

Vortragsreihe am Mittag  
Freitag, 31. Januar 2020, 12.00-13.45 Uhr

# **Kollektiver Rechtsschutz**

## **Gruppenvergleich und Verbandsklage als Instrumente der Verfahrensfairness**

Prof. em. Dr. iur. Alexander Brunner  
CEDR Accredited Mediator (London)  
Oberrichter a.D. Handelsgericht Zürich

**I. Zur Sachproblematik beim kollektiven Rechtsschutz**

1. Recht und Gerechtigkeit (Fairness) als Kernproblem
2. Anschauung und Begriff von Streu- und Massenschäden
3. Problemlagen für Kläger, Beklagte und Gerichte

**II. Zum Stand der Gesetzgebung in der Europäischen Union**

1. RL-Unterlassungsklagen 2009/22/EG
2. RL-Vorschlag Verbandsklagen COM(2018) 184 final
3. Keine US-Class-Actions / European Justice Forum EJP (2020)

**III. Zum Stand der Gesetzgebung in der Schweiz**

1. Vorbemerkung (KVI und Teilrevision ZPO-CH)
2. VE 2018 und Botschaft 2020 (offener Stand 28.01.2020)
3. Wesentliche Sachlagen und Begründungen

**IV. Kurzer Rechtsvergleich EU-CH**

1. Verhältnis Gruppenvergleich und Verbandsklage
2. Verbandsklage
3. Gruppenvergleich

**V. Lösungsmöglichkeiten im Schweizer Recht und Fazit**

1. Postulat einer Priorität des Gruppenvergleichs
2. Auffang-Institution der Verbandsklage für Forderungen
3. Zu lösenden Normlagen und Fazit

# I. Zur Sachproblematik beim kollektiven Rechtsschutz

## 1. Recht und Gerechtigkeit (Fairness) als Kernproblem



Charles Baron de Montesquieu, Philosoph und Staatstheoretiker,  
\* 18.01.1689, † 10.02.1755

# **I. Zur Sachproblematik beim kollektiven Rechtsschutz**

## **1. Recht und Gerechtigkeit (Fairness) als Kernproblem**

*Montesquieu*

**Wenn es nicht notwendig ist, ein Gesetz zu machen,  
dann ist es notwendig, kein Gesetz zu machen**

**Gesetzgebungslehre:** Frage der Notwendigkeit von Normen steht bei der Gesetzgebung immer als erstes im Vordergrund.

Anders formuliert daher auch:

**Wenn es notwendig ist, ein Gesetz zu machen,  
dann ist es notwendig, ein Gesetz zu machen**

## I. Zur Sachproblematik beim kollektiven Rechtsschutz

### 1. Recht und Gerechtigkeit (Fairness) als Kernproblem

➔ Wir lehren unseren Studierenden an den Universitäten:  
«Eine **geschädigte** Person hat Anspruch auf **Ersatz**» (OR 41)

Gilt diese Regel auch dann, wenn der Schaden für die Person nur klein ist? Fragen wir den liberalen Rechtsphilosophen:



*Gerechtigkeitsprinzipien müssten folgende Inhalte haben: ➔*

## I. Zur Sachproblematik beim kollektiven Rechtsschutz

### 1. Recht und Gerechtigkeit (Fairness) als Kernproblem

**Erster Grundsatz:** Jedermann hat gleiches Recht auf das umfangreichste Gesamtsystem gleicher **Grundfreiheiten**, das *für alle möglich* ist.

**Zweiter Grundsatz:** Soziale und wirtschaftliche **Ungleichheiten** müssen *folgendermassen beschaffen* sein:

(a) sie müssen unter der Einschränkung des gerechten **Spargrundsatzes den am wenigsten Begünstigten den grösstmöglichen Vorteil** bringen, und

(b) sie müssen mit Ämtern und **Positionen verbunden** sein, **die allen** gemäss **fairer Chancengleichheit** offenstehen.

(mit Vorrangregeln für *Primat **Freiheit*** und *Primat **Gleichheit***)

# I. Zur Sachproblematik beim kollektiven Rechtsschutz

## 1. Recht und Gerechtigkeit (Fairness) als Kernproblem

Beispiel zum konkreten Rechtsproblem (Streuschaden):

Kartellrechtswidrige **Schädigung** einer Vielzahl von Personen mit «geringem Schaden» **durch überhöhte Preise**

Analyse nach *Samuelson/Nordhaus* (Volkswirtschaftslehre):

**Kartellbedingter Gewinn** als Produzentenrente der Anbieter

Aber: Kartellbedingte **Verluste** für die **Gesellschaft** (geringerer Gesamtnutzen für die Volkswirtschaft) und: **Kartellbedingter Verlust** der Konsumentenrechte der Abnehmer (vgl. *A.Brunner*, Rezension Zäch et al., KG-Komm., SJZ 2020, 40-41)



## 2. Anschauung und Begriff des Phänomens

**Anschauung** und Begriff des Phänomens von Streu- und Massenschäden (Einreichung Klage am Handelsgericht ZH)





## 2. Anschauung und Begriff des Phänomens

**Anschauung** und Begriff des Phänomens von Streu- und Massenschäden (Einreichung Klage am Handelsgericht ZH)



## 2. Anschauung und Begriff des Phänomens

### Begriff des Phänomens

#### Streu-Schäden

Schädigung durch widerrechtliches Verhalten gegenüber einer Vielzahl von Personen mit eher geringen Schäden

Für die einzelne Person **gering**, aber Massen-Phänomen

#### Massen-Schäden

Für die einzelne Person **erheblicher** Schaden und zudem (immer) Massen-Phänomen

### 3. Problemlagen für Kläger, Beklagte und Gerichte

Problem für **Kläger** (ökonomische Analyse des Rechts)

Kosten/Nutzen-Problem: Kleiner Prozessgewinn, grosser Aufwand

Prozesskostenrisiko-Problem: Tiefer Streitwert, hohe Kosten

Rationale Apathie: Rationaler Entscheid: «Nicht der Rede wert!» - ist dies zutreffend? Verzicht auf Schadenersatz?

Strukturelles Ungleichgewicht: Teilklage ist kein Hilfsmittel → BGE 4A\_659/2016, E. 4 (Bestätigung HG150167): Kein Schutz für Kostenminimierung, da die negative Feststellungsklage der beklagten Partei zulässig ist mit hohen Kosten

### 3. Problemlagen für Kläger, Beklagte und Gerichte

Problem für **Beklagte** (ökonomische Analyse des Rechts)

Kosten/Nutzen-Problem: Vorteil ohne kollektiver Rechtsschutz, da bei Streuschäden keine Zivilklagen («Spekulation» auf die «rationale Apathie» bei geringen Schäden)

Prozesskostenrisiko-Problem: Vorteil mit kollektiver Rechtsschutz, da Prozess-Konzentration mit Minimierung der Kosten

Strukturelles Ungleichgewicht: Argument «Milliardär ca. KMU» nicht überzeugend, da kein typischer Massen-Tatbestand

### 3. Problemlagen für Kläger, Beklagte und Gerichte

Problem für **Gerichte** (ökonomische Analyse des Rechts)

Kosten/Nutzen-Problem:

**Prozess-Konzentration** führt zu kleinerem Aufwand (Vorteil kollektiver Rechtsschutz vor dem Instrument der subjektiven Klagenhäufung, vgl. *Diagramm*)

**Gleiche Sach- und Rechtsfragen** können zielführender beurteilt werden

**Kommunikation rationeller** mit Rechtsvertretungen

## **II. Zum Stand der Gesetzgebung in der Europäischen Union**

### **1. RL-Unterlassungsklagen 2009/22/EG**

#### **Vorgeschichte der RL-Unterlassungsklagen 2009:**

Sehr komplexe kollisionsrechtliche Rechtsfragen wegen der Anerkennung ausländischer Institutionen im Binnenmarkt (z.B. britisches **OFT** oder skandinavischer **Ombudsstellen** oder Klagerecht von **Verwaltungsabteilungen** von EU-Staaten)

**1993** Universität Genf – EU-Expertentagung (vgl. *Bernd Stauder*, Les actions collectives transfrontières des organisations de consommateurs, Zürich 1997)

**1998** Erste RL 98/27/EG führt zur RL 2009

**Problemlösung 1998/2009:** Nicht Anknüpfung an sehr unterschiedliche **Einrichtungen**, sondern an einheitliche **Unterlassungsklage**



## 2. RL-Vorschlag Verbandsklagen COM(2018) 184 final

### Neues Konzept des Vorschlags 2018

Damit Aufhebung der RL-Unterlassungsklagen 2009

Anknüpfung an einen **harmonisierten Rechtsbegriff** der  
«**Qualifizierten Einrichtung**» anstelle der Unterlassungsklage  
Strenge Voraussetzungen an die «QE» !

Hinweis: Analog Beschluss vom 06.12.2019 Handelsgericht Zürich  
(HG170257), Nichteintreten auf Klage wegen fehlendem Stiftungszweck der  
klagenden Stiftung (nur ZPO 89, nicht «VE-ZPO 89a»)

### Klagemöglichkeit der «QE»:

Feststellungsklage

Unterlassungsklage und Verbot

**Abhilfemassnahmen, insb. Forderungsklage (neu!)**

### 3. Keine US-Class-Actions / European Justice Forum

Zur Qualifikation des RL-Vorschlags 2018

Massgebliche Berücksichtigung der **Einwände des EJF**

- **Keine «US-Class-action»**
- **Strenge Kautelen** für «Qualifizierte Einrichtungen»
- **insb. kein Erwerbszweck** für «QE»
- **Kontrollierte Aufnahme** in öffentliches Verzeichnis

**EJF - Postulate 2020** (nach Rats-Entscheid vom 28/11/2019)

- **Transparenz** der Prozesskosten-Finanzierung für «QE»
- **Keine «Verdoppelung»** zufolge anderer EU-RL mit Koll.RS
- **Keine Ausweitung** des ordentlichen Haftungsrechts
- **Klare Abgrenzung** zwischen nationalen/internationalen Kl.

### **III. Zum Stand der Gesetzgebung in der Schweiz**

#### **1. Vorbemerkung (KVI und Teilrevision ZPO-CH)**

Hinweis: **Zwischenspiel** in der laufenden Gesetzgebung:  
Diskussion um die Implikationen der «Konzernverantwortungs-Initiative» (**KVI**) – Befürchtung, der Ausbau des kollektiven Rechtsschutzes i.S.d. VE-Teilrevision ZPO-CH könnte die Rechtsproblematik verschärfen (Ständerat in HS 2019).

#### **Vorentwurf (VE) Teilrevision ZPO schlägt vor:**

Ergänzung ZPO 89 durch VE-ZPO 89a, neu: Forderungsklage  
Ergänzung ZPO durch VE-ZPO 352a-352k, Gruppenvergleich

## 2. VE 2018 und Botschaft 2020 (offener Stand 28.01.2020)

### Botschaft 2020 (zZ offen)

**Vorarbeiten 2013:** Bundesrat - Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz – Bestandesaufnahme und Handlungsmöglichkeiten

**VE-ZPO 2018:** Guter Überblick: *Philipp Weber*, Anpassung der ZPO – Überblick über die laufenden Revisionsarbeiten, in: PraxiZ 2018, 97-122, insb. 119 Zif. 4.4. Kollektiver Rechtsschutz

**VE-ZPO 89a:** Verbandsklage für Forderungen, insb.

**Schadenersatz und/oder Gewinnherausgabe**

**VE-ZPO 352a ff.:** Zwischen Verband und Schädiger Regelung der Folgen einer Rechtsverletzung mit **Gruppenvergleich**

### 3. Wesentliche Sachlagen und Begründungen

#### **Verbandsklage** (Begründung VE 2018, 39):

Neuregelung der Voraussetzungen der **Aktivlegitimation** von Vereinen und anderen Organisationen und Aufhebung der Beschränkung der Verbandsklage auf Persönlichkeitsverletzungen und damit Öffnung der Verbandsklage für das gesamte Privatrecht (VE-ZPO 89 I)

Zulassung der Verbandsklage zur Geltendmachung von finanziellen Ansprüchen der Angehörigen der Personengruppe durch Vereine und andere Organisationen im Wege der sogenannten **Prozessstandschaft** zur Geltendmachung fremder Rechte in eigenem Namen, wenn sie dazu geeignet sind (VE-ZPO 89a)

**Hinweis:** Dies war das Kardial-Problem des zit. NE-Beschluss HG-ZH

### 3. Wesentliche Sachlagen und Begründungen

**Verbandsklage** (Begründung VE 2018, 39):

**Unterbrechungswirkung der Verbandsklagen** in Bezug auf die Verjährung der Individualansprüche (VE-OR 135 Z.3)

Streichung des unklaren Vorbehalts spezialgesetzlicher Verbandsklagen in ZPO 89 III zugunsten weitgehender **Vereinheitlichung aller privatrechtlichen Verbandsklagen** unter entsprechender Anpassung der geltenden Bestimmungen in anderen Gesetzen →

→ Klarer Entscheid im FIDLEG (SR 950.1 in Kraft 01.01.2020): Kollektiver Rechtsschutz **nicht im FIDLEG**, sondern in der **ZPO**

### 3. Wesentliche Sachlagen und Begründungen

**Gruppenvergleich** (Begründung VE 2018, 80 ff.):

**Ergänzung der Verbandsklage** durch die Möglichkeit, einen Vergleich zwischen Schädiger und der Vielzahl von Geschädigten abzuschliessen

**Begründung:** «Ebenso wie ein einfacher Vergleich basiert auch der Gruppenvergleich grundsätzlich auf einer einvernehmlichen Regelung der (Schadens-)Folgen eines bestimmten Sachverhalts und setzt keine vorgängige, verbindliche oder autoritative Feststellung einer Pflichtverletzung voraus, was gerade für den oder die Personen, denen eine Rechtsverletzung vorgeworfen wird, in Bezug auf die öffentliche Wahrnehmung und die Reputation von Vorteil sein kann».



## IV. Kurzer Rechtsvergleich **EU** - **CH**

### 1. Verhältnis Gruppenvergleich und Verbandsklage

#### **EU** (Art. 8 RL-Vorschlag 2018)

Empfehlung durch das mit einer Verbandsklage befasste Gericht (analog etwa **Art. 5 RL-2008/52/EG Mediation**) für die Streitparteien, in Vergleichsverhandlungen zu treten

#### **CH**

Keine Empfehlung vorgesehen. Aber aufgrund der Rechtskultur der Schweiz **selbstverständliche Praxis** und «Regel» mit sehr detaillierten Verfahrensnormen in VE-ZPO 352a-352d

## 2. Verbandsklage

| <b>EU (RL-Vorschlag)</b>                                           | <b>CH (VE-ZPO)</b>                                                             |
|--------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Art. 9</b><br>Öffentliche Information<br>der <b>Verbraucher</b> | <b>Art. 89a Abs. 2</b><br>Öffentliche Information<br>der <b>Personengruppe</b> |
| Art. 5 Ziff. 2 lit. b<br>Feststellungsklage                        | Art. 89 Abs. 2 lit. c<br>Feststellungsklage                                    |
| Art. 5 Ziff. 3<br>Unterlassungsklage                               | Art. 89 Abs. 1<br>Unterlassungsklage                                           |
| Art. 5 Ziff. 2 lit. a<br>Verbot                                    | (enthalten)                                                                    |
| Art. 6<br>Abhilfemassnahmen,<br>Forderungsklagen                   | 89 Abs. 2 lit. d / 89a<br>Schadenersatz,<br>Gewinnherausgabe                   |

### 3. Gruppenvergleich

| <b>EU (RL-Vorschlag)</b>        | <b>CH (VE-ZPO)</b>                             |
|---------------------------------|------------------------------------------------|
| <b>Art. 8</b>                   | <b>Art. 352a-352k</b>                          |
| zu konkretisieren               | klar und detailliert                           |
| Gerichts-Empfehlung<br>möglich  | «Regel» keine Gerichts-<br>Empfehlung          |
| Fairness-Check<br>durch Gericht | Faires und detailliertes<br>Verfahren für Vgl. |
| opt-out möglich                 | opt-out möglich                                |
| kein Widerruf                   | kein Rechtsmittel                              |

## **V. Lösungsmöglichkeiten im Schweizer Recht und Fazit**

### **1. Postulat einer Priorität des Gruppenvergleichs**

#### *Vorbemerkung:*

In der Schweiz besteht eine sehr lange und ausgereifte Praxis für konsens-orientierte Lösungs-Strategien: Diese Rechtskultur sollte auch im Bereich des kollektiven Rechtsschutzes nutzbar gemacht werden.

#### *Das führt zum Postulat:*

#### **Priorität des Gruppenvergleichs !**

Konsensuale Lösungen sind stets besser als jahrelange prozessuale Gefechte

## 2. Auffang-Institution der Verbandsklage für Forderungen

**Im Falle des Scheiterns** eines Gruppenvergleichs:

**Notwendigkeit** einer klaren Struktur für die Regelung des Schadensausgleichs durch Verfahren der → Verbandsklage  
Analogie zu der erfolgreichen Gerichtspraxis in der Schweiz

**Zur Diskussion um Befürchtungen des «Vergleichsdrucks»:**

Vgl. *Sandrine Rudolf von Rohr*, Sammelklagen: Anwaltsarbeit ist keine Massenware, in: NZZ 27.01.2020, 11

**Gut ausgebildete und praxisorientierte Mediatoren sind heute in der Schweiz eine Selbstverständlichkeit!**

Vgl. *A. Brunner*, Die Kunst des Vergleiches – eine Anleitung aus Richtersicht, in: FS Isaak Meier, Zürich 2015, 69-87

### 3. Zu lösenden Normlagen und Fazit

*Montesquieu*

**Notwendigkeit** eines Gesetzes

*John Rawls*

Fairness **als Ziel**

*Samuelson / Nordhaus*

**Ökonomische** Analyse des Rechts

*EU RL-Vorschlag*

Kollektiver Rechtsschutz **als Mittel**

*CH VE-Bundesrat*

Kollektiver Rechtsschutz **als Mittel**

**Besten Dank für Ihre  
Aufmerksamkeit !**