

# Gemeinsame Einklagung für den Gesamtschaden

## Versuch einer prozessualen Einordnung von Art. 759 Abs. 2 OR

### Inhaltsübersicht

<b>I. Einleitung</b> .....	428
<b>II. Von der absoluten zur differenzierten Solidarität</b> .....	429
A. Solidarität und Anspruchsvoraussetzungen .....	429
B. Schadensberechnung und Schadenersatzbemessung .....	431
C. Differenzierung im Aussenverhältnis .....	431
<b>III. Gemeinsame Einklagung für den Gesamtschaden</b> .....	433
A. Begriff des Gesamtschadens .....	433
B. Zuständigkeitsrechtliche Restriktionen .....	435
1. Erweitert Art. 759 Abs. 2 OR die Zuständigkeitsordnung? .....	435
2. Binnenverhältnis und internationales Verhältnis .....	435
3. Anwendbare Bestimmungen .....	436
4. Streitgenossenschaftsfragen .....	438
5. Zwischenfazit .....	440
C. Beweis-, Behauptungs- und Substanziierungslast .....	440
1. Beweislast .....	440
2. Behauptungs- und Substanziierungslast .....	441
3. Zwischenfazit .....	444
D. Kosten- und Entschädigungsfolgen .....	444
1. Bedeutung des Wortes «gemeinsam» in Art. 759 Abs. 2 OR .....	444
2. Weitere Grundlagen für eine Milderung des Kostenrisikos .....	445
3. Tragung der Gerichtskosten .....	446
4. Anzahl Parteientschädigungen .....	447
5. Tragung der Parteientschädigungen .....	448
6. Zwischenfazit .....	449
E. Rechtsbegehren .....	450
<b>IV. Fazit</b> .....	451

\* Mein herzlicher Dank gilt Herrn lic. iur. Roman Richers, Rechtsanwalt, und Frau lic. iur. et lic. rer. pol. Catherine Chammartin, Rechtsanwältin, für die kritische Durchsicht des Manuskripts und zahlreiche wertvolle Hinweise.

## I. Einleitung

Der Gesetzgeber hat mit der Aktienrechtsreform von 1991 eine prozessuale Bestimmung<sup>1</sup> ins Verantwortlichkeitsrecht eingefügt, wonach der Kläger mehrere Beteiligte für den Gesamtschaden einklagen und verlangen kann, dass der Richter im gleichen Verfahren die Ersatzpflicht jedes einzelnen Beklagten festsetzt (Art. 759 Abs. 2 OR). Die Bestimmung ist in sämtlichen Konstellationen aktienrechtlicher Verantwortlichkeit anwendbar,<sup>2</sup> also sowohl bei Klagen ausserhalb wie im Konkurs der Gesellschaft; ferner bei Klagen aus unmittelbarer oder mittelbarer Schädigung und unabhängig von der Person des Klägers.

Abgesehen von einigen Bundesgerichtsentscheiden, die der Frage nach den Kosten- und Entschädigungsfolgen gewisse Konturen verliehen haben,<sup>3</sup> scheint die genaue Tragweite von Art. 759 Abs. 2 OR wenig geklärt. Die Bestimmung dürfte nach dem derzeitigen Stand der Dinge die laufende Aktienrechtsreform überleben, wohingegen andere bisher im Aktienrecht enthaltene prozessuale Bestimmungen (etwa Art. 756 Abs. 2 OR) aufgehoben und neu in der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) geregelt werden sollen.<sup>4</sup> Man kann diesen Umstand als Indiz deuten, dass die Einordnung von Art. 759 Abs. 2 OR in die allgemeine Zivilprozessrechtslandschaft auch dem Gesetzgeber Mühe bereitet.<sup>5</sup>

Der Jubilar – HANS CASPAR VON DER CRONE – hat sich in neuerer Zeit eingehend mit Fragen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit auseinandergesetzt,<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> So schon die parlamentarischen Beratungen: Bundesrat Koller, in: Amtl. Bull. NR vom 18. September 1990, 1392; Nationalrätin Uchtenhagen, in: Amtl. Bull. NR vom 3. Juni 1991, 853; Nationalrat David, in: Amtl. Bull. NR vom 3. Juni 1991, 853; ferner BGE 122 III 324, 325 (= Pra 86 [1997] Nr. 39; «règle de procédure»).

<sup>2</sup> HARALD BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss. Zürich 2001 (= Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 210), 117; PETER WIDMER/OLIVER BANZ, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 2. A., Basel/Genf/München 2002, N 7 zu Art. 759 OR; BERNARD CORBOZ, in: Commentaire Romand, Code des Obligations II, Basel/Genf/München 2006, N 13 zu Art. 759 OR.

<sup>3</sup> BGE 122 III 324 (= Pra 86 [1997] Nr. 39); BGer. vom 15. Oktober 1998, in: SemJud 1999 I, 349 f.; BGE 125 III 138; BGer. 4C.160/2001; BGer. 4P.116/2006.

<sup>4</sup> Begleitbericht des Vorentwurfs zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht vom 2. Dezember 2005, 87.

<sup>5</sup> Im Begleitbericht des Vorentwurfs zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht vom 2. Dezember 2005, 87, findet sich mit Blick auf die differenzierte Solidarität die in diese Richtung deutende Bemerkung, die Regelung sei schwer verständlich und für die Praxis zu wenig konkret ausgestaltet. Ferner nimmt sich Art. 759 Abs. 2 OR gemäss OSCAR VOGEL, Aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsprozess: Kosten- und Entschädigungsfolge, Art. 759 Abs. 2 OR, in: SZW 70 (1998), 149, in der gewohnten prozessualen Landschaft wie ein Findling aus.

<sup>6</sup> HANS CASPAR VON DER CRONE/ANTONIO CARBONARA/SILVIA HUNZIKER, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung – Ein funktionaler und systematischer Überblick (= ZSR Beiheft Nr. 43), Basel 2006; HANS CASPAR VON DER CRONE, Haftung und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, in: SZW 78 (2006), 2 ff.; HANS CASPAR VON DER

Art. 759 Abs. 2 OR dabei aber nur am Rande gestreift. Vorliegender Beitrag soll ausleuchten, welche praktische Tragweite dieser Bestimmung zukommt. Einerseits wird gezeigt, wo das allgemeine Zivilprozessrecht den Regelungszielen Grenzen setzt; andererseits analysiert, in welchen Formen sich diese bereits ohne Rückgriff auf Art. 759 Abs. 2 OR verwirklichen lassen. Abs. 2 ist im Zusammenhang mit Abs. 1 von Art. 759 OR zu lesen.<sup>7</sup> Nach dieser Bestimmung haften mehrere ersatzpflichtige Personen nur noch insoweit solidarisch, als ihnen der Schaden aufgrund ihres eigenen Verschuldens und der Umstände persönlich zurechenbar ist. Anstelle einer sog. absoluten wurde neu eine sog. differenzierte Solidarität eingeführt. Der Unterschied zwischen den beiden Formen soll zunächst kurz erörtert werden.

## II. Von der absoluten zur differenzierten Solidarität

### A. Solidarität und Anspruchsvoraussetzungen

Mehrere Ersatzpflichtige haften dem Geschädigten in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit (Art. 759 Abs. 1 OR) wie im allgemeinen Haftpflichtrecht (Art. 50 Abs. 1 OR) grundsätzlich solidarisch. Dabei müssen jedoch die Haftungsvoraussetzungen (Schaden, Pflichtverletzung, adäquater Kausalzusammenhang und Verschulden) für jeden einzelnen Haftpflichtigen vorliegen.<sup>8</sup> Die Solidarität reicht insbesondere nur so weit, als der Haftpflichtige den eingetretenen Schaden adäquat kausal und schuldhaft verursacht hat.<sup>9</sup> Allerdings begründet bereits ein leichtes

---

CRONE, Arbeitsteilung im Verwaltungsrat, in: Verwaltungsrat und Geschäftsleitung (= St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 76), Bern/Stuttgart/Wien 2006, 79 ff.

<sup>7</sup> URS BERTSCHINGER, in: Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Zürich 2002, N 7 zu Art. 759 OR.

<sup>8</sup> ROLAND BREHM, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. IV/1/3/1, 3. A., Bern 2006, N 33 f. zu Art. 50 OR; ANDREAS VON TUHR/ARNOLD ESCHER, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. A., Zürich 1974, 305; ROLF BÄR, Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft – Probleme bei einer Mehrheit von verantwortlichen Personen, in: ZBJV 106 (1970), 465; THOMAS MÜLLER, Die Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, Bern 1987, 285; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER (FN 6), 51; BGE 127 III 257, 262 f. Erw. 5a; BGE 95 II 333, 337 Erw. 3.

<sup>9</sup> BREHM (FN 8), N 33 ff. zu Art. 50 OR; ferner bereits zum Aktienrecht von 1936: PETER FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. A., Zürich 1987, N 271 sowie insbesondere N 381; HEINZ REICHWEIN, Das Verhältnis des adäquaten Kausalzusammenhangs zur Solidarhaftung bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, in: SJZ 81 (1970), 350 und 352; BÄR (FN 8), 464. Gemäss VON DER CRONE (FN 6), 89 f., ist die Solidarität nicht Rechtsgrund für einen Schadenersatzanspruch. Gemäss MÜLLER (FN 8), 285, begründet Solidarität keine Haftung, sondern ist eine Erfüllungsmodalität bestehender Obligationen; ähnlich BÄR (FN 8), 465.

Verschulden die Haftung,<sup>10</sup> und es genügt, dass die Pflichtwidrigkeit eine Teilursache des Schadens darstellt.<sup>11</sup>

Eine Teilursache liegt vor, wenn mehrere Ursachen zusammen den Schaden bewirken, jedoch eine dieser Ursachen allein den Schaden nicht herbeigeführt hätte.<sup>12</sup> Bei qualitativer Ursachenkonkurrenz addieren sich die Teilursachen nicht einfach, sondern führen zu einem einheitlichen Schaden im Sinne eines neuen Ganzen.<sup>13</sup> Dies ist etwa der Fall, wenn ein Geschäftsführer einen Schaden verursacht, den der Verwaltungsrat mangels Anwendung der gebotenen Sorgfalt bei der Überwachung (vgl. Art. 754 Abs. 2 OR) mitverschuldet. Verursachungsquoten können nicht ausgeschieden werden.<sup>14</sup> Demgegenüber lässt sich der eingetretene Schaden bei quantitativer Ursachenkonkurrenz in einzelne Posten mit je oder zumindest teilweise verschiedenen Kausalverläufen aufteilen.<sup>15</sup> Führt im Anschluss an den durch Geschäftsführer und Verwaltungsrat verursachten Schaden eine Konkursverschleppung zu weiterem Schaden, so liegt diesbezüglich eine quantitative Ursachenkonkurrenz vor.

Der haftpflichtrechtliche Fundamentalsatz, wonach mehrere Teilverursacher gegenüber dem Geschädigten für den ganzen, zusammen mit anderen Ursachen herbeigeführten Schaden solidarisch haften,<sup>16</sup> gelangt ausschliesslich bei qualitativer Ursachenkonkurrenz zur Anwendung.<sup>17</sup> Ist der eingetretene Schaden demgegenüber zu bestimmten Teilen den einzelnen Verursachern zuzurechnen, so besteht eine anteilmässige Haftung.<sup>18</sup> Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Aktienrecht von 1936 hat diese Unterscheidung nicht immer mit der wünschenswerten Klarheit getroffen und teilweise auf eine unter dem Schlagwort der «überkausalen Solidarität» bekannt gewordene Haftung schliessen lassen.<sup>19</sup>

---

<sup>10</sup> FORSTMOSER (FN 9), N 286; BREHM (FN 8), N 200 zu Art. 41 OR; HEINZ REY, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 3. A., Zürich 2003, N 865.

<sup>11</sup> FORSTMOSER (FN 9), N 270 und 385; REICHWEIN (FN 9), 350 und 352; BÄR (FN 8), 464; REY (FN 10), N 633.

<sup>12</sup> REY (FN 10), N 628; KARL OFTINGER/EMIL W. STARK, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Erster Band: Allgemeiner Teil, 5. A., Zürich 1995, § 3 N 79.

<sup>13</sup> OFTINGER/STARK (FN 12), § 3 N 80.

<sup>14</sup> OFTINGER/STARK (FN 12), § 3 N 80 und 83 sowie § 10 N 10.

<sup>15</sup> OFTINGER/STARK (FN 12), § 3 N 81.

<sup>16</sup> OFTINGER/STARK (FN 12), § 3 N 83; REY (FN 10), N 633.

<sup>17</sup> OFTINGER/STARK (FN 12), § 3 N 82 (die Einschränkung ergibt sich m.E. auch mit Bezug auf die in § 10 N 10 f. enthaltene Stellungnahme aus dem Hinweis, wonach im Haftpflichtrecht fast ausnahmslos eine qualitative Veränderung zur Diskussion stehe); vgl. auch MÜLLER (FN 8), 284 m.w.H.

<sup>18</sup> BREHM (FN 8), N 35 zu Art. 50 OR; ANDREAS VON TUHR/HANS PETER, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Bd. I, 3. A., Zürich 1979, 93 FN 33; VITO ROBERTO, *Probleme der differenzierten Solidarität*, in: *GesKR* 2006, 31; MÜLLER (FN 8), 284 m.w.H.; BGE 127 III 257, 262 f. *Erw.* 5a; BGE 68 II 369, 375 *Erw.* 6.

<sup>19</sup> *Nachweise zur schwankenden Rechtsprechung bei* FORSTMOSER (FN 9), N 382 ff.; REICHWEIN (FN 9), 350 ff.; MÜLLER (FN 8), 289; PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 3. A., Zürich 2004,

## B. Schadensberechnung und Schadenersatzbemessung

Bei der Schadensberechnung geht es um die ziffernmässige Bestimmung der Höhe eines eingetretenen Schadens.<sup>20</sup> Weil – wie gezeigt – die Haftung von vornherein nur so weit reichen kann, als der Schaden adäquat kausal und schuldhaft verursacht wurde, muss der zurechenbare Schaden bei quantitativer Ursachenkonkurrenz für jeden Haftpflichtigen gesondert berechnet werden.<sup>21</sup> Dies gilt nach richtiger Auffassung sowohl in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit wie auch im allgemeinen Haftpflichtrecht.

Die Schadenersatzbemessung befasst sich sodann mit der Frage, in welchem Umfang der Haftpflichtige den im Rahmen der Schadensberechnung ermittelten Schaden zu ersetzen hat.<sup>22</sup> Bei Vorliegen individueller Reduktionsgründe nach Art. 43/44 OR kann der Umfang der Ersatzpflicht geringer sein als derjenige des zurechenbaren Schadens.<sup>23</sup> Namentlich bei bloss leichtem Verschulden ist aber zunächst kontrovers, ob der Richter überhaupt zur Vornahme einer Reduktion verpflichtet ist.<sup>24</sup> Jedenfalls beläuft sich die Kürzung nach der zurückhaltenden Rechtsprechung jeweils auf weniger als 50 %.<sup>25</sup>

## C. Differenzierung im Aussenverhältnis

Im Rahmen der Solidarität stellt sich die Frage, inwieweit ein Haftpflichtiger dem Geschädigten individuelle Reduktionsgründe nach Art. 43/44 OR im Aussenver-

---

<sup>20</sup> § 18 N 481. Vgl. namentlich das obiter dictum in BGE 97 II 403, 415 f. Erw. 7d, wonach das Kausalitätsprinzip im Gegensatz zur Solidarität verlangen würde, dass jeder nur für den Schaden teil haftet, welchen er verursacht hat. Noch in Anwendung des Aktienrechts von 1936 hat das Bundesgericht jedoch mit Blick auf die Revisionsstelle klargestellt, dass diese nur für die durch eigene Pflichtwidrigkeit verursachte Schadensvergrösserung hafte (unveröffentlichte Erw. 3 und 4a von BGE 112 II 461 ff.; vgl. die Entscheidbesprechung von ALAIN HIRSCH, in: SAG 59 [1987], 75 ff.; sowie BGE 116 II 533, 541 Erw. 5a).

<sup>20</sup> OFTINGER / STARK (FN 12), § 6 N 1; REY (FN 10), N 196 und N 395.

<sup>21</sup> So für die aktienrechtliche Verantwortlichkeit: FORSTMOSER (FN 9), N 271; PETER FORSTMOSER / ARTHUR MEIER-HAYOZ / PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 36 N 65; BÖCKLI (FN 19), § 18 N 371; BÄRTSCHI (FN 2), 207.

<sup>22</sup> OFTINGER / STARK (FN 12), § 7 N 1; REY (FN 10), N 395.

<sup>23</sup> OFTINGER / STARK (FN 12), § 7 N 1; REY (FN 10), N 395.

<sup>24</sup> ANTON K. SCHNYDER, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 3. A., Basel / Genf / München 2003, N 8 zu Art. 43 OR m.w.H.

<sup>25</sup> BREHM (FN 8), N 78 zu Art. 43 OR m.H. auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung. Gemäss BÄR (FN 8), 469, besteht meist kein Anlass den vom Geschädigten gestützt auf Art. 43 Abs. 1 OR zu tragenden Anteil am Schicksal hoch zu veranschlagen. ROBERTO (FN 18), 34 f., kommt gar zum Schluss, die Schadenersatzreduktion wegen leichten Verschuldens sei in der Rechtsprechung praktisch bedeutungslos.

hältnis entgegenhalten kann.<sup>26</sup> Eine solche Differenzierung lehnte das Bundesgericht unter dem Aktienrecht von 1936 in konstanter Rechtsprechung ab. Es ging somit von absoluter Solidarität aus.<sup>27</sup> Dieser Rechtsprechung hat der Gesetzgeber in der Aktienrechtsreform von 1991 mit der ausdrücklichen Verankerung der differenzierten Solidarität in Art. 759 Abs. 1 OR eine Absage erteilt.<sup>28</sup>

Die Lehre sieht in der Wendung «als ihr der Schaden [...] persönlich zurechenbar ist» eine Klarstellung, dass ein Haftpflichtiger nur in dem Umfang solidarisch haftet, als er den eingetretenen Schaden durch eigene Pflichtverletzungen adäquat kausal verursacht hat.<sup>29</sup> Dies scheint vor dem Hintergrund einer befürchteten «überkausalen Solidarität» verständlich. Am Erfordernis der adäquat kausalen Verursachung hat der Übergang von der absoluten zur differenzierten Solidarität aber jedenfalls nichts geändert.<sup>30</sup> Art. 759 Abs. 1 OR ist demnach nichts anderes als die Anordnung, dass Art. 43 Abs. 1 OR, wonach der Richter im Rahmen der Schadenersatzbemessung «sowohl die Umstände als die Grösse des Verschuldens zu würdigen hat», auch bei einer Mehrheit von Ersatzpflichtigen im Aussenverhältnis zu berücksichtigen ist.<sup>31</sup>

<sup>26</sup> Ausführliche Analyse und Wiedergabe des Meinungsstandes in Lehre und bundesgerichtlicher Rechtsprechung zur Problematik im allgemeinen Haftpflichtrecht bei REY (FN 10), N 1459 ff.; BREHM (FN 8), N 40 ff. zu Art. 50 OR; JACQUES BONDALLAZ, La responsabilité solidaire des réviseurs de sociétés anonymes (art. 755 / 759 CO): considérations «de lege ferenda», in: REPRAX 3 / 2005, 35 f.

<sup>27</sup> Nachweise bei FORSTMOSER (FN 9), N 382 ff.; BÖCKLI (FN 19), § 18 N 480; MÜLLER (FN 8), 290; BONDALLAZ (FN 26), 32. Zur unter dem Aktienrecht von 1936 in der Lehre geführten Kontroverse mit Bezug auf den Reduktionsgrund des leichten Verschuldens eingehend FORSTMOSER (FN 9), N 392 ff.

<sup>28</sup> BÖCKLI (FN 19), § 18 N 480; BONDALLAZ (FN 26), 28; ROBERTO (FN 18), 31 f.; MÜLLER (FN 8), 293; ROGER ZÄCH / CLAUDIUS TRIEBOLD, Zur differenzierten Solidarität des Verwaltungsrates, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, Bern 1987, 422.

<sup>29</sup> PIERRE TERCIER, La solidarité et les actions récursoires entre les responsables d'un dommage selon le nouveau droit de la société anonyme, in: Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates (= Schriften zum neuen Aktienrecht, Band 5), Zürich 1994, 77; MÜLLER (FN 8), 293 f.; WIDMER / BANZ (FN 2), N 7 zu Art. 759 OR; ZÄCH / TRIEBOLD (FN 28), 427 f.; PETER NOBEL, Solidarität und Unsolidarität, in: Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit (= St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 65), Bern/Stuttgart/Wien 2003, 121; BONDALLAZ (FN 26), 29.

<sup>30</sup> So auch BONDALLAZ (FN 26), 29, gemäss welchem die Präzisierung eine Selbstverständlichkeit zum Ausdruck bringe; ähnlich VON DER CRONE (FN 6), 90; offenbar a.M. BÖCKLI (FN 19), § 18 N 419 f. («Diese harte Praxis war allerdings methodisch [...] untrennbar verbunden mit der absoluten Solidarität.»), 428 und 490; missverständlich ferner BÄRTSCHI (FN 2), 118 und 122; ROBERTO (FN 18), 30 f.

<sup>31</sup> TERCIER (FN 29), 73 ff.; BGer. 2A.252 / 2002 Erw. 3.2.2.1; ähnlich NOBEL (FN 29), 103.

### III. Gemeinsame Einklagung für den Gesamtschaden

#### A. Begriff des Gesamtschadens

Betrachtet man Art. 759 Abs. 2 OR als Korrektiv für die Schlechterstellung des Geschädigten infolge Einführung der differenzierten Solidarität,<sup>32</sup> so erscheint es naheliegend, den Gesamtschaden im Sinne eines von mehreren Verantwortlichen je in vollem Umfang adäquat kausal verursachten Schadens aufzufassen (Gesamtschaden im engeren Sinne<sup>33</sup>).<sup>34</sup> Eine weitere Möglichkeit bestünde darin, den Gesamtschaden als einheitlichen Schadenskomplex zu verstehen, den mehrere Verantwortliche zwar nicht in vollem Umfang, aber zumindest teilweise adäquat kausal verursacht haben (Gesamtschaden im weiteren Sinne<sup>35</sup>). BÖCKLI interpretiert den Gesamtschaden gar noch weiter. Er fasst darunter auch eine Mehrzahl von Schadenskomplexen zusammen, die von verschiedenen Verursachern bzw. (nicht deckungsgleichen) Verursacherkreisen vollumfänglich oder teilweise adäquat kausal herbeigeführt wurden (Gesamtschaden im weitesten Sinne<sup>36</sup>).<sup>37</sup> Gar erst dann – so BÖCKLI – entfalte der Begriff des Gesamtschadens seine Bedeutung.<sup>38</sup> Dieser Auffassung hat sich die Lehre weitgehend angeschlossen.<sup>39</sup> Für einen in diesem Sinne verstandenen Gesamtschaden haften mehrere ins Recht gefasste Verantwortliche

<sup>32</sup> So sinngemäss Nationalrat David, in: Amtl.Bull. NR vom 3. Juni 1991, 853; BÖCKLI (FN 19), § 18 N 497 («gerade in dieser Lage dem Kläger wieder zu helfen»); ZÄCH/TRIEBOLD (FN 28), 429.

<sup>33</sup> Ein *Gesamtschaden im engeren Sinne* liegt etwa vor, wenn die Tätigkeit eines Geschäftsführers sowie die mangelhafte Beaufsichtigung durch den Verwaltungsrat zu einem Schaden führen. Es handelt sich um eine ausschliesslich qualitative Ursachenkonkurrenz.

<sup>34</sup> So eindeutig CORBOZ (FN 2), N 24 f. zu Art. 759 OR; ferner wohl auch TERCIER (FN 29), 76; BONDALLAZ (FN 26), 33.

<sup>35</sup> Ein *Gesamtschaden im weiteren Sinne* liegt etwa vor, wenn sich ein Schadenseintritt über einen längeren Zeitraum erstreckt, und auch ein neu in den Verwaltungsrat gewähltes Mitglied seine Pflichten verletzt. Der Schadenskomplex ist dann zwar ein einheitlicher, das neue Verwaltungsratsmitglied aber für den vor seiner Wahl eingetretenen Schadensteil mangels adäquater Verursachung nicht haftbar. Es handelt sich partiell um eine qualitative, partiell um eine quantitative Ursachenkonkurrenz.

<sup>36</sup> Ein *Gesamtschaden im weitesten Sinne* liegt etwa vor, wenn eine Konkursverschleppung im Anschluss an einen eingetretenen Schaden zu weiterem Schaden führt. Hier tritt ein weiterer eigenständiger Schadenskomplex mit anders geartetem Kausalverlauf hinzu. Es handelt sich um eine quantitative Ursachenkonkurrenz.

<sup>37</sup> PETER BÖCKLI, Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht für die Revisionsstelle (= Schriften zum neuen Aktienrecht, Band 8), Zürich 1994, 29 f.; BÖCKLI (FN 19), § 18 N 421, 501 und 508.

<sup>38</sup> BÖCKLI (FN 37), 30; BÖCKLI (FN 19), § 18 N 508.

<sup>39</sup> WIDMER/BANZ (FN 2), N 7 zu Art. 759 OR; BÄRTSCHI (FN 2), 122; ROLAND RUEDIN, Les frais et les dépens de l'action en responsabilité en matière de société anonyme (art. 759 al. 2 CO), in: Mélanges en l'honneur de Henri-Robert Schüpbach, Basel/Genf/München 2000, 243 und 245; ZÄCH/TRIEBOLD (FN 28), 429 f.; MÜLLER (FN 8), 294 und 296; wohl auch FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 21), § 36 N 112.

jedoch unabhängig vom Vorliegen individueller Reduktionsgründe mangels adäquat kausaler Verursachung nicht in vollem Umfang solidarisch.<sup>40</sup>

Das Konzept eines Gesamtschadens im weitesten Sinne erscheint nachvollziehbar, weil nicht nur die Abschätzung individueller Reduktionsgründe, sondern auch die Ermittlung der zu verschiedenen Schadenskomplexen führenden Kausalverläufe den Kläger vor erhebliche Probleme stellen kann.<sup>41</sup> Jedoch hat die Einführung der differenzierten Solidarität die klägerische Position diesbezüglich gerade nicht erschwert. Gemäss BÖCKLI lässt sich der Zweck der gemeinsamen Einklagung für den Gesamtschaden direkt den parlamentarischen Beratungen entnehmen.<sup>42</sup> Tatsächlich klingt ein weites Verständnis des Gesamtschadens an, wenn Nationalrat David in Art. 759 Abs. 2 OR ein Mittel sieht, um «in einem einzigen Prozess alle potentiellen Schädiger ins Recht fassen zu können.»<sup>43</sup> Allerdings wäre der Initiator der Regelung eher zum alten Recht – also der absoluten Solidarität – zurückgekehrt, als auf Art. 759 Abs. 2 OR zu verzichten.<sup>44</sup> Hieraus liesse sich folgern, dass die Bestimmung nur gerade die Auswirkungen der differenzierten Solidarität mildern will,<sup>45</sup> was für einen eng verstandenen Begriff des Gesamtschadens spricht. Die historische Auslegung führt demnach zu keinem eindeutigen Ergebnis.

Mit Blick auf die Rechtsfolgen im konkreten Prozess reduziert sich der Gesamtschaden i.S.v. Art. 759 Abs. 2 OR ohnehin auf den Schaden, dessen Verursacher der Kläger ins Recht gefasst hat.<sup>46</sup> Zunächst ist zu prüfen, ob der Kläger bei seiner Auswahl der Beklagten zuständigkeitsrechtlichen Restriktionen unterliegt. Weiter soll im Sinne einer systematischen Auslegung ermittelt werden, inwieweit sich die verschiedenen Konzepte des Gesamtschadens mit allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen vereinbaren lassen.

---

<sup>40</sup> BÖCKLI (FN 19), § 18 N 493; WIDMER / BANZ (FN 2), N 7 zu Art. 759 OR; BÄRTSCHI (FN 2), 124; ZÄCH / TRIEBOLD (FN 28), 429 f.; MÜLLER (FN 8), 294.

<sup>41</sup> BÄR (FN 8), 465; FORSTMOSER (FN 9), N 381; ZÄCH / TRIEBOLD (FN 28), 432; BÄRTSCHI (FN 2), 122; MATTHEW T. REITER, Prozessrechtliche Probleme in Verantwortlichkeitsverfahren, in: Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht (= Publikationsreihe Europa Institut Zürich, Band 41), Zürich 2003, 189; BGer. vom 15. Oktober 1998, in: SemJud 1999 I, 349. Demgegenüber weist MÜLLER (FN 8), 297, relativierend darauf hin, dass im praktisch bedeutsamsten Falle der Verantwortlichkeitsklage im Konkurs kein Informationsdefizit bestehe.

<sup>42</sup> BÖCKLI (FN 37), 30; BÖCKLI (FN 19), § 18 N 508.

<sup>43</sup> Nationalrat David, in: Amtl.Bull. NR vom 3. Juni 1991, 853.

<sup>44</sup> Nationalrat David, in: Amtl.Bull. NR vom 18. September 1990, 1392.

<sup>45</sup> So auch BONDALLAZ (FN 26), 33.

<sup>46</sup> So NOBEL (FN 29), 112; ferner bereits Berichterstatter Leuenberger, in: Amtl.Bull. NR vom 3. Juni 1991, 853, mit dem Hinweis, dass mit «Beteiligte» die Beklagten gemeint seien.



## B. Zuständigkeitsrechtliche Restriktionen

### 1. Erweitert Art. 759 Abs. 2 OR die Zuständigkeitsordnung?

Bundesrat Koller wies in den parlamentarischen Beratungen zu Art. 759 Abs. 2 OR auf die Möglichkeit eines Eingriffs des Bundes in die an sich kantonale Prozessrechtskompetenz zur Durchsetzung des Bundeszivilrechts hin.<sup>47</sup> Heute kann jedoch Art. 759 Abs. 2 OR mit Blick auf die Zuständigkeitsordnung keine erweiternde Bedeutung mehr zugemessen werden. Es war der klare Wille des Gesetzgebers, mit dem Gerichtsstandsgesetz (GestG) die Zuständigkeiten in Bundeszivilsachen für das Binnenverhältnis in einer umfassenden Kodifikation zu vereinheitlichen.<sup>48</sup> Noch weniger kann Art. 759 Abs. 2 OR in die Zuständigkeitsordnung des Lugano Übereinkommens (LugÜ) eingreifen. Dieses sieht im Rahmen seines Anwendungsbereichs ebenfalls eine abschliessende Ordnung vor, und seine Bestimmungen sind weitgehend vertragsautonom, d.h. aus dem Übereinkommen selbst heraus und ohne Rückgriff auf Begriffe des nationalen Rechts auszulegen.<sup>49</sup>

### 2. Binnenverhältnis und internationales Verhältnis

Während im Binnenverhältnis das GestG zur Anwendung kommt (Art. 1 Abs. 1 GestG), richtet sich die Zuständigkeit im internationalen Verhältnis nach dem Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPRG; Art. 1 Abs. 1 IPRG), dem wiederum das LugÜ als Staatsvertrag vorgeht (Art. 1 Abs. 2 IPRG). In örtlicher Hinsicht kommt das LugÜ grundsätzlich dann zur Anwendung, wenn der Beklagte seinen Wohnsitz in einem Vertragsstaat hat.<sup>50</sup> Ein internationales Verhältnis liegt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung jedenfalls dann vor, wenn die Parteien Wohnsitz bzw. Sitz in verschiedenen Staaten haben.<sup>51</sup>

Was für ein Verhältnis liegt aber vor, wenn ein Schweizer Kläger nach Art. 759 Abs. 2 OR Beteiligte mit Wohnsitz in verschiedenen Staaten – beispielsweise der Schweiz, einem LugÜ-Vertragsstaat und einem Nicht-LugÜ-Vertragsstaat – gemeinsam einklagen möchte? Das anwendbare Zuständigkeitsrecht muss m.E. für jeden Beklagten separat ermittelt werden.<sup>52</sup> Unzweifelhaft läge ein Binnenverhältnis

<sup>47</sup> Bundesrat Koller, in: Amtl.Bull. NR vom 18. September 1990, 1392.

<sup>48</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen vom 18. November 1998, BBl 1999, 2837 und 2839.

<sup>49</sup> OSCAR VOGEL/KARL SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. A., Bern 2006, Kap. 1 N 81 f. und 90 sowie Kap. 4 N 44m ff.

<sup>50</sup> VOGEL/SPÜHLER (FN 49), Kap. 4 N 44b.

<sup>51</sup> BGE 131 III 76, 80 Erw. 2.3.

<sup>52</sup> Ebenso wohl THOMAS MÜLLER, in: Thomas Müller/Markus Wirth (Hrsg.), Gerichtsstandsgesetz – Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Zürich 2001, N 49

vor, wenn der Kläger nur den Schweizer Verantwortlichen ins Recht fassen würde.<sup>53</sup> Dass an der Schadensverursachung auch Personen mit Wohnsitz im Ausland mitgewirkt haben, begründet also für sich allein keine Internationalisierung des Sachverhalts. Anders wäre wohl zu entscheiden, wenn mehrere an einem Rechtsverhältnis beteiligte Personen eine notwendige Streitgenossenschaft bilden würden. Art. 759 Abs. 2 OR lässt dem Kläger dagegen die Wahl, welche Verantwortlichen er ins Recht fassen möchte.<sup>54</sup> Es kann nun aber dem Kläger nicht anheim gestellt sein, einen reinen Binnensachverhalt einseitig durch Einklagung weiterer Personen zu internationalisieren und damit die anwendbare Zuständigkeitsordnung zu beeinflussen.

### 3. Anwendbare Bestimmungen

Im Anwendungsbereich des GestG und des IPRG finden sich für Ansprüche aus gesellschaftsrechtlicher Verantwortlichkeit besondere Zuständigkeitsvorschriften (Art. 29 GestG, Art. 151 Abs. 1 und 2 IPRG).<sup>55</sup> Diese gewähren alternativ einen Gerichtsstand am Sitz der Gesellschaft oder am Wohnsitz bzw. Sitz des Beklagten.<sup>56</sup> Art. 29 GestG und Art. 151 IPRG gelangen nach herrschender Lehre in allen Konstellationen gesellschaftsrechtlicher Verantwortlichkeit zur Anwendung.<sup>57</sup> Qualifiziert man sie gegenüber den Zuständigkeiten für vertragliche und deliktische An-

---

zu Art. 7 GestG; a.M. EVA GEIER, Die Streitgenossenschaft im internationalen Verhältnis, Diss. St. Gallen 2005 (= St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 74), 63.

<sup>53</sup> So auch GEIER (FN 52), 64.

<sup>54</sup> Der Wortlaut von Art. 759 Abs. 2 OR lässt keinen Zweifel daran, dass der Kläger mehrere Beteiligte lediglich gemeinsam einklagen kann, nicht aber muss (so auch ZÄCH/TRIEBOLD [FN 28], 432; RUEDIN [FN 39], 239). Die herrschende Lehre nimmt dementsprechend an, mehrere Beteiligte i.S.v. Art. 759 Abs. 2 OR würden eine einfache Streitgenossenschaft bilden: VOGEL (FN 5), 148; ZÄCH/TRIEBOLD (FN 28), 429; BÄRTSCHI (FN 2), 124; NOBEL (FN 29), 114 und 116. Von einer einfachen Streitgenossenschaft besonderer Art gehen immerhin aus: KGer. VS vom 2. Juli 1998, in: RVJ 1999, 190; RUEDIN (FN 39), 239.

<sup>55</sup> Spezialbestimmungen finden sich ferner in Art. 29a GestG (Fusionsrecht), Art. 151 Abs. 3 IPRG (Prospekthaftung) und Art. 152 IPRG (Haftung für ausländische Gesellschaften).

<sup>56</sup> M.E. begründet auch Art. 151 Abs. 2 IPRG stets (und nicht nur bei Gesellschaften mit ausländischem Sitz) eine alternative Zuständigkeit am Wohnsitz des Beklagten (so wohl auch FRANK VISCHER, in: Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. A., Zürich 2004, N 6 zu Art. 151 IPRG; CHRISTOPH KURTH/MARTIN BERNET, in: Franz Kellerhals/Nicolas von Werdt/Andreas Güngerich [Hrsg.], Gerichtsstandsgesetz – Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, 2. A., Bern 2005, N 18 zu Art. 29 GestG; a.M. ANDREAS VON PLANTA, in: Basler Kommentar zum internationalen Privatrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1996, N 7 zu Art. 151 IPRG; BÄRTSCHI [FN 2], 349).

<sup>57</sup> Für das GestG: BÄRTSCHI (FN 2), 343; REITER (FN 41), 170; BERTSCHINGER (FN 7), N 2 zu Art. 756 OR; DOMINIK VOCK, in: Basler Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Basel/Genf/München 2001, N 2 und 6 zu Art. 29 GestG. Für das IPRG: VISCHER (FN 56), N 1 und 7 zu Art. 151 IPRG; KURTH/BERNET (FN 56), N 18 zu Art. 29 GestG. Ferner zur Rechtslage unter Art. 761 aOR: BGE 123 III 89, 94 Erw. 3e.

sprüche als *leges speciales*,<sup>58</sup> so ergeben sich aus der in hohem Masse umstrittenen Rechtsnatur der Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit<sup>59</sup> im Binnenwie im allgemein internationalen Verhältnis keine Schwierigkeiten.<sup>60</sup>

Dagegen kennt das LugÜ für Verantwortlichkeitsansprüche keine besondere Zuständigkeit am Sitz der Gesellschaft, nicht anwendbar ist namentlich Art. 16 Ziff. 2 LugÜ.<sup>61</sup> Ein Verantwortlicher einer Schweizer Gesellschaft mit Wohnsitz in einem ausländischen Vertragsstaat kann somit nicht ohne weiteres in der Schweiz belangt werden. Vielmehr wäre grundsätzlich vor den Gerichten des Wohnsitzstaates zu klagen (Art. 2 LugÜ).<sup>62</sup> Einen Gerichtsstand am Sitz der Gesellschaft vermögen allenfalls die besonderen Zuständigkeiten für vertragliche oder deliktische Ansprüche (Art. 5 Ziff. 1 bzw. Ziff. 3 LugÜ) zu begründen.<sup>63</sup> Hier erlangt nun aber die umstrittene Rechtsnatur der Ansprüche Bedeutung, wobei die Begriffe des Vertrags und der unerlaubten Handlung vertragsautonom auszulegen sind.<sup>64</sup> Die deutsche Rechtsprechung hat Ansprüche aus gesellschaftsrechtlicher Verantwortlichkeit verschiedentlich als vertraglich i.S.v. Art. 5 Ziff. 1 LugÜ qualifiziert.<sup>65</sup> Neben einer vertraglichen oder deliktischen Qualifikation des Anspruchs setzt die Begründung

<sup>58</sup> So mit Bezug auf das Verhältnis von Art. 29 zu Art. 25 GestG: EDITH BLUNTSCHI, in: Thomas Müller / Markus Wirth (Hrsg.), Gerichtsstandsgesetz – Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Zürich 2001, N 16 zu Art. 29 GestG; YVES DONZALLAZ, Commentaire de la loi fédérale sur les fors en matière civile, Bern 2001, N 6 zu Art. 29 GestG; KURTH / BERNET (FN 56), N 15 zu Art. 29 GestG; DIESELBEN, N 4 zu Art. 29 GestG, werfen allerdings dennoch die Frage auf, ob Art. 29 GestG auch für die Geltendmachung von unmittelbaren Schäden im Konkurs der Gesellschaft gelte; ebenso BÖCKLI (FN 19), § 18 N 461; zu den diesbezüglichen Auswirkungen von BGE 131 III 306: VON DER CRONE / CARONARA / HUNZIKER (FN 6), 57.

<sup>59</sup> Vertreten werden eine vertragliche bzw. vertragsähnliche, eine deliktische oder eine gesetzliche Natur (BÄRTSCHI [FN 2], 195), wobei in unterschiedlich weitgehendem Mass zwischen den verschiedenen Konstellationen differenziert wird (Übersichten über den Meinungsstand bei BÄRTSCHI [FN 2], 195 ff., sowie zum Aktienrecht von 1936 bei FORSTMOSER [FN 9], N 131 ff.).

<sup>60</sup> Probleme können sich dagegen immer noch aus der Annahme einer Anspruchsgrundlagenkonkurrenz zwischen Art. 754 ff. OR und allgemeinem Delikts- bzw. Vertragsrecht ergeben; so etwa BGer. 4C.13/1997, in: Pra 87 (1998) Nr. 121, 681; Übersichten über den Meinungsstand in der Lehre bei BÄRTSCHI (FN 2), 73 ff., sowie zum Aktienrecht von 1936 bei FORSTMOSER (FN 9), N 585 ff.; zu den zuständigkeitrechtlichen Auswirkungen der Anspruchsgrundlagenkonkurrenz eingehend ISAAK MEIER, in: Zum Gerichtsstand in Zivilsachen, Zürich 2002, 55 ff.

<sup>61</sup> BÄRTSCHI (FN 2), 347 f. und 349; REITER (FN 41), 171; BERTSCHINGER (FN 7), N 13 zu Art. 29 GestG; diesbezügliche Kritik bei REINHOLD GEIMER / ROLF A. SCHÜTZE, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 2. A., München 2004, N 141 f. zu Art. 22 EuGVO; JAN KROPHOLLER, Europäisches Zivilprozessrecht, 8. A., Frankfurt a.M. 2005, N 20 zu Art. 22 EuGVO.

<sup>62</sup> BÄRTSCHI (FN 2), 348; BLUNTSCHI (FN 58), N 20 zu Art. 29 GestG; KURTH / BERNET (FN 56), N 19 zu Art. 29 GestG; KROPHOLLER (FN 61), N 40 zu Art. 22 EuGVO.

<sup>63</sup> VISCHER (FN 56), N 2 zu Art. 151 IPRG; BÄRTSCHI (FN 2), 348; REITER (FN 41), 171.

<sup>64</sup> GEIMER / SCHÜTZE (FN 61), N 13 und 204 f. zu Art. 5 EuGVO; KROPHOLLER (FN 61), N 5 und 72 zu Art. 5 EuGVO. Insofern missverständlich BÄRTSCHI (FN 2), 348, der eine Bestimmung der Rechtsnatur aus «Schweizer Sicht» andeutet.

<sup>65</sup> GEIMER / SCHÜTZE (FN 61), N 32 zu Art. 5 EuGVO und N 142 zu Art. 22 EuGVO m.w.H.

eines Gerichtsstandes am Sitz der Gesellschaft aber weiter voraus, dass sich der Erfüllungs- bzw. Deliktort dort befindet. In der Lehre sind Tendenzen erkennbar, eine solche Lokalisierung in pragmatischer Weise vorzunehmen.<sup>66</sup> Ob sich diese Auffassung mit den vom EuGH entwickelten Kriterien<sup>67</sup> vereinbaren lässt, scheint mir dagegen fraglich, und wäre jedenfalls im konkreten Einzelfall genauer zu prüfen.

#### 4. Streitgenossenschaftsfragen

Im (reinen) Binnenverhältnis kann gegen mehrere Streitgenossen am für eine Partei zuständigen Gericht geklagt werden (Art. 7 Abs. 1 GestG). Das IPRG kennt dagegen keinen allgemeinen Gerichtsstand der passiven Streitgenossenschaft.<sup>68</sup> Im Anwendungsbereich des LugÜ ermöglicht Art. 6 Ziff. 1 eine gemeinsame Klage, – im Gegensatz zu Art. 7 Abs. 1 GestG – allerdings nur am Wohnsitz eines Beklagten. Eine weitere Möglichkeit zur Klage am Sitz der Gesellschaft kann sich aus Art. 6 Ziff. 1 LugÜ somit nur dann ergeben, wenn einer der übrigen Beklagten im entsprechenden Gerichtsbezirk Wohnsitz hat.<sup>69</sup>

Fraglich ist erneut, welche Vorschriften auf gemischt-internationale Streitgenossenschaften Anwendung finden.<sup>70</sup> Eine Ausdehnung des Anwendungsbereiches von Art. 6 Ziff. 1 LugÜ auf Streitgenossen ausserhalb eines LugÜ-Vertragsstaats (sog. Drittstaatenproblematik) wird in der Lehre kontrovers diskutiert.<sup>71</sup> M.E. rechtfertigt sie sich nicht.<sup>72</sup> Nicht zutreffend scheint mir ferner – wie bereits ge-

---

<sup>66</sup> GEIMER/SCHÜTZE (FN 61), N 142 zu Art. 22 EuGVO, wollen den Erfüllungsort «möglichst» am Sitz der Gesellschaft lokalisieren. Ferner nimmt BERTSCHINGER (FN 7), N 13 zu Art. 29 GestG, bei mittelbarem Aktionärs- bzw. Gläubigerschaden generell einen Erfüllungs- bzw. Erfolgsort am Sitz der Gesellschaft an.

<sup>67</sup> Vgl. namentlich: Zur Bestimmung des rechtlichen Erfüllungsortes *lege causae*, EuGH vom 6. Oktober 1976 i.S. Tessili (Rs. 12/76); zur Kontroverse um die alleinige Massgeblichkeit des tatsächlichen Erfüllungsortes nach erbrachter Leistung, KROPHOLLER (FN 61), N 34 zu Art. 5 EuGVO, sowie GEIMER/SCHÜTZE (FN 61), N 142 f. zu Art. 5 EuGVO; zum Deliktort bei reinem Vermögensschaden, EuGH vom 10. Juni 2004 i.S. Kronhofer (Rs. C-168-2).

<sup>68</sup> GEIER (FN 52), 46; MÜLLER (FN 52), N 16 zu Art. 29 GestG; FRANZ KELLERHALS/ANDREAS GÜNGERICH, in: Franz Kellerhals/Nicolas von Werdt/Andreas Güngerich (Hrsg.), Gerichtsstandsgesetz – Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, 2. A., Bern 2005, N 27 zu Art. 29 GestG.

<sup>69</sup> KURTH/BERNET (FN 56), N 19 zu Art. 29 GestG.

<sup>70</sup> Vgl. dazu bereits Kapitel III.B.2. hiervor.

<sup>71</sup> Übersicht über den Meinungsstand bei GEIER (FN 52), 74 ff.; ferner PASCAL GROLIMUND, Drittstaatenproblematik des europäischen Zivilverfahrensrechts, Diss. Basel 1999 (= Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Band 80), N 413 ff.

<sup>72</sup> Eingehende Begründungen bei FRANK BRANDES, Der gemeinsame Gerichtsstand – Die Zuständigkeit im europäischen Mehrparteienprozess nach Art. 6 Nr. 1 EuGVÜ/LÜ, Diss. Hamburg 1998 (= Europäische Hochschulschriften, Reihe 2 – Rechtswissenschaft, Band 2384), 91 ff.; GEIER (FN 52), 77 f.; GROLIMUND (FN 71), N 413 ff., insbesondere N 422 ff.

zeigt – die Annahme, dass die Miteinklagung eines Beteiligten aus einem ausländischen LugÜ-Vertragsstaat das Rechtsverhältnis auch gegenüber inländischen Beklagten internationalisiere.<sup>73</sup> Dem Bedürfnis nach Harmonisierung könnte dagegen auf andere Weise Rechnung getragen werden: Sowohl die Hauptzuständigkeit als auch die abgeleitete Zuständigkeit nach Art. 7 Abs. 1 GestG und Art. 6 Ziff. 1 LugÜ wäre für jeden Beklagten separat nach dem auf ihn bei isolierter Betrachtung anwendbaren Erlass zu bestimmen. Jedoch sollten sowohl Art. 7 Abs. 1 GestG als auch Art. 6 Ziff. 1 LugÜ ermöglichen, den Beklagten an eine Hauptzuständigkeit zu ziehen, die nach einem anderen Erlass begründet wurde.<sup>74</sup>

Stets setzt eine Streitgenossenschaft i.S.v. Art. 7 Abs. 1 GestG allerdings voraus, dass sich die Ansprüche gegen verschiedene Beklagte im Wesentlichen auf die gleichen Tatsachen und Rechtsgründe stützen.<sup>75</sup> Obwohl dem Wortlaut nicht zu entnehmen, verlangt auch Art. 6 Ziff. 1 LugÜ einen sachlichen Zusammenhang zwischen den Ansprüchen (sog. Konnexität).<sup>76</sup> Weil sich das Bundesgericht bei der Auslegung von Art. 7 Abs. 1 GestG an der EuGH-Rechtsprechung zu Art. 6 Ziff. 1 LugÜ orientiert,<sup>77</sup> sind die Bestimmungen diesbezüglich übereinstimmend auszulegen. Mit Blick auf die gemeinsame Einklagung mehrerer Beteiligter nach Art. 759 Abs. 2 OR liegt Konnexität vor, so weit ein Gesamtschaden im engeren Sinne eingeklagt wird.<sup>78</sup> Auch die Klage auf Ersatz eines einheitlichen Schadenskomplexes, den mehrere Verantwortliche nur teilweise adäquat kausal verursacht haben (Gesamtschaden im weiteren Sinne), stützt sich noch im Wesentlichen auf die gleichen

<sup>73</sup> Ebenso wohl MÜLLER (FN 52), N 49 zu Art. 7 GestG; a.M. GEIER (FN 52), 62 ff. m.w.H.

<sup>74</sup> KELLERHALS/GÜNGERICH (FN 68), N 8 zu Art. 7 GestG, schlagen vor, Art. 7 Abs. 1 GestG auch dann anzuwenden, wenn sich die Hauptzuständigkeit auf ein vom Anwendungsbereich des GestG ausgenommenes Sachgebiet stützt. Dieser Grundsatz kann auf vom räumlich-persönlichen Anwendungsbereich ausgenommene Hauptzuständigkeiten erweitert werden. Dagegen weist die Lehre zum LugÜ überwiegend darauf hin, dass sich die Hauptzuständigkeit auf Art. 2 LugÜ stützen müsse (GEIER [FN 52], 53 ff. m.w.H.). Diese Bestimmung regelt jedoch ohnehin nur die internationale Zuständigkeit, wogegen sich die örtliche Zuständigkeit am Wohnsitz des Beklagten aus nationalem Recht ergeben muss. Es erscheint deshalb naheliegend, Art. 6 Ziff. 1 LugÜ auch auf Hauptzuständigkeiten anzuwenden, die überhaupt ohne Zwischenschaltung von Art. 2 LugÜ begründet wurden.

<sup>75</sup> BGE 129 III 80, 84 Erw. 2.2.

<sup>76</sup> GEIMER/SCHÜTZE (FN 61), N 16 zu Art. 6 EuGVO; KROPHOLLER (FN 61), N 8 zu Art. 6 EuGVO. Art. 6 Ziff. 1 EuGVO verlangt nun ausdrücklich, dass «zwischen den Klagen eine so enge Beziehung gegeben ist, dass eine gemeinsame Verhandlung und Entscheidung geboten erscheint, um zu vermeiden, dass in getrennten Verfahren widersprechende Entscheidungen ergehen könnten.» Diese Formulierung entspricht Art. 22 Abs. 3 LugÜ betreffend in Zusammenhang stehende Klagen.

<sup>77</sup> BGE 129 III 80, 84 Erw. 2.2.

<sup>78</sup> Diesbezüglich besteht Gesamtschuldnerschaft: GEIMER/SCHÜTZE (FN 61), N 20 zu Art. 6 EuGVO; PETER F. SCHLOSSER, EU-Zivilprozessrecht, 2. A., München 2003, N 4 zu Art. 6 EuGVO; ferner MÜLLER (FN 52), N 22 zu Art. 7 GestG, mit dem ausdrücklichen Hinweis, dass Art. 7 GestG auch bei differenzierter Solidarität nach Art. 759 Abs. 1 OR zur Anwendung gelange.

Tatsachen und Rechtsgründe.<sup>79</sup> Betrifft eine Klage dagegen verschiedene Schadenskomplexe, die durch voneinander unabhängige Pflichtverletzungen verursacht wurden (Gesamtschaden im weitesten Sinne), so beruhen die Ansprüche gerade auf verschiedenen Tatsachen. Diesfalls fällt m.E. eine Zuständigkeitsbegründung gestützt auf Art. 7 Abs. 1 GestG oder Art. 6 Ziff. 1 LugÜ ausser Betracht.

## 5. Zwischenfazit

Das Bestreben eines Klägers, möglichst viele potentiell Verantwortliche gemeinsam ins Recht zu fassen, kann – namentlich im gemischt-internationalen Verhältnis – von der zuständigkeitsrechtlichen Ordnung durchkreuzt werden.<sup>80</sup> Während GestG und IPRG zumindest einen gemeinsamen Gerichtsstand am Sitz der Gesellschaft vorsehen, ist dies im Anwendungsbereich des LugÜ nicht ohne weiteres der Fall. Eine entsprechende Zuständigkeitsbegründung gestützt auf Art. 5 Ziff. 1 oder Ziff. 3 LugÜ tangiert strittige Fragen, etwa diejenige nach der Rechtsnatur der Ansprüche.

Im binnenrechtlichen Verhältnis eröffnet Art. 7 Abs. 1 GestG weitere Klagemöglichkeiten, jedoch nur so weit sich die Ansprüche im Wesentlichen auf die gleichen Tatsachen und Rechtsgründe stützen. Dies trifft m.E. bei einem Gesamtschaden im weitesten Sinne nicht zu. Unter demselben Vorbehalt ermöglicht Art. 6 Ziff. 1 LugÜ, mehrere Personen am Wohnsitz eines Beklagten ins Recht zu fassen. Fällt der Sitz der Gesellschaft mit dem Wohnsitz eines Schweizer Beklagten zusammen, so kann dieses Forum auch gegenüber Beklagten aus einem ausländischen LugÜ-Vertragsstaat ohne Rückgriff auf Art. 5 Ziff. 1 oder Ziff. 3 LugÜ begründet werden.

## C. Beweis-, Behauptungs- und Substanziierungslast

### 1. Beweislast

Nach einhelliger Lehre hat Art. 759 Abs. 2 OR an der Verteilung der Beweislast im Verantwortlichkeitsprozess nichts geändert.<sup>81</sup> Der Geschädigte trägt also gemäss Art. 8 ZGB bzw. Art. 42 Abs. 1 OR die Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen des Schadens, der Pflichtverletzung und des adäquaten Kausalzusammenhangs.<sup>82</sup> Umstritten – aufgrund des objektivierten Massstabs jedoch von be-

---

<sup>79</sup> So wohl auch BERTSCHINGER (FN 7), N 6 zu Art. 29 GestG, mit dem Hinweis, dass subjektive Klagenhäufung auch dann vorliege, wenn gleichzeitig gegen Verwaltungsratsmitglieder und die Revisionsstelle geklagt wird.

<sup>80</sup> So auch BLUNSCHI (FN 58), N 21 zu Art. 29 GestG.

<sup>81</sup> BÖCKLI (FN 19), § 18 N 498 und 510; MÜLLER (FN 8), 296; ZÄCH/TRIEBOLD (FN 28), 430; REITER (FN 41), 189.

<sup>82</sup> BÖCKLI (FN 19), § 18 N 432; BÄRTSCHI (FN 2), 204; FORSTMOSER (FN 9), N 157, 252 und 277.

schränkter praktischer Bedeutung – ist, inwiefern bzw. in welchen Konstellationen für das Verschulden die Beweislastumkehr nach Art. 97 Abs. 1 OR zum Tragen kommt.<sup>83</sup> Individuelle Reduktionsgründe nach Art. 43/44 OR hat jedenfalls der Schädiger zu beweisen.<sup>84</sup>

## 2. Behauptungs- und Substanziierungslast

Die Behauptungslast besagt, dass die Parteien die rechtserheblichen Tatsachen im Prozess vorzubringen haben.<sup>85</sup> Der Tatsachenvortrag muss – seine Richtigkeit unterstellt – die Zusprechung des im Rechtsbegehren Verlangten begründen.<sup>86</sup> Von Bundesrechts wegen kann die Behauptungslast nur die beweisbelastete Partei treffen.<sup>87</sup> Ferner verlangt die Substanziierungslast, dass die Behauptungen nicht nur in den Grundzügen, sondern so umfassend und klar erfolgen, dass darüber Beweis abgenommen werden kann.<sup>88</sup> Sie sind zu diesem Zweck in bestimmtem Ausmass in Einzeltatsachen zu zergliedern.<sup>89</sup> In Lehre und Rechtsprechung werden Behauptungs- und Substanziierungslast begrifflich nicht immer klar auseinandergehalten.<sup>90</sup>

Mit Blick auf Art. 759 Abs. 2 OR hält die Lehre fest, dass die Praxis weisen müsse, inwieweit die Substanziierungslast des Klägers relativiert werde.<sup>91</sup> Unbestritten ist jedenfalls, dass der Gesamtschaden zu substanziieren ist.<sup>92</sup> BÖCKLI geht davon aus, Art. 759 Abs. 2 OR entbinde den Kläger davon, schon in der ersten Prozessphase die je individuellen Pflichtverletzungen und Schadensbeiträge jedes Beklagten zu bestimmen und zu substanziieren. Im Gegensatz zum «Grobstrahl»-Prinzip (Darlegung des Gesamtschadens und der Verursacherkreise), erfolge deren Festlegung im «Feinstrahl» in der zweiten Prozessphase unter der prozessleitenden Führung des Richters.<sup>93</sup>

<sup>83</sup> BÖCKLI (FN 19), § 18 N 432; BÄRTSCHI (FN 2), 204, 302 und 306 ff.; FORSTMOSER (FN 9), N 133 f. und 337 ff.

<sup>84</sup> OFTINGER / STARK (FN 12), § 7 N 7; SCHNYDER (FN 24), N 3 zu Art. 44 OR.

<sup>85</sup> VOGEL / SPÜHLER (FN 49), Kap. 10 N 54; C. JÜRGEN BRÖNNIMANN, Die Behauptungs- und Substanziierungslast im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Bern 1989 (= Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 522), 29 und 133, spricht diesbezüglich präzisierend von subjektiver Behauptungslast.

<sup>86</sup> BRÖNNIMANN (FN 85), 137.

<sup>87</sup> BGE 97 II 339, 343; BRÖNNIMANN (FN 85), 158.

<sup>88</sup> VOGEL / SPÜHLER (FN 49), Kap. 10 N 55.

<sup>89</sup> BRÖNNIMANN (FN 85), 30 und 165.

<sup>90</sup> BRÖNNIMANN (FN 85), 22 ff.

<sup>91</sup> ZÄCH / TRIEBOLD (FN 28), 430; REITER (FN 41), 189.

<sup>92</sup> BÖCKLI (FN 19), § 18 N 501; MÜLLER (FN 8), 296; WIDMER / BANZ (FN 2), N 7 zu Art. 759 OR; so auch das BGer. in 4C.53 / 2003 Erw. 2.

<sup>93</sup> BÖCKLI (FN 19), § 18 N 497; ebenso BÄRTSCHI (FN 2), 122; MÜLLER (FN 8), 296; ZÄCH / TRIEBOLD (FN 28), 433.

Wollte man mit dieser Vorstellung ernst machen, so würde der Kläger – aufgrund des gemeinhin weit verstandenen Begriffs des Gesamtschadens – zunächst davon befreit, den adäquaten Kausalzusammenhang der einzelnen Pflichtverletzungen für einen bestimmten Schadensteil zu behaupten. Der Gegenstand der Behauptungslast bestimmt sich aber nach dem materiellen Recht, mithin den gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen.<sup>94</sup> Aus dem Grundsatz, wonach diese für jeden Beklagten separat zu prüfen sind,<sup>95</sup> folgt deshalb zwingend, dass der Kläger die anspruchsbegründenden Tatsachen gegenüber allen Beklagten je einzeln zu behaupten und zu substantiieren hat.<sup>96</sup> Die richterliche Prozessleitung vermag den Kläger hiervon nicht zu befreien.<sup>97</sup> Im Anwendungsbereich der Verhandlungsmaxime bleiben die prozessualen Lasten der Parteien trotz richterlicher Fragepflicht bestehen,<sup>98</sup> nur klärt sie das Gericht darüber auf, was sie zu behaupten haben.<sup>99</sup> Dem Richter bleibt es jedoch verwehrt, die Gegenpartei zur Ergänzung eines mangelhaften Klagefundamentes hinzuzuziehen, weil die Behauptungslast nur die beweisbelastete Partei, also jedenfalls bezüglich Schaden, Pflichtverletzung und Kausalzusammenhang nur den Kläger treffen kann.<sup>100</sup> Daran könnte nur die – zu Recht nicht getroffene – Annahme etwas ändern, Art. 759 Abs. 2 OR ordne die Geltung der Untersuchungsmaxime an.<sup>101</sup> Selbst diese vermag aber letztlich die Nachteile nicht zu beseitigen, welche die beweisbelastete Partei treffen, wenn Tatsachen, welche sie begünstigen, trotz aller Bemühungen des Gerichts nicht in den Prozess eingeführt werden.<sup>102</sup>

---

<sup>94</sup> BRÖNNIMANN (FN 85), 130 f. und 133 f.

<sup>95</sup> BÄRTSCHI (FN 2), 93; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 21), § 36 N 5 und 65; REITER (FN 41), 189; so mit Bezug auf die Schadensberechnung auch ZÄCH/TRIEBOLD (FN 28), 427 f. und BÖCKLI (FN 19), § 18 N 371. Zu diesem Grundsatz steht die Einklagung eines im weiteren oder weitesten Sinne verstandenen Gesamtschadens – entgegen BÖCKLI (FN 19), § 18 N 500 – nicht nur in einem Spannungsverhältnis, sondern in einem unüberbrückbaren Widerspruch.

<sup>96</sup> Ebenso NOBEL (FN 29), 114; REITER (FN 41), 189; CORBOZ (FN 2), N 24 zu Art. 759 OR. Nicht gesagt ist damit allerdings, dass der Kläger nicht mehrere Personen, die durch gleichartige Pflichtverletzungen denselben Schaden verursacht haben, zu Verursacherkreisen zusammenfassen kann (dazu BÖCKLI [FN 19], § 18 N 421 f.; MÜLLER [FN 8], 294 und 296).

<sup>97</sup> So aber BÖCKLI (FN 19), § 18 N 501.

<sup>98</sup> BRÖNNIMANN (FN 85), 78.

<sup>99</sup> BRÖNNIMANN (FN 85), 78; ferner DERSELBE, 68, mit dem Hinweis, dass die richterliche Fragepflicht bei völligem Fehlen jeglicher Sachdarstellung nicht zum Tragen kommt, sondern eine zumindest rudimentäre Behauptung des Sachverhalts voraussetzt.

<sup>100</sup> BGE 97 II 339, 343 Erw. 1b; BRÖNNIMANN (FN 85), 158.

<sup>101</sup> ZÄCH/TRIEBOLD (FN 28), 430 FN 45; BÖCKLI (FN 19), § 18 N 498 und 510. Im Ergebnis angedeutet wird die Geltung der Untersuchungsmaxime allerdings bei BÖCKLI (FN 19), § 18 N 501 («Mitwirkung [...] auch der Beklagten für die Beschaffung der Prozessunterlagen [...] zu fordern»).

<sup>102</sup> BRÖNNIMANN (FN 85), 106, spricht diesbezüglich präzisierend von objektiver Behauptungslast; ferner DERSELBE, 101 m.w.H., wonach die Beschaffung des Tatsachenstoffes auch bei Geltung der Untersuchungsmaxime in erster Linie den Parteien obliegt.



Ein weit verstandener Gesamtschaden ist ohne Annahme einer Beweislastumkehr mit der zivilprozessualen Behauptungslast nicht zu vereinbaren, weil das Gericht selbst bei Unterstellung der Richtigkeit sämtlicher klägerischer Behauptungen kein Urteil fällen könnte. Einwandfrei fügt sich demgegenüber der Begriff des Gesamtschadens im engeren Sinne in die zivilprozessuale Landschaft ein. Weil der Beklagte die Beweislast für individuelle Herabsetzungsgründe nach Art. 43/44 OR trägt, obliegt ihm auch deren Behauptung und Substanziierung, wenn er für einen adäquat kausal verursachten Schaden eine vollumfängliche solidarische Haftung ablehnt.<sup>103</sup>

Zwar wird somit niemand einen Verantwortlichkeitsprozess gegen mehrere Beteiligte führen können, der nicht zumindest eine vage Vorstellung von ihren Pflichtverletzungen und den zu einzelnen Teilschäden führenden Kausalverläufen hat. Doch hindert den Kläger nichts daran, die zur Erstellung des Klagefundamentes erforderlichen Behauptungen mangels Verfügbarkeit genauerer Kenntnisse als entsprechend gekennzeichnete Vermutungen in den Prozess einzuführen.<sup>104</sup> Die Anforderungen an die Substanziierung – also den Detaillierungsgrad der Behauptungen – werden in solchen Situationen gemildert.<sup>105</sup> Dies ist jedoch gerade keine Folge von Art. 759 Abs. 2 OR. Vielmehr begründen Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) eine Obliegenheit des Beklagten zur weitergehenden Substanziierung der Bestreitung, wenn die behauptungsbelastete Partei ausser Stande ist, ihre Behauptungen näher zu substantzieren.<sup>106</sup> Insofern sind zumindest einer allzu strengen kantonalrechtlichen Eventualmaxime im Verantwortlichkeitsprozess häufig Grenzen gesetzt. Diese Rechtslage, welche sich aus dem allgemeinen Zivilprozessrecht ergibt, kommt dem von der Lehre nach Art. 759 Abs. 2 OR vorgeschlagenen Vorgehen sehr nahe. Auch BÖCKLI hält nämlich fest, der Kläger habe das Zumutbare zur Individualisierung der Schadensbeiträge von Anfang an zu tun.<sup>107</sup> Darüber hinaus vermag Art. 759 Abs. 2 OR die Situation des Klägers jedoch nicht zu erleichtern.

<sup>103</sup> Zutreffend – weil entgegen ZÄCH/TRIEBOLD (FN 28), 429 f., auf einem engeren Begriff des Gesamtschadens basierend – ist der Hinweis DERSELBEN, 431, wonach das Verschulden in der Klage noch nicht individualisiert werden müsse; ebenso CORBOZ (FN 2), N 25 zu Art. 759 OR («sans tenir compte lui-même des facteurs individuels de réduction qui pourront être invoqués»).

<sup>104</sup> PETER HAFTER, Strategie und Technik des Zivilprozesses, Zürich 2004, N 913 und 915.

<sup>105</sup> MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, 167.

<sup>106</sup> BRÖNNIMANN (FN 85), 101; REITER (FN 41), 190; vgl. ferner aus der Rechtsprechung BGE 98 II 231, 243 Erw. 5; BGE 105 II 143, 146 Erw. 6a bb; sowie mit Blick auf die Beurteilung der Überschuldung einer Gesellschaft in einem Verantwortlichkeitsprozess BGer. 4C.366/2000 Erw. 5b bb.

<sup>107</sup> BÖCKLI (FN 19), § 18 N 497.

### 3. Zwischenfazit

Die prozessuale Behauptungslast trifft zwingend die beweisbelastete Partei. Die Annahme, dass sich der Kläger nach Art. 759 Abs. 2 OR zunächst auf die Behauptung und Substanziierung des Gesamtschadens beschränken könne, scheint somit nur bei einem engen Verständnis des Gesamtschadens zutreffend. Versteht man den Gesamtschaden im weiteren oder weitesten Sinne, würde sie den Kläger demgegenüber von der Behauptung anspruchsbegründender Tatsachen entbinden. Jedoch kann einem allfälligen Informationsdefizit des Klägers nach allgemeinem Zivilprozessrecht mit einer Milderung der Substanziierungslast – verbunden mit einer Obliegenheit des Beklagten zu erweiterter Substanziierung der Bestreitung – Rechnung getragen werden. Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) setzen dabei zumindest einer allzu strengen kantonalrechtlichen Eventualmaxime Grenzen.

## D. Kosten- und Entschädigungsfolgen

### 1. Bedeutung des Wortes «gemeinsam» in Art. 759 Abs. 2 OR

Die parlamentarischen Beratungen enthüllen, dass dem nur im deutschsprachigen Gesetzestext von Art. 759 Abs. 2 OR enthaltenen Wort «gemeinsam» zentrale Bedeutung zugebracht war.<sup>108</sup> Es sollte zum Ausdruck bringen, dass mehrere Beteiligte mit Bezug auf die Kosten- und Entschädigungsfolgen als eine Partei betrachtet werden.<sup>109</sup> Die Lehre ist dem Gedanken im Grundsatz gefolgt,<sup>110</sup> und BGE 122 III 324 hat ihn in einer Situation, die einen Gesamtschaden im weiteren Sinne betraf, konsequent umgesetzt.<sup>111</sup> In der Folge beschränkte das Bundesgericht die Einheitsbetrachtung jedoch zunächst auf das erstinstanzliche Verfahren,<sup>112</sup> und relativierte sie sodann in BGE 125 III 138 erheblich: Eine strikte Handhabung des Grundsatzes rechtfertige sich nur, wenn gegenüber mehreren Beklagten identische Vorwürfe erhoben würden, und eine gemeinsame Vertretung nicht ausgeschlossen sei. Mehrere Parteientschädigungen seien dagegen auszurichten, wenn die Beklagten intern in einem Interessenkonflikt stünden, sich etwa gegenseitig belasteten. Im beurteilten Fall rechtfertigte sich eine getrennte Parteivertretung, weil die beiden

---

<sup>108</sup> Nationalrat David, in: Amtl. Bull. NR vom 18. September 1990, 1392; dazu BGE 122 III 324, 325 f. Erw. 7b (= Pra 86 [1997] Nr. 39).

<sup>109</sup> Nationalrat David, in: Amtl. Bull. NR vom 18. September 1990, 1392.

<sup>110</sup> BÖCKLI (FN 37), 30 f.; BÖCKLI (FN 19), § 18 N 509 ff.; TERCIER (FN 29), 78; VOGEL (FN 5), 149; RUEDIN (FN 39), 242 und 246; CORBOZ (FN 2), N 27 zu Art. 759 OR.

<sup>111</sup> BGE 122 III 324, 325 f. (= Pra 86 [1997] Nr. 39).

<sup>112</sup> BGer. vom 15. Oktober 1998, in: SemJud 1999 I, 349; dazu kritisch BÄRTSCHI (FN 2), 127, und BÖCKLI (FN 19), § 18 N 514. RUEDIN (FN 39), 247 f., möchte für die Anwendung der Einheitsbetrachtung im Rechtsmittelverfahren danach differenzieren, ob noch Ungewissheiten in tatsächlicher Hinsicht bestehen.

Gruppen von Beklagten aus unterschiedlichem tatsächlichem Klagefundament belangt wurden.<sup>113</sup> In einem weiteren Entscheid stellte das Bundesgericht klar, dass die Einheitsbetrachtung nur im Prozess über das Aussenverhältnis gelte, nicht aber im Regressverfahren.<sup>114</sup>

## 2. Weitere Grundlagen für eine Milderung des Kostenrisikos

Etwas ernüchtert haben TERCIER/STOFFEL im Anschluss an BGE 125 III 138 festgestellt, für den Kläger bleibe es damit weitgehend bei der alten Unsicherheit.<sup>115</sup> Bevor die Tragweite von Art. 759 Abs. 2 OR im Einzelnen untersucht wird, rechtfertigt sich deshalb ein Blick auf ergänzende Mechanismen, die zur Verwirklichung des gesetzgeberischen Ansinnens herangezogen werden können, den Kläger im Verantwortlichkeitsprozess von Kosten- und Entschädigungsfolgen zu entlasten.<sup>116</sup> Bei Klagen ausserhalb des Konkurses ermöglicht Art. 756 Abs. 2 OR eine Heranziehung der Gesellschaft zur Milderung des klägerischen Kostenrisikos.<sup>117</sup> Zudem sehen die meisten Prozessordnungen nicht zwingend eine strikte Kosten- und Entschädigungsregelung nach Obsiegen bzw. Unterliegen vor.<sup>118</sup> Vielmehr können Kostenaufgabe und Zuspreehung einer Parteientschädigung im Einzelfall nach richterlichem Ermessen erfolgen.<sup>119</sup> Etwa dann, wenn eine Bezifferung der Klage schwierig war, und diese zwar nicht der Höhe nach, jedoch im Grundsatz gutgeheissen wurde; ferner, wenn sich eine Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst sah.<sup>120</sup> Unnötige Kosten trägt sodann im Allgemeinen der Verursacher.<sup>121</sup>

<sup>113</sup> BGE 125 III 138, 140 Erw. 2d und e. Demgegenüber äusserte das Bundesgericht in BGer. 4C.160/2001 zwar Bedenken an der Auffassung, zwei Verwaltungsräten und einer Revisionsstelle sei nur eine Parteientschädigung zuzusprechen, hielt sie aber für «gerade noch vertretbar».

<sup>114</sup> BGer. 4P.116/2006.

<sup>115</sup> PIERRE TERCIER/WALTER A. STOFFEL, Das Gesellschaftsrecht 1998/99, in: SZW 71 (1999), 308.

<sup>116</sup> Nationalrat David, in: Amtl.Bull. NR vom 18. September 1990, 1390 und 1392.

<sup>117</sup> TERCIER (FN 29), 77 f.; REITER (FN 41), 196. Art. 756 Abs. 2 OR soll allerdings im Rahmen der laufenden Aktienrechtsrevision zu Gunsten einer allgemeinen Regelung in der ZPO entfallen (Begleitbericht des Vorentwurfs zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht vom 2. Dezember 2005, 87).

<sup>118</sup> VOGEL/SPÜHLER (FN 49), Kap. 11 N 16 ff.

<sup>119</sup> So beispielsweise gemäss Art. 105 i.V.m. 93 Abs. 1 des Entwurfes zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (E ZPO).

<sup>120</sup> Art. 105 Abs. 1 lit. a und b E ZPO. Die Botschaft des Bundesrates vom 28. Juni 2005, BBl 2006, 7297 führt als Anwendungsfall von Art. 105 Abs. 1 lit. b E ZPO denn auch ausdrücklich eine aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage an. Ferner wollen TERCIER (FN 29), 77, und ZÄCH/TRIEBOLD (FN 28), 430 FN 44 zur Verhinderung mutwilliger Prozessführung auch im Rahmen von Art. 759 Abs. 2 OR Treu und Glauben zur Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen heranziehen.

<sup>121</sup> So beispielsweise gemäss Art. 106 E ZPO. In Verbindung mit Art. 93 Abs. 1 E ZPO dürfte dies auch für eine unnötigerweise anfallende Parteientschädigung gelten.

### 3. Tragung der Gerichtskosten

Unterliegt der Kläger im Rahmen von Art. 759 Abs. 2 OR teilweise, so trägt er Gerichtskosten nur in dem Umfang, als seine Klage gegenüber sämtlichen Beklagten abgewiesen wird.<sup>122</sup> M.E. ist er gar gänzlich vom Kostenrisiko zu befreien, wenn sein teilweises Unterliegen nur Konsequenz erfolgreicher Berufung auf individuelle Reduktionsgründe nach Art. 43/44 OR ist. Es war der klare gesetzgeberische Wille, dass die Einführung der differenzierten Solidarität für den Kläger kostenneutral erfolge.<sup>123</sup> Kostenpflichtig werden diesfalls also die Beklagten. Diese Regel deckt sich mit allgemeinen Prinzipien, weil die Klage im Grundsatz – wenn auch nicht der Höhe nach – gutgeheissen wird. Teilweise unterliegende Beklagte haften gemäss BGE 122 III 324 für die ihnen auferlegten Kosten solidarisch.<sup>124</sup> Keine Gerichtskosten tragen demgegenüber vollständig obsiegende Beklagte.<sup>125</sup> Allerdings geht RUEDIN davon aus, dass nebst den teilweise unterliegenden Beklagten auch die vollständig obsiegenden für die Rückzahlung eines klägerischen Kostenvorschusses solidarisch einzustehen haben.<sup>126</sup> Dies sei Folge ihrer potentiellen Solidarität.<sup>127</sup> Solidarität kann jedoch – wie gezeigt – ohne Haftung nicht bestehen.<sup>128</sup> Eine solidarische Kostenhaftung vollständig obsiegender Beklagter ist deshalb abzulehnen.

Unterliegt der Kläger gänzlich, so trägt er grundsätzlich die Gerichtskosten.<sup>129</sup> Allerdings weist RUEDIN darauf hin, die Einklagung mehrerer Beteiligter verursache im Vergleich zur Einklagung einer Einzelperson höhere Kosten.<sup>130</sup> Der Kläger habe diese Mehrkosten nach der gesetzgeberisch gewollten Einheitsbetrachtung nicht zu tragen.<sup>131</sup> Auch hier ist jedoch m.E. eine Tragung durch die vollumfänglich obsiegenden Beklagten abzulehnen.<sup>132</sup> Gegenteilig wäre nur zu entscheiden, wenn die Beklagten in Abweichung vom allgemeinen Verteilungsgrundsatz generell zur

---

<sup>122</sup> RUEDIN (FN 39), 244 («Contrairement au système général, il n'est pas important de savoir contre qui la réparation du dommage est obtenue en totalité, mais si elle est obtenue en totalité d'une manière ou d'une autre.») und 246; ähnlich ZÄCH/TRIEBOLD (FN 28), 431 und 433; TERCIER (FN 29), 78.

<sup>123</sup> Ähnlich CORBOZ (FN 2), N 25 zu Art. 759 OR.

<sup>124</sup> BGE 122 III 324, 326 Erw. 7b (= Pra 86 [1997] Nr. 39); VOGEL (FN 5), 148; RUEDIN (FN 39), 246; BÖCKLI (FN 19), § 18 N 515.

<sup>125</sup> RUEDIN (FN 39), 244 und 246.

<sup>126</sup> RUEDIN (FN 39), 244 und 246.

<sup>127</sup> RUEDIN (FN 39), 244 und 246. Von einer solidarischen Haftung für Kosten- und Entschädigungsfolgen infolge potentieller Solidarität sprechen ferner BÖCKLI (FN 37), 30 f., sowie im Anschluss daran BGE 122 III 324, 326 Erw. 7b (= Pra 86 [1997] Nr. 39). Diese Stellungnahmen lassen allerdings nicht erkennen, ob sie sich auch auf vollständig obsiegende Beklagte beziehen.

<sup>128</sup> Vgl. dazu Kapitel II.A. hiervor und die dortigen Hinweise.

<sup>129</sup> VOGEL (FN 5), 148.

<sup>130</sup> RUEDIN (FN 39), 242.

<sup>131</sup> RUEDIN (FN 39), 242.

<sup>132</sup> A.M. RUEDIN (FN 39), 242, der immerhin von einer «situation assez particulière» spricht.

Kostentragung herangezogen würden, etwa weil der Kläger begründeten Anlass zur Klage hatte.<sup>133</sup> Betragsmässig dürften die Mehrkosten im Verhältnis zu den übrigen Kosten- und Entschädigungsfolgen bei Unterliegen ohnehin kaum ins Gewicht fallen.

#### 4. Anzahl Parteientschädigungen

Die zum Schaden bzw. zu Teilschäden führenden Kausalverläufe sind bei Pflichtverletzungen der Unternehmensleitung anders zu beurteilen wie bei solchen der Revisionsstelle.<sup>134</sup> Die Ausscheidung unterschiedlicher Verursacherkreise kann zudem auch innerhalb der Unternehmensleitung geboten sein.<sup>135</sup> Sodann kann die zeitlich beschränkte Zugehörigkeit zu einem Organ mit Bezug auf einzelne Beklagte eine pauschale Beurteilung verunmöglichen.<sup>136</sup> In all diesen Fällen der Einklagung eines weit verstandenen Gesamtschadens werden mehrere Beklagte aus einem unterschiedlichen Klagefundament belangt.<sup>137</sup> Demnach sind grundsätzlich so viele Parteientschädigungen zuzusprechen, wie einheitliche Verursacherkreise ins Recht gefasst werden. Die Rechtsprechung reduziert diese getrennt geschuldeten Parteientschädigungen, wenn die Parteivertreter ihr Vorgehen hinsichtlich einzelner Streitpunkte koordinieren konnten.<sup>138</sup> Bei solchen Reduktionen ist m.E. allerdings Zurückhaltung geboten, weil die Ermittlung des Koordinationspotentials ihrerseits zusätzliche Anwaltskosten generiert.<sup>139</sup>

In der Lehre wird gefragt, ob die Einheitsbetrachtung auch für einen vollständig obsiegenden Beklagten gelte.<sup>140</sup> Die Stellungnahmen sind geteilt.<sup>141</sup> Die Lösung

<sup>133</sup> Immerhin will auch RUEDIN (FN 39), 242, von der Tragung der Mehrkosten durch die obsiegenden Beklagten im Falle mutwilliger Prozessführung absehen.

<sup>134</sup> WIDMER / BANZ (FN 2), N 6 zu Art. 759 OR; BÄRTSCHI (FN 2), 119; RUEDIN (FN 39), 243.

<sup>135</sup> VON DER CRONE (FN 6), 89 f.; BÖCKLI (FN 19), § 18 N 421 f.; MÜLLER (FN 8), 294.

<sup>136</sup> Eingehend hierzu VON DER CRONE / CARBONARA / HUNZIKER (FN 6), 40 f.; ferner BÖCKLI (FN 19), § 18 N 428; BÄRTSCHI (FN 2), 119.

<sup>137</sup> BÄRTSCHI (FN 2), 128; vgl. dazu BGE 125 III 138, 140 Erw. 2e; sehr anschaulich ferner der Entscheid des Präsidenten des HGer. SG vom 28. Februar 2003 (in: SGGVP 2003 Nr. 56).

<sup>138</sup> BGer 4C.160/2001 Erw. 3c. Der Entscheid des Präsidenten des HGer. SG vom 28. Februar 2003 (in: SGGVP 2003 Nr. 56) veranschlagt etwa für den zusätzlichen Vertretungsaufwand hinsichtlich eines dem Verwaltungsrat nur für kurze Zeit angehörigen Mitglieds zusätzlich ein hälftiges Anwaltshonorar.

<sup>139</sup> Kritisch auch WIDMER / BANZ (FN 2), N 8 zu Art. 759 OR. Abzulehnen ist demgegenüber die Auffassung von BERTSCHINGER (FN 7), N 9 zu Art. 759 OR, wonach bereits der Wille eines Beklagten, von einem bestimmten Anwalt vertreten zu werden, als genügendes Motiv für eine getrennte Parteivertretung gelten soll. BGE 125 III 138, 140 Erw. 2d spricht ausdrücklich vom Erfordernis eines objektiv-sachlichen Grundes.

<sup>140</sup> ZÄCH / TRIEBOLD (FN 28), 430 FN 44; RUEDIN (FN 39), 244.

<sup>141</sup> Bejahend TERCIER (FN 29), 78; RUEDIN (FN 39), 244 und 246. Ferner versteht auch RITA TRIGO TRINDADE, La responsabilité des organes de gestion de la société anonyme dans la jurisprudence

ergibt sich ebenfalls aus den vom Bundesgericht aufgestellten Grundsätzen: Weil die Gerichtspraxis bei der Berücksichtigung individueller Reduktionsgründe zurückhaltend ist,<sup>142</sup> scheint eine vollständige Klageabweisung nicht denkbar, wenn die Haftungsvoraussetzungen grundsätzlich vorliegen. Wer sich – im Gegensatz zu anderen Beklagten – vollständig befreien konnte, wurde mithin aus einem abweichenden Klagefundament belangt, weshalb ihm eine gesonderte Parteientschädigung zuzusprechen ist.

Die ursprünglich auf einen Gesamtschaden im weiteren Sinne angewandte Einheitsbetrachtung entlastet den Kläger somit nur noch bei Geltendmachung eines eng verstandenen Gesamtschadens. Als eine Partei erscheint mithin nur ein Verursacherkreis, innerhalb dessen jeder Beteiligte den Schaden in vollem Umfang adäquat kausal verursacht hat.<sup>143</sup> Auch dies aber nur insoweit, als unter den Beklagten kein Interessenkonflikt vorliegt, der wiederum eine getrennte Verteidigung erfordern würde.<sup>144</sup> Geht es um die Geltendmachung individueller Herabsetzungsgründe nach Art. 43/44 OR, scheinen Interessenkollisionen aber fast unvermeidlich.<sup>145</sup> Die Einheitsbetrachtung sollte ein Korrektiv für die Einführung der differenzierten Solidarität darstellen. Paradoxerweise findet sie im Ergebnis nur noch dann Anwendung, wenn einem einheitlichen Verursacherkreis angehörende Beteiligte gerade keine Differenzierung anstreben. Wenn sie nämlich auf die Geltendmachung individueller Reduktionsgründe verzichten, oder aber in corpore dieselben anrufen.

## 5. Tragung der Parteientschädigungen

Mit Festlegung der Anzahl geschuldeter Parteientschädigungen ist noch nicht gesagt, wem diese aufzuerlegen sind.<sup>146</sup> Unterliegt der Kläger gänzlich, so trägt er gemäss BGE 125 III 138 alle auszurichtenden Parteientschädigungen, weil eine partielle Kausalhaftung obsiegender Beklagter für den eigenen Verfahrensaufwand dem schweizerischen Prozessrechtsverständnis grundsätzlich fremd ist.<sup>147</sup>

Obsiegt dagegen der Kläger bezüglich des Gesamtschadens (wenn auch nicht gegenüber jedem einzelnen Beklagten vollumfänglich), so wären gemäss BGE 122

---

récente du Tribunal fédéral, in: SemJud 1998, 16, BGE 122 III 324, 326 Erw. 7b (= Pra 86 [1997] Nr. 39) eindeutig in diesem Sinne («libérés [de toute responsabilité]»), wobei der Entscheid die in eckigen Klammern angefügte Präzisierung gerade nicht enthält; verneinend BÄRTSCHI (FN 2), 128; ebenso aus der kantonalen Rechtsprechung KGer. ZG vom 15. November 1998, in: ZGGVP 1997/98, 137.

<sup>142</sup> Vgl. dazu Kapitel II.B. hiervor und die dortigen Hinweise.

<sup>143</sup> So auch CORBOZ (FN 2), N 28 zu Art. 759 OR.

<sup>144</sup> BGE 125 III 138, 140 Erw. 2d.

<sup>145</sup> Gemäss NOBEL (FN 29), 116, leistet die differenzierte Solidarität der Unsolidarität Vorschub.

<sup>146</sup> TERCIER (FN 29), 78.

<sup>147</sup> BGE 125 III 138, 140 Erw. 2d.

III 324 die Parteientschädigung in gleicher Weise wie die Gerichtskosten solidarisch durch die Beklagten zu tragen, und die interne Kostenaufteilung im Regress zu regeln.<sup>148</sup> Dies kann m.E. für einen gänzlich obsiegenden Beklagten wiederum nicht zutreffen.<sup>149</sup> Seine Haftung für die klägerische Parteientschädigung erschiene umso widersprüchlicher, als ihm nach den in BGE 125 III 138 entwickelten Grundsätzen gar selber eine solche auszurichten ist. Wer trägt nun wiederum diese Parteientschädigung? Die Frage stellt sich unabhängig davon, ob der Kläger den Gesamtschaden in vollem Umfang oder nur teilweise zugesprochen erhält. In der Lehre wird angedeutet, dass auf die vollumfänglich oder teilweise unterliegenden Mitbeklagten zu greifen sei.<sup>150</sup> Art. 759 Abs. 2 OR würde damit zur Rechtsgrundlage einer Kausalhaftung (teilweise) unterliegender Beklagter für fremden Verfahrensaufwand. Dies ist m.E. nicht anzunehmen. Nur wenn ein Beklagter die zu Unrecht erfolgte Miteinklagung weiterer Beteiligter im haftpflichtrechtlichen Sinne verschuldet und adäquat kausal verursacht hat, mag man ihm – mit TERCIER – die daraus entspringenden Kosten als Element des klägerischen Schadens auferlegen.<sup>151</sup> Zumeist würden diesfalls auch besondere zivilprozessuale Verteilungsregeln eine Tragung durch den Verursacher rechtfertigen.

Immerhin schuldet der Kläger – analog zur Tragung der Gerichtskosten – einem Beklagten dann keine Parteientschädigung, wenn sich dieser nur durch Berufung auf individuelle Reduktionsgründe nach Art. 43/44 OR teilweise zu entlasten vermag. Dem klaren gesetzgeberischen Willen entsprechend sollte die Einführung der differenzierten Solidarität keine Erhöhung des Kostenrisikos nach sich ziehen.<sup>152</sup>

## 6. Zwischenfazit

Das Bundesgericht hat die Einheitsbetrachtung mehrerer Beklagter bei den Kosten- und Entschädigungsfolgen in BGE 122 III 324 sogar auf einen Gesamtschaden im weiteren Sinne angewandt. Eine genaue Betrachtung der in BGE 125 III 138 fortentwickelten Grundsätze führt dagegen zum Schluss, dass Art. 759 Abs. 2 OR das klägerische Kostenrisiko höchstens noch insoweit mildert, als mehrere Beteiligte einen Schaden je in vollem Umfang adäquat kausal verursacht haben (Gesamtschaden im engeren Sinne). Zudem darf innerhalb dieses einheitlichen Verursacherkreises kein Interessenkonflikt vorliegen, was nur dann der Fall sein wird, wenn die Beklagten gerade keine differenzierte Betrachtung anstreben.

<sup>148</sup> BGE 122 III 324, 326 Erw. 7b (= Pra 86 [1997] Nr. 39); ebenso VOGEL (FN 5), 148; RUEDIN (FN 39), 246; BÖCKLI (FN 19), § 18 N 515.

<sup>149</sup> Vgl. dazu Kapitel III.D.3. hiervor; a.M. RUEDIN (FN 39), 244 und 246.

<sup>150</sup> So TERCIER (FN 29), 78 f.; a.M. RUEDIN (FN 39), 245 und 247 («Ils [die obsiegenden Beklagten] n'obtiennent pas de dépens de la part des défendeurs succombants.»).

<sup>151</sup> TERCIER (FN 29), 79.

<sup>152</sup> Ähnlich CORBOZ (FN 2), N 25 zu Art. 759 OR.

Können sich Beklagte nur durch erfolgreiche Berufung auf individuelle Reduktionsgründe nach Art. 43/44 OR teilweise befreien, so haben sie keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung und werden kostenpflichtig. Vom Risiko eines Unterliegens mangels Vorliegen der Haftungsvoraussetzungen entbindet Art. 759 Abs. 2 OR den Kläger dagegen nicht. Er hat für jeden obsiegenden Verursacherkreis eine separate Parteientschädigung zu entrichten, bei Interessenkonflikten gar für jeden einzelnen Beklagten innerhalb eines solchen Kreises. Eine Abwälzung dieses Risikos auf weitere, gänzlich oder teilweise unterliegende Beklagte dürfte nur selten möglich sein. Die meisten Prozessordnungen sehen allerdings in bestimmten Fällen die Möglichkeit einer Verteilung der Kosten- und Entschädigungsfolgen nach richterlichem Ermessen vor. Art. 759 Abs. 2 OR kann immerhin als Appell verstanden werden, von solchen flexiblen Verteilungsgrundsätzen in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen vermehrt Gebrauch zu machen.

## E. Rechtsbegehren

Gemäss TERCIER beantragt der Kläger bei der gemeinsamen Einklagung für den Gesamtschaden die solidarische Verurteilung mehrerer Beteiligter.<sup>153</sup> Demgegenüber stellt BÖCKLI mit Blick auf die Revisionsstelle fest, es sei die Vorstellung überholt, dass man diese einfach solidarisch miteinklagen könne, und sich alles weitere im Regressprozess weise.<sup>154</sup> Die Divergenz dieser Stellungnahmen beruht auf einem unterschiedlichen Konzept des Gesamtschadens. Eine Klage auf solidarische Verpflichtung rechtfertigt sich nur bei Geltendmachung eines von sämtlichen Beklagten in vollem Umfang adäquat kausal verursachten Schadens (Gesamtschaden im engeren Sinne).<sup>155</sup> Über die adäquat kausale Verursachung hinaus kann Solidarität dagegen von Anfang an nicht bestehen.<sup>156</sup> Eine Durchsicht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ergibt dennoch, dass häufig auch dann auf solidarische Verpflichtung geklagt wird, wenn offensichtlich Ersatz eines weit verstandenen Gesamtschadens begehrt wird.<sup>157</sup> Wie gezeigt geht der Kläger ein Kostenrisiko ein, wenn er die Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen nicht gegenüber jedem Beklagten einzeln darzulegen vermag. Dementsprechend wäre es bei der Geltendmachung eines weit verstandenen Gesamtschadens empfehlenswert, gegen mehrere Beklagte auf Verurteilung zur Bezahlung eines vom Richter festzusetzenden Schadensbetrages zu

---

<sup>153</sup> TERCIER (FN 29), 76.

<sup>154</sup> BÖCKLI (FN 37), 20 f.

<sup>155</sup> So auch CORBOZ (FN 2), N 24 zu Art. 759 OR («Il ne peut réclamer à chacun que le dommage que celui-ci a causé.»).

<sup>156</sup> BÖCKLI (FN 19), § 18 N 493; WIDMER / BANZ (FN 2), N 7 zu Art. 759 OR; BÄRTSCHI (FN 2), 124; ZÄCH / TRIEBOLD (FN 28), 429 f.; MÜLLER (FN 8), 294.

<sup>157</sup> BGE 122 III 324 (= Pra 86 [1997] Nr. 39); BGE 125 III 138; BGer. 4C.160/2001.



klagen. Eine Bezifferung des von den Beklagten je individuell zugefügten Schadens würde dabei unterbleiben.<sup>158</sup> Enthält Art. 759 Abs. 2 OR somit die bundesrechtliche Anordnung einer unbezifferten Forderungsklage? Dies ist m.E. zu verneinen: Wenn Art. 759 Abs. 2 OR den Kläger nicht davon befreien kann, die Schadensbeiträge für jeden Beklagten einzeln zu behaupten und zu substantzieren, entbindet die Bestimmung auch nicht grundsätzlich von einer individuellen Bezifferung. Eine unbezifferte Forderungsklage bleibt demnach nur möglich, wenn ein Schaden nicht ziffernmässig nachweisbar ist (Art. 42 Abs. 2 OR). Ferner, wo die Angabe der genauen Höhe des Anspruchs für den Kläger unmöglich oder unzumutbar scheint, insbesondere wenn erst das Beweisverfahren Grundlage für die Bezifferung der Forderung abgibt.<sup>159</sup>

#### IV. Fazit

Art. 759 Abs. 2 OR erweckt den Eindruck, ein Kläger könne ohne weiteres (insbesondere unter weitgehender Entlastung von Kosten- und Entschädigungsfolgen) zahlreiche potentiell Verantwortliche in einem Einheitsprozess für einen irgendwie gearteten «Gesamtschaden» ins Recht fassen. Dieser Vorstellung setzt zunächst – namentlich im Anwendungsbereich des LugÜ – das Zuständigkeitsrecht Grenzen. Als Gesamtschaden kann von vornherein nur derjenige Schaden gelten, für dessen Verursacher der Kläger im konkreten Fall eine einheitliche Zuständigkeit zu begründen vermag.

Aber auch des Weiteren reduziert sich der Gehalt der einladenden Aufforderung<sup>160</sup> bei nüchterner Betrachtung drastisch: Eine sinnvolle Einordnung von Art. 759 Abs. 2 OR in die allgemeine zivilprozessuale Landschaft scheint über weite Strecken nur möglich, wenn man den Gesamtschaden als von mehreren Personen je in vollem Umfang adäquat kausal und schuldhaft verursachten Schaden auffasst (Gesamtschaden im engeren Sinne). Ein solcher Begriff des Gesamtschadens steht im Einklang damit, dass Abs. 2 von Art. 759 OR weithin als Korrektiv für die Einführung der differenzierten Solidarität in Abs. 1 OR verstanden wird. Hinsichtlich des Erfordernisses der kausalen Verursachung hat die Abkehr von der absoluten Solidarität bei richtiger Betrachtung nämlich nichts geändert.

Insbesondere kann Art. 759 Abs. 2 OR den Kläger nicht davon entlasten, für jeden Beklagten bzw. einheitlichen Verursacherkreis die Haftungsvoraussetzungen je einzeln zu behaupten, zu substantzieren und zu beweisen. Auch eine Beziffer-

---

<sup>158</sup> So ZÄCH/TRIEBOLD (FN 28), 431, die gerade darin die prozessuale Erleichterung für den Kläger erblicken.

<sup>159</sup> VOGEL/SPÜHLER (FN 49), Kap. 7 N 5b ff.; BGE 116 II 215, 219 Erw. 4a.

<sup>160</sup> So NOBEL (FN 29), 114.

rung der individuellen Schadensbeiträge kann nicht grundsätzlich unterbleiben. Mit Blick auf die Kosten- und Entschädigungsfolgen erleidet der Kläger nur dann keinen Nachteil, wenn ein partielles Unterliegen Konsequenz erfolgreicher Berufung auf individuelle Herabsetzungsgründe nach Art. 43/44 OR ist. Unterliegt er mangels Nachweis der Haftungsvoraussetzungen, greift die Einheitsbetrachtung, wonach mehreren Beklagten nur eine Parteientschädigung auszurichten wäre, aber selbst bei Geltendmachung eines Gesamtschadens im engeren Sinne nur noch dann, wenn unter den Beklagten kein Interessenkonflikt besteht. Dies dürfte kaum je der Fall sein, sobald eine Geltendmachung individueller Reduktionsgründe in Frage steht.

Zusätzliche Erleichterungen, welche die herrschende Lehre durch einen weiter gefassten Begriff des Gesamtschadens herbeizuführen trachtet, können sich dagegen zumindest teilweise (und ohne Rückgriff auf Art. 759 Abs. 2 OR) aus Instrumenten des allgemeinen Zivilprozessrechts ergeben. So kann Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) bei bestehender Informationsasymmetrie die klägerische Substanziierungslast mildern und einer allzu strengen kantonalrechtlichen Eventualmaxime Grenzen setzen. Die Prozesseinleitung mag allenfalls eine unbezifferte Forderungsklage erleichtern. Zahlreiche Prozessordnungen sehen sodann in bestimmten Fällen die Möglichkeit einer Abweichung von der Verteilung der Kosten- und Entschädigungsfolgen nach Obsiegen bzw. Unterliegen vor. Wo das allgemeine Zivilprozessrecht dem Gericht mit Bezug auf derartige Erleichterungen ein Ermessen einräumt, kann Art. 759 Abs. 2 OR immerhin als Appell verstanden werden, in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen vermehrt davon Gebrauch zu machen.