

ex/ante

Zeitschrift der juristischen Nachwuchsforscher
Revue des jeunes chercheurs en droit
Journal for young legal academics

Ausgabe – numéro – issue 1/2018

Alter
Âge
Age

LUDIVINE CALDERARI

**Le droit suisse face au désir de concevoir un enfant
d'un couple hétérosexuel ayant dépassé l'âge
de procréer naturellement**

VALÉRIE SAVIOZ-VIACCOZ

La conservation d'ovules sociétale en droit suisse

ALEXANDER KISTLER / NATALIE LISIK

**Die Sammelklage erobert Europa –
zieht die Schweiz mit?**

MARTIN SEELMANN

Strafzumessung und Doppelverwertungsverbot

PASCAL FAVROD-COUNE

**Crowdfunding: a Brief Overview of the Swiss Legal
Aspects**

Inhaltsübersicht / Sommaire / Contents

Le droit suisse face au désir de concevoir un enfant d'un couple hétérosexuel ayant dépassé l'âge de procréer naturellement

LUDIVINE CALDERARI 3

La conservation d'ovules sociétale en droit suisse

VALÉRIE SAVIOZ-VIACCOZ 18

Die Sammelklage erobert Europa – zieht die Schweiz mit?

Eine Analyse des bestehenden kollektiven Rechtsschutzes in der Schweiz

ALEXANDER KISTLER / NATALIE LISIK 29

Strafzumessung und Doppelverwertungsverbot

Urteil des Bundesgerichts 6B_708/2017 vom 13. November 2017
i.S. X. (Beschwerdeführer) gegen Oberstaatsanwaltschaft
des Kantons Zürich (Beschwerdegegnerin)

MARTIN SEELMANN 46

Crowdfunding: a Brief Overview of the Swiss Legal Aspects

PASCAL FAVROD-COUNE 51

Die Sammelklage erobert Europa – zieht die Schweiz mit?

Eine Analyse des bestehenden kollektiven Rechtsschutzes in der Schweiz

ALEXANDER KISTLER* / NATALIE LISIK**

SCHLAGWÖRTER	Massen- und Streuschäden – kollektiver Rechtsschutz – Sammelklage – Streitgenossenschaft – Verbandsklage – objektive Klagenhäufung – Musterverfahren
ZUSAMMENFASSUNG	Während sowohl in den USA als auch in verschiedenen Mitgliedstaaten der EU ein kollektives Rechtsschutzmittel in Form einer Sammelklage besteht, wurde in der Schweiz bei der Schaffung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) bewusst auf die Einführung einer Sammelklage in Form der US-amerikanischen <i>class action</i> verzichtet. Diese ablehnende Haltung gegenüber dem kollektiven Rechtsschutz hat jedoch in den vergangenen Jahren einen Wandel durchlebt, weshalb der Bundesrat im Jahr 2013 den kollektiven Rechtsschutz in der Schweiz in einem Bericht analysiert und dabei Rechtsschutzdefizite festgestellt hat. Am 2. März 2018 hat er gestützt auf diesen Bericht einen Vorentwurf für eine punktuelle Anpassung der ZPO erlassen. Der vorliegende Beitrag zeigt auf, dass die Anpassung des schweizerischen Zivilprozessrechts zur Stärkung des kollektiven Rechtsschutzes wünschenswert wäre und stellt dabei mögliche Alternativen vor.
RÉSUMÉ	Bien qu'il existe un mécanisme de recours collectif sous la forme d'une action de groupe aux Etats-Unis et dans plusieurs Etats membres de l'UE, le législateur suisse a expressément rejeté la création d'une véritable action collective d'inspiration américaine (<i>class action</i>) lors de l'élaboration du Code de procédure civile suisse (CPC). Mais au cours des dernières années, cette attitude négative à l'égard du recours collectif a changé. En conséquence, le Conseil fédéral a analysé les recours collectifs en Suisse dans un rapport de 2013, dans lequel il a identifié des déficits en matière de la protection juridique. Sur la base de ce rapport, le Conseil fédéral a mis en consultation le 2 mars 2018 un avant-projet concernant des adaptations ponctuelles du CPC. Cet article montre que l'adaptation du droit de procédure civile suisse pour renforcer les recours collectifs serait souhaitable et présente des alternatives possibles.
ABSTRACT	While there are class actions as collective redress mechanisms in the USA as well as in various EU Member States, Switzerland has deliberately refrained from implementing a US-type class action during the creation of the Swiss Code of Civil Procedure (CCP). In recent years, however, this negative attitude towards collective redress has undergone a change. For this reason, the Federal Council analyzed in 2013 the existing collective redress mechanisms in Switzerland and published a report, in which it identified legal protection deficits. Based upon this report the Federal Council issued on 2 March 2018 a preliminary draft for a selective amendment of the CCP. This article shows that the adaptation of Swiss Civil Procedural Law to strengthen collective redress would be desirable and presents therefore possible alternatives.

I. Einleitung

In den vergangenen Jahren hat die Sammelklage, die lange dem amerikanischen Recht vorbehalten war,¹ in Europa zunehmend an Bedeutung gewonnen. Obwohl auf der europäischen Gemeinschaftsebene noch

keine EU-Sammelklage eingeführt wurde,² legte die EU-Kommission am 11. Juni 2013 im Rahmen einer Empfehlung eine Reihe gemeinsamer nicht verbindlicher Grundsätze für eine Vereinfachung des kollektiven Rechtsschutzverfahrens in den Mitgliedstaaten fest.³

* MLaw (Universität Bern), LL.M. (King's College London).

** MLaw (Universität Bern und Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne).

¹ SAMUEL P. BAUMGARTNER, Class Actions and Group Litigation in Switzerland, *Northwestern Journal of International Law & Business* 2007, Volume 27, Issue 2, 301 ff., 301.

² Vgl. DIRK TRÜTEN, Kollektiver Rechtsschutz in Europa und der Schweiz – eine Standortbestimmung, *EuZW* 2015, 4 ff., 4.

³ Vgl. Empfehlung der EU-Kommission vom 11. Juni 2013 – Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadensersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten (2013/396/EU), Amtsblatt der Europäischen Union vom 26. Juli 2013, L 201/60, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/>

Ausserdem haben bereits mehrere europäische Staaten, wie u.a. Bulgarien, Dänemark, Finnland, Frankreich, die Niederlande, Norwegen, Portugal oder Schweden, kollektive Rechtsschutzmittel in Form von Sammelklagen eingeführt.⁴

Die Schweiz hat sich diesem europäischen Trend bislang jedoch verwehrt und bei der Schaffung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)⁵ bewusst auf die Einführung solcher Instrumente verzichtet. So wurde insbesondere die US-amerikanische Sammelklage (sog. *class action*) mit der Begründung abgelehnt, es sei dem europäischen Rechtsdenken fremd, «dass jemand ungefragt für eine grosse Zahl von Menschen verbindlich Rechte wahrnehmen darf, ohne dass sich die Berechtigten als Parteien am Prozess beteiligen».⁶ Zudem wurde bemängelt, die *class action* vermöge die Streitigkeit nicht immer endgültig zu erledigen und die eingeklagten Summen seien meist enorm, was ein gewisses Missbrauchspotenzial offenbare.⁷

Diese ablehnende Haltung gegenüber Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes hat in den letzten Jahren aber einen Wandel durchlaufen,⁸ weshalb der Bundesrat im Jahr 2013 einen Bericht über den kollektiven Rechtsschutz in der Schweiz veröffentlicht hat. Darin wurde festgestellt, die geltenden prozessualen Instrumente der ZPO zur Bewältigung von Rechtsverletzungen, die bei einer grossen Anzahl von Geschädigten einen verhältnismässig kleinen Schaden verursachen (sog. Streuschäden)⁹, und von solchen, bei denen eine Vielzahl von

Personen in gleicher oder gleichartiger Weise betroffen sowie jede einzelne in einer für sie wesentlichen Weise geschädigt ist (sog. Massenschäden)¹⁰, seien praktisch ungenügend bzw. teilweise untauglich.¹¹

Die Sammelklagen-Thematik beschäftigt die Schweiz aktuell auch aufgrund des weltweiten VW-Abgasskandals. Die Stiftung für Konsumentenschutz hat Ende Dezember 2017 im Rahmen eines neuen Klagekonzepts für ca. 6 000 Geschädigte mit Wohnsitz in der Schweiz eine Schadenersatzklage beim Handelsgericht Zürich eingereicht und fordert Entschädigungszahlungen für die Besitzer von Autos, deren Abgasssoftware von Volkswagen manipuliert wurde.¹² Am 2. März 2018 hat der Bundesrat einen Vorentwurf zur Änderung der ZPO (VE-ZPO)¹³ sowie einen erläuternden Bericht zu diesem Entwurf erlassen. Ziel der Vorlage ist u.a. die Senkung der Kostenschranken und des Prozesskostenrisikos sowie die Stärkung des kollektiven Rechtsschutzes.¹⁴

Angesichts dieser Ausgangslage soll mit dem vorliegenden Beitrag die Frage geklärt werden, ob das geltende schweizerische Zivilprozessrecht einer Änderung bedarf, und zwar entweder mittels Anpassung der bestehenden prozessualen Instrumente oder der Einführung eines neuen kollektiven Rechtsschutzmittels.

PDF/?uri=CELEX:32013H0396&from=EN, abgerufen am 20. Mai 2018.

⁴ Vgl. Directorate General for Internal Policies, Policy Department A: Economic and Scientific Policy – Overview of existing collective redress schemes in EU Member States, PE 464.433, July 2011, <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201107/20110715ATT24242/20110715ATT24242EN.pdf>, abgerufen am 20. Mai 2018.

⁵ Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO), SR 272.

⁶ Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 26. Juni 2008, BBl 2006, 7221 ff., 7290; DIKE-BRUNNER, Art. 89 ZPO N 16.

⁷ Botschaft ZPO (Fn. 6), 7290.

⁸ LUKAS WYSS, Mehrparteienverfahren und kollektiver Rechtsschutz vor Zivilgerichten in der Schweiz – Bestandesaufnahme und Ausblick, Jusletter 16. Februar 2015, 1 ff., 3.

⁹ Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz – Bestandesaufnahme und Handlungsmöglichkeiten, Bericht des Bundesrates vom 3. Juli 2013, 2, <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2013/2013-07-03/ber-br-d.pdf>, abgerufen am 20. Mai 2018; vgl. auch ALEXANDER BRUNNER, Zur Verbands- und Sammelklage in der Schweiz, in: Walder-Richli (Hrsg.), Rechtsschutz im Privatrecht, Symposium für Richard Frank, Zürich 2003, 37 ff., 39.

¹⁰ Bericht Bundesrat (Fn. 9), 2; vgl. auch BRUNNER (Fn. 9), 39.

¹¹ Bericht Bundesrat (Fn. 9), 2.

¹² Medienmitteilung der Stiftung für Konsumentenschutz (SKS) vom 29. Dezember 2017, <https://www.konsumentenschutz.ch/news/>, abgerufen am 20. Mai 2018.

¹³ Vorentwurf zur Änderung der ZPO (VE-ZPO) vom 2. März 2018, <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/aenderung-zpo/vorentw-d.pdf>, abgerufen am 20. Mai 2018; vgl. auch PHILIPP H. HABERBECK, Vorentwurf des Bundesrates zur Revision der ZPO: Die Richtung stimmt, aber ein grosser Wurf ist es nicht, vom 5. März 2018, <https://insidelaw.ch/vorentwurf-des-bundesrates-zur-revision-der-zpo-die-richtung-stimmt-aber-ein-grosser-wurf-ist-es-nicht/>, abgerufen am 20. Mai 2018.

¹⁴ Erläuternder Bericht zur Änderung der Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung) vom 2. März 2018, 2, <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/aenderung-zpo/vn-ber-d.pdf>, abgerufen am 20. Mai 2018; vgl. hierzu die Motion Birrer-Heimo 13.3931 betreffend Förderung und Ausbau der Instrumente der kollektiven Rechtsdurchsetzung vom 27. September 2013, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20133931>, abgerufen am 20. Mai 2018, auf welche sich der Bundesrat in seinem erläuternden Bericht gestützt hat.

II. Kollektiver Rechtsschutz

A. Definition

1. Kollektiver Rechtsschutz im engeren und im weiteren Sinn

Die Durchsetzung von Ansprüchen im geltenden Schweizer (Privat-)Recht erfolgt grundsätzlich im Rahmen eines Individualprozesses, wobei in einem Verfahren ein oder mehrere Kläger einem oder mehreren Beklagten gegenüberstehen. Die Parteien sind direkt am Verfahren beteiligt und führen dieses entweder selbst oder für sich selbst.¹⁵ Entsprechend fehlt es an einer gesetzlichen Definition des kollektiven Rechtsschutzes.¹⁶

Grundsätzlich fallen unter den Begriff des kollektiven Rechtsschutzes verschiedene prozessuale Instrumente, welche die kollektive Erledigung von Ansprüchen einer Vielzahl von gleich oder gleichartig betroffenen Geschädigten unter Bündelung ihrer Interessen und Ressourcen in einem einzigen (oder wenigen) gemeinsamen Verfahren ermöglichen.¹⁷ Hierbei kann zwischen Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes in Form einer echten Gruppenklage (kollektiver Rechtsschutz i.e.S.) und Instrumenten, bei denen trotz primärer individueller Wirkung innerhalb der Formen des Individualrechtsschutzes eine bestimmte Kollektivierung erreicht wird (kollektiver Rechtsschutz i.w.S.), unterschieden werden.¹⁸

Unter den Begriff des kollektiven Rechtsschutzes i.w.S. können im schweizerischen Zivilprozessrecht die notwendige und einfache Streitgenossenschaft (Art. 70 f. ZPO), die Verbandsklage (Art. 89 ZPO), die objektive Klagenhäufung (Art. 90 ZPO) sowie das Musterverfahren auf Grundlage privatrechtlicher Vereinbarungen gefasst werden.¹⁹ Demgegenüber ist die echte Gruppenklage ein dem Schweizer Recht fremdes Rechtsinstitut.²⁰ Es bestehen jedoch spezialgesetzlich geregelte Instrumente, die eine mit der echten Gruppenklage vergleichbare kollektive Rechtsdurchsetzung bewirken.²¹

B. Echte Gruppenklage

Ein Beispiel für eine erfolgreiche europäische Gruppenklage ist die im *Lagen om grupprättegång*²² geregelte schwedische Gruppenklage (sog. *Grupptalan*)^{23,24} auf welche vorliegend im Rahmen der Definition einer echten Gruppenklage näher eingegangen wird.

1. Definition und Voraussetzungen der schwedischen Gruppenklage

Die schwedische Gruppenklage wird von Gesetzes wegen als ein Verfahren definiert, bei dem ein repräsentativer Kläger stellvertretend für mehrere Personen eine Klage führt, welche nicht Parteien des Verfahrens sind (§ 1 LGR).²⁵ Aus dieser gesetzlichen Definition lassen sich zwei charakteristische Merkmale ableiten. Einerseits führt der Kläger den Prozess für sich selbst und stellvertretend für andere. Andererseits erstreckt sich die Rechtskraft des Urteils auch auf die Vertretenen, obwohl sie weder Partei des Verfahrens sind, noch aktiv daran partizipieren müssen.²⁶

Mit der Gruppenklage können Ansprüche, die nach der schwedischen Zivilprozessordnung einzuklagen sind, geltend gemacht werden.²⁷ Das Gericht fällt nicht nur einen Feststellungsentscheid, sondern urteilt grundsätzlich abschliessend über sämtliche Ansprüche.²⁸ Entsprechend weit wirkt die Rechtskraft für alle

ber 2003, SR 221.301), die Gläubigergemeinschaft bei Anleiensobligationen nach Art. 1157 ff. OR (Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Fünfter Teil: Obligationenrecht] [OR] vom 30. März 1911, SR 220) oder die Abtretung von Rechtsansprüchen im Konkurs gemäss Art. 260 SchKG (Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs [SchKG] vom 11. April 1889, SR 281.1) (Bericht Bundesrat [Fn. 9], 32 ff.).

²² *Lagen om grupprättegång* (LGR) vom 30. Mai 2002, SFS 2002:599.

²³ LUCY GORDON-VRBA, *Vielparteienprozesse, Kollektive Durchsetzung gleichartiger individueller Kompensationsansprüche unter dem Aspekt der prozessualen Effizienz und Fairness*, Diss. Zürich 2007, 98.

²⁴ Vgl. GORDON-VRBA (Fn. 23), 101.

²⁵ ULRICH STENGEL/PÄR HAKEMAN, *Gruppenklage – Ein neues Institut im schwedischen Zivilverfahrensrecht, Recht der internationalen Wirtschaft* 3/2004, 221 ff., 222.

²⁶ STENGEL/HAKEMAN (Fn. 25), 223.

²⁷ Hinzu kommen Ansprüche aus besonderen Vorschriften des schwedischen Umweltgesetzbuchs (JENNY BUCHNER, *Kollektiver Rechtsschutz für Verbraucher in Europa, Die grenzüberschreitende Durchsetzung des europäischen Verbraucherrechts bei Bagatellschäden*, Göttingen 2015, 105); STENGEL/HAKEMAN (Fn. 25), 222.

²⁸ STENGEL/HAKEMAN (Fn. 25), 226; BUCHNER (Fn. 27), 106 f.

¹⁵ Bericht Bundesrat (Fn. 9), 6.

¹⁶ LORENZ LAUER, *Kollektiver Rechtsschutz im Schweizerischen Privatrecht*, Basler Juristische Mitteilungen 2017, 173 ff., 175; vgl. Wyss (Fn. 8), 3.

¹⁷ Bericht Bundesrat (Fn. 9), 8.

¹⁸ Bericht Bundesrat (Fn. 9), 13.

¹⁹ Bericht Bundesrat (Fn. 9), 2; Wyss (Fn. 8), 6.

²⁰ Vgl. Bericht Bundesrat (Fn. 9), 2, 32; KUKO-WEBER, Art. 89 ZPO N 5d; BSK-KLAUS, Art. 89 ZPO N 17.

²¹ So z.B. die Ausgleichs- bzw. Überprüfungsklage nach Art. 105 FusG (Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung [Fusionsgesetz, FusG] vom 3. Okto-

Gruppenmitglieder, über deren Ansprüche entschieden wurde.²⁹

Die drei bestehenden Arten der schwedischen Gruppenklage werden nach der Aktivlegitimation unterschieden (§ 4 bis 6 LGR): Die private Gruppenklage für natürliche und juristische Personen, die Verbandsklage für ideelle Vereinigungen, die nach ihrem satzungsgemässen Zweck Verbraucher- oder Arbeitnehmerinteressen wahrnehmen, und die öffentliche Gruppenklage für zugelassene öffentliche Behörden^{30, 31}

Die Gruppenklage kann jedoch nur bei staatlich bestimmten Amtsgerichten erhoben werden (§ 3 LGR).³² Das angerufene Gericht überprüft dabei, ob die Zulässigkeit der Bündelung der Ansprüche gegeben und die Gruppe hinsichtlich ihrer Grösse und anderer Kriterien genügend bestimmt ist.³³ Weiter prüft es, ob der Kläger über ausreichende finanzielle Mittel verfügt und im Interesse der künftigen Gruppenmitglieder handeln wird (§ 8 Ziff. 5 LGR).³⁴ Für die Zulässigkeit der Bündelung wird einerseits vorausgesetzt, dass die Ansprüche auf vergleichbaren tatsächlichen Gründen beruhen und zwischen den einzelnen Ansprüchen keine wesentlichen Unterschiede bestehen (§ 8 Ziff. 1 und 2 LGR). Andererseits wird vorausgesetzt, dass die Gruppenklage im Vergleich zur Erhebung entsprechender Einzelklagen eine bessere Rechtsdurchsetzung verspricht (§ 8 Ziff. 3 LGR). Hierbei gilt die Gruppenklage als effizienter, wenn die Anzahl der Geschädigten derart hoch ist, dass eine Streitgenossenschaft nicht mehr sinnvoll wäre.³⁵

Aufgrund der *opt in*-Ausgestaltung benachrichtigt das Gericht die möglichen Gruppenmitglieder, welche in der Klage genannt sind, über die Erhebung der Grup-

penklage.³⁶ Diese erhalten sodann die Möglichkeit, innert einer vom Gericht angesetzten Frist die Beteiligung am Gruppenverfahren zu beantragen. Wer keinen Antrag stellt, wird vom Gruppenverfahren nicht erfasst (§ 14 LGR).³⁷ Obwohl nur der repräsentative Kläger Verfahrenspartei ist und nicht die Gruppenmitglieder, können sich diese dennoch in bestimmten Fällen (bei Ausschluss oder Ablehnung eines Richters, Rechtshängigkeit, Verfahrensvereinigung und im Beweisverfahren) auf die Rechte einer Prozesspartei berufen (§ 15 LGR).³⁸ Zudem können sie gegen bestimmte Entscheide während des Verfahrens sowie gegen den Endentscheid Rechtsmittel ergreifen.³⁹

2. Definition einer echten Gruppenklage

Die schwedische Gruppenklage als echte Gruppenklage weist insofern eine Gemeinsamkeit mit dem kollektiven Rechtsschutz i.w.S. auf, als ebenfalls eine Bündelung von Ansprüchen mehrerer Kläger, die auf gleichen oder gleichartigen Rechts- oder Tatfragen beruhen, ermöglicht wird. Der wesentliche Unterschied besteht jedoch darin, dass bei einer schwedischen Gruppenklage ein repräsentativer Kläger sowohl für sich selbst als auch für andere Betroffene, welche weder Parteien des Verfahrens sind noch aktiv daran partizipieren, eine Klage erhebt. Die echte Gruppenklage stellt daher eine repräsentative Klage dar.⁴⁰ Hierbei kann noch zwischen *opt in*- und *opt out*-Gruppenklagen unterschieden werden: Die Teilnahme an einer *opt in*-Gruppenklage setzt die jeweilige Beitrittserklärung der betroffenen Partei voraus, wohingegen bei der *opt out*-Gruppenklage jedes Gruppenmitglied aktiv seinen Austritt erklären muss, wenn es vom Verfahrensausgang nicht betroffen sein möchte (wie z.B. bei der *class action*).⁴¹

Angesichts der Definition des kollektiven Rechtsschutzes i.e.S. und i.w.S. stellt sich die Frage, ob der geltende kollektive Rechtsschutz in der Schweiz ausreichend ausgestaltet ist oder ein Änderungsbedarf besteht. Um dies beurteilen zu können, ist zunächst auf den Zweck des kollektiven Rechtsschutzes näher einzugehen.

²⁹ STENGEL/HAKEMAN (Fn. 25), 226.

³⁰ § 4 und 5 f. LGR; Als Behörden sind der Verbraucherombudsmann und das Naturschutzamt zugelassen (BUCHNER [Fn. 27], 105).

³¹ STENGEL/HAKEMAN (Fn. 25), 223; BUCHNER (Fn. 27), 104 f.; LORENZ DROESE, Die Sammelklage in den USA und in Europa und die Auswirkungen auf die Rechtslage in der Schweiz, HAVE 2010, 115 ff., 124.

³² STENGEL/HAKEMAN (Fn. 25), 222; PER HENRIK LINDBLOM, Group litigation in Scandinavia, Europäische Rechtsakademie (ERA) Forum 2009, 7 ff., 13.

³³ § 8 Ziff. 4 LGR; STENGEL/HAKEMAN (Fn. 25), 223 f.

³⁴ BUCHNER (Fn. 27), 105; DROESE (Fn. 31), 124; Sofern diese Person als nicht mehr in der Lage angesehen wird, die Interessen der Mitglieder angemessen zu vertreten, bezeichnet das Gericht eine andere zur Erhebung der Gruppenklage berechnigte Person. Die Klage wird abgewiesen, wenn kein anderer repräsentativer Kläger bestimmt werden kann (vgl. § 21 LGR).

³⁵ BUCHNER (Fn. 27), 105; vgl. DROESE (Fn. 31), 124.

³⁶ Vgl. § 13 LGR; STENGEL/HAKEMAN (Fn. 25), 225.

³⁷ BUCHNER (Fn. 27), 105; LINDBLOM (Fn. 32), 15; STENGEL/HAKEMAN (Fn. 25), 225.

³⁸ STENGEL/HAKEMAN (Fn. 25), 226; GORDON-VRBA (Fn. 23), 99.

³⁹ Vgl. § 42 ff., § 47 und § 48 LGR; GORDON-VRBA (Fn. 23), Fn. 592; LINDBLOM (Fn. 32), 15.

⁴⁰ Bericht Bundesrat (Fn. 9), 2, 32.

⁴¹ Bericht Bundesrat (Fn. 9), 32.

C. Zweck

Der Zweck des kollektiven Rechtsschutzes lässt sich in folgende wesentliche Komponenten unterteilen: Die prozessuale Effizienz, die Kompensation sowie Prävention bestimmter unrechtmässiger Verhaltensweisen und die effektive Durchsetzung des objektiven Rechts.⁴²

1. Prozessuale Effizienz

Die prozessuale Effizienz wird durch die Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes insofern gefördert, als eine grosse Anzahl von auf denselben Grundlagen beruhenden Klagen gleichzeitig im Rahmen eines Verfahrens beim gleichen Gericht erhoben werden kann. Hierdurch wird eine wiederholte Beurteilung derselben oder eng verwandter Tat- und Rechtsfragen vermieden,⁴³ was eine rasche und justizförmige Schadensabwicklung gewährleisten soll.⁴⁴ Die Effizienz wird zudem erhöht, indem der Verfahrensausgang auch für die nicht am Verfahren beteiligten Betroffenen verbindlich wird. Nur auf diese Weise lässt sich das Verfahren endgültig abschliessen, ohne dass ein erfolgreicher Verfahrensausgang die Geltendmachung weiterer Ansprüche potenziell Geschädigter nach sich ziehen würde.⁴⁵

2. Effektive Durchsetzung des objektiven Rechts

Die Bündelung von Ansprüchen wirtschaftlich schwacher und prozessual unerfahrener Betroffener durch den kollektiven Rechtsschutz lässt unter gewissen Umständen überhaupt erst eine Rechtsdurchsetzung zu.⁴⁶ Gerade in Konstellationen, in denen unentgeltliche Rechtspflege aufgrund der fehlenden Bedürftigkeit des Klägers nicht möglich ist,⁴⁷ finanziell aber auch keine offensive Prozessführung in Frage kommt, kann diese Funktion von erheblicher Relevanz sein.⁴⁸ Denn in den meisten Massen- und Streuschädenfällen herrscht ein strukturelles Ungleichgewicht. Während der Geschädigte in solchen Konstellationen weder finanzielle Mittel noch rechtliche Erfahrungen zur Prozessführung

hat, wird der Beklagte oft über bessere Ressourcen verfügen.⁴⁹

3. Kompensations- und Präventionsfunktion

Da der erlittene Schaden im Fall von Streuschäden bei den einzelnen Geschädigten meist gering ist, sehen diese davon ab, ihre Ansprüche gerichtlich durchzusetzen.⁵⁰ Dies liegt oft im Interesse des Schädigers, welcher mittels des Skaleneffekts von einem erheblichen Gewinn profitiert.⁵¹ Denn erst durch die Bündelung der betragsmässig geringen Einzelansprüche wird die Durchsetzung des damit finanziell bedeutsam gewordenen Schadens für die Geschädigten lukrativ. Die Geschädigten können auf diese Weise einen geringen Schaden kompensiert erhalten und solche Ansprüche öfters durchsetzen, was eine gewisse Präventionswirkung erzielt.⁵²

III. Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz

A. Vorbemerkungen

Das schweizerische Zivilprozessrecht orientiert sich am genannten *opt in*-System, welches durch unterschiedlich ausgestaltete prozessuale Instrumente zur Bündelung von Klagen geprägt ist.⁵³

Durch diese prozessualen Instrumente kann zwar teilweise eine zur Sammelklage analoge Wirkung erzielt werden. Der entscheidende Unterschied besteht jedoch bei den schweizerischen Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes in den vorausgesetzten bewussten individuell-konkreten Rechtshandlungen der Betroffenen.⁵⁴

⁴² DROESE (Fn. 31), 120; Bericht Bundesrat (Fn. 9), 9.

⁴³ SAMUEL P. BAUMGARTNER, Class Actions in der Schweiz? Ansätze für eine nutzbringende Verwendung vergleichender Betrachtung des US-amerikanischen Prozessrechts, in: Schindler/Schlauri (Hrsg.), Auf dem Weg zu einem einheitlichen Verfahren, Zürich 2011, 111 ff., 121.

⁴⁴ Bericht Bundesrat (Fn. 9), 10; vgl. DROESE (Fn. 31), 118.

⁴⁵ DROESE (Fn. 31), 118.

⁴⁶ DROESE (Fn. 31), 118.

⁴⁷ Art. 117 lit. a ZPO.

⁴⁸ DROESE (Fn. 31), 118.

⁴⁹ Economiesuisse, Sammelklagen: kaum Nutzen, viele Gefahren, Dossierpolitik, Nr. 6, 6. Oktober 2014, 4, https://www.economiesuisse.ch/sites/default/files/publications/dp_sammelklagen_20141006.pdf, abgerufen am 20. Mai 2018.

⁵⁰ Vgl. DROESE (Fn. 31), 118 f.; FRANÇOIS BOHNET, Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz: The Seven-Year Itch, SZZP 5/2013, 439 ff., 446.

⁵¹ Dieser Effekt kommt bspw. dadurch zustande, dass ein leicht überhöhter Preis für ein Produkt bei tausenden von Transaktionen zwar beim einzelnen Kunden einen vernachlässigbaren Schaden verursacht, beim Schädiger aber ein profitables Geschäft bewirkt (DROESE [Fn. 31], 119).

⁵² Vgl. Bericht Bundesrat (Fn. 9), 12; DROESE (Fn. 31), 119.

⁵³ DIKE-BRUNNER, Art. 89 ZPO N 17; vgl. auch BSK-KLAUS, Art. 89 ZPO N 13.

⁵⁴ DIKE-BRUNNER, Art. 89 ZPO N 17; vgl. BAUMGARTNER, Class actions (Fn. 1), 321.

Dies ist eine Folge der Dispositionsmaxime, welche sicherstellt, dass Personen nicht gegen ihren Willen in ein Verfahren gezwungen werden können.⁵⁵

Im Folgenden wird auf die geltenden prozessualen Instrumente des schweizerischen kollektiven Rechtsschutzes näher eingegangen. Dabei soll im Rahmen der jeweiligen Würdigung aufgezeigt werden, inwiefern diese die prozessuale Effizienz, die Kompensation und Prävention bestimmter unrechtmässiger Verhaltensweisen sowie die effektive Durchsetzung des objektiven Rechts als Hauptzwecke des kollektiven Rechtsschutzes⁵⁶ umzusetzen vermögen und welche Vor- und Nachteile sowie rechtlichen Lücken bei den einzelnen Instrumenten bestehen.

B. Bestehende Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes

1. Einfache Streitgenossenschaft

a. Definition und Zweck

Die einfache Streitgenossenschaft liegt nach Art. 71 Abs. 1 ZPO vor, wenn mehrere Personen ohne zwingende gesetzliche Vorschrift gemeinsam klagen (sog. einfache aktive Streitgenossenschaft) oder gemeinsam beklagt werden (sog. einfache passive Streitgenossenschaft).⁵⁷ Dieser (fakultative) Zusammenschluss der Parteien aus Zweckmässigkeitsgründen unterscheidet dabei die einfache von der notwendigen Streitgenossenschaft (Art. 70 ZPO), bei der die Parteien aufgrund einer materiell-rechtlichen Norm zu einem Zusammenschluss gezwungen werden.⁵⁸ Gemäss der Botschaft zur ZPO hätte die einfache Streitgenossenschaft die Funktion einer Sammelklage übernehmen sollen.⁵⁹

b. Voraussetzungen

Bei der einfachen Streitgenossenschaft wird vorausgesetzt, dass die zu beurteilenden Rechte und Pflichten auf gleichartigen Tatsachen oder Rechtsgründen beru-

hen (Art. 71 Abs. 1 ZPO), wobei zwischen den Rechten und Pflichten ein gewisser innerer oder äusserer Zusammenhang (sog. Konnexität) erforderlich ist.⁶⁰ Unabhängig von der Art muss für jede Klage die gleiche Verfahrensart anwendbar sein (Art. 71 Abs. 2 ZPO)⁶¹ und dieselbe sachliche sowie örtliche Zuständigkeit vorliegen.⁶² Zur Ermittlung des Streitwerts sind die geltend gemachten Ansprüche zusammenzurechnen, sofern sie sich nicht gegenseitig ausschliessen. Die Verfahrensart bleibt dabei erhalten (Art. 93 Abs. 1 und 2 ZPO).⁶³

c. Wirkungen

Die einfachen Streitgenossen können den Prozess unabhängig voneinander führen (Art. 71 Abs. 3 ZPO). Das Gericht prüft die Prozessvoraussetzungen für jeden Streitgenossen und die Ansprüche gesondert. Ihre Rechtsbegehren haben somit einen eigenständigen Charakter. Da keine Notwendigkeit der einheitlichen Entscheidung besteht, können die Urteile für die einzelnen Streitgenossen unterschiedlich ausfallen.⁶⁴ Ein Streitgenosse kann daher in Bezug auf seinen Anspruch eigene Behauptungen aufstellen, einen Vergleich schliessen, seine Klage zurückziehen, Widerklage erheben oder Rechtsmittel ergreifen, ohne dass die anderen Streitgenossen davon betroffen sind.⁶⁵ Den Streitgenossen steht es ausserdem frei, weitere Personen in ihre Gemeinschaft aufzunehmen oder abzulehnen.⁶⁶ Sie können nach Art. 72 ZPO auch eine gemeinsame Vertretung bezeichnen.

d. Würdigung

Die Vorteile der einfachen aktiven Streitgenossenschaft bestehen einerseits darin, dass mehrere Verfahren gebündelt werden können, womit die gemeinsamen Tatfragen in einem einzigen Beweisverfahren abgehandelt

⁵⁵ LAUER (Fn. 16), 174 m.w.H.; vgl. BAUMGARTNER, Class actions (Fn. 1), 321.

⁵⁶ Bericht Bundesrat (Fn. 9), 9 ff.

⁵⁷ BK-MARKUS, Art. 71 ZPO N 1; DIKE-BORLA-GEIER, Art. 71 ZPO N 7.

⁵⁸ DIKE-BORLA-GEIER, Art. 71 ZPO N 8. Zu beachten ist, dass das Gericht eine einfache Streitgenossenschaft auch gegen den Willen der Parteien durch Verfahrensvereinigung bilden kann (Art. 125 lit. c ZPO).

⁵⁹ Botschaft ZPO (Fn. 6), 7281.

⁶⁰ DIKE-BORLA-GEIER, Art. 71 ZPO N 12; KUKO-DOMEJ, Art. 71 ZPO N 2 f.

⁶¹ BSK-RUGGLE, Art. 71 ZPO N 16; DIKE-BORLA-GEIER, Art. 71 ZPO N 15 m.w.H.

⁶² Die sachliche Zuständigkeit wird zwar in Art. 71 ZPO nicht ausdrücklich festgehalten, aber stillschweigend vorausgesetzt (DIKE-BORLA-GEIER, Art. 71 ZPO N 16 m.H. auf BGE 138 III 471, 480, E. 5.1; DROESE [Fn. 31], 135).

⁶³ Botschaft ZPO (Fn. 6), 7291 f.; KUKO-VAN DE GRAAF, Art. 93 ZPO N 5.

⁶⁴ BSK-RUGGLE, Art. 71 ZPO N 30, 41; DIKE-BORLA-GEIER, Art. 71 ZPO N 19, 22; vgl. KUKO-DOMEJ, Art. 71 ZPO N 8.

⁶⁵ GORDON-VRBA (Fn. 23), 171; KUKO-DOMEJ, Art. 71 ZPO N 9; BSK-RUGGLE, Art. 71 ZPO N 32.

⁶⁶ DROESE (Fn. 31), 135.

werden. Zeugen und Experten müssen nicht mehrmals vorgeladen und die Beweiswürdigung kann im Rahmen eines Verfahrens vorgenommen werden. Dies verringert den Verfahrensaufwand sowie die Gefahr widersprüchlicher Entscheide und dient der Prozessökonomie.⁶⁷ Andererseits wird das Prozessrisiko der klagenden Streitgenossen minimiert, weil sie sich durch gegenseitige Information und Hilfe unterstützen können.⁶⁸ Durch die gemeinsame Prozessvertretung kann eine zusätzliche Effizienzsteigerung und Prozesskostenreduktion erzielt werden.⁶⁹

Die einfache aktive Streitgenossenschaft weist hinsichtlich der Prozessökonomie jedoch auch wesentliche Nachteile auf.⁷⁰ Das grösste Hindernis besteht in der selbständigen Prozessführung der Streitgenossen, welche weder ihre Dispositionsfreiheit noch ihren individuellen Gehörsanspruch preisgeben.⁷¹ Selbst bei Einigkeit gibt es keine Verpflichtung zum gemeinsamen Handeln (wie z.B. zur Bestellung einer gemeinsamen Prozessvertretung).⁷² Es besteht daher kein Anspruch, sich einer einfachen Streitgenossenschaft anzuschliessen, wodurch ein wirtschaftlich schwacher Ansprecher vom vorteilhaften gemeinsamen Vorgehen ausgeschlossen wird.⁷³

Da das Gericht damit die Prozessvoraussetzungen und Ansprüche jedes Streitgenossen einzeln prüfen muss und jeder unabhängig von den anderen handeln kann, erweist sich die Handhabung der Verfahren bei einer grossen Anzahl von Streitgenossen als praktisch unmöglich und daher für Massen- und Streuschäden als untauglich.⁷⁴ Ausserdem werden bei einer einfachen aktiven Streitgenossenschaft die Streitwerte der einzelnen Klagen zusammengezählt, wodurch die Partei- und Prozesskosten bei Massenverfahren eine prohibitive Wirkung entfalten.⁷⁵ Schliesslich wirkt ein Entscheid immer nur zwischen den jeweiligen Parteien, wodurch hinsichtlich der allfälligen Streu- oder Massenschäden kein abschliessendes Urteil gefällt werden kann.⁷⁶

2. Verbandsklage

a. Definition und Zweck

Nach Art. 89 Abs. 1 ZPO können Vereine und andere Organisationen von gesamtschweizerischer oder regionaler Bedeutung, die nach ihren Statuten zur Wahrung der Interessen bestimmter Personengruppen befugt sind, in eigenem Namen auf Verletzung der Persönlichkeit der Angehörigen dieser Personengruppen klagen. Die Verbandsklage ermöglicht die Bündelung gleichgerichteter Interessen einer Vielzahl von Personen, wodurch die Ansprüche prozessual einer angemessenen Gesamtbeurteilung zugeführt und Gerichtsverfahren vereinfacht werden können. Sie dient somit der kollektiven Interessenwahrung.⁷⁷

b. Voraussetzungen

Klageberechtigt sind nach Art. 89 Abs. 1 ZPO nur partei- und prozessfähige Organisationen von gesamtschweizerischer oder regionaler Bedeutung.⁷⁸ Die Legitimation knüpft dabei an eine gewisse Repräsentativität an, um den Missbrauch der Verbandsklage durch beliebige *ad-hoc*-Gruppierungen und damit eine zu starke Annäherung an die *class action* zu verhindern.⁷⁹

Zu beachten gilt, dass es bei der Verbandsklage nicht um den Schutz allfälliger Mitglieder, sondern um die Wahrung der Interessen bestimmter Personengruppen geht.⁸⁰ Es können daher auch Organisationen klagen, die keine Mitglieder haben (z.B. Stiftungen), was jedoch ein Kollektivinteresse voraussetzt. Diesbezüglich ist umstritten, ob die Verletzung der Persönlichkeit aller Mitglieder einer bestimmten Personengruppe vorliegen muss.⁸¹ Das Klagerecht der Organisation ist dabei vom

⁶⁷ GORDON-VRBA (Fn. 23), 170; DROESE (Fn. 31), 136; vgl. KUKO-DOMEJ, Art. 71 ZPO N 12 f.

⁶⁸ BRUNNER (Fn. 9), 41.

⁶⁹ LAUER (Fn. 16), 184; GORDON-VRBA (Fn. 23), 170.

⁷⁰ GORDON-VRBA (Fn. 23), 171.

⁷¹ DROESE (Fn. 31), 135.

⁷² GORDON-VRBA (Fn. 23), 171.

⁷³ DROESE (Fn. 31), 136.

⁷⁴ GORDON-VRBA (Fn. 23), 171; vgl. LAUER (Fn. 16), 185.

⁷⁵ BSK-RUGGLE, Art. 71 ZPO N 47.

⁷⁶ BSK-KLAUS, Art. 89 ZPO N 13; vgl. KUKO-DOMEJ, Art. 71 ZPO N 1, 9.

⁷⁷ DIKE-BRUNNER, Art. 89 ZPO N 1; Botschaft ZPO (Fn. 6), 7288; KUKO-WEBER, Art. 89 ZPO N 5.

⁷⁸ Botschaft ZPO (Fn. 6), 7289; BSK-KLAUS, Art. 89 ZPO N 22 ff.

⁷⁹ Botschaft ZPO (Fn. 6), 7289; BK-MARKUS, Art. 89 ZPO N 7; BSK-KLAUS, Art. 89 ZPO N 26.

⁸⁰ Botschaft ZPO (Fn. 6), 7289; DIKE-BRUNNER, Art. 89 ZPO N 7.

⁸¹ DIKE-BRUNNER, Art. 89 ZPO N 8; Nach a.A. reicht es, wenn die Persönlichkeitsverletzung spezifisch die Angehörigen einer Organisation oder Personengruppe in der sie charakterisierenden Eigenschaft (insbesondere mit Bezug auf ihren statutarischen Zweck und ihre Interessenwahrungspflicht) kollektiv betrifft, gerade ohne dass im Einzelfall jeder einzelne Angehörige und damit die Gesamtheit betroffen sein muss (KUKO-WEBER, Art. 89 ZPO N 16; Sutter-Somm-Bessenich/BOPP, Art. 89 ZPO N 2).

Klagerecht der repräsentierten Einzelpersonen unabhängig.⁸²

Die Statuten der Organisation müssen zudem die Interessenwahrung dieser bestimmten Personengruppe ausdrücklich vorsehen.⁸³ Hierbei kommt grundsätzlich die Wahrung von wirtschaftlichen Interessen durch Berufsverbände oder von ideellen Interessen durch Institutionen in Frage.⁸⁴

c. Zulässigkeit von Verletzungsansprüchen

Die Verbandsklage kann gemäss Art. 89 Abs. 2 lit. a bis c ZPO lediglich die Unterlassung, Beseitigung oder Feststellung einer Verletzung zum Gegenstand haben. Da Geldforderungen im Sinne von Art. 84 Abs. 2 ZPO in Art. 89 Abs. 2 ZPO nicht erwähnt werden, ist die sog. reparatorische Leistungsklage auf Schadenersatz, Genugtuung oder Gewinnherausgabe vom Verbandsklagerecht ausgeschlossen.⁸⁵

d. Wirkungen

Festzuhalten gilt, dass die Verbandsklage rechtlich unabhängig ist und ihr weder *lis pendens*- noch *res iudicata*-Wirkung hinsichtlich allfälliger Individualklagen der Mitglieder der Personengruppe zukommt. Folglich unterbricht eine eingeleitete Verbandsklage auch nicht die Verjährung der individuellen Leistungsansprüche.⁸⁶ Der Entscheid wirkt daher nur gegenüber der am Prozess beteiligten Organisation.⁸⁷ In bestimmten Spezialgesetzen sind besondere Verbandsklagen vorgesehen (bspw. in Art. 7 Abs. 1 GLG⁸⁸ oder Art. 10 Abs. 2 UWG⁸⁹), welche grosszügigere oder restriktivere Regelungen beinhalten können.⁹⁰

e. Würdigung

Mit der Verbandsklage kann eine Organisation stellvertretend für eine betroffene Personengruppe ein positives Feststellungsurteil erwirken, welches den Mitgliedern der Personengruppe (vor allem bei Streuschäden) den Zugang zum Gericht erleichtert und gleichzeitig die Prozessökonomie fördert. Eine optimale Vertretung der Personengruppe wird damit zwar nicht sichergestellt, dennoch ist diese Vorgehensweise für die einzelnen Mitglieder besser, als von vorherein aufgrund mangelnder Rentabilität auf eine Individualklage zu verzichten.⁹¹ Für den Beklagten kann die Verbandsklage insofern problematisch werden, als parallele oder spätere Individualklagen der Mitglieder der Personengruppe langwierige Verfahren auslösen können, was der prozessualen Effizienz abträglich ist und finanzielle sowie administrative Ressourcen bindet.⁹²

Bei der Verbandsklage besteht jedoch das Hauptproblem darin, dass die Geltendmachung geldwerter Leistungen ausgeschlossen ist.⁹³ Entsprechend besteht für die Mitglieder der betroffenen Personengruppe keine Kompensationsmöglichkeit. Die finanzielle Kompensation bleibt somit der individuellen Rechtsverfolgung vorbehalten.⁹⁴ Ausserdem kann die Verbandsklage nur bei Persönlichkeitsklagen eingereicht werden, wodurch ihr Anwendungsbereich erheblich eingeschränkt wird.⁹⁵ Aus diesen Gründen ist die Verbandsklage anders als die schwedische Gruppenklage als typische Schadenersatzklage nicht möglich, was die Geltendmachung von Massen- und Streuschäden praktisch ausschliesst.⁹⁶

Zudem bewirkt die auf Organisationen von mindestens regionaler Bedeutung eingeschränkte Aktivlegitimation gerade bei Massen- und Streuschädenfällen, dass für eine Vielzahl von potenziell Geschädigten – welche einer nicht von solchen Organisationen geschützten Personengruppe angehören – nur noch der Individualprozess offensteht. Die Verbandsklage kann ausserdem nur dann ein wirksamer Rechtsbehelf sein, wenn finanzstarke Verbände mit dem entsprechenden *Know-how* in der Lage sind, das hiermit verbundene Prozesskostenrisiko auf sich zu nehmen.⁹⁷ Dies ist wo-

⁸² DIKE-BRUNNER, Art. 89 ZPO N 8; BK-MARKUS, Art. 89 ZPO N 10.

⁸³ Botschaft ZPO (Fn. 6), 7289; KUKO-WEBER, Art. 89 ZPO N 13; relativierend BSK-KLAUS, Art. 89 ZPO N 36.

⁸⁴ KUKO-WEBER, Art. 89 ZPO N 9; BK-MARKUS, Art. 89 ZPO N 9.

⁸⁵ DIKE-BRUNNER, Art. 89 ZPO N 15; OFK-MOHS, Art. 89 ZPO N 7; Bei der Wahrung eigener Interessen ist der Verband jedoch nicht eingeschränkt (Botschaft ZPO [Fn. 6], 7289).

⁸⁶ OFK-MOHS, Art. 89 ZPO N 7 m.w.H.; Sutter-Somm-BESSENICH/BOPP, Art. 89 ZPO N 13.

⁸⁷ BSK-KLAUS, Art. 89 ZPO N 11; KUKO-WEBER, Art. 89 ZPO N 21.

⁸⁸ Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GLG) vom 24. März 1995, SR 151.1.

⁸⁹ Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 19. Dezember 1986, SR 241.

⁹⁰ Art. 89 Abs. 3 ZPO; Botschaft ZPO (Fn. 6), 7288 f.; KUKO-WEBER, Art. 89 ZPO N 22 ff.

⁹¹ GORDON-VRBA (Fn. 23), 174 f.

⁹² Vgl. Bericht VE-ZPO (Fn. 14), 38.

⁹³ Bericht VE-ZPO (Fn. 14), 38.

⁹⁴ GORDON-VRBA (Fn. 23), 175.

⁹⁵ Bericht VE-ZPO (Fn. 14), 38.

⁹⁶ Vgl. DIKE-BRUNNER, Art. 89 ZPO N 15; KUKO-WEBER, Art. 89 ZPO N 4a.

⁹⁷ Vgl. Bericht Bundesrat (Fn. 9), 26; Wyss (Fn. 8), 16.

möglich ein Grund dafür, dass die Verbandsklage seit ihrer Einführung keine grosse Bedeutung erlangt hat.⁹⁸

3. Objektive Klagenhäufung

a. Definition und Zweck

Gemäss Art. 90 ZPO können durch die objektive Klagenhäufung mehrere Ansprüche, welche eine klagende Partei gegen eine beklagte Partei richterlich beurteilen lassen möchte, gemeinsam geltend gemacht werden. Die objektive Klagenhäufung ermöglicht somit die Bündelung von Ansprüchen bzw. Streitgegenständen, die für sich genommen auch Gegenstand einer eigenständigen Klage sein könnten.⁹⁹

b. Voraussetzungen

Bei der objektiven Klagenhäufung muss nach Art. 90 ZPO das gleiche Gericht für alle gehäuften Ansprüche sachlich (und örtlich) zuständig (lit. a) sowie die gleiche Verfahrensart anwendbar sein (lit. b). Ein Sachzusammenhang zwischen den Ansprüchen ist dabei nicht erforderlich.¹⁰⁰ Unabhängig vom Gegenstand der einzelnen Ansprüche ist auch eine Kombination von Leistungs-, Gestaltungs- oder Feststellungsbegehren möglich.¹⁰¹ Liegen die Voraussetzungen für den einzeln zu prüfenden Anspruch nicht vor, so erfolgt ein Nichteintreten nur in Bezug auf diesen Anspruch.¹⁰² Die geltend gemachten Ansprüche werden bei der Ermittlung des Streitwerts gemäss Art. 93 Abs. 1 ZPO zusammenge-rechnet, sofern sie sich nicht gegenseitig ausschliessen.

c. Wirkungen

Bei erfüllten Voraussetzungen ist die Vornahme der objektiven Klagenhäufung im Rahmen des Dispositionsgrundsatzes fakultativ und liegt im freien Ermes-

sen des Klägers.¹⁰³ Für den kollektiven Rechtsschutz ist dieses Instrument insofern bedeutend, als mehrere Anspruchsberechtigte ihre Forderungen mittels Zession nach Art. 164 ff. OR an eine natürliche oder juristische Person abtreten können, damit sie diese in eigenem Namen vor Gericht geltend machen kann.¹⁰⁴

d. Würdigung

Vorteilhaft bei der objektiven Klagenhäufung ist grundsätzlich, dass im Falle sachlich zusammenhängender Ansprüche widersprüchliche Entscheide vermieden werden können.¹⁰⁵ Aber auch bei diesem prozessualen Instrument wird über jeden Anspruch einzeln geurteilt.

Nachteilig ist hingegen, dass eine kollektivisierte Streiterledigung insbesondere bei Massenschäden nur dann erzielt werden kann, wenn gestützt auf eine Abtretung unterschiedlicher Ansprüche einer Vielzahl von Personen ein einziger Kläger die Ansprüche gebündelt geltend macht.¹⁰⁶ Die Rechtsdurchsetzung bleibt dabei auf die Personen bzw. Ansprüche beschränkt, die Gegenstand des Prozesses sind, weshalb auch keine kollektive Entscheidung erfolgt.¹⁰⁷ Da für die Ermittlung des Streitwerts die geltend gemachten Ansprüche zusammenge-rechnet werden, kann der Kläger zwar von degressiven Prozesskosten profitieren, muss aber grundsätzlich das gesamte Prozessrisiko auf sich nehmen. Hierfür müssen sich geeignete Personen oder Institutionen zur Verfügung stellen, welche genügende finanzielle Mittel sowie entsprechendes organisatorisches und rechtliches *Know-how* aufweisen.¹⁰⁸ Solche Abtretungsprozesse würden somit eher bei grosser Unterstützung durch die öffentliche Hand erhoben. Aus diesen Gründen erscheint die Möglichkeit der Abtretung kombiniert mit einer objektiven Klagenhäufung als wenig praktikabel.¹⁰⁹

Angesichts der allgemein (zu) hohen Anforderungen an die Organisation sowie Administration und der beschränkten Koordinationswirkung ist dieses Instrument

⁹⁸ Vgl. KUKO-WEBER, Art. 89 ZPO N 4a; DIKE-BRUNNER, Art. 89 ZPO N 15; siehe auch Bericht VE-ZPO (Fn. 14), 13.

⁹⁹ BSK-KLAUS, Art. 90 ZPO N 1, 14; BK-MARKUS, Art. 90 ZPO N 2.

¹⁰⁰ KUKO-OBERHAMMER, Art. 90 ZPO N 3; BSK-KLAUS, Art. 90 ZPO N 17, 26 ff.

¹⁰¹ BSK-KLAUS, Art. 90 ZPO N 18; Zulässig ist ausserdem die Variante einer kumulativen oder einer eventuellen Häufung der verschiedenen Rechtsbegehren (Sutter-Somm-BESSENICH/BOPP, Art. 90 ZPO N 5).

¹⁰² BSK-KLAUS, Art. 90 ZPO N 35 m.w.H.; a.A. OFK-MOHS, Art. 90 ZPO N 1d.

¹⁰³ KUKO-OBERHAMMER, Art. 90 ZPO N 2; BSK-KLAUS, Art. 90 ZPO N 30.

¹⁰⁴ LAUER (Fn. 16), 185; Bericht Bundesrat (Fn. 9), 19; vgl. BSK-KLAUS, Art. 89 ZPO N 17.

¹⁰⁵ KUKO-OBERHAMMER, Art. 90 ZPO N 4; vgl. BGE 125 III 95, 98, E. 2.aa.

¹⁰⁶ Bericht Bundesrat (Fn. 9), 19 f. m.w.H.

¹⁰⁷ Bericht Bundesrat (Fn. 9), 19 m.w.H.

¹⁰⁸ Bericht Bundesrat (Fn. 9), 20; vgl. auch LAUER (Fn. 16), 186.

¹⁰⁹ Vgl. LAUER (Fn. 16), 186; Bericht Bundesrat (Fn. 9), 19 f.

zur Durchsetzung von Massenschäden kaum wirksam und zur Durchsetzung von Streuschäden untauglich.¹¹⁰

4. Musterverfahren

a. Definition und Zweck

Bei einem Musterverfahren wird eine Streitigkeit vorerst nur im Rahmen eines Individualverfahrens zwischen zwei Parteien geführt, wobei dessen Ausgang für weitere potenziell Betroffene massgeblich ist.¹¹¹ Anderweitig eingeleitete Individualverfahren können dabei bis zur Erledigung des Musterverfahrens sistiert (Art. 126 Abs. 1 ZPO) und sodann auf der Grundlage des Musterentscheids weitergeführt werden.¹¹²

b. Wirkungen

Voraussetzung der externen Rechtskraftwirkung des Musterverfahrens ist entweder eine entsprechende gesetzliche Grundlage oder eine Vereinbarung zwischen den weiteren beteiligten Parteien, welche nicht am Musterverfahren teilgenommen haben.¹¹³ Da das Schweizer Recht aktuell noch keine solche gesetzliche Regelung beinhaltet,¹¹⁴ müssen die externe Wirkung und die Verbindlichkeit des Verfahrens durch eine Parteivereinbarung erreicht werden. Diese sollte eine Massgeblichkeitsvereinbarung enthalten, mit welcher die Rechtskraft des Musterverfahrens auf unbeteiligte Dritte erstreckt wird, und zudem eine Stillhaltevereinbarung aufweisen, welche es den Beteiligten verbietet, in der gleichen Sache selbst zu prozessieren.¹¹⁵ Der aus dem Musterverfahren resultierende Entscheid entfaltet

dabei keine *res iudicata*-Wirkung für die nicht an diesem Prozess beteiligten Kläger.¹¹⁶

c. Würdigung

Bei dieser Klage handelt es sich immer um eine Individualklage des Musterklägers, welche die Herbeiführung einer externen Wirkung der im Musterverfahren entschiedenen Tat- bzw. Rechtsfragen auf eine Vielzahl von Fällen ermöglicht. Damit sollen einheitliche Entscheide und ein Effizienzgewinn erzielt werden.¹¹⁷

Zu beachten ist, dass ein solches Musterverfahren mit den Prozessen der einzelnen Kläger koordiniert werden muss. Fraglich scheint daher, ob dadurch tatsächlich eine erheblich erleichterte Rechtsdurchsetzung für die Anspruchsinhaber erreicht wird.¹¹⁸ Auch die Tatsache, dass die externe Rechtskraftwirkung des Musterverfahrens durch eine Vereinbarung erzielt werden muss, stellt in der Praxis aufgrund der oft fehlenden Kooperationsbereitschaft der beklagten Partei ein weiteres Hindernis dar. Zudem kommt einem Entscheid im Musterverfahren nur eine privatrechtliche Wirkung sowie faktische Präjudizwirkung, jedoch keine eigentliche Rechtskraftwirkung zu. Das erklärt auch, warum Musterverfahren bisher in der Schweiz kaum Bedeutung erlangt haben.¹¹⁹ Überdies scheint fraglich, ob die vertragliche Verpflichtung, einen Entscheid zu akzeptieren, rechtlich überhaupt durchsetzbar wäre.¹²⁰

5. Zwischenfazit

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass bei den prozessualen Instrumenten der Schweizerischen ZPO (trotz primärer individueller Wirkung) innerhalb der Formen des Individualrechtsschutzes eine gewisse kollektivierte Interessenwahrung erreicht werden kann.¹²¹ Es handelt sich somit um einen kollektiven Rechtsschutz i.w.S.

Das geeignetste bestehende Instrument für die Geltendmachung von Massen- und Streuschäden ist die

¹¹⁰ KUKO-WEBER, Art. 89 ZPO N 5b; Botschaft ZPO (Fn. 6), 7291.

¹¹¹ LAUER (Fn. 16), 193; GORDON-VRBA (Fn. 23), 175; vgl. auch FRITZ BAUR, Der «Musterprozess», in: Habscheid et al. (Hrsg.), Freiheit und Zwang – Rechtliche, wirtschaftliche und gesellschaftliche Aspekte – Festschrift zum 60. Geburtstag von Professor Dr. iur. Dr. phil. Hans Giger, Bern 1989, 15 ff., 16.

¹¹² LAUER (Fn. 16), 193; TRÜTEN (Fn. 2), 7; KUKO-WEBER, Art. 89 ZPO N 5c.

¹¹³ Bericht Bundesrat (Fn. 9), 28; KUKO-WEBER, Art. 89 ZPO N 5c.

¹¹⁴ Bericht Bundesrat (Fn. 9), 28; BAUMGARTNER, Class actions (Fn. 1), 342 ff.; vgl. LAUER (Fn. 16), 193; a.A. nach sollte eine ausdrückliche Anordnung einer Rechtskrafterstreckung möglich sein, um die Parteien und das Gericht im Rahmen der Nachverfahren an die Ergebnisse der Musterverfahren binden zu können (GORDON-VRBA [Fn. 23], 165).

¹¹⁵ LAUER (Fn. 16), 193; vgl. auch BAUR (Fn. 111), 16.

¹¹⁶ BAUMGARTNER, Class actions (Fn. 1), 342; Bericht Bundesrat (Fn. 9), 28; BOHNET (Fn. 50), 443.

¹¹⁷ BAUMGARTNER, Class actions (Fn. 1), 342.

¹¹⁸ CHRISTIAN KÖLZ, Braucht es in der Schweiz Sammelklagen? Zum Bericht des Bundesrates «Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz – Bestandesaufnahme und Handlungsmöglichkeiten» vom 3. Juli 2013, ZBJV 2013, 865 ff., 869 f.

¹¹⁹ KUKO-WEBER, Art. 89 ZPO N 5c; relativierend BOHNET (Fn. 50), 443 f., 446.

¹²⁰ BAUMGARTNER, Class actions (Fn. 1), 342 m.w.H.

¹²¹ KÖLZ (Fn. 118), 867 f.; BSK-KLAUS, Art. 89 ZPO N 17.

Verbandsklage, da sie an eine gewisse Repräsentativität anknüpft und bis zu einem gewissen Grad eine kollektivierte Interessenwahrung ermöglicht. Im schweizerischen Zivilprozessrecht fehlt daher ein Instrument, welches bei Massen- und Streuschäden ermöglicht, Ansprüche einer Vielzahl von Geschädigten in einer effizienten und praktischen Weise zu bündeln und durchzusetzen.¹²² Deshalb können die Hauptzwecke des kollektiven Rechtsschutzes mit den geltenden Instrumenten nur beschränkt erreicht werden. Im schweizerischen kollektiven Rechtsschutz besteht somit eine Rechtslücke.¹²³

C. Vorgeschlagene Massnahmen des Bundesrates

Der Bundesrat hat im Rahmen seines Berichts von 2013 über den kollektiven Rechtsschutz entsprechende Verbesserungsmassnahmen vorgeschlagen, auf welche im Folgenden näher eingegangen wird.

1. Erweiterung des Anwendungsbereichs der Verbandsklage

Bei der Verbandsklage schlägt der Bundesrat einerseits vor, den sachlichen Anwendungsbereich über Persönlichkeitsverletzungen hinaus auf sämtliche Rechtsgebiete zu erweitern, und andererseits, den funktionalen Anwendungsbereich auf die Geltendmachung von Gewinnabschöpfungs- bzw. Gewinnherausgabeansprüchen und gegebenenfalls sogar allgemein auf die Geltendmachung reparatorischer Ansprüche zu erweitern.¹²⁴

a. Erweiterung sachlicher Anwendungsbereich und Aktivlegitimation

Im Rahmen der VE-ZPO wurde diesem Vorschlag besondere Beachtung geschenkt. So sieht Art. 89 Abs. 1 VE-ZPO vor, dass Organisationen für sämtliche drohende oder bestehende Verletzungen der Rechte der Angehörigen einer bestimmten Personengruppe klagen können. Die bisherige Beschränkung auf Persönlichkeitsverletzungen wäre dadurch aufgehoben und die Verbandsklage für Verletzungen des gesamten Privat-

rechts geöffnet.¹²⁵ Damit soll die Verbandsklage auch zur Geltendmachung von Rechtsverletzungen im wirtschaftlichen Bereich des normalen Waren- und Dienstleistungsaustauschs sowie in allen diesbezüglichen Rechtsgeschäften zur Verfügung stehen.¹²⁶

Weiter schlägt Art. 89 Abs. 1 VE-ZPO eine Erweiterung der Aktivlegitimation vor, indem die gesamtschweizerische oder regionale Bedeutung nicht mehr vorausgesetzt wäre.¹²⁷ Neu wären Organisationen zur Erhebung einer Verbandsklage aktivlegitimiert, sofern sie kumulativ mit ihrer statuten- oder satzungsmässigen Tätigkeit nicht die Erzielung eines Gewinns anstreben (lit. a),¹²⁸ nach ihren Statuten oder ihrer Satzung zur Wahrung der Interessen der entsprechenden Personengruppe befugt (lit. b) und zur Wahrung der Interessen der Personengruppe geeignet sind (lit. c).¹²⁹

Die Voraussetzung der fehlenden Gewinnorientierung soll Missbräuchen und einer Zweckentfremdung der Verbandsklage entgegenwirken, sodass nach kaufmännischer Art geführte Gesellschaften sowie Unternehmen und kommerzielle Organisationen nicht als Verbandsklägerinnen auftreten könnten.¹³⁰ Mit der vorausgesetzten Eignung der klagenden Organisation zur Interessenwahrung soll verhindert werden, dass inkompetente oder mit kollektiver Interessenwahrung überforderte Verbände vorhersehbar zum Nachteil der Angehörigen einer Personengruppe oder des Beklagten klagen. Das Gericht soll dabei die Eignung unter Berücksichtigung aller Umstände und der Zielsetzung der Verbandsklage prüfen.¹³¹

b. Einführung einer reparatorischen Verbandsklage

Mit Art. 89a Abs. 1 VE-ZPO wird die Einführung einer reparatorischen Verbandsklage vorgeschlagen. Die klagende Organisation soll dabei als Prozessstandschafterin für die einzelnen Angehörigen der Personengruppe auftreten und finanzielle Ansprüche, die materiell-rechtlich den Angehörigen zustehen, in eigenem

¹²² Vgl. auch Bericht Bundesrat (Fn. 9), 2; KÖLZ (Fn. 118), 867 f.; WYSS (Fn. 8), 26.

¹²³ Bericht Bundesrat (Fn. 9), 9, 2.

¹²⁴ Bericht Bundesrat (Fn. 9), 56.

¹²⁵ Bericht VE-ZPO (Fn. 14), 39.

¹²⁶ So in typischen Fällen von Massenschäden, welche durch eine unerlaubte Handlung nach Art. 41 OR und eine Vertragsverletzung gegenüber einer ganzen Personengruppe verursacht werden können, bspw. bei ganzen fehlerhaften Produkteserien, die einer bestimmten Personengruppe verkauft wurden (Bericht VE-ZPO [Fn. 14], 40).

¹²⁷ Bericht VE-ZPO (Fn. 14), 39 f.

¹²⁸ Bericht VE-ZPO (Fn. 14), 40.

¹²⁹ Bericht VE-ZPO (Fn. 14), 39.

¹³⁰ Bericht VE-ZPO (Fn. 14), 40 f.

¹³¹ Bericht VE-ZPO (Fn. 14), 41 f.

Namen geltend machen können.¹³² Damit wäre zwar die Geltendmachung von Schadenersatz- oder Gewinnherausgabeansprüchen (nach Art. 419 ff. OR), aber nicht von Genugtuungsansprüchen (gemäss Art. 47 und 49 OR) möglich.¹³³

Die reparatorische Verbandsklage soll jedoch nur unter den folgenden in Art. 89a Abs. 1 VE-ZPO vorgesehenen kumulativen Voraussetzungen zulässig sein, welche als (besondere) Prozessvoraussetzungen im Sinne von Art. 59 ZPO durch das Gericht zu prüfen sind:¹³⁴ Die Angehörigen der Personengruppe müssen einen entsprechenden Ersatzanspruch haben, wobei sich die materielle Anspruchsgrundlage der finanziellen Ansprüche im anwendbaren Privatrecht befindet (lit. a). Ein allfälliger Prozessgewinn aus der verbandsklageweisen Durchsetzung solcher Ansprüche muss zudem entweder überwiegend der von der Organisation vertretenen Personengruppe zukommen oder im Interesse dieser Personengruppe verwendet werden (lit. b). Die Angehörigen der Personengruppe müssen die Organisation zur Prozessführung ermächtigt haben (lit. c) und die Organisation muss schliesslich zur Geltendmachung der Ersatzansprüche geeignet sein (lit. d). Die Eignung zur Geltendmachung der Ersatzansprüche ist an den beispielhaften Anhaltspunkten der Repräsentativität und Expertise der Organisation zu messen und liegt insbesondere dann vor, wenn die Organisation gesamtschweizerisch tätig oder von gesamtschweizerischer Bedeutung ist (lit. d Ziff. 1), über mehrjährige Erfahrung im betroffenen Rechtsbereich verfügt oder von der Mehrheit der Angehörigen der Personengruppe zur Prozessführung ermächtigt worden ist (lit. d Ziff. 2).¹³⁵

c. Würdigung

Durch die vorgeschlagene Ausdehnung des sachlichen Anwendungsbereichs der Verbandsklage auf sämtliche drohende oder bestehende Verletzungen wäre die bislang auf Persönlichkeitsverletzungen beschränkte Verbandsklage auf jeden Fall praxistauglicher und somit geeigneter zur Bewältigung von Massen- und Streuschäden. Zusammen mit der einzuführenden reparatorischen Verbandsklage würde damit die Durchsetzung kollektiver Rechtsansprüche in der Schweiz erleichtert werden. Die Organisationen könnten ausserdem repräsentativ für Angehörige einer bestimmten Gruppe Scha-

denersatzansprüche geltend machen, womit ein Instrument des kollektiven Rechtsschutzes i.e.S. eingeführt werden würde. Durch die Prozessstandschaft würde das Verbandsklageurteil auch eine *res iudicata*-Wirkung für die Ansprüche der Mitglieder der Personengruppe entfalten, womit das Risiko von langwierigen Verfahren aufgrund einer Vielzahl weiterer unbekannter Klagen für den Beklagten minimiert werden würde.

Aus Sicht der Autoren erscheint aber die vorgesehene Aktivlegitimation als problematisch. Der Verzicht auf die bisherige Voraussetzung der regionalen oder gesamtschweizerischen Bedeutung der Organisation ist zwar zu begrüssen. Nachteilig ist jedoch, dass die an diese Stelle tretende Voraussetzung der Eignung der Organisation zur Interessenwahrung der repräsentierten Personengruppe (Art. 89 Abs. 1 lit. c VE-ZPO) keine konkreten Bestimmungskriterien enthält. Der erläuternde Bericht führt hierzu lediglich aus, der Verbandskläger müsse sowohl über die fachlichen Kenntnisse und organisatorischen Möglichkeiten als auch über die finanziellen Ressourcen verfügen, welche die faire und angemessene Interessenwahrung zugunsten der Personengruppe im Einzelfall objektiv erfordere.¹³⁶ Zu beachten ist, dass diese Eignung von zahlreichen Voraussetzungen¹³⁷ abhängen kann, welche nicht ohne Weiteres zu Beginn des Prozesses zu ermitteln sind. Für das prüfende Gericht wird es deshalb schwierig sein, bereits vor Prozessbeginn zu beurteilen, ob die Organisation die vorausgesetzte Eignung aufweist.

Ferner ist bei der vorausgesetzten Eignung der Organisation zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen gemäss Art. 89a Abs. 1 lit. d VE-ZPO fraglich, ob es sich bei dieser Bestimmung um eine eigenständige Voraussetzung handelt, welche zusätzlich zur verlangten Eignung zur Interessenwahrung nach Art. 89 Abs. 1 lit. c VE-ZPO vorliegen muss oder ob es sich um die gleiche Voraussetzung wie in Art. 89 Abs. 1 lit. c VE-ZPO handelt. Für die erste Variante spricht, dass die Eignung einer klagenden Organisation gemäss Art. 89 Abs. 1 lit. c VE-ZPO bereits nach Art. 89a Abs. 1 i.V.m. Art. 89 Abs. 1 lit. c VE-ZPO vorausgesetzt wird und eine erneute Erwähnung dieser Voraussetzung in Art. 89a Abs. 1 lit. d VE-ZPO überflüssig wäre. Zudem wird im erläuternden Bericht erwähnt, bei der reparatorischen Verbandsklage werde eine über die in Art. 89 Abs. 1

¹³² Bericht VE-ZPO (Fn. 14), 3, 43.

¹³³ Bericht VE-ZPO (Fn. 14), 43.

¹³⁴ Bericht VE-ZPO (Fn. 14), 43.

¹³⁵ Bericht VE-ZPO (Fn. 14), 46.

¹³⁶ Bericht VE-ZPO (Fn. 14), 41.

¹³⁷ Wie z.B. von der Komplexität des Sachverhalts und der Rechtslage, der Anzahl der vertretenen Angehörigen, der allfälligen Vergleichsbereitschaft der beklagten Partei sowie von den durchzuführenden Beweissmassnahmen.

lit. c VE-ZPO hinausgehende spezifische Eignung verlangt.¹³⁸ Wäre dies der Fall, so würde das eine erneute Beschränkung der Prozessführungsbefugnis bedeuten, welche die reparatorische Verbandsklage noch unattraktiver gestalten würde. Sofern es sich jedoch nicht um eine eigenständige Voraussetzung handeln sollte, würden die Kriterien in Art. 89a Abs. 1 lit. d VE-ZPO wenigstens ein paar Anhaltspunkte zur Bestimmung der Eignung liefern, was zu begrüßen wäre. Aus Sicht der Autoren ist es bedenklich, auf die Voraussetzung der gesamtschweizerischen oder regionalen Bedeutung in Art. 89 Abs. 1 lit. c VE-ZPO zu verzichten, diese aber als beispielhaft aufgezählten Anhaltspunkt bei der vorausgesetzten Eignung in Art. 89a Abs. 1 lit. d VE-ZPO wieder einzuführen.

Schliesslich ist anzumerken, dass, während die Voraussetzungen in Art. 89a Abs. 1 VE-ZPO laut dem erläuternden Bericht als (besondere) Prozessvoraussetzungen nach Art. 59 ZPO zu prüfen sind,¹³⁹ die Voraussetzungen gemäss Art. 89 Abs. 1 VE-ZPO offenbar weiterhin als Voraussetzungen zur Aktivlegitimation der Organisationen anzusehen sind, welche bei Nichterfüllung zu einer Abweisung der Klage führen würden.¹⁴⁰ Dies würde auch der bisherigen Rechtslage in Bezug auf die Voraussetzungen gemäss Art. 89 Abs. 1 ZPO entsprechen.¹⁴¹ Problematisch hierbei ist, dass damit der vorausgesetzte Eignung zur Interessenwahrung gemäss Art. 89 Abs. 1 lit. c VE-ZPO viel mehr Gewicht zugemessen würde. Sofern das Gericht die vorausgesetzte Eignung als nicht erfüllt ansehen würde, müsste die Klage materiell-rechtlich abgewiesen werden. Dies allein ist insofern schon problematisch, als die Eignung zur Interessenwahrung eine wandelbare Eigenschaft darstellt. Es ist durchaus möglich, dass eine Organisation zwar bei Prozessbeginn noch nicht über die nötigen finanziellen Ressourcen zur Interessenwahrung verfügt, aber bspw. durch Crowdfundings zu einem späteren Zeitpunkt die notwendigen finanziellen Mittel erlangt. Eine Abweisung der Klage würde in einer solchen Situation dazu führen, dass die Klage nicht nochmals angehoben werden könnte, was äusserst unbefriedigend wäre.

Dies alles führt zu einer grossen Rechtsunsicherheit für die klagende Organisation, welche nach dem geleis-

teten administrativen und finanziellen Aufwand zur Erhebung einer Verbandsklage fürchten muss, dass auf die Klage entweder infolge der (angeblich) fehlenden Eignung zur Geltendmachung der Ersatzansprüche gemäss Art. 89a Abs. 1 lit. d VE-ZPO nicht eingetreten wird oder im noch ungünstigeren Fall die Klage aufgrund der (angeblich) fehlenden Eignung zur Interessenwahrung nach Art. 89 Abs. 1 lit. c VE-ZPO materiell-rechtlich abgewiesen wird. Besonders im Hinblick auf die Ausführungen im Bundesratsbericht, wonach es in der Schweiz an Organisationen fehle, die über die notwendigen finanziellen Mittel, Ressourcen und das *Know-how* zur Führung von Sammelverfahren verfügen,¹⁴² bleibt fraglich, ob überhaupt eine Organisation in der Schweiz diese vorausgesetzte Eignung zu erfüllen vermag.

Umso wünschenswerter ist, dass klare Kriterien für die vorausgesetzte Eignung aufgestellt werden, nach denen sich sowohl das Gericht als auch die klagende Organisation richten könnten. Hierbei sollten aber nicht allzu hohe Anforderungen an die vorausgesetzte Eignung nach Art. 89 Abs. 1 lit. c VE-ZPO sowie Art. 89a Abs. 1 lit. d VE-ZPO gestellt werden, um keine unüberwindbaren Hürden für die Anhebung der Verbandsklage zu schaffen. Ausserdem sollte in Betracht gezogen werden, zumindest die wandelbare Voraussetzung der Eignung zur Interessenwahrung gemäss Art. 89 Abs. 1 lit. c VE-ZPO nicht als (materiell-rechtliche) Voraussetzung der Aktivlegitimation, sondern ebenfalls als Prozessvoraussetzung nach Art. 59 ZPO zu behandeln, um unerwünschte Abweisungen zu vermeiden. Ebenfalls wäre erstrebenswert, auf die zusätzlich vorausgesetzte Eignung zur Interessenwahrung gemäss Art. 89a Abs. 1 lit. d VE-ZPO zu verzichten, um die reparatorische Verbandsklage nicht noch restriktiver auszugestalten.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die vorgeschlagenen Änderungen bei der Verbandsklage grundsätzlich zu einer Verbesserung des bestehenden kollektiven Rechtsschutzes in der Schweiz beitragen würden. Es fehlen aber klare Kriterien zur Bestimmung der Eignung, anhand welcher das Gericht sowie die klagerechtigte Organisation besser feststellen könnten, ob diese im Einzelfall erfüllt wäre. Weiter sollte auf die vorausgesetzte Eignung gemäss Art. 89a Abs. 1 lit. d VE-ZPO verzichtet werden oder andernfalls das Zusammenspiel zwischen Art. 89 Abs. 1 lit. c und Art. 89a Abs. 1 lit. d VE-ZPO geklärt werden. Schliesslich stellt sich die Frage, ob die Prozessführungsbefugnis bei der vorgeschlagenen Verbandsklage nicht weiterhin zu ein-

¹³⁸ Bericht VE-ZPO (Fn. 14), 42.

¹³⁹ Bericht VE-ZPO (Fn. 14), 43.

¹⁴⁰ Bericht VE-ZPO (Fn. 14); vgl. KARL SPÜHLER/ANNETTE DOLGE/MYRIAM GEHRI, Schweizerisches Zivilprozessrecht – und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts, 108.

¹⁴¹ KUKO-WEBER, Art. 89 ZPO N 20a.

¹⁴² Bericht Bundesrat (Fn. 9), 19.

geschränkt wäre, um Massen- und Streuschäden effektiv angehen zu können.

2. Gruppenvergleichsverfahren zur kollektiven Abwicklung

a. Vorgeschlagene Massnahme

Ein weiterer Vorschlag des Bundesrates wäre die Einführung eines Gruppenvergleichsverfahrens basierend auf dem niederländischen Modell.¹⁴³ Dieser Vorschlag wurde ebenfalls im Rahmen des Vorentwurfs in Art. 352a ff. VE-ZPO aufgenommen. Demnach können die gemäss Art. 89 VE-ZPO zur Verbandsklage legitimierten Organisationen mit Personen, denen sie eine Rechtsverletzung vorwerfen, in einem Gruppenvergleich die Folgen dieser Rechtsverletzung regeln (Art. 352a Abs. 1 VE-ZPO). Hierbei kann die Organisation beim zuständigen Gericht einen gemeinsamen Antrag auf Genehmigung und Verbindlicherklärung des Gruppenvergleichs für sämtliche von der Rechtsverletzung betroffenen Personen stellen (Art. 352a Abs. 2 VE-ZPO). Der Vergleich hat u.a. die vorgeworfene Rechtsverletzung, den dadurch verursachten Schaden, eine möglichst präzise Bezeichnung der Gruppe und die Anzahl der betroffenen Personen zu enthalten (Art. 352b Abs. 2 lit. a und b VE-ZPO). Bei erfüllten Form- und Inhaltsvoraussetzungen (vgl. Art. 352b VE-ZPO), lädt das Gericht die Parteien zu einer öffentlichen Verhandlung vor und die Parteien müssen die ihnen bekannten betroffenen Personen sowie die Öffentlichkeit angemessen über den Verhandlungstermin und den Inhalt des Gruppenvergleichs informieren (Art. 352d VE-ZPO). Bei der Genehmigung prüft das Gericht den Vergleich auf verschiedene inhaltliche Kriterien (Entschädigung der Rechtsverletzung, Art und Schwere des erlittenen Schadens sowie Angemessenheit der geltend gemachten Entschädigung) und stellt fest, ob die Interessen der vom Gruppenvergleich betroffenen Personen insgesamt angemessen gewahrt erscheinen (vgl. Art. 352f Abs. 1 lit. b und f VE-ZPO). Da das Verfahren als *opt out*-Verfahren ausgestaltet ist, haben die betroffenen Personen das Recht, innerhalb der gerichtlich angesetzten Frist von mindestens drei Monaten ihren Austritt aus dem Gruppenvergleich zu erklären. Personen, welche erst nach Ablauf der Frist erfahren, dass sie vom Gruppenvergleich betroffen sind, können auch später ihren Austritt erklären (vgl. Art. 352g Abs. 1 bis 3 VE-ZPO).

b. Würdigung

Das in Art. 352 ff. VE-ZPO vorgesehene Gruppenvergleichsverfahren würde Organisationen ermöglichen, stellvertretend für viele Betroffene über eine grosse Anzahl von gleichgelagerten Fällen und Ansprüchen einen Vergleich abzuschliessen. Vorteilhaft ist hierbei, dass die Ansprüche aufgrund der *opt out*-Ausgestaltung abschliessend zu beurteilen sind, wodurch für den Beklagten das Risiko verringert wird, dass nach dem Vergleichsabschluss ihm unbekannte Betroffene weitere Verfahren anheben. Da es für den Beklagten keinen Vergleichs- bzw. Verfahrenszwang gibt, können aussichtslose Verfahren vermieden werden. Die gerichtliche Überprüfung des Vergleichs stellt sicher, dass die Kläger nicht zu kurz kommen, was wiederum ausgleichend wirkt.

Mit diesem prozessualen Instrument könnte ein zeit- und kostenintensives Verfahren mit ungewissem Ausgang verhindert werden.¹⁴⁴ Zudem bestehen mit der gerichtlichen Überprüfung des Vergleichs und der Freiwilligkeit des Verfahrens für den Beklagten entsprechende Kontrollmechanismen. Es ist daher für die Autoren nicht verständlich, weshalb nach Art. 352 Abs. 1 VE-ZPO nur Organisationen im Sinne von Art. 89 VE-ZPO zur Führung solcher Vergleichsverhandlungen legitimiert sind. Zwar soll damit verhindert werden, dass Organisationen als Repräsentantinnen nur aus eigennützigen Motiven handeln können. Die gerichtliche Überprüfung des Vergleichs stellt jedoch bereits sicher, dass die Interessen der vom Gruppenvergleich betroffenen Personen insgesamt als angemessen gewahrt erscheinen. Auf die vorgesehene Beschränkung der Prozessführungsbefugnis könnte somit verzichtet werden. Im Falle eines solchen Verzichts bliebe aber problematisch, dass aufgrund der Freiwilligkeit des Vergleichsabschlusses Schadensersatzansprüche nicht zwangsweise durchgesetzt werden könnten.¹⁴⁵ Entsprechend würde es mit der Einführung eines Gruppenvergleichsverfahrens weiterhin an einem Instrument zur zwangsweisen Durchsetzung von kollektiven Rechtsansprüchen und somit an einem Vergleichsdruck für den Beklagten fehlen, der bei einer erfolglosen Vergleichsverhandlung die klageweise Durchsetzung dieser Ansprüche nicht befürchten müsste.

¹⁴³ Bericht Bundesrat (Fn. 9), 39.

¹⁴⁴ BUCHNER (Fn. 27), 108.

¹⁴⁵ Vgl. HABERBECK, (Fn. 13).

3. Einführung einer echten Gruppenklage

a. Vorgeschlagene Massnahme

Der Bundesrat schlug zwar im Rahmen seines Berichts von 2013 über den kollektiven Rechtsschutz eine reine *opt in*-Gruppenklage, bei der alle Gruppenmitglieder ihren Beitritt explizit erklären müssen, vor.¹⁴⁶ Dieser Vorschlag findet sich jedoch leider nicht in der VE-ZPO wieder. Eine *opt in*-Gruppenklage stellt die bereits einleitend analysierte schwedische Gruppenklage dar. Es stellt sich daher die Frage, ob diese Gruppenklage ein mögliches Vorbild für eine Schweizer Gruppenklage wäre.

b. Schwedische Gruppenklage – ein Erfolgsmodell für die Schweiz?

Mit der Einführung einer solchen Gruppenklage würde ein echtes kollektives Rechtsschutzmittel i.e.S. zur Verfügung stehen, mittels welchem Privatpersonen sowie Organisationen als repräsentative Kläger stellvertretend für eine Vielzahl nicht beteiligter Betroffener Ansprüche geltend machen könnten. Dadurch könnte bei Massen- und Streuschädenfällen ein massiver Effizienzgewinn erzielt werden.

Eine reine *opt in*-Ausgestaltung wäre sinnvoll, da bei der *opt out*-Variante der einzelne Betroffene aktiv seinen Austritt erklären muss.¹⁴⁷ Dies steht gerade im Widerspruch zur Ausgestaltung des schweizerischen Zivilprozessrechts als Individualprozess, in welchem die Parteien aufgrund der Dispositionsmaxime aktiv am Verfahren teilnehmen.¹⁴⁸ Mittels einer *opt in*-Ausgestaltung kann ausserdem sichergestellt werden, dass sich die Wirkung eines späteren Urteils nicht auf Anspruchsinhaber erstreckt, welche nicht ausdrücklich ihre Beteiligung am Verfahren erklärt haben. Damit kann z.B. das rechtliche Gehör besser gewahrt werden.¹⁴⁹ Dieses wird bei der schwedischen Gruppenklage zusätzlich geschützt, indem sich die Vertretenen in kritischen Situationen auf die Rechte einer Prozesspartei berufen können.¹⁵⁰ Die *Grupptalan* bewirkt somit eine gewisse Balance zwischen der Förderung der Prozessökonomie und der Wahrung des rechtlichen Gehörs der einzelnen Mitglieder, indem sie ein einzelnes Verfahren für sämtliche Gruppenmitglieder vorsieht, eine explizite

Teilnahme verlangt sowie gegebenenfalls Parteirechte einräumt.¹⁵¹

Nachteilig ist aber, dass bei einer grossen oder nicht namentlich bekannten Gruppe die Benachrichtigung sowie Information allfälliger Gruppenmitglieder für das Gericht sehr aufwändig sein kann, was einen Effektivitäts- und Effizienzverlust zur Folge hat.¹⁵² Zudem ist darauf hinzuweisen, dass bei einer *opt in*- nie so hohe Beteiligungsquoten wie bei einer *opt out*-Gruppenklage erreicht werden können.¹⁵³ Da Bagatellschäden ausserdem oft sehr gering ausfallen, fehlt den Geschädigten der Anreiz für die Durchsetzung ihrer Ansprüche. Sie ergreifen somit auch nicht die Initiative, einer Gruppenklage beizutreten.¹⁵⁴ Hinsichtlich dieser Problematik könnte jedoch angenähert an das dänische bzw. norwegische Modell das Gericht nach seinem Ermessen¹⁵⁵ eine *opt in*- in eine *opt out*-Klage umwandeln, bspw. wenn eine Klage angesichts des geringen individuellen Streitwerts nicht zustande käme.¹⁵⁶

Mit der Einführung einer an das schwedische Modell angelehnten Gruppenklage könnte daher bei den schweizerischen Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes eine echte Alternative zur Durchsetzung von Massen- und Streuschäden geschaffen und eine bestehende Rechtslücke geschlossen werden – zumal die Einführung der schwedischen Gruppenklage entgegen aller Befürchtungen nicht dazu geführt hat, dass Unternehmen mit Klagen überschwemmt wurden.¹⁵⁷

Abschliessend ist jedoch festzuhalten, dass eine echte Gruppenklage hinsichtlich der Prozessorganisation einen hohen Organisations- sowie Ressourcenaufwand bedeuten kann.¹⁵⁸ Der kollektive Rechtsschutz i.e.S. kann also nur funktionieren, wenn die Anhebung der Gruppenklage nicht davon abhängt, dass eine geschädigte Person selbstlos zugunsten der gesamten Gruppe klagen muss. Für eine attraktive kollektive

¹⁴⁶ Bericht Bundesrat (Fn. 9), 57.

¹⁴⁷ BOHNET (Fn. 50), 445.

¹⁴⁸ Vgl. BAUMGARTNER, Class actions (Fn. 1), 321.

¹⁴⁹ BUCHNER (Fn. 27), 106.

¹⁵⁰ GORDON-VRBA (Fn. 23), 99; LINDBLOM (Fn. 32), 15.

¹⁵¹ GORDON-VRBA (Fn. 23), 99.

¹⁵² BUCHNER (Fn. 27), 106.

¹⁵³ KÖLZ (Fn. 118), 873; ERIK WERLAUFF, Class Actions in Denmark, The Annals of the American Academy of Political and Social Science, The Globalization of Class Actions 2009, Volume 622, Issue 1, 202 ff., 204.

¹⁵⁴ BUCHNER (Fn. 27), 106.

¹⁵⁵ Zusätzlich gilt zu beachten, dass gemäss dänischem Recht als Repräsentativklägerin nur eine gesetzlich ermächtigte Behörde in Betracht kommt (KÖLZ [Fn. 118], 873).

¹⁵⁶ DROESE (Fn. 31), 125 f.

¹⁵⁷ BUCHNER (Fn. 27), 107.

¹⁵⁸ BOHNET (Fn. 50), 445.

Rechtsdurchsetzung müssen auch wirtschaftliche Anreize geschaffen werden.¹⁵⁹

IV. Fazit

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass mit dem geltenden kollektiven Rechtsschutzsystem in der Schweiz durchaus Möglichkeiten bestehen, eine Vielzahl von Ansprüchen von geschädigten Einzelpersonen gebündelt geltend zu machen. Dies wird unter anderem auch an dem derzeit hängigen Verfahren der Stiftung für Konsumentenschutz im VW-Skandal deutlich.

Bei Massen- und Streuschäden erweisen sich die prozessualen Instrumente der ZPO jedoch einerseits aufgrund der Tatsache, dass die Kläger ihren Prozess selbst führen müssen, oder aufgrund des zu hohen Koordinations- und Organisationsaufwandes als zu schwerfällig (z.B. bei der einfachen aktiven Streitgenossenschaft oder der objektiven Klagenhäufung). Andererseits sind die bestehenden Instrumente hinsichtlich ihres Anwendungsbereichs oder der zwangsweisen Durchsetzung der Ansprüche zu limitiert (z.B. bei der Verbandsklage oder beim Musterverfahren).

Zumal bei der Einführung der ZPO bewusst auf eine Gruppenklage nach amerikanischem Vorbild verzichtet wurde, weist das schweizerische Zivilprozessrecht im Bereich des kollektiven Rechtsschutzes eine Rechtslücke auf. Die im Vorentwurf vom 2. März 2018 vorgeschlagenen Massnahmen des Bundesrates vermögen diese Lücke aber nur beschränkt zu schliessen: Die mögliche Ausdehnung des sachlichen und funktionalen Anwendungsbereichs der Verbandsklage würde es Organisationen zwar erleichtern, bei Massen- oder Streuschäden für eine bestimmte Personengruppe Schadenersatzprozesse zu führen. Nachteilig wäre aber weiterhin, dass potenziell Geschädigte, die keiner bestimmten Personengruppe angehören, nicht geschützt wären. Zudem bestehen bei den vorgeschlagenen Anpassungen noch wesentliche Schwierigkeiten hinsichtlich der neu eingeführten Prozessvoraussetzung der Eignung der klagenden Organisation zur Interessenwahrung nach Art. 89 Abs. 1 lit. c VE-ZPO. Aufgrund der fehlenden Bestimmungskriterien dieser Eignung droht eine Rechtsunsicherheit, welche sowohl das beurteilende Gericht als auch die klageerhebende Organisation betrifft. Hinzu

kommt, dass bei der reparatorischen Verbandsklage gemäss Art. 89a Abs. 1 lit. d VE-ZPO die Eignung zur Geltendmachung der Ersatzansprüche ebenfalls vorausgesetzt wird und unklar ist, inwiefern diese Bestimmung mit Art. 89 Abs. 1 lit. c VE-ZPO zusammenwirkt. Da bereits die Eignung zur Interessenwahrung bei der reparatorischen Verbandsklage mit Art. 89a Abs. 1 i.V.m. Art. 89 Abs. 1 lit. c VE-ZPO vorausgesetzt wird, erscheint eine weitere eigenständige Voraussetzung der Eignung zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen als äusserst restriktiv. Der Verzicht auf die zusätzliche Voraussetzung nach Art. 89a Abs. 1 lit. d VE-ZPO wäre daher wünschenswert. Ausserdem ist problematisch, dass die vorausgesetzte Eignung zur Interessenwahrung gemäss Art. 89 Abs. 1 lit. c VE-ZPO eine materiell-rechtliche Voraussetzung für die Aktivlegitimation der Organisation darstellt, die bei einer Nichterfüllung zur Abweisung der Klage führen würde. Klare Kriterien zur Beurteilung dieser vorausgesetzten Eignung sowie eine Qualifikation der wandelbaren Voraussetzung der Eignung zur Interessenwahrung nach Art. 89 Abs. 1 lit. c VE-ZPO als Prozessvoraussetzung wären daher erstrebenswert.

Mit der Einführung eines Gruppenvergleichsverfahrens gemäss Art. 352 ff. VE-ZPO könnten Massen- und Streuschäden gezielt angegangen werden, da bei Kooperationsbereitschaft der Parteien ein einvernehmlicher Verfahrensabschluss möglich ist. Zu beachten ist aber, dass die Ansprüche bei fehlender Vergleichsbereitschaft nur noch im Rahmen eines Individualprozesses durchgesetzt werden können. Auch bei dieser vorgeschlagenen Massnahme besteht das Problem der vorausgesetzten Eignung zur Aktivlegitimation der vergleichsführenden Organisation nach Art. 89 Abs. 1 lit. c VE-ZPO.

Als eine weitere mögliche Lösung wäre die Einführung einer echten Gruppenklage zu nennen. Ein erfolgreiches Vorbild für das schweizerische Zivilprozessrecht stellt hierbei die schwedische Gruppenklage dar. Einerseits ermöglicht sie Parteien, stellvertretend für eine Vielzahl von Geschädigten ein Verfahren anzustrengen. Andererseits wahrt sie das rechtliche Gehör der Vertretenen, indem diese entscheiden, ob sie am Gruppenklageverfahren partizipieren und in bestimmten Situationen Rechte einer Prozesspartei wahrnehmen möchten. Die schwedische Gruppenklage stellt somit ein wichtiges Gleichgewicht zwischen der Förderung der Prozessökonomie und der Wahrung des rechtlichen Gehörs der Vertretenen sicher. Die bedeutenden Partizipationsmöglichkeiten entkräften zudem die bei Sammelklagen geäusserte Kritik, jemand dürfe ungefragt für eine hohe Anzahl von Personen verbindlich

¹⁵⁹ KÖLZ (Fn. 118), 872; Mit der schweizerischen Kostenregelung und den wirtschaftlichen Anreizen bei Sammelklagen wird sich ein nachfolgender eigenständiger Beitrag der Autoren auseinandersetzen.

Rechte wahrnehmen, ohne dass sich die Berechtigten als Parteien am Prozess beteiligen (möchten).¹⁶⁰ Da sich jedoch kaum ein repräsentativer Kläger finden lässt, der das gesamte Prozessrisiko sowie den Kosten-, Koordinations- und Verfahrensaufwand für die Gruppe von Geschädigten auf sich nimmt, müssen wirtschaftliche Anreize geschaffen werden. Angesichts dieses Umstandes ist es bedauerlich, die Idee der Einführung einer Sammelklage in der VE-ZPO nicht wiederzufinden.

Abschliessend ist darauf hinzuweisen, dass sich der vorliegende Beitrag lediglich zu möglichen Anpassungen und Auswirkungen im Rahmen des schweizerischen Zivilprozessrechts äussert. Die Einführung einer allfälligen (*opt in*-)Gruppenklage hätte weiter gehende Konsequenzen, welche bis ins materielle Recht reichen und materielle Neuregelungen bedeuten würden, wie bspw. im Bereich des Konsumentenschutzes. Diese Konsequenzen müssten bei einer allfälligen Einführung einer Gruppenklage im Rahmen einer Gesamtwürdigung entsprechend in Betracht gezogen werden.¹⁶¹

¹⁶⁰ Vgl. Botschaft ZPO (Fn. 6), 7290.

¹⁶¹ BK-MARKUS, Art. 89 ZPO N 5.