

Prozesskosten bei Verantwortlichkeitsklagen

CAROLINE KIRCHSCHLÄGER*, VITO ROBERTO**

Schlagwörter: Prozesskosten, Gerichtskosten, Parteientschädigung, Prozessentschädigung, Verantwortlichkeitsklage, Verantwortlichkeitsprozess, Art. 759 OR, Art. 107 ZPO, Aktienrecht, Kostentragung

A. Vorbemerkungen

I. Prozesskosten im Allgemeinen

Die Höhe der Prozesskosten¹ in Zivilprozessen bestimmt sich nach den massgeblichen kantonalen bzw. bundesrechtlichen Spezialerlassen.² Ausgangspunkt bildet in vermögensrechtlichen Streitigkeiten stets der Streitwert. Dieser richtet sich in erster Linie nach dem klägerischen Rechtsbegehren. Enthält das Rechtsbegehren keinen bestimmten Betrag, setzt das Gericht den Streitwert fest, sofern sich die Parteien darüber nicht einigen oder ihre Angabe des Streitwerts offensichtlich unrichtig ist. Die nach dem Streitwert ermittelte Grundgebühr bzw. das Grundhonorar kann unter Berücksichtigung weiterer Umstände, namentlich der Verfahrensart sowie des vom Gericht bzw. vom Parteivertreter zu betreibenden Aufwands, nach richterlichem Ermessen erhöht bzw. um Zuschläge erweitert oder aber reduziert werden.³

* Dr. iur., Rechtsanwältin und Lehrbeauftragte an der Universität St. Gallen.

** Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt und Professor an der Universität St. Gallen.

1 Unter dem (Ober-)Begriff Prozesskosten werden Gerichtskosten und Parteientschädigungen (gleichbedeutend *Prozessentschädigungen*) zusammengefasst; beispielhaft die Überschrift des 4. Abschnittes (vor § 64 ff.) der zürcherischen Zivilprozessordnung (nachfolgend «ZH-ZPO»; LS 271) sowie des 8. Titels (vor Art. 95 ff.) der neuen schweizerischen Zivilprozessordnung (nachfolgend «ZPO»).

2 Im Kanton Zürich sind dies die Verordnungen des Obergerichts über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (GebV; LS 211.11) bzw. die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006 (AnwGebV; LS 215.3). Für den Bund vgl. Art. 65 und 68 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG; SR 173.110) sowie den Tarif für die Gerichtsgebühren (SR 173.110.210.1) und das Reglement über die Parteientschädigung und die Entschädigung für die amtliche Vertretung im Verfahren vor dem Bundesgericht (SR 173.110.210.3), beide vom 31. März 2006. Die Tarife für die Prozesskosten in kantonalen Verfahren setzen auch nach Inkrafttreten der ZPO die Kantone fest (s. Art. 96 ZPO sowie hinten Ziff. B.III.).

3 Für den Kanton Zürich vgl. § 2, 4 und 9 GebV sowie § 2 und 3 AnwGebV; zur Streitwertberechnung vgl. neu auch Art. 91 ff. ZPO.

Während sich die Höhe der Prozesskosten (mit Ausnahme von Verfahren vor Bundesgericht) weiterhin nach kantonalen Tarifen richtet, wird die Kostentragung inskünftig durch Bundesrecht geregelt.⁴ Grundsätzlich werden die Prozesskosten nach dem Verfahrensausgang verlegt. Bei bloss teilweisem Obsiegen greift eine verhältnismässige Kostentragung. Ausnahmsweise können nach richterlichem Ermessen besondere Umstände eine Abweichung von diesem Grundsatz rechtfertigen.

Für Parteientschädigungen kann Sicherstellung verlangt werden.⁵ Voraussetzung ist gemäss Art. 99 Abs. 1 ZPO, dass die künftige Vollstreckbarkeit erheblich gefährdet ist, z.B. weil kein Sitz bzw. Wohnsitz in der Schweiz besteht,⁶ bei nachweisbarer oder notorischer Zahlungsunfähigkeit⁷ oder wenn aus früheren Verfahren Prozesskostenforderungen offen sind. Für Gerichtskosten kann das Gericht gemäss Art. 98 ZPO einen Vorschuss bis zur Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten verlangen.

II. Besonderheiten des aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozesses

Der aktienrechtliche Verantwortlichkeitsprozess wird durch ein paar Besonderheiten charakterisiert. So richtet sich eine Klage in der Regel gegen verschiedene (Organ-)Personen⁸, die in ihrer Funktion je einzeln, teilweise oder ganz einen Schaden verursacht haben. Auch eine einheitliche Klägerrolle existiert nicht: Die Normen über die aktienrechtliche Verantwortlichkeit können sowohl von der Gesellschaft bzw. der Konkursverwaltung als auch von einem bzw. mehreren Aktionären oder Gläubigern angerufen werden.⁹ Ausserdem ist der Streitwert in der Regel hoch, was ein beträchtliches Kostenrisiko für den Kläger

4 S. Art. 96 und 104 ff. ZPO. Nach bisheriger Regelung richtet sich die Kostentragung in kantonalen Verfahren nach kantonalem Recht; vgl. z.B. für den Kanton Zürich § 64 Abs. 2 und 3 sowie 65 ff. ZH-ZPO.

5 Bisher war hierfür nicht in allen Kantonen ein entsprechender Antrag der Gegenpartei nötig; vgl. OSCAR VOGEL, KARL SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Aufl., Bern 2006, 11. Kapitel Rz. 43. Mit Inkrafttreten der ZPO ist ein solcher gemäss Art. 99 ZPO aber vorausgesetzt. Vgl. auch CHRISTOPH LEUENBERGER, BEATRICE UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010, Rz. 10.19.

6 Oftmals bestehen jedoch staatsvertragliche Vereinbarungen, die eine Befreiung vorsehen.

7 S. Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO. Als solche gelten beispielsweise die Konkurseröffnung, ein Nachlassverfahren oder bestehende Verlustscheine. Vgl. auch LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (Fn. 5), Rz. 10.19.

8 In der Regel natürliche Personen, mit Bezug auf die Revisionsstelle aber die juristische Person, wenn sie mit den in Art. 755 OR aufgezählten Aufgaben befasst ist; vgl. PETER WIDMER, DIETER GERICKE, STEFAN WALLER, in: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht, Bd. 2, 3. Aufl., Basel 2008, N 5 zu Art. 755 OR; BERNARD CORBOZ, in: Pierre Tercier, Marc Amstutz (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des Obligations II, Basel 2008, N 4 zu Art. 755 OR.

9 Vgl. Art. 754 bis 757 OR.

zur Folge hat.¹⁰ Wird die Verantwortlichkeitsklage – was häufig der Fall ist – im Rahmen eines Konkurs- oder Nachlassverfahrens durch den Konkursverwalter oder Liquidator angestrengt, sind jeweils auch die Voraussetzungen für eine Sicherheitsleistung gegeben.¹¹

Die – sämtlichen kantonalen Prozessgesetzen und auch der künftigen ZPO bekannten – Bestimmungen über die einfache Streitgenossenschaft erlauben es einem Kläger, seine Klagen gegen mehrere Verantwortliche in einem Prozess zusammenzufassen. Vorausgesetzt wird dafür lediglich, dass der gleiche Richter zuständig und das gleiche Verfahren anwendbar sind und dass sich die geltend gemachten Ansprüche im Wesentlichen auf gleichartige Tatsachen oder Rechtsgründe stützen.¹² Diese Voraussetzungen liegen im Rahmen aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsprozesse vor.

Trotz der Bestimmungen über die einfache Streitgenossenschaft ist der Kläger in einem Verantwortlichkeitsprozess aber mit erheblichen Hürden bzw. Risiken konfrontiert: Zum einen entbindet ihn der einheitliche Prozess nicht davon, den Beitrag eines jeden Beklagten zum eingeklagten Schaden substantiiert zu behaupten und zu beweisen. Zum anderen wirkt sich die einheitliche Prozessführung im Hinblick auf das Kostenrisiko nicht aus: Unterliegt der Kläger, hat er die Gerichtskosten zu tragen. Zudem müsste er jeden Beklagten einzeln für dessen Prozesskosten entschädigen.¹³

Dieser Befund veranlasste den Gesetzgeber im Rahmen der Aktienrechtsrevision von 1992, die Stellung des Verantwortlichkeitsklägers mit der Schaffung prozessualer Sonderbestimmungen zu verbessern.¹⁴ Ziel dürfte dabei gewesen sein, die Schleusen für Verantwortlichkeitsklagen massvoll zu öffnen, ohne gleichzeitig sämtliche Dämme nieder zu reissen und damit einer Prozessflut Vorschub zu leisten.

-
- 10 So bemisst sich der Streitwert bei einer Klage nach Art. 756 OR nach dem Interesse der Gesellschaft am Prozessausgang, obwohl der Prozesserfolg bei der Klage durch einen Aktionär nur in einer Erhöhung des Gesellschaftsvermögens besteht, welche sich – jedenfalls bei Kleinaktionären – kaum in einem spürbaren Wertzuwachs ihrer Beteiligungen niederschlägt: vgl. BSK OR II-WIDMER/GERICKE/WALLER (Fn. 8), N 14 zu Art. 756 OR; HARALD BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Zürich 2001, S. 340; PETER FORSTMOSER, ARTHUR MEIER-HAYOZ, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Aufl., Bern 2007, § 36 Rz. 122; ANDREAS CASUTT, Rechtliche Aspekte der Verteilung der Prozesskosten im Anfechtungs- und Verantwortlichkeitsprozess, in: Walter R. Schluemp, Peter R. Isler (Hrsg.), Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, Festschrift zum 50. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zürich 1993, S. 79 ff., 80 f.; CLAUDIA GÖTZ STAHELIN, SIMONE STEBLER, Prozessuale Hürden in Verantwortlichkeitsprozessen, GesKR 2009, S. 497 ff., 496.
- 11 Vgl. Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO; bisher vgl. z.B. § 73 Ziff. 7 ZH-ZPO.
- 12 S. Art. 71 ZPO; gleichbedeutend wohl die in den kantonalen Prozessordnungen vorherrschende Voraussetzung des «inneren Zusammenhangs», vgl. VOGEL/SPÜHLER (Fn. 5), 5. Kapitel Rz. 60.
- 13 Vgl. BGE 113 Ia 104 ff., 106. Vgl. auch OSCAR VOGEL, Aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsprozess: Kosten- und Entschädigungsfolge, Art. 759 Abs. 2 OR, Bemerkungen zu BGE 122 III 324 ff., SZW 1998 S. 146 ff., 148; BÄRTSCHI (Fn. 10), S. 124.
- 14 Art. 756 Abs. 2 und 759 Abs. 2 OR. In der Lehre auch als «Findlinge» in der «gewohnten prozessrechtlichen Landschaft» charakterisiert: vgl. VOGEL (Fn. 13), S. 149.

B. Prozessuale Sondervorschriften im Verantwortlichkeitsrecht

I. Möglichkeit der Kostenauflegung an die Gesellschaft

Nach Art. 756 Abs. 2 OR verteilt der Richter die Kosten nach seinem Ermessen auf den Kläger und die Gesellschaft, wenn der Aktionär aufgrund der Sachlage begründeten Anlass zur Klage hatte und die Kosten nicht vom Beklagten zu tragen sind. In ähnlicher Weise bestimmt Art. 706a Abs. 3 OR für die Anfechtungsklage, dass die Kosten bei Abweisung nach richterlichem Ermessen auf die Gesellschaft und den Kläger verteilt werden.¹⁵

Die erwähnten Bestimmungen stellen eine (bundesrechtliche) Abweichung vom oben erwähnten prozessrechtlichen Grundsatz der Kostentragung nach Verfahrensausgang dar. In der Lehre wurde die Regelung als «*verblüffend*» und «*ziemlich abenteuerlich*»¹⁶ bezeichnet, da – wenn die Klage vom Aktionär ausgeht – mit der Gesellschaft auch eine am Verfahren nicht beteiligte (Dritt-) Person¹⁷ mit Kosten belastet werden kann.¹⁸

Die Entlastung des Klägers greift jedoch nur bei Klagen von Aktionären aus dem Schaden der Gesellschaft ausser Konkurs sowie unter der Voraussetzung, dass aufgrund der Sach- und Rechtslage begründeter Anlass für die Klage bestand. Hierzu muss der klagende Aktionär in aller Regel die ihm auf Grundlage des Aktienrechts zur Verfügung stehenden Mittel zur Informationsbeschaffung ausgeschöpft haben.¹⁹ Zudem wird verlangt, dass er mit seiner Klage tatsäch-

15 Eine noch klägerfreundlichere Regelung kennt das Fusionsrecht in Bezug auf die Überprüfung von Anteils- und Mitgliedschaftsrechten: s. Art. 105 Abs. 3 FusG. Vgl. hierzu MATTHIAS MAURER, HANS CASPAR VON DER CRONE, Prozesskostentragung bei der Überprüfungs-klage nach Art. 105 FusG, SZW 2010, S. 77 ff. Im Übrigen vgl. Art. 108 Abs. 3 FusG, wo auf Art. 756 und 759 OR verwiesen wird.

16 So PETER FORSTMOSER, Die Verantwortlichkeit der Organe, ST 1991, S. 536 ff., 539.

17 Immerhin wird der Gesellschaft hinsichtlich der Kostentragung rechtliches Gehör zugestanden: vgl. CR CO II-CORBOZ (Fn. 8), N 26 zu Art. 756 OR; BÄRTSCHI (Fn. 10), S. 340.

18 Vgl. MATTHEW T. REITER, Prozessrechtliche Risiken in Verantwortlichkeitsverfahren, in: Rolf H. Weber (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 165 ff., 196, wonach diese Bestimmung dem «*altruistischen Charakter*» der Klage des Aktionärs, die ja auf Leistung des Gesamtschadens an die Gesellschaft geht, Rechnung trage. Siehe ferner CR CO II-CORBOZ (Fn. 10), N 19 ff. zu Art. 756 OR; CASUTT (Fn. 10), S. 81 f.; JEAN-MARC RAPP, La répartition des frais selon l'art. 756 al. 2 CO, in: Jacques Haldy, ders., Phidias Ferrari (Hrsg.), Etudes de procédure et d'arbitrage, Mélanges Jean-François Poudret, Lausanne 1999, S. 169 ff. Im Gesetzgebungsverfahren wurde die Belastung der am Prozess nicht beteiligten Gesellschaft mit einem Vergleich des mittelbar geschädigten Klägers mit einem Geschäftsführer ohne Auftrag begründet: vgl. BÄRTSCHI (Fn. 10), S. 341.

19 Darunter fallen nach h.L. das Gesuch um schriftliche Orientierung über die Organisation der Geschäftsführung gemäss Art. 716b Abs. 2 OR und das Begehren um Auskunft oder Einsicht nach Art. 697a Abs. 1 OR, wogegen ein Antrag auf Sonderprüfung nicht als zwingend notwendig angesehen wird: vgl. BSK OR II-WIDMER/GERICKE/WALLER (Fn. 8), N 16 zu Art. 756 OR; BÄRTSCHI (Fn. 10), S. 340.

lich Interessen der Gesellschaft – und nicht etwa persönliche Sonderinteressen – verfolgt.²⁰

II. Unklare Regelung in Art. 759 Abs. 2 OR

Nach Art. 759 Abs. 2 OR kann der Verantwortlichkeitskläger mehrere Beteiligte gemeinsam für den Gesamtschaden einklagen und verlangen, dass der Richter im gleichen Verfahren die Ersatzpflicht jedes einzelnen Beklagten festsetzt. Der Wortlaut und mit ihm die Tragweite dieser Bestimmung sind freilich alles andere als klar:²¹ So lässt sich nicht erkennen, zu welchen Vorteilen Art. 759 Abs. 2 OR einem Kläger gegenüber den Bestimmungen der einfachen Streitgenossenschaft verhilft.²² Hinzu kommt, dass auch die Gesetzestexte in den drei Landessprachen nicht vollständig übereinstimmen. Gewisse, wenn auch nicht besonders verlässliche, Konturen erhielt Art. 759 Abs. 2 OR durch die stark entstehungsgeschichtlich geprägte Auslegung des Bundesgerichts, auf welche nachfolgend zurückzukommen ist.²³

III. Neuerungen durch die schweizerische Zivilprozessordnung

Am 1. Januar 2011 tritt die neue schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft. Mit Bezug auf die hier interessierende Thematik bringt die vereinheitlichte Zivilprozessordnung vor allem dahingehend eine Neuerung, als die prozessualen (Sonder-)Normen von Art. 756 Abs. 2 OR sowie Art. 706a Abs. 3 OR aufgehoben werden.

Die Kostenverteilung richtet sich in Zukunft nach den Bestimmungen in Art. 104 ff. ZPO. Grundsätzlich werden die Kosten gemäss Art. 106 ZPO nach dem Verfahrensausgang verlegt. Art. 107 ZPO – vom Bundesrat in der Botenschaft als «*Billigkeitsnorm*»²⁴ bezeichnet – sieht indessen verschiedene Ausnahmen vor. Gemäss dieser Bestimmung kann das Gericht die Prozesskosten

20 BSK OR II-WIDMER/GERICKE/WALLER (Fn. 8), N 14 zu Art. 756 OR; BÄRTSCHI (Fn. 10), S. 340; CASUTT (Fn. 10), S. 88 f.

21 So selbst das Bundesgericht: vgl. BGE 122 III 324 ff., 325. Pointiert PETER NOBEL, *Solidarität und Unsolidarität*, in: Charlotte Bär (Hrsg.), *Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit*, Bern 2003, S. 99 ff., 109, wonach der Gesetzestext so schwer wie ein Bibeltext zu entschlüsseln sei.

22 Differenziert bezüglich der Rechtsnatur der Klage Kantonsgericht VS in ZWR 1999, S. 187 ff., wonach mit Art. 759 Abs. 2 OR eine «*einfache Streitgenossenschaft besonderer Art*» geschaffen worden sei, die sich von der einfachen Streitgenossenschaft insofern unterscheidet, als keine Klagentrennung mehr möglich sei.

23 Vgl. Ziff. C.II. und III.

24 BBl 2006 7221 ff., 7297. Vgl. auch ALEXANDER FISCHER, in: Baker McKenzie (Hrsg.), *Stämpfli Handkommentar zur ZPO*, Bern 2010, N 1 zu Art. 107 ZPO; DAVID JENNY, in: Thomas Sutter-Somm, Franz Hasenböhler, Christoph Leuenberger (Hrsg.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Zürich/Basel/Genf 2010, N 3 zu Art. 107 ZPO.

bei Vorliegen besonderer Umstände nach Ermessen verteilen. Als solche werden beispielhaft genannt: das Obsiegen nur im Grundsatz, die gutgläubige Prozessführung, familienrechtliche Verfahren oder die Abschreibung eines Verfahrens wegen Gegenstandslosigkeit. Mit lit. f, wonach die Prozesskosten nach Ermessen verteilt werden können, wenn die Kostenverlegung gemäss dem Prozessausgang nach den Umständen als unbillig erscheint, wurde sodann ein eigentlicher «*Auffangtatbestand*»²⁵ verankert.

Die ersatzlose Aufhebung von Art. 756 Abs. 2 OR ist problematisch, was in der Zwischenzeit auch der Gesetzgeber bemerkt hat.²⁶ Im Zuge der Revisionsarbeiten des Aktien- und Rechnungslegungsrechts realisierte er, dass Art. 107 ZPO, welcher die Kostenverlegung zwischen Prozessparteien zum Gegenstand hat, nicht auf die Situation zugeschnitten ist, wo, wie im Fall der Klage des Aktionärs ausser Konkurs, eine am Prozess nicht beteiligte Partei – nämlich die Gesellschaft – für kostenpflichtig erklärt werden kann. Dies veranlasste ihn, für den – noch nicht einmal in Kraft getretenen – Art. 107 ZPO bereits eine Ergänzung vorzuschlagen.²⁷ Neu soll in Art. 107 Abs. 1^{bis} ZPO²⁸ bestimmt werden, dass das Gericht die Prozesskosten bei Abweisung gesellschaftsrechtlicher Klagen, die auf Leistung an die Gesellschaft lauten (Art. 678 und 756 OR), nach Ermessen auf die Gesellschaft und die klagende Partei verteilen kann.

Art. 759 Abs. 2 OR erfährt durch die ZPO keine Änderung.

IV. Tragweite der Neuerungen

Art. 107 ZPO erlaubt es, der besonderen Situation eines Verantwortlichkeitsklägers Rechnung zu tragen, dessen individuelles Interesse an der Klage kleiner ist als das – mit Bezug auf den Streitwert als relevant erachtete – Gesellschaftsin-

25 BBI 2006 7221 ff., 7298. Zu den Anwendungsmöglichkeiten dieser Norm vgl. z.B. VIKTOR RÜEGG, in: Karl Spühler, Luca Tenchio, Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basel 2010, N 2 und 9 f. zu Art. 107 ZPO; JENNY (Fn. 24), N 17 ff. zu Art. 107 ZPO; FISCHER (Fn. 24), N 15 f. zu Art. 107 ZPO; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (Fn. 5), Rz. 10.41.

26 Vgl. BBI 2009 21 ff., 124. Ausführlich ROLF WATTER, ANDREW M. GARBARSKI, La répartition des frais du procès en responsabilité (art. 756 CO), GesKR 2009, S. 148 ff., 156 ff.; JENNY (Fn. 24), N 24 zu Art. 107 ZPO; RASHID BAHAR, RITA TRIGO TRINDADE, Revision des Verantwortlichkeitsrechts: Differenzierte Solidarhaftung der Revisionsstelle und übrige Änderungen, GesKR Sondernummer 2008, S. 146 ff., 156 f.

27 BBI 2009 299, 327 f. Vgl. auch WATTER/GARBARSKI (Fn. 26), S. 160, Fn. 161; JENNY (Fn. 24), N 24 zu Art. 107 ZPO. In der Sommersession 2009 stimmte der als Erstrat amtende Ständerat dem Antrag der bundesrätlichen Botschaft zu; vgl. AB SR 2009 718. Die Zustimmung des Nationalrates steht noch aus. Wann diese erfolgen wird, ist zufolge der Verknüpfung der Prozesskostenthematik mit dem materiellen Recht und dem noch nicht abschätzbaren Verlauf der Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts bzw. der Umsetzung der «Abzockerinitiative» bei Drucklegung dieses Beitrags noch ungewiss.

28 BBI 2009 343 ff., 346: Der Entwurf bezieht sich noch auf eine ältere Nummerierung der ZPO (Vorreferendumsfassung).

teresse. Im Fokus liegt der Kleinaktionär.²⁹ Die Unsicherheit, ob angesichts des Wortlauts von Art. 106 und 107 ZPO auch der an einem Prozess nicht beteiligten Gesellschaft (bei Klagen des Aktionärs ausser Konkurs) Kosten auferlegt werden können, dürfte durch den Gesetzgeber mit Art. 107 Abs. 1^{bis} ZPO beseitigt worden sein.³⁰ Damit findet die mit Art. 756 Abs. 2 OR geschaffene Rechtslage auch unter der neuen schweizerischen Zivilprozessordnung ihre Fortsetzung.³¹

In der Literatur mehren sich freilich die Stimmen, die auf Unzulänglichkeiten der bestehenden Regelung hinweisen. Diese werden vorrangig darin gesehen, dass der Richter rückblickend beurteilen muss, ob die Einleitung der Klage «aus begründetem Anlass»³² erfolgte. Befürwortet wird stattdessen ein eigentliches Klagezulassungsverfahren nach deutschem bzw. englischem Vorbild.³³ Bei diesem würde die Berechtigung zur Klageeinleitung vorab geprüft mit dem Vorzug, dass auch die Frage der Kostentragung bereits zu diesem Zeitpunkt geklärt werden könnte.

Mit Bezug auf Art. 759 Abs. 2 OR sieht die neue schweizerische Zivilprozessordnung, wie erwähnt, keine Änderung vor; es wurde selbst von der Herauslösung der Norm aus dem Gesellschaftsrecht und ihrer Fortführung in der ZPO abgesehen, was auf die schwierige Einordnung von Art. 759 Abs. 2 OR in die allgemeine Zivilprozessrechtslandschaft zurückzuführen sein dürfte.³⁴ Vorherhand bleibt es daher mit Bezug auf Art. 759 Abs. 2 OR beim bisherigen Gesetzesverständnis, ungeachtet dessen, dass die Konturen, welche das Bundesgericht dieser Norm verliehen hat, alles andere als klar sind.

Nachfolgend ist auf die Parteientschädigung bei Verantwortlichkeitsklagen gegen mehrere Beteiligte bzw. auf die Interpretation der Kostentragung gemäss Art. 759 Abs. 2 OR einzugehen. Nicht näher untersucht werden soll dagegen die Kostenabwälzung auf die Gesellschaft, d.h. die – in der Literatur schon kla-

29 Vgl. BBl 2006 7221 ff., 7297. Der «(Klein-)Aktionär» wurde in der bundesrätlichen Botschaft als Fallbeispiel für Art. 107 lit. b ZPO (in der Botschaft noch Art. 105 lit. b ZPO) aufgeführt.

30 Dazu soeben – und unter der Voraussetzung, dass sich der Nationalrat der Meinung des Ständerates anschliesst – Ziff. B.III.

31 Deutlich in diesem Sinne BBl 2009 299 ff., 328, wonach Art. 107 Abs. 1^{bis} ZPO «nun zum geltenden Rechtszustand» zurückkehre.

32 Vgl. Art. 756 Abs. 2 OR. Gleichbedeutend dürfte neu der Passus «in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst» gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO zu verstehen sein.

33 Vgl. jüngst WATTER/GARBARSKI (Fn. 26), S. 161 f. In Zusammenhang mit Klagen eines Aktionärskollektivs vgl. auch RITA TRIGO TRINDADE, Chacun pour soi, un pour tous, in: Anne Héritier Lachat u.a. (Hrsg.), De lege ferenda: réflexions sur le droit désirable: en l'honneur du Professeur Alain Hirsch, Genf 2004, S. 171 ff., 174 f. Die Idee eines summarischen Vorverfahrens wurde für die Schweiz namentlich von HANS CASPAR VON DER CRONE, Ein Aktienrecht für das 21. Jahrhundert, SZW 1998, S. 157 ff., 164, aufgeworfen.

34 So URS H. HOFFMANN-NOWOTNY, Gemeinsame Einklagung für den Gesamtschaden, in: Vertrauen – Vertrag – Verantwortung, Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 50. Geburtstag, Zürich 2007, S. 428 ff., 428.

rer umrissenen³⁵ – Stossrichtungen einer Reform von Art. 756 Abs. 2 OR bzw. 107 Abs. 1^{bis} ZPO.

C. Der Grundsatz der einfachen Parteientschädigung

I. Entstehungsgeschichte von Art. 759 Abs. 2 OR

Art. 759 Abs. 2 OR wurde erst im Rahmen der parlamentarischen Beratungen der Aktienrechtsreform 1992 – auf Antrag einer Minderheit unter der Initiative des damaligen Nationalrats Eugen David – in das Gesetz eingefügt. Die bundesrätliche Botschaft hatte noch keine entsprechende Bestimmung enthalten.³⁶ Nationalrat David begründete den Minderheitsantrag damit, dass es dem Kläger möglich sein müsse, «*in ein- und demselben Verfahren vor ein- und demselben Richter zu klären, welcher oder welche der Verwaltungsräte haften*»³⁷. Die kantonalen Prozessordnungen sähen keine Möglichkeit vor, dass der Geschädigte die Verwaltungsräte gemeinsam als eine Gegenpartei einklagen könne. Stattdessen müsse bei zwanzig Verwaltungsräten gegen jeden einzelnen geklagt werden, und jeder könne den Geschädigten, wenn er ihm gegenüber unterliege, für den vollen Streitwert kostenpflichtig machen. Ein solches Prozessrisiko könne und dürfe dem Geschädigten nicht überbunden werden.³⁸

Der damalige Bundespräsident Koller hatte zunächst die Streichung des Minderheitsantrags beantragt³⁹, auf nochmaliges Votum von Nationalrat David dann aber die vorläufige Annahme der Bestimmung empfohlen und gleichzeitig in Aussicht gestellt, die von ihm als zentral erachtete Frage des Verhältnisses zwischen prozessualen Bestimmungen des Bundesrechts und dem kantonalen Prozessrecht im Hinblick auf die Behandlung im Ständerat nochmals zu überprüfen.⁴⁰ Im Differenzbereinigungsverfahren empfahl der Bundesrat schliesslich die Streichung von Art. 759 Abs. 2 OR.⁴¹ Die Räte setzten sich jedoch über diesen Antrag hinweg und nahmen Art. 759 Abs. 2 OR an.⁴²

II. Ausgangsfall: BGE 122 III 324 ff.

In seinem ersten Entscheid zu dieser neuen Bestimmung leitete das Bundesgericht aus Art. 759 Abs. 2 OR in zweifacher Hinsicht eine verfahrensmässige Er-

35 S. die Hinweise in Fn. 33.

36 Vgl. BBl 1983 II 938 ff., 992.

37 AB NR 1990 1390 (Votum David).

38 AB NR 1990 1392 (Votum David).

39 AB NR 1990 1391 (Votum Koller).

40 AB NR 1990 1392 (Votum Koller).

41 AB NR 1991 854 (Votum Koller).

42 Von PETER BÖCKLI, Schweizerisches Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 18 Rz. 509 als «*späte Rechtsschöpfung im Verfahren der Differenzbereinigung*» bezeichnet.

leichterung für den Verantwortlichkeitskläger ab: Erstens könne der Kläger, der mehrere Verwaltungsräte für den Gesamtschaden einklage, vom Richter verlangen, dass dieser im gleichen Verfahren für jeden Beklagten die individuelle Grenze der solidarischen Haftung im Aussenverhältnis festlegt. Zweitens befreie Art. 759 Abs. 2 OR den Kläger vom Risiko, die Kosten- und Entschädigungsfolgen im Verhältnis zu den entlasteten Beklagten tragen zu müssen. Der Kläger sei, auch wenn er mehrere Verantwortliche für den Gesamtschaden gemeinsam einklage, hinsichtlich Kosten- und Entschädigungsrisiko gleichgestellt, wie wenn er nur gegen eine Partei vorgegangen wäre.

Damit postulierte das Bundesgericht den «*Grundsatz der einfachen Parteientschädigung*». Umgekehrt hätten, wenn der Kläger hinsichtlich des verlangten Gesamtschadens obsiege, die Beklagten die Kosten- und Entschädigungsfolgen solidarisch zu tragen, weil sie an der potentiellen Solidarität beteiligt seien.⁴³ Dies ergibt sich nach Ansicht des Gerichts aus dem – deutschsprachigen⁴⁴ – Gesetzestext, den Materialien sowie der Entstehungsgeschichte der Norm.

III. Bundesgerichtliche Präzisierung bzw. Relativierung

In seiner jüngeren Rechtsprechung verlieh das Bundesgericht dem Grundsatz der einfachen Parteientschädigung weitere – wenn auch nicht unbedingt klarere – Konturen:

In BGE vom 15. Oktober 1998⁴⁵ hielt das Bundesgericht fest, dass die aus Art. 759 Abs. 2 OR fließende Prozesskostenverteilung grundsätzlich nur vor erster Instanz, nicht aber ohne weiteres vor zweiter oder dritter Instanz anwendbar sei. Das mit der unsicheren Bestimmung der Verantwortlichen verbundene Prozessrisiko bestehe eben weitgehend nur im Verfahren vor erster Instanz. Auch im erstinstanzlichen Verfahren solle Art. 759 Abs. 2 OR aber den richterlichen Ermessensspielraum bei der Kostenauflegung nicht völlig einengen.⁴⁶

Eine weitere Präzisierung erfolgte mit BGE 125 III 138 ff. In diesem Entscheid schützte das Bundesgericht die Kostenverteilung der Vorinstanz, welche sowohl den beiden Revisionsstellen als auch den sieben Verwaltungsratsmitgliedern je als Gruppe eine separate Entschädigung zugesprochen hatte. Das Bundesgericht hielt fest, dass die Ausrichtung einer einfachen Parteientschädigung nur gerechtfertigt sei, wenn mehreren beklagten Streitgenossen gegenüber identische Vorwürfe erhoben würden und eine gemeinsame Vertretung nicht ausgeschlossen sei; anders sei dagegen zu entscheiden, wenn die Verantwortli-

43 BGE 122 III 324 ff., 325 f.

44 Im Unterschied zum italienischen und französischen Gesetzestext enthält der deutsche den Zusatz «*gemeinsam*».

45 BGE vom 15. Oktober 1998 in SJ 1999, S. 349 f.

46 Ebenda.

chen intern in einem Interessenkonflikt stünden und sich nicht gemeinsam vertreten lassen könnten.⁴⁷ Ein Anspruch auf mehrere Parteientschädigungen stehe den beklagten Streitgenossen insbesondere bei begründetem Anlass, sich einzeln oder in Gruppen vertreten zu lassen, zu, beispielsweise bei Vorliegen eines unterschiedlichen tatsächlichen Klagefundaments. Bestehe hingegen für eine getrennte Parteivertretung kein objektiv-sachlicher Grund, sei nach wie vor nur eine einfache Parteientschädigung auszurichten.⁴⁸

An diesen Massstäben hielt das Bundesgericht auch in BGE 4C.160/2001 vom 18. Dezember 2001 fest, wo es die Zusprechung lediglich einer Parteientschädigung an die – je selbständig vertretenen – drei Beklagten wegen des identischen Standpunktes bezüglich der Hauptfrage der Überschuldung «*trotz Bedenken*» als «*gerade noch vertretbar*» erachtete.⁴⁹

In BGE 4P.166/2006 vom 6. Juli 2006 erklärte das Bundesgericht den Grundsatz der einfachen Parteientschädigung nur im Prozess über das Aussenverhältnis, nicht aber im Regressverfahren für anwendbar.⁵⁰ Mit BGE 4A.267/2008 vom 8. Dezember 2008 machte das Bundesgericht schliesslich – nicht ganz widerspruchsfrei – nochmals deutlich, dass Art. 759 Abs. 2 OR «*nicht apodiktisch*» gelte und nur für das erstinstanzliche Verfahren zwingend sei. Auch der erstinstanzliche Richter dürfe den Umständen des Einzelfalls jedoch durchaus Rechnung tragen.⁵¹

Das Bundesgericht hat die Bedeutung, welche es Art. 759 Abs. 2 OR aufgrund seiner Entstehungsgeschichte ursprünglich verliehen hat, über die Zeit somit erheblich eingeschränkt.⁵² Der Grundsatz der einfachen Parteientschädigung wurde nicht bloss präzisiert, sondern im Ergebnis zugunsten einer (unklaren) Vervielfachung der Parteientschädigung aufgegeben.⁵³

IV. Kantonale Rechtsprechung

Die bundesgerichtliche Relativierung des «*Grundsatzes der einfachen Parteientschädigung*» fand auch in der kantonalen Rechtsprechung ihren Niederschlag. Mit Entscheid vom 28. Februar 2003 hielt der Handelsgerichtspräsident

47 BGE 125 III 138 ff., 140.

48 BGE 125 III 138 ff., 140.

49 BGE 4C.160/2001 vom 18. Dezember 2001, E. 3c.

50 BGE 4P.166/2006 vom 6. Juli 2006, E. 3.4.5.

51 BGE 4A.267/2008 vom 8. Dezember 2008, E. 7.

52 Vgl. auch CR CO II-CORBOZ (Fn. 10), N 28 zu Art. 759 OR; PIERRE TERCIER, WALTER A. STOFFEL, Das Gesellschaftsrecht 1998/1999, SZW 1999, S. 304 ff., 308; MICHAEL PFEIFER, Übersicht über Entwicklungen und Tendenzen bei der gesellschaftsrechtlichen Verantwortlichkeit, AJP 2000, S. 1468 ff., 1470, wonach das (Kosten-)Risiko von Verantwortlichkeitsprozessen für den Kläger nach BGE 125 III 138 ff. wieder höher einzustufen sei.

53 Das Bundesgericht gab seine Relativierungen wohl zu Unrecht anfänglich als blosse «*Präzisierungen*» aus; vgl. auch BÄRTSCHI (Fn. 10), S. 127 und Fn. 635. Weiteren Präzisierungsbedarf betonend auch: PFEIFER (Fn. 52), S. 1470.

St. Gallen fest, dass es mit Blick auf die differenzierende Rechtsprechung in BGE 125 III 138 ff. «*unbillig wäre*», den zehn Beklagten nur eine einzige Parteientschädigung zuzugestehen. Eine «*teilweise getrennte Parteivertretung auf Seiten der Beklagten*» erscheine gerechtfertigt, wenn auch die «*Art und Stossrichtung der Vorwürfe (...) eine weitgehende Koordinierung der Verteidigung*» möglich mache. Er setzte daher die Kautions für die Parteikosten auf drei Parteientschädigungen fest. Wegen Ausscheidens zweier Beklagten wurde die Kautions in der Folge auf zweieinhalb Parteientschädigungen reduziert.⁵⁴

Das Bezirksgericht Zürich wandte in seinem (Kautions-)Beschluss vom 30. November 2005⁵⁵ eine funktionale Sichtweise an und fasste die insgesamt zwölf Beklagten in Gruppen gemäss Organisationsreglement (Gesamtverwaltungsrat, Finanzkommission, Präsident des Verwaltungsrates, CEO, CFO) zusammen. Zwischen diesen Gruppen bestünden «*erhebliche Interessengegensätze*», was eine gemeinsame Vertretung durch denselben Anwalt ausschliesse. Entsprechend setzte es die Kautions für die Parteikosten auf fünf Parteientschädigungen fest. Mit Urteil vom 8. Januar 2009 sprach es schliesslich Parteientschädigungen zu, welche sich gesamthaft auf das Vierfache einer einfachen Parteientschädigung belaufen.⁵⁶ In seiner – eher inkonsequent anmutenden – Begründung führte das Gericht an, die Beklagten hätten sich nicht klar voneinander abgegrenzt und auch keine unterschiedlichen Verteidigungsstrategien gewählt, sondern weitgehend gleichlautende Eingaben eingereicht, weshalb es grundsätzlich richtig erscheine, die Klägerin das Kosten- und Entschädigungsrisiko nur gegenüber einer Gegenpartei, und nicht gegenüber jedem einzelnen Beklagten tragen zu lassen. Weil sich nicht ohne weiteres sagen lasse, es wäre gerechtfertigt gewesen, einen einzigen Vertreter für alle Beklagten zu bestellen, verdoppelte es aber, um die Verteidigungsrechte nicht unnötig einzuschränken, die Anwaltsgebühr und gewährte darüber hinaus aufgrund der umfangreichen Akten sowie des Koordinationsaufwandes Zuschläge von zweimal 50%.⁵⁷ Dieselbe Sichtweise legte auch das Obergericht seinem Kautionsbeschluss für das Berufungsverfahren vom 28. April 2009 zugrunde.⁵⁸

Ähnlich entschied auch das Bezirksgericht Bülach in seinem (Kautions-)Beschluss vom 11. April 2006.⁵⁹ Es fasste die insgesamt achtzehn Beklagten in Gruppen (Verwaltungsratsmitglieder, CEO und CFO) zusammen, gestand je-

54 SG-GVP 2003 171 ff., 173 f.

55 Prozess Nr. CG050190/Z2 («Swissair/Roscor-Fall»), auch zitiert bei ERNST FELIX SCHMID, Prozessuales zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage, in: Gaudenz G. Zindel, Patrik R. Peyer, Bertrand Schott (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Bewegung, Festschrift für Peter Forstmoser, Zürich/St. Gallen 2008, S. 601 ff., 615.

56 Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 8. Januar 2009, ZR 2009, S. 129 ff. («Swissair/Roscor-Fall»).

57 A.a.O., S. 132.

58 Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 28. April 2009, Geschäfts-Nr. LB090023/Z01.

59 Prozess Nr. CG050072/Z2 («Swissair/Flightlease-Fall»).

doch verschiedenen Personen mit spezieller Begründung⁶⁰ eine getrennte anwaltliche Vertretung zu und setzte die Kautionspflicht für die Parteikosten auf insgesamt zwölf Parteientschädigungen fest.

In seinem (Kautions-)Beschluss vom 9. Juni 2006⁶¹ erblickte das Bezirksgericht Zürich im Klagefundament der Klägerin unterschiedliche Vorwürfe gegenüber einzelnen Beklagten. Diese stünden zum Teil in einem massiven Spannungsverhältnis zueinander, weshalb nicht ausgeschlossen sei bzw. sogar davon ausgegangen werden müsse, dass sich die Beklagten im Verlauf des Verfahrens gegenseitig belasten würden. Das Bezirksgericht fasste die insgesamt zehn Beklagten deshalb in vier Gruppen (Präsident des Verwaltungsrates, Doppelorgan, Mitglieder der Finanzkommission, übrige Verwaltungsräte) zusammen und vervierfachte die zu kautionierende Parteientschädigung. Mit Urteil vom 23. Juni 2009 sprach es schliesslich Parteientschädigungen zu, welche sich gesamthaft auf das Vierfache einer einfachen Parteientschädigung belaufen.⁶² Die Urteilsbegründung⁶³ beruht indessen nicht mehr auf der funktionalen Differenzierung zwischen den Beklagten gemäss Organisationsreglement, d.h. auf der im (Kautions-)Beschluss⁶⁴ vorgenommenen Gruppenbildung. Vielmehr folgt die Argumentation dem früheren Urteil desselben Gerichts vom 8. Januar 2009⁶⁵, indem die einfache Parteientschädigung verdoppelt sowie zweimal um 50% erhöht wird.

D. Problematische Privilegierung des Verantwortlichkeitsklägers

I. Zusammenfassung der Praxis

Versucht man die bislang ergangene Rechtsprechung zusammenzufassen, ergibt sich folgendes Bild: Unterliegt der Verantwortlichkeitskläger vollumfänglich bzw. mehrheitlich, hat er die Prozesskosten zu tragen. Hinsichtlich der Entschädigung der Beklagten kann er sich entsprechend der vom Bundesgericht vorgenommenen, stark entstehungsgeschichtlich geprägten Auslegung von Art. 759 Abs. 2 OR auf den «*Grundsatz der einfachen Parteientschädigung*» berufen. Er hat demnach grundsätzlich *nur eine* Parteientschädigung zu leisten, auch wenn ihm auf der Beklagtenseite – wie im Verantwortlichkeitsprozess typisch⁶⁶ – *mehrere* Parteien gegenüber stehen.

60 Z.B. aufgrund früheren Ausscheidens aus dem Verwaltungsrat oder wegen Ämterkumulation.

61 Prozess Nr. CG060040/Z 3 («Swissair/Sabena-Fall»).

62 Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 23. Juni 2009, Prozess Nr. CG060040/U («Swissair/Sabena-Fall»).

63 S. vorstehende Fussnote.

64 Beschluss des Bezirksgerichts Zürich vom 9. Juni 2006, Prozess Nr. CG060040/Z 3.

65 ZR 2009, S. 129 ff.

66 Dazu oben: Ziff. A.II.

Die nachteiligen Auswirkungen dieses Grundsatzes für die Beklagten werden gemildert, indem die einfache Parteientschädigung nach richterlichem Ermessen vervielfacht wird. Eine Aufweichung erfährt der Grundsatz der einfachen Parteientschädigung nach der Rechtsprechung insbesondere im Rechtsmittelverfahren⁶⁷ sowie bei Vorliegen objektiv-sachlicher Gründe für eine getrennte Vertretung: Letzteres ist namentlich dann gegeben, wenn keine hinreichende Interessenparallelität besteht, gegen die einzelnen Beklagten keine identischen Vorwürfe erhoben werden oder einzelne Beklagte in besonderem Masse angegriffen werden. Inskünftig besteht schliesslich die Möglichkeit, die Prozesskosten gemäss Art. 107 ZPO aus Billigkeitserwägungen der Gegenpartei aufzuerlegen, wenn besondere Umstände vorliegen.⁶⁸

Unterliegen demgegenüber die Beklagten vollumfänglich bzw. mehrheitlich, haben sie den Kläger unter solidarischer Haftbarkeit für dessen Gerichts- und Parteikosten zu entschädigen.⁶⁹ Die interne Verteilung ist auf dem Weg des Rückgriffs nach Massgabe des Unterliegens des einzelnen Beklagten vorzunehmen.⁷⁰

II. Spannungsverhältnis zu Art. 12 lit. c BGFA

Dem Grundsatz der einfachen Parteientschädigung liegt das Bestreben zugrunde, den Verantwortlichkeitskläger zu privilegieren. Im Hinblick auf die Vermeidung von anwaltlichen Interessenkonflikten ist dies jedoch nicht unproblematisch.

Angesichts der Komplexität von Verantwortlichkeitsklagen besteht faktisch ein Anwaltszwang. Gemäss Art. 12 lit. c BGFA⁷¹ hat ein Anwalt aber jeden Konflikt zwischen den Interessen seiner Klientschaft und den Personen, mit denen er geschäftlich oder privat in Beziehung steht, zu meiden. Dieses Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen gilt noch verstärkt im Prozess. So darf ein Anwalt nicht für verschiedene Parteien, deren Interessen nicht übereinstimmen, tätig sein.⁷² Gelegentlich ergeben sich Meinungsverschiedenheiten

67 Vgl. BGE vom 15. Oktober 1998 in SJ 1999, S. 349 f.; bestätigt in BGE 4A.267/2008 vom 8. Dezember 2008, E. 7.

68 Dazu oben: Ziff. B.III.

69 Vgl. auch Art. 106 Abs. 3 ZPO. Dies gilt selbst dann, wenn nur ein einziger Beklagter unterliegt: vgl. VOGEL (Fn. 13), S. 3; SCHMID (Fn. 55), S. 616. Berechtigterweise kritisch, weil Solidarität ohne Haftung gar nicht bestehen kann: BÄRTSCHI (Fn. 10), S. 128; HOFFMANN-NOWOTNY (Fn. 34), S. 449; ROLAND RUEDIN, Les frais et les dépens de l'action en responsabilité en matière de société anonyme (art. 759 al. 2 CO), in: Pierre-Henri Bolle (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Henri-Robert Schüpbach, Basel/Genf/München 2000, S. 237 ff., 244.

70 BGE 122 III 324 ff., 326.

71 Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vom 23. Juni 2000 (SR 935.61).

72 Vgl. MICHEL VALTICOS, in: ders., Christian M. Reiser, Benoît Chappuis (Hrsg.), Loi sur les avocats, Basel 2010, N 155 zu Art. 12 BGFA; WALTER FELLMANN, in: ders., Gaudenz G. Zindel (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2005, N 101 zu Art. 12 BGFA.

zwischen den Parteien aber erst im Verlaufe eines Prozesses. Beschlagen die Meinungsverschiedenheiten nicht nur unbedeutende Nebenpunkte, die eine gemeinsame Vertretung aus Verfahrens- und Kostengründen gerade noch als gerechtfertigt erscheinen lassen,⁷³ ist der Anwalt gehalten, sämtliche Mandate niederzulegen.⁷⁴ Um es gar nicht erst zu einer solchen Situation kommen zu lassen, muss ein Anwalt vorausschauend agieren und potentiell konfliktträchtige Mandate ablehnen. Auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung lässt bereits das *theoretische* Risiko eines Interessenkonflikts genügen, um einem Rechtsanwalt die Annahme eines Mandats zu untersagen.⁷⁵

Das Bundesgericht hat das Standesrecht in seinen Entscheiden betreffend den Grundsatz der einfachen Parteientschädigung zwar regelmässig als möglichen objektiv-sachlichen Grund für eine Abweichung genannt. Die volle Tragweite des Normenwiderspruchs hat es aber nicht offengelegt.

Das BGFA ist am 1. Juni 2002 in Kraft getreten und damit im Verhältnis zu Art. 759 Abs. 2 OR, welcher im Rahmen der Aktienrechtsreform 1992 seinen Niederschlag fand, klar das jüngere Gesetz. Vor dem Hintergrund des allgemeinen Grundsatzes *«lex posterior derogat legi priori»* muss gefragt werden, ob sich die vom Bundesgericht entwickelte Deutung von Art. 759 Abs. 2 OR mit Art. 12 lit. c BGFA verträgt.

Die mit dieser Frage befassten Zürcher Bezirksgerichte haben dies mit der Begründung bejaht, dass eine Pflicht des Anwalts zur Vermeidung von Interessenkonflikten bereits vor Erlass des BGFA auf Grundlage der kantonalen Anwaltsgesetze bestanden habe. Die Problematik von möglichen standesrechtlich verbotenen Interessenkollisionen sei damit im Zeitpunkt des Erlasses von Art. 759 Abs. 2 OR bekannt gewesen. Der Gesetzgeber habe aber davon abgesehen, Art. 759 Abs. 2 OR mit Inkrafttreten des BGFA zu ändern oder zu streichen.⁷⁶

Diese Begründung überzeugt weder in formeller noch in materieller Hinsicht: Als bundesrechtliche Norm genoss Art. 759 Abs. 2 OR gestützt auf den Grundsatz *«lex superior derogat legi inferiori»* schon immer Vorrang gegenüber kantonalen Bestimmungen. Mit der bundesrechtlichen Regelung der Berufspflichten des Rechtsanwalts wurde eine neue Norm auf gleicher Stufe geschaffen, welche bei der Anwendung von Art. 759 Abs. 2 OR fortan (mit-)berück-

73 So die Aufsichtskommission des Kantons Zürich im Entscheid KR 940217 vom 5. September 1996, zitiert bei GIOVANNI ANDREA TESTA, Die zivil- und standesrechtlichen Pflichten des Rechtsanwalts gegenüber dem Klienten, Zürich 2001, S. 110.

74 CR LLCA-VALTICOS (Fn. 72), N 184 zu Art. 12 BGFA; FELLMANN (Fn. 72), N 105 zu Art. 12 BGFA, m.w.H.

75 Vgl. BGE 2A.293/2003 vom 9. März 2004 in RVJ 2004, S. 273 ff. Vgl. auch ZR 2005, S. 236 ff., 237.

76 (Kautions-)Beschluss des Bezirksgerichts Zürich vom 30. November 2005, E. 3.4.4.; (Kautions-)Beschluss des Bezirksgerichts Bülach vom 11. April 2006, E. 3.4.3.3 und 3.4.3.4; dazu oben Ziff. C.IV.

sichtigt werden muss. Hat das Bundesgericht die Problematik der unzulässigen gemeinsamen Vertretung bei Interessenkonflikten aber schon auf Grundlage des Ständesrechts erkannt, müsste es dies umso mehr tun, nachdem eine bundesrechtliche Norm erlassen wurde.

Gerade bei Verantwortlichkeitsprozessen sind die Anknüpfungspunkte für Interessenkonflikte zwischen verschiedenen Beklagten nun aber zahlreich. Dies wird nicht zuletzt durch die in der Aktienrechtsreform 1992 verankerte differenzierte Solidarität begünstigt.⁷⁷ So wird ein einzelner Beklagter bei Gutheissung der klägerischen Vorwürfe regelmässig versucht sein, seine persönliche Haftung mit Verweis auf Pflichtverletzungen anderer Beklagter abzuwenden bzw. seine Haftungsquote geringer erscheinen zu lassen. Die individuelle Entlastung geht insoweit mit der Belastung anderer Beklagter einher. Mögliche Interessengegensätze ergeben sich namentlich aus den unterschiedlichen Funktionen⁷⁸ bzw. den damit verbundenen Pflichtenheften, welche Beklagte im Unternehmen hatten, ihrem unterschiedlichen zeitlichen Engagement sowie der ihnen vorzuwerfenden Pflichtverletzung bzw. deren Konnex zu Pflichtverletzungen der übrigen Beklagten.⁷⁹ Weitere Interessengegensätze können durch zusätzliche Verantwortlichkeitsprozesse oder parallel laufende Strafverfahren (insbesondere Konfrontationseinvernahmen) hervorgerufen werden, in denen einzelne Beklagte, um sich zu entlasten, ihre Mitbeklagten belasten.⁸⁰

Infolgedessen wird in vielen Fällen die materielle Interessenlage des Klienten einem Anwalt verbieten, im Hinblick auf Art. 12 lit. c BGFA noch weitere Beklagte in der gleichen Sache zu vertreten. Die Vertretung mehrerer Beklagter in Verantwortlichkeitsprozessen birgt latent die Gefahr, dass das Mandat später, sollte ein Interessenkonflikt zu Tage treten, allenfalls gar zu Unzeit, d.h. in einer entscheidenden Phase des Prozesses, niedergelegt werden muss. Damit einher gehen Nachteile für den einzelnen Beklagten sowohl in finanzieller⁸¹ als auch

77 So bereits NOBEL (Fn. 21), S. 111; SCHMID (Fn. 55), S. 618.

78 Z.B. einfaches Verwaltungsratsmitglied, Mitglied im Finanzausschuss, CEO, CFO, Revisionsstelle. Auf diese unterschiedlichen Funktionen stellten auch die Bezirksgerichte Zürich und Bülach in ihren (Kautions-)Beschlüssen vom 30. November 2005, 11. April 2006 und 9. Juni 2006 ab: vgl. oben, Ziff. C.IV.

79 Vgl. auch HOFFMANN-NOWOTNY (Fn. 34), S. 447. Ob beispielsweise ein CEO die ihm obliegenden Pflichten verletzt hat, hängt massgeblich davon ab, inwieweit er sich berechtigterweise auf die ihm vom entsprechenden CFO unterbreiteten Zahlen verlassen hat bzw. durfte. Umgekehrt darf bei der Beurteilung allfälliger Pflichtverletzungen des CFO nicht ausser Acht gelassen werden, dass sich dieser an die Anweisungen des CEO halten musste. Analoges gilt im Verhältnis CEO/CFO zum Verwaltungsrat.

80 Im Strafverfahren ist – abgesehen von besonderen Umständen – die gleichzeitige Verteidigung von Mitangeschuldigten nicht erlaubt: vgl. BGE 1P.587/1997 vom 5.2.1998 (= Pra 87 Nr. 98), E. 3c und 4c.bb; TESTA (Fn. 73), S. 114. Zur Problematik vgl. auch CR LLCA-VALTICOS (Fn. 72), N 160 zu Art. 12 BGFA.

81 Der neu mandatierte Anwalt muss einen erheblichen Aufwand betreiben, um sich in die (in solchen Verfahren jeweils umfangreichen) Akten einzulesen.

in verfahrensmässiger⁸² Hinsicht. Dies gilt es, wenn immer möglich, zu vermeiden.

III. Ungleichbehandlung und Rechtsunsicherheit

Der «*Grundsatz der einfachen Parteientschädigung*» kann nur vom Verantwortlichkeitskläger angerufen werden, womit eine erhebliche Ungleichbehandlung zwischen den Parteien besteht. Diese Ungleichbehandlung wird gemeinhin damit begründet, dass sie dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers entspreche. Ob die Tragweite dieser Norm im Gesetzgebungsverfahren tatsächlich erkannt wurde, ist jedoch fraglich.⁸³ Zudem hatte der Gesetzgeber primär den unzureichend informierten Minderheitsaktionär im Auge, der keinen vertieften Einblick in die internen Vorgänge in der Gesellschaft, insbesondere die Aufgaben- und Pflichtenverteilung, hat und damit seine Erfolgchancen gegen die einzelnen Beklagten nicht oder nur unzureichend abschätzen kann. Heute klagen jedoch oftmals Konkursverwalter oder Liquidatoren, welche umfangreiche Vorabklärungen treffen und über die notwendigen personellen Ressourcen sowie Zugang zu den verschiedensten Informationsquellen verfügen und bei denen sich das Problem der Identifikation des «*richtigen Beklagten*» folglich nicht in gleichem Masse stellt.

Die auf einer nicht gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichts basierende Rechtslage schafft eine erhebliche (Rechts-)Unsicherheit auf Seiten der von Verantwortlichkeitsklagen ins Recht Gefassten. Nach geltendem Recht wird deren (gemeinsame oder getrennte) Vertretung – abgesehen von einer gewissen Vorbeurteilung, wenn ein Kautionsbeschluss ergeht – erst im Rahmen des Urteils und damit im Nachgang des Prozesses als (un-)gerechtigt gewürdigt. Damit wird den Beklagten verunmöglicht, ihre Verteidigungsstrategie frühzeitig festzulegen und den Umstand, inwieweit vom unterliegenden Kläger ein Beitrag an die Verteidigungskosten erwartet werden kann, miteinzubeziehen. Schliesslich weist der nach bundesgerichtlicher Lesart aus Art. 759 Abs. 2 OR fliessende Grundsatz der einfachen Parteientschädigung noch weitere Defizite auf, welche ebenfalls ins Bewusstsein zu rücken sind.

82 Der Aktenumfang, die finanziellen Mittel und die zur Verfügung stehende Zeit erlauben es oft nicht, sich den Wissensstand des vorgängig tätigen Anwalts anzueignen.

83 Im Gesetzgebungsverfahren hat allen voran der damalige Bundespräsident (und frühere Aktienrechtsprofessor) Koller moniert, er hätte «*gewisse Probleme, den Sinn dieses Antrags überhaupt zu sehen*»: vgl. AB 1990 1391 (Votum Koller). Vgl. hierzu auch SCHMID (Fn. 55), S. 605 f. und Fn. 30; NOBEL (Fn. 21), S. 109.

IV. Weitere Defizite

Wenig überzeugend erscheint zunächst die Auffassung des Bundesgerichts, wonach hinsichtlich der Geltung des Grundsatzes der einfachen Parteientschädigung ein Unterschied zwischen Verfahren in erster und oberer Instanz zu machen sei.⁸⁴ Eine solche Differenzierung war auch im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens nie Thema.

Aber auch der auf den ersten Blick sachgerechter erscheinende Ansatz, die Zusprechung einer gesonderten Parteientschädigung von der Notwendigkeit einer getrennten Vertretung abhängig zu machen, weist Mängel auf: Den Gerichten wird die Rolle zugewiesen, darüber zu entscheiden, welche Verteidigungsstrategie auf Seiten der Beklagten angemessen ist. Damit greifen sie in wesentlicher Weise in die Verteidigungsrechte des Beklagten ein.⁸⁵ Dies gilt umso mehr, als mit Bezug auf die Frage, welche Kriterien diesem Entscheid zugrunde gelegt werden, keine klaren Leitlinien bestehen.⁸⁶

Wird kein objektiv-sachlicher Grund für eine getrennte Vertretung erkannt und einem Beklagten keine gesonderte Parteientschädigung zugesprochen, muss er trotz Obsiegens seine Verfahrenskosten tragen. Diese *«Kausalhaftung für den eigenen Verfahrensaufwand»*⁸⁷ steht in Widerspruch zu Art. 759 Abs. 1 OR, mit welchem gerade materielle Gerechtigkeit für die Beklagten erreicht werden sollte.⁸⁸

Schliesslich schafft die Norm Fehlanreize: Der Verantwortlichkeitskläger wird ermuntert, den Kreis der Beklagten, unabhängig von einer vernünftigen und verantwortungsvollen Beurteilung der Prozesschancen, möglichst weit zu fassen, um den potentiellen Erlös bei gleich bleibendem Kostenrisiko zu maximieren. Für die Beklagten steigt dadurch der Druck, sich auch bei unberechtigten Vorwürfen mittels eines Vergleichs zu einigen, müssen doch die Kosten eines – meist langwierigen und persönlich belastenden – Prozesses allenfalls auch bei Obsiegen selbst getragen werden.

84 BGE vom 15. Oktober 1998 in: SJ 1999, S. 349 f., s. bereits vorne bei Fn. 45. Gleich wie hier: BÄRTSCHI (Fn. 10), S. 127; SCHMID (Fn. 55), S. 619; BÖCKLI (Fn. 42), § 18 Rz. 514.

85 Ebenso Bezirksgericht Zürich in seinem Entscheid vom 8. Januar 2009, ZR 2009, S. 129 ff. Ferner BSK OR II-GERICKE/WIDMER/WALLER (Fn. 8), N 8 zu Art. 759 OR.

86 Für eine Betonung funktionaler Kriterien (Organisation gemäss Reglement) vgl. die oben (Ziff. C.IV.) zitierten (Kautions-)Beschlüsse der Bezirksgerichte Zürich und Bülach. Die bisherige *«Unkohärenz»* der Rechtsprechung hervorhebend auch SCHMID (Fn. 55), S. 617.

87 Vgl. BGE 125 III 138 ff., 140; CHRISTOPH LEUENBERGER, Die Rechtsprechung des BGer zum Zivilprozessrecht 1999 und 2000, ZBJV 2001, S. 845 ff., 862.

88 NOBEL (Fn. 21), S. 111.

E. Mögliche Lösungsansätze

Die identifizierten Defizite, welche die bestehende Regelung im Hinblick auf die bei Unterliegen des Klägers geschuldete Parteientschädigung bei Verantwortlichkeitsklagen aufweist, rufen nach Lösungsansätzen. Grundsätzlich bestehen zwei Möglichkeiten:

Entweder wird vom Grundsatz der einfachen Parteientschädigung ausgegangen und jeweils geprüft, inwiefern im konkreten Fall hiervon abzuweichen ist (dazu sogleich Ziff. E.I.). Oder man geht umgekehrt vom Grundsatz aus, dass jeder Beklagte bei Abweisung der Klage Anspruch auf eine Parteientschädigung hat und prüft jeweils, inwiefern die Entschädigung im konkreten Fall herabzusetzen ist (nachfolgend Ziff. E.II.).

I. Verstärkte Berücksichtigung der Gesetzessystematik

Der Grundsatz der einfachen Parteientschädigung lässt sich nicht konsequent durchhalten, wie die Rechtsprechungsentwicklung aufzeigt. Hat von Gesetzes wegen eine getrennte Vertretung verschiedener Beklagter zu erfolgen, müssen die Prozesskosten bei Abweisung der Klage vom Kläger getragen werden, wenn eine «*Kausalhaftung für den eigenen Verfahrensaufwand*» vermieden werden soll. Dieser Auffassung ist letztlich auch das Bundesgericht, welches das Standesrecht als objektiv-sachlichen Grund für eine Abweichung vom Grundsatz der einfachen Parteientschädigung anerkennt.

Nun dürfte jedoch mit Blick auf Art. 12 lit. c BGFA und die Besonderheiten des aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozesses in vielen Fällen – jedenfalls häufiger als dies in der Rechtsprechung bislang angenommen wird – vom Bestehen eines objektiv-sachlichen Grundes für eine getrennte Vertretung auszugehen sein.⁸⁹ Art. 759 Abs. 2 OR muss demnach verstärkt im Zusammenspiel mit Art. 12 lit. c BGFA gesehen werden: Neben der Entstehungsgeschichte ist eben auch der Systematik, welche den gesetzlichen Mikro- und Makrokosmos einer Norm berücksichtigt, ihren Stellenwert als grundsätzlich gleichberechtigtes Auslegungselement zuzugestehen.⁹⁰

Diesen Ansatz haben auch die zuvor erwähnten kantonalen Gerichte vertreten und wegen der unterschiedlichen Interessen verschiedener Beklagter die

89 Für reduzierte Anforderungen an den «*begründeten Anlass für eine getrennte Vertretung*» auch PETER V. KUNZ, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Bern 2001, § 11 Rz. 230 und Fn. 581. Vgl. auch HOFFMANN-NOWOTNY (Fn. 34), S. 449 und 452, wonach vom Fehlen eines Interessenkonflikts nur auszugehen sei, wenn die Beklagten einer Verantwortlichkeitsklage gerade keine differenzierte Betrachtung anstreben würden, was kaum je der Fall sein dürfte.

90 Zur Systematik als Auslegungselement vgl. z.B. DAVID DÜRR, in: Peter Gauch, Jörg Schmid (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Art. 1–7 ZGB, 3. Aufl., Zürich 1998, N 149 ff. zu Art. 1 ZGB. Zum Methodenpluralismus, welchen das Bundesgericht bei der Auslegung befürwortet, vgl. u.a. BGE 121 III 225 ff.; 123 III 26 ff.; 124 III 268 ff.

einfache Parteientschädigung jeweils vervielfacht.⁹¹ Die Vorgehensweise des Bezirksgerichts Zürich und des Zürcher Obergerichts, welche die einfache Parteientschädigung verdoppelt und dann wegen der umfangreichen Akten und des Koordinationsaufwands nochmals um 50% erhöht haben, mag in den konkreten Verfahren angemessen gewesen sein. Als generelle Regel taugt die Vervielfachung der einfachen Parteientschädigung allerdings nicht.

Wäre z.B. die Revisionsstelle mit einem abweichenden Klagefundament Mitbeklagte gewesen, hätte sie mit der Verdoppelungs- und Zuschlagsargumentation zumindest das Dreifache und, wenn man den Koordinationsaufwand ebenfalls berücksichtigt, sogar das Vierfache einer einfachen Parteientschädigung zugute. Denn unbestrittenermassen können Beklagte, die aus unterschiedlichen tatsächlichen Klagefundamenten belangt werden, mehrere Parteientschädigungen geltend machen.

Die Vervielfachung erfolgt bei genauer Betrachtung weniger wegen der Komplexität oder aufgrund der umfangreichen Akten. Im Vordergrund dürfte vielmehr der Umstand stehen, dass sich die verschiedenen Beklagten (schon wegen der teilweise aus denselben Gründen angestregten Strafverfahren) mehrheitlich nicht gemeinsam vertreten lassen durften bzw. konnten.

II. Analoge Anwendung von Art. 107 ZPO

Alternativ könnte der Entscheid über die Gewährung der Parteientschädigungen künftig auch in analoger Anwendung von Art. 107 ZPO getroffen werden.⁹² Die Auferlegung der Prozesskosten läge damit im richterlichen Ermessen.⁹³ Die Gerichtspraxis könnte sich dabei an folgenden Eckpfeilern orientieren:

- Grundsätzlich hat jeder obsiegende Beklagte Anspruch auf eine Parteientschädigung, wie dies die kantonalen Prozessordnungen und Art. 106 Abs. 1 ZPO vorsehen. Diesbezüglich ist v.a. zu beachten, dass der Wortlaut des Gesetzes in Art. 759 Abs. 2 OR nichts Gegenteiliges bestimmt.
- Vom allgemeinen Grundsatz, dass bei Klageabweisung der Beklagte Anspruch auf eine Parteientschädigung hat, ist nicht abzuweichen, wenn die ihm vorgeworfene Pflichtverletzung aus der Klage nicht evident ist, mithin kein begründeter Anlass für den Einbezug in die Klage bestand.⁹⁴ Dies

91 Vorne Ziff. C.IV.

92 Für eine Lösung im Rahmen von Art. 107 ZPO auch SCHMID (Fn. 55), S. 620. Eine direkte Anwendung dürfte dagegen nicht in Betracht kommen, da Art. 107 ZPO nicht unmittelbar die Parteientschädigung an mehrere Beklagte regelt.

93 Den Stellenwert des richterlichen Ermessens betonend auch HOFFMANN-NOWOTNY (Fn. 34), S. 450.

94 Dieser Wertungsgesichtspunkt findet sich auch in Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO. Dazu vgl: BSK ZPO-RÜEGG (Fn. 25), N 5 zu Art. 107 ZPO; JENNY (Fn. 24), N 7 ff. zu Art. 107 ZPO; FISCHER (Fn. 24), N 6 zu Art. 107 ZPO. Für eine Berücksichtigung des begründeten Anlasses zur Klage auch SCHMID (Fn. 55), S. 617 f.; BARTSCHI (Fn. 10), S. 128.

- würde der Tendenz entgegenwirken, aufgrund der eingeschränkten Gefahr höherer Parteientschädigungen möglichst zahlreiche Beklagte zu belangen.
- War dagegen der Einbezug in die Klage gerechtfertigt, kann gestützt auf die konkreten Umstände eine Herabsetzung vorgenommen werden. Solche Umstände dürften in den meisten Fällen vorliegen.

Zu einer Reduktion der Entschädigungen kommt es namentlich dann, wenn die Möglichkeit einer gewissen Koordination der Parteivertreter besteht: Eine solche ist einerseits zu bejahen bei gleichen oder ähnlichen Funktionen und Pflichten der Beklagten (z.B. Verwaltungsratsmitglieder), bei gleichlautenden Vorwürfen (z.B. Konkursverschleppung), andererseits bei ähnlichen oder gleichlautenden Rechtsschriften der Beklagten. In diesen Fällen ist es den Beklagten zuzumuten bzw. ist es ihnen offenbar zumutbar, sich abzusprechen und eine gewisse Arbeitsteilung zu vereinbaren.

Als Reduktionsgründe können sodann weitere Aspekte berücksichtigt werden wie etwa die ungenügenden Informationsmöglichkeiten des Klägers (in der Regel also nicht bei Klagen durch den Konkursverwalter, der über sämtliche Gesellschaftsakten verfügt) oder der Umstand, dass Kleinaktionäre oder Gläubiger als Kläger auftreten.

Die Reduktionen werden indes nicht so hoch angesetzt werden können, dass die Entschädigungen kumuliert einer einfachen Parteientschädigung entsprechen. Aufgrund der notwendigen Koordination sowie gegebenenfalls wegen individueller Aspekte seitens einzelner Beklagten (z.B. späterer Beitritt zum oder früheres Ausscheiden aus dem Verwaltungsrat, Mitglied des Audit Committees usw.) dürften die reduzierten Entschädigungen gesamthaft immer über der einfachen Parteientschädigung liegen. Bei verschiedenartiger Stellung (z.B. CEO und Revisionsstelle) und unterschiedlichen Vorwürfen (z.B. pflichtwidriger Beteiligungserwerb einerseits und pflichtwidrige Rechnungslegung andererseits) dürfte es dagegen zu gar keiner Reduktion kommen.

F. Schlussbetrachtung

Die neue Zivilprozessordnung ersetzt die prozessuale Bestimmung von Art. 756 Abs. 2 OR. Da die bisher bestehende Möglichkeit der Kostenauflegung an die Gesellschaft erhalten bleiben soll, muss das neue Gesetz in dieser Hinsicht bereits wieder revidiert werden.

Nicht aufgehoben wird demgegenüber die Bestimmung von Art. 759 Abs. 2 OR. Damit bleibt auch die Frage ungeklärt, inwiefern obsiegende Beklagte in Verantwortlichkeitsprozessen Anspruch auf eine Parteientschädigung haben. Die bisherige Rechtsprechung hierzu weist Defizite auf. Diese lassen sich mit einer verstärkten Berücksichtigung der Gesetzessystematik als Auslegungselement oder – sachgerechter – durch eine analoge Anwendung von Art. 107 ZPO beheben.

Beiden Lösungsansätzen liegt die Auffassung zugrunde, dass sich eine angemessene Regelung der Parteientschädigung nicht einseitig aus der Perspektive des Klägers finden lässt. Dieser wird zwar wegen der eingeschränkten Solidarhaftung im Aussenverhältnis oftmals gegen mehrere Beklagte klagen und damit eine Vervielfachung der Parteientschädigung riskieren. Auf Seiten der Beklagten ist jedoch zu berücksichtigen, dass sie jeweils nicht zuletzt wegen des Konzepts der differenzierten Solidarität eine Interessendivergenz aufweisen, was eine getrennte Vertretung im Regelfall notwendig macht.

Ausgehend von dieser Erkenntnis muss im Verantwortlichkeitsrecht der «*Grundsatz der einfachen Parteientschädigung*» in Übereinstimmung mit dem allgemeinen Prozessrecht in den «*Grundsatz der mehrfachen Parteientschädigung*» überführt werden. Jeder Beklagte hat mithin Anspruch auf die übliche Parteientschädigung. Gestützt auf eine analoge Anwendung von Art. 107 ZPO kann das Gericht die Entschädigungen aber reduzieren und eine dem Einzelfall angepasste Lösung treffen,⁹⁵ die den Interessen sowohl des Klägers als auch der Beklagten Rechnung trägt.⁹⁶

Damit würde mehr Transparenz für die Rechtsunterworfenen geschaffen, indem – statt eine trügerische Rechtssicherheit zu vermitteln – ein Bekenntnis zum richterlichen Ermessen erfolgt. Gleichzeitig könnte eine «*Kausalhaftung für den eigenen Verfahrensaufwand*» vermieden werden. Und schliesslich dürfte die angemessene Berücksichtigung des Parteientschädigungsanspruchs des Beklagten der Tendenz entgegenwirken, zunehmend öfters und gegen einen grösseren Kreis von Beklagten Verantwortlichkeitsklagen anzustrengen.

Zusammenfassung:

Das Bundesgericht hat in historischer Auslegung von Art. 759 Abs. 2 OR den «*Grundsatz der einfachen Parteientschädigung*» entwickelt. Danach muss der Kläger, der gegen mehrere Beklagte einen Verantwortlichkeitsprozess anhebt und unterliegt, prinzipiell nur eine Prozessentschädigung leisten. Dieser Grundsatz wurde in der Folge in verschiedener Hinsicht relativiert. Was in Bezug auf den Entschädigungsanspruch der obsiegenden Beklagten in Verantwortlichkeitsprozessen gilt, wurde zunehmend unklarer.

Der vorliegende Beitrag zeigt auf, dass die bisherige Leitlinie in der Rechtsprechung aufgegeben werden sollte. Der «*Grundsatz der einfachen Parteientschädigung*» ist in Übereinstimmung mit dem allgemeinen Prozessrecht in den «*Grundsatz der mehrfachen Parteientschädigung*» überzuführen. Jedem obsiegenden Beklagten ist eine Parteientschädigung zuzugestehen, wobei gestützt auf die konkreten Umstände Reduktionen vorgenommen werden können bzw.

95 Vgl. auch HOFFMANN-NOWOTNY (Fn. 34), S. 450, der Art. 759 Abs. 2 OR als Appell verstanden haben will, von flexiblen Verteilungsgrundsätzen im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozess mehr Gebrauch zu machen.

96 Das Schutzbedürfnis der Beklagten – neben jenem des Klägers – hervorhebend auch SCHMID (Fn. 55), S. 620; KUNZ (Fn. 89), § 11 Rz. 230.

müssen. Schlüssel für ein solches Vorgehen bilden eine verstärkte Berücksichtigung der Gesetzssystematik als Auslegungselement oder aber – sachgerechter – die analoge Anwendung von Art. 107 ZPO.

Resumé:

Dans son interprétation historique de l'art. 759 al. 2 CO, le Tribunal fédéral a développé le «principe de l'indemnité de dépens unique» («Grundsatz der einfachen Parteientschädigung»). Selon ce principe, le demandeur qui engage un procès en responsabilité contre plusieurs défendeurs et qui succombe ne doit en général d'indemnité de procédure qu'à l'égard d'une seule partie adverse. Ce principe a été relativisé à plusieurs égards par la suite. La pratique relative au droit à l'indemnité des défendeurs qui gagnent le procès en responsabilité est devenue de plus en plus confuse.

Le présent article démontre que la ligne suivie jusqu'à présent par la jurisprudence devrait être abandonnée. Le «principe de l'indemnité de dépens unique» doit être remplacé par le «principe des dépens multiples» («Grundsatz der mehrfachen Parteientschädigung») conformément au droit général de la procédure. Chaque défendeur qui obtient gain de cause doit se voir accorder des dépens, qui pourront ou devront être revus à la baisse selon les circonstances. Cette pratique se fonde sur une plus grande prise en compte de la systématique de la loi en tant qu'élément d'interprétation ou – de manière plus appropriée – sur l'application par analogie de l'art. 107 CPC.