

Rechtslehre Doctrine Dottrina

Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz: The Seven-Year Itch

FRANÇOIS BOHNET*

Stichworte: Kollektiver Rechtsschutz; class action; Gruppenklage; Muster- oder Testverfahren; Massenschäden; Streuschäden

Mots clés: Protection collective; class action; action de groupe; action-test; dommage collectif; dommage dispersé

Parole chiave: Tutela collettiva; class azione; azione di gruppo; azione pilota; danno collettivo; danni sparsi

Zusammenfassung

In seinem Bericht vom 3. Juli 2013 über den kollektiven Rechtsschutz in der Schweiz erwägt der Bundesrat die Einführung der Gruppenklage in die schweizerische Rechtsordnung, bei welcher auf die im Ausland gemachten praktischen Erfahrungen Bezug genommen werden soll. Somit weicht der Bundesrat in dieser Hinsicht von seiner eigenen Analyse ab, die er zum Zeitpunkt der Einführung der neuen ZPO vor sieben Jahren gemacht hatte. Wenn dieser Bericht 2013 auch gute Denkansätze liefert, so kann er jedoch nicht als Basis einer voreiligen rechtlichen Regelung neuer Instrumente zum kollektiven Rechtsschutz im schweizerischen Recht dienen. Die Entwicklung des kollektiven Rechtsschutzes sollte – nach dem derzeitigen Stand der Dinge – vor allem durch die Rechtsprechung angetrieben werden.

Résumé

Le rapport du Conseil fédéral du 3 juillet 2013 consacré à l'exercice collectif des droits en Suisse envisage l'instauration des actions de groupe en Suisse sur la base des expériences pratiques faites à l'étranger. Il rompt avec l'analyse faite par le même Conseil fédéral sept ans plus tôt à l'occasion de l'unification de la procédure civile suisse. S'il fournit de bonnes bases pour une nouvelle réflexion, ce rapport 2013 ne devrait cependant pas servir de fondement à une réglementation précipitée

* Professor an der Universität Neuenburg, LL.M., Rechtsanwalt. Mein Dank gilt Herrn XAVIER FITZ, Doktorand an der Universität Neuenburg, für seine Hilfe bei der Erarbeitung der vorliegenden deutschsprachigen Fassung.

de nouveaux outils de la protection collective en Suisse. La voie jurisprudentielle devrait être privilégiée dans un premier temps.

Riassunto

Il rapporto del Consiglio federale del 3 luglio 2013, dedicato all'esercizio collettivo dei diritti in Svizzera, preconizza l'introduzione delle azioni di gruppo nel nostro paese, in base alle esperienze pratiche maturate all'estero. Esso si distanzia dall'analisi fatta dallo stesso Consiglio federale sette anni prima, in occasione dell'unificazione della procedura civile svizzera. Pur offrendo delle basi interessanti per una nuova riflessione, questo rapporto 2013 non dovrebbe costituire il fondamento per una regolamentazione precipitata dei nuovi meccanismi della tutela collettiva in Svizzera. Piuttosto, in un primo tempo andrebbe privilegiata la via giurisprudenziale.

Inhalt

- I. Vom 28. Juni 2006 bis zum 3. Juli 2013
- II. Die Schlussbetrachtungen des Bundesrates
- III. Kritische Analyse
 - 1. Massenschäden
 - a. Subjektive Klagenhäufung
 - b. Musterklage
 - c. Gruppenklage
 - 2. Streuschäden
- IV. Schlusswort

I. Vom 28. Juni 2006 bis zum 3. Juli 2013

Im Blick auf die Einführung der vereinheitlichten schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO bezeichnete der Bundesrat in seiner Botschaft vom 28. Juni 2006 die US-amerikanische *class action* als «dem europäischen Rechtsgedanken fremd», als ein Instrument, «welches unserem Rechtssystem nicht entspricht» und das «verfahrens- und materiellrechtlich mehr Probleme schafft als löst».¹ Die ablehnende Haltung des Bundesrates schienen die Eidgenössischen Räte zu teilen, haben diese doch am 19. Dezember 2008 eine in Sachen kollektiver Rechtsschutz klassische Fassung der ZPO verabschiedet, die lediglich dessen «bestehende Instrumente» beinhaltet, nämlich die Streitgenossenschaft nach Art. 70 f. ZPO, die Klagevereinigung nach Art. 125 lit. c ZPO sowie die Verbandsklage nach Art. 89 ZPO.

Sieben Jahre später veröffentlicht der Bundesrat nun einen eingehenden Bericht mit dem Titel «Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz», in welchem dieses Thema mittels einer Bestandsaufnahme und Rechtsvergleichung veranschaulicht wird und darüber hinaus mögliche Massnahmen vorgeschlagen werden.² Der Ton-

¹ BBl 2006 7224, 7290.

² Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz – Bestandsaufnahme und Handlungsmöglichkeiten, Bericht des Bundesrates vom 3. Juli 2013.

fall ist nun spürbar anders. Kurz gefasst hält der Bundesrat fest,³ dass die seit 2011 bestehenden Instrumente hinsichtlich der Prozesskosten und -finanzierung optimiert werden könnten. Der sachliche und funktionelle Anwendungsbereich der heutigen Form der Verbandsklage, den der Bundesrat als «beschränkt» und «ungenügend» erachtet,⁴ könnte erweitert werden, und parallel dazu wird die Einführung von Gruppenklagen in die schweizerische Rechtsordnung erwogen. Dabei sollte man sich an die bereits im Ausland mit derartigen Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes gemachten Erfahrungen orientieren und diese an die unserem Rechtssystem eigenen Umstände anpassen. Der Gewährleistung der Finanzierbarkeit solcher Klagen sowie der Verhinderung des Missbrauchs solle zudem herausragende Bedeutung zukommen. Zu den vorgeschlagenen Instrumenten zählt man das Muster- oder Testverfahren, die sog. *Opt-in*-Gruppenklage sowie das Gruppenvergleichsverfahren (und *eventualiter* eine Mischform der beiden).

Wie es der Bundesrat anlässlich seiner Stellungnahme vom 30. November 2011 als Antwort auf die Motion vom 30. September 2011 der SP-Nationalrätin Prisca Birrer-Heimo selbst ausführt, erklärt sich dieser Sinneswandel «angesichts verschiedener Ereignisse und Entwicklungen in den letzten Jahren, gerade im Bereich der Finanz- und Kapitalmärkte».⁵ Nach Ansicht des Bundesrates sind solche Instrumente namentlich im Bereich der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, des Finanz- und Kapitalmarktes, des Konsumentenschutzes, des Kartellrechts, des Arbeitsrechts, des Umweltschutzes sowie des Persönlichkeitsschutzes von Bedeutung.⁶

Der ausführliche Bericht des Bundesrates erweist sich als guter Denkanlass. Ihn hingegen als Fundament für die Einführung neuer Instrumente zur Durchsetzung kollektiven Rechtsschutzes in die schweizerische Rechtsordnung anzusehen, wäre m.E. übereilt.

II. Die Schlussbetrachtungen des Bundesrates

Die Analyse des Bundesrates bezieht sich auf die kollektive Rechtsdurchsetzung sowohl bei Massen- als auch bei Streuschäden. Bei einem Massenschaden sind eine Vielzahl von Personen in gleicher oder gleichartiger Weise betroffen und jede einzelne in einer für sie erheblichen Weise geschädigt (Massenunfälle, -unglücke und -katastrophen; Schäden infolge fehlerhafter Produkte; Anlegerschäden; Schäden infolge mangelhafter Anlagebehandlung oder -vermittlung aufgrund von Pflichtwidrigkeiten). Bei *Streuschäden* erleidet eine Vielzahl von Personen lediglich einen wertmässig kleinen Schaden (sog. Kleinschäden, Schädigungen infolge kartellrechtswidriger oder unlauterer Geschäftspraktiken, etc.).⁷

³ Bericht, S. 3.

⁴ Bericht, S. 2.

⁵ Stellungnahme vom 30.11.2011, nachzulesen auf http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20113977.

⁶ A.a.O.

⁷ Bericht, S. 2, 12 ff.

In beiden Fällen erachtet der Bundesrat die bestehenden Instrumente des geltenden Rechts als «praktisch ungenügend, beziehungsweise teilweise untauglich»⁸ und somit nicht imstande, bei Massenschäden einen gebührenden Rechtsschutz zu gewährleisten. Die objektive und subjektive Klagehäufung sei dazu ebenfalls ungeeignet, und die Möglichkeit der Abtretung der Ansprüche vieler an einen einzelnen, die Rechte gebündelt geltend machenden, Kläger führe zu einem erhöhten Prozessführungs- und Prozessfinanzierungsrisiko. Auch mangle es an Verbänden und an Prozessfinanzierungslösungen, wie sie sich z.B. in Österreich eingebürgert haben.⁹ Das Risiko einer Überlastung des Gerichtsapparates bestünde zudem auch, wenn solche Massenschäden jeweils durch individuelle parallele Verfahren geregelt werden müssten. Auch bei Streuschäden seien die bereits bestehenden Instrumente untauglich; ihr Streitwert ist oft zu gering und es sei zu schwierig, die infolge von Streuschäden entstehenden Ansprüche einer gemeinsamen, prozessökonomischen Behandlung zu unterziehen.¹⁰

III. Kritische Analyse

1. Massenschäden

Wie es der Bundesrat bereits erwähnt, verzichten Einzelne, die einen Massenschaden erlitten haben, auch dann nicht auf die Geltendmachung ihrer Ansprüche, wenn der Sach- oder Vermögensschaden nicht wertmässig gering oder vernachlässigbar erscheint.¹¹ Aber dabei gehen sie nicht unbedingt gemeinsam vor.

a. Subjektive Klagenhäufung

Besteht eine soziale Bindung zwischen den Geschädigten, so können sie von der Möglichkeit Gebrauch machen, nach den geltenden, einschlägigen Regeln als Streitgenossenschaft gemeinsam gegen den Schädiger vorzugehen, wie z.B. bei mietrechtlichen Streitigkeiten (Anfechtung einer Mietzinserhöhung; durch Bauarbeiten erzeugte Mängel; Kündigung der Mietrechtsverhältnisse bei umfangreichen Bauarbeiten)¹² sowie bei arbeitsrechtlichen Auseinandersetzungen (gemeinsame Geltendmachung von Lohnansprüchen; kollektive Kündigung)¹³. Man kann auch an eine Streitgenossenschaft mehrerer Eigentümer benachbarter Häuser denken, die aufgrund von Lärmstörungen klagen.

Besteht eine solche soziale Bindung jedoch nicht, werden die Geschädigten auf eine subjektive Klagehäufung auch verzichten. Dem ist vor allem im Bereich des Kon-

⁸ Bericht, S. 2, 55 ff.

⁹ Bericht, S. 55.

¹⁰ Bericht, S. 55.

¹¹ Bericht, S. 11.

¹² FRANÇOIS BOHNET, Les actions collectives, spécialement en matière de consommation, in: Carron, Blaise/Müller, Christoph (éd.), Droit de la consommation et de la distribution: Les nouveaux défis, Neuchâtel 2013, S. 159 ff, N 20 ff.

¹³ BOHNET, Actions collectives, N 28 ff.

sumentenrechtes so (bei Haftung für Mängel bei Produkten und Dienstleistungen; Benutzung des Internets, usw.). Des Öfteren haben die Konsumenten nur den Kauf eines gleichen Produktes oder Dienstleistung gemeinsam. Sie verbindet lediglich die Gleichartigkeit ihrer Forderung gegen denselben Beklagten.

Die bahnbrechenden Fortschritte, die in den letzten Jahren im Bereich der Kommunikationsmittel gemacht wurden, und der Aufstieg und die Verbreitung der sozialen Netzwerke im World Wide Web beheben nun das Kommunikationsdefizit zwischen der Vielzahl an Mitgeschädigten im Falle eines Massenschadens. Ein wohlorganisierter Aufruf auf einer speziellen Webseite kann es ihnen ermöglichen, von den geltend gemachten Ansprüchen anderer Mitgeschädigter zu erfahren und über einen Konsumentenverein gemeinsam Klage zu erheben. Sofern die Ansprüche der Konsumenten identisch sind (z.B. im Falle eines Produktmangels), kann gemeinsames Klagen nach dem aktuellen Wortlaut der ZPO durchaus eine gute Alternative sein.

Gemeinsame Klagen können allerdings sehr aufwändig werden, wenn die *erlittenen, schädlichen Konsequenzen* von Fall zu Fall *sehr verschieden* sind, wie etwa bei Gesundheitsschäden, aber auch bei Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Zukunft, bei Versorgerschäden usw.

b. *Musterklage*

Wenn es zu aufwändig erscheint, eine gemeinsame Klage mittels subjektiver Klagenhäufung zu erheben, kann die *Musterklage* eine gute Lösung darstellen. Ein Musterverfahren ermöglicht es, die wichtigsten Streitfragen zwischen dem Beklagten und der Gemeinschaft der geschädigten Kläger ein für alle Mal zu beantworten, ohne dabei an die eigenen, individuellen Sachumstände der anderen Verfahren gefesselt zu sein. Die Praxis kennt solche Verfahren seit Langem, sei es in miet- oder in nachbarschaftsrechtlichen Streitigkeiten. Ein solches Musterverfahren könnte von einem Verband finanziert werden, ohne dass es dafür an besonderen Änderungen des jetzigen Rechts bedürfte. Ein solcher Musterprozess entwickelt zwar keine externe Rechtskraft, dennoch ist seine Relevanz in keiner Weise davon beeinträchtigt. Wie es die Praxis darlegt, genügt das Prinzip des *prozessualen Exempels* vollumfänglich. Überdies fehlt es der Verbandsklage (Art. 89 ZPO, 10 Abs. 2 Bst. b UWG) ebenfalls an externer Rechtskraftwirkung,¹⁴ und doch wird ihr Nutzen nicht bestritten.

Auch wenn es an spontaner Koordination der einzelnen Eigenverfahren erman- geln mag, erlauben es die Regeln über die Verfahrensassistierung, die einzelnen weiteren Verfahren für die Dauer eines Muster- oder Testverfahrens zu sistieren. Ein vor- treffliches Beispiel dafür, wenn es auch dem Bereich des öffentlichen Rechts entspringt, liefert die *lex Weber*.

Da Muster- oder Testverfahren in der Schweiz bereits geführt werden, muss man daraus schliessen, dass es nicht am Mangel an einer rechtlichen Regelung liegt, wenn es keine Musterprozesse im Konsumentenrecht gibt. Der Grund dafür liegt

¹⁴ NICOLAS JEANDIN, *Parties au procès: mouvement et (r)évolution*, Zürich 2003, S. 99; BOHNET, *Actions sociales*, N 45.

eher darin, dass es in der Schweiz keine (Konsumentenschutz-)Verbände gibt, die tatsächlich imstande wären, einen solchen Musterprozess zu führen, bzw. die über die dafür notwendigen Ressourcen und Mittel verfügen.

Das deutsche Beispiel lehrt uns, dass das Konzept des Musterverfahrens noch im Anfangsstadium steckt und seine Entwicklung noch längst nicht abgeschlossen ist. Im Bereich der Finanzmärkte erlaubt es der deutsche Gesetzgeber den Anlegern, auf Basis des *Gesetzes über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten (KapMuG)* die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen gemeinsam zu verlangen. Das KapMuG wurde ursprünglich für eine befristete Dauer in Kraft gesetzt und war – zu Beginn zumindest – ein Experimentalgesetz.¹⁵ Zweck des KapMuG ist es, die rechtliche Stellung der Anleger zu verbessern, indem es ihnen ermöglicht, Tatsachen- und Rechtsfragen (namentlich die Haftbarkeit des Beklagten im Falle eines Vertragsbruchs) im Rahmen eines Musterverfahrens einheitlich durch dieselbe gerichtliche Instanz zu regeln. Diese Gruppenklage steht zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen infolge falscher, irreführender oder unterlassener öffentlicher Kapitalmarktinformationen zur Verfügung, etwa in Jahresabschlüssen oder Börsenprospekten sowie bei Ansprüchen nach dem deutschen *Wertpapier- und Übernahmegesetz (WpÜG)*. Die zahlreichen Veränderungen, die das KapMuG seit seiner Einführung erfahren hat, zeugen von der Schwierigkeit, solchen Verfahren einen passenden rechtlichen Rahmen zu geben, auch wenn die Tragweite der Regelung auf wohl definierte Bereiche beschränkt wird.

Somit erscheint die Regelung von Musterprozessen nicht zuletzt wegen der Schwierigkeiten, mit welchen ihre Einführung und Abgrenzung verbunden wäre,¹⁶ als *verfrüht*. Sie wirft auch ernsthafte rechtspflegerische Probleme auf (vor allem in interkantonalen Streitigkeiten), von sprachlichen Problemen ganz zu schweigen. Solche Verfahren können ja offensichtlich auf der Basis des bereits bestehenden Rechtes eingeleitet werden, ohne dass es an den Prozesskosten scheitern könnte, welche ja nach dem Streitwert berechnet werden.¹⁷ Wenn es mehreren Mietern möglich ist, mittels subjektiver Klagenhäufung gemeinsam zu klagen oder zur Abwicklung von mietrechtlichen Streitigkeiten einen Musterprozess zu führen, dann muss diese Möglichkeit auch im Bereich des Konsumentenrechts bestehen können. Es ist m.E. nicht angemessen, die Richter noch diesen Organisationsaufwand aufzubürden.

15 Das Ausserkrafttreten des KapMuG war zunächst für den 1.11.2010 vorgesehen (§ 9 al. 2 KapMuG). Seine Geltungsdauer wurde anschliessend um zwei weitere Jahre verlängert, und schliesslich in einer überarbeiteten Fassung bis 2020 ausgedehnt.

16 Dies merkt man auch beim Lesen des Berichts, siehe S. 31.

17 Ganz verschieden dazu verhält es sich bei Musterverfahren, deren Ausgang für alle Verfahrensbeteiligten eine bindende Wirkung entfaltet.

c. Gruppenklage

Wenn sich die subjektive Klagehäufung wegen der hohen Anzahl an Teilnehmern oder wegen den Eigenheiten der einzelnen Individualfälle als zu aufwändig erweist, wird oft die Gruppenklage (*class action*) vorgeschlagen.

Die Einführung der *Opt-out-Variante der class action* wird vom Bundesrat abgelehnt, m.E. zu Recht, da sie unserem Rechtssystem zu fremd ist.¹⁸ In der Tat wäre es mit dem schweizerischen Rechtsgedanken unvereinbar, dass ein Teilnehmer an einer *class action* seinen Austritt erklären müsste, wenn er an dem Verfahren nicht teilnehmen, resp. vom Ausgang der Gruppenklage unabhängig bleiben möchte. Es kann demnach nur von der *Opt-in-Variante der class action* die Rede sein. Diese ermöglicht es, eine Vielzahl von Klägern, die sich gleichartig vom selben Beklagten als geschädigt betrachten, im Rahmen der Gruppenklage vom selben Kläger vertreten zu lassen. Dieser Vertreter ist oft ein Verband oder eine Organisation und handelt mit Hilfe von Anwälten, die sich auf derartige Verfahren spezialisieren. Die Organisation eines solchen Verfahrens ist besonders aufwändig, wie es z.B. die relevante – und längst nicht unbestrittene – Regelung dieser Institution im italienischen Recht beweist.¹⁹

Eine *class action* verlangt von den Klägern, sowohl was die Einleitung (Zulassung der Gruppe – *class certification*) als auch die Fortführung dieser Verfahrensart (Prozessorganisation, vor allem mit Blick auf die vorzubringenden Beweismittel) betrifft, einen bedeutenden Organisationsaufwand sowie umfangreiche rechtliche Ressourcen. Ebenso mühsam wird die Regelung der spezifischen, einzelnen Ansprüche, wenn über die – gemeinsamen – Streitfragen erst einmal entschieden wurde.

Die Zweckmässigkeit dieser Lösung in einem kleinen, föderalistischen Land wie die Schweiz erscheint äusserst zweifelhaft. Die Tatsache, dass die Möglichkeit der *objektiven Klagehäufung nach Abtretung von verschiedenen Ansprüchen*,²⁰ welche faktisch zu einem ähnlichen Ergebnis führt wie die *Opt-in-Gruppenklage*, hierzulande kaum genutzt wird, spricht gegen die Notwendigkeit ihrer Einführung in das schweizerische Rechtssystem.

Die objektive Klagehäufung, die das Gesetz bereits zulässt, ist eine eher unbeachtete Lösung. Den Grund dafür sieht der Bundesrat im Folgendem: «zum einen fehlt es in der Schweiz [...] vergleichbaren Organisationen, die über die notwendigen finanziellen Mittel, Ressourcen und *Know How* zur Führung solcher Sammelverfahren verfügen. Zum anderen erweist sich die professionelle Prozessfinanzierung durch Dritte auf der Basis eines Erfolgshonorars, trotz ihrer grundsätzlichen Zulässigkeit, in der Schweiz als wenig entwickelt und kaum verbreitet».²¹

Gleich verhielte es sich, wenn die *class action* geregelt werden sollte: es wird immer noch Ressourcen, nicht zuletzt finanzieller Art, bedürfen. So wie beim Beispiel des Musterverfahrens bildet auch hier die Gemeinschaft der Konsumenten

¹⁸ Bericht, S. 40.

¹⁹ BOHNET, *Actions collectives*, N 67 ff.

²⁰ Bericht, S. 19.

²¹ Bericht, S. 19.

eine bedeutende Kollektivkraft, und es ist ihnen leicht, sich zur Durchsetzung ihrer jeweiligen Ansprüche im Rahmen eines Verfahrens mittels Abtretung zu vereinen. Wenn die schweizerischen Konsumenten aber jetzt schon von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch machen (anders als beispielsweise in Österreich²²), so ist die Frage berechtigt, ob der Einführung der *class action* mehr Erfolg beschieden wäre – es sei denn, Letztere würde hauptsächlich als Druckmittel im Rahmen von Verhandlungen verwendet.

Zudem wäre es besser, wenn – wie in Österreich – die Konturen der Gruppenklage nach und nach durch die Praxis definiert würden, anstatt dass man eine extern geschaffene Regelung, mit der kein Richter und auch kein Anwalt hierzulande irgendwelche Erfahrungen hat sammeln können, einfach transplantieren will. Und gewiss wird die *class action* in der Schweiz von keinem befürwortet, der selbst persönliche Erfahrung hätte sammeln können.

Kurzum, der schweizerischen Praxis fehlt es m.E. noch an Erfahrung im Umgang mit Sammelklagen, um die Einfuhr einer *Opt-in*-Gruppenklage zu erwägen. Da schon das Instrument der objektiven Klagehäufung mittels Abtretung faktisch nie verwendet wird, mag man über die Notwendigkeit neuer Verfahrensarten seine Zweifel haben, wenn schon die bereits bestehenden nicht verwendet werden.

2. Streuschäden

Im Falle von Streuschäden verzichten die Geschädigten (meistens Konsumenten) wegen des in der Regel geringen Streitwertes oftmals darauf, Klage zu erheben. Sollte man sie zur Klage ermutigen oder gar anspornen? Die Beantwortung dieser Frage fällt freilich der Rechtspolitik zu; dennoch sollen folgende Bemerkungen gemacht werden.

Im Falle eines geringwertigen Schadens tauscht der Verkäufer oder Anbieter die defekte Ware meist einfach aus, sofern der geschädigte Verbraucher sich auch an ihn wendet, was er – nicht zuletzt wegen fehlenden Interesses – auch oft nicht tut. Häufig hat der Verbraucher die Mängel auch nicht rechtzeitig gerügt (Art. 201 Abs. 1 OR).

Bereits heute hindert nichts die Konsumentenschutzverbände daran, Aufklärungskampagnen einzuleiten und den Verbrauchern die Abtretung ihrer Ansprüche gegen eine Beteiligung am Prozessgewinn anzubieten. Nur sprechen die durch die objektive Klagehäufung verursachten Kosten und erhöhten Prozessrisiken auch gegen diese Vorgehensweise.²³

Sollte eine spezielle rechtliche Regelung über die Prozesskostenzuteilung den Zugang zu den Gerichten freihalten? Über die Schutzwürdigkeit des prozessualen Interesses des Geschädigten mag man zweifeln, wenn eine zweistellige Summe im

22 Bericht, S. 54; MARTIN BERNET/MICHAEL HESS, Sammelklagen und kollektiver Rechtsschutz – neueste Entwicklungen in Europa und der Schweiz, *Anwaltsrevue* 2012, p. 454 s.; TANJA DOMEJ, Einheitlicher kollektiver Rechtsschutz in Europa?, *ZZP* 2012, p. 429; BOHNET, *Actions collectives*, N 91 ff.

23 Bericht, S. 19.

Spiel ist, vor allem wenn man bedenkt, wie sehr sich die Einführung einer solchen neuen Regelung auf die Kosten der Justiz im Allgemeinen haben kann.

Bei Streuschäden hingegen besteht tatsächlich regulatorischer Bedarf. Um etwaigen Missständen bei Streuschäden zu begegnen sollte m.E. eher eine Verstärkung der bereits bestehenden Instrumente des öffentlichen Rechts angestrebt werden (wie es auch der Bundesrat vorschlägt²⁴), anstatt auf den zivilrechtlichen Klageweg zu setzen.

IV. Schlusswort

Soll die Schweiz nun, wie es ihre Nachbarn bereits tun, im Bereich des kollektiven Rechtsschutzes gesetzgeberisch tätig werden? Es lohnt sich, diese Frage zu stellen. Die Antwort darauf kann jedoch nur eine nuancierte sein.

Aufgrund der mangelnden Erfahrung in diesem Bereich wäre es m.E. verfrüht, die Kollektivklagen und erst recht die Gruppenklage regulieren zu wollen, denn neue Normsetzungen, welche sich auf keine bisherige Praxis stützen, schaffen in der Regel mehr Probleme als Lösungen. Auch ist die Schaffung eines ganzen rechtlichen Instrumentariums als blosse Vorkehrung für den hypothetischen Fall eines tatsächlichen Massenschadens²⁵ ein recht kontraproduktiver Gedanke: man sollte eher die bestehenden Lösungen anwenden und diese bei Bedarf den einzelnen Umständen anpassen, anstatt sich auf noch unbenutzte Werkzeuge zu verlassen.

Die Entwicklung des kollektiven Rechtsschutzes sollte – nach dem derzeitigen Stand der Dinge – vor allem durch die Rechtsprechung angetrieben werden. Unsere ZPO ist flexibel genug, um es wohlorganisierten Verbänden, die sich an den kühnen Mechanismen wie sie z.B. in Österreich entwickelt wurden²⁶ – orientieren, und mithilfe der neuen Kommunikationsmittel einen Musterprozess zu organisieren, bzw. als Zessionar der Geschädigten eine Gruppenklage einzuleiten. Die Prozessfinanzierung kann ja vom Verband, der nicht dem Verbot des *pactum de quota litis* untersteht, selbst übernommen werden; auch externe Prozessfinanzierer können die Kostenfrage lösen und eine Gewinnbeteiligung im Erfolgsfall rechtens vereinbaren²⁷. Über den Betreuungsweg kann der Verlauf der Verjährungsfristen gehemmt werden. Nur lässt sich aus der Tatsache, dass trotz der durch die bestehenden Rechtsinstrumente gebotenen Möglichkeiten bislang noch keine Regelung angenommen wurde, der Schluss ziehen, dass für die formelle Einführung einer Gruppenklage zu diesem Zeitpunkt kaum Bedarf besteht.

²⁴ Bericht, S. 22.

²⁵ Bericht, S. 50.

²⁶ Bericht, S. 17 ff, 22; BOHNET, Actions collectives, N 91 ff.

²⁷ Siehe BGE 131 I 223 E. 4, RDAF 2006 I 526 (zusammengefasst), in welchem festgehalten wird, dass § 41 AnwG/ZH (17. II. 2003), welcher jegliche Prozessfinanzierung gegen Beteiligung am Prozessergebnis verbietet, gegen das Gebot der Wirtschaftsfreiheit i.S.v. Art. 27 BV verstösst. Siehe dazu auch BOHNET/MARTENET, Droit de la profession d'avocat, Bern 2009, N 1607 f.