

## Solidarität, Vergleich und Rückgriff in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit

Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.358/2005 (BGE 133 III 116) vom 12. Februar 2007 i.S. X. (Beklagter und Berufungskläger) gegen Y. (Kläger und Berufungsbeklagter)

Mit Bemerkungen von lic. iur. Urs H. Hoffmann-Nowotny und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, beide Zürich\*

### Inhaltsübersicht

#### I. Sachverhalt

#### II. Erwägungen des Bundesgerichts

##### A. Übersicht

##### B. Differenzierte Solidarität

##### C. Wirkungen eines Vergleichs mit einzelnen Solidarschuldnern

1. Ausgangslage
2. Ermittlung des Parteiwillens durch Auslegung des Vergleichs
3. Beschränkung der Belangbarkeit auf den internen Anteil?
4. Den internen Anteil übersteigende Leistung als Regressvoraussetzung

#### III. Bemerkungen

##### A. Differenzierte Solidarität

##### B. Wirkungen eines Vergleichs mit einzelnen Solidarschuldnern

1. Ausgangslage
2. Beurteilung von Zweifelsfällen
3. Schlussfolgerungen

##### C. Regress

1. Den internen Anteil übersteigende Leistung
2. Ermittlung des als Referenzgrösse massgeblichen Gesamtschadens

#### IV. Schlussbetrachtung

#### I. Sachverhalt

Die A. AG bezweckte unter anderem die Beteiligung an Finanzgeschäften im In- und Ausland. Sie nahm von Anlegern Geld entgegen, das sie als Kapitalbeteiligung bei der D. Ltd., einer Gesellschaft auf den Virgin Islands, anzulegen versprach. Seit 1993 war ein gewisser E. geschäftsführender Direktor und später auch Verwaltungsrat der A. AG. Dieser investierte nur einen geringen Teil der eingegangenen Kundenzahlungen vertragsgemäss in Aktien der D. Ltd. und verbrauchte stattdessen weitere Gelder für Geschäftsaufwand der A. AG.

X. (Beklagter und Berufungskläger) war seit 1997 ebenfalls Verwaltungsrat der Gesellschaft. Der im Zeitpunkt seines Amtsantritts vorliegende Jahresabschluss enthielt bei Gesamtaktiven von CHF 838 000 eine nicht weiter präzierte Position «div. Verrechnungskonti», die CHF 370 000 ausmachte. Weiter be-

stand unter den Passiven eine Position «Kundenguthaben», obwohl die Bilanz solche aufgrund der vermeintlichen Geschäftstätigkeit, nämlich der Anlage in Aktien der D. Ltd., nicht hätte aufweisen sollen. X. ersuchte E. in dieser Situation zwar um weitere Auskünfte, zog allerdings zunächst keinerlei Konsequenzen, als diese ausblieben.

Über die A. AG wurde im Jahre 2000 der Konkurs eröffnet. Darin wurden Gläubiger mit Forderungen im Gesamtbetrag von rund CHF 1.8 Mio. zugelassen. Die Konkursverwaltung schloss in der Folge mit einem weiteren früheren Verwaltungsrat, Dr. B., dessen solidarische Verantwortlichkeit neben X. nicht auszuschliessen war, einen Vergleich mit folgendem Wortlaut:

«1. Zur Erledigung allfälliger Ansprüche aus [...] Verantwortlichkeit [...] bezahlt Dr. B. ohne Anerkennung einer Rechtspflicht Fr. 50 000.–.

2. In einem allfälligen Verantwortlichkeitsprozess gegen andere Organe der A. AG sind die klagenden Gläubiger [...] verpflichtet, darauf hinzuweisen, dass die Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit gegen [Dr. B.] bereits rechtsgültig erledigt sind.»

Den vergleichsweise erhaltenen Betrag teilten die Gläubiger entsprechend ihren Forderungen untereinander auf. Darüber hinaus kamen sie vollumfänglich zu Verlust, darunter Y. (Kläger und Berufungsbeklagter) mit CHF 224 597.35. Dieser klagte sodann als einziger Abtretungsgläubiger der Konkursmasse i.S.v. Art. 260 SchKG aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit gegen X. einen seinem Konkursausfall entsprechenden Betrag nebst Zins ein. Der geltend gemachte Schaden bestand aus Kundengeldern, die zur Zeit der Verwaltungsratsstätigkeit des X. für Investitionen in die D. Ltd. einbezahlt, jedoch nicht zweckbestimmt angelegt wurden und am Ende für die Investoren verloren waren.

Das Bezirksgericht Zürich hiess die Klage mit Urteil vom 31. Januar 2005 vollumfänglich gut. Diesen Entscheid bestätigte das Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 2. September 2005. X. erhob dagegen erfolglos kantonale Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht des Kantons Zürich und sodann staatsrechtliche Beschwerde. Ferner beantragte er im Verfahren der eidgenössischen Berufung die Aufhebung des obergerichtlichen Urteils und Klageabweisung. Das Bundesgericht schützt – zumindest im Ergebnis – das Urteil der Vorinstanz und weist die Berufung ab.

\* Urs H. Hoffmann-Nowotny ist wissenschaftlicher Assistent am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich, Hans Caspar von der Crone Ordinarius für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich. Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <http://www.rwi.unizh.ch/vdc>.

## II. Erwägungen des Bundesgerichts

### A. Übersicht

Das Bundesgericht weist zunächst aus formellen Gründen eine Verrechnungseinrede des Beklagten ab.<sup>1</sup> Auch verwirft es zahlreiche gegen das Vorliegen der Haftungsvoraussetzungen nach Art. 754 OR gerichtete Einwendungen.<sup>2</sup> Es verweist auf die Geltung eines objektivierten Sorgfaltsmassstabs. Ein Verschulden sei grundsätzlich immer gegeben, wenn der in Anspruch genommene Verwaltungsrat nicht so gehandelt habe, wie es von einem sachkundigen Organ in der konkreten Stellung verlangt werden dürfe.<sup>3</sup> Deshalb schützt das Bundesgericht den Standpunkt der Vorinstanz, wonach der Beklagte eine schuldhaft Pflichtverletzung durch Unterlassung begangen habe. Der letzte Jahresabschluss habe über die effektive Tätigkeit der A. AG kaum Aufschluss gegeben und zahlreiche Auffälligkeiten enthalten, was einen pflichtbewussten Verwaltungsrat zu eingehenden Recherchen veranlasst hätte.<sup>4</sup> Demnach hätte der Beklagte bei pflichtgemässer Sorgfalt entdeckt, dass Kundengelder bei der Gesellschaft geblieben seien, und daraufhin sofort sichergestellt, dass weitere Zahlungen auch wirklich vertragsgemäss angelegt würden. Weil das Geld diesfalls nicht verloren gegangen wäre, sei auch ein hypothetischer Kausalzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem – vom Beklagten nicht bestrittenen – Schaden zu bejahen.<sup>5</sup>

Im Rahmen der Schadenersatzbemessung prüft das Bundesgericht, ob die Ersatzpflicht des Beklagten bereits im Aussenverhältnis infolge leichten Verschuldens zu kürzen gewesen wäre (Art. 759 Abs. 1 OR).<sup>6</sup> Eingehend setzt es sich ausserdem mit der Frage auseinander, inwiefern der mit dem potenziellen

Solidarschuldner abgeschlossene Vergleich eine haftungsbefreiende bzw. -begrenzende Wirkung für den Beklagten zeitige, weil er ansonsten für Dr. B. wegen drohender Rückgriffsansprüche illusorisch werde.<sup>7</sup> Die nachfolgende Besprechung befasst sich einzig mit den Erwägungen zu den Problemkreisen der differenzierten Solidarität (Art. 759 Abs. 1 OR) [B.] und den Wirkungen eines Vergleichs mit einzelnen Haftpflichtigen auf die Ansprüche gegenüber allfälligen Solidarschuldnern [C.].

### B. Differenzierte Solidarität

Das Bundesgericht hält fest, dass mehrere aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit ersatzpflichtige Personen grundsätzlich solidarisch haftbar seien (Art. 759 Abs. 1 OR und Art. 143 Abs. 2 OR).<sup>8</sup> Der Umfang der Ersatzpflicht werde nach der differenzierten Solidarität auch im Aussenverhältnis individuell bestimmt. Ein Haftpflichtiger könne demnach bereits dem Geschädigten gegenüber geltend machen, dass ihn nur ein geringes Verschulden treffe oder allenfalls ein anderer Herabsetzungsgrund nach Art. 43 Abs. 1 und Art. 44 OR vorliege. Zwar könne das Verschulden eines Verwaltungsratsmitglieds aufgrund des Verhaltens eines anderen besonders gering erscheinen, beispielsweise, wenn Unregelmässigkeiten so geschickt verschleiert würden, dass den in Anspruch genommenen Haftpflichtigen kein schwerer Vorwurf treffe. Doch betont das Bundesgericht, die Rechtsprechung nehme eine Haftungsbeschränkung wegen mitwirkenden Drittverschuldens nur mit grosser Zurückhaltung an. Entsprechend schützt es den Standpunkt der Vorinstanz, die eine Herabsetzung des Schadenersatzes angesichts der Passivität des Beklagten vollumfänglich abgelehnt hatte.<sup>9</sup>

### C. Wirkungen eines Vergleichs mit einzelnen Solidarschuldnern

#### 1. Ausgangslage

Das Bundesgericht hält zunächst fest, ein Solidarschuldner habe Rückgriff auf seine Mitschuldner,

<sup>1</sup> BGer. 4C.358/2005 Erw. 3 (in der amtlichen Sammlung [BGE 133 III 116] nicht publizierte Erwägung).

<sup>2</sup> BGer. 4C.358/2005 Erw. 5 (in der amtlichen Sammlung [BGE 133 III 116] nicht publizierte Erwägung).

<sup>3</sup> BGer. 4C.358/2005 Erw. 5.2.1 und 5.6 (in der amtlichen Sammlung [BGE 133 III 116] nicht publizierte Erwägungen).

<sup>4</sup> BGer. 4C.358/2005 Erw. 5.2 und 5.6 (in der amtlichen Sammlung [BGE 133 III 116] nicht publizierte Erwägungen).

<sup>5</sup> BGer. 4C.358/2005 Erw. 5.3 und 5.4 (in der amtlichen Sammlung [BGE 133 III 116] nicht publizierte Erwägungen).

<sup>6</sup> BGer. 4C.358/2005 Erw. 5.5 (in der amtlichen Sammlung [BGE 133 III 116] nicht publizierte Erwägung).

<sup>7</sup> BGE 133 III 116, 118 ff. Erw. 4 sowie in der amtlichen Sammlung nicht publizierte Erwägungen 4.1 und 4.4–4.6.

<sup>8</sup> BGer. 4C.358/2005 Erw. 4.1 (in der amtlichen Sammlung [BGE 133 III 116] nicht publizierte Erwägung).

<sup>9</sup> BGer. 4C.358/2005 Erw. 5.5 (in der amtlichen Sammlung [BGE 133 III 116] nicht publizierte Erwägung).

wenn er mehr als seinen internen Anteil an der Gesamtschuld bezahlt habe (Art. 148 Abs. 2 OR). Werde ein Solidarschuldner – etwa im Rahmen eines Vergleichs – ohne (volle) Befriedigung des Gläubigers befreit, so wirke die Befreiung zugunsten der anderen nur so weit, als die Umstände oder die Natur der Verbindlichkeit es rechtfertigen würden (Art. 147 Abs. 2 OR). Das Bundesgericht zeigt auf, dass ein Vergleich für einen Solidarschuldner illusorisch zu werden drohe, soweit nicht eine zumindest teilweise Befreiung seiner Mitschuldner eintrete. Ansonsten könnten diese nach einer Belangung durch den Gläubiger Rückgriff auf den individuell befreiten Schuldner nehmen, wodurch dieser mehr als mit dem Gläubiger vereinbart zu zahlen habe.<sup>10</sup>

## 2. Ermittlung des Parteiwillens durch Auslegung des Vergleichs

Das Bundesgericht beruft sich auf seine Rechtsprechung, nach welcher durch Auslegung des Vergleichs zu ermitteln sei, ob (und inwieweit) eine Befreiung auch für die übrigen Solidarschuldner gelten solle.<sup>11</sup> Unter Rückgriff auf eine ältere Praxis hält es sodann fest, den Mitschuldnern könne nicht schon allein deshalb Befreiung gewährt werden, weil der am Vergleich beteiligte Solidarschuldner im Rückgriffsfall mehr als mit dem Gläubiger vereinbart zu zahlen habe.<sup>12</sup> Dieser Umstand sei vielmehr als ein Element neben anderen im Rahmen der Auslegung zu berücksichtigen. Er könne dafür sprechen, dass die Parteien des Vergleichs die Belangbarkeit der Mitschuldner ausschliessen – bzw. allenfalls auf den im Innenverhältnis zu tragenden Anteil beschränken – wollten. Dies insbesondere, wenn dem Gläubiger bekannt sei, dass der am Vergleich beteiligte Schuldner im Innenverhältnis voll oder teilweise hafte würde. Eine feste Regel, wonach ohne weiteres eine Befreiungswirkung für die am Vergleich nicht beteiligten Mitschuldner eintrete, lehnt das Bundesgericht allerdings ab.<sup>13</sup>

Weil die Vorinstanz keinen übereinstimmenden wirklichen Willen der Vergleichsparteien festgestellt

hatte, schreitet das Bundesgericht zur Auslegung nach dem Vertrauensprinzip.<sup>14</sup> Der im Vergleichstext enthaltene Hinweis auf einen «allfälligen Verantwortlichkeitsprozess gegen andere Organe der A. AG» schliesst für das Bundesgericht jedenfalls aus, dass der Beklagte überhaupt nicht mehr belangt werden könne. Dagegen spreche auch bereits die relativ geringe Vergleichssumme von CHF 50 000 im Verhältnis zu den im Konkurs ungedeckt gebliebenen Forderungen im Betrag von CHF 1.8 Mio.<sup>15</sup> Von einem Forderungsverzicht des Gläubigers gegenüber Dritten im Rahmen eines Vergleichs sei zudem nur mit Zurückhaltung auszugehen.<sup>16</sup> Dennoch hält es das Bundesgericht entgegen der Vorinstanz für denkbar, den Hinweis auf die rechtsgültige Erledigung der Ansprüche gegen Dr. B. als Befreiung von Rückgriffsforderungen bekannter, potenziell aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit mithaftender Personen zu deuten.<sup>17</sup>

## 3. Beschränkung der Belangbarkeit auf den internen Anteil?

Das Bundesgericht konstatiert, bei mehreren Solidarschuldnern sei dieses Ziel nur zu erreichen, wenn deren Belangbarkeit auf die im Innenverhältnis zu tragenden Anteile beschränkt werde. Es verwirft dabei einen Vorschlag von *Schwenzer*, wonach eine Herabsetzung der Verpflichtung der übrigen Solidarschuldner um den Betrag denkbar sei, der im Innenverhältnis auf den befreiten Solidarschuldner entfalle.<sup>18</sup> Dabei könnten nämlich aufgrund der Ausfallhaftung nach Art. 148 Abs. 3 OR trotzdem Regressansprüche gegen den individuell befreiten Schuldner entstehen, wenn der von einem Mitschuldner über die interne Quote hinaus geleistete Mehrbetrag von einem weiteren Mitschuldner nicht erhältlich sei. Ein Solidarschuldner könne jedoch die

<sup>10</sup> BGE 133 III 116, 118 f. Erw. 4.2.

<sup>11</sup> BGE 133 III 116, 119 Erw. 4.2 m.H. auf BGE 107 II 226, 228 f. Erw. 3b und BGer. 4C.27/2003 Erw. 3.5.2.

<sup>12</sup> BGE 133 III 116, 119 f. Erw. 4.3 m.H. auf BGE 34 II 80, 84 Erw. 5; BGE 34 II 493, 498 f. Erw. 5; BGE 33 II 140, 146 f. Erw. 5.

<sup>13</sup> BGE 133 III 116, 120 f. Erw. 4.3.

<sup>14</sup> BGer. 4C.358/2005 Erw. 4.5 (in der amtlichen Sammlung [BGE 133 III 116] nicht publizierte Erwägung).

<sup>15</sup> BGer. 4C.358/2005 Erw. 4.6 (in der amtlichen Sammlung [BGE 133 III 116] nicht publizierte Erwägung).

<sup>16</sup> BGer. 4C.358/2005 Erw. 4.6 (in der amtlichen Sammlung [BGE 133 III 116] nicht publizierte Erwägung) m.H. auf BGE 109 II 327, 329 Erw. 2b (= Pra 73 [1984] Nr. 35).

<sup>17</sup> BGer. 4C.358/2005 Erw. 4.6 (in der amtlichen Sammlung [BGE 133 III 116] nicht publizierte Erwägung).

<sup>18</sup> BGer. 4C.358/2005 Erw. 4.6 (in der amtlichen Sammlung [BGE 133 III 116] nicht publizierte Erwägung) m.H. auf *Ingeborg Schwenzer*, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. A., Bern 2006, N 88.26.

Regressansprüche der anderen nicht in einem Vertrag mit dem Gläubiger zu deren Lasten ausschliessen (Art. 146 Abs. 1 OR). Den rechtskundigen bzw. rechtskundig vertretenen Vergleichsparteien müsse bekannt gewesen sein, dass der Vergleich ohne Annahme einer beschränkten Gesamtwirkung für Dr. B. illusorisch zu werden drohe. Das Bundesgericht betont, bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip sei nicht anzunehmen, dass die Parteien eine unangemessene oder rechtlich nicht haltbare Lösung gewollt hätten, sondern zu berücksichtigen, was sachgerecht sei. Schliesslich lässt es jedoch offen, zu welchem Ergebnis die Auslegung des Vergleiches führen würde.<sup>19</sup>

#### 4. Den internen Anteil übersteigende Leistung als Regressvoraussetzung

Entgegen der Vorinstanz geht das Bundesgericht nämlich davon aus, dass der Beklagte nicht für jeden zu leistenden Betrag, der die von Dr. B. bezahlten CHF 50 000 übersteige, einen anteilmässigen Regressanspruch gegen diesen habe. Ein solcher bestehe vielmehr nur für Zahlungen, welche die Quote der internen Haftung des Beklagten für den Gesamtschaden von CHF 1,8 Mio. übersteigen würden. Dass die vom Kläger geforderte Summe den so bestimmten Haftungsanteil übersteige, mache der Beklagte aber nicht geltend.<sup>20</sup> Entsprechend gelangt das Bundesgericht zum Schluss, die Vorinstanz habe jedenfalls im Ergebnis kein Bundesrecht verletzt, indem sie dem Vergleich zwischen der Konkursverwaltung und Dr. B. keine befreiende Wirkung für den Beklagten zumass.<sup>21</sup>

### III. Bemerkungen

#### A. Differenzierte Solidarität

Mehrere ersatzpflichtige Personen haften in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit nur insoweit solidarisch, als ihnen der Schaden aufgrund ihres eigenen Verschuldens und der Umstände persönlich zu-

rechenbar ist (Art. 759 Abs. 1 OR). Man spricht von differenzierter Solidarität. In der Lehre wird darauf hingewiesen, dass die Haftung im Aussenverhältnis derjenigen im Innenverhältnis angeglichen werde.<sup>22</sup> Von der generellen Stossrichtung her ist das zutreffend, doch bleibt – wie der vorliegende Fall illustriert – der Charakter der Solidarität als Überschusshaftung auch in der differenzierten Form erhalten.<sup>23</sup>

Bei der Bestimmung des Rückgriffs nach Art. 759 Abs. 3 OR berücksichtigt der Richter sämtliche nach allgemeinem Haftpflichtrecht beachtlichen Umstände, namentlich die Schwere des Verschuldens.<sup>24</sup> Weil den Beklagten im Vergleich zum geschäftsführenden Direktor und Mitverwaltungsrat E. nur ein geringes Verschulden trifft, hätte er – dessen Zahlungsfähigkeit vorausgesetzt – im Innenverhältnis kaum mehr als einen kleinen Bruchteil des Schadens zu tragen. Für das Aussenverhältnis erkennt die Rechtsprechung dagegen nur mit grosser Zurückhaltung auf eine Haftungsbeschränkung wegen mitwirkenden Drittverschuldens.<sup>25</sup> *Bär* begründet diese Auffassung damit, dass im Aussenverhältnis nur gefragt werde, wie grob die Sorgfaltspflichtverletzung an sich sei. Ein Vergleich verschiedener Täterverschulden erfolge demgegenüber erst im Regress.<sup>26</sup> Selbst wenn auf ein sehr geringes Verschulden erkannt worden wäre, hätte der Beklagte allerdings eine Herabsetzung von höchstens 50% erwarten dürfen. Generell zeigt sich die Rechtsprechung bei der Berücksichtigung individueller

<sup>22</sup> *Urs Bertschinger*, in: Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Zürich 2002, N 11 zu Art. 759 OR; *Peter Isler*, Der aussergerichtliche Vergleich mit einzelnen aktienrechtlich verantwortlichen Organpersonen, in: Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts, Festschrift für Peter Nobel zum 60. Geburtstag, Bern 2005, S. 205.

<sup>23</sup> *Thomas Müller*, Die Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, in: Aktienrecht 1992–1997: Versuch einer Bilanz, Festschrift zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, Bern 1987, S. 287 und 295; *Peter Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2004, § 18 N 516.

<sup>24</sup> *Peter Widmer/Oliver Banz*, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 2. A., Basel/Genf/München 2002, N 10 zu Art. 759 OR; *Anton K. Schnyder*, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 3. A., Basel/Genf/München 2003, N 17 zu Art. 50 OR m.w.H.

<sup>25</sup> BGer. 4C/358/2005 Erw. 5.5.1 (in der amtlichen Sammlung [BGE 133 III 116] nicht publizierte Erwägung) m.w.H.

<sup>26</sup> *Rolf Bär*, Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft – Probleme bei einer Mehrheit von verantwortlichen Personen, in: ZBJV 106 (1970) S. 476.

<sup>19</sup> BGer. 4C.358/2005 Erw. 4.6 (in der amtlichen Sammlung [BGE 133 III 116] nicht publizierte Erwägung).

<sup>20</sup> BGer. 4C.358/2005 Erw. 4.6 (in der amtlichen Sammlung [BGE 133 III 116] nicht publizierte Erwägung).

<sup>21</sup> BGer. 4C.358/2005 Erw. 4.7 (in der amtlichen Sammlung [BGE 133 III 116] nicht publizierte Erwägung).

Reduktionsgründe nach Art. 43/44 OR im Rahmen der Schadenersatzbemessung nämlich äusserst zurückhaltend.<sup>27</sup> Zwischen der Haftung im Aussenverhältnis und dem im Innenverhältnis zu tragenden Anteil hätte demnach trotz Differenzierung eine erhebliche Diskrepanz bestanden.

## B. Wirkungen eines Vergleichs mit einzelnen Solidarschuldnern

### 1. Ausgangslage

Die Annahme eines einheitlichen Anspruchs der Gläubigergesamtheit im Konkurs der Gesellschaft (sog. Raschein-Praxis)<sup>28</sup> ermöglicht es der Konkursverwaltung, wirksam auf sämtliche weiteren Ansprüche zu verzichten, was die vergleichsweise Erledigung von Verantwortlichkeitsansprüchen fördert. Darin erblickt die Lehre zu Recht einen wesentlichen Vorteil dieser Rechtsprechung.<sup>29</sup> Nichtsdestotrotz erweist sich ein Vergleichsschluss als delikats, weil im Regelfall eine Solidarhaftung mehrerer potenziell Ersatzpflichtiger zur Diskussion steht.

Solidarität besteht darin, dass der Gläubiger von jedem Solidarschuldner die ganze Leistung verlangen kann (Art. 144 Abs. 1 OR). Dabei existieren mehrere, gegen jeden Schuldner einzeln gerichtete Forderungen, die miteinander konkurrieren.<sup>30</sup> Die Selbständigkeit der Forderungen hat zur Folge, dass der Gläubiger über jede Forderung separat verfügen kann<sup>31</sup> – z.B. durch Vergleich. Ein solcher wirkt grundsätzlich nur zwischen den an der Vereinbarung beteiligten Parteien.<sup>32</sup> Deshalb könnte der Gläubiger

die nicht befreiten Solidarschuldner weiterhin für den gesamten noch ungedeckten Forderungsbetrag belangen. Diesen stünde sodann der Rückgriff gegen ihre Mitschuldner nach Massgabe von Art. 148 Abs. 2 OR offen, namentlich auch gegen den vom Gläubiger befreiten Solidarschuldner. Dieser kann die Lage der anderen Solidarschuldner nämlich durch individuelle Vereinbarungen mit dem Gläubiger nicht erschweren (Art. 146 OR).<sup>33</sup> Damit läuft der befreite Solidarschuldner Gefahr, im Rahmen des Rückgriffs über den vergleichsweise bezahlten Betrag hinaus belangt zu werden. Dies würde das mit dem Vergleich verfolgte Ziel vereiteln, einen Streit endgültig beizulegen bzw. Ungewissheit zu beseitigen. Es stellt sich deshalb die Frage, ob im Vergleichsschluss nicht ein Umstand zu sehen ist, der i.S.v. Art. 147 Abs. 2 OR auch die übrigen Solidarschuldner befreit, obwohl der Gläubiger nicht im entsprechenden Umfang befriedigt wurde.<sup>34</sup> Bejaht man dies, so spricht man von (allenfalls beschränkter) Gesamtwirkung des Vergleichs.

### 2. Beurteilung von Zweifelsfällen

Nach überwiegender Lehre kommt einem Vergleich Gesamtwirkung zu, wenn es die Absicht des Gläubigers war, auch die übrigen Solidarschuldner zu befreien.<sup>35</sup> Ein solcher Parteiwille ist durch Auslegung zu ermitteln.<sup>36</sup> Auch das Bundesgericht betont den Vorrang des Parteiwillens vor festen Beurtei-

ligationenrechts, Bd. II, 3. A., Zürich 1974, S. 310; *Hermann Becker*, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI/1, 2. A., Bern 1941, N 5 zu Art. 147 OR.

<sup>27</sup> *Rolf Bär*, Funktionsgerechte Ordnung der Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, in: SAG 58 (1968) S. 66;

*Thomas Staehelin/Christophe Sarasin*, Gesteigerte Anforderungen und gemilderte Solidarität, in: Aktienrecht 1992–1997: Versuch einer Bilanz, Festschrift zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, Bern 1987, S. 368; ferner *Urs H. Hoffmann-Nowotny*, Gemeinsame Einklagung für den Gesamtschaden – Versuch einer prozessualen Einordnung von Art. 759 Abs. 2 OR, in: Vertrauen – Vertrag – Verantwortung, Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 50. Geburtstag, Zürich 2007, S. 431 m.w.H.

<sup>28</sup> BGE 117 II 432, 439 f. Erw. 1b/ee und ff.

<sup>29</sup> *Böckli* (Fn. 23), § 18 N 287 ff., insbesondere N 296 und 298.

<sup>30</sup> *Schnyder* (Fn. 24), N 1 zu Art. 143 OR.

<sup>31</sup> *Schnyder* (Fn. 24), N 1 zu Art. 143 OR.

<sup>32</sup> *Schnyder* (Fn. 24), N 3 zu Art. 147 OR; *Andreas von Tuhr/Arnold Escher*, Allgemeiner Teil des schweizerischen Ob-

<sup>33</sup> *Schnyder* (Fn. 24), N 1 zu Art. 146 OR.

<sup>34</sup> So namentlich *Peter Gauch*, Der aussergerichtliche Vergleich, in: Innominatverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schlupe, Zürich 1998, S. 18.

<sup>35</sup> *Becker* (Fn. 32), N 5 zu Art. 147 OR; *von Tuhr/Escher* (Fn. 32), S. 310 und 313 Fn. 125; *Hans Merz*, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VI/1, Basel/Frankfurt am Main 1984, S. 111; *Eugen Bucher*, Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. A., Zürich 1988, S. 495 f.; *Karl Offinger/Emil W. Stark*, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, 5. A., Zürich 1995, § 10 N 37; *Theo Guhl/Alfred Koller/Anton K. Schnyder/Jean Nicolas Druey*, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. A., Zürich 2000, § 6 N 16; *Patrick Hünerwadel*, Der aussergerichtliche Vergleich, Diss. St. Gallen 1988, S. 77 f.

<sup>36</sup> *Becker* (Fn. 32), N 5 zu Art. 147 OR; *Schwenzer* (Fn. 18), N 88.26; *Hünerwadel* (Fn. 35), S. 78.

lungsregeln.<sup>37</sup> Auf einen Befreiungswillen hat es etwa in einem Fall geschlossen, wo der Gläubiger einer Solidarschuldnerin eine Saldoquittung ausgestellt und mündlich zugesichert hatte, sie brauche vor Regressansprüchen keine Angst zu haben.<sup>38</sup> Praktisch wird allerdings oft eine eindeutige Absicht des Gläubigers mangels ausdrücklicher Regelung nicht zu ermitteln sein.<sup>39</sup> Auch der vorliegende Vergleich nimmt einerseits auf allfällige Verantwortlichkeitsprozesse gegen andere Organe der A. AG Bezug, stellt aber andererseits Dr. B., einem potenziellen Solidarschuldner, ausdrücklich die rechtsgültige Erledigung der gegen ihn gerichteten Ansprüche in Aussicht.<sup>40</sup> Den Sinn dieser Formulierungen hatte die Vorinstanz denn auch als «nicht leicht zu verstehen» bezeichnet.<sup>41</sup>

Wie es sich mit der Gesamtwirkung verhält, wenn der Parteiwille zweifelhaft scheint, ist in der Lehre umstritten. Die ältere Meinung tendiert dazu, diese zu verneinen.<sup>42</sup> Demgegenüber hat sich in neuerer Zeit vor allem *Gauch* dafür ausgesprochen, dass der Gläubiger nach der vergleichsweisen Befreiung eines Solidarschuldners von jedem der übrigen nur noch den (reduzierten) Betrag einfordern könne, den dieser im Innenverhältnis zu tragen habe.<sup>43</sup> Das Bundesgericht betonte in seiner älteren Rechtsprechung, auf die es auch im vorliegenden Entscheid Bezug nimmt,<sup>44</sup> die fehlende Befreiungswirkung für weitere Solidarschuldner aufgrund der rein persönlichen Wirkung des Vergleichs. Diese habe zudem zur Folge, dass die Regressansprüche des leistenden Solidarschuldners nicht geschmälert würden.<sup>45</sup> Bereits in

BGE 34 II 80 hielt das Bundesgericht aber erstmals fest, die Argumentation, wonach die Befreiung eines Solidarschuldners auch zu Gunsten der übrigen wirken müsse, andernfalls der Rückgriff wieder auf dem Befreiten laste, scheine «auf den ersten Blick [...] etwas für sich zu haben».<sup>46</sup> Allerdings müsse das interne Regressverhältnis dem Gläubiger bekannt sein.<sup>47</sup> In BGE 107 II 226 nahm das Bundesgericht auf die deutsche Lehre Bezug und hielt fest, die Annahme einer Gesamtwirkung des Vergleiches liege «für das schweizerische Recht noch näher», weil Art. 147 Abs. 2 OR nicht ausschliesslich auf den Parteiwillen verweise.<sup>48</sup> Während es die Frage sodann ausdrücklich offenliess,<sup>49</sup> scheint das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid zunächst eher zu seiner ursprünglichen Auffassung zu tendieren: Es führt aus, der Umstand, dass dem im Vergleich befreiten Schuldner Rückgriffsforderungen anderer Solidarschuldner drohten, rechtfertige «richtig besehen» nicht schon für sich allein die Annahme einer Gesamtbefreiung der Mitschuldner.<sup>50</sup> Im Rahmen der Auslegung des Parteiwillens seien die drohenden Rückgriffsforderungen nur als ein Element nebst anderen zu berücksichtigen.<sup>51</sup>

Obwohl der relativ geringe Vergleichsbetrag von CHF 50 000 gegen eine Gesamtwirkung sprechen würde,<sup>52</sup> stützt sich das Bundesgericht sodann massgeblich auf den Umstand, dass der Vergleich für den befreiten Solidarschuldner ohne Ausschluss von Regressansprüchen illusorisch zu werden drohe und dies den rechtskundigen bzw. rechtskundig vertretenen Vergleichsparteien bekannt sein musste. Es betont nun, bei der Auslegung nach Vertrauensprinzip sei nicht anzunehmen, dass «die Parteien eine un-

<sup>37</sup> BGE 133 III 116, 119 ff. Erw. 4.2 und 4.3.

<sup>38</sup> BGE 107 II 226, 230 Erw. 5.

<sup>39</sup> *Hünervadel* (Fn. 35), S. 78.

<sup>40</sup> BGer. 4C.358/2005 Erw. 4.4 und 4.6 (in der amtlichen Sammlung [BGE 133 III 116] nicht publizierte Erwägungen).

<sup>41</sup> Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 2. September 2005 (LB050025), Ziff. 3 S. 7.

<sup>42</sup> *Becker* (Fn. 32), N 5 zu Art. 147 OR; *Hugo Oser/Wilhelm Schönenberger*, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V/1, 2. A., Zürich 1929, N 5 zu Art. 147 OR; *Frank Seethaler*, Der aussergerichtliche Vergleich, Diss. Zürich 1946, S. 56.

<sup>43</sup> *Gauch* (Fn. 34), S. 18; auch *Isler* (Fn. 22), S. 204, erachtet diese Lösung als allen Interessen entsprechend; ferner *Peter Forstmoser*, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. A., Zürich 1987, N 371 Fn. 680; *Hans-Ulrich Brunner*, Die Anwendung deliktsrechtlicher Regeln auf die Vertragshaftung, Diss. Freiburg 1991, N 347 f.

<sup>44</sup> BGE 133 III 116, 119 f. Erw. 4.3.

<sup>45</sup> BGE 33 II 140, 147 Erw. 5; BGE 34 II 493, 499 Erw. 5.

<sup>46</sup> BGE 34 II 80, 84 Erw. 5.

<sup>47</sup> BGE 34 II 80, 84 Erw. 5; ferner der Hinweis in BGE 107 II 226, 228 Erw. 3b.

<sup>48</sup> BGE 107 II 226, 228 f. Erw. 3b m.H. namentlich auf *Andreas Wacke*, Der Erlaß oder Vergleich mit einem Gesamtschuldner, in: *Archiv für die civilistische Praxis* 170 (1970) S. 42 ff.

<sup>49</sup> BGE 107 II 226, 229 Erw. 3b.

<sup>50</sup> BGE 133 III 116, 120 Erw. 4.3 (das Bundesgericht beruft sich dabei ausdrücklich auf die ältere Praxis, auf die es in BGE 107 II 226 verwiesen habe, ohne auf die dort [BGE 107 II 226, 228 f. Erw. 3b] geäußerten Zweifel einzugehen).

<sup>51</sup> BGE 133 III 116, 120 f. Erw. 4.3.

<sup>52</sup> So auch das Bundesgericht in Erw. 4.6 von BGer. 4C.358/2005 (in der amtlichen Sammlung [BGE 133 III 116] nicht publizierte Erwägung) m.H. auf *Forstmoser* (Fn. 43), N 371 Fn. 680.

angemessene [...] Lösung gewollt» hätten, «sondern zu berücksichtigen, was sachgerecht» sei. In dieser Konstellation bringt das Bundesgericht seine Präferenz für eine Beschränkung der Belangbarkeit weiterer Solidarschuldner auf die im Innenverhältnis zu tragenden Anteile zum Ausdruck.<sup>53</sup> Zwar scheint dieser Schluss nicht zwingend. Der Vergleich könnte dahingehend gedeutet werden, dass er eine Verpflichtung des Gläubigers zur Schadloshaltung des Vertragspartners für Regressansprüche enthalte. Die vom Bundesgericht angedeutete Lösung hat allerdings den Vorzug der Einfachheit für sich, vermeidet sie doch weitere Auseinandersetzungen unter den Vergleichsparteien.<sup>54</sup>

### 3. Schlussfolgerungen

Zwar verhalten die bundesgerichtlichen Ausführungen zu den Wirkungen des Vergleichsschlusses letztlich als *obiter dictum*. Nichtsdestotrotz bringt das Bundesgericht zum Ausdruck, dass es im Zweifelsfall der Interessenlage des vergleichenden Schuldners bei der Auslegung nach Vertrauensprinzip erhebliches Gewicht beimisst, sofern – was die Regel sein dürfte – die besondere Konstellation den Parteien bekannt ist. Diese Haltung verdient Zustimmung. Sie erhöht zudem die Rechtssicherheit bei der vergleichsweisen Erledigung von Verantwortlichkeitsansprüchen.

Aber auch die vom Bundesgericht angedeutete Beschränkung der Belangbarkeit weiterer Solidarschuldner auf den im Innenverhältnis zu tragenden Anteil erscheint grundsätzlich sachgerecht. Eine weiter gehende Gesamtwirkung ist zur Lösung des beim Vergleich mit einzelnen Solidarschuldnern auftretenden Dilemmas regelmässig nicht erforderlich. Sie dürfte im Zweifel auch nicht dem Parteiwillen entsprechen, hätte der Gläubiger den Vergleich doch ansonsten ebenso gut mit sämtlichen bekannten Solidarschuldnern schliessen können. Allerdings ist aus Sicht einer Konkursverwaltung abzuwägen, dass dem Vorteil eines mit einzelnen Organpersonen geschlossenen Vergleiches nach der bundesgerichtlichen Lösung ein Nachteil gegenübersteht, der sich als bedeutsam erweisen kann: Die Beschränkung der Be-

langbarkeit weiterer Solidarschuldner auf die im Innenverhältnis zu tragende Quote beseitigt nämlich die zum Schutze des Geschädigten angeordnete Solidarität,<sup>55</sup> deren Vorteile in einer Überschusshaftung und der damit verbundenen Überwälzung des Ausfallrisikos liegen. Behält sich die Konkursverwaltung ausdrücklich die unbeschränkte Belangbarkeit weiterer Solidarschuldner vor, so dürfte sie – und gerade darin zeigt sich die Berechtigung der bundesgerichtlichen Lösung – kaum mehr auf Vergleichsbereitschaft stossen: Ein am Vergleich beteiligter Schuldner wird wenig geneigt sein, die Belangbarkeit aus der beigelegten Streitigkeit auf dem Rückgriffsweg, also quasi durch die Hintertüre, in Kauf zu nehmen. In dieser Situation wäre – analog der von *Schwenzer* vorgeschlagenen Lösung<sup>56</sup> – die ausdrückliche Vereinbarung einer auf den vom Vergleichspartner im Innenverhältnis zu tragenden Anteil beschränkten Befreiung weiterer Solidarschuldner denkbar. Im Gegenzug könnte sich die Konkursverwaltung zur Schadloshaltung für allfällige – namentlich aufgrund des Ausfallrisikos nach Art. 148 Abs. 3 OR drohende – Regressansprüche verpflichten,<sup>57</sup> womit die vom Bundesgericht diesbezüglich geäusserten Bedenken durch eine klare rechtsgeschäftliche Grundlage entschärft würden.

## C. Regress

### 1. Den internen Anteil übersteigende Leistung

Das Bundesgericht kann die Frage nach den Wirkungen des Vergleichs im Ergebnis offenlassen, weil es annimmt, ein Regressanspruch des Beklagten bestehe ohnehin nur bei Zahlungen, welche die Quote seiner internen Haftung für den Gesamtschaden über-

<sup>53</sup> BGer. 4C.358/2005 Erw. 4.6 (in der amtlichen Sammlung [BGE 133 III 116] nicht publizierte Erwägung).

<sup>54</sup> Ähnlich *Brunner* (Fn. 43), N 346, der einen «Regresskreisel» als wenig prozessökonomisch erachtet.

<sup>55</sup> *Brunner* (Fn. 43), N 348 («faktische Beseitigung des Solidarschuldverhältnisses»).

<sup>56</sup> *Schwenzer* (Fn. 18), N 88.26.

<sup>57</sup> *Isler* (Fn. 22), S. 207, empfiehlt eine rechtsgeschäftliche Absicherung des Schuldners gegenüber Regressansprüchen ganz allgemein. Verzichtet die Konkursverwaltung in der Folge allerdings auf die Geltendmachung weiterer Ansprüche, so empfehlen sich weitere Vorkehrungen im Rahmen der Abtretung nach Art. 260 SchKG. Die Konkursverwaltung wäre nämlich zur Schadloshaltung für die einem allfälligen Prozessgewinn entspringenden Regressansprüche verpflichtet, wogegen dieser aufgrund des Vorwegbefriedigungsrechts der Abtretungsgläubiger (Art. 260 Abs. 2 SchKG und Art. 757 Abs. 2 OR) nur subsidiär in die Konkursmasse fiele.

steigen würden.<sup>58</sup> Demgegenüber war die Vorinstanz (implizit) davon ausgegangen, der Beklagte habe einen anteilmässigen Regressanspruch für jeden von ihm zu leistenden Betrag, der die von Dr. B. erbrachte Zahlung von CHF 50 000 übersteige.<sup>59</sup> Der Wortlaut von Art. 148 Abs. 2 OR scheint jedenfalls auszuschliessen, dass Rückgriffsansprüche auch bei Teilzahlungen ausgelöst werden können, die den internen Haftungsanteil an der Gesamtforderung nicht übersteigen. Andernfalls wäre die gesetzliche Einschränkung obsolet, wonach der Rückgriff einem Solidarschuldner nur zustehe, wenn er «mehr als seinen Teil» bezahlt habe. Offenbar geht auch die Lehre grösstenteils mehr oder weniger stillschweigend von dieser Annahme aus.<sup>60</sup> Immerhin begründen *von Tuhr/Escher* den gesetzgeberischen Entscheid damit, dass er den Rückgriff vereinfache und wiederholte Abrechnungen unter Mitschuldnern vermeide.<sup>61</sup>

Mit Blick auf den vorliegenden Entscheid hat die Beschränkung des Rückgriffs bei Teilzahlungen für die Konkursverwaltung den Vorteil, dass ihr Handlungsspielraum beim Vergleichsschluss erweitert wird. Aufgrund der Unzulänglichkeit des verfügbaren Haftungssubstrates<sup>62</sup> wird der Gesamtschaden in Verantwortlichkeitsprozessen nämlich oft überhaupt nicht geltend gemacht. Entsprechend fällt eine Beschränkung der Belangbarkeit am Vergleich nicht beteiligter Solidarschuldner auf den im Innenverhältnis zu tragenden Anteil weniger stark ins Gewicht. Andererseits illustriert der Fall aber, dass die Gel-

tendmachung von Teilbeträgen ihren Grund ebenso sehr in der Scheu vor dem Prozessrisiko bei Beweisschwierigkeiten haben kann. Nach dem Verzicht der Konkursverwaltung bzw. Gläubigergesamtheit auf die Geltendmachung weiterer Verantwortlichkeitsansprüche erhebt der Kläger als einziger Abtretungsgläubiger i.S.v. Art. 260 SchKG eine Teilklage, die gerade seinen eigenen Konkursausfall deckt.<sup>63</sup> Entsprechend scheint eine Geltendmachung weiterer Schadensposten zweifelhaft. Es stellt sich die Frage, ob die in Art. 148 Abs. 2 OR angelegte Regelung die Interessen des in Anspruch genommenen Solidarschuldners unter diesen Umständen nicht zu stark vernachlässigt. Ein Ziel des gesetzlich angeordneten Ausgleichs im Innenverhältnis liegt gerade darin, dem Gläubiger den Einfluss auf die endgültige Schadenstragung zu entziehen,<sup>64</sup> wogegen es ihm im Ausserverhältnis freisteht, den ganzen oder auch nur einen Teil der Forderung gegen einen oder verschiedene Solidarschuldner geltend zu machen (Art. 144 Abs. 1 OR). Wird die Restforderung nicht mehr geltend gemacht, so sind wiederholte Abrechnungen im Regressverhältnis jedenfalls nicht zu befürchten. Jedoch läuft der vom Gläubiger belangte Verantwortliche – entgegen der gesetzgeberischen Absicht – Gefahr, dass der Schaden an ihm hängen bleibt, obwohl solvente Mitschuldner vorhanden wären. Auferlegt man – was das Bundesgericht anzudeuten scheint<sup>65</sup> – dem regressierenden Solidarschuldner die Beweislast dafür, dass die erbrachte Leistung den im Innenverhältnis zu tragenden Anteil übersteigt, so bürdet man ihm ein Beweisthema auf, dem der Geschädigte durch Einklagung eines Teilschadens gerade ausgewichen ist. Ohne Nichtbestand eines grösseren Gesamtschadens schiene ein Rückgriff nämlich ausgeschlossen.<sup>66</sup>

<sup>58</sup> BGer. 4C.358/2005 Erw. 4.6 (in der amtlichen Sammlung [BGE 133 III 116] nicht publizierte Erwägung).

<sup>59</sup> Eine ausdrückliche Auseinandersetzung mit der Frage lässt sich dem Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 2. September 2005 (LB050025), Ziff. 3, allerdings nicht entnehmen; ferner BGer. 4C.358/2005 Erw. 4.6 (in der amtlichen Sammlung [BGE 133 III 116] nicht publizierte Erwägung).

<sup>60</sup> *Peter Gauch/Walter R. Schluemp/Jörg Schmid/Heinz Rey*, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 8. A., Zürich, 2003, N 3956 («für den Mehrbetrag [und nur für diesen!]»); *Guhl/Koller/Schnyder/Druey* (Fn. 35), § 6 N 21 f.; *Schwenzer* (Fn. 18), N 88.36; *Oser/Schönenberger* (Fn. 42), N 4 zu Art. 148 OR; *Hubert Bugnon*, L'action récursoire en matière de concours de responsabilités civiles, Diss. Freiburg 1982, S. 87; a.M. *Bernard Corboz*, La distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite, Diss. Genf 1974, S. 68.

<sup>61</sup> *Von Tuhr/Escher* (Fn. 32), S. 314 f. Fn. 134.

<sup>62</sup> Dazu eingehend *Hans Caspar von der Crone*, Haftung und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, in: SZW 78 (2006) S. 4 f. m.w.H., auch zur Versicherbarkeit der Organverantwortung.

<sup>63</sup> BGE 133 III 116, 117 f. Sachverhalt; *Bertschinger* (Fn. 22), N 5 zu Art. 757 OR, weist darauf hin, dass diese Konstellation in der Praxis nicht selten anzutreffen ist.

<sup>64</sup> *Schnyder* (Fn. 24), N 2 zu Art. 148 OR; *von Tuhr/Escher* (Fn. 32), S. 313; *Roland Brehm*, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. IV/1/3/1, 3. A., Bern 2006, N 16 zu Art. 51 OR; *Corboz* (Fn. 60), S. 68. In den Worten von *Oftinger/Stark* (Fn. 35), § 10 N 46, kann diese Entscheidung «nicht der Willkür des Geschädigten überlassen bleiben».

<sup>65</sup> Das Bundesgericht stellt darauf ab, dass der Beklagte nicht geltend gemacht habe, die gegen ihn eingeklagte Summe würde seinen Haftungsanteil übersteigen (BGer. 4C.358/2005 Erw. 4.6).

<sup>66</sup> Dabei handelt es sich um einen Beweis negativer Tatsachen, wobei nur im Einzelfall zu ermitteln ist, ob ein be-

Der Grundsatz, wonach Teilzahlungen nicht zum Ausgleich berechtigen, entspricht auch der ganz herrschenden Meinung zu § 426 BGB in Deutschland.<sup>67</sup> Allerdings machen Lehre und Rechtsprechung etwa dann eine Ausnahme, wenn der Gläubiger die Restforderung gestundet hat.<sup>68</sup> A fortiori könnte man einen Regressanspruch bei Teilzahlungen bejahen, wenn eine Geltendmachung der Restforderung überhaupt zweifelhaft ist. Eine entsprechende Regelung liesse sich in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit – soweit sie im Einzelfall sachgerecht scheint – auf Art. 759 Abs. 3 OR stützen. Die besondere Regressordnung, wonach der Rückgriff vom Richter in Würdigung aller Umstände bestimmt wird, könnte auch hinsichtlich der Frage eines Rückgriffs bei Teilzahlungen als *lex specialis* zu Art. 148 Abs. 2 OR betrachtet werden.<sup>69</sup>

## 2. Ermittlung des als Referenzgrösse massgeblichen Gesamtschadens

Geht man dagegen vom bundesgerichtlichen Standpunkt aus, wonach nicht jede Teilleistung zum Rückgriff berechtigt, ist der vom einzelnen Solidarschuldner im Innenverhältnis zu tragende Anteil anhand des Gesamtschadens zu bestimmen. Keine bundesrechtlich verbindliche Grundlage der Scha-

stimmtes oder ein unbestimmtes Negativum vorliegt, was allenfalls eine Umkehr der Beweislast rechtfertigen würde (zum Ganzen *Max Kummer*, in: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. I/1, Bern 1962, N 194 ff. zu Art. 8 ZGB).

<sup>67</sup> *Peter Bydlinski*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2a, 4. A., München 2003, N 12 (insbesondere Fn. 18) zu § 426 BGB.

<sup>68</sup> *Ulrich Noack*, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Neubearbeitung 2005, Berlin 2005, N 24 zu § 426 BGB; *Bydlinski* (Fn. 67), N 23 zu § 426 BGB; je m.w.H.

<sup>69</sup> Allerdings scheint die Lehre – wenn auch ohne ausdrückliche Thematisierung der Frage – vom Gegenteil auszugehen (*Widmer/Banz* [Fn. 24], N 9 zu Art. 759 OR; *Harald Bärtschi*, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss. Zürich 2001, S. 121). Mit Blick auf die besondere Regressordnung ist immerhin zu bemerken, dass sich die Bezugnahme des Bundesgerichts (BGE 133 III 116, 118 Erw. 4.2) wie auch der Vorinstanz (Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 2. September 2005 [LB050025], Ziff. 3 S. 6) auf Art. 148 Abs. 1 OR nur deshalb rechtfertigt, weil der Beklagte eine Abweichung von der Aufteilung nach Köpfen, wofür ihn die Beweislast treffen würde (*von Tuhr/Escher* [Fn. 32], S. 312 Fn. 115a), nie behauptet hat.

densberechnung bildet nach der Rechtsprechung die Gesamtheit der rechtskräftig kollozierten Forderungen.<sup>70</sup> Auch ein eingetretener Bilanzverlust kann nicht zum Massstab genommen werden.<sup>71</sup> Genau diesen Weg scheint das Bundesgericht aber zu beschreiten, wenn es vorliegend – mangels anderer Anhaltspunkte in den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz – aus den im Konkurs ungedeckt gebliebenen Forderungen in Höhe von CHF 1.8 Mio auf einen irgendwie gearteten Gesamtschaden schliesst.<sup>72</sup> Massgeblich kann demgegenüber nur der nach Verantwortlichkeitsrecht ersatzfähige Schaden sein, dem die im Konkurs ungedeckt gebliebenen Forderungen kaum je entsprechen dürften. Nur dieser begründet nämlich eine Schadenersatzforderung.<sup>73</sup> Bei der Klage aus mittelbarer Schädigung könnte der Gesamtschaden demnach allerhöchstens in der unfreiwilligen Vermögenseinbusse bestehen, welche die konkursite Gesellschaft durch die schuldhaft pflichtwidrigen Handlungen ihrer Organe erlitten hat.<sup>74</sup> Auch ein solcher Gesamtschaden kann aber der Berechnung der Regressansprüche nicht unbesehen zugrunde gelegt werden. Solidarität begründet keine Haftung über die schuldhaft pflichtwidrige und adäquat kausale Verursachung hinaus.<sup>75</sup> Mehrere potenziell verantwortliche Personen haften demnach – unabhängig vom Vorliegen individueller Reduktionsgründe nach Art. 43/44 OR – für einen im weitesten Sinne verstandenen Gesamtschaden oft nicht in vollem Umfang solidarisch.<sup>76</sup> Rückgriffsansprüche setzen eine solidarische Haftung im Aussenverhältnis aber gerade voraus.<sup>77</sup> Entsprechend kann auch zu deren Berechnung nur auf einen im engeren Sinne verstandenen Gesamtschaden abgestellt werden, nämlich einen Schadenskomplex, den die be-

<sup>70</sup> BGE 132 III 342, 348 Erw. 2.3.3.

<sup>71</sup> *Böckli* (Fn. 23), § 18 N 367.

<sup>72</sup> BGE 133 III 116, 117 Sachverhalt und BGer. 4C.358/2005 Erw. 4.6 (in der amtlichen Sammlung [BGE 133 III 116] nicht publizierte Erwägung).

<sup>73</sup> *Böckli* (Fn. 23), § 18 N 366; *Hans Caspar von der Crone/Antonio Carbonara/Silvia Hunziker*, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung, ZSR-Beiheft 43, Basel/Genf/München 2006, S. 41.

<sup>74</sup> *Böckli* (Fn. 23), § 18 N 366; BGE 132 III 342, 348 Erw. 2.3.3.

<sup>75</sup> *Hoffmann-Nowotny* (Fn. 27), S. 429 m.w.H.

<sup>76</sup> *Hoffmann-Nowotny* (Fn. 27), S. 433 f. und 447 m.w.H.

<sup>77</sup> *Bernard Corboz*, La responsabilité des organes en droit des sociétés, Basel 2005, N 31 zu Art. 759 OR; *Oftinger/Stark* (Fn. 35), § 10 N 84.

troffenen Verantwortlichen je in vollem Umfang adäquat kausal verursacht haben. Das Bundesgericht nimmt im Ergebnis eine Schätzung des massgeblichen Gesamtschadens vor und vermeidet damit eine Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz. Dieses Vorgehen erscheint pragmatisch, für Regressverfahren in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit sollten die entsprechenden Erwägungen aber nicht zum Massstab erhoben werden.

#### IV. Schlussbetrachtung

Der vorliegende Entscheid illustriert zunächst, dass der Solidarität auch in der differenzierten Form des Art. 759 Abs. 1 OR der Charakter einer Überschusshaftung verbleibt. Sodann präzisiert das Bundesgericht in einem *obiter dictum* seine Haltung hinsichtlich der Wirkungen eines mit einzelnen Solidarschuldnern geschlossenen Vergleichs. Es betont zwar zunächst den Vorrang eines durch Auslegung ermittelten Parteiwillens. Doch bringt es in der Folge zum Ausdruck, dass es der Interessenlage des Schuldners, für den der Vergleich bei drohenden Rückgriffsansprüchen illusorisch werden kann, im Zweifelsfall erhebliches Gewicht beimisst. Das Bundesgericht deutet an, dass es die Annahme einer Beschränkung der Belangbarkeit weiterer Solidarschuldner auf den im Innenverhältnis zu tragenden Anteil für sachgerecht hält. Dies erscheint zutreffend, und die erhöhte Rechtssicherheit bei der vergleichsweisen Erledigung von Verantwortlichkeitsansprüchen ist zu begrüssen. Eine Konkursverwaltung muss

fortan allerdings stärker bedenken, dass ein Vergleich mit einzelnen Organpersonen die Solidarität – mithin die Überschuss- und Ausfallhaftung – unter weiteren potenziellen Solidarschuldnern beseitigen kann.

Das Bundesgericht kann die Frage nach den Wirkungen des Vergleichsschlusses letztlich offen lassen, weil es entgegen der Vorinstanz annimmt, Regressansprüche bestünden nur bei Zahlungen, welche die interne Quote der belangten Organperson am Gesamtschaden übersteigen würden. Diese Auffassung wird vom Gesetzeswortlaut des Art. 148 Abs. 2 OR gestützt und erweitert den Handlungsspielraum von Konkursverwaltungen bei der vergleichsweisen Erledigung von Verantwortlichkeitsansprüchen. Allerdings erschwert sie – falls die Geltendmachung des Restschadens infolge Beweisschwierigkeiten unwahrscheinlich scheint – die Stellung des in Anspruch genommenen Verantwortlichen im Regressverfahren erheblich. Zwecks Abschätzung des internen Anteils setzt das Bundesgericht sodann den Konkursausfall von CHF 1.8 Mio. dem Gesamtschaden gleich. Dieses pragmatische Vorgehen vermeidet eine Rückweisung an die Vorinstanz mangels erforderlicher tatsächlicher Feststellungen, sollte aber für Regressverfahren in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit nicht zum Massstab erhoben werden. Massgeblich kann von vornherein nur der nach Verantwortlichkeitsrecht ersatzfähige Schaden sein. Sodann setzen Regressansprüche eine solidarische Haftung im Ausserverhältnis voraus, welche nur für einen von den am Innenverhältnis beteiligten Personen je in vollem Umfang adäquat kausal verursachten Schadenskomplex besteht.