssen, und zwar, wie das Bundesgericht betonte, gerade angesichts der Tatsache, dass es sich um ein Unternehmen

³⁰ Siehe zu dieser Unterscheidung auch BERTSCHINGER, Arbeitsteilung, Rz 192.

³¹ Vgl. das Urteil des Bundesgerichts H 225/04 vom 29. November 2005, E. 5.2.

³² Urteil des Bundesgerichts H 267/02 vom 21. Januar 2004, E. 4.2; Urteil des Bundesgerichts H 94/05 vom 19. Januar 2006, E. 4.1.

³³ Siehe zum Gesagten die Urteile des Bundesgerichts H 72/06 vom 16. Oktober 2006, E. 7; H 225/04 vom 29. November 2005, E. 3; H 267/02 vom 21. Januar 2004, E. 4.3.

mit lediglich 24 Angestellten handelte.³⁴ Bei kleinen und mittleren Betrieben besteht damit nach der Rechtsprechung nur wenig Raum für eine Differenzierung bei der Verschuldensbeurteilung zwischen nicht geschäftsführenden und geschäftsführenden Verwaltungsratsmitgliedern bzw. Geschäftsleitungsmitgliedern.

Das darf allerdings nicht so weit gehen, dass eine *Delegation der Geschäftsführung* bzw. die Einsetzung eines *Verwaltungsrates als Strategie- und Kontrollorgan* in Klein- und Mittelbetrieben wegen fehlender haftungsbefreiender Wirkung der Delegation *faktisch ausgeschlossen* oder zumindest uninteressant ist. Das stünde im Widerspruch zur gesetzlichen Ordnung von Art. 716b und Art. 754 Abs. 2 OR, wonach (implizit) eine Delegation mit grundsätzlich haftungsbefreiender Wirkung auch in kleinen und mittleren Unternehmen möglich ist, und es würde damit auch dem Anliegen einer guten *Corporate Governance* in solchen Unternehmen nicht gedient, weil das Amt eines nicht geschäftsführenden Verwaltungsratsmitgliedes nur Bürde und Risiko bedeuten und die Gewinnung externer, unabhängiger Verwaltungsratsmitglieder dadurch erschwert würde. Auch in kleinen und mittleren Unternehmen ist darum bei der Beurteilung des Verschuldens von Verwaltungsratsmitgliedern hinsichtlich der Erfüllung ihrer Pflichten zwischen Verwaltungsratsmitgliedern, die aktiv in die Geschäftsführung involviert sind, und den anderen zu unterscheiden. Das gilt gerade auch mit Bezug auf die Erfüllung der unübertragbaren Aufgaben gemäss Art. 716a OR durch nicht geschäftsführende Verwaltungsratsmitglieder; diese Aufgaben dürfen nicht auf dem (dogmatischen) Umweg des objektivierten Verschuldens zu einem Pflichtenheft ausgebaut werden, das mit jenem der geschäftsführenden Verwaltungsratsmitglieder bzw. der Geschäftsleitungsmitglieder praktisch übereinstimmt.³⁵

2. Weitere „Umstände“ bei einzelnen Verwaltungsrats- oder Geschäftsleitungsmitgliedern

Neben der Rolle innerhalb der Unternehmensleitung können eine ganze Reihe weiterer Umstände, die mit einzelnen Verantwortlichen zusammenhän-

³⁴ Siehe das Urteil des Bundesgerichts H 225/04 vom 29. November 2005, E. 3, betreffend die Nichtbezahlung von AHV-Arbeitgeberbeiträgen.

³⁵ Ähnlich wie hier auch BERTSCHINGER, Arbeitsteilung, Rz 192.

gen, zu Differenzierungen bei der Solidarhaftung Anlass geben. So mindert beispielsweise (theoretisch) das Vorliegen einer Notlage das Verschulden des Betroffenen.³⁶ Demgegenüber führen *besondere fachliche Qualifikationen* eines einzelnen Verantwortlichen für ihn zu einem strengeren Sorgfaltsmassstab.³⁷

3. Leichtes Verschulden von Verwaltungsrats- oder Geschäftsleitungsmitgliedern oder der Revisionsstelle

Führt insbesondere die Berücksichtigung der Rolle eines einzelnen Verwaltungsrats- oder Geschäftsleitungsmitgliedes innerhalb der Unternehmensleitung oder die Rücksicht auf die Grösse des betreffenden Unternehmens zum Schluss, das Verschulden des betreffenden Verantwortlichen wiege bezüglich der ihm konkret vorgeworfenen Pflichtwidrigkeit nur leicht, so ist seine Schadenersatzpflicht entsprechend zu reduzieren.³⁸ Allein, ein *leichtes Verschulden wird fast nie jemandem zugestanden*; es finden sich praktisch keine Entscheidungen, in denen die Ersatzpflicht eines Verantwortlichen wegen geringen Verschuldens reduziert worden wäre.³⁹ Das hat wesentlich damit zu tun, dass wegen der persönlichen Haftung eines jeden Verantwortlichen für den gesamten von ihm verursachten und verschuldeten Schaden, wie dies der

³⁶ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 2A.252/2002 vom 4. November 2002, E. 3.2.2.1.

³⁷ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 4C.201/2001 vom 19. Juni 2002, E. 2.1.1: „Verfügt ein Verwaltungsratsmitglied in einem Fachbereich über überdurchschnittliche Kenntnisse und ist dies der Gesellschaft bekannt, so ist für ihn in diesem Bereich ein höherer Massstab anzulegen (...). Unter diesem Gesichtspunkt fällt in Betracht, dass der Beklagte ausgebildeter Betriebswirtschafter mit dem Abschluss als Dr. oec. ist. Auch wenn er nach seinen Angaben nicht als Kreditfachmann, sondern als Anlagespezialist in den Verwaltungsrat der Bank gewählt worden ist und er nicht dem Kreditausschuss angehörte, ist nach dem erwähnten Massstab doch auf die durchschnittlichen Kenntnisse eines Betriebswirtschafters mit diesem Ausbildungsgang abzustellen.“; sodann etwa BÖCKLI, § 18 N 431; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 306.

³⁸ Siehe Art. 43 Abs. 1 OR.

³⁹ Diesen allseits gemachten Befund – siehe etwa BÖCKLI, § 18 N 430; ROBERTO, 34 f. – haben auch die dem vorliegenden Beitrag zugrunde liegenden Recherchen bestätigt.

Grundidee der absoluten wie auch der differenzierten Solidarität entspricht,⁴⁰ nicht eine vergleichende, relative Sicht im Verhältnis der verschiedenen Schädiger untereinander massgeblich ist, welche zum Schluss führen könnte, dass das Verschulden des einen im Vergleich zu jenem einzelner anderer als leicht erscheint und die Haftung deshalb zu reduzieren sei. Im Aussenverhältnis ist vielmehr jeder Haftpflichtige so zu würdigen, wie wenn nur er allein zu beurteilen wäre.⁴¹ Im Rahmen einer solchen individuellen Verschuldenswürdigung lassen sich aber, wenn einmal eine Pflichtwidrigkeit angenommen wird, kaum Gründe für die Annahme eines leichten oder gar fehlenden Verschuldens finden, weil das Verschulden objektiviert beurteilt wird.⁴²

Dieser Befund gilt insbesondere für die Haftung der *Revisionsstelle*: Bezogen auf den gesamten Schaden, den die Geschäftsführungsorgane und die Revisionsstelle verursacht haben, und bezogen auf das gesamthafte Verschulden, mit dem der Schaden bewirkt worden ist, trägt die Revisionsstelle im Vergleich der verschiedenen Schädiger in den meisten Fällen nur eine untergeordnete Verantwortung. Dennoch kann sie sich kaum jemals exkulpieren oder auch nur eine Haftungsreduktion wegen leichten Verschuldens erreichen, weil ihr bei individueller Betrachtung – in deren Rahmen ihre vergleichsweise untergeordnete Verantwortung auch unter dem Regime der differenzierten Solidarität grundsätzlich irrelevant ist – kaum jemals lediglich ein leichtes Verschulden vorzuwerfen ist.⁴³

4. Unterschiedliche Kausalverläufe

Eine Differenzierung bei der Haftung verschiedener potenziell Verantwortlicher kann sich weiter daraus ergeben, dass die von ihnen in Gang gesetzten Kausalverläufe unterschiedlich sind. Das führt bei Fehlen eines natürlichen

⁴⁰ Siehe vorn, II.2.

⁴¹ Siehe zum Gesagten BGer vom 14. Dezember 1999, RJJ 2000, 135 ff., E. 7c, aa: „Sur le plan externe, il convient d’apprécier le degré de la faute pour lui-même, et non par comparaison avec la faute d’autrui (à moins bien sûr que la faute d’un tiers soit si grave que le lieu de causalité s’en trouve rompu)“.

⁴² Vgl. BÖCKLI, § 18 N 430; vgl. auch BaK-WIDMER/BANZ, Art. 754 OR, N 32.

⁴³ Siehe hierzu auch hinten, IV.; vgl. auch VON DER CRONE, Haftungsbeschränkung, 13.

oder adäquaten Kausalzusammenhangs dann freilich dazu, dass von vornherein gar keine Haftung eintritt, sodass insofern auch keine (differenzierte) Solidarität besteht. Denn eine aktienrechtliche Verantwortlichkeit besteht für jeden ins Recht Gefassten von vornherein nur innerhalb eines „Rahmens kausaler Schadenszurechnung“⁴⁴. Damit ist eine überkausale Haftung ausgeschlossen.⁴⁵

Von Bedeutung ist das Gesagte wiederum vor allem für die *Revisionsstelle*: Sie waltet ihres Amtes im Prinzip nur sporadisch, nicht fortlaufend; sie kommt meist erst *post festum* zum Einsatz, und ihre Pflichtverletzungen sind fast immer Unterlassungen; und sie ist regelmässig nicht die alleinige Schadensstifterin, sondern ihre Tätigkeit und gegebenenfalls ihr schädigendes Verhalten gründen auf Vorbereitungshandlungen der Geschäftsführungsorgane.⁴⁶ Von der Revisionsstelle führen darum andere Kausalverläufe zu einer Schädigung der Gesellschaft (oder ihrer Gläubiger) als von den Geschäftsführungsorganen.⁴⁷ Die Verantwortlichkeit lediglich im Rahmen kausaler Schadenszurechnung bedeutet für die Revisionsstelle, dass sie nur für dasjenige Segment des Gesamtschadens verantwortlich ist, das (adäquat kausal) auf ihre eigene Pflichtwidrigkeit zurückzuführen ist. Am Ende der unterschiedlichen Kausalketten stehen mitunter eben auch unterschiedliche (Einzel-)Schäden (als Teile des entstandenen Gesamtschadens). Wird der Revisionsstelle etwa vorgeworfen, den Verwaltungsrat und gegebenenfalls den Richter nicht auf eine verdeckte Überschuldung hingewiesen zu haben,⁴⁸ währenddem den Geschäftsführungsorganen andere schädigende Handlungen zur Last gelegt werden, so haftet die Revisionsstelle einzig für die auf ihre Unterlassung zurückzuführende Vergrößerung des Schadens wegen verspäteter Konkurseröffnung, also für den sog. Fortsetzungsschaden. Für den Rest des gesamthaft entstandenen Schadens haftet sie von vornherein

⁴⁴ Urteil des Bundesgerichts 2A.252/2002 vom 4. November 2002, E. 3.2.2.1.

⁴⁵ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 2A.252/2002 vom 4. November 2002, E. 3.2.2.1; siehe zum Gesagten auch etwa BÖCKLI, § 18 N 491, 493; MEINHARDT, 147; MÜLLER, 293 f.; BaK-WIDMER/BANZ, Art. 759 OR, N 3; bereits unter früherem Recht FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 380 ff.

⁴⁶ Siehe BGE 129 III 129 ff., E. 8; FORSTMOSER, Haftung der Revisionsstelle, 487 f.; LUTERBACHER, Versicherung, 871; vgl. auch BERTSCHINGER, Revisionsstelle, 592.

⁴⁷ Vgl. auch FORSTMOSER, Haftung der Revisionsstelle, 502 f.

⁴⁸ Siehe Art. 728c Abs. 3 bzw. Art. 729c OR.

nicht, und insoweit wird sie auch nicht zur Solidarschuldnerin der Geschäftsführungsorgane.⁴⁹

Anders als bei den Geschäftsführungsorganen ist bei der Revisionsstelle der Kausalverlauf auch dann zu beurteilen, wenn die Revisionsstelle ihre Pflichten zwar verletzt hat, sie jedoch den Einwand erheben kann, dass auch pflichtgemässes (regelkonformes und rechtzeitiges) Verhalten den Schaden mit Gewissheit oder hoher Wahrscheinlichkeit nicht hätte verhindern können (*Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens*)⁵⁰. In diesem Fall ist die Revisionsstelle – mangels natürlich kausaler Schadensverursachung – vollständig von der Haftung befreit.⁵¹ So hatte in BGE 129 III 129 ff. die Revisionsstelle in den Augen des Bundesgerichts zwar pflichtwidrig gehandelt, als sie im Fall der Verrechnung durch einen Gläubiger, der der Verwaltungsratspräsident war, mit einer rangrücktrittsbelasteten Forderung keine Anzeige an den Verwaltungsrat erstattete; die Anzeige durch die Revisionsstelle wäre aber ohnehin erst im Nachhinein, nach der unzulässigen Verrechnung, erfolgt und hätte an der Vermögensverminderung nichts geändert.⁵²

5. Verhalten Dritter

Einen weiteren Umstand, aus dem sich Differenzierungen bei der Haftung verschiedener solidarisch verantwortlicher Personen ergeben können, stellt das Verhalten Dritter und zwar insbesondere anderer solidarisch verantwortlicher Personen dar, etwa anderer Verwaltungsratsmitglieder. Angestrebt

⁴⁹ Siehe zum Gesagten das Urteil des Bundesgerichts 4C.117/1999 vom 16. November 1999, referiert und kommentiert von LUTERBACHER, Verantwortlichkeit, insbesondere S. 1271; BÖCKLI, § 18 N 426 f.; MEINHARDT, 147; MÜLLER, 284.

⁵⁰ Siehe allgemein zum Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens BK-BREHM, Art. 41 OR, N 149i; BaK-SCHNYDER, Art. 41 OR, N 29a.

⁵¹ Vgl. BGE 129 III 129 ff., E. 8. Das Bundesgericht (a.a.O.; siehe auch die Urteile H 267/02 vom 21. Januar 2004, E. 6.2, und H 94/05 vom 19. Januar 2006, E. 5.2) und ein Teil der Lehre (etwa FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 272) gehen davon aus, dass es bei erfolgreicher Einwendung des rechtmässigen Alternativverhaltens am *adäquaten* Kausalzusammenhang fehle. Indessen kann in einem solchen Fall – im Sinne der der natürlichen Kausalität zugrunde liegenden *conditio-sine-qua-non*-Formel (siehe hierzu etwa REY, N 518) – die Pflichtverletzung nicht hinweggedacht werden, ohne dass der (durch sie beeinflusste) Erfolg entfielen (siehe BK-BREHM, Art. 41 OR, N 149i; REY, N 645, 647; BaK-SCHNYDER, Art. 41 OR, N 29a).

⁵² Siehe BGE 129 III 129 ff., E. 8.

wird in solchen Fällen eine Differenzierung zwischen verschiedenen Verantwortlichen, die sich daraus ergibt, dass die „Schuld“ der andern ins Feld geführt wird. Dabei ist zu beachten, dass die blossе Tatsache, dass auch andere für den gleichen Schaden haftbar gemacht werden oder werden könnten, für den Umfang der Ersatzpflicht eines solidarisch Verantwortlichen im Prinzip unerheblich ist.⁵³ Unter besonderen Umständen kann aber das Verhalten Dritter zur ganzen oder teilweisen eigenen Entlastung führen. Haftpflichtrechtsdogmatisch geht es dabei entweder um eine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs wegen groben Drittverschuldens, dann entfällt die Haftung ganz; oder ein Drittverschulden kann ausnahmsweise einen Reduktionsgrund im Sinne von Art. 43 OR darstellen. In beiden Konstellationen brauchen die betreffenden Dritten nicht beklagt worden zu sein, und auch eine Streitverkündung ist nicht nötig.⁵⁴ Zu diesen beiden Konstellationen Folgendes:

Wiegt das Verschulden eines Mitverantwortlichen derart schwer, dass das Verhalten des Belangten völlig in den Hintergrund tritt, als inadäquate Ursache erscheint und der *Kausalzusammenhang unterbrochen* wird, so entfällt eine Haftung des Belangten (und insofern jegliche solidarische Haftung).⁵⁵ Das Verhalten des Dritten ist diesfalls erheblich für den vom Belangten zum Schaden führenden Kausalverlauf, indem es diesen Verlauf haftungsrechtlich unmassgeblich werden lässt.

Lässt dagegen ein Drittverschulden das Verschulden des Belangten lediglich als besonders gering erscheinen, so kann ganz ausnahmsweise eine *Reduktion der Ersatzpflicht* angezeigt sein.⁵⁶ Die Rechtsprechung ist diesbezüglich

⁵³ Siehe REY, N 571; BaK-SCHNYDER, Art. 41 OR, N 22 ff., und Art. 43 OR, N 19.

⁵⁴ Siehe zum Gesagten das Urteil des Bundesgerichts 4C.358/2005 vom 12. Februar 2007 (= BGE 133 III 116 ff.), nicht amtlich publizierte E. 5.5.1; Urteil des Bundesgerichts 4P.284/2005 vom 1. Februar 2006, E. 4.4.3; zum allgemeinen Haftpflichtrecht BK-BREHM, Art. 41 OR, N 140, und Art. 43 OR, N 81 ff.

⁵⁵ Siehe BGE 127 III 453 ff., E. 5d; Urteil des Bundesgerichts H 94/05 vom 19. Januar 2006, E. 5.2; Urteil des Bundesgerichts H 267/02 vom 21. Januar 2004, E. 6.2; BGer vom 12. Oktober 1999, RJJ 1999, 214 ff., E. 8b.

⁵⁶ Siehe FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, Rz 223 f.; zum allgemeinen Haftpflichtrecht etwa BaK-SCHNYDER, Art. 43 OR, N 21; BK-BREHM, Art. 43 OR, N 81 ff.

jedoch sehr zurückhaltend.⁵⁷ Als Beispiel genannt wird der Fall, in dem ein Verwaltungsratsmitglied – das in diesem Zusammenhang der Dritte ist – Unregelmässigkeiten gegenüber den anderen Verwaltungsratsmitgliedern so geschickt verschleiert hat, dass dem in Anspruch Genommenen kein schwerer Vorwurf gemacht werden kann, wenn er die Handlungen nicht aufgedeckt hat, obwohl er sich ernsthaft darum bemüht hat, einen Überblick über die finanzielle Lage zu gewinnen.⁵⁸

Ohnehin geht der Hinweis auf andere potenziell Verantwortliche dann ins Leere, wenn das *Verschulden des Belangten* selber *schwer wiegt* und ihm der gesamte Schaden adäquat kausal zugerechnet werden kann; darauf, dass vielleicht auch andere Verwaltungsratsmitglieder oder die Revisionsstelle hätten haftbar gemacht werden können, kommt es dann nicht an.⁵⁹ Hierin liegt im Übrigen auch der Grund, weshalb umgekehrt auch die *Revisionsstelle*, wenn sie belangt wird, die Hürde für eine Reduktion ihrer Ersatzpflicht wegen Drittverschuldens in der Regel nicht zu passieren vermag; denn das Verschulden der Revisionsstelle ist bei isolierter, individualisierender (im Gegensatz zu einer vergleichenden) Betrachtung oft als schwer einzustufen.⁶⁰

6. Selbstverschulden der geschädigten Gesellschaft

Als Grund für eine Differenzierung bei der Haftung verschiedener solidarisch Verantwortlicher kommt auch ein allfälliges Selbstverschulden der

⁵⁷ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 4C.358/2005 vom 12. Februar 2007 (= BGE 133 III 116 ff.), nicht amtlich publizierte E. 5.5.1; BGE 127 III 453 ff., E. 5d; BGer vom 12. Oktober 1999, RJJ 1999, 214 ff., E. 8b; BGE 93 II 317 ff., E. 2e, bb.

⁵⁸ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 4C.358/2005 vom 12. Februar 2007 (= BGE 133 III 116 ff.), nicht amtlich publizierte E. 5.5.1.

⁵⁹ In diesem Sinn hat das Bundesgericht in seinem Urteil vom 12. Oktober 1999 (publiziert in RJJ 1999, 214 ff.) entschieden. In dem diesem Urteil zugrunde liegenden Sachverhalt hatten zwei Verwaltungsratsmitglieder das Vermögen einer Gesellschaft fast ausschliesslich auf ein eigenes Konto transferiert und so die Gläubiger geschädigt. Das Bundesgericht lehnte eine Haftungsreduktion für denjenigen, der von der Vermögensverschiebung nicht finanziell profitiert hatte, ab, und zwar mit der Begründung, dass auch er wesentlich an der Transaktion mitgewirkt habe, womit ihn ein schwereres Verschulden treffe.

⁶⁰ Siehe dazu ausführlicher vorn, III.3.

geschädigten Gesellschaft in Betracht; dies insofern, als ein grobes Selbstverschulden das Verhalten eines an sich Haftpflichtigen derart in den Hintergrund rücken lassen kann, dass der *Kausalzusammenhang unterbrochen* wird oder sich zumindest – im Falle eines nicht geradezu groben Selbstverschuldens – eine *Reduktion der Ersatzpflicht* aufdrängt.⁶¹ In diesem Sinne bestätigte das Bundesgericht in BGE 127 III 453 ff. die Herabsetzung des von der Revisionsstelle zu leistenden Schadenersatzes um 30%, weil die von ihr zwar pflichtwidrig nicht aufgedeckten Veruntreuungen durch einen Angestellten einer von der Gesellschaft selber eingesetzten Treuhandgesellschaft auch darauf zurückzuführen waren, dass die Gesellschaft die Treuhänderin ohne jegliche Vorsichtsmassnahmen oder Anweisungen mandatiert hatte, obwohl ihr hätte bekannt sein müssen, dass der betreffende Angestellte der Treuhandgesellschaft über eine zu grosse Handlungsfreiheit verfügte.⁶²

Fragen kann man sich, ob im *Konkursfall* die Belangen gegenüber der Gläubigersamtheit, deren Anspruch die Konkursverwaltung geltend macht,⁶³ bzw. gegenüber dem aufgrund einer Abtretung klagenden Aktionär oder Gläubiger⁶⁴ ein Selbstverschulden der Gesellschaft geltend machen können. Im Lichte der Entscheidung BGE 132 III 342 ff., die sich grundlegend mit den Einreden befasst, die den Beklagten im Konkurs der Gesellschaft zustehen, ist das zu bejahen. Denn nach dieser Entscheidung dient die Ablösung des Anspruchs der Gesellschaft durch einen solchen der Gläubigersamtheit „allein dem Ausschluss derjenigen Einreden, welche den Abtretungsgläubigern gegenüber nicht gerechtfertigt sind. Für Einreden, die unabhängig von der Willensbildung der Gesellschaft vor der Konkurseröffnung bestanden haben, rechtfertigt sich dagegen der Ausschluss nicht.“⁶⁵ Wie eine solche Einrede ist auch ein Selbstverschulden der Gesellschaft zu beurteilen.⁶⁶

⁶¹ Siehe Art. 44 OR sowie allgemein etwa BK-BREHM, Art. 44 OR, N 16 ff., und Art. 41 OR, N 139 ff.; BaK-SCHNYDER, Art. 44 OR, N 7 ff., und Art. 41 OR, N 21.

⁶² Siehe BGE 127 III 453 ff., E. 8a-8c.

⁶³ Siehe Art. 757 Abs. 1 OR und dazu BGE 117 III 432 ff.

⁶⁴ Siehe Art. 757 Abs. 2 und 3 OR.

⁶⁵ BGE 132 III 342 ff., E. 4.4.

⁶⁶ Vgl. auch FORSTMOSER, *Verantwortlichkeit*, N 347; weitere Hinweise bei MÜLLER, 290 FN 52.

7. Bescheidene finanzielle Vergütung

Aus der Palette von Umständen, die zu Differenzierungen bei der Haftung verschiedener solidarisch Verantwortlicher führen können, sei abschliessend die Möglichkeit der Reduktion des Schadenersatzes wegen der bescheidenen finanziellen Vergütung des Schädigers für die von ihm verrichtete Tätigkeit erwähnt.⁶⁷ Die vorn⁶⁸ angesprochene Entscheidung BGE 127 III 453 ff. gab dem Bundesgericht Gelegenheit, nebst der Frage des Selbstverschuldens auch den Umstand der bescheidenen finanziellen Vergütung verantwortlichsrechtlich zu würdigen, erhielt der damalige beklagte Revisor doch lediglich ein jährliches Honorar von anfänglich CHF 500.–, das in der Folge auf CHF 1'000.– und schliesslich CHF 1'200.– erhöht wurde. Dabei erachtete das Bundesgericht die von der Vorinstanz unter anderem auch wegen der geringen Vergütung vorgenommene Reduktion der Schadenersatzpflicht als zulässig.⁶⁹ Es ist jedoch unbefriedigend, ja wohl rechtswidrig, dass die Entscheidung einer Gesellschaft, einen nur bescheiden zu honorierenden Revisor einzusetzen, sich zum Nachteil der Gläubiger (für welche die Revision eine wichtige Funktion erfüllt) auswirken soll.⁷⁰

IV. Zur Kritik an der Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit

1. Die differenzierte Solidarität in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

Betrachtet man die Rechtsprechung der letzten Jahre zur Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, so stellt man fest, dass die einzelnen potenziell Verantwortlichen durchaus – entsprechend dem Konzept der diffe-

⁶⁷ Vgl. allgemein Art. 99 Abs. 2 OR und für den Bereich der ausservertraglichen Haftung BK-BREHM, Art. 43 OR, N 57 ff., sowie BaK-SCHNYDER, Art. 43 OR, N 15; zurückhaltend FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, Rz 220 f.

⁶⁸ III.6.

⁶⁹ Siehe BGE 127 III 453 ff., E. 8c, bb.

⁷⁰ Siehe ebenso CORBOZ, *Commentaire romand*, Art. 755 OR, N 27; sodann bereits FORSTMOSER, *Verantwortlichkeit*, N 358.

renzierten Solidarität – individuell beurteilt werden, dass aber nur *selten eine Haftung gänzlich verneint* oder die *Ersatzpflicht zumindest reduziert* wird. Dies ist einerseits wesentlich auf die umfassenden, weit gehenden Pflichtenprogramme namentlich der Revisionsstelle, aber auch des Verwaltungsrates zurückzuführen. Andererseits spielt, wie ausgeführt,⁷¹ der (bisweilen übersehene) Umstand eine zentrale Rolle, dass das Verschulden der einzelnen Verantwortlichen nach dem Konzept der differenzierten Solidarität individuell und nicht etwa relativ, im Rahmen eines Vergleichs mit den anderen Verantwortlichen beurteilt wird. Werden Verletzungen eines anspruchsvollen Pflichtenprogramms je einzeln einer Kausalitäts- und Verschuldensbeurteilung gemäss den Grundsätzen des allgemeinen Haftpflichtrechts unterzogen, dann stellt die Tatsache, dass man es mit einer Mehrzahl potenziell Haftpflichtiger zu tun hat, kaum jemals einen Anlass dar, aufgrund dessen eine Haftung zu verneinen oder die Schadenersatzpflicht zu reduzieren wäre.

Vor diesem Hintergrund ist die *Kritik an der geltenden Ordnung*, wie sie im Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts geäußert wurde und nun auch in der entsprechenden bundesrätlichen Botschaft wiederholt wird („schwer verständlich“, „für die Praxis zu wenig konkret“ etc.),⁷² *nicht berechtigt*. Das 1991 eingeführte Konzept der differenzierten Solidarität wird insbesondere vom Bundesgericht sehr wohl verstanden und, wie ich meine, auch tatsächlich und korrekt umgesetzt. Wer sich von der differenzierten Solidarität mehr erhofft hat (insbesondere zu Gunsten der Revisionsstelle), sollte weder dieses Konzept noch seine (korrekte) Handhabung in der Gerichtspraxis kritisieren, wenn von

⁷¹ Siehe vorn, III.3.

⁷² Siehe den Begleitbericht zum Vorentwurf 2005, S. 20, Ziff. 2.2.8 („Diese Beschränkung der Solidarität hat sich indessen in der Praxis nicht bewährt, da sie für eine Auseinandersetzung unter den verantwortlichen Personen zu wenig konkret ausgestaltet ist. Eine Umsetzung durch die Gerichte ist bisher nicht erfolgt. Vielmehr richten sich Verantwortlichkeitsklagen – entgegen den Zielen der letzten Aktienrechtsrevision – noch vermehrt gegen die Revisionsstellen“), S. 87, Ziff. 3.1.48 („Die Regelung ist jedoch schwer verständlich und für die Praxis zu wenig konkret ausgestaltet. Es gibt bis heute keinen Gerichtsentscheid, der die sogenannte ‚differenzierte Solidarität‘ umgesetzt hätte. Die Geschädigten klagen oft primär die Revisionsstelle ein“); siehe auch die Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts, 105 („Die neue Ordnung der Solidarität im Aktienrecht von 1991 hat sich allerdings in der Praxis nicht bewährt. In nicht sachgerechter Weise wurde die Revi-

diesem Konzept richtigerweise nie mehr zu erwarten war.⁷³ Vielmehr müssen andere, über die Differenzierung der Solidarität hinausgehende Lösungsvorschläge geprüft werden, wenn eine weiter gehende Haftungserleichterung erreicht werden soll, namentlich für die Revisionsstelle.⁷⁴

2. Zur solidarischen Haftung der Revisionsstelle⁷⁵

a) Problematik

In der Praxis wirkt sich die (differenzierte) Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit vor allem für die Revisionsstelle ungünstig aus. Dies liegt zum einen daran, dass sie einen anspruchsvollen Pflichtenkatalog zu erfüllen hat⁷⁶ und ihre Tätigkeit an einem qualifizierten Sorgfaltsmassstab gemessen wird.⁷⁷ Unter dem Regime der differenzierten Solidarität wiegen diese Umstände für die Revisionsstelle schwer, weil dieses

sionsstelle zunehmend zum Hauptadressat von Verantwortlichkeitsklagen.“); CHAPUIS, 156.

⁷³ Diesen Punkt verkennt die Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts, wenn dort auf S. 105 ausgeführt wird: „Insbesondere will die Bestimmung [sc. Art. 759 Abs. 1 OR] ermöglichen, bei der Verantwortlichkeit der Gesellschaftsorgane zu berücksichtigen, dass der Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung einerseits und die Revisionsstelle andererseits funktional anders gelagerte Aufgaben erfüllen. Daraus resultieren häufig kaum zu vergleichende Verschulden.“ Nach dem Konzept der differenzierten Solidarität ist zwar eine individualisierende, aber nicht eine (im Verhältnis der verschiedenen Schädiger) vergleichende, relative Sicht angezeigt (siehe vorn, III.3.).

⁷⁴ Siehe auch den Katalog von Lösungsvorschlägen bei BERTSCHINGER, Revisionsstelle, 598 ff.; FORSTMOSER, Haftung der Revisionsstelle, 510 ff.

⁷⁵ Die Erarbeitung des vorliegenden Beitrags und insbesondere des folgenden Abschnitts sind vor der Publikation der bundesrätlichen Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts vom 21. Dezember 2007 abgeschlossen worden. Es konnte darum nur noch punktuell auf die vorgeschlagenen Änderungen hingewiesen werden. Weil der Bundesrat mit Bezug auf die Haftung der Revisionsstelle vorschlägt, was auch hier vorgeschlagen wird, waren freilich keine weitreichenden Änderungen des Textes erforderlich.

⁷⁶ Siehe Art. 728a ff. und 729a ff. OR und dazu etwa VOGT/FISCHER, 118 ff.

⁷⁷ Siehe zum Sorgfaltsmassstab BGer vom 14. Dezember 1999, RJJ 2000, 135 ff., E. 7b: „S'agissant de l'organe de contrôle, la prudence et la diligence attendues sont proportionnelles au haut degré de qualification exigé de celui-ci (...)“; siehe auch Art. 727b f. OR („Anforderungen an die Revisionsstelle“) und Art. 3 ff. RAG.

Regime es ihr verwehrt, die Eigenart ihrer Aufgabe im Vergleich zu jener der Geschäftsführungsorgane und damit ihre typischerweise untergeordnete Verantwortung für den gesamthaft entstandenen Schaden zu ihrem Vorteil ins Feld zu führen.⁷⁸ Zum andern sind insbesondere die grossen Revisionsgesellschaften in aller Regel vermöglicher als die einzelnen beklagten Verwaltungsratsmitglieder, und sie stellen auch wegen ihrer genügend hohen Versicherungsdeckung eine attraktivere „Zielscheibe“ dar. Diese rein tatsächlichen Umstände verleihen der Solidarität, die mit Bezug auf die Belangung der Schuldner an sich neutral ausgestaltet ist, einen einseitigen „Drall“ in Richtung Revisionsstelle. Erschwerend kommt hinzu, dass für die Revisionsgesellschaften ein Rückgriff auf die Verwaltungsratsmitglieder auch aus geschäftspolitischen Überlegungen in vielen Fällen nicht zur Disposition steht. Aus all diesen Gründen ruht auf den Revisionsgesellschaften ein beträchtlicher Vergleichsdruck.⁷⁹

Bekanntlich nahm der Vorentwurf für eine Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts diese Problematik auf, indem er für die Revisionshaftung eine *summenmässige Beschränkung der Haftung in Fällen leichten Verschuldens* vorsah.⁸⁰ In der Vernehmlassung wurde diese Regelung allerdings überwiegend abgelehnt. Als Begründung wurde in erster Linie angeführt, sie bedeute eine unsachgemässe Privilegierung der Revisionsstelle gegenüber den anderen Gesellschaftsorganen. Andere Kritiken gingen dahin, es seien die aktienrechtlichen Haftungsregeln einer umfassenden Überprüfung und nicht nur einem punktuellen Eingriff zu unterziehen. Von den Befürwortern des Vorschlags wurde dagegen ins Feld geführt, es handle sich um eine pragmatische Lösung des Problems.⁸¹

⁷⁸ Siehe vorn, III.3. und IV.1.

⁷⁹ Vgl. zum Ganzen den Begleitbericht zum Vorentwurf 2005, S. 20 f., Ziff. 2.2.8., und S. 87 f., Ziff. 3.1.48; Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts, 105 f.; VOGT/FISCHER, 112 f.

⁸⁰ Siehe Art. 759 Abs. 1^{bis} Vorentwurf 2005: „Wer der Revisionshaftung untersteht und nur für leichtes Verschulden solidarisch mit anderen Personen einzustehen hat, haftet höchstens bis zum Betrag von 10 Millionen Franken. Bei der Revision von Gesellschaften, deren Beteiligungspapiere an der Börse kotiert sind, und bei der Revision von wirtschaftlich bedeutenden Gesellschaften nach Artikel 727 ist die Haftung für leichtes Verschulden auf 25 Millionen Franken beschränkt“.

⁸¹ Siehe zu den Reaktionen auf die Regelung im Vorentwurf: Eidg. Justiz- und Polizeidepartement, Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts

b) *Lösungsvorschlag: solidarische Haftung der Geschäftsführungsorgane, anteilmässige Haftung der Revisionsstelle*

Das Ziel der Haftungsordnung für die Revisionsstelle muss es sein, dass deren Haftung im Verhältnis zu jener der Geschäftsführungsorgane das *Zusammenwirken der beiden Organe bei der Erfüllung ihrer Aufgaben* und das *Zusammenspiel ihrer Pflichtenkataloge haftungsseitig korrekt* „abbildet“. Es sollten, mit anderen Worten, von der Haftungsordnung keine negativen „Rückkoppelungen“ in Form falscher Anreize auf das (gesetzlich definierte) Zusammenwirken dieser Organe ausgehen.⁸² Die Haftungsordnung für die Revisionsstelle hat darum darauf Rücksicht zu nehmen, dass die Revisionsstelle in der Regel erst nachträglich und zudem nur sporadisch zum Einsatz kommt und dass ihr keine aktive, geschäftsführende, sondern eine passive, prüfende Aufgabe zukommt, weswegen sie in aller Regel nur für eine *post festum* und selbständig (nicht im Rahmen eines Zusammenwirkens) begangene Unterlassung verantwortlich gemacht werden kann.⁸³ In der Erfüllung ihrer Aufgaben sind die Geschäftsführungsorgane und die Revisionsstelle also durchaus ungleich und unsolidarisch! Die besondere, insgesamt gänzlich untergeordnete Rolle der Revisionsstelle im Verhältnis zu jener der Geschäftsführungsorgane lässt darum von vornherein Bedenken gegenüber einer Haftungsordnung aufkommen, die auf diese ungleichen Rollen und ihre grundsätzliche Unabhängigkeit voneinander nicht Bezug nimmt.⁸⁴ Das

im Obligationenrecht, Zusammenfassung der Vernehmlassungsergebnisse, Bern, Februar 2007, S. 25, Ziff. 5.21; Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts, 106.

⁸² Vgl. zu dem hier angesprochenen Zusammenhang von Stellung und Aufgaben einerseits und Verantwortlichkeit andererseits auch BERTSCHINGER, Revisionsstelle, 595 f.

⁸³ Siehe hierzu auch vorn, III.4., sowie die Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts, 105 f.

⁸⁴ In Übereinstimmung mit diesen Ausführungen wird in der Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (S. 106) Folgendes festgehalten: „Die Tatsache, dass aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklagen vornehmlich gegen die Revisionsstelle gerichtet werden, führt im Ergebnis zu einer Verschiebung von Verantwortlichkeiten der Geschäftsführungsorgane auf die Revisionsstelle. Aus Sicht der Corporate Governance ist deshalb auch im Bereich der Verantwortlichkeit ein besseres Gleichgewicht zwischen den verschiedenen Organen der Gesellschaft herzustellen. Dabei muss der sekundären Stellung der mit der Revision betrauten Personen im Verhältnis zu den Geschäftsführungsorganen Rechnung getragen werden: Die Revisorin-

macht insbesondere auch die differenzierte Solidarität nicht.⁸⁵ Denn sie ändert nichts daran, dass derjenige, der bezogen auf den ihm adäquat kausal zuzurechnenden Schaden nur eine von mehreren sich überlagernden Teilursachen gesetzt hat – genau dadurch charakterisiert sich im Haftungsfall die Stellung der Revisionsstelle im Verhältnis zu jener der Geschäftsführungsorgane –, für den ganzen Schaden haftet,⁸⁶ falls und soweit bei ihm persönlich, individuell die Voraussetzungen einer Haftung erfüllt wird.

Dem Verhältnis von Revisionsstelle und Geschäftsführungsorganen würde eine Haftungsordnung entsprechen, welche die Haftung der Revisionsstelle im Aussenverhältnis nur so weit gehen lässt, als sich dies aus einer (wertenden) Abwägung der von den verschiedenen Organen gesetzten und zu verantwortenden Ursachen ergibt, also nach Massgabe einer „Würdigung aller Umstände“, wie sie das Gesetz heute in Art. 759 Abs. 3 OR (erst) für den Rückgriff anordnet.⁸⁷ Auf diese Weise wird das Verhältnis der Aufgaben von Revisionsstelle und Geschäftsführungsorganen und das Zusammenspiel bei der Aufgabenerfüllung in eine Haftungsordnung „umgelegt“. Genau eine solche Haftungsordnung sah der Entwurf des Bundesrates in der Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983 vor: „Wer der Revisionshaftung untersteht und für einen fahrlässig mitverursachten Schaden solidarisch mit andern Personen einzustehen hat, haftet bis zu dem Betrag, für den er zufolge Rückgriffs aufkommen müsste.“⁸⁸ In den USA wurde

nen und Revisoren können im Rahmen ihrer Kontrollaufgaben die Entstehung eines Schadens nicht verhindern, sondern lediglich die Vergrösserung eines bereits verursachten Schadens beschränken. Die gesetzliche Regelung muss gewährleisten, dass in erster Linie die Geschäftsführungsorgane für Schäden aufkommen, die sich aus ihrer Tätigkeit ergeben haben“.

⁸⁵ Wie gesagt (vorn, IV.1.) entgegen der Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts, 105.

⁸⁶ Siehe zu dieser Regel des allgemeinen Haftpflichtrechts BK-BREHM, Art. 41 OR, N 109a; KOLLER, § 48 Rn 64; wohl anders HOFFMANN-NOWOTNY, 430.

⁸⁷ „Projizierung des Regressverhältnisses ins Aussenverhältnis“ (MÜLLER, 292, der diese Lösung als „konzeptionellen Fehler“ bezeichnet).

⁸⁸ Art. 759 Abs. 2 E OR, siehe BBl 1983 II 745 ff., 992 sowie 938, wo ausgeführt wird, die Revisoren würden dadurch nicht begünstigt, „sondern von den Auswirkungen einer für sie in der Wirkung unerträglichen Bundesgerichtspraxis entlastet“. Dieser Vorschlag erntete damals Kritik (siehe die Hinweise bei MÜLLER, 292 FN 64), er schiesse über das erklärte Ziel hinaus: „Wenn erklärt wird, einer von mehreren solidarisch Haftpflichtigen hafte nur ‚bis zum dem Betrag, für den er zu-

1995 für den Bereich der kapitalmarktrechtlichen Haftung eine ähnliche Regel in den *Securities Exchange Act* aufgenommen, die zwar keine Beschränkung auf die Revisionshaftung vorsieht, sich aber bezeichnenderweise gerade dort ausgewirkt hat.⁸⁹ Und nun schlägt der Bundesrat in der Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts die gleiche Regel vor wie vor fast 25 Jahren: „Personen, die der Revisionshaftung unterstehen und die einen Schaden lediglich fahrlässig mitverursacht haben, haften bis zu dem Betrag, für den sie zufolge Rückgriffs aufkommen müssten.“⁹⁰

Der Vorteil einer solchen anteilmässigen Haftung der Revisionsstelle läge darin, dass die *Anreize für ein Vorgehen gegen die Revisionsstelle im richtigen Mass eingedämmt* würden, weil die Revisionsstelle angesichts ihrer regelmässig untergeordneten Rolle bei der Schadensverursachung von vornherein nur auf einen entsprechend beschränkten Anteil am Gesamtschaden eingeklagt werden könnte. Mit einer anteilmässigen Haftung würde eine „Haftungsbeschränkung“ eingeführt, die zu keiner Ungleichbehandlung unter den Schädigern führen würde bzw. zu einer Privilegierung der Revisionsstelle, die ihrer spezifischen Aufgabe entspricht.⁹¹

Die hier und nun auch in der bundesrätlichen Botschaft vorgeschlagene Haftungsordnung schafft eine *Asymmetrie im Kreis der Verantwortlichen*: Die

folge Rückgriffs aufkommen müsste’, dann wird dadurch die Solidarität nicht bloss eingeschränkt, sondern schlicht aufgehoben!“ (FORSTMOSER, Reformvorschläge, 70).

⁸⁹ Section 21D(f)(2)(B)(i) des *Securities Exchange Act* hält, in der Fassung des *Private Securities Litigation Reform Act* von 1995, fest, dass Personen, die nicht „knowingly committed a violation of the securities laws“ (Section 21D(f)(2)(A)), „shall be liable solely for the portion of the judgment that corresponds to the percentage of responsibility of that [...] person“. Abgestellt wird dabei auf bzw. darauf, „(i) whether such person violated the securities laws; (ii) the percentage of responsibility of such person, measured as a percentage of the total fault of all persons who caused or contributed to the loss incurred by the plaintiff“ (Section 21D(f)(3)(A)(i)-(ii)); siehe zu den Auswirkungen dieser Bestimmung CHOPER/COFFEE/GILSON, 439 f.

⁹⁰ Art. 759 Abs. 1^{bis} des Entwurfs für eine Änderung des Obligationenrechts.

⁹¹ Im gleichen Sinn wird in der Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (S. 107) ausgeführt: „Mit dieser Regelung wird sachlich der subsidiären Stellung der Revision Rechnung getragen und vermieden, dass die Revisionsstelle auch bei einem sehr kleinen Verschulden letztlich voll für das Verschulden des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung aufkommen muss. [...] Sie vermeidet pauschale, verschuldensunabhängige Haftungsbeschränkungen“.

Haftung der Geschäftsführungsorgane bleibt eine (differenziert) solidarische, indem diese haften, sofern und soweit bei ihnen einzeln im Rahmen einer individuellen Beurteilung die Haftungsvoraussetzungen erfüllt sind bzw. sich eine Haftung gemäss den Elementen der Schadenersatzbemessung ergibt. Die Haftung der Revisionsstelle ist demgegenüber eine anteilmässige, weil sie von vornherein nur für ihren internen Anteil – den „Betrag, für den sie zufolge Rückgriffs aufkommen“ müsste⁹² – haftet; die solidarische Haftung der Revisionsstelle wird damit aufgehoben.⁹³ Klar, dass sich an diese neuartige, asymmetrische Haftungsordnung eine Vielzahl von Fragen anschliessen (die hier allerdings nicht behandelt werden können). Gedacht sei nur an die Frage der Möglichkeit und Bedingungen eines Rückgriffs der Geschäftsführungsorgane auf die Revisionsstelle, nachdem diese aufgrund eines Urteils oder Vergleichs den Betrag bezahlt hat, „für den sie zufolge Rückgriffs aufkommen“ muss. Ein Rückgriff auf die Revisionsstelle ist aufgrund der vorgeschlagenen Haftungsordnung jedenfalls nicht *ex lege* ausgeschlossen.⁹⁴

V. Geltendmachung der solidarischen Verantwortlichkeit

Nachstehend werden, nach einigen knappen Ausführungen zur gemeinsamen Einklagung mehrerer für den Gesamtschaden (1.), verschiedene ausgewählte Aspekte im Zusammenhang mit der Geltendmachung der solidarischen Verantwortlichkeit näher beleuchtet (2.-4.).

1. Gemeinsame Einklagung für den Gesamtschaden

Nach Art. 759 Abs. 2 OR kann der Kläger mehrere Beteiligte gemeinsam für den Gesamtschaden einklagen und dabei verlangen, dass der Richter im gleichen Verfahren die Ersatzpflicht jedes einzelnen Beklagten festsetzt. Mit

⁹² Art. 759 Abs. 1^{bis} des Entwurfs für eine Änderung des Obligationenrechts.

⁹³ Betreffend Aufhebung der Solidarität: FORSTMOSER, Reformvorschläge, 70, zur entsprechenden Bestimmung im Entwurf von 1983; siehe auch MÜLLER, 292 FN 64; betreffend anteilmässige Haftung: ROBERTO, 39 f.; anders die Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts, 107, wonach die neu vorgeschlagene Regelung „die bereits im geltenden Recht vorgesehene Regelung der differenzierten Solidarität“ „verdeutlicht“.

⁹⁴ Vgl. auch die Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts, 108.

dieser Bestimmung soll die Erschwerung der Stellung des Gläubigers und Klägers, welche die differenzierte im Vergleich zu einer absolut verstandenen Solidarität für ihn bedeutet,⁹⁵ durch die Möglichkeit eines Einheitsprozesses ausgeglichen werden.⁹⁶ Der Einheitsprozess bedeutet grundsätzlich, dass der Kläger nicht bereits in seiner Klage jene Differenzierung nach Anteilen am Gesamtschaden, Pflichtwidrigkeiten, relevanten Verursachungsketten und Verschulden vornehmen muss, auf die der Prozess letztlich hinzielt. Es genügt vielmehr – in den Worten von PETER BÖCKLI –, wenn der Kläger „wenigstens mit dem ‚Grobstrahl‘ die einzelnen Verursachungskreise trifft und die Personen einklagt, die dazugehören können“^{97, 98} Nach Massgabe der zivilprozessualen Verhandlungsmaxime obliegt es allerdings dennoch ihm und den Beklagten, im weiteren Verlauf des Verfahrens die einzelnen Schäden (als Teile des Gesamtschadens), Schädigungshandlungen, Kausalverläufe und individuellen Verantwortlichkeiten durch Substantiierung des Sachverhalts darzulegen und sie zu beweisen. Gestützt auf die Darlegungen der Parteien ist es am Ende dann Sache des Gerichts, individuelle Haftungsplafonds bezogen auf den einen oder die mehreren Schäden und Schädigungen festzulegen sowie festzuhalten, wer für welchen Schaden in welchem Umfang solidarisch haftet.⁹⁹ Die Festlegung individueller Haftungsplafonds ist allerdings nicht erforderlich, wenn keine Umstände für eine Differenzierung ersichtlich sind bzw. geltend gemacht werden.¹⁰⁰

2. Ersatz eines Teils des Schadens durch einen Solidarschuldner

Falls ein Teil des von den Solidarschuldnern zu ersetzenden Schadens bereits von einem Mitschuldner ersetzt worden ist, so werden nach Art. 147 Abs. 1

⁹⁵ Siehe vorn, II.2.

⁹⁶ Siehe etwa BÖCKLI, § 18 N 496; BaK-WIDMER/BANZ, Art. 759 OR, N 7; MEINHARDT, 148; CORBOZ, Commentaire romand, Art. 759 OR, N 22.

⁹⁷ BÖCKLI, § 18 N 496.

⁹⁸ Vgl. auch ZÄCH/TRIEBOLD, 431.

⁹⁹ Vgl. zum Ganzen BÖCKLI, § 18 N 497 f.; MÜLLER, 296 f.; BaK-WIDMER/BANZ, Art. 759 OR, N 7; MEINHARDT, 148; NOBEL, 104; ZÄCH/TRIEBOLD, 430.

¹⁰⁰ Siehe BGE 132 III 564 ff., E. 7.

OR¹⁰¹ auch die anderen Solidarschuldner im entsprechenden Umfang befreit. Nur den noch nicht gedeckten Schadensbetrag gilt es dann den anderen Verantwortlichen nach den Regeln der differenzierten Solidarität zuzuweisen. Wer beispielsweise zufolge leichten Verschuldens nur zu zwei Dritteln haftbar ist, haftet im Fall einer bereits erfolgten teilweisen Befriedigung des Gläubigers nur noch für zwei Drittel des Restschadensbetrages und nicht für zwei Drittel des gesamten Schadens.¹⁰²

3. Vergleich eines Solidarschuldners mit der Gesellschaft bzw. der Konkursverwaltung

Es ist durchaus möglich und nicht selten, dass sich einzelne solidarisch Verantwortliche im Rahmen eines Vergleichs mit der Gesellschaft bzw. der Konkursverwaltung oder dem Sachwalter aussergerichtlich darauf einigen, einen Teil des Schadens zu ersetzen. Für die nicht am Vergleich beteiligten Mitschuldner stellt sich in diesem Fall die Frage, ob und gegebenenfalls inwieweit der Restschadensbetrag ihnen gegenüber noch geltend gemacht werden kann. Ob die erst teilweise befriedigten Gläubiger *trotz des Vergleichs die übrigen, nicht am Vergleich beteiligten Solidarschuldner betreffen* können oder ob nicht vielmehr ein *Vergleich mit Gesamtwirkung* vorliegt, der jegliche weitere Ansprüche ausschliesst, ist eine Frage der Auslegung der dem Vergleich zugrunde liegenden Willenserklärungen sowie gemäss Art. 147 Abs. 2 OR¹⁰³ der Umstände des Einzelfalles. Der in erster Linie nur für die Vergleichsparteien massgebliche Vergleich ist deshalb für die Frage der Geltendmachung von Ansprüchen gegenüber Mitschuldnern bedeutsam, weil deren Belangung nach Art. 148 Abs. 2 OR¹⁰⁴ zum Rückgriff auf den vermeintlich durch Vergleich befreiten Schuldner führen und für ihn den Vergleich illusorisch machen kann. Entscheidend ist also, ob nach dem Vergleich der daran beteiligte Schuldner vor Rückgriffsansprüchen bewahrt

¹⁰¹ „Soweit ein Solidarschuldner durch Zahlung oder Verrechnung den Gläubiger befriedigt hat, sind auch die übrigen befreit“.

¹⁰² Siehe zum Gesagten BGE 127 III 453 ff., E. 8b.

¹⁰³ „Wird ein Solidarschuldner ohne Befriedigung des Gläubigers befreit, so wirkt die Befreiung zugunsten der andern nur so weit, als die Umstände oder die Natur der Verbindlichkeit es rechtfertigen“.

¹⁰⁴ „Bezahlt ein Solidarschuldner mehr als seinen Teil, so hat er für den Mehrbetrag Rückgriff auf seine Mitschuldner“.

sein sollte, was in der Macht der Gesellschaft bzw. der Konkursverwaltung – der anderen Vertragspartei – liegt.¹⁰⁵

Dass *kein Vergleich mit Gesamtwirkung* abgeschlossen wurde, kann unter anderem durch eine im Verhältnis zu den gesamthaft geltend gemachten Forderungen geringfügig erscheinende Vergleichssumme indiziert sein.¹⁰⁶ Ergibt sich anderweitig durch Auslegung, dass die Geltendmachung von Ansprüchen gegen andere Mitschuldner nicht ausgeschlossen sein sollte, so liegt kein Vergleich mit Gesamtwirkung vor, und die Mitschuldner haften solidarisch für den Restbetrag bis zu ihrem proportional herabgesetzten individuellen Haftungsplafond.¹⁰⁷ Werden die Mitschuldner in einem solchen Fall tatsächlich belangt und bezahlen sie mehr, als sie aufgrund ihrer internen Haftungsquote zahlen müssten, steht ihnen, wie gesagt, der Rückgriff auch auf denjenigen Mitschuldner offen, der sich mit den Gläubigern verglichen hat. Mithin schliesst der Umstand, dass die Inanspruchnahme von Mitschuldnern durch die Gläubiger zu einem Rückgriff auf denjenigen führen kann, der sich mit den Gläubigern verglichen hat, für sich allein nicht aus, dass die Gläubiger trotz des Vergleichs gegen die Mitschuldner vorgehen.¹⁰⁸

Allenfalls ergeben die Auslegung des Vergleichs und eine Berücksichtigung der Umstände, dass die anderen Mitschuldner immerhin insoweit befreit sein sollten, als sie nur für den Betrag belangt werden können, den sie im Innenverhältnis zu tragen haben; denn dann entstehen keine Regressansprüche, und der mit dem Vergleich angestrebte Zweck wird nicht vereitelt. Entsprechendes kann die Konkursverwaltung bzw. die Gesellschaft im Vergleich zusichern.¹⁰⁹

¹⁰⁵ Siehe zum Gesagten BGE 133 III 116 ff., E. 4.2 f.; ISLER, 195 ff., 203 f.; HOFFMANN-NOWOTNY/VON DER CRONE, 265 f.

¹⁰⁶ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 4C.358/2005 vom 12. Februar 2007 (= BGE 133 III 116 ff.), nicht amtlich publizierte E. 4.6.

¹⁰⁷ Siehe zur Bestimmung des Haftungsplafonds in einem solchen Fall vorn, V.2.

¹⁰⁸ Siehe zum Ganzen BGE 133 III 116 ff., E. 4.3.

¹⁰⁹ Vgl. zum Gesagten ISLER, 204, 207; HOFFMANN-NOWOTNY/VON DER CRONE, 267.

4. Differenzierte Beurteilung der Verjährung?

Im Zusammenhang mit der Geltendmachung der differenziert solidarischen Verantwortlichkeit sei hier die Frage angesprochen, ob und gegebenenfalls wie sich die differenzierte, individualisierte Beurteilung verschiedener potenziell Verantwortlicher auf die Verjährung der Ansprüche gegenüber den einzelnen Verantwortlichen auswirkt. Hier gilt der Grundsatz, dass die *Verjährung für jeden Solidarschuldner getrennt* läuft; die Verjährung mit Bezug auf einen der Solidarschuldner stellt keinen Erlöschensgrund im Sinne von Art. 147 Abs. 2 OR dar, der für alle Solidarschuldner befreiend wirken würde.¹¹⁰ Der Umstand etwa, dass der Anspruch gegenüber einem früheren Verwaltungsratsmitglied, das seinerzeit gegen eine vermutete Veruntreuung durch den Geschäftsführer nicht eingeschritten war, bereits verjährt ist, bedeutet nicht, dass deswegen die anderen solidarisch haftbaren Verwaltungsratsmitglieder, die den Geschäftsführer noch während Jahren gewähren liessen, befreit wären; für sie beginnt die Verjährung erst ab dem Zeitpunkt zu laufen, zu dem sie ihre pflichtwidrige Unterlassung beendet haben.¹¹¹

Sodann stellt sich die Frage, ob bezüglich einer *Unterbrechung der Verjährung* zwischen den einzelnen Solidarschuldnern zu differenzieren sei. Auszugehen ist von Art. 136 Abs. 1 OR, wonach die Unterbrechung der Verjährung gegenüber einem Solidarschuldner auch gegenüber den Mitschuldnern wirkt. Daraus wäre zu schliessen, dass hinsichtlich einer Unterbrechung der Verjährung zwischen den mehreren solidarisch Verantwortlichen nicht zu differenzieren sei. Die Regel von Art. 136 Abs. 1 OR gilt allerdings nur bei echter Solidarität, bei unechter muss die Verjährung gegenüber jedem Einzelnen unterbrochen werden.¹¹² Damit ist die Frage gestellt, ob man es in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit mit echter oder unechter Solidarität zu tun hat. Echte Solidarität liegt bei einem Handeln aufgrund gemeinsamen Verschuldens im Sinne von Art. 50 Abs. 1 OR vor,¹¹³ unechte insbesondere dann, wenn mehrere Personen für denselben Schaden aufgrund voneinander

¹¹⁰ Siehe BaK-SCHNYDER, Art. 147 OR, N 5.

¹¹¹ Siehe bezüglich des Beginns des Fristenlaufs bei fortgesetzten Unterlassungen BaK-WIDMER/BANZ, Art. 760 OR, N 4.

¹¹² Siehe BGE 115 II 42 ff., E. 1b; BaK-DÄPPEN, Art. 136 OR, N 3; REY, N 1421.

¹¹³ Siehe BaK-SCHNYDER, Art. 50 OR, N 2.

unabhängiger Handlungen einzustehen haben.¹¹⁴ Nach diesem Kriterium würde man zwischen den einzelnen Verwaltungsrats- oder Geschäftsleitungsmitgliedern in der Regel echte Solidarität zufolge gemeinsamen Verschuldens (im Sinne von Art. 50 Abs. 1 OR) annehmen, im Verhältnis zwischen den Geschäftsführungsorganen und der Revisionsstelle, wo man es regelmässig mit voneinander unabhängigen Handlungen bzw. Unterlassungen zu tun hat, jedoch unechte Solidarität.¹¹⁵ Jedenfalls zwischen den Geschäftsführungsorganen einerseits und der Revisionsstelle andererseits wäre die Unterbrechung der Verjährung demnach differenziert zu beurteilen. Dieses auf dogmatischem Weg gefundene Ergebnis scheint mir auch sachgerecht.¹¹⁶

VI. Der Rückgriff unter solidarisch Verantwortlichen

Abschliessend sei der Blick noch auf einige Aspekte im Zusammenhang mit dem Rückgriff unter den solidarisch Verantwortlichen gerichtet. Nach einigen allgemeinen Ausführungen zum haftungsrechtlichen Zusammenhang von Innen- und Aussenverhältnis (1.) werden drei Spezialfragen erörtert (2.-4.).

1. Zusammenhang zwischen Innen- und Aussenverhältnis

Die Funktion des Rückgriffs ist es, im Endergebnis zwischen den verschiedenen Haftpflichtigen eine Schadenstragung herbeizuführen, die namentlich dem Verschulden der einzelnen Schädiger und dem Gewicht der von ihnen gesetzten Teilursachen entspricht.¹¹⁷ Das Gesetz geht freilich im Grundsatz

¹¹⁴ Siehe zur unechten Solidarität BGE 115 II 42 ff., E. 1b; REY, N 1419; siehe auch BGE 119 II 127 ff., E. 4b.

¹¹⁵ Anderer Meinung FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 377; wohl auch CORBOZ, Commentaire romand, Art. 759 OR, N 7; „grundsätzlich“ für echte Solidarität ZÄCH/TRIEBOLD, 424.

¹¹⁶ Anderer Meinung BÖCKLI, § 18 N 519; NOBEL, 118.

¹¹⁷ Vgl. BGE 133 III 6 ff., E. 5.3.2: „Il se justifie [...] de faire en sorte que l'équilibre, volontairement sacrifié sur le plan externe au profit du lésé, soit rétabli sur le plan interne afin que chacun des coresponsables supporte, au final, le poids de la dette en fonction de sa part de responsabilité“.

von einer gleichmässigen Beteiligung der Solidarschuldner im Verhältnis untereinander aus.¹¹⁸ Davon abweichend, aber in Übereinstimmung mit dem allgemeinen Haftpflichtrecht¹¹⁹ ist in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit der Rückgriff gemäss Art. 759 Abs. 3 OR vom Richter „in Würdigung aller Umstände“ zu bestimmen. Da hierzu insbesondere die einzelnen Verschulden der verschiedenen solidarisch Verantwortlichen und das Gewicht der von ihnen gesetzten Teilursachen zueinander ins Verhältnis gesetzt werden müssen, entspricht das *Ergebnis im Innenverhältnis nicht ohne weiteres der Relation der im Aussenverhältnis festgesetzten individuellen Haftungsplafonds*.¹²⁰ Ein Verhalten, das bei individualisierender Betrachtung als schwerwiegende Pflichtverletzung erscheinen mag, verliert im Vergleich an Gewicht, wenn diese Pflichtverletzung einer anderen gegenübergestellt wird, die in viel massgeblicherer Weise zum gesamthaft entstandenen Schaden beigetragen hat. Im Übrigen weichen die Parteien und die für den Prozess massgeblichen Fakten im Regressprozess unter Umständen von denen des Erstprozesses ab, sodass aus prozessualen Gründen bzw. schon rein faktisch im Innenverhältnis die Portionierung des Schadensbetrages zu einem anderen Ergebnis führen kann als einer schlichten „Transposition“ des Verhältnisses, das zwischen den Verpflichtungen im Aussenverhältnis besteht, auf die interne Ebene.¹²¹

Insbesondere sollte die *Revisionsstelle* im Innenverhältnis in aller Regel einen erheblich geringeren Anteil am gesamten Schaden (soweit er ihr überhaupt adäquat kausal zuzurechnen ist) tragen müssen als die Geschäftsführungsorgane, weil die von ihr gesetzte Teilursache bezogen auf den Schaden

¹¹⁸ Siehe Art. 148 Abs. 1 OR.

¹¹⁹ Siehe Art. 50 Abs. 2 OR: „Ob und in welchem Umfange die Beteiligten Rückgriff gegeneinander haben, wird durch richterliches Ermessen bestimmt“.

¹²⁰ Siehe BGer vom 14. Dezember 1999, RJJ 2000, 135 ff., E. 7c, aa: „Sur le plan externe, il convient d'apprécier le degré de la faute pour lui-même, et non par comparaison avec la faute d'autrui (à moins bien sûr que la faute d'un tiers soit si grave que le lien de causalité s'en trouve rompu). [...] [C]e n'est que dans le cadre du recours interne entre les coresponsables que le juge procédera à une pondération entre les divers comportements des débiteurs solidaires en comparant les fautes commises par chacun d'eux, ce qui pourra aboutir à une répartition différente de l'obligation de réparation entre les coresponsables (...)“.

¹²¹ Vgl. zum Gesagten auch BÖCKLI, § 18 N 520 ff.; CORBOZ, Commentaire romand, Art. 759 OR, N 39.

vergleichsweise geringeres Gewicht hat als jene der Geschäftsführungsorgane, welche die Schädigung in aller Regel auslösen und den davon ausgehenden Kausalverlauf viel eher beeinflussen können. In dieser unterschiedlichen Gewichtung widerspiegeln sich die fundamental unterschiedlichen Aufgaben von Revisionsstelle und Geschäftsführungsorganen.¹²² Dabei gilt das Gesagte im Prinzip selbst dann, wenn der Revisionsstelle mit Bezug auf die von ihr begangene Pflichtverletzung – bei isolierter, individualisierender Betrachtung – ein schwereres Verschulden vorzuwerfen ist.

2. Bemessung des Rückgriffsanspruchs

Von der Festlegung der Anteile, die die einzelnen Solidarschuldner zu tragen haben, ist die Frage zu unterscheiden, wie der Schaden als die für die Aufteilung massgebliche Referenzgrösse zu bestimmen sei. Abzustellen ist auf den gesamthaft entstandenen Schaden.¹²³ Ein Rückgriffsanspruch besteht dabei nur für Zahlungen, welche die interne Haftungsquote bezogen auf diesen Schaden übersteigen.¹²⁴ Dies sei anhand des folgenden Beispiels verdeutlicht: Sind zwei Haftpflichtige zu (intern) gleichen Anteilen für einen Schaden in der Gesamthöhe von CHF 1 Mio. verantwortlich und bezahlt der erste dem Gläubiger den Betrag von CHF 500'000.–, der zweite dagegen nur CHF 300'000.–, so steht dem ersten kein Rückgriffsanspruch zu, da er gemessen am gesamten Schaden nicht mehr als den auf ihn entfallenden Anteil bezahlt hat; dies, obwohl das Verhältnis der effektiv bezahlten Beträge zueinander nicht der intern gleichmässigen Verantwortung für die Schädigung entspricht.¹²⁵

¹²² Siehe hierzu auch vorn, IV.2.; vgl. auch CORBOZ, Commentaire romand, Art. 759 OR, N 39, der festhält, dass bei der Bestimmung des Rückgriffs unter anderem auf die „répartition du travail“ abzustellen sei.

¹²³ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 4C.358/2005 vom 12. Februar 2007 (= BGE 133 III 116 ff.), nicht amtlich publizierte E. 5.6; Näheres bei HOFFMANN-NOWOTNY/VON DER CRONE, 269 f.

¹²⁴ Siehe BGE 133 III 116 ff., E. 4.2, sowie das (gleiche) Urteil 4C.358/2005 vom 12. Februar 2007, nicht amtlich publizierte E. 4.6; vgl. auch BaK-SCHNYDER, Art. 149 OR, N 4.

¹²⁵ Kritisch zu diesem Ergebnis HOFFMANN-NOWOTNY/VON DER CRONE, 268 f.

3. Rückgriff auf einen Solidarschuldner, dessen Schuld gegenüber dem Gläubiger verjährt ist

Bezüglich der Verjährung von Rückgriffsansprüchen hat das Bundesgericht in einer neueren Entscheidung festgehalten, dass die Verjährung der (Haupt-) Forderung des Gläubigers gegenüber einem Solidarschuldner nicht automatisch auch zur Verjährung des Regressanspruchs eines Mitschuldners gegenüber diesem Solidarschuldner führt.¹²⁶ Das kann im Zusammenhang mit der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit relevant sein, weil die Ansprüche gegenüber verschiedenen Organen bzw. Organpersonen unter Umständen unterschiedlichen Verjährungsläufen unterliegen.¹²⁷ Das Bundesgericht verlangt einzig, dass derjenige, der Rückgriff nehmen will, den betreffenden Mitschuldner sobald wie möglich über diese Absicht informiert, ansonsten ihm der Rückgriff zufolge Rechtsmissbrauchs verwehrt bleibt.¹²⁸ Die Verjährung einer solchen Rückgriffsforderung beginnt im Moment der Zahlung des Solidarschuldners an den Gläubiger zu laufen, und die Verjährungsfrist beträgt ein Jahr; jedenfalls verjährt die Forderung 10 Jahre nach dem schädigenden Ereignis.¹²⁹

4. Haftung von Rückgriffsschuldnern

Was die Haftung von Rückgriffsschuldnern gegenüber dem zahlenden Solidarschuldner anbelangt, so ist diese eine anteilmässige und keine solidarische. Folglich ist der Ausfall eines Mitschuldners zufolge Zahlungsunfähigkeit im Innenverhältnis anteilig zu tragen. Dabei muss selbst derjenige, der den Gläubiger befriedigt hat, einen solchen Anteil übernehmen.¹³⁰ Bleibt zu klären, was mit „anteilig“ im Kontext der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit gemeint ist. Die Lehre und auch das Bundesgericht könnte man aufgrund ihres Verweises auf Art. 148 Abs. 3 OR – wo von „gleichmässiger“ Tragung dessen, was von einem Mitschuldner nicht erhältlich ist, gesprochen wird – so verstehen, dass es auch in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit

¹²⁶ Siehe zusammenfassend BGE 133 III 6 ff., E. 5.4.

¹²⁷ Siehe hierzu vorn, V.4.

¹²⁸ Siehe BGE 133 III 6 ff., E. 5.3.5, unter Hinweis auf BGE 127 III 257 ff.

¹²⁹ Siehe BGE 133 III 6 ff., E. 5.3.5 und E. 5.4.

¹³⁰ Siehe zum Ganzen Art. 148 Abs. 3 OR sowie BaK-SCHNYDER, Art. 148 OR, N 5.

im Fall der Zahlungsunfähigkeit eines Mitschuldners zu einer Aufteilung von dessen Anteil nach Köpfen kommen solle.¹³¹ Eine derartige Interpretation erscheint allerdings fragwürdig, bestimmt sich doch die Schadenstragung im Innenverhältnis gemäss Art. 759 Abs. 3 OR gerade nicht – im Gegensatz zum allgemeinen Obligationenrecht¹³² – nach Köpfen, sondern aufgrund einer „Würdigung aller Umstände“. Will man konsequent sein (im Sinne einer systematischen Auslegung), müsste deshalb auch der Anteil des zahlungsunfähigen Mitschuldners nach derselben „Würdigung aller Umstände“ auf die übrigen Mitschuldner aufgeteilt werden.

Literaturverzeichnis

- BÄRTSCHI HARALD, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss. Zürich 2001.
- BERTSCHINGER URS, Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1999 (zit. BERTSCHINGER, Arbeitsteilung).
- BERTSCHINGER URS, Verantwortlichkeit der Revisionsstelle – Aktuelle Fragen und Perspektiven, ZSR 2005 II, 569 ff. (zit. BERTSCHINGER, Revisionsstelle).
- BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., Zürich 2004.
- BREHM ROLAND, in: HAUSHEER HEINZ (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Art. 41 ff. OR, Bern 2006.
- CHAPUIS OLIVIER, Responsabilité solidaire de l'organe de révision des sociétés anonymes: à la croisée des chemins, in: Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Bundesamtes für Justiz (Hrsg.), Aus der Werkstatt des Rechts, Festschrift für Heinrich Koller, Basel 2006, 147 ff.
- CHOPER JESSE H./COFFEE JOHN C./GILSON RONALD J., Cases and Materials on Corporations, 6. Aufl., New York 2005.
- CORBOZ BERNARD, La responsabilité des organes en droit des sociétés, Commentaire des articles 752-761, 827 et 916-920 du Code des obligations, Basel 2005 (zit. CORBOZ, Commentaire romand).
- FORSTMOSER PETER, Kritische Beurteilung der Reformvorschläge für die Verwaltung, in: Schweizerische Treuhand- und Revisionskammer (Hrsg.), Aktienrechtsreform, Zürich 1984, 57 ff. (zit. FORSTMOSER, Reformvorschläge).

¹³¹ Siehe den Hinweis auf Art. 148 Abs. 3 OR z.B. bei FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36 N 111, und BÄRTSCHI, 121 FN 602; siehe auch das Urteil des Bundesgerichts 2A.252/2002 vom 4. November 2002, E. 3.2.2.2.

¹³² Siehe Art. 148 Abs. 1 OR: „... ein jeder einen gleichen Teil zu übernehmen“.

- FORSTMOSER PETER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl., Zürich 1987 (zit. FORSTMOSER, Verantwortlichkeit).
- FORSTMOSER PETER, Den Letzten beißen die Hunde. Zur Haftung der Revisionsstelle aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit, in: ACKERMANN/DONATSCH/REHBERG (Hrsg.), Wirtschaft und Strafrecht, Festschrift für Niklaus Schmid, Zürich 2001, 483 ff. (zit. FORSTMOSER, Haftung der Revisionsstelle).
- FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.
- FORSTMOSER PETER/SPRECHER THOMAS/TÖNDURY GIAN ANDRI, Persönliche Haftung nach Schweizer Aktienrecht, Zürich 2005.
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/REY HEINZ, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Zürich 2003.
- HOFFMANN-NOWOTNY URS H., Gemeinsame Einklagung für den Gesamtschaden, in: Vertrauen – Vertrag – Verantwortung, Festschrift für Hans Caspar von der Crone, Zürich 2007, 427 ff.
- HOFFMANN-NOWOTNY URS H./VON DER CRONE HANS CASPAR, Solidarität, Vergleich und Rückgriff in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, SZW 2007, 261 ff.
- HONSELL/VOGT/WIEGAND (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. Aufl., Basel 2007 (zit. BaK-BEARBEITER).
- HONSELL/VOGT/WATTER (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530-1186 OR, 2. Aufl., Basel 2002 (zit. BaK-BEARBEITER).
- ISLER PETER R., Der aussergerichtliche Vergleich mit einzelnen aktienrechtlich verantwortlichen Personen, in: WALDBURGER/BAER/NOBEL/BERNET (Hrsg.), Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts, Festschrift für Peter Nobel, Bern 2005, 195 ff.
- KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, Bern 2006.
- LUTERBACHER THIERRY, Ein wegweisendes Bundesgerichts-Urteil zur Verantwortlichkeit der Revisionsstelle, ST 2000, 1267 ff. (zit. LUTERBACHER, Verantwortlichkeit).
- LUTERBACHER THIERRY, Versicherung und Revisorenhaftung – Aspekte zur vorgeschlagenen Haftungsbeschränkung, ST 2006, 864 ff. (zit. LUTERBACHER, Versicherung).
- MEINHARDT MARCEL, Differenzierte Solidarität und pauschaler Gesamtschaden, in: WEBER (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Zürich 2003, 139 ff.
- MÜLLER THOMAS, Die Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit – Fortschritt oder Systembruch?, in: VON BÜREN (Hrsg.), Aktienrecht 1992-1997: Versuch einer Bilanz. Zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, Bern 1998, 281 ff.
- NOBEL PETER, Solidarität und Unsolidarität, in: BAER (Hrsg.), Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Bern 2003, 99 ff.
- REY HEINZ, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 3. Aufl., Zürich 2003.
- ROBERTO VITO, Probleme der differenzierten Solidarität, GesKR 2006, 29 ff.
- VOGT HANS-UELI/FISCHER M. PASCAL, Neue Haftungsrisiken für die Revisionsstelle aufgrund des neuen Revisionsrechts?, in: WEBER (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht III, Zürich 2006, 111 ff.

- VON DER CRONE HANS CASPAR, Haftung und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, SZW 2006, 2 ff. (zit. VON DER CRONE, Haftungsbeschränkung).
- VON DER CRONE HANS CASPAR, Arbeitsteilung im Verwaltungsrat, in: BAER (Hrsg.), Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, Bern 2006, 79 ff. (zit. VON DER CRONE, Arbeitsteilung).
- VON DER CRONE HANS CASPAR/CARBONARA ANTONIO/HUNZIKER SILVIA, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung, Bibliothek zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Beiheft 43, Basel 2006.
- ZÄCH ROGER/TRIEBOLD CLAUDIUS, Zur differenzierten Solidarhaftung des Verwaltungsrates, in: VON BÜREN (Hrsg.), Aktienrecht 1992-1997: Versuch einer Bilanz. Zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, Bern 1998, 421 ff.

Materialienverzeichnis

- Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht (vgl. <<http://www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtrevision.Par.0006.File.tmp/VE%20definitiveFassung%2005.11.30%20Variante%20EDA.pdf>>, besucht am 8. Januar 2008) (zit. Vorentwurf 2005)
- Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Begleitbericht zum Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht vom 2. Dezember 2005 (vgl. <<http://www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtrevision.Par.0004.File.tmp/05-11-30%20defFassungBegleitberichtVarianteEDA.pdf>>, besucht am 19. Dezember 07) (zit. Begleitbericht zum Vorentwurf 2005)
- Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht, Zusammenfassung der Vernehmlassungsergebnisse, Bern, Februar 2007 (vgl. <<http://www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtrevision.Par.0014.File.tmp/20070214-ve-res-d.pdf>>, besucht am 19. Dezember 2007) (zit. Zusammenfassung der Vernehmlassungsergebnisse)
- Entwurf für eine Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) (vgl. <<http://www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtrevision.Par.0019.File.tmp/entw-d.pdf>>, besucht am 8. Januar 2008) (zit. Entwurf für eine Änderung des Obligationenrechts)
- Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) (vgl. <<http://www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtrevision.Par.0017.File.tmp/bot-d.pdf>>, besucht am 8. Januar 2008) (zit. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts)