

Sonderdruck aus

Innovatives Recht

Festschrift für Ivo Schwander

Herausgegeben von Franco Lorandi und Daniel Staehelin

Urs Bertschinger

Streitverkündungsklage und aktienrechtliche Verantwortlichkeit

Streitverkündungsklage und aktienrechtliche Verantwortlichkeit

URS BERTSCHINGER

Inhaltsübersicht

I. Corporate Governance und aktienrechtliche Verantwortlichkeit	811
II. Streitverkündungsklage gemäss Schweizerischer Zivilprozessordnung im Überblick	814
III. Anwendungsbereich der Streitverkündungsklage	817
A. Zusammenhang zwischen Haupt- und Streitverkündungsklage	817
B. Subjektive Klagenhäufung	819
IV. Rechtsnatur der Streitverkündungsklage	819
V. Zulassung der Streitverkündungsklage	820
VI. Schranken eines Gesamtverfahrens	825
A. Verbot des Kettenappells	825
B. Trennung von Klagen	826
VII. Rechtsmissbräuchliche Streitverkündungsklagen	827
VIII. Ergebnis des Gesamtverfahrens	828
IX. Kosten	830
X. Materiell-rechtliche Alternativen zur Streitverkündungsklage?	830
A. Ausreizung der differenzierten Solidarität	830
B. Ausklammerung der Revisoren aus der differenzierten Solidarität	832
XI. Ausblick	834

I. Corporate Governance und aktienrechtliche Verantwortlichkeit

Das reibungslose Funktionieren der Aktiengesellschaft basiert auf den Entscheiden der Generalversammlung der Aktionäre,¹ dem sorgfältigen und getreuen Wirken von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung im Interesse der Gesellschaft² sowie einer auftragsgemässen Kontrolle durch die Revisionsstelle.³ Kommt es in der Aktiengesellschaft zu Reibungsverlusten, liegt der Grund oftmals darin, dass der Informa-

¹ Vgl. Art. 698 OR.

² Art. 717 OR; Art. 716a OR.

³ Art. 728a OR; Art. 729a OR.

tionsfluss gestört ist⁴ oder die vorhandenen Informationen ungenügend verarbeitet werden.⁵ Sofern insbesondere im Konkurs der Gesellschaft eine Person wegen mangelhafter Geschäftsführung oder fehlerhafter Abschlussprüfung eingeklagt wird,⁶ greift der Kläger im Hinblick auf die Liquidation eines Schadens nach seinen Vorstellungen in das System der Aktiengesellschaft ein. Das Vorgehen muss sich dabei nicht zwangsläufig nach dem Verursacherprinzip richten, wie es die Rechtsnatur der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsbestimmungen⁷ als Verschuldenshaftungen nahelegen würde, sondern ist massgeblich beeinflusst durch die (vermeintliche) Solvenz eines Beklagten. Wenn die Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung, welche an der Entstehung des Schadens in der Regel die Hauptverantwortung tragen, mangels ausreichenden Haftungssubstrates oder aus sonstigen Gründen einen zu geringen Anteil am Schaden tragen (könnten), wird der «Letzte», der oftmals als Revisor identifiziert wird, von den «Hunden» gebissen.⁸ Eine Schadensregelung, welche sich weniger nach dem Verursacherprinzip als vielmehr nach der Solvenz des Beklagten richtet, wird zu Recht als stossend empfunden. Die differenzierte Solidarität des Art. 759 Abs. 1 OR, die in der Aktienrechtsrevision von 1991 mit dem Ziel der Entflechtung der Verantwortlichkeit der Revisionsstelle und der geschäftsführenden Organpersonen eingeführt wurde, hat nicht die erhofften Ergebnisse gebracht.⁹ Es bleibt dabei, dass einzelne Beklagte im Aussenverhältnis einen zu grossen Anteil des Gesamtschadens tragen und sich sodann im Innenverhältnis – mit den entsprechenden Bonitätsrisiken – bei mitverantwortlichen Personen für den eigenen Haftungsüberschuss schadlos halten müssen.

Im Hinblick auf eine Schadensregelung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit, die sich am Verursacherprinzip orientiert, kommt Bestrebungen für ein *Gesamtverfahren*¹⁰ grosse Bedeutung zu. Ein erster Schritt in diese Richtung erfolgte mit Art. 759 Abs. 2 OR bereits im Rahmen der Aktienrechtsrevision von 1991. Nach dieser Bestimmung kann der Kläger mehrere Beteiligte gemeinsam für den Gesamtschaden einklagen und verlangen, dass der Richter im gleichen Verfahren die Ersatzpflicht jedes einzelnen Beklagten festsetzt. Mit der Streitverkündungsklage gemäss Art. 81

⁴ Zum Beispiel, wenn der Verwaltungsrat der Revisionsstelle nicht alle für die Prüfung notwendigen Unterlagen übergibt und Auskünfte erteilt (Art. 730b Abs. 1 OR).

⁵ Zum Beispiel, wenn die Berichterstattung eines Ausschusses des Verwaltungsrates an das Gesamtgremium (vgl. Art. 716a Abs. 2 OR) nicht oder ungenügend zur Kenntnis genommen wird.

⁶ Vgl. Art. 754 OR bzw. Art. 755 OR.

⁷ Art. 752 ff. OR.

⁸ PETER FORSTMOSER hat sich in der Festschrift für Niklaus Schmid, herausgegeben von Jürg-Beat Ackermann u.a., Zürich 2001, S. 483 ff., unter dem Titel «Den Letzten beißen die Hunde» zur Haftung des Revisors geäussert.

⁹ Zur differenzierten Solidarität des Art. 759 Abs. 1 OR vgl. hinten X.A.

¹⁰ Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), BBl 19. September 2006, 7284; dazu auch unter II. bei Fn. 25.

und Art. 82 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) wird dieses Recht auf ein Gesamtverfahren grundsätzlich auch dem Beklagten gewährt. Der Beklagte des Hauptverfahrens und Streitverkündungskläger kann folglich weitere Personen in Prozessverhältnisse zwingen, welche mit dem Hauptprozess zusammenhängen und sodann durch das Gericht beurteilt werden, welches sich bereits mit der Hauptklage befasst. Nach einer Lehrmeinung hat die Streitverkündungsklage «unter der Prämisse einer effizienten und speditiven Rechtsverwirklichung ihren guten Sinn».¹¹ Soll die Streitverkündungsklage in der Praxis zum Tragen zu kommen, darf das Kriterium der «effizienten und speditiven Rechtsverwirklichung» grundsätzlich nicht mit Blick auf den zusätzlichen Prozessstoff bewertet werden, da die Zunahme des Prozessstoffes die logische Konsequenz des Institutes der Streitverkündungsklage darstellt.¹² Andernfalls würde die Streitverkündungsklage zu einem Rechtsbehelf für die «kleinen» Fälle, wofür es im Gesetz keine Hinweise gibt.¹³ Die Botschaft streicht den Vorteil eines «Gesamtverfahrens» heraus, welcher in der *Prozesseffizienz* gesehen wird, da sich das bereits mit der Hauptsache befasste Gericht auch unmittelbar mit dem Folgeprozess beschäftigt. Infolge der Aktenkenntnis des Gerichts werden Synergien genutzt. Insgesamt könne sich dadurch «eine namhafte Kosten- und Ressourcenersparnis für die Parteien und das Gericht ergeben».¹⁴ Dabei geht es um die effiziente Verwirklichung des materiellen Rechts, womit in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit der Blick auf die Gruppe von Personen fällt, die in die Schadensverursachung involviert ist. Die Aktiengesellschaft ist in hohem Masse durch die Arbeitsteilung geprägt, weshalb die Streitverkündungsklage ein wichtiges Mittel zur Darstellung der tatsächlichen Zusammenhänge im Prozess darstellt. Damit wird ersichtlich, dass die Streitverkündungsklage die *Abbildung der Governance-Strukturen im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozess* bezweckt. Das Zivilprozessrecht begegnet uns mit der Streitverkündungsklage wiederum in seiner dienenden Funktion gegenüber dem materiellen Recht.¹⁵

¹¹ So allgemein HANS PETER WALTER, Auf dem Weg zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, SJZ 2004, S. 316.

¹² Vgl. zur Zulassung der Streitverkündungsklage Art. 82 ZPO; dazu unter V.

¹³ Die Botschaft ZPO (Fn. 10), S. 7284 f., stellt die «Verzögerungen und Komplikationen», welche die Streitverkündungsklage für den Hauptprozess zur Folge hat, ausschliesslich in den Kontext der Voraussetzungen dieser Klage, ohne das Mass von «Verzögerungen und Komplikationen» zu einem abstrakten Beurteilungskriterium des Zulassungsverfahrens zu machen; zum Zulassungsverfahren unter V.

¹⁴ Botschaft ZPO (Fn. 10), S. 7284; Bundesgericht, 18. November 2009, 4A_431/2009, E. 2.3.

¹⁵ Allgemein Botschaft ZPO (Fn. 10), S. 7230; OSCAR VOGEL/KARL SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Aufl., Bern 2006, S. 36.

II. Streitverkündungsklage gemäss Schweizerischer Zivilprozessordnung im Überblick

Unter der Streitverkündungsklage im Sinne der Schweizerischen Zivilprozessordnung versteht man die Klage einer Partei des Hauptprozesses gegen einen Dritten für behauptete (Regress-)Ansprüche dieser Hauptpartei, etwa Ansprüche der Revisionsstelle gegen eine oder mehrere geschäftsführende Organpersonen. Der Dritte wird dadurch im Kontext des Hauptprozesses als Beklagter ins Recht gefasst. Schon im Zuge der Schaffung des Eidgenössischen Gerichtsstandsgesetzes (GestG),¹⁶ dessen Regelungsgehalt in die Schweizerische Zivilprozessordnung integriert wurde, hatte die Botschaft des Bundesrates festgehalten, dass durchaus praktische Gründe für die Streitverkündungsklage (bzw. Interventions- und Gewährleistungsklage) sprechen.¹⁷ In Art. 8 aGestG wurde im Sinne eines klärenden Vorbehaltes zu Gunsten der Kantone ein Gerichtsstand für Interventions- und Gewährleistungsklagen vorgesehen.¹⁸ In den kantonalen Zivilprozessordnungen war diese Form der Klage – der sog. *appel en cause* – nur vereinzelt verankert, nämlich in den Kantonen Genf, Waadt und Wallis. Die mit Art. 81 und Art. 82 ZPO auf Bundesebene eingeführte Streitverkündungsklage stellt in der schweizerischen Prozesslandschaft somit keine gänzlich neue Erscheinung dar, bildet aber für weite Teile des Landes eine markante Rechtsentwicklung. Im vereinfachten und im summarischen Verfahren ist die Streitverkündungsklage unzulässig, was der JUBILAR schon allgemein kritisiert hat.¹⁹ Diese Einschränkung lässt den im ordentlichen Verfahren geführten aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozess in der Regel unberührt.

Die streitverkündende Partei kann ihre Ansprüche, die sie im Falle des Unterliegens gegen die streitberufene Person zu haben glaubt, beim Gericht, das mit der Hauptklage befasst ist, geltend machen (Art. 81 Abs. 1 ZPO; Art. 16 ZPO). Zwingende Gerichtsstände bleiben vorbehalten.²⁰ Eine *statutarische Gerichtsstandsklausel*, die den Sitz der Gesellschaft zum ausschliesslichen Gerichtsstand für Verantwortlichkeitsklagen erheben will, ändert an der örtlichen Zuständigkeit gemäss Art. 16 ZPO für

¹⁶ Das GestG datierte vom 24. März 2000.

¹⁷ Betreffend Interventions- und Gewährleistungsklage vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen vom 18. November 1998, BBl 1999 III, S. 2849; zu terminologischen Aspekten vgl. auch CORNELIA DÄTWYLER, Gewährleistungs- und Interventionsklage nach französischem Recht und Streitverkündung nach schweizerischem und deutschem Recht im internationalen Verhältnis nach IPRG und Lugano-Übereinkommen unter Berücksichtigung des Vorentwurfs zu einer schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. St. Gallen 2005, S. 173.

¹⁸ Dazu Bundesgericht, 7. April 2009, 4A_503/2008 bzw. 4A_513/2008, E. 4.

¹⁹ IVO SCHWANDER, Die Beteiligung Dritter am Prozess: Hauptintervention, Nebenintervention und Streitverkündung, ZZZ 2007, S. 372.

²⁰ LORENZ DROESE, Die Streitverkündungsklage nach Art. 81 f. ZPO, SZP 2010, S. 312.

Kläger, die weder einen Einfluss auf die Statuten hatten²¹ noch dieser Regelung sonstwie zustimmten, nichts. Eine statutarische Gerichtsstandsklausel liesse sich allenfalls dem im Hauptprozess beklagten Verwaltungsrat und Mehrheitsaktionär der Gesellschaft entgegenhalten, der – in Abweichung von der statutarischen Regelung – beim Gericht, welches sich bereits mit dem Hauptprozess befasst, Streitverkündungsklagen gegen weitere geschäftsführende Organpersonen und die Revisionsstelle erheben will.²² Nur unter den gegebenen Umständen lässt sich beurteilen, ob das Interesse der Streitverkündungsbeklagten an einer Einlassung am Gerichtsstand des Hauptprozesses überwiegt, um ihre Argumente im Rahmen eines Gesamtverfahrens vorzutragen.

Die Zulassung der Streitverkündungsklage ist mit der Klageantwort oder mit der Replik im Hauptprozess zu beantragen (Art. 82 Abs. 1 ZPO). Die Streitverkündungsklage kann folglich – ohne vorgängiges Schlichtungsverfahren²³ – durch den Beklagten – etwa die Revisionsstelle gegen geschäftsführende Organpersonen – oder durch den Kläger – als Reaktion auf die Streitverkündungsklage der Erstbeklagten – gegen weitere Organpersonen der Gesellschaft angehoben werden. Die Rechtsbegehren, welche die streitverkündende Partei gegen die streitberufene Person zu stellen gedenkt, sind zu nennen und kurz zu begründen. Das Gericht gibt der Gegenpartei sowie der streitberufenen Person Gelegenheit zur Stellungnahme. Wird die Streitverkündungsklage zugelassen, bestimmt das Gericht Zeitpunkt und Umfang des betreffenden Schriftenwechsels.²⁴ Der Entscheid über die Zulassung der Klage ist mit Beschwerde anfechtbar (Art. 82 Abs. 4 ZPO). Beim Zulassungsverfahren gemäss Art. 82 ZPO handelt es sich um ein Zwischenverfahren, das von Art. 319 lit. a ZPO erfasst wird.

Infolge einer Streitverkündungsklage besteht ein direktes Prozessverhältnis zwischen den Parteien des Streitverkündungsprozesses sowie (weiterhin) zwischen den Parteien des Hauptprozesses, wobei beide Prozessverhältnisse formell in einem Verfahren durchgeführt werden können, was dieses Gesamtverfahren zum *Mehrpartei-*

²¹ Vgl. BGE 136 III 107, E. 2.5.2 betr. eine Einrede gestützt auf eine statutarische Schiedsklausel. Nach Auffassung des Gerichts rechtfertigt es sich nicht, die Einrede gegenüber der Gläubigergesamtheit zuzulassen, da sie keinen Einfluss auf die Statuten hatte. Ansonsten bestünde die Gefahr, dass die Organe durch entsprechende statutarische Bestimmungen die Durchsetzung der Verantwortlichkeitsansprüche der Gläubiger im Konkurs erschweren (vgl. auch PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 16, N 154).

²² Vgl. NINA J. FREI, Die Interventions- und Gewährleistungsklagen im Schweizer Zivilprozess, Diss. Zürich 2004, 104 f., sowie allgemein MARC ANDRÉ MAUERHOFER, Gültigkeit statutarischer Schieds- und Gerichtsstandsklauseln, GesKR 2011, 20 ff.

²³ Art. 198 lit. g ZPO.

²⁴ Zur Zulassung der Streitverkündungsklage eingehender unter V.

enprozess macht.²⁵ Man hatte an die Schaffung eines echten Mehrparteienverfahrens gedacht,²⁶ sodass ein absehbarer weiterer Prozess in das erste Verfahren integriert und nicht dem Hauptprozess zeitlich nachgeschaltet werden soll.²⁷

Ist zum Beispiel die Revisionsstelle der Gesellschaft im Hauptprozess einzige Beklagte, kann sie unter Umständen ein vitales Interesse daran haben, diejenigen geschäftsführenden Organpersonen, welche die primären Ursachen der Schadensentstehung gesetzt haben, in die gerichtliche Beurteilung einzubeziehen. Ebenso kann der weisungsgebundene Verwaltungsrat, der im Konkurs der Gesellschaft einem Gläubigeranspruch ausgesetzt ist, den weisungsgebenden Aktionär mit der Streitverkündungsklage in ein Gesamtverfahren fassen.²⁸ Die einfache Streitverkündung (Art. 78 ff. ZPO) greift hier zu kurz, da sie den Streitberufenen lediglich berechtigt, jedoch nicht verpflichtet, sich am Verfahren zu beteiligen. Die Verwandtschaft der Streitverkündungsklage mit der einfachen Streitverkündung ist aber unverkennbar. Im Hauptprozess kann der Streitverkündungsbeklagte ohne Nachweis eines rechtlichen Interesses im Gewande des einfachen Streitberufenen intervenieren.²⁹ Die Streitverkündungsklage ist «qualifizierte Streitverkündung»,³⁰ welche die Wirkungen der einfachen Streitverkündung umfasst.³¹ Da der Gegner einer Streitverkündenden Partei im Hauptprozess keinen Einwand gegen die Teilnahme einer Streitberufenen Partei erheben kann,³² vermag eine Streitverkündungsklage die Komplexität des Hauptprozesses zu erhöhen. Der Streitverkündungskläger wird sich deshalb das hypothetische Agieren des Streitverkündungsbeklagten im Hauptprozess sehr wohl überlegen, wenngleich dessen normaltypisches Verhalten auf die Unterstützung des

²⁵ Bundesgericht, 19. Dezember 2003, 4P.155/2003, E. 8.1: «*le tiers deviendra partie à la procédure principale dès l'introduction de l'instance d'appel en cause, sans qu'il ne faille, à proprement parler, joindre les deux causes*»; DROESE (Fn. 20), S. 307, wonach das Gesamtverfahren «keine monolithische Einheit» darstellt; zum Gesamtverfahren schon unter I. bei Fn. 10.

²⁶ TANJA DOMEJ, in: Paul Oberhammer (Hrsg.), Kurzkomentar ZPO, Basel 2010, Art. 81 ZPO, N 2, sowie Art. 82 ZPO, N. 13, wo die Autorin darauf hinweist, dass das Verfahren über die Hauptklage und die Streitverkündungsklage rechtlich voneinander unabhängig bleiben, sodass verschiedene Prozessrechtsverhältnisse vorliegen, die jedoch formell in einem Verfahren zusammengefasst sind.

²⁷ CHRISTOPH LEUENBERGER/BEATRICE UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010, S. 99 unten.

²⁸ Vgl. dazu CLAUDIO BAZZANI, Vertragliche Schadloshaltung weisungsgebundener Verwaltungsratsmitglieder, Zürich 2007, S. 129 ff.; vgl. zum Anwendungsbereich der Streitverkündungsklage auch unter III.

²⁹ RAINER WEY, Die Streitverkündungsklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: Walter Fellmann/Stephan Weber (Hrsg.), HAVE Haftpflichtprozess 2010, Zürich 2010, S. 72; zu den allgemeinen Wirkungen einer einfachen Streitverkündung vgl. NINA J. FREI, Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, Art. 78 ZPO, N 16.

³⁰ Vgl. auch Art. 16 ZPO, wo die Streitverkündungsklage als «Streitverkündung mit Klage» umschrieben wird.

³¹ FREI (Fn. 29), Art. 81 ZPO, N 10.

³² FREI (Fn. 29), Art. 78 ZPO, N 16.

Streitverkündungsklägers hinauslaufen sollte. Das Interesse des Streitverkündungsbeklagten besteht dabei darin, dass die Klage im Hauptprozess im Sinne des Streitverkündungsklägers entschieden wird, sodass die Streitverkündungsklage gegenstandslos wird.

III. Anwendungsbereich der Streitverkündungsklage

A. Zusammenhang zwischen Haupt- und Streitverkündungsklage

Nach dem Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung war für die Streitverkündungsklage das bereits mit der Hauptsache befasste Gericht zuständig, sofern die geltend gemachten Ansprüche *in einem sachlichen Zusammenhang* mit der Hauptklage standen. Im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens wurde der Anwendungsbereich der Streitverkündungsklage im Wesentlichen auf Regressansprüche beschränkt.³³ Die im Gesetzesentwurf enthaltenen Voraussetzungen – die geltend gemachten Ansprüche stehen in einem sachlichen Zusammenhang mit der Hauptklage, das Gericht ist für die Ansprüche sachlich zuständig und die Ansprüche sind in der gleichen Verfahrensart zu beurteilen – wurden in der parlamentarischen Diskussion als «überflüssig» und die Streichung als «eine wesentliche redaktionelle Vereinfachung» bezeichnet.³⁴ Der geltende Art. 81 Abs. 1 ZPO, der Ansprüche erfasst, welche die beklagte Partei im Falle des Unterliegens gegen die streitberufene Person zu haben glaubt, *legt eine weite Auslegung nahe und umfasst neben den gesetzlichen Regressansprüchen, wie sie sich zwischen Personen ergeben können, die der differenzierten Solidarität des Art. 759 Abs. 1 OR unterliegen,³⁵ auch Ansprüche auf Gewährleistung, Schadloshaltung³⁶ sowie vertragliche Rückgriffsrechte.³⁷*

³³ Bundesgericht, 7. April 2009, 4A_503/2008 bzw. 4A_513/2008, E. 4.4: «A noter que l'exigence de connexité qui figurait dans le projet du Conseil fédéral a été abandonnée»; FREI (Fn. 29), Art. 81 ZPO, N 13 f.; DANIEL SCHWANDER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2010, Art. 81, N 16 ff. (21).

³⁴ Amtliches Bulletin Ständerat, 14. Juni 2007, S. 509.

³⁵ Art. 759 Abs. 3 OR; vgl. auch Bundesgericht, 18. November 2009, 4A_431/2009, E. 2.4 am Ende, sowie Chambre de recours des Kantons Waadt, JdT 2002 III, S. 151 f., wo zur Solidarität im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht vor und nach der Änderung von 1991 ausgeführt wird: «Cependant, même si elle n'a pas la même portée selon le droit applicable, les deux droits connaissent une prétention récursoire (art. 759 al. 2 aCO; art. 759 al. 3 CO).»

³⁶ Vgl. dazu das Beispiel bei Fn. 28.

³⁷ SCHWANDER (Fn. 33), Art. 81 ZPO, N 16; Botschaft ZPO (Fn. 10), S. 7284 f.

Das Gesetz bringt den erforderlichen Sachzusammenhang der Streitverkündungsklage mit der Hauptklage durch das allgemeine Erfordernis zum Ausdruck, dass die streitverkündende Partei ihre Ansprüche geltend machen will, die sie, im Falle des Unterliegens im Hauptverfahren, gegen die streitberufene Person zu haben glaubt. Leitidee der Streitverkündungsklage und des damit einhergehenden Gesamtverfahrens in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit ist letztlich der Gedanke der innergesellschaftlichen Schicksalsgemeinschaft zwischen den verschiedenen Akteuren, insbesondere den Verwaltungsräten, Geschäftsleitungsmitgliedern und der Revisionsstelle, wie er infolge gemeinsamer Schadensverursachung in der differenzierten Solidarität des Art. 759 Abs. 1 OR Ausdruck findet.

In den Anwendungsbereich der Streitverkündungsklage fällt auch eine Investment Bank, welche sich bei der Erstellung eines Emissionsprospektes für die Gesellschaft einen Fehler zu Schulden kommen liess und deshalb durch einen Verwaltungsrat, der im Hauptprozess durch einen geschädigten Anleger verklagt wird, mittels Streitverkündungsklage in ein Gesamtverfahren aus aktienrechtlicher Prospekthaftung³⁸ gezwungen werden soll. Im Zusammenhang mit einer Hauptklage aus Prospekthaftung gegen eine Bank können sich Streitverkündungsklagen gegen eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft und eine Anwaltskanzlei ergeben, welche der Bank je einen sog. *Comfort Letter* für ihren Beitrag bei der Erarbeitung des Emissionsprospektes abgegeben haben.³⁹ Dabei geht es auf der Grundlage der Prospekthaftungsklage um einen allfälligen vertraglichen Rückgriff der Bank gegen die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft und die Anwaltskanzlei.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass sich der Anwendungsbereich der Streitverkündungsklage auf sämtliche Personen erstreckt, die unter Art. 752 bis Art. 755 OR passivlegitimiert sind,⁴⁰ soweit es sich aus der Thematik, welche dem Hauptprozess zu Grunde liegt, direkt oder indirekt ergibt. Der erforderliche Sachzusammenhang zwischen Haupt- und Streitverkündungsklage wird durch die Mitverursachung nach Art. 759 Abs. 1 OR begründet, welche den entsprechenden Verursacherkreis definiert. Darüber hinaus besteht keine Solidarität und folglich im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit auch kein Rückgriff unter verschiedenen Beteiligten.⁴¹ Sofern sich verschiedene Verursacherkreise mit Bezug zum Hauptprozess abzeichnen, wird sich der Hauptkläger die mit den Streitverkündungsklagen verbun-

³⁸ Art. 752 OR.

³⁹ Vgl. allgemein PETER HERZOG/THERESE AMSTUTZ, Rechtliche Überlegungen zur Haftung des Wirtschaftsprüfers für Comfort Letters, ST 2000, S. 757 ff.

⁴⁰ Damit erhellt sich die grosse thematische Vielfalt von Streitverkündungsklagen im Kontext der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit.

⁴¹ Vgl. OLIVER HABLÜTZEL, Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, S. 55 ff. und S. 225 ff.

denen Weiterungen unter sämtlichen dieser Verursacherkreise gefallen lassen müssen.

B. Subjektive Klagenhäufung

Klagt ein Anleger wegen eines fehlerhaften Prospektes die mit der Erstellung und Verbreitung des Prospektes befasste Investment Bank ein,⁴² müssen mehrere Streitverkündungsklagen der Bank gegen verschiedene Mitglieder des Verwaltungsrates der Emittentin und deren Chief Financial Officer (CFO) sowie gegen die Revisionsstelle der Emittentin möglich sein, sofern die Investment Bank geltend machen will, dass der Schaden im Wesentlichen durch Fehler in der Rechnungslegung und Prüfung des im Prospekt verwendeten Zahlenwerkes der Emittentin verursacht wurde.⁴³ Die Bank, welche ansonsten Gefahr läuft, einen zu grossen Anteil des Schadens tragen zu müssen, der vom klagenden Anleger geltend gemacht wird, weil er die Aktien der Emittentin zu teuer erworben hat, kann aufgrund der Streitverkündungsklagen die Darstellung der arbeitsteiligen Erstellung des Emissionsprospektes anstreben, sodass es zum Gesamtverfahren aus aktienrechtlicher Prospekthaftung kommt.⁴⁴ Zwar spricht Art. 81 Abs. 1 ZPO von der «streitberufenen Person», also in der Einzahl, doch kann es keinem Zweifel unterliegen, dass die *subjektive Klagenhäufung* bei der Streitverkündungsklage zulässig ist.⁴⁵ In der Praxis wird sich der Hauptbeklagte die Streitverkündungsklage(n) freilich reiflich überlegen, um keine möglicherweise kontraproduktiven Weiterungen eines Verfahrens zu verursachen.⁴⁶

IV. Rechtsnatur der Streitverkündungsklage

Gemäss Art. 81 Abs. 1 ZPO kann die streitverkündende Partei ihre Ansprüche, die sie im Falle des Unterliegens gegen die streitberufene Person zu haben glaubt, beim Gericht, das sich mit der Hauptklage befasst, geltend machen. Es wird deshalb gesagt, die Streitverkündungsklage sei *bedingt*, da sie nur für den Fall erhoben wird,

⁴² Art. 752 OR.

⁴³ Vgl. zur Verantwortlichkeit mehrerer an der Prospekterstellung beteiligter Personen BGE 129 III 71, E. 2.6 und 2.7, sowie URS BERTSCHINGER, Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1999, N 504 ff.

⁴⁴ Art. 82 ZPO; zur Zulassung der Streitverkündungsklage unter V.

⁴⁵ Gl.M. DROESE (Fn. 20), S. 311.

⁴⁶ Vgl. das Beispiel zur Revisionsstelle bei ROLF WATTER/ANDREW M. GARBARSKI, La responsabilité solidaire du réviseur selon le projet de révision du droit de la société anonyme: changement de paradigme?, SZW 2009, S. 249.

dass die streitverkündende Partei den Hauptprozess verliert.⁴⁷ Im Kontext der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit dürfte die Streitverkündungsklage oftmals nicht erst im Zeitpunkt relevant werden, in welchem das Unterliegen des Beklagten im Hauptprozess feststeht. Vielmehr wird die Streitverkündungsklage im Rahmen des Gesamtverfahrens⁴⁸ ihre Wirkung bereits parallel zum Hauptprozess entfalten, wenngleich ein Regressanspruch des Streitverkündungsklägers erst aufgrund des (teilweisen) Unterliegens im Hauptprozess entsteht.⁴⁹

Je nach den konkreten Umständen kann der Streitverkündungskläger – zum Beispiel aus Kostengründen – dem Gericht eine spätere Behandlung eines allfälligen Regressanspruches gegenüber einem Dritten nahelegen und damit quasi versuchen, die (aufschiebend bedingte) Streitverkündungsklage zu terminieren. Auf dieser Grundlage bestimmt das Gericht – mit Blick auf die Prozessökonomie – Zeitpunkt und Umfang des Schriftenwechsels (Art. 82 Abs. 3 ZPO).

V. Zulassung der Streitverkündungsklage

Art. 81 Abs. 1 ZPO hält schlicht fest, dass die streitverkündende Partei ihre Ansprüche, die sie im Falle des Unterliegens gegen die streitberufene Person zu haben glaubt, beim Gericht geltend machen kann, das mit der Hauptklage befasst ist. Weitere Voraussetzungen stipulieren die spezifischen Bestimmungen zur Streitverkündungsklage der Schweizerischen Zivilprozessordnung nicht. Nach Art. 59 Abs. 2 ZPO tritt ein Gericht auf eine Klage nur ein, sofern die klagende Partei ein schutzwürdiges Interesse an der Klage hat. Das *Rechtsschutzinteresse* stellt eine allgemeine Prozessvoraussetzung dar, die auch bei der Streitverkündungsklage vorliegen muss. Am Rechtsschutzinteresse fehlt es dem Streitverkündungskläger insbesondere, wenn er die Streitverkündungsklage(n) im Rahmen der Verteidigung gegen die Hauptklage letztlich nur zum Zwecke der «Vernebelung» der tatsächlichen Verhältnisse benutzen will, womit er gegen *Treu und Glauben* (Art. 52 ZPO) verstösst.⁵⁰

⁴⁷ ISAAK MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2010, S. 182; ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht, Zürich 2008, S. 176, zur streitberufenen Person als «bedingt beklagte Hauptpartei»; vgl. auch Bundesgericht, 18. November 2009, 4A_431/2009, E. 2.6.

⁴⁸ Vgl. dazu schon unter I.

⁴⁹ DOMEJ (Fn. 26), Art. 81 ZPO, N. 3, wonach der mit der Streitverkündungsklage geltend gemachte Anspruch bedingt sei, nicht jedoch die Klage selbst; vgl. Bundesgericht, 18. November 2009, 4A_431/2009, E. 2.6.

⁵⁰ Dazu eingehender unter VII.

Nach einem Teil der Lehre soll den Gerichten in der Zulassung von Streitverkündungsklagen ein erhebliches Ermessen zukommen.⁵¹ Das Gericht muss folglich aufgrund einer «*Abwägung aller involvierten Interessen*» zum Schluss gelangen, dass die Zulassung der Streitverkündungsklage «*ein zweckmässiger und effizienter Weg zur Lösung der Rechtsstreitigkeit darstellt*».⁵² Konkret sollen die Interessen des Streitverkündungsklägers – insbesondere an der Verhinderung eines separaten Regressprozesses vor einem anderen Gericht – gegen die Interessen des Hauptklägers – insbesondere mit dem Ziel der Vermeidung einer Verfahrensverzögerung – sowie die Interessen des Streitverkündungsbeklagten – insbesondere an der Verhinderung eines Gerichtsverfahrens vor einem fremden Gericht – gegeneinander abgewogen werden.⁵³ Dass die streitverkündungsbeklagte Partei, etwa ein Mitglied des Verwaltungsrates oder eine faktische Organperson, welche von der Revisionsstelle in den Kontext eines Hauptprozesses gezogen werden soll, ihren Wohnsitzgerichtsstand verliert, ergibt sich schon aus Art. 16 ZPO.⁵⁴ Dieses Interesse der streitverkündungsbeklagten Partei fällt im Rahmen des Zulassungsverfahrens gemäss Art. 82 ZPO somit ohne Weiteres ausser Betracht, sofern der Hauptprozess nicht bloss deshalb geführt wird, um an diesem Gerichtsstand eine Streitverkündungsklage gegen eine Drittpartei zu führen (*Gerichtsstandsmissbrauch*).⁵⁵

Soweit geltend gemacht wird, dass das Rechtsschutzsystem in erster Linie einer möglichst effizienten und kostengünstigen Rechtsprechung diene,⁵⁶ finden sich im Schrifttum Verweise auf die einstigen kantonalen Vorschriften, wonach das Gericht

⁵¹ ANNE-CATHERINE HAHN, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2010, Art. 82, N 6.

⁵² FREI (Fn. 29), Art. 81 ZPO, N 19; vgl. zur Rechtslage unter kantonalem Zivilprozessrecht Bundesgericht, 18. November 2009, 4A 431/2009, E. 2.7: «qui devra en particulier, basée sur l'art. 83 CPC/VD, procéder à une véritable pesée des intérêts et se demander si, dans les circonstances d'espèce, l'intérêt à l'appel en cause l'emporte sur l'inconvénient que constituent l'alourdissement et la prolongation du procès».

⁵³ FREI (Fn. 29), Art. 81 ZPO, N 19.

⁵⁴ FREI (Fn. 29), Art. 16 ZPO, N 3, mit dem Hinweis, dass die streitverkündungsbeklagte Partei die Einrede des Wohnsitzgerichtsstandes gestützt auf Art. 30 Abs. 2 der Bundesverfassung nicht erheben könne; diese Bestimmung sieht ausdrücklich vor, dass das Gesetz einen anderen Gerichtsstand vorsehen kann. Für den Gerichtsstand des Hauptprozesses vgl. Art. 40 ZPO.

⁵⁵ Vgl. auch Art. 6 Ziff. 2 LugÜ, wonach die (von dieser Bestimmung erfasste) Streitverkündungsklage nicht zulässig ist, sofern sie nur erhoben wird, um diese Person (Streitverkündungsbeklagte) dem für sie zuständigen Gericht zu entziehen (dazu THOMAS MÜLLER, in: Felix Dasser/Paul Oberhammer (Hrsg.), Kommentar zum Lugano-Übereinkommen (LugÜ), Bern 2008 (Stämpfli Handkommentar SHK), Art. 6, N 90 ff.; JAN KROPHOLLER/JAN VON HEIN, Europäisches Zivilprozessrecht, 9. Auflage, Frankfurt am Main 2011, Art. 6 EuGVO, N 32); mit Bezug auf Art. 6 Ziff. 2 LugÜ auch FREI (Fn. 29), Art. 81 ZPO, N 22.

⁵⁶ Der Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission (zur ZPO), Juni 2003, S. 47, hält fest, dass es zentrales Anliegen der Schweizerischen Zivilprozessordnung sei, konnexe Verfahren möglichst unter der Leitung eines einzigen Gerichtes zu erledigen, sofern dies im Einzelfall prozessökonomisch sei; vgl. auch HAHN (Fn. 51), Art. 81 ZPO, N 6.

einen «appel en cause» zurückweisen durfte, falls es aufgrund der Zulassung zu einer übermässigen Ausweitung des Verfahrens gekommen wäre. So sah etwa Art. 104 Abs. 2 der einstigen Genfer Zivilprozessordnung vor: *S'il en résulte une complication excessive du procès, le juge peut refuser l'appel en cause.*⁵⁷ Wenngleich die Schweizerische Zivilprozessordnung keine derartige Ausschlussmöglichkeit vorsieht, sollen die Gerichte nach einer Lehrmeinung auf eine Streitverkündungsklage nicht eintreten müssen, falls die Zulassung «zu einem ausufernden Gerichtsverfahren führen (würde), so dass die Verfahrenseffizienz in keiner Weise mehr gewährleistet wäre».⁵⁸ Unter dieser Voraussetzung fehle es am Rechtsschutzinteresse.⁵⁹ Diese Auffassung trägt nach der mehrheitlich vertretenen Auffassung nicht.⁶⁰ Die Komplexität der Sache bzw. prozessökonomische Überlegungen lassen sich nicht mit dem Rechtsschutzinteresse verknüpfen, soweit der Streitverkündungskläger die Komplizierung des Verfahrens nicht zum Zwecke der Verteidigung im Hauptprozess missbrauchen will.⁶¹ Abgesehen von diesen pathologischen Fällen ist die durch die Schadensverursacher gesteuerte Komplexität des Gesamtverfahrens durch den Kläger kaum zu beeinflussen und deshalb auch nicht zu vertreten. Es liegt geradezu in der Natur der Streitverkündungsklage, dass sie tendenziell zu einem Anwachsen des gesamten Prozessstoffes führt, weshalb allein darin kein Grund zu erblicken ist, den Streitverkündungsklagen die Zulassung zu verweigern. Das Gesamtverfahren für aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklagen, das sich aus dem mitunter komplexen System «Aktiengesellschaft» ableitet, muss grundsätzlich unabhängig von der Komplexität des gesamten Prozessstoffes gewährleistet bleiben.⁶² Die Materialien stüt-

⁵⁷ Dieselbe Regelung war auch in Art. 83 Abs. 2 der Zivilprozessordnung des Kantons Waadt enthalten. Art. 53 Abs. 2 der Zivilprozessordnung des Kantons Wallis sah folgende Regelung vor: *D'office ou à la requête des parties, le juge peut refuser l'appel en cause ou prononcer la disjonction à n'importe quel stade du procès lorsqu'il en résulterait une prolongation ou des difficultés excessives de la procédure.*

⁵⁸ FREI (Fn. 29), Art. 81 ZPO, N 20; DAVID HOFMANN/CHRISTIAN LÜSCHER, *Le Code de procédure civile*, Bern 2009, S. 56, «en cas de complication excessive du procès»; PASCAL GROLIMUND, *Zivilprozess und Versicherung*, HAVE 2008, S. 231, der es ebenfalls für denkbar hält, dass die Gerichte auf Erwägungen zur Prozessökonomie abstellen, das heisst auf Fragen der Prozessdauer und der sachlichen und beweisrechtlichen Nähe der Streitverkündungsklage zum Hauptprozess; ähnlich unter der E-ZPO CHRISTOPH LEUENBERGER, *Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahre 2006*, ZBJV 2008, S. 193.

⁵⁹ FREI (Fn. 29), Art. 81 ZPO, N 20; DIES. (Fn. 22), S. 126: «Führt die Streitverkündungsklage zu einem ausufernden Gerichtsverfahren, so dass die Steigerung der Verfahrenseffizienz nicht mehr gewährleistet ist, muss das Rechtsschutzinteresse an der Streitverkündungsklage verneint werden, weshalb auf diese nicht eingetreten werden kann.»

⁶⁰ DOMINIK GASSER/BRIGITTE RICKLI, *Schweizerische Zivilprozessordnung Kurzkommentar*, St. Gallen 2010, Art. 81, N 9; DOMEJ (Fn. 26), Art. 82 ZPO, N 7, die ein Ermessen des Gerichts in der Zulassung der Streitverkündungsklage ablehnt; kritisch auch LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (Fn. 27), S. 101 f.; WEY (Fn. 29), S. 70 f.

⁶¹ Dazu unter VII.

⁶² GL.M. DROESE (Fn. 20), S. 310 und 316, was nach diesem Autor «der Rechtssicherheit allemal dienlich ist»; unter den einstigen kantonalen Prozessbestimmungen war dies anders; vgl. dazu

zen diese Auffassung aufgrund des Hinweises, dass das Zulassungsverfahren «gewissermassen an die Stelle des Schlichtungsverfahrens» trete.⁶³ Auch die Schlichtungsbehörde kann keine Opportunitätsüberlegungen hinsichtlich des weiteren Vorgehens der Parteien einbringen, sofern der Aussöhnungsversuch scheitert.⁶⁴

Mit der in Art. 82 Abs. 3 ZPO vorgesehenen Möglichkeit, den Haupt- und den Streitverkündungsprozess zu trennen, bleibt es dem Gericht überlassen, komplexe Gesamtverfahren einer schrittweisen Analyse und Beurteilung zuzuführen. Mit anderen Worten fliessen prozessökonomische Überlegungen aufgrund des Vorbehaltes von Art. 125 lit. b ZPO zur Trennung von Klagen ein, jedoch nicht bereits im Rahmen des Zulassungsverfahrens gemäss Art. 82 ZPO.

Das Zulassungsverfahren ist *kein summarisches Vorprüfungsverfahren*. Die Stellungnahmen der Gegenpartei des Hauptprozesses sowie der streitberufenen Partei gemäss Art. 82 Abs. 2 ZPO dienen nicht einer vertiefenden, materiellen Plausibilitätsprüfung der potentiellen Ansprüche des Streitverkündungsklägers.⁶⁵ Es ist deshalb ausreichend, wenn ein nachvollziehbares Interesse an der Streitverkündungsklage

BGE 132 I 13, E. 5.3, auf der Grundlage von Art. 104 Abs. 2 der Genfer Zivilprozessordnung (siehe bei Fn. 57): «l'objet de l'action principale paraissait a priori complexe et ... l'admission de 53 prétentions différentes venant s'y greffer rendrait le procès pratiquement impossible à conduire».

⁶³ Botschaft ZPO (Fn. 10), S. 7285; SCHWANDER (Fn. 19), S. 373; kritisch FREI (Fn. 29), Art. 81, N 39, mit der meines Erachtens zutreffenden Begründung, dass das Schlichtungsverfahren eine andere Funktion habe als das Zulassungsverfahren gemäss Art. 82 ZPO.

⁶⁴ Vgl. Art. 197 ff. ZPO und insbesondere Art. 207 Abs. 2 ZPO.

⁶⁵ In diesem Sinne auf der Grundlage von Art. 104 Abs. 1 der Genfer Zivilprozessordnung (Une partie peut appeler un tiers en cause si elle a un intérêt direct à contraindre un tiers à intervenir au procès: (a) soit qu'elle puisse faire valoir contre lui, si elle succombe, une prétention récursoire ou en dommages-intérêts; (b) soit qu'elle entende lui opposer le jugement; (c) soit enfin qu'elle fasse valoir contre lui des prétentions connexes à celles qui sont en cause) Bundesgericht, 17. November 2010, 4A_462/2010, E. 2.2: «Pour que l'appel soit recevable à la forme, il suffit dès lors que les prétentions de l'appelant soit alléguées avec une vraisemblance suffisante. Autrement dit, le juge de l'incident ne doit pas préjuger le droit litigieux (en l'occurrence, les prétentions de l'intimé contre la recourante), mais se satisfaire d'une vraisemblance»; Bundesgericht, 6. Juli 2006, 4P.116/2006, E. 3.4.2: «Il ne s'agissait donc pas de se prononcer sur le bien-fondé matériel des prétentions à la base de l'action, mais il fallait seulement se demander si les motifs invoqués par l'organe de contrôle étaient suffisamment pertinents pour justifier la recevabilité des appels en cause»; Bundesgericht, 12. November 2003, 4P.161/2003, E. 4.3.2, zur Walliser Zivilprozessordnung, wo davon gesprochen wird, dass «les moyens juridiques de l'appelant contre le tiers doivent apparaître juridiquement plausibles» und der appel en cause gestützt auf Art. 753 OR (Gründungshaftung) gegen eine Bank, die kurz vor einer Gesellschaftsgründung Kredite gesprochen hatte, abgelehnt wurde, weil der Anspruch des Streitverkündungsklägers gegen die Bank nicht als «juridiquement vraisemblable» erschien; unter der Waadtländer Zivilprozessordnung Chambre de recours Waadt, JdT 2002 III S. 152, E. 3.b: «le juge ne doit pas préjuger le droit en litige, mais s'en tenir à une vraisemblance et admettre l'appel en cause, pourvu que celui-ci ait une apparence de raison (...). Cette apparence doit reposer sur des indices objectifs, qu'il incombe à l'appelant d'apporter, et non sur une simple affirmation de sa part»; wohl a.M. HAHN (Fn. 51), Art. 82 ZPO, N 5.

im Sinne eines potentiellen Regressinteresses gegenüber dem Streitverkündungsbe-
klagten aufgezeigt werden kann. Aufgrund der Begründung des Streitverkündungs-
klägers muss meines Erachtens mindestens *ein Bezug in genereller Art* zu den im
Hauptprozess geltend gemachten Ansprüchen aus aktienrechtlicher Verantwortlich-
keit sichtbar werden, der in einen Regressanspruch gegen den Streitverkündungsbe-
klagten münden könnte. Das Bundesgericht hat auf der Grundlage einer kantonalen
Prozessbestimmung schon von der «*vraisemblance suffisante*» gesprochen⁶⁶ und
scheint eine summarische Begründung genügen zu lassen.⁶⁷ Die spezifischen Nach-
weise sind erst Gegenstand des Schriftenwechsels, wie er vom Gericht nach Art. 82
Abs. 3 ZPO angeordnet wird.⁶⁸ An einer «genügenden Wahrscheinlichkeit» zur Zulas-
sung einer Streitverkündungsklage könnte es zum Beispiel fehlen, wenn der Streit-
verkündungsbeklagte nur diffus als faktisches Organ der Gesellschaft dargestellt
wird und gleichwohl für einen Teilschaden zur Verantwortung gezogen werden
soll.⁶⁹ Wenngleich die faktische Organschaft als Haftungskonzept in der aktienrecht-
lichen Verantwortlichkeit längst eingeschliffen ist, bleiben die Konturen im Einzelfall
oftmals etwas unscharf, was unter Umständen gegen die Zulassung einer Streitver-
kündungsklage sprechen kann.⁷⁰

⁶⁶ Vgl. dazu Fn. 65.

⁶⁷ Bundesgericht, 17. März 2008, 4D_81/2007 (die in BGE 134 III 379 publizierte Fassung enthält lediglich einige Erwägungen, die sich auf das Bundesgerichtsgesetz beziehen), E. 3.4, wonach die Streitverkündungsklage gegen einen weiteren Verwaltungsrat durch im Hauptprozess be-
klagte Verwaltungsräte der Gesellschaft nach Auffassung des Bundesgerichts durch die Vorin-
stanz zu Unrecht abgelehnt wurde, obwohl die Beschwerdeführer etwas unspezifisch begrün-
det hatten. Die kantonale Instanz hatte den Beschwerdeführern hingegen noch vorgeworfen,
sie hätten keine «*motifs spécifiques*» zur Begründung des «*appel en cause*» vorgetragen.

⁶⁸ Botschaft ZPO (Fn. 10), S. 7285 (Hervorhebung durch den Verfasser): «Erst nach Abschluss des
Zulassungsverfahrens ist eine *einlässliche* Klageschrift einzureichen»; vgl. auch FREI (Fn. 29),
Art. 82 ZPO, N 8, mit dem Hinweis, dass die Streitverkündungsklage im Rahmen des Zulas-
sungsverfahrens noch nicht im Detail zu substantiieren sei.

⁶⁹ Vgl. Chambre de recours, Waadt, JdT 2002 III S. 151 ff., wo der Streitverkündungskläger eine
Drittgesellschaft als faktisches Organ auffasste, aber die Verwaltungsräte der Drittgesellschaft
ins Recht fassen wollte, sodass das Gericht eine Solidarität zwischen den Organpersonen der
konkursiten Gesellschaft und den Organpersonen der Drittgesellschaft unter Art. 759 OR ver-
neinte. Zur faktischen Organschaft der Drittgesellschaft hielt das Gericht fest: «*même s'il res-
sort des procès verbaux du Conseil d'administration de cette société (Drittgesellschaft) qu'elle a
discuté les résultats et les perspectives de Terraz SA (konkursite Gesellschaft) et pris certaines
décisions dans cette optique, il s'agit plus vraisemblablement d'actes relevant de ses prérogati-
ves d'actionnaire majoritaire que d'actes de gestion proprement dits*».

⁷⁰ Vgl. allgemein ROGER MORF, in: Myriam A. Gehri/Michael Kramer (Hrsg.), ZPO Kommentar, Zürich
2010, Art. 82, N 6; vgl. auch LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (Fn. 27), S. 101, wonach die Zulassung zu
verweigern sei, wenn Regressansprüche des Streitverkündungsklägers gegen die streitberufene
Partei im Falle des Unterliegens im Hauptprozess «*offensichtlich nicht gegeben sind*».

VI. Schranken eines Gesamtverfahrens

A. Verbot des Kettenappells

Schon die Botschaft zur ZPO räumt ein, dass die Streitverkündungsklage «zu einer gewissen Komplikation und Verlängerung des Prozesses führt».⁷¹ Vor diesem Hintergrund untersagt Art. 81 Abs. 2 ZPO den Kettenappell. Eine streitberufene Person kann keine weitere Streitverkündungsklage erheben, um eine zu grosse Komplizierung und Verzögerung des Verfahrens zu vermeiden.⁷² Damit hat der Bundesgesetzgeber eine feste Schranke gegen das umfassende Gesamtverfahren errichtet. In der Vernehmlassung wurde diese Regelung auch mit Blick auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeit kritisiert.⁷³ In den einstigen kantonalen Zivilprozessordnungen, welche den «appel en cause» kannten, finden sich sowohl Regeln, welche den Kettenappell unterbunden haben,⁷⁴ als auch Bestimmungen, die ihn unbeschränkt zuliesen.⁷⁵ Die Regelung der Schweizerischen Zivilprozessordnung ermöglicht unter Umständen bloss eine vereinfachte Abbildung der tatsächlichen Verhältnisse in den Gesellschaften und erscheint deshalb in gewissem Sinne als realitätsfremd, soll aber, wie erwähnt, die Komplexität der Verfahren im gerichtlichen Alltag in einem überschaubaren Rahmen halten. Um die Unterbrechung von Regressketten möglichst zu verhindern, fällt allenfalls die Überweisung von Klagen gemäss Art. 127 ZPO in Betracht.⁷⁶ Möglich bleibt auch eine einfache Streitverkündung⁷⁷ durch den Streitverkündungsbeklagten,⁷⁸ die allerdings nicht ohne Weiteres in ein Gesamtverfahren mündet. Für die Revisoren kann der sog. «virtuelle» Regressprozess (zwischen den geschäftsführenden Organpersonen und der Revisionsstelle) gemäss Art. 759

⁷¹ Botschaft ZPO (Fn. 10), S. 7285.

⁷² Botschaft ZPO (Fn. 10), S. 7285; zustimmend («wohl berechtigt») WEY (Fn. 29), S. 70.

⁷³ Vgl. Vernehmlassung des Freiburger Anwaltsverbandes (OAFIR), in: Zusammenstellung der Vernehmlassungen, Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Schweizerische Zivilprozessordnung, 2004, S. 220: «Des appels en cause en chaîne doivent pouvoir être admis si le lien de connexité est donné (par exemple, action en responsabilité contre un organe de révision, lequel appelle en cause l'administrateur, lequel devrait pouvoir aussi appeler en cause un directeur).»

⁷⁴ Art. 56 Abs. 1 der Walliser Zivilprozessordnung: L'appelé en cause ne peut appeler une deuxième personne.

⁷⁵ Art. 87 der Zivilprozessordnung des Kantons Waadt: (1) L'appelé peut à son tour demander d'appeler en cause une autre personne par requête déposée dans les vingt jours. (2) Cette demande suit les mêmes formes que celle du défendeur. (3) Un second appelé peut à son tour appeler en cause une troisième personne et ainsi de suite.

⁷⁶ Botschaft ZPO (Fn. 10), S. 7285, mit dem zusätzlichen Hinweis, dass die Prozesse grundsätzlich getrennt geführt würden; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (Fn. 27), S. 101 (Rz. 3.68); HAHN (Fn. 51), Art. 81 ZPO, N 17; vgl. auch DOMEJ (Fn. 26), Art. 81 ZPO, N 7.

⁷⁷ Art. 78 ff. ZPO.

⁷⁸ MORF (Fn. 70), Art. 81 ZPO, N 12; DOMEJ (Fn. 26), Art. 81 ZPO, N 7.

Abs. 1^{bis} E-OR⁷⁹ zur Füllung von Sachverhaltslücken dienen, die durch das Verbot des Kettenappells entstehen können.

Der JUBILAR hat sich kritisch zum Verbot des Kettenappells geäußert, da er «insbesondere in komplexen Verantwortlichkeitsprozessen» im vollen Regress in Kaskaden «ganz erhebliche Vorteile» der Streitverkündungsklage erblickt.⁸⁰ Folgt man dieser Auffassung, hätte sich der Gesetzgeber bei der Streitverkündungsklage am Vorbild der einfachen Streitverkündung orientieren sollen, wonach die Kettenstreitverkündung zulässig ist (Art. 78 Abs. 2 ZPO). Eine Sondervorschrift für die aktienrechtliche Verantwortlichkeit erscheint aufgrund des personellen Gefüges, wie es sich durch die Corporate Governance ergibt, allemal als diskutabel. Denkbar wäre ein neuer Art. 759 Abs. 4 OR, etwa wie folgt: Die Streitverkündungsklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung durch streitberufene Personen ist zulässig.

B. Trennung von Klagen

Art. 82 Abs. 3 ZPO sieht vor, dass im Falle der Zulassung der Streitverkündungsklage das Gericht den Zeitpunkt und Umfang des Schriftenwechsels bestimmt. Sodann enthält diese Bestimmung einen Vorbehalt zu Gunsten von Art. 125 ZPO. Gemäss Art. 125 lit. b ZPO ist die Trennung von Klagen möglich, was dem Gesamtprozess in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit allenfalls abträglich wäre.⁸¹ Es wird sich weisen müssen, ob die Gerichte die mit den Streitverkündungsklagen einhergehende steigende Komplexität der Verantwortlichkeitsprozesse eher scheuen und der Gesamtüberblick des Gerichts über die Schadensverursachung aufgrund der Trennung von Klagen tatsächlich erheblich eingeschränkt wird. Selbst eine (rechtspolitisch zu diskutierende) Gesetzesbestimmung, wonach das Gericht – unter dem (engen) Vor-

⁷⁹ Dazu X.B.

⁸⁰ SCHWANDER (Fn. 19), S. 371 f., der die gesetzliche Regelung auch mit der «plötzlichen Angst (des Gesetzgebers) vor dem eigenen Mut» begründet (S. 371 unten); vgl. auch LAURA JACQUEMOUD-ROSSARI, *Les parties et les actes des parties; le défaut; la notification et les délais*, in: Suzana Lukic (Hrsg.), *Le Project de Code de procédure civile fédérale*, CEDIDAC, Lausanne 2008, S. 105 f., welche den Kettenappell unter dem Gesichtspunkt der «économie de procédure» mit Blick auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeit ausdrücklich befürwortet, dem Gericht im Falle einer übermässigen Komplizierung des Prozesses nach dem Vorbild einstiger kantonalrechtlicher Vorschriften allerdings die Möglichkeit zur Ablehnung der Streitverkündungsklage gewähren wollte; eher kritisch zum Verbot des Kettenappells auch DROESE (Fn. 20), S. 311.

⁸¹ Vgl. FREI (Fn. 29), Art. 82 ZPO, N 27, mit dem Hinweis, dass die Vorteile einer Streitverkündungsklage auch bei einer Trennung der Verfahren nicht ganz verloren gehen, da beide Streitsachen (Haupt- und Streitverkündungsprozess) bei demselben Gericht hängig bleiben; DROESE (Fn. 20), S. 317 f., der darauf hinweist, dass der Streitverkündungsbeklagte selbst bei einer Abtrennung der Klagen im Hauptprozess voraussetzungslos intervenieren und dabei auch Bestreitungen vorbringen könne. Nach Einschätzung dieses Autors erleidet die Konsistenz der Entscheide somit keinen Schaden.

behalt des Rechtsmissbrauchs⁸² – die Streitverkündungsklage(n) in einem aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozess ohne Möglichkeit einer Trennung von Klagen zulassen müsste, wäre als Ausfluss der Corporate Governance bzw. aufgrund des gesetzlich angeordneten Zusammenspiels der Gesellschaftsorgane – geschäftsführende Organpersonen einerseits und Revisoren andererseits – vertretbar. Mit Blick auf das aktienrechtliche Verantwortlichkeitsrecht erscheinen Regeln als sachfremd, die getrennte Prozesse gegen Revisoren und geschäftsführende Organpersonen begünstigen.⁸³

VII. Rechtsmissbräuchliche Streitverkündungsklagen

Beim Verbot der Prozessverzögerung handelt es sich um eine aus Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) fliessende allgemeine Rechtspflicht.⁸⁴ Art. 52 ZPO schreibt für den Prozess vor, dass alle am Verfahren beteiligten Personen nach Treu und Glauben handeln müssen. In einem Urteil vom Dezember 2005 zum Genfer Kantonalbankendebakel hat das Bundesgericht die Streitverkündungsklagen («appels en cause») einer Revisionsstelle unter der einstigen Genfer Zivilprozessordnung abgelehnt, weil deren Zulassung zu einem Verfahren mit über 50 Parteien geführt hätte. Damit wäre das Verfahren nach Auffassung des Bundesgerichts «pratiquement impossible à conduire» geworden, wogegen die erste Gerichtsinstanz, abgesehen von zwei Fällen, über 50 Streitverkündungsklagen zugelassen hatte.⁸⁵ Allerdings liess sich die Ablehnung der Streitverkündungsklagen auf den einstigen Art. 104 Abs. 2 der Genfer Zivilprozessordnung stützen: *S'il en résulte une complication excessive du procès, le juge peut refuser l'appel en cause.*⁸⁶ Im erwähnten Fall hat das Bundesgericht – ohne eingehendere Begründung – der Revisionsstelle zudem vorgeworfen, dass die «*appels en cause ... en réalité qu'un but dilatoire*» verfolgten, also nach Auffassung des Gerichts der blossen Verfahrensverzögerung dienten,⁸⁷ womit der Rechtsmissbrauch angesprochen ist. In einem derartigen Fall erschiene die grosse Zahl von Streitverkündungsbeklagten quasi als ein Mittel des Streitverkündungsklägers (und Beklagten im Hauptprozess) zur «Verwischung» der tatsächlichen Verhältnisse. Die (grosse)

⁸² Vgl. VII.

⁸³ WEY (Fn. 29), S. 74, hält fest, dass der Spielraum zur Trennung von Klagen nicht dazu verwendet werden darf, die mit dem neuen Rechtsinstitut angestrebten Ziele zu unterlaufen.

⁸⁴ VOGEL/SPÜHLER (Fn. 15), S. 179 f.

⁸⁵ BGE 132 I 13, E. 5.3 sowie zum Gang des Verfahrens auf S. 15.

⁸⁶ Vgl. auch bei und in Fn. 57; zum einstigen Art. 83 Abs. 2 der Zivilprozessordnung des Kantons Waadt BGE 134 III 379, *Faits A.*, wonach die kantonale Instanz die «appels en cause» durch zwei im Hauptprozess beklagte Verwaltungsräte gegen acht weitere Verwaltungsräte der Gesellschaft als eine «*complication excessive du procès*» qualifizierte.

⁸⁷ BGE 132 I 13, E. 5.3.

Zahl von Streitverkündungsbeklagten allein vermag den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs gegenüber dem Streitverkündungskläger allerdings nicht zu rechtfertigen.

Unter praktischem Gesichtspunkt ist der Streitverkündungskläger sicherlich gut beraten, sich genauestens über die «richtige Dosis» der Ausweitung des Verfahrens auf weitere Personen Gedanken zu machen, um sich nicht dem Vorwurf des treuwidrigen Verhaltens auszusetzen. Der Streitverkündungskläger wird deshalb im Zulassungsverfahren in groben Zügen das Fundament seiner potentiellen Ansprüche gegen die verschiedenen Streitverkündungsbeklagten darlegen (Art. 82 Abs. 1 ZPO).⁸⁸ Auf dieser Grundlage stellt das aus Art. 52 ZPO fließende Verbot des Rechtsmissbrauchs zur Verhinderung eines ausufernden Gesamtprozesses eine hohe Hürde dar. Streitverkündungsklagen gegen eine Mehrheit von Beklagten – was in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen durchaus keine Seltenheit darstellen dürfte – stellen, wie erwähnt, grundsätzlich kein Handeln im Widerspruch zu Treu und Glauben dar. Und schliesslich steht nach der Rechtsprechung nichts entgegen, die Beschwerde gegen den negativen Zulassungsentscheid des Gerichts⁸⁹ auf einzelne Streitverkündungsbeklagte zu begrenzen.⁹⁰

VIII. Ergebnis des Gesamtverfahrens

Ein Gesamtverfahren aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit ermöglicht, den «Scherbenhaufen» in einem Aufwisch zu bereinigen. Die praktischen Auswirkungen der Liquidation des Gesamtschadens lassen sich aufgrund eines Urteils des Bundesgerichts aus dem Jahre 1996 veranschaulichen. Vor einem Genfer Gericht wurde zunächst ausschliesslich die Revisionsstelle eingeklagt. In der Folge hat die Revisionsstelle gegen zwei Verwaltungsräte sowie die Buchhalterin der Gesellschaft Streitverkündungsklagen («appels en cause») erhoben.⁹¹ Im konkreten Fall resultierte eine Schadensverteilung zwischen den (primären) geschäftsführenden Organpersonen

⁸⁸ Dazu schon unter V.

⁸⁹ Art. 82 Abs. 4 ZPO.

⁹⁰ Dem Urteil des Bundesgerichts vom 17. März 2008, 4D_81/2007, E. 2 (nicht publiziert in BGE 134 III 379), lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Zwei im Hauptprozess durch Abtretungsgläubiger beklagten Verwaltungsräten wurde nach Eintritt der Überschuldung der Gesellschaft eine verspätete Bilanzdeponierung vorgeworfen. Vor der kantonalen Instanz erhoben die Beklagten gestützt auf die waadtländische Zivilprozessordnung «appels en cause» gegen acht weitere Mitglieder des Verwaltungsrates. Nachdem diese «appels en cause» nicht zugelassen wurden, beschränkte sich der Rechtsstreit vor Bundesgericht auf die Streitverkündungsklage gegen denjenigen Verwaltungsrat, der in der Periode, in welcher der Schaden bis zur Konkurseröffnung offenbar entstanden war, als einziger Verwaltungsrat der Gesellschaft amtierte.

⁹¹ Bundesgericht, 3. März 1998, 4C.506/1996, Faits B.

und der (sekundären) Revisionsstelle⁹² von drei Vierteln zu einem Viertel, was unter den gegebenen Umständen die Verantwortung aus dem angemessenen Verhältnis zwischen Führung und Kontrolle reflektiert. In der für die Feststellung der Schadensbeiträge zentralen Passage des Entscheides hält das Bundesgericht Folgendes fest:⁹³ *«La cour cantonale a évalué à trois quarts – un quart la mesure dans laquelle le dommage à réparer pouvait être imputé, respectivement, à la lésée et à la défenderesse. Elle a considéré, à juste titre, que les circonstances imputables à la demanderesse – agissements de l'aide-comptable et négligence des administrateurs – avaient contribué de manière nettement prépondérante à la survenance de ce dommage, quand bien même les omissions de la défenderesse n'y étaient pas étrangères. Quant à la proportion retenue dans l'arrêt attaqué, elle repose essentiellement sur le pouvoir d'appréciation du juge du fait, auquel la juridiction fédérale de réforme n'a pas à substituer le sien propre lorsque, comme c'est ici le cas, l'autorité cantonale n'a pas laissé de côté des circonstances pertinentes pour l'application du droit et ne s'est pas non plus fondée sur des faits qu'elle n'avait pas à prendre en considération sous cet angle.»*

Die Streitverkündungsklage soll in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit eine Schadensregelung durch ein einziges Gericht unter Einbezug der wesentlichen Schadensverursacher gewährleisten. Damit knüpft das Prozessrecht an die Corporate Governance an, in welcher das Zusammenspiel der verschiedenen Organpersonen einen zentralen Stellenwert einnimmt. Die isolierte Beurteilung einzelner Schadensverursacher im Prozess steht im krassen Widerspruch zu den Strukturen der Aktiengesellschaft, die auf ein Zusammenwirken der unter den Art. 752 bis Art. 755 OR passivlegitimierten Personen ausgelegt sind. Die Streitverkündungsklage ist deshalb eine logische Antwort des Prozessrechts auf den gestiegenen Reifegrad der Corporate Governance-Diskussion in der Schweiz. Sofern keine Trennung der Klagen erfolgt,⁹⁴ leuchtet es nach dem Gesagten ohne Weiteres ein, dass ein *Gesamturteil* über den Haupt- und den bzw. die Streitverkündungsprozess(e) ergeht.⁹⁵

Die Möglichkeit, *Rechtsmittel* gegen das Urteil zu ergreifen, richtet sich nach der Parteistellung in den einzelnen Prozessverhältnissen.⁹⁶ Darüber hinaus besteht die Legitimation zur Ergreifung eines Rechtsmittels, soweit eine Partei (zum Beispiel ein Streitverkündungsbeklagter) durch ein Prozessverhältnis unter Dritten (zum Beispiel den Hauptprozess) materiell beschwert ist.⁹⁷

⁹² Vgl. BGE 129 III 129 (134), E. 8, wo die Revisionsstelle als «organe secondaire qui n'intervient que de manière sporadique» bezeichnet und ihr «une position atypique dans la société anonyme» attestiert wird; ebenso Bundesgericht, 8. August 2005, 4C.118/2005, E. 4.3.

⁹³ Bundesgericht, 3. März 1998, 4C.506/1996, E. 9.

⁹⁴ Vgl. zur Trennung von Klagen unter VI.B.

⁹⁵ WEY (Fn. 29), 74 f.; FREI (Fn. 22), S. 152 f.

⁹⁶ Vgl. dazu bei Fn. 25.

⁹⁷ WEY (Fn. 29), S. 75.

IX. Kosten

Den Kosten, die mit einem Prozessverfahren verbunden sind, kommt in der Praxis bekanntlich eine erhebliche Steuerungsfunktion für das Verhalten der Prozessparteien zu. Mit Art. 98 ZPO hat der Gesetzgeber die Grundlage für einen *Kostenvorschuss* zu Lasten der klagenden Partei bis zur Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten geschaffen. Die Bestimmung ist als Kann-Vorschrift formuliert. Art. 98 ZPO gilt auch für die Streitverkündungsklage. Soll die aktienrechtliche Verantwortlichkeit in einem Gesamtverfahren beurteilt werden, kann sich in der Haupt- und der Streitverkündungsklage seitens des Gerichts von allem Anfang an ein erheblicher Aufwand ergeben, sodass auch die Streitverkündungsklage vom Kläger normal zu bevorschussen ist.⁹⁸

Die Konnexität von Haupt- und Streitverkündungsklage, wie sie in Art. 81 Abs. 1 ZPO Ausdruck findet, zeigt sich auch in der Frage der *Kostenpflicht* des Streitverkündungsbeklagten im Falle des Obsiegens des Beklagten (und Streitverkündungsklägers) im Hauptprozess. Der Streitverkündungsbeklagte hat nach einer Meinung die mit der Gegenstandslosigkeit der Streitverkündungsklage verbundenen Kosten zu tragen.⁹⁹ Allerdings ermöglicht Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO die Prozesskosten bei Gegenstandslosigkeit nach Ermessen des Gerichts zu verteilen,¹⁰⁰ was sich auch mit dem beschränkten Fokus des Zulassungsverfahrens¹⁰¹ erklärt.

X. Materiell-rechtliche Alternativen zur Streitverkündungsklage?

A. Ausreizung der differenzierten Solidarität

In der Praxis ist die Abweisung von Streitverkündungsklagen (*appels en cause*) schon damit begründet worden, *«que les recourants pouvaient faire directement valoir contre la masse en faillite les objections et moyens de défense résultant de l'art. 759*

⁹⁸ Vgl. auch GASSER/RICKLI (Fn. 60), Art. 81 ZPO, N 14.

⁹⁹ MEIER (Fn. 47), S. 183.

¹⁰⁰ Differenzierend FREI (Fn. 22), S. 164 f., wonach die Prozesskosten nur in Ausnahmefällen auf den Streitverkündungsbeklagten verlegt werden sollen, da dieser unfreiwillig in das Verfahren hineingezogen wurde.

¹⁰¹ Vgl. unter V. bei Fn. 65.

CO pour diminuer le montant de la réparation éventuellement à leur charge».¹⁰² Mit dem Verweis auf Art. 759 Abs. 1 OR zwecks Vermeidung von Streitverkündungsklagen wäre aufgrund des derzeitigen Verständnisses der differenzierten Solidarität für die der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit unterliegenden Streitverkündungskläger wohl wenig gewonnen.¹⁰³ Für die Revisoren soll, wie nachstehend zu erörtern ist, im Rahmen der Aktienrechtsrevision mittels Ausklammerung aus der differenzierten Solidarität Remedur geschaffen werden.¹⁰⁴ Ob darüber hinaus bereits der geltende Wortlaut des Art. 759 Abs. 1 OR aufgrund der Zurechnungskriterien des «eigenen Verschuldens und der Umstände» eine Entwicklung in Richtung einer proportionalen Haftung der verschiedenen Schadensverursacher im Aussenverhältnis zuliesse, wird aufgrund der Solidaritäts-Klammer, die eine Mehrheit von Schadensverursachern umfasst, kritisch beurteilt.¹⁰⁵ Allerdings könnte selbst eine entsprechende Entwicklung des materiellen Rechts nichts daran ändern, dass die Streitverkündungsklage der Schweizerischen Zivilprozessordnung zur Beurteilung des Verhaltens verschiedener Schadensverursacher in einem Gesamtverfahren zur Verfügung stehen muss.¹⁰⁶ Eine Aushebelung dieses prozessualen Instrumentes im Rahmen des Zulassungsverfahrens gemäss Art. 82 ZPO¹⁰⁷ unter Verweis des Streitverkündungsklägers auf Art. 759 Abs. 1 OR fällt grundsätzlich ausser Betracht. Das Bundesgericht hat einer Vorinstanz, welche die Auffassung vertrat, «que l'introduction, en droit des sociétés, de la solidarité différenciée (art. 827 et 759 al. 1 CO) avait supprimé la justification de l'appel en cause», denn auch entgegengehalten: *«Il est insoutenable de penser que cette disposition, qui a pour but de mieux traiter les codébiteurs dans leur rapport à l'égard du créancier, puisse signifier que le législateur a, en réalité, voulu les désavantager en les privant d'un appel en cause pour exercer l'action récursoire. L'institution de l'appel en cause n'a strictement aucun rapport avec la notion de solidarité différenciée.»*¹⁰⁸

¹⁰² Bundesgericht, 1. Februar 2006, 4P.284/2005, E. 4.3, wobei das Gericht in diesem Zusammenhang auch festhielt: «les appels en cause n'avaient en réalité qu'un but dilatoire» (dazu unter VII.); ähnlich Bundesgericht, 1. Februar 2006, 4P.290/2005, E. 4.4.5. Beide Entscheide betreffen Verfahren, die unter der einstigen Zivilprozessordnung des Kantons Genf eingeleitet wurden.

¹⁰³ Vgl. HABLÜTZEL (Fn. 41), S. 62 ff.

¹⁰⁴ Vgl. X.B.

¹⁰⁵ VITO ROBERTO, Probleme der differenzierten Solidarität, GesKR 2006, S. 40, der anführt, dass keine Solidarhaftung mehr vorliegen würde und deshalb die anteilmässige Aussenhaftung bloss als rechtspolitische Forderung zu verstehen sei.

¹⁰⁶ Vgl. dazu auch unter X.B.

¹⁰⁷ Dazu schon unter V.

¹⁰⁸ Bundesgericht, 18. November 2009, 4A_431/2009, E. 2.5.

B. Ausklammerung der Revisoren aus der differenzierten Solidarität

In der laufenden Aktienrechtsrevision soll die Haftung der Revisoren im Rahmen von Art. 759 OR einer adäquaten Regelung zugeführt werden. Damit wird der subsidiären Stellung der Revisoren Rechnung getragen und vermieden, dass die Revisionsstelle im Rahmen der differenzierten Solidarität auch bei einem sehr kleinen Verschulden letztlich voll für das Fehlverhalten des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung aufkommen muss.¹⁰⁹ Der Bundesrat hat für die Haftung der Revisionsstelle mit Art. 759 Abs. 1^{bis} E-OR¹¹⁰ einen Vorschlag unterbreitet, welcher im Grundsatz schon in der Botschaft von 1983 enthalten war: *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.* Die Revisionsstelle soll im Bereich des fahrlässigen Handelns aus der differenzierten Solidarität des Art. 759 Abs. 1 OR herausgelöst werden und im Aussenverhältnis lediglich in dem Masse haften, in dem Mitbeteiligte des Hauptprozesses (Art. 759 Abs. 2 OR) oder Dritte gegen die Revisionsstelle Rückgriff nehmen könnten. Dieser Regressbetrag entspricht dem Haftungsbetrag der Revisionsstelle im Aussenverhältnis.

Art. 759 Abs. 1^{bis} E-OR reflektiert die Corporate Governance in der Aktiengesellschaft. Der Schaden wird in der Regel primär durch die geschäftsführenden Organpersonen und lediglich subsidiär im Sinne eines Fortsetzungsschadens durch die Revisionsstelle verursacht. Das Haftungsproblem der Revisionsstelle besteht dabei darin, dass sie ein schadenstiftendes Verhalten geschäftsführender Organpersonen nicht oder nicht rechtzeitig bemerkt hat. Soweit geschäftsführende Organpersonen betroffen sind, die sich nicht am Prozess gegen die Revisionsstelle beteiligen, wird der Rückgriff auf die Revisionsstelle im Rahmen von Art. 759 Abs. 1^{bis} E-OR «virtuell» bestimmt. Zu diesem Zweck erhält die Revisionsstelle als Beklagte im Hauptprozess Gelegenheit, Tatsachen vorzutragen, welche die Schadensverursachung durch Dritte belegen sollen und den Beitrag der Revisionsstelle zur Schadenstiftung als geringer erscheinen lassen, als es vom Kläger im Hauptprozess dargetan wird.¹¹¹ Der Gesetz-

¹⁰⁹ Vgl. 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, BBl 18. März 2008, S. 1694 ff.; vgl. auch RICO A. CAMPONOVO/PETER BERTSCHINGER, Haftungsreform für die Abschlussprüfung, ST 2007, S. 262.

¹¹⁰ Fassung vom Dezember 2007.

¹¹¹ Nach der Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Fn. 109), S. 1694 ff.(1696) soll mit dieser Regelung vermieden werden, «dass die Revisionsstelle auch bei einem sehr kleinen Verschulden letztlich voll für das Verschulden des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung aufkommen muss».

geber strebt damit die Verwirklichung der *Proportionalität zwischen Verschulden und Haftung* an.

Die praktische Handhabung der vorgeschlagenen Regelung dürfte nicht einfach sein, doch sind in der richterlichen Entscheidungsfindung Entlastungen zu Gunsten der Revisionsstelle zu erwarten, da der Richter ihren Ausführungen über schadenstiftendes Verhalten von Dritten, selbst wenn sie am Hauptprozess nicht beteiligt sind, mehr Beachtung schenken darf. Handelt die Revisionsstelle absichtlich, bleibt es nach dem Gesetzesentwurf bei der differenzierten Solidarität des Art. 759 Abs. 1 OR. Der vom Bundesrat vorgeschlagene Art. 759 Abs. 1^{bis} E-OR blieb im Rahmen der Aktienrechtsrevision bislang unbestritten und dürfte wohl geltendes Recht werden.¹¹²

Hält man sich die im vorstehenden Abschnitt X.A. zur differenzierten Solidarität wiedergegebene Erwägung aus einem Urteil des Bundesgerichts vor Augen,¹¹³ stellt sich die Frage, ob sich die Zulassung einer Streitverkündungsklage mit dem Argument ablehnen liesse, die Revisionsstelle könne die entlastenden Argumente im Rahmen von Art. 759 Abs. 1^{bis} E-OR direkt im Hauptprozess geltend machen. Dabei gilt es zu beachten, dass das «*virtuelle Gesamtverfahren*», welches sich aus Art. 759 Abs. 1^{bis} E-OR ableitet, die Argumente der Revisionsstelle zu Gunsten ihrer eigenen Entlastung (und zu Lasten von am Prozess nicht beteiligten Dritten) keinem Härte-test vergleichbar einer Streitverkündungsklage aussetzt. Der erforderliche Grad der richterlichen Überzeugung, ab welchem die Argumente der Revisionsstelle im Hauptprozess berücksichtigt werden dürfen, bleibt unter Art. 759 Abs. 1^{bis} E-OR unklar. Zwar muss blosses Glaubhaftmachen grundsätzlich genügen, will man die Bestimmung nicht ins Leere laufen lassen. Der tatsächliche Regressprozess der Revisionsstelle gegen nicht am Hauptprozess beteiligte Dritte bleibt aber allemal vorbehalten, sodass – im Unterschied zur Streitverkündungsklage – die definitive Klärung der Haftungsverhältnisse unter mehreren Schadensverursachern durch ein einziges Gericht im Rahmen von Art. 759 Abs. 1^{bis} E-OR ausbleibt. Folglich muss die Streitverkündungsklage für die Revisoren auch im Falle ihrer Ausklammerung aus der differenzierten Solidarität als Mittel zur breitflächigen Aufarbeitung der Schadensverursachung in der Aktiengesellschaft im Rahmen eines Gesamtverfahrens zur Verfügung stehen.¹¹⁴ Art. 759 Abs. 1^{bis} E-OR schafft für die aktienrechtliche Verantwortlichkeit keine Sonderordnung in dem Sinne, dass die Streitverkündungsklage nicht oder eingeschränkt zur Anwendung gelangen soll.

¹¹² Vgl. zum Ganzen PETER BÖCKLI/CHRISTOPH B. BÜHLER, Ausklammerung der Revisionsstelle aus der Solidarhaftung mit den geschäftsführenden Organen, in: Festschrift Max Boemle zum 80. Geburtstag, Zürich 2008, S. 241 ff.; MATTI LÄSER, Mehrheit von Ersatzpflichtigen in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Zürich 2010, S. 296 ff.; WATTER/GARBARSKI (Fn. 46), S. 244 ff.

¹¹³ Vgl. bei Fn. 102.

¹¹⁴ Gl.M. BÖCKLI/BÜHLER (Fn. 112), S. 256 ff.; WATTER/GARBARSKI (Fn. 46), S. 248.

XI. Ausblick

Die Streitverkündungsklage ist eine Chance für die möglichst verursachergerechte Anwendung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit. Für die Revisoren ist sie als direkte Regressklage eine schärfere Alternative zum Mechanismus des «virtuellen» Regresses im Rahmen von Art. 759 Abs. 1^{bis} E-OR,¹¹⁵ der in der Aktienrechtsrevision bislang unbestritten blieb. Allenfalls vermag Art. 759 Abs. 1^{bis} E-OR zu Gunsten der Revisoren Sachverhaltslücken zu schliessen, die sich im «Gesamtverfahren» aufgrund des Verbotes des Kettenappells¹¹⁶ ergeben können. Die mit Art. 759 Abs. 1^{bis} E-OR angestrebte Ausklammerung der Revisoren aus der differenzierten Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit soll – unter Haftungsgesichtspunkten – ganz im Sinne des Swiss Code of Best Practice *«ein ausgewogenes Verhältnis von Führung und Kontrolle»* verwirklichen.¹¹⁷ Die Streitverkündungsklage ist letztlich ebenfalls in diesem Kontext zu sehen und zwar mit dem Ziel, die tatsächlichen Verhältnisse bei der Schadensverursachung einem einzigen Gericht möglichst umfassend darzustellen und damit die Ausgangslage für eine ausgewogene Beurteilung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit aus mangelhafter Führung und Kontrolle der Gesellschaften zu schaffen.

¹¹⁵ Vgl. X.B.

¹¹⁶ Vgl. unter VI.A.

¹¹⁷ Vgl. Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance, *economiesuisse*, Ziff. 2.2 betreffend «Corporate Governance» als Leitidee.