

Philipp Haberbeck

Konkreter Diskussionsvorschlag für eine neue ZPO-Bestimmung betreffend Gruppenklagen

Im Juni 2014 nahm der Ständerat als Zweitrat die von Prisca Birrer-Heimo im September 2013 eingereichte Motion «kollektive Rechtsdurchsetzung» einstimmig an. Wie die Reaktionen auf die im Rahmen der FIDLEG-Vernehmlassung zur Diskussion gestellten Vorschläge des Bundesrates gezeigt haben, dürfte der legislative Weg der Einführung einer Gruppenklage in die ZPO lang und schwierig sein. Das Ziel dieses Beitrags ist es, im Sinne einer «plastischen Visualisierung» einer Gruppenklage-Bestimmung erste Gedanken zu einer konkreten gesetzlichen Regelung dieses Themas in die aktuelle Diskussion über die Einführung einer Gruppenklage einzubringen.

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Zivilprozessrecht

Zitiervorschlag: Philipp Haberbeck, Konkreter Diskussionsvorschlag für eine neue ZPO-Bestimmung betreffend Gruppenklagen, in: Jusletter 12. Januar 2015

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Konkreter Vorschlag für eine neue ZPO-Bestimmung betreffend Gruppenklagen
 - A. Neuer Art. 89bis rev. ZPO
 - B. Diskussion des neuen Art. 89bis rev. ZPO
 - 1. Art. 89bis Abs. 1 rev. ZPO
 - 1.1. Vorbemerkung: Verzicht auf eine Definition von Gruppenklagen
 - 1.2. Zweck von Art. 89bis Abs. 1 rev. ZPO
 - 1.3. Art. 89bis Abs. 1 rev. ZPO im Einzelnen
 - 2. Art. 89bis Abs. 2 rev. ZPO
 - 2.1. Zweck von Art. 89bis Abs. 2 rev. ZPO
 - 2.2. Art. 89bis Abs. 2 rev. ZPO im Einzelnen
 - a) Angaben gemäss Art. 221 Abs. 1 ZPO
 - b) Begründungserfordernis
 - Art. 89bis Abs. 3 rev. ZPO
 - 3. Art. 89bis Abs. 4 rev. ZPO
 - 3.1. Zweck von Art. 89bis Abs. 4 rev. ZPO
 - 3.2. Art. 89bis Abs. 4 rev. ZPO im Einzelnen
 - 4. Art. 89bis Abs. 5 rev. ZPO
 - 5. Art. 89bis Abs. 6 rev. ZPO
 - 5.1. Zweck von Art. 89bis Abs. 6 rev. ZPO
 - 5.2. Art. 89bis Abs. 6 rev. ZPO im Einzelnen
 - 6. Art. 89bis Abs. 7 rev. ZPO
 - 6.1. Art. 89bis Abs. 7 Satz 1 rev. ZPO
 - 6.2. Art. 89bis Abs. 7 lit. a rev. ZPO
 - 6.3. Art. 89bis Abs. 7 lit. b rev. ZPO
 - 6.4. Art. 89bis Abs. 7 lit. c rev. ZPO
 - 6.5. Art. 89bis Abs. 7 lit. d rev. ZPO
 - 6.6. Art. 89bis Abs. 7 lit. e rev. ZPO
 - 7. Art. 89bis Abs. 8 rev. ZPO
 - 8. Art. 89bis Abs. 9 rev. ZPO
 - 9. Art. 89bis Abs. 10 rev. ZPO
 - 9.1. Zweck von Art. 89bis Abs. 10 rev. ZPO
 - 9.2. Art. 89bis Abs. 10 rev. ZPO im Einzelnen
- I. Schlussbemerkung

I. Einleitung

[Rz 1] Die Frage, ob in die Schweizer Zivilprozessordnung (ZPO) eine Form der Gruppenklage eingeführt werden soll, wird seit einiger Zeit politisch¹ und in der Lehre² intensiv diskutiert.

¹ Siehe insbesondere: den Bericht des Bundesrates «*Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz — Bestandesaufnahme und Handlungsmöglichkeiten*» vom 3. Juli 2013, hiernach: «**Bericht des Bundesrates**» (gefunden auf: <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2013/2013-07-03/ber-br-d.pdf>); die am 13. Dezember 2013 vom Nationalrat angenommene (http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/n/4911/428637/d_n_4911_428637_428783.htm) Motion Nr. 13.3931 vom 27. September 2013, eingereicht von Frau Prisca Birrer-Heimo (gefunden auf: http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20133931, im Folgenden «*Motion Birrer-Heimo*»); den Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 3. April 2014, in welchem dem Ständerat beantragt wird, die erwähnte Motion anzunehmen (siehe: http://www.parlament.ch/sites/kb/2013/Kommissionsbericht_RK-S_13.3931_2014-04-03.pdf). Diese und alle weiteren in diesem Artikel erwähnten Webseiten wurden zum letzten Mal besucht am 16. Dezember 2014.

² Siehe etwa: SAMUEL P. BAUMGARTNER, *Class Actions and Group Litigation in Switzerland*, in: *Northwestern Journal of International Law & Business*, Volume 27, Issue 2 Winter 2007, S. 301 ff.; LEANDRO PERUCCHI, *Class actions für die Schweiz*, in: *AJP/PJA* 4/2011, S. 489 ff.; MARTIN BERNET / MICHAEL HESS, *Sammelklagen und kollektiver Rechts-*

[Rz 2] Interessant ist, dass die im Rahmen der FIDLEG³-Vernehmlassung zur Diskussion gestellten Vorschläge des Bundesrates, ein spezielles Schiedsgericht für Kundenansprüche gegen Finanzdienstleister, einen Prozesskostenfonds sowie eine Verbandsklage und ein Gruppenvergleichsverfahren einzuführen⁴, politisch nicht durchsetzbar zu sein scheinen.⁵ Dies dürfte dem Bundesrat hinsichtlich der ihm vom Parlament gestellten Aufgabe, einen Gesetzesentwurf über eine Art Gruppenklage auszuarbeiten⁶, wichtige Indikationen geben.

[Rz 3] Der Beitrag hat zum Ziel, in die einschlägige Diskussion einen ersten konkreten Vorschlag für eine gesetzliche Implementierung einer schweizerischen Gruppenklage einzubringen.

[Rz 4] Dem Autor ist bewusst, dass der legislative Weg der Einführung einer Gruppenklage in die ZPO lang und schwierig sein wird. Entsprechend ist der hier vorgestellte neue Art. 89^{bis} rev. ZPO als Denkanstoss und Diskussionsbeitrag auf diesem Weg zu betrachten.

II. Konkreter Vorschlag für eine neue ZPO-Bestimmung betreffend Gruppenklagen

[Rz 5] Nachfolgend wird zu Diskussionszwecken erst ein neuer Art. 89^{bis} rev. ZPO betreffend Gruppenklagen vorgestellt. Danach wird der Entwurf einer solchen neuen Bestimmung im Einzelnen diskutiert.

[Rz 6] Vorab ist kurz auf die systematische Stellung einer solchen neuen Bestimmung einzugehen. Eine neue Bestimmung über Gruppenklagen könnte in den sechsten Titel der ZPO eingefügt werden, weil in diesem Titel die verschiedenen Klagearten behandelt werden. Insbesondere behandelt Art. 89 ZPO⁷ die Verbandsklage, die eine Form einer kollektiven Klage darstellt. Es bietet sich aus systematischer Sicht deshalb an, das neue Institut einer Gruppenklage direkt anschliessend an die Verbandsklage als Art. 89^{bis} rev. ZPO einzufügen.

schutz — neueste Entwicklungen in Europa und der Schweiz, in: Anwaltsrevue 10/2012, S. 451 ff.; CHRISTIAN KÖLZ, Braucht es in der Schweiz Sammelklagen?, ZBJV 11/2013 vom 14. November 2013, S. 865 ff.; MARINA JOOS, Vers une «class action» Helvétique?, in: Anwaltsrevue 11/12 2013, S. 487 ff.; PETER HAAS / GRÉGOIRE MANGEAT, in: The International Comparative Legal Guide to Class & Group Actions 2015, 7. Auflage, Switzerland Chapter; PHILIPP HABERBECK, Gedanken zur Schliessung der Lücke im Rechtsschutzsystem der Schweiz betreffend die effektive Durchsetzung von Massen- und Streuschäden, in: Jusletter 24. März 2014; «Streitgespräch» zwischen PHILIPP WEBER und PHILIPP HABERBECK, in: plädoyer 3/14 vom 26. Mai 2014, S. 6 ff.

³ Entwurf eines Bundesgesetzes über die Finanzdienstleistungen (Finanzdienstleistungsgesetz, FIDLEG).

⁴ Siehe die Vernehmlassungsvorlage sowie weitere Informationen zum Entwurf eines FIDLEG auf <http://www.admin.ch/aktuell/00089/index.html?lang=de&msg-id=53561>.

⁵ Siehe HANSUELI SCHÖCHLI, Der Finanzsektor lehnt sich gegen den Bundesrat auf, NZZ vom 26. November 2014, S. 23.

⁶ Am 12. Juni 2014 nahm der Ständerat als Zweitrat einstimmig die Motion Birrer-Heimo (Fn. 1) an, womit der Bundesrat vom Parlament «beauftragt [wurde], die notwendigen Gesetzesänderungen auszuarbeiten, welche es einer grossen Anzahl gleichartig Geschädigter erleichtern [sollen], ihre Ansprüche gemeinsam vor Gericht geltend zu machen».

⁷ Art. 89 ZPO lautet: «[Abs. 1] Vereine und andere Organisationen von gesamtschweizerischer oder regionaler Bedeutung, die nach ihren Statuten zur Wahrung der Interessen bestimmter Personengruppen befugt sind, können in eigenem Namen auf Verletzung der Persönlichkeit der Angehörigen dieser Personengruppen klagen. [Abs. 2] Mit der Verbandsklage kann beantragt werden: [lit. a] eine drohende Verletzung zu verbieten; [lit. b] eine bestehende Verletzung zu beseitigen; [lit. c] die Widerrechtlichkeit einer Verletzung festzustellen, wenn sich diese weiterhin störend auswirkt. [Abs. 3] Besondere gesetzliche Bestimmungen über die Verbandsklage bleiben vorbehalten.»

A. Neuer Art. 89bis rev. ZPO

Art.89bis Gruppenklagen

¹ Wird eine Klage als Gruppenklage anhängig gemacht, ist in der Klage ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass die Klage sowohl für einen oder mehrere in der Klage namentlich genannte Klägerrepräsentanten als auch für eine nicht namentlich genannte Vielzahl gleichartig Geschädigter eingereicht wird.

² Zusätzlich zu den in Art. 221 Abs. 1 aufgeführten Punkten enthält eine als Gruppenklage eingereichte Klage eine Begründung, weshalb die Klage vom Gericht als Gruppenklage zu behandeln sei. Diese Begründung äussert sich insbesondere zur Anzahl der Kläger, zur Gleichartigkeit oder Ähnlichkeit der relevanten Sachverhalts- und Rechtsfragen sowie zu den Klägerrepräsentanten, insbesondere zu den Umständen ihrer Schädigung sowie zu ihrer Bildung, ihrem Beruf und ihrer allfälligen Prozesserrfahrung.

³ Die Kantone bezeichnen für ihr Gebiet ein für Gruppenklagen ausschliesslich zuständiges Gericht.

⁴ Das für Gruppenklagen zuständige Gericht entscheidet nach mündlicher oder schriftlicher Anhörung der Gegenpartei darüber, ob die als Gruppenklage eingereichte Klage als Gruppenklage behandelt werden soll. Diesbezüglich berücksichtigt das Gericht insbesondere die Anzahl der Kläger, die Gleichartigkeit oder Ähnlichkeit der relevanten Sachverhalts- und Rechtsfragen, die Geeignetheit des oder der Klägerrepräsentanten sowie die Geeignetheit des oder der Prozessvertreter der Kläger. Lässt das Gericht die Klage nicht als Gruppenklage zu, bestimmt es unverzüglich das weitere Vorgehen, das insbesondere in einer Prozessüberweisung auf Antrag der Kläger bestehen kann.

⁵ Lässt das für Gruppenklagen zuständige Gericht die Klage als Gruppenklage zu, ordnet es die geeignete Bekanntmachung der Gruppenklage an sowie welche Partei die hierfür anfallenden Kosten vorläufig zu tragen hat. In der Bekanntmachung ist insbesondere darüber zu informieren, bis zu welchem Zeitpunkt Geschädigte ihre Teilnahme an der Gruppenklage erklären können.

⁶ Die Teilnahmeerklärung ist bis zum vom Gericht festgesetzten Zeitpunkt mündlich oder schriftlich beim Gericht oder bei einer vom Gericht bezeichneten Stelle abzugeben. Möglich ist auch eine durch den oder die Prozessvertreter gestützt auf eine Vollmacht abgegebene Teilnahmeerklärung.

⁷ Das für Gruppenklagen zuständige Gericht leitet das Verfahren und ordnet alles Erforderliche für eine möglichst effiziente und zügige Prozesserrledigung an. Insbesondere kann das Gericht:

- a. anordnen, dass zwei oder mehrere bis zu einem vom Gericht bestimmten Zeitpunkt anhängig gemachte Gruppenklagen zu vereinigen sind;
- b. unter verschiedenen Prozessvertretern, die Kläger in einer Gruppenklage vertre-

- ten, einen Hauptvertreter bestimmen, der die Kläger gegenüber dem Gericht vertritt;
- c. dem oder den Klägerrepräsentanten gegenüber dem Gericht, den anderen Klägern oder dem Prozessvertreter Mitteilungs-, Überwachungs- oder andere Aufgaben auferlegen;
 - d. festlegen, dass ein von den Klägern gewähltes oder vom Gericht aus den Reihen der Kläger oder durch geeignete Dritte besetztes Gremium zur Überwachung und Instruktion des Prozessvertreters bestellt wird;
 - e. geeignete Beweiserleichterungen gewähren, insbesondere anordnen, dass für bestimmte rechtserhebliche und streitige Tatsachen nicht für alle Gruppenkläger einzeln Beweis abzunehmen ist, sondern dass die Beweisführung durch geeignete Massnahmen wie Kategorisierungen oder Expertisen erleichtert wird.

⁸ Für Gruppenklagen werden weder Kostenvorschüsse noch eine Sicherheitsleistung für die Parteientschädigung erhoben.

⁹ Gruppenkläger sind von einer solidarischen Haftung für Gerichtskosten und die Parteientschädigung befreit.

¹⁰ Im Rahmen von Gruppenklagen dürfen zwischen Prozessvertretern und Gruppenklägern auch reine Erfolgshonorare vereinbart werden. Das für Gruppenklagen zuständige Gericht oder das Gremium gemäss Abs. 7 lit. d prüft, dass entsprechende Vereinbarungen die Gruppenkläger nicht übervorteilen.

B. Diskussion des neuen Art. 89bis rev. ZPO

[Rz 7] Nachfolgend werden die einzelnen Absätze des vorstehend vorgestellten neuen Art. 89bis rev. ZPO erläutert.

1. Art. 89bis Abs. 1 rev. ZPO

1.1. Vorbemerkung: Verzicht auf eine Definition von Gruppenklagen

[Rz 8] Art. 89bis rev. ZPO enthält keine Definition von Gruppenklagen. Hierauf wird nicht nur wegen der mit einer solchen Definition verbundenen Schwierigkeiten verzichtet, sondern auch deshalb, weil den Gerichten die nicht von einer Definition eingeschränkte Beurteilungsfreiheit eingeräumt werden sollte, im Lichte des konkreten Einzelfalles zu bestimmen, ob es aufgrund aller relevanten Umstände sinnvoll und gerechtfertigt ist, eine als Gruppenklage eingereichte Klage als Gruppenklage zu behandeln (vgl. Art. 89bis Abs. 4 rev. ZPO). Es ist zu bezweifeln, dass eine Definition des Begriffs «Gruppenklagen» bei diesem einzelfallweise zu treffenden Entscheid hilfreich wäre. Es dürfte den Gerichten sowie weiteren Adressaten der ZPO klar sein, welche Klageart grundsätzlich als Gruppenklage zu betrachten ist, nämlich Klagen, die eine grössere Gruppe von gleichartig betroffenen Personen umfassen. Beim Entscheid, ob es im konkreten Einzelfall sinnvoll und gerechtfertigt ist, eine Klage als Gruppenklage gemäss Art. 89bis rev. ZPO zu behandeln, sind dann jedoch so viele einzelne Faktoren zu berücksichtigen, dass es schwierig oder gar unmöglich sein dürfte, alle diese Faktoren in einer passenden Definition zusammenzufassen.

[Rz 9] Ein relevanter Faktor ist die Anzahl der Kläger bzw. im Zeitpunkt der Klageeinreichung potentiellen Klägers, wobei es von den konkreten Umständen abhängen dürfte, diesbezüglich eine Mindestschwelle zu definieren. Dies spricht gegen den Versuch, das Kriterium der Vielzahl von Klägern bzw. betroffenen Geschädigten in einer Definition genauer zu umschreiben. Es dürfte vielmehr ausreichend sein, mit dem Begriff «*Vielzahl*» auszudrücken, dass eine Gruppenklage eine grössere Anzahl von betroffenen Geschädigten voraussetzt, deren Mindesthöhe im Lichte der konkreten Umstände von den Gerichten zu bestimmen ist.

[Rz 10] Ein weiterer relevanter Faktor ist die Gleichartigkeit oder Ähnlichkeit der relevanten Tatbestands- und Rechtsfragen. Auch hinsichtlich dieses Aspekts dürfte es schwierig sein, in einer Definition genauer zu umschreiben, welcher Qualität diese Gleichartigkeit oder Ähnlichkeit zu sein habe, damit eine Klage als Gruppenklage qualifiziert. Deshalb ist es vorzuziehen, es dem Gericht zu überlassen, die betreffende Abgrenzung auf den Einzelfall bezogen im Lichte aller relevanten Umstände vorzunehmen.

1.2. Zweck von Art. 89bis Abs. 1 rev. ZPO

[Rz 11] Zweck von Abs. 1 des hier vorgestellten Art. 89^{bis} rev. ZPO ist, den Vertretern von Gruppenklagen vorzuschreiben, bei Einreichung einer Gruppenklage in der Klageschrift ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass die Klage als Gruppenklage anhängig gemacht wird. Dies erlaubte den Gerichten, als Gruppenklagen eingereichte Klagen ohne Schwierigkeiten als solche zu erkennen und den zuständigen Stellen zukommen zu lassen. Dies wäre insbesondere dann relevant, wenn sich ein Gericht nicht ausschliesslich mit Gruppenklagen, sondern auch mit anderen Klagearten beschäftigte, was der Regelfall sein dürfte, da es unwahrscheinlich erscheint, dass die Kantone bei einer Zuständigkeitskonzentration (vgl. Art. 89^{bis} Abs. 3 rev. ZPO) nicht einem bereits bestehenden Gericht (z.B. Ober- oder Handelsgericht) die Zuständigkeit für Gruppenklagen zuwiesen, sondern hierfür ein separates Gericht schafften.

1.3. Art. 89bis Abs. 1 rev. ZPO im Einzelnen

[Rz 12] Der in Art. 89^{bis} Abs. 1 rev. ZPO verwendete Begriff der «*Klage*» ist offensichtlich unproblematisch, insbesondere weil er in der ZPO sehr häufig verwendet wird. Entsprechend ist klar, dass bezüglich des hier verwendeten Begriffs der Gruppenklage allenfalls der erste Wortteil zu Diskussionen Anlass geben könnte, nicht jedoch der zweite Teil dieses Begriffs. Im Ergebnis spielt es aber keine Rolle, ob als Begriff *Gruppenklage*, *Sammelklage* oder, um ein weiteres Beispiel zu geben, *Kollektivklage* verwendet wird. In diesem Beitrag wird der Begriff Gruppenklage verwendet, weil er am besten ausdrückt, dass entsprechende Klagen für eine Gruppe gleichartig Geschädigter geführt werden.

[Rz 13] Der in Art. 89^{bis} Abs. 1 rev. ZPO verwendete Begriff des oder der «*Klägerrepräsentanten*» wäre neu. Mit diesem Begriff werden hier der oder die Kläger bezeichnet, die in der Klage als namentlich genannte Kläger auftreten und gleichzeitig für die Gruppe der in der Klage nicht namentlich genannten, sich unter Umständen erst in einem späteren Zeitpunkt der Gruppenklage anschliessenden Kläger stehen. Ob solche Kläger als Klägerrepräsentanten oder mit einem anderen Begriff bezeichnet werden (wie z.B. «*Gruppenrepräsentanten*», «*Gruppenvertreter*» oder «*Explizitkläger*»), ist nicht entscheidend. Entscheidend ist nur, mit einem solchen Begriff die beiden unterschiedlichen Arten von an einer Gruppenklage beteiligten Klägern zu unterscheiden (in

der Klage namentlich genannte sowie nicht namentlich genannte Kläger), insbesondere weil das Gericht den in der Klage namentlich aufgeführten Klägern nach dem hier diskutierten Vorschlag unter Umständen gewisse Aufgaben übertragen kann (siehe Art. 89^{bis} Abs. 7 lit. c rev. ZPO).

[Rz 14] Auf die in der Klage nicht namentlich genannten Kläger wird in Art. 89^{bis} Abs. 1 rev. ZPO als «*Vielzahl gleichartig Geschädigter*» verwiesen.

[Rz 15] Der Begriff «*Vielzahl*» drückt wie bereits erwähnt aus, dass es sich um eine grössere Gruppe von Klägern handeln muss, ohne die Grösse dieser Gruppe zu quantifizieren. Das Wort *Vielzahl* ist im vorliegenden Kontext dahingehend neutral, dass es nur ausdrückt, dass eine grössere Zahl von Personen umfasst sein muss, ohne eine exakte quantitative Wertung zu implizieren.

[Rz 16] Das in Art. 89^{bis} Abs. 1 rev. ZPO verwendete Wort «*gleichartig*» soll ausdrücken, dass Gruppenklagen definitionsgemäss voraussetzen, dass die Betroffenen auf eine gleiche oder ähnliche Art geschädigt wurden, wodurch sich für alle Betroffenen gleiche oder ähnliche Rechts- und Tatfragen bezüglich der Prüfung ihrer Ansprüche ergeben.⁸ In den USA spricht man diesbezüglich von der Voraussetzung der «*commonality*».⁹ Wie gleich bzw. ähnlich die relevanten Rechts- und Tatfragen sein müssen, damit eine Klage als Gruppenklage zuzulassen ist, ist einer der Punkte, die vom zuständigen Gericht im Lichte aller konkreten Umstände zu bestimmen sind (vgl. Art. 89^{bis} Abs. 4 rev. ZPO). Eine diesbezügliche gesetzgeberische Präzisierung dürfte kaum möglich sein, weshalb es vorzuziehen ist, die Konkretisierung dieser Voraussetzung der Rechtsprechung zu überlassen.

[Rz 17] Dass in Art. 89^{bis} Abs. 1 rev. ZPO die betreffenden Kläger als «*Geschädigte*» bezeichnet werden, liegt daran, dass Gruppenklagen als Anspruchsberechtigte definitionsgemäss vertraglich oder ausservertraglich Geschädigte voraussetzen.

2. Art. 89bis Abs. 2 rev. ZPO

2.1. Zweck von Art. 89bis Abs. 2 rev. ZPO

[Rz 18] Art. 89^{bis} Abs. 2 rev. ZPO hat einen doppelten Zweck. Einerseits legt er fest, dass als Gruppenklage eingereichte Klagen die in Art. 221 Abs. 1 ZPO¹⁰ aufgeführten Punkte erfüllen müssen. Andererseits verlangt Art. 89^{bis} Abs. 2 rev. ZPO als zusätzliche inhaltliche Voraussetzung, dass Gruppenklagen auch eine Begründung enthalten müssen, warum die betreffende Klage vom zuständigen Gericht als Gruppenklage behandelt werden solle. Dieses Begründungserfordernis bezieht sich auf den vom Gericht zu fällenden Entscheid über die Zu- oder Nichtzulassung der Klage als Gruppenklage (siehe Art. 89^{bis} Abs. 4 rev. ZPO).

⁸ Vgl. den Bericht des Bundesrates, S. 9.

⁹ Siehe etwa JANET COOPER ALEXANDER, An Introduction to Class Action Procedure in the United States, verfasst für die in Genf vom 21.—22. Juli 2000 durchgeführte Konferenz «Group Litigation in Comparative Perspective» (gefunden auf: <http://law.duke.edu/grouplit/papers/classactionalexander.pdf>), S. 4, und NICHOLAS M. PACE, Class Actions in the United States of America: An Overview of the Process and the Empirical Literature, 2007 (gefunden auf: http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/USA__National_Report.pdf), S. 6.

¹⁰ Art. 221 Abs. 1 ZPO lautet: «Die Klage enthält: a. die Bezeichnung der Parteien und allfälliger Vertreterinnen und Vertreter; b. das Rechtsbegehren; c. die Angabe des Streitwerts; d. die Tatsachenbehauptungen; e. die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen; f. das Datum und die Unterschrift.»

2.2. Art. 89bis Abs. 2 rev. ZPO im Einzelnen

a) Angaben gemäss Art. 221 Abs. 1 ZPO

[Rz 19] Art. 221 Abs. 1 ZPO bestimmt den Mindestinhalt¹¹ einer Klageschrift. Eine Gruppenklage kann und sollte diesen Anforderungen ebenfalls entsprechen.

[Rz 20] Die in lit. a der betreffenden Bestimmung geforderte «*Bezeichnung der Parteien und allfälliger Vertreterinnen und Vertreter*» dürfte unproblematisch sein, sicher hinsichtlich des oder der Beklagten, da sich eine Gruppenklage von anderen Klagen in dieser Hinsicht nicht unterscheidet. Aber auch mit Bezug auf die Bezeichnung der Kläger dürften sich in dem Sinne keine Schwierigkeiten ergeben, als in einer Gruppenklage der oder die Klägerrepräsentanten namentlich als Kläger bezeichnet würden (siehe Art. 89^{bis} Abs. 1 rev. ZPO). Selbstredend würde sich eine Gruppenklage von anderen Klagearten dadurch unterscheiden, dass in der Klage auch auf die im Zeitpunkt der Klageeinreichung häufig noch nicht abschliessend bekannte Anzahl gleichartig Geschädigter hinzuweisen wäre (a.a.O.).

[Rz 21] Betreffend der Bezeichnung allfälliger Vertreterinnen und Vertreter dürften sich gegenüber bereits in der ZPO vorgesehenen Klagen keine Besonderheiten ergeben.

[Rz 22] Das gemäss Art. 221 Abs. 1 lit. b ZPO in der Klage aufzunehmende Rechtsbegehren dürfte bei Gruppenklagen typischerweise als Leistungsbegehren auf Zahlung einer Geldsumme zu formulieren sein. In dieser Hinsicht dürften sich mit Blick auf Gruppenklagen keine Schwierigkeiten ergeben. Dass die Gruppe der betreffenden Kläger im Moment der Klageeinreichung gegebenenfalls noch nicht abschliessend bekannt ist, dürfte bei einem entsprechenden Rechtsbegehren («Die Beklagte sei zu verurteilen, den Klägern CHF xy zu bezahlen») unproblematisch sein.

[Rz 23] Die Angabe des Streitwerts (Art. 221 Abs. 1 lit. c ZPO) dürfte bei Gruppenklagen häufig dahingehend schwierig sein, dass im Zeitpunkt der Einreichung der Gruppenklage die genaue Forderungs- und damit Streitwerthöhe noch nicht bestimmt werden kann, da diese insbesondere davon abhängt, wie viele Geschädigte sich der Gruppenklage anschliessen werden. Dass bei Klageeinreichung noch kein Streitwert beziffert werden kann, ist jedoch unproblematisch, weil die ZPO gemäss Art. 85 ZPO¹² unbezifferte Forderungsklagen insbesondere dann zulässt, wenn es für den Kläger unmöglich ist, die eingeklagte Forderung bereits im Zeitpunkt der Klageeinreichung zu quantifizieren. Eine unter Umständen bei Gruppenklagen effektiv bestehende Unmöglichkeit, im Zeitpunkt der Klageeinreichung die Streitwerthöhe zu bestimmen, dürfte klar unter Art. 85 ZPO subsumierbar sein.

[Rz 24] Dass der Kläger dem Gericht das faktische Fundament seiner Klage darzulegen hat (Art. 221 Abs. 1 lit. d ZPO), wirft bezüglich Gruppenklagen gemäss Art. 89^{bis} rev. ZPO keine Besonderheiten auf. Auch in einer als Gruppenklage anhängig gemachten Klage wären selbstverständlich alle Tatsachen darzulegen, die das Fundament der rechtlich geltend gemachten Ansprüche bilden.

¹¹ Gemäss Art. 221 Abs. 3 ZPO ist eine rechtliche Begründung nicht zwingend, sondern fakultativ («Die Klage kann eine rechtliche Begründung enthalten.»).

¹² Art. 85 ZPO lautet: «[Abs. 1] Ist es der klagenden Partei unmöglich oder unzumutbar, ihre Forderung bereits zu Beginn des Prozesses zu beziffern, so kann sie eine unbezifferte Forderungsklage erheben. Sie muss jedoch einen Mindestwert angeben, der als vorläufiger Streitwert gilt. [Abs. 2] Die Forderung ist zu beziffern, sobald die klagende Partei nach Abschluss des Beweisverfahrens oder nach Auskunftserteilung durch die beklagte Partei dazu in der Lage ist. Das angerufene Gericht bleibt zuständig, auch wenn der Streitwert die sachliche Zuständigkeit übersteigt.»

[Rz 25] Ähnlich verhält es sich mit der «*Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen*», die von Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO verlangt wird. Soweit vorhanden, wären bereits in der Gruppenklage vorhandene Beweismittel zu bezeichnen oder — im Falle von Urkunden — der Klage beizulegen¹³, wobei die Möglichkeit bestünde, in einem späteren Verfahrensstadium zusätzliche Beweismittel zu offerieren (Art. 229 Abs. 2 ZPO¹⁴).

[Rz 26] Dass auch eine als Gruppenklage eingereichte Klage zu datieren und unterzeichnen wäre (Art. 221 Abs. 1 lit. f ZPO), versteht sich von selbst und dürfte unproblematisch sein, weil entsprechende Klagen immer von bevollmächtigten Prozessvertretern eingereicht werden dürften, die mit diesem Erfordernis vertraut sind.

b) Begründungserfordernis

[Rz 27] Das für Gruppenklagen zuständige Gericht müsste entscheiden, ob es im Lichte der konkreten Umstände sinnvoll ist, dass eine als Gruppenklage eingereichte Klage effektiv als solche Klage behandelt wird (siehe Art. 89^{bis} Abs. 4 rev. ZPO). Hierfür benötigte das Gericht sachdienliche Informationen, die ihm in erster Linie vom Kläger zu liefern wären. Dies ist der Zweck der von Art. 89^{bis} Abs. 2 rev. ZPO verlangten Begründung, weshalb die Klage als Gruppenklage zu behandeln sei.

[Rz 28] Art. 89^{bis} Abs. 2 rev. ZPO ist hinsichtlich des Inhalts der erwähnten Begründung bewusst offen formuliert («*insbesondere*»), weil nicht vom Gesetz abschliessend determiniert werden sollte, welche Faktoren im vorliegenden Zusammenhang zu berücksichtigen wären. Je nach den konkreten Umständen könnten Faktoren eine Rolle spielen, die vom Gesetzgeber nicht antizipiert wurden, weshalb es sich rechtfertigen dürfte, in Art. 89^{bis} Abs. 2 Satz 2 rev. ZPO ohne Anspruch auf Vollständigkeit nur einige Hauptfaktoren im Sinne einer illustrativen beispielhaften Aufzählung aufzuführen.

[Rz 29] Einer der relevanten Hauptfaktoren ist die Anzahl der Kläger (a.a.O.), insbesondere hinsichtlich der unteren Schwelle, die erreicht sein sollte, um die Zulassung der Klage als Gruppenklage gemäss Art. 89^{bis} rev. ZPO zu rechtfertigen. So liegt es auf der Hand, dass bei einer Anzahl von z.B. sieben oder acht Klägern die bereits bestehenden Instrumente wie etwa die einfache Streitgenossenschaft (Art. 71 ZPO¹⁵) ausreichend wären und eine Behandlung der Klage als Gruppenklage nicht gerechtfertigt wäre. Die Bestimmung einer entsprechenden unteren Schwelle wäre jedoch wie erwähnt nicht im Gesetz, sondern vom Gericht im Lichte aller Umstände des konkreten Falles vorzunehmen. Entsprechend enthält Art. 89^{bis} rev. ZPO keinen Versuch einer Quantifizierung der Voraussetzung der grösseren Zahl gleichartig Geschädigter, verlangt aber erläuternde Ausführungen des Klägers zu diesem Aspekt, wie z.B. eine Schätzung der Gesamtzahl betroffener Geschädigter.

[Rz 30] Die Gleichartigkeit oder Ähnlichkeit der Sachverhalts- und Rechtsfragen ist offensicht-

¹³ Siehe hierzu etwa ERIC PAHUD, in: ZPO Kommentar, Alexander Brunner / Dominik Gasser / Ivo Schwander (Hrsg.), Zürich/St. Gallen 2011, Rz. 14 zu Art. 221 ZPO.

¹⁴ Art. 229 Abs. 2 ZPO lautet: «*Hat weder ein zweiter Schriftenwechsel noch eine Instruktionsverhandlung stattgefunden, so können neue Tatsachen und Beweismittel zu Beginn der Hauptverhandlung unbeschränkt vorgebracht werden.*»

¹⁵ Art. 71 ZPO lautet: «*[Abs. 1] Sollen Rechte und Pflichten beurteilt werden, die auf gleichartigen Tatsachen oder Rechtsgründen beruhen, so können mehrere Personen gemeinsam klagen oder beklagt werden. [Abs. 2] Die einfache Streitgenossenschaft ist ausgeschlossen, wenn für die einzelnen Klagen nicht die gleiche Verfahrensart anwendbar ist. [Abs. 3] Jeder Streitgenosse kann den Prozess unabhängig von den andern Streitgenossen führen.*»

lich ebenfalls ein Hauptfaktor, der sich auf die Beantwortung der Frage auswirkt, ob eine als Gruppenklage eingereichte Klage effektiv eine Vielzahl von Klägern erfasst, deren Ansprüche auf effiziente Art und Weise nur im Rahmen einer Gruppenklage nach Art. 89^{bis} rev. ZPO beurteilt werden können.

[Rz 31] Es wäre sehr schwierig, die Voraussetzung der Gleichartigkeit oder Ähnlichkeit im Gesetz genauer zu umschreiben, weshalb Art. 89^{bis} rev. ZPO keine Qualifikation der hier diskutierten Voraussetzung enthält, aber den Kläger auffordert, dem Gericht hierzu erläuternde Ausführungen zu unterbreiten, wie z.B. zur Frage, ob im konkreten Fall bezüglich der Bestimmung der einzelnen Schadenssummen oder des Kausalzusammenhangs aufgrund der Gleichartigkeit oder Ähnlichkeit der relevanten Umstände etwa mit Kategorisierungen und Schematisierungen operiert werden könne.

[Rz 32] Zu den Klägerrepräsentanten, also den in der Klage namentlich genannten Klägern, muss sich der Kläger gemäss Art. 89^{bis} Abs. 2 Satz 2 rev. ZPO deshalb äussern, weil Art. 89^{bis} Abs. 7 lit. c rev. ZPO vorsieht, dass das Gericht dem oder den Klägerrepräsentanten bei Geeignetheit und Erforderlichkeit gewisse Aufgaben übertragen kann, wie z.B. die Aufgabe, die nicht namentlich genannten und im Verfahren nicht direkt eingebundenen Kläger durch schriftliche Berichte über den Prozessverlauf periodisch zu informieren. Um dem Gericht zu ermöglichen, den Faktor der diesbezüglichen Geeignetheit der Klägerrepräsentanten beurteilen zu können, müssen in der Klage gemäss Art. 89^{bis} Abs. 2 Satz 2 rev. ZPO Erläuterungen über die betreffenden Kläger enthalten sein.

[Rz 33] In diesem Zusammenhang sind insbesondere die Umstände der Schädigung des oder der betreffenden Klägerrepräsentanten relevant, denn das Gericht wird im Lichte aller Umstände beurteilen müssen, ob die fraglichen Klägerrepräsentanten die Vielzahl der in der betreffenden Klage nicht namentlich genannten Geschädigten effektiv dahingehend repräsentieren, dass hinsichtlich der Klägerrepräsentanten und der nicht namentlich genannten Geschädigten die gleichen Sachverhalts- und Rechtsfragen relevant sind. In den USA spricht man in diesem Zusammenhang von der Voraussetzung der «typicality».¹⁶

[Rz 34] Wenn die Umstände, die zur Anspruchsentstehung bei den Klägerrepräsentanten geführt haben, nicht typisch für die fragliche Gruppe von in der Klage namentlich nicht genannten Klägern sind, besteht insbesondere das Risiko, dass zwischen den erst- und zweitgenannten Klägerkategorien keine Interessenkongruenz besteht, was sich negativ auf die weitaus grössere Gruppe der nicht namentlich genannten Kläger auswirken könnte, z.B. weil die Klägerrepräsentanten bei der Instruktion der Prozessvertreter ihre Interessen in den Vordergrund stellen, obgleich sich diese nicht mit den Interessen der nicht namentlich genannten Klägergruppe decken.

[Rz 35] Ein weiteres Problem, das bei nicht ausreichender «typicality» entstehen könnte, ist, dass die in Art. 89^{bis} Abs. 7 lit. e rev. ZPO vorgesehene Möglichkeit der Gewährung von Beweiserleichterungen nicht voll oder zumindest nur in problematischer Weise zum Tragen kommen könnte. Eine denkbare Beweiserleichterung gemäss hier diskutiertem Vorschlag ist, dass bei ausreichender «typicality» gewisse Beweisthemen, wie z.B. die Frage einer Vertragsverletzung, für die gesamte Gruppe der betreffenden Kläger gestützt auf den oder die typischen Fälle des oder der Klägerrepräsentanten abgehandelt würden. Die Option einer solchen Beweiserleichterung stünde dem Gericht bei fehlender «typicality» nicht zur Verfügung.

¹⁶ Siehe etwa JANET COOPER ALEXANDER, a.a.O., S. 4 und 7, und NICHOLAS M. PACE, a.a.O., S. 7.

[Rz 36] Das Gericht müsste auch beurteilen können, wie geeignet der oder die fraglichen Klägerrepräsentanten für diesen allenfalls zu übertragende Aufgaben sind. Aus diesem Grund sollte sich die Klageschrift auch zur Bildung, zum Beruf und zur allfälligen Prozess Erfahrung des oder der Klägerrepräsentanten äussern (siehe Art. 89^{bis} Abs. 2 Satz 2 in fine rev. ZPO).

Art. 89bis Abs. 3 rev. ZPO

[Rz 37] Im Bericht des Bundesrates zum kollektiven Rechtsschutz wird vorgeschlagen, Gruppenklagen auf maximal ein einziges kantonales Gericht zu konzentrieren¹⁷, was sinnvoll sein dürfte.

[Rz 38] Das Gericht müsste bei Gruppenklagen eine zentrale Rolle spielen, weil sich diverse relevante Aspekte nicht im Gesetz vorsehen liessen, sondern dem Gericht zur Konkretisierung im Lichte aller Umstände des Einzelfalles anheim gestellt werden müssten. Ob sich bezüglich Gruppenklagen rasch eine qualitativ hochstehende, widerspruchsfreie und respektierte Gerichtspraxis bildete, wäre somit für den Erfolg eines solchen neuen Instituts entscheidend. Wenn sich in den Kantonen Gruppenklagen bei einem Gericht konzentrierten, so dürfte dies die Bildung einer entsprechenden Praxis fördern.

[Rz 39] Der Zweck von Art. 89^{bis} Abs. 3 rev. ZPO beschränkt sich darauf, aus den oben erwähnten Gründen festzulegen, dass in den Kantonen je ein Gericht als für Gruppenklagen sachlich ausschliesslich zuständiges Gericht zu bezeichnen ist. Bei welchem Gericht eine entsprechende Konzentration erfolgte, z.B. bei einem Handelsgericht (soweit vorhanden) oder beim obersten kantonalen Zivilgericht, wäre gemäss hier diskutiertem Vorschlag den Kantonen überlassen.

3. Art. 89bis Abs. 4 rev. ZPO

3.1. Zweck von Art. 89bis Abs. 4 rev. ZPO

[Rz 40] Da sich das Verfahren einer Gruppenklage offensichtlich von anderen Verfahren unterscheidet, ist vorzusehen, dass in einem möglichst frühen Prozessstadium ein Entscheid darüber gefällt würde, ob die als Gruppenklage eingereichte Klage als entsprechende Kollektivklage behandelt werden soll oder nicht. Dies ist der primäre Zweck von Art. 89^{bis} Abs. 4 rev. ZPO, die zuständigen Gerichte anzuhalten, rasch nach Einreichung einer Gruppenklage zu entscheiden, ob es im Lichte der konkreten Umstände gerechtfertigt ist, die betreffende Klage als Gruppenklage zu behandeln.

3.2. Art. 89bis Abs. 4 rev. ZPO im Einzelnen

[Rz 41] Art. 89^{bis} Abs. 4 Satz 1 rev. ZPO sieht vor, dass bezüglich der hier diskutierten Entscheidung vorgängig die Gegenpartei anzuhören ist («[...] *entscheidet nach Anhörung der Gegenpartei* [...]»). Die beklagte Partei einzuladen, sich zum Begehren und zur Begründung für die Anbahnung als Gruppenklage zu äussern, ergibt sich aus dem u.a. in Art. 53 Abs. 1 ZPO¹⁸ verankerten Anspruch auf rechtliches Gehör. Es dürfte auf der Hand liegen, dass ein Entscheid von entsprechender Tragweite vom Gericht nicht gefällt werden sollte, ohne auch die Position der

¹⁷ Siehe den Bericht des Bundesrates, a.a.O., S. 57.

¹⁸ Art. 53 Abs. 1 ZPO lautet: «Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör.»

Gegenpartei zu kennen.

[Rz 42] Auf der Hand liegend und unproblematisch dürfte es auch sein, dass die Frage, ob die Klage als Gruppenklage behandelt werden soll, direkt nach Eingang der Klage beantwortet werden sollte. Dies ergibt sich bereits aus Art. 59 Abs. 1 ZPO¹⁹, wonach das Gericht vor Eintreten auf eine Klage darüber zu befinden hat, ob die Voraussetzungen hierfür erfüllt sind.

[Rz 43] Kommt das Gericht zum Schluss, die Klage sei nicht als Gruppenklage zu behandeln, so hat es gemäss Art. 89^{bis} Abs. 4 Satz 3 rev. ZPO «*unverzüglich*» über das weitere Vorgehen zu entscheiden. «*Unverzüglich*», damit für die Prozessparteien über das Schicksal der Klage und den weiteren Fortgang des Verfahrens möglichst rasch Klarheit herrscht.

[Rz 44] Bezüglich des weiteren Vorgehens gibt es verschiedene Varianten. Eine Möglichkeit besteht darin, dass das Gericht auf die Klage zwar nicht als Gruppenklage, aber z.B. als unbezifferte Forderungsklage im Sinne von Art. 85 ZPO eintritt, selbstverständlich nur dann, wenn alle einschlägigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind. Eine andere Möglichkeit bestünde für das Gericht darin, einen Nichteintretensentscheid zu fällen (Art. 59 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit Art. 236 Abs. 1 ZPO²⁰), wobei ein solcher Nichteintretensentscheid dank Art. 63 ZPO²¹ auf den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit bei rechtzeitiger Wiedereinreichung der Klage keine negative Auswirkung hätte.

[Rz 45] Da es hinsichtlich des weiteren Vorgehens verschiedene Varianten gibt, wird in der hier diskutierten Bestimmung nicht der Versuch unternommen, sämtliche Varianten ausdrücklich zu benennen. Dies ist auch nicht nötig, weil sich die möglichen Varianten bereits aus dem Gesetz ergeben. Eine Ausnahme wird mit Blick auf eine Prozessüberweisung auf Antrag des Klägers gemacht, weil diesbezüglich die ZPO schweigt²² und in der Lehre umstritten ist, ob eine solche Überweisung ohne entsprechende kantonale gesetzliche Regelung zulässig ist²³. Das im Kanton für Gruppenklagen zuständige Gericht sollte die Möglichkeit haben, eine als Gruppenklage anhängig gemachte Klage, auf die es nicht eintritt, auf Antrag des Klägers an das sonst zuständige Gericht zu überweisen, z.B. an ein Bezirksgericht. Art. 89^{bis} Abs. 4 Satz 3 rev. ZPO hat den Hauptzweck, für eine solche Überweisung die gesetzliche Grundlage zu schaffen.

[Rz 46] Art. 89^{bis} Abs. 4 Satz 2 rev. ZPO zählt in nicht abschliessender Form («*insbesondere*») einige Aspekte auf, die das Gericht im Zusammenhang mit dem Entscheid über die Zulässigkeit einer Gruppenklage zu berücksichtigen hätte. Die genannten Punkte dürften auf der Hand liegen, und da sie sich bis auf eine Ausnahme mit den in Art. 89^{bis} Abs. 2 rev. ZPO genannten Faktoren decken, kann *mutatis mutandis* auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden.

¹⁹ Art. 59 Abs. 1 ZPO lautet: «Das Gericht tritt auf eine Klage oder auf ein Gesuch ein, sofern die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind.»

²⁰ Art. 236 Abs. 1 ZPO lautet: «Ist das Verfahren spruchreif, so wird es durch Sach- oder Nichteintretensentscheid beendet.»

²¹ Art. 63 ZPO lautet: «[Abs. 1] Wird eine Eingabe, die mangels Zuständigkeit zurückgezogen oder auf die nicht eingetreten wurde, innert eines Monats seit dem Rückzug oder dem Nichteintretensentscheid bei der zuständigen Schlichtungsbehörde oder beim zuständigen Gericht neu eingereicht, so gilt als Zeitpunkt der Rechtshängigkeit das Datum der ersten Einreichung. [Abs. 2] Gleiches gilt, wenn eine Klage nicht im richtigen Verfahren eingereicht wurde. [Abs. 3] Vorbehalten bleiben die besonderen gesetzlichen Klagefristen nach dem SchKG.»

²² Siehe etwa BORIS MÜLLER, in: ZPO Kommentar, Alexander Brunner / Dominik Gasser / Ivo Schwander (Hrsg.), Zürich/St. Gallen 2011, Rz. 33 zu Art. 59 ZPO («Was hingegen zu tun ist, wenn nicht alle Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, sagt das Gesetz nicht.»).

²³ Siehe etwa BORIS MÜLLER, a.a.O., Rz. 38 zu Art. 59 ZPO («Aufgrund der Auffangregelung von Art. 63 ZPO ist ohne kantonale gesetzliche Regelung eine Prozessüberweisung durch das Gericht nicht zulässig.») sowie Fussnote 58 bei Rz. 38 zu Art. 59 ZPO, in der auf eine abweichende Lehrmeinung hingewiesen wird.

[Rz 47] Zusätzlich wird in Art. 89^{bis} Abs. 4 Satz 2 rev. ZPO auf «*die Geeignetheit des oder der Prozessvertreter*» der Kläger als relevanten Gesichtspunkt hingewiesen. Dies rechtfertigt sich wegen der wichtigen Funktion, die Prozessanwälte im Kontext von Gruppenklagen einnehmen dürften. In der Praxis dürften häufig Prozessanwälte bei der Initiierung und dann auch Führung von Gruppenklagen die treibende Kraft sein, und da von solchen Klagen tausende oder sogar zehntausende von Geschädigten erfasst sein könnten, wird das für den betreffenden Zulassungsentscheid verantwortliche Gericht sicherstellen wollen, dass der oder die Prozessvertreter solcher Gruppenklagen über die nötigen Qualifikationen verfügen.

4. Art. 89^{bis} Abs. 5 rev. ZPO

[Rz 48] Art. 89^{bis} Abs. 5 rev. ZPO bestimmt, dass über zugelassene Gruppenklagen zu informieren ist. Mit einer geeigneten Bekanntmachung der Gruppenklage würde das Ziel verfolgt, möglichst vielen der auf gleiche oder gleichartige Weise Geschädigten die Möglichkeit zu geben, sich an der Gruppenklage zu beteiligen, denn ein wichtiges Ziel von Gruppenklagen ist die Förderung einer effizienten Erledigung von Schadenfällen, die eine grosse Zahl von Geschädigten umfassen.²⁴ Dieses Ziel liesse sich in der Regel nur erreichen, wenn die relevante Öffentlichkeit über den Umstand, dass eine ihre Rechte betreffende Gruppenklage pendent ist, informiert würde.

[Rz 49] Im vorliegenden Kontext fragt sich, ob es sinnvoll wäre, das Gericht bezüglich der Bekanntmachung der Gruppenklage zu involvieren. Dies ist zu bejahen, insbesondere weil damit zu rechnen ist, dass unter den Parteien die Frage der Bekanntmachung umstritten sein kann, z.B. weil die beklagte Partei eine «dezentere» Form der Bekanntmachung wünscht als die Kläger. Davon abgesehen wäre das Gericht ohnehin im Zusammenhang mit der Frage zu involvieren, welche Partei die Kosten der Bekanntmachung vorläufig tragen soll, also bis — in der Regel im Endentscheid — die Kosten nach Ausgang des Verfahrens verteilt würden.²⁵

[Rz 50] Art. 89^{bis} Abs. 5 rev. ZPO hält sich bewusst zurück hinsichtlich der Art sowie des Inhalts der Bekanntmachung. Insbesondere hinsichtlich der Art der Bekanntmachung sollte dem Gericht grösstmögliche Flexibilität eingeräumt werden, weil diese von den konkreten Umständen des Einzelfalles abhängen dürfte, die sich nicht zuverlässig einschätzen und generell-abstrakt regulieren lassen. Zu berücksichtigen wären u.a. die relevanten Adressaten der Bekanntmachung (Anzahl, geographische Verteilung etc.) sowie die im relevanten Zeitpunkt verfügbaren Technologien. Je nach Konstellation könnten Bekanntmachungen z.B. in weit verbreiteten Printmedien (z.B. Gratiszeitungen), spezialisierten Publikationen und/oder auf bestimmten Homepages erfolgen (z.B. auf Gerichts-Homepages).

[Rz 51] Auch bezüglich des Inhalts der Bekanntmachungen hält sich Art. 89^{bis} Abs. 5 rev. ZPO bewusst zurück («*[...] insbesondere [...]]*»), weil es nicht nötig oder sogar kontraproduktiv wäre, das Gericht bezüglich der inhaltlichen Gestaltung entsprechender Bekanntmachungen, die ja auch wieder von den konkreten Umständen abhänge, einzuschränken.

[Rz 52] Im Sinne einer Ausnahme von diesem grundsätzlich zurückhaltenden Ansatz sieht Art. 89^{bis} Abs. 5 Satz 2 rev. ZPO vor, dass in der Bekanntmachung darüber zu informieren ist, bis wann Geschädigte ihre Teilnahme an der Gruppenklage erklären können. Gemäss vorliegendem

²⁴ Vgl. den Bericht des Bundesrates, a.a.O., insbesondere S. 9 ff.

²⁵ Siehe Art. 104 Abs. 1 i.V.m. Art. 106 ZPO.

Vorschlag sollte ein solcher Hinweis erfolgen, weil diese Information im Rahmen einer Gruppenklage mit «*opt in*»²⁶ — wie im hier diskutierten Entwurf vorgeschlagen — eine der zentralen Informationen überhaupt wäre.

5. Art. 89bis Abs. 6 rev. ZPO

5.1. Zweck von Art. 89bis Abs. 6 rev. ZPO

[Rz 53] Art. 89^{bis} Abs. 6 rev. ZPO regelt den bereits vorstehend erwähnten Aspekt der Erklärung, an einer Gruppenklage als Kläger teilnehmen zu wollen.

[Rz 54] Diesbezüglich ist an dieser Stelle auf die grundlegende Unterscheidung zwischen *opt in*- und *opt out*-Gruppenklagen hinzuweisen.²⁷ Bei der *opt in*-Variante nimmt ein Geschädigter nur dann an einer Gruppenklage teil, wenn er eine Teilnahmeerklärung abgibt, während demgegenüber bei der *opt out*-Variante eine Gruppenklage und damit auch ein aufgrund einer solchen Klage ergangenes Urteil grundsätzlich sämtliche gemäss der einschlägigen Definition relevanten Geschädigten erfasst, es sei denn, ein Geschädigter hat ausdrücklich erklärt, sich an einer entsprechenden Gruppenklage nicht beteiligen zu wollen.

[Rz 55] Aus der Sicht des Gesetzgebers scheint im Moment nur die *opt in*-Variante in Frage zu kommen²⁸, in der Lehre wird jedoch hiervon abweichend auch die *opt out*-Variante propagiert²⁹.

[Rz 56] Hier ist die Gruppenklage nach Art. 89^{bis} rev. ZPO wie erwähnt auf der Grundlage der *opt in*-Konzeption entworfen. Nach hier vertretener Auffassung stehen die Tradition und grundlegende Konzeption schweizerischer Zivilprozesse einer Klageart entgegen, bei der bereits die Eruiierung sämtlicher Gruppenmitglieder bzw. Geschädigten ohne extensive Ausforschung (Stichwort «*pre-trial discovery*»³⁰) bzw. weitgehende Kooperationspflichten des Beklagten häufig gar nicht möglich wäre. Dies wäre bei Gruppenklagen gemäss *opt out*-Konzeption, bei der die Klagen wie erwähnt auch Geschädigte einschliessen und betreffen würden, die weder eine Teilnahme- noch eine Austrittserklärung abgegeben haben, von ihrem «Glück» also häufig gar nichts wissen, jedoch regelmässig der Fall. Ohne Ausforschung oder aktive Kooperation des Beklagten wäre es bei einer *opt out*-Gruppenklage somit häufig gar nicht möglich, den Kreis der betroffenen Geschädigten zu ermitteln. Darüber hinaus ist der hohe administrative Aufwand zu berücksichtigen, der mit dem Verteilen von Prozesserlösen an völlig unbeteiligte Geschädigte verbunden wäre. Unter Umständen müssten solche Geschädigten überhaupt erst ausfindig gemacht werden, was aufwändig wäre und Kosten verursachte, die jemand tragen müsste.

[Rz 57] Im vorliegenden Zusammenhang ist weiter zu bedenken, dass auch bei der Class Action des US-amerikanischen Rechts, die auf dem *opt out*-System basiert, ein Aktivwerden von An-

²⁶ Also eine Gruppenklage, die eine Beitrittserklärung der Gruppenkläger voraussetzt (vgl. den Bericht des Bundesrates, a.a.O., S. 32).

²⁷ Siehe zu dieser Unterscheidung den Bericht des Bundesrates, a.a.O., S. 32.

²⁸ Siehe den Bericht des Bundesrates, a.a.O., S. 57, in dem als mögliche Massnahme nur eine *opt in*-Gruppenklage erwähnt wird, sowie die Begründung der Motion Birrer-Heimo (Fn. 1), in der ebenfalls ausdrücklich auf eine «*Gruppenklage aufgrund einer Opt-In-Konzeption*» hingewiesen wird.

²⁹ Siehe etwa CHRISTIAN KÖLZ, a.a.O., S. 875, und LEANDRO PERUCCHI, a.a.O., S. 489 ff.

³⁰ Siehe für einen kurzen Überblick über das pre-trial discovery Verfahren nach US-amerikanischem Recht LAURENT KILLIAS / MICHAEL KRAMER / THOMAS ROHNER, Gewährt Art. 158 ZPO eine «pre-trial discovery» nach US-amerikanischem Recht?, in: Innovatives Recht, Festschrift für Ivo Schwander, herausgegeben von Franco Lorandi / Daniel Staehelin, Zürich/St. Gallen 2011, S. 934 ff. (gefunden auf: http://www.pestalozzilaw.com/uploads/media/Art_158_ZPO_eine_pre-trial_discovery_Thomas_Rohner_Laurent_Killias_Michael_Kramer.pdf).

spruchsberechtigten erforderlich ist: Im Zusammenhang mit der Verteilung eines Prozesserrlöses müssen die Anspruchsberechtigten ein Formular («claim form») ausfüllen und einreichen, um ihren Anteil am Prozesserrlös geltend zu machen.³¹ Auch unter diesem Aspekt ist ein einfach zu erklärendes *opt in* die «ehrlichere» Variante, bei der insbesondere das Problem entfällt, am Ende nicht reklamierte Gelder zu verwalten und einem alternativen Zweck zuzuführen.

5.2. Art. 89bis Abs. 6 rev. ZPO im Einzelnen

[Rz 58] Die *opt in*-Konzeption wäre so auszugestalten, dass die erforderliche Teilnahmeerklärung möglichst unproblematisch abgegeben werden könnte. Entsprechend sieht Art. 89^{bis} Abs. 6 rev. ZPO vor, dass die Teilnahmeerklärung nicht nur schriftlich, sondern auch mündlich beim Gericht oder einer vom Gericht bezeichneten Stelle abgegeben werden könnte.

[Rz 59] Der Klarheit halber wird in Art. 89^{bis} Abs. 6 Satz 2 rev. ZPO auch ausdrücklich auf die Variante hingewiesen, dass durch Einschluss einer entsprechenden Ermächtigung in die vom Geschädigten unterschriebene Anwaltsvollmacht die Teilnahmeerklärung durch den Prozessvertreter abgegeben werden könnte.

6. Art. 89bis Abs. 7 rev. ZPO

[Rz 60] Abs. 7 der hier diskutierten Bestimmung ist dahingehend fundamental, dass das Gericht bezüglich Gruppenklagen wie bereits erwähnt eine zentrale Rolle spielen müsste, und Art. 89^{bis} Abs. 7 rev. ZPO hat zum Ziel, dem Gericht die hierfür benötigte Kompetenz einzuräumen.

6.1. Art. 89bis Abs. 7 Satz 1 rev. ZPO

[Rz 61] In Art. 89^{bis} Abs. 7 Satz 1 rev. ZPO wird zunächst der bereits in Art. 124 Abs. 1 ZPO³² festgehaltene Grundsatz wiederholt, dass das zuständige Gericht das Gruppenklageverfahren leitet. Darüber hinaus wird in diesem Kontext darauf hingewiesen, dass das Gericht alles für eine möglichst effiziente und zügige Streiterledigung Erforderliche anordnen kann.

[Rz 62] Die Formulierung «*alles Erforderliche*» streicht heraus, dass dem für Gruppenklagen zuständigen Gericht bei der Verfahrensleitung eine weitgehende Zuständigkeit zukommen soll, ohne dass in Art. 89^{bis} rev. ZPO sämtliche relevanten Fragestellungen und Kompetenzen im Voraus geregelt sind.

[Rz 63] Der Hinweise auf «*eine möglichst effiziente und zügige Prozesserrledigung*» setzt sich aus drei Elementen zusammen. Die in Art. 89^{bis} Abs. 7 Satz 1 rev. ZPO verwendeten Adjektive «*effizient*» und «*zügig*» haben die Funktion, zwei grundlegende prozessrechtliche Ziele mit Bezug auf Gruppenklagen festzuschreiben. Das erstgenannte Ziel einer effizienten Klageerledigung trägt dem Prinzip der Prozessökonomie³³ Rechnung, und das zweitgenannte Ziel einer zügigen Prozesserr-

³¹ Siehe etwa JANET COOPER ALEXANDER, a.a.O., S. 14 ff., und NICHOLAS M. PACE, a.a.O., S. 43.

³² Art. 124 Abs. 1 ZPO lautet: «Das Gericht leitet den Prozess. Es erlässt die notwendigen prozessleitenden Verfügungen zur zügigen Vorbereitung und Durchführung des Verfahrens.»

³³ Siehe etwa MARTIN KAUFMANN, in: ZPO Kommentar, Alexander Brunner / Dominik Gasser / Ivo Schwander (Hrsg.), Zürich/St. Gallen 2011, Rz. 12 zu Art. 124 ZPO («Es soll mit möglichst wenigen und vor allem verhältnismässigen Mitteln eine Lösung des Konfliktes gesucht werden.»).

ledigung befindet sich bereits in Art. 124 Abs. 1 Satz 2 ZPO³⁴, der das verfassungsrechtliche³⁵ Beschleunigungsgebot für das Zivilprozessrecht verankert. Wichtig ist im vorliegenden Kontext nun das Adverb «möglichst», das ausdrücken soll, dass Gruppenklageverfahren gegenüber nicht-kollektiven Klageverfahren tendenziell wohl komplizierter und damit langwieriger sein dürften, z.B. wegen der zusätzlichen Prüfung, ob die Klage als Gruppenklage zuzulassen ist. Entsprechend soll das Wort «möglichst» darauf hinweisen, dass die Ziele einer effizienten und zügigen Klageerledigung unter Berücksichtigung der in der Regel höheren Komplexität von Gruppenklagen anzustreben wären.

[Rz 64] Satz 2 von Art. 89^{bis} Abs. 7 rev. ZPO bekräftigt die bereits im ersten Satz dieser Bestimmung enthaltene Ermächtigung des Gerichts («kann») im Rahmen der Prozessleitung alles Erforderliche vorzukehren. Im Sinne einer beispielhaften, aber nicht abschliessenden («insbesondere») Aufzählung folgen in lit. a—e einige wichtige Aspekte, die vom Gericht in Gruppenklagen-Verfahren typischerweise zu regeln wären.

6.2. Art. 89bis Abs. 7 lit. a rev. ZPO

[Rz 65] Lit. a des hier diskutierten Abs. bezieht sich auf die Möglichkeit, dass im gleichen Kontext zwei oder mehr Gruppenklagen eingereicht werden könnten. Je nach Bedeutung des Schadensfalles (Anzahl Geschädigte, Bekanntheit der Schädiger etc.) dürfte dies sogar wahrscheinlich sein.

[Rz 66] Art. 89^{bis} Abs. 7 lit. a rev. ZPO erhebt nicht den Anspruch, eine entsprechende Vereinigung von Gruppenklagen im Detail zu regeln, insbesondere unter welchen Voraussetzungen und bis zu welchem Zeitpunkt eine Vereinigung vom Gericht angeordnet werden sollte. Hinsichtlich dieses von den konkreten Umständen abhängenden Entscheids wäre dem Gericht bei der Suche nach einer möglichst zweckmässigen Lösung ein grosser Ermessensspielraum einzuräumen, was einer detaillierten gesetzlichen Regelung entgegenstünde.³⁶

6.3. Art. 89bis Abs. 7 lit. b rev. ZPO

[Rz 67] Insbesondere wenn zwei oder mehr Gruppenklagen parallel anhängig sind, kann es aus Gründen der Effizienz vorzuziehen sein, dass das Gericht einen Hauptvertreter bestimmt, namentlich um die Kommunikation mit dem Gericht zu vereinfachen. Dies ist der Zweck von lit. b des hier diskutierten Abs.

6.4. Art. 89bis Abs. 7 lit. c rev. ZPO

[Rz 68] Ist das Gericht der Auffassung, dass der oder die Klägerrepräsentanten hierzu geeignet sind, schafft Art. 89^{bis} Abs. 7 lit. c rev. ZPO für das Gericht die explizite Grundlage, den Klägerrepräsentanten mit gewissen Aufgaben zu betrauen, z.B. mit der Aufgabe, die in der Gruppenklage nicht direkt involvierten Kläger mit periodischen Berichten über den Verfahrensverlauf auf dem Laufenden zu halten, dem Gericht zu bestätigen und darzulegen, dass und weshalb die

³⁴ Art. 124 Abs. 1 Satz 2 ZPO lautet: «[Das Gericht] erlässt die notwendigen prozessleitenden Verfügungen zur zügigen Vorbereitung und Durchführung des Verfahrens.»

³⁵ Art. 29 Abs. 1 BV («[...] Beurteilung innert angemessener Frist.»).

³⁶ Siehe hierzu auch PHILIPP HABERBECK, a.a.O., S. 7.

mit dem Prozessvertreter getroffene Vergütungsvereinbarung aus Sicht des Klägerrepräsentanten angemessen ist, oder — um zur Illustration ein weiteres Beispiel zu erwähnen — dem Gericht zu bestätigen und darzulegen, dass und weshalb der mit dem Beklagten ausgehandelte Vergleichsvertrag aus Sicht des Klägerrepräsentanten fair ist.

[Rz 69] Es ist weder möglich noch nötig, alle im vorliegenden Kontext potentiell in Frage kommenden Varianten im Gesetz aufzuführen. Deshalb ist das vorliegende Thema mit einer enumerativen Kann-Bestimmung zu behandeln.

6.5. Art. 89bis Abs. 7 lit. d rev. ZPO

[Rz 70] Namentlich für den Fall, dass der oder die Klägerrepräsentanten für entsprechende Aufgaben in den Augen der Richter ungeeignet wären, schaffte lit. d des hier diskutierten Abs. die explizite gesetzliche Grundlage, dass das Gericht im Rahmen eines Gruppenklageverfahrens dafür sorgen könnte, dass ein die Kläger vertretendes Gremium zur Überwachung und Instruktion des Prozessanwalts eingesetzt wird.

[Rz 71] Es hinge wiederum von den Umständen des Einzelfalles ab, ob die Einsetzung eines solchen Gremiums zweckmässig wäre. Dies könnte z.B. in einem besonders komplexen Verfahren der Fall sein, in dem es absehbar ist, dass der Prozessvertreter zahlreiche Entscheidungen wird fällen müssen, in Bezug auf welche sich die Notwendigkeit eines sachkundigen und effektiv involvierten Instruktionsgebers aufdrängen könnte. Eine andere Situation, in der ein entsprechendes Gremium relevant werden könnte, ist z.B. das Stadium der Verteilung des Prozesserlöses, in dem es im Interesse der allenfalls selbst nicht ausreichend kompetenten Kläger liegen könnte, dass dieser Prozess von einer sie vertretenden Kontrollinstanz überwacht wird.

[Rz 72] Gemäss Art. 89^{bis} Abs. 7 lit. d rev. ZPO hat das Gericht die Möglichkeit, das Gremium von den Klägern wählen zu lassen oder es aus den Reihen der Kläger oder — falls die Kläger in den Augen des Gerichts hierzu nicht geeignet sind — mit geeigneten Drittpersonen zu bestellen. Welche Vorgehensweise das Gericht im konkreten Fall für die richtige hielte, würde es im Lichte aller Umstände bestimmen. In diesem Zusammenhang entscheidende Faktoren wären z.B. die Anzahl Kläger, deren Qualifikationen, das allenfalls relevante Fachwissen etc.

6.6. Art. 89bis Abs. 7 lit. e rev. ZPO

[Rz 73] Lit. e des hier diskutierten Abs. ist eine Kernbestimmung des Art. 89^{bis} rev. ZPO, denn eines der fundamentalen Probleme von grossen Massen- und Streuschäden, welches die Anwendung bereits vorhandener Instrumente, wie z.B. die einfache Streitgenossenschaft gemäss Art. 71 ZPO, verunmöglicht, ist das Überschreiten der Praktikabilitätsgrenze bei hunderten oder gar tausenden von Klägern.

[Rz 74] Wenn bei hunderten oder gar tausenden von Klägern jede Tatbestandsvoraussetzung so substantiiert und bewiesen werden müsste, wie dies heute von Gerichten verlangt wird, wären solche Verfahren nicht mehr durchführbar.

[Rz 75] Es wäre deshalb unumgänglich, für Gruppenklagen dahingehende Substantiierungs- und Beweiserleichterungen einzuführen, dass auch Verfahren mit tausenden von Klägern in effizienter Weise geführt werden könnten.

[Rz 76] Es wird hier vorgeschlagen, dem Gericht auch im vorliegenden Zusammenhang einen erheblichen Ermessensspielraum einzuräumen, im Lichte der konkreten Umstände die vertretba-

ren Beweiserleichterungen zu bestimmen («insbesondere»; «geeignete Massnahmen»). Dies dürfte die praktikabelste Lösung sein. Den Gerichten würde es also überlassen, unter Berücksichtigung der konkreten Sachlage die im Widerstreit der Interessen fairste Lösung zu finden.

[Rz 77] Die generelle Stossrichtung entsprechender Massnahmen dürfte sein, einen unter den konkreten Umständen vertretbaren Ersatz für die beweismässige Behandlung jedes einzelnen Klägers zu finden. Gerechtfertigt würde eine entsprechende Beweiserleichterung durch die Gleichartigkeit oder Ähnlichkeit der betreffenden Sachverhalts- und Rechtsfragen.

[Rz 78] Zu Illustrationszwecken sei als Beispiel die Frage betrachtet, wie im Zusammenhang mit dem Retrozessionsthema³⁷ z.B. die Tatbestandsvoraussetzung der Vertragsverletzung in einer Gruppenklage mit tausenden von Klägern behandelt werden könnte. Für jeden der tausenden Kläger einzeln im Detail beweismässig zu prüfen, was der Kläger in Bezug auf Retrozessionen wann und unter welchen Umständen der beklagten Bank erklärt hat, würde das Verfahren dermassen in die Länge ziehen, dass es nicht mehr durchführbar wäre. Da Banken ihre Vertragsbeziehung zu ihren Kunden nun aber bekanntermassen mit Standardformularen zu gestalten pflegen, scheint es zumindest vorstellbar, mit Kategorien von Vertragsversionen zu operieren («Vermögensverwaltungsvertrag / AGB mit Retrozessionsklausel A», «Vermögensverwaltungsvertrag / AGB mit Retrozessionsklausel B» etc.) und die Kläger je nach abgeschlossenem Vertrag zu kategorisieren, anstatt z.B. die Vermögensverwaltungsverträge jedes einzelnen Kunden einreichen und prüfen zu müssen. Ähnlich scheint es vorstellbar, im vorliegenden Kontext z.B. auch hinsichtlich der Erfahrung mit Finanzgeschäften mit einer gewissen Kategorisierung zu operieren, indem die Kläger nach einer festgelegten Anzahl leicht überprüfbarer Kriterien (z.B. Alter, Bildungsabschluss, Beruf) einer Erfahrungs-Kategorie zugeordnet würden (z.B. die Kategorien «unerfahren», «durchschnittlich erfahren» und «überdurchschnittlich erfahren» in Finanzgeschäften).

[Rz 79] Eine weitere in Art. 89^{bis} Abs. 7 lit. e rev. ZPO erwähnte Möglichkeit der Substantiierungs- und/oder Beweiserleichterung wäre der Einsatz von Expertisen. Es könnte z.B. vorstellbar sein, die Kläger von einer detaillierten Substantiierung von Einzelforderungen in den Rechtsschriften zu entbinden und diesbezüglich auf von *forensic accounting experts*³⁸ erstellte Gutachten abzustellen.

[Rz 80] Ähnlich ist es denkbar, dass es im Lichte gewisser Umstände gerechtfertigt sein könnte, bei der Schadensberechnung zwecks Vereinfachung eines andernfalls nicht praktikablen Schadensbeweises anstatt mit einer genauen und einzelfallweisen Berechnung mit statistischen Annäherungswerten zu operieren.

[Rz 81] Dem Autor ist bewusst, dass vor allem dieser Bereich in der Praxis eine echte Knacknuss darstellen dürfte, also im Einzelfall einen vertretbaren Kompromiss zu finden zwischen dem Interesse der Kläger und der Öffentlichkeit an der Durchführbarkeit von Gruppenklagen auf der einen Seite und dem Interesse des Beklagten, nur zu effektiv geschuldetem Schadenersatz verurteilt zu werden, auf der anderen Seite. Man darf aber davon ausgehen, dass die Lehre und die Gerichte geeignete Instrumente entwickeln würden, die im Einzelfall einen entsprechenden vertretbaren Interessenausgleich ermöglichten.

³⁷ Zur Retrozessionsthematik wurde mittlerweile viel publiziert. Siehe diesbezüglich etwa die Literaturhinweise in BGE 138 III 755 E. 5.1 S. 760 f.

³⁸ Übersetzungsversuch des Autors: auf forensische Sachverhalte spezialisierte Wirtschaftsprüfungsgesellschaften.

7. Art. 89bis Abs. 8 rev. ZPO

[Rz 82] Wie die mit Gruppenklagen zusammenhängenden finanziellen Aspekte geregelt würden, wäre für den Erfolg oder Misserfolg eines solchen neuen Instituts des Prozessrechts mit ausschlaggebend.³⁹ In diesem Zusammenhang sind u.a. relevant Art. 98 ZPO⁴⁰, gemäss dem das Gericht von der klagenden Partei einen Vorschuss für die mutmasslich anfallenden Gerichtskosten verlangen kann, sowie Art. 99 ZPO⁴¹, wonach für die Parteientschädigung von der klagenden Partei unter Umständen die Leistung einer Sicherheit verlangt werden kann.

[Rz 83] Wie in der Botschaft des Bundesrates erläutert, dürfte sich eine Vorschusspflicht für Gerichtskosten in der Praxis hinsichtlich einer Gruppenklage für Massen- und Streuschäden als erhebliche Hürde erweisen⁴², was *mutatis mutandis* auch für die gemäss Art. 99 ZPO bestehende Möglichkeit gilt, für die Parteientschädigung von der klagenden Partei die Leistung einer Sicherheit zu verlangen.

[Rz 84] Wenn der politische Wille bestünde, insbesondere hinsichtlich Streuschäden, bei denen in aller Regel den vielen Geschädigten ein potentes Unternehmen gegenübersteht, für ein *level playing field*⁴³ zu sorgen, sollte die Teilnahme an einer Gruppenklage dadurch erleichtert werden, dass vom einzelnen Geschädigten keine finanzielle Vorleistung verlangt wird. Es wäre sonst zu befürchten, dass in der Praxis bei Streuschäden vom Institut einer Gruppenklage nicht im politisch angestrebten Umfang Gebrauch gemacht wird.

[Rz 85] Art. 89^{bis} Abs. 8 rev. ZPO bezweckt, die Kläger bei Gruppenklagen aus obigen Gründen von der Leistung von Vorschüssen gemäss Art. 98 und 99 ZPO zu befreien.

8. Art. 89bis Abs. 9 rev. ZPO

[Rz 86] Gemäss Art. 106 Abs. 3 ZPO⁴⁴ kann das Gericht, wenn an einem Prozess mehrere Personen als Haupt- oder Nebenparteien beteiligt sind, auf eine solidarische Haftung für Prozesskosten⁴⁵ erkennen. Es liegt auf der Hand, dass die Möglichkeit einer solidarischen Haftung von

³⁹ Siehe auch den Bericht des Bundesrates, a.a.O., S. 46 («Die Fragen der Prozesskostenregelung und der Prozessfinanzierung sind zur Gewährleistung der Effektivität von Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes grundlegend.») und S. 58 («Zentraler Punkt beider Modelle müsste ein besonderes Kostenregime sein, damit solche Gruppenklagen in der Realität auch finanzierbar wären.»).

⁴⁰ Art. 98 ZPO lautet: «Das Gericht kann von der klagenden Partei einen Vorschuss bis zur Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten verlangen.»

⁴¹ Art. 99 ZPO lautet: «[Abs. 1] Die klagende Partei hat auf Antrag der beklagten Partei für deren Parteientschädigung Sicherheit zu leisten, wenn sie: [lit. a] keinen Wohnsitz oder Sitz in der Schweiz hat; [lit. b.] zahlungsunfähig erscheint, namentlich wenn gegen sie der Konkurs eröffnet oder ein Nachlassverfahren im Gang ist oder Verlustscheine bestehen; [lit. c] Prozesskosten aus früheren Verfahren schuldet; oder [lit. d] wenn andere Gründe für eine erhebliche Gefährdung der Parteientschädigung bestehen. [Abs. 2] Bei notwendiger Streitgenossenschaft ist nur dann Sicherheit zu leisten, wenn bei allen Streitgenossen eine der Voraussetzungen gegeben ist. [Abs. 3] Keine Sicherheit ist zu leisten: [lit. a] im vereinfachten Verfahren mit Ausnahme der vermögensrechtlichen Streitigkeiten nach Art. 243 Abs. 1; [lit. b] im Scheidungsverfahren; [lit. c] im summarischen Verfahren mit Ausnahme des Rechtsschutzes in klaren Fällen (Art. 257).»

⁴² Siehe den Bericht des Bundesrates, a.a.O., S. 43.

⁴³ Siehe zur Bedeutung dieses Begriffs Wikipedia, «Level playing field» (http://en.wikipedia.org/wiki/Level_playing_field).

⁴⁴ Art. 106 ZPO lautet: «[Abs. 1] Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt. Bei Nichteintreten und bei Klagerückzug gilt die klagende Partei, bei Anerkennung der Klage die beklagte Partei als unterliegend. [Abs. 2] Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt. [Abs. 3] Sind am Prozess mehrere Personen als Haupt- oder Nebenparteien beteiligt, so bestimmt das Gericht ihren Anteil an den Prozesskosten. Es kann auf solidarische Haftung erkennen.»

⁴⁵ Die Prozesskosten setzen sich nach Art. 95 ZPO aus den Gerichtskosten sowie einer Parteientschädigung zusammen.

Gruppenklägern für ein solches Klageinstitut in der Praxis ein «Killer» wäre. Der Streitwert einer Massen- oder Gruppenklage kann sehr substantiell sein, und wenn der einzelne Teilnehmer an einer Massen- oder Streuschaden-Gruppenklage gewärtigen müsste, potentiell für die gesamten auf der Basis eines solchen Streitwerts berechneten Gerichtskosten sowie eine Parteientschädigung aufkommen zu müssen, dürfte dies offensichtlich äusserst abschreckend wirken.

[Rz 87] Art. 89^{bis} Abs. 9 rev. ZPO bezweckt, die Kläger bei Gruppenklagen aus obigen Gründen von einer entsprechenden Solidarhaftung für Prozesskosten zu befreien.

9. Art. 89bis Abs. 10 rev. ZPO

9.1. Zweck von Art. 89bis Abs. 10 rev. ZPO

[Rz 88] Wie erwähnt wäre bezüglich Gruppenklagen, mit denen Massen- und insbesondere Streuschäden effektiv gerichtlich durchsetzbar gemacht werden sollen, der finanzielle Aspekt ganz entscheidend. Mit anderen Worten ist absehbar, dass von entsprechenden Gruppenklagen in der Praxis nur dann Gebrauch gemacht würde, wenn die relevanten finanziellen Anreize stimmten.

[Rz 89] Bezüglich Streuschäden, bei denen der einzelne Geschädigte nur einen geringen finanziellen Schaden erlitten hat, bedeutet dies, dass für einen solchen verhältnismässig geringen Anspruch niemand bereit ist: (i) einen grösseren administrativen Aufwand zu betreiben; (ii) finanzielle Risiken auf sich zu nehmen; und (iii) Zeit und Nerven zu investieren.

[Rz 90] Dies bedeutet, dass sich bei Streuschäden die Geschädigten nur dann an einer Gruppenklage beteiligten, wenn: (i) keine finanziellen Vorleistungen erbracht werden müssten; (ii) kein Aufwand zur Rechtsverfolgung betrieben werden müsste; und (iii) ein finanzielles Upside bestünde, also die Aussicht auf einen gewissen Prozessgewinn.

[Rz 91] Wenn, wie vorstehend erwähnt, der einzelne Kläger keinen Aufwand zu betreiben gewillt ist, müsste eine andere Person dies tun. Es ist naheliegend, dass Prozessanwälte die entsprechend organisierende und koordinierende Funktion übernehmen, denn Prozessanwälte wären ja ohnehin involviert und wüssten auch, worum es geht.

[Rz 92] Es liegt nun aber auf der Hand, dass Prozessvertreter diesen mit Gruppenklagen verbundenen Mehraufwand sowie unter Umständen⁴⁶ auch ein mit solchen Klagen verbundenes Kostenrisiko⁴⁷ nur dann zu übernehmen bereit wären, wenn sich dies für sie lohnte.

[Rz 93] Die vorstehend dargestellte Interessenlage spricht dafür, im Bereich von Gruppenklagen reine Erfolgshonorare⁴⁸ zuzulassen. Im Bereich von Gruppenklagen stehen einer Zulassung von reinen Erfolgshonoraren keine zwingenden Gründe entgegen.⁴⁹ Demgegenüber dürfte die Zulassung von reinen Erfolgshonoraren im Bereich von Gruppenklagen den gewünschten positiven Effekt haben, dass gewisse Prozessanwälte durch die Aussicht auf substantielle Prozessgewinne motiviert werden dürften, den erheblichen Organisations- und Koordinationsaufwand, der mit

⁴⁶ Das mit einer Gruppenklage verbundene finanzielle Risiko müsste nicht zwingend von Prozessanwälten, sondern könnte z.B. auch von Prozessfinanzierern übernommen werden.

⁴⁷ Wie erwähnt sind die Kläger bei Streuschäden nicht bereit, ein finanzielles Risiko zu tragen, insbesondere das Risiko der Rechtsvertretungskosten. Ein möglicher Lösungsansatz in dieser Hinsicht wäre die Zulassung von Erfolgshonoraren.

⁴⁸ Das Verbot von Erfolgshonoraren ist gesetzlich verankert in Art. 12 lit. e BGFA (SR 935.61).

⁴⁹ Siehe hierzu PHILIPP HABERBECK, a.a.O., S. 4 ff.

solchen Klagen verbunden wäre, auf sich zu nehmen.⁵⁰

[Rz 94] Art. 89^{bis} Abs. 10 rev. ZPO bezweckt, aus obigen Gründen im Bereich von Gruppenklagen reine Erfolgshonorare zuzulassen.

9.2. Art. 89bis Abs. 10 rev. ZPO im Einzelnen

[Rz 95] Art. 89^{bis} Abs. 10 Satz 1 rev. ZPO stellt mit dem Satzteil «*Im Rahmen von Gruppenklagen*» klar, dass das Verbot von Erfolgshonoraren nicht generell, sondern nur in Bezug auf Gruppenklagen aufgehoben würde. Bei solchen Gruppenklagen geht es um Forderungs- bzw. Schadenersatzprozesse, in denen es wie erwähnt nicht nur keine zwingenden Gründe gibt, die gegen reine Erfolgshonorare sprechen, sondern bei denen Erfolgshonorare aus den vorstehend dargelegten Gründen ein wesentliches Element sein dürften, das bei Streuschäden bestehende Problem der «*rationalen Apathie*»⁵¹ zu lösen.

[Rz 96] Art. 89^{bis} Abs. 10 Satz 2 rev. ZPO sieht vor, dass Vereinbarungen über Erfolgshonorare einer Kontrolle durch das Gericht oder durch das von den Klägern gewählte oder vom Gericht bestellte Überwachungsgremium unterzogen würden. Dies sollte Bedenken entgegenwirken, die Zulassung entsprechender Honorarvereinbarungen könnte zu unvertretbaren Vergütungen von Prozessanwälten führen. Das Wort «*überteuern*», das sich auf den Überteuernstatbestand von Art. 21 OR⁵² bezieht, soll ausdrücken, dass jedoch nur sehr zurückhaltend in die grundsätzlich auch in diesem Zusammenhang geltende Vertragsfreiheit⁵³ eingegriffen werden sollte, also nur bei krassen Missverhältnissen.

I. Schlussbemerkung

[Rz 97] Dem Autor ist bewusst, dass die Ausarbeitung einer schweizerischen Gruppenklagen-Norm ein schwieriges und komplexes gesetzgeberisches Unterfangen darstellt. Entsprechend ist dieser Beitrag wie eingangs bereits erwähnt nicht als Versuch zu verstehen, einen pfannenfertigen, in allen Punkten ausgereiften und darüber hinaus auch noch politisch mehrheitsfähigen

⁵⁰ Siehe JANET COOPER ALEXANDER, a.a.O., S. 10 («*Contingent fees are, at their heart, a method of financing litigation.*»).

⁵¹ Siehe den Bericht des Bundesrates, a.a.O., S. 13. Mit diesem Begriff umschreibt der Bundesrat das Phänomen, dass es bei Streuschäden rational ist, wenn ein Anspruchsberechtigter auf die gerichtliche Durchsetzung seines Anspruchs verzichtet. Bei Streuschäden liegt es auf der Hand, dass sich bei geringen Schadenssummen von einigen Hundert oder Tausend Franken die mit der individuellen Rechtsverfolgung verbundenen Kosten für den einzelnen Geschädigten schlicht nicht lohnen. Dies insbesondere deshalb, weil selbst im Erfolgsfall die von der unterliegenden Gegenpartei zu bezahlende Parteientschädigung, die gemäss eines kantonalen Tarifs berechnet wird, die Kosten des eigenen Prozessvertreters gerade bei geringen Streitwerten in aller Regel nicht in vollem Umfang deckt. Insbesondere dieses «Delta» ist dafür verantwortlich, dass es aus ökonomischer Warte absolut rational ist, wenn der Geschädigte bei einem entsprechenden geringen Streitwert auf die Durchsetzung seines Anspruchs verzichtet.

⁵² Art. 21 OR lautet: «[Abs. 1] Wird ein offenkundiges Missverhältnis zwischen der Leistung und der Gegenleistung durch einen Vertrag begründet, dessen Abschluss von dem einen Teil durch Ausbeutung der Notlage, der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns des andern herbeigeführt worden ist, so kann der Verletzte innerhalb Jahresfrist erklären, dass er den Vertrag nicht halte, und das schon Geleistete zurückverlangen. [Abs. 2] Die Jahresfrist beginnt mit dem Abschluss des Vertrages.»

⁵³ Siehe zur in Art. 19 Abs. 1 OR verankerten Vertragsfreiheit im vorliegenden Kontext BGE 115 II 232 E. 4d S. 236 f. («*Der ebenfalls aus Art. 2 ZGB fließende Grundsatz der Vertragstreue erlaubt im Gegenteil nur dort einen Vertrag als nichtig bzw. einseitig unverbindlich zu erklären, wo dessen Inhalt Grundwerten der Rechtsordnung widerspricht (Art. 19/20 OR), die Willensbildung mangelhaft war (Art. 234 ff. OR) oder zusätzlich zu einem offenkundigen Missverhältnis der Vertragsleistungen auch die subjektiven Voraussetzungen der Überteuern gegeben sind (Art. 21 OR). Solange letzteres nicht der Fall ist, bleibt den Vertragsschliessenden — als Ausfluss der Vertragsfreiheit (Art. 19 Abs. 1 OR) — unbenommen, ein beliebiges Ungleichgewicht der Leistungen zu vereinbaren [...]*»).

Entwurf einer solchen neuen Norm zu präsentieren. Das Ziel dieses Beitrags ist vielmehr, erste Gedanken zu einer konkreten gesetzlichen Regelung dieses Themas in die aktuelle Diskussion über die Einführung einer Gruppenklage einzubringen, in der Hoffnung, dass eine «plastische Visualisierung» einer Gruppenklage-Bestimmung einen konstruktiven Beitrag zu dieser Diskussion darstellt.

Lic. iur. utr. PHILIPP H. HABERBECK ist Rechtsanwalt bei Eversheds in Zürich.