

Rechtslehre Doctrine Dottrina

Geplante Neuerungen des kollektiven Rechtsschutzes in der Schweiz

BEAT BRÄNDLI* / GUSTAF HEINTZ**

Zusammenfassung

Der vorliegende Beitrag setzt sich mit den im Vorentwurf zur Revision der ZPO («VE») enthaltenen Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes auseinander und zeigt deren geplante Zulässigkeitsvoraussetzungen und prozessualen Aspekte jeweils einzeln auf. Die vorgeschlagenen Normen werden mit Blick auf das Ziel der Revision, den zivilrechtlichen Rechtsschutz zu verbessern und effizienter zu gestalten, beleuchtet, um abschliessend denkbare Verbesserungsansätze am bestehenden VE anzubringen.

Résumé

La présente contribution traite des instruments de recours collectif proposés dans l'avant-projet de révision du Code de procédure civile. Il s'intéresse à leurs conditions d'admissibilité et aux différents aspects procéduraux qu'ils suscitent. Les dispositions de l'avant-projet sont examinées au vu des objectifs de la révision, à savoir améliorer la protection juridique en matière civile et de la rendre plus efficace. L'auteur propose enfin d'éventuelles améliorations à l'avant-projet.

Riassunto

Il presente contributo tratta dei nuovi strumenti della tutela giurisdizionale collettiva contenuti nell'avamprogetto di revisione del CPC («AP») e illustra i presupposti di ammissibilità previsti e gli aspetti processuali. Le norme proposte dovranno essere migliorate, chiarite e costruite in modo più efficiente, stante lo scopo della revisione, allo scopo di migliorare il prodotto formante l'oggetto dell'AP.

* Prof. Dr. iur., RA, ist nebenamtlicher Richter am Bezirksgericht Baden und Assistenzprofessor an der Universität St. Gallen.

**

MLaw and Economics HSG.

Inhalt

- I. Einleitung
- II. *Status quo* des kollektiven Rechtsschutzes in der Schweiz
- III. Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes *de lege ferenda*
 - 1. Verbandsklage nach Art. 89 VE-ZPO
 - a. Definition
 - b. Voraussetzungen
 - c. Prozessuale Aspekte
 - 2. Reparatorische Verbandsklage nach Art. 89a VE-ZPO
 - a. Definition
 - b. Voraussetzungen
 - c. Prozessuale Aspekte
 - 3. Gruppenvergleichsverfahren nach Art. 352 ff. VE-ZPO
 - a. Definition
 - b. Voraussetzungen
 - c. Prozessuale Aspekte
- IV. Mögliche Verbesserungsansätze
 - 1. Prozessvoraussetzungen
 - 2. Zuständigkeit
 - 3. Kosten
 - 4. Effektivität der reparatorischen Verbandsklage
- V. Fazit

I. Einleitung

In Umsetzung der Motion Birrer-Heimo¹ sowie aufgrund der Erkenntnisse eines Berichts des Bundesrates von 2013² widmet sich die derzeit laufende Revision der ZPO zu einem bedeutenden Teil der Stärkung des hiesigen kollektiven Rechtsschutzes.³

Der Begriff «kollektiver Rechtsschutz» steht für die Geltendmachung gleichartiger Ansprüche einer Vielzahl Geschädigter in einem einheitlichen, gerichtlichen Verfahren.⁴ Begriffsmerkmal bildet, dass sich die mutmassliche Schädigung der einzelnen Betroffenen entweder auf denselben (z.B. Flugzeugunfall oder unlauterer Wettbewerb) oder aber einen gleichartigen Lebenssachverhalt (z.B. gattungsmässig dasselbe schädigende Produkt oder dieselbe Dienstleistung) bezieht.

Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes dienen der Prozessökonomie bei der Erledigung von Massenschäden⁵, indem nicht mehrere, sondern bloss ein Prozess bei gleichartigen Ansprüchen geführt werden muss (Globalbereinigung in ei-

¹ Motion Birrer-Heimo 13.3931 «Förderung und Ausbau der Instrumente der kollektiven Rechtsdurchsetzung».

² Siehe Bericht Bundesrat, Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz – Bestandesaufnahme und Handlungsmöglichkeiten, 3. Juli 2013, S. 3.

³ An dieser Stelle soll auch die Motion RK-SR 14.4008 nicht unerwähnt bleiben, welche zum Ziel hat, die Praxistauglichkeit der ZPO zu verbessern und den vorliegenden VE entscheidend mitprägte. Die Botschaft des Bundesrates inkl. Entwurf zur Revision der ZPO darf gegen Ende 2019 erwartet werden.

⁴ Vgl. Bericht Bundesrat (Fn. 4), S. 2.

nem Verfahren). Bei Streuschäden⁶ sollen sie zudem der individuellen rationalen Apathie⁷, einen Kleinschaden überhaupt einzuklagen, entgegenwirken.⁸

Die ausreichende Geltendmachung von Streuschäden ist volkswirtschaftlich wünschenswert. Andernfalls werden die dadurch anfallenden Kosten von den verursachenden Unternehmen nicht internalisiert und die (Klein-)Geschädigten bleiben auf ihnen sitzen.

Der kollektive Rechtsschutz beabsichtigt daher das zivilprozessuale Ziel des effektiven Rechtsschutzes durch Verbesserung der Prozessökonomie zu fördern. Zudem werden durch ihn Rechtswegbarrieren beseitigt, die sich kostentechnisch bei Kleinschäden ergeben.

In den USA greifen Geschädigte in Fällen von Streuschäden regelmässig zu einer sog. *class action* (auch Sammel- oder Gruppenklage genannt), um bspw. gegen den Hersteller eines fehlerhaften Produkts vorzugehen. In Kontinentaleuropa sehen die Rechtsordnungen traditionell kein analoges prozessuales Instrument vor. Dies einerseits, da die Rechtslehre das rechtliche Gehör und die individuelle Interessenswahrung bislang den prozessökonomischen Vorteilen der Sammelklage vorzogen.⁹ Andererseits fürchteten sich viele europäische Gesetzgeber vor den Nachteilen, welche die US-amerikanische Sammelklage angeblich für die Wirtschaft und das Rechtssystem mit sich bringt.¹⁰

In jüngster Zeit haben gleichwohl diverse europäische Staaten ihren kollektiven Rechtsschutz ausgebaut und dabei neue Konzepte wie die *opt in*-Sammelklage oder das Gruppenvergleichsverfahren entwickelt.¹¹

-
- 5 Erleidet eine Vielzahl von Personen hohe Schäden basierend auf dem gleichen schädigenden Ereignis, so wird von einem Massenschaden gesprochen.
 - 6 Um Unterschied zu Massenschäden erleiden die Betroffenen im Falle von Streuschäden tiefe individuelle Schäden.
 - 7 Siehe dazu ROGER VAN DEN BERGH/LOUIS VISSCHER, The preventive function of collective actions for damages in consumer law, *Erasmus Law Review* 02/2008, S. 13 f.; EDA SAHIN, The UK's Draft Bill on Collective Redress Proceedings: Does it Really Address Small Damages Claims?, *European Competition Journal* 3/2014, S. 435 ff.
 - 8 Siehe KARL SPÜHLER/LUCA TENCHIO/DOMINIK INFANGER (Hrsg.), *Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung*, Zürich/Chur 2017, Art. 89 N 7 mit Verweis auf PAUL OBERHAMMER/TANJA DOMEJ/ULRICH HAAS (Hrsg.), *Schweizerische Zivilprozessordnung*, Basel 2014, Art. 89 N 5a; siehe auch Bericht Bundesrat (Fn. 4), S. 10 ff.
 - 9 Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 28. Juni 2006, S. 7289 f.; siehe HEINZ HAUSHEER/HANS PETER WALTER (Hrsg.), *Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung*, Bern 2012, Art. 89 ZPO N 4; FRANÇOIS BOHNET ET AL. (Hrsg.), *Code de procédure civile*, Basel 2019, Art. 89 ZPO N 1; THOMAS SUTTER-SOMM/FRANZ HASENBÖHLER/CHRISTOPH LEUENBERGER (Hrsg.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 89 ZPO N 3.
 - 10 Siehe Botschaft ZPO (Fn. 11), S. 7289; OBERHAMMER/DOMEJ/HAAS (Fn. 10), Art. 89 ZPO N 5d; MARTIN BERNET/PHILIPP GROZ, *Sammelklagen in Europa?*, SZP 1/2008, S. 75 ff.; LAURA JAQUEMOUD-ROSSARI, *Les parties et les actes des parties*, in: Suzana Lukic (Hrsg.), *Le Projet de Code de procédure civile fédérale*, Lausanne 2008, S. 112 f.; LORENZ DROESE, *Die Sammelklage in den USA und in Europa und die Auswirkungen auf die Rechtslage in der Schweiz*, in: Walter Fellmann/Stephan Weber (Hrsg.), *Haftpflichtprozess*, Zürich 2010, S. 121 ff.

II. Status quo des kollektiven Rechtsschutzes in der Schweiz

In den Nachwehen des Dieselskandals klagte die Stiftung für Konsumentenschutz im September 2017 gegen VW und AMAG vor dem Handelsgericht Zürich und bediente sich hierfür der spezialgesetzlichen Verbandsklage nach UWG. Das Handelsgericht Zürich entschied jedoch mangels Feststellungsinteresses nicht auf die Klage einzutreten und auch das Bundesgericht wies die dagegen erhobene Beschwerde zu Beginn dieses Jahres ab.¹² Die Westschweizer Konsumentenschutzorganisation *Fédération romande des consommateurs* riet schweizerischen Geschädigten in diesem Kontext sich der «Sammelklage», welche von der deutschen Organisation *my-Rights* organisiert wird, anzuschliessen.¹³

Dieses Beispiel ist geradezu symptomatisch für den Stand des kollektiven Rechtsschutzes in der Schweiz. Die bisherigen zivilprozessualen Instrumente¹⁴ sind für die effiziente Geltendmachung von Massen- bzw. Streuschäden weitgehend ungeeignet.

Der Bundesrat hat diesen Handlungsbedarf bereits 2013 erkannt.¹⁵ Die mit der eidgenössischen ZPO verheissungsvoll eingeführte Verbandsklage (Art. 89 ZPO), die bloss auf Unterlassung, Beseitigung oder Feststellung einer Persönlichkeitsverletzung, nicht aber auf Schadensersatz zielt, ist zudem toter Buchstabe geblieben. Bis dato wurde vor Schweizer Gerichten keine einzige Klage nach Art. 89 ZPO eingereicht.¹⁶

Um diese Rechtsschutzlücke zu schliessen, sieht der VE sowohl überarbeitete als auch neue prozessuale Instrumente vor, mit denen der kollektive Rechtsschutz in der Schweiz gestärkt werden soll. Diese sollen nachfolgend dargestellt sowie kritisch beleuchtet werden.

11 Siehe Ausführungen von RAFAEL AMARO ET AL., Collective redress in the member states of the European Union, European Parliament's Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Oktober 2018, S. 22 ff.

12 Siehe Nichteintretensentscheid vom HGer ZH vom 12.07.2018, HG170181-O sowie BGER 4A_483/2018 vom 8. Februar 2019.

13 Siehe <https://www.frc.ch/postpratique/une-action-collective-pour-faire-valoir-ses-droits/> (abgerufen am 12.05.2019).

14 Dazu zählen die einfache Streitgenossenschaft (Art. 71 ZPO), die Abtretung von Rechtsansprüchen an eine Partei und sodann die objektive Klagenhäufung (Art. 90 ZPO), die allgemeine Verbandsklage (Art. 89 ZPO), besondere Verbandsklagen (z.B. Art. 7 GIG, Art. 10 UWG) sowie die Muster- bzw. Testklage (Pilotprozess mit Rechtskraftwirkung auf weitere Parteien aber nur mit entsprechenden Vereinbarungen).

15 Es sei der Wille des damaligen Gesetzgebers gewesen, «bewusst auf die Konzeptionierung und Einführung neuer Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes» zu verzichten und lediglich die bereits bekannten Instrumente der subjektiven und objektiven Klagenhäufung sowie die Verbandsklage in die neu geschaffene ZPO zu überführen (siehe Bericht Bundesrat (Fn. 4), S. 14).

16 Siehe PHILIPP WEBER, Anpassung der ZPO, in: Annette Dolge (Hrsg.), Updates und neueste Entwicklungen im schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht, Zürich 2018, S. 119.

III. Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes *de lege ferenda*

1. Verbandsklage nach Art. 89 VE-ZPO

a. Definition

Während sich die Verbandsklage nach Art. 89 VE-ZPO grundsätzlich an der bestehenden Norm orientiert, soll sie neuerdings «für sämtliche drohenden oder bestehenden Verletzungen der Rechte der Angehörigen einer bestimmten Personengruppe zulässig sein» und sich nicht mehr lediglich auf Feststellungs-, Unterlassungs- und Beseitigungsklagen gegen Persönlichkeitsverletzungen beschränken. Die Klagemöglichkeit würde damit auf sämtliche materiellen Ansprüche ausgedehnt werden. Darunter fällt explizit auch die Geltendmachung von Schadensersatz nach Art. 89a VE-ZPO.¹⁷

b. Voraussetzungen

Neu werden drei Anforderungen an die vom Klagerecht nach Art. 89 VE-ZPO Gebrauch machenden Verbände gestellt: (i.) fehlende Gewinnorientierung, (ii.) Statuten oder Satzungen, welche sie zur Wahrung der Interessen einer bestimmten Personengruppe befugen sowie (iii.) die Eignung zur Wahrung der geltend gemachten Interessen.¹⁸

Die bisherige Voraussetzung einer Organisation von «gesamtschweizerischer oder regionaler Bedeutung» soll durch die erstgenannte Anforderung der fehlenden Gewinnorientierung ersetzt werden. Grund dafür ist die praktische Unklarheit des Terminus «gesamtschweizerische oder regionale Bedeutung»¹⁹, welcher den Schutz vor missbräuchlichen Verbandsklagen bezweckt.²⁰ Zu vermerken ist an dieser Stelle, dass der Bericht zum VE im Gegensatz zu früheren Bedenken²¹ keine Abneigung gegenüber verbandsklagenden *ad hoc*-Gruppierungen mehr vertritt.²²

Die zweite Anforderung gemäss Art. 89 Abs. 1 VE-ZPO setzt voraus, dass die Organisation, welche eine Verbandsklage zur Wahrung der Interessen einer bestimmten Personengruppe erheben möchte, nach ihren Statuten oder Satzungen zur Wahrung der Interessen dieser bestimmten Personengruppe befugt sein muss. Personengesellschaften nach Art. 530 ff. OR sowie weitere Organisationsformen

17 Art. 89 Abs. 2 lit. d VE-ZPO.

18 Siehe Erläuternder Bericht zur Änderung der Zivilprozessordnung vom 2. März 2018, S. 39 f., welcher klarstellt, dass Organisationen, welche bereits unter der «bisherigen Rechtslage zur Verbandsklage [legitimiert]» waren, dies weiterhin sein sollen; weiter sollen die genannten Voraussetzungen in Bezug auf die spezialgesetzlich geregelten Verbandsklagen «im Lichte des bisherigen Rechts und der bisherigen Praxis» ausgelegt werden.

19 Siehe Erläuternder Bericht (Fn. 20), S. 40, mit Verweis auf HAUSHEER/WALTER (Fn. 11), Art. 89 ZPO N 8; ALEXANDER BRUNNER/DOMINIK GASSER/IVO SCHWANDER (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar, Zürich/St. Gallen 2016, Art. 89 ZPO N 10; siehe auch SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER (Fn. 10), Art. 89 ZPO N 28 f.

20 Erläuternder Bericht (Fn. 20), S. 40; vgl. auch Hausheer/Walter (Fn. 11), Art. 89 ZPO N 8.

21 Siehe Botschaft ZPO (Fn. 12), S. 7289.

22 Siehe Fn. 105 in Erläuternder Bericht (Fn. 20), S. 41.

ohne Rechtspersönlichkeit, wie informelle Gruppierungen, sind somit vom Klage-recht ausgeschlossen.

Als dritte Voraussetzung sieht der Gesetzgeber in Art. 89 Abs. 1 VE-ZPO die Geeignetheit der klagenden Organisationen zur Interessenwahrung der Rechte der Personengruppe vor. Dies setzt voraus, dass die klagende Organisation sowohl über «die fachlichen Kenntnisse als auch die organisatorischen und finanziellen Möglichkeiten und Ressourcen» verfügen muss.²³

c. Prozessuale Aspekte

Aus prozessualer Sicht unterscheidet sich die Verbandsklage nach Art. 89 VE-ZPO nur in wenigen Aspekten vom geltenden Recht. Ist eine Organisation nach Art. 89 Abs. 1 VE-ZPO zur Klage berechtigt, kann sie in eigenem Namen und unter Geltendmachung eigener Ansprüche vor dem jeweils zuständigen Gericht²⁴ ein entsprechendes Klagebegehren stellen.²⁵

Die abgeschwächten Anforderungen an die Klagebefugnis von Organisationen dürften dazu führen, dass zukünftig auch kleinere Vereine und Stiftungen sowie internationale Organisationen ohne Gewinnorientierung von einer Klagebefugnis nach Art. 89 VE-ZPO profitieren können. Ferner würden auch ad hoc-Gruppierungen zur Verbandsklage nach Art. 89 VE-ZPO zugelassen.²⁶

2. Reparatorische Verbandsklage nach Art. 89a VE-ZPO

a. Definition

Neben der revidierten allgemeinen Verbandsklage nach Art. 89 ZPO sieht der VE die sog. reparatorische Verbandsklage vor. Diese kann systematisch als *lex specialis* zu Art. 89 VE-ZPO gesehen werden und beschränkt sich auf die Geltendmachung geldwerter Leistungsklagen, i.d.R. wohl Schadenersatz, unter Ausschluss von Genugtuungsansprüchen. Dogmatisch ist sie indes von der allgemeinen Verbandsklage klar zu separieren.²⁷

b. Voraussetzungen

Zusätzlich zu den allgemeinen Anforderungen nach Art. 89 VE-ZPO schaffen die Voraussetzungen nach Art. 89a Abs. 1 VE-ZPO (lit. a–c) ein sog. *opt in*-System. Dem-

²³ Erläuternder Bericht (Fn. 20), S. 41. Die erläuternden Ausführungen führen leider nicht zu einer schärferen Eingrenzung, was unter Geeignetheit genau zu verstehen ist.

²⁴ Die sachliche Zuständigkeit bestimmt sich diesbezüglich nach Art. 5 Abs. 1 lit. j VE-ZPO, während sich die örtliche nach Art. 16a Abs. 1 VE-ZPO richtet.

²⁵ Wie unter geltendem Recht sind dabei die jeweiligen Ansprüche der individuell betroffenen Geschädigten von den durch die Organisation geltend gemachten Ansprüchen unabhängig, weshalb der Beurteilung letzterer keine rechtliche Wirkung im Sinne von *res iudicata*, wohl aber eine faktische Präjudizwirkung in Bezug auf die individuellen Ansprüche zukommt.

²⁶ Nicht aber zur Verbandsklage nach Art. 89a VE-ZPO. Dazu gleich nachfolgend.

²⁷ Siehe dazu die nachfolgend erörterten prozessualen Aspekte.

nach wird ein Verband aufgrund Einzelermächtigung durch Betroffene (*opting in*) zu deren Prozessstandschaft befugt, unter der Verpflichtung, allfällige Prozessgewinne überwiegend diesen Betroffenen zukommen zu lassen oder ausschliesslich in deren Interesse zu verwenden.

Zudem muss die nach Art. 89a VE-ZPO klagende Organisation zur Geltendmachung der Ersatzansprüche geeignet sein.²⁸ Von einer diesbezüglichen Eignung darf namentlich ausgegangen werden, wenn die Organisation gesamtschweizerisch tätig oder aber von gesamtschweizerischer Bedeutung²⁹ ist und über mehrjährige Erfahrung³⁰ im betroffenen Rechtsbereich verfügt. Von der geforderten Erfahrung ist auszugehen, falls die klagende Organisation von einer Mehrheit der bekannten betroffenen Angehörigen der Personengruppe tatsächlich zur Prozessführung ermächtigt wurde.³¹

c. Prozessuale Aspekte

Aus prozessualer Hinsicht unterscheidet sich die reparatorische Verbandsklage von der allgemeinen Verbandsklage hauptsächlich aufgrund der Stellung der klagenden Organisation als Prozessstandschafterin.

Durch die Prozessstandschafterstellung macht der klagende Verband vor Gericht in eigenem Namen fremde Ansprüche geltend, weshalb Art. 89a VE-ZPO hinsichtlich der Klagebefugnis höhere Anforderungen an die Organisationen stellt, als bei der allgemeinen Verbandsklage nach Art. 89 VE-ZPO.

Im Unterschied zu den bereits vorhandenen Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes, soll die Anwendung der reparatorischen Verbandsklage zur Vermeidung einer Vielzahl von parallel oder stufenweise geführten Gerichtsverfahren beitragen.³²

28 Art. 89a Abs. 1 lit. d VE-ZPO.

29 Das Kriterium der gesamtschweizerischen Bedeutung oder Tätigkeit orientiert sich explizit am geltenden Gesetzestext von Art. 89 Abs. 1 ZPO und soll im Rahmen der reparatorischen, jedoch nicht bei der allgemeinen Verbandsklage nach Art. 89 VE-ZPO weiterhin einschlägig sein. Grund hierfür ist der Wunsch des Gesetzgebers, Massenschäden gesamthaft von einer Organisation von nationaler Bedeutung einklagen zu lassen, um das Risiko zu vermindern, mehrere parallele reparatorische Verbandsklagen basierend auf dem gleichen schädigenden Ereignis gerichtlich behandeln zu müssen.

30 Hinsichtlich der mehrjährigen Erfahrung im betroffenen Rechtsgebiet zieht der Gesetzgeber ein Kriterium des Verwaltungsrechts bei, welches eine zehnjährige Erfahrung festschreibt (siehe Erläuternder Bericht (Fn. 20), S. 46).

31 Die Formulierung der Gesetzesbestimmung ist in diesem Fall unpräzise, da bloss von «der Mehrheit der Angehörigen der Personengruppe» und nicht wie in Erläuternder Bericht (Fn. 20), S. 46 von «der Mehrheit der *bekannt* betroffenen Angehörigen der Personengruppe (Hervorhebung hinzugefügt)» die Rede ist. Der Erläuternder Bericht (Fn. 20), S. 45 f., stellt ausserdem klar, dass die Regelung «das Ziel einer möglichst umfassenden, schweizweit einheitlichen und einmaligen kollektiven Rechtsdurchsetzung» verfolgt und somit reparatorischen Verbandsklagen durch «kleine, allenfalls nur lokal verankerte Organisationen oder gar *ad hoc*-Gruppierungen ohne entsprechende Expertise» zu verhindern versucht.

32 Dabei beziehen sich die Autoren auf die Tatsache, dass unter dem geltenden Recht sowie in Anwendung von Art. 89 VE-ZPO sowohl eine Verbandsklage als auch individuelle Schadensersatzkla-

Tritt das Gericht auf die erhobene reparatorische Verbandsklage ein, so hat ein anschliessendes Sachurteil nicht mehr nur faktische Präjudizwirkung (im Sinne eines Muster- oder Pilotprozesses) für individuell Betroffene, die dem Verband eine Ermächtigung erteilt haben, sondern Rechtskraftwirkung mit Blick auf die geltend gemachten Ansprüche. Die geplante Ermächtigung stellt dabei eine Form der gewillkürten Prozessstandschaft dar, welche dem Schweizer Recht bislang fremd ist.

Auf Betroffene, die keine Ermächtigung zur prozessstandschaftlichen Verbandsklage erteilt haben, entfaltet das Urteil grundsätzlich keine Rechtswirkung. Darin beurteilte Sach- und Rechtsfragen dürften jedoch ein wesentliches Präjudiz setzen.

Geschädigte, die bereits vor Erhebung der reparatorischen Verbandsklage individuell Klage gegen den Schädiger eingereicht haben, hätten die Möglichkeit, ihre individuelle Klage unter Anschluss an die reparatorische Verbandsklage zurückzuziehen.³³

Ein nachträglicher Anschluss an eine bereits eingereichte Verbandsklage sei nach einem Teil der Lehre nicht mehr möglich, da es sich dabei «um einen nachträglichen Einbezug einer weiteren Forderung einer neuen Partei» handeln würde.³⁴ Dem ist indes u.E. zu widersprechen. An der Fixierung der Parteien ändert sich durch eine spätere Ermächtigung Betroffener nichts. Dies ist vielmehr zum einen eine Frage der Zulässigkeit der Änderung des Rechtsbegehrens,³⁵ wo eine solche notwendig würde,³⁶ sowie zum anderen eine Frage des Novenrechts. Im Regelfall müsste – bei sachlichem Konnex – bis zum Novenschluss eine Erweiterung möglich sein. Dabei handelt es sich prozessrechtlich gesehen nicht um einen eigentlichen Anschluss, da die Geschädigten nie Prozessparteien werden – durch weitere Ermächtigungen verändert sich einzig das Ausmass der Aktivlegitimation der Verbandsklägerin.

3. Gruppenvergleichsverfahren nach Art. 352 ff. VE-ZPO

a. Definition

Das Gruppenvergleichsverfahren basiert auf einem 2005 in den Niederlanden eingeführten Verfahren sowie dem Instrument des aussergerichtlichen Vergleichs. Mit

gen (stufenweise) oder aber gleichzeitig, jedoch rechtlich unabhängige Klagen (wie bspw. in Anwendung von Art. 70 ff. ZPO) beim gleichen Gericht erhoben werden müssen und somit von einem allgemeinen Effizienzverlust im Justizsystem ausgegangen werden kann.

³³ Durch diese Regelung soll verhindert werden, dass durch das Erklären des Rückzugs der individuellen Klage vor Gericht materielle Rechtskraft erwächst und eine spätere erneute Klage ausgeschlossen wäre.

³⁴ MIRCO CEREGATO, Der Vorentwurf zur Revision der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Jusletter vom 10. September 2018, S. 12, mit Verweis auf SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER (Fn. 10), Art. 227 ZPO N 20.

³⁵ Vgl. Art. 227 sowie Art. 317 Abs. 2 ZPO.

³⁶ Ginge es bspw. nur um eine Erhöhung einer geforderten Leistung, kann dem bereits vorab durch die Anhebung einer unbezifferten Leistungsklage begegnet werden.

Hilfe des Gruppenvergleichs soll es künftig Organisationen ermöglicht werden, im Interesse der von ihnen vertretenen, geschädigten Personengruppe einen Vergleich mit dem bzw. den mutmasslichen Schädigern zu schliessen.³⁷

Der Gruppenvergleich kann anschliessend dem zuständigen Gericht zur Prüfung vorgelegt werden, welches diesen für allgemein verbindlich erklären kann.

Angehörige der geschädigten Personengruppe, welche nicht vom Vergleich profitieren bzw. nicht durch ihn gebunden werden möchten, können innerhalb einer durch das Gericht festgesetzten Frist das *opting out* erklären und ihre Ansprüche auf individuellem Weg geltend machen.

b. Voraussetzungen

Aufgrund der potenziell weitreichenden Auswirkungen eines allgemein verbindlichen Gruppenvergleichs statuiert der VE diesbezüglich hohe Anforderungen.

Erstens soll das Recht, einen Gruppenvergleich nach Art. 352 ff. VE-ZPO abzuschliessen, nur Organisationen zuteilwerden, welche nach Art. 89 VE-ZPO auch legitimiert sind, eine Verbandsklage zu erheben. Des Weiteren enthalten die Bestimmungen des Gruppenvergleichsverfahrens diverse Anforderungen an die Form sowie den Inhalt eines allfälligen Gruppenvergleichs (Art. 352b VE-ZPO), bevor dieser auf gemeinsamen Antrag der Vertragsparteien dem zuständigen Gericht³⁸ zur Prüfung vorgelegt werden kann. Dieses hat sich für die Prüfung des Vergleichs an Art. 352f Abs. 1 VE-ZPO zu orientieren. Aufgrund der bewussten Unbestimmtheit einer Vielzahl von Begriffen³⁹ kommt dem Gericht dabei ein wesentlicher Ermessensspielraum zu.

c. Prozessuale Aspekte

Das Gericht hat nach Eingang des gemeinsamen Antrages die Voraussetzungen für die Genehmigung des Gruppenvergleichs zu prüfen und lädt hierfür die Parteien zu einer öffentlichen Verhandlung vor.⁴⁰ Zuvor werden die Vergleichsparteien beauf-

37 Man erhofft sich hiervon eine Erhöhung der Kooperationsbereitschaft der Schädiger (oftmals Unternehmen), da ihnen die Möglichkeit gegeben wird, einen Reputationsverlust durch ein Schuldgeständnis oder durch ein langjähriges Gerichtsverfahren zu vermeiden und sie daher gewillter sein sollten, sich auf einen Vergleich mit einer Vertreterorganisation zu einigen.

38 Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach Art. 16a Abs. 2 VE-ZPO, während sich die sachliche nach Art. 5 Abs. 1 lit. k VE-ZPO richtet.

39 Dazu zählt die Überprüfung der *Angemessenheit* der Entschädigung; der *Unabhängigkeit* einer Instanz, welche die Entschädigung bemessen kann; der *genügenden* Gruppengrösse für die Allgemeinverbindlicherklärung, der *angemessenen* Vertretung der Gruppe sowie der *insgesamt angemessenen Interessenwahrung*.

40 Siehe Art. 352a Abs. 3 & 4 VE-ZPO; gemäss Erläuternder Bericht (Fn. 20), S. 85 f., ist das Genehmigungsverfahren «angesichts seines grundsätzlich konsensualen Charakters im Kern als Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu verstehen, so dass die entsprechenden Bestimmungen (insb. Art. 254 Abs. 2 Bst. c, Art. 255 Bst. b ZPO) sinngemäss anwendbar sind, auch wenn das Genehmigungsverfahren nicht im summarischen Verfahren stattfindet.»; der eingeschränkte Untersuchungsgrundsatz, welcher es dem Gericht erlaubt, von Amtes wegen Beweise zu erheben, rechtfertigt

tragt, sämtliche ihnen bekannten betroffenen Personen sowie die Öffentlichkeit über den Inhalt des Gruppenvergleichs als auch Ort und Datum der Gerichtsverhandlung angemessen zu informieren.⁴¹ Betroffenen Parteien muss zur Wahrung ihres Rechts auf rechtliches Gehör und ihrer sonstigen Verfahrensrechte während der Verhandlung die Möglichkeit gegeben werden, sich zum Genehmigungsantrag zu äussern und allgemein am Verfahren teilzunehmen.

Während der gerichtlichen Prüfung des Gruppenvergleiches werden andere, auf derselben Rechtsverletzung basierende, hängige Verfahren solange sistiert, bis das zuständige Gericht sich gegen die Genehmigung des Gruppenvergleichs ausgesprochen oder die individuell klagende Partei ihren Austritt aus dem Gruppenvergleich nach Art. 352g VE-ZPO gültig erklärt hat.

Erfüllt der Gruppenvergleich nach Ansicht des zuständigen Gerichts die Voraussetzungen von Art. 352f VE-ZPO, erklärt es diesen für genehmigt. Dies hat zur Folge, dass er für sämtliche sachlich von ihm betroffenen Personen, nicht nur die Parteien, die Rechtskraft eines gerichtlichen Entscheids erlangt, sollten sie ihr Austrittsrecht (*opting out*) nicht innerhalb der vom Gericht festgesetzten Frist (von mind. 3 Monaten ab Genehmigung oder sofort bei späterer Kenntnisnahme) wahrnehmen.⁴² Das Gericht beauftragt die Parteien daraufhin erneut, die ihnen bekannten betroffenen Personen und die Öffentlichkeit über den Entscheid des Gerichts zu informieren.

Die Vertreterorganisation ist nach erfolgter Genehmigung durch das Gericht zur Umsetzung der Vergleichsvereinbarung verpflichtet. Um von der im Vergleich vereinbarten Entschädigungssumme zu profitieren, müssen die betroffenen Personen Erfüllung für sich selbst verlangen.⁴³ Dieses Recht erlischt gemäss Art. 352k Abs. 3 VE-ZPO drei Jahre nach Kenntnisnahme dieser Möglichkeit.⁴⁴

Genehmigt das Gericht den Vergleich nicht, haben die Parteien die bekannten betroffenen Personen sowie die Öffentlichkeit darüber zu informieren.⁴⁵ In diesem

tigt sich im Rahmen des Genehmigungsverfahrens mit der «besonderen kollektiven Wirkung eines Gruppenvergleichs».

41 Art. 352a Abs. 2 VE-ZPO; die Informationspflicht, welche in sonstigen Verfahren normalerweise dem Gericht zukommt, liegt aufgrund des «besonderen Charakters des Gruppenvergleichs» bei den Parteien (siehe Erläuternder Bericht (Fn. 20), S. 86).

42 Vgl. Art. 352f Abs. 2 i.V.m. Art. 352g Abs. 1 & 2 VE-ZPO. Das Austrittsrecht, welches den betroffenen Personen nach Art. 352g VE-ZPO zukommt, soll dem «Gedanken des Individualrechtsschutzes sowie der Dispositionsfreiheit» Rechnung tragen und die ansonsten einschneidende Wirkung einer allgemein verbindlichen Vergleichsvereinbarung relativieren bzw. abschwächen. Betroffene können danach auf individuellem Rechtsweg ihre Ansprüche gegen den mutmasslichen Schädiger vor Gericht vollumfänglich und ohne Einschränkungen geltend machen (siehe Erläuternder Bericht (Fn. 20), S. 89 f.).

43 Art. 352j Abs. 1 & 2 VE-ZPO.

44 Nach Abs. 4 besteht hingegen ein Anreiz, möglichst schnell den eigenen Anspruch geltend zu machen, um nicht zu riskieren, dass dieser gekürzt wird. Sollte die vereinbarte Entschädigungssumme nämlich nicht alle durch die unabhängige Instanz anerkannten Ansprüche vollumfänglich bedienen können, besteht die Möglichkeit die jeweils noch ausstehenden Ansprüche anteilmässig zu kürzen, wobei bereits ausgezahlte Ansprüche nicht mehr zurückverlangt werden dürfen.

45 Art. 352f Abs. 4 VE-ZPO.

Fall erstreckt sich die Wirkung des Vergleichs lediglich auf die Vertragsparteien und die von ihnen ausdrücklich vertretenen Personen. Den vertretenen Personen muss u.E. ebenfalls ein analoges Austrittsrecht⁴⁶ nach gerichtlich gesetzter Frist von mind. 3 Monaten ab Nichtgenehmigungsentscheid (oder bei späterer Kenntnisnahme durch sofortige Mitteilung) zustehen.

Ferner ist es den Vertragsparteien gestattet, ein Widerrufsrecht für den Fall zu vereinbaren, dass ein bestimmter Prozentsatz an betroffenen, geschädigten Personen von ihrem Austrittsrecht Gebrauch macht und somit keine allgemeine Verbindlichkeit des Vergleichs mehr gewährleistet wird.⁴⁷ Das Widerrufsrecht verwirkt 30 Tage nach dem Verstreichen der (vom Gericht angesetzten) Austrittsfrist und ist vom Erreichen der vereinbarten Quote bzw. vom vereinbarten Prozentsatz abhängig. Die widerrufende Partei hat dann die bekannten betroffenen Personen umgehend zu informieren.⁴⁸

Art. 352i VE-ZPO regelt schliesslich, dass keine Rechtsmittel – auch keine Revision – gegen den Entscheid über die Genehmigung des Gruppenentscheids eingelegt werden können. Ein negativer Entscheid wäre jedoch vor dem Bundesgericht mit Beschwerde anfechtbar.⁴⁹

IV. Mögliche Verbesserungsansätze

1. Prozessvoraussetzungen

Die Prozessvoraussetzungen der Verbandsklage erscheinen gesamthaft zu unbestimmt. Damit angesprochen ist zum einen der Begriff der Geeignetheit, dies sowohl betreffend die allgemeine als auch die reparatorische Verbandsklage. Bei der reparatorischen Verbandsklage wirken zum anderen die Termini der gesamtschweizerischen Tätigkeit oder Bedeutung sowie der mehrjährigen Erfahrung zu vage.

Die Kriterien der Klagezulässigkeit sind als prozessuale Eintrittsschranken klarer zu umreissen und sollten weniger stark in das Ermessen des Gerichts gestellt werden.⁵⁰ Statt der unscharfen «Geeignetheit» könnte für die reparatorische Verbandsklage eine Ermächtigung durch die Mehrheit bzw. zumindest eine Mindest-

46 Der Wortlaut von Art. 352g Abs. 2 VE-ZPO ist zu eng, da er bloss von «ab dem Zeitpunkt der Genehmigung» spricht.

47 Siehe dazu Erläuternder Bericht (Fn. 20), S. 90, welcher darlegt, dass ein Gruppenvergleich nur «ökonomisch sinnvoll und prozessual attraktiv [sei], weil damit eine Vielzahl von individuellen Auseinandersetzungen und Prozessen vermieden» werden können, wovon jedoch beim Unterschreiten einer gewissen Quote an betroffenen Geschädigten nicht mehr ausgegangen werden kann; auch dürfte das Interesse des mutmasslichen Schädigers, einen solchen Vergleich abzuschliessen, davon abhängig sein, ob er damit sozusagen ein für alle Mal mit dem schädigenden Ereignis und seinen Folgen abschliessen kann.

48 Siehe Art. 352h VE-ZPO.

49 Es wird dabei die Meinung vertreten, betroffene Personen, welche mit dem Gruppenvergleich nicht einverstanden sind, hätten durch ihr Austrittsrecht bereits die Möglichkeit, sich von der Wirkung der gerichtlichen Genehmigung zu befreien, was den Ausschluss von Rechtsmitteln rechtfertigt (siehe Erläuternder Bericht [Fn. 20], S. 91).

50 Dies hat *a fortiori* zu gelten, wo keine landesweit einheitliche Zuständigkeit besteht.

tzahl der bekannten Angehörigen der betroffenen Personengruppe gefordert werden («numerosity»)⁵¹. Zusätzlich könnte verlangt werden, dass glaubhaft zu machen ist, dass sich bei den Betroffenen gleichartige Sach- und Rechtsfragen stellen («commonality»)⁵².

Art. 89a Abs. 1 lit. a VE-ZPO stellt zudem eine Vorwegnahme des Urteilsspruchs dar und ist als Prozessvoraussetzung zu streichen.

2. Zuständigkeit im Besonderen

Die gerichtliche Zuständigkeit von Gruppenvergleich und reparatorischer Verbandsklage sollte einheitlich ausgestaltet werden. Dies einerseits, um dem Verband die notwendige Verhandlungsmacht für die Vergleichsverhandlung zu liefern, andererseits damit – im Sinne der Prozessökonomie – sich potenziell nicht verschiedene Gerichte in denselben Grossprozess einarbeiten müssen. Wir empfehlen ferner keine Sonderzuständigkeit zu schaffen, sondern die allgemeine Regelung der ZPO auch für Gruppenvergleiche und Verbandsklagen zu belassen. In Kantonen mit Handelsgerichten könnte auf diese Weise die dortige Fachkompetenz genutzt werden, wenn sich der Verband für diesen Klageweg entschliesst. Im Übrigen verfügen erstinstanzliche Gerichte über mehr praktische Erfahrung in der Überprüfung von Sachfragen, die hier gerade umfangreicher anfallen werden.

Interessanterweise beschwerten sich gerade bevölkerungsärmere Kantone nicht über diese mögliche Zusatzlast, sondern wollen – im Gegenteil – bewusst am Prinzip der *double instance* festhalten.⁵³ Der Fall Sika hat schliesslich demonstriert, dass auch ein kleineres erstinstanzliches Gericht einen komplexen Rechtsfall sach-, rechtskompetent und zeitlich angemessen behandeln kann.⁵⁴

3. Kosten

Für Verbandsklagen sollten u.E. entgegen dem VE⁵⁵ keine Kostenerleichterungen vorgesehen werden. Einzig von der Bestellung von Sicherheit für die Parteientschädigung könnte für Verbandskläger abgesehen werden,⁵⁶ damit die Streitwerthöhe nicht zu einer übermässigen Prozesshürde wird. Prozesskostenhilfen für den notwendigen Vorschuss sollten dagegen bei ausreichend aussichtsreichen Fällen über den Markt erhältlich sein.

51 28 U.S.C. Federal Rules of Civil Procedure (2018) Rule 23 (a) (1).

52 28 U.S.C. Federal Rules of Civil Procedure (2018) Rule 23 (a) (2).

53 Siehe diesbezüglich Vernehmlassungen der Kantone Thurgau und Schwyz.

54 KG ZG, A3 2015 27, Entscheid vom 27. Oktober 2016.

55 Art. 115a VE-ZPO.

56 Im Sinne von Art. 99 Abs. 2 ZPO.

4. Effektivität der reparatorischen Verbandsklage

U.E. läuft der VE Gefahr, zu einer modifizierten subjektiven Klagenhäufung zu verkommen,⁵⁷ deren praktischer Mehrwert vor allem in einer Reduktion der auf den Rubren zu führenden Verfahrensparteien liegt. Ersichtliche Vorteile wie eine Verjährungsunterbrechung⁵⁸ für nachträgliche Individualprozesse liessen sich anderweitig verwirklichen.

Das eigentliche Ziel der Globalbereinigung (zumindest für die Schweiz) kann zurzeit nur erreicht werden, wenn die mutmassliche Massenschädigerin dieser von sich aus vergleichsweise zustimmt. U.E. enthält der VE jedoch bisher keine ausreichenden Anreize hierfür. Es bedarf eines beidseitigen Damoklesschwertes, um Parteien zu einem ökonomisch effizienten Vergleich zu führen. Grundsätzlich müssten daher auch gerichtliche Urteile im Fall der reparatorischen Verbandsklage Allgemeinverbindlichkeit erlangen können. D.h., es sollte analog zum Gruppenvergleich ein konkludentes *opting in* für alle Betroffenen greifen und nur per ausdrücklichem *opting out* die Möglichkeit bestehen, nachträglich einen separaten Individualprozess zu führen.

Des Weiteren ist schliesslich zur Erhöhung der Rechtssicherheit individuell Betroffener die Verteilung des Prozessgewinnes bei Allgemeinverbindlichkeit von Vergleich bzw. Urteil noch bestimmter zu regeln.⁵⁹

V. Fazit

Zusammenfassend sind die Autoren der Auffassung, dass die im VE-ZPO enthaltenen Neuerungen zum kollektiven Rechtsschutz in der Schweiz einen Schritt in die richtige Richtung darstellen. In Anbetracht des Zwecks der Revision ist jedoch zu konstatieren, dass die zurzeit geplante Ausgestaltung der Instrumente nur zu einer geringen Erhöhung des kollektiven Rechtsschutzes beitragen dürften. Verbesserungspotenzial besteht u.E. im Bereich der Prozessvoraussetzungen (darunter der Zuständigkeit im Besonderen), der Kosten sowie der Effektivität der reparatorischen Verbandsklage.

57 Ähnlich Vernehmlassung des Kantons Bern.

58 Siehe Art. 135 Ziff. 3 VE-OR, welcher die in BGE 138 II 1 illustrierte Problematik zu lösen versucht.

59 Siehe Art. 352f & 352k VE-ZPO.