

BASLER JURISTISCHE MITTEILUNGEN

Herausgegeben vom Basler Juristenverein

REDAKTION (*= Redaktionsausschuss)

PROF. DR. THOMAS SUTTER-SOMM*, BASEL

YOLANDA BERGER, ADVOKATIN, BASEL

FRANK EMMEL*, ADVOKAT, ZIVILGERICHT BASEL-STADT, BASEL

PROF. DR. ROLAND FANKHAUSER, BASEL

DR. ANDREAS FREIVOGEL*, alt SOZIALVERSICHERUNGSGERICHTSPRÄSIDENT, RIEHEN

DR. ROLAND GASS*, ADVOKAT, LIESTAL

PROF. DR. FELIX HAFNER*, BASEL

DR. KATHRIN KLETT, BUNDESRICHTERIN, LAUSANNE

HEIDI MAYER JÜLICH, ADVOKATIN, BASEL

DANIEL NOLL, ADVOKAT, KANTONSGERICHT BASEL-LANDSCHAFT, LIESTAL

PROF. DR. DANIELA THURNHERR, BASEL

Nr. 4 Juli 2017

Kollektiver Rechtsschutz im Schweizerischen Privatrecht¹

von MLaw Lorenz Lauer, Advokat, Basel

Einleitung

Nicht erst seit dem 2015 bekannt gewordenen VW-Abgasskandal sehen sich internationale Grosskonzerne in den USA und zunehmend auch in Europa mit Klagen einer Vielzahl geschädigter Personen konfrontiert. Während auf prozessualer Ebene in den USA mit der als *class action* bekannten Sammelklage ein griffiger Rechtsbehelf zur Bündelung solcher Ansprüche zur Verfügung steht, müssen Geschädigte vieler europäischer Länder bisweilen auf die zivilprozessualen Instrumentarien anderer Staaten aus-

¹ Leicht abgeänderte und ergänzte Fassung der am 29.1.2016 im Rahmen der baselstädtischen Advokaturprüfung eingereichten Hausarbeit. Werden Personenbezeichnungen aus Gründen der besseren Lesbarkeit lediglich in der männlichen oder weiblichen Form verwendet, so schliesst dies das jeweils andere Geschlecht mit ein.

weichen.² Tatsächlich bildet im hiesigen Rechtsverständnis die Individualklage den Regelfall. Die Dispositionsmaxime als prozessuale Ausprägung der Privatautonomie soll zudem gewährleisten, dass eine Person nicht gegen ihren Willen in ein Verfahren gezwungen wird.³ Die teilweise unverhältnismässig hoch erscheinenden Summen,⁴ die in solchen Prozessen zugesprochen werden, tun ihr Übriges, um die Skepsis gegenüber Rechtsinstituten wie der *class action* aufrecht zu erhalten.⁵

Gerade bei sogenannten Streuschäden, welche zwar eine grosse Anzahl von Personen betreffen, allerdings nur in geringem Ausmass, lohnt es sich für den Einzelnen wirtschaftlich oftmals nicht, den Aufwand oder das Kostenrisiko eines Zivilprozesses auf sich zu nehmen.⁶ Dadurch können potentielle Schädiger der Versuchung erliegen, Streuschäden gezielt zu verursachen.⁷ Dieser «*rationalen Apathie*»⁸ schaffen die Mittel des kollektiven Rechtsschutzes durch die Verteilung des Prozessrisikos Abhilfe.⁹ Deshalb haben sich Erscheinungsformen des kollektiven Rechtsschutzes nicht nur in den USA, sondern auch in Europa zu etablieren begonnen.¹⁰

Die vorliegende Publikation soll zunächst den Begriff und die Charakteristika des kollektiven Rechtsschutzes erörtern (nach-

² Vgl. *NZZ Online* vom 14.1.2016, abrufbar unter <<http://www.nzz.ch/wirtschaft/schaden-summe-etwa-10-millionen-euro-60000-vw-kunden-in-europa-machen-bei-sammelklage-mit-1-18677076>>.

³ *Heribert Hirte*, Sammelklagen – Fluch oder Segen?, *Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht (VersR)* 2000, 148 ff., 148.

⁴ So musste der japanische Autokonzern Toyota aufgrund eines Vergleichs im Rahmen einer Sammelklage insgesamt 1,1 Milliarden Dollar an US-Kunden bezahlen; siehe hierzu *Spiegel Online* vom 27.12.2012, abrufbar unter <<http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/toyotamuss-us-kunden-nach-rueckrufaktion-1-1-milliarden-dollar-zahlen-a-874728.html>>.

⁵ Vgl. die Schlagzeile in der *NZZ* vom 14.6.2014 (Nr. 135, S. 37): «*Das Gespenst der Sammelklage*».

⁶ *Roger van den Bergh/Sonja Keske*, Rechtsökonomische Aspekte der Sammelklage, in: Casper et al. (Hrsg.), *Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?*, München 2009, 17 ff., 20. Vgl. auch *Harald Koch*, Die Verbandsklage in Europa, *Zeitschrift für Zivilprozess (ZZP)* 2000, 413 ff., 441.

⁷ Vgl. *Hans-Bernd Schäfer*, Anreizwirkungen bei der *Class Action* und der Verbandsklage, in Basedow et al. (Hrsg.), *Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess*, Tübingen 1999, 67 ff., 69.

⁸ *Lorenz Droese*, Die Sammelklage in den USA und in Europa und die Auswirkungen auf die Rechtslage in der Schweiz, in Felmann/Weber (Hrsg.), *Haftpflchtprozess 2010*, 115 ff., 119.

⁹ Ebd.

¹⁰ Zum Vorhaben des deutschen Justizministeriums zur Schaffung sogenannter Musterfeststellungsklagen vgl. *Die Zeit* vom 8.12.2016, 35.

folgend I.). Anschliessend wird untersucht, welche Mittel der Bündelung von Einzelansprüchen das schweizerische Recht zur Verfügung stellt und welche Rechtsetzungsprojekte in diesem Zusammenhang anstehen (nachfolgend II.).

I. Begriff des kollektiven Rechtsschutzes und Abgrenzungen zu anderen Rechtsinstituten

Bevor die verschiedenen Erscheinungsformen des kollektiven Rechtsschutzes im Einzelnen untersucht werden können, gilt es eine Definition des kollektiven Rechtsschutzes zu entwickeln (nachfolgend A.). Sodann ist der so erarbeitete Begriff von anderen, mehr oder weniger ähnlichen Instituten abzugrenzen (nachfolgend B.).

A. Kollektiver Rechtsschutz als Sammelbegriff

Da das schweizerische Zivilprozessrecht wie die meisten kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen vom Regelfall einer Streitigkeit zwischen einer klagenden und einer beklagten Partei ausgeht, fehlt hierzulande eine Legaldefinition des kollektiven Rechtsschutzes wie auch eine allgemeine Regelung von dessen Rechtsbehelfen.¹¹ Entsprechend werden unter dem Begriff kollektiver Rechtsschutz verschiedene prozessrechtliche Institute verstanden, welche die Erledigung von Ansprüchen einer Vielzahl von Ansprüchen gleich oder gleichartig betroffener Personen in einem einzigen Verfahren ermöglichen.¹²

Im weitesten Sinne kann daher von kollektivem Rechtsschutz immer dann gesprochen werden, wenn in einem Verfahren auf der einen, der anderen oder auf beiden Seiten mehr als eine Partei auftritt. Bereits das materielle Recht sieht in bestimmten Fällen vor, dass über ein Rechtsverhältnis nur gesamthaft mit Wirkung für alle Beteiligten entschieden werden kann.¹³ So können

¹¹ Vgl. *Philipp Weber*, in: Oberhammer/Domej/Haas (Hrsg.), *Kurzkommentar ZPO*, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 89 N 5 m.w.H.

¹² *Martin Bernet/Michael Hess*, *Sammelklagen und kollektiver Rechtsschutz – neueste Entwicklungen in Europa und der Schweiz*, *Anwaltsrevue* 2012, 451 ff., 451.

¹³ Zur notwendigen Streitgenossenschaft im Detail siehe unten, Abschnitt II.A.1.a.

z.B. die Erben im Namen des Nachlasses nur gemeinsam klagen.¹⁴ In diesem und weiteren Fällen ist der kollektive Rechtsschutz somit nicht nur gesetzlich geregelt, sondern gar angeordnet. Dennoch müssen alle Mitglieder solcher sogenannten Gemeinschaften zur gesamten Hand stets selbst tätig werden, damit die Gemeinschaft handlungsfähig ist. Dies kann entweder durch eigene Handlung oder durch die Wahl eines gemeinsamen Vertreters geschehen.¹⁵

In einem engeren Sinne wird unter kollektivem Rechtsschutz die Erledigung einer Vielzahl einzelner Ansprüche in einem einzigen Verfahren verstanden.¹⁶ Im Unterschied zur soeben erörterten weiteren Definition des kollektiven Rechtsschutzes wird mittels «echten»¹⁷ Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes in einem Verfahren auch über die Rechtsstellung von Personen entschieden, welchen darin gar keine Parteistellung zukommt.¹⁸ So kann ein Vertreter für eine ganze Gruppe von Geschädigten auftreten.¹⁹ Klassische Beispiele hierfür sind die *class actions* US-amerikanischer Prägung²⁰ sowie die auch bereits in einigen kontinentaleuropäischen Staaten anzutreffenden Gruppenklagen und -vergleiche.²¹ Im Gegensatz zu der zuvor erörterten Bündelung von Einzelinteressen in einem Individualprozess erwächst bei diesen Klagen das Urteil für alle Mitglieder der entsprechenden Gruppe in materielle Rechtskraft, auch wenn diese nicht Prozesspartei waren.²² Da dies dem traditionellen kontinentaleuropäi-

¹⁴ Peter C. Schaufelberger/Katrin Keller Lüscher, in: Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 5. Aufl., Basel 2015, Art. 602 N 26. Hingegen steht den einzelnen Erben gegenüber Nichterben die Erhebung der Erbschaftsklage nach Art. 598 Abs. 1 ZGB offen.

¹⁵ Jürg Wichtermann, in: Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 5. Aufl., Basel 2015, Art. 652 N 11.

¹⁶ Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz – Bestandesaufnahme und Handlungsmöglichkeiten, Bericht des Bundesrates vom 3.7.2013, abrufbar unter <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2013/2013-07-03/ber-br-d.pdf>>, 8; Lukas Wyss, Mehrparteienverfahren und kollektiver Rechtsschutz vor Zivilgerichten in der Schweiz, Jusletter vom 16.2.2015, Rz. 10 ff.

¹⁷ Terminologie gemäss dem Bericht des Bundesrates zum kollektiven Rechtsschutz (Fn. 16), 13 und *passim*.

¹⁸ Wyss (Fn. 16), Rz. 10 ff.

¹⁹ Lucy Gordon-Vrba, Vielparteienprozesse, Kollektive Durchsetzung gleichartiger individueller Kompensationsansprüche unter dem Aspekt der prozessualen Effizienz und Fairness, Diss. Zürich 2007, 156.

²⁰ Bericht des Bundesrates zum kollektiven Rechtsschutz (Fn. 16), 32.

²¹ So etwa die französische «*action de groupe*» oder die niederländische «*Wet Collectieve Afwikkelning Massaschade*», vgl. hierzu Wyss (Fn. 16), Rz. 52 ff.; Gordon-Vrba (Fn. 19), 163 ff.

²² Bericht des Bundesrates zum kollektiven Rechtsschutz (Fn. 16), 32 m.w.H.

schen Rechtsdenken widerspricht, sind echte Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes in Kontinentaleuropa eine sehr junge Erscheinung.²³ So wurde die erwähnte niederländische Version des Gruppenvergleichs («*Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade*») erst 2005²⁴ und die französische *action de groupe* gar erst 2014²⁵ in Kraft gesetzt.

Im Rahmen der vorliegenden Arbeit werden sowohl die echten Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes als auch die Möglichkeiten der Bündelung gleichgerichteter Interessen im Rahmen von Individualprozessen untersucht. Zunächst gilt es allerdings den soeben erörterten kollektiven Rechtsschutz des Zivilrechts von anderen Rechtsinstituten abzugrenzen.

B. Abgrenzungen

Im Bereich des kollektiven Rechtsschutzes kann zunächst eine Verwechslungsgefahr mit dem Verbandsbeschwerderecht im Verwaltungsrecht auftreten (nachfolgend 1.). Anschliessend gilt es, die Charakteristika des kollektiven Rechtsschutzes im Vergleich zum Individualrechtsschutz zu erörtern (nachfolgend 2.).

1. Kollektiver Rechtsschutz im Privatrecht vs. Verbandsbeschwerden des öffentlichen Rechts

Das Bedürfnis nach kollektivem Rechtsschutz und auch die Kritik daran²⁶ sind keineswegs auf den Bereich des Privatrechts beschränkt.²⁷ Vielmehr kommt der gemeinschaftlichen Interessenverfolgung im öffentlichen Recht eine weit grössere praktische Bedeutung zu als im Privatrecht.²⁸ Hierzu steht im öffentli-

²³ Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28.6.2006, BBl 2006, 7221 ff., 7290; *Gordon-Vrba* (Fn. 19), 146 ff.; *Thomas Sutter-Somm*, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 2012, 141.

²⁴ *Wyss* (Fn. 16), Rz. 57 ff. m.w.H.

²⁵ *Loi no 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation*.

²⁶ Vgl. die am 30.11.2008 abgelehnte Volksinitiative «*Verbandsbeschwerderecht: Schluss mit der Verhinderungspolitik – Mehr Wachstum für die Schweiz!*», BBl 2009, 605, 610 sowie die Botschaft dazu vom 8.6.2007, BBl 2007, 4347 ff., 4352 und *passim*.

²⁷ Vgl. *Alexander Bruns*, Einheitlicher kollektiver Rechtsschutz in Europa?, ZZP 2012, 399 ff., 401.

²⁸ *Samuel P. Baumgartner*, *Class Actions and Group Litigation in Switzerland*, *Northwestern Journal of Law & Business* 2007, 301 ff., 332; *Droese* (Fn. 8), 135.

chen Prozessrecht das Instrument des Verbandsbeschwerderechts zur Verfügung, und zwar im Gewand der Verbandsbeschwerde (Art. 48 VwVG). Abgrenzungsschwierigkeiten zum privatrechtlichen kollektiven Rechtsschutz, den die vorliegende Arbeit zum Gegenstand hat, können insbesondere deshalb auftreten, weil Art. 89 ZPO mit der Verbandsklage²⁹ einen Rechtsbehelf vorsieht, welcher dem Verbandsbeschwerderecht in vielerlei Hinsicht ähnlich ist.³⁰

Beide Rechtsinstitute sehen eine Ausdehnung der Beschwerdelegitimation bzw. der Prozessführungsbefugnis über den Kreis der unmittelbar betroffenen Personen hinaus vor.³¹ Beide erlauben es einem Verein oder einer anderen Organisation, in eigenem Namen die Interessen bestimmter Personengruppen durchzusetzen, wenn sich die Organisation in den Statuten zur Wahrung dieser Interessen bekannt hat (Art. 89 Abs. 1 ZPO und Art. 48 Abs. 1 VwVG).³² Die privatrechtliche Verbandsklage geht jedoch einerseits über die «egoistische» Verbandsbeschwerde des öffentlichen Rechts hinaus, da die Angehörigen der betroffenen Gruppen nicht Mitglieder des Verbands sein müssen.³³ Andererseits ist die Verbandsklage klar enger gefasst als die ideelle Verbandsbeschwerde nach Art. 48 Abs. 2 VwVG, denn die Beschränkung auf die Persönlichkeitsrechte bestimmter Personengruppen schliesst die Wahrung öffentlicher Interessen wie etwa Umweltschutzanliegen aus.³⁴ Eine allgemeine Unterscheidung zwischen dem verwaltungsrechtlichen Verbandsbeschwerderecht und der privat-

²⁹ Siehe unten, Abschnitt II.A.4.

³⁰ Vgl. die Botschaft zur ZPO (Fn. 23), 7289; Baumgartner (Fn. 28), 331; Weber (Fn. 11), Art. 89 N 3.

³¹ Vgl. Karl Spühler, in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 89 N 9; Hans U. Walder-Richli/Beatrice Grob Andermacher, Entwicklungen in Zivilprozessrecht und Schiedsgerichtsbarkeit, SJZ 2007, 41 ff., 43; Adrian Staehelin/Daniel Staehelin/Pascal Grolimund, Zivilprozessrecht, Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 2. Aufl., Zürich 2013, 187 ff.; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, 410 f. Die entsprechende Stelle fehlt in der 7. Auflage [Zürich 2016].

³² Balthasar Bessenich/Lukas Bopp, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 89 N 8; Vera Marantelli / Said Huber, in: Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., Zürich 2016, Art. 48 N 20.

³³ Markus Berni, Verbandsklagen als Mittel privatrechtlicher Störungsabwehr, Diss. St. Gallen 1992, 3; Marantelli/Huber (Fn. 31), a.a.O.; Bessenich/Bopp (Fn. 31), Art. 89 N 7.

³⁴ Regina Kiener/Bernhard Rüttsche/Mathias Kuhn, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015, 361 f.

rechtlichen Verbandsklage anhand dogmatischer Kriterien braucht indes nicht getroffen zu werden, denn die ideelle Verbandsbeschwerde kann nur ergriffen werden, soweit dies ein Spezialgesetz vorsieht (Art. 48 Abs. 2 VwVG).³⁵ Diese Erlasse enthalten in der Regel auch Bestimmungen über das Verfahrensrecht.³⁶

2. Merkmale des echten kollektiven Rechtsschutzes im Vergleich zum Individualrechtsschutz

Wie bereits erwähnt, bezweckt die Schweizerische Zivilprozessordnung nicht in erster Linie die Wahrung der Interessen eines mehr oder weniger spezifizierten Kollektivs, sondern die Durchsetzung privater Interessen von Einzelpersonen.³⁷ Dementsprechend kann eine Frage grundsätzlich nur zwischen den jeweils am Prozess beteiligten Parteien rechtskräftig entschieden werden.³⁸ Formelle Präjudizwirkung kommt einem zivilgerichtlichen Entscheid denn auch nicht zu.³⁹ Daraus folgt, dass ein gleich gelagerter Sachverhalt – zumindest theoretisch⁴⁰ – in verschiedenen Verfahren unterschiedlich beurteilt werden kann. Im Gegensatz dazu erhöht der kollektive Rechtsschutz durch die einheitliche Behandlung gleicher Sachverhalte die Rechtssicherheit.⁴¹

Ein weiterer Vorteil des kollektiven Rechtsschutzes gegenüber dem Individualrechtsschutz liegt in der gesteigerten Prozessökonomie. Durch die einheitliche Beurteilung einer Vielzahl gleich gelagerter Fälle wird der Justizapparat entlastet.⁴²

³⁵ *Marantelli/Huber* (Fn. 31), Art. 48 N 41 f. Als Beispiele können etwa Art. 55 Abs. 1 USG oder Art. 12 Abs. 1 lit. b NHG angeführt werden.

³⁶ Vgl. etwa Art. 12a ff. NHG und Art. 55a ff. USG.

³⁷ Vgl. die Botschaft zur ZPO, 7289; *Droese* (Fn. 8), 145.

³⁸ Vgl. statt vieler *Alexander Zürcher*, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 59 N 40.

³⁹ Bericht des Bundesrates zum kollektiven Rechtsschutz (Fn. 16), 30; *Philipp Dickenmann*, *Sammelklagen und kollektiver Rechtsschutz*, *Anwaltsrevue* 2009, 468 ff., 470 f.; *Tanja Domej*, *Einheitlicher kollektiver Rechtsschutz in Europa?*, *ZZP* 2012, 421 ff., 431 f.

⁴⁰ Relativierend der Bericht des Bundesrates zum kollektiven Rechtsschutz (Fn. 16, a.a.O.), welcher von einer «*faktischen Präjudizwirkung*» ausgeht.

⁴¹ *Droese* (Fn. 8), 118.

⁴² *Samuel P. Baumgartner*, *Class Actions in der Schweiz? Ansätze für eine nutzbringende Verwendung vergleichender Betrachtung des US-amerikanischen Prozessrechts*, in *Schindler/Schlauri* (Hrsg.), *Auf dem Weg zu einem einheitlichen Verfahren*, Zürich 2011, 111 ff., 121; *Domej* (Fn. 39), 421 f.

Zudem bewirken Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes gerade bei den bereits einleitend erwähnten Streuschäden eine Stärkung der wirtschaftlich schwächeren Partei.⁴³ Somit leisten die Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes der Verwirklichung des allgemeinen Interesses an der Sanktionierung schädigender Verhaltensweisen auf dem Wege des Privatrechts Vorschub.⁴⁴

Mit der Vereinheitlichung des schweizerischen Zivilprozessrechts wurde indes auf die Schaffung echter Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes bewusst verzichtet. Begründet wurde dieser Schritt einerseits damit, dass die im Rahmen eines Individualprozesses zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe genügten,⁴⁵ und dass andererseits eine *class action* nach US-amerikanischem Vorbild mehr Probleme schaffe als löse.⁴⁶ Andere Formen des echten kollektiven Rechtsschutzes wurden nicht diskutiert.

Tatsächlich kommt der Umstand, dass über die Rechtsstellung einer Person in einem Verfahren entschieden wird, in welchem diese nicht über (volle) Parteistellung verfügt, einer Verletzung von deren Anspruch auf rechtliches Gehör gleich (Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 53 Abs. 1 ZPO).⁴⁷ Zudem widerspricht es der im kontinentaleuropäischen Zivilprozessrecht tief verwurzelten Dispositionsmaxime, wenn einer Person die Möglichkeit genommen wird, selbst zu entscheiden, ob und wann sie ihre Ansprüche geltend machen möchte.⁴⁸

Schliesslich kann der kollektive Rechtsschutz, insbesondere in Form einer Sammelklage amerikanischer Konzeption, durchaus

⁴³ Droese (Fn. 8), 118 f.

⁴⁴ Domej (Fn. 39), 421; Droese (Fn. 8), 118 f.; Karin Müller, Kollektiver Rechtsschutz im Wirtschaftsrecht, ZBJV 2015, 801 ff., 814; bzgl. des Kartellrechts Andreas Heinemann, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen für Kartellrechtsverstösse, in Sethe/Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII, , Zürich/Basel/Genf 2014, 135 ff., 144.

⁴⁵ Botschaft zur ZPO (Fn. 23), 7290.

⁴⁶ Botschaft zur ZPO (Fn. 23), 7224.

⁴⁷ Hirte (Fn. 3), 148; Astrid Stadler, Bündelung von Verbraucherinteressen im Zivilprozess, in Brönneke (Hrsg.), Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozessrecht, Baden-Baden 2001, 1 ff., 16 f.

⁴⁸ Martin Bernet/Philipp Groz, Sammelklagen in Europa?, SZP 2008, 75 ff., 78; Gordon-Vrba (Fn. 19), 152.

missbraucht werden.⁴⁹ In der einschlägigen Literatur werden in diesem Zusammenhang etwa Anreize zum grundlosen oder ausbeuterischen Prozessieren genannt.⁵⁰ Wegen des grossen Aufwands, den eine *class action* der beklagten Partei verursacht, könnte diese zum Abschluss eines unvorteilhaften Vergleichs gedrängt werden, obwohl die klägerischen Ansprüche möglicherweise unberechtigt sind.⁵¹ Dieses – gerade in den USA geläufige – Vorgehen ist im angloamerikanischen Sprachraum auch als *legal blackmail* bekannt.⁵² Eine Flut von in dieser Absicht angehobenen grundlosen Klagen könnte den zuvor erwähnten Entlastungseffekt der Gerichte ins Gegenteil verkehren. Hierbei geht allerdings oftmals vergessen, dass die Begünstigung des Missbrauchs von Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes vor allem auch durch die Kombination mit anderen Besonderheiten des US-amerikanischen Zivilprozessrechts verursacht wird. Als Beispiele angeführt seien in diesem Zusammenhang das Fehlen einer Parteientschädigung zu Lasten der unterliegenden Partei («*American Rule*»), die Beurteilung einer Rechtssache durch ein Geschworenengericht («*jury justice*») oder die weitgehenden Informationsansprüche zwischen den Parteien bereits vor Einleitung des Verfahrens («*pretrial discovery*»).⁵³

Angesichts dieser Umstände erscheint es nicht sachgerecht, Instrumente des echten kollektiven Rechtsschutzes mit einem pauschalen Hinweis auf die in den USA zweifellos bestehenden Missstände grundsätzlich abzulehnen, zumal die *class action* nicht deren einzige Erscheinungsform darstellt. Nichtsdestotrotz kennt das schweizerische Privatrecht Instrumente, welche die in diesem Abschnitt dargelegten Charakteristika des kollektiven Rechtsschutzes in unterschiedlichem Ausmass in sich vereinen.

⁴⁹ So auch *Domej* (Fn. 39), 449; *Dirk Trüben*, Kollektiver Rechtsschutz in Europa und der Schweiz – eine Standortbestimmung, *EuZ* 2015, 4 ff., 4; zur verfassungsrechtlichen Tragweite der Dispositionsmaxime vgl. *Rolf Stürner*, Verfahrensgrundsätze des Zivilprozessrechts und Verfassung, in *Grunsky et al.* (Hrsg.), *FS Baur*, Tübingen 1981, 647 ff., 650 ff.

⁵⁰ *Schäfer* (Fn. 7), 72 f.

⁵¹ *Van den Bergh/Keske* (Fn. 6), 31.

⁵² Vgl. die Botschaft zur ZPO (Fn. 23), 7290; *Sutter-Somm* (Fn. 23), 141. *Bernet/Groz* (Fn. 48), 79 verwenden hierfür den Begriff des «*blackmail settlement*».

⁵³ *Dietmar Baetge/Stephanie Eichholtz*, Die *Class Action* in den USA, in: *Basedow et al.* (Hrsg.), *Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess*, Tübingen 1999, 287 ff., 354 f.; *Droese* (Fn. 8), 121 ff.; *Gerhard Wagner* (Kollektiver Rechtsschutz, Regelungsbedarf bei Massen- und Streuschäden, in: *Casper et al.* [Hrsg.], *Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?*, München 2009, 41 ff., 49) spricht in diesem Zusammenhang von einem «*toxic cocktail*».

II. Die Verwirklichung des kollektiven Rechtsschutzes in der Schweiz *de lege lata* und *de lege ferenda*

Im Nachfolgenden ist zu prüfen, welche Institute der schweizerischen Rechtsordnung der kollektiven Interessenwahrung dienen oder zumindest zu diesem Zweck eingesetzt werden können. Zudem wird an den entsprechenden Stellen auch Bezug auf laufende Reformprojekte genommen. Die nachfolgenden Ausführungen sind anhand der im vorherigen Abschnitt erwähnten Unterscheidung in Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes im Rahmen von Individualprozessen (nachfolgend A.) und in Erscheinungsformen des echten kollektiven Rechtsschutzes (nachfolgend C.) gegliedert.⁵⁴

A. Kollektiver Rechtsschutz im Rahmen des Individualprozesses

Auch wenn das klassische europäische Verständnis des Zivilprozesses vom Idealtyp des Verfahrens zwischen einem Kläger und einem Beklagten ausgeht, bietet die eidgenössische Zivilprozessordnung gewisse Spielräume zur Bündelung gleich gerichteter Interessen, namentlich die subjektive (nachfolgend 1.) und die objektive (nachfolgend 2.) Klagenhäufung, die Möglichkeit, Verfahren zu vereinigen (nachfolgend 3.) und die bereits angeschnittene Verbandsklage (nachfolgend 4.). Hinzu tritt die in der ZPO nicht ausdrücklich geregelte, aber in Lehre und Rechtsprechung allgemein anerkannte⁵⁵ Figur der Prozessstandschaft (nachfolgend 5.).

Bei den beiden Erscheinungsformen der Streitverkündung sowie bei der Haupt- und Nebenintervention sind die Interessen der Beteiligten untereinander in der Regel zumindest teilweise konträr.⁵⁶ Da diese Rechtsinstitute somit nicht unter die oben

⁵⁴ So auch die Gliederung im Bundesrates zum kollektiven Rechtsschutz (Fn. 16); vgl. auch Wyss (Fn. 16), Rz. 6 und *passim*.

⁵⁵ Statt vieler: BGE 132 III 342, 345, E. 2.2; *Isaak Meier*, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Zürich 2010, 159 ff.

⁵⁶ Wyss (Fn. 16), Rz. 13 mit Bezug auf die Streitverkündung.

dargelegte Definition des kollektiven Rechtsschutzes fallen,⁵⁷ ist im Nachfolgenden nicht weiter darauf einzugehen.

1. Streitgenossenschaft

Von Streitgenossenschaft (auch subjektive Klagenhäufung genannt)⁵⁸ wird gesprochen, wenn auf Seiten des Klägers, des Beklagten oder gar auf beiden Seiten mehr als eine Partei vorhanden ist.⁵⁹ Das Gesetz unterscheidet zwischen notwendiger (nachfolgend a) und einfacher Streitgenossenschaft (nachfolgend b).

a) Notwendige Streitgenossenschaft

Notwendige Streitgenossenschaft liegt gemäss Art. 70 Abs. 1 ZPO immer dann vor, wenn über die Rechte und Pflichten mehrerer Personen nur gemeinsam entschieden werden kann. Wann dies der Fall ist, regelt das Zivilprozessrecht nicht selbst, sondern ist eine Frage des materiellen Rechts.⁶⁰ Bereits erwähnt wurden die Fälle von Gemeinschaften zu gesamter Hand, wie etwa die Erbengemeinschaft (siehe oben, S. 3.). Eine weitere Fallgruppe bilden Feststellungs- und Gestaltungsklagen betreffend unteilbare Rechtsverhältnisse. Will etwa der Vater eines Kindes seine Vaterschaft anfechten, so hat er seine Klage stets gegen die Mutter und das Kind zu richten (Art. 256 Abs. 2 ZGB).⁶¹

Allen Erscheinungsformen der notwendigen Streitgenossenschaft ist gemein, dass die geltend gemachten Rechte mittels Klage einer einzelnen oder gegen eine einzelne Partei nicht durchgesetzt werden können.⁶² Notwendige Streitgenossen führen ihren Prozess also nicht (primär) gemeinsam, weil sie es möchten, sondern weil sie gar nicht anders können.⁶³ Dementsprechend kön-

⁵⁷ Die genannten Institute werden oftmals auch im einschlägigen Schrifttum zum kollektiven Rechtsschutz nicht erwähnt. Vgl. den entsprechenden Bericht des Bundesrates (Fn. 16) sowie Baumgartner (Fn. 28); Domej (Fn. 39); Droese (Fn. 8); Alexander Brunner, Zur Verbands- und Sammelklage in der Schweiz, in Walder-Richli (Hrsg.), Rechtsschutz im Privatrecht, Symposium für Richard Frank, Zürich 2003, 37 ff.; Gerhard Walter, *Mass Tort Litigation in Germany and Switzerland*, *Duke Journal of Comparative and International Law* 2001, 369 ff.

⁵⁸ Vgl. BGE 125 III 95, 97 f., E. 2.a.aa.

⁵⁹ Staehelin/Staehelin/Grolimund (Fn. 30), 191.

⁶⁰ BGE 138 III 737, 738, E. 2; Botschaft zur ZPO (Fn. 23), 7280.

⁶¹ BGE 138 III 737, 739, E. 3.1.

⁶² Ernst Staehelin/Silvia Schweizer, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 70 N 2.

⁶³ Botschaft zur ZPO (Fn. 23), 7280.

nen notwendige Streitgenossen Prozesshandlungen nur soweit vornehmen, wie es ihnen das materielle Recht erlaubt. Einem Klagerückzug, einer Klageanerkennung oder einem Vergleich müssen daher in der Regel alle Streitgenossen zustimmen.⁶⁴

b) Einfache Streitgenossenschaft

Liegt kein Fall der notwendigen Streitgenossenschaft vor, so können sich mehrere Parteien freiwillig zu einer Streitgenossenschaft zusammenschliessen (Art. 71 Abs. 1 ZPO).⁶⁵ Voraussetzung hierfür ist gemäss der genannten Bestimmung, dass die zu beurteilenden Rechte und Pflichten auf gleichartigen Tatsachen oder Rechtsgründen beruhen.⁶⁶ Ferner schliesst Art. 71 Abs. 2 ZPO die einfache Streitgenossenschaft aus, wenn auf die verschiedenen Klagen unterschiedliche Verfahrensarten anwendbar sind.

Die Verbindung zwischen den einzelnen Streitgenossen ist relativ locker.⁶⁷ Trotz des in Art. 15 Abs. 1 ZPO vorgesehenen einheitlichen Gerichtsstands sind die Prozessvoraussetzungen für jeden Streitgenossen separat zu prüfen.⁶⁸ Gemäss Art. 71 Abs. 3 ZPO führen die Parteien den Prozess unabhängig voneinander, sodass jeder Streitgenosse einen Vergleich abschliessen, die Anerkennung oder den Rückzug der Klage erklären, Rechtsmittel ergreifen oder zurückziehen kann.⁶⁹ Gleiches gilt für die materielle Beurteilung der Ansprüche, weshalb zwischen den Streitgenossen untereinander keine Rechtskraftwirkung eintritt.⁷⁰

Sowohl die notwendige als auch die einfache Streitgenossenschaft lassen sich mit dem der ZPO zugrunde liegenden Idealtyp des Individualprozesses problemlos vereinbaren, denn allen Streitgenossen kommt Parteistellung zu und nur (bzw. höchstens) zwischen ihnen entsteht eine *res iudicata*.

⁶⁴ Tanja Domej, in: Oberhammer/Domej/Haas (Hrsg.), Kurzkomentar ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 70 N 22.

⁶⁵ Staehelin/Staehelin/Grolimund (Fn. 30, 191) verwenden daher den Begriff der «freiwilligen Streitgenossenschaft».

⁶⁶ Zu den Voraussetzungen der geforderten Konnexität vgl. Domej (Fn. 64), Art. 71 N 2 f.

⁶⁷ Staehelin/Staehelin/Grolimund (Fn. 30), 192.

⁶⁸ Domej (Fn. 64), Art. 71 N 1; Staehelin/Staehelin/Grolimund (Fn. 30), a.a.O.

⁶⁹ BGE 107 Ia 246, 251, E. 5.a.bb in Bezug auf den Klagerückzug; Staehelin/Staehelin/Grolimund (Fn. 30), 192.

⁷⁰ Domej (Fn. 64), a.a.O.; Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, 371 (Anm. 45).

Zweifelsohne bringt die Streitgenossenschaft eine gewisse Konsolidierung mit sich. So bewirkt gerade die – gemäss Art. 72 ZPO ausdrücklich zulässige und auch oftmals sinnvolle – Bestellung einer gemeinsamen Prozessvertretung eine gewisse Effizienzsteigerung für das Justizsystem und eine Reduktion der Prozesskosten für die einzelnen Streitgenossen.⁷¹ Obwohl der Gesetzgeber bei der Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts davon ausging, dass (vor allem) die einfache Streitgenossenschaft die Funktion einer Sammelklage übernehmen solle,⁷² kann sie diesem Anspruch nur bedingt gerecht werden.⁷³ Bei einer grossen Anzahl von Streitgenossen erweist sich die Handhabung des Verfahrens als äusserst schwierig, da jeder Partei das rechtliche Gehör gewährt werden muss und jede Partei den Prozess unabhängig von den anderen führen kann.⁷⁴

2. Objektive Klagenhäufung

Im Gegensatz zu der auch als subjektive Klagenhäufung bekannten Streitgenossenschaft wird mit dem Begriff der objektiven Klagenhäufung die Situation bezeichnet, in welcher ein Kläger mehrere Ansprüche im selben Prozess geltend macht (vgl. Art. 90 ZPO).⁷⁵ Im Zusammenhang mit dem kollektiven Rechtsschutz ist diese Figur insofern von Bedeutung, als mehrere anspruchsberechtigte Personen ihre Forderungen mittels Zession (Art. 164 ff. OR) an eine (natürliche oder juristische) Person abtreten können, welche diese dann in eigenem Namen vor Gericht geltend machen kann.⁷⁶ Denkbar ist sogar die Abtretung der Ansprüche an eine von den Beteiligten eigens hierfür gegründeten Interessengemeinschaft,⁷⁷ z.B. in der Rechtsform des Vereins nach

⁷¹ *Gordon-Vrba* (Fn. 19), 170.

⁷² Botschaft zur ZPO (Fn. 23), 7281.

⁷³ Bericht des Bundesrates zum kollektiven Rechtsschutz (Fn. 16), 20; *Baumgartner* (Fn. 28), 339.

⁷⁴ Bericht des Bundesrates zum kollektiven Rechtsschutz (Fn. 16), a.a.O.; *Gordon-Vrba* (Fn. 19), 171.

⁷⁵ BGE 125 III 95, 98, E. 2.a.aa; *Stahelin/Stahelin/Grolimund* (Fn. 30), 190.

⁷⁶ Bericht des Bundesrates zum kollektiven Rechtsschutz (Fn. 16), 19; *Andreas Heinemann*, Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts, Strukturberichterstattung Nr. 44/4, Evaluation Kartellgesetz, Bern 2009, 65; *ders.* (Fn. 44), 145.

⁷⁷ Bericht des Bundesrates zum kollektiven Rechtsschutz (Fn. 16), a.a.O.; *Domej* (Fn. 39), 430; *Wyss* (Fn. 16), Rz. 30.

Art. 60 ff. ZGB.⁷⁸ In Österreich hat sich diese Form der kollektiven Rechtsdurchsetzung derart verbreitet, dass im Schrifttum bereits von der «*Sammelklage österreichischer Prägung*» gesprochen wurde.⁷⁹

Obwohl weder die Inkassozeession⁸⁰ noch die objektive Klagenhäufung⁸¹ aus schweizerischer Sicht neue Erscheinungen darstellen, ist es hierzulande bislang erst vereinzelt zu derartigen Verfahren gekommen.⁸² Als Grund hierfür wird einerseits angeführt, dass diese Form der kollektiven Rechtsdurchsetzung in Österreich massgeblich von einem Verband, dem Verein für Konsumenteninformation, getragen werde.⁸³ Andererseits verhindert das in der Schweiz gemäss Art. 165 Abs. 1 OR geltende Schriftformerfordernis für den Abtretungsvertrag etwa einen Beitritt einzelner Ansprecher via Internetformular.⁸⁴ Im Bereich des Kartellrechts erwähnt *Heinemann*⁸⁵ schliesslich den Umstand, dass auch in Österreich derartige Abtretungsprozesse nur bei massiver Unterstützung durch die öffentliche Hand angehoben würden. Somit erscheint die Möglichkeit der Abtretung in Kombination mit einer objektiven Klagenhäufung wenig praktikabel.⁸⁶

3. Vereinigung von Verfahren

Während bei der Streitgenossenschaft die Initiative zur Bündelung verschiedener ähnlicher Ansprüche von den Parteien ausgeht, kann ein Gericht auch von sich aus die Behandlung mehrerer unabhängig voneinander eingereichten Klagen in einem einzigen Verfahren anordnen (Art. 125 lit. c ZPO).⁸⁷ Von dieser Möglichkeit wurde aber jedenfalls unter den alten kantonalen

⁷⁸ *Dickenmann* (Fn. 38), 470 f.

⁷⁹ *Bernet/Groz* (Fn. 48), 81; *Domej* (Fn. 39), 429 f. m.w.H.

⁸⁰ Vgl. hierzu bereits BGE 71 II 167 sowie die Hinweise in *Daniel Girsberger/Johannes L. Hermann*, in: *Honsell/Vogt/Wiegand* (Hrsg.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015, Art. 164 N 44.

⁸¹ Vgl. *Guldener* (Fn. 70), 214 f.

⁸² BGE 131 III 153 = Pra 2005, Nr. 150, 1013 ff. Ferner erwähnt *Dickenmann* (Fn. 38, 471) die «*Schutzgemeinschaft der Lehman-Anleger*».

⁸³ *Domej* (Fn. 39), 430.

⁸⁴ *Heinemann* (Fn. 44), 145.

⁸⁵ a.a.O.

⁸⁶ So auch im Ergebnis der Bericht des Bundesrates zum kollektiven Rechtsschutz (Fn. 16), 19.

⁸⁷ *Stahelin/Stahelin/Grolimund* (Fn. 30), 190.

Zivilprozessordnungen kaum Gebrauch gemacht.⁸⁸ Die Botschaft zur eidgenössischen ZPO erwähnt diese Möglichkeit lediglich als zusätzliche Begründung des Verzichts auf die Einführung einer Sammelklage.⁸⁹

4. Die Verbandsklage

Mit der Verbandsklage nach Art. 89 ZPO wurde eine bereits seit Jahrzehnten etablierte bundesgerichtliche Rechtsprechung kodifiziert.⁹⁰ Ihren Ursprung hat dieses Instrument der kollektiven Interessenwahrung im privatrechtlichen Persönlichkeitsschutz nach Art. 28 ff. ZGB.⁹¹ Mit (erneutem) Verweis auf die unerwünschte *class action* wurde ihr Anwendungsbereich jedoch stark eingeschränkt, denn nach Ansicht des Gesetzgebers soll ein kollektives Vorgehen klar eine Ausnahme bleiben.⁹² Geltend gemacht werden kann damit einzig die Verletzung von Persönlichkeitsrechten der vom jeweiligen Verband vertretenen Personengruppen (Art. 89 Abs. 1 ZPO). Zudem kann der Verband nur auf Feststellung oder Unterlassung des persönlichkeitsverletzenden Verhaltens, nicht jedoch auf Leistungen zu Gunsten der Betroffenen klagen (Art. 89 Abs. 2 lit. a und b ZPO). Aus diesem Grund erweist sich die Verbandsklage als ein eher zahnloser Rechtsbehelf.⁹³ Weiter ist die Verbandsklage von den Einzelansprüchen der jeweiligen Betroffenen völlig unabhängig und schafft ihnen gegenüber auch keine *res iudicata*.⁹⁴ Insofern kann die Verbandsklage denn auch nicht als echtes Instrument des kollektiven Rechtsschutzes angesehen werden. Der Bundesrat sowie Wyss weisen zudem darauf hin, dass die Verbandsklage nur dann ein wirksamer Rechtsbehelf sein kann, wenn finanzstarke Verbände in der Lage seien, das damit verbundene Prozesskostenrisiko auf sich zu nehmen, was in der Schweiz derzeit nicht der Fall sei.⁹⁵

⁸⁸ Baumgartner (Fn. 28), 340.

⁸⁹ Botschaft zur ZPO (Fn. 23), 7290.

⁹⁰ Botschaft zur ZPO (Fn. 23), 7288; vgl. ferner die Hinweise bei Wyss (Fn. 16), Rz. 37 (Anm. 75).

⁹¹ BGE 73 II 65, 67, E. 1 und 72, E. 2.

⁹² Botschaft zur ZPO (Fn. 23), 7289.

⁹³ Felix Dasser/Sebastian Stolzke, Switzerland, in Karlsgodt (Hrsg.), *World Class Actions, A Guide to Group and Representative Actions around the Globe*, Oxford 2012, 264 ff.

⁹⁴ Bessenich/Bopp (Fn. 31), Art. 89 N 13.

⁹⁵ Bericht des Bundesrates zum kollektiven Rechtsschutz (Fn. 16), 26; Wyss (Fn. 16), Rz. 41.

Weitere Regelungen erfährt die Verbandsklage in diversen Spezialgesetzen, welche nach Art. 89 Abs. 3 ZPO ausdrücklich vorbehalten bleiben (so z.B. die Klagen von Berufs-, Wirtschafts- oder Konsumentenschutzverbänden nach Art. 56 i.V.m. Art. 55 Abs. 1 und Art. 52 MSchG oder Art. 10 Abs. 2 i.V.m. Art. 9 Abs. 1 und 2 UWG).⁹⁶

5. Die Prozessstandschaft

Obwohl die Prozessstandschaft in der ZPO keine allgemeine Regelung erfahren hat, ist sie als Institut des Zivilprozessrechts einhellig anerkannt.⁹⁷ Unter diesem Begriff wird die Befugnis verstanden, fremde Rechte in eigenem Namen gerichtlich geltend zu machen.⁹⁸ Insofern weist die Prozessstandschaft Parallelen zu Gruppenklagen und anderen repräsentativen Rechtsbehelfen auf.⁹⁹ Als Beispiele für Prozessstandschaften können etwa Abtretungsprozesse nach Art. 260 SchKG¹⁰⁰ oder auch Klagen des sorgeberechtigten Elternteils zu Gunsten eines minderjährigen Kindes genannt werden.¹⁰¹ Da die Prozessstandschaft allerdings nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung und herrschender Lehre nicht rechtsgeschäftlich vereinbart werden kann, sondern einer gesetzlichen Grundlage bedarf,¹⁰² scheidet sie als allgemeines Mittel zur kollektiven Interessenwahrung aus.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die kollektive Interessenwahrung innerhalb des Individualprozesses nach schweizerischem Recht nur eingeschränkt möglich ist.¹⁰³

⁹⁶ Beispiele gemäss *Bessenich/Bopp* (Fn. 31), Art. 89 N 14.

⁹⁷ BGE 129 V 113, 117, E. 4.2; *Guldener* (Fn. 70), 142; *Meier* (Fn. 55), 159 f.; *Sutter-Somm* (Fn. 23), 55.

⁹⁸ BGE 129 III 55 = Pra 2003, Nr. 101, 546 ff., 549, E. 3.1.3.

⁹⁹ *Sutter-Somm* (Fn. 23, 140 f.) welcher die *class action* als eine Art der gewillkürten Prozessstandschaft bezeichnet.

¹⁰⁰ BGE 132 III 342, 345 f., E. 2.2.; *Stephen V. Berti*, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 2. Aufl., Basel 2010, Art. 260 N 56; *Stahelin/Stahelin/Grolimund* (Fn. 30), 189.

¹⁰¹ BGer 5A_104/2009, E. 2.2.; eingehend *Sutter-Somm* (Fn. 23), 55.

¹⁰² BGE 137 III 293, 298, E. 3.2 mit Hinweis auf BGE 78 II 265, 274 f., E. 3.a.; *Stahelin/Stahelin/Grolimund* (Fn. 30), a.a.O.; Ausnahmen bei *Sutter-Somm* (Fn. 23), a.a.O.

¹⁰³ So im Ergebnis auch der Bericht des Bundesrates zum kollektiven Rechtsschutz (Fn. 16), 55 und *Domej* (Fn. 38), 437.

C. Echter kollektiver Rechtsschutz

Wie bereits mehrfach erwähnt kennt die schweizerische Rechtsordnung keine allgemeinen Mittel des echten kollektiven Rechtsschutzes. Die nachfolgende Darstellung soll daher einen Überblick über deren mögliche Erscheinungsformen bieten, welche zum Teil auch in Spezialgesetzen eine Regelung erfahren haben, Gegenstand hängiger Rechtsetzungsprojekte sind oder waren. Als Instrumente des echten kollektiven Rechtsschutzes sind die Gruppenklage (nachfolgend 1.), der Gruppenvergleich (nachfolgend 2.) oder der Musterprozess (nachfolgend 3.) denkbar, welche im Folgenden näher erörtert werden.

1. Die Gruppenklage

Mit der Gruppenklage (auch Sammelklage genannt) kann ein einziger Kläger, resp. seine Prozessvertretung, alleine ein Verfahren einleiten, welches er dann stellvertretend, aber in eigenem Namen für eine ganze Gruppe von Personen führt.¹⁰⁴ Nicht nur für und gegen den Repräsentanten, sondern für die gesamte Gruppe entsteht mit der Beendigung des Prozesses eine *res iudicata*, obwohl deren Angehörige nicht selbst tätig werden, geschweige denn der Klageerhebung zustimmen müssen.¹⁰⁵ Je nachdem, ob die in die jeweilige Kategorie fallenden Personen am Verfahren beteiligt sind, wenn sie nicht ihren Austritt erklären oder ob sie ihren Beitritt erklären müssen, kann zwischen *opt out*- und *opt in*-Lösungen unterschieden werden.¹⁰⁶

Prominentestes und gleichsam umstrittenstes Beispiel einer Gruppenklage ist die bereits mehrfach erwähnte US-amerikanische *class action*.¹⁰⁷ Da es sich bei Gruppenklagen um repräsentative Klagen handelt, also nur der Repräsentant Parteistellung einnimmt, besteht eine grosse Ähnlichkeit mit der bereits vorstehend¹⁰⁸ behandelten Figur der Prozessstandschaft.¹⁰⁹ Allerdings ist der Kreis der von einem Prozessstandschafter repräsentierten

¹⁰⁴ Dickenmann (Fn. 39), 468; Trüben (Fn. 49), 7.

¹⁰⁵ Hirte (Fn. 3), 149.

¹⁰⁶ Bericht des Bundesrates zum kollektiven Rechtsschutz (Fn. 16), 32.

¹⁰⁷ Botschaft zur ZPO (Fn. 23), 7224, 7290; Sutter-Somm (Fn. 23), 141.

¹⁰⁸ Siehe oben, Abschnitt II.A.5.

¹⁰⁹ Gordon-Vrba (Fn. 19), 149; Sutter-Somm (Fn. 23), a.a.O.

Personen dabei in der Regel von vornherein bestimmt oder zumindest bestimmbar (z.B. die Erben eines Nachlasses, für welchen ein Willensvollstrecker eingesetzt wurde,¹¹⁰ oder die Gläubiger eines konkursiten Schuldners).¹¹¹ Zudem besteht bei der Prozessstandschaft im Gegensatz zur Gruppenklage keine direkte Möglichkeit des *opt in* oder des *opt out*. Will sich etwa ein Erbe der Prozessführung durch den (rechtswirksam eingesetzten) Willensvollstrecker entziehen, so kann er einzig die Erbschaft innert der in Art. 567 Abs. 1 ZGB festgesetzten Dreimonatsfrist ausschlagen.

Demgegenüber ist bei Gruppenklagen der Kreis der Betroffenen oftmals sehr weit (z.B. Personen, welche in einem bestimmten Zeitraum Asbest oder *Agent Orange* ausgesetzt waren).¹¹² Gerade bei solchen toxischen Massenschäden (engl. *mass toxic torts*) ist es wegen der langen Latenzzeit¹¹³ gar möglich, dass eine geschädigte Person erst lange nach Abschluss des Verfahrens überhaupt von seiner Eigenschaft als Gruppenmitglied erfährt. Diese sogenannten *future claimants* haben also keine Möglichkeit, sich am Verfahren zu beteiligen oder «ihre» Repräsentanten zu kontrollieren und müssen sich einen ungünstigen Prozessausgang gleichwohl entgegenhalten lassen.¹¹⁴

Obwohl die Botschaft zur Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts solche Gruppenklagen wegen ihrer angeblichen Unvereinbarkeit mit dem hiesigen Rechtsdenken dezidiert abgelehnt hat,¹¹⁵ besteht im schweizerischen Privatrecht mit Art. 105 FusG eine Form der repräsentativen Klage. Diese Bestimmung erlaubt es den Mitgliedern einer von einer Fusion betroffenen Gesellschaft (d.h. in der Regel den Minderheitsaktionären), auf gerichtliche Festsetzung einer Entschädigung zu klagen, wenn deren Mitgliedschaftsrechte verletzt wurden (Art. 105 Abs. 1 FusG).¹¹⁶ Bemerk-

¹¹⁰ Art. 518 Abs. 1 i.V.m. Art. 602 Abs. 2 ZGB, vgl. BGE 116 II 131, 133 ff., E. 3.

¹¹¹ Siehe oben, Abschnitt II.A.6 (Fn. 100).

¹¹² Beispiele aus der US-Rechtsprechung gemäss *Baetge/Eichholtz* (Fn. 53), 290 (Anm. 26).

¹¹³ Vgl. zum Beispiel der Asbestschädigungen *Harald Koch/Joachim Zekoll*, Mammutverfahren im amerikanischen und im deutschen Zivilprozess, *Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW)* 1985, 837 ff., 838.

¹¹⁴ *Baetge/Eichholtz* (Fn. 53), 349.

¹¹⁵ Botschaft zur ZPO (Fn. 23), 7224, 7290.

¹¹⁶ Vgl. *Dieter Dubs/Fabienne Frehner*, in: Zweifel et al. (Hrsg.), *Basler Kommentar, Fusionsgesetz*, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 105 N 10 ff.; *Felix C. Meier-Dieterle*, in: Vischer (Hrsg.), *Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz*, 2. Aufl., Zürich 2012, Art. 105 N 5 ff.

kenswert ist die in Abs. 2 der Bestimmung vorgesehene Wirkung auf alle übrigen Gesellschafter, die sich in der gleichen Rechtsstellung wie die klagende Partei befinden. In der einschlägigen Literatur wird diese «*prozessuale erga omnes-Bestimmung*»¹¹⁷ teils als eine spezialgesetzliche Spielart der Prozessstandschaft,¹¹⁸ teils als ein der Gruppenklage zumindest ähnliches Instrument qualifiziert.¹¹⁹ In der Literatur wird die Ansicht vertreten,¹²⁰ dass sich die Rechtskraftwirkung nur zu Gunsten, nicht aber zu Lasten der klagenden Gesellschafter auswirken könne, wovon auch der Bundesrat auszugehen scheint.¹²¹ Im Unterschied zur Gruppenklage im klassischen Sinne besteht die einzige Möglichkeit eines *opt out* in der Anhebung einer selbständigen Klage.¹²²

2. Der Gruppenvergleich

Neben dem Erstreiten eines Sachurteils kann ein Rechtsstreit auch durch Vergleich erledigt werden.¹²³ Dem hier interessierenden gerichtlichen Vergleich kommt eine doppelte Rechtsnatur zu, denn er ist einerseits Vertrag und andererseits Prozesshandlung.¹²⁴ Da ein Prozessstandschafter typischerweise zwar Prozesshandlungen vornehmen darf, aber auf materiell-rechtlicher Ebene nicht Inhaber der im Prozess geltend gemachten Rechte ist, kann er vielfach nicht oder nur unter bestimmten Umständen einen Vergleich abschliessen.¹²⁵

Für die Erscheinungsformen des Gruppenvergleichs typisch ist ihr der Gruppenklage ähnlicher repräsentativer Charakter.¹²⁶

¹¹⁷ Ausdruck gemäss *Meier-Dieterle* (Fn. 116), Art. 105 N 3.

¹¹⁸ So *Gordon-Vrba* (Fn. 19), 150; im Ergebnis wohl ähnlich *Domej* (Fn. 39), 433 f.

¹¹⁹ Bericht des Bundesrates zum kollektiven Rechtsschutz (Fn. 16), 32 f.; *Droese* (Fn. 8), 140; *Müller* (Fn. 44), 814.

¹²⁰ *Dasser/Stolzke* (Fn. 93), 268; *Droese* (Fn. 8), 140; *Gordon-Vrba* (Fn. 19), 189.

¹²¹ Bericht des Bundesrates zum kollektiven Rechtsschutz (Fn. 16), 33, mit Hinweis auf *Gordon-Vrba* (Fn. 19), 189.

¹²² *Droese* (Fn. 8), a.a.O.

¹²³ Vgl. statt vieler *Stahelin/Stahelin/Grolimund* (Fn. 30), 456 ff.

¹²⁴ *Daniel Steck*, in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg.), *Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 241 N 22.

¹²⁵ *Gordon-Vrba* (Fn. 19), 149.

¹²⁶ Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (FIDLEG), Bundesgesetz über die Finanzinstitute (FINIG), Erläuternder Bericht des EFD zur Vernehmlassungsvorlage vom 25.6.2014, abrufbar unter <<https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2384/FINIG-FIDLEG-Erl.-Bericht-de.pdf>>, 21.

Hier wie dort verfügen die Prozessparteien über Rechte, welche ihnen materiell gar nicht zustehen. Während jedoch die Gruppenklage (und damit die repräsentative Vornahme von Prozesshandlungen) dem traditionellen kontinentaleuropäischen Rechtsdenken fremd ist,¹²⁷ kennt die hiesige Rechtsordnung mit dem Gesamtarbeitsvertrag (Art. 356 ff. OR) schon seit Langem eine Form des repräsentativen Vertragsschlusses, die sogar Verfassungsrang genießt.¹²⁸ Diese Form der kollektiven Interessensdurchsetzung ermöglicht es Arbeitnehmerverbänden, mit einzelnen Arbeitgebern oder Arbeitgeberverbänden für ihre Mitglieder Regelungen zu treffen, von denen mit einem Einzelarbeitsvertrag zu Lasten der Arbeitnehmer nicht abgewichen werden darf (Art. 357 Abs. 2 OR).¹²⁹ Die konkrete Durchsetzung der normativen GAV-Bestimmungen erfolgt jedoch auf dem Wege des Individualprozesses,¹³⁰ weshalb die Regelungen des kollektiven Arbeitsrechts nicht den echten Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes zuzuordnen sind.

Demgegenüber sieht etwa das niederländische Recht mit dem Gesetz zur Abwicklung von Massenschäden¹³¹ ein derartiges Streitbeilegungsverfahren vor.¹³² Auch hierzulande wurde im Bereich des Finanzmarktrechts ein Gruppenvergleichsverfahren vorgesehen (Art. 101 ff. VE-FIDLEG).¹³³ Im FIDLEG-Entwurf sind diese Bestimmungen jedoch nicht mehr enthalten, was einerseits mit der Kritik im Vernehmlassungsverfahren und andererseits mit dem Bedarf einer allgemeinen Regelung in der ZPO begründet wurde.¹³⁴ In der Tat haben jüngst zwei Motionen der Nationalrätin *Prisca Birrer-Heimo* (SP/LU) die Stärkung des kollektiven Rechtsschutzes im Allgemeinen gefordert.¹³⁵ Letztere

¹²⁷ Siehe oben, Abschnitt I.A.

¹²⁸ Vgl. *Wolfgang Portmann/Jean-Fritz Stöckli*, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, 304.

¹²⁹ Urteil des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 16.4.2015, BJM 2016, 42 ff., 43, E. 7.2.

¹³⁰ *Thomas Geiser/Roland Müller*, Arbeitsrecht in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 2015, 330.

¹³¹ «*Wet Collectieve Afwikkelning Massaschade*», siehe oben, Fn. 21, 24.

¹³² Botschaft zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und zum Finanzinstitutionsgesetz (FINIG) vom 4.11.2015, BBl 2015, 8901 ff., 8936; Bericht des Bundesrates zum kollektiven Rechtsschutz (Fn. 16), 39; Wyss (Fn. 16), Rz. 112 ff.

¹³³ Bericht zum VE-FIDLEG (Fn. 126), 20 f.

¹³⁴ Botschaft zum FIDLEG (Fn. 132), 8914.

¹³⁵ Motionen *Prisca Birrer-Heimo* 11.3977: Erleichterung der Rechtsdurchsetzung in kollektiven Verfahren vom 30.9.2011 und 13.3931: Förderung und Ausbau der Instrumente der kollektiven Rechtsdurchsetzung vom 27.12.2013.

nahm ausdrücklich Bezug auf den Bericht des Bundesrates zu diesem Thema, welcher ebenfalls einen Regulierungsbedarf festgestellt hat.¹³⁶ Dementsprechend haben die eidgenössischen Räte die Motion *Birrer-Heimo* 13.3931 auf Antrag des Bundesrates am 13.12.2013¹³⁷ bzw. 12.6.2014¹³⁸ angenommen. Soweit ersichtlich sind aus diesem Vorstoss derzeit jedoch noch keine konkreten Gesetzgebungsvorhaben entstanden.

3. Der Musterprozess

Ein Muster- oder Pilotprozess bezeichnet die Situation, dass eine bestimmte Streitigkeit zunächst nur im Rahmen eines Individualprozesses zwischen zwei Parteien geführt wird, dessen Ausgang auch für andere, am Prozess nicht direkt beteiligte Personen massgeblich ist.¹³⁹ Bereits begonnene Individualprozesse sind entweder auf Antrag oder nach gerichtlichem Ermessen bis zur Erledigung des Testverfahrens zu sistieren (vgl. Art. 126 Abs. 1 ZPO *in fine*).¹⁴⁰

Zwar wäre es denkbar, dass das Gesetz Musterverfahren in bestimmten Situationen vorschreibt oder ermöglicht, wie etwa das deutsche KapMuG,¹⁴¹ doch kennt die schweizerische Rechtsordnung keine derartigen Bestimmungen.¹⁴² Solche müssten jedenfalls genügend präzise formuliert und restriktiv ausgelegt werden, denn die (unter Umständen auch nur zeitweise) Verweigerung des Zugangs zu einem Gericht steht im Widerspruch zum verfassungsrechtlich vorgegebenen Verbot der Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung (Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 EMRK). Im geltenden Recht möglich ist jedoch innerhalb der üblichen gesetzlichen Schranken die Durchführung eines Musterprozesses

¹³⁶ Bericht des Bundesrates zum kollektiven Rechtsschutz (Fn. 16), 55 ff.

¹³⁷ AB 2013 N 2204.

¹³⁸ AB 2014 S 539.

¹³⁹ Fritz Baur, Der «Musterprozess», in Habscheid et al. (Hrsg.), Freiheit und Zwang, FS Giger, Bern 1989, 15 ff., 16.

¹⁴⁰ Spühler (Fn. 30), Art. 89 N 7.

¹⁴¹ Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten, vom 19.10.2012 (Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz), BGBl. I S. 2182. Vgl. hierzu den Bericht des Bundesrates zum kollektiven Rechtsschutz (Fn. 16), 29.

¹⁴² Bericht des Bundesrates zum kollektiven Rechtsschutz (Fn. 16), 28.

kraft vertraglicher Vereinbarung.¹⁴³ Derartige Abreden umfassen typischerweise sowohl Massgeblichkeitsvereinbarungen, mit welchen die Rechtskraft des Testverfahrens vertraglich auf daran nicht Beteiligte Dritte ausgedehnt wird, als auch Stillhaltevereinbarungen, welche es den nicht unmittelbar am Pilotprozess Beteiligten für die Dauer dieses Verfahrens verbieten, in der gleichen Sache selbst zu prozessieren.¹⁴⁴

III. Fazit

Wie vorstehend aufgezeigt begegnete, der Gesetzgeber den als Fremdkörper empfundenen Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes lange Zeit mit Skepsis oder gar offener Ablehnung. Neben dogmatischen Bedenken ist diese Haltung durch berechnete Vorbehalte gegenüber der US-amerikanischen Prozesskultur, insbesondere im Gewand der *class action*, begründet. Deshalb ist die gemeinschaftliche Interessensdurchsetzung im schweizerischen Privatrecht erst punktuell möglich. In jüngster Zeit sind jedoch mehr oder weniger zaghafte Entwicklungen in Richtung eines wirksameren kollektiven Rechtsschutzes zu beobachten, gerade im Nachgang zu den Anleger-Grossschäden infolge der Finanzkrise.¹⁴⁵

¹⁴³ Müller (Fn. 44), 813; mit Vorbehalten Harald Koch, Verbraucherprozessrecht, Heidelberg 1990, 30 f.

¹⁴⁴ Baur (Fn. 139), 16.

¹⁴⁵ Dasser/Stolzke (Fn. 93), 264 f.