



**VPB 2/2013 vom 20. Dezember 2013**

---

2013.7 (S. 59–112)

## **Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz – Bestandesaufnahme und Handlungsmöglichkeiten**

Bundesrat

**Bericht\* vom 3. Juli 2013**

---

**Stichwörter:** Zivilprozessrecht; Rechtsschutz; kollektive Rechtsdurchsetzung; prozessuale Effizienz; rationale Apathie; Massenschäden; Streuschäden; Klagenhäufung; Verbandsklage; Musterklage; Pilotprozess; Gruppenklage; Sammelklage; class action; Gruppenvergleich; Prozesskosten; Prozessfinanzierung; aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage; Justizstandort; EU-Recht

**Mots clés:** Procédure civile; protection juridique; exercice collectif des droits; efficacité des procédures; apathie rationnelle; dommages collectifs; dommages dispersés; cumul d'actions; action des organisations; action modèle; action pilote; action de groupe; action collective; «class action»; transaction de groupe; coût de procédure; financement des procédures; action en responsabilité dans le domaine du droit des sociétés anonymes; place judiciaire; législation de l'UE

**Termini chiave:** Procedura civile; tutela giurisdizionale; tutela giuridica collettiva; efficacia delle procedure; apatia razionale; danni di massa; danni sparsi; cumulo di azioni; azione collettiva; azione modello; azione pilota; azione di gruppo; azione di classe; class action; transazione di gruppo; spese giudiziarie; finanziamento delle procedure; azioni di responsabilità nell'ambito del diritto della società anonima; foro giudiziario; legislazione dell'UE

---

### **Regeste:**

Die bestehenden Instrumente des geltenden Rechts zur kollektiven Rechtsdurchsetzung (namentlich Klagenhäufung, Verbandsklage sowie Muster- oder Testverfahren) sind zur effizienten und effektiven Durchsetzung von Massen- und Streuschäden im Privatrecht praktisch ungenügend bzw. teilweise untauglich. Daraus ergibt sich eine Lücke im geltenden Rechtsschutzsystem. Als mögliche Massnahmen kommen Verbesserungen der bestehenden Instrumente (insb. Prozesskostenregelung und Prozessfinanzierung, Erweiterung des Anwendungsbereichs der Verbandsklage) und die Einführung allgemeiner Instrumente der echten kollektiven Rechtsdurchsetzung in Betracht.

### **Regeste:**

Dans le droit en vigueur, les instruments d'exercice collectif (notamment le cumul d'actions, l'action des organisations et l'action modèle ou test) sont insuffisants voire inadéquats pour permettre une mise en œuvre efficace et effective des droits des particuliers en cas de dommages collectifs et dispersés. Il en résulte un système de protection juridique lacunaire. Il serait possible d'améliorer les instruments existants (en particulier en modifiant les dispositions sur les frais et le financement des

---

\* Der Bericht wurde bereits durch das BJ publiziert.

procédures ou en étendant le champ d'application de l'action des organisations) et d'instaurer de véritables instruments généraux d'exercice collectif des droits.

**Regesti:**

Gli strumenti di tutela giuridica collettiva nel diritto vigente (segnatamente il cumulo di azioni, l'azione collettiva e la procedura modello o test) sono insufficienti e in certi casi inadeguati a permettere una messa in atto efficace ed effettiva dei diritti privati in caso di danni di massa e sparsi. Ne risulta una tutela giurisdizionale lacunosa. Sarebbe possibile migliorare gli strumenti esistenti (in particolare le disposizioni sui costi e il finanziamento delle procedure, l'estensione del campo di applicazione dell'azione collettiva) e introdurre strumenti generali veri e propri di tutela giuridica collettiva.

---

**Rechtliche Grundlagen:** Art. 29, 29a BV; Art. 6 Ziff. 1 EMRK; Art. 71, 89, 90, 93, 98, 106, 125, 126, 127 ZPO

**Bases juridiques:** art. 29 et 29a Cst.; art. 6, ch. 1, CEDH; art. 71, 89, 90, 93, 98, 106, 125, 126 et 127 CPC

**Basi giuridiche:** Art. 29, 29a Cst.; art. 6 n. 1 CEDU; art. 71, 89, 90, 93, 98, 106, 125, 126, 127 CPC

---

## Zusammenfassung

*Kollektiver Rechtsschutz hat die gerichtliche Erledigung von (Schadenersatz-)Ansprüchen einer Vielzahl von gleich oder gleichartig geschädigten Personen durch Bündelung ihrer Interessen und Ressourcen in kollektiven Verfahren zum Gegenstand. Dazu stehen verschiedene Instrumente zur Verfügung.*

### **Erscheinungsformen**

*Eine kollektive Rechtsdurchsetzung kommt primär bei sogenannten Massen- und Streuschäden in Betracht. Bei einem Massenschaden wird eine Vielzahl von Personen in gleicher oder gleichartiger Weise betroffen und jede einzelne in einer für sie erheblichen Weise geschädigt. Streuschäden sind demgegenüber Schäden, bei welchen eine Vielzahl von Personen lediglich einen wertmässig kleinen Schaden erleidet. Während mit den Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes bei Massenschäden im Interesse sämtlicher Beteiligter in erster Linie effiziente Prozesse erreicht und gewährleistet werden sollen, geht es bei Streuschäden um die Sicherstellung der Kompensation und die Prävention unrechtmässiger Verhaltensweisen. In beiden Fällen geht es jedoch auch um die effektive Durchsetzung des objektiven Rechts.*

*Die Formen der kollektiven Rechtsdurchsetzung stehen durchaus im Gegensatz zum Individualprozess als traditionellem Modell der Rechtsverfolgung. Zu unterscheiden ist zwischen Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes in den Formen des Individualprozesses und echten Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes. Letztere sind dem geltenden schweizerischen Recht nur vereinzelt bekannt, beispielsweise im Gesellschaftsrecht. Das schweizerische Recht kennt daneben mehrere Instrumente, mit welchen eine Kollektivierung des Rechtsschutzes erreicht werden kann, namentlich die (subjektive und objektive) Klagenhäufung, die Verbandsklagen sowie Muster- oder Testverfahren auf der Grundlage privatrechtlicher Vereinbarungen. Demgegenüber sind dem schweizerischen Recht im Unterschied zu zahlreichen ausländischen Rechtsordnungen allgemeine repräsentative Gruppenklagen nicht bekannt, obschon solche mit dem geltenden Recht durchaus kompatibel wären.*

### **Bestandesanalyse und Rechtsvergleichung**

*Die Analyse der bestehenden Instrumente des geltenden Rechts in der Schweiz zeigt gerade auch im Vergleich mit dem Ausland, dass diese zur effizienten und effektiven Durchsetzung von Massen- und Streuschäden praktisch ungenügend beziehungsweise teilweise untauglich sind. Daraus ergibt sich eine Lücke im geltenden Rechtssystem, womit auch der Zugang zur Gerichtsbarkeit faktisch nicht immer gewährleistet ist. So stellen insbesondere die geltenden Regelungen der Prozesskosten und die ungenügend genutzte Möglichkeit der Prozessfinanzierung Hindernisse bei der Durchsetzung von Massenschäden dar, beispielsweise im Bereich der sogenannten Anlegerschäden, aber auch im Konsumentenrecht. Gleichzeitig erweist sich die Verbandsklage in ihrer heutigen Form angesichts des beschränkten sachlichen und funktionalen Anwendungsbereichs für die Durchsetzung von Massen- und Streuschäden als ungenügend, was sich gerade im Bereich des Konsumentenrechts oder auch des Gleichstellungsrechts zeigt. Aus dem Vergleich mit dem Ausland wird deutlich, dass dort insbesondere in den letzten Jahrzehnten zunehmend weitergehende Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes eingeführt wurden, um solche Rechtsschutzdefizite abzubauen und dass sich diese Instrumente bewährt haben.*

*Im Hinblick auf die mögliche Einführung neuer Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes in der Schweiz sollten diese Erfahrungen berücksichtigt werden, namentlich das in der österreichischen Praxis entwickelte Modell einer besonderen Form der gebündelten Geltendmachung von Ansprüchen durch bestimmte Organisationen, das deutsche Modell eines speziellen Musterverfahrensgesetzes sowie das System eines besonderen Gruppenvergleichsverfahrens in den Niederlanden.*

*Über die Gewährleistung der effektiven Rechtsdurchsetzung hinaus geht es auch darum, die Funktionsfähigkeit des Justizsystems im Falle eines Massenschadensfalls sicherzustellen und die Attraktivität der Schweiz als Justizstandort im internationalen Kontext zu fördern.*

*In Bezug auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage können die im Rahmen des indirekten Gegenvorschlags zur Abzockerei-Initiative bereits beschlossenen Änderungen nach der Annahme der Initiative in die entsprechenden Ausführungserlasse überführt werden, um das Prozesskostenrisiko für klagende Aktionäre zu senken. Eine weitere Verbesserung der finanziellen Anreize für klagende Akti-*

onäre könnte im Rahmen einer gesonderten Revision der Bestimmungen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit erreicht werden. Die allgemeinen Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes sind dafür nicht geeignet.

### **Mögliche Massnahmen**

Als mögliche Massnahmen kommen im Rahmen der bestehenden Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes die Verbesserung der Regelungen über die Prozesskosten und allenfalls auch der Möglichkeiten der Prozessfinanzierung zur Durchsetzung von Massenschäden einerseits sowie die Erweiterung des sachlichen und inhaltlichen Anwendungsbereichs der Verbandsklage andererseits in Betracht. Weitere Massnahmen sind auch im Bereich der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage möglich.

Daneben könnte die Einführung allgemeiner Instrumente der echten kollektiven Rechtsdurchsetzung geprüft werden. Als mögliche Instrumente erscheinen heute die Schaffung eines besonderen Muster- oder Testverfahrens, einer sogenannten opt in-Gruppenklage oder eines Gruppenvergleichsverfahrens (allenfalls auch in Kombination), gerade auch angesichts der praktischen Erfahrungen im Ausland, besonders prüfenswert. Jedenfalls wären solche Instrumente an die schweizerischen Verhältnisse anzupassen. Dabei müsste der Gewährleistung der Finanzierbarkeit solcher Verfahren sowie der Verhinderung des Missbrauchs eine herausragende Bedeutung zukommen.

Ein funktionierendes System verschiedener Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes zur effektiven und effizienten Rechtsdurchsetzung von Massen- und Streuschäden stellt in der heutigen Gesellschaft einen zentralen Teil eines funktionierenden Rechtsschutzsystems dar. Die vorliegende Analyse des geltenden Rechts und der daraus resultierenden Mängel sowie die skizzierten möglichen Massnahmen zur Verbesserung des geltenden Rechts stellen einen ersten Schritt zur Verbesserung des Rechtsschutzes dar, welcher sowohl im Interesse jedes Einzelnen als Rechtsunterworfenen als auch im allgemeinen öffentlichen Interesse eines effizienten, effektiven und funktionierenden Justizsystems steht.

## Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung .....	65
1.1	Ausgangslage.....	65
1.2	Gegenstand und Ziel.....	65
1.3	Inhalt .....	66
2	Begriff und Zweck des kollektiven Rechtsschutzes .....	66
2.1	Kollektiver Rechtsschutz als Sammelbegriff.....	66
2.2	Zielsetzung und Zwecke des kollektiven Rechtsschutzes.....	67
2.2.1	Prozessuale Effizienz.....	67
2.2.2	Kompensation und Prävention unrechtmässiger Verhaltensweisen .....	69
2.2.3	Effektive Durchsetzung des objektiven Rechts .....	70
2.3	Echter kollektiver Rechtsschutz und kollektiver Rechtsschutz in den Formen des Individualrechtsschutzes.....	70
2.4	Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz.....	71
3	Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes in der Schweiz und im Ausland .....	71
3.1	Subjektive und objektive Klagenhäufung .....	71
3.1.1	Subjektive und objektive Klagenhäufung (Art. 71 und Art. 90 ZPO) .....	71
3.1.2	Prozessvereinigung, -sistierung und -überweisung (Art. 125 Bst. c, Art. 126 und Art. 127 ZPO).....	72
3.1.3	Sammelklage österreichischer Prägung als besondere praktische Ausprägung der objektiven Klagenhäufung: Modell für die Schweiz?.....	73
3.1.4	Bewertung und Folgerungen .....	74
3.2	Verbandsklagen .....	77
3.2.1	Allgemeine Verbandsklage (Art. 89 ZPO).....	77
3.2.2	Besondere Verbandsklagen.....	78
3.2.3	Allgemeine und auch reparatorische Verbandsklagen im Ausland .....	78
3.2.4	Bewertung und Folgerungen .....	79
3.3	Muster- oder Testklagen .....	81
3.3.1	Muster- oder Testklagen im geltenden Schweizer Recht.....	81
3.3.2	Deutsches Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz: Vorbild für die Schweiz? .....	82
3.3.3	Bewertung und Folgerungen .....	82
3.4	Gruppenklagen.....	84
3.4.1	Keine allgemeine Gruppenklage in der Schweiz.....	84
3.4.2	Gruppenklageähnliche Instrumente in der Schweiz .....	85
3.4.3	Gruppenklagen im Ausland.....	88
3.4.4	Gruppenvergleiche in den Niederlanden: Konzept für die Schweiz? .....	89
3.4.5	Bewertung und Folgerungen .....	90
4	Besondere Fragen .....	92
4.1	Prozessfinanzierung als Chance und Risiko des kollektiven Rechtsschutzes .....	92
4.1.1	Problem der Prozesskosten und Prozessfinanzierung bei Massen- und Streuschäden .....	92
4.1.2	Bewertung und Folgerungen .....	94
4.2	Prozessuale Schwierigkeiten bei der Geltendmachung aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche.....	95
4.2.1	Aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage .....	95
4.2.2	Prozessuale Schwierigkeiten .....	96
4.2.3	Bewertung und Folgerungen .....	97

4.3	Gewährleistung der Funktionsfähigkeit des Justizsystems im Falle eines Massenschadensfalls .....	98
4.3.1	Massenschadensfall als Gefahr für die Funktionsfähigkeit des Justizsystems .....	98
4.3.2	Bewertung und Folgerungen .....	99
4.4	Internationaler Kontext .....	99
4.4.1	Schweizerische Parteien in ausländischen kollektiven Verfahren: Ungenügender kollektiver Rechtsschutz als Nachteil für den Justizstandort Schweiz?.....	99
4.4.2	Schwierigkeiten bei der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen des kollektiven Rechtsschutzes in der Schweiz .....	100
4.4.3	Kollektiver Rechtsschutz im EU-Recht.....	100
4.4.4	Bewertung und Folgerungen .....	101
5	Folgerungen.....	101
5.1	Ungenügende Instrumente zur effektiven Durchsetzung von Massen- und Streuschäden	101
5.2	Mögliche Massnahmen zur Verbesserung der Durchsetzung von Massen- und Streuschäden.....	102
	Literatur- und Materialienverzeichnis .....	101

## 1 Einleitung

### 1.1 Ausgangslage

Die Rechtsdurchsetzung erfolgt im schweizerischen (Privat-)Recht grundsätzlich durch Individualprozesse zwischen einem oder mehreren Kläger(n) auf der einen Seite und einem oder mehreren Beklagten auf der anderen Seite. Die Parteien sind direkt am Prozess beteiligt, führen diesen grundsätzlich selbst und für sich selbst, insbesondere unabhängig von anderen Parteien und Verfahren. Daneben existieren bestimmte Instrumente, die eine kollektive bzw. kollektivierte Rechtsdurchsetzung erlauben (z.B. die Klagenhäufung oder die Verbandsklage). Demgegenüber sind prozessuale Instrumente zur kollektiven Geltendmachung reparatorischer Ansprüche dem geltenden schweizerischen Recht grundsätzlich unbekannt.<sup>1</sup>

Verschiedene Ereignisse und Entwicklungen der letzten Jahre machen heute eine Überprüfung der aktuellen Rechtslage notwendig. Der Bundesrat erachtete daher die Frage als prüfenswert, ob für den Bereich der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit im Unterschied zum geltenden Recht nicht doch prozessuale Instrumente der kollektiven Interessenwahrung vorgesehen werden sollten.<sup>2</sup> Diese Prüfung darf jedoch nicht auf den Bereich der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit isoliert bleiben. Vielmehr muss sie im Sinne eines sektorübergreifenden («horizontalen») Zugangs sämtliche Fälle gleicher oder gleichartiger Ansprüche und gleichgerichteter Interessen erfassen, die einer kollektiven Interessenwahrung zugänglich erscheinen,<sup>3</sup> namentlich im Finanz- und Kapitalmarktrecht, im Konsumentenschutz, im Kartellrecht, im Persönlichkeitsschutz und im Gleichstellungsrecht<sup>4</sup> sowie im Datenschutzrecht.<sup>5</sup>

Weitergehend verlangt die vom Parlament noch nicht behandelte Motion 11.3977 Birrer-Heimo «Erleichterung der kollektiven Rechtsdurchsetzung in kollektiven Verfahren» unmittelbar die Ausarbeitung einer Gesetzesvorlage, die es einer grossen Anzahl gleichartig Geschädigter erleichtert, ihre Ansprüche gemeinsam vor Gericht geltend zu machen. Die ebenfalls noch nicht behandelte Motion 13.3052 Schwaab «Recht zur Sammelklage bei Datenschutzverletzungen, insbesondere im Internet» verlangt die Ausarbeitung eines Vorentwurfs zu einer gesetzlichen Grundlage, welche die Möglichkeit der Sammelklage im Zivilrecht im Bereich des Datenschutzes, insbesondere im Internet und in den sozialen Netzwerken, vorsieht. Unter Hinweis auf die vorgängig notwendige Prüfung und den vorliegenden Bericht hat der Bundesrat die Ablehnung der Motionen beantragt.<sup>6</sup>

### 1.2 Gegenstand und Ziel

Der vorliegende Bericht setzt sich mit den verschiedenen Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes im in- und ausländischen Recht auseinander. Gegenstand des Rechtsschutzes bilden die materiell-rechtlichen Ansprüche, wie sie das geltende Recht eröffnet. Diese Ansprüche und ihre Rechtsgrundlagen sind inhaltlich nicht Gegenstand dieses Berichts. Vorliegend geht es um die Frage der Wahrung dieser Rechtsansprüche und die Möglichkeiten ihrer kollektiven Geltendmachung. Im Zentrum steht dabei die Durchsetzung von Ansprüchen des Privatrechts bzw. von Ansprüchen zwischen Privaten, die sich auf Privatrecht stützen. Demgegenüber ist die kollektive Geltendmachung von öffentlich-rechtlichen Ansprüchen, insbesondere auch gegenüber Nichtprivaten, d.h. hoheitlich auftretenden Rechtssubjekten, nicht Gegenstand des Berichts. Ebenfalls nicht eingegangen wird im Rahmen der vorliegenden Untersuchung auf neben der justizförmigen Rechtsdurchsetzung durch staatliche Gerichte bestehende Instrumente der Mediation und der alternativen Streiterledigung (engl. *Alternative Dispute Resolution* [ADR]) sowie auf die Schiedsgerichtsbarkeit.

<sup>1</sup> Siehe zu den Begrifflichkeiten ausführlich nachfolgend unter Ziffer 2.

<sup>2</sup> Stellungnahme des Bundesrates vom 13. Oktober 2010 zum Bericht vom 30. Mai 2010 der Geschäftsprüfungskommissionen des Nationalrates und des Ständerates, «Die Behörden unter dem Druck der Finanzkrise und der Herausgabe von UBS-Kundendaten an die USA», BBl 2011, 3459, hier 3503.

<sup>3</sup> Votum Bundesrätin Sommaruga vom 6. Dezember 2010, Beantwortung der Frage 10.5511 Bischof «Sammelklagen auch in der Schweiz?», AB NR 2010, 1826.

<sup>4</sup> Stellungnahme des Bundesrates vom 30. November 2011 zur Motion 11.3977 Birrer-Heimo. Erleichterung der Rechtsdurchsetzung in kollektiven Verfahren.

<sup>5</sup> Stellungnahme des Bundesrates vom 8. Mai 2013 zur Motion 13.3052 Schwaab. Recht zur Sammelklage bei Datenschutzverletzungen, insbesondere im Internet.

<sup>6</sup> Stellungnahme des Bundesrates vom 30. November 2011 zur Motion 11.3977 Birrer-Heimo. Erleichterung der Rechtsdurchsetzung in kollektiven Verfahren; Stellungnahme des Bundesrates vom 8. Mai 2013 zur Motion 13.3052 Schwaab. Recht zur Sammelklage bei Datenschutzverletzungen, insbesondere im Internet.

Der vorliegende Bericht verfolgt somit zwei Zielsetzungen: Erstens soll eine Bestandesaufnahme des kollektiven Rechtsschutzes im geltenden schweizerischen Recht vorgenommen werden, die bestehende Defizite aufzeigt. Gleichzeitig soll dabei auf vergleichbare oder unterschiedliche Instrumente in ausländischen Rechtsordnungen und ihre Ausgestaltung vergleichend eingegangen werden. Naturgemäß kann dabei keine umfassende und abschliessend rechtsvergleichende Darstellung geliefert werden. Gestützt darauf sollen zweitens für die verschiedenen Instrumente eine Bewertung vorgenommen und daraus Folgerungen im Hinblick auf mögliche Massnahmen gezogen werden.

### 1.3 Inhalt

In einem ersten Teil des Berichts werden der Begriff des kollektiven Rechtsschutzes und dessen Funktionen sowie die beiden zentralen Begriffe der sogenannten Massen- und Streuschäden erläutert (Ziffer 2). Anschliessend liefert der Bericht eine Darstellung und Bewertung der existierenden Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes im geltenden schweizerischen Recht sowie in ausländischen Rechtsordnungen (Ziffer 3). In einem nächsten Schritt wird auf besondere Probleme beim kollektiven Rechtsschutz eingegangen; in diesem Zusammenhang ist insbesondere auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage einzugehen (Ziffer 4). Abschliessend werden daraus Folgerungen zum geltenden Recht und zu den Handlungsmöglichkeiten gezogen (Ziffer 5).

## 2 Begriff und Zweck des kollektiven Rechtsschutzes

### 2.1 Kollektiver Rechtsschutz als Sammelbegriff

Unter dem (Sammel-)Begriff des kollektiven Rechtsschutzes<sup>7</sup> werden 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.<sup>8</sup> Insofern ist der Begriff durchaus in Abgrenzung zum Individualrechtsschutz zu sehen (vgl. jedoch die notwendige Relativierung in Ziffer 2.3 nachfolgend).<sup>9</sup>

Zur Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche und Forderungen steht traditionell die individuelle Interessenwahrung im Vordergrund. Der *Zivilprozess* ist daher idealtypisch auf die *individuelle Rechtsverfolgung* zur Durchsetzung *individueller Ansprüche* zwischen einer klagenden Partei und einer beklagten Partei ausgerichtet, die sich im Verfahren gegenüber stehen.<sup>10</sup> Den Parteien stehen individuelle Orientierungs-, Äusserungs-, Mitwirkungs- und Akteneinsichtsrechte zu, was sich aus Artikel 53 Absatz 1 ZPO<sup>11</sup> sowie bereits aus Artikel 29 Absatz 2 BV<sup>12</sup> und Artikel 6 Absatz 1 EMRK<sup>13</sup> ergibt.<sup>14</sup> Entsprechend dem vorrangigen Zweck des Zivilprozesses, subjektive Rechte der Einzelnen zu gewährleisten, gilt im Zivilprozess grundsätzlich der sogenannte Dispositionsgrundsatz (Art. 58 Abs. 1 ZPO): Das Gericht darf einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen, als sie verlangt, und nicht weniger als die Gegenpartei anerkannt hat. Gleichzeitig beschränkt sich die Verbindlichkeit (Rechtskraft) eines zwischen den Parteien ergehenden gerichtlichen Entscheids in subjektiver Hinsicht grundsätzlich auf die Parteien des Prozesses, deren subjektive Rechte gerade Gegenstand des Prozesses bildeten; nur für diese ist der Entscheid verbindlich, und nur diese sind daran gebunden.<sup>15</sup> Nicht am Verfahren beteiligte Dritte sind dagegen nicht an den Entscheid gebunden und werden da-

<sup>7</sup> Im Englischen wird dabei zumeist von «*collective redress*» gesprochen. Der Begriff wurde massgeblich von den EU-Behörden geprägt und findet heute in der EU standardmässig Verwendung, vgl. auch DICKENMANN, S. 467 ff.

<sup>8</sup> Vgl. dazu z.B. BERNET/HESS, S. 451 ff.; DROESE, S. 116 f. sowie zum ausländischen Recht WAGNER, Kollektiver Rechtsschutz, S. 41 ff.; KOCH, Internationaler kollektiver Rechtsschutz, S. 55 ff.; BRUNS, S. 401. Vgl. auch EUROPÄISCHE KOMMISSION, Kollektiver Rechtsschutz, S. 3 f.; EUROPÄISCHES PARLAMENT, Overview, S. 6.

<sup>9</sup> Vgl. nur MELLER-HANNICH/HÖLAND, Kollektiver Rechtsschutz, S. 164 ff.

<sup>10</sup> JEANDIN, Consortitè, S. 163 f.; BSK ZPO-Oberhammer, Art. 89 N 1. Eine Ausnahme davon stellen die ebenfalls in der ZPO geregelten nichtstreitigen Verfahren der sog. freiwilligen Gerichtsbarkeit dar (Art. 248 Bst. e ZPO), wo normalerweise nur eine Gesuchstellerin auftritt; daher ist die freiwillige Gerichtsbarkeit nicht Gegenstand der vorliegenden Ausführungen.

<sup>11</sup> Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) vom 19. Dezember 2008 (SR 272).

<sup>12</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101).

<sup>13</sup> (Europäische) Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101).

<sup>14</sup> Vgl. zum Anspruch auf rechtliches Gehör im Zivilprozess BK ZPO-HURNI, Art. 53 N 5 ff. m.w.N.

<sup>15</sup> Vgl. nur BSK ZPO-OBERHAMMER, Vor Art. 236–242 N 21 und N 47.

durch in ihren Rechten nicht betroffen, können daraus aber auch nichts zu ihren Gunsten ableiten.<sup>16</sup> Die zivilprozessualen Regelungen über die Prozesskosten sind ebenfalls vor dem Hintergrund des Zwecks des Zivilprozesses als Individualverfahren zu sehen: Da es um die Verwirklichung der subjektiven Rechte der beteiligten Parteien geht, sollen diesen grundsätzlich die damit verbundenen Kosten der Rechtsdurchsetzung nach bestimmten Tarifen (vgl. Art. 96 ZPO) überbunden werden. Nach dem in Artikel 106 ZPO niedergelegten sogenannten Erfolgsprinzip werden die Prozesskosten grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt, was auf der Vermutung beruht, diese habe die Kosten der Rechtsverwirklichung verursacht.<sup>17</sup>

Primärer Zweck des Zivilprozesses ist somit die Gewährung von *Individualrechtsschutz*. Das Privatrecht verleiht den Einzelnen subjektive Rechte, zu deren Verwirklichung der Zivilprozess dient. Damit soll im Einzelfall materielle Gerechtigkeit erreicht werden. Gleichzeitig bezweckt der Zivilprozess die Durchsetzung der Rechtsordnung als objektives Recht, also auch die Erhaltung bzw. Herbeiführung von Rechtsfrieden und Rechtssicherheit.<sup>18</sup> Der Staat ist als Träger der Rechts- und Justizhoheit zur Gewährung und Garantie eines umfassenden Rechtsschutzes verpflichtet, was selbstverständlich auch im Privatrecht gilt. Nach dem in Artikel 29 Absatz 1 und Artikel 29a BV sowie in Artikel 6 Ziffer 1 EMRK verankerten Justizgewährungsanspruch hat jede Person Anspruch auf Zugang zur Rechtspflege und Gewährung der Justiz durch die gerichtlichen Behörden.<sup>19</sup>

## 2.2 Zielsetzung und Zwecke des kollektiven Rechtsschutzes

*Ziel* des kollektiven Rechtsschutzes ist 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. Ausgehend davon lassen sich als *Zwecke* des kollektiven Rechtsschutzes die prozessuale Effizienz, die Kompensation und die Prävention bestimmter unrechtmässiger Verhaltensweisen sowie die effektive Durchsetzung des objektiven Rechts nennen. Je nach der objektiven und subjektiven Bedeutung des Anspruchs für den Berechtigten, um dessen Rechtsdurchsetzung es geht, steht dabei einer oder auch mehrere dieser Zwecke im Vordergrund. Oft dürften sich die den verschiedenen Zwecken zugrundeliegenden Konstellationen, insbesondere Massen- und Streuschäden (dazu sogleich), überlagern.<sup>20</sup>

### 2.2.1 Prozessuale Effizienz

#### Allgemeines

Ausgehend von der Idee der effizienten Rechtsverfolgung soll mit den Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes unter rein *quantitativen* Gesichtspunkten gerade das effiziente Funktionieren der Rechtspflege zu Gunsten aller Beteiligten sichergestellt werden. So ermöglichen erst die Instrumente der kollektiven Rechtsdurchsetzung eine justizförmige und rasche Schadensabwicklung, wenn eine Vielzahl von Klagen zur gleichen Zeit auf der gleichen Grundlage beim (gleichen) Gericht erhoben wird, wie es beispielsweise bei sogenannten Massenschäden vorkommt.

Eine effiziente Rechtsdurchsetzung liegt wiederum im *allgemeinen Interesse* an einer effektiven und funktionsfähigen Justiz sowie im *Individualinteresse* des Geschädigten an einer effektiven Rechtsdurchsetzung und insbesondere am Schadensausgleich.<sup>21</sup> Effizienzgewinne bestehen gerade auch für die beklagte Partei, indem ein Verfahrensausgang auch für Personen verbindlich wird, die nicht am Verfahren teilgenommen haben und damit eine Rechtsunsicherheit vollständig und verbindlich erledigt

<sup>16</sup> Ausnahmsweise besteht eine Rechtskrafterstreckung auf Dritte, so insb. bei Gesamtrechtsnachfolgen oder kraft positivrechtlicher Anordnung, vgl. nur BSK ZPO-OBERHAMMER, Vor Art. 236–242 N 48 ff.

<sup>17</sup> Allgemein wird der Grundsatz, dass die unterliegende Partei die (gesamten) Kosten eines Verfahrens und/oder insbesondere auch die Kosten, die der Gegenpartei bei der Prozessführung entstanden sind, zu tragen hat als «*Loser pays all*»- oder «*Loser pays*»-Regel bezeichnet, welche auch als «*English rule*» gilt. Der Gegensatz dazu ist die sog. «*American rule*», wonach jede Prozesspartei ihre eigenen Prozesskosten zu tragen hat.

<sup>18</sup> Vgl. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 1 Rz 2–4; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rz 1.3 ff.; SCHILKEN, S. 24.

<sup>19</sup> STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 1 Rz 8.

<sup>20</sup> Vgl. nur DOMEJ, S. 422.

<sup>21</sup> KOCH, Sammelklage, S. 442; WAGNER, Kollektiver Rechtsschutz, S. 47 ff.

werden kann.<sup>22</sup> Gleichzeitig werden unterschiedliche, insbesondere widersprechende Entscheidungen über gleiche Tat- und Rechtsfragen vermieden.<sup>23</sup>

### Massenschäden

Von Massenschäden spricht man dann, wenn eine Vielzahl von Personen durch ein Schadensereignis (oder eine Anzahl gleicher Schadensquellen), durch ein widerrechtliches Verhalten oder allgemeiner durch *eine* Ursache in gleicher oder gleichartiger Weise in ihren Rechten bzw. Rechtsgütern betroffen und geschädigt wird, wobei die oder der einzelne Geschädigte erheblich betroffen ist und ihr oder ihm ein *erheblicher* und damit mehr als nur ein wertmässig kleiner, vernachlässigbarer *Sach- oder Vermögensschaden* entsteht.<sup>24</sup>

Zu unterstreichen ist, dass die verwendete Terminologie keineswegs einheitlich ist. So wird der Begriff Massenschaden teilweise auch als Oberbegriff verwendet<sup>25</sup> oder teilweise weiter eingeschränkt.<sup>26</sup> Jedenfalls sind die Massen- oder auch Grossschäden von den sogenannten Streuschäden (dazu sogleich nachfolgend) abzugrenzen.

*Massenschäden* entstehen aufgrund grosser Unfälle, Unglücke und Katastrophen wie Zugunglücke, Flugzeugabstürze, Unglücke mit Bergbahnen, Explosionen oder Grossbrände.<sup>27</sup> Ebenfalls Massenschäden sind Serienschäden infolge fehlerhafter Produkte wie z.B. Medikamente und allgemein sogenannte toxische Massenschäden zufolge Austritts von Radioaktivität oder auch durch Asbest (-exposition).<sup>28</sup>

Als moderne Erscheinung zeigen sich Massenschäden im Bereich des *Kapital- und Finanzmarkts* in der Form von sogenannten Anlegerschäden, wenn beispielsweise eine Vielzahl von Kapitalanlegerinnen und -anlegern durch irreführende, falsche oder unterbliebene Informationen Verluste erleiden.<sup>29</sup> Massenschadensfälle können sich auch aus mangelhafter Anlageberatung oder -vermittlung ergeben, wenn diese auf generellen oder strukturellen Pflichtwidrigkeiten beruht, die eine Vielzahl von Geschädigten in gleicher oder gleichartiger Weise treffen. So werden auch die Fälle der Schädigungen als Massenschäden bezeichnet, welche im Jahr 2008 eine Vielzahl von Anlegerinnen und Anlegern im Zusammenhang mit den Insolvenzen der beiden Finanzinstitute Lehman Brothers Holding Inc. bzw. der ganzen Lehman-Gruppe und der Kaupthing-Gruppe erlitten.<sup>30</sup>

Als Massenschadensfälle im *Kartellrecht* sind diejenigen Konstellationen zu betrachten, in denen es um eine Schädigung einer Vielzahl von Konkurrenten, Abnehmern oder Zulieferern durch unzulässige Wettbewerbsabreden geht. Auch im *Lauterkeitsrecht* sind Fälle von Massenschäden denkbar, beispielsweise durch die Verwendung missbräuchlicher Allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB) gegenüber einer Vielzahl von Konsumentinnen und Konsumenten. Sodann kann auch eine (systematische) Verletzung von Bestimmungen des *Gleichstellungsrechts*, insbesondere wegen Verletzung des Lohngleichheitsgebots, gegenüber einer Vielzahl von Betroffenen zu einem Massenschaden führen. Darüber hinaus treten auch im *Arbeits-* und im *Mietrecht* Massenschadensfälle auf.

<sup>22</sup> Vgl. nur DROESE, S. 118.

<sup>23</sup> DROESE, S. 118; BERNET/GROZ, S. 78.

<sup>24</sup> Vgl. dazu auch für das schweizerische Recht GORDON-VRBA, S. 6 und 9 f.; BRUNNER, Zur Verbands- und Sammelklage, S. 39, der aber nicht zwischen Massenschäden und Streuschäden unterscheidet; SCHALLER, Rz 169; STARK/KNECHT, S. 53. Vgl. sodann aus dem ausländischen Recht WAGNER, Kollektiver Rechtsschutz, S. 54; WAGNER, Collective Redress S. 65. Teilweise werden dafür auch die Bezeichnungen «Grossschäden» oder «Kumulschäden» verwendet, vgl. z.B. GORDON-VRBA, S. 6 und 9 f. oder KLAUSER, Massenschäden, S. 19.

<sup>25</sup> Vgl. bspw. VON BAR, S. A 9 ff.

<sup>26</sup> Mit der Schaffung des zwischenzeitlich durch die Schweizerische Zivilprozessordnung abgelösten Bundesgesetzes über den Gerichtsstand in Zivilsachen vom 24. März 2000 (aSR 272) fand der Begriff des Massenschadens Eingang in das schweizerische Recht: Art. 27 aGestG sah einen besonderen Gerichtsstand bei Massenschäden vor. Gemäss Botschaft sind «unter Massenschäden Ereignisse zu verstehen, bei denen eine grössere Zahl von Menschen – eine «Menschenmasse» – betroffen ist» (BBI 1999, 2866). Weil dieser Begriff des Massenschadens als zu unbestimmt und kaum justizierbar erachtet wurde, verzichtete man auf die Übernahme dieses Gerichtsstands in die ZPO (BBI 2006, 7269 f.; vgl. nur ZK ZPO-SUTTER-SOMM/ HEDINGER, Art. 36 N 2; kritisch dazu DROESE, S. 133 f.).

<sup>27</sup> HAGER/LEONHARD, S. 303 f.

<sup>28</sup> Im angloamerikanischen Rechtskreis wird von «*toxic mass torts*» gesprochen.

<sup>29</sup> WAGNER, Kollektiver Rechtsschutz, S. 54; KOLLER, S. 63 ff.; KALSS, Massenverfahren, S. 322.

<sup>30</sup> Vgl. z.B. Motion 11.3977 Birrer-Heimo. Erleichterung der Rechtsdurchsetzung in kollektiven Verfahren.

In Fällen von Massenschäden zeigen sich in Bezug auf die Rechtsdurchsetzung drei besondere Problemstellungen:

1. Die oder der Einzelne hat einen Schaden erlitten, der für sie oder ihn nicht bloss ein wertmässig kleiner, vernachlässigbarer Sach- oder Vermögensschaden darstellt, sondern dieser ist von solcher Bedeutung, dass eine Rechtsdurchsetzung beabsichtigt und angestrebt wird. Gleichzeitig ist die oder der Geschädigte nicht alleine in dieser Situation, sondern eine *Vielzahl von Personen* befindet sich in der gleichen Lage. Unterschiede bestehen möglicherweise hinsichtlich der konkreten Höhe des Schadens, des konkreten Schadensfalles sowie der individuellen Ausgangslage hinsichtlich rechtlicher und finanzieller Möglichkeiten (Vertrautheit in Rechtsfragen, mögliche Rechtsschutzversicherung, finanzielle Lage etc.).
2. Demgegenüber sehen sich ein oder mehrere mutmasslich als Schädiger haftbare, potenzielle Beklagte mit einer Vielzahl von gleichen oder ähnlichen Ansprüchen und damit (zumindest potenziell) einer *Vielzahl von rechtlichen Auseinandersetzungen* konfrontiert, was sie/ihn in verschiedener Hinsicht vor besondere Herausforderungen stellen kann, selbst wenn es sich bei den potenziell Beklagten zumeist um grössere Organisationen bzw. Firmen handelt.
3. Zumindest potenziell kommt es zu einer massenhaften Inanspruchnahme des oder der zuständigen Gericht(e) mit Verfahren, die in grossen Teilen ähnliche Fragen und Problemstellungen aufwerfen, aber aufgrund der *Vielzahl der Fälle* dennoch die Funktionsfähigkeit des Justizsystems gefährden können.

## 2.2.2 Kompensation und Prävention unrechtmässiger Verhaltensweisen

### Allgemeines

Mit den Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes kann die Verwirklichung der präventiven, verhaltenssteuernden und regulierenden Funktion des *objektiven Rechts* erreicht werden.<sup>31</sup> Diese Funktion der Verhaltenssteuerung steht insbesondere bei der Durchsetzung von sogenannten Streuschäden im Vordergrund, die erst durch den Einsatz von Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes *ökonomisch sinnvoll* wird.<sup>32</sup>

Der Zweck der *Kompensation* und *Prävention* bildet auch Hauptzweck der Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes in Bezug auf sogenannte *Gemeinschaftsgüterschäden*, d.h. Nachteile an Rechtsgütern oder Interessen, die keinem einzelnen Rechtssubjekt oder einer Gruppe von Rechtssubjekten direkt zugeordnet werden können, sondern der Gemeinschaft oder der Gesellschaft insgesamt zustehen, wie insbesondere die Umwelt.<sup>33</sup> Da es sich dabei aber primär um öffentlich-rechtliche Fragestellungen handelt, werden diese im Rahmen des vorliegenden Berichts nicht weiter beleuchtet.

### Streuschäden

Als Streuschäden werden nach allgemeiner Auffassung Schäden bezeichnet, bei welchen zwar wie bei Massenschäden ebenfalls eine Vielzahl von Personen durch ein Schadensereignis oder eine «zentrale Ursache» in gleicher oder gleichartiger Weise geschädigt werden, welche dabei aber *nur einen wertmässig kleinen Sach- oder Vermögensschaden* erleiden.<sup>34</sup> Teilweise werden Streuschäden unter Berücksichtigung der Höhe des finanziellen Schadens des Einzelnen und der Interessenlage weiter in sogenannte Bagatell- oder Kleinstschäden einerseits und (etwas grössere, aber immer noch geringe) Kleinschäden andererseits unterteilt.<sup>35</sup>

Als Beispiele für *Streuschäden* gelten vorab Schädigungen zufolge kartellrechtswidriger oder unlauterer Geschäftspraktiken von Unternehmungen gegenüber Konsumentinnen und Konsumenten.<sup>36</sup> Im Kartellrecht geht es dabei vor allem um die bei einer Vielzahl von Konsumentinnen und Konsumenten durch kartellistisches oder anderes wettbewerbsbeschränkendes Verhalten entstandene Schädigung

<sup>31</sup> KOCH, Sammelklage, S. 442 f.; WAGNER, Kollektiver Rechtsschutz, S. 47 ff.; DROESE, S. 119.

<sup>32</sup> DROESE, S. 118 f.; WAGNER, Kollektiver Rechtsschutz, S. 73 f.

<sup>33</sup> Vgl. dazu WAGNER, Kollektiver Rechtsschutz, S. 50.

<sup>34</sup> Vgl. dazu für das schweizerische Recht DICKENMANN, S. 468; DROESE, S. 118 f.; GORDON-VRBA, S. 6 und 9 f.; FISCHER, S. 53 f.; HEINEMANN, S. 21; vgl. zum ausländischen Recht bspw. WAGNER, Kollektiver Rechtsschutz, S. 51 ff.

<sup>35</sup> Vgl. nur GORDON-VRBA, S. 10; BERNET/HESS, S. 452.

<sup>36</sup> Vgl. nur bspw. EBBING, S. 27; WAGNER, Kollektiver Rechtsschutz, S. 52 f.

gen, primär durch Bezahlen überhöhter Preise zufolge unzulässiger Wettbewerbsabreden. In vergleichbarer Weise kann unlauteres Verhalten bei einer Vielzahl von Abnehmerinnen und Abnehmern zu einer wertmässig vernachlässigbaren Schädigung führen, beispielsweise wenn aufgrund unlauterer Methoden unrechtmässige Gewinne erzielt werden. Auch geringe Schädigungen von Investorinnen und Investoren am Kapital- und Finanzmarkt werden teilweise als Streuschäden qualifiziert.<sup>37</sup> Gleiches wird teilweise bei Datenschutzverletzungen im Internet gesagt.<sup>38</sup>

Für die Rechtsdurchsetzung von Streuschäden stellen sich damit im Vergleich zu den Massenschäden folgende zwei Komplikationen:

1. Weil der finanzielle Schaden der oder des einzelnen Geschädigten nur *sehr gering*, teilweise geradezu marginal ist, sieht diese(r) in der Regel von der Geltendmachung und gerichtlichen Durchsetzung ab, weil sich der (finanzielle) Aufwand im Verhältnis zum mutmasslichen maximalen Prozessgewinn nicht lohnt. Dabei spricht man von «*rationaler Desinteresse*» oder sogenannter «*rationaler Apathie*», indem der Geschädigte gerade aus ökonomischen Überlegungen von der Rechtsdurchsetzung absieht und seine Ansprüche nicht verwirklicht werden.<sup>39</sup>
2. Auf der anderen Seite muss ein Schadensverursacher in einem solchen Fall *nicht mit einer Inanspruchnahme durch die Geschädigten rechnen*. Diese Überlegung wird er insbesondere bei seinen zukünftigen Verhaltensweisen berücksichtigen, was sowohl unter gesamtwirtschaftlichen als auch unter regulatorischen Gesichtspunkten unerwünscht erscheint.

### 2.2.3 Effektive Durchsetzung des objektiven Rechts

In *qualitativer* Hinsicht dient der kollektive Rechtsschutz der effektiven Durchsetzung des objektiven Rechts, indem er die Durchsetzung bestimmter individueller Einzelansprüche – teilweise aber auch von Kollektivansprüchen – erst ermöglicht, indem dafür effektive, kosteneffiziente und damit auch unter ökonomischen Gesichtspunkten attraktive Justizverfahren zur Verfügung gestellt werden. Insofern stellt der kollektive Rechtsschutz gerade die notwendige Ergänzung des Individualrechtsschutzes zur tatsächlichen Einlösung des Justizgewährungsanspruchs (vgl. dazu vorne Ziffer 2.1) dar und dient somit auch der Verwirklichung des Rechtsstaates.

## 2.3 Echter kollektiver Rechtsschutz und kollektiver Rechtsschutz in den Formen des Individualrechtsschutzes

Im Rahmen der erwähnten Begriffsbildung (vgl. vorne Ziffer 2.1) sowie der Zweck- und Zielsetzungen (vorne Ziffer 2.2) ist bei den Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes zu unterscheiden zwischen solchen, die eine *echte kollektive Rechtsdurchsetzung* bewirken, indem gewisse Ansprüche kollektiv durchgesetzt werden, und jenen, mit welchen trotz primär individueller Wirkung *innerhalb der Formen des Individualrechtsschutzes eine bestimmte Kollektivierung des Rechtsschutzes* erreicht werden kann. Gewisse Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes können dabei je nach ihrer konkreten Ausgestaltung sowohl eine echte kollektive Rechtsdurchsetzung bewirken oder aber lediglich zu einer «kollektivierten» Individualrechtsdurchsetzung führen; dies gilt insbesondere für Verbandsklagen sowie für Muster- oder Testverfahren. Diese Unterscheidung ist für die nachfolgende Darstellung der verschiedenen Formen und Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes bedeutsam. Dabei ist zu beachten, dass die in Lehre und Praxis vorgenommenen Unterscheidungen der verschiedenen Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes je nach Anwendungsbereich und Sachgebiet teilweise deutlich voneinander abweichen und einer Verallgemeinerung nur bedingt zugänglich sind.<sup>40</sup>

<sup>37</sup> So bspw. GORDON-VRBA, S. 10; EBBING, S. 27.

<sup>38</sup> Vgl. Motion 13.3052 Schwaab. Recht zur Sammelklage bei Datenschutzverletzungen, insbesondere im Internet.

<sup>39</sup> Vgl. nur HIRTE, S. 148 ff.; MELLER-HANNICH/HÖLAND, Europäische Sammelklage, S. 170, 175; VAN DEN BERGH/KESKE, S. 20 f.; WAGNER, Kollektiver Rechtsschutz, S. 55 ff.

<sup>40</sup> So bspw. KOCH, Sammelklage, S. 439.

## 2.4 Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz

Ausgehend von der traditionellen Vorstellung und Konzeption des Zivilprozesses als der individuellen Interessenwahrung und Rechtsdurchsetzung dienender Individualprozess haben der schweizerische Gesetzgeber, aber auch die Lehre und Praxis, bisher *grosse Zurückhaltung* gegenüber jeglicher Form des echten kollektiven Rechtsschutzes gezeigt. So wurde bei der Schaffung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) bewusst auf die Konzeptionierung und Einführung neuer Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes verzichtet. Insbesondere die Einführung einer eigentlichen Sammelklage (*class action*) wurde ausdrücklich abgelehnt. Nach dem damaligen Willen des Gesetzesgebers sollte dem Gedanken der kollektiven Rechtsdurchsetzung vorab mit den bekannten Instrumenten der Klagenhäufung und der Verbandsklage entsprochen werden.<sup>41</sup> Dieser pauschale Verzicht wurde insbesondere von Seiten der Wissenschaft, aber auch von Praktikern, in verschiedener Hinsicht kritisiert.<sup>42</sup>

Ungeachtet dessen existieren in der Schweiz heute verschiedene prozessuale Instrumente, die dem kollektiven Rechtsschutz zuordnen sind, indem sie zumindest eine kollektivisierte Interessenwahrung erlauben. Dabei handelt es sich jedoch in der Regel um Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes in der Form des Individualrechtsschutzes, nicht um echte kollektive Rechtsdurchsetzung (vgl. vorne Ziffer 2.3). Neben allgemeinen Instituten aufgrund der ZPO existieren besondere Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes kraft spezialgesetzlicher Regelung. Beide Erscheinungsformen sollen im Folgenden ausführlich dargestellt werden (vgl. nachfolgend Ziffer 3).

## 3 Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes in der Schweiz und im Ausland

### 3.1 Subjektive und objektive Klagenhäufung

#### 3.1.1 Subjektive und objektive Klagenhäufung (Art. 71 und Art. 90 ZPO)

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.<sup>43</sup> Die einfache Streitgenossenschaft ist freiwillig – jedenfalls aus Sicht der klagenden Partei/-en – und erfolgt aus Zweckmässigkeitsgründen.<sup>44</sup> Damit sollen die Prozessökonomie und die Entscheidungsharmonie gefördert werden.<sup>45</sup> Stets handelt es sich um eigenständige Rechtsbegehren, bei welchen die Prozessvoraussetzungen und die geltend gemachten Ansprüche selbständig zu prüfen und zu entscheiden sind; ein Entscheid entfaltet stets nur zwischen den jeweiligen Parteien Wirkung, nicht aber im Verhältnis zwischen den Streitgenossen.<sup>46</sup> Ungeachtet des insofern missverständlichen Wortlauts von Artikel 71 Absatz 3 ZPO handelt jeder Streitgenosse stets eigenständig und unabhängig von den übrigen Streitgenossen und kann selbständig über den Streitgegenstand disponieren, ohne dass ihn das prozessuale Handeln der anderen Streitgenossen irgendwie verpflichten würde.<sup>47</sup>

Nach Artikel 71 Absatz 1 und 2 ZPO setzt die subjektive Klagenhäufung dreierlei voraus: Erstens müssen die geltend gemachten Ansprüche auf gleichartigen Tatsachen oder Rechtsgründen beruhen, d.h. es muss sogenannte Konnexität bzw. ein genügender Sachzusammenhang bestehen.<sup>48</sup> Zweitens muss für sämtliche Ansprüche die gleiche Verfahrensart anwendbar sein. Drittens ist (stillschweigend<sup>49</sup>) eine gleiche örtliche und sachliche Zuständigkeit vorausgesetzt, wobei nach Artikel 15 Absatz 1 ZPO mehrere Streitgenossen vor dem für einen der beklagten Streitgenossen zuständigen

<sup>41</sup> Vgl. dazu Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission, Juni 2003, S. 45; Zusammenstellung der Vernehmlassungen zum Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 2004, S. 7, 230 ff.; Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBI 2006, 7224 und 7290; AB 2008 NR 632.

<sup>42</sup> Vgl. BAUMGARTNER, *Class Actions*, S. 308; JEANDIN, *Parties au procès*, S. 143 ff.; SCHWANDER, S. 14; BÜHLER, S. 21; FISCHER, S. 54 f.

<sup>43</sup> Vgl. nur KUKO ZPO-DOMEJ, Art. 71 N 1 m.w.N.

<sup>44</sup> Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBI 2006, 7281.

<sup>45</sup> Vgl. KUKO ZPO-DOMEJ, Art. 71 N 1 und GORDON-VRBA, S. 170 je m.w.N.; vgl. auch GULDENER, S. 301 ff.

<sup>46</sup> KUKO ZPO-DOMEJ, Art. 71 N 1, 8; BSK ZPO-RUGGLE, Art. 71 N 30 ff.

<sup>47</sup> KUKO ZPO-DOMEJ, Art. 71 N 8 ff.; BSK ZPO-RUGGLE, Art. 71 N 30 ff.; CPC-JEANDIN, Art. 71 N 10 ff.

<sup>48</sup> KUKO ZPO-DOMEJ, Art. 71 N 2 f.; BSK ZPO-RUGGLE, Art. 71 N 14 f.

<sup>49</sup> So zumindest für die sachliche Zuständigkeit BSK ZPO-RUGGLE, Art. 71 N 17.

Gericht gemeinsam verklagt werden können, es sei denn, diese Zuständigkeit basiere auf einer Gerichtsstandsvereinbarung.<sup>50</sup>

Bei der *objektiven Klagenhäufung* hingegen werden von einer einzigen klagenden Partei mehrere an sich selbständige und voneinander unabhängige prozessuale Ansprüche gegen denselben Beklagten in einer einzigen Klage geltend gemacht.<sup>51</sup> Daraus resultiert eine Kumulierung<sup>52</sup> mehrerer Streitgegenstände in einem Verfahren, wozu der Kläger grundsätzlich nach dem Dispositionsgrundsatz berechtigt, aber nicht verpflichtet ist.<sup>53</sup> Voraussetzungen einer objektiven Klagenhäufung sind nach Artikel 90 Buchstabe a ZPO die gleiche sachliche Zuständigkeit eines Gerichts, wofür stillschweigend auch eine gleiche örtliche Zuständigkeit gegeben sein muss, und nach Artikel 90 Buchstabe b ZPO die gleiche Verfahrensart für alle gehäuften Ansprüche. Da Artikel 15 Absatz 2 ZPO für Ansprüche, die in einem sachlichen Zusammenhang stehen, eine gemeinsame örtliche Zuständigkeit eröffnet, kommt eine objektive Klagenhäufung bei gegebenem sachlichen Zusammenhang und gleicher Verfahrensart<sup>54</sup> grundsätzlich in Betracht.

So können beispielsweise Mieterinnen und Mieter eines Mehrfamilienhauses im Rahmen einer subjektiven Klagenhäufung gemeinsam eine Mietzinserhöhung anfechten<sup>55</sup> oder Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gegen eine ungerechtfertigte Massenentlassung klagen. Denkbar ist auch, dass Konsumentinnen und Konsumenten vom gleichen fehlerhaften Produkt, beispielsweise einem Medikament, betroffen sind und gemeinsam gegen die Herstellerin oder den Hersteller klagen. Ebenfalls kommt die Bildung einer einfachen Streitgenossenschaft durch verschiedene Arbeitnehmerinnen wegen diskriminierender Entlohnung gegen den gemeinsamen Arbeitgeber in Betracht. Als Folge der einfachen Streitgenossenschaft kommt es neben der erwähnten Eröffnung eines gemeinsamen Gerichtsstands (Art. 15 Abs. 1 ZPO) aufgrund von Artikel 93 Absatz 1 ZPO zu einer gesamthaften Streitwertberechnung, jedoch auch zu einer anteilmässigen Kostenfestsetzung (Art. 106 Abs. 3 ZPO; vgl. dazu auch hinten unter Ziffer 4.1.1) und insbesondere zur Möglichkeit einer gemeinsamen Vertretung nach Artikel 72 ZPO.<sup>56</sup> Die verschiedenen Ansprüche lassen sich auch in der Hand eines bestimmten Klägers zusammenführen und anschliessend mittels objektiver Klagenhäufung gemeinsam einklagen: Die Mieterinnen und Mieter könnten ihre Ansprüche an einen Mieterverband, die wegen Lohndiskriminierung klagenden Arbeitnehmerinnen beispielsweise an einen Berufsverband abtreten, welche diese gemeinsam geltend machen, was die Prozessführung vereinfacht und mit Kosteneinsparungen verbunden sein kann. Denkbar ist auch die Abtretung an eine selbst zu diesem Zweck gegründete Interessengemeinschaft.

### 3.1.2 Prozessvereinigung, -sistierung und -überweisung (Art. 125 Bst. c, Art. 126 und Art. 127 ZPO)

Primär in Verbindung mit den Möglichkeiten der subjektiven oder objektiven Klagenhäufung können die Möglichkeiten der Prozessvereinigung, -sistierung und -überweisung der kollektiven Rechtsdurchsetzung dienen.

Nach Artikel 125 Buchstabe c ZPO kann ein Gericht mehrere selbständig eingereichte Verfahren *vereinigen*, wenn dies der Vereinfachung des Prozesses dient. Voraussetzungen sind somit, dass die gleiche örtliche und sachliche Zuständigkeit besteht<sup>57</sup> und die gleiche Verfahrensart gilt.<sup>58</sup> Aus der

<sup>50</sup> Vgl. zur Frage, ob gleiche örtliche und sachliche Zuständigkeit vorausgesetzt ist, KUKO ZPO-DOMEJ, Art. 71 N 5 f.; ZK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 70 N 8 ff.

<sup>51</sup> Vgl. nur BSK ZPO-OBERHAMMER, Art. 90 N 1; ZK ZPO-BESSENICH/BOPP, Art. 90 N 3; BK ZPO-MARKUS, Art. 90 N 1.

<sup>52</sup> Als Fall der objektiven Klagenhäufung gilt auch die Geltendmachung von *Eventualbegehren*, vgl. nur BSK ZPO-OBERHAMMER, Art. 90 N 1; DIKE-Komm. ZPO-FÜLLEMANN, Art. 90 N 2.

<sup>53</sup> BSK ZPO-OBERHAMMER, Art. 90 N 1 f.

<sup>54</sup> Zum Erfordernis der gleichen Verfahrensart gemäss Art. 90 Bst. b ZPO wird verschiedentlich die Ansicht vertreten, dass dieses auch dann erfüllt ist, wenn zwar für mehrere Ansprüche gemäss ZPO eine andere Verfahrensart (d.h. das ordentliche bzw. das vereinfachte Verfahren) vorgesehen ist, dieser Unterschied jedoch ausschliesslich auf dem Streitwert beruht, was eine gemeinsame, prozessökonomisch sinnvolle Behandlung verschiedener Ansprüche ebenfalls rechtfertigt, so bspw. GASSER/RICKLI, Art. 90 N 11; DIKE-Komm. ZPO-FÜLLEMANN, Art. 90 N 6; CPC-BOHNET, Art. 90 N 8 f.

<sup>55</sup> Vgl. bspw. BOHNET, S. 167.

<sup>56</sup> Ungeachtet dessen kann das Gericht aber gestützt auf Art. 125 Bst. b ZPO die Klagen aus prozessökonomischen Gründen trennen, vgl. nur LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rz 348. Da es sich um unabhängige Ansprüche handelt, sind darüber stets unterschiedliche Entscheidungen möglich, vgl. KUKO ZPO-DOMEJ, Art. 71 N 1; BSK ZPO-RUGGLE, Art. 71 N 41; DIKE-Komm. ZPO-BORLA-GEIER, Art. 71 N 21; CPC-JEANDIN, Art. 71 N 11.

<sup>57</sup> Vgl. nur KUKO ZPO-WEBER, Art. 125 N 5 f.

<sup>58</sup> So explizit BSK ZPO-BORNATICO, Art. 125 N 15; KUKO ZPO-WEBER, Art. 125 N 5 f.

Voraussetzung der Zweckmässigkeit zur Vereinfachung des Verfahrens ergibt sich, dass zwischen den verschiedenen Verfahren ein Zusammenhang bestehen muss, welcher zumeist sachlicher Natur sein dürfte, indem gleiche oder gleichartige Tatsachen oder Rechtsfragen vorliegen.<sup>59</sup> Artikel 126 Absatz 1 ZPO sieht die Möglichkeit vor, dass ein Gericht ein Verfahren *sistiert*, wenn die Zweckmässigkeit es verlangt, namentlich wenn der Entscheid vom Ausgang eines anderen Verfahrens abhängt. In Abweichung vom allgemein geltenden Beschleunigungsgebot soll ein Verfahren durch formellen Entscheid<sup>60</sup> ausgesetzt werden können, wenn dadurch eine einheitliche Rechtsverwirklichung erreicht und insbesondere Widersprüche vermieden werden können oder wenn daraus eine Vereinfachung des Verfahrens resultiert.<sup>61</sup> Werden bei verschiedenen Gerichten verschiedene Klagen erhoben, die miteinander in sachlichem Zusammenhang stehen, so kann das später angerufene Gericht nach Artikel 127 Absatz 1 ZPO die bei ihm erhobene Klage an das zuerst angerufene Gericht *überweisen*, wenn dieses damit einverstanden ist. Die Koordination und Konzentration dieser Klagen bei einem einzigen Gericht soll eine verfahrensökonomische und möglichst widerspruchsfreie Rechtsprechung ermöglichen.<sup>62</sup>

Die drei Möglichkeiten der Prozessvereinigung, -sistierung und -überweisung erlauben zwar einem mit mehreren Verfahren befassten Gericht, die verschiedenen Prozesse aus Gründen der Prozessökonomie aufeinander abzustimmen. Diese Möglichkeiten sind gerade auch im Kontext anderer Instrumente zu sehen, namentlich einem Muster- oder Testverfahren (vgl. dazu sogleich nachfolgend Ziffer 3.3.1). In allen Fällen ist jedoch über die verschiedenen Klagen und Ansprüche separat und eigenständig zu entscheiden, und die Parteien bleiben in ihrer Prozessführung selbständig und ihre Vorbringen gelten nur für das jeweilige Verfahren.<sup>63</sup> Eine eigentliche kollektive oder kollektivierte Rechtsdurchsetzung *resultiert daraus nicht*, jedenfalls nicht aus Sicht der Parteien. Demgegenüber kann sich aus Sicht des Gerichts eine gewisse Kollektivierung ergeben, wenn verschiedene Klagen in einem Verfahren vereinigt werden.

### 3.1.3 Sammelklage österreichischer Prägung als besondere praktische Ausprägung der objektiven Klagenhäufung: Modell für die Schweiz?

Auf der Basis von mit dem schweizerischen Recht vergleichbaren rechtlichen Grundlagen hat sich in Österreich seit 2001 in der Praxis eine Form der kollektiven Rechtsdurchsetzung herausgebildet, die häufig als sogenannte Sammelklage nach österreichischem Recht bzw. österreichischer Prägung bezeichnet wird. Die Bezeichnung ist doppelt irreführend, weil es sich dabei gerade nicht um eine Sammelklage handelt und das Instrument nicht primär auf Besonderheiten des österreichischen Rechts basiert.<sup>64</sup> Dabei macht ein einziger «Sammelkläger» in der Form einer objektiven Klagenhäufung eine Vielzahl gleichgerichteter Ansprüche gegen einen Beklagten geltend, welche ihm vorher von den ursprünglichen Gläubigern – und potentiellen Einzelklägern – abgetreten wurden. Umstritten ist dabei, ob eine solche *inkassowise Geltendmachung einer Vielzahl von Ansprüchen* lediglich unter der Voraussetzung der Konnexität zulässig ist, d.h. im Wesentlichen in allen Fällen gleichartige Anspruchsgründe und in denen gleiche tatsächliche oder rechtliche Haupt- oder Vorfragen zu beantworten sind.<sup>65</sup> Obwohl nicht zwingend, treten als Kläger hauptsächlich Verbände auf, insbesondere der Verein für Konsumenteninformation (VKI), eine unabhängige, gemeinnützige und vom Staat mitfinanzierte Verbraucherorganisation, teilweise im Auftrag des Bundesministeriums für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz (BMASK). In den meisten Fällen erfolgt dabei gerade eine *Finanzierung des Sammelverfahrens* durch einen unabhängigen dritten Prozessfinanzierer gegen eine Beteiligung am Prozessgewinn (30–40 %).<sup>66</sup>

<sup>59</sup> BSK ZPO-BORNATICO, Art. 125 N 14 ff.; KUKO ZPO-WEBER, Art. 125 N 5 f.; DIKE-Komm. ZPO-KAUFMANN, Art. 125 N 16.

<sup>60</sup> Gesetzlich vorgesehen ist die Sistierung von hängigen Prozessen bspw. nach Artikel 207 SchKG bei Konkurs einer Partei. Eine Sistierung erfolgt ebenfalls beim Tod einer Partei oder bei ihrer Urteilsunfähigkeit bis zur Bestellung einer Vertretung gemäss Artikel 67 Absatz 2 ZPO.

<sup>61</sup> BSK ZPO-BORNATICO, Art. 126 N 2 ff.; KUKO ZPO-WEBER, Art. 126 N 2 ff.; DIKE-Komm. ZPO-KAUFMANN, Art. 126 N 4 ff.

<sup>62</sup> Vgl. BSK ZPO-BORNATICO, Art. 127 N 3 ff.; KUKO ZPO-WEBER, Art. 127 N 1 ff.; DIKE-Komm. ZPO-KAUFMANN, Art. 127 N 3 ff.

<sup>63</sup> Vgl. DIKE-Komm. ZPO-KAUFMANN, Art. 125 N 17.

<sup>64</sup> Vgl. nur DOMEJ, S. 430.

<sup>65</sup> Vgl. insb. Oberster Gerichtshof (OGH), Entscheidung vom 12. Juli 2005, 4 Ob 116/05w.

<sup>66</sup> Vgl. dazu KODEK, Möglichkeiten, S. 323; MICKLITZ/PURNHAGEN, S. 28.

Praktische Bedeutung kommt der Sammelklage nach österreichischem Recht namentlich zur Durchsetzung von Ansprüchen gegenüber Reiseveranstaltern<sup>67</sup>, gegenüber Banken und anderen Finanzdienstleistern<sup>68</sup> sowie im Gesundheitsbereich<sup>69</sup> zu.<sup>70</sup> Dafür wird das Instrument als «taugliche Krücke» bezeichnet.<sup>71</sup> Anzuführen ist, dass in Österreich zur Zeit Bestrebungen zur ergänzenden Einführung von Gruppen- und Musterverfahren laufen.<sup>72</sup>

Nach verbreiteter geäußelter Auffassung ist dieses praxiserprobte Modell der kollektiven Rechtsdurchsetzung für Massenschäden *auch in der Schweiz zulässig und möglich*.<sup>73</sup> Praktische Bedeutung hat es jedoch bisher nicht erlangt.<sup>74</sup> Dies dürfte weniger mit rechtlichen als vielmehr mit faktischen Begebenheiten gerade in Bezug auf die zwei Grundelemente dieses Instituts zusammenhängen: Zum einen fehlt es in der Schweiz an dem VKI vergleichbaren Organisationen, die über die notwendigen finanziellen Mittel, Ressourcen und Know-how zur Führung solcher Sammelverfahren verfügen. Zum anderen erweist sich die professionelle Prozessfinanzierung durch Dritte auf der Basis eines Erfolgshonorars (trotz ihrer grundsätzlichen Zulässigkeit, vgl. dazu hinten Ziffer 4.1.1) in der Schweiz als wenig entwickelt und kaum verbreitet.<sup>75</sup>

### 3.1.4 Bewertung und Folgerungen

Subjektive und objektive Klagenhäufung stellen Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes in der Form des Individualrechtsschutzes dar und sind in zahlreichen, mit dem schweizerischen Recht vergleichbaren Rechtsordnungen in ähnlicher Form bekannt.<sup>76</sup> Einerseits ist eine subjektive Klagenhäufung (Streitgenossenschaft) möglich, indem mehrere Personen gemeinsam klagen und damit gewisse prozessuale und finanzielle Erleichterungen erwirken können, was zu einer gewissen «Kollektivierung» führt. Andererseits kommt auch eine objektive Klagenhäufung in Betracht, indem insbesondere gestützt auf eine Abtretung verschiedener Ansprüche einer Vielzahl von Personen ein einziger Kläger die Ansprüche gebündelt geltend macht, woraus im Ergebnis ebenfalls eine kollektive Streiterledigung resultiert.<sup>77</sup>

Die spezifische Eignung der subjektiven und objektiven Klagenhäufung zur kollektiven Rechtsdurchsetzung hängt jedoch von ihrer *konkreten Ausgestaltung* ab. Zwar führen subjektive und objektive Klagenhäufung zu Ersparnissen bei den Prozesskosten, insbesondere bei einheitlicher Prozessvertretung. Grundsätzlich führt aber jeder Streitgenosse den Prozess unabhängig von den anderen Streitgenossen. Auch bei der objektiven Klagenhäufung ist über jeden einzelnen Anspruch eigenständig zu entscheiden. Eine kollektiviert Streiterledigung resultiert lediglich dann, wenn gestützt auf eine

67 Erstmals fand diese Form der kollektivierten Rechtsdurchsetzung Anwendung zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen zufolge Darmerkrankung in All-inclusive-Ferien in der Türkei (Bodrum I-Fall); zwischenzeitlich folgten weitere Fälle im Bereich des Reiserechts (Bodrum-II-Fall), Maturareise-Fall, Fluggastrechte-Fall etc.).

68 Bspw. Sammelverfahren im sog. WEB-Skandal, wegen sog. MEL-Zertifikaten sowie gegen den Finanzdienstleister AWD.

69 MAS/Magnetfeldtherapie-Geräte-Fall und PIP-Brustimplantate-Fall.

70 Vgl. dazu Verein für Konsumenteninformation (VKI), Studie zum Thema Sammelklagen (im Auftrag des BMASK), Mai 2009 (abrufbar unter [http://verbraucherrecht.at/cms/uploads/media/VKI\\_Studie\\_Sammelklage\\_02.pdf](http://verbraucherrecht.at/cms/uploads/media/VKI_Studie_Sammelklage_02.pdf) [31.5.2013]) sowie KOLBA, Erfahrungsbericht, S. 53 ff.

71 Vgl. nur KOLBA, Rechtsdurchsetzung, S. 459.

72 Im Jahr 2007 wurde ein Ministerialentwurf zur Einführung von Gruppen- und Musterverfahren vorgelegt, welcher einerseits ein Gruppenverfahren zur Klärung gemeinsamer Tat- und Rechtsfragen vorsah, wenn mindestens drei Gruppenkläger mindestens 50 Einzelansprüche gegen dieselben Beklagten geltend machen, und andererseits die Möglichkeit eigentlicher Musterverfahren für im Konsumentenschutz klageberechtigte Verbände (vgl. Ministerialentwurf betreffend ein Bundesgesetz, mit dem die Zivilprozessordnung, das Gerichtsgebührengesetz und das Rechtsanwaltsstarifgesetz geändert werden [Zivilverfahrens-Novelle 2007], 70/ME [XXIII. GP] [abrufbar unter: [http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIII/ME/ME\\_00070/index.shtml](http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIII/ME/ME_00070/index.shtml)] [31.5.2013]). Im aktuellen Regierungsprogramm ist die Schaffung einer Gruppenklage wiederum vorgesehen, wobei eine Gesamtmindestklagesumme von EUR 20'000 und eine Mindestklägeranzahl von 100 Klägern vorgesehen sind [vgl. Regierungsprogramm für die XXIV. Gesetzgebungsperiode [abrufbar unter <http://www.bka.gv.at/DocView.axd?CobId=32966>][31.5.2013]].

73 Vgl. DOMEJ, S. 430; BERNET/HESS, S. 456; BOHNET, S. 199 sowie für das Kartellrecht HEINEMANN, S. 65 f.

74 Vgl. nur DOMEJ, S. 430 mit Hinweis auf zwei Entscheide des Bundesgerichts, in denen die Vereinigung Internationale Anerkennungs- und Entschädigungsaktion der Zigeuner abtretungsweise Schadenersatzansprüche für die Betroffenen gegen die Firma IBM geltend machte (BGE 131 III 153 und 132 III 661).

75 Vgl. DÄHLER und DOMEJ, Fn 162.

76 So für das schweizerische Recht z.B. BERNET/HESS, S. 452; DASSER/STOLZKE, S. 266 f.; DICKENMANN, S. 469 f.; DROESE, S. 135 ff.; GORDON-VRBA, S. 170 ff.; BSK ZPO-OBERHAMMER, Art. 89 N 7; THÉVENOZ, S. 137 f.; TOPAZ DRUCKMANN, S. 91 ff.; WALTER, S. 376 f. Vgl. für das Ausland, insbesondere zur objektiven Klagenhäufung zufolge Zession der Ansprüche an einen Kläger z.B. HESS, Private law enforcement, S. 72 f.; KOCH, Sammelklage, S. 441 sowie insbesondere zur sog. Sammelklage österreichischer Prägung KLAUSER, Sammelklage, S. 805 ff.; KLAUSER, Group litigation; KODEK, Sammelklage, S. 615 ff.; KODEK, Collective Redress, S. 86 ff.; NIMMERRICHTER, S. 247 ff.; STADLER/MOM, S. 202 ff.

77 Vgl. BSK ZPO-OBERHAMMER, Art. 89 N 7; HESS, Private law enforcement, S. 72 f.; KOCH, Sammelklage, S. 441.

Abtretung verschiedener Ansprüche einer Vielzahl von Personen ein einziger Kläger die Ansprüche gebündelt geltend macht.<sup>78</sup> Insbesondere bleibt die Rechtsdurchsetzung auch in diesen Fällen stets auf jene Personen bzw. Ansprüche beschränkt, die Gegenstand des Prozesses sind.<sup>79</sup> Daher sind subjektive und objektive Klagenhäufung zur Durchsetzung von Massen- und Streuschäden gerade aus den folgenden Gründen nur beschränkt als Instrument des kollektiven Rechtsschutzes tauglich:<sup>80</sup>

### **Hohe Anforderungen an Prozessorganisation und -administration mit beschränkter Koordinations- und Kooperationswirkung**

Zweifellos kann eine subjektive Klagenhäufung gerade in Bezug auf Sachverhaltsabklärungen und ein allfälliges Beweisverfahren, aber auch in Bezug auf den Abschluss eines möglichen Vergleichs beträchtliche Synergieeffekte ergeben.<sup>81</sup> Sie stellt nach allgemeiner Auffassung sehr hohe Anforderungen hinsichtlich Organisation und Administration an die Beteiligten, insbesondere an eine nach Artikel 72 ZPO bestellte und durchaus sinnvolle, jedoch stets freiwillige<sup>82</sup> gemeinsame Vertretung, welcher insgesamt eine zentrale Bedeutung zukommt.<sup>83</sup> Gleichzeitig ist aber eine genügende Eigeninitiative und ein minimales Zusammenwirken der Betroffenen notwendig,<sup>84</sup> zwischen denen aber häufig gerade keine Beziehungen bestehen oder sogar unterschiedliche Standpunkte vertreten werden.<sup>85</sup> Daher ist die subjektive Klagenhäufung *höchstens für eine gemeinsame prozessuale Durchsetzung einer gut überschaubaren Anzahl von Ansprüchen tauglich*, nicht aber für eigentliche Massenschadensfälle<sup>86</sup> wie die Schädigung einer grossen Zahl von Konsumentinnen und Konsumenten zufolge Verletzung des Kartell- oder Lauterkeitsrechts oder auch bei sogenannten Anleger Schäden. Bei diesen zeigen sich neben besonderen Beweislastproblemen und -risiken auch besonders hohen Prozesskostenrisiken. Gleichzeitig haben sich die bestehenden besonderen Mechanismen, namentlich das Verfahren vor dem Schweizerischen Bankenombudsmann und vor dem Standesgericht einer Selbstregulierungsorganisation nach Geldwäscherei- oder Kollektivanlagengesetz, als nicht genügend effektiv erwiesen.<sup>87</sup> Dieser Befund wird denn auch durch den Blick ins Ausland gestützt, wo in den letzten Jahren gerade in diesem Bereich vermehrt Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes auf- und ausgebaut wurden, um damit einen effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten.<sup>88</sup>

Grundsätzlich eher geeignet zur Verwirklichung einer kollektivierten Rechtsdurchsetzung von Massenschäden erscheint die objektive Klagenhäufung, indem eine Vielzahl von Individualansprüchen mittels (Inkasso-)Abtretung in der Hand eines Klägers vereinigt wird. Zwar profitiert auch dieser von den degressiven Prozesskosten, hat jedoch auch das gesamte Prozesskostenrisiko alleine zu tragen, es sei denn, es komme eine Prozessfinanzierung zustande (vgl. dazu auch hinten Ziffer 4.1.1). Letztlich kommt die objektive Klagenhäufung jedoch nur dann zur kollektiven Regulierung von Massenschäden in Betracht, *wenn und soweit geeignete Personen oder Institutionen vorhanden sind*, die zu einem solchen Vorgehen bereit sind und auch über das notwendige organisatorische und rechtliche Know-how verfügen. Ist dies nicht der Fall, kann ein solches Vorgehen die Interessen der Geschädigten sogar gefährden.<sup>89</sup> Erfahrungsgemäss kommen dabei in der Praxis höchstens Verbände in Betracht.<sup>90</sup> Zu denken ist insbesondere an Berufs- oder Gewerbeverbände, Arbeitnehmer- und Mieterverbände oder auch Konsumentenorganisationen. Daraus kann jedoch nicht geschlossen werden, dass sich das Institut der objektiven Klagenhäufung nachhaltig zur kollektiven Durchsetzung von Massenschäden eignen würde, zumal damit nie eine über die direkt Beteiligten hinausgehende Wirkung verbunden ist und keine eigentlich kollektive Entscheidung erfolgt.

<sup>78</sup> Vgl. BSK ZPO-OBERHAMMER, Art. 89 N 7; HESS, Private law enforcement, S. 72 f.; KOCH, Sammelklage, S. 441.

<sup>79</sup> Vgl. nur BSK ZPO-OBERHAMMER, Art. 89 N 7.

<sup>80</sup> BAUMGARTNER, Class Actions, S. 337 ff.; BERNET/HESS, S. 452; DIKE-Komm-ZPO-BRUNNER, Art. 89 N 1; DROESE, S. 135 f.; GORDON-VRBA, S. 170 f.

<sup>81</sup> Vgl. DOMEJ, S. 427; DROESE, S. 136.

<sup>82</sup> Vgl. demgegenüber jedoch bspw. die Regelung in Art. 11a Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz; SR 172.021), wonach eine gemeinsame Vertretung angeordnet werden kann, wenn mehr als 20 Parteien mit kollektiven oder individuellen Eingaben auftreten.

<sup>83</sup> Vgl. nur DOMEJ, S. 427 f.

<sup>84</sup> DOMEJ, S. 428; STOFFEL, S. 503.

<sup>85</sup> STARK/KNECHT, S. 53; vgl. auch BOHNET, S. 171, mit dem Hinweis, dass insb. zwischen Konsumentinnen und Konsumenten oft keine soziale Verbindung besteht.

<sup>86</sup> So BERNET/HESS, S. 452; BRUNNER, Zur Verbands- und Sammelklage S. 41; DASSER/STOLZKE, S. 267; CONTRATTO, Alternative Streitbeilegung, S. 225; GORDON-VRBA, S. 225 f.; BAUMGARTNER, Class Actions, S. 338 ff.

<sup>87</sup> CONTRATTO, Alternative Streitbeilegung, S. 220 ff., insb. auch mit Hinweisen zu teilweise abweichenden Beurteilungen. Vgl. auch FINMA-Vertriebsbericht 2010, S. 36, 43.

<sup>88</sup> Vgl. auch KALSS, Zeit für gebündelte Verfahren, S. 133 ff.

<sup>89</sup> Vgl. dazu aufgrund des österreichischen Rechts DOMEJ, S. 430, 446 ff.

<sup>90</sup> Vgl. zu dieser vor allem in Österreich praktizierten und unter der missverständlichen Bezeichnung «Sammelklage österreichischer Prägung» bekannt gewordenen Praxis vorne unter Ziffer 3.1.3 sowie DOMEJ, S. 429 f. und BERNET/HESS, S. 454 f.

Entsprechend erscheint auch die Möglichkeit der Gründung einer *Interessengemeinschaft* zur gemeinsamen Anspruchsdurchsetzung, welche primär im Rahmen einer subjektiven Klagenhäufung erfolgt, für eigentliche Massenschadensfälle nur sehr beschränkt tauglich. Aus den genannten Gründen sind mit einem solchen Vorgehen nur geringe Effizienzgewinne verbunden, welche wiederum hohe Koordinations- und Kooperationsbereitschaft erfordern. Weil dies alles eine besondere Eigeninitiative voraussetzt, erscheinen praktische Beispiele<sup>91</sup> eher als positive Ausnahmen denn als Beleg für ein effektives Instrument des kollektiven Rechtsschutzes.<sup>92</sup>

### **Beschränkte Kostenvorteile und gleichzeitig erhöhtes Prozesskostenrisiko**

Nach Artikel 93 Absatz 1 ZPO werden für die Ermittlung des Streitwertes die geltend gemachten Ansprüche zusammengerechnet. Entsprechend profitieren die Beteiligten angesichts der *degressiven Tarife*<sup>93</sup> für die Prozesskosten von gegenüber der rein individuellen Geltendmachung proportional günstigeren Tarifen. Solchen Kostenvorteilen stehen jedoch Kosten für die Prozessorganisation und -administration gegenüber, die diese bereits wieder aufwiegen können.<sup>94</sup> Gleichzeitig führt aber die Regelung von Artikel 106 Absatz 3 ZPO, wonach Streitgenossen für die Prozesskosten über ihren Anteil hinaus solidarisch haften können, dazu, dass für den Einzelnen mit einer subjektiven Streitgenossenschaft ein beträchtlich höheres Prozesskostenrisiko verbunden ist, welches insbesondere von der finanziellen Lage der einzelnen Streitgenossen abhängt und im Ergebnis gerade für den finanziell stärkeren Streitgenossen unattraktiv ist.<sup>95</sup>

### **Untauglichkeit zur Durchsetzung von Streuschäden**

Trotz ihrer teilweisen Koordinations- und Kooperationswirkung erweisen sich die subjektive und objektive Klagenhäufung zur Geltendmachung von Streuschäden als untauglich: Die begriffsimmanente «rationale Apathie» bei Streuschäden (vgl. dazu vorne unter Ziffer 2.2) führt gerade dazu, dass eine Rechtsdurchsetzung von Streuschäden im Rahmen eines individuellen Rechtsstreits zwischen dem Geschädigten und dem Schädiger in der Realität aus finanziellen und ökonomischen Gründen faktisch nicht erfolgt, weil eine solche stets nachteilig wäre. Sämtliche auf dem Gedanken der individuellen Rechtsdurchsetzung basierten Instrumente der kollektiven bzw. kollektivierten Rechtsdurchsetzung erweisen sich daher zur privatrechtlichen Geltendmachung von Streuschäden als untauglich.<sup>96</sup> Dies zeigt sich vor allem in den Bereichen des Kartell- und des Lauterkeitsrechts. Entsprechend wurden in beiden Bereichen im Rahmen laufender bzw. eben abgeschlossener Revisionen Massnahmen in Betracht gezogen, mit denen eine Verbesserung des zivilrechtlichen Rechtsschutzes erreicht werden sollte.<sup>97</sup> Dabei war und ist jedoch zu prüfen, ob und inwiefern allenfalls die bestehenden *Instrumente des öffentlichen Rechts* zur Verfolgung vorab regulatorischer Ziele der Geltendmachung und Durchsetzung von Streuschäden genügenden Schutz bieten oder allenfalls diese entsprechend anzupassen, zu ergänzen oder zu revidieren wären. Dabei stellt sich die grundsätzliche Frage nach dem Verhältnis zwischen privater und öffentlicher Rechtsdurchsetzung bei Streuschäden.<sup>98</sup>

### **Ergebnis**

Insgesamt haben sich die subjektive und objektive Klagenhäufung als zur kollektiven Durchsetzung von Massen- und insbesondere Streuschäden *kaum taugliche Instrumente* erwiesen, was sich durchaus exemplarisch im Kapital- und Finanzmarktrecht, im Konsumentenschutzrecht, im Kartell- und Lauterkeitsrecht oder auch im Gleichstellungsrecht zeigt. Eine begrenzte Verbesserung könnte hier über eine Anpassung der Regelungen der Prozesskosten und eine verbesserte und vermehrt praktizierte Prozessfinanzierung erreicht werden (vgl. dazu hinten Ziffer 4.1). Aufgrund einer vergleichbaren Situa-

<sup>91</sup> Vgl. bspw. die Schutzgemeinschaft der Lehman-Anlageopfer ([www.anlage-opfer.ch](http://www.anlage-opfer.ch) [31.5.2013; online offenbar nicht mehr verfügbar]).

<sup>92</sup> So im Ergebnis bspw. für den Fall der Lehmann-Schadensregulierung CONTRATTO, Alternative Streitbeilegung, S. 219 ff.; vgl. auch DOMEJ, S. 430 f. Demgegenüber beurteilen BERNET/HESS, S. 455 und insb. DICKENMANN, S. 469 f., ein solches Vorgehen positiv.

<sup>93</sup> Nach BGE 120 Ia 171 E. 4 dürfen Tarife nicht ausschliesslich am Streitwert orientiert sein, da sie ansonsten unverhältnismässig und prohibitiv sind. Die Ausrichtung am Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip führt im Ergebnis ebenfalls zu degressiven Tarifen. Vgl. auch Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBI 2006, 7290, 7292.

<sup>94</sup> Vgl. DOMEJ, S. 428 m.w.H.

<sup>95</sup> Vgl. nur DROESE, S. 135; DICKENMANN, S. 470.

<sup>96</sup> Vgl. nur WAGNER, Kollektiver Rechtsschutz, S. 73 f.

<sup>97</sup> Botschaft zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde vom 22. Februar 2012, BBI 2012, 3938; Botschaft des Bundesrates vom 2. September 2009 zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), BBI 2009, 6180.

<sup>98</sup> Vgl. bspw. HODGES, Collective redress, S. 374.

tion hat sich in Österreich eine *besondere praktische Ausprägung der objektiven Klagenhäufung* entwickelt. Als mögliche Massnahme zur Verbesserung des kollektiven Rechtsschutzes im Rahmen des Individualrechtsschutzes mittels «uneigentlicher Sammelklagen» auf der Basis eines solchen Abtretungs- und Klagenhäufungsmodells wäre daher in Betracht zu ziehen, durch vorab finanzielle, aber auch organisatorische Unterstützungsmassnahmen an bestimmte, zur Führung solcher repräsentativer Sammelverfahren geeignete Institutionen, Verbände oder Vereinigungen die Rahmenbedingungen dafür zu schaffen, dass diese vermehrt zur Prozessführung in der Lage wären. Dabei wären auch direkte oder indirekte Leistungen an bestimmte qualifizierte Verbände oder Organisationen denkbar. Da jedoch eine staatliche Übernahme des gesamten Prozesskostenrisikos nicht in Betracht kommen dürfte, wäre gleichzeitig zu überlegen, wie sichergestellt werden kann, dass eine Prozessfinanzierung über einen entsprechend verbesserten Markt für Prozessfinanzierungen gewährleistet werden könnte (vgl. dazu hinten Ziffer 4.1).

## 3.2 Verbandsklagen

### 3.2.1 Allgemeine Verbandsklage (Art. 89 ZPO)

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 einen Beklagten ein, was mit gewissen Wirkungen für die Angehörigen der Personengruppe verbunden ist bzw. sein kann. Artikel 89 Absatz 1 ZPO sieht in Kodifizierung der früheren bundesgerichtlichen Rechtsprechung vor, dass Vereine oder andere Organisationen in eigenem Namen klagen können, sofern es um *Persönlichkeitsverletzungen*<sup>99</sup> geht, die Organisationen von gesamtschweizerischer oder regionaler Bedeutung sind und sie nach ihren Statuten zur Wahrung der Interessen bestimmter Personengruppen befugt sind.<sup>100</sup> Dabei handelt es sich um eine besondere Aktivlegitimation, die solchen Organisationen zuerkannt wird.<sup>101</sup>

Nach Artikel 89 Absatz 2 ZPO kann eine Verbandsklage nur auf Unterlassung, Beseitigung oder Feststellung der Widerrechtlichkeit gehen. Damit sind insbesondere jegliche reparatorischen (Leistungs-) Klagen, d.h. Klagen auf Schadenersatz, Genugtuung oder Gewinnherausgabe, ausgeschlossen.<sup>102</sup> Vorbehalten sind gemäss Artikel 89 Absatz 3 ZPO besondere Regelungen; solche bestehen insbesondere im Gleichstellungs-, Mitwirkungs-, Markenschutz- und Lauterkeitgesetz (vgl. dazu nachfolgend Ziffer 3.2.2).<sup>103</sup> Einer Verbandsklage kommen *keine Wirkungen für und gegen die einzelnen Mitglieder der Personengruppe* zu; lediglich reflexartig kann sich ein allfälliges Urteil faktisch auf alle Betroffenen auswirken, indem beispielsweise alle von einem Unterlassungsurteil oder einem Feststellungsentscheid profitieren.<sup>104</sup> Stets bleiben aber die einzelnen Betroffenen zu einer selbständigen Klage legitimiert, wobei mehrere Klagen allenfalls nach den allgemeinen Regelungen koordiniert werden können (vgl. dazu auch vorne Ziffer 3.1.2).<sup>105</sup>

So könnte beispielsweise ein Verein für Freie Körperkultur (FKK) nach Artikel 89 ZPO auf Unterlassung und Feststellung der Widerrechtlichkeit der Veröffentlichung und Verbreitung von Bildern, die seine Mitglieder nackt zeigen, durch ein Medienunternehmen klagen. Demgegenüber müssen jedoch allfällige Schadenersatz- oder Genugtuungsansprüche stets durch die einzelnen Betroffenen selbst eingeklagt werden, wofür allenfalls die Möglichkeit der Streitgenossenschaft oder der Klagenhäufung in Betracht kommen.<sup>106</sup>

<sup>99</sup> Darunter fallen neben Artikel 28 ff. ZGB auch die diese konkretisierenden spezialgesetzlichen Normen. Vgl. dazu BSK ZPO-OBERHAMMER, Art. 89 N 10; KUKO ZPO-WEBER, Art. 89 N 6 f.

<sup>100</sup> Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBI 2006, 7289; vgl. auch CPC-JEANDIN, Art. 89 N 6; KUKO ZPO-WEBER, Art. 89 N 2; BERNET/HESS, S. 453.

<sup>101</sup> BSK ZPO-OBERHAMMER, Art. 89 N 9; CPC-JEANDIN, Art. 89 N 7 ff.; KUKO ZPO-WEBER, Art. 89 N 4.

<sup>102</sup> Vgl. Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBI 2006, 7289.

<sup>103</sup> Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBI 2006, 7288 f. sowie BSK ZPO-OBERHAMMER, Art. 89 N 22; DIKE-Komm-ZPO-BRUNNER, Art. 89 N 19 ff.; KUKO ZPO-WEBER, Art. 89 N 7.

<sup>104</sup> Vgl. BSK ZPO-OBERHAMMER, Art. 89 N 20; KUKO ZPO-WEBER, Art. 89 N 21.

<sup>105</sup> BSK ZPO-OBERHAMMER, Art. 89 N 20; CPC-JEANDIN, Art. 89 N 15; DIKE-Komm-ZPO-BRUNNER, Art. 89 N 18; KUKO ZPO-WEBER, Art. 89 N 21.

<sup>106</sup> BSK ZPO-OBERHAMMER, Art. 89 N 2.

### 3.2.2 Besondere Verbandsklagen

Nach Artikel 89 Absatz 3 ZPO sind besondere Bestimmungen zur Verbandsklage vorbehalten. Es bestehen neben der Verbandsklage nach Artikel 89 ZPO folgende Spezialregelungen, die sowohl restriktiver als auch grosszügiger als die Regelung von Artikel 89 ZPO sein können:

- Nach **Artikel 7 Absatz 1 Gleichstellungsgesetz (GIG)**<sup>107</sup> können Organisationen, die nach ihren Statuten die Gleichstellung von Frau und Mann fördern oder die Interessen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer wahren und seit mindestens zwei Jahren bestehen, im eigenen Namen und unabhängig von den betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer feststellen lassen, dass eine Diskriminierung vorliegt, wenn der Ausgang des Verfahrens sich voraussichtlich auf eine grössere Zahl von Arbeitsverhältnissen auswirken wird. Spezialgesetzlich besteht also eine besondere Verbandsklage für bestimmte Arbeitnehmer- und Gleichstellungsorganisationen ausschliesslich auf Feststellung einer (Geschlechter-)Diskriminierung, wofür besondere Verfahrenserleichterungen gelten (Untersuchungsgrundsatz, Beweiserleichterung, Kostenlosigkeit).<sup>108</sup> <sup>109</sup>
- Berufs- und Wirtschaftsverbände sowie insbesondere Konsumentenschutzorganisationen können nach **Artikel 10 Absatz 2 Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)**<sup>110</sup> Klagen nach Artikel 9 Absatz 1 und 2 UWG erheben, d.h. auf Unterlassung, Beseitigung oder Feststellung von unlauterem Verhalten klagen.<sup>111</sup> Während eine Konsumentenschutzorganisation als Verband auf Feststellung der Widerrechtlichkeit eines unlauteren Verhaltens klagt, klagen die einzelnen Konsumentinnen und Konsumenten ihre individuellen finanziellen Ansprüche ein.
- Berufs- und Wirtschaftsverbände sowie Konsumentenschutzorganisationen können nach **Artikel 56 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 52 und 55 Markenschutzgesetz (MSchG)**<sup>112</sup> betreffend Herkunftsangaben, Garantie- und Kollektivmarken auf Feststellung, Beseitigung, Unterlassung oder Auskunftserteilung klagen.
- Nach **Artikel 15 Absatz 2 Mitwirkungsgesetz**<sup>113</sup> können Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbände auf Feststellung von Verletzungen der Bestimmungen des Mitwirkungsgesetzes klagen.
- **Artikel 357b OR**<sup>114</sup> 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.
- **Artikel 9 Behindertengleichstellungsgesetz (BehiG)**<sup>115</sup> eröffnet bestimmten Behindertenorganisationen ein Beschwerde- und Klagerecht, welches nach Artikel 9 Absatz 3 Buchstabe a BehiG auf Feststellung einer Diskriminierung in einem Zivilverfahren gehen kann.

### 3.2.3 Allgemeine und auch reparatorische Verbandsklagen im Ausland

Verbandsklagen sind als Instrument des kollektiven Rechtsschutzes den meisten ausländischen Rechtsordnungen bekannt und sind teilweise auch im EU-Recht vorgesehen.<sup>116</sup> Dabei zeigen sich in den meisten Fällen insbesondere zwei wichtige *Differenzen* zum schweizerischen Recht: Zum ersten findet sich die Einschränkung des Anwendungsbereichs der Sammelklage auf die Geltendmachung von Persönlichkeitsverletzungen im Ausland nicht oder nicht in dieser Form. Vielmehr sind in zahlrei-

<sup>107</sup> Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GIG) vom 24. März 1995 (SR 151.1).

<sup>108</sup> Davon unabhängig sind individuelle Leistungsbegehren, weshalb eine Verbandsklage bspw. auf Feststellung der Widerrechtlichkeit eines Verhaltens die Verjährung für individuelle finanzielle Ansprüche auf einen diskriminierungsfreien Lohn nicht unterbricht, vgl. BGE 138 II 1 E. 4.3.

<sup>109</sup> Vgl. zum Ganzen ausführlich FREIVOGL, Art. 7 N 14 ff. sowie UEBERSCHLAG, Rz 686 ff.

<sup>110</sup> Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (UWG; SR 241).

<sup>111</sup> Vgl. dazu Jung/Spitz-JUNG/SPITZ, Art. 10 N 20 ff.

<sup>112</sup> Bundesgesetz über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben vom 28. August 1992 (Markenschutzgesetz; SR 232.11).

<sup>113</sup> Bundesgesetz über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben vom 17. Dezember 1993 (Mitwirkungsgesetz; SR 822.14).

<sup>114</sup> SR 220.

<sup>115</sup> Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2002 (Behindertengleichstellungsgesetz; SR 151.3).

<sup>116</sup> Vgl. bspw. KOCH, Verbandsklage, S. 413 ff.; PURNHAGEN, S. 497 ff. sowie MICKLITZ/STADLER, Verbandsklagerecht, je m.w.H. sowie EUROPÄISCHES PARLAMENT, Overview, S. 1 ff.

chen Ländern Verbandsklagen in allgemeiner Form beispielsweise zum Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten zulässig.<sup>117</sup> Zum zweiten sind im Unterschied zur Schweiz – oder auch zu Österreich<sup>118</sup> – in zahlreichen anderen europäischen Ländern Verbandsklagen auch auf reparatorische Leistungen zulässig.<sup>119</sup> So sind in Deutschland beispielsweise sogenannte Abschöpfungsansprüche im Kartell- und Lauterkeitsrecht zulässig, wozu Verbraucherverbände nach § 8 Absatz 3 Nummer 3 in Verbindung mit § 10 dUWG sowie Verbände zur Förderung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen nach § 34a i.V.m. § 33 Absatz 2 dGWB berechtigt sind.<sup>120</sup> In Frankreich wird es als zulässig erachtet, durch eine Verbandsklage auch das sogenannte *«intérêt collectif des consommateurs»* geltend zu machen.<sup>121</sup>

### 3.2.4 Bewertung und Folgerungen

Bei der Verbandsklage handelt es sich um ein dem schweizerischen Recht seit Langem *bekanntes<sup>122</sup> und bewährtes Instrument*, mit welchem eine kollektivisierte Rechtsdurchsetzung erreicht werden kann. Entsprechend wurde sie bei der Schaffung der ZPO auch in allgemeiner Form kodifiziert. Die Verbandsklage tritt in der geltenden Form in der Schweiz neben die Individualklage der direkt Betroffenen: Der Verband kann unmittelbar aufgrund eigenen Rechts klagen, womit (zumindest indirekt) auch Wirkungen für und gegen die Mitglieder der Personengruppe verbunden sind. Demgegenüber handelt es sich nicht um eine eigentlich repräsentative Klage, bei welcher die Ansprüche der einzelnen Personen in der Hand des Verbands gebündelt werden.<sup>123</sup> Daher fügt sie sich trotz ihrer kollektivierenden Wirkung in das *Individualrechtssystem* ein.<sup>124</sup> Anzufügen ist, dass die Verbandsklage bzw. Verbandsbeschwerde in der Schweiz traditionellerweise gerade im *öffentlichen Recht* eine zentrale Rolle zur Rechtsdurchsetzung spielt.<sup>125</sup> Dennoch kommt der Verbandsklage aus den folgenden folgenden Gründen keine wirkliche praktische Bedeutung zu:<sup>126</sup>

#### Kein Ersatz finanzieller Ansprüche

Nach Artikel 89 Absatz 2 ZPO können mit der Verbandsklage lediglich Unterlassungs-, Beseitigungs- und Feststellungsansprüche verfolgt werden, *nicht aber irgendwelche geldwerten Schadenersatz-, Genugtuungs- oder Gewinnherausgabeansprüche*.<sup>127</sup> Eine verbandsweise Geltendmachung von Massen-, aber auch von Streuschäden ist daher ausgeschlossen. Wie dargelegt sind Verbände nach den spezialgesetzlich geregelten Verbandsklagerechten ebenso wenig zur Geltendmachung von Massen- oder Streuschäden legitimiert. Exemplarisch zeigt sich dies bei der besonderen Verbandsklage nach Artikel 7 Gleichstellungsgesetz, welche lediglich auf Feststellung einer Diskriminierung lauten kann und daher bisher praktisch wenig Bedeutung erlangte.<sup>128</sup> Gleiches gilt beispielsweise auch für Klagen von Konsumentenschutzorganisationen nach Artikel 10 Absatz 2 UWG. Im Lauter-

<sup>117</sup> So bspw. in Frankreich (Art. L. 421-1 und 422-1 Code de la consommation; Art. L. 211-3 Code de l'action sociale et de la famille; Art. L. 452-1 Code monétaire et financier), den Niederlanden (Art. 3:305a Burgerlijk Wetboek), Bulgarien oder Litauen; vgl. EUROPÄISCHES PARLAMENT, Overview, S. 1 ff. sowie KOCH, Verbandsklage, S. 413 ff. Vgl. in diesem Zusammenhang auch die sog. EU-Unterlassungsklagenrichtlinie (Richtlinie 2009/22EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen, ABI. L 110 vom 1.5.2009, S. 30), welche auf EU-Ebene Verbandsklagen auf Unterlassung zum Schutz der Kollektivinteressen der Konsumenten fixiert.

<sup>118</sup> Vgl. KLAUSER, Massenschäden, S. 16 und DOMEJ, S. 424.

<sup>119</sup> BRUNS, S. 411 ff. m.w.H.

<sup>120</sup> Weil diese wiederum auf Herausgabe an den Staat gehen, gelten sie in dieser Form als nicht funktionsfähig; vgl. nur DOMEJ, S. 424 m.w.N. sowie HEINEMANN, S. 30.

<sup>121</sup> Vgl. CAFAGGI/MICKLITZ, S. 24 f.; BEUCHLER, S. 66 f.; MAGNIER, S. 114 ff., jedoch mit dem Hinweis, dass diese Klagen in der Praxis kaum benützt werden.

<sup>122</sup> Vgl. BERNI, S. 60 ff.; BAUMGARTNER, Class Actions, S. 316 ff.

<sup>123</sup> Vgl. zur Verbandsklage BAUMGARTNER, Switzerland, S. 181 ff.; DROESE, S. 134; KOCH, Sammelklage, S. 441; KOCH, Verbandsklage, S. 415; MICKLITZ/STADLER, Gruppenklagen, S. 253 ff.; MICHAILIDOU, S. 69; WAGNER, Kollektiver Rechtsschutz, S. 70 f.

<sup>124</sup> Vgl. nur DOMEJ, S. 425.

<sup>125</sup> In der Schweiz wird dafür zumeist der Begriff der sog. Verbandsbeschwerde verwendet. Vgl. dazu HAEFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz 1786 ff. m.w.N.; BAUMGARTNER, Switzerland, S. 183 ff.

<sup>126</sup> Vgl. DOMEJ, S. 426; BRUNNER, Mangels Verband keine Klage, S. 144 f.; BAUMGARTNER, Class Actions, S. 326.

<sup>127</sup> Vgl. Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBI 2006, 7289; BSK ZPO-OBERHAMMER, Art. 89 N 19; BRUNNER, Mangels Verband keine Klage, S. 141 ff.; KUKO ZPO-WEBER, Art. 89 N 20; ZK ZPO-BESSENICH/BOPP, Art. 89 N 10; BERNET/HESS, S. 453; DROESE, S. 135.

<sup>128</sup> Vgl. dazu auch Bericht vom 15. Februar 2006 über die Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes in Erfüllung der Motion Vreni Hubmann 02.3142, die der Nationalrat am 21. Juni 2002 als Postulat überwiesen hatte, BBI 2006, 3176, wonach in einem Zeitraum von knapp acht Jahren lediglich 32 Verbandsklagen (entsprechend einem Anteil aller Klagen von knapp 12 %) eingereicht wurden, wovon wiederum 29 Verbandsklagen den öffentlich-rechtlichen Bereich betrafen und nur drei Verbandsklagen den privatrechtlichen Bereich.

keitsrecht hat der Gesetzgeber auf diese Mängel in der Rechtsdurchsetzung bereits teilweise reagiert: Mit der letzten Revision des UWG wurde insbesondere das Klagerecht des Bundes gemäss Artikel 10 Absatz 3 UWG erweitert.<sup>129</sup> Damit kann der Bund in erweitertem Masse Zivilklagen auf Unterlassung, Beseitigung oder Feststellung (nicht aber auf Schadenersatz oder Wiedergutmachung) anstrengen, wenn das öffentliche Interesse durch unlautere Geschäftspraktiken gefährdet oder verletzt wird. Ein öffentliches Interesse besteht namentlich dann, wenn die Interessen mehrerer Personen oder andere Kollektivinteressen verletzt oder auch nur bedroht sind. Dabei handelt es sich wiederum um eine andere (öffentlich-rechtliche) Möglichkeit zur Sicherstellung einer effektiven Rechtsdurchsetzung.

Einzig denkbare Möglichkeit zur Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen oder sonstigen finanziellen Ansprüchen durch Verbände bildet damit die *Abtretung von Ansprüchen* seitens der Geschädigten an einen Verband, welcher diese anschliessend mittels objektiver Klagenhäufung geltend macht. Im Unterschied etwa zu Österreich (vgl. dazu vorne Ziffer 3.1.3) spielt diese Form der gebündelten Geltendmachung von Individualansprüchen durch Verbände in der Schweiz bisher kaum eine praktische Rolle. Immerhin ist davon auszugehen, dass sich durch eine solche Bündelung von Einzelansprüchen zu einer Gesamtklage ein höherer Streitwert erreichen lässt, so dass auch eine Prozessfinanzierung durch einen professionellen Prozessfinanzierer möglich sein sollte.<sup>130</sup>

### **Unattraktivität paralleler Vorgehen mit Verbandsklage und individuellen Verfahren**

Mangels Verbandsklage auf Ersatz finanzieller Ansprüche ist es denkbar, dass ein Verband im Interesse einer Vielzahl von Massen- oder Streugeschädigten eine solche Klage einreicht und die einzelnen Geschädigten *parallel dazu* und auf der Basis der Erkenntnisse des Verbandsklageverfahrens ihre individuellen Ersatzansprüche verfolgen. Ein solches Vorgehen scheitert vorab am hohen Prozessrisiko des Verbands in einem solchen Fall, ohne dass Aussicht auf einen entsprechenden möglichen Prozessgewinn besteht, so dass insbesondere auch keine Prozessfinanzierung in Betracht kommen dürfte. Die wenigsten Verbände verfügen über die nötigen finanziellen Mittel zur Bestreitung entsprechender Verfahren. Die einzelnen Geschädigten dürften wiederum ihre Individualersatzansprüche – wenn überhaupt – erst und nur nach einem positiven Ausgang einer Verbandsklage verfolgen,<sup>131</sup> womit aber auch sogenannten Trittbrettfahrer oder *free rider* indirekt davon profitieren. Nachteilig wirkt sich ebenfalls aus, dass eine vorgängige Verbandsklage die Verjährung in Bezug auf die individuellen Leistungsansprüche nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht unterbricht.<sup>132</sup> Bei Streuschäden kommt erschwerend hinzu, dass die betroffenen Geschädigten ihre individuellen, wertmässig kleinen Ersatzansprüche unabhängig von einem allfälligen vorausgehenden Feststellungsentscheid aufgrund der «rationalen Apathie» nicht gerichtlich durchsetzen würden.

### **Beschränkung der allgemeinen Verbandsklage auf Persönlichkeitsverletzungen**

Mit Ausnahme der spezialgesetzlich geregelten Verbandsklagen sind diese auf Verletzungen der Persönlichkeit beschränkt. Auch wenn dieser Begriff weit auszulegen ist und insbesondere neben Artikel 28 ff. ZGB auch weitere Bestimmungen erfasst<sup>133</sup>, resultiert daraus eine Beschränkung des Anwendungsbereichs der Verbandsklage für Massenschäden (und soweit überhaupt denkbar für Streuschäden): Nur wenn diesen (auch) eine Persönlichkeitsverletzung zugrunde liegt, kann eine Verbandsklage in Betracht kommen. Ausgeschlossen ist die Verbandsklage nach Artikel 89 ZPO somit in der Regel beispielsweise bei Massenschäden am Kapital- und Finanzmarkt (sogenannte Anleger-schäden), aber auch für Klagen von Arbeitnehmer- oder Mieterverbänden zur Durchsetzung arbeits- oder mietrechtlicher Ansprüche.

### **Ergebnis**

Entsprechend erscheint die geltende Beschränkung der allgemeinen Verbandsklage auf Persönlichkeitschutz *problematisch und überprüfenswert*. Denn damit steht das bewährte Instrument der Verbandsklage gerade für einen weiten Bereich von rein wirtschaftlichen Massen- und Streuschäden nicht zur Verfügung, so bei Kartellrechtsverletzungen sowie im Bereich des Arbeits-, Miet- oder Da-

<sup>129</sup> Vgl. Botschaft des Bundesrates vom 2. September 2009 zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), BBl 2009, 6180 sowie SUTTER/LÖRTSCHER, S. 95 ff.; KUT/STAUBER, Rz 132 ff.

<sup>130</sup> BERNET/HESS, S. 454.

<sup>131</sup> BERNET/HESS, S. 454.

<sup>132</sup> BGE 138 II 1 E. 4.3. Der Fall betraf eine Verbandsklage nach Art. 7 GIG wegen Lohndiskriminierung im Verhältnis zur individuellen Lohnnachforderungsklage einer Arbeitnehmerin.

<sup>133</sup> BSK ZPO-OBERHAMMER, Art. 89 N 10; KUKO ZPO-WEBER, Art. 89 N 6 f.; restriktiver wohl BSK ZPO-MARKUS, Art. 89 N 6; DIKE-Komm. ZPO-BRUNNER, Art. 89 N 6.

tenschutzrechts. Die aus heutiger Sicht primär aus der Entstehungsgeschichte zu erklärende Einschränkung erschiene auch dann nicht gerechtfertigt, wenn gleichzeitig am Ausschluss der Geltendmachung finanzieller Ansprüche mittels Verbandsklage festgehalten würde. Auch bei nicht auf einer Persönlichkeitsverletzung beruhenden Massenschäden, kaum jedoch bei Streuschäden kann eine bloss auf Feststellung gerichtete Verbandsklage in Verbindung mit anschliessenden parallelen Einzelverfahren in Einzelfällen teilweise der kollektiven Rechtdurchsetzung dienen.

Im weiteren könnte eine (zumindest) auf *Gewinnabschöpfung bzw. -herausgabe* gerichtete Verbandsklage die Effektivität der Rechtdurchsetzung in Gebieten, in denen der Individualrechtsschutz aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht ausreichend in Anspruch genommen wird und daher das Recht nicht effektiv durchgesetzt wird, d.h. insbesondere bei Streuschäden, verbessern bzw. gewährleisten.<sup>134</sup> Auch eine Erweiterung allgemein auf die *Geltendmachung reparatorischer Ansprüche* wäre nicht unvereinbar mit herkömmlichen Prozessgrundsätzen.<sup>135</sup> Daher wird die Verbandsklage gerade für die Durchsetzung von *Streuschäden*, insbesondere im Konsumentenrecht, als sehr sinnvolles und richtiges Instrument des kollektiven Rechtsschutzes erachtet.<sup>136</sup> Mittels reparatorischer Verbandsklagen gestützt auf einen eigenen materiell-rechtlichen Anspruch könnte die Geltendmachung von Gewinnherausgabeansprüchen einer Vielzahl von Geschädigten im Unterschied zum geltenden Recht wirksam sicher gestellt werden. Denkbar und prüfenswert wäre dabei, die Geltendmachung reparatorischer Ansprüche (z.B. durch Fixierung einer Maximalgrenze je Anspruch des einzelnen Geschädigten) sogar auf die Durchsetzung von Streuschäden zu beschränken, um Probleme im Zusammenspiel mit den individuellen Ansprüchen der Geschädigten möglichst auszuschliessen. Weil in einem solchen System der Bestimmung der zur Geltendmachung reparatorischer Ansprüche berechtigten Verbände und Organisationen zentrale Bedeutung zukommt, wäre zu prüfen, inwiefern ein solches Verbandsklagerecht grundsätzlich anders zu regeln wäre als die bisherige, auf Störungsabwehr gerichtete Verbandsklage, z.B. durch besondere behördliche Zulassung oder gerichtliche Kontrolle der Verbände.<sup>137</sup>

### 3.3 Muster- oder Testklagen

#### 3.3.1 Muster- oder Testklagen im geltenden Schweizer Recht

Bei einer Muster- oder Testklage kommt es zu einer kollektiven Interessenwahrung, indem zunächst ein einziges typisches «Musterverfahren» («Modellfall») zwischen zwei Parteien über eine bestimmte Streitfrage durchgeführt wird, wobei dem zwischen diesen beiden Parteien ergehenden Entscheid bezüglich bestimmter Tat- und/oder Rechtsfragen eine Wirkung als *prozessuales Exempel* für bestimmte nachfolgende Prozesse zwischen weiteren Parteien zukommt, sodass in diesen Verfahren nicht mehr über die identische Streitfrage prozessiert werden muss.<sup>138</sup> Konzeptionell handelt es sich bei einer Muster-, Test- oder Pilotklage stets um eine Individualklage des Musterklägers, deren weitergehendes Ziel die Herbeiführung einer externen Wirkung der im Musterverfahren entschiedenen Tat- bzw. Rechtsfragen auf eine Vielzahl von Fällen ist.<sup>139</sup> Voraussetzung dieser *externen Rechtskraftwirkung* ist entweder eine entsprechende gesetzliche Grundlage oder aber eine entsprechende Vereinbarung zwischen den beteiligten Parteien, wobei eine Erstreckung der Rechtskraft auf Parallelfälle zumeist nicht möglich ist.<sup>140</sup> Im geltenden Recht existieren keine besonderen Regelungen für Muster- oder Testklagen. Daher ist für die erwähnte externe Wirkung und Verbindlichkeit stets eine entsprechende Vereinbarung zwischen den Parteien nötig. Nach Artikel 126 ZPO können weitere Verfahren für die Dauer eines Muster- oder Testverfahrens sistiert werden; insbesondere kann ein Musterprozessvertrag einen gemeinsamen Antrag auf Sistierung einer Vielzahl von Verfahren zugunsten eines bestimmten Pilotprozesses enthalten.<sup>141</sup>

<sup>134</sup> Vgl. BERNHARD, S. 231 f.; befürwortend für das Kartellrecht HEINEMANN, S. 68.

<sup>135</sup> KOCH, Verbandsklage, S. 441; vgl. auch FORNAGE, S. 407 ff., welche dies aber im Ergebnis für nicht opportun erachtet.

<sup>136</sup> ROTH, S. 128; WAGNER, Neue Perspektiven, S. A 134 f.

<sup>137</sup> So BERNI, S. 214. Zu denken wäre bspw. an eine gerichtliche Kontrolle und Überwachung der legitimierten Verbände und Organisationen, vgl. KOCH, Verbandsklage, S. 441.

<sup>138</sup> BAUMGARTNER, Switzerland, S. 185; BAUR, S. 15 ff.; GORDON-VRBA, S. 9, 163 ff.; CONTRATTO, Access to Justice, S. 184 ff.; DICKENMANN, S. 470; DROESE, S. 138 f.; SCHALLER, Rz 181 ff.; BSK ZPO-OBERHAMMER, Art. 89 N 1 ff., N 4 ff.; WALTER, S. 374; VON BAR, S. A 81 ff.; KOCH, Sammelklage, S. 442 sowie ausführlich JACOBY, S. 1 ff., 6 ff.

<sup>139</sup> VON BAR, S. A 81; HESS, Private law enforcement, S. 69.

<sup>140</sup> So für das schweizerische Recht BSK ZPO-OBERHAMMER, Art. 89 N 1 ff., N 4; BAUMGARTNER, Switzerland, S. 185; BAUMGARTNER, Class Actions, S. 342 ff.; DICKENMANN, S. 470; DROESE, S. 138 f.; a.A. offenbar GORDON-VRBA, S. 165, wonach das Urteil im Musterverfahren eine ausdrückliche Anordnung der Rechtskrafterstreckung enthalten kann; vgl. ebenso für das deutsche Recht z.B. REUSCHLE, S. 278 m.w.N. und für das österreichische Recht z.B. KODEK, Möglichkeiten, S. 319.

<sup>141</sup> Vgl. dazu nur BSK ZPO-OBERHAMMER, Art. 89 N 4 ff.

### 3.3.2 Deutsches Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz: Vorbild für die Schweiz?

Im Unterschied zur Schweiz existiert in Deutschland seit dem 1. November 2005 mit dem *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz* (KapMuG)<sup>142</sup> ein spezielles Gesetz, das für Rechtsstreitigkeiten aufgrund öffentlicher Kapitalmarktinformationen ein Musterverfahren zur kollektiven Rechtsdurchsetzung vorsieht. Grundlage dieses zuerst auf eine Dauer von fünf Jahren befristeten, zwischenzeitlich aufgrund der positiven Erfahrungen<sup>143</sup> bis 2020 verlängerten Sondererlasses bildete der Fall der Deutschen Telekom AG, welche sich in den Jahren 2000 bis 2003 mit Klagen von rund 13 000 Klägern wegen angeblicher falscher Kapitalmarktinformationen im Zusammenhang mit einer Kapitalerhöhung konfrontiert sah.

Ein solches Musterverfahren kann auf Antrag von mindestens zehn Antragstellern zur Feststellung anspruchsbegründender oder anspruchsausschliessender Voraussetzungen oder zur Klärung von Rechtsfragen durchgeführt werden, welche innerhalb von sechs Monaten seit Publikation des ersten Musterverfahrensanspruchs eingehen müssen. Musterverfahrensansprüche werden in einem Klageregister im Internet veröffentlicht. Nach einer gerichtlichen Bewilligungsentscheidung über ein Musterverfahren wird das eigentliche Musterverfahren vor einem Oberlandesgericht zwischen einem von diesem ausgewählten Musterkläger und der (Muster-)Beklagten sowie allfälligen weiteren Klägern, die am Musterverfahren als Beigeladene teilnehmen können, durchgeführt. Während dieser Zeit sind alle hängigen oder künftig noch eingeleiteten Verfahren sistiert, in denen die Entscheidung von den Feststellungszielen des Musterverfahrens abhängt. Der Musterentscheid wirkt für und gegen alle Beteiligten des Musterverfahrens sowie darüber hinaus für alle sistierten Verfahren weiterer Parteien. In einer letzten Phase werden dann die individuellen Verfahren auf der Grundlage des Musterentscheids abgeschlossen, d.h. insbesondere allfällige individuelle Schadenersatzansprüche zugesprochen. Seit 2012 besteht bei Abschluss eines Vergleichs im Musterverfahren neu die Möglichkeit des Austritts der übrigen Kläger innerhalb eines Monats ab Zustellung des Vergleichs. Hinsichtlich der Kosten kommt ein *pro rata*-Verteilschlüssel auf die betroffenen Einzelverfahren zur Anwendung. Nach Abschluss des Musterverfahrens werden die sistierten Einzelverfahren wieder aufgenommen und auf der (verbindlichen) Grundlage des Musterentscheids abgeschlossen.

Bisher<sup>144</sup> sind gemäss Klageregister insgesamt 253 Musterfeststellungsansprüche eingereicht worden, gestützt darauf 16 Musterverfahren durchgeführt worden oder pendent, welche weit mehr Einzelverfahren betreffen, und in 13 Verfahren sind Musterentscheide ergangen.<sup>145</sup> Bekannteste Beispiele dafür sind die Musterverfahren gegen die Deutsche Telekom AG, Daimler Chrysler AG, Informatel IIS AG, MLP AG sowie Hypo Real Estate Holding AG.<sup>146</sup> Insgesamt wird das Musterverfahren nach KapMuG in Deutschland mehrheitlich als positiv bewertet.<sup>147</sup> Entsprechend wurde auch schon dessen erweiterte allgemeine Anwendbarkeit im Sinne eines allgemeinen Musterverfahrens gefordert.<sup>148</sup> Vor diesem Hintergrund wurde die Einführung eines Musterverfahrens nach dem Vorbild des deutschen Rechts für die Schweiz insbesondere im Bereich des Finanz- und Kapitalmarktrechts gefordert.<sup>149</sup>

### 3.3.3 Bewertung und Folgerungen

Als Instrumente der kollektiven Rechtsdurchsetzung auf der Basis eines Individualverfahrens ist die Möglichkeit der Muster- oder Testklage im schweizerischen Recht anerkannt. Dennoch hat sie bisher zur Durchsetzung von Massen- und Streuschäden *kaum praktische Bedeutung* erlangt. Eine Aus-

<sup>142</sup> Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz vom 19. Oktober 2012 (BGBl. I S. 2182), das durch Artikel 9 des Gesetzes vom 19. Oktober 2012 (BGBl. I S. 2182) geändert worden ist.

<sup>143</sup> Vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes, Drucksache 17/8799 (29. Februar 2012), S. 1, 21 ff.

<sup>144</sup> Stand 31. Mai 2013.

<sup>145</sup> Vgl. Klageregister im Bundesanzeiger (Herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz), Gerichtlicher Teil (abrufbar unter <https://www.bundesanzeiger.de> [31.5.2013]).

<sup>146</sup> Vgl. CONTRATTO, Access to Justice, S. 184 ff.; MELLER-HANNICH, KapMuG, S. 181.

<sup>147</sup> Vgl. HALFMEIER/FEESS/ROTT; HESS, Verbesserung, S. 81; kritisch demgegenüber bspw. DITTRICH, S. 15; GOTTWALD, Extension, S. 484 ff.; STACKMANN, S. 3185 ff.

<sup>148</sup> Vgl. die Evaluation von HALFMEIER/FEESS/ROTT, S. 91 ff., 103 ff.; MELLER-HANNICH, KapMuG, S. 190.

<sup>149</sup> Vgl. insb. CONTRATTO, Access to Justice, S. 189 f.; CONTRATTO, Alternative Streitbeilegung, S. 242.

nahme davon sind Fälle von Massenschäden mit direkter oder indirekter staatlicher Beteiligung.<sup>150</sup> Dass sich Muster- oder Testklagen in der Schweiz als praktisch wirkungslos erwiesen haben, ist primär auf folgende Gründe zurückzuführen:

### Zwingende Kooperationsbereitschaft der beklagten Partei

Mangels besonderer gesetzlicher Regelung liegt es *in den Händen der beteiligten bzw. interessierten Parteien*, ob es durch ein Muster- oder Testverfahren zu einer eigentlichen kollektivierten Rechtsdurchsetzung kommt. Dies setzt einerseits der praktischen Bedeutung von Muster- oder Testverfahren enge Grenzen, da (potenziell) Beklagte häufig nicht dazu bereit sind.<sup>151</sup> Auch wenn ein solches Vorgehen unter Kostenüberlegungen durchaus auch für beklagte Parteien vorteilhaft erscheinen kann, ist in der Praxis zu beobachten, dass sich diese von einer einzelfallweisen prozessualen Erledigung und Regulierung eines Schadensfalls *prozesstaktische Vorteile* versprechen und daher wenig Kooperationsbereitschaft zeigen.<sup>152</sup> Offenbar besteht hier ein Unterschied beim Staat bzw. teilweise staatseigenen Institutionen: So kam es in der Schweiz bisher wie erwähnt praktisch nur in Fällen von Massenschäden mit direkter oder indirekter staatlicher Beteiligung zur Anwendung solcher Pilotverfahren.<sup>153</sup>

### Rein faktische Präjudizwirkung

Selbst wenn es im Einzelfall zu einer Vereinbarung über die Durchführung eines Muster- oder Testverfahrens kommt, so bleibt die Wirkung mangels besonderer gesetzlicher Regelung begrenzt: Dem Entscheid im Pilotprozess kommt lediglich für den entsprechenden Einzelfall Rechtskraft zu, nicht jedoch in Bezug auf sämtliche weiteren Fälle. Eine Muster- oder Testklage hat nach geltendem Recht nur rein privatrechtliche Wirksamkeit. Darüber hinaus besteht lediglich eine *«faktische Präjudizwirkung»*.<sup>154</sup> Insgesamt sind damit Unsicherheiten für sämtliche Parteien verbunden.

### Problematische Auswahl des «Pilotfalls»

Gleichzeitig erscheint die Auswahl eines «Pilotfalls» für eine Muster- oder Testklage auf rein privatrechtlicher Basis in zweierlei Hinsicht *problematisch*: Zum Einen werden die übrigen Betroffenen von der Mitwirkung im Muster- oder Testverfahren ausgeschlossen, obschon das Ergebnis dieses Verfahrens eine faktische Präjudizwirkung hat, was in einem gewissen Widerspruch zum Anspruch auf rechtliches Gehör und Justizgewährung steht. Gleichzeitig wirft die Frage nach dem geeigneten und massgebenden Pilotfall auch Fragen nach der Gleichbehandlung auf und ist stets mit einer grossen präjudiziellen Wirkung verbunden, indem allfällige spezifische Eigenheiten des Pilotfalls weiterführende Bedeutung erhalten.

### Ergebnis

Weil Muster- oder Testverfahren auf der Basis rein privater Vereinbarung – im Unterschied etwa zur Situation in Deutschland – *keine effektive kollektive Wirkung* zu entfalten vermögen, erscheint gerade das deutsche Modell des Kapitalanleger-Musterverfahrens in seiner revidierten Form für die Schweiz eine prüfungswürdige Option zur Verbesserung der effektiven Rechtsdurchsetzung bei Massenschäden zu sein: Weil es auf dem Prinzip des Individualrechtsschutzes beruht, würde sich ein solches Modell grundsätzlich gut in das schweizerische Rechtssystem einfügen. Demgegenüber wäre ein Muster- oder Testverfahren zur Geltendmachung von Streuschäden nicht sinnvoll, weil damit die spezifische *«rationale Apathie»* nicht überwunden werden kann.<sup>155</sup> Nur mittels einer solchen besonderen gesetzlichen Grundlage könnte durch Muster- oder Testverfahren eine effektive Kollektivierung des Rechtsschutzes erfolgen, denn nur dann kann dem Ergebnis im Muster- oder Testverfahren verbindliche Wirkung zukommen.

<sup>150</sup> So bezüglich Klagen gegen den Bund gemäss Kernhaftpflichtgesetz vom 18. März 1983 (KHG; SR 732.44) nach der Katastrophe von Tschernobyl (vgl. dazu BGE 116 II 480) und im Kontext des Zugangs zur sog. letzten Meile im Bereich der Telekommunikation (vgl. dazu BGE 131 II 13, insb. 18) sowie gegen den Kanton Solothurn wegen Verstoss gegen die Lohnungleichheit (vgl. BGE 125 II 385) und gegen den Flughafen Zürich wegen Entschädigungsansprüchen aufgrund von Fluglärm (vgl. BGE 134 II 49 und 134 II 476); vgl. dazu auch DROESE, S. 139; GORDON-VRBA, S. 175 f.; DICKENMANN, S. 470 f.

<sup>151</sup> Vgl. BERNET/HESS, S. 452; DOMEJ, S. 431 f.; DROESE, S. 138 f.

<sup>152</sup> Vgl. REUSCHLE, S. 278; diesem folgend BERNET/HESS, S. 454.

<sup>153</sup> Vgl. Fn 150 vorne.

<sup>154</sup> Vgl. DOMEJ, S. 428 m.w.H. und DICKENMANN, S. 471 sowie BSK ZPO-OBERHAMMER, Art. 89 N 4; a.A. in Bezug auf höchstrichterliche Urteile BAUR, S. 23.

<sup>155</sup> Vgl. nur WAGNER, Neue Perspektiven, S. A 122.

Bei einer Prüfung und Konzeptionierung eines schweizerischen Muster- oder Testverfahrens wären *drei Aspekte* besonders zu beachten: Erstens würde sich die Frage des *sachlichen Anwendungsbereichs* eines solchen Verfahrens stellen, d.h. für welche Bereiche ein solches ökonomisch sinnvoll und rechtsstaatlich adäquat erschiene. Der Anwendungsbereich könnte im Kapital- und Finanzmarktrecht durchaus weiter gefasst werden als im deutschen Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG), daneben aber allenfalls auch andere Rechtsgebiete umfassen wie beispielsweise das Gleichstellungs- oder allgemein das Arbeitsrecht. In einem zweiten Punkt wäre zu fragen, wie das *Verfahren auszugestalten* wäre, damit es mit schweizerischen Verfahrensgrundsätzen vereinbar und dennoch so effizient ist, dass Vorteile gegenüber Individualverfahren resultieren.<sup>156</sup> Zu klären wäre, wie sich die Beteiligten bzw. Betroffenen, die nicht Musterkläger sind, zur Wahrung ihres rechtlichen Gehörs am Muster- oder Testverfahren beteiligen könnten, ohne dass damit das Ziel der Prozesseffizienz gerade wieder relativiert würde. Demgegenüber schiene es durchaus sinnvoll und vertretbar, den Vergleichsabschluss mittels *opt out*-Regime zu fördern. Drittens würde es darum gehen, ein auf die schweizerische Gerichts- und Prozessstruktur *angepasstes Verfahren* zu entwickeln, wobei aus Effizienz- und Kompetenzüberlegungen eine Konzentration solcher Muster- oder Testverfahren beispielsweise auf eine einzige kantonale Instanz nach Art. 5 ZPO ins Auge zu fassen wäre, die zur Gewährleistung eines fairen Verfahrens eine zentrale Stellung im Verfahren einnehmen müsste. Zu klären wäre die Organisation der Führung eines schweizweiten «Muster- oder Testverfahrensregisters». Dabei würde sich auch die Frage stellen, welche Voraussetzungen hinsichtlich Anzahl, tatsächlicher oder rechtlicher Gemeinsamkeiten und Angemessenheit für die Einleitung eines Muster- oder Testverfahrens vorausgesetzt werden sollten. Schliesslich wären auch besondere Regelungen in Bezug auf die Gerichts- und Prozesskosten notwendig, damit solche Muster- oder Testverfahren auch unter Kostengesichtspunkten für alle Beteiligten Vorteile hätten.

### 3.4 Gruppenklagen

#### 3.4.1 Keine allgemeine Gruppenklage in der Schweiz

Allgemein sind unter Gruppenklagen *repräsentative Klagen* zu verstehen, bei denen es zu einer Bündelung von Individualansprüchen kommt, indem ein Gruppenkläger eine Klage für weitere Personen führt, welche selbst formell nicht am Verfahren beteiligt sind, aber dennoch am Ergebnis teilhaben (sowohl in positivem wie auch im negativem Sinn), da über ihre Ansprüche ebenfalls mit Rechtskraft entschieden wird.<sup>157</sup> Bekannteste Form der Gruppenklage ist die Sammelklage US-amerikanischer Prägung («*class action*»). Je nach Funktionsweise, wie neben dem Gruppenkläger weitere Personen am Verfahrensergebnis teilhaben können, wird zwischen *opt in*-Gruppenklagen und *opt out*-Gruppenklagen unterschieden. Die Teilnahme an einer *opt in*-Gruppenklage setzt stets eine aktiv erklärte Teilnahme durch Beitrittserklärung seitens der betroffenen Partei voraus. Im Unterschied dazu muss bei einer *opt out*-Gruppenklage jedes Gruppenmitglied selbst aktiv werden und seinen «Austritt» erklären, wenn es nicht am Verfahren teilhaben will. Während bei *opt out*-Verfahren dem – an das materielle Recht geknüpfte – Erfordernis gemeinsamer Interessen oder eines Sachzusammenhangs<sup>158</sup> für die Zulässigkeit der Gruppenklage zentrale Bedeutung zukommt, ist bei *opt in*-Verfahren darüber hinaus die Voraussetzung der Beitrittserklärung entscheidend.<sup>159</sup> Beide Modelle setzen sodann eine besonders geregelte Benachrichtigung von (potenziellen) Gruppenmitgliedern voraus, wobei dieser in den beiden Modellen ganz unterschiedliche Bedeutung zukommt. Neben selbst betroffenen Einzelpersonen kommen als Gruppenkläger auch (ideelle) Vereine oder auch Behörden in Betracht, wobei grundsätzlich besondere Anforderungen an Gruppenkläger gestellt werden, weil sie über ihre eigenen Interessen hinaus auch als Repräsentanten mit Wirkung für sämtliche Gruppenmitglieder handeln.<sup>160</sup>

Nach verbreiteter Ansicht werden Gruppenklagen als mit dem traditionellen Konzept des Individualrechtsschutzes in der Schweiz nicht vereinbar erachtet. Bei der Schaffung der ZPO verzichtete der Gesetzgeber daher ganz bewusst auf eine Einführung einer allgemeinen Gruppen- oder Sammelklage. Insbesondere wurde dabei die Gruppenklage in der Form der Sammelklage US-amerikanischer

<sup>156</sup> Vgl. auch CONTRATTO, Access to justice, S. 187 ff. sowie BOHNET, S. 188 ff., und FORNAGE, S. 422 ff., 441 f., insb. mit dem Hinweis, dass auch die weiteren Entwicklungen in Deutschland abzuwarten wären.

<sup>157</sup> KOCH, Sammelklage, S. 441; MICKLITZ/STADLER, Gruppenklagen, S. 251 ff. Grundsätzlich ist auch eine Repräsentation auf Beklagtenseite durch einen Gruppenbeklagten möglich, was jedoch die Ausnahme ist.

<sup>158</sup> Diese können sowohl rechtlicher als auch tatsächlicher Natur sein und unterschiedlich ausgestaltet werden.

<sup>159</sup> KOCH, Sammelklage, S. 441.

<sup>160</sup> Vgl. bspw. BEUHLER, S. 114.

Prägung («*class action*»; vgl. dazu auch nachfolgend unter Ziffer 3.4.3) einhellig abgelehnt. Dieses Instrument des kollektiven Rechtsschutzes wurde als dem schweizerischen Recht fremd, selbst in den USA umstritten, teilweise ineffizient und missbrauchsanfällig verworfen.<sup>161</sup>

### 3.4.2 Gruppenklageähnliche Instrumente in der Schweiz

Es darf nicht übersehen werden, dass im schweizerischen Recht durchaus spezialgesetzlich geregelte Instrumente bestehen, die eine mit den Wirkungen einer Gruppenklage *vergleichbare kollektive Rechtsdurchsetzung* mittels eigentlicher Repräsentation bewirken:

#### Ausgleichs- bzw. Überprüfungsklage nach Artikel 105 Fusionsgesetz (FusG)<sup>162</sup>

Nach Artikel 105 Absatz 1 FusG kann jede Gesellschafterin und jeder Gesellschafter der beteiligten Rechtsträger die gerichtliche Festsetzung einer angemessenen Ausgleichszahlung verlangen, wenn bei einer Fusion, Spaltung oder Umwandlung Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte nicht angemessen gewahrt wurden oder die Abfindung nicht angemessen war. Dabei wird geprüft, ob das Prinzip der mitgliedschaftlichen Kontinuität in wirtschaftlicher Hinsicht gewahrt wurde und bei allfälliger Nichtwahrung wird eine angemessene Ausgleichsleistung festgesetzt. Gemäss Artikel 105 Absatz 2 FusG wirkt das Urteil für alle Gesellschafterinnen und Gesellschafter des beteiligten Rechtsträgers, die sich in der gleichen Rechtsposition wie die klagende Partei befinden.<sup>163</sup> Die Ausgleichs- oder Überprüfungsklage einer (einzigen) Gesellschafterin oder eines (einzigen) Gesellschafters wirkt somit zugunsten und zulasten sämtlicher Gesellschafterinnen und Gesellschafter, welche sich in der gleichen Rechtsstellung befinden, ohne dass es für diese übrigen Gesellschafterinnen oder Gesellschafter eine eigentliche *opt out*-Möglichkeit gäbe, dieser Wirkung zu entgehen; die einzige Möglichkeit dazu besteht allenfalls durch Erheben einer eigenen Klage, soweit eine solche überhaupt noch möglich ist.<sup>164</sup> Daher wird diese Klage auch als der Gruppenklage bzw. der *class action* funktional am nächsten kommenden Institut des schweizerischen Rechts erachtet.<sup>165</sup> Angesichts der besonderen Kostentragungsregel<sup>166</sup> zulasten des übernehmenden Rechtsträgers nach Artikel 105 Absatz 3 FusG wird gleichzeitig unterstrichen, dass sich eine solche Klage stets nur zugunsten der nicht beteiligten Gesellschafterinnen und Gesellschafter auswirken könne.<sup>167</sup>

#### Vertretung der Anlegergemeinschaft nach Artikel 86 Kollektivanlagengesetz (KAG)<sup>168</sup>

Artikel 86 KAG sieht für Rückerstattungsklagen<sup>169</sup> nach Artikel 85 KAG vor, dass vom Gericht auf Antrag einer Anlegerin oder eines Anlegers eine Vertretung der Gemeinschaft der Anlegerinnen und Anleger bestellt wird. Voraussetzung dafür ist die Glaubhaftmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen einer offenen kollektiven Kapitalanlage. Nach Artikel 86 Absatz 3 und 4 KAG hat eine derart ernannte Vertreterin oder ein Vertreter die gleichen (Klage-) Rechte wie die Anlegerinnen und Anleger. Erhebt die Vertretung eine Rückerstattungsklage nach Artikel 85 KAG, so sind die einzelnen Anlegerinnen und Anleger nach Artikel 86 Absatz 4 KAG von einer solchen Klage ausgeschlossen. Gleichzeitig wirkt ein von der Vertretung erwirktes Urteil gegenüber allen Anlegerinnen und Anlegern,

<sup>161</sup> Vgl. Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006, 7290.

<sup>162</sup> Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG) vom 3. Oktober 2003 (SR 221.301).

<sup>163</sup> Siehe zu Art. 105 FusG BSK FusG-DUBS, Art. 105 N 1 ff.; ZK FusG-MEIER-DIETERLE, Art. 105 N 1 ff.; Comm. LFus-BAHAR, Art. 105 N 1 ff.; AMSTUTZ/MABILLARD, Art. 105 N 1 ff.

<sup>164</sup> DROESE, S. 140.

<sup>165</sup> Vgl. DOMEJ, S. 433 f. sowie auch BÖCKLI, § 3 Rz 260a; insbesondere mit Hinweis auf die teilweise einschneidenden Kostenfolgenregelungen zulasten des Klägers (vgl. dazu insb. Urteil des Bundesgerichts 4A\_341/2011 vom 21. März 2012); DASSER/STOLZKE, S. 268; DICKENMANN, S. 471; DROESE, S. 140.

<sup>166</sup> Vgl. zur Kostentragung die Rechtsprechung des Bundesgerichts in BGE 135 III 603 E. 2, 137 III 507 E. 8 und Urteil des Bundesgerichts 4A\_547/2011 vom 16. Februar 2012, E. 4; vgl. dazu kritisch VISCHER/WEHINGER, S. 455 ff.

<sup>167</sup> So GORDON-VRBA, S. 189.

<sup>168</sup> Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen vom 23. Juni 2006 (Kollektivanlagengesetz; SR 951.31). Mit der Teilrevision des Kollektivanlagengesetzes vom 28. September 2012 (BBl 2012, 8215) blieb Artikel 86 KAG unverändert.

<sup>169</sup> Nach Artikel 85 KAG können Anlegerinnen und Anleger von offenen kollektiven Kapitalanlagen eine Klage auf Rückerstattung von widerrechtlich entzogenen Vermögensrechten oder vorenthaltenen Vermögensvorteilen an die betroffene Kapitalanlage erheben. Als offene kollektive Kapitalanlagen gelten nach Artikel 8 Absatz 1 KAG vertragliche Anlagefonds nach Artikel 25 ff. KAG und Investmentgesellschaften mit variablem Kapital (SICAV, Art. 36 ff. KAG). Bei dieser Klage handelt es sich entweder um eine Verantwortlichkeitsklage gemäss Artikel 145 ff. KAG gegen die verantwortlichen Personen oder um eine deliktische Schadenersatz- bzw. Erfüllungsklage gegen Dritte, die in beiden Fällen auf Ersatz des sog. mittelbaren Schadens der Anlegerinnen und Anleger an die kollektive Kapitalanlage geht. Vgl. dazu BSK KAG-DU PASQUIER/RAYROUX, Art. 85 N 2 ff.

d.h. die materielle Rechtskraft erstreckt sich auch auf diese. Ergänzend sieht Artikel 86 Absatz 5 KAG vor, dass die Kosten der Vertretung in Abweichung von den allgemeinen Prinzipien grundsätzlich zulasten des Fondsvermögens gehen, vorbehaltlich einer abweichenden Verteilung durch das Gericht im Einzelfall.<sup>170</sup> Mit dieser an Artikel 28 aAFG<sup>171</sup> anknüpfenden Regelung wird für die Klage auf Rückerstattung eine Form der kollektiven Rechtsdurchsetzung vorgesehen: Ein/e vom Gericht bestellte/r Vertreter/in kann für alle Anlegerinnen und Anleger klagen, welche gleichzeitig von einer individuellen Klage ausgeschlossen sind und welchen gegenüber ein Urteil ebenfalls rechtskräftig wird. Bei dieser Form der repräsentativen Klage gibt es für die Anlegerinnen und Anleger auch keine Möglichkeit zu einer sogenannten *opt out*, d.h. es besteht keine Möglichkeit eines Austritts.<sup>172</sup>

### Gläubigergemeinschaft bei Anleiensobligationen (Art. 1157 ff. OR)

Die Gläubiger von Anleiensobligationen, d.h. von öffentlich zur Zeichnung ausgegebenen verzinslichen Wertpapieren, bilden nach Artikel 1157 Absatz 1 OR von Gesetzes wegen eine sogenannte Gläubigergemeinschaft. Diese stellt keine juristische Person dar, ist aber prozessfähig: So kann die Vertreterin oder der Vertreter der Gläubigergemeinschaft, welche/r entweder durch die Anleiensbedingungen bestimmt oder von einer Gläubigerversammlung gewählt ist, die Rechte der Gläubiger geltend machen, wenn er dazu von der Gläubigerversammlung ermächtigt ist, was gleichzeitig die selbständige Ausübung der Rechte durch die Gläubiger ausschliesst (Art. 1159 Abs. 3 OR).<sup>173</sup> Damit handelt es sich um eine eigentliche Gruppenklage, welche eine kollektive Durchsetzung der Ansprüche der Gläubiger in einem Verfahren durch eine gemeinsame Vertretung erlaubt, wobei eine Entscheidung für und gegen alle Gläubiger wirkt. Diese Klage zielt jedoch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts auf die Wahrung und Durchsetzung gemeinsamer Interessen und damit der mittelbaren Schäden der Anleiensgläubiger ab, steht aber nicht zur Verfügung zur Durchsetzung unmittelbarer Schäden der Gläubiger, z.B. aus Prospekthaftung nach Artikel 752 OR.<sup>174</sup> Da grundsätzlich für die Ermächtigung zur Geltendmachung von Rechten der Gläubiger Einstimmigkeit der Gläubiger notwendig ist, handelt es sich eigentlich um eine *opt in*-Gruppenklage mit qualifiziertem Erfordernis<sup>175</sup>: entweder eine Gruppenklage für alle Anleiensgläubiger mit dem Einverständnis aller oder überhaupt keine Gruppenklage.

Ausgehend von dieser dem schweizerischen Recht seit Langem bekannten Form der kollektiven Rechtsdurchsetzung wurden bereits *Vorschläge für ein allgemein zugängliches Instrument des kollektiven Rechtsschutzes* gemacht: So schlugen STARK/KNECHT die Einführung einer Zwangsgemeinschaft für Massenschäden (unabhängig von ihrem Entstehungsgrund) mit mindestens 100 Geschädigten mit Ansprüchen von mindestens je CHF 10 000.– vor und legten einen entsprechenden 14 Artikel umfassenden Entwurf vor. Die Bildung einer solchen Zwangsgemeinschaft würde auf Antrag des Schädigers oder einer bzw. eines Geschädigten durch ein Gericht am Wohnsitz beziehungsweise Sitz des Haftpflichtigen beschlossen. Sämtliche Geschädigte wären von Gesetzes wegen Mitglieder dieser Zwangsgemeinschaft. In einem ersten Schritt sollte ein gewählter und mit weitreichenden Kompetenzen ausgestatteter Sachwalter versuchen, einen Vergleich zwischen dem Haftpflichtigen und der Zwangsgemeinschaft zu erzielen. Mit Abschluss und Genehmigung des Vergleichs durch eine Geschädigtenversammlung würde die Gemeinschaft aufgelöst und die Geschädigten könnten allfällige Restforderungen individuell durchsetzen. Kommt kein Vergleich zustande oder wird ein solcher nicht genehmigt, sollte gestützt auf einen Mehrheitsbeschluss ein prozessuales Vorgehen folgen mit dem Ziel eines für alle Geschädigten verbindlichen Feststellungsurteils über die Haftpflicht des Geschädigten.<sup>176</sup>

<sup>170</sup> BSK KAG-DU PASQUIER/RAYROUX, Art. 86 N 2 ff.

<sup>171</sup> Bundesgesetz über die Anlagefonds vom 18. März 1994 (Anlagefondsgesetz; AS 1994, 2523, 2000, 2355 Anhang Ziff. 27, 2004, 1985 Anhang Ziff. II 4 (aufgehoben durch das Kollektivanlagengesetz [KAG])). Vgl. dazu GAUTHIER, S. 47 ff.

<sup>172</sup> Vgl. DROESE, S. 141; GORDON-VRBA, S. 186; DASSER/STOLZKE, S. 266 f.

<sup>173</sup> Vgl. BGE 113 II 283 E. 2 und BSK Wertpapierrecht-REUTTER/STEINMANN, Art. 1157 N 13. Vgl. zur Gläubigergemeinschaft im Kontext der kollektiven Rechtsdurchsetzung auch STARK/ KNECHT, S. 56 ff.

<sup>174</sup> Vgl. BGE 113 II 283 E. 5; CR CO II-ZUFFREY, Art. 1164 N 7 ff.; CONTRATTO, Access to Justice, S. 183; GORDON-VRBA, S. 181 f. mit Hinweisen auf die diesbezügliche Kritik in der Lehre; THÉVENOZ, S. 138 f.; TOPAZ DRUCKMANN, S. 94.

<sup>175</sup> So auch DROESE, S. 140 (mit dem Hinweis, dass es sich sogar um eine Gruppenklage ohne jegliche *opt out*-Möglichkeit handelt, wenn man davon ausgeht, dass sogar bereits Mehrheitsbeschlüsse zur Ermächtigung des Vertreters der Gläubigergemeinschaft ausreichen); GORDON-VRBA, S. 182.

<sup>176</sup> STARK/KNECHT, S. 51 ff.; vgl. dazu auch ROMY, Litiges de masse, S. 262 ff. und JEANDIN, Parties au procès, S. 146 ff. Vgl. zu diesen Vorschlägen auch FORNAGE, S. 428 ff.

### Sonderregelung zur Erledigung von Ansprüchen wegen Haftung für nukleare Schäden (Art. 20 ff. nKHG<sup>177</sup>)

Schäden wegen nuklearer Schadensereignisse im Zusammenhang mit Kernanlagen sowie dem Transport von Kernmaterialien stellen typische Fälle von Massenschäden dar. Zur vereinfachten Erledigung der mutmasslich grossen Anzahl solcher Schäden bzw. entsprechender Verfahren wurde eine Sonderregelung eingeführt: Vorgesehen ist eine besondere behördliche Beweissicherung (Art. 20 nKHG), die Behandlung durch eine einzige kantonale Instanz (Art. 5 Abs. 1 Bst. e ZPO), die Geltung von Offizial- und Untersuchungsmaxime (Art. 22 nKHG) sowie besondere Regeln für die Gerichts- und Parteikosten (Art. 23 nKHG). Dennoch findet keine eigentliche Kollektivierung statt: Sämtliche Ansprüche müssen grundsätzlich individuell geltend gemacht und beurteilt werden, wobei es organisatorisch zu Vereinfachungen kommt.<sup>178</sup>

Inspiziert von dieser Sonderregelung – wenn auch in ihrer früheren Fassung – machte ROMY einen *Vorschlag für ein allgemeines kollektives Massenschadensverfahren* für die Schweiz.<sup>179</sup> Basierend auf den drei Säulen der einheitlichen schweizweiten Zuständigkeit, der Zusammenfassung aller Ansprüche und der Zweiteilung des Verfahrens sollte nach Massgabe eines Spezialgesetzes für Massenschadensverfahren eine schweizweit exklusiv zuständige Spezialbehörde über Massenschäden entscheiden, wenn diese gemeinsame Tat- oder Rechtsfragen aufwerfen, eine Vereinigung vieler Verfahren nicht praktikabel wäre und der Massenschadensfall bedeutende materielle, körperliche oder wirtschaftliche Schäden zur Folge hat. In einem ersten Schritt sollte die Spezialbehörde für alle aktuellen und zukünftigen Geschädigten verbindlich kollektiv über die gemeinsamen Tat- und Rechtsfragen entscheiden (insbesondere Kausalität und Widerrechtlichkeit) und im Ergebnis ein Feststellungsurteil über die allgemeine Haftung erlassen. In einer zweiten Phase sollte über die Entschädigung der einzelnen Geschädigten entschieden werden. Ausgehend von diesem Vorschlag schlug JEANDIN im Zusammenhang mit der Entstehung der ZPO ein einstweilen minimal ausgestaltetes *Spezialverfahren für Massenschäden* vor einer besonderen, beim Bundesgericht angeschlossenen Spezialkommission zur Beurteilung von Massenschäden vor.<sup>180</sup> Im Falle eines (gesetzlich definierten) Massenschadens sollte die Spezialkommission exklusiv und für die ganze Schweiz zuständig sein. In einer ersten Phase sollte diese mittels eines für alle Geschädigten verbindlichen Feststellungsurteils über die Verantwortlichkeit/Haftung und die grundsätzliche Schadenersatzanspruchsberechtigung entscheiden. In einer zweiten Phase sollte in Individualverfahren über die konkrete Entschädigung entschieden werden.

### Abtretung von Rechtsansprüchen im Konkurs nach Artikel 260 SchKG<sup>181</sup>

Nach Artikel 260 SchKG kann jede Gläubigerin und jeder Gläubiger die Abtretung von Ansprüchen der Konkursmasse verlangen, auf deren Geltendmachung die Gesamtheit der Gläubigerinnen und Gläubiger verzichtet hat, und sich aus einem allfälligen Ergebnis vorab befriedigen. Dabei handelt es sich nicht um eine zivilrechtliche Abtretung; vielmehr erhält die Gläubiger oder der Gläubiger das Prozessführungsrecht mit einem Anspruch auf Vorabbefriedigung als Anreiz für ihr/sein prozessuales Vorgehen.<sup>182</sup> Sie/er handelt damit als sogenannte/r *Prozessstandschafter/in* in eigenem Namen auch für die übrigen Gläubiger.<sup>183</sup> So binden der Beschluss der Gläubigerversammlung über den Verzicht auf die Geltendmachung und der Entscheid der Konkursverwaltung über die Abtretung sämtliche Gläubigerinnen und Gläubiger; jeder Entscheid (oder Vergleich) über die Ansprüche ist nicht nur für die/den klagende/n Gläubiger/in und dessen Gegenpartei, sondern auch für die übrigen Gläubiger/innen und die Konkursmasse bindend.<sup>184</sup> Obwohl somit die/der prozessführende Gläubiger/in Ansprüche (auch) für alle Gläubigerinnen und Gläubiger durchsetzt und diesbezügliche Entscheide insbesondere auch gegen den Willen einer/s einzelnen – allenfalls sogar unbekannten – Gläubigerin/Gläubigers verbindlich sind, liegt keine eigentliche kollektive Rechtsdurchsetzung individueller Ansprüche vor.<sup>185</sup>

<sup>177</sup> Kernhaftpflichtgesetz vom 13. Juni 2008, BBl 2008, 5341, noch nicht in Kraft; nachfolgend als «nKHG» bezeichnet; damit wird vermutlich im Jahr 2014 das geltende Kernhaftpflichtgesetz vom 18. März 1983 (SR 732.44) ersetzt. Letzteres enthält in den Artikel 22–28 KHG weitgehend gleichlautende Bestimmungen.

<sup>178</sup> Vgl. DROESE, S. 140; GORDON-VRBA, S. 178 ff.

<sup>179</sup> ROMY, *Litiges de masse*, S. 273 ff.; vgl. dazu auch JEANDIN, *Parties au procès*, S. 154 ff.

<sup>180</sup> JEANDIN, *Parties au procès*, S. 158 ff.

<sup>181</sup> Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG; SR 2281.1).

<sup>182</sup> BGE 122 III 76 E. 6; BSK SchKG II-BERTI, Art. 260 N 4 ff.

<sup>183</sup> BGE 132 III 342 E. 2.2; BSK SchKG II-BERTI, Art. 260 N 56; FAVALLI/MATTHEWS, S. 626.

<sup>184</sup> BGE 113 III 134 E. 3; vgl. auch BSK SchKG II-BERTI, Art. 260 N 20 ff.

<sup>185</sup> A.A. wohl FAVALLI/MATTHEWS, S. 627 f., welche die Parallelen zur *class action* unterstreichen.

### 3.4.3 Gruppenklagen im Ausland

Bekannteste, aber zugleich auch umstrittenste<sup>186</sup> Form der Gruppenklage ist die US-amerikanische<sup>187</sup> *class action*. Dabei handelt es sich um eine repräsentative Klage eines einzelnen oder mehrerer Kläger, mit der diese(r) als Repräsentant einer nach bestimmten Merkmalen identifizierten Gruppe von Mitgliedern (der sogenannten *class*) einen Prozess führt und dabei sämtliche Ansprüche der Mitglieder gegenüber der beklagten Partei geltend macht. Das Ergebnis dieses repräsentativen Verfahrens ist für sämtliche Mitglieder der *class* verbindlich – unter Ausschluss separater Individualklagen der Mitglieder gegen die beklagte Partei –, ohne dass sie formal am Verfahren beteiligt sind, es sei denn, diese erklärten ausdrücklich ihren Austritt aus dem Verfahren (*opt out*), soweit und sofern dies zulässig ist.<sup>188</sup> Ausgehend von ihrer ursprünglichen hauptsächlich Anwendung im Bereich der Durchsetzung der sogenannte *civil rights* finden Sammelklagen heute typischerweise auf dem Gebiet des Konsumentenrechts, der Massenschäden, dem Wettbewerbs- und Lauterkeitsrecht, dem Kapitalmarktrecht, dem Arbeits- und dem Umweltrecht Anwendung.<sup>189</sup> Die wohl bekannteste und auch häufigste<sup>190</sup> Form der *class action* ist die zumeist auf Schadenersatz gerichtete sogenannte *common question class action* nach Rule 23 (b) Ziffer (3) FRCP<sup>191</sup> der bundesrechtlichen Ausgestaltung. In den meisten Fällen werden Sammelklagen mittels Vergleich erledigt.<sup>192</sup> Darin wird denn gerade auch eine grosse Missbrauchsgefahr gesehen, indem Beklagte zu Vergleichen genötigt würden (sogenanntes *legal blackmail*).<sup>193</sup> Nach herrschender Ansicht hängt das Missbrauchspotential der US *class action* jedoch weniger mit der Natur der Gruppenklage als vielmehr mit den materiell- und prozessrechtlichen Rahmenbedingungen in den USA zusammen, vorab der sogenannten *American rule* (kein Kostenersatzanspruch der siegreichen Partei), den sogenannten *jury trials* (Verhandlungen vor einer aus Laien zusammengesetzten Richterbank), der Möglichkeit zur Verurteilung zu sogenannten *punitive damages* (Strafschadenersatzzahlungen im Umfang eines Vielfachen des effektiven Schadens) und der Möglichkeit der sogenannten (*pretrial*) *discovery* (Beweiserhebung bzw. -ausforschung durch die Parteien mit umfassenden Auskunfts-, Einsichts- und Herausgaberechten bzw. -pflichten).<sup>194</sup> Dieser rechtliche Rahmen wird teilweise auch als sogenannter *toxic cocktail* bezeichnet.<sup>195</sup>

Repräsentative Gruppenklagen existieren *heute in vielen europäischen Ländern*. Im Jahr 2003 ist in Schweden als erstem Land des kontinentaleuropäischen Rechtskreises<sup>196</sup> ein Gruppenverfahrensgesetz in Kraft getreten,<sup>197</sup> das eine repräsentative Gruppenklage mit *opt in*-Mechanismus vorsieht. Heute bestehen in folgenden Ländern zumindest sektorielle Gruppenklagen zur Geltendmachung von

<sup>186</sup> Vgl. zum teilweise zweifelhaften Ruf von US-Sammelklagen bspw. BAUMGARTNER, *Class Actions*, S. 114 ff.; GORDON-VRBA, S. 69 ff. sowie Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBI 2006, 7224, 7290 und EUROPÄISCHES PARLAMENT, Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 2. Februar 2012 zum Thema «Kollektiver Rechtsschutz: Hin zu einem kohärenten europäischen Ansatz» (2011/2089[INI]).

<sup>187</sup> Vergleichbare Formen der Sammelklage wie in den USA existieren z.B. in Kanada und Australien, vgl. HESS, *Aktuelle Tendenzen*, S. 144 sowie ausführlich MULHERON, *Class Action*.

<sup>188</sup> Vgl. ausführlich zum Institut der (amerikanischen) Sammelklage BAETGE/EICHHOLTZ, S. 287 ff.; BEUCHLER, S. 27 ff.; EICHHOLTZ, S. 29 ff.; GORDON-VRBA, S. 12 ff.; GOTTWALD, *Class Actions* S. 1 ff.; GREER, S. 1 ff.; HOHL, S. 14 ff.; KLONOFF, S. 9 ff.; KOCH, *Kollektiver Rechtsschutz*, S. 1 ff.; PERUCCHI, *Class actions*, S. 489 ff.; PERUCCHI, *Anerkennung und Vollstreckung*, S. 5 ff.; ROMY, *Litiges de masse*, S. 87 ff.; ROMY, *Class actions*, S. 785 ff.; YEAZELL, S. 1 ff.

<sup>189</sup> Vgl. lediglich GORDON-VRBA, S. 27 ff.; BRUNS, S. 402.

<sup>190</sup> Vgl. dazu bspw. GORDON-VRBA, S. 48, wonach über 50 % aller Sammelklagen Schadenersatzklagen nach Rule 23(b)(3) FRCP seien.

<sup>191</sup> (US-amerikanische) Federal Rules of Civil Procedure (FRCP).

<sup>192</sup> Über 90 % aller Sammelklagen werden in den USA durch Vergleich erledigt; vgl. z.B. HESS, *Anerkennung*, S. 373; MURRAY, S. 98.

<sup>193</sup> So auch Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBI 2006, 7290.

<sup>194</sup> Vgl. nur aus der schweizerischen Literatur BÜHLER, S. 21, DOMEJ, S. 444, 449 f. und BOHNET, S. 185 sowie auch EBBING, S. 51; STADLER, *Wider die Mär*, S. 79; BRUNS, S. 407 ff.

<sup>195</sup> Bspw. STADLER, *Wider die Mär*, S. 79.

<sup>196</sup> Vgl. LINDBLÖM, *Group litigation*, S. 27 und MICKLITZ/STADLER, *Gruppenklagen*, S. 141. Vgl. jedoch auch die bereits früher in Kraft getretene Regelung in Portugal (dazu Fn 204 nachfolgend).

<sup>197</sup> SFS 2002:599 *Lagen om grupprättegång* (abrufbar in Englisch unter <http://www.government.se/content/1/c6/02/77/67/bcbe1f4f.pdf> [31.5.2013]). Vgl. dazu LINDBLÖM, *Sweden*, S. 231 ff.; LINDBLÖM, *Group litigation*, S. 7 ff.; VIITANEN, S. 219 ff.; MICKLITZ/STADLER, *Gruppenklagen*, S. 140 ff.; DROESE, S. 124 f.; GORDON-VRBA, S. 98 ff.

Massen- und Streuschäden: Bulgarien<sup>198</sup>, Dänemark<sup>199</sup>, Finnland<sup>200</sup>, Italien<sup>201</sup>, Norwegen<sup>202</sup>, Polen<sup>203</sup>, Portugal<sup>204</sup>, Spanien<sup>205</sup> und Vereinigtes Königreich (England und Wales)<sup>206</sup>.

Mit Ausnahme von Portugal und Bulgarien handelt es sich dabei um *opt in*-Gruppenklagen (vgl. dazu vorne unter Ziffer 3.4.1). In Dänemark und Norwegen sind ausnahmsweise zur Geltendmachung von (bestimmten<sup>207</sup>) Streuschäden auch *opt out*-Gruppenklagen zulässig. Nach überwiegendem Verständnis werden *opt in*-Mechanismen als besser mit der europäischen Tradition vereinbar erachtet.<sup>208</sup> Unterschiedlich und teilweise kontrovers wird in den europäischen Ländern die Frage beurteilt, ob repräsentative Klagen mit *opt out*-Mechanismus mit den jeweiligen verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien, insbesondere aber auch mit Artikel 6 EMRK und dem Dispositionsgrundsatz, vereinbar sind.<sup>209</sup> Vergleicht man die Beteiligungsquoten von *opt in*- und *opt out*-Gruppenklagen, so zeigt sich weltweit, dass diese bei *opt out*-Modellen sehr hoch liegt, mindestens 60 %, in den meisten Fällen bei über 87 % aller möglicher Gruppenmitglieder, während sich bei *opt in*-Gruppenklagen zwar grosse Unterschiede zeigen (von 0.1 %–100 %), sich regelmässig nur ein kleiner Teil von rund 33 % der potenziellen Kläger den Gruppenklagen anschliessen.<sup>210</sup>

Soweit ersichtlich fallen die bisherigen<sup>211</sup> Bewertungen der verschiedenen Gruppenklagen in allen europäischen Ländern insgesamt *neutral bis positiv* aus: Einerseits bestätigten sich negative Befürchtungen im Vorfeld der Einführungen nicht. Andererseits war jedoch die Inanspruchnahme der neuen Verfahren teilweise geringer als erwartet, sodass in verschiedenen Ländern bereits über Systemanpassungen und -verbesserungen nachgedacht wird.<sup>212</sup>

### 3.4.4 Gruppenvergleiche in den Niederlanden: Konzept für die Schweiz?

In den Niederlanden existiert seit Juli 2005 mit dem Gesetz betreffend die kollektive Abwicklung von Massenschäden<sup>213</sup> eine spezielle Regelung für Gruppenvergleiche zur kollektiven Rechtsdurchsetzung. Das Gesetz geht zurück auf Schwierigkeiten bei der vergleichweisen Schadensregulierung zwischen Pharmafirmen und mehreren Tausend geschädigten Frauen im sogenannten Diethylstil-

<sup>198</sup> Kapitel 33, Artikel 379–388 der bulgarischen Zivilprozessordnung, in Kraft seit 1. März 2008; vgl. dazu BAUER/PETER/KOLLMANN, S. 210 ff. und EUROPÄISCHES PARLAMENT, Overview, S. 1 ff.

<sup>199</sup> Kapitel 23a «Gruppessøgsmål» (§§ 254a–254k) des Rechtspflegegesetzes, gemäss Änderungsgesetz 181/2008, in Kraft seit 1. Januar 2008.

<sup>200</sup> Finnisches Gruppenklagegesetz «Ryhmäkannelaki» (444/2007), in Kraft seit Oktober 2007.

<sup>201</sup> Artikel 140bis Codice del Consumo, in der Fassung gemäss Gesetz Nr. 99 vom 23. Juli 2009, in Kraft seit Januar 2010; vgl. dazu TOGO, S. 132 ff. sowie auch BOHNET, S. 185 ff.

<sup>202</sup> Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (Tvisteloven) [Zivilprozessordnung], Kapittel 35. Gruppessøgsmål (abrufbar in Englisch unter <http://www.ub.uio.no/ujur/ulovdata/lov-20050617-090-eng.pdf> [31.5.2013]).

<sup>203</sup> Ustawa o dochodzeniu roszczeń w postępowaniu grupowym («Gruppenklagegesetz») vom 17. Dezember 2009, in Kraft seit 18. Juli 2010.

<sup>204</sup> Das Gesetz Nr. 83/95 vom 31. August 1995 sieht eine «Popularklage» (ação popular) vor. Diese trat bereits vor dem schwedischen Gruppenklagegesetz in Kraft und stellt das erste *opt out*-Modell in Europa dar; vgl. MULHERON, Building blocks, S. 313 sowie ANTUNES, S. 161 ff.

<sup>205</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil [Zivilprozessordnung], in Kraft seit 2001; vgl. dazu GUTIÉRREZ CABIEDES, S. 170 f.

<sup>206</sup> Civil Procedure Rules (CPR) Part 19 III (Group litigation), in Kraft seit 1. April 2000 (abrufbar unter <http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part19#IDA2PMCC> [31.5.2013]; vgl. dazu nur MULHERON, Reform.

<sup>207</sup> In Dänemark lediglich in Fällen von weniger als DKK 2000, wobei nur der *Ombudsman* in diesen Fällen als Repräsentant klagen kann; in Norwegen lediglich, wenn der Betrag pro Gruppenmitglied so gering ist, dass eine beträchtliche Mehrheit der potenziellen Kläger keine Individualklage einbringen würde und wenn gleichzeitig die Gruppenklage keine Fragen aufwirft, welche eine individuelle Anhörung erforderlich machen würden.

<sup>208</sup> MICKLITZ/STADLER, Gruppenklagen, S. 253; HODGES, From class actions, S. 66; VALGUARNERA, S. 1 ff.; DROESE, S. 133 f.; DOMEJ, S. 444; BERNET/GROZ, S. 85 f.; EUROPÄISCHES PARLAMENT, Overview, S. 40.

<sup>209</sup> Vgl. dazu aus schweizerischer Sicht nur DOMEJ, S. 438 ff. m.w.N. für die Zulässigkeit von *opt out*-Modellen; im Ergebnis ebenso KÖLZ, S. 64 f.; PERUCCHI, Class actions, S. 501 f.; ROMY, Class actions, S. 797; DÖRIG, Anerkennung, S. 442 ff.; ablehnend zu *opt out*-Modellen STOFFEL, S. 503 ff.

<sup>210</sup> Vgl. die ausführlichen Statistiken und Auswertungen bei MULHERON, The Case, S. 409 ff.; MULHERON, Reform sowie HENSLEER, Class action dilemmas.

<sup>211</sup> Zu recht wird darauf hingewiesen, dass sich die Gruppenklagen in den meisten europäischen Ländern noch im «experimentellen Stadium» befinden, vgl. nur JANSSEN, S. 6 f.

<sup>212</sup> Vgl. bspw. für Schweden LINDBLOM, Sweden, S. 240 und PERSSON, S. 355 ff.; für das Vereinigte Königreich MULHERON, Reform and MULHERON, Impetus, S. 387 ff.

<sup>213</sup> Wet van 23 juni 2005 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de collectieve afwikkeling van massaschades te vergemakkelijken (Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade) (WCAM) (abrufbar in Englisch unter <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/richtlijnen/2008/06/24/de-nederlandse-wet-collectieve-afwikkeling-massaschade.html> [31.5.2013]).

bestrol (DES)-Fall. Im Unterscheid zu den herkömmlichen Formen von Gruppenklagen regelt das Gesetz ein *besonderes Vergleichsverfahren* zwischen einem oder mehreren (mutmasslich) haftenden Schädigern einerseits und einem Verein oder einer Stiftung, die im gemeinsamen Interesse sämtlicher Geschädigter handelt andererseits. Dabei kann ein vorgängig zwischen diesen Parteien geschlossener Vergleich zentral dem Amsterdamer Berufungsgericht zur Verbindlicherklärung eingereicht werden. Das Gericht prüft in einem besonderen Verfahren, über das sämtliche Geschädigten in besonderer Weise zu informieren sind, den Vergleich auf materielle Angemessenheit, formelle Fairness, Verfahrensmässigkeit sowie Effizienz. 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.<sup>214</sup>

Diese sich an US-amerikanischen *class action settlements* orientierte und in dieser Form singuläre Regelung hat zwischenzeitlich, insbesondere auch im internationalen Kontext, eine beträchtliche Beachtung und Bedeutung erlangt. Insgesamt kam es bisher in mindestens sechs Fällen zu solchen verbindlichen Gruppenvergleichen.<sup>215</sup> Aus internationaler und insbesondere auch aus schweizerischer Hinsicht bedeutsam ist, dass in vier dieser Fälle die Zuständigkeit niederländischer Gerichte und damit die Zulässigkeit dieses Gruppenvergleichsverfahrens auch *in Bezug auf ausländische Geschädigte* bejaht wurden. So betraf der Fall «Converium», ausgehend von einem Sammelklageverfahren in den USA, welches vergleichsweise erledigt wurde, insgesamt 12 000 bekannte Geschädigte ausserhalb der USA, wovon lediglich 200 Geschädigte in den Niederlanden ansässig waren, jedoch 1500 in Grossbritannien und insbesondere 8500 in der Schweiz; gleichzeitig waren die beiden schweizerischen Firmen SCOR Holding (Switzerland) AG und Zurich Financial Services AG beteiligt.<sup>216</sup> Vor diesem Hintergrund stellen sich insbesondere Fragen der internationalen Zuständigkeit sowie der Anerkennung und Vollstreckung solcher gerichtlich für verbindlich erklärte Gruppenvergleiche.<sup>217</sup> Gleichzeitig hat sich das niederländische Verfahren als international attraktiv erwiesen. Auch vor diesem Hintergrund wurde es verschiedentlich als für die Schweiz prüfenswert erachtet.<sup>218</sup> Anzuführen ist, dass in den Niederlanden offenbar Bestrebungen zur Revision und insbesondere zur Ausweitung des Anwendungsbereichs auf den Bereich insolvenzrechtlicher Streitigkeiten bestehen.

### 3.4.5 Bewertung und Folgerungen

Repräsentative Gruppenklagen können nach überwiegender Ansicht ein effizientes und taugliches Mittel des kollektiven Rechtsschutzes zur Durchsetzung von Massen- und Streuschäden darstellen.<sup>219</sup> Gerade bei Massenschäden, bei denen es um die Erhaltung und Gewährleistung der Effizienz der Verfahren und des Justizwesens geht, stellen Gruppenklagen ein zentrales Element für ein funktionierendes Rechtsschutzsystem dar. Zwar kennt das schweizerische Recht bisher keine allgemeine repräsentative Gruppenklage. Dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass auch im geltenden Recht Formen repräsentativer Prozessführung existieren, welche in ihren Wirkungen einer Gruppenklage sehr nahe kommen. Mit dem Ziel der Gewährleistung und Verbesserung eines effektiven Rechtsschutzsystems zur Geltendmachung und Durchsetzung von Massen- und Streuschäden erscheinen drei Aspekte bemerkenswert:

#### Ablehnung des US-amerikanischen class action-Systems und von opt out-Gruppenklagen

Das System der *class actions*, wie es vor allem in den USA existiert, wurde für das schweizerische Recht bisher stets konsequent und mit einer Ausnahme *einhellig abgelehnt*:<sup>220</sup> Ausgehend von den Funktionen und Vorteilen der US-amerikanischen *class action* schlug, soweit ersichtlich, lediglich

<sup>214</sup> Vgl. dazu VAN BOOM, S. 171 ff.; KORTMANN/BRENOORD-SPOEK, S. 13 ff.; KRANS, S. 141 ff.; MICKLITZ/STADLER, Gruppenklagen, S. 134 ff.; PURNHAGEN, S. 502 f.

<sup>215</sup> Es handelt sich um die Fälle DES (Berufungsgericht Amsterdam, 1. Juni 2006, NJ [2006], 461, LJN: AX6440), Dexia (Berufungsgericht Amsterdam, 25. Januar 2007, NJ [2007], 427, LJN: AZ7033), Vie d'Or (Berufungsgericht Amsterdam, 29. April 2009, NJ [2009], 448, LJN: BI2717), Shell (Berufungsgericht Amsterdam, 29. Mai 2009, NJ [2009], 506, LJN: BI5744), Vedor (Berufungsgericht Amsterdam, 15. Juli 2009, JOR [2009], 325, LJN: BJ2691) und Converium (Berufungsgericht Amsterdam, 17. Januar 2012).

<sup>216</sup> Siehe auch ALLEMEERSCH, S. 368 ff.; BERNET/HESS, Fn 43 sowie die weiteren Informationen auf [www.converiumsettlement.com](http://www.converiumsettlement.com) [31.5.2013].

<sup>217</sup> Vgl. dazu Dasser/Oberhammer-DASSER, Art. 2 N 24 ff.; KRANS, S. 141 ff.; STADLER, Grenzüberschreitender kollektiver Rechtsschutz, S. 121 ff.; ALLEMEERSCH, S. 369 ff.

<sup>218</sup> DROESE, S. 146 f.

<sup>219</sup> Vgl. nur WAGNER, Kollektiver Rechtsschutz, S. 85 f.; DOMEJ, S. 437 ff.

<sup>220</sup> Vgl. Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006, 7296; Motion 11.3977 Birrer-Heimo. Erleichterung der Rechtsdurchsetzung in kollektiven Verfahren.

PERUCCHI deren quasi integrale Rezeption und Übernahme in das schweizerische Recht vor.<sup>221</sup> Auch wenn es dabei letztlich weniger um die *class action* als repräsentative Gruppenklage als um andere, damit jedoch zusammenhängende Spezifika des US-amerikanischen Rechts geht (vgl. dazu vorne Ziffer 3.4.3 zu diesem sog. «*toxic cocktail*»),<sup>222</sup> erscheinen *class actions* nach US-amerikanischem Vorbild als Instrument des kollektiven Rechtsschutzes für die Schweiz weder nötig noch erstrebenswert und sind daher konsequent abzulehnen. Im Übrigen entspricht dies auch einem allgemeinen Konsens in Europa.<sup>223</sup> Auch repräsentative Gruppenklagen nach dem *opt out*-Modell wären für das Schweizer Recht in einer allgemeinen Form nicht wünschbar. Zwar sind sie nicht *per se* inkompatibel mit dem geltenden Recht, insbesondere dem Dispositionsgrundsatz, zumal bereits Instrumente mit vergleichbarer Wirkung existieren (vgl. dazu vorne Ziffer 3.4.2). Obwohl Gruppenklagen nach dem *opt out*-Modell nach überzeugender Ansicht insbesondere zur kollektiven Geltendmachung von Streuschäden geeignet erscheinen, sollte die Verbesserung des Rechtsschutzes in diesem Bereich mit anderen kollektiven Rechtsschutzinstrumenten versucht werden.

### **Punktuelle Formen von Gruppenklagen und Fehlen einer allgemeinen repräsentativen Gruppenklage**

Im schweizerischen Recht existieren in bestimmten Rechtsgebieten, insbesondere im Gesellschaftsrecht, besondere Klageformen und Instrumente zur Durchsetzung von Massen- und Streuschäden, die *funktionell repräsentativen Gruppenklagen* entsprechen. Der Gedanke der repräsentativen Geltendmachung von Massenschäden ist dem schweizerischen Recht vertraut und mit diesem *kompatibel*. Dennoch fehlt im schweizerischen Recht ein allgemeines Instrument, das die repräsentative Geltendmachung und Durchsetzung insbesondere von Massenschäden erlauben würde, obwohl wie dargelegt bereits in der Vergangenheit entsprechende Vorschläge gemacht wurden.<sup>224</sup>

### **Fehlen eines Instruments zur kollektiven Erledigung von Massenschäden mittels verbindlichen Vergleichs**

Gerade in Massenschadensfällen, teilweise aber bei Streuschäden, stellen Vergleiche insbesondere auch unter (prozess-)ökonomischen Gesichtspunkten probate Mittel der Schadensregulierung im Interesse sämtlicher Beteiligten dar. Im Unterschied zum Individualprozess ist es insbesondere aus Sicht der in Anspruch genommenen Partei(en) bei einem solchen Vergleich entscheidend, dass einem Vergleich möglichst umfassende Verbindlichkeit in Bezug auf sämtliche Geschädigten zukommt. Es liegt wiederum auch im Interesse eines funktionierenden Gerichtswesens, wenn es zu einer möglichst umfassenden vergleichsweisen Erledigung kommt. Im schweizerischen Recht fehlt derzeit ein Instrument, das eine solche kollektive vergleichsweise Erledigung auf dem Wege einer prozessualen Repräsentation gewährleisten kann.

### **Ergebnis**

Angesichts dieses Befundes erscheinen daher als weitere Möglichkeiten zur Verbesserung des effektiven Rechtsschutzes bei Massen- und Streuschäden für die Zukunft auch *zwei Formen der Gruppenklage* durchaus prüfungswert:

Zum Ersten wäre die Einführung einer *allgemeinen repräsentativen Gruppenklage* auf der Basis eines *opt in*-Modells in Erwägung zu ziehen. Eine solche Gruppenklage könnte ein effizientes Instrument zur verbesserten Durchsetzung von Massenschäden darstellen und wäre mit dem schweizerischen Rechtssystem kompatibel. Dies belegen nicht zuletzt vergleichbare Instrumente des geltenden Rechts. Dabei wäre dem Aspekt der Missbrauchsbekämpfung grösste Beachtung zu schenken, um nicht das bestehende Ungleichgewicht zwischen Geschädigten und Schädigern ins Gegenteil zu verkehren. Dabei müsste dem Gericht eine zentrale Rolle zukommen, um einerseits solche Massenverfahren überhaupt effizient und kompetent abwickeln zu können, aber andererseits auch um allfällige Missbräuche solcher Verfahren ausschliessen zu können. Zentraler Punkt eines solchen Modells wäre

<sup>221</sup> Unter der Marginalie *class action* sollte in einem neuen Art. 89a ZPO der Inhalt der Rules 23 (a) und 23 (b) 3 des US-amerikanischen FRCP übernommen werden. Parallel dazu sollten für solche *class actions* die Pflicht zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses (Art. 98 ZPO) und der Kostenerstattungspflicht im Falle des Unterliegens (Art. 106 ZPO) nicht anwendbar sein und das Verbot eines reinen Erfolgshonorars nicht gelten; vgl. PERUCCHI, *Class actions*, S. 500 ff.; auch gemäss MARCHAND, S. 289, wäre ein solches Modell dem Konsumentenschutz in der Schweiz zuträglich

<sup>222</sup> Vgl. nur BÜHLER, S. 21.

<sup>223</sup> BERNET/GROZ, S. 85; EUROPÄISCHES PARLAMENT, Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 2. Februar 2012 zu dem Thema «Kollektiver Rechtsschutz: Hin zu einem kohärenten europäischen Ansatz» (2011/2089[INI]), Ziff. 2.

<sup>224</sup> Vgl. die erwähnten Vorschläge von STARK/KNECHT (Fn 176), von ROMY (Fn 179) und von JEANDIN (Fn 180) sowie auch von TERCIER, S. 73 ff., insb. S. 250 ff.

ein besonderes Kostenregime, damit solche Gruppenklagen in der Realität auch finanzierbar sind. Festzuhalten wäre am Anspruch auf Kostenersatz nach dem sogenannten Erfolgsprinzip.

Zum Zweiten könnte davon unabhängig die Schaffung eines *besonderen Gruppenvergleichsverfahrens* zur kollektiven Erledigung von Massenschäden durch einen gerichtlich für verbindlich erklärten Vergleich nach dem Vorbild der niederländischen Regelung geprüft werden (vgl. dazu vorne Ziffer 3.4.4). Ein solches System erschiene als eine sinnvolle Ergänzung des geltenden Rechtsschutzsystems, auch wenn es lediglich für ganz spezifische, vorab internationale Massenschadensfälle in Betracht kommen dürfte. Auch hat es sich im internationalen Kontext als innovatives und auch attraktives Instrument des kollektiven Rechtsschutzes erwiesen, welches angesichts der notwendigen Prüfung eines Vergleiches durch ein Gericht hinsichtlich formeller, aber auch materieller Angemessenheit auch mit den schweizerischen Verfahrensgrundsätzen kompatibel wäre. Damit würde letztlich auch die Schweiz als expansiver und international attraktiver Justizstandort gestärkt (vgl. dazu auch nachfolgend unter Ziffer 4.4).

## **4 Besondere Fragen**

### **4.1 Prozessfinanzierung als Chance und Risiko des kollektiven Rechtsschutzes**

#### **4.1.1 Problem der Prozesskosten und Prozessfinanzierung bei Massen- und Streuschäden**

##### **Allgemeines**

Die ZPO enthält die Regelungen zu den Prozesskosten für sämtliche Zivilverfahren in der Schweiz, auch wenn die Kantone – in Umsetzung ihrer Kompetenz zur Gerichtsorganisation gemäss Artikel 3 ZPO – nach Artikel 96 ZPO für die Festsetzung der Tarife für die Prozesskosten zuständig sind.<sup>225</sup> Diese Regelungen sind vor dem Hintergrund des Zwecks des Zivilprozesses als Individualverfahren zu sehen. Grundsätzlich werden die Kosten der Rechtsdurchsetzung den Parteien überbunden: Nach dem in Artikel 106 ZPO niedergelegten sogenannten *Erfolgsprinzip* werden die Prozesskosten grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt, was auf der Vermutung beruht, diese habe die Kosten der Rechtsverwirklichung verursacht. Für die gerichtliche Geltendmachung von Massen- und Streuschäden im Wege der individuellen Rechtsdurchsetzung im Rahmen des geltenden Rechts, namentlich bei subjektiver oder objektiver Klagenhäufung (vgl. dazu vorne Ziffer 3.1.1), ergeben sich folgende speziellen Probleme:

##### **Gerichtskostenvorschuss als besondere Hürde**

Nach Artikel 98 ZPO kann das Gericht von der klagenden Partei einen Vorschuss bis zur Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten verlangen. Auch wenn es sich dabei um eine Kann-Vorschrift handelt und den Gerichten dabei im Rahmen der Zielsetzung der Vorschrift, nämlich die Gerichtskasse vor Kostenrisiken zu schützen, ein Ermessen zukommt, werden solche Kostenvorschüsse heute in vielen Fällen erhoben.<sup>226</sup> Auch wenn damit keine faktische Zugangsschranke zur Rechtspflege beabsichtigt ist, kann sich diese Vorschusspflicht gerade in Massenschadensfällen so auswirken: Zwar hat der Schaden des Einzelnen einen so grossen Wert, dass er eine gerichtliche Durchsetzung anstrebt, doch heisst das umgekehrt nicht, dass er dazu in der Lage oder bereit ist, in einem ersten Schritt die Prozesskosten vorzuschüssen. Dies kann umso problematischer sein, wenn sich eine Vielzahl Geschädigter in der gleichen Lage befinden können, wovon letztlich ein (mutmasslicher) Schädiger profitiert, beispielsweise ein Grossunternehmen in einem Streuschadensfall gegenüber einer Vielzahl von Anlegerinnen und Anlegern oder Konsumentinnen und Konsumenten.

<sup>225</sup> Eine Ausnahme gilt für gerichtliche Angelegenheiten nach dem SchKG, soweit die entsprechende Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 23. September 1996 (GebV SchKG; SR 281.35) anwendbar ist; vgl. dazu nur HAUSER/ SCHWERI/LIEBER, Vor §§ 199 ff. N 15 ff.; RÜETSCHI, S. 68.

<sup>226</sup> Vgl. MÜLLER, S. 59, wonach die zürcherischen Gerichte dies jedoch unterschiedlich handhaben, und CONTRATTO, Alternative Streitbeilegung, Fn 15.

## Unverhältnismässiges Prozesskostenrisiko

Wie erwähnt sieht Artikel 106 ZPO als Grundregel vor, dass die unterliegende Partei die Prozesskosten, bestehend aus den Gerichtskosten und einer Parteientschädigung an die Gegenpartei, zu tragen hat. Diese in allgemeiner Form auch als «*Loser pay (all)*»-Regel bekannte «klassische Regelung des Zivilprozesses»<sup>227</sup> will dem *Gedanken des Kostenverursachungsprinzips*<sup>228</sup> Rechnung tragen und gleichzeitig der missbräuchlichen Prozessführung vorbeugen.<sup>229</sup> Damit kann sich jedoch für einen Geschädigten aus einem Massenschadensfall ein vergleichsweise grosses Prozesskostenrisiko ergeben. Umgekehrt präsentiert sich die Lage für den oder die potenziell Beklagten: Das Prozesskostenrisiko ist im einzelnen Individualprozess zwar entsprechend hoch, in Bezug zum möglichen maximalen gesamten Massenschaden ist es jedoch verhältnismässig gering. Wie bereits ausgeführt (vgl. vorne Ziffer 3.1.1), kann sich diese Situation zulasten der Geschädigten bei einer subjektiven Klagenhäufung wegen der möglichen Solidarhaftung nach Artikel 106 Absatz 3 ZPO sogar noch verschärfen, was diese Form der kollektiven Rechtsdurchsetzung gerade für wirtschaftlich stärkere Streitgenossen unattraktiv macht.<sup>230</sup>

## Ungenügende Möglichkeiten der Prozessfinanzierung

Sofern eine durch einen Massenschaden geschädigte Person gar nicht über die finanziellen Mittel zur Führung eines Prozesses verfügt oder nicht bereit ist, das Kostenrisiko dafür zu tragen, so stellt sich die Frage nach einer (privaten) Prozessfinanzierung durch Dritte. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist eine auf einer Erfolgsbeteiligung basierte Prozessfinanzierung durch Dritte grundsätzlich zulässig.<sup>231</sup> Dennoch spielt die Prozessfinanzierung durch professionelle Prozessfinanzierer heute in der Schweiz – im Unterschied etwa zu Deutschland oder den USA und England – in der Praxis kaum eine Rolle: Es besteht diesbezüglich *kein genügend entwickelter Markt*.<sup>232</sup> So sind die angewendeten Mindeststreitwerte von rund CHF 300 000<sup>233</sup> so hoch, dass diese in vielen Fällen der individuellen Durchsetzung von Massenschadensfällen nicht erreicht werden. Auch die Gewährung *unentgeltlicher Rechtspflege* nach Artikel 117 ff. ZPO kann nur ausnahmsweise in Betracht kommen, weil in den meisten Fällen von Massen- und Streuschäden keine Mittellosigkeit i.S.v. Artikel 117 Buchstabe a ZPO vorliegt. Eine ausschliessliche Ausweitung dieser Prozesskostenhilfe ist aber für Massenschadensfälle von vornherein kein adäquates Mittel der Rechtsdurchsetzung, da damit keine genügenden Effizienzvorteile verbunden sind.<sup>234</sup> Auch aus finanzpolitischen Überlegungen wäre es nicht angebracht, effizienten Rechtsschutz in Massen- und Streuschadensfällen durch eine Ausdehnung des Instituts der unentgeltlichen Rechtspflege herzustellen.

## Unzulässigkeit von reinen Erfolgshonoraren

Im Unterschied zur Prozessfinanzierung durch Dritte ist im schweizerischen Recht ein Erfolgshonorar für Anwältinnen und Anwälte nur in engen Grenzen zulässig: Die Prozessvertretung auf der Grundlage einer *rein* erfolgsabhängigen Entschädigung (*pactum de quota litis*) ist Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten nach Artikel 12 Buchstabe e BGFA<sup>235</sup> verboten.<sup>236</sup> Dieses Verbot entspricht nach der überwiegenden Ansicht der europäischen Rechtstradition,<sup>237</sup> steht jedoch im Gegensatz zu den in den USA verbreiteten sogenannte *contingency fees*: Darunter versteht man eine Honorarvereinbarung, wonach die Anwältin oder der Anwalt lediglich im Erfolgsfall einen (vereinbarten) Bruchteil des Prozessgewinns erhält. Dabei sind Quoten von 25–50 % durchaus üblich, normalerweise beträgt sie 30 %.<sup>238</sup> Die Ablehnung hierzulande beruht auf der Überzeugung, dass reine Erfolgshonorare die Unabhängigkeit der Anwältin oder des Anwalts als Teil des Justizsystems gefährden, den Klienten

<sup>227</sup> Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006, 7296.

<sup>228</sup> BGE 119 Ia 1 E. 6.

<sup>229</sup> Vgl. nur KUMMER, S. 250.

<sup>230</sup> Vgl. DROESE, S. 136; BERNET/HESS, S. 452; GORDON-VRBA, S. 171.

<sup>231</sup> BGE 131 I 223 E. 4. Vgl. demgegenüber die intensive Diskussion in Österreich PARZMAYR/SCHOBEL, S. 533 ff.; KREJCI, S. 341 ff.; OBERHAMMER, Sammelklage, S. 972 ff.; KODEK, Massenverfahren S. 66 ff.; DOMEJ, S. 451 f.

<sup>232</sup> Vgl. DÄHLER; CONTRATTO, Alternative Streitbeilegung, S. 220; DOMEJ, S. 451.

<sup>233</sup> So DÄHLER; vgl. auch CONTRATTO, Alternative Streitbeilegung, Fn 17.

<sup>234</sup> Vgl. auch DOMEJ, S. 453.

<sup>235</sup> Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte vom 23. Juni 2000 (BGFA; SR 935.61).

<sup>236</sup> DÖRIG, Erfolgshonorare, S. 691 ff.; SCHILLER, Anwaltsrecht, Rz 1620; Fellmann/Zindel-Fellmann, Art. 12 N 122; CR LLCA-VALTICOS, Art. 12 N 205 ff.; SCHILLER, Erfolgshonorar, S. 357 ff.; BOHNET/MARTENET, Rz 1588 ff.; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 2A.98/2006 vom 24. Juli 2006, E. 2.2 und insb. E. 3.1, wonach ein solches dann vorliegt, wenn ausser einer einmaligen «Einschreibgebühr» lediglich ein erfolgsabhängiges Honorar vereinbart bzw. angeboten wird, a.A. SCHILLER, Anwaltsrecht, Rz 1621.

<sup>237</sup> CR LLCA-VALTICOS, Art. 12 N 205; BOHNET/MARTENET, Rz 1552 ff.

<sup>238</sup> Vgl. DÖRIG, Erfolgshonorare, S. 689; BOHNET/MARTENET, Rz 1572 ff. sowie ausführlich KILIAN, S. 751 ff.

übermässigen Honorarforderungen aussetzen können und gegen das Prinzip der Waffengleichheit verstossen. Umgekehrt gelten *contingency fees* gerade in den USA als Mittel zur Gewährleistung des Zugangs zur Justiz, insbesondere für mittellose Parteien.<sup>239</sup>

#### 4.1.2 Bewertung und Folgerungen

Den mit der Prozessführung bei Massen- und Streuschäden zusammenhängenden Kosten und deren Finanzierung kommt zur effektiven und effizienten Rechtsdurchsetzung mit den Instrumenten der kollektiven Rechtsschutzes unter mehreren Gesichtspunkten *entscheidende Bedeutung* zu: Bei Streuschäden, teilweise auch bei Massenschäden, stellt das Prozesskostenrisiko sowie die (mögliche) Vorschusspflicht ein Hindernis für die Rechtsdurchsetzung im Wege des Individualrechtsschutzes dar und ist somit ein zentrales Argument für den kollektiven Rechtsschutz.<sup>240</sup> Gleichzeitig stellt sich dabei die Frage der Prozessfinanzierung unter zwei Gesichtspunkten: Einerseits fragt es sich, wie sich kollektive Verfahren in der Praxis effektiv finanzieren lassen. Andererseits wird bei Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes die Regelung der Prozesskosten zur Verhinderung von Missbräuchen des kollektiven Rechtsschutzes diskutiert.<sup>241</sup> Aus diesen Gründen kommt bei der Diskussion um (neue) Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes der Kostenfrage eine zentrale Bedeutung zu.<sup>242</sup> Damit ergeben sich folgende drei Feststellungen:

##### **Kostenerleichterungen für Streitgenossenschaften bei Massenschäden**

Die Pflicht zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses sowie zur solidarischen Tragung der Prozesskosten mehrerer Parteien kann im Falle der Durchsetzung von Massenschäden auf dem Weg der (subjektiven) Klagenhäufung zu ungewünschten negativen Anreizen führen. Es muss daher darum gehen, die entsprechenden Regeln dahingehend einzuschränken, dass unter den qualifizierenden Voraussetzungen eines Massenschadens diese Regelungen nur modifiziert zur Anwendung kommen. Eine Möglichkeit zur Lösung dieses Problems und damit zur Verbesserung bestünde in der Anpassung der gesetzlichen Prozesskostenregelung nach Artikel 106 Absatz 3 ZPO, welche sich bei der kollektivierten Geltendmachung von Massenschäden mittels subjektiver Klagenhäufung als kontraproduktiv erweist (vgl. dazu vorne Ziffer 3.1.4). Die Regelung könnte dahingehend angepasst werden, dass sie in diesen Fällen gerade nicht zur Anwendung kommen. An der grundsätzlichen Kostentragungsregel von Artikel 106 Absatz 1 ZPO (Erfolgsprinzip) wäre jedoch auch für die Massenschadensfälle festzuhalten. Auch die Gerichtskostenvorschusspflicht nach Artikel 98 ZPO könnte mit Blick auf Massenschadensfälle bei subjektiver und objektiver Klagenhäufung dahingehend angepasst werden, dass eine Vorschusspflicht nur noch ausnahmsweise bei Vorliegen qualifizierter Gründe bestünde – analog zu früheren kantonalen Prozessordnungen. Dabei käme der Definition eines Massenschadens entscheidende Bedeutung zu: eine solche Definition müsste genügend umfassend, aber gleichzeitig dennoch genügend bestimmt sein, um überhaupt justiziabel zu sein.

##### **Mögliche Massnahmen zu vermehrter Prozessfinanzierung**

Nach geltendem Recht ist die (professionelle) Prozessfinanzierung durch Dritte auf Erfolgsbasis in der Schweiz zulässig.<sup>243</sup> In der Praxis hat sich diese jedoch in der Schweiz bisher *nur in geringem Ausmass* etabliert. Bei der effektiven Geltendmachung von Massen- und Streuschäden kommt der Prozessfinanzierung durch professionelle Anbieter in zweierlei Hinsicht eine wichtige Rolle zu: Zum einen kann sie im Rahmen der individuellen Rechtsdurchsetzung oder auch der kollektiven Rechtsdurchsetzung im Wege des Individualrechtsschutzes (Klagenhäufung) einen verbesserten Rechtsschutz ermöglichen. Zum andern kommt ihr für die Finanzierung von eigentlichen Kollektivverfahren, insbesondere auch von Verbandsklagen, eine entscheidende Rolle zu.

Grundsätzlich begrüssenswert wäre es daher, wenn sich in der Schweiz ein *effektiver und funktionierender Markt für Prozessfinanzierung* entwickelt. Es stellt sich daher die Frage, ob und allenfalls durch welche gezielten Massnahmen hier überhaupt Einfluss genommen werden könnte und sollte mit dem Ziel einer Finanzierungsmöglichkeit von Verfahren zur Durchsetzung von Massenschäden. Bereits

<sup>239</sup> Vgl. nur BOHNET/MARTENET, Rz 1575 ff.

<sup>240</sup> Vgl. nur WAGNER, Kollektiver Rechtsschutz, S. 51 ff.; MADAUS, S. 100 und 115.

<sup>241</sup> MADAUS, S. 102 ff.; KOCH/ZEKOLL, S. 122 ff.

<sup>242</sup> Vgl. nur JANSSEN, S. 12; MADAUS, S. 105; HENSLER, Globalization, S. 23 ff.; VIITANEN, S. 229 f.; KOCH, Verbandsklage, S. 431 (zumindest für die Verbandsklage).

<sup>243</sup> BGE 131 I 223 E. 4.

absehbar ist, dass solche Massnahmen nur *sehr beschränkt* und nur innerhalb der bestehenden wirtschafts- und finanzpolitischen Grundsätze überhaupt in Betracht kommen dürften. Zu denken ist etwa an eine verbesserte Aufklärung und Information über die Möglichkeiten der Prozessfinanzierung, beispielsweise mittels einer entsprechenden Pflicht der zuständigen Gerichte, sowie allenfalls an minimale Anpassungen am geltenden Kostenrecht, möglicherweise auch im Hinblick auf dessen weitere gesamtschweizerische Harmonisierung. Jedenfalls wäre am *Verbot reiner Erfolgshonorare* für Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte nach Art. 12 Bst. e BGFA festzuhalten. Dabei handelt es sich um einen bewährten Grundsatz des schweizerischen Anwaltsrechts, der zur Gewährleistung eines funktionierenden, qualitativ hochstehenden – weil nicht von finanziellen Eigeninteressen getragenen – Anwaltswesens nach wie vor seine Berechtigung hat. Gerade für Verfahren der kollektivierten Rechtsverfolgung auf der Basis einer Abtretung von Ansprüchen mit anschliessender kollektiver Geltendmachung mittels objektiver Klagenhäufung wäre ein vermehrter Markt für Prozessfinanzierung positiv. In diesem Zusammenhang wäre allenfalls zu prüfen, ob und inwiefern unter bestimmten Bedingungen gewisse Verbände oder Einrichtungen im öffentlichen Interesse möglicherweise auch vermehrt unterstützt werden könnten, um über die notwendigen Ressourcen für ein solches Vorgehen zu verfügen, wie dies beispielsweise in Österreich der Fall ist. Einem solchen Vorgehen wären wiederum von vornherein in verschiedener Hinsicht enge Grenzen zu setzen.

### **Besondere Prozesskostenregelung für Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes**

Die Fragen der Prozesskostenregelung und der Prozessfinanzierung sind zur Gewährleistung der Effektivität von Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes grundlegend. Echter kollektiver Rechtsschutz setzt genügende, insbesondere auch *finanzielle Anreize* für Verbands- oder Gruppenkläger voraus, ansonsten diese Instrumente in der Praxis kaum die gewünschte Wirkung entfalten können. Auf der Grundlage des geltenden Kostenrechts wäre daher mit einer allfälligen Einführung neuer Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes (z.B. erweiterte Verbandsklage, Muster- oder Testverfahren) notwendigerweise ein besonderes Kostenregime für solche Verfahren zu prüfen. In einem solchen wäre den spezifischen Gegebenheiten in Bezug auf die Leistung von Gerichtskostenvorschüssen und die Zulässigkeit von Erfolgshonoraren Rechnung zu tragen. Demgegenüber stellt der Anspruch auf Kostenersatz nach dem Erfolgsprinzip wie erwähnt ein Grundprinzip des schweizerischen Zivilprozessrechts dar. Gleichzeitig könnte damit aber auch gewissen Missbräuchen vorgebeugt werden.<sup>244</sup> Gerade auch unter diesem Aspekt sollten abweichende Kostenerleichterungen *nur sehr restriktiv* in Betracht kommen.

## **4.2 Prozessuale Schwierigkeiten bei der Geltendmachung aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche**

### **4.2.1 Aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage**

Gegenstand der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit bildet die zivilrechtliche Haftung der Leitungsorgane und der Revisionsstelle einer Aktiengesellschaft gegenüber der Gesellschaft, ihren einzelnen Aktionärinnen und Aktionären sowie den Gläubigern der Gesellschaft für den Schaden, den sie diesen bzw. der Gesellschaft durch Verletzung ihrer aktienrechtlichen Pflichten verursacht haben (Art. 754 Abs. 1 OR).<sup>245</sup> Dabei ist einerseits zwischen *dem sogenannten mittelbaren und dem unmittelbaren Schaden* zu unterscheiden. Andererseits ist danach zu differenzieren, ob sich die Gesellschaft im Konkurs befindet oder nicht. Beim sogenannten mittelbaren Schadens handelt es sich um den der einzelnen Aktionärin oder dem einzelnen Aktionär nur mittelbar entstandenen Reflexschaden durch Schädigung der Gesellschaft und damit des Werts der Beteiligung der Aktionärin oder des Aktionärs an der Gesellschaft<sup>246</sup>; dieser Anspruch geht stets auf Leistung an die Gesellschaft und kann ausserhalb des Konkurs der Gesellschaft nur von der Gesellschaft und von der Aktionärin oder dem Aktionär, nicht aber von den Gesellschaftsgläubigern geltend gemacht werden (vgl. Art. 756 f. OR). Dabei handelt die klagende Aktionärin oder der klagende Aktionär als sogenannte Prozessstandschafterin oder Prozessstandschafter der Gesellschaft.<sup>247</sup> Unter dem unmittelbaren Schaden ist der einer Aktio-

<sup>244</sup> So auch DOMEJ, S. 450 f.

<sup>245</sup> Vgl. ausführlich zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit FORSTMOSER, Verantwortlichkeit.

<sup>246</sup> Grundlegend zur Unterscheidung zwischen unmittelbarem oder mittelbarem Schaden BGE 132 III 564 sowie BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 14 ff.; GRAF, S. 381 ff.; SUTER, S. 65 ff.

<sup>247</sup> BGE 132 III 343 E. 4.3; in der Lehre jedoch nicht unumstritten; dafür nur BÖCKLI, § 18 N 226 m.w.H.; GÖTZ STAEHE-LIN/STEBLER, S. 485, VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, S. 38 und 64; a.A. demgegenüber bspw. GRAF, S. 387 m.w.N.

närin oder einem Aktionär oder einer Gläubigerin oder einem Gläubiger direkt in seinem eigenen Vermögen entstandene Schaden zu verstehen, ohne dass damit eine Schädigung der Gesellschaft verbunden wäre; dies ist beispielsweise beim Entzug von Bezugsrechten oder Dividenden oder bei Falschinformation über die Vermögensverhältnisse gegenüber einer Gläubigerin oder einem Gläubiger der Fall.

## 4.2.2 Prozessuale Schwierigkeiten

Anstoss zum vorliegenden Bericht und der Prüfung der Möglichkeiten des kollektiven Rechtsschutzes bildete die Feststellung, dass die Durchsetzung aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche faktisch oft an *besonderen prozessualen Schwierigkeiten*, insbesondere am hohen Prozesskostenrisiko, scheitert.<sup>248</sup>

### **Besonderes Prozesskostenrisiko und Pflicht zur Leistung eines Gerichtskosten-, allenfalls auch eines Anwaltskostenvorschusses in Millionenhöhe**

Die Prozesskosten bemessen sich gemäss Artikel 96 ZPO nach kantonalen Tarifen, die sich überwiegend nach dem Streitwert der Klage richten (vgl. dazu auch vorne unter Ziffer 3.1.4 und 4.1.1).<sup>249</sup> Da wiederum der Streitwert gemäss Artikel 91 Absatz 1 ZPO durch das Rechtsbegehren bestimmt wird, liegt er bei Verantwortlichkeitsklagen sehr oft und gerade bei grossen börsenkotierten Unternehmungen in Millionenhöhe. Gestützt darauf resultieren mutmassliche Prozesskosten, die ebenfalls schnell in die Millionen gehen. Aufgrund des erwähnten Erfolgsprinzips nach Artikel 106 Absatz 1 ZPO (vgl. dazu vorne unter Ziffer 2.1 und 4.1.1), ist für die Klägerin oder den Kläger mit einer Verantwortlichkeitsklage betreffend Schaden der Gesellschaft daher ein sehr grosses Prozesskostenrisiko verbunden. Diese Kostenregelung wird denn auch als *für die Geltendmachung von aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen prohibitiv* erachtet.<sup>250</sup> Nach Artikel 98 ZPO kann der Kläger einer Verantwortlichkeitsklage zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses in der Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten verpflichtet werden, der ebenfalls in Millionenhöhe sein kann. Hinzukommen zumeist ebensolche *Vorschüsse an eigene Anwältinnen oder Anwälte*, zumal die Prozessvertretung zumeist sehr aufwändig, damit kostenintensiv und ebenso risikoreich ist. Eine Klägerin oder ein Kläger muss im Ergebnis damit bereits zur Verfahrenseinleitung über entsprechende finanzielle Mittel verfügen, ansonsten sie oder er nicht klagen kann.

### **Ungenügende finanzielle Anreize für Verantwortlichkeitsklagen der Aktionärinnen und Aktionäre auf Ersatz des Schadens der Gesellschaft**

Die Klage der Aktionärin oder des Aktionärs auf Ersatz des Schadens der Gesellschaft geht nach Artikel 756 Absatz 1 OR ausserhalb des Konkurses der Gesellschaft auf Leistung an diese. Als Anteilsinhaberin oder Anteilsinhaber profitiert die oder der Verantwortlichkeitsklägerin oder Verantwortlichkeitskläger somit von einer solchen Klage lediglich in der Form, dass durch einen Mittelzufluss bei der Gesellschaft im Falle eines Prozessgewinns auch ihre oder seine Beteiligung an der Gesellschaft in der Form von Aktien einen gesteigerten (inneren) Wert hat. Dem vorstehend dargestellten ganz erheblichen Prozesskostenrisiko steht gerade bei *typischerweise atomisierten Aktienbesitz* an Grossunternehmen lediglich die Aussicht auf einen anteilmässigen Bruchteil eines allfälligen Prozessgewinns gegenüber. Damit besteht für eine Verantwortlichkeitsklage der Aktionärin oder des Aktionärs *nur ein geringer finanzieller Anreiz*.<sup>251</sup>

<sup>248</sup> Stellungnahme des Bundesrates vom 13. Oktober 2010 zum Bericht vom 30. Mai 2010 der Geschäftsprüfungskommissionen des Nationalrates und des Ständerates, «Die Behörden unter dem Druck der Finanzkrise und der Herausgabe von UBS-Kundendaten an die USA», BBl 2011, 3459, hier 3502 f.

<sup>249</sup> Vgl. dazu auch Oberhammer KUKO ZPO-SCHMID, Art. 96 N 2; BSK ZPO-RÜEGG, Art. 96 N 5 ff.; DIKE-Komm. ZPO-URWYLER, Art. 96 N 8.

<sup>250</sup> Vgl. nur BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 14 für die frühere, vor 1992 geltende Rechtslage.

<sup>251</sup> Vgl. FORSTMOSER, Stellungnahme, S. 12; TRIGO TRINDADE, S. 173; BÖCKLI, § 18 N 231; SUTER, S. 155.

### 4.2.3 Bewertung und Folgerungen

#### Kein Fall eines Streu- oder Massenschadens

Festzuhalten ist, dass es sich beim hier interessierenden Anspruch der Aktionärinnen und Aktionäre auf Ersatz des mittelbaren Schadens *weder um eigentliche Streu- noch um Massenschäden* handelt. Folgt man der bundesgerichtlichen Lehre und dem überwiegenden Teil der Lehre von der Konzeption der *Prozessstandschaft*, so schliesst die Klage einer Aktionärin oder eines Aktionärs nach Artikel 756 OR jede weitere gleiche Klage aus, weil die erste Klage in ihrem Umfang bereits die Rechtshängigkeit des Anspruchs begründet. Insofern ist eine Vielzahl von Ansprüchen und möglichen Verfahren, wie sie bei Streu- und Massenschäden kennzeichnend ist, gerade ausgeschlossen.<sup>252</sup>

Dennoch ist die hier interessierende Konstellation der Durchsetzung des sogenannten mittelbaren Schadens jedoch unter folgenden beiden Gesichtspunkten mit einem Massenschaden vergleichbar: Zum einen erfolgt im Falle eines atomisierten Aktienbesitzes eine Schädigung einer Vielzahl von Aktionärinnen und Aktionären in gleicher Weise. Zum anderen mag der Schaden der betroffenen Gesellschaft wie auch der anteilmässige mittelbare Schaden der Aktionärin oder des Aktionärs durchaus so beträchtlich sein, dass nicht mehr von einer wertmässig vernachlässigbaren Schädigung ausgegangen werden kann. Daher stellt sich die Frage, inwiefern diesen Schwierigkeiten bei der Durchsetzung aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche durch die Aktionärinnen und Aktionäre allenfalls mit Instrumenten der kollektiven Rechtsdurchsetzung begegnet werden kann, primär unter dem Gesichtspunkt, wie das Prozesskostenrisiko für klagende Aktionärinnen oder Aktionäre verringert werden kann, und gleichzeitig mehr Anreize für eine Klage der Aktionärinnen und Aktionäre gesetzt werden können.<sup>253</sup>

#### Verminderung des Prozesskostenrisiko durch die Schaffung eines neuen Artikel 107 Absatz 1<sup>bis</sup> ZPO

Die in Bezug auf die Prozesskosten bei einer aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage von Aktionärinnen und Aktionären seit Inkrafttreten der ZPO bestehende<sup>254</sup> Situation wurde bereits als *unbefriedigend* erkannt: So wurde im Rahmen der vom Parlament als indirekten Gegenvorschlag zur sogenannten Abzocker-Initiative verabschiedeten Revision des Obligationenrechts vom 16. März 2012 ein neuer Artikel 107 Absatz 1<sup>bis</sup> ZPO beschlossen, wonach das Gericht die Prozesskosten bei Abweisung gesellschaftsrechtlicher Klagen, die auf Leistung an die Gesellschaft lauten, nach Ermessen verteilen kann, und zwar auf die Gesellschaft und die klagende Partei.<sup>255</sup> Insbesondere bei Verantwortlichkeitsklagen sollte damit das Prozesskostenrisiko für einen Kläger gesenkt, indem für den Fall der Abweisung vom Grundsatz von Artikel 106 Absatz 1 ZPO abgewichen und der unterliegende Kläger entlastet werden kann. Das Gericht müsste bei seiner Entscheidung über die Kostenverteilung alle relevanten Umstände des Einzelfalls berücksichtigen.<sup>256</sup> Voraussetzung für die Entlastung der Klägerin oder des Klägers sollte jedenfalls sein, dass sie oder er aufgrund der (vorprozessualen) Sach- und Rechtslage *begründeten Anlass zur Klage* hatte.<sup>257</sup> Eine solche Regelung und damit die mögliche Nichtaufzählung von Prozesskosten auch im Falle der Abweisung der Verantwortlichkeitsklage des Klägers würden auch dazu führen, dass von geringeren mutmasslichen Gerichtskosten ausgegangen werden kann, so dass eine geringere Vorschusspflicht resultiert. So würden das Prozesskostenrisiko sowie die Kostenvorschusspflicht bei Verantwortlichkeitsklagen drastisch gemildert.

<sup>252</sup> Vgl. BÖCKLI, § 18 N 327a; GÖTZ STAEHELIN/STEBLER, S. 485; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, S. 66; a.A. wohl GRAF, S. 387; TRIGO TRINDADE, S. 172 f. Folgt man dieser Minderheitsmeinung, so kann sich das Problem der Koordination von mehreren Verfahren stellen; auch diesfalls liegt jedoch keine mit einem Massen- oder Streuschaden vergleichbare Konstellation vor. Dies schliesst selbstverständlich nicht aus, dass sich mehrere Aktionärinnen und Aktionäre in der Form einer einfachen Streitgenossenschaft i.S.v. Artikel 71 ZPO zusammenfinden und gemeinsam gegen die Verantwortlichen vorgehen.

<sup>253</sup> Vgl. Stellungnahme des Bundesrates vom 13. Oktober 2010 zum Bericht vom 30. Mai 2010 der Geschäftsprüfungskommissionen des Nationalrates und des Ständerates, «Die Behörden unter dem Druck der Finanzkrise und der Herausgabe von UBS-Kundendaten an die USA», BBI 2011, 3503.

<sup>254</sup> Vgl. demgegenüber a) Artikel 756 Absatz 2 OR, wonach der Richter die Kosten, soweit sie nicht vom Beklagten zu tragen sind, nach seinem Ermessen auf den Kläger und die Gesellschaft verteilt, soweit der Aktionär aufgrund der Sach- und Rechtslage begründeten Anlass zur Klage hatte. Diese Bestimmung wurde mit Inkrafttreten der ZPO aufgehoben.

<sup>255</sup> Revision des Obligationenrechts (Vergütungen bei börsenkotierten Gesellschaften sowie weitere Änderungen im Aktienrecht) BBI 2012, 3859; BBI 2010, 8253. Siehe dazu Botschaft zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei» und zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 5. Dezember 2008, BBI 2009, 327 f.

<sup>256</sup> BBI 2009, 328.

<sup>257</sup> Vgl. nur BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 756 N 16.

Nach der Annahme der Abzockerei-Initiative in der Volksabstimmung vom 3. März 2013 und der daraus resultierenden Hinfälligkeit des indirekten Gegenvorschlags und damit der erwähnten Gesetzesänderung sollte diese Regelung im Rahmen eines entsprechenden Ausführungserlasses übernommen und realisiert werden.

### **Separate Abklärung der Möglichkeiten zur Schaffung eines Vorabbefriedigungsrechts für klagende Aktionärinnen und Aktionäre**

Über die Verminderung des Prozesskostenrisikos hinaus stellt sich die Frage, wie zusätzliche Anreize geschaffen werden können, damit Aktionärinnen und Aktionären überhaupt ein (finanzielles) Interesse daran haben, von ihrem Klagerecht Gebrauch zu machen. Dabei steht die Idee der Schaffung eines Vorabbefriedigungsrechts für klagende Aktionärinnen und Aktionäre im Vordergrund.<sup>258</sup> Diese und möglicherweise noch andere Möglichkeiten zur Vorabbefriedigung klagender Aktionärinnen und Aktionäre wären separat und unabhängig von den vorliegend dargelegten Instrumenten der kollektiven Rechtsdurchsetzung zu prüfen. Dabei stünde nicht die kollektive Rechtsdurchsetzung im Vordergrund, sondern die Frage, ob nicht ähnlich wie bei Artikel 260 SchKG vorzugehen wäre: Auf Antrag einer Aktionärin oder eines Aktionärs hätte die Generalversammlung über die Abtretung von Verantwortlichkeitsansprüchen an Aktionärinnen oder Aktionäre zu entscheiden, es sei denn, der Verwaltungsrat klagte die Verantwortlichkeitsansprüche selbst ein oder die Generalversammlung beschliesse, dass die Gesellschaft eine Verantwortlichkeitsklage erheben soll. Einen solchen Beschluss könnte die Generalversammlung ihrerseits ohne weiteres und stets fällen. Nach der vom Parlament als indirekten Gegenvorschlag zur sogenannten Abzocker-Initiative verabschiedeten Revision des Obligationenrechts vom 16. März 2012 sollte dies neu auch in nArtikel 756 Absatz 2 OR ausdrücklich festgehalten werden. Im Falle einer Abtretung stünde den klagenden Aktionärinnen und Aktionären neben einem vollständigen Kosten- und Aufwendungsersatzanspruch im Umfang ihrer nicht durch eine allfällige Prozesskostenentschädigung gedeckten Prozessführungskosten ein *Vorabbefriedigungsrecht* hinsichtlich des den klagenden Aktionärinnen und Aktionären entstandenen mittelbaren Schadens zu. Zu prüfen wäre, inwiefern ein solches Model mit dem Gleichbehandlungsgebot im Aktienrecht vereinbar ist und ob damit effektiv ein Anreiz zu Verantwortlichkeitsklagen von Aktionärinnen und Aktionären geschaffen werden kann, zumal die Gefahr bestünde, dass solche Klagen dann betragsmässig auf einen Bruchteil des gesamten der Gesellschaft entstandenen Schadens beschränkt würden. Auch wenn damit zweifellos eine gewisse Präjudizwirkung verbunden sein könnte, wäre dies in Bezug auf die oft zentralen Fragen der Schadensbemessung und des Schadenersatzes aus Sicht aller Aktionäre sowie auch der Gesellschaft wenig effizient.

## **4.3 Gewährleistung der Funktionsfähigkeit des Justizsystems im Falle eines Massenschadensfalls**

### **4.3.1 Massenschadensfall als Gefahr für die Funktionsfähigkeit des Justizsystems**

Potenziell ist mit einem Massenschaden die Möglichkeit der Inanspruchnahme der Gerichte in einer Vielzahl von Fällen verbunden, beispielsweise bei grossen Unfallereignissen oder Schäden durch Produkte eines bestimmten Herstellers. Auf der Grundlage des geltenden Zuständigkeitsrechts ist davon auszugehen, dass sich diese vielen Verfahren *örtlich an einem Gericht konzentrieren* werden, zumal gestützt auf Artikel 10 Absatz 1 Buchstabe a und b ZPO sowie Artikel 36 ZPO primär der Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder ein mutmasslich in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) für alle Massenschadensfälle einheitlich vereinbarter Gerichtsstand nach Artikel 17 ZPO zur Anwendung kommen dürfte. Denkbar ist aber auch eine *rein zeitliche Konzentration* einer Vielzahl von Verfahren bei mehreren Gerichten, beispielsweise aufgrund einer für alle Fälle gleichlaufenden Verjährungsfrist.

Eine solche «massenhafte» Inanspruchnahme der Justiz stellt jedes Justizsystem vor Schwierigkeiten. Diese gefährden zum einen wiederum die effektive Durchsetzung der einzelnen Ansprüche aus dem Massenschaden, weil sie durch die Vielzahl paralleler Verfahren zeitlich, aber möglicherweise auch inhaltlich in Frage gestellt ist. Zum andern ist damit auch der effektive Rechtsschutz für andere

<sup>258</sup> So bereits in der Stellungnahme des Bundesrates vom 13. Oktober 2010 zum Bericht vom 30. Mai 2010 der Geschäftsprüfungskommissionen des Nationalrates und des Ständerates, «Die Behörden unter dem Druck der Finanzkrise und der Herausgabe von UBS-Kundendaten an die USA», BBl 2011, 3503; vgl. auch TRIGO TRINDADE, S. 173; SUTER, S. 155.

Rechtssuchende gefährdet, wenn der gesamte Gerichtsapparat mit andern Verfahren überlastet ist.<sup>259</sup> Wirksame Instrumente des kollektiven Rechtsschutz stellen daher entsprechend ihrer Zielsetzungen der prozessualen Effizienz (vgl. dazu vorne Ziffer 2.2.1) die Funktionsfähigkeit des Justizsystems auch im Massenschadensfall sicher.

### 4.3.2 Bewertung und Folgerungen

Auf der Grundlage der bestehenden Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes ist davon auszugehen, dass die Funktionsfähigkeit des schweizerischen Justizsystems bei einem Massenschadensfall *massiv gefährdet* wäre. Der konkrete Eintritt grosser Massenschadensfälle war denn auch in verschiedenen europäischen Ländern um die Jahrtausendwende der Auslöser für die Einführung neuer Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes: So war in Spanien, den Niederlanden (vgl. vorne Ziffer 3.4.4) oder auch Deutschland (vgl. dazu auch vorne unter Ziffer 3.3.2) die Einführung neuer Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes die unmittelbare Reaktion auf Massenschadensfälle. Sämtlichen bisher für die Schweiz gemachten Lösungsvorschlägen für allgemeine kollektive Rechtsschutzinstrumente lag (zumindest auch) der Gedanke der präventiven Gewährleistung der Funktionsfähigkeit des Justizsystems zugrunde.<sup>260</sup> Wenn daher die Schaffung neuer und insbesondere kollektiver Instrumente des Rechtsschutzes geprüft würde, sollte dies gerade auch mit der Absicht geschehen, damit präventiv die Funktionsfähigkeit des schweizerischen Justizsystems für den Fall eines die Schweizer Gerichte möglicherweise in Zukunft belastenden Massenschadensfall zu sichern.

## 4.4 Internationaler Kontext

### 4.4.1 Schweizerische Parteien in ausländischen kollektiven Verfahren: Ungenügender kollektiver Rechtsschutz als Nachteil für den Justizstandort Schweiz?

Auf die Verbreitung der Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes im Ausland, insbesondere der Gruppenklagen und -vergleiche, wurde bereits eingegangen (vgl. vorne Ziffer 3.4.3 f.). Nicht zu verkennen ist die internationale Dimension des kollektiven Rechtsschutzes, zumal gerade Massenschäden heute meistens eine internationale Ausstrahlung haben. Festzustellen ist, dass in ausländischen Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes immer wieder auch schweizerische Parteien beteiligt sind. So waren schweizerische Unternehmen wiederholt Beklagte in *class actions* in den USA.<sup>261</sup> Aus neuerer Zeit sind aber auch Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes in anderen europäischen Staaten mit schweizerischer Beteiligung bekannt.<sup>262</sup>

Bei der Beteiligung einer schweizerischen Partei, allenfalls aber auch, wenn sich lediglich von einem ausländischen Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes betroffene Vermögenswerte in der Schweiz befinden, kann sich die *Frage der Anerkennung und Vollstreckung* entsprechender Entscheidungen in der Schweiz stellen (dazu sogleich nachfolgend unter Ziffer 4.4.2). Darüber hinaus kann ein Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes für eine schweizerische Partei mit besonderen Schwierigkeiten und Problemen verbunden sein, worauf der schweizerische Gesetzgeber kaum einen Einfluss hat. In einem weiteren Kontext stellt sich die Frage, ob solche internationalen Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes, namentlich gegen schweizerische Beklagte, nicht auch oder sogar besser in der Schweiz stattfinden könnten. Damit verbunden ist die *Attraktivität der Schweiz* als international anerkannter Justizstandort in einem internationalen Wettbewerb. Insofern bestehen durchaus Parallelen zum Schiedsrecht.<sup>263</sup>

Unter diesem Gesichtspunkt erscheint es nicht unproblematisch, dass für und gegen schweizerische Parteien im Vergleich zum Ausland keine entsprechenden oder vergleichbaren Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes in der Schweiz zur Verfügung stehen. Neben der Frage eines effektiven Rechtsschutzes zugunsten schweizerischer Beteiligter im internationalen Kontext geht es dabei auch

<sup>259</sup> Vgl. nur WAGNER, Kollektiver Rechtsschutz, S. 54 f.; DOMEJ, S. 421 f.

<sup>260</sup> Vgl. bspw. JEANDIN, Parties au procès, S. 160; ROMY, Litiges de masse, S. 237; STARK/ KNECHT, S. 52.

<sup>261</sup> Vgl. dazu nur PERUCCHI, Class actions, S. 489 ff.

<sup>262</sup> Vgl. den Gruppenvergleich im Fall «Converium» (vgl. dazu vorne Ziffer 3.4.4).

<sup>263</sup> Vgl. zur Erhaltung der Attraktivität der Schweiz als internationalen Schiedsort Motion RK-N 12.3012. Bundesgesetz über das internationale Privatrecht. Die Attraktivität der Schweiz als internationalen Schiedsplatz erhalten.

um die Erhaltung und Förderung der Schweiz als Justiz-standort. Dabei wäre zumindest zu prüfen, in welcher Form diesen Interessen am besten entsprochen werden kann.

#### 4.4.2 Schwierigkeiten bei der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen des kollektiven Rechtsschutzes in der Schweiz

Angesichts der Beteiligung schweizerischer Parteien, aber auch der Betroffenheit in der Schweiz befindlicher Vermögenswerte in ausländischen Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes stellt sich die Frage der Anerkennung und Vollstreckung solcher Entscheidungen in der Schweiz. Der Umstand, dass das geltende schweizerische Recht echte Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes nicht kennt, führt dabei zu verschiedenen Schwierigkeiten. Vorab im Umgang mit Entscheidungen und Vergleichen aus amerikanischen *class actions* ergeben sich *Komplikationen*, auch wenn grundsätzlich von der Anerkennbarkeit und Vollstreckbarkeit solcher Entscheidungen auszugehen ist, wenn eine rechtsgenügende Anzeige und Zustellung der massgebenden Prozesshandlungen und -dokumente erfolgte.<sup>264</sup> Ob dies insbesondere vor dem Hintergrund des Lugano-Übereinkommens (LugÜ)<sup>265</sup> auch für Entscheidungen und Vergleiche aus kollektiven Rechtsschutzverfahren aus anderen europäischen Ländern der Fall ist, erscheint unklar.<sup>266</sup> Damit verbunden sind weitere Unsicherheiten, insbesondere in Bezug auf Rechtskraftwirkungen des ausländischen Entscheids oder Vergleichs. Diese Unsicherheiten hängen zu einem beträchtlichen Teil damit zusammen, dass vergleichbare kollektive Rechtsschutzinstrumente in der Schweiz fehlen. Daraus ergibt sich durchaus ein Bedürfnis, dass mit geeigneten Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes sowohl die Position schweizerischer Beteiligter in ausländischen Verfahren verbessert als auch eine effektive Alternative und kollektive Rechtsdurchsetzung im internationalen Verhältnis geschaffen wird.<sup>267</sup>

#### 4.4.3 Kollektiver Rechtsschutz im EU-Recht

Auf der Ebene der Europäischen Union laufen seit einigen Jahren intensive Bestrebungen und Arbeiten zur Einführung von Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes im *Unionsrecht*.<sup>268</sup> In einem ersten Schritt machte die Europäische Kommission im Rahmen je eines Grün- und Weissbuches Vorschläge zur Schaffung kollektiver Rechtsschutzinstrumente im EU-Wettbewerbsrecht.<sup>269</sup> In einem zweiten Schritt folgten gestützt auf eine umfassende Studie Vorschläge für unionsrechtlichen kollektiven Rechtsschutz im EU-Konsumentenrecht.<sup>270</sup> Bei beiden Vorschlägen stand die *sektorielle* Verbesserung von EU-Recht durch Verstärkung der privatrechtlichen Rechtsdurchsetzungsmechanismen im Vordergrund.

Im Jahr 2011 legte die EU-Kommission in Abkehr von ihrem früheren sektorspezifischen Ansatz<sup>271</sup> einen Vorschlag für die Schaffung von *sektorübergreifenden* (oder horizontalen), kohärenten Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes im EU-Recht vor und führte darüber eine öffentliche Konsultation durch.<sup>272</sup> Anfang 2012 verabschiedete das EU-Parlament eine Entschliessung, worin es den horizontalen Ansatz auf EU-Ebene unterstützte und gleichzeitig mehrere Vorbehalte, insbesondere zum

<sup>264</sup> Vgl. KÖLZ, S. 66 und PERUCCHI, Anerkennung und Vollstreckung, S. 42 ff., 191 f.

<sup>265</sup> Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30. Oktober 2007 (Lugano-Übereinkommen; SR 0.275.12).

<sup>266</sup> Vgl. Dasser/Oberhammer-Dasser, Art. 1 N 51 und Art. 2 N 22 f. für das niederländische Gruppenvergleichsverfahren (dazu vorne Ziffer 3.4.4) sowie Stadler, Grenzüberschreitender kollektiver Rechtsschutz, S. 124 ff.

<sup>267</sup> Vgl. nur KÖLZ, S. 43 ff.

<sup>268</sup> Vgl. dazu auch EUROPÄISCHES PARLAMENT, Overview, S. 1 ff.

<sup>269</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION, Grünbuch Schadenersatzklagen; EUROPÄISCHE KOMMISSION, Weissbuch Schadenersatzklagen.

<sup>270</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION, Grünbuch kollektive Rechtsdurchsetzung; vgl. auch die im Auftrag der Europäischen Kommission im Jahr 2008 durchgeführte Studie «Evaluation of the effectiveness and efficiency of collective redress mechanisms in the European Union» (Final Report) (abrufbar unter [http://ec.europa.eu/consumers/redress\\_cons/finalreportevaluationstudypart1-final2008-11-26.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/finalreportevaluationstudypart1-final2008-11-26.pdf) [31.5.2013]).

<sup>271</sup> Vgl. dazu Joint information note by Vice-President Viviane Reding, Vice-President Joaquín Almunia and Commissioner John Dalli, Towards a Coherent European Approach to Collective Redress: Next Steps vom 5. Oktober 2010, SEC(2010) 1192.

<sup>272</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION, Arbeitsdokumente der Kommissionsdienststellen, öffentliche Konsultation: Kollektiver Rechtsschutz: Hin zu einem kohärenten europäischen Ansatz vom 4. Februar 2011, SEK(2011) 173 endg.; vgl. zur Evaluation der öffentlichen Konsultation (inkl. der ebenfalls durchgeführten öffentlichen Hearings) HESS, Evaluation.

Schutz vor Missbräuchen, im Hinblick auf die konkrete Ausgestaltung solcher Instrumente machte.<sup>273</sup> Die EU-Kommission stellte ursprünglich für Ende 2012 entsprechende Gesetzgebungsvorschläge in Aussicht.

#### 4.4.4 Bewertung und Folgerungen

Primär bei Massenschadensfällen, aber vermehrt auch bei Streuschadensfällen, besteht in der heutigen vernetzten und globalisierten Welt sehr häufig ein *internationaler Bezug*. Dieser kann sich sowohl im Hinblick auf die Zuständigkeit und Durchführung von kollektiven Verfahren als auch bezüglich einer möglichen Anerkennung und Vollstreckung entsprechender Entscheide oder Vergleiche ergeben. Im Hinblick auf eine Verbesserung des kollektiven Rechtsschutzes in der Schweiz und eine mögliche Schaffung neuer Instrumente müsste daher dem *internationalen Kontext eine zentrale Bedeutung* zukommen: Aus gesetzgeberischer Sicht sollte es einerseits darum gehen, mögliche neue Regelungen bestmöglich in das bestehende System des internationalen Rechts einzufügen, um damit den Rechtsschutz schweizerischer Personen und Unternehmen optimal zu gewährleisten. Gleichzeitig müsste es auch ein Ziel sein, auf diese Weise die Schweiz als anerkannten Justizstandort zu erhalten und optimal zu positionieren. Bei all dem wären auch die weiteren Entwicklungen in der Europäischen Union zu berücksichtigen, um nach Möglichkeit eine Kohärenz gerade in Bezug auf den gemeinsamen europäischen Justizraum im Rahmen des bestehenden Lugano-Übereinkommens zu schaffen.

## 5 Folgerungen

### 5.1 Ungenügende Instrumente zur effektiven Durchsetzung von Massen- und Streuschäden

Die bestehenden zivilprozessualen Instrumente zur Geltendmachung und Durchsetzung von Massenschäden haben sich als *unbefriedigend* erwiesen, weil sie überwiegend auf dem System der individuellen Rechtsdurchsetzung mittels Individualprozess beruhen und demgegenüber echte Instrumente der kollektiven Rechtsdurchsetzung fehlen. Sie vermögen daher keine echte kollektive Rechtsdurchsetzung zu bewirken. Es bestehen daher im geltenden Rechtssystem *Lücken* zur effektiven Durchsetzung von Massen- und Streuschäden. Diese zeigen sich gerade im Bereich der sogenannten Anlegerschäden im Kapital- und Finanzmarktrecht, im Bereich des Kartell- und Lauterkeitsrechts, in allgemeinerer Form im Konsumentenrecht, aber auch im Gleichstellungsrecht (dazu Ziffern 2.3, 2.4 sowie Ziffer 3).

Zu oft ist die individuelle Rechtsdurchsetzung für den Einzelnen mit einem derart *hohen Prozesskostenrisiko* verbunden, dass faktisch die *Geltendmachung von Massenschäden* verunmöglicht, ein effektiver Rechtsschutz und der Zugang zum Gericht in Frage gestellt sind (ausführlich Ziffer 4.1). Gleichzeitig haben sich die bestehenden Instrumente der kollektivierten Rechtsdurchsetzung von Massenschäden im Rahmen von koordinierten Individualverfahren (subjektive und objektive Klagenhäufung) als *ungenügend* erwiesen (dazu Ziffer 3.1.4). Der Weg über eine Art kollektive Rechtsdurchsetzung mittels Abtretung einer Vielzahl von Ansprüchen und anschliessender kollektiver Geltendmachung durch den Zessionar – wie er beispielsweise in Österreich praktiziert wird – wird in der Schweiz mangels vergleichbarer Verbände und Prozessfinanzierung nicht genutzt (dazu Ziffer 3.1.3 und 3.1.4). Insbesondere steht auch das Institut der *Verbandsklage* nicht generell und nicht zur Durchsetzung von Individualschäden zur Verfügung (ausführlich Ziffer 3.2). *Muster- oder Testverfahren* vermögen auf der Basis rein privater Vereinbarungen im Unterschied etwa zur Situation in Deutschland keine effektive kollektive Wirkung zu entfalten (dazu Ziffer 3.3). Die Idee einer kollektiven Rechtsdurchsetzung mittels eigentlicher *Gruppenklagen* ist dem schweizerischen Recht keinesfalls fremd, wie punktuelle Regelungen des geltenden Rechts belegen (siehe Ziffer 3.4.2). Ein allgemein zugängliches Instrument der kollektivierten Rechtsdurchsetzung im Sinne einer Gruppenklage fehlt demgegenüber. Aufgrund dieses Befunds ergeben sich gerade auch im *internationalen Kontext* besondere Probleme (dazu Ziffer 4.4). Gleichzeitig kann im Falle eines Massenschadens die *Funktionsfähigkeit des Justizsystems* durch eine massenhafte Inanspruchnahme durch die Geschädigten gefährdet sein (siehe Ziffer 4.3).

<sup>273</sup> EUROPÄISCHES PARLAMENT, Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 2. Februar 2012 zu dem Thema «Kollektiver Rechtsschutz: Hin zu einem kohärenten europäischen Ansatz» (2011/2089[INI]).

Die bestehenden, auf der individuellen Rechtsdurchsetzung beruhenden Instrumente der kollektiven Rechtsdurchsetzung erweisen sich zur privatrechtlichen *Geltendmachung von Streuschäden als kaum bis gar nicht tauglich* (siehe Ziffern 2.3, 2.4 sowie Ziffer 3). Die *Verbandsklage* steht zur direkten Geltendmachung von Streuschäden nicht zur Verfügung (dazu Ziffer 3.2). Aufgrund der wertmässig kleinen Sach- oder Vermögensschaden kommt auch ein Vorgehen mittels Verbandsklage auf Feststellung und anschliessender Geltendmachung des Individualschadens nicht in Betracht (siehe Ziffer 3.2.4). Die bei Streuschäden bestehende *«rationale Apathie»* führt gerade dazu, dass sich alle auf dem Gedanken der individuellen Rechtsdurchsetzung basierten Instrumente der kollektiven bzw. kollektivierten Rechtsdurchsetzung als untauglich erweisen. Ebenso klar scheitert eine Rechtsdurchsetzung von Streuschäden im Rahmen eines individuellen Rechtsstreits in der Realität auch aus finanziellen und ökonomischen Gründen, weil eine individuelle Rechtsverfolgung stets nachteilig erscheint. Entsprechend ist nach geltendem Recht eine Geltendmachung von Streuschäden im Wege des Zivilprozesses faktisch kaum möglich.

## 5.2 Mögliche Massnahmen zur Verbesserung der Durchsetzung von Massen- und Streuschäden

Wenn es für die Zukunft darum gehen soll, die dargelegten Lücken im schweizerischen Rechtssystem zu schliessen, so haben die bisherigen Ausführungen gezeigt, dass dazu *verschiedene Massnahmen* in Betracht zu ziehen sind. Es stellt sich die Frage, mit welchen Instrumenten der kollektiven Rechtsdurchsetzung erreicht werden könnte, dass eine effektive und insbesondere auch unter Kostenüberlegungen günstigere gemeinsame Rechtsdurchsetzung durch eine Vielzahl von Geschädigten sichergestellt wäre. In Bezug auf die Streuschäden wäre dabei auch zu prüfen, ob allenfalls die bestehenden Instrumente des öffentlichen Rechts zur Verfolgung vorab regulatorischer Ziele bei der Durchsetzung von Streuschäden in der bestehenden Form genügenden Schutz böten oder diese anzupassen, zu ergänzen oder zu revidieren wären. Dabei würde sich insbesondere die grundsätzliche Frage nach dem *Verhältnis zwischen privater und öffentlicher Rechtsdurchsetzung* bei Streuschäden stellen.

Im Rahmen der bestehenden Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes kommen grundsätzlich Massnahmen in *drei Bereichen* in Betracht:

- Zum Ersten wären *Verbesserungen der geltenden Regelungen über die Prozesskosten* dahingehend möglich, dass damit den spezifischen Gegebenheiten bei der Durchsetzung von Massenschäden entsprechend Rechnung getragen würde (siehe dazu Ziffern 3.1.4 und 4.1.2). Konkret ginge es dabei um Anpassungen der Artikel 98 und 106 ZPO sowie möglicher weiterer damit zusammenhängender Bestimmungen. Damit könnte die Rechtsdurchsetzung von Massenschäden innerhalb der geltenden primär individuellen Instrumente der Rechtsdurchsetzung verbessert werden. Gleichzeitig sind Massnahmen denkbar, womit die nach heutigem Kenntnisstand *zu wenig effizient funktionierende Prozessfinanzierung* im Rahmen des geltenden Rechts verbessert werden könnte. Während es für Privatpersonen primär um Information und Aufklärung und höchstens in zweiter Linie allenfalls um gewisse minimale Anpassungen am geltenden Kostenrecht gehen würde, kämen in Bezug auf besondere Verbände oder Organisationen auch weitergehende Massnahmen zu deren Unterstützung in Betracht, damit diese vermehrt zur Durchsetzung von Massenschadensansprüchen in der Lage wären.
- Zum Zweiten wäre denkbar, den *Anwendungsbereich der Verbandsklage nach Artikel 89 ZPO* in zwei zentralen Punkten massgebend zu erweitern, um damit die effektive Durchsetzung von Massen-, aber auch von Streuschäden zu ermöglichen (siehe Ziffer 3.2.4): Einerseits könnte der *sachliche Anwendungsbereich* über Persönlichkeitsverletzungen hinaus auf sämtliche Rechtsgebiete erstreckt werden, insbesondere auch auf den eigentlich wirtschaftlichen Bereich. Andererseits würde sich die Frage stellen, ob nicht der *funktionale Anwendungsbereich* der Verbandsklage auf die Geltendmachung von Gewinnabschöpfungs- bzw. Gewinnherausgabeansprüche, möglicherweise sogar allgemein auf die *Geltendmachung reparatorischer Ansprüche* zu erweitern wäre. Beides würde insbesondere die Durchsetzung von Streuschäden im Wege der Verbandsklage möglich machen. Wiederum wäre dabei genau auf die damit zusammenhängende Kostenfrage sowie die Finanzierbarkeit solcher Verbandsklagen zu achten, damit solche auch als effektive Instrumente der kollektiven Rechtsdurchsetzung funktionieren können.

- Zum Dritten wäre für die *aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage* neben der Aufnahme der bereits einmal beschlossenen Bestimmung, wonach das Gericht die *Prozesskosten bei Abweisung* gesellschaftsrechtlicher Klagen, die auf Leistung an die Gesellschaft lauten, *nach Ermessen verteilen* kann, und zwar auf die Gesellschaft und die klagende Partei (neuer Artikel Artikel 107 Absatz 1<sup>bis</sup> ZPO) in die Ausführungsgesetzgebung zur sog. Abzockerei-Initiative die Schaffung eines *Vorabbefriedigungsrechts* für klagende Aktionärinnen und Aktionäre hinsichtlich des diesen entstandenen mittelbaren Schadens zu prüfen. Dies könnte allenfalls im Rahmen der laufenden Aktienrechtsrevision geschehen.

Daneben ist als mögliche Massnahme zur Verbesserung die *Einführung eigentlicher allgemeiner Instrumente der kollektiven Rechtsdurchsetzung* in Betracht zu ziehen und eingehender zu prüfen, wobei primär *zwei Modelle* im Vordergrund stehen dürften:

- Angesichts der positiven Erfahrungen im Ausland und aufgrund der guten Vereinbarkeit mit dem Prinzip des Individualrechtsschutzes wäre die *Einführung gesetzlicher Regelungen für Muster- oder Testverfahren zur Geltendmachung von Massenschäden* für die Schweiz zu prüfen (dazu Ziffer 3.3.3). Nur auf der Grundlage einer gesetzlichen Grundlage könnte eine effektive Kollektivierung des Rechtsschutzes erfolgen, denn nur dann käme dem Ergebnis verbindliche Wirkung zu.
- Als weitere Möglichkeit zur Verbesserung des effektiven Rechtsschutzes bei Massen- und Streuschäden sollten auch *zwei Formen der Gruppenklage* zumindest geprüft werden: Einerseits eine *Gruppenklage aufgrund einer reinen opt in-Konzeption*, d.h. lediglich gestützt auf eine ausdrückliche Beitrittserklärung aller Gruppenmitglieder, und andererseits ein besonderes Gruppenvergleichsverfahren zur kollektiven Abwicklung von vergleichweisen Erledigungen von Massen- oder auch Streuschäden. Wie aufgezeigt, sind Formen von Gruppenklagen dem schweizerischen Recht in Einzelfällen bereits bekannt und mit diesem vereinbar. Mit einer *opt in-Gruppenklage* würde im schweizerischen Recht ein echtes Instrument des kollektiven Rechtsschutzes zur Durchsetzung von Massenschäden zur Verfügung stehen. Weil dem zuständigen Gericht dabei eine zentrale Rolle zukommen müsste, um solche Massenverfahren überhaupt effizient und kompetent abwickeln zu können, aber auch um allfällige Missbräuche solcher Verfahren auszuschliessen, ist davon auszugehen, dass solche Gruppenklagen auf maximal ein einziges kantonales Gericht zu konzentrieren wären. Andererseits wäre insbesondere die *Einführung eines besonderen Gruppenvergleichsverfahrens* nach dem Vorbild der niederländischen Regelung besonders zu prüfen (siehe auch Ziffern 3.4.3 und 3.4.5). Damit würde ein effizientes System zur kollektiven, weil verbindlichen einvernehmlichen Regulierung von Massenschäden, allenfalls auch von Streuschäden zur Verfügung stehen, welches angesichts der notwendigen Prüfung eines Vergleiches durch ein Gericht hinsichtlich formeller und materieller Angemessenheit auch mit den schweizerischen Verfahrensgrundsätzen kompatibel wäre. Weil einem solchen Genehmigungsentscheid auch internationale Wirkungen zukommen, würde damit auch die Schweiz als internationaler Justizstandort gestärkt.

Zentraler Punkt beider Modelle müsste ein *besonderes Kostenregime* sein, damit solche Gruppenklagen in der Realität auch finanzierbar wären. Festzuhalten wäre dabei jedenfalls am Anspruch auf Kostenersatz nach dem Erfolgsprinzip. Demgegenüber erscheinen eigentliche *opt out-Gruppenklagen* und damit insbesondere auch eine Übernahme der US-amerikanischen *class action* für die Schweiz weder notwendig noch sinnvoll.

## Literatur- und Materialienverzeichnis

ALLEMEERSCH, BENOÎT, Transnational class Settlements, Lessons from Converium, in: Wrбка, Stefan/van Uytsel, Steven/Siems, Mathias (Hrsg.), *Collective Actions*, Cambridge 2012 (zit. ALLEMEERSCH).

AMSTUTZ, MARC/MABILLARD, RAMON, Fusionsgesetz (FusG), Basel 2008 (zit. AMSTUTZ/MABILLARD).

ANTUNES, HENRIQUE SOUSA, Portugal, *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science* 2009, S. 161 ff. (zit. ANTUNES).

BAETGE, DIETMAR/EICHHOLTZ, STEPHANIE, Die Class Action in den USA, in: Basedow, Jürgen/Hopt, Klaus J./Kötz, Hein/Baetge, Dietmar (Hrsg.), *Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess. Verbandsklage und Gruppenklage*, Tübingen 1999, S. 287 ff. (zit. BAETGE/EICHHOLTZ).

BAUER, PETER/JOHAM, PETER/KOLLMANN, OSKAR, Einführung, in: Rechberger, Walter H./ Oberhammer, Paul (Hrsg.), *Das neue Zivilverfahrensgesetz Bulgariens*, Wien 2008, S. 210 ff. (zit. BAUER/JOHAM/KOLLMANN).

BAUMGARTNER, SAMUEL P., Class Actions and Group Litigation in Switzerland, in: *27 Northwestern Journal of International Law & Business* 2007, S. 301 ff. (zit. BAUMGARTNER, Class Action).

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

BAUMGARTNER, SAMUEL P., Switzerland, *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science* 2009, S. 179 ff. (zit. BAUMGARTNER, Switzerland).

BAUR, FRITZ, Der «Musterprozess», in: Habscheid, Walter J./Hoffmann-Nowotny, Hans-Joachim/Linder, Willy/Meier-Hayoz, Arthur, *Freiheit und Zwang*, FS Hans Giger, Bern 1989, S. 15 ff. (zit. BAUR).

BERNET, MARTIN/GROZ, PHILIPP, Sammelklage in Europa?, *SZZP* 2008, S. 75 ff. (zit. BERNET/GROZ).

BERNET, MARTIN/HESS, MICHAEL, Sammelklagen und kollektiver Rechtsschutz – neueste Entwicklungen in Europa und der Schweiz, *Anwaltsrevue* 2012, S. 451 ff. (zit. BERNET/HESS).

BERNHARD, JOCHEN, Kartellrechtlicher Individualschutz durch Sammelklagen. Europäische Kollektivklagen zwischen Effizienz und Effektivität, Tübingen 2010 (zit. BERNHARD).

BERNI, MARKUS, Verbandsklagen als Mittel privatrechtlicher Störungsabwehr. Prozessführung durch Dritte am Beispiel der Verbandsklagen des Lauterkeits- und Kartellrechts, Bern 1992 (zit. BERNI).

BEUCLER, HOLGER, Länderbericht Frankreich, in: Micklitz, Hans-W./Stadler, Astrid, *Das Verbandsklagerecht in der Informations- und Dienstleistungsgesellschaft*, Münster/Hiltrup 2005, S. 57 ff. (zit. BEUCLER).

BÖCKLI, PETER, *Schweizer Aktienrecht*, 4. Auflage, Zürich 2009 (zit. BÖCKLI).

BOHNET, FRANÇOIS, Les actions collectives, spécialement en matière de consommation, in: Carron, Blaise/Müller, Christoph (Hrsg.), *Droit de la consommation et de la distribution: Les nouveaux défis*, Neuchâtel 2013, S. 159 ff. (zit. BOHNET).

BOHNET, FRANÇOIS/HALDY, JACQUES/JEANDIN, NICOLAS/SCHWEIZER, PHILIPPE/TAPPY, DENIS, *CPC commenté*, Basel 2011 (zit. CPC-AUTOR).

BOHNET, FRANÇOIS/MARTENET, VINCENT, *Droit de la profession d'avocat*, Bern 2009 (zit. BOHNET/MARTENET).

BRUNNER, ALEXANDER, Mangels Verband keine Klage – zur Problematik der Verbandsklage, in: Weber, Stephan (Hrsg.), *Allgemeine Versicherungsbedingungen: Fundgrube konsumentenfeindlicher Klauseln oder Quelle kundenorientierten Mehrwerts? Beiträge zur Tagung vom 28. Oktober 2010*, Zürich 2011, S. 141 ff. (zit. BRUNNER, Mangels Verband keine Klage).

BRUNNER, ALEXANDER, Zur Verbands- und Sammelklage in der Schweiz, in: Walder-Richli, Hans Ulrich (Hrsg.), Rechtsschutz im Privatrecht, Symposium für Richard Frank, Zürich 2009, S. 37 ff. (zit. BRUNNER, Zur Verbands- und Sammelklage).

BRUNNER, ALEXANDER/GASSER, DOMINIK/SCHWANDER, IVO, Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich 2011 (zit. DIKE-Komm. ZPO-AUTOR).

BRUNS, ALEXANDER, Einheitlicher kollektiver Rechtsschutz in Europa?, ZZP 2012, S. 399 ff. (zit. BRUNS).

BÜHLER, ALFRED, Es fehlt ein Instrument für den kollektiven Rechtsschutz, NZZ Nr. 130 vom 9.6.2010, S. 21 (zit. BÜHLER).

CAFAGGI, FABRIZIO/ MICKLITZ, HANS-W., Administrative and Judicial Collective Enforcement of Consumer Law in the US and the European Community, in: EUI Working Papers / European University Institute Department of Law No. 2007/22, 2007 (zit. CAFAGGI/MICKLITZ).

CONTRATTO, FRANCA, Access to Justice for Investors in the Wake of the Financial Crisis: Test Cases as a Panacea?, SZW 2009, S.176 ff. (zit. CONTRATTO, Access to Justice).

CONTRATTO, FRANCA, Alternative Streitbeilegung im Finanzsektor, AJP 2012, S. 217 ff. (zit. CONTRATTO, Alternative Streitbeilegung).

DÄHLER, PETER, Juristische, ökonomische und soziale Aspekte der Prozessfinanzierung, Folien zum Vortrag gehalten am 27. Januar 2012 im Rahmen der Vortragsreihe am Mittag des Europa-Instituts der Universität Zürich (zit. DÄHLER).

DASSER, FELIX/OBERHAMMER, PAUL (Hrsg.), SHK Lugano-Übereinkommen, 2. Auflage, Bern 2011 (zit. Dasser/Oberhammer-AUTOR).

DASSER, FELIX/STOLZKE, SEBASTIAN, Switzerland, in: Karlsodt, Paul G. (Hrsg.), World Class Actions, Oxford 2012, S. 264 ff. (zit. DASSER/STOLZKE).

DICKENMANN, PHILIPP, Sammelklagen und kollektiver Rechtsschutz, Anwaltsrevue 2009, S. 467 ff. (zit. DICKENMANN).

DITTRICH, CHRISTIAN, Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz – ein mögliches Vorbild für eine europäische Lösung kollektiver Rechtsverfolgung?, BRAK-Mitteilungen Sonderdruck 2010, S. 10 ff. (zit. DITTRICH).

DOMEJ, TANJA, Einheitlicher kollektiver Rechtsschutz in Europa?, ZZP 2012, S. 421 ff. (zit. DOMEJ).

DÖRIG, ADRIAN, Anwaltliche Erfolgshonorare in den USA und der Schweiz, AJP 1998, S. 687 ff. (zit. DÖRIG, Erfolgshonorare).

DÖRIG, ADRIAN, Anerkennung und Vollstreckung US-amerikanischer Entscheidungen in der Schweiz, Diss. St. Gallen 1998 (zit. DÖRIG, Anerkennung).

DROESE, LORENZ, Die Sammelklage in den USA und in Europa und die Auswirkungen auf die Rechtslage in der Schweiz, in: Fellmann, Walter/Weber, Stephan (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2010, Zürich 2010, S. 115 ff. (zit. DROESE).

EBBING, FRANK, Class Action. Die Gruppenklage: Ein Vorbild für das deutsche Recht?, ZVglRWiss 2004, S. 31 ff. (zit. EBBING).

EICHHOLTZ, STEPHANIE, Die US-amerikanische class action und ihre deutschen Funktionsäquivalente, Diss. Hamburg 2001 (zit. EICHHOLTZ).

EIDGENÖSSISCHE FINANZMARKTAUFSICHT (FINMA), Regulierung von Produktion und Vertrieb von Finanzprodukten an Privatkunden – Stand, Mängel und Handlungsoptionen («FINMA-Vertriebsbericht 2010»), Oktober 2010 (zit. FINMA-Vertriebsbericht).

EUROPÄISCHE KOMMISSION, Arbeitsdokumente der Kommissionsdienststellen, öffentliche Konsultation: Kollektiver Rechtsschutz: Hin zu einem kohärenten europäischen Ansatz vom 4. Februar 2011, SEK(2011) 173 endg. (zit. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Kollektiver Rechtsschutz).

EUROPÄISCHE KOMMISSION, Grünbuch «Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts» vom 19. Dezember 2005, KOM (2005) 672 endg. (zit. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Grünbuch Schadenersatzklagen).

EUROPÄISCHE KOMMISSION, Grünbuch über kollektive Rechtsdurchsetzungsverfahren für Verbraucher vom 27. November 2008, KOM (2008) 794 endg. (zit. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Grünbuch kollektive Rechtsdurchsetzung).

EUROPÄISCHE KOMMISSION, Weissbuch «Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts» vom 2. April 2008, KOM(2008) 165 endg. (zit. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Weissbuch Schadenersatzklagen).

EUROPÄISCHES PARLAMENT, Directorate General for Internal Policies, Overview of existing collective redress schemes in EU Member States, July 2011, (IP/A/IMCO/NT/2011-16) (abrufbar unter <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201107/20110715ATT24242/20110715ATT24242EN.pdf> [31.5.2013]) (zit. EUROPÄISCHES PARLAMENT, Overview).

FAVALLI, DANIELE/MATTHEWS, JOSEPH M., Recognition and Enforcement of U.S. class action judgments and settlements in Switzerland, SZIER 2007, S. 611 ff. (zit. FAVALLI/MATTHEWS).

FELLMANN, WALTER/ZINDEL, GAUDENZ G. (Hrsg.), Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. Auflage, Zürich 2011 (zit. FELLMANN/ZINDEL-Autor).

FISCHER, DANIEL, Sammelklagen: Auch in der Schweiz sinnvoll?, Plädoyer 6/2008, S. 48 ff. (zit. FISCHER).

FORNAGE, ANNE-CHRISTINE, La mise en oeuvre des droits du consommateur contractant, Diss. Bern 2011 (zit. FORNAGE).

FORSTMOSER, PETER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Auflage, Zürich 1987 (zit. FORSTMOSER, Verantwortlichkeit).

FORSTMOSER, PETER, Stellungnahme zum Transparenzbericht der UBS AG vom Oktober 2010 und zum Entscheid des Verwaltungsrates der UBS AG, auf Anhebung von Verantwortlichkeitsklagen zu verzichten vom 1. Oktober 2010 (zit. FORSTMOSER, Stellungnahme).

FREIVOEGEL, ELISABETH, in: Kaufmann, Claudia/Steiger-Sackmann, Sabine (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Auflage, Basel 2009 (zit. FREIVOEGEL).

GASSER, DOMINIK/RICKLI, BRIGITTE, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, Zürich 2010 (zit. GASSER/RICKLI).

GAUTHIER, JEAN, L'action collective des investisseurs selon l'article 29 de la loi fédérale sur les fonds de placement, in: Haldy, Jacques (Hrsg.), Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret, Lausanne 1999, S. 47 ff. (zit. GAUTHIER).

GORDON-VRBA, LUCY, Vielparteienprozesse, Kollektive Durchsetzung gleichartiger individueller Kompensationsansprüche unter dem Aspekt der prozessualen Effizienz und Fairness, Diss. Zürich 2007 (zit. GORDON-VRBA).

GOTTWALD, PETER, Class Actions auf Leistung von Schadensersatz nach amerikanischem Vorbild im deutschen Zivilprozess?, ZZPInt 1978, S. 1 ff. (zit. GOTTWALD, Class Actions).

GOTTWALD, PETER, On the extension of collective legal protection in Germany, in: Civil Justice Quarterly 2007, S. 484 ff. (zit. GOTTWALD, Extension).

GÖTZ STAEHELIN, CLAUDIA/STEBLER, SIMONE, Prozessuale Hürden in Verantwortlichkeitsprozessen, GesKR 2009, S. 479 ff. (zit. GÖTZ STAEHELIN/STEBLER).

GRAF, DAMIAN K., Zur Rechtsnatur der Verantwortlichkeitsklage aus mittelbarem Schaden, GesKR 2012, S. 380 ff. (zit. GRAF).

GREER, MARCY HOGAN (Hrsg.), A practitioner's Guide to Class Actions, Chicago 2010 (zit. GREER).

GULDENER, MAX, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979 (zit. GULDENER).

GÜNGERICH, ANDREAS ET AL., Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2 Bände, Bern 2012 (zit. BK ZPO-AUTOR).

GUTIÉRREZ CABIEDES, PABLO, Spain, The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science 2009, S. 170 ff. (zit. GUTIÉRREZ).

HAEFELIN, ULRICH/MÜLLER, GEORG/UHLMANN, FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich 2010 (zit. HAEFELIN/MÜLLER/UHLMANN).

HAGER, GÜNTER/LEONHARD, MARC, Massnahmen zur rechtlichen Bewältigung der Haftung für Massenschäden, ZRP 1998, S. 302 ff. (zit. HAGER/LEONHARD).

HALFMEIER, AXEL/FEES, EBERHARD/ROTT, PETER, Kollektiver Rechtsschutz im Kapitalmarktrecht. Evaluation des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes, Frankfurt 2010 (zit. HALFMEIER/FEES/ROTT).

HAUSER, ROBERT/SCHWERI, ERHARD/LIEBER, VIKTOR, Kommentar zum zürcherischen Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (GOG), Zürich 2012 (zit. HAUSER/SCHWERI/LIEBER).

HEINEMANN, ANDREAS, Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts, Strukturberichterstattung Nr. 44/4, Evaluation Kartellgesetz, Bern 2009 (zit. HEINEMANN).

HENSLER, DEBORAH R. (Hrsg.), Class action dilemmas. Pursuing public goals for private gain, Santa Monica 2000 (zit. HENSLER, Class action dilemmas).

HENSLER, DEBORAH R., The Globalization of Class Actions: An Overview, The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science 2009, S. 7 ff. (zit. HENSLER, Globalization).

HESS, BURKHARD ET AL., Evaluation of contributions to the public consultation and hearing: «Towards a Coherent European Approach to Collective Redress» (abrufbar unter [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011\\_collective\\_redress/study\\_heidelberg\\_overview\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_collective_redress/study_heidelberg_overview_en.pdf) [31.5.2013]) (zit. HESS, Evaluation).

HESS, BURKHARD, «Private law enforcement» und Kollektivklagen. Regelungsbedarf für das deutsche Zivilprozessrecht?, Juristenzeitung (JZ) 2011, S. 66 ff. (zit. HESS, Private law enforcement).

HESS, BURKHARD, Aktuelle Tendenzen der Prozessrechtsentwicklung in Europa. In: Matthias Casper, André Janssen, Petra Pohlmann und Reiner Schulze (Hrsg.): Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?, München 2009, S. 135 ff. (zit. HESS, Aktuelle Tendenzen).

HESS, BURKHARD, Die Anerkennung eines Class Action Settlement in Deutschland, Juristenzeitung (JZ) 2000, S. 373 ff. (zit. HESS, Anerkennung).

HESS, BURKHARD, Verbesserung des Rechtsschutzes durch kollektive Rechtsbehelfe?, in: MANSEL, HEINZ-PETER/DAUNER-LIEB, BARBARA/HENSSLER, MARTIN (Hrsg.), Zugang zum Recht: Europäische und US-amerikanische Wege der privaten Rechtsdurchsetzung. Überlegungen de lege ferenda zur Ausweitung von Informationsrechten und kollektiven Rechtsbehelfen bei Verringerung klägerischer Prozessrisiken, Baden-Baden 2008, S. 61 ff. (zit. HESS, Verbesserung).

HIRTE, HERIBERT, Sammelklagen – Fluch oder Segen?, VersR 2000, S. 148 ff. (zit. HIRTE).

HODGES, CHRISTOPHER, Collective redress in Europe: the new model, Civil Justice Quarterly 2010, S. 370 ff. (zit. HODGES, Collective redress).

HODGES, CHRISTOPHER, From class actions to collective redress: a revolution in approach to compensation, Civil Justice Quarterly 2009, S. 41 ff. (zit. HODGES, From class actions).

HOHL, JULIA M., Die US-amerikanische Sammelklage im Wandel, Diss. Regensburg 2007 (zit. HOHL).

HONSELL, HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WATTER ROLF/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 5. Auflage, Basel 2012 (zit. BSK OR II-AUTOR).

HONSELL, HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WATTER ROLF/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar Wertpapierrecht, Basel 2012 (zit. BSK Wertpapierrecht-AUTOR).

JACOBY, FLORIAN, Der Musterprozessvertrag, Diss. Hamburg 1999 (zit. JACOBY).

JANSSEN, ANDRÉ, Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?, in: Casper, Matthias/Janssen, André/Pohlmann, Petra/Schulze, Reiner (Hrsg.), Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?, München 2009, S. 3 ff. (zit. JANSSEN).

JEANDIN, NICOLAS, Consortié et action associative dans le CPC, in: Bonomi, Andrea/Tappy, Denis/Gaulis, Dimitri/Kohler, Emile (Hrsg.), Nouvelle procédure civile et espace judiciaire européen, Genf 2012, S. 161 ff. (zit. JEANDIN, Consortié).

JEANDIN, NICOLAS, Parties au procès, Mouvement et (r)évolution, Zürich 2003 (zit. JEANDIN, Parties).

JUNG, PETER/SPITZ, PHILIPPE, in: Jung, Peter/Spitz, Philippe (Hrsg.), SHK Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Bern 2010 (zit. Jung/Spitz-AUTOR).

- KALSS, SUSANNE, Massenverfahren im Kapitalmarktrecht, Österreichisches Bankarchiv (ÖBA) 2005, S. 322 ff. (zit. KALSS, Massenverfahren).
- KALSS, SUSANNE, Zeit für gebündelte Verfahren am Kapitalmarkt, GesRZ 2011, S. 133 ff. (zit. KALSS, gebündelte Verfahren).
- KILIAN, MATTHIAS, Erfolgshonorare: Annäherung an die «contingent fee» – ein missverständenes Phänomen des US-amerikanischen Rechts, VersR 2006, S. 751 ff. (zit. KILIAN).
- KLAUSER, ALEXANDER, «Sammelklage» und Prozessfinanzierung gegen Erfolgsbeteiligung auf dem Prüfstand. § 227 ZPO, § 879 Abs 2 Z 2 ABGB, ecolx 2002, S. 805 ff. (zit. KLAUSER, Sammelklage).
- KLAUSER, ALEXANDER, Group litigation in Austria. Effective Legal Redress – The Consumer Protection Instruments of Actions for Injunction and Group Damages Action. Expert Conference, Wien 24.02.2006 (zit. KLAUSER, Group litigation).
- KLAUSER, ALEXANDER, Massenschäden erfordern Sammelklagen, in: Gabriel, Tamara/Pirker-Hörmann, Beate (Hrsg.), Massenverfahren. Reformbedarf für die ZPO?, Bundesministerium für soziale Sicherheit, Band 33, Wien 2005, S. 11 ff. (zit. KLAUSER, Massenschäden).
- KLONOFF, ROBERT H., Class actions and other multi-party litigation in a nutshell, 3. Auflage, St. Paul 2007 (zit. KLONOFF).
- KOCH, HARALD, Die Verbandsklage in Europa – Rechtsvergleichende, europa- und kollisionsrechtliche Grundlagen, ZJP 2000, S. 413 ff. (zit. KOCH, Verbandsklage).
- KOCH, HARALD, Internationaler kollektiver Rechtsschutz, in: Meller-Hannich, Caroline (Hrsg.), Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess, Halle 2008, S. 53 ff. (zit. KOCH, Internationaler kollektiver Rechtsschutz).
- KOCH, HARALD, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess. Die class action des amerikanischen Rechts und deutsche Reformprobleme, Frankfurt am Main 1976 (zit. KOCH, Kollektiver Rechtsschutz).
- KOCH, HARALD, Sammelklage und Justizstandorte im internationalen Wettbewerb, Juristenzeitung (JZ) 2011, S. 438 ff. (zit. KOCH, Sammelklage).
- KOCH, HARALD/ZEKOLL, JOACHIM, Europäisierung der Sammelklage, ZEuP 2010, S. 107 ff. (zit. KOCH/ZEKOLL).
- KODEK, GEORG E., Collective Redress in Austria, The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science 2009, S. 86 ff. (zit. KODEK, Collective Redress).
- KODEK, GEORG E., Die «Sammelklage» nach österreichischem Recht, ÖBA 2004, S. 615 ff. (zit. KODEK, Sammelklage).
- KODEK, GEORG E., Möglichkeiten zur gesetzlichen Regelung von Massenschäden, in: Gabriel, Tamara/Pirker-Hörmann, Beate (Hrsg.), Massenverfahren. Reformbedarf für die ZPO?, Bundesministerium für Soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz, Wien 2005, S. 315 ff. (zit. KODEK, Möglichkeiten).
- KODEK, GEORG E., Massenverfahren und Verfahrensmassen: Einige Gedanken zur aktuellen Diskussion, Zak 2012, S. 66 ff. (zit. KODEK, Massenverfahren).
- KOLBA, PETER, Rechtsdurchsetzung im Reiserecht, Sammelklagen in Österreich, ZVR 2010, S. 456 ff. (zit. KOLBA, Rechtsdurchsetzung).
- KOLBA, PETER, Erfahrungsbericht des Vereins für Konsumenteninformation (VKI) über Musterprozesse in Österreich, in: Tobias Brönneke (Hrsg.), Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozessrecht. Gruppenklagen, Verbandsmusterklagen, Verbandsklagebefugnis und Kosten des kollektiven Rechtsschutzes, Baden-Baden 2001, S. 53 ff. (zit. KOLBA, Erfahrungsbericht).
- KOLLER, CHRISTIAN, Effektive Rechtsdurchsetzung durch Sammelklagen!?, Zak 2012, S. 63 ff. (zit. KOLLER).
- KÖLZ, CHRISTIAN, The Preclusive Effect of U.S. Class Action Judgments in Switzerland: Does a Judgment in an Opt-Out Class Action before a U.S. Court Preclude Absent Plaintiff Class Members from (Re)Litigating their Individual Claims in Switzerland?, SZIER 2012, S. 43 ff. (zit. KÖLZ).

- KORTMANN, JEROEN/ BREDENOORD-SPOEK, MARIEKE, The Netherlands: a «hotspot for class actions»? , Global Competition Litigation Review 2011, S. 13 ff. (zit. KORTMANN/ BREDENOORD-SPOEK).
- KRANS, BART, The Dutch Class Action (Financial Settlement) Act in an international context: the Shell case and the Converium case, Civil Justice Quarterly 2012, S. 141 ff. (zit. KRANS).
- KREJCI, HEINZ, Gilt das Quota-litis-Verbot auch für Prozessfinanzierungsverträge?, ÖJZ 2011, S. 341 ff. (zit. KREJCI).
- KUMMER, MAX, Grundriss des Zivilprozessrechts nach den Zivilprozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 4. Auflage, Bern 1984 (zit. KUMMER).
- KUT, AHMET/STAUBER, DEMIAN, Die UWG-Revision vom 17. Juni 2011 im Überblick, Jusletter vom 20. Februar 2012 (zit. KUT/STAUBER).
- LEUENBERGER, CHRISTOPH/UFFER-TOBLER, Beatrice, Schweizerische Zivilprozessrecht, Bern 2010 (zit. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER).
- LINDBLOM, PER HENDRIK, Group litigation in Scandinavia, in: Europäische Rechtsakademie (ERA) (Hrsg.), ERA Forum Volume 10, Köln 2009, S. 7 ff. (zit. LINDBLOM, Group litigation).
- LINDBLOM, PER HENDRIK, Sweden, 622 The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science (2009), S. 231 ff. (zit. LINDBLOM, Sweden).
- MADAUS, STEPHAN, Keine Effektivität einer Europäischen class action ohne «amerikanische Verhältnisse» bei deren Finanzierung, ZEuP 2012, S. 99 ff. (zit. MADAUS).
- MAGNIER, VÉRONIQUE, France, The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science 2009 (622), S. 114 ff. (zit. MAGNIER).
- MARCHAND, SYLVAIN, Droit de la consommation, Genf 2012 (zit. MARCHAND).
- MELLER-HANNICH, CAROLINE, Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG) – Eine Zwischenbilanz, ZBB 2011, S. 180 ff. (zit. MELLER-HANNICH, KapMuG).
- MELLER-HANNICH, CAROLINE/HÖLAND, ARMIN, Die Europäische Sammelklage, GPR (Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht) 2011, S. 168 ff. (zit. MELLER-HANNICH/HÖLAND, Europäische Sammelklage).
- MELLER-HANNICH, CAROLINE/HÖLAND, ARMIN, Kollektiver Rechtsschutz im Verbraucherrecht, DRiZ 2011, S. 164 ff. (zit. MELLER-HANNICH/HÖLAND, Kollektiver Rechtsschutz).
- MICHAILIDOU, CHRISOULA, Prozessuale Fragen des Kollektivrechtsschutzes im europäischen Justizraum, Diss. Heidelberg 2005 (zit. MICHAILIDOU).
- MICKLITZ, HANS-W./STADLER, ASTRID: Gruppenklagen in den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft & den Vereinigten Staaten von Amerika, in: Gabriel, Tamara/Pirker-Hörmann, Beate (Hrsg.): Massenverfahren. Reformbedarf für die ZPO?, Wien 2005, S. 111 ff. (zit. MICKLITZ/STADLER, Gruppenklagen).
- MICKLITZ, HANS-W./PURNHAGEN, KAI P., Evaluation of the effectiveness and efficiency of collective redress mechanisms in the European Union – Country Report Austria, 2008 (abrufbar unter [http://ec.europa.eu/consumers/redress\\_cons/au-country-report-final.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/au-country-report-final.pdf) [31.5.2013]) (zit. MICKLITZ/PURNHAGEN).
- MICKLITZ, HANS-W./STADLER, ASTRID, Das Verbandsklagerecht in der Informations- und Dienstleistungsgesellschaft, Münster/Hiltrup 2005 (zit. MICKLITZ/STADLER).
- MULHERON, RACHAEL, Building blocks and design points for an opt-out class action, Journal of Personal Injury Law 2008, S. 308 ff. (zit. MULHERON, Building blocks).
- MULHERON, RACHAEL, Reform of collective redress in England and Wales. A perspective of need. Civil Justice Council of England and Wales, London 2008 (zit. MULHERON, Reform).
- MULHERON, RACHAEL, The Case for an Opt-out Class Action for European Member States: A Legal and Empirical Analysis, Columbia Journal of European Law 2009, S. 409 ff. (zit. MULHERON, The Case).
- MULHERON, RACHAEL, The Class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective, Oxford 2004 (zit. MULHERON, The Class Action).

- MULHERON, RACHAEL, The impetus for class actions reform in England, in: Wrbka, Stefan/van Uytsel, Steven/Siems, Mathias (Hrsg.), *Collective Actions*, Cambridge 2012 (zit. MULHERON, Impetus).
- MÜLLER, HANS HEINRICH, Die zürcherischen Gerichte und die neue ZPO, in: Dolge, Annette (Hrsg.), *Die neue ZPO, Erfahrungen – Unstimmigkeiten – Schwachstellen – Lösungen*, Zürich 2012, S. 57 ff. (zit. MÜLLER).
- MURRAY, PETER L., Class Actions in a Global Economy, in: Rolf Stürner (Hrsg.), *Current Topics of International Litigation*, Tübingen 2009, S. 95 ff. (zit. MURRAY).
- NIMMERRICHTER, CLEMENS, Über die Voraussetzung der objektiven Klagenhäufung bei Einbringung einer Sammelklage am Beispiel VKI gegen AWD, *Zak* 2010, S. 188 ff. (zit. NIMMERRICHTER).
- OBERHAMMER, PAUL (Hrsg.), *Kurzkommentar Zivilprozessordnung*, Basel 2010 (zit. KUKO ZPO-AUTOR).
- OBERHAMMER, PAUL, «Österreichische Sammelklage» und § 227 ZPO, in: Fucik, Robert/ Konecny, Andreas/Lovrek, Elisabeth/Oberhammer, Paul (Hrsg.), *Zivilverfahrensrecht. Jahrbuch 2010*, S. 247 ff. (zit. OBERHAMMER, Österreichische Sammelklage).
- OBERHAMMER, PAUL, Sammelklage, quota litis und Prozessfinanzierung, *ecolex* 2011, S. 972 ff. (zit. OBERHAMMER, Sammelklage).
- PERSSON, ANNINA H., Collective enforcement: European prospects in light of the Swedish experience, in: Wrbka, Stefan/van Uytsel, Steven/Siems, Mathias (Hrsg.), *Collective Actions*, Cambridge 2012 (zit. PERSSON).
- PARZMAYR, ROLAND/SCHOBEL, THOMAS, Prozessfinanzierung: Zulässiges Erfolgshonorar oder verbotene quota litis?, *ÖJZ* 2011, S. 533 ff. (zit. PARZMAYR/SCHOBEL).
- PERUCCHI, LEANDRO, Anerkennung und Vollstreckung von US class action-Urteilen und -Vergleichen in der Schweiz, *Diss. Luzern* 2008 (zit. PERUCCHI, Anerkennung und Vollstreckung).
- PERUCCHI, LEANDRO, Class actions für die Schweiz, *AJP* 2011, S. 489 ff. (zit. PERUCCHI, Class actions).
- PETER, HENRY/TRIGO TRINDADE, RITA (Hrsg.), *Commentaire LFus*, Zürich 2005 (zit. Comm. LFus-AUTOR).
- PURNHAGEN, KAI, United We Stand, Divided We Fall?, *Collective Redress in the EU from the Perspective of Insurance Law*, *European Review of Private Law* 2013, S. 479 ff. (zit. PURNHAGEN).
- REUSCHLE, FABIAN, Das Kapitalanleger-Verfahrensgesetz – Eine erste Bestandesaufnahme aus Sicht der Praxis, in: Casper, Matthias/Janssen, André/Pohlmann, Petra/Schulze, Reiner (Hrsg.), *Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?*, München 2009, S. 277 ff. (zit. REUSCHLE).
- ROMY, ISABELLE, Class actions américaines et droit international privé suisse, *AJP* 1999, S. 783 ff. (zit. ROMY, Class actions).
- ROMY, ISABELLE, Litiges de masse, Des class actions aux solutions suisses dans les cas de pollutions et de toxiques, *Habil. Fribourg* 1996 (zit. ROMY, Litiges de masse).
- ROTH, WULFF-HENNING, Sammelklagen im Bereich des Kartellrechts, in: Casper, Matthias/ Janssen, André/Pohlmann, Petra/Schulze, Reiner (Hrsg.), *Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?*, München 2009, S. 109 ff. (zit. ROTH).
- RÜETSCHI, DAVID, Anmerkung zu Obergericht Zürich vom 23. Februar 2011, *BISchK* 2011 S. 68 (zit. RÜETSCHI).
- SCHALLER, JEAN-MARC, *Finanzanalysten-Recht*, *Diss. Zürich* 2004 (zit. SCHALLER).
- SCHILKEN, EBERHARD, Der Zweck des Zivilprozesses und der kollektive Rechtsschutz, in: Meller-Hannich, Caroline (Hrsg.), *Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess*, Halle 2008, S. 21 ff. (zit. Schilken).
- SCHILLER, KASPAR, *Schweizerisches Anwaltsrecht, Grundlagen und Kernbereich*, Zürich 2009 (zit. SCHILLER, Anwaltsrecht).
- SCHILLER, KASPAR, Das Erfolgshonorar nach BGFA, *SJZ* 2004, S. 353 ff. (zit. SCHILLER, Erfolgshonorar).

- SCHWANDER, IVO, Wie müsste eine moderne Zivilprozessordnung aussehen?, ZZZ 2004, S. 3 ff. (zit. SCHWANDER).
- SPÜHLER, KARL/TENCHIO, LUCA/INFANGER, DOMINIK (Hrsg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basel 2010 (zit. BSK ZPO-AUTOR).
- SUTTER-SOMM, THOMAS/HASENBÖHLER, FRANZ/LEUENBERGER, CHRISTOPH (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Auflage, Zürich 2013 (zit. ZK ZPO-AUTOR).
- STACKMANN, NIKOLAUS, Kein Kindergeburtstag – Fünf Jahre Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz, NJW 2010, S. 3185 ff. (zit. STACKMANN).
- STADLER, ASTRID, Grenzüberschreitender kollektiver Rechtsschutz in Europa, Juristenzeitung (JZ) 2009, S. 121 ff. (zit. STADLER, Grenzüberschreitender kollektiver Rechtsschutz).
- STADLER, ASTRID, Wider die Mär von der europäischen class action, VuR (Verbraucher und Recht) 2011, S. 79 (zit. STADLER, Wider die Mär).
- STADLER, ASTRID/MOM, ANDREAS, Tu felix Austria? – Neue Entwicklungen im kollektiven Rechtsschutz im Zivilprozess in Österreich, RIW 2006 (zit. STADLER/MOM).
- STAEHELIN, ADRIAN/STAEHELIN, DANIEL/GROLIMUND, PASCAL, Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Zürich 2013 (zit. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND).
- STAEHELIN, ADRIAN/BAUER, THOMAS/STAEHELIN, DANIEL (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2 Bände, 2. Auflage, Basel 2011 (zit. BSK SchKG-AUTOR).
- STARK, EMIL/KNECHT, STEFAN, Einführung einer Zwangsgemeinschaft für Geschädigte bei Massenschäden?, ZSR 1978 I S. 51 ff. (zit. STARK/KNECHT).
- STOFFEL, WALTER A., L'image du plaideur: du deumandeur individuel aux intérêts de groupe, in: Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur Hundertjahrfeier der Universität Freiburg, Fribourg 1990, S. 497 ff. (zit. STOFFEL).
- SUTER, CLAUDIA, Der Schaden bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Diss. St. Gallen 2010 (zit. SUTER).
- SUTTER, GUIDO/LÖRTSCHER, FLORIAN, Klagerecht des Bundes gegen missbräuchliche AGB, recht 2012, S. 93 ff. (zit. SUTTER/LÖRTSCHER).
- TERCIER, PIERRE, L'indemnisation des préjudices causés par des catastrophes en droit suisse, ZSR 1990 II S. 73 ff. (zit. TERCIER).
- TERCIER, PIERRE/AMSTUTZ, MARC (Hrsg.), Commentaire romand Code des obligations II, Basel 2008 (zit. CR CO II-AUTOR).
- THÉVENOZ, LUC, L'action de groupe en procédure civile suisse, in: Rapports suisses présentés au XIIIème Congrès international de droit comparé. Montréal, 19–24 août 1990 = Swiss reports presented at the XIIIth International Congress of Comparative Law, Zürich 1990, S. 129 ff. (zit. THÉVENOZ).
- TOGO, FEDERICA, Das neue Sammelklageverfahren in Italien, GRUR Int 2011, S. 132 ff. (zit. TOGO).
- TOPAZ DRUCKMANN, KAREN, Class Actions, in: Heckendorn Urscheler, Lukas/Peters, Annelot (Hrsg.), Rapports suisses présentés au XVIIIe Congrès International de droit comparé, Zürich 2010, S. 65 ff. (zit. TOPAZ DRUCKMANN).
- TRIGO TRINDADE, RITA, Chacun pour soi, un pour tous, tous pour un, in: Héritier Lachat, Anne/Hirsch, Alain (Hrsg.), De lege ferenda, FS Alain Hirsch, Genf 2004 (zit. TRIGO TRINDADE).
- UEBERSCHLAG, JAKOB, Die Anstellungsdiskriminierung aufgrund des Geschlechts im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis (Art. 3 Abs. 2 GIG): unter besonderer Berücksichtigung des europäischen Rechts, Diss. Luzern 2009 (zit. UEBERSCHLAG).
- VALGUARNERA, FILIPPO, Legal Tradition as an Obstacle: Europe's Difficult Journey to Class Action, Global Jurist 2010, S. 1 ff. (zit. VALGUARNERA).
- VAN BOOM, WILLEM H., Collective Settlement of Mass Claims in The Netherlands, in: Casper, Matthias/Janssen, André/Pohlmann, Petra/Schulze, Reiner (Hrsg.), Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?, München 2009, S. 171 ff. (zit. VAN BOOM).

VAN DEN BERGH, ROGER/KESKE SONJA, Rechtsökonomische Aspekte der Sammelklage, in: Casper, Matthias/Janssen, André/Pohlmann, Petra/Schulze, Reiner (Hrsg.), Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?, München 2009, S. 17 ff. (zit. VAN DEN BERGH/KESKE).

VALTICOS, MICHEL/REISER, CHRISTIAN M./CHAPPUIS, BENOÎT (Hrsg.), Commentaire Roman, Loi sur les Avocats, Basel 2010 (zit. CR LLCA-AUTOR).

VEREIN FÜR KONSUMENTENINFORMATION (VKI) (Hrsg.), Studie zum Thema Sammelklagen (im Auftrag des BMASK), Mai 2009 (abrufbar unter [http://verbraucherrecht.at/cms/uploads/media/VKI\\_Studie\\_Sammelklage\\_02.pdf](http://verbraucherrecht.at/cms/uploads/media/VKI_Studie_Sammelklage_02.pdf) [31.5.2013]) (zit. Studie VKI).

VIITANEN, KLAUS, Nordic Experiences on Group Action for Compensation, in: Casper, Matthias/Janssen, André/Pohlmann, Petra/Schulze, Reiner (Hrsg.), Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?, München 2009, S. 219 ff. (zit. VIITANEN).

VISCHER, FRANK (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, 2. Auflage, Zürich 2012 (zit. ZK FusG-AUTOR).

VISCHER, MARKUS/WEHINGER, THOMAS, Unternehmensbewertung und Kostentragung bei Überprüfungsclagen nach Art. 105 Abs. 1 FusG, GesKR 2012, S. 455 ff. (zit. VISCHER/WEHINGER).

VON BAR, CHRISTIAN, Empfehlen sich gesetzgeberische Massnahmen zur rechtlichen Bewältigung der Haftung für Massenschäden?, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 62. Deutschen Juristentages, Band I Gutachten, München 1998, S. A 9 ff. (zit. VON BAR).

VON DER CRONE, HANS CASPAR/CARBONARA, ANTONIO/HUNZIKER, SILVIA, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung, Basel 2006 (zit. VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER).

WAGNER, GERHARD, Collective Redress – Categories of Loss and Legislative Options, Law Quarterly Review 2011, S. 55 ff. (zit. WAGNER, Collective Redress).

WAGNER, GERHARD, Kollektiver Rechtsschutz – Regelungsbedarf bei Massen- und Streuschäden, in: Casper, Matthias/Janssen, André/Pohlmann, Petra/Schulze, Reiner (Hrsg.), Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?, München 2009, S. 41 ff. (zit. WAGNER, Kollektiver Rechtsschutz).

WAGNER, GERHARD, Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden. Gutachten A für den 66. Deutschen Juristentag, Stuttgart 2006 (zit. WAGNER, Neue Perspektiven).

WALTER, GERHARD, Mass Tort Litigation in Germany and Switzerland, 11 Duke Journal of Comparative and International Law 2001, S. 369 ff. (zit. WALTER).

WATTER, ROLF/VOGT, NEDIM PETER/TSCHÄNI, RUDOLF/DAENIKER, DANIEL (Hrsg.), Basler Kommentar Fusionsgesetz, Basel 2005 (zit. BSK FusG-AUTOR).

WATTER, ROLF/VOGT, NEDIM PETER/BÖSCH, RENÉ/RAYROUX, FRANÇOIS/WINZELER, CHRISTOPH (HRSG.), Basler Kommentar Kollektivanlagengesetz, Basel 2009 (zit. BSK KAG-AUTOR).

YEAZELL, STEPHEN C., From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action, New Haven/London 1987 (zit. YEAZELL).