Urteilskopf

97 II 403

55. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 9. November 1971 i.S. Zürcher und Mitbeteiligte gegen Kredit- & Verwaltungsbank Zug AG (in Konkursliquidation).
Regeste (de):
Haftung der Organe einer Bankaktiengesellschaft.

Art. 761 OR. Die Verletzung einer eidgenössischen Gerichtsstandsbestimmung ist mit der Berufung zu rügen, wenn die letzte kantonale Instanz diese Frage zusammen mit einer berufungsfähigen Hauptsache beurteilt hat (Erw. 1a).

Der Sondergerichtsstand des Art. 761 OR gilt auch für Verantwortlichkeitsklagen gegen die Organe einer Bankaktiengesellschaft (Erw. 1b).

Art. 43 Abs. 3 Satz 1 BankG. Die Konkursmasse der Bankaktiengesellschaft ist zur Geltendmachung des mittelbaren Schadens der Gläubiger und Aktionäre der Gesellschaft befugt (Erw. 2).

Art. 45 BankG. Die fünfjährige Verjährungsfrist fängt hinsichtlich der Verantwortlichkeitsansprüche der Gläubiger erst mit der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Gesellschaft zu laufen an (Erw. 3).

Art. 722 OR. Diese Vorschrift gilt auch für die Verwaltung einer Bankaktiengesellschaft. Anforderungen an die Überwachungspflicht der Verwaltung (Erw. 5b).

Regeste (fr):
Responsabilité des organes d'une société anonyme bancaire.

Art. 761 CO. Le grief de violation d'une disposition fédérale en matière de for doit être soulevé par la voie du recours en réforme, lorsque cette question a été jugée en dernière instance cantonaleavec une question de fond susceptible de cette voie de recours (consid. 1a).

Le for spécial de l'art. 761 CO s'applique aussi à des actions en responsabilité contre les organes d'une société anonyme bancaire (consid. 1b).

Art. 43 al. 3, 1re phrase, LB. La masse en faillite de la société anonyme bancaire est habile à faire valoir le dommage indirect des créanciers et des actionnaires de la société (consid. 2).

Art. 45 LB. Le délai de prescription de cinq ans ne commence à courir, pour les prétentions en responsabilité des créanciers, qu'avec l'ouverture de la faillite sur les biens de la société (consid. 3).

Art. 722 CO. Cette prescription s'applique aussi à l'administration d'une société anonyme bancaire. Exigences relatives au devoir de surveillance de l'administration (consid. 5b).

Regesto (it):
Responsabilità degli organi di una società anonima bancaria.

Art. 761 CO. La censura di violazione di una norma federale in materia di foro va sollevata attraverso la via del ricorso per riforma, quando tale quesito è stato giudicato in ultima istanza cantonale con una questione di fondo suscettibile di questo rimedio giuridico (consid. 1a).

Il foro speciale dell'art. 761 CO s'applica egualmente ad azioni di responsabilità contro gli organi di una società anonima bancaria (consid. 1b).

Art. 43 cpv. 3, prima frase, LBCR. La massa fallimentare della società anonima bancaria è autorizzata a far valere il danno indiretto dei creditori e degli azionisti della società (consid. 2).

Art. 45 LBCR. Il termine quinquennale di prescrizione inizia a decorrere, per le pretese di responsabilità dei creditori, solo con l'apertura del fallimento sui beni della società (consid. 3).

Art. 722 CO. Questa norma si applica pure all'amministrazione di una società anonima bancaria. Requisiti attinenti all'obbligo di vigilanza dell'amministrazione (consid. 5b).

Sachverhalt ab Seite 404

A.- Die Aktionäre der Immobiliengesellschaft zum Kornmarkt AG, Luzern, beauftragten im Jahre 1955 Oskar F. Berger,

Mitglied des Verwaltungsrates, die Aktien der Gesellschaft zu veräussern. Berger kam mit der Kredit- & Verwaltungsbank Zug AG (KVB) in Verbindung, die sich gemeinsam mit Dr. Hans Gambaro für den Kauf der Aktien interessierte. Der Verwaltungsrat der KVB bestand damals aus Rechtsanwalt Dr. Ernst Beckhard, Präsident, und Rechtsanwalt Paul Meyer, beide kollektivzeichnungsberechtigt, sowie den einzelzeichnungsberechtigten Geschäftsführern Max Kaufmann und Albert Zürcher. Die KVB erwarb am 12. Mai 1955 die Aktien der Immobiliengesellschaft zum Kornmarkt AG, Luzern, und schloss am gleichen Tag mit Dr. Gambaro, der am Vertrag nicht teilnahm, eine Vereinbarung über die interne Beteiligung ab. Am 19. August 1955 verkaufte die KVB die Aktien der PKZ, Burger, Kehl & Co. AG, Zürich, auf den 1. März 1956 zum Preise von Fr. 749'272.52. Der Verwaltungsrat der KVB wurde in der Sitzung vom 25. August 1955 über das Kornmarktgeschäft unterrichtet und nahm "in zustimmendem Sinne" hievon Kenntnis. Nach Abzug verschiedener Unkosten und des Dr. Gambaro zustehenden Gewinnanteiles verblieben der Bank gemäss einer undatierten Abrechnung des Geschäftsführers Zürcher Fr. 114'780.10. Die KVB eröffnete - vermutlich am 12. Mai 1955 - auf den Namen "Konsortium Immobiliengesellschaft zum Kornmarkt AG" ein Konto-Korrent, auf welches alle Ein- und Ausgänge betreffend das Kornmarktgeschäft verbucht wurden. Dieses Konto wies am 9. November 1955 einen nicht näher bezeichneten Rückzug von Fr. 104'073.35 auf, den Kaufmann und Zürcher zum Ausgleich eines fiktiven Kontos "Martin" und zur Verschleierung sogenannter Vorbezüge benutzten, die in der Zeit vom 19. April bis 3. November 1955 insgesamt Fr. 147'073.35 betrugen. Das Konto-Korrent "Konsortium Immobiliengesellschaft zum Kornmarkt AG" schloss am 31. Dezember 1956 infolge weiterer Belastungen mit einem Passivsaldo von Fr. 49'442.–, der über ein Zinsrückstellungskonto ausgebucht wurde. Die Kontrollstelle der KVB, die "Indep" Treuhand- und Revisionsgesellschaft, bezeichnete im Bericht vom 25. Juli 1956 für das Geschäftsjahr 1955 die Lage der Bank als sehr kritisch. Sie stellte fest, dass das Aktienkapital als gänzlich verloren zu betrachten sei und dass die bilanzmässigen Passiven durch die

Aktiven nicht mehr voll gedeckt seien. Infolgedessen machte sie den Verwaltungsrat der KVB auf Art. 725 OR aufmerksam. Inbezug auf das Kornmarktgeschäft führte sie aus, dass eine Rückstellung von Fr. 140'000.– als Schuld gelte. Kaufmann schrieb dazu in seinen "Bemerkungen zur Eingabe an die Bankenkommission" vom 24. August 1956, die der Vorbereitung einer Stellungnahme des Verwaltungsrates zum Revisionsbericht vom 25. Juli 1956 dienten: "Unter uns soll noch erwähnt werden der a.o. Ertrag von Fr. 147'000.– i/S. Kornmarkt, der intern verbucht wurde." Im Bericht vom 15. August 1957 über das Geschäftsjahr 1956 kam die "Indep" auf die Sache zurück und wurde deutlicher. Der Verwaltungsrat der Bank beriet den Bericht der Kontrollstelle "... in nicht weniger als drei langdauernden Sitzungen" und nahm in einer schriftlichen Eingabe vom 19. September 1957, der er auch den Bericht Kaufmanns vom 17. September 1957 beilegte, gegenüber der Eidg. Bankenkommission Stellung. Die Bankenkommission machte mit Schreiben vom 3. Oktober 1957 den Verwaltungsrat der Bank insbesondere "auf das etwas dubiose Geschäft unter dem Stichwort 'Immobiliengesellschaft zum Kornmarkt'..." aufmerksam, "aus dem die Direktoren 1955 rund Fr. 230'000.– bezogen, während 1956 der Bank ein Verlust von Fr. 49'000.– belastet wurde". Ferner forderte sie den Verwaltungsrat auf, wegen Überschuldung der Bank im Sinne des Art. 725 Abs. 3 OR den Richter zu benachrichtigen. Am 2. Oktober 1959 wurde über das Vermögen der KVB der Konkurs eröffnet. Kurz vorher wurde auf Veranlassung der Bankenkommission gegen die Verwaltungsräte Kaufmann, Zürcher und Meyer eine Strafuntersuchung eingeleitet wegen Betruges, Veruntreuung, Urkundenfälschung usw. Das Verhöramt des Kantons Zug stellte am 17. Juli 1964 die Untersuchung gegen den Angeschuldigten Meyer ein und überwies die Akten der Staatsanwaltschaft zur Erhebung einer Anklage gegen Kaufmann und Zürcher. Die Staatsanwaltschaft sah mit Bezug auf das Kornmarktgeschäft von einer Anklage ab, da bei Abschluss der Strafuntersuchung die in Frage stehende Veruntreuung wegen Eintritts der absoluten Verjährung nicht mehr verfolgt werden konnte. Das Strafgericht Zug verurteilte am 20. Januar 1967 Zürcher wegen Betruges und sprach Kaufmann von Schuld und Strafe frei.

B.- Am 12. Februar 1963 klagte die KVB beim Kantonsgericht des Kantons Zug gegen Kaufmann (Beklagten 1), Zürcher (Beklagten 2), Meyer (Beklagten 3) und Beckhard (Beklagten 4) solidarisch auf Zahlung von Fr. 143'666.15 nebst Zins zu 5% seit 27. Juli 1955. Im Laufe des erstinstanzlichen Verfahrens sind die Beklagten 1 und 4 gestorben. Die Erben des Beklagten 1 haben den Nachlass ausgeschlagen. Da der Prozess weder von der Konkursmasse noch von einzelnen Gläubigern nach Art. 260 SchKG fortgeführt wurde, erachtete das Kantonsgericht die Forderung als durch die Masse anerkannt (Art. 63 Abs. 2 KV). Der Beklagte 4 hinterliess als einzige Erbin seine Ehefrau, die an seiner Stelle in den Prozess eingetreten ist. Das Kantonsgericht des Kantons Zug schrieb am 22. April 1970 die Klage gegen den Beklagten 1 infolge Anerkennung durch die Konkursmasse ab und verpflichtete diese mit den Beklagten 2 bis 4 solidarisch zur Zahlung des eingeklagten Betrages nebst Zinsen. Das Obergericht des Kantons Zug wies am 5. Juni 1971 die Berufung der Beklagten 2-4 ab und bestätigte das angefochtene Urteil.

C.- Die Beklagten 2-4 haben die Berufung an das Bundesgericht erklärt. Die Beklagten 2 und 4 beantragen in erster Linie, auf die Klage nicht einzutreten. Alle Beklagten verlangen sodann die Abweisung der Klage, eventuell die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz, damit sie die Akten ergänze und neu entscheide. Subeventuell beantragen die Beklagten 3 und 4, den Rückgriff unter sämtlichen Beteiligten im "Vorverfahren urteilsmässig festzusetzen". Die Klägerin beantragt, die Berufung abzuweisen.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Beklagten 2 und 4 bestreiten die Zuständigkeit der zugerischen Gerichte, soweit die Klage sie betrifft. Sie sind der Meinung, dass das Bankengesetz - im Gegensatz zu Art. 761 OR - für Verantwortlichkeitsklagen keinen bundesrechtlichen Gerichtsstand vorsehe, weshalb sie nach Art. 59 BV beim Richter ihres Wohnortes, d.h. in Luzern oder Meilen/ZH hätten belangt werden müssen. a) Wenn sich in einer der Berufung unterliegenden Streitsache eine Gerichtsstandsfrage eidgenössischen Rechts stellt

und die letzte kantonale Instanz diese Frage zusammen mit der Hauptsache beurteilt, ist ihr Entscheid wegen Verletzung der eidgenössischen Gerichtsstandsvorschriften mit der Berufung, nicht mit staatsrechtlicher Beschwerde wegen Verletzung des Art. 59 BV anzufechten (BGE 57 II 134Erw. 1,BGE 64 II 91). Auf die Rüge ist daher einzutreten. b) Das Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (BankG) enthält in den Vorschriften über die zivilrechtliche Verantwortlichkeit (14. Abschnitt, Art. 38 bis 43) keine Gerichtsstandsbestimmung. Bei der Beratung des Gesetzes setzte sich die Auffassung des Ständerates durch, dass die vom Nationalrat befürwortete Einführung eines besonderen Gerichtsstandes für Verantwortlichkeitsklagen gegen die Gerichtsstandsgarantie des Art. 59 BV verstosse (vgl. die Voten von Thalmann und Amstalden, Sten Bull StR 1934, S. 268, 455/56, 463 sowie von Abt und Dollfus, Sten Bull NatR 1934, S. 716 ff., 819 und 824). Den gleichen Standpunkt vertrat der Ständerat anfänglich auch bei der Beratung des neuen OR (vgl. die Voten von Thalmann und Keller, Sten Bull StR 1935, S. 107 und 265, 1936, S. 89); er gab jedoch bei der Differenzbereinigung mit dem Nationalrat (der auf die Gerichtsstandsfrage zurückgekommen war) nach, so dass mit Art. 761 OR für die aktienrechtliche Verantwortlichkeit ein einheitlicher Gerichtsstand am Sitz der Gesellschaft geschaffen wurde (vgl. die Voten von Scherer und Aeby, Sten Bull NatR 1935, S. 193/94).
Zu prüfen ist, ob Art. 761 OR auch für Klagen gegen die verantwortlichen Personen einer Bank gelte, obwohl die Räte bei der Beratung des Bankengesetzes die Einführung eines Sondergerichtsstands abgelehnt haben. Das jüngere Obligationenrecht behält in den Schluss- und Übergangsbestimmungen die Vorschriften des BankGvor (Art. 16). Daraus ergibt sich, dass dort, wo das Bankengesetz eine Vorschrift enthält, diese gilt, und dass dort, wo im Bankengesetz eine Bestimmung fehlt, das Obligationenrecht anwendbar ist (REIMANN, Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, S. 14 N. 14; SCHERER, Sten Bull NatR, 1936, S. 784). Wäre der Gesetzgeber der Meinung gewesen, Art. 761 OR gelte für bankenrechtliche Verantwortlichkeitsklagen nicht, so hätte er in den Schluss- und Übergangsbestimmungen des OR einen entsprechenden Vorbehalt aufgenommen. Bezeichnenderweise hat er in Art. 17 der Schluss- und Übergangsbestimmungen verschiedene Vorschriften des

Bankengesetzes abgeändert. Es besteht denn auch kein Grund, bloss die verantwortlichen Personen irgendeiner Aktiengesellschaft dem einheitlichen Gerichtsstand des Art. 761 OR zu unterwerfen, nicht aber jene einer Bank, die als Aktiengesellschaft besteht. Die Unzuständigkeitseinrede ist daher zu verwerfen.

2. Die Klageschrift vom 12. Februar 1963 bezeichnet die "Kredit- & Verwaltungsbank Zug AG (in Konkursliquidation) vertreten durch die Konkursverwaltung..." als Klägerin. Der Beklagte 2 macht geltend, die

Klage sei "angebrachtermassen" abzuweisen, weil entgegen Art. 43 BankG nicht die Konkursverwaltung, sondern die sich in Konkursliquidation befindende Gesellschaft klage. Nach Art. 43 Abs. 3, Satz 1 BankG, der inhaltlich mit Art. 756 Abs. 1 OR übereinstimmt, steht im Konkurs der Bank die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen der einzelnen Aktionäre und Gesellschaftsgläubiger gegen die gemäss Art. 40-42 BankG haftenden Personen zunächst der Konkursverwaltung zu. Diese ist mit Bezug auf die Konkursmasse die gesetzliche Vertreterin der Gemeinschuldnerin (GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, S. 114). Sie vertritt die Masse vor Gericht (Art. 204 SchKG), klagt also trotz des Wortlautes des Art. 43 Abs. 3, Satz 1 BankG und Art. 756 Abs. 1 OR nicht im eigenen Namen. Die auf der unmittelbaren Schädigung der Bank beruhenden Verantwortlichkeitsansprüche der Gläubiger und Aktionäre gehen daher zunächst auf Leistung an die Konkursmasse (BGE 86 III 161, SCHUCANY, Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht, 2. Auflage 1960, S. 206; FUNK, Kommentar des Obligationenrechtes II, N. 2 zu Art. 756 OR). So hat die I. Zivilabteilung des Bundesgerichts im unveröffentlichten Entscheid vom 7. Oktober 1958 i.S. Duttweiler/Kehrli c. Konkursmasse der Maritime suisse SA, Erw. 2, die Klageberechtigung der Konkursmasse inbezug auf den mittelbaren Schaden der Gesellschaftsgläubiger anerkannt. Die Konkursmasse der Kredit- & Verwaltungsbank AG war daher zur Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen der Gesellschaftsgläubiger berechtigt. Die Einrede des Beklagten 2 ist zu verwerfen.

3. Die Beklagten 2-4 halten an der Einrede der Verjährung fest. Sie sind der Meinung, die Verjährungsfrist habe für die Konkursmasse als "Rechtsnachfolgerin der Bank" so zu laufen

begonnen wie sie - ohne den Konkursausbruch - für die Gesellschaft angefangen hätte. Da die Beklagten 1 und 2 Bestand und Zweck des Kontos "Martin" kannten und daraus Bezüge machten, habe die Verjährungsfrist im Jahre 1955, spätestens aber mit dem zweiten Bericht der "Indep" vom 16. September 1957 zu laufen begonnen. Die fünfjährige Verjährungsfrist des Art. 45 BankG sei daher bei Einreichung der Klage vom 12. Februar 1963 abgelaufen gewesen. Gemäss Art. 45 BankG, der mit Art. 760 OR übereinstimmt, verjähren die Schadenersatzansprüche gegenüber den nach den vorangehenden Bestimmungen verantwortlichen Personen in fünf Jahren von dem Tag hinweg, an dem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen erlangt, jedenfalls aber mit dem Ablauf von 10 Jahren, vom Tag der schädigenden Handlung an gerechnet (Abs. 1). Wird die Klage aus einer strafbaren Handlung hergeleitet, für die das Strafrecht eine längere Verjährung vorschreibt, so gilt diese auch für den Zivilanspruch (Abs. 2).
Die Argumentation der Beklagten 2-4 wäre zu überprüfen, wenn die Konkursmasse Schadenersatzansprüche der Gesellschaft eingeklagt hätte. Sie hat indessen den mittelbaren Schaden der Gesellschaftsgläubiger geltend gemacht. Dieses Klagerecht kann jedoch nur geltend gemacht werden, wenn über die Aktiengesellschaft der Konkurs eröffnet worden ist. Es wäre daher widersinnig, wenn die fünfjährige Verjährungsfrist des Art. 45 BankG zu laufen begänne, bevor das Klagerecht überhaupt ausgeübt werden kann (Entscheid der I. Zivilabteilung vom 7. Oktober 1958 i.S. Duttweiler/Kehrli gegen Konkursmasse der Maritime suisse SA, Erw. 2). In der Regel erfahren die Gläubiger die Höhe ihres Schadens erst nach der Konkurseröffnung mit der Auflegung des Kollokationsplanes (BGE 87 II 300). Die Verjährungsfrist für die Verantwortlichkeitsansprüche der Gläubiger begann daher frühestens mit der Konkurseröffnung über die Bank, d.h. am 2. Oktober 1959, zu laufen. Die Klage wurde am 12. Februar 1963, also innert der ordentlichen fünfjährigen Verjährungsfrist und vor Ablauf der absoluten zehnjährigen Verjährungsfrist des Art. 45 Abs. 1 BankG eingereicht. Damit erübrigt sich die Prüfung der Verjährung nach Art. 45 Abs. 2 BankG.

5. a) Der Beklagte 2 hat zusammen mit dem Beklagten 1 den Gewinn aus dem Kornmarktgeschäft der Bank widerrechtlich

entzogen und sich damit der Veruntreuung schuldig gemacht. Die strafrechtliche Verfolgung unterblieb, weil die Verfolgungsverjährung bereits eingetreten war. Das ändert aber am Verschulden des Beklagten 2 nichts. b) Die Beklagten 3 und 4 werfen dem Obergericht sinngemäss vor, es habe die Anforderungen an die Sorgfaltspflicht des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft überspannt. Nach Art. 722 Abs. 3 OR hat die Verwaltung die mit der Geschäftsführung beauftragten Personen (auch wenn diese der Verwaltung angehören) zu überwachen und sich regelmässig über den Geschäftsgang unterrichten zu lassen. Sie hat diese Pflicht "mit aller Sorgfalt zu erfüllen" (Art. 722 Abs. 1 OR). Diese Vorschriften sind, obwohl im Bankengesetz nicht enthalten, deshalb anzuwenden, weil die KVB eine Aktiengesellschaft ist (vgl. Erw. 1b). Es kommt daher nichts darauf an, dass das auf den 1. Januar 1957 in Kraft gesetzte Reglement der Bank die Pflichten des Verwaltungsrats gleich umschreibt wie Art. 722 Abs. 3 OR. Nach dieser Vorschrift muss der Verwaltungsrat nicht jedes einzelne Geschäft, sondern die Tätigkeit der Geschäftsleitung und den Geschäftsgang im allgemeinen überprüfen (SCHUCANY, N. 4 zu Art. 722 OR). Das setzt voraus, dass der Verwaltungsrat die ihm unterbreiteten Berichte kritisch liest, nötigenfalls von der Geschäftsleitung ergänzende Auskünfte verlangt und bei Feststellung von Irrtümern oder Unregelmässigkeiten einschreitet (vgl. HIRSCH, La responsabilité des administrateurs dans la société anonyme, Sem. jud. 1967, S. 261; BÄR, Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft, ZBJV 1970, S. 487). Die Beklagten können sich daher nicht mit dem Einwand entlasten, dass sie sich an höchstens 10 halbtägigen Sitzungen im Jahr mit den "dringlichsten Sachen beschäftigten" und dafür nur "Fr. 3'000.– bzw. Fr. 2'000.– nebst ... Fr. 200.– pro Sitzung bezogen". Konnten sie mangels Zeit oder genügender Fachkenntnisse ihre Pflicht nicht sorgfältig erfüllen, so hatten sie auf einen Sitz im Verwaltungsrat der Bank zu verzichten (vgl. BGE 93 II 27 Erw. 3).
Der Vorinstanz ist daher darin beizupflichten, dass der Beklagte 3 und der Präsident des Verwaltungsrates einzuschreiten hatten, sobald ihnen eine gesetzwidrige oder gar deliktische Handlung zur Kenntnis kam oder bei Anwendung der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt zur Kenntnis

kommen musste. Die Vorinstanz stellt unter Hinweis auf die Ausführungen des Kantonsgerichts fest, dass sie über das Kornmarktgeschäft unterrichtet wurden und dass sie von Anfang an der Ansicht waren, der daraus entstehende Gewinn gehöre nach Abzug des Dr. Gambaro zustehenden Teils der Bank. Das Obergericht billigte ihnen auch zu, dass sie bis zum 25. Juli 1956 die unlautern Machenschaften der Beklagten 1 und 2 nicht kannten und nicht kennen mussten. Damals änderte sich aber die Lage, als der Bericht der "Indep" für das Geschäftsjahr 1955 vorlag. Er enthielt ausser der beunruhigenden Feststellung, dass das Aktienkapital als gänzlich verloren zu betrachten sei und dass die in der Bilanz ausgewiesenen Verbindlichkeiten durch die vorhandenen Aktiven nicht mehr voll gedeckt seien, auf S. 106 den verdächtigen Vermerk: "Rückstellung i.S. Kornmarkt als Schuld zu betrachten = Fr. 140'000.–". Ob die Missachtung dieses Hinweises den Beklagten 3 und den Präsidenten des Verwaltungsrates deshalb zu entschuldigen vermag, wie das Obergericht annimmt, weil ihre Aufmerksamkeit dringlicheren Problemen, insbesondere der Erwägung einer Insolvenzerklärung gegolten habe, kann offen bleiben. Anlass zu Argwohn mussten ihnen auf jeden Fall die vom Beklagten 1 verfassten "Bemerkungen zur Eingabe an die Bankenkommission" vom 24. August 1956 geben. Diese "Bemerkungen", welche dem Verwaltungsrat als Grundlage für die Ausarbeitung einer Stellungnahme zum Bericht der "Indep" vom 25. Juli 1956 zuhanden der Eidg. Bankenkommission dienen sollten, enthielten den vielsagenden Satz: "Nur unter uns soll noch erwähnt werden der a. o. Ertrag von Franken 147'000.– i/S. Kornmarkt, der intern verbucht wurde ...". Die Vorinstanz stellt verbindlich fest, dass der Beklagte 3 und der Präsident des Verwaltungsrates diesen internen Bericht zugegebenermassen gelesen haben. Sie mussten als Rechtsanwälte wissen, dass es bei Banken - gleich

wie bei andern Unternehmen - nicht "interne" und "externe" Buchungen, sondern nur solche gibt, die mit dem tatsächlichen Geschäftsablauf übereinstimmen. Auch war ihnen bekannt, dass das Kornmarktgeschäft die Bank betraf und dass der daraus erzielte Gewinn auszuweisen war, also nicht "intern" verbucht werden durfte. Sie mussten also annehmen, dass die Beklagten 1 und 2 mit der ausserordentlichen Verbuchung des Kornmarktgeschäftes etwas zu verheimlichen trachteten. Folglich

waren sie verpflichtet, von den Beklagten 1 und 2 Aufschluss zu verlangen und nötigenfalls die "interne" Verbuchung zu überprüfen oder durch Sachverständige überprüfen zu lassen, was zur Aufdeckung des wahren Sachverhalts geführt hätte. Das Kornmarktgeschäft wurde in der Sitzung des Verwaltungsrates vom 21. August 1956, also einige Tage vorher, zur Sprache gebracht und war nach der Darstellung der Geschäftsleitung "durchgeführt und sozusagen abgeschlossen". Es lag also nicht so weit zurück, dass es der Beklagte 3 und der Präsident des Verwaltungsrates als längst erledigt betrachten durften und die auffällige Bemerkung im Bericht des Beklagten 1 nicht zu beachten brauchten. Auch die weitere Entwicklung der Lage zeigt, dass der Beklagte 3 und der Präsident des Verwaltungsrates ihre Überwachungspflicht verletzten. Sie konnten dem Revisionsbericht der "Indep" vom 15. August 1957 entnehmen, dass der Beklagte 1 zulasten des Kornmarktgeschäftes am 9. November 1955 Fr. 147'000.– bezogen hatte, während zulasten der Bank ein Verlust von Fr. 49'441.– verbucht war. Auch gab der Bericht darüber Aufschluss, dass die Beklagten 1 und 2 der "Indep" keine Angaben über ihre Bezüge gemacht hatten. Freilich beriet der Verwaltungsrat in drei "langdauernden Sitzungen" den Bericht der "Indep" vom 15. August 1957 und verfasste dazu am 19. September 1957 eine vom Verwaltungsratspräsidenten unterzeichnete Stellungnahme an die Bankenkommission. Dieser Bericht erwähnte indessen das Kornmarktgeschäft nicht. Dagegen enthielt der vom Beklagten 1 verfasste und vom Präsidenten des Verwaltungsrates genehmigte Direktionsbericht, der der Stellungnahme beigelegt war, die wahrheitswidrige Behauptung, der Bank seien alle Erträge, die ihr aus dem Kornmarkgeschäft gehörten, zugekommen. Angesichts der kritischen Bemerkungen der "Indep" durfte der Präsident des Verwaltungsrates die erwähnte Stellungnahme nicht unterzeichnen und damit den Bericht des Beklagten 1 gleichzeitig billigen, bevor er das Kornmarktgeschäft gründlich geprüft hatte oder nötigenfalls durch einen Sachverständigen hatte prüfen lassen. Dass die beiden Verwaltungsräte auch angesichts des Berichtes der Eidg. Bankenkommission vom 3. Oktober 1957, in welchem "vom dubiosen Kornmarktgeschäft" die Rede ist, keinen Anlass hatten, die Glaubwürdigkeit der Beklagten 1 und 2 zu bezweifeln und von ihnen klare Auskunft zu verlangen, ist schlechterdings nicht einzusehen.

7. a) Nach Art. 44 Satz 1 BankG haften mehrere "aus derselben Schadenszufügung" (même dommage, lo stesso danno) ersatzpflichtigen Personen solidarisch. In Art. 759 OR ist dagegen "vom selben Schaden" die Rede. Daher fragt es sich, ob nach BankG - im Gegensatz zum OR - die solidarische Haftung gemeinsame Handlungen oder Unterlassungen voraussetzt, wie die Beklagten 3 und 4 anzunehmen scheinen. Das ist schon nach der Entstehungsgeschichte des Gesetzes zu verneinen. Art. 44 BankG geht auf Art. 753 des Entwurfes zum OR, wie er zur Zeit der Entstehung des Bankengesetzes vorlag, zurück. Die von der Redaktionskommission des OR im Entwurf vom Dezember 1936 eingeführte Fassung des heutigen Art. 759 Abs. 1 OR - der im deutschen Text die Wendung "Schadenszufügung" durch "vom selben Schaden" ersetzt - konnte im Bankengesetz, das am 26. Februar 1935 in Kraft getreten war, nicht mehr berücksichtigt werden. Die beiden Vorschriften stimmen also, von der redaktionellen Fassung abgesehen, überein. Auch der Zweckgedanke des Art. 44 Satz 1 BankG verbietet es, die verantwortlichen Personen einer Bankaktiengesellschaft besser zu stellen als diejenigen einer

andern Aktiengesellschaft. Die Beratung der Gesetzesvorlage stand unter dem Eindruck der Wirtschaftskrise der Dreissigerjahre und der damit zusammenhangenden Schwierigkeiten und Zusammenbrüche der Banken (REIMANN, a.a.O. S. 14/15). Der Gesetzgeber suchte daher u.a. durch entsprechende Ausgestaltung der Haftung, den Schutz der Bankgläubiger zu verbessern. Art. 44 Satz 1 BankG ist somit wie Art. 759 Abs. 1 OR auch dann anwendbar, wenn mehrere Personen denselben Schaden nicht gemeinsam verursacht haben. c) Der streitige Schaden ist auf unerlaubte Handlungen der Beklagten 1 und 2 und auf fahrlässige Pflichtverletzungen des Beklagten 3 und des Rechtsvorgängers der Beklagten 4 zurückzuführen. Obwohl die Haftung auf verschiedenem Entstehungsgrund beruht, liegt angesichts der einheitlichen Gesetzesvorschrift echte Solidarität vor (Art. 143 Abs. 2 OR). d) Die Beklagten 3 und 4 bestreiten die Solidarhaftung an sich nicht. Sie meinen aber, ihre Verantwortlichkeit sei wegen des "sehr geringen" Verschuldens auf Fr. 10'000.– zu begrenzen und intern im Verhältnis von Fr. 4'000.– (Beklagter 3) zu Fr. 6'000.– (Beklagte 4) aufzuteilen.

BGE 97 II 403 S. 415

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts wird bei echter Solidarität (Haftung aus gemeinsamem Rechtsgrund, Art. 143 und 50 Abs. 1 OR) wie bei unechter Solidarität oder Anspruchskonkurrenz (Haftung aus verschiedenen Rechtsgründen, Art. 51 Abs. 1 OR) die Haftung des Schädigers gegenüber dem Geschädigten nicht dadurch vermindert, dass auch Dritte für den gleichen Schaden einzustehen haben. Der Gläubiger kann daher jeden Schuldner für die ganze Forderung belangen. Die Aufteilung der Zahlungspflicht unter die verschiedenen Schuldner berührt ihn nicht. Sie ist Gegenstand der internen Auseinandersetzung (vgl. BGE 93 II 333). So bestimmen Art. 44 Satz 2 BankG und Art. 759 Abs. 1 OR ausdrücklich, dass der Rückgriff unter mehreren Beteiligten vom Richter nach dem Grad des Verschuldens des Einzelnen zu bestimmen sei. Das schliesst die Möglichkeit aus, den solidarisch geschuldeten Betrag nach dem Verschulden und den Umständen des am stärksten belasteten Schuldners zu bestimmen (vgl. REICHWEIN, Über die Solidarhaftung der Verwaltungsräte der Aktiengesellschaft und ihre Beschränkung, SJZ 1968 S. 129 f.). Im übrigen müsste der Gläubiger nach dem vermittelnden Vorschlag Reichweins sämtliche Solidarschuldner gemeinsam ins Recht fassen - was für aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklagen nach Art. 761 OR und sonst nach dem kantonalen Prozessrecht zulässig wäre (BGE 93 II 333) -, obwohl er unter Umständen eine Klage gegen den meistbelasteten Schuldner zum vorneherein als zwecklos erachten müsste. Würde er aber nach der erwähnten Lösung nur die andern Solidarschuldner belangen, so läge ihre solidarische Haftung erheblich unter dem wirklichen Schaden. Die weiter in der Lehre (BÜRGI, Probleme differenzierter Schadenersatzpflicht bei der Solidarhaftung von Verwaltungsräten der Aktiengesellschaft, St. Galler Festgabe 1965, S. 29 ff.; und HIRSCH, a.a.O. S. 267) vertretene Auffassung, es sei unlogisch, dass der einzige, allein belangbare Schuldner sich auf individuelle Herabsetzungsgründe berufen dürfe, jedoch nicht eine Mehrheit von Verantwortlichen, verkennt das Wesen der Solidarität. Diese lässt sich nicht logisch begründen und ergibt sich auch nicht aus dem Wesen der Adäquanz; denn das Kausalitätsprinzip würde gegenteils verlangen, dass jeder nur für den Teil haftet, den er verursacht hat oder für dessen Verursacher er einstehen muss (OFTINGER, Haftpflichtrecht, Bd. I 2. Auflage S. 295/96). Die solidarische Haftung beruht vielmehr auf dem

BGE 97 II 403 S. 416

Bestreben, dem Gläubiger eine möglichst vollständige Befriedigung für seine Ansprüche zu sichern (BGE 93 II 322). Den schutzwürdigen Interessen des belangten Schuldners trägt die Einräumung des Rückgriffsrechtes im internen Verhältnis der mehreren Schuldner genügend Rechnung. Die Möglichkeit, dass wegen Zahlungsunfähigkeit der andern Schuldner der Rückgriff ergebnislos bleibt, darf nicht als Grund für die Beschränkung der Haftung des belangten Schuldners in Betracht gezogen werden; denn es wäre noch ungerechter, wenn statt eines der mehreren Schadensstifter der Geschädigte einen Verlust auf sich nehmen müsste (BGE 93 II 323 und

dort erwähnte Entscheide). Das Verhalten des einen Verantwortlichen entlastet den andern dem Geschädigten gegenüber nur, wenn es den ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Verhalten des andern und den Schaden als inadäquat erscheinen lässt oder wenn und soweit es das Verschulden des andern mildert (BGE 93 II 322). Die Beklagten 3 und 4 erfüllen keine dieser Voraussetzungen.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Berufungen werden abgewiesen, soweit daraufeingetreten wird. Das Urteil des Obergerichts des Kantons Zug vom 5. Januar 1971 wird bestätigt.