

Lukas Wyss

Mehrparteienverfahren und kollektiver Rechtsschutz vor Zivilgerichten in der Schweiz

Bestandesaufnahme und Ausblick

Im Nachgang zur Bankenkrise sowie den «Swissair»-Prozessen wird in der Schweiz die Verstärkung des kollektiven Rechtsschutzes gefordert, was — parallel zu ebensolchen Bestrebungen auf europäischer Ebene — zu entsprechenden Vorschlägen des Bundesrates geführt hat. Der Beitrag untersucht die Regelung von Mehrparteienverfahren und kollektivem Rechtsschutz in der Schweiz *de lege lata* und erörtert unter Berücksichtigung von Erfahrungen im Ausland kritisch Möglichkeiten zu deren Verstärkung sowie die Implikationen für Anwaltschaft und Gerichte zu deren effektiven Umsetzung in der Praxis.

Beitragsarten: Wissenschaftliche Beiträge

Rechtsgebiete: Zivilprozessrecht; Internationales ZPR; Europarecht und Internationales Recht; Rechtsvergleichung

Zitiervorschlag: Lukas Wyss, Mehrparteienverfahren und kollektiver Rechtsschutz vor Zivilgerichten in der Schweiz, in: Jusletter 16. Februar 2015

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Bedürfnisse und Begriffe
 - A. Mehrparteienverfahren
 - B. Kollektiver Rechtsschutz
- III. Prozessuale Instrumente der schweizerischen ZPO zur Führung von Mehrparteienverfahren bzw. Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes
 - A. Die Streitverkündungsklage
 - 1. Allgemeine Voraussetzungen
 - 2. Zuständigkeit
 - 3. Vor- und Nachteile
 - B. Objektive und subjektive Klagenhäufung bzw. Streitgenossenschaft
 - 1. Subjektive Klagenhäufung (einfache Streitgenossenschaft)
 - 2. Objektive Klagenhäufung
 - 3. Beurteilung
 - C. Verbandsklage
- IV. Beispiele des kollektiven Rechtsschutzes aus dem Ausland — die US-amerikanische «Class Action», die französische «action de groupe» und das niederländische Gruppenvergleichsverfahren
 - A. Die US-amerikanischen «Class Action»
 - B. Die französische «action de groupe»
 - C. Das niederländische Gruppenvergleichsverfahren «Wet Collectieve Afwikkelingen Mas-sachade» (WCAM)
 - 1. Gesetzliche Regelung und Erfahrungen
 - 2. Beurteilung
- V. Massnahmen zur Verstärkung des kollektiven Rechtsschutzes in der Schweiz de lege ferenda
 - A. Bericht des Bundesrates «Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz — Bestandesauf-nahme und Handlungsmöglichkeiten»
 - B. VE-FIDLEG
- VI. Würdigung und Schlussfolgerungen
 - A. Ausbau des kollektiven Rechtsschutz in der Schweiz — mit Augenmass
 - B. Prozesskostenverlegung und Prozesskostenfinanzierung
 - 1. Prozesskostenverteilung de lege lata
 - 2. Einführung von Erfolgshonoraren?
 - 3. Förderung der Prozesskostenfinanzierung
 - 4. Einführung eines Prozesskostenfonds bzw. Einsatz der Schiedsgerichtsbar-keit in Finanzdienstleistungsstreitigkeiten?
 - C. Stärkung der Möglichkeiten zur vorprozessualen Beweisabnahme
 - 1. Ausdehnung des Anwendungsbereichs der vorsorglichen Beweisabnahme (Art. 158 ZPO) im Bereich des kollektiven Rechtsschutzes
 - 2. Verbessertes Auskunftsrecht gemäss VE-FIDLEG
 - a. Die Regelung gemäss VE-FIDLEG
 - b. Beurteilung
 - D. Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes
 - 1. Verbandsklagen
 - 2. Gruppenvergleichsverfahren
 - 3. Einführung einer allgemeinen Gruppenklage?
 - a. Zahnloses Opt-in?
 - b. Die Förderung von Streuklagen — erstrebenswert?
 - c. Kein Bedarf an einer spezialgesetzlichen Gruppenklage im FIDLEG
 - d. Auswirkungen von Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes auf Verjährungs- bzw. Verwirklichungsfristen
 - E. Anpassung der gegenwärtigen Instrumente der ZPO zur Wahrnehmung kollektiven Rechtsschutzes

F. Konsequenzen für die Verfahrensleitung und die Verfahrenskompetenz der Parteien VII. Schlussbemerkungen

I. Einleitung

[Rz 1] Mehrparteienverfahren stellen seit Jahren eine Realität im schweizerischen Gerichtsalltag dar, dies jedoch im Gegensatz zum Individualprozess als traditionellem Modell der Rechtsverfolgung lediglich punktuell¹ und nur für bestimmte Ansprüche. Dabei hatte sich auch die 2011 in Kraft getretene eidgenössische Zivilprozessordnung (ZPO)² die Stärkung des kollektiven Rechtsschutzes auf die Fahne geschrieben und dazu die Streitverkündungsklage sowie die Verbandsklage eingeführt. Hingegen schloss die Botschaft vom 28. Juni 2006³ zur ZPO «*Class Actions*» US-amerikanischer Prägung explizit aus⁴. Im Anschluss an die «Swissair»-Verantwortlichkeitsprozesse (UBS) sowie die Prozesse gegen Banken (Lehman Brothers) wurden allerdings vermehrt Stimmen laut, welche forderten, den kollektiven Rechtsschutz in der Schweiz zu stärken und neue Instrumente zur Durchsetzung der Konsumenteninteressen zu schaffen⁵. Am 3. Juli 2013 veröffentlichte der Bundesrat den Bericht «Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz — Bestandesaufnahme und Handlungsmöglichkeiten»⁶, in welchem er eine analytische Auslegeordnung vornahm und Massnahmen zur Füllung der verorteten Rechtsdurchsetzungslücken vorschlug. Die neuen Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes sollen zudem die Funktionsfähigkeit des Schweizer Justizsystems im Falle von Massenschadensfällen sicherstellen und die Attraktivität der Schweiz

¹ So wurde die Verbandsklage von der Lehre und Rechtsprechung im Bereich des Persönlichkeitsrechts entwickelt (Art. 28 ZGB). Später wurde ihr Anwendungsbereich spezialgesetzlich erweitert, so etwa im Immaterialgüter-, Wettbewerbs- und Gleichstellungsrecht. Vgl. dazu nachstehend, Ziff. III.C.

² Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO; SR 272).

³ Botschaft vom 28. Juni 2006 zur schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), BBl 2006 7221 ff. (zit. «Botschaft ZPO»).

⁴ So hielt die Botschaft explizit fest: «Hingegen verzichtet der Entwurf auf Instrumente, die unserem Rechtssystem nicht entsprechen. Zu denken ist an die sog. Sammelklage (Class Actions) des amerikanischen Recht, die verfahrens- und materiellrechtlich mehr Probleme schafft als löst. Dem Gedanken kollektiver Interessenwahrung wird gleichwohl Rechnung getragen — durch die eingespielten Institute der Streitgenossenschaft sowie durch die Verbandsklage.» Vgl. Botschaft ZPO (Fn. 3), S. 7224.

⁵ Vgl. etwa den Bericht des Bundesrates zur UBS am 13. Oktober 2010 (UBS-Bericht, S. 44; abrufbar unter <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/20740.pdf>), sowie den Kommentar dazu von DAVID RÜTERSCHI, Gesellschaftsrecht und neue ZPO, in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VII, Bern 2012, S. 235 ff.; Motion 11.3977 Birrer-Heimo «Erleichterung der Rechtsdurchsetzung in kollektiven Verfahren»; Motion 13.3052 Schwaab «Recht zur Sammelklage bei Datenschutzverletzungen, insbesondere im Internet»; DANIEL FISCHER, Sammelklagen: Auch in der Schweiz sinnvoll?, Plädoyer 6/2008; PHILIPP DICKENMANN, Sammelklagen und kollektiver Rechtsschutz, Anwaltsrevue 2009, S. 467 ff.; SAMUEL P. BAUMGARTNER, Class Actions in der Schweiz?, Ansätze für eine nutzbringende Verwendung vergleichender Betrachtung des US-Amerikanischen Prozessrechts, in: Benjamin Schindler/Regula Schlauri, (Hrsg.), Auf dem Weg zu einem einheitlichen Verfahren, Zürich 2011, S. 111 ff.; LEANDRO PERUCCHI, Class Actions für die Schweiz?, AJP/PJA 4/2011, S. 489 ff. (zit. PERRUCHI, Class Actions); MARTIN BERNET/MICHAEL HESS, Sammelklagen und kollektiver Rechtsschutz — neuste Entwicklungen in Europa und der Schweiz, Anwaltsrevue 10/2012, S. 451 ff.; FRANCA CONTRATTO, Alternative Streitbeilegung im Finanzsektor, AJP 2012, S. 242 ff.; 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 S. 865 ff.; MARINA JOOS, Vers une Class Action Helvétique?, Anwaltsrevue 11/12/2013, S. 487 ff.; PHILIPP HABERBECK, Gedanken zur Schliessung der Lücke im Rechtsschutzsystem der Schweiz betreffend die effektive Durchsetzung von Massen- und Streuschäden, in: Jusletter 24. März 2014, insb. FN 6; Bericht des Bundesrats «Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz — Bestandesaufnahme und Handlungsmöglichkeiten» vom 3. Juli 2013, S. 11 (abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/content/dam/data/pressemitteilung/2013/2013-07-03/ber-br-d.pdf>); HARALD BÄRTSCHI, Finanzmarktregulierung im Fluss, SZW 2014 S. 459 ff.; DIRK TRÜTEN, Kollektiver Rechtsschutz in Europa und der Schweiz — eine Standortbestimmung, EuZ 1/2015, S. 4 ff.; DOMEJ TANJA, Einheitlicher kollektiver Rechtsschutz in Europa?, ZZP 2012, 421 ff.

⁶ Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz — Bestandesaufnahme und Handlungsmöglichkeiten, Bericht des Bundesrates vom 3. Juli 2013, S. 26 f. (zit. «Bericht Kollektiver Rechtsschutz»).

als Justizstandort im internationalen Kontext fördern⁷. Am 25. Juni 2014 publizierte der Bundesrat seinen Erläuternden Bericht zur Vernehmlassungsvorlage zum Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (FIDLEG) sowie zu dem Bundesgesetz über die Finanzinstitute (FINIG), welcher ebenfalls Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes vorsieht⁸.

[Rz 2] Die vormalige schweizerische Zurückhaltung gegenüber Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes ist damit einer grundsätzlichen Zustimmung gewichen, wobei eine «Enttabuisierung» typischer US-amerikanischer Elemente von «*Class Actions*» wie *Opt-out*-Verfahren, die Zulassung von (rein) erfolgsabhängigen Anwaltshonoraren⁹ oder das Entfallen von Kostenvorschüssen und Sicherheitsleistungen für die Parteientschädigung im Bereich des kollektiven Rechtsschutzes zu beobachten ist¹⁰. Weitere Vorschläge beinhalten die Befreiung des Gruppenklägers von der solidarischen Haftung für Gerichtskosten und Parteientschädigung¹¹.

[Rz 3] Ein Blick auf die Situation in Europa zeigt, dass in verschiedenen Staaten der EU bereits seit einiger Zeit punktuell Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes vorhanden sind¹². Die Bedeutung derselben ist zumindest gegenwärtig noch beschränkt¹³ oder wird sich aufgrund deren kürzlichen Einführung wie in Frankreich erst weisen müssen. Allerdings stehen in der EU seit einigen Jahren Massnahmen zur Verbesserung des kollektiven Rechtsschutzes im Fokus der Europäischen Kommission¹⁴, so zunächst im Bereich des Verbraucher- und Umweltrechts, später bei

⁷ Bericht Kollektiver Rechtsschutz (Fn. 6), S. 2 und S. 51 ff., Ziff. 4.4.3 und 4.4.4.

⁸ Erläuternder Bericht des Bundesrates vom 25. Juni 2014 zur Vernehmlassungsvorlage Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (FIDLEG) / Bundesgesetz über die Finanzinstitute (FINIG), abrufbar unter <http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2384/FINIG-FIDLEG-Erl.-Bericht-de.pdf> (zit. Erläuternder Bericht VE-FIDLEG/FINIG). Vgl. dazu unten, Ziff. V.B. — BÄRTSCHI spricht in diesem Zusammenhang zutreffend von Aufrüstung der Anlegerinnen — *investor empowerment* — im Kampf gegen die Finanzdienstleister (BÄRTSCHI [Fn 5], S. 485).

⁹ So verbietet das Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA; SR 935.61) vom 23. Juni 2000 den Anwältinnen und Anwälten, vor Beendigung eines Rechtsstreits mit der Klientin oder dem Klienten eine Vereinbarung über die Beteiligung am Prozessgewinn als Ersatz für das Honorar abzuschliessen (sog. «reines Erfolgshonorar»; Art. 12 lit. e, erster Halbsatz BGFA). Sie dürfen sich auch nicht dazu verpflichten, im Falle eines ungünstigen Abschlusses des Verfahrens auf das Honorar zu verzichten (Art. 12 lit. e, zweiter Halbsatz BGFA). Allerdings ist die Vereinbarung eines angemessenen Grundhonorars nebst Erfolgskomponente zulässig. Vgl. BGE 130 II 87 ff.; WALTER FELLMANN, in: Walter Fellmann/Gaudenz G. Zindl (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich et al. 2011, Art. 12 N 118 ff. — Für eine Übersicht über die geltende Regelung sowie eine kritische Würdigung derselben vgl. KASPAR SCHILLER, Erfolgshonorare nach BGFA: Nur die Vereinbarung der reinen Beteiligung am Prozessgewinn ist verboten, *Anwaltrevue* 1/2010, S. 40 ff.; ADRIAN FISCHBACHER/ARNOLD F. RUSCH, Der Bruno Steiner-Fall — Zur Rechtsvertretung zwischen zulässiger Tätigkeit *pro bono* und verbotenem Erfolgshonorar, *AJP* 4/2013, S. 525 ff.

¹⁰ Vgl. dazu etwa HABERBECK (Fn. 5), S. 3; ebenso für kleine Streitwerte PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, Kartellrecht und Private Enforcement: Sammelklagen in der EU und in der Schweiz, in: Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht, Zürich 2013, S. 299.

¹¹ Vgl. dazu insbesondere HABERBECK (Fn. 5), S. 3; auch RÜETSCHI propagiert die Aufhebung der Kostenvorschuss- und Kostentragungspflicht für die Sammelkläger sowie Erfolgshonorare für Anwälte; RÜETSCHI (Fn. 5), S. 238 f.

¹² Für eine Übersicht s. etwa den Bericht des British Institute of International and Comparative Law, abrufbar unter <http://www.collectiveredress.org/collective-redress/member-states>; Bericht Kollektiver Rechtsschutz, S. 36 ff.; DIRK TRÜTEN, Kollektiver Rechtsschutz in Europa und der Schweiz — eine Standortbestimmung, *EuZW* 1/2015, S. 4 ff.; KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn. 10), S. 291 ff.

¹³ Vgl. zur «Sammelklage österreichischen Prägung» den Bericht Kollektiver Rechtsschutz (Fn. 6), S. 18; zu den niederländischen Gruppenvergleichsverfahren, s. a.a.O., S. 39, sowie Ziff. IV.C. nachstehend.

¹⁴ Eine Übersicht über die Entwicklung des kollektiven Rechtsschutzes in den letzten 10 Jahren in den Ländern der EU, insbesondere Dänemark, Frankreich, den Niederlanden, Polen, Deutschland und weiteren, auch aussereuropäischen Ländern findet sich bei GREGORY L. FOWLER/MARC SHELLEY/SILVIA KIM, *Emerging Trends in International Litigation: Class Actions, Litigation Funding and Punitive Damages*, *Dispute Resolution International*, Vol. 3 Nr. 2, Oktober 2009, S. 106 ff.; Bericht Kollektiver Rechtsschutz (Fn. 6), S. 17, 29 und 37; Vgl. auch RAFAEL FERNANDEZ/CRISTINA REDONDO, *Class Actions in Spain concerning product liability claims*, *International Product Liability Review*, Juni 2013 Nr. 51, S. 28.

Verletzungen des EU-Wettbewerbsrecht¹⁵. Nach öffentlicher Konsultation stellte die Kommission am 11. Juni 2013 eine Reihe gemeinsamer, nicht verbindlicher Grundsätze für eine Vereinfachung kollektiver Rechtsschutzverfahren in den Mitgliedstaaten vor, wobei der Schwerpunkt auf den Bereichen *Verbraucherschutz, Wettbewerb, Umweltschutz und Finanzdienstleistungen* liegt¹⁶. Die wichtigsten gemeinsamen Grundsätze umfassen das Bekenntnis zu kollektivem Rechtsschutz für Unterlassungs- und Schadenersatzklagen; den Grundsatz, dass die *Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes fair, gerecht, zügig und nicht übermässig teuer* sein sollen; sowie die Möglichkeit des *Opt-in*, nach dem die Klagepartei durch ausdrückliche Zustimmung ihrer Mitglieder gebildet wird. Dabei sollen potentielle weitere Kläger, die sich der Kollektivklage anschliessen möchten, unterrichtet werden. Weiter empfiehlt die Kommission, zur Vermeidung von Missbräuchen *erfolgsabhängige Honorare nicht zuzulassen*. Zudem sollten zur optimalen Vertretung der Klägerinteressen die Organisationen, welche diese vertreten, gemeinnützig sein. Dabei wird dem *Richter im Rahmen der Prozessleitung eine zentrale Rolle zuerkannt und die alternative Streitbeilegung gefördert*¹⁷.

[Rz 4] In diesem Beitrag wird eine kritische Auslegeordnung zu Mehrparteienverfahren und kollektivem Rechtsschutz vorgenommen. Neben einem Überblick über den Stand der aktuellen schweizerischen Gesetzgebung sowie Diskussion werden verschiedene Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes unter Berücksichtigung ausländischer Erfahrungen gewürdigt und Schlussfolgerungen für dessen Ausgestaltung in der Schweiz gezogen.

II. Bedürfnisse und Begriffe

[Rz 5] Es ist heute allgemein unbestritten, dass ein Bedarf an zivilprozessualen Instrumenten besteht, welche Verfahren zwischen verschiedenen Parteien zulassen. Nachstehend werden die zwei Hauptkonstellationen aufgezeigt und Begrifflichkeiten geklärt.

A. Mehrparteienverfahren

[Rz 6] Mehrparteienverfahren umfassen zunächst Verfahren, in welchen die Rechtsschutzinteressen mehrerer klagenden wie auch der beklagten Parteien jeweils grundsätzlich *gleichgerichtet* sind, sich mithin eine oder mehrere klagende einer oder mehreren beklagten Parteien entgegenstellen. Dabei beruhen die zu beurteilenden Rechte und Pflichten auf *gleichartigen Tatsachen oder Rechtsgründen*. So erlauben es die **objektive Klagenhäufung** (Art. 90 ZPO) und die **Streitgenossenschaft bzw. subjektive Klagenhäufung** (Art. 71—72 ZPO), eine Mehrheit von individuellen Klagen in einem einzigen Verfahren zu koordinieren. Ein vereintes Vorgehen bedingt jedoch für die Anspruchsinhaber, dass sich diese vorgängig gefunden und organisiert haben, was an widersprüchlichen Interessen und einer unterschiedlichen Risikobereitschaft (gerade auch in Bezug

¹⁵ Vgl. dazu das Grünbuch der EU Kommission aus dem Jahre 2005 (KOM(2005) 672 endg. vom 19. Dezember 2005), welche auch die Einführung kollektiver Rechtsschutzinstrumente umfasste.

¹⁶ S. dazu die Empfehlung der EU Kommission (C(2013) 3539/3 not final) sowie deren Richtlinienvorschlag zum kartellrechtlichen Schadenersatz (COM(2013) 404 final); CLAUDIA SEITZ, Neue Wege zu effektivem Rechtsschutz in der EU, EuZW 2013, S. 561 f.; Europa-Report, EuZW 2013, S. 483

¹⁷ Pressemitteilung der Kommission IP/13/524 vom 11. Juni 2013, http://europa.eu/rapid/press-rele_ase_IP-13-524_de.htm.

auf Vergleichsverhandlungen) scheitern kann.

[Rz 7] Die Klagenhäufung ist kein Instrument des kollektiven Rechtsschutzes, da die Prozessführung bei den einzelnen Anspruchsinhabern verbleibt¹⁸. Typische Konstellationen sind Klagen von Arbeitnehmern unter Art. 335d OR, Klagen mehrere Mieter gegen eine Mietzinserhöhung oder solche aus Immaterialgüterrecht gegenüber mehreren Rechtsverletzungen, Klagen von mehreren Geschädigten aus demselben schädigenden Ereignis (z.B. Autounfall oder Gebäudeeinsturz) gegenüber einem oder mehreren Schadensverursachern (beim Gebäudeeinsturz z.B. gegenüber dem Bauunternehmer und dem Ingenieur), oder die Klage des Bauherrn gegen Bauunternehmer, Ingenieur und Architekt in werkvertraglichen Bauprozessen.

[Rz 8] Weiter können die Rechtsschutzinteressen sämtlicher beteiligter Prozessparteien von Mehrparteienverfahren (zumindest teilweise) *konfrontativ* ausfallen. Die schweizerische ZPO bietet dazu mit der **Streitverkündungsklage** (Art. 81 Abs. 1 ZPO) ein griffiges Instrument an, in welchem mit der Streitverkündungsklage parallel zum Hauptverfahren rechtsverbindlich Ansprüche beurteilt werden können, sofern diese in einem sachlichen Zusammenhang mit dem Hauptklageanspruch stehen. Zudem steht der beklagten Partei die Streitverkündung zur Verfügung (Art. 78 ff. ZPO). Im Bereich der Streitverkündungsklage liegt dabei *ein eigentliches Mehrparteienverfahren* vor.

[Rz 9] Die objektive und subjektive Klagenhäufung sowie die Streitverkündungsklagen werden in Ziff. III.A. und III.B. nachfolgend näher vorgestellt.

B. Kollektiver Rechtsschutz

[Rz 10] Neben den «klassischen» Mehrparteienverfahren der Schweizer Prozesslandschaft besteht ein Bedürfnis, dass eine **Vielzahl** von geschädigten Parteien gegen eine oder mehrere Beklagte ihre aus gleichem oder gleichartigem Rechtsgrund beruhenden Ansprüche geltend machen kann. Gemäss *Bericht des Bundesrates*¹⁹ werden unter dem (Sammel-)Begriff des kollektiven Rechtsschutzes «*verschiedene prozessuale Instrumente verstanden und zusammengefasst, die eine kollektive justizförmige Erledigung von (Schadenersatz- oder auch Unterlassungs-, durchaus aber auch Feststellungs-)Ansprüchen einer Vielzahl von gleich oder gleichartig betroffenen bzw. geschädigten Personen unter Bündelung ihrer Interessen und Ressourcen in einem einzigen (oder allenfalls ganz wenigen) gemeinsamen Verfahren ermöglichen. Insofern ist der Begriff durchaus in Abgrenzung zum Individualrechtsschutz zu sehen (...)*». Der Bericht unterscheidet dabei zwischen Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes in den Formen des Individualprozesses (z.B. subjektive und objektive Klagenhäufung, Verbandsklagen sowie Muster- oder Testverfahren auf der Grundlage privatrechtlicher Vereinbarungen) und echten Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes.²⁰

¹⁸ Vgl. Bericht Kollektiver Rechtsschutz (Fn. 6), S. 19—22 und 55 f.; FRANÇOIS BONET, Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz: The Seven-Year Itch, SZPP 2013, 439—447, der namentlich mit Blick auf die jüngsten Fortschritte im Bereich der Kommunikationsmittel zu einer positiveren Einschätzung der Streitgenossenschaft gelangt (442 f.); Kölz (Fn. 5), S. 868.

¹⁹ Bericht Kollektiver Rechtsschutz (Fn. 6), S. 8.

²⁰ Bericht Kollektiver Rechtsschutz (Fn. 6), S. 13 f. — Beim deutschen Musterprozess gemäss Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz vom 19. Oktober 2012 (BGBl. I S. 2182; KapMuG) haben die Parteien der (ausgesetzten) Parallelverfahren die Stellung eines Nebenintervenienten; vgl. MAX VOLLKOMMER, in: Zöller Zivilprozessordnung, Köln 2014, §66 N 13c und §67 N 1; FLORIAN JACOBY, Der Musterprozessvertrag, Tübingen 2000, S. 23; CHRISOU LA MICHALIDOU, Prozessuale Fragen des Kollektiven Rechtsschutzes im europäischen Justizraum, Baden-Baden 2007, S. 290. Die im Musterverfahren geklärten Sachverhalts- und Rechtsfragen sind für die Prozessgerichte verbindlich.

[Rz 11] Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes werden v.a. im Zusammenhang mit der Geltendmachung von Massen- und Streuschäden diskutiert²¹. Während bei einem **Massenschaden** eine Vielzahl von Personen in gleicher oder gleichartiger Weise betroffen ist und jede einzelne in einer für sie erheblichen Weise geschädigt wird, erleidet bei **Streuschäden** eine Vielzahl von Personen lediglich einen wertmässig kleinen Schaden. Mit den Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes sollen bei Massenschäden im Interesse sämtlicher Beteiligter in erster Linie effiziente Prozesse erreicht und gewährleistet werden. Bei Streuschäden wird neben der Sicherstellung der Kompensation die Prävention unrechtmässiger Verhaltensweisen angestrebt²², wobei in beiden Fällen die effektive Durchsetzung des objektiven Rechts (mit-)bezweckt wird.²³

[Rz 12] Ziel des kollektiven Rechtsschutzes ist damit eine gegenüber dem Individualrechtsschutz effizientere und effektivere Rechtsdurchsetzung durch Kollektivierung von Interessen und Ressourcen in Fällen, in denen es um die Interessenwahrung und Rechtsdurchsetzung einer Vielzahl von Ansprüchen geht, die auf einer gleichen oder *gleichartigen Rechts- und Tatsachenlage* beruhen und sich *gegen eine (oder wenige) Personen* richtet. Im Fokus des Interesses stehen dabei klassische Haftpflicht- und Verantwortlichkeitsansprüche von Konsumenten gegen Hersteller aus Produktmängeln, von Geschädigten gegen Finanzdienstleister, gegen Umweltverschmutzer, aus unlauterem Wettbewerb oder Wettbewerbsverletzung etc. Die Kollektivierung von Interessen und Ressourcen — typischerweise auf Klägerseite — verschafft den oftmals finanziell wenig potentiellen Geschädigten prozessuale Durchschlagskraft und damit gemäss Bericht des Bundesrats eine faire(re) Chance auf Kompensation. Dabei soll die Prävention gestärkt werden, da Schädiger mit aufwändigen und kostspieligen Prozessen zu rechnen haben²⁴.

III. Prozessuale Instrumente der schweizerischen ZPO zur Führung von Mehrparteienverfahren bzw. Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes

A. Die Streitverkündungsklage

[Rz 13] Die Streitverkündungsklage stellt das griffigste Instrument der schweizerischen Zivilprozessordnung zur Führung von Mehrparteienverfahren dar, in welchen die Rechtsschutzinteressen aller beteiligten Prozessparteien (zumindest teilweise) konfrontativ ausgerichtet sind. Aus diesem Grund und weil sich daraus Schlussfolgerungen für andere Mehrparteienverhältnisse wie auch für den kollektiven Rechtsschutz ziehen lassen, wird die Streitverkündungsklage nachfolgend ausführlicher dargestellt, wobei der Fokus auf den hier interessierenden Aspekten der Verfahrensgestaltung und -wirkung liegt. Auf eine umfassende Darstellung dieses Instruments wird dagegen verzichtet.

(VOLLKOMMER, a.a.O., §68 N 15).

²¹ Bericht Kollektiver Rechtsschutz (Fn. 6), S. 2.

²² Bericht Kollektiver Rechtsschutz (Fn. 6), S. 12.

²³ Bericht Kollektiver Rechtsschutz (Fn. 6), S. 12.

²⁴ Bericht Kollektiver Rechtsschutz (Fn. 6), S. 9.

1. Allgemeine Voraussetzungen

[Rz 14] Gemäss Art. 81 Abs. 1 ZPO kann die streitverkündende Partei ihre Ansprüche, die sie im Falle des Unterliegens gegen die streitberufene Person zu haben glaubt, bei dem mit der Hauptklage befassten Gericht geltend machen. Bei der Streitverkündungsklage handelt es sich um eine qualifizierte Form der einfachen Streitverkündung (Art. 78 bis Art. 80 ZPO). Im Gegensatz zu dieser wird jedoch bei der Streitverkündungsklage die Drittperson nicht nur um Mitwirkung gerufen, sondern durch Klage unmittelbar ins Recht gefasst. Sie nimmt damit mit vollen Parteienrechten am Verfahren teil²⁵. Im Gegensatz zur einfachen Streitverkündung wird der Prozess zum *echten Gesamt- bzw. Mehrparteienverfahren*, indem im Hauptprozess über die Leistungspflicht des Beklagten und gleichzeitig im Streitverkündungsprozess über den Anspruch der unterliegenden Partei gegenüber einem Dritten befunden wird²⁶.

[Rz 15] Die Streitverkündungsklage schafft mithin ein *zweites Prozessverhältnis innerhalb eines bereits hängigen Verfahrens*, wobei die **Prozessverhältnisse** zwischen Kläger und Beklagtem / Streitverkündungskläger im Hauptverfahren sowie im Streitverkündungsprozess zwischen dem Streitverkündungskläger und dem streitbeklagten Dritten **nebeneinander** stehen. Eine Vereinigung der beiden Verfahren findet nur auf Verfahrensebene statt, d.h. die beiden Verfahren werden gemeinsam durchgeführt. Materiell und anspruchsmässig bleiben sie dagegen grundsätzlich getrennt. Zwischen Kläger und Streitverkündungsbeklagtem kommt kein direktes Prozessverhältnis zustande.²⁷ Allerdings werden die sachverhaltliche und die rechtliche Würdigung für das gesamte Verfahren einheitlich vorgenommen.

[Rz 16] Nebst den allgemeinen Prozessvoraussetzungen nach Art. 59 ZPO, welche für alle Klagen gelten, steht die Zulässigkeit der Streitverkündungsklage unter den besonderen Voraussetzungen von Art. 81 und 82 ZPO. Gemäss Art. 82 Abs. 1 Satz 1 ZPO gilt als zeitliche Voraussetzung, dass die Streitverkündungsklage spätestens mit der Replik im Hauptprozess zu beantragen ist. Aus Art. 81 Abs. 3 ZPO folgt sodann, dass die Streitverkündungsklage nur zulässig ist, wenn der Hauptprozess im ordentlichen Verfahren durchgeführt wird. Als negative Voraussetzung legt schliesslich Art. 81 Abs. 2 ZPO fest, dass es sich bei der streitverkündenden Partei um eine Partei des Hauptverfahrens handeln muss: Die Streitverkündung darf nicht durch eine bereits streitberufene Person erfolgen (*Verbot des sog. Kettenappells*)²⁸.

2. Zuständigkeit

[Rz 17] Die Streitverkündungsklage ist nach Art. 16 i.V.m. Art. 81 Abs. 1 ZPO beim mit dem Hauptprozess befassten Gericht anhängig zu machen²⁹. Dieses Gericht ist für die Klage örtlich und sachlich zuständig³⁰. Der Gerichtsstand der Streitverkündungsklage *verdrängt dabei teilzwin-*

²⁵ BALZ GROSS/ ROGER ZUBER in: Berner Kommentar zur ZPO, Bern 2013 (zit. BK-GROSS/ZUBER), Art. 81 N 40 und 41.

²⁶ NINA J. FREI, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2013, Art. 81 N. 42 (zit. BSK-FREI).

²⁷ BK-GROSS/ZUBER (Fn. 25), Art. 81 N 2 sowie Art. 82 N 1 f.; BSK-FREI (Fn. 26), Art. 81 N 42.

²⁸ BGE 139 III 67, E. 2.4; TARKAN GÖKSU, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander, Schweizerische Zivilprozessordnung, DIKE-Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 81 N 13 (zit. DIKE-GÖKSU).

²⁹ FELIX DASSER/DAVID ROTH, Ausgewählte prozessuale Aspekte bei gesellschaftsrechtlichen Verantwortlichkeitsklagen, in: Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII, Zürich 2014, S. 277 f.

³⁰ BK-GROSS/ZUBER (Fn. 25), Art. 82 N 23; BSK-Frei, Art. 81 N 34.

gende Gerichtsstände der ZPO. Dies gilt insbesondere für jene Arbeits-, Miet- und Konsumentenrechtsstreitigkeiten, bei denen der Streitwert die Grenze für das vereinfachte Verfahren nach Art. 243 Abs. 1 ZPO von CHF 30'000 übersteigt und auf die deshalb das ordentliche Verfahren zur Anwendung kommt.³¹ Allerdings sind unter der Schweizer Zivilprozessordnung *Gerichtsstandsvereinbarungen ausschliesslicher Natur*. Damit kann ein Dritter mit einer Streitverkündungsklage nicht vor das Gericht des Hauptprozesses gezwungen werden, sofern zwischen diesem und dem Streitverkündungskläger über den entsprechenden Streitgegenstand eine Gerichtsstandsvereinbarung besteht³². Dasselbe gilt bei Schiedsvereinbarungen³³. Immerhin verbleibt dem Beklagten die Möglichkeit, dem Dritten den Streit zu verkünden (Art. 78 ff.). Als Streitberufener kann sich der Dritte nicht auf die Gerichtsstands- oder Schiedsvereinbarung berufen, da diese keine Klage darstellt³⁴. Gemäss Bundesgericht und herrschender Lehre gelten zudem die Voraussetzungen der *gleichen sachlichen Zuständigkeit und gleichen Verfahrensart*, welche in Art. 81 ZPO implizit mitgehalten sind.³⁵ Aus Art. 81 Abs. 1 ZPO ergibt sich schliesslich die Voraussetzung, dass der mit der Streitverkündungsklage geltend gemachte Anspruch in einem *sachlichen Zusammenhang* mit dem Hauptklageanspruch stehen muss³⁶. Da der Streitverkündungskläger seine Ansprüche gegen den streitberufenen Dritten für den Fall erhebt, dass er im Hauptprozess unterliegt, ist die Streitverkündungsklage eine *aufschiebend bedingte Klage*³⁷. Im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit existieren die Folgeansprüche des Streitverkündungsklägers i.d.R. noch nicht.

[Rz 18] Mit der Streitverkündungsklage können somit nur Ansprüche geltend gemacht werden, die vom Bestand des Hauptklageanspruchs abhängen. Dabei handelt es sich namentlich um *Gewährleistungs- und Schadloshaltungsansprüche*, aber auch um vertragliche oder gesetzliche *Regressrechte*. So hatte das Bundesgericht in BGE 139 III 67 ff. die Verantwortlichkeitsklage einer Konkursmasse gegen deren Revisionsstelle zu beurteilen. Diese reichte ihrerseits eine Streitverkündungsklage gegen den ehemaligen Verwaltungsrat sowie die vormalige Revisionsstelle ein. Das Bundesgericht bejahte den sachlichen Zusammenhang zwischen den beiden Ansprüchen und trat auf die Streitverkündungsklage ein³⁸. Eine weitere typische Konstellation ist jene des Verkäufers, welcher von einem geschädigten Käufer auf Schadenersatz belangt wird und seinerseits den Hersteller des fehlerhaften Produkts in die Verantwortung ziehen möchte. Die Streitverkün-

³¹ Dies ergibt sich aus der Zielsetzung des Effizienzgewinns der Streitverkündungsklage. BK-GROSS/ZUBER (Fn. 25), Art. 82 N 25.

³² BSK-FREI (Fn. 26), 105; BK-GROSS/ZUBER (Fn. 25), Art. 82 N 26.

³³ BK-GROSS/ZUBER (Fn. 25), Art. 82 N 26.

³⁴ BK-GROSS/ZUBER (Fn. 25), Art. 82 N 28.

³⁵ BGE 139 III 67, E. 2.4.2. Der bundesrätliche Entwurf sah in Art. 79 Abs. 1 lit. b und c E-ZPO weiter vor, dass für die mit der Haupt- und Streitverkündungsklage geltend gemachten Ansprüche die gleiche sachliche Zuständigkeit und gleiche Verfahrensart gelten müssen, während der nunmehr in Kraft stehende Art. 81 Abs. 1 ZPO diese Erfordernisse nicht mehr ausdrücklich enthält. Aus den Protokollen der parlamentarischen Beratungen ergibt sich jedoch, dass die Streichung dieser Erfordernisse lediglich als «redaktionelle Vereinfachung» verstanden wurde, weil deren Erwähnung als «überflüssig» angesehen wurde (Voten Blocher und Wicki, AB 2007 S 509). Vgl. dazu auch die kritische Würdigung dieser Voraussetzung in Ziff. III.B.3. nachstehend.

³⁶ Damit das Gericht den sachlichen Zusammenhang der eingeklagten Ansprüche überprüfen kann, müssen gemäss Art. 82 Abs. 1 Satz 2 ZPO die Rechtsbegehren, welche die streitverkündende Partei gegen die streitberufene Person zu stellen gedenkt, genannt und auch begründet werden, wobei zur Bejahung eines sachlichen Zusammenhangs ausreichend ist, wenn der Anspruch nach der Darstellung der streitverkündenden Partei vom Ausgang des Hauptklageverfahrens abhängig ist und damit ein *potenzielles Regressinteresse* aufgezeigt wird. BGE 139 III 67, E. 2.4.3.

³⁷ BK-GROSS/ZUBER (Fn. 25), Art. 81 N 4; DIKE-GÖKSU (Fn. 28), Art. 81 N 3.

³⁸ Vgl. dazu die Besprechung von CHRISTOPH HURNI, Grundsätze zur Streitverkündungsklage (Art. 81 f. ZPO) — Urteil des Bundesgerichts 4A_435/2012 vom 4. Februar 2013, ZBJV 149/2013 S. 383 ff.; RICO A. CAMPONOV/SARA R. CAMPONOV, Streitverkündungsklage — neues Verteidigungsinstrument der Revisionsstelle, ST 10/13 S. 706.

dungsklage erlaubt dem Verkäufer, dem Hersteller nicht nur den Streit zu verkünden, sondern gegen diesen gleich eine Regressklage zu erheben.³⁹ Dies hat den Vorteil, dass der Entscheid im Streitverkündungsverfahren direkt anerkennungs- und vollstreckungsfähig ist.

[Rz 19] In *internationalen Verhältnissen* ist für die Streitverkündungsklage gemäss Art. 8b IPRG das schweizerische Gericht des Hauptprozesses zuständig, sofern gegen die streitberufene Partei ein Gerichtsstand nach den übrigen Bestimmungen des IPRG in der Schweiz besteht. Im Rahmen des Lugano-Übereinkommens (LugÜ)⁴⁰ kommt auf die Streitverkündungsklage Art. 6 Ziff. 2 LugÜ zur Anwendung⁴¹, welcher einen besonderen Gerichtsstand für Interventions- und Gewährleistungsklagen errichtet und damit die einheitliche und konsistente Erledigung zusammenhängender Ansprüche ermöglicht. Diese Bestimmung legt sowohl die internationale wie auch die örtliche Zuständigkeit fest⁴². Nach Art. 6 Ziff. 2 LugÜ kann eine natürliche oder juristische Person, welche ihren Wohnsitz in einem Vertragsstaat hat, bei Vorliegen einer Gewährleistungs- oder Interventionsklage vor dem Gericht des Hauptprozesses verklagt werden, wenn dieses Gericht für den Rechtsstreit nach den allgemeinen Regeln von Art. 2 und 5 LugÜ zuständig ist⁴³. In Lugano-Konventionsstaaten ergangene Urteile sind in der Schweiz ebenso *anerkennungsfähig und vollstreckbar* wie diejenigen schweizerischer Gerichte auf Grund einer Streitverkündungsklage nach Art. 81 f. in anderen Lugano-Konventionsstaaten nach Art. 6 Ziff. 2 i.V.m. Art. 25 ff. LugÜ⁴⁴.

3. Vor- und Nachteile

[Rz 20] Das mit Erhebung der Streitverkündungsklage entstehende Gesamtverfahren bietet zahlreiche Vorteile⁴⁵. Da die Streitverkündungsklage nicht nur am Ort des Hauptprozesses, sondern direkt beim befassten Gericht erhoben wird, werden widersprüchliche Urteile im Erst- und Folgeprozess vermieden⁴⁶. Die primär haftbare Partei kann zudem in dem vom Gericht im ersten Teil des Verfahrens festgesetzten Umfang auf den Streitverkündungsbeklagten Regress nehmen, wobei im Fall von Art. 43 bzw. 44 des Schweizerischen Obligationenrechts (OR)⁴⁷ sowie bei solidarisch Haftenden gleichzeitig die Quote der Haftung festgesetzt werden kann⁴⁸. Den Parteien bleibt dabei ein möglicherweise aufwendiger Gerichtsstandwechsel erspart. Zudem werden Synergien genutzt, da die Aktenkenntnis des Gerichts in zwei Prozessen verwendet werden

³⁹ Botschaft ZPO (Fn. 3), S. 7284.

⁴⁰ Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30. Oktober 2007 (Lugano-Übereinkommen, LugÜ; SR 0.275.12).

⁴¹ BK-GROSS/ZUBER (Fn. 25), Art. 81 N 47; DASSER/ROTH (Fn. 29), Verantwortlichkeit, S. 277.

⁴² BK-GROSS/ZUBER (Fn. 25), Art. 81 N 47.

⁴³ BSK-Frei (Fn. 26), Art. 81 N 68 ff.

⁴⁴ BK-GROSS/ZUBER (Fn. 31), Art. 81 N 49; BSK-FREI (Fn. 26), Art. 81 N 68 ff.; BARBARA KLETT/YVES BIELMANN, Die Streitverkündungsklage — Segen oder Fluch?, HAVE 2013, S. 316 f.

⁴⁵ Vgl. dazu auch Botschaft ZPO (Fn. 3), 7284; BGE 139 III 67, E. 2.2; DASSER/ROTH (Fn. 29), Verantwortlichkeit, S. 277 ff.

⁴⁶ Vgl. Expertenkommission für die Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts, Protokoll vom 13./14. Mai 2001; DOMINIK GASSER/BRIGITTE RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung Kurzkommentar, Zürich/St. Gallen 2014, Art. 81 N 6; BK-GROSS/ZUBER (Fn. 25), N 21—23 zu Art. 81 ZPO); allerdings sollten sich solche widersprechenden Urteile auch über die Bindungswirkungen der Streitberufung vermeiden lassen.

⁴⁷ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30. März 1911 (Obligationenrecht, OR; SR 220).

⁴⁸ BK-GROSS/ZUBER (Fn. 25), Art. 81 N 22.

kann. Auch für die Beweiserhebung bieten sich Vorteile. Es ist beispielsweise möglich, einen Augenschein oder eine Zeugenbefragung im selben Gerichtstermin für beide Prozesse gleichzeitig durchzuführen oder dasselbe Sachverständigengutachten in beiden Prozessen zu verwenden. Dadurch ergeben sich für die Parteien regelmässig namhafte Kostenersparnisse⁴⁹.

[Rz 21] Verfahren mit Streitverkündungsklagen können zudem Vergleichslösungen begünstigen, da alle massgeblichen Parteien in das Verfahren mit einbezogen werden und Vergleiche mit allen in den Streitgegenstand involvierten Parteien möglich sind. Wird zwischen den Hauptparteien ein Vergleich abgeschlossen, dem sich die Streitverkündungsbeklagte Partei nicht anschliesst, wird das Verfahren zwischen dieser und dem Streitverkündungskläger weitergeführt⁵⁰.

[Rz 22] Im Gegensatz zur einfachen Streitverkündung werden zudem mit Anhebung der Streitverkündungsklage, d.h. mit dem Antrag auf Zulassung, *laufende Verjährungsfristen unterbrochen*⁵¹. Zudem können mit der Streitverkündungsklage Verwirkungsfristen (z.B. im Gewährleistungsrecht nach Art. 197 ff. OR sowie Art. 364 ff. OR) und andere Klagefristen gewahrt werden.

[Rz 23] Dennoch ist die Streitverkündungsklage nicht unproblematisch: So zwingt sie die dritte Person zur Prozessführung⁵², je nachdem sogar zur *Prozessführung an einen* «fremden» *Gerichtsstand*. Ausserdem hat sie für den hängigen Hauptprozess notwendigerweise **Verzögerungen und Komplikationen** zur Folge⁵³ und entzieht damit das Verfahren weitgehend der Gestaltungsmacht der primär klagenden Partei. Das Recht auf rechtliches Gehör gemäss Art. 6 EMRK kann gerade in Mehrparteienverfahren zu endlosen Stellungnahmen führen. Auch stellen sich Abgleichungsfragen zwischen der im Hauptprozess Beklagten sowie der Streitverkündungsbeklagten: Letztere hätte grundsätzlich alles Interesse, die Beklagte im Hauptprozess wie eine Streitverkündete Partei mit Angriffs- und Verteidigungsmitteln zu bedienen. Die Offenlegung der Argumente in der Streitverkündungsrechtschriften birgt dagegen die Gefahr, die Position der Beklagten und damit indirekt der Streitverkündungsbeklagten zu untergraben. So oder anders fällt es dem Gericht schwer, den Hauptprozess und die Streitverkündungsklage in Einklang zu bringen. Dies nicht nur, da das Thema des Hauptprozesses im Vordergrund steht. Vielmehr ergibt sich dies aus der prozessualen Anlage des Streitverkündungsprozesses: Im Hauptverfahren kann der Streitverkündungsbeklagte zwar den Streitverkündungskläger unter Art. 79 ZPO als Streitberufener unterstützen oder als Nebenintervenient im Hauptverfahren zwischen dem Streitverkündungskläger und dessen Gegenpartei zugunsten des ersteren intervenieren (Art. 79 ZPO)⁵⁴. Im Streitverkündungsprozess dagegen muss sich der Streitverkündungsbeklagte bei entsprechendem Ausgang des Hauptverfahrens gegen Regress- oder Gewährleistungsansprüche des Streitverkündungsklägers verteidigen. Da der Streitverkündungsbeklagte mit Anhebung der Streitverkündungsklage Hauptpartei wird, kann er im Hauptprozess nicht mehr als Zeuge aussagen, was aus taktischer Sicht vor Einleitung einer Streitverkündungsklage zu beachten ist.⁵⁵ Zudem gestalten sich trotz der oben genannten Vorteile Vergleichsverhandlungen in Mehrparteienverfahren gemäss Erfah-

⁴⁹ Vgl. auch KLETT/BIELMANN (Fn. 44), S. 315 ff.; BK-GROSS/ZUBER (Fn. 25), Art. 81 N 23.

⁵⁰ BK-GROSS/ZUBER (Fn. 25), Art. 82 N 40.

⁵¹ Art. 64 Abs. 2 i.V.m. Art. 62; Botschaft ZPO (Fn. 3), S. 7276 f.; BSK-FREI (Fn. 26), 168 f.; BK-GROSS/ZUBER (Fn. 25), N 44 zu Art. 81 ZPO.

⁵² Immerhin ist der Entscheid über die Zulassung der Klage mit Beschwerde anfechtbar; vgl. Art. 82 Abs. 4 ZPO.

⁵³ S. auch HURNI (Fn. 38), Streitverkündungsklage, S. 384.

⁵⁴ BK-GROSS/ZUBER (Fn. 25), Art. 82 N 4.

⁵⁵ BK-GROSS/ZUBER (Fn. 25), Art. 81 N 41.

zung des Autors schwierig.

[Rz 24] Schliesslich geht der Streitverkündungskläger ein *erhebliches Kostenrisiko* ein, welches auf die Erhebung einer Streitverkündungsklage abschreckend wirken kann. Prozessökonomischen Anliegen ist jedoch gemäss dem Bundesgericht nicht mit der Zulassungsverweigerung der Streitverkündungsklage Rechnung zu tragen, sondern mit der in Art. 82 Abs. 3 i.V.m. Art. 125 lit. a und c ZPO vorgesehenen Möglichkeit, den Haupt- und Streitverkündungsprozess zu trennen oder allenfalls das Verfahren auf einzelne Fragen oder auf einzelne Rechtsbegehren zu beschränken⁵⁶. Dasselbe gilt durch Anheben einer Teilklage (Art. 86 ZPO)⁵⁷. Dabei wäre zu überlegen, ob zur Reduktion des Kostenrisikos in Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes die negative Feststellungswiderklage, welche die kostensenkende Wirkung der Teilklage⁵⁸ auszuhebeln vermöchte, gesetzlich explizit auszuschliessen wäre.

[Rz 25] Die Effizienz von Streitverkündungsverfahren hängt wesentlich von der Verfahrensleitung ab, stellen sich doch oftmals Fragen zur Verfahrensgestaltung, so etwa bezüglich einer Verfahrensbeschränkung auf formelle oder materielle Rechtsfragen, der Sequenz der Rechtschriften und Parteivorträge oder einer Staffelung des Haupt- bzw. des Streitverkündungsprozesses⁵⁹. Dabei besteht auch die Möglichkeit, die beiden Verfahren zu trennen (Art. 125 lit. a und b ZPO) oder das Streitverkündungsverfahren bis nach Beendigung des Hauptverfahrens zu sistieren⁶⁰. Dies kann sich dann aufdrängen, wenn im Streitverkündungsverfahren komplexe Regressfragen (etwa unter Art. 43 f. bzw. Art. 50 f. OR) zur Beurteilung anstehen, die bis zur Durchführung des Hauptprozesses zurückgestellt werden sollen. Dabei kann das Gericht beispielsweise anordnen, dass der Schwerpunkt des ersten Schriftenwechsels zwischen Streitverkündungskläger und Streitverkündungsbeklagtem auf den sich im Hauptverfahren stellenden Fragen zu legen ist, und das Streitverkündungsverfahren anschliessend sistieren. Im nachfolgenden Streitverkündungsverfahren kann daraufhin bei Bedarf ein doppelter Schriftenwechsel und ein Beweisverfahren über die sich nur hier stellenden Fragen geführt werden.

B. Objektive und subjektive Klagenhäufung bzw. Streitgenossenschaft

[Rz 26] Mehrparteienverfahren werden unter der geltenden ZPO vor allem im Rahmen der subjektiven und objektiven Klagenhäufung durchgeführt⁶¹.

1. Subjektive Klagenhäufung (einfache Streitgenossenschaft)

[Rz 27] Bei der subjektiven Klagenhäufung (auch einfache Streitgenossenschaft genannt) werden mehrere, rechtlich an sich voneinander unabhängige, aber sachlich oder rechtlich zusammenhängende Klagen von mehreren Klägern oder Beklagten in einem Prozess zusammengefasst. Die einfache Streitgenossenschaft ist freiwillig — jedenfalls aus Sicht der klagenden Parteien — und

⁵⁶ BGE 139 III 67, E. 2.3.

⁵⁷ DASSER/ROTH (Fn. 29) S. 291.

⁵⁸ DASSER/ROTH (Fn. 29), S. 291.

⁵⁹ GASSER/RICKLI (Fn. 46), Art. 81 N 4 und Art. 82 N 6; BK-GROSS/ZUBER (Fn. 25), Art. 82 N 6.

⁶⁰ BK-GROSS/ZUBER (Fn. 25), Art. 82 N 7—9.

⁶¹ Vgl. dazu auch oben, Ziff. II.A.

erfolgt aus Effizienz- und Zweckmässigkeitsgründen⁶².

[Rz 28] Allerdings handelt es sich dabei um eigenständige Rechtsbegehren, bei welchen die Prozessvoraussetzungen und die geltend gemachten Ansprüche jeweils selbständig zu prüfen und zu entscheiden sind⁶³. Dabei entfaltet ein Entscheid stets *nur zwischen den jeweiligen Parteien*, nicht aber im Verhältnis zwischen den Streitgenossen *Wirkung*. Jeder Streitgenosse handelt eigenständig und unabhängig von den übrigen Streitgenossen und kann selbständig über den Streitgegenstand disponieren, ohne dass er die anderen Streitgenossen verpflichtet bzw. ihn das prozessuale Handeln der anderen Streitgenossen verpflichten würde.⁶⁴

2. Objektive Klagenhäufung

[Rz 29] Bei der objektiven Klagenhäufung dagegen werden von einer einzigen klagenden Partei mehrere an sich selbständige und voneinander unabhängige prozessuale Ansprüche gegen denselben Beklagten in einer Klage geltend gemacht. Daraus resultiert eine Kumulierung mehrerer Streitgegenstände in einem einzigen Verfahren⁶⁵.

[Rz 30] So können etwa Mieter eines Mehrfamilienhauses im Rahmen einer subjektiven Klagenhäufung gemeinsam eine Mietzinserhöhung anfechten oder Arbeitnehmerinnen gegen eine ungerechtfertigte Massenentlassung klagen. Auch erlaubt die objektive Klagenhäufung Konsumenten, welche von demselben Produktfehler (z.B. fehlerhaften Autoreifen, Medikamenten, Hüftprothesen etc.) betroffen sind, gemeinsam gegen die Herstellerin zu klagen. Die Möglichkeit einer gemeinsamen Vertretung nach Art. 72 ZPO erlaubt, die verschiedenen Ansprüche in der Hand eines bestimmten Klägers zusammenzuführen und danach mittels objektiver Klagenhäufung z.B. über einen Mieter-, Berufsverband oder eine zu diesem Zwecke gegründete Interessengemeinschaft einzuklagen.⁶⁶

[Rz 31] Wie bei der Streitverkündungsklage bestehen dabei die Möglichkeiten der Prozessvereinigung⁶⁷, -sistierung⁶⁸ und -überweisung⁶⁹, womit die verschiedenen Prozesse aus Gründen der Prozessökonomie aufeinander abgestimmt werden können.

3. Beurteilung

[Rz 32] Die objektive wie die subjektive Klagenhäufung erlauben unabhängig vom Wohnsitz der Parteien die Geltendmachung sachlich oder rechtlich zusammenhängender Klagen bei demselben Gericht (Art. 15 ZPO). Zudem werden bei der einfachen Streitgenossenschaft und Klagenhäufung gemäss Gesetz die geltend gemachten Ansprüche zusammengerechnet, sofern sie sich nicht gegenseitig ausschliessen (Art. 93 Abs. 1 ZPO). Bei der einfachen Streitgenossenschaft bleibt zudem

⁶² GASSER/RICKLI (Fn. 46), Art. 71 N 1.

⁶³ Bericht Kollektiver Rechtsschutz (Fn. 6), S. 15 ff.

⁶⁴ NAOKI D. TAKEI, in: Thomas Suter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich 2013 (zit. ZK-TAKEI), Art. 80 N 10 ff.

⁶⁵ KARL SPÜHLER/MARC WEBER, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2013, Art. 90 N. 1 (zit. BSK-SPÜHLER/WEBER).

⁶⁶ Bericht Kollektiver Rechtsschutz (Fn. 6), S. 16.

⁶⁷ Art. 125 lit. c ZPO.

⁶⁸ Art. 126 Abs. 1 ZPO.

⁶⁹ Art. 127 Abs. 1 ZPO.

gemäss Gesetz die *Verfahrensart* trotz Zusammenrechnung des Streitwerts gemäss Art. 93 Abs. 1 ZPO erhalten (Art. 93 Abs. 2 ZPO)⁷⁰.

[Rz 33] Der kollektiven Rechtswahrung mittels subjektiver und objektiver Klagenhäufung stehen jedoch in der Praxis verschiedene Hürden entgegen. So ist die objektive Klagenhäufung in gewissen Kantonen nur unter der Bedingung zulässig, dass für sämtliche gegen dieselbe Partei geltend gemachten Ansprüche *dasselbe Gericht sachlich zuständig* ist. Das Bundesgericht leitete nämlich in seiner jüngsten Rechtsprechung aus der Freiheit der Kantone, ein Handelsgericht als einzige kantonale Gerichtsinstanz einzuführen oder davon abzusehen (Art. 6 Abs. 1 ZPO), die Kompetenz der Handelsgerichtskantone ab, die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts autonom zu bestimmen, selbst wenn dies zu unterschiedlichen Regelungen in den Handelsgerichtskantonen führt⁷¹. Es verwies diesbezüglich v.a. auf Art. 71 Abs. 2 ZPO, der die Streitgenossenschaft ausschliesst, wenn für die einzelnen Klagen nicht die gleiche Verfahrensart anwendbar ist. In BGE 139 III 457 ff. E. 4.4.3 und BGE 140 III 155 ff. E. 4.3 dagegen hielt das Bundesgericht fest, mit Art. 6 ZPO habe der Gesetzgeber für den Fall, dass ein Kanton ein Handelsgericht schaffe, die sachliche Zuständigkeit für jene Streitsachen, welche die Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 2 lit. a-c ZPO erfüllen, geregelt. Da der Bund von seiner Rechtsetzungskompetenz Gebrauch gemacht habe, sei eine parallele Zuständigkeitsregelung durch die Kantone ausgeschlossen. Da diese Entscheide nicht die passive Streitgenossenschaft betrafen, kann daraus jedoch nicht gefolgert werden, das Bundesgericht habe damit in Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung gleichzeitig festgelegt, jeder Handelsgerichtskanton wäre verpflichtet, für alle Streitgenossen ein einheitliches Gericht vorzusehen. [Version vom 24. Februar 2015]

[Rz 34] Wie das Bundesgericht im vorzitierten, den Kanton Zürich betreffenden Fall entschieden hat, können die Kantone zwar eine einheitliche Zuständigkeit des ordentlichen Gerichts für die einfache passive Streitgenossenschaft vorsehen, wenn für gewisse Beklagte das Handelsgericht, für andere das ordentliche Gericht zuständig wäre (vgl. BGE 138 III 471 E. 5.1), sind allerdings von Bundesrechts wegen nicht dazu verpflichtet⁷².

[Rz 35] Dies wurde v.a. von SCHUMACHER kritisiert, der dazu pointiert festhält: «*Könnte die einfache passive Streitgenossenschaft von einem Kanton verhindert werden, würden gespaltene sachliche Zuständigkeiten alle stressen, die an einem summarischen Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen beteiligt sind* (Art. 261 ff. ZPO).»⁷³

[Rz 36] So oder anders erlaubt die subjektive und objektive Klagenhäufung aus Sicht der Parteien *keine eigentliche kollektive oder kollektivierte Rechtsdurchsetzung*. Demgegenüber kann sich aus Sicht des Gerichts eine gewisse Kollektivierung ergeben, wenn verschiedene Klagen in einem Verfahren vereinigt werden. Dabei stehen allerdings hohe Anforderungen an die Prozessorganisation

⁷⁰ Ausführlich dazu RAINER SCHUMACHER, *Restauration des kantonalen Zivilprozessrechts?*, Anwaltsrevue 2014 S. 21 ff. (zit. «SCHUMACHER, Restauration») — Anderer Meinung war das Handelsgerichts des Kantons Aargau im rechtskräftigen Urteil HG 12 145 vom 16. Oktober 2012 mit der Begründung, keines der sieben Bauhandwerkerpfandrechte erreiche die Streitwertgrenze von Fr. 30'000.— Vgl. die auszugsweise Wiedergabe dieses Urteils in SZPP 2013, S. 196 ff., sowie die Kritik von SCHUMACHER, a.a.O. und von MICHEL HEINZMANN, *Gedanken zur Kombination von Streitgegenständen*, ZSR 2012, Band I, S. 471 ff.

⁷¹ BGE 138 III 471 ff., E.5.1 Abs. 3; Urteil des Bundesgerichts 4A_239/2013 vom 9. September 2013, E. 3.3 Abs. 2 und E. 3.4 Abs. 3; Ausführlich dazu RAINER SCHUMACHER, *Restauration des kantonalen Zivilprozessrechts?*, Anwaltsrevue 1/2014, S. 26 f.; Michel Heinzmann/Peter Reetz/Rainer Schumacher, *Zivilprozessrecht und SchKG*, BR 2013, S. 349 ff.

⁷² S. auch DASSER/ROTH (Fn. 29), S. 276.

⁷³ SCHUMACHER, *Restauration* (Fn. 70), S. 29. Vgl. dazu auch nachstehend, Ziff. VI.E.

und -administration mit beschränkter Koordinations- und Kooperationswirkung und gleichzeitig beschränkten Kostenvorteilen sowie einem aufgrund der solidarischen Haftung erhöhten Prozesskostenrisiko (Art. 106 Abs. 3 ZPO) dem effektiven Einsatz der subjektiven und objektiven Klagenhäufung als Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes entgegen⁷⁴.

C. Verbandsklage

[Rz 37] Mit der neuen ZPO wurde die Verbandsklage auch für Zivilverfahren allgemein eingeführt (Art. 89 ff. ZPO). Die Verbandsklage scheint dabei eine gewisse praktische Bedeutung erlangt zu haben, taucht sie doch regelmässig in der Gerichtspraxis auf⁷⁵.

[Rz 38] Die Verbandsklage dient der kollektiven Interessenwahrung⁷⁶. Bei einer Verbandsklage klagt ein als «Verband» konstituierter Kläger im kollektiven Interesse aller Mitglieder einer bestimmten Personengruppe, deren Interessen er wahrnimmt, selbständig einen bestimmten Anspruch gegen eine beklagte Partei ein. Dies kann mit bestimmten Wirkungen für die Angehörigen der Personengruppe verbunden sein. Neben der heute in Art. 89 ZPO kodifizierten Verbandsklage für Persönlichkeitsverletzungen existieren verschiedene spezialgesetzliche Verbandsklagen, so etwa im Gleichstellungsgesetz (GlG)⁷⁷, im Lauterkeitsrecht (UWG)⁷⁸ oder im Arbeitsrecht^{79,80}.

[Rz 39] Die Verbandsklage kann allerdings nur die *Unterlassung, Beseitigung oder Feststellung einer Verletzung* zum Gegenstand haben (Art. 89 Abs. 2 ZPO). Ausgeschlossen ist nach geltendem Recht die Geltendmachung geldwerter Leistungen wie Schadenersatz und Genugtuung zu Handen der betroffenen Einzelpersonen. Reparatoren Ansprüche bleiben demnach der individuellen Rechtsverfolgung vorbehalten. Bei der Wahrung eigener Interessen ist der Verband dagegen nicht eingeschränkt.

[Rz 40] Neu soll dieses Instrument gemäss Berichts des Bundesrats zur FIDLEG auch für die kollektive Rechtsdurchsetzung im Bereich der Finanzdienstleistungen zur Verfügung stehen. Gleich-

⁷⁴ So auch der Bericht Kollektiver Rechtsschutz (Fn. 6), S. 20.

⁷⁵ Vgl. etwa Urteil des Bundesgerichts 8C_269/2011 vom 18. Oktober 2011 (zu Art. 7 GlG, wo deren Unterbrechungswirkung in Bezug auf die Forderung auf einen diskriminierungsfreien Lohn verneint wurde), Urteil des Bundesgerichts 5A_95/2010 vom 2. September 2010 (Verneinung des Rechts der Kantone, die Rechte der einzelnen Fahrzeughalter in einem Datenlöschverfahren nach DSGVO anstelle derselben in Prozessstandschaft mittels einer Art Verbandsklage geltend zu machen; E. 5.1); BGE 137 II 40 ff. (Populärbeschwerde und Beschwerderecht von Privatpersonen und Organisationen nach RTVG; vgl. E. 2.2—2.6); Kantonsgesicht St. Gallen, III. Zivilkammer, 20. Januar 2009 (Klage nach Art. 357b Abs. 1 OR betr. Landesmantelvertrags (LMV) für das Bauhauptgewerbe, E. III.). Verbandsklagen sind auch dem öffentlich-rechtlichen Bereich bekannt, z.B. in Bezug auf Lohndiskriminierung (vgl. dazu z.B. das Urteil der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung vom 5. Oktober 1999 i.S. Regina Stauffer und Mitbeteiligte gegen Stadt Zürich und Verwaltungsgericht des Kantons Zürich (Verwaltungsgerichtsbeschwerde)).

⁷⁶ Der Bericht Kollektiver Rechtsschutz spricht von «Kollektivierten Individualrechtsdurchsetzung»; vgl. a.a.O. (Fn. 6), S. 13.

⁷⁷ Art. 7 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 24. März 1995 (Gleichstellungsgesetz, GlG; SR 151.1).

⁷⁸ Art. 10 Abs. 2 des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (UWG; SR 241). Vgl. z.B. Art. 56 Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben (Markenschutzgesetz, MSchG; SR 232.11), Art. 10 Abs. 2 Bst. b UWG.

⁷⁹ Nach Art. 15 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben vom 17. Dezember 1993 (Mitwirkungsgesetz; SR 822.14) können Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbände auf Feststellung von Verletzungen der Bestimmungen des Mitwirkungsgesetzes klagen. Art. 357b OR sieht die Möglichkeit der Vereinbarung kollektiver Durchsetzung individueller Ansprüche über Abschluss, Inhalt und Beendigung aus Gesamtarbeitsverträgen durch die Vertragsparteien vor, welche jedoch nur auf Feststellung gehen kann.

⁸⁰ Botschaft ZPO (Fn. 3), S. 7288.

zeitig sollen die klagenden Verbände oder Organisationen einen Prozesskostenfonds beanspruchen können⁸¹.

[Rz 41] Damit die Verbandsklage als effektives Instrument des kollektiven Rechtsschutzes eingesetzt werden kann, bedarf es allerdings der Verbände, die über die finanziellen Mittel und das Know-how verfügen, um solche Verfahren zu führen. Dies ist jedoch gemäss Bundesrat in der Schweiz kaum der Fall⁸². Zudem können heute mit der Verbandsklage keine geldwerten Schadenersatz-, Genugtuungs- oder Gewinnherausgabeansprüche eingeklagt werden, was einer verbandsweisen Geltendmachung von Massen- und Streuschäden entgegensteht⁸³. Demgegenüber stehen in den Ländern der EU verschiedene Verbandsklagen zur Verfügung, welche teilweise auch reparatorische Leistungen zulassen⁸⁴.

IV. Beispiele des kollektiven Rechtsschutzes aus dem Ausland — die US-amerikanische «Class Action», die französische «action de groupe» und das niederländische Gruppenvergleichsverfahren

[Rz 42] Im Rahmen seiner Berichte zum Kollektiven Rechtsschutz sowie zum FIDLEG hat sich der Bundesrat stark von ausländischen Verfahren inspirieren lassen. Deshalb wird an dieser Stelle der Blick ins Ausland gerichtet. Dabei werden zunächst die Grundzüge der US-amerikanischen «Class Action» — «der Mutter aller Sammelklagen» — dargestellt, der alsdann die kontinentaleuropäisch gefärbte französische Lösung der «action de groupe» gegenüber gestellt wird. Schliesslich werden die Grundzüge des niederländischen Gruppenvergleichsverfahrens diskutiert.

A. Die US-amerikanischen «Class Action»

[Rz 43] Auch wenn in der Diskussion um die Ausgestaltung des kollektiven Rechtsschutzes in der EU und in der Schweiz reflexartig betont wird, es gehe nicht darum, US-amerikanische Verhältnisse einzuführen⁸⁵, drängt sich dennoch ein Blick über den Atlantik auf, um die Grundzüge der «Class Action» als «Mutter des kollektiven Rechtsschutzes» zu verstehen. Dies ist deshalb wichtig, weil auch Gruppenklagen europäischer Provenienz Merkmale der US-amerikanischen «Class Action» tragen und in der Diskussion und gegebenenfalls der Ausgestaltung einer allgemeinen Gruppenklage im Rahmen der ZPO aus der Erfahrung mit «Class Actions» gelernt werden sollte.

[Rz 44] Bei der US-amerikanischen «Class Action» handelt es sich um ein Instrument des kollektiven Rechtsschutzes, in welchem ein oder mehrere Kläger vor dem Gericht ihre eigenen Ansprüche und die Ansprüche einer Klasse von ungenannten Personen, die in einer entsprechenden Rechtsposition stehen («defined class»), in einem repräsentativen Verfahren einklagen. Sie machen dabei deren Ansprüche unabhängig davon geltend, ob sie fällig oder noch gar nicht entstanden sind,

⁸¹ Erläuternder Bericht VE-FIDLEG/FINIG (Fn. 8), S. 101 ff. sowie Erläuterungen zu Art. 92.

⁸² Bericht Kollektiver Rechtsschutz (Fn. 6), S. 26.

⁸³ Bericht Kollektiver Rechtsschutz (Fn. 6), S. 25 f.

⁸⁴ So etwa sind in Deutschland im Rahmen des Kartell- und Lauterkeitsrecht sogenannte Abschöpfungsansprüche zulässig (§8 Abs. 3 Nr. 3 i.V.m. § 10 dUWG); vgl. auch Bericht Kollektiver Rechtsschutz (Fn. 6), S. 25.

⁸⁵ Pressemitteilung zur Empfehlung der EU-Kommission zur Einführung des kollektiven Rechtsschutzes in der EU vom 11. Juni 2013 (abrufbar unter http://ec.europa.eu/deutschland/press/pr_releases/11453_de.htm; Bericht Kollektiver Rechtsschutz (Fn. 6), S. 40.

oder ob die Angehörigen der Gruppe Kenntnis von der Klageeinleitung haben oder nicht⁸⁶.

[Rz 45] Ist die Klage erfolgreich, haben diejenigen Personen, welche der Auffassung sind, sie gehörten zur *defined class*, die Möglichkeit, während einer bestimmten Zeit ihre Rechte geltend zu machen. Sofern sie zur *defined class* zugelassen werden, haben sie Anrecht an einen Anteil des Schadenersatzes (Drittwirkung). Dabei werden möglichst alle Mitglieder der Gruppe direkt oder, soweit unbekannt, indirekt z.B. über Medien, über die Klage informiert und erhalten dabei Gelegenheit, ihrerseits die Klage zu unterstützen oder daraus auszusteigen (*Opt-out*).

[Rz 46] Der Anwendungsbereich der «*Class Actions*» ist breit gefasst und bestreicht sowohl das Zivilrecht wie auch das öffentliche Recht⁸⁷. Die klassischen «*Class Actions*» in den USA richteten sich in den 60iger- bis 80iger-Jahre insbesondere gegen Hersteller fehlerhafter Produkte (z.B. im Fall «Ford Pinto»), Medikamente, Asbest, bleihaltiger Farbe, gegen Verursacher von Umweltverschmutzungen⁸⁸ und später gegen Finanzdienstleister⁸⁹.

[Rz 47] «*Class Actions*» werden auf Bundesebene von der *Rule 23* der *Federal Rules of Civil Procedure* und 28 USCA § 1332 (d) geregelt, welche die Anforderungen und das Verfahren zur Bildung einer Klasse definieren. Die meisten Bundesstaaten haben eigene zivilprozessuale Vorschriften erlassen, welche in der Regel ähnlich wie diejenigen auf der Bundesebene ausgestaltet sind. Eine Sammelklage nach *Rule 23* ist dann möglich, wenn kumulativ folgende Kriterien erfüllt sind⁹⁰:

- Zunächst muss die Anzahl von Mitgliedern einer *class* so zahlreich sein, dass selbständige Klagen gerichtlich undurchführbar wären («so numerous that joinder of all members is impracticable», sog. «Numerosity»). In der Praxis liegt diese bei vierzig *class members*.
- Weiter müssen die Sachverhalts- oder Rechtsfragen der einzelnen Mitglieder der *class* ein Mindestmass an Gemeinsamkeiten aufweisen («questions of law or fact common to the class.»; sog. «Commonality»).
- Dann wird verlangt, dass der Hauptkläger aufgrund desselben Ereignisses und durch eine ähnliche Rechtsverletzung (z.B. Verletzung des Produkthaftpflichtrechts oder eines gleichartigen Vermögensverwaltungsvertrages) geschädigt sein muss wie die übrigen Mitglieder der *class* («the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class.»; sog. «Typicality»).
- Zudem muss der für die *class* auftretende Rechtsvertreter Gewähr dafür bieten, dass diese fair und ausreichend vertreten wird («Adequacy of Representation»). Seine Interessen dürfen jenen der *class members* nicht zuwiderlaufen, und er muss eine gewisse Erfahrung an Verfahrensführung aufweisen («fairly and adequately protect the interests of the class.»).
- Schliesslich wird verlangt, dass es ohne die Bildung der *class* in Individualverfahren zu widersprüchlichen Gerichtsentscheiden bezüglich desselben Lebenssachverhalts kommen kann

⁸⁶ ISABELLE ROMY, *Class Actions américaines et droit international privé suisse*, AJP 1999, S. 784 ; NICHOLAS M. PACE, *Class Actions in the United States of America: An Overview of the Process and the Empirical Literature 2007*), S. 4, abrufbar unter <http://www.researchgate.net/publication/>.

⁸⁷ PACE (Fn. 86), S. 6 ff. — Zu den Eigenheiten US-amerikanischer Zivilprozesse vgl. etwa LUKAS WYSS, *Juristisches Risk Management und Hedging als Mittel zur Risikokontrolle*, Diss. Bern 2005, S. 181 ff. Beispiele aktueller *Class Actions* können etwa über <http://www.consumer-action.org/lawsuits/> abgerufen werden.

⁸⁸ PETER H. SCHUCK, *Mass Torts: An Institutional Evolutionist Perspective*, 80 *Cornell L. Rev.* S. 941 (1995), abrufbar unter: <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol80/iss4/8>, S. 945 f.

⁸⁹ Eine eingehende Darstellung der verschiedenen Klagearten und typischer Fälle findet sich bei PACE (Fn. 93), S. 13 ff.

⁹⁰ PACE (Fn. 86), S. 6 ff.; ROMY (Fn. 86), S. 786; KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn. 10), S. 290; MICHAELIDOU (Fn. 20), S. 168 ff.; ULRIKE BÖHM, *Amerikanisches Zivilverfahrensrecht*, Köln 2005, N 690 ff.

und der Fall nicht in eine der Spezialkategorien von Rule 23 (b) fällt⁹¹.

[Rz 48] Während die ursprüngliche Version der Federal Rule of Civil Procedure 23 eine *Opt-in*-Lösung vorsah, erlaubt die revidierte *Rule 23* den Gerichten seit 1966, für gewisse Arten von Klagen eine *Opt-out*-Lösung vorzusehen⁹². Mitglieder einer Klasse, welche vom *Opting-out* Gebrauch machen, können ihre Rechte im Rahmen einer Individualklage, oder zusammen mit anderen Klägern (jedoch ausserhalb einer «Class Action») selbständig verfolgen⁹³. Dies kann aus prozesstaktischen Gründen geschehen oder um einer für eine «Class Action» getroffenen, ungünstigen Kostenregelung zu entgehen⁹⁴.

[Rz 49] Die meisten angehobenen «Class Actions» bezwecken die Geltendmachung von Schadenersatz⁹⁵. Jedoch ist es auch möglich, eine Feststellungsklage einzureichen oder vorsorglichen Rechtsschutz zu beantragen⁹⁶.

[Rz 50] Gruppenklagen in angepasster Form sind beispielsweise auch in England⁹⁷ und Canada eingeführt⁹⁸.

[Rz 51] Der Erfolg der «Class Actions» ist in den USA als «Mutterland der Sammelklage» nicht unumstritten.⁹⁹ Nach negativen Erfahrungen mit «Class Actions»-Verfahren begann im Laufe der 1990-Jahre eine zunehmende Reglementierung der Sammelklagen, um deren missbräuchliche Instrumentalisierung zurückzubinden. Empirische Studien zeigen, dass nachdem der US Supreme Court in den letzten zehn Jahren restriktivere Richtlinien bezüglich der zulässigen Höhe von

⁹¹ PACE (Fn. 86), S. 8.

⁹² PACE (Fn. 86), S. 2.

⁹³ KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn. 10), S. 289.

⁹⁴ PACE (Fn. 86), S. 26.

⁹⁵ Sog. «Monetary Class Actions Under Rule 23(b)(3) and Rule 23(b)(1)(B)»; PACE (Fn. 86), S. 9. Wenn die Class Action auf Feststellung des Anspruchsgrunds beschränkt ist, bietet *Rule 23(c)(4)(A) FRCP* die Möglichkeit der Trennung des Verfahrens in ein gemeinsames Verfahren und in nachfolgende Einzelverfahren zur Festlegung der Höhe einzelner Ansprüche. Ausserdem bietet sich die Möglichkeit der Schätzung des Schadens zugunsten einer Class als Ganzer und damit der Verurteilung der beklagten Partei zur Zahlung einer Pauschalsumme (sog. *lump sum*; vgl. MICHAILIDOU (Fn 20), S. 185. Diese wird nach Benachrichtigung der Gruppenmitglieder, Anmeldung der individuellen Schäden durch die einzelnen Gruppenmitglieder, Überprüfung derselben meist bei einem Treuhänder hinterlegt und dann ausbezahlt. MICHAILIDOU (Fn 20), S. 186.

⁹⁶ Sog. «Injunctive and Declaratory Relief Class Actions Under Rule 23(b)(2) and Rule 23(b)(1)(A)»; PACE (Fn. 86), S. 8 f. — In Grossbritannien, welches ebenfalls eine Gruppenklage kennt, wird in Group Litigations aufgrund der damit verbundenen Schwierigkeiten eher selten direkt Schadenersatz zugesprochen. Vgl. NEIL ANDREWS, *English Civil Procedure*, Oxford 2003, Kap. 41.107.

⁹⁷ In England basierten die Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes zunächst auf case law, wurden jedoch im Jahr 2000 gesetzlich ergänzt. Danach können sich mehrere Anspruchsberechtigte durch eine Person aus ihrem Kreis repräsentieren lassen, sofern zwischen ihren Klagen eine — strikt ausgelegte — Interessenkongruenz besteht. Ergeht auf Antrag der Parteien oder Initiative des Gerichts eine sog. Group Litigation Order (GLO), ermöglicht dies die Konzentration der Verfahren bei einem Gericht. Die Wirkungen sind vergleichbar mit den oben beschriebenen. Vgl. dazu LORENZ DROESE, *Die Sammelklage in den USA und in Europa und die Auswirkungen auf die Rechtslage in der Schweiz*, in: HAVE *Haftpflichtprozess 2010*, S. 128.

⁹⁸ Vgl. JULIA MERCIER, *Partial Settlement of Multijurisdictional Class Actions in Canada: A Civil Lawyer's Introduction to «Common Law» Settlements*, *Dispute Resolution International*, März 2009, S. 68 ff.

⁹⁹ Dies ergab anfangs der 90iger Jahre eine Studie des RAND Institute for Civil Justice. Vgl. dazu SCHUCK (Fn. 88). SCHUCK beschreibt die häufig geäusserte Kritik an US-amerikanischen Mass Tort Action-Verfahren wie folgt: «*Torts scholars charge that mass tort litigation often produces arbitrary results; that it fails to deliver the right compensation to the right victims when it is most needed; that it misallocates risk among consumers, corporations, and governments; that it generates unconscionable waste; and that it does not achieve corrective justice. They argue that the legal actors in the mass tort drama—self-serving, entrepreneurial plaintiffs' lawyers; foot-dragging defense counsel; and overwhelmed, desperately improvising judges—have subordinated important public goals and the needs of individual claimants to their own interests. Notoriously convoluted proceedings enrich lawyers, consultants, and expert witnesses while demoralizing, and often impoverishing, the law's supposed beneficiaries.*» (SCHUCK, a.a.O., S. 942)

Punitive Damages erlassen hat¹⁰⁰, die Zahl der eingereichten Sammelklagen in den USA rückläufig ist¹⁰¹. Auch belegt der in Grossbritannien 2004 durchgeführte *Aon Survey 2004*, dass sich auch dort die Stimmen mehren, welche eine zunehmende Behinderung der Geschäftstätigkeit von Unternehmungen durch eine boomende Kompensationskultur beklagen¹⁰². Die Komplexität der «*Class Actions*» kann zudem zu erheblichen Organisationsproblemen führen. Bereits das sog. Zulassungsverfahren ist oft äusserst komplex und kann sich in die Länge ziehen. Dabei ist oftmals insbesondere die Definition der legitimierten Gruppe umstritten, und auch bei der Verteilung des Prozessgewinnes stellen sich Probleme, so dass auf «*Class Actions*»-Verfahren nicht selten Folgeprozesse stattfinden¹⁰³. Die Möglichkeit des *Opting-out* kann dazu führen, dass die Angelegenheit für die Beklagte trotz aufwändigem Verfahren nicht erledigt ist. Schliesslich kann die «*Class Actions*» auch missbraucht werden — die eingeklagten Summen sind meist so hoch, so dass die beklagte Partei zur Vermeidung des Insolvenzrisikos zum Einlenken gezwungen wird (sog. *legal blackmail*)¹⁰⁴.

B. Die französische «*action de groupe*»

[Rz 52] Am 17. März 2014 trat in Frankreich ein neues Gesetz zur Verbesserung des Verbraucherschutzes, die sogenannte «*loi Hamon*», in Kraft. Es dient unter anderem der Umsetzung der Richtlinie 2011/83/EU über die Rechte der Verbraucher des europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 sowie der Anpassung an die Empfehlung der europäischen Kommission vom 11. Juni 2013 zur Einführung kollektiver Rechtsschutzverfahren¹⁰⁵.

[Rz 53] Der nach kontroverser Debatte gefundene Kompromiss über die vormals sehr umstrittene Gruppenklage unterscheidet sich stark vom US-amerikanischen Modell und trägt stark französische Züge. Es handelt sich zwar — im Gegensatz zur sogenannten «Sammelklage nach österreichischer Prägung»¹⁰⁶ — um eine echte Gruppenklage, bei der ein Kläger stellvertretend für eine Gruppe Geschädigter gegen den Verantwortlichen einen Schadenersatzprozess führt. Die Klageerhebung ist jedoch an restriktive gesetzliche Vorgaben gebunden, um den bekannten Auswüchsen US-amerikanischer «*Class Actions*» entgegenzutreten. So verfügen nur zugelassene *Verbraucherschutzorganisationen* über die Klagebefugnis (Art. L.423-1 Ccons.)¹⁰⁷. Da die anonyme Sammelklage auch im französischen Prozesssystem unbekannt ist, entschied man sich für das *Opt-in*-System. Zudem ist Voraussetzung einer Gruppenklage nach französischem Recht, dass

¹⁰⁰Vgl. etwa *Cooper Industries Inc. vom Leatherman Tool Group., Inc.*, 121 S. Ct. 1678 (2001), sowie *State Farm Mut. Aut. Ins. Co. vom Campell*, 123 S.Ct. 1513 ff. (2003); *Philipp Morris vom Williams*, 2007 WL 505781 (2007), PHi 3/2007, 96.

¹⁰¹Vgl. TRIPP HASTON/ANN PHELPS/FRITZ SPAINHOUR, US-amerikanische Sammelklagen auf dem Rückzug, *Produkthaftpflicht International* (PHi) 4/2013, S. 129 f.

¹⁰²Vgl. GREGORY L. FOWLER/MARC SHELLEY/SILVIA KIM, *Emerging Trends in International Litigation: Class Actions, Litigation Funding and Punitive Damages*, *Dispute Resolution International*, Vol. 3 Nr. 2, Oktober 2009, S. 103. Der *Aon Survey* ist abrufbar unter www.aon.com/uk/en/about/Press_Office/2707_blame.jsp.

¹⁰³Dies kann auch Haftpflichtprozesse gegenüber den am «*Class Action*»-Verfahren beteiligten Rechtsvertretern wegen «*legal malpractice*» umfassen.

¹⁰⁴Vgl. Botschaft ZPO (Fn. 3), S. 7289. Die Missbrauchsgefahren der *Class Actions* werden auch ausführlich von TRÜTEN (Fn. 12), S. 5 f. aufgezeigt.

¹⁰⁵Vgl. dazu STEPHANIE ROHLFING-DIJOUX, *Reform des Verbraucherschutzes in Frankreich durch die Einführung einer Gruppenklage in das französische Recht*, *EuZW* 20/2014, S. 771.

¹⁰⁶Die «Sammelklage österreichischer Prägung» lässt eine Form der objektiven Klagenhäufung zu, ist jedoch entgegen seiner Bezeichnung keine Sammelklage.

¹⁰⁷Aktuell sind 15 Verbraucherschutzorganisationen klageberechtigt. Vgl. www.conso.net.

die geltend gemachten Schäden entweder nach Art. L.423-1 Nr. 1 Ccons. auf der Verletzung der vertraglichen Pflichten eines Unternehmers beim Verkauf von Waren oder Dienstleistungen beruht, oder dass nach Art. L.423-1 Nr. 2 Ccons. die Verletzung eines wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens geltend gemacht wird¹⁰⁸.

[Rz 54] Schliesslich werden von der «*action de groupe*» die *punitive damages*, immaterielle Schäden und Schäden aus Körperverletzung ausgeschlossen. Bei Folgen von Gesundheitsschäden infolge von Medikamenten besteht allerdings die Möglichkeit von Verbraucherschutzorganisationen, sich im Strafverfahren als Nebenkläger Schadenersatz für ihre Mitglieder zu verlangen. Ausserdem können Gesundheits- und Patientenvereinigungen kollektive Interessen ihrer Mitglieder gerichtlich geltend machen, was auch den Ersatz von kollektiv erlittenem Schaden mitumfasst. Schliesslich können nach Art. L.142_2 des Code de l'environnement gesetzlich zugelassene Umweltschutzvereine als Zivilkläger in einem Umweltstrafverfahren Schadenersatzforderungen für kollektiv erlittenen Schaden durchsetzen¹⁰⁹.

[Rz 55] Die ausschliessliche Zuständigkeit für die Beurteilung der «*action de groupe*» liegt bei den Landgerichten (*tribunaux de grande instance*). Das Verfahren erfolgt zweistufig: Zunächst befindet das Gericht über die grundsätzliche Haftungsfrage. Es verfügt dabei ggf. Massnahmen zur Information der Verbraucher auf Kosten des Unternehmers und setzt eine Frist von maximal sechs Monaten fest, während denen die Verbraucher dem Verfahren durch *Opting-in* beitreten können. In der zweiten Verfahrensphase wird der Gesamtschadenersatz bestimmt sowie dessen Verteilung auf die beteiligten Verbraucher festgelegt. Diese können daraufhin nicht von der Gruppenklage umfasste Schadensarten gegenüber dem betroffenen Unternehmen in individuellen Verfahren geltend machen¹¹⁰.

[Rz 56] Auch wenn es für eine Beurteilung der Effektivität und Effizienz der *action de groupe* aufgrund der erst kürzlich erfolgten Einführung noch zu früh ist, lässt deren Ausgestaltung vermuten, dass damit ein moderates, dem kontinentaleuropäischen Verständnis von kollektivem Rechtsschutz entsprechendes Instrument zur Verfügung steht, welches auch in anderen europäischen Ländern, inklusive der Schweiz, als Richtschnur dienen kann. Auf jeden Fall dürfte es lohnenswert sein, die Erfahrungen Frankreichs mit diesem verbandsklageähnlichen Instrument näher mitzuverfolgen.

C. Das niederländische Gruppenvergleichsverfahren «Wet Collectieve Afwikkelingen Massaschade» (WCAM)

1. Gesetzliche Regelung und Erfahrungen

[Rz 57] In seinem Bericht zum kollektiven Rechtsschutz zeigt der Bundesrat mit dem niederländischen Gruppenvergleichsverfahren eine weitere Möglichkeit der kollektiven Streitbeilegung auf¹¹¹. So existiert in den Niederlanden seit Juli 2005 mit dem Gesetz betreffend die kollektive Abwicklung von Massenschäden eine spezielle Regelung für Gruppenvergleiche zur kollek-

¹⁰⁸Vgl. auch ROHLFING-DIJOUX (Fn. 105), S. 772.

¹⁰⁹ROHLFING-DIJOUX (Fn. 105), S. 772; vgl. auch CHRISTINE GATEAU/ALPHA DIALLO, How does the new French Class Actions law fit into the EU framework?, International Product Liability Review, September 2014, S. 17 f.

¹¹⁰ROHLFING-DIJOUX (Fn. 105), S. 772.

¹¹¹Bericht Kollektiver Rechtsschutz (Fn. 6), S. 39 f.

tiven Rechtsdurchsetzung. Dieses geht auf Schwierigkeiten bei der vergleichsweisen Schadensregulierung zwischen Pharmafirmen und mehreren Tausend geschädigten Frauen im sogenannten Diethylstilbestrol (DES)-Fall zurück¹¹². Im Unterscheid zu den herkömmlichen Formen von Gruppenklagen handelt es sich dabei um ein *besonderes Vergleichsverfahren* zwischen einem oder mehreren mutmasslich haftenden Schädigern einerseits und einem Verein oder einer Stiftung, die im gemeinsamen Interesse sämtlicher Geschädigter handelt, andererseits¹¹³. Es basiert wie die «*Class Actions*» auf *repräsentativer Streitbeilegung*. Allerdings sieht das Gruppenvergleichsverfahren keine Zuerkennung von Schadenersatz vor. Vielmehr muss dieser ggf. in einem darauffolgenden Verfahren erstritten werden. Das Gruppenvergleichsverfahren dient damit sozusagen als «Sprungbrett» für Schadenersatzklagen.¹¹⁴

[Rz 58] Das Verfahren ist sachlich nicht auf einzelne Sachgebiete begrenzt. Bisherige Fälle betreffen Schäden aus Finanzprodukten (*Dexia*), aus Lebensversicherungspolice (*Vie d'Or*), oder wegen täuschender Information im Rahmen von Anlagen (*Shell*)¹¹⁵. Auch wenn mangels Übernahme der US-amerikanischen Partikularitäten von «*Class Actions*» kein vergleichbarer Vergleichsdruck auf Unternehmen aufgebaut werden kann, spielen die Medien und eine (geschürte) öffentliche Entrüstung eine nicht zu unterschätzende Rolle¹¹⁶.

[Rz 59] Im Gruppenvergleichsverfahren kann ein zwischen den Parteien geschlossener Vergleich zentral dem Amsterdamer Berufungsgericht zur Verbindlicherklärung eingereicht werden. Das Gericht prüft in einem besonderen Verfahren, über das sämtliche Geschädigten in gesetzlich festgelegter Weise zu informieren sind, den Vergleich auf materielle Angemessenheit, formelle Fairness, Verfahrensmässigkeit sowie Effizienz¹¹⁷. Erklärt das Gericht den Vergleich in der Folge für verbindlich, so läuft den Geschädigten eine Frist, innert welcher sie eine schriftliche Austrittserklärung (*Opt-out*) abgeben können, ansonsten der Vergleich für sie bindend und verbindlich wird.

[Rz 60] Aufgrund der oben aufgeführten Verfahren hat diese an US-amerikanischen «*Class Action*» *settlements* orientierte Regelung zwischenzeitlich eine beträchtliche Beachtung und Bedeutung erlangt, und zwar auch im internationalen Kontext. Insgesamt kam es bisher in mindestens sechs Fällen zu verbindlichen Gruppenvergleichen. Aus internationaler Hinsicht bedeutsam ist, dass in vier dieser Fälle die Zuständigkeit niederländischer Gerichte, und damit die Zulässigkeit des Gruppenvergleichsverfahrens, auch in Bezug auf ausländische Geschädigte, bejaht wurde. In den Fällen *Shell* und *Converium* befand das Amsterdamer Gericht, auf das Verfahren komme die Brüssel-I-Verordnung (EuGVO)¹¹⁸ und das LugÜ, je nachdem, ob die beklagte Partei in einem EU-

¹¹²M.-J. VAN DER HEIJDEN, *Class Actions/les actions collective*, Electronic Journal of Comparative Law, vol. 14.3 (Dezember 2010), S. 2 Ziff. 1.2, abrufbar unter <http://www.ejcl.org>, der das Gruppenvergleichsverfahren sowie dessen prozessualen Rahmen übersichtlich darstellt. Vgl. auch HÉLÈNE VAN LITH, *the Dutch Collective Settlements Act and Private International Law — Aspecten van Internationaal Privaatrecht in de WCAM*, Bericht zu Handen des Niederländischen Justizministeriums, Antwerpen 2009, S. 16 f.; KAREN JELSMAN/MANON CORDEWENER, *The Settlement of Mass Claims: A Hot Topic in The Netherlands*, The International Law Quarterly, Ausgabe Sommer 2011, S. 13 ff.

¹¹³VAN DER HEIJDEN (Fn. 112), S. 3, Ziff. 2.1.

¹¹⁴VAN DER HEIJDEN (Fn. 112), S. 4 f., Ziff. 2.2.

¹¹⁵VAN DER HEIJDEN (Fn. 112), S. 3, Ziff. 2.1.; LITH (Fn. 112), S. 19.

¹¹⁶VAN DER HEIJDEN (Fn. 112), a.a.O., S. 3 Ziff. 2.

¹¹⁷LITH (Fn. 112), S. 17.

¹¹⁸EG-Verordnung Nr. 44/2001 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften L 12/01 S. 1).

Mitgliedstaat oder in den Lugano-Vertragsstaaten Norwegen, der Schweiz oder Island Wohnsitz habe¹¹⁹ zur Anwendung. In beiden Fällen entscheidet das Gericht, beim WCAM-Verfahren handelt es sich um eine zivil- oder handelsrechtliche Angelegenheit im Sinne von Art. 1 der Brüssel I-Regulierung sowie des LugÜ. Die Aktionäre fielen zudem unter Art. 2 Abs. 1 der Brüssel I-Regulierung sowie des LugÜ. Auf dieser Grundlage bejahte das Gericht die Zuständigkeit bezüglich der Aktionäre mit Sitz in den Niederlanden, jene für die anderen Aktionäre wurde aus Art. 6 Abs. 1 der Brüssel I-Regulierung sowie des LugÜ abgeleitet¹²⁰. Weil zudem fünf von sechs Antragstellern in *Shell* und zwei von vier in *Converium* in den Niederlanden Wohnsitz hatten, bejahte es auch die Zuständigkeit bezüglich aller anderen Aktionäre. Dabei stützte es sich auf eine Bestimmung der niederländischen Zivilprozessordnung, welche besagt, dass in dieser Art von Verfahren niederländische Gerichte zuständig sind, sofern mindestens eine der antragstellenden Parteien, oder eine der ins Recht gefassten Parteien, Sitz oder Wohnsitz in den Niederlanden haben¹²¹.

2. Beurteilung

[Rz 61] Gruppenvergleichsverfahren sind komplexe Instrumente, stellen sich doch eine Reihe von Fragen, welche im Fall der Einführung derselben in die schweizerische Zivilprozesslandschaft beantwortet werden müssten. So fragt sich im Zusammenhang mit der internationalen Zuständigkeit, welche Geschädigten zum Vergleich zuzulassen sind (s. *Shell*) bzw. ob das Vorliegen ausländischer Anknüpfungspunkte Schweizer Gerichte daran hindern würde, den Vergleich als umfassend bindend zu erklären. Weiter wäre im Fall der Einführung des Gruppenvergleichs in die ZPO zu regeln, wie ausländische Gruppenklagen oder Gruppenvergleichsverfahren schweizerische Verfahren beeinflussen, dies insbesondere in Bezug auf die Litispendenz und die materielle Rechtskraft¹²². Weiter wäre zu klären, wie ausländische bekannte und nicht bekannte Geschädigte über ein Gruppenvergleichsverfahren in der Schweiz zu informieren sind und wann Informationsmechanismen ausländischen Rechts dem schweizerischen Standard der Prozessfairness entsprechen. Auch wäre festzulegen, ob ausländische Interessenvertretungen in Gruppenvergleichsverfahren in der Schweiz zugelassen wären oder nicht. Zudem wäre zu berücksichtigen, ob ein gerichtlich genehmigter Vergleich im Ausland anerkenubar und vollstreckbar wäre. Weitere Regelungspunkte betreffen den rechtlichen Standard in Bezug auf die materielle Angemessenheit, die formelle Fairness, die Verfahrensmässigkeit sowie die Effizienz des Vergleichs und welches Recht diesbezüglich bei internationalen Verfahren zur Anwendung gelangen soll¹²³.

¹¹⁹Vgl. dazu den Entscheid des Amsterdamer Appellationsgerichts vom 17. Januar 2012, JOR 2012, 51 (*Converium*), welcher den Zwischenentscheid vom 2. November 2010, JOR 2011, 46 (*Converium*) in Rechtskraft erwachsen lässt; LITH (Fn. 112), S. 31 f. und 35 ff.; Ruud Hermans/Jan de Bie Leuveling Tjeenk, Netherlands: International Class Actions Settlements In The Netherlands Since Converium (letztes Update 3. Januar 2013), abrufbar unter <http://www.mondaq.com/x/213872/Class+Actions/The+International+Comparative+Legal+Guide+to>, welche u.a. Shell im gleichnamigen Fall vertraten.

¹²⁰HERMANS/TJEENK (Fn. 119), a.a.O.

¹²¹HERMANS/TJEENK (Fn. 119), a.a.O.

¹²²Vgl. dazu CHRISTIAN KÖLZ, The Preclusive Effect of U.S. Class Actions Judgments in Switzerland: Does a Judgment in an *Opt-Out* Class Actions before a U.S. Court Preclude Absent Plaintiff Class Members from (Re)-Litigating Their Individual Claims in Switzerland?, SZIER 2012 S. 43–80 (zit. «KÖLZ, Preclusive Effect»); DANIELE FAVALLI/JOSEPH M. MATTHEWS, Recognition and Enforcement of U.S. class action judgments and settlements in Switzerland, SZIER 2007, S. 611 ff.; LEANDRO PERUCCHI, Anerkennung und Vollstreckung von US class action-Urteilen und -Vergleichen in der Schweiz, Diss. Luzern 2008, S. 35 ff.; *ders.*, Class actions (Fn. 5), S. 489 ff.

¹²³Eine ausführliche Analyse zu diesen Fragen findet sich bei LITH (Fn. 112), S. 26 ff.

V. Massnahmen zur Verstärkung des kollektiven Rechtsschutzes in der Schweiz *de lege ferenda*

A. Bericht des Bundesrates «Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz — Bestandesaufnahme und Handlungsmöglichkeiten»

[Rz 62] Am 3. Juli 2013 legte der Bundesrat seinen Bericht «Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz — Bestandesaufnahme und Handlungsmöglichkeiten» vor. Dabei gelangt er zum Schluss, die heute in der Schweiz bestehenden zivilprozessualen Instrumente für die Geltendmachung von Massen- und Streuschäden seien ungenügend oder gar untauglich, da sie keine echte kollektive Rechtsdurchsetzung bewirkten. Dies zeige sich insbesondere im Bereich des Kartell- und Lauterkeitsrechts und Konsumentenrechts sowie des Gleichstellungsrechts¹²⁴.

[Rz 63] Der Bundesrat schlägt deshalb vor, die bestehenden verfahrensrechtlichen Mittel zu verbessern, insbesondere durch die Erweiterung des Anwendungsbereichs der **Verbandsklage auf sämtliche Rechtsgebiete und auch auf Geldansprüche**. Dabei könnte der funktionale Anwendungsbereich der Verbandsklage auf die Geltendmachung von Gewinnabschöpfungs- bzw. Gewinnherausgabeansprüche, möglicherweise sogar allgemein auf die Geltendmachung reparatorischer Ansprüche erweitert werden, wie dies teilweise im Ausland der Fall ist¹²⁵.

[Rz 64] Zudem solle die **Prozessfinanzierung** (durch Dritte) gefördert werden¹²⁶.

[Rz 65] Weiter regt der Bundesrat an, **Muster- oder Testverfahren** nach Vorbild des deutschen Kapitalmarktrechts zu prüfen, bei dem einzelne Muster- bzw. Testkläger zur Feststellung anspruchsbegründender oder -ausschliessender Voraussetzungen oder zur Klärung von Rechtsfragen prozessieren¹²⁷. Das im Prozess erzielte Ergebnis wäre anschliessend für die Parteien weiterer, ähnlich gelagerter Verfahren zu den gleichen Fragen verbindlich¹²⁸. Die Koordination der Muster- bzw. Testverfahren mit jenen der einzelnen Klägerinnen und Kläger ist allerdings komplex und stellt ähnliche Probleme wie im Bereich der objektiven Klagehäufung¹²⁹.

[Rz 66] Der Bundesrat kommt dabei zum Schluss, dass in der schweizerischen Rechtsordnung ein Instrument der kollektivierten Rechtdurchsetzung im Sinne einer allgemein zugänglichen **Gruppenklage** fehle¹³⁰. Entsprechend breiten Raum nimmt im Bericht die allgemeine Gruppenklage (Sammelklage) ein, bei der einzelne repräsentative Kläger unter gerichtlicher Aufsicht für die ganze Gruppe von Anspruchsinhabern mit deren Einverständnis verbindlich prozessieren. Dabei verortet der Bundesrat das Hauptproblem des amerikanischen Modells nicht in der Sammelklage als solcher, sondern im «Giftschrank» des US-Prozessrechtsrahmens mit hohen Strafzahlungen, exzessiven Gewinnbeteiligungen für Anwälte, umfassenden Auskunftspflichten der Beklagten im Vorfeld des Prozesses (*pre-trial discovery*), Geschworenengerichten, sowie dem Fehlen von Kostenersatzansprüchen der Prozessgewinner gegenüber den Prozessverlierern.

¹²⁴Bericht Kollektiver Rechtsschutz (Fn. 6), S. 55 f.

¹²⁵Bericht Kollektiver Rechtsschutz, S. 24 f., Ziff. 3.2.3.

¹²⁶Für eine Übersicht zur Thematik aus schweizerischer Sicht s. FRANCO VILLA, Le financement de contentieux par des tiers («Third Party Funding»), *Anwaltsrevue* 5/2014, S. 207 ff.

¹²⁷Bericht Kollektiver Rechtsschutz (Fn. 6), S. 28 ff. sowie S. 56. Allerdings wird deren Wirksamkeit zu Recht in Frage gestellt, hält der Bericht, S. 55, Ziff. 5.1 doch fest: «Muster- oder Testverfahren vermögen auf der Basis rein privater Vereinbarungen im Unterschied etwa zur Situation in Deutschland keine effektive kollektive Wirkung zu entfalten.»

¹²⁸Bericht Kollektiver Rechtsschutz (Fn. 6), S. 28—31, 57.

¹²⁹S. dazu oben, Ziff. III.B.3. — Kritisch auch KÖLZ (Fn. 5), S. 870.

¹³⁰Bericht Kollektiver Rechtsschutz (Fn. 6), S. 54.

[Rz 67] Weiter wird ein **Gruppenvergleichsverfahren** niederländischer Prägung zur einvernehmlichen Beilegung von kollektiven Streitigkeiten vorgeschlagen¹³¹. Ein solches findet sich auch im Vorschlag des Bundesrats zum FIDLEG (s. Ziff. V.B. nachstehend).

B. VE-FIDLEG

[Rz 68] Der Bundesrat sieht im Bereich der Finanzdienstleistungen ein Bedarf an (zusätzlichen) Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes¹³². Am 28. März 2012 beauftragte er deshalb das EFD, unter Mitwirkung des EJPD und der FINMA Projektarbeiten zur Erarbeitung einer sektorenübergreifenden Regulierung von Finanzprodukten und Finanzdienstleistungen sowie deren Vertrieb aufzunehmen, wobei eine wesentliche Grundlage des Entscheids das im Februar 2012 publizierte FINMA-Positionspapier zu den Vertriebsregeln war¹³³. Durch die neuen Vorschriften soll der Kundenschutz auf dem Schweizer Finanzmarkt gestärkt und gleichzeitig die Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes gefördert werden.

[Rz 69] Am 25. Juni 2014 publizierte der Bundesrat seinen Erläuternden Bericht zur Vernehmlassungsvorlage zum Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (FIDLEG)¹³⁴ sowie zum Bundesgesetz über die Finanzinstitute (FINIG)¹³⁵, der diverse der vorgeschlagenen Instrumente seinem Bericht zum Kollektiven Rechtsschutz entlehnt. Der Entwurf des FIDLEG sieht neben der Stärkung der Institution der Ombudsstelle¹³⁶ die erleichterte Durchsetzung von Ansprüchen über — alternativ — eine *Schiedsgerichtslösung* oder eine neue Form der Prozessfinanzierung (*Prozesskostenfonds*). Dabei bevorzugt der Bundesrat die Variante «Schiedsgericht» und fordert die Vernehmlassungsteilnehmer auf, sich zu diesen Varianten zu äussern¹³⁷.

[Rz 70] Mit einem Verfahren vor einem Schiedsgericht soll ein Streitfall von einer einzigen Instanz abschliessend entschieden werden, um dem Kunden rascher zu einer verbindlichen Beurteilung seines Anspruches zu verhelfen, als wenn ein Entscheid im ordentlichen Zivilprozess an zwei Instanzen weiterziehbar ist. Das oder die Schiedsgerichte sollen von den Finanzdienstleistern eingerichtet werden. Der Privatkunde muss erst im Streitfall entscheiden, ob er den ordentlichen Zivilrichter anruft oder sich für den Schiedsgerichtsweg entscheidet (Art. 85 Abs. 2 VE-FIDLEG), wobei der Finanzdienstleister über die *Wahlmöglichkeit* informieren muss (Art. 80 VE-FIDLEG).

¹³¹Bericht Kollektiver Rechtsschutz (Fn. 6), S. 56.

¹³²Erläuternder Bericht FIDLEG/FINIG (Fn. 8), S. 8 f.

¹³³Bericht der FINMA zur Regulierung der Produktion und des Vertriebs von Finanzprodukten vom 24. Februar 2012 («FINMA-Positionspapier Vertriebsregeln»), abrufbar unter <http://www.finma.ch/d/finma/publikationen/Documents/pos-vertriebsregeln-20120224-d.pdf>; ausführlich dazu auch ROLF H. WEBER, Anlegerschutz durch regulatorisches Enforcement, in: Anlegerschutz im Finanzmarktrecht kontrovers diskutiert, Zürich 2013, S. 319 ff.

¹³⁴Das Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) dient neben der Schaffung einheitlicher Wettbewerbsbedingungen der Verbesserung des Kundenschutzes. Der Erlass enthält für alle Finanzdienstleister Regeln über die Erbringung von Finanzdienstleistungen sowie das Anbieten von Finanzinstrumenten und erleichtert den Kundinnen und Kunden die Durchsetzung ihrer Ansprüche gegenüber Finanzdienstleistern. Seine Regeln orientieren sich in materieller Hinsicht an der EU-Regulierung (MiFID). Dabei wird eine äquivalente, den schweizerischen Gegebenheiten jedoch adäquat angepasste Regelung vorgesehen. Vgl. Erläuternder Bericht FIDLEG/FINIG (Fn. 8), S. 26 ff.

¹³⁵Mit dem FINIG soll die Aufsicht über sämtliche Finanzdienstleister, welche in irgendeiner Form das Vermögensverwaltungsgeschäft betreiben, in einem einheitlichen Erlass geregelt werden.

¹³⁶Diese Regelung erfolgt in Übereinstimmung mit anerkannten internationalen Standards wie den Empfehlungen der G20 und der Weltbank sowie dem EU-Recht. Vgl. Erläuternder Bericht FIDLEG/FINIG (Fn. 8), S. 85. Auch unter der neuen Regelung soll die Ombudsstelle jedoch ausschliesslich als Schlichtungsstelle auftreten und keine Entscheidungskompetenz erhalten. Vgl. Erläuternder Bericht FIDLEG/FINIG (Fn. 8), S. 3 und 19.

¹³⁷Erläuternder Bericht FIDLEG/FINIG (Fn. 8), S. 90 f.

Das Verfahren ist in einer Schiedsordnung zu regeln; der Anspruch in einem fairen, einfachen und raschen Verfahren zu führen (Art. 86 Abs. 2 VE-FIDLEG), was u.a. die paritätische Zusammensetzung des Spruchkörpers unter dem Vorsitz einer unabhängigen Person bedeutet (Art. 86 Abs. 1 VE-FIDLEG). Das Verfahren soll für Kunden kostengünstig oder kostenlos sein. Diese sollen zur Missbrauchsverhinderung das Schiedsgericht anrufen dürfen, nachdem sie in gleicher Sache bei einer anerkannten Ombudsstelle ein Gesuch um Streitbeilegung gestellt und am Verfahren teilgenommen haben.¹³⁸

[Rz 71] Bei der Variante des Prozesskostenfonds (Art. 87 ff. VE-FIDLEG) würde dieser unter bestimmten Voraussetzungen die Prozesskosten von Privatkundinnen und -kunden für Klagen gegen Finanzdienstleister übernehmen. Als Prozesskosten gelten dabei die Gerichtskosten, eine allfällige Parteientschädigung an die Gegenpartei sowie die Kosten einer angemessenen Rechtsvertretung (Art. 93 VE-FIDLEG). Die Privatkundinnen und -kunden haben gemäss VE-FIDLEG auf begründetes Gesuch hin Anspruch auf die *Übernahme ihrer Prozesskosten*, sofern ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint¹³⁹. Aussichtslosigkeit liegt vor, wenn die Verlustrisiken die Gewinnaussichten nicht nur in geringem Masse übersteigen und sich daher eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, bei vernünftiger Überlegung nicht zu einem Prozess entschliessen würde (Bericht S. 95).

[Rz 72] Diesfalls werden sie zudem von allfälligen *Vorschusspflichten* befreit, sofern zudem der Streitwert CHF 1 Mio. nicht übersteigt, sie nicht über ausserordentlich gute finanzielle Verhältnisse verfügen und vor einer anerkannten Schlichtungsbehörde ein Gesuch um Streitbeilegung gestellt haben, das Verfahren aber erfolglos blieb (Art. 92 VE-FIDLEG). In jedem Fall würde ein Gericht über das Gesuch entscheiden. Dieses wäre bei seiner Entscheidung um die Übernahme der Prozesskosten an eine allfällige Einschätzung oder Empfehlung der Ombudsstelle betreffend Prozessaussichten nicht gebunden. Die konkrete Abwicklung und Liquidation der Kosten würde dabei durch den Prozesskostenfonds erfolgen. Der als Spezialfonds des Bundes konzipierte Prozesskostenfonds würde gemäss Vorschlag des Bundesrates primär durch besondere Beiträge der Finanzdienstleister finanziert werden (Art. 89–91 VE-FIDLEG). Gleichzeitig flössen dem Prozesskostenfonds allfällige Parteientschädigungen im Umfang seiner Leistungen zu. Im Falle des Obsiegens der Privatkundin oder des Privatkunden würden dem Prozesskostenfonds nach der Vorstellung des Bundesrats höchstens geringe Kosten entstehen¹⁴⁰.

[Rz 73] Gemäss Art. 103 VE-FIDLEG könnten auch *klageberechtigte Verbände und Organisationen* ein Gesuch um Übernahme der Prozesskosten durch den Prozesskostenfonds stellen. Der Anspruch auf Übernahme der Prozesskosten durch den Prozesskostenfonds wäre grundsätzlich unabhängig von einem allfälligen Anspruch auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und der gerichtlichen Bestellung einer Rechtsbeiständin gemäss Art. 117 ff. ZPO¹⁴¹. Der gesuchstellenden Person stünde gegen einen ablehnenden (oder auch einen die Genehmigung widerrufenen, vgl. Art. 99 Abs. 2 VE-FIDLEG) Entscheid das Rechtsmittel der Beschwerde im Sinne von Art. 319 ff. ZPO offen (Art. 97 VE-FIDLEG).

[Rz 74] In Ergänzung des bisherigen, primär auf der individuellen Rechtsdurchsetzung basie-

¹³⁸Vgl. Erläuternder Bericht FIDLEG/FINIG (Fn. 8), S. 90 ff.

¹³⁹Art. 92 Abs. 1 Bst. b und Erläuternder Bericht FIDLEG/FINIG (Fn. 8), S. 93.

¹⁴⁰Erläuternder Bericht FIDLEG/FINIG (Fn. 8), S. 94 f.; vgl. DOMENIC OLIVER BRAND, Anspruchsdurchsetzung in B2C-Finanzdienstleistungstreitigkeiten, AJP 1/2015, S. 86 ff., 93 ff.

¹⁴¹Erläuternder Bericht FIDLEG/FINIG (Fn. 8), S. 96.

renden Rechts sieht das FIDLEG zudem die spezialgesetzliche Schaffung einer **besonderen Verbandsklage sowie eines Gruppenvergleichsverfahrens** für das Finanzdienstleistungsrecht vor¹⁴². Damit wird bezweckt, das privatrechtliche Rechtsschutzsystem mit zwei Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes zu ergänzen, um insbesondere die Geltendmachung von *Massen-, aber auch von Streuschäden* im Bereich der Finanzdienstleistungen zu verbessern. Der Bundesrat erwähnt beispielhaft die Anlegerschäden im Zuge der Insolvenzen der beiden Finanzinstitute Lehman Brothers Holding Inc. beziehungsweise der ganzen Lehman-Gruppe und der Kaupthing-Gruppe¹⁴³.

[Rz 75] Im Rahmen der Verbandsklage könnten Verbände, Vereine und andere Organisationen in eigenem Namen gegen Finanzdienstleister wegen Verletzung ihrer zivilrechtlichen Pflichten bei der Erbringung von Finanzdienstleistungen klagen¹⁴⁴. Der VE-FIDLEG sieht vor, dass die Verbandsklage stets nur auf Unterlassung, Beseitigung oder Feststellung der Widerrechtlichkeit einer Pflichtverletzung gehen kann, nicht jedoch auf Erstattung geldwerter Leistungen¹⁴⁵. Mit der Feststellung der Widerrechtlichkeit einer Pflichtverletzung würde die Möglichkeit eröffnet, dass die betroffenen Personen gestützt auf einen gutheissenden Entscheid anschliessend an das Verbandsklageverfahren entsprechende Individualklagen erheben könnten. Um diese Möglichkeit offenzuhalten, würde die Verbandsklage auf Feststellung einer Pflichtverletzung die Verjährung für Forderungen aus dieser Pflichtverletzung unterbrechen¹⁴⁶.

[Rz 76] Weiter sieht Art. 105 FIDLEG ein am holländischen Vorbild inspiriertes **Gruppenvergleichsverfahren** vor¹⁴⁷, welches zugleich dem Vorschlag im Bericht des Bundesrats zum kollektiven Rechtsschutz entspricht¹⁴⁸.

VI. Würdigung und Schlussfolgerungen

A. Ausbau des kollektiven Rechtsschutz in der Schweiz — mit Augenmass

[Rz 77] Die Berichte des Bundesrats zum kollektiven Rechtsschutz sowie zum FIDLEG zeigen Lücken und Handlungsbedarf bei den zivilprozessualen Instrumenten zur Geltendmachung von Ansprüchen in Mehrparteienverfahren sowie in Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes auf. Erfahrungen in der Praxis mit der Streitverkündungsklage, aber auch mit objektiver oder subjektiver Klagenhäufung zeigen, dass eine Abstimmung der verschiedenen Parteiinteressen und -vorgehensweisen unter den heutigen prozessualen Gegebenheiten nur erschwert möglich ist¹⁴⁹.

¹⁴²Erläuternder Bericht FIDLEG/FINIG (Fn. 8), S. 100.

¹⁴³Erläuternder Bericht FIDLEG/FINIG (Fn. 8), S. 100.

¹⁴⁴Gemäss Art. 104 und Art. 107 Abs. 3 VE-FIDLEG sind zur Verbandsklage nicht gewinnorientierte Verbände, Vereine und andere Organisationen aktivlegitimiert, die nach ihren Statuten oder ihrer Satzung zur Wahrung der Interessen bestimmter Personengruppen, insbesondere Privatkundinnen und -kunden oder Konsumentinnen und Konsumenten, befugt sind. Wie Privatkundinnen und -kunden sollen sie um Übernahme der Prozesskosten durch den Prozesskostenfonds ersuchen können. Eine Verbandsklage auf Feststellung der Widerrechtlichkeit unterbricht die Verjährung für Forderungen aus der fraglichen Pflichtverletzung.

¹⁴⁵Art. 102 FIDLEG, in Analogie zu Art. 89 ZPO. S. auch Erläuternder Bericht FIDLEG/FINIG (Fn. 8), S. 101 f.

¹⁴⁶Erläuternder Bericht FIDLEG/FINIG (Fn. 8), S. 101 ff. sowie Erläuterungen zu Art. 92.

¹⁴⁷Erläuternder Bericht FIDLEG/FINIG (Fn. 8), S. 102 f.

¹⁴⁸Vgl. dazu oben, Ziff. V.A.

¹⁴⁹So auch der Bericht Kollektiver Rechtsschutz (Fn. 6), S. 19 ff., Ziff. 3.1.4. und oben, Ziff. III.B.3.

Der vom Bundesrat angestrebte Ausbau des kollektiven Rechtsschutzes ist deshalb *grundsätzlich zu befürworten*. Dabei ist anzustreben, die Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes *möglichst einheitlich und mit einem allgemeinen Anwendungsbereich in der ZPO* zu regeln, da dies die Handhabung für die Rechtsanwender vereinfacht und Transparenz sowie Rechtssicherheit schafft. Aus diesem Grund ist beispielsweise eine spezialgesetzliche Regelung der Verbandsklage im FIDLEG abzulehnen. Auch verdienen die von der Europäischen Kommission formulierten Grundsätze zur Umsetzung des kollektiven Rechtsschutzes in der EU Beachtung. Demnach sollen *Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes fair, zügig und nicht übermässig teuer* sein und möglichst zu materiell gerechten Ergebnissen führen. Dabei sollen die aussergerichtliche Streitbeilegung und damit der Rechtsfrieden gefördert werden.¹⁵⁰

[Rz 78] Die EU nimmt bezüglich kollektivem Rechtsschutz eine massvolle Position ein, und auch die europaweit umgesetzten Lösungen zeugen von *Augenmass*. Dieses sollte auch in der Schweiz die Leitschnur sein. Eine resolute Förderung des kollektiven Rechtsschutzes und überschüssende diesbezügliche Regelungen würden der europäischen — und damit auch der schweizerischen — Rechtskultur widersprechen. Solche sind auch nicht erforderlich: Wie die niederländischen Gruppenvergleichsverfahren zeigen, vermögen bereits die durch verbesserte kollektive Wahrnehmung von Forderungen geschaffene prozessuale Potenz, verbunden mit dem solchen Verfahren oft eigenen gesteigerten medialen Interesse, allfällige wirtschaftliche Ungleichgewichte der Prozessparteien zu kompensieren. In einer Diskussion um die Attraktivität der Schweiz als internationalem Forum zur Geltendmachung von Forderungen auf dem Wege des kollektiven Rechtsschutzes sollte mitbeachtet werden, wie sich dessen Ausgestaltung auf die *Schweiz als liberalen Wirtschaftsstandort auswirken* würde. Schon nur aus diesem Grund ist eine Vorreiterrolle der Schweiz bei der Ausgestaltung des kollektiven Rechtsschutzes kritisch zu beurteilen.

[Rz 79] Nachfolgend werden zunächst ausgewählte Instrumente zur Förderung des kollektiven Rechtsschutzes sowie Optionen zur Verbesserung heute bestehender Instrumente der ZPO vor dem Hintergrund der oben aufgeführten Grundsätze untersucht. Anschliessend werden sich daraus ergebene Konsequenzen für die Prozessgestaltung und -leitung aufgezeigt.

B. Prozesskostenverlegung und Prozesskostenfinanzierung

1. Prozesskostenverteilung de lege lata

[Rz 80] In der schweizerischen ZPO ist die Prozesskostenverteilung in Art. 106 ff. ZPO geregelt. Die Prozesskosten (Art. 95 ZPO) werden dabei grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt, wobei im Falle des Nichteintretens und des Klagerückzugs die klagende Partei, bei Anerkennung der Klage die beklagte Partei als unterliegend gilt (Art. 105 Abs. 1 ZPO). Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Abs. 2). Der Grundsatz des *«costs follow the event»* wird heute auch international breit anerkannt¹⁵¹. Für Mehrparteienverfahren sieht Art. 105 Abs. 3 ZPO vor, dass sofern am Prozess mehrere Personen als Haupt- oder Nebenparteien beteiligt sind, das Gericht ihren Anteil an den Prozesskosten be-

¹⁵⁰Vgl. dazu auch die Pressemitteilung der Kommission IP/13/524 vom 11. Juni 2013, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-524_de.htm.

¹⁵¹COLIN YC ONG/MICHAEL PATRICK O'REILLY, *Costs in International Arbitration*, LexisNexis 2013, S. 14 und 67 ff. (m.w.H.).

stimmt. Es kann auf solidarische Haftung erkennen. Von diesem Grundsatz kann das Gericht u.a. abweichen und die Prozesskosten in gewissen Fällen nach Ermessen verteilen, wenn die Klage zwar grundsätzlich, aber nicht in der Höhe der Forderung gutgeheissen wurde und diese Höhe vom gerichtlichen Ermessen abhängig (lit. a), oder die Bezifferung des Anspruchs schwierig war (lit. b). Unnötige Prozesskosten dagegen hat derjenige zu tragen, welcher sie verursacht hat (Art. 108 ZPO).

[Rz 81] Diese flexible Regelung lässt dem Gericht weiten Ermessensspielraum bei der Prozesskostenverteilung und kann ohne weiteres bei Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes zur Anwendung gelangen.

[Rz 82] Die solidarische Haftbarkeit von mehreren Klägern oder Beklagten für die gesamten Prozesskosten kann allerdings in Fällen, wo es an wirtschaftlicher Potenz fehlt und kein Versicherungsschutz das Kostenrisiko abfedert, die Rechtsverfolgung auf dem Wege des kollektiven Rechtsschutzes *übermässig behindern*. Der Bundesrat schlägt deshalb im Bericht zum Kollektiven Rechtsschutz sowie zum FIDLEG verschiedene Instrumente vor, um die Finanzierung von Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes zu verbessern und die hohen Prozesskostenrisiken zu mindern.

2. Einführung von Erfolgshonoraren?

[Rz 83] Sammelklagen sind in den USA stark mit der Ausgestaltung der Anwaltshonorare verknüpft. Solche Verfahren werden häufig durch Geschädigtenanwälte vorfinanziert, welchen dabei die Aussicht auf ein regelmässig 25—40% des erstrittenen Schadenersatzes betragendes Erfolgshonorar (*contingency fees*) winkt¹⁵². Die *contingency fees* müssen dabei im Zusammenhang der Kostenregelung des US-amerikanischen Rechtssystems gesehen werden: Im amerikanischen Zivilprozess tragen die Parteien ihre Kosten selbst, und zwar auch dann, wenn sie vollständig obsiegen («American Rule»). Im Falle eines prozessualen Misserfolgs muss die klagende Partei somit allein die Kosten ihrer eigenen Rechtsvertretung, nicht aber eine Prozessentschädigung an die siegreiche Gegenpartei tragen. Das so verbleibende Kostenrisiko kann über die Vereinbarung eines reinen Erfolgshonorars auf den Rechtsvertreter überwältzt werden, der das Verfahren als «Investition» betrachtet und dafür regelmässig eine weitgehende Kontrolle über den Fall beansprucht («*entrepreneurial lawyering*»)¹⁵³. Kommt hinzu, dass aufgrund der bekannten *punitive damages* bzw. *treble damages* die Erfolgshonorare im Falle des Obsiegens so erheblich ausfallen¹⁵⁴, dass Anwaltskanzleien als eigentliche DrittfINANZIERER fungieren und dabei auch prozes-

¹⁵²Vgl. auch KÖLZ (Fn. 5), S. 872.

¹⁵³DROESE (Fn. 97), S. 123.

¹⁵⁴*Punitive Damages* sind ein Rechtsinstitut des US-amerikanischen Deliktsrechts (vgl. etwa RENÉ PYKO, *Punitive Damages* — Missbrauch und Exzess, PHi 2/2002, S. 54 ff.) und bezwecken, *besonders verwerfliches Verhalten* — hinterhältiges Handeln, rücksichtsloses Gewinnstreben oder anderes besonders sozialschädliches Verhalten — zu bestrafen. Sie stellen damit eine *zivile Pönale* dar, wobei sie den effektiv verursachten Schaden regelmässig bei weitem übersteigen. Die bekanntesten *Punitive Damages*-Prozesse betreffen die Tabakindustrie, Umweltschäden wie die von der Exxon Valdez 1989 verursachte Umweltkatastrophe sowie die Autoindustrie. Exxon wurde im Jahr 2001 durch ein US-Gericht zu *Punitive Damages* in der Höhe von US\$ 5 Mrd. verurteilt. Allerdings wurde dieser Entscheid durch ein US Bundesgericht aufgehoben und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen. Vgl. «Alaska court to reconsider \$4B Exxon Valdez damage award», *Houston Business Journal*, 25. August 2003. Im «Ford Pinto»-Fall aus dem Jahr 1981 wurde Ford zu *Punitive Damages* in Millionenhöhe verurteilt, da die Unternehmung trotz Wissen um einen Konstruktionsfehler mit Todesrisiko für den Fahrer aus Kostengründen einen Produkterückruf unterlassen hatte. In der Folge kamen verschiedene Fahrer ums Leben, da sich der Benzintank bei Verkehrsunfällen sofort entzündete. Besonders schwer wog für das Gericht, dass die Unternehmung das Gewinnstreben über das Wohl der

suale Rückschläge finanziell verkraften können.

[Rz 84] Dieser Ansatz der Prozessfinanzierung ist nicht unproblematisch. Nach der in der Schweiz vorherrschenden Auffassung steht der Anwalt bei reinen Erfolgshonoraren in einem Interessenkonflikt, wenn es darum geht, seinen Klienten zu beraten, z.B. ob er klagen soll, welchen Schaden er dabei geltend machen und wann bzw. bei welchem Betrag er einen Vergleich eingehen soll¹⁵⁵.

[Rz 85] Reine Erfolgshonorare zur Prozessfinanzierung sind in der Schweiz systemfremd und zur Verhinderung der Prozesstreiberei sowie zur Vermeidung von Interessenkonflikten zwischen Rechtsvertreter und Klientschaft auch im Kontext des kollektiven Rechtsschutzes abzulehnen.

3. Förderung der Prozesskostenfinanzierung

[Rz 86] Der Bundesrat schlägt zur Förderung des kollektiven Rechtsschutzes unter anderem das Inzentivieren der Prozessfinanzierung durch Dritte vor¹⁵⁶. Diese gewinnt in Europa an Bedeutung¹⁵⁷ und stellt grundsätzlich ein taugliches Instrument dar, um Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes zu finanzieren.

[Rz 87] Dennoch sei vor übertriebenen Hoffnungen in dieses Instrument gewarnt: Professionelle Prozessfinanzierer verlangen regelmässig, dass vor der Prüfung des Finanzierungsantrags der Prozesstoff weitgehend aufgearbeitet ist, was teilweise sogar ausformulierte Rechtsschriften nebst zusammengestellten Beweismitteln voraussetzt. Die Vorfinanzierung zur Prüfung der Prozesschancen liegt damit bei den Finanzierungssuchenden, was die kollektive Rechtsdurchsetzung kaum beflügeln würde¹⁵⁸.

[Rz 88] Der vorsichtige Ansatz der Prozessfinanzierungsgesellschaften bewirkt jedoch, dass die realistische Einschätzung der Prozesschancen und nicht die Verlockung potentiell hoher Schadenersatzzahlungen über das Führen eines Prozesses entscheidet, was zu begrüssen ist.

4. Einführung eines Prozesskostenfonds bzw. Einsatz der Schiedsgerichtsbarkeit in Finanzdienstleistungsstreitigkeiten?

[Rz 89] Der Vorschlag der Bildung eines Prozesskostenfonds im Entwurf zum FIDLEG überzeugt dagegen nicht. Es widerspricht nach der hier vertretenen Auffassung dem Grundsatz der prozessualen Fairness, wenn Beklagte den Prozess der Gegenparteien unabhängig vom Ausgang des Verfahrens weitgehend oder vollumfänglich finanzieren müssen. Eine solche schematische Regelung lässt sich mit dem wirtschaftlichen Ungleichgewicht der Parteien nicht begründen, können doch auch Geschädigte wie Pensionskassen, andere Finanzdienstleister wie Banken oder *Hedge Fonds* durchaus finanzkräftig sein. Bei kleineren Finanzdienstleistern, welche dem FIDELEG unterstehen, dürfte zudem oftmals kein solches Ungleichgewicht bestehen. Auch in den Fällen von

Käufer und Autolenker stellte. Weitere Beispiele finden sich bei VITO ROBERTO, Haftungsrisiken bei Geschäftsbeziehungen mit den USA, in: Haftungs- und Versicherungsrechtstagung 2003, Tagungsbeilage, S. 148 f.; JOACHIM ZEKOLL, Liability for Defective Products and Services, Am. J. Comp. L., Ausgabe Herbst 2002, S. 151; KAI SIMON, Besonderheiten von Gruppenvergleichen — Eine Darstellung anhand des Sulzer Medica-Falls, Phi 5/2002, S. 186 ff.).

¹⁵⁵So auch das Bundesgericht in BGE 130 III 87, 91—93, insb. E. 4.1. — A.M. HABERBECK (Fn. 5), S. 4, Ziff. 3.1.

¹⁵⁶Bericht Kollektiver Rechtsschutz (Fn. 6), S. 43 ff.

¹⁵⁷Vgl. etwa MARCEL WEGMÜLLER, Prozessfinanzierung in der Schweiz: Bestandesaufnahme und Ausblick, HAVE 2013 S. 235 ff.

¹⁵⁸Bericht Kollektiver Rechtsschutz (Fn. 6), S. 56.

Art. 86 des Bundesgesetzes über die kollektiven Kapitalanlagen (KAG) und Art. 105 des Bundesgesetzes über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (FusG) ist deshalb keine automatische Kostentragung durch den Finanzdienstleister bzw. die beklagte Gesellschaft vorgesehen¹⁵⁹. Weiter ist nicht einzusehen, weshalb die Konsumenten von Finanzdienstleistungen gegenüber anderen Konsumenten bevorzugt werden sollen¹⁶⁰. Das wirtschaftliche Ungleichgewicht zwischen den Anspruchstellern und dem Finanzdienstleister (soweit überhaupt bestehend) kann überdies im Einzelfall durch die Kollektivität der klägerischen Parteien ganz oder teilweise ausgeglichen werden¹⁶¹.

[Rz 90] Der Vorschlag überzeugt aus einem weiteren Grund nicht. Auch wenn bei den Voraussetzungen zur Inanspruchnahme des vorgeschlagenen Prozesskostenfonds ein strenger Aussichtslosigkeitsbegriff angewendet werden soll, würde dabei querulatorischer und missbräuchlicher Prozessführung Tür und Tor geöffnet. Zwar verweist der Bundesrat bezüglich Aussichtslosigkeitsbegriff auf BGE 138 III 217 E. 2.2.4.¹⁶² Dies vermag die Problematik jedoch kaum entschärfen. Mit Art. 117 ff. ZPO wird der als verfassungsrechtliche Minimalgarantie in Art. 29 Abs. 3 der Schweizerischen Bundesverfassung (BV) verankerte Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung auf Gesetzesstufe geregelt. Im Anwendungsbereich der Zivilprozessordnung sind damit seit Einführung der schweizerischen ZPO Art. 117 ff. ZPO massgebend¹⁶³. Das Bundesgericht umschreibt die Aussichtslosigkeit wie folgt: *«Als aussichtslos sind demnach Begehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde. Eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie nichts kostet. Ob im Einzelfall genügende Erfolgsaussichten bestehen, beurteilt sich aufgrund einer vorläufigen und summarischen Prüfung der Prozessaussichten, wobei die Verhältnisse im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs massgebend sind.»*¹⁶⁴

[Rz 91] Die Gerichtspraxis ist bei der Bejahung der Aussichtslosigkeit sehr zurückhaltend. Dies zeigt sich etwa im Bereich der Kostenübernahmepflicht von Rechtsschutzversicherungen, welche nach demselben Massstab wie die unentgeltliche Rechtspflege beurteilt wird. So hat das Bundesgericht im BGE 119 II 368, 374 E. 4 in praxisfremder Art und Weise eine Forderung selbst dann als nicht aussichtslos beurteilt, als diese bereits verjährt war¹⁶⁵. Mit dem Verweis auf die übliche Formulierung des Bundesgerichts setzt der Bundesrat deshalb für den Aussichtslosigkeitsbegriff

¹⁵⁹S. nachstehend, Ziff. VI.D.3.c.

¹⁶⁰Zum gleichen Schluss kommt der SAV in seiner Vernehmlassung an das Eidgenössische Finanzdepartement vom 17. Oktober 2014, S. 6 Ziff. 5.

¹⁶¹S. dazu auch oben, Ziff. II.B. *in fine*.

¹⁶²Erläuternder Bericht FIDLEG/FINIG (Fn. 8), S. 95.

¹⁶³BGE 138 III 217, 218, E. 2.2.3.

¹⁶⁴BGE 138 III 217, 218, E. 2.2.4.

¹⁶⁵Das Bundesgericht führte dazu aus: *«Verweigert ein Schuldner die Leistung, hat er damit die Verjährung noch nicht geltend gemacht. Allerdings erscheint es in der Tat in der Regel unwahrscheinlich, dass ein Schuldner, der im Vorfeld eines Prozesses jede Leistung verweigert, sich im Prozess nicht auf die Verjährung berufen wird. Indessen sind Ausnahmen durchaus vorstellbar. Insbesondere braucht mit der Berufung auf die Verjährung durch eine Versicherung nicht gerechnet zu werden, wenn diese für den entsprechenden Schaden rückversichert ist und die Rückversicherung ihrerseits auf die Einrede der Verjährung gegenüber dem Versicherten verzichtet hat.»*

gerade keinen strengen Massstab. Die Erfahrung des Autors zeigt denn auch, dass klägerische Parteien in von Rechtsschutzversicherungen getragenen oder durch unentgeltliche Rechtspflege finanzierten Haftpflichtprozessen regelmässig erheblich höhere Risiken eingehen, als sie dies bei eigenem Kostenrisiko tun würden. Dabei dürfte die Idee, man habe ja nichts zu verlieren und könne bei genügend Druck nur gewinnen, eine nicht unerhebliche Rolle spielen. Nach der hier vertretenen Ansicht wäre es deshalb störend, wenn Finanzdienstleister Gerichtsverfahren gegen sich finanzieren müssten, welche zwar an Aussichtslosigkeit grenzen, jedoch aus Hoffnung auf einen Vergleich zur Vermeidung eines für den Finanzdienstleister aufwändigen Verfahrens eingereicht wurden. Dies wäre umso störender, als ohnehin das Mittel der unentgeltlichen Rechtspflege (Art. 117 ff. ZPO) zur Verfügung stehen und zudem im Rahmen der Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes durchaus die Möglichkeit bestehen würde, die finanziellen Ressourcen der Anspruchsteller zu poolen. Nur wenn für klägerische Parteien ein Kostenrisiko besteht, wird realistischerweise die Gefahr von missbräuchlichen Klagen zurückgebunden. Kommt hinzu, dass durch eine *Teilklage* das Kostenrisiko für den einzelnen Kläger zusätzlich tief gehalten werden kann. Das Eingehen eines eigenen Kostenrisikos kann deshalb regelmässig als «Lackmus»-Test hinsichtlich der Ernsthaftigkeit einer prozessualen Rechtsverfolgung erachtet werden. Hier wäre zu prüfen, für Streitigkeiten im Finanzsektor eine Regelung analog der Praxis unter der alten bernischen Zivilprozessordnung vom 7. Juli 1918 vorzusehen, welche die hälftige Bevorschussung der Gerichtskosten durch die Parteien kannte. Sofern zudem eine Partei das Gerichtsverfahren durch ihre Prozessführung übermässig zeit- und kostenaufwendig gestaltet, kann dies unter geltendem Recht nach Art. 107 Abs. 1 lit. a und b ZPO sanktioniert werden.

[Rz 92] Dagegen verdient die Einführung einer (institutionellen) Schiedsgerichtsbarkeit zur Beilegung von Streitigkeiten im Finanzsektor als Option zu den staatlichen Gerichten näherer Prüfung. Auf internationaler Ebene bestehen diverse solcher Schiedsinstitutionen, wie etwa das London City Disputes Panel, die EuroArbitration mit Sitz in Paris, oder das 2012 eröffnete P.R.I.M.E.-Finance Panel mit Sitz in Den Haag¹⁶⁶. Ständige Schiedsgerichte bieten gegenüber staatlichen Gerichten den Vorteil der Schnelligkeit, der Vertraulichkeit, der Sachkunde sowie der Fremdsprachenkenntnisse¹⁶⁷. Dies gilt jedoch weniger für Einzelklagen von Konsumenten gegenüber Finanzdienstleistungsunternehmen, für welche diese Verfahren oftmals zu kostspielig und zu komplex sein dürften¹⁶⁸. Ein weiterer möglicher Nachteil der Schiedsgerichtsbarkeit im Konsumentenbereich ist die Verkürzung des Instanzenzuges. Die reichhaltige Praxis des Bundesgerichts zu Verfahrensfragen im Bereich der Sportschiedsgerichtsbarkeit zeigt allerdings, dass auch Schiedsgerichte die verfassungsmässigen prozessualen Rechte der Parteien zu wahren haben¹⁶⁹.

¹⁶⁶Solche Verfahren sind allerdings auf internationaler Ebene in der Minderheit. So ergab eine Studie der Queen Mary Universität, London aus dem Jahr 2013, dass zwar 56% der internationalen Dispute im Energie- und 62% im Bausektor in Schiedsverfahren ausgetragen werden. Im Finanzbereich dagegen werden 82% der internationalen Streitigkeit von staatlichen Gerichten entschieden. Vgl. JAMES FREEMAN, *The Use of Arbitration in the Financial Services Industry*, *Business Law International*, Januar 2015, S. 77 ff.); WEBER, *Anlegerschutz* (Fn. 133), S. 330; BRAND (Fn. 140), S. 100 ff.

¹⁶⁷BERNHARD BERGER/Franz KELLERHALS, *Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, Bern 2006, §1 N 22 ff.

¹⁶⁸WEBER, *Anlegerschutz* (Fn. 133), S. 330 f.

¹⁶⁹Vgl. dazu die reichhaltige Bundesgerichtspraxis zu Sportentscheiden, z.B. Urteil des Bundesgerichts 4P.172/2006 vom 22. März 2007 (Cañas); FRANK OSCHÜTZ, *Bundesgericht hebt erstmals Schiedsspruch des TAS/CAS auf*, in: Jusletter 4. Juni 2007; ULRICH HAAS / JUDITH KÖPPEL, *Abwehransprüche des Sportlers gegen (angeblich rechtswidriges) Verbandsverhalten vor dem Court of Arbitration for Sport (CAS/TAS)*, in: Jusletter 16. Juli 2012; LOUIS GAILLARD, *Le pouvoir d'examen du juge étatique en présence d'une convention d'arbitrage*, in: Jusletter 4. März 2013.

Um das Vertrauen in die Institution zu stärken, wäre vorliegend zu prüfen, ob die Schiedsrichter nicht stets allesamt von einer paritätisch zusammengesetzten Kommission ernannt werden sollten¹⁷⁰. Dabei wäre im institutionellen Rahmen sicherzustellen, dass bei gleichartigen Tatsachen oder Rechtsgründen weitere Parteien dem Schiedsverfahren als Partei *beitreten* oder mehrere Schiedsverfahren gegen dieselbe beklagte Partei *vereinigt* werden können¹⁷¹.

[Rz 93] Aufgrund des Gesagten ist die Variante Prozesskostenfonds abzulehnen und mit dem Bundesrat die *Schiedsgerichtslösung* im Sinne einer Wahloption zu Gunsten der Privatkundinnen und Privatkunden zu favorisieren. Gerade bei tieferen Streitwerten (z.B. unter CHF 1 Mio.) sollte allerdings ein rasches und einfaches Verfahren zur Verfügung gestellt werden, welches zum Beispiel die Swiss Rules of International Arbitration 2012 in Art. 42 mit dem *beschleunigten Verfahren* vorsehen und es auch dem Bundesrat vorschwebt¹⁷². Dabei ist die Einrichtung eines institutionelles Schiedsgerichts zur Behandlung von Streitigkeiten zwischen Privatkunden und Finanzdienstleistern zu prüfen, welches durch Beiträge der Finanzdienstleister und des Staates subventioniert sowie durch die das Schiedsgericht anrufenden Parteien finanziert wird. Bezüglich Parteikostenverlegung wird auf das oben in Ziff. VI.B. Gesagte verwiesen.

C. Stärkung der Möglichkeiten zur vorprozessualen Beweisabnahme

[Rz 94] Mehrparteienverfahren und Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes sind aufgrund der Mehr- oder Vielzahl der beteiligten Parteien komplex und damit tendenziell aufwändig und teuer. Zur erfolgreichen Durchsetzung von Forderungen auf dem Weg des kollektiven Rechtsschutzes bedarf es einerseits eines *berechtigten Anspruchs*, was eine Frage des materiellen Rechts ist, und andererseits der *geeigneten prozessualen Instrumente* zur Rechtsdurchsetzung. Sind diese Voraussetzungen einmal vorhanden, dürften sich ohne weiteres Strukturen herausbilden, um Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes zu finanzieren und erfolgreich zu führen¹⁷³. Mithin kommt der vorprozessualen Abklärung der Prozesschancen eine grosse Bedeutung zu. Um diese effektiver auszugestalten, könnten folgende Massnahmen in Betracht gezogen werden:

¹⁷⁰Dies steht zwar im Gegensatz zu diversen gängigen Schiedsordnungen, wo den Parteien das Recht zugestanden wird, je einen Schiedsrichter zu ernennen und die Schiedsinstitution allenfalls den oder die Vorsitzende(n) des Schiedsgerichts sowie dann weitere Schiedsrichter ernannt, falls dies die Parteien nicht, oder nicht gemäss Schiedsordnung, getan haben (vgl. etwa Art. 7 und 8 der Swiss Rules of International Arbitration; Art. 12 ICC Schiedsgerichtsordnung, Art. 8—10 der UNCITRAL Arbitration Rules 2010; Art. DIS-Schiedsgerichtsordnung 1998, §§ 12 und 14 oder Art. 13 SCC Arbitration Rules 2010). Allerdings handelt es sich dabei um Schiedsordnungen, welche auf die Schiedsgerichtsbarkeit im Wirtschaftsbereich ausgerichtet sind, und nicht auf die Beilegung von Streitigkeiten fachkundiger Konsumenten (eine Ausnahme bilden die AAA Consumer Arbitration Rules 2014, welche in R-15 und 16 das oben beschriebene Ernennungsverfahren vorsehen).

¹⁷¹Dies ist etwa unter Art. 4 Swiss Rules of International Arbitration bzw. Art. 7 ff. der ICC Rules nur beschränkt möglich.

¹⁷²So sieht Art. 42 Swiss Rules of International Arbitration u.a. die Behandlung durch einen Einzelschiedsrichter, einen einfachen Schriftenwechsel, sowie den Erlass des Schiedsspruchs innert 6 Monaten vor. Vgl. auch Erläuternder Bericht FIDLEG/FINIG, S. 19.

¹⁷³Vgl. bezüglich Prozessfinanzierung auch oben, Ziff. VI.B.3.

1. Ausdehnung des Anwendungsbereichs der vorsorglichen Beweisabnahme (Art. 158 ZPO) im Bereich des kollektiven Rechtsschutzes

[Rz 95] Unter der geltenden ZPO können im Vorfeld eines Klageverfahrens prozessrelevante Beweismittel über ein Verfahren der vorsorglichen Beweisabnahme gemäss Art. 158 ZPO gesichtet und evaluiert werden. Nach Art. 158 Abs. 1 lit. a und b ZPO nimmt das Gericht jederzeit Beweis ab, wenn das Gesetz einen entsprechenden Anspruch gewährt oder der Gesuchsteller eine Gefährdung der Beweismittel oder ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht. Die Gesuchstellerin, die sich auf Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO stützt, muss daher glaubhaft machen, dass ein Sachverhalt vorliegt, gestützt auf den ihr das Recht *einen konkreten materiell-rechtlichen Anspruch* gegen die Gesuchsgegnerin gewährt, und zu dessen Beweis das abzunehmende Beweismittel dienen kann¹⁷⁴.

[Rz 96] Das Institut der vorsorglichen Beweisführung ermöglicht damit die zeitliche Vorverlegung der Beweisabnahme¹⁷⁵. Das Verfahren richtet sich nach den Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen¹⁷⁶. Hierbei besteht die Besonderheit, dass der Gesuchsteller nur einen gesetzlichen Anspruch¹⁷⁷ oder eine Gefährdung der Beweismittel bzw. ein schutzwürdiges Interesse¹⁷⁸ und nicht bereits die wahrscheinliche Begründetheit des Hauptanspruchs glaubhaft machen muss¹⁷⁹. In dessen Rahmen kann auch eine *Streitverkündung* erfolgen¹⁸⁰, was in Mehrparteiverhältnissen von Nutzen ist. Anders als die vorsorglichen Massnahmen setzt die vorsorgliche Beweisaufnahme gemäss Art. 158 ZPO nicht zwingend Dringlichkeit voraus.

[Rz 97] Das Verfahren wird durch ein Gesuch eingeleitet¹⁸¹. Der Gegenpartei wird Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben, sofern keine besondere Dringlichkeit, insbesondere keine Vereitelungsgefahr vorliegt¹⁸². Entspricht das Gericht dem Gesuch um vorsorgliche Beweisabnahme, so erlässt es seine Beweisanordnung und lädt beide Parteien zur Beweisabnahme vor¹⁸³. Sofern die

¹⁷⁴BGE 140 III 16 E. 2.2.2 S. 19; BGE 138 III 76 E. 2.4.2 S. 81; Urteil des Bundesgerichts 4A_604/2013 vom 25. April 2014, E. 2.1.2. WALTER FELLMANN, in: Thomas Suter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich 2013, Art. 158 N 19.

¹⁷⁵Vgl. etwa FELLMANN (Fn. 174), Art. 158 N 6; MARK SCHWEIZER, Vorsorgliche Beweisabnahme nach schweizerischer Zivilprozessordnung und Patentgesetz, Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht, Nr. 21/22 2010, S. 3 ff.).

¹⁷⁶Art. 158 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 261 ff. ZPO.

¹⁷⁷Art. 158 Abs. 1 lit. a ZPO.

¹⁷⁸Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO; zum schutzwürdigen Interesse gemäss Art. 158 ZPO vgl. ausführlich ISAAK MEIER, Vorsorgliche Beweisführung zur Wahrung eines schutzwürdigen Interesses, SJZ 2014, S. 309 ff.

¹⁷⁹Vgl. FELLMANN (Fn. 174), Art. 158 N 23. — Das Bundesgericht hat das schutzwürdige Interesse in einer Reihe von Entscheiden konkretisiert und den Anspruch auf vorsorgliche Beweisabnahme gemäss Art. 158 ZPO etwa in folgenden Fällen verneint: BGE 138 III 76 (fehlender Nachweis der Voraussetzungen einer Teilnahmehandlung gemäss Art. 66 lit. d PatG, auf welche die Gesuchstellerin ihren Anspruch aus «mittelbarer Patentverletzung» vornehmlich gestützt hatte); Urteil des Bundesgerichts 4A_317/2014 vom 17. Oktober 2014 (ungenügende Substanziierung des Tatsachenfundaments beim Gesuch um Einholen eines Gutachtens), BGE 140 III 16. 20 E. 2.2.2 und 27 E. 3.3.1.3 (kein schutzwürdiges Interesse an einer vorsorglichen Beweisführung, wenn es der gesuchstellenden Partei lediglich darum geht, ein bereits vorliegendes, beweistaugliches Gutachten mit einem weiteren Gutachten in Frage zu stellen); sowie Urteil des Bundesgerichts 4A_589/2013 vom 10. April 2014, E. 2.5 (die Partei, die um die vorsorgliche Erstellung eines Gutachtens ersucht, hat kein schutzwürdiges Interesse, wenn bereits ein Gutachten vorliegt, das in einem anderen Verfahren erstellt wurde (mit Verweis auf BGE 140 III 24, 27 E. 3.3.1.3)).

¹⁸⁰BK-GROSS/ZUBER (Fn. 25), Art. 78 N 13 ff.; TANJA DOMEJ, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich 2014, N 6 zu Art. 78 ZPO.

¹⁸¹Art. 252 ZPO.

¹⁸²Art. 265 Abs. 1 ZPO.

¹⁸³Vgl. FELLMANN (Fn. 174), Art. 158 N 26 f.

Anspruchsvoraussetzungen glaubhaft gemacht werden, können im Rahmen der vorsorglichen Beweisabnahme alle Beweismittel abgenommen werden, allerdings wohl mit *Ausnahme der Parteibefragung und Beweisaussage*¹⁸⁴.

[Rz 98] Die Verfahrenskosten trägt die gesuchstellende Partei. Gemäss neuerer bundesgerichtlicher Rechtsprechung hat zudem die Gesuchsgegnerin bei Gutheissung des Gesuchs Anspruch auf eine Parteientschädigung — unter Vorbehalt der Rückforderung im Falle des Obsiegens im Hauptprozess¹⁸⁵. Zudem hat das Bundesgericht im Urteil des Bundesgerichts 4A_589/2013 vom 10. April 2014 klargestellt, dass in Verfahren gemäss Art. 158 ZPO keine unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren sei. Dem Gesuchsteller drohe im Verfahren um vorsorgliche Beweisabnahme zur Abklärung von Prozessaussichten nach Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO kein Rechtsverlust, wenn ihm die vorsorgliche Abnahme des begehrten Beweises verweigert werde, stünden in diesem Verfahren doch keine (materiell-rechtlichen) Rechte und Pflichten der Parteien zur Beurteilung (E. 3.3.3.). Damit bestehe kein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege (E. 3.3.4.).

[Rz 99] Ohne ein aufwändiges *pre trial discovery*-Verfahren US-amerikanischer Provenienz einführen zu wollen, stellt sich dennoch die Frage, ob die vorprozessuale Sachverhaltsfeststellung im Rahmen von Art. 158 ZPO im Vorfeld von potentiellen Verfahren Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes *nicht extensiver zugelassen* werden sollte, um Informationsdefizite zwischen den Parteien auszugleichen und eine bessere Einschätzung der Prozesschancen zu ermöglichen, dies insbesondere nach Bejahung des Anspruchs der Gesuchsgegnerin auf Parteikostenersatz. Dabei wären bei entsprechendem Interessennachweis sämtliche Beweismittel der ZPO, mithin auch die Parteibefragung und Beweisaussage, zuzulassen. Gerade im Kontext aufwändiger und komplexer Kollektivverfahren würde eine erweiterte vorsorgliche Beweisabnahme aussichtslosen Verfahren vorbeugen und vorprozessuale Vergleiche (auch Gruppenvergleiche) und damit die auch angestrebte aussergerichtliche Streitbeilegung fördern¹⁸⁶. Schliesslich wären sie auch geeignet, den Prozessstoff frühzeitig zusammenzutragen und den Parteien damit eine sorgfältige Prozessführung sowie dem Gericht eine proaktive Verfahrensplanung zu ermöglichen (vgl. dazu auch Ziff. VI.E. nachstehend). Um der Gefahr des verpönten «Ausforschungsbeweises»¹⁸⁷ entgegenzuwirken, könnten umso strengere Anforderungen an den Interessennachweis und damit an die Zulässigkeit von beantragten Beweismassnahmen gestellt werden, je extensiver diese gestellt werden¹⁸⁸.

¹⁸⁴Vgl. HANS SCHMID, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), *Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung*, Zürich 2014, Art. 158 N 5 ZPO; FELLMANN (Fn. 174), Art. 158 N 30 m.w.H.

¹⁸⁵Urteil des Bundesgerichts 4D_54/2013 vom 6. Januar 2014, E. 3.6.

¹⁸⁶Ein solches umfassendes Instrument der vorprozessualen Beweisabnahme ist z.B. US Federal Act 28 U.S.C. § 1782 re. Aid in Foreign or International Proceedings, gemäss welchem bei Glaubhaftmachen eines bevorstehenden Gerichtsverfahrens z.B. eine US Tochtergesellschaft einer nichtamerikanischen Gesellschaft angehalten werden kann, an einer vorprozessualen Beweisabnahme mitzuwirken. Vgl. etwa MARKUS MÜLLER-CHEN, *The Use of Evidence Obtained in US-American Discovery in International Civil Procedure Law and Arbitration in Switzerland*, ASA-Bulletin (2009), Nr. 2, S. 197 ff.; LUKAS WYSS, *Vorsorgliche Massnahmen und Beweisaufnahme — die Rolle des Staatlichen Richters bei Internationalen Schiedsverfahren aus Schweizer Sicht*, Die neue Zeitschrift für Schiedsverfahren (SchiedsVZ), 9/2011, S. 194 ff.; DERS., *Trends in Documentary Evidence and Consequences for Pre-arbitration Document Management*, International Arbitration Law Review (Int. Arb.L.R.), 3/2010, S. 111—125. — Vgl. auch MEIER, welcher für einen erweiterten Einsatzbereich des von Art. 158 ZPO, insbesondere auch zu Gunsten der Gesuchsgegnerin, plädiert (vgl. MEIER [Fn 178]).

¹⁸⁷S. dazu etwa MEIER (Fn 178), S. 314, 316.

¹⁸⁸Im Bereich der Dokumentenherausgabe hat sich im Bereich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit ein breit anerkannter Standard herausgebildet. So sehen die IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration 2010 in Art. 3 vor: «(1) Within the time ordered by the Arbitral Tribunal, any Party may submit to the Arbitral Tribunal and to the other Parties a Request to Produce. (2) A Request to Produce shall contain:(a) (i) a description of each re-

2. Verbessertes Auskunftsrecht gemäss VE-FIDLEG

a. Die Regelung gemäss VE-FIDLEG

[Rz 100] Der VE-FIDLEG sieht verschiedene Massnahmen zur Verbesserung der Informationsbeschaffung durch die Privatkundinnen und -kunden vor. Aufgrund der *Dokumentations- und Rechenschaftspflicht* gemäss Art. 15 f. VE-FIDLEG hat der Finanzdienstleister die über die Kunden erhobenen und an sie abgegebenen Informationen sowie die vereinbarten und erbrachten Leistungen schriftlich festzuhalten. Bei der Anlageberatung und Vermögensverwaltung sind darüber hinaus die Bedürfnisse der Kunden und die Gründe für Empfehlungen zum Erwerb oder zur Veräusserung — nicht aber zum Halten — von Finanzinstrumenten zu dokumentieren. Zu den Dokumenten gemäss Art. 72 VE-FIDLEG gehören insbesondere die Basisdokumente des Bankvertrages, Kontoauszüge, Vermögensausweise, Transaktionsabrechnungen, das Risikoprofil und Aufzeichnungen der Bank zu diesem sowie über Kundenkontakte, wie Telefon- und Gesprächsnotizen. Eine Kopie der Dokumentation ist der Kundin abzugeben¹⁸⁹.

[Rz 101] Da es den Kundinnen und Kunden regelmässig schwer fällt, dem Finanzdienstleister in einem Gerichtsverfahren eine Pflichtwidrigkeit nachzuweisen, sieht der VE-FIDLEG einen jederzeitigen Anspruch auf *kostenlose Herausgabe einer Kopie des gesamten Kundendossiers* und von allen weiteren sie betreffenden Dokumenten vor (Art. 72 Abs. 1 VE-FIDLEG). Dies erlaubt den Kunden, die Chancen und Risiken eines Gerichtsverfahrens besser abzuschätzen und die Haftungsvoraussetzungen im Prozess besser zu substantiieren. Der Herausgabeanspruch ist gerichtlich durchsetzbar (Art. 73 Abs. 4 VE-FIDLEG). Die Weigerung des Finanzdienstleisters kann zudem im Schadenersatzprozess vom Gericht bei der Verlegung der Prozesskosten berücksichtigt werden (Art. 73 Abs. 5 VE-FIDLEG).

[Rz 102] Zudem trägt der Finanzdienstleister gemäss Art. 74 Abs. 1 VE-FIDLEG die *Beweislast* dafür, dass er seinen gesetzlichen *Informations- und Aufklärungspflichten* nachgekommen ist, was einer diesbezüglichen Beweislastumkehr entspricht. Misslingt nämlich dem Finanzdienstleister der Beweis, den Informations- und Aufklärungspflichten nachgekommen zu sein, wird angenommen, der Kunde oder die Kundin hätte das betroffene Geschäft nicht getätigt, wenn der Finanzdienstleister seinen gesetzlichen Informations- und Aufklärungspflichten nachgekommen wäre (sog. Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens). Dem Finanzdienstleister steht der Gegenbeweis offen.

quested Document sufficient to identify it, or (ii) a description in sufficient detail (including subject matter) of a narrow and specific requested category of Documents that are reasonably believed to exist; in the case of Documents maintained in electronic form, the requesting Party may, or the Arbitral Tribunal may order that it shall be required to, identify specific files, search terms, individuals or other means of searching for such Documents in an efficient and economical manner; (b) a statement as to how the Documents requested are relevant to the case and material to its outcome; and (c) (i) a statement that the Documents requested are not in the possession, custody or control of the requesting Party or a statement of the reasons why it would be unreasonably burdensome for the requesting Party to produce such Documents, and (ii) a statement of the reasons why the requesting Party assumes the Documents requested are in the possession, custody or control of another Party.» (Hervorhebungen hinzugefügt) Vgl. dazu [...]; LUKAS WYSS, Trends in Documentary Evidence and Consequences for Pre-arbitration Document Management, International Arbitration Law Review (Int. Arb.L.R.), 3/2010, S. 111 ff.

¹⁸⁹Vgl. dazu auch BÄRTSCHI (Fn. 5), 480.

b. Beurteilung

[Rz 103] Die Festschreibung der Dokumentationspflichten der Finanzdienstleister sowie der Informations- und Auskunftsrechte der Privatkundinnen und -kunden im FIDLEG ist sachgerecht, obwohl sich diese bereits aus dem Auftragsrecht sowie dem Datenschutzrecht ergeben. So handeln Vermögensverwalter wie auch Anlageberater dann unsorgfältig und damit vertragswidrig, wenn sie die Risikofähigkeit des Kunden missachten, diese nicht über den Investitionsvorschlägen inhärenten Risiken *aufklären*, *weisungswidrig* bzw. entgegen der vereinbarten Anlagestrategie handeln oder Transaktionen ohne sachliche Begründung ausführen, die in einer Reihe von den Kunden übermässig belastenden Gebühren resultieren («*churning*»)¹⁹⁰. Der Vermögensberater hat den Kunden vor Aufnahme des Mandates und regelmässig *während dessen Dauer* über den Verlauf der Investitionen sowie die damit verbundenen oder gegebenenfalls neue Chancen und Risiken *aufzuklären*¹⁹¹. Die im Rahmen der Weisungen von der Bank getroffenen Anlageentscheide bedürfen weder einer vorherigen Einwilligung der Privatkundinnen, noch sind sie genehmigungsbedürftig¹⁹². Das Risikoprofil nebst Anlagestrategie und -zielen werden im Vermögensverwaltungsauftrag schriftlich festgehalten. Entspricht eine Anlage nicht der im Vermögensverwaltungsvertrag festgelegten Strategie oder dem Risikoprofil des Kunden, obliegt es dem Vermögensverwalter, nachzuweisen, dass die Kundin die Anlage auf informierter Basis genehmigt hat¹⁹³.

[Rz 104] Das Auskunftsrecht der Bankkunden ergibt sich dabei aus dem Auftragsrecht (s. sogleich) sowie dem Datenschutzgesetz und wurde vom Bundesgericht auch im Hinblick auf einen anstehenden Prozess bejaht. So hielt es in BGE 138 III 425 fest, ein Bankkunde könne von seiner Bank gestützt auf Art. 8 DSG¹⁹⁴ die Herausgabe der bankinternen Dokumentation (i.c. insbesondere zum Kundenprofil und zum Anlageziel) herausverlangen, obwohl das Auskunftsbegehren (auch) mit Blick auf einen Schadenersatzprozess gestellt worden sei.¹⁹⁵

[Rz 105] Die in Art. 74 VE-FIDLEG vorgesehene Beweislastverteilung bzw. -umkehr dagegen ist abzulehnen. Die Aufklärungs- und Dokumentationsbedürfnisse eines Bankkunden sind vom Regelungsbedarf her vergleichbar mit jenen eines Patienten. Der Arzt hat diesen im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht (Art. 398 Abs. 1 OR) über alles zu informieren, was für diesen von Bedeutung sein kann, was insbesondere dessen Gesundheitszustand, Krankheitsverlauf, Heilungschancen und Risiken einer Therapiemethode, Folgen und Kosten der Krankheit, alternative Vorgehensweisen etc. umfasst¹⁹⁶. Gemäss Art. 400 Abs. 1 OR untersteht der Arzt als Beauftragter zudem einer umfassenden Rechenschaftspflicht, aufgrund welcher der Patient lückenlos und wahrheitsgemäss über die Ausführung des Auftrages zu informieren ist. Um dieser Pflicht zu entsprechen, ist der Arzt gemäss Bundesgericht gehalten, eine Dokumentation seiner ärztlichen Tätigkeiten

¹⁹⁰URS EMCH/HUGO RENZ/RETO ARPAGAU (Hrsg.), Das Schweizerische Bankgeschäft, Zürich 2011, N 1637, sowie Urteil des Bundesgerichts 6B_967/2013 vom 21. Februar 2014, E. 3.2.1.

¹⁹¹Urteil des Bundesgerichts 6B_967/2013 vom 21. Februar 2014, E. 3.2.1; BGE 124 III 155 E. 3a; ALESSANDRO BIZZOZERO, Le contrat de gérance de fortune, Fribourg 1992, S. 105 f.

¹⁹²P. CHRISTOPH GUTZWILLER, Die Genehmigung pflichtwidriger Anlageentscheide der Bank, SJZ 98/2002 117, S. 128.

¹⁹³GUTZWILLER (Fn. 192), S. 128.

¹⁹⁴Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (Datenschutzgesetz, DSG; SR 235.1).

¹⁹⁵LUKAS WIGET/DANIEL SCHOCH, Das Auskunftsrecht nach DSG — eine unkonventionelle Art der Beschaffung von Beweismitteln?, AJP 2010 S. 999 ff., S. 1006; vgl. zur Konkretisierung des Auskunftsrechts gegenüber Banken gestützt auf das DSG (dort allerdings zu Gunsten einer Mitarbeiterin) Urteil des Bundesgerichts 4A_406/2014 vom 12. Januar 2015.

¹⁹⁶WOLFGANG WIEGAND, Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994, S. 197.

sowie der pflegerischen Massnahmen zu erstellen¹⁹⁷. Im Rahmen der Vertragshaftung gemäss Art. 398 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 97 OR hat der Patient den Schaden, die Vertragsverletzung und den adäquaten Kausalzusammenhang zu beweisen. Dem Arzt steht der *Exkulpationsbeweis* offen, da sein Verschulden gemäss Art. 97 Abs. 1 OR vermutet wird¹⁹⁸. Zudem kann sich der Arzt einer Haftung wegen *Aufklärungspflichtverletzung* entziehen, wenn er nachweist, dass der Patient auch bei hinreichender Aufklärung in den Eingriff eingewilligt hätte (hypothetische Einwilligung)¹⁹⁹. [Rz 106] Im Falle *fehlender oder mangelhafter Dokumentation* gewährt das Bundesgericht den Patientinnen und Patienten **Beweiserleichterungen**. Da der Patient das Vorliegen des Behandlungsfehlers bzw. des Kausalzusammenhangs häufig nur aufgrund der Krankengeschichte beweisen kann, deren Führung dem Arzt obliegt, muss die Krankengeschichte vollständig sein²⁰⁰. Eine fehlende oder mangelhafte Dokumentation durch den Arzt führt deshalb zu einer Beweiserleichterung im Sinne einer *Herabsetzung des Regelbeweismasses auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit* beim Nachweis des Behandlungsfehlers²⁰¹.

[Rz 107] Die differenzierte Austarierung von Rechten und Pflichten zwischen Auftraggeberin und Auftragnehmer, wie sie das Bundesgericht im Rahmen der Vermögensverwalter- oder der Arzthaftung vorgenommen hat, trägt der Vielfalt der Lebenssituationen Rechnung und wird den berechtigten Interessen der Parteien besser gerecht als eine einseitige, schematische Beweisla-
stumkehr, wie sie der VE-FIDLEG vorsieht.

D. Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes

1. Verbandsklagen

[Rz 108] Der Bundesrat schlägt vor, die bestehenden verfahrensrechtlichen Mittel insbesondere durch die Erweiterung des Anwendungsbereichs der Verbandsklage auf sämtliche Rechtsgebiete und auch auf Geldansprüche zu verbessern.

[Rz 109] Während eine Ausweitung des funktionalen Anwendungsbereichs von Verbandsklagen durchaus sachlogisch ist²⁰², stellen sich bei der Frage der reparatorischen Geltendmachung von Ansprüchen verschiedene Fragen, wie etwa zur Verfügung über den Anspruch bzw. den individuellen Nachweis eines Schadens in solchen Verfahren (z.B. bei entgangenem Gewinn oder Personenschäden), welche der näheren Untersuchung bedürfen. Weiter fragt sich, ob die Geltendmachung solcher Ansprüche durch Verbände der expliziten Abtretung durch die interessierten

¹⁹⁷So auch Art. 12 der Standesordnung FMH, abrufbar unter www.fmh.ch/fmh/rechtliche_grundlagen/standesordnung.html.

¹⁹⁸Vgl. etwa KATIA CICORIA, Beweislastverteilung und Beweiserleichterung im Arzthaftungsprozess, in: Jusletter 12. April 2010, S. 6 Ziff. 3.1.

¹⁹⁹So das Bundesgericht seit BGE 117 Ib 197 ff., E. 5c in konstanter Rechtsprechung; vgl. auch CICORIA (Fn. 198), S. 18 m.w.H. — Für die Annahme des Einwandes der hypothetischen Einwilligung des Patienten ist *der Wille des betroffenen Patienten in der konkreten Situation* massgebend. Diesen trifft bei der Abklärung des hypothetischen Willens eine Mitwirkungspflicht (BGE 133 III 121 ff., E.4.1.3). Trägt der Patient diesbezüglich nichts Schlüssiges vor, ist nach objektivem Massstab zu prüfen, ob die Ablehnung des Eingriffs vom Standpunkt eines vernünftigen Patienten aus unverständlich gewesen wäre (BGE 133 III 121 ff., E.4.1.3.).

²⁰⁰Urteil des Bundesgerichts 4C.378/1999 vom 23. November 2004, E. 3.3.

²⁰¹Urteil des Bundesgerichts 4C.378/1999 vom 23. November 2004, E. 3.3. und 9; CICORIA (Fn. 198), S. 21. Vgl. zur Beweisproblematik auch BRAND (Fn 140), S. 88 f.

²⁰²Bericht Kollektiver Rechtsschutz (Fn. 6), S. 56.

Parteien bedürfen soll, wie dies im Bericht des Bundesrates vorgeschlagen wird²⁰³.

[Rz 110] Ungeachtet dieser Fragen ist festzuhalten, dass die vorgeschlagene Erweiterung der Verbandsklage zu zusätzlicher Durchschlagskraft verhelfen und damit den kollektiven Rechtsschutz in der Schweiz stärken würde. Dabei könnte bei einer Erweiterung der Verbandsklage auf reparatorische Ansprüche dem Gericht aus Effizienzgründen die Kompetenz zuerkannt werden, solche Ansprüche je nach Komplexität des Falls zuzulassen oder in ein separates Verfahren zur individuellen Geltendmachung zu verweisen²⁰⁴. Hier kann auf die französische «*action de groupe*» verwiesen werden²⁰⁵.

[Rz 111] Eine spezialgesetzliche Regelung der Verbandsklage im FIDLEG drängt sich dagegen nicht auf. Vielmehr ist anzustreben, den Anwendungsbereich der Instrumente der ZPO möglichst weitgehend und einheitlicher zu fassen, da dies Sicherheit in der Rechtsanwendung schafft.

2. Gruppenvergleichsverfahren

[Rz 112] Der Bundesrat schlägt weiter vor, ein Gruppenvergleichsverfahren zur kollektiven Erledigung von Massenschäden durch einen gerichtlich für verbindlich erklärten Vergleich nach dem Vorbild der niederländischen Regelung zu prüfen.²⁰⁶

[Rz 113] Gruppenvergleichsverfahren sind komplex und stellen hohe Anforderungen an die beteiligten Rechtsvertreter und Gerichte. Damit ein Gruppenvergleich eine möglichst weitgehende oder sogar abschliessende Lösung des Streitfalls herbeiführen kann, müssen die Beklagten Fragen der internen Haftungsverteilung klären (Art. 43/44 OR und ggf. Art. 50 sowie 51 OR). Auch fragt sich, wie weiterlaufende — oder erst zukünftige — Verfahren zu behandeln sind. So können bei einer *Opt-in*-Lösung der Gruppenklage nicht am entsprechenden Prozess teilnehmende Geschädigte selbständig Klage erheben, oder der Gruppenvergleich kommt nicht mit allen Beklagten zustande. Diese (und weitere) Fragen müssen bei der Ausarbeitung eines entsprechenden Instruments für die schweizerische Zivilprozessordnung geklärt werden. Im *Common Law* haben sich dabei prozessuale Lösungen herausgebildet, welche im Hinblick auf eine Übernahme von Gruppenvergleichsverfahren in die ZPO näher zu prüfen wären²⁰⁷.

[Rz 114] Gruppenvergleichsverfahren sind angesichts der positiven Erfahrungen in den Niederlanden zur kollektiven Streitbeilegung durchaus *geeignet*. Da sie auf dem Wege der aussergerichtlichen Streitbeilegung erfolgen, wird zudem der Rechtsfrieden gefördert. Deren Einführung in der Schweiz ist deshalb zu befürworten. Allerdings sollte dies über eine allgemeine Regelung in der ZPO und nicht über Spezialgesetze wie das FIDLEG geschehen.

²⁰³Bericht Kollektiver Rechtsschutz (Fn. 6), S. 26. — Dies im Gegensatz zur Sammelklage österreichischer Prägung (Bericht, S. 17 f., Ziff. 3.1.3 und S. 26), der Abschöpfungsansprüche von Verbraucherverbänden im deutschen Kartell- und Lauterkeitsrecht sowie der französischen Verbandsklage (Bericht Kollektiver Rechtsschutz, S. 25.).

²⁰⁴Diese Regelung ist von der StPO her bekannt, welche der geschädigten Person in Art. 120 die Möglichkeit eröffnet, zivilrechtliche Ansprüche aus der Straftat als Privatklägerschaft adhäsionsweise im Strafverfahren geltend zu machen. Das Gericht kann jedoch die Zivilklage nur dem Grundsatz nach entscheiden und sie im Übrigen auf den Zivilweg verweisen, sofern die vollständige Beurteilung des Zivilanspruchs unverhältnismässig aufwendig wäre (Art. 124 Abs. 3 StPO).

²⁰⁵S. oben, Ziff. IV.B.

²⁰⁶Bericht Kollektiver Rechtsschutz (Fn. 6), S. 41 f.

²⁰⁷Illustrativ dazu MERCIER (Fn. 98), S. 68 ff.

3. Einführung einer allgemeinen Gruppenklage?

[Rz 115] Weiter schlägt der Bundesrat die Einführung einer allgemeinen Gruppenklage mit der Möglichkeit des *Opt-in* vor²⁰⁸. Dies entspricht der von der EU Kommission portierten Lösung²⁰⁹. Da sich Gruppenvergleichsverfahren als Mittel zur kollektiven Streitbeilegung bewähren²¹⁰ und zudem in der Schweiz diverse spezialgesetzliche Gruppenklagen existieren²¹¹, fragt sich, ob daneben noch Bedarf an einer allgemeinen Gruppenklage bestehen würde. Folgende Argumente sprechen zudem gegen eine allgemeine Gruppenklage in der Schweiz.

a. Zahnloses Opt-in?

[Rz 116] Während etwa in Grossbritannien mit der Consumer Right Bill für Geschädigte mit Sitz im Vereinigten Königreich eine *Opt-out*-Sammelklage für kartellrechtliche Sammelklagen und -vergleiche eingeführt wird, an denen ausländische Geschädigte durch ein *Opt-in* teilnehmen können sollen²¹², lehnt der Bericht Kollektiver Rechtsschutz in Übereinstimmung mit der in der EU vorgeschlagenen Lösung die Einführung einer Gruppenklage auf der Basis eines *Opt-out* ab.

[Rz 117] Da sich in den USA gerade die *opt-out* «*Class Action*» als griffiges Instrument erwiesen hat, stösst dies teilweise auf Kritik²¹³, dies allerdings zu Unrecht. Auch wenn in spezialgesetzlichen Klagen (Art. 83 KAG, Art. 105 FusG) vorgesehen, ist eine *Opt-out*-Lösung nicht für eine allgemeine Gruppenklage geeignet. Nicht nur wird damit die Prozessführung von Parteien gefördert, welche diese gar nicht wünschen, und damit unnötig Prozesse befeuert. Vielmehr stellen sich auch komplexe Fragen der internationalen Zuständigkeit und Kompatibilität, welche im Lichte des LugÜ sowie des Brüssel I-Übereinkommens zu klären wären.²¹⁴ Die *Opt-out*-Lösung ist damit für die Schweiz abzulehnen.

[Rz 118] Bei einer *Opt-in*-Lösung fiele allerdings eine weitere Haupttriebfeder der US-amerikanischen Sammelklage dahin. Damit ist umso zweifelhafter, ob die Einführung dieses Instruments der kollektiven Rechtsdurchsetzung in der schweizerischen ZPO nebst einer (ausgebauten) Verbandsklage und der Einführung von Gruppenvergleichsverfahren sinnvoll und erforderlich ist²¹⁵. Dies ist nach der hier vertretenen Auffassung zu verneinen.

b. Die Förderung von Streuklagen — erstrebenswert?

[Rz 119] Die Einführung der allgemeinen Gruppenklage ist aus einem weiteren Grund nicht erstrebenswert. Mit der Einführung von allgemeinen Gruppenklagen möchte der Bundesrat ins-

²⁰⁸Bericht Kollektiver Rechtsschutz (Fn. 6), S. 32 ff.

²⁰⁹S. oben, Ziff. I.

²¹⁰S. oben, Ziff. IV.C.

²¹¹Vgl. nachstehend, Ziff. VI.D.3.c.

²¹²S. First Draft of the Consumer Rights Bill, formally presented to Parliament on 23 January 2014, aktueller Gesetzgebungsstatus einsehbar unter <http://servies.parliament.uk/bills/2014-5/consumer-rights.html>). Vgl. auch TILMAN MAKATSCH/ARIF SASCHA MIR, Die neue EU-Richtlinie zu Kartellschadenersatzklagen — Angst vor dem eigenen «Courage?», EuZW 1/2015, S. 7 ff.

²¹³Vgl. dazu oben, Ziff. IV.A.; Bericht Kollektiver Rechtsschutz (Fn. 6), S. 40, kritisiert von KÖLZ (Fn. 5), S. 873.

²¹⁴KÖLZ, Preclusive Effect (Fn. 122), S. 43—80.

²¹⁵Vgl. auch KÖLZ (Fn. 5), S. 873; HABERBECK (Fn. 5), S. 6.

besondere auch Streuklagen fördern²¹⁶. Damit sollen — nebst der Durchsetzung des objektiven Rechts — potentiell Beklagte zu «Wohlverhalten» veranlasst werden. Dies zu bewirken ist allerdings nicht Aufgabe des privaten Rechtsschutzes, sondern der in vielen Bereichen sehr detaillierten öffentlich-rechtlichen Regelungen²¹⁷ sowie an deren Verletzung anknüpfende aufsichtsrechtliche und strafrechtliche Konsequenzen. Deren massiver Ausbau, gerade im Bereich Finanzdienstleistungen²¹⁸, aber auch bei der Produktsicherheit²¹⁹, spricht nach der hier vertretenen Auffassung für letzteres und gegen die Einführung von Streuklagen zu generalpräventiven Zwecken. Der kollektive Rechtsschutz sollte ein *wirksames Korrektiv bei Rechtsverstössen in der modernen Massengesellschaft* darstellen und nicht Strafcharakter haben.

[Rz 120] Da die einzelnen Kläger kaum ein finanzielles Interesse an der prozessualen Geltendmachung von Forderungen in der Höhe von unter Hundert oder einigen Hundert Franken haben, steht das Element des durch den (allenfalls erst angedrohten) Prozess geschaffenen «*nuisance value*» im Vordergrund. Mit anderen Worten würde durch die Förderung von Streuklagen missbräuchlichen Klagen Vorschub geleistet. Profitieren würden davon wie in den USA wohl vor allem die Rechtsvertreter, welche das — allenfalls teilweise erfolgshonorarbasierete — Organisieren und Einreichen von Streuklagen zu ihrem Geschäftsmodell machen. Eine allfällige Abschöpfung unrechtmässiger Gewinne kann wie im Kartellrecht (Art. 49a des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [KG]) über Sanktionen erzielt werden.

[Rz 121] Damit besteht nach der hier vertretenen Ansicht kein Bedarf an einer besonderen Förderung von «Streuklagen» durch Einführung einer allgemeinen Gruppenklage. Wie oben gezeigt wurde, können die Interessen der Konsumenten im Rahmen einer (erweiterten) Verbandsklage oder durch Einführung eines allgemeinen Gruppenvergleichsverfahrens gestärkt und gewahrt werden²²⁰.

c. Kein Bedarf an einer spezialgesetzlichen Gruppenklage im FIDLEG

[Rz 122] Auch eine spezialgesetzliche Einführung der Gruppenklage im FIDLEG drängt sich nicht auf. Wie oben aufgeführt, sollte das Wohlverhalten der potentiell Beklagten durch aufsichtsrechtliche Instrumente und nicht durch Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes sichergestellt werden²²¹. Zudem stehen bereits heute im Finanzbereich verschiedene prozessuale Instrumente zur Verfügung, welche den Anlegerinnen und Anlegern bzw. Kundinnen und Kunden Möglichkeiten zur kollektiven Ausübung ihrer berechtigten Interessen ermöglichen²²².

[Rz 123] Dazu gehören

- Art. 86 KAG²²³ zur Geltendmachung von Rückerstattungsklagen bei unrechtmässigem Ent-

²¹⁶Vgl. Bericht Kollektiver Rechtsschutz (Fn. 6), 34.

²¹⁷Zu denken ist dabei insbesondere an die Produktsicherheitsgesetzgebung, die Lebensmittelgesetzgebung, die Zulassungsverfahren und die Aufsicht im Pharmabereich, die immer weitreichendere Regulierung im Finanzdienstleistungsbereich etc.

²¹⁸Vgl. dazu etwa PETER NOBEL, Entwicklungen im Bank- und Kapitalmarktrecht, SJZ 1/2015, S. 11 ff.

²¹⁹S. z.B. das Bundesgesetz über die Produktesicherheit vom 12. Juni 2009 (Produktsicherheitsgesetz, PrSG: SR 930.11).

²²⁰Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251).

²²¹Vgl. oben, Ziff. VI.D.3.c.; BÄRTSCHI (Fn. 5), 464.

²²²Ebenso ANDREAS BOHRER, Finanzmarkt-Enforcement 3.0, GesKR 2014 S. 318, 328.

²²³Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen vom 23. Juni 2006 (Kollektivanlagengesetz, KAG; SR 951.31).

zug von Vermögensrechten oder Vorenthaltung von Vermögensvorteilen. Diese Bestimmung sieht die Bestellung einer Vertretung der Anlegergemeinschaft vor. Wird eine entsprechende Klage angehoben, sind die einzelnen Anleger von einer Klage ausgeschlossen und ein *Opting-out* ist nicht möglich. Die materielle Rechtskraft erstreckt sich deshalb auch auf alle Anleger. Vorbehältlich einer anderweitigen Verteilung im Einzelfall durch das Gericht werden die Kosten durch das Fondsvermögen getragen.

- Die Gläubigergemeinschaft von Anleiensobligationen nach Art. 1157 Abs. 1 OR ist prozessfähig und kann, eine entsprechende Regelung in den Anleiensbedingungen oder die Wahl durch die Gläubigergemeinschaft vorausgesetzt, die Rechte der Gläubiger geltend machen. Eine selbständige Ausübung der Rechte durch einzelne Gläubiger ist ausgeschlossen, der Entscheid entfaltet gegenüber allen Gläubigern materielle Rechtskraft.²²⁴
- Auch bei der Ausgleichs- bzw. Überprüfungsklage nach Art. 105 FusG²²⁵ zur gerichtlichen Festsetzung einer angemessenen Ausgleichszahlung bei Fusion, Spaltung oder Umwandlung entfaltet das Urteil für alle Gesellschafter des beteiligten Rechtsträgers Rechtskraft, welche sich in der gleichen Rechtsposition wie die klagende Partei befinden (Art. 105 Abs. 2 FusG). Auch hier ist deshalb ein *Opting-out* unzulässig. Aufgrund der *ratio legis* kann das Klageergebnis nur zugunsten, nie zulasten der nicht beteiligten Gesellschafter gehen. Die Kosten des Verfahrens werden grundsätzlich von der Gesellschaft getragen. Wenn besondere Umstände es rechtfertigen, kann das Gericht die Kosten ganz oder teilweise den Klägerinnen und Klägern auferlegen (Art. 105 Abs. 3 FusG).

[Rz 124] Ein zurückhaltender Ansatz bei der Einführung von Gruppenklagen drängt sich schliesslich auf, da die Erwartungen an dieses Instrument auch aus materiell-rechtlicher Hinsicht zu relativieren sind: So bleiben in Verfahren der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit (Art. 754 OR) die solidarisch haftenden Schuldner zwar grundsätzlich solange verpflichtet, bis die ganze Forderung getilgt und der Gläubiger vollständig befriedigt ist. In diesem Zusammenhang wird von absoluter Solidarität gesprochen.²²⁶ Art. 759 OR geht jedoch vom Grundsatz der differenzierten Solidarität aus und besagt, dass, sofern mehrere Personen für einen Schaden verantwortlich sind, eine Person nur insoweit mit den anderen solidarisch haftbar ist, als ihr der Schaden aufgrund des eigenen Verschuldens und der Umstände persönlich zurechenbar ist²²⁷. Die Solidarität geht mithin nicht weiter als die Haftung, die ohne die übrigen Verantwortlichen bestünde (sog. «*differenzierte Solidarität*»)²²⁸. Kommt hinzu, dass aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, und insbesondere der «*Business Judgment Rule*»²²⁹, Verantwortlichkeitsklagen ausserhalb des Konkurses der Unternehmung wenig erfolgreich sind. Befindet sich die Gesellschaft jedoch im Konkurs, bedarf es kaum des kollektiven Rechtsschutzes, da entweder die Konkursverwaltung

²²⁴BGE 113 II 283 E.5 — Vgl. ausführlich zu diesen Klagemöglichkeiten Bericht Kollektiver Rechtsschutz (Fn. 6), S. 33 ff.; ANDREAS BOHRER, Finanzmarkt-Enforcement 3.0, GesKR 2014 S. 318, 328 ff.

²²⁵Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003 (Fusionsgesetz, FusG; SR 221.301).

²²⁶MARCEL MEINHARDT, Differenzierte Solidarität und pauschaler Gesamtschaden, in: Rolf H. Weber (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Zürich 2003, S. 143.

²²⁷Vgl. etwa PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, Zürich 2009, §18 N 489.

²²⁸BGE 132 III 564, E. 7; BÖCKLI (Fn. 227), §18 N 480 ff.; ROLAND MÜLLER/LORENZ LIPP/ADRIAN PLÜSS, Der Verwaltungsrat, Zürich 2014, S. 658.

²²⁹Vgl. etwa BÖCKLI (Fn. 227), §18 N 582 ff.; ALEX CHRISTEN, «Quo vadis, BJR?», Grundsätzliche Gedanken zur aktuellen Position und zur Zukunft der Business Judgment Rule im System des schweizerischen Verantwortlichkeitsrechts, AJP 1/2015, S. 123 ff.

(s. «Swissair»-Prozesse) die Verantwortlichkeitsklage führt, oder dann eine Abtretung nach Art. 260 SchKG an einen einzelnen oder an einzelne Gläubiger erfolgt. Damit würden auch Gruppenklagen gerade in einem der vom Bundesrat zentralen Gebiete erheblich an Wirkung einbüßen.

[Rz 125] Auch in Schadenersatzverfahren gegen Banken bildet die Gruppenklage kein «Allerheilmittel», da abgesehen vom Fall von eine Vielzahl von Anlegern betreffenden Sorgfaltspflichtverletzungen (Kursmanipulationen, Insiderhandel, Verkauf von *toxic papers*) im Rahmen des Nachweises von Sorgfaltspflichtverletzungen regelmässig bei jedem einzelnen Geschädigten über dessen *individuelle Vereinbarung mit der Bank sowie über seinen Kenntnisstand über die getätigten Anlagen sowie deren Genehmigung* geführt werden muss, wie z.B. ob der Kunde oder die Kundin den Erwerb einer bestimmten Kategorie von Anlageinstrumenten ausgeschlossen hatten, bzw. aus den Abrechnungen deren Erwerb ersehen und stillschweigend genehmigt haben²³⁰. Ob eine Gruppenklage in den schweizerischen «Lehman»-Prozessen andere Ergebnisse gezeitigt hätte als die bekannten, ist deshalb fraglich.

[Rz 126] Damit wären die Verfahren, welche die Diskussion um den kollektiven Rechtsschutz in der Schweiz besonders entfacht haben, gerade nicht zur Anwendung von Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes geeignet gewesen.

d. Auswirkungen von Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes auf Verjährungs- bzw. Verwirkungsfristen

[Rz 127] Auch sollte das Anhängigmachen von Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes für alle aufgrund desselben Lebenssachverhalts und Rechtsgrunds Geschädigten eine verjährungsunterbrechende und -aufschiebende Wirkung gemäss Art. 138 Abs. 1 OR haben, und zwar unabhängig davon, ob sie sich am Verfahren beteiligen oder nicht. Zudem sollten damit wie bei der Streitverkündungsklage Verwirkungsfristen wie jene des Gewährleistungsrechts nach Art. 197 ff. OR sowie Art. 364 ff. OR und andere Klagefristen gewahrt werden.

[Rz 128] Dagegen ist fraglich, ob es sinnvoll wäre, die Streitverkündungsklage in Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes zuzulassen, da dadurch bereits komplexe Verfahren übermässig kompliziert werden können. Hier wäre wohl eine flexible Lösung zu prüfen, welche dem Gericht die Kompetenz zuerkennt, über die Zulassung einer Streitverkündungsklage zu entscheiden. Art. 125 ZPO wäre diesfalls entsprechend zu ergänzen.

E. Anpassung der gegenwärtigen Instrumente der ZPO zur Wahrnehmung kollektiven Rechtsschutzes

[Rz 129] Wie in Ziff. III.A.3. gezeigt wurde, führt die vom Bundesgericht bejahte Kompetenz der Handelsgerichtskantone, die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts autonom zu bestimmen, zu unterschiedlichen Regelungen in den Handelsgerichtskantonen²³¹. Dieses Hindernis ist im Rahmen der Stärkung des kollektiven Rechtsschutzes zu beseitigen. Im Sinne von SCHUMA-

²³⁰Vgl. oben, Ziff. VI.C.2.b.

²³¹BGE 138 III 471 ff., E.5.1 Abs. 3; Urteil des Bundesgerichts 4A_239/2013 vom 9. September 2013, E. 3.3 Abs. 2 und E. 3.4 Abs. 3; Ausführlich dazu SCHUMACHER, *Restauration* (Fn. 70), S. 26 f.; MICHEL HEINZMANN/PETER REETZ/RAINER SCHUMACHER, *Zivilprozessrecht und SchKG*, BR 2013, S. 349 ff.

CHER²³² wäre zu prüfen, die *objektive Klagenhäufung* nicht mehr von der gleichen sachlichen Zuständigkeit (Art. 90 lit. a ZPO) und der gleichen Verfahrensart (Art. 71 Abs. 2 ZPO, Art. 90 lit. b ZPO und Art. 93 Abs. 2 ZPO) der einzelnen eingeklagten Forderungen abhängig zu machen. In diesem Sinne hat bereits das Handelsgericht des Kantons Bern entschieden, indem in einem Fall einer objektiven Klagenhäufung mit diversen Forderungen von je unter CHF 30'000.— aus «etlichen Kaufverträgen», die zusammen CHF 250'000.— betrugen, die Zuständigkeit des Handelsgerichts bejaht wurde²³³. Dasselbe sollte für die *aktive Streitgenossenschaft* gelten, um Streitgenossen die gemeinsame klageweise Geltendmachung von Forderungen zu erleichtern.

[Rz 130] Bei einfacher *passiver Streitgenossenschaft* sollte allerdings kein Beklagter, der ohne Streitgenossenschaft vor dem ordentlichen erstinstanzlichen Gericht einzuklagen wäre (z.B. Regional-, Bezirksgericht oder Amtsgericht), ohne dessen Einlassung vor dem Handelsgericht als Ausnahmegericht eingeklagt werden. Deshalb muss bei dieser Konstellation die passive Streitgenossenschaft vor dem ordentlichen erstinstanzlichen Gericht eingeklagt werden. Wären zudem Einzelklagen teils im ordentlichen Hauptsacheverfahren (Art. 219 ff. ZPO) und teils im vereinfachten Verfahren (Art. 243 ff. ZPO) zu behandeln, so sollte bei einfacher passiver Streitgenossenschaft — wie dies etwa im Kanton Zürich der Gerichtspraxis entspricht²³⁴ — das ordentliche Verfahren angewandt werden, da dieses den qualitativ besseren Rechtsschutz bietet²³⁵.

[Rz 131] Unterschiedliche örtliche Gerichtsstände für Einzelklagen sollten zudem der Geltendmachung *kollektiven Rechtsschutzes* (also typischerweise in Konsumentenstreitigkeiten) nicht entgegenstehen.

[Rz 132] Um diesbezüglich schweizweit eine identische Lösung sicherzustellen, wäre die ZPO entsprechend anzupassen.

F. Konsequenzen für die Verfahrensleitung und die Verfahrenskompetenz der Parteien

[Rz 133] Mehrparteienverfahren sind prozessual anspruchsvoll, da Fragen bezüglich Gerichtsstand und der sachlichen Zuständigkeit des Gerichts, der Beweiserhebung, der Schadensbemessung sowie der Rechtswirkung eines Entscheides unter komplexeren Umständen als in «klassischen» Zweiparteienverfahren zu beantworten sind. Dies gilt umso mehr in Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes, an welchen sich eine Vielzahl von Klägern beteiligt.

[Rz 134] Wie die Erfahrung aus den USA zeigt, kommt zudem der Haftungsteilung zwischen

²³²SCHUMACHER, *Restauration* (Fn. 70), S. 30.

²³³Das Handelsgericht des Kantons Bern befand, dass bei einer objektiven Klagenhäufung gemäss Art. 52 BGG eine Zusammenrechnung der Streitwerte erfolge, soweit sich die Ansprüche nicht gegenseitig ausschlossen. Art. 93 Abs. 2 ZPO sehe zwar vor, dass bei der subjektiven Klagenhäufung trotz Zusammenrechnung der Streitwerte die Verfahrensart dieselbe bleiben müsse. Eine solche Regelung lasse sich dem Gesetz für die objektive Klagenhäufung jedoch nicht entnehmen. Handelsgerichte sollten gemäss ZPO bei wirtschaftlich bedeutenden Fällen zum Tragen kommen. Dies treffe vorliegend zu, da die wirtschaftliche Bedeutung eines einzelnen Anspruchs über CHF 250'000.— derselbe sei wie bei mehreren objektiv gehäuften Ansprüchen über einen Gesamtbetrag in ebendieser Höhe (für Wiedergabe des Urteils, s. plädoyer 1/2015, S. 62 ff.).

²³⁴Im Kanton Zürich besteht eine stillschweigende Regelung, nach welcher das Bezirksgericht für sämtliche Klagen gegen eine passive Streitgenossenschaft zuständig ist, sofern nicht für sämtliche Beklagten das Handelsgericht zuständig ist. Dagegen existiert im Kanton Aargau keine solche (stillschweigende) Regelung. Es ist deshalb nicht möglich, (sämtliche) passiven einfachen Streitgenossen vor demselben Gericht ins Recht zu fassen, wenn für einzelne Streitgenossen das Handelsgericht Aargau sachlich zuständig ist. Vgl. DASSER/ROTH (Fn. 39), S. 276.

²³⁵SCHUMACHER, *Restauration* (Fn. 70), S. 30.

mehreren Beklagten, dem Vorhandenseins und der Ausgestaltung des Versicherungsschutzes sowie der finanziellen und geschäftlichen Überlebensfähigkeit der beklagten Partei (mithin der Einbringlichkeit der Schadenersatzforderung) grosse Bedeutung zum Erfolg oder Misserfolg von Instrumenten kollektiven Rechtsschutzes zu und trägt zur Komplexität solcher Verfahren bei. Dabei werden nicht nur an die Verfahrenskompetenz der Parteien, sondern auch der Gerichte erhöhte Anforderungen gestellt. So zeigt SCHUCK seiner empirischen Analyse der «*Class Actions*» in den USA²³⁶, dass deren Effizienz insbesondere durch folgende Effekte verbessert wurden:

- Spezialisierung auf der Anwaltsseite («*lawyerizing*» *mass tort risks*);
- Risikoreduzierende Massnahmen wie die Anpassung von Versicherungspolicen und die Bildung von speziellen Rückstellungen bzw. konzerninternen Fonds zur Deckung von Mass Tort Action-Forderungen («*improving loss- and risk-spreading arrangements*»);
- Neue Techniken der Verfahrensführung, inklusive neuer Prozessführungs- und Vergleichsverhandlungstechniken (unter Einbezug von ADR-Techniken), sowie Verfügbarkeit neuer Technologien im Gerichtssaal (Beamer etc.);
- Die Herausbildung Sammelklagen-erfahrener Gerichte (gewisse Gerichte zogen eine überproportionale Anzahl solcher Fälle an, was deren Know-how mehrte; «*adopting new modes of judicial management*»);
- Verbesserte Voraussehbarkeit der Vergleichsbandbreiten: Mit zunehmender Erfahrung der Parteivertreter und Gerichte konvergierten die Erwartungen der Parteien bezüglich Höhe der Vergleichssumme, was die Rate der erfolgreich verglichenen Fälle erhöhte. Dabei trug auch die verbesserte Einschätzung der Kostenfolgen dieser Verfahren zur Sicherheit und damit zu deren Erfolg bei («*making claim values more predictable*»).
- Schliesslich zeigt SCHUCK auf, dass der kollektive Rechtsschutz vor allem dann erfolgreich ist, wenn möglichst viele betroffene Parteien partizipieren und damit weitgehend eine globale Vergleichslösung gefunden werden kann («*negotiating global settlements*»).

[Rz 135] Daraus lassen sich verfahrensbezogen insbesondere folgende Schlussfolgerungen ableiten:

- Aufgrund des geforderten Organisationsgrads und Know-hows zur aktiven Führung und Verwaltung von Mehrparteien- und Gruppenvergleichsverfahren (sowie allenfalls in gewissen Bereichen Gruppenklageverfahren) auf Seiten der Gerichte sollten solche Verfahren durch eine *einzig kantonale Instanz* i.S.v. Art. 5 ZPO geführt werden. Dies sieht auch der VE-FIDLEG vor, wobei allerdings in Ergänzung zu Art. 110 Abs. 2 das zuständige Gericht bei interkantonalen oder internationalen Verhältnissen eindeutig zu regeln ist²³⁷.
- Das *Common Law* ist aufgrund seiner Flexibilität zur Lösung von komplexen — oft einzel-fallbezogenen — prozessualen Fragen in Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes besonders geeignet. Dabei spielt die extensive Verfahrensleitungskompetenz des Gerichts eine grosse Rolle. Doch auch das schweizerische Zivilprozessrecht sieht diverse Möglichkeiten wie die Verfahrensvereinigung, -trennung oder -sistierung vor, um komplexe Verfahren effizient zu führen²³⁸. Diese müssen in der Gerichtspraxis konsequent ausgeschöpft werden. Auch könnte bei Erweiterung der Verbandsklage auf reparatorische Ansprüche dem Gericht die Kompe-

²³⁶SCHUCK (Fn. 88), S. 950.

²³⁷So etwa auch CONTRATTO (Fn. 5), S. 242, sowie die Stellungnahme des SAV (Fn. 167), S. 8 f.

²³⁸Vgl. oben, Ziff. III.A.3.

tenz zuerkannt werden, solche Ansprüche je nach Komplexität des Falls zuzulassen oder in ein *separates Verfahren* zur individuellen Geltendmachung zu verweisen²³⁹.

- Komplexe Verfahren werden vor allem dann effizient geführt, wenn sie einem stringenten sachlichen und zeitlichen Plan folgen. Mehrparteiverfahren und Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes verlangen deshalb von den Parteien wie von den Gerichten eine proaktive Verfahrensplanung, wobei der Prozessleitung des Gerichts eine zentrale Rolle zukommt. Deshalb empfiehlt sich in solchen Verfahren, *in einem frühen Verfahrensstadium mit sämtlichen am Verfahren beteiligten Parteien eine Instruktionsverhandlung* (Art. 226 ZPO) durchzuführen, um insbesondere den strittigen gegenüber dem nicht-strittigen Prozessstoff zu klären, Prozessvoraussetzungen und den Verfahrensablauf zu besprechen²⁴⁰, und allenfalls erste Vergleichsverhandlungen zu führen²⁴¹. Dieses Instrument hat sich im Rahmen von sogenannten *Case Management Conferences* bei internationalen Schiedsverfahren zur effizienten Führung von Verfahren etabliert und bewährt²⁴², da es den Parteien und den (Schieds-)Gerichten erlaubt, eine *Road Map* des Verfahrens zu erstellen und damit eine proaktive Verfahrensplanung ermöglicht. Der mündliche Austausch mit den Parteien und deren Rechtsvertretern stellt sicher, dass das Gericht die berechtigten Interessen der Parteien kennt und in seiner Prozessleitung angemessen berücksichtigt. Damit können auch Parteieingaben zu prozessualen Themen auf ein Minimum beschränkt werden. Überdies kann, sofern von den Parteien gewünscht, ein Termin zur Führung von Vergleichsverhandlungen, allenfalls unterstützt durch eine Referentenaudienz nach «Zürcher Art», bereits zu Beginn des Verfahrens fest eingeplant werden. Während zu Beginn des Prozesses teilweise die Klärung des Prozessstoffes oder prozessualer Fragen noch einvernehmlich möglich ist, wird dies mit fortschreitendem Verfahren immer schwieriger. Auch wenn das Gericht gemäss Art. 226 Abs. 1 ZPO *jederzeit* Instruktionsverhandlungen durchführen kann, finden solche üblicherweise vor der Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels statt, damit bei Erzielung eines Vergleichs möglichst weiterer Aufwand gespart werden kann²⁴³. Referentenaudienzen nach «Zürcher Art» werden dagegen regelmässig nach Abschluss eines (doppelten) Schriftenwechsels abgehalten, damit das Gericht den Parteien nach Sichtung der im Rahmen der Rechtsschriften umfassend dargeleg-

²³⁹Diese Regelung ist von der StPO her bekannt, welche der geschädigten Person in Art. 120 die Möglichkeit eröffnet, zivilrechtliche Ansprüche aus der Straftat als Privatklägerschaft adhäsionsweise im Strafverfahren geltend zu machen. Das Gericht kann jedoch die Zivilklage nur dem Grundsatz nach entscheiden und sie im Übrigen auf den Zivilweg verweisen, sofern die vollständige Beurteilung des Zivilanspruchs unverhältnismässig aufwendig wäre (Art. 124 Abs. 3 StPO).

²⁴⁰Z.B., ob eine Verfahrensbeschränkung vorzunehmen, ein zweiter Schriftenwechsel anzuordnen, ein Augenschein vorzunehmen oder ein gerichtliches Gutachten einzuholen ist (dies jeweils inklusive Regelung der entsprechenden Modalitäten).

²⁴¹Vgl. dazu auch CHRISTOPH LEUENBERGER in: Thomas Suter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich 2013 (zit. ZK-LEUENBERGER), Art. 226 ZPO N 4 ff.; GEORG NÄGELI/ROMAN RICHERS, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), Kurzkomentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich 2014, Art. 226 ZPO N 4 ff.

²⁴²So bestimmt Art. 24 Abs. 1 der ICC Schiedsordnung 2012, dass das Schiedsgericht so früh als möglich eine Verfahrensmanagementkonferenz einberuft, um die Parteien zu verschiedenen Verfahrensmassnahmen anzuhören. An dieser Konferenz werden regelmässig die Abfolge der Rechtsschriften, die voraussichtlichen Beweismassnahmen (wie Gutachten, Augenschein etc.) sowie die zeitliche Gestaltung des Verfahrens inkl. der Hearing-Daten besprochen und festgelegt. Die Verfahrensmanagementkonferenz kann im Laufe des Verfahrens mehrmals abgehalten und je nach Komplexität des Verfahrens sowie entsprechend dem Verfahrensstadium unter persönlicher Teilnahme der Parteien und deren Rechtsvertreter oder telefonisch geführt werden. Über die Konferenz wird ein kurzes Protokoll geführt, und oft schliessen verfahrensleitende Verfügungen des Schiedsgerichts daran an.

²⁴³So auch ZK-LEUENBERGER (Fn. 241), Art. 226 ZPO N 16 ff.; NÄGELI/ RICHERS (Fn. 238), Art. 219 ZPO N 9 und Art. 226 ZPO N 7.

ten Parteistandpunkte einen substantiierten Vergleichsvorschlag unterbreiten kann. Gerade in Mehrparteienverfahren — und umso mehr in Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes — kann jedoch wie in komplexen Schiedsverfahren Bedarf an *weiteren Instruktionsverhandlungen* zur Besprechung des Verfahrensfortgangs und der Verfahrensgestaltung bestehen. Von dieser Möglichkeit sollte das Gericht Gebrauch machen. Damit könnte in vielen Fällen die Verfahrenseffizienz erheblich gesteigert werden, indem Fragen zum gerichtlichen Einholen eines Gutachtens (Art. 183 ZPO), der Ausgestaltung von Massnahmen zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen (Art. 156 ZPO) oder eines Augenscheins (Art. 181 ZPO) direkt mit den Parteien besprochen werden können. Um solche Verhandlungen zielgerichtet zu führen und die Erarbeitung (möglichst) gemeinsamer Lösungen zu ermöglichen, sind die zu behandelnden Themen rechtzeitig vorgängig zur Instruktionsverhandlung zu traktandieren²⁴⁴. Auch können im Hinblick auf die Instruktionsverhandlung bei Bedarf bereits erste Stellungnahmen der Parteien zu diesen Themen eingeholt werden, was sich insbesondere bei komplexeren Fragen aufdrängt.

- Die Instruktionsverhandlung bewirkt gemäss ZPO einen Aktenschluss (Eventualmaxime)²⁴⁵. Dies kann bei komplexen Verfahren einer Instruktionsverhandlung im Sinne einer *Case Management Conference* entgegenstehen. Aus diesem Grund sollten im Rahmen des Ausbaus des kollektiven Rechtsschutzes Art. 226 und Art. 229 ZPO insoweit ergänzt werden, als der Richter explizit eine Instruktionsverhandlung ansetzen kann, welche keinen Aktenschluss bewirkt, so dass nachträglich ein ausführlicher zweiter Schriftenwechsel möglich bleibt.
- Auch wenn an dieser Stelle der zunehmend erlebten Sequenzierung von Gerichtsverfahren durch Beschränkung auf Zuständigkeits-, Haftungs- und Quantumfragen ohne zwingenden Grund²⁴⁶ keinesfalls ins Wort geredet werden soll, drängt sich im Bereich von Mehrparteienverfahren auf, gewisse prozessuale Einwände (z.B. Zulässigkeit der Streitverkündungsklage oder in «*Class Action*»-Verfahren: der Kläger und Klassen) einer *separaten Anfechtung* zugänglich zu machen. Dies ist im Bereich der Streitverkündungsklage bereits in Art. 82 Abs. 4 ZPO vorgesehen²⁴⁷.

VII. Schlussbemerkungen

[Rz 136] Kollektiver Rechtsschutz stellt heute längst keine US-amerikanische Ausnahmeerscheinung mehr dar, sondern einen allgemeinen Trend — und vielerorts auch bereits prozessuale Wirklichkeit. Während seine Ausprägung länderspezifisch und sehr heterogen ausfällt, ist die thematische Ausrichtung stets dieselbe: Konsumentenschutz, Anlegerschutz, Wettbewerbsrecht sowie Abgrenzung zur exzessiv empfundenen US-amerikanischen Prozesskultur²⁴⁸.

[Rz 137] Eine Stärkung des kollektiven Rechtsschutzes in der Schweiz ist grundsätzlich begrü-

²⁴⁴So etwa auch ZK-LEUENBERGER (Fn. 241), Art. 226 ZPO N 1.

²⁴⁵Art. 229 ZPO; vgl. ZK-LEUENBERGER (Fn. 241), Art. 226 ZPO N 24 sowie Art. 229 ZPO N 4.

²⁴⁶D.h., sofern sich nicht nach einer ersten einlässlichen Prüfung der Schriftsätze eine solche aufgrund einer provisorischen Würdigung des Sachverhalts sowie der Rechtsfragen aufdrängt.

²⁴⁷Dies ist auch die Erfahrung in den USA nach Einführung der Rule 23 der Federal Rule of Civil Procedure (FRCP; Bundeszivilprozessordnung) im Jahre 1998, welche das Einlegen einer Zwischenbeschwerde gegen Entscheidungen zur Anerkennung als Gruppe ermöglicht. Vgl. HASTON/PHELPS/SPAINHOUR (Fn. 101), S. 129.

²⁴⁸DROESE (Fn. 97), S. 146.

senswert. Dabei ist jedoch *Augenmass* gefordert. Eine unnötige Befeuerung aufwändiger Rechtssreitigkeiten ist zu vermeiden, ebenso die Einführung überschüssender, auch in der EU überwiegend abgelehnter Instrumente²⁴⁹. Während die allgemeine Verbandsklage mit der Möglichkeit der Zusprechung reparatorischer Ansprüche gestärkt und das Gruppenvergleichsverfahren harmonisch in die zivilprozessuale Landschaft der Schweiz eingeführt werden kann, ist der Förderung unnötiger Streitverfahren durch Prozesskostenbefreiung oder (reine) Erfolgshonorare der Parteivertreter eine Absage zu erteilen. Auch die Einführung einer mit (zu) vielen Fragezeichen verbundenen allgemeinen Gruppenklage ist abzulehnen. Dagegen sollten bereits vorhandene Instrumente wie die objektive und subjektive Klagenhäufung zur verbesserten Wahrnehmung kollektiver Interessen gestärkt werden.

[Rz 138] Anlässlich seines Vortrags vor dem Swiss-American Chamber of Commerce am 7. März 2011 merkte Judge Antonin Scalia in Bezug auf die US-amerikanische Prozessfreudigkeit und -gläubigkeit kritisch an, nicht Anwälte, sondern Ingenieure brächten einem Land Fortschritt und Wohlstand. Rechtsverfahren sollten nicht ausschliesslich der objektiven Rechtsdurchsetzung, sondern stets auch einem übergeordneten gesellschaftlichen Zweck dienen. Diesen gilt es bei der Einführung neuer kollektiver Prozessinstrumente im Blick zu haben. Aus gesamtwirtschaftlicher Sicht wäre dabei eine Vorreiterrolle der Schweiz in Europa im Bereich des kollektiven Rechtsschutzes kaum erstrebenswert. Die grundsätzliche Stossrichtung des Bundesrates ist deshalb zu begrüssen, auch wenn seine Vorschläge teilweise als zu weitgehend abzulehnen sind.

Dr. LUKAS WYSS, LL.M., ist Partner bei Bratschi Wiederkehr & Buob, Bern/Zürich. Er ist spezialisiert auf die Führung von nationalen und internationalen Zivilprozessen und Schiedsverfahren und hat in diesen Bereichen zahlreiche Publikationen verfasst.

²⁴⁹Vgl. rechtsvergleichend etwa BRAND (Fn 140), S. 92 f. und S. 104.