



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

[Signature]

[QR Code]

**Erläuternder Bericht
zur Änderung der Zivilprozessordnung
(Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurch-
setzung)**

vom 2. März 2018

Übersicht

Die Schweizerische Zivilprozessordnung ist seit sieben Jahren in Kraft. Sie hat sich nach der Ansicht der betroffenen Fachkreise und Stakeholdergruppen in der Praxis insgesamt bewährt und damit als praxistauglich erwiesen. Durch punktuelle Verbesserungen sollen die Funktionsfähigkeit der ZPO und damit die Rechtsdurchsetzung weiter verbessert werden. Insbesondere sollen das Prozesskostenrecht angepasst und so der Zugang zum Gericht erleichtert werden. Daneben sollen die Verfahrenskoordination vereinfacht, das Schlichtungsverfahren gestärkt und weitere Aspekte und Unklarheiten gesetzlich geklärt oder präzisiert werden. Gleichzeitig soll die kollektive Rechtsdurchsetzung durch die Neuregelung der Verbandsklage und die Schaffung eines Gruppenvergleichsverfahrens in Zukunft die Durchsetzung von Massenschäden sowie von Streuschäden erleichtern und damit eine Rechtsschutzlücke geschlossen werden. Mit dieser Revisionsvorlage werden mehrere parlamentarische Aufträge erfüllt und die Durchsetzung des Privatrechts weiter gestärkt.

Ausgangslage

Am 1. Januar 2011 wurde mit der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) das Zivilprozessrecht schweizweit kodifiziert und vereinheitlicht worden. Nach sieben Jahren ist die ZPO heute im praktischen Alltag der Gerichte, Anwältinnen und Anwälte und der Rechtsunterworfenen etabliert. Mit der Motion 14.4008 hat das Parlament den Bundesrat beauftragt, die Praxistauglichkeit der ZPO zu prüfen und eine entsprechende Gesetzesvorlage vorzulegen. Daneben verlangen weitere parlamentarische Vorstösse erste Anpassungen der ZPO. Die Motion 13.3931 verlangt im Anschluss an den Bericht des Bundesrates zum kollektiven Rechtsschutz von Juli 2013 die Ausarbeitung einer Vorlage zum Ausbau der bestehenden Instrumente sowie zur Schaffung neuer Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes zur gemeinsamen Geltendmachung von Streu- und Massenschäden.

Inhalt der Vorlage

Die Prüfung der Praxistauglichkeit hat gezeigt, dass sich die ZPO nach Ansicht sämtlicher Fachkreise und Stakeholdergruppen in der Praxis insgesamt bewährt hat. Punktuell festgestellte Schwachpunkte sollen durch entsprechende Anpassungen eliminiert werden, um die Anwendung der ZPO weiter zu verbessern. Dabei sollen die bewährten Konzepte und Grundsätze der ZPO und damit auch die kantonale Autonomie in der Gerichtsorganisation beibehalten werden.

Abbau von Kostenschranken

Durch die Halbierung der Prozesskostenvorschüsse und eine Anpassung der Kostenliquidationsregelung sollen die festgestellten Mängel im Kostenrecht und damit ein zentraler Kritikpunkt beseitigt werden, ohne dass dabei in die kantonale Tarifhoheit eingegriffen wird.

Stärkung der kollektiven Rechtsdurchsetzung

In Umsetzung eines parlamentarischen Vorstosses und früherer Vorschläge des Bundesrates soll die kollektive Rechtsdurchsetzung gestärkt und damit eine Rechtsschutzlücke geschlossen werden. Dazu soll ein allgemeines Gruppenvergleichsverfahren geschaffen werden, das die einvernehmliche kollektive Streiterledigung ermöglicht. Gleichzeitig soll die bewährte Verbandsklage neu und auch in den Spezialgesetzen einheitlich geregelt werden; neu soll auch eine reparatorische Verbandsklage zur Durchsetzung von Massenschäden sowie teilweise auch Streuschäden möglich sein. Parallel soll die kollektive Rechtsdurchsetzung im Wege des Individualrechtsschutzes erleichtert und damit gefördert werden.

Erleichterung der Verfahrenskoordination

Die koordinierte und damit effiziente Geltendmachung und Entscheidung über mehrere Ansprüche soll erleichtert werden; dazu sind die Bestimmungen über die Streitgenossenschaft, die Streitverkündungsklage, die Klagenhäufung und die Widerklage anzupassen. Dabei soll zukünftig nicht mehr die gleiche Verfahrensart vorausgesetzt werden; das führt dazu, dass eine koordinierte Geltendmachung häufiger als bisher möglich wird.

Stärkung des Schlichtungsverfahrens

Das bewährte Schlichtungsverfahren soll punktuell gestärkt werden. So soll dieses in weiteren Streitigkeiten zum Zuge kommen und die Kompetenz der Schlichtungsbehörden zu Entscheidvorschlägen ausgebaut werden.

Weitere punktuelle Anpassungen

Mit weiteren punktuellen Anpassungen soll die Rechtssicherheit und Rechtsklarheit verbessert und damit die Anwenderfreundlichkeit weiter gestärkt werden. So sollen wichtige Erkenntnisse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gesetzlich verankert werden. Gleichzeitig sollen erkannte Schwachpunkte oder Mängel beseitigt werden. Der Umgang mit Eingaben an ein unzuständiges Gericht oder eine falsche Behörde soll anwenderfreundlicher werden.

Neu soll zudem ein Mitwirkungsverweigerungsrecht für Unternehmungsjuristinnen und -juristen geschaffen werden; damit wird ein parlamentarischer Vorstoss umgesetzt. Schliesslich soll eine gesetzliche Grundlage für die zukünftige Erstellung von schweizweiten Statistiken und Geschäftszahlen der Zivilgerichtsbarkeit durch Bund und Kantone geschaffen werden.

Inhaltsverzeichnis

Übersicht	2
1 Grundzüge der Vorlage	6
1.1 Ausgangslage	6
1.1.1 Erfolgreiche Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts	6
1.1.2 Erste Parlamentarische Vorstösse unmittelbar nach Inkrafttreten	6
1.1.3 Motion RK-S 14.4008 «Anpassung der Zivilprozessordnung» und Postulat Vogler 14.3804 «Zivilprozessordnung. Erste Erfahrungen und Verbesserungen»	7
1.1.4 Motion Birrer-Heimo 13.3931 «Förderung und Ausbau der Instrumente der kollektiven Rechtsdurchsetzung»	8
1.2 Praxistauglichkeit der ZPO	9
1.2.1 Ermittlung der Praxistauglichkeit	9
1.2.2 Ergebnisse	10
1.3 Die beantragte Neuregelung	14
1.3.1 Einleitung	14
1.3.2 Kostenrecht: Halbierung der Gerichtskostenvorschüsse und Anpassung der Kostenliquidationsregelung	16
1.3.3 Kollektiver Rechtsschutz: Erweiterung und Ergänzung der Verbandsklage und Schaffung eines Gruppenvergleichsverfahrens (Erfüllung Motion Birrer-Heimo 13.3931)	17
1.3.4 Differenzierte Aufnahme der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in das Gesetz	18
1.3.5 Verfahrenskoordination: Erweiterte Zulässigkeit von Streitgenossenschaft, Klagenhäufung und Widerklage sowie Präzisierung der Streitverkündungsklage	19
1.3.6 Ausbau des Schlichtungsverfahrens	19
1.3.7 Weitere punktuelle Massnahmen zur Verbesserung der Anwenderfreundlichkeit	20
1.3.8 Schaffung eines Mitwirkungsverweigerungsrechts für Unternehmensjuristinnen und -juristen (Umsetzung Pa.Iv. Markwalder 15.409 «Berufsgeheimnisschutz für Unternehmensjuristinnen und -juristen»)	21
1.3.9 Schaffung bundesgesetzlicher Grundlage für schweizweite Prozessstatistik	21
1.4 Rechtsvergleich, insbesondere mit dem europäischen Recht	22
1.4.1 Zivilprozessrecht	22
1.4.2 Kollektiver Rechtsschutz	23
1.5 Umsetzung	25
2 Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln	25

2.1	Zivilprozessordnung	25
2.2	Änderung anderer Bundesgesetze	97
2.2.1	Gleichstellungsgesetz (GlG)	97
2.2.2	Behindertengleichstellungsgesetz (BehiG)	98
2.2.3	Obligationenrecht (OR)	98
2.2.4	Markenschutzgesetz (MSchG)	99
2.2.5	Wappenschutzgesetz (WSchG)	100
2.2.6	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)	100
2.2.7	Kartellgesetz (KG)	101
2.2.8	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG)	101
2.2.9	Mitwirkungsgesetz	103
2.2.10	Entsendegesetz (EntsG)	103
3	Auswirkungen	103
3.1	Auswirkungen auf den Bund	103
3.2	Auswirkungen auf Kantone und Gemeinden sowie auf urbane Zentren, Agglomerationen und Berggebiete	104
3.3	Auswirkungen auf die Volkswirtschaft	105
3.4	Auswirkungen auf die Gesellschaft	105
4	Verhältnis zur Legislaturplanung und zu Strategien des Bundesrates	106
5	Rechtliche Aspekte	106
5.1	Verfassungsmässigkeit	106
5.2	Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz	106
5.3	Erlassform	107
5.4	Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen	107
5.5	Datenschutz	107

Erläuternder Bericht

1 Grundzüge der Vorlage

1.1 Ausgangslage

1.1.1 Erfolgreiche Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts

Die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO)¹ ist vom Parlament am 19. Dezember 2008 verabschiedet worden und am 1. Januar 2011 in Kraft getreten. Damit wurde die mit der sog. Justizreform 1999/2000 beschlossene schweizweite Vereinheitlichung des (Zivil-)Prozessrechts umgesetzt, die früheren 26 kantonalen Zivilprozessordnungen hinfällig und damit die frühere horizontale Rechtszersplitterung beseitigt.² Weiterhin Sache der Kantone blieb demgegenüber grundsätzlich die Organisation der Gerichte und damit einhergehend auch die Regelung der sachlichen und funktionellen Zuständigkeit sowie die Tarifhoheit zur Festsetzung der Prozesskosten, soweit die ZPO nicht ausnahmsweise etwas anderes bestimmt (vgl. Art. 3, Art. 4 Abs. 1 und Art. 96 ZPO sowie Art. 122 Abs. 2 BV³).

Nach etwas mehr als sieben Jahren seit Inkrafttreten der ZPO lässt sich heute feststellen, dass die schweizweite Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts erfolgreich war: Die ZPO als bundesrechtliche Kodifikation und Konsolidierung des Prozessrechts ist heute etabliert, im praktischen Alltag der Gerichte, Anwältinnen und Anwälte und der Rechtsunterworfenen erprobt und insgesamt anerkanntermassen praxistauglich. Das haben gerade auch die Untersuchungen und der Erfahrungsaustausch mit den Stakeholdern im Rahmen der Vorarbeiten zu dieser Vorlage gezeigt (vgl. dazu auch nachfolgend unter Ziff. 1.2.1).

1.1.2 Erste Parlamentarische Vorstösse unmittelbar nach Inkrafttreten

Bereits kurze Zeit nach Inkrafttreten der ZPO wurden im Parlament Vorstösse zu spezifischen Einzelfragen und Problemstellungen der ZPO eingereicht; diese betrafen vorab Fragen der Mediation⁴, des Schlichtungsverfahrens⁵, der sachlichen Zu-

¹ Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO); SR 272.

² Vgl. dazu ausführlich Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006, S. 7221 ff., S. 7233 ff. sowie Bericht Vorentwurf ZPO, S. 5 (abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/archiv/zivilprozessrecht/vn-berd.pdf>).

³ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999; SR 101.

⁴ Pa. Iv. Hiltbold 11.437 «Änderung des ZGB und der ZPO. Mediation in kindesrechtlichen Angelegenheiten» (am 31.07.2012 zurückgezogen); Mo. Bernasconi 11.3094 «Mediation. Gemeinsame elterliche Verantwortung fördern» (vom NR am 13.12.2012 abgelehnt); Ip. von Graffenried 12.3558 «Wie wird die Mediation in den Kantonen angewendet?» (erledigt).

ständigkeit⁶, der Verfahrensleitung⁷ und des kollektiven Rechtsschutzes⁸. Zwischenzeitlich sind die meisten dieser Vorstösse erledigt. In vielen Fällen haben sich die aufgeworfenen Fragen als verfrüht oder zu isoliert betrachtet oder als nicht grundlegend oder unmittelbar regelungsbedürftig erwiesen.

1.1.3 Motion RK-S 14.4008 «Anpassung der Zivilprozessordnung» und Postulat Vogler 14.3804 «Zivilprozessordnung. Erste Erfahrungen und Verbesserungen»

Um zu verhindern, dass ständig weitere neue Vorstösse zu einzelnen Punkten eingereicht werden, und um stattdessen eine Gesamtüberprüfung und Gesamtschau der ZPO zu ermöglichen, haben sich die eidgenössischen Räte mit der auch vom Bundesrat in seiner Stellungnahme vom 21. Januar 2015 beantragten Überweisung der Motion 14.4008 der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates (Anpassung der Zivilprozessordnung) am 19. März 2015 (Ständerat)⁹ und am 8. September 2015 (Nationalrat)¹⁰ dafür entschieden, die allfälligen Anpassungen der ZPO nicht einzeln, sondern im Rahmen einer Gesamtschau zu ermitteln und anzugehen. Der Bundesrat wurde damit beauftragt, nach einer Prüfung der Praxistauglichkeit, dem Parlament bis Ende 2018 eine entsprechende Vorlage mit den erforderlichen Gesetzesanpassungen zu unterbreiten.

Parallel dazu reichte Nationalrat Karl Vogler das Postulat 14.3804 «Zivilprozessordnung. Erste Erfahrungen und Verbesserungen» ein, das den Bundesrat beauftragt, in Zusammenarbeit mit den Kantonen, den Gerichten sowie den Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten und weiteren Stakeholdern zu prüfen und in einem Bericht darzulegen, wie eine erste Zwischenbilanz zur ZPO ausfällt und gestützt darauf aufzuzeigen, wie bereits heute erkannte Mängel und Schwachpunkte beseitigt werden können und das Zivilprozessrecht weiter vereinheitlicht und verbessert werden kann. Dieses hat der Nationalrat bereits am 12. Dezember 2014 diskussionslos

⁵ Pa.Iv. (Poggia) Golay 12.424 «Zivilprozess. Schutz vor unverhältnismässiger und ungerechtfertigter Strenge» (keine Folge gegeben; erledigt); Mo. Romano 13.3845 «Unterbrechung der Verjährung in Verfahren ohne Schlichtungsversuch nach der Zivilprozessordnung» (abgeschrieben; erledigt).

⁶ Pa.Iv. (Poggia) Golay 13.441 «Zivilprozess. Klagen betreffend Zusatzversicherungen zur obligatorischen Unfallversicherung gleich behandeln wie solche betreffend Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung» (Folge gegeben; vgl. dazu unter Ziff. 1.3.7).

⁷ Mo. (Ribaux) Feller 13.3447 «Keine SMS und Tweets aus Gerichtssälen» (vom NR am 05.05.2015 abgelehnt); Mo. Caroni 13.3684 «Kein Begründungszwang vor zweitinstanzlichen Gerichten gegen den Parteiwillen» (vom NR am 13.12.2013 abgelehnt).

⁸ Mo. Birrer-Heimo 11.3977 «Erleichterung der Rechtsdurchsetzung in kollektiven Verfahren» (abgeschrieben; erledigt); Mo. Schwaab 13.3052 «Recht zur Sammelklage bei Datenschutzverletzungen, insbesondere im Internet» (abgeschrieben; erledigt); Mo. Birrer-Heimo 13.3931 «Förderung und Ausbau der Instrumente der kollektiven Rechtsdurchsetzung» (angenommen; vgl. dazu nachfolgend unter Ziff. 1.1.4 und 1.3.3).

⁹ AB SR 2015 293

¹⁰ AB NR 2015 1374

angenommen¹¹, nachdem der Bundesrat am 5. November 2014 die Annahme beantragt hatte.

1.1.4 Motion Birrer-Heimo 13.3931 «Förderung und Ausbau der Instrumente der kollektiven Rechtsdurchsetzung»

Bei der Schaffung der ZPO wurde bewusst auf neue Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes verzichtet, was bereits damals teilweise kritisiert wurde.¹² Nach dem damaligen Willen des Gesetzesgebers sollte dem Gedanken der kollektiven Rechtsdurchsetzung vorab mit den bekannten Instrumenten der Klagenhäufung und der Verbandsklage entsprochen werden.¹³ Zwischenzeitlich hat der Bundesrat mit seinem Bericht «Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz – Bestandesaufnahme und Handlungsmöglichkeiten» vom 3. Juli 2013 eine breit angelegte Untersuchung der Möglichkeiten der kollektiven Rechtsdurchsetzung insb. von sog. Massen- und Streuschäden, wo es um die (gerichtliche) Durchsetzung von (Schadenersatz-) Ansprüchen einer Vielzahl von gleich oder gleichartig geschädigten Personen geht, vorgelegt und darin aufgezeigt, dass die bestehenden Instrumente des geltenden Rechts zur effizienten und effektiven Durchsetzung von Massen- und Streuschäden praktisch ungenügend beziehungsweise teilweise untauglich sind. Der Bericht zeigt eine Lücke im geltenden Rechtssystem, womit auch der Zugang zur Gerichtsbarkeit faktisch nicht immer gewährleistet ist.

Unter Hinweis auf diesen Bundesratsbericht verlangt die Motion 13.3931 von Nationalrätin Prisca Birrer-Heimo «die Ausarbeitung der notwendigen Gesetzesänderungen, die es einer grossen Anzahl gleichartig Geschädigter erleichtern, ihre Ansprüche gemeinsam vor Gericht geltend zu machen. Es sollen einerseits die bereits bestehenden Instrumente ausgebaut und andererseits auch neue Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes geschaffen werden. Deren Ausgestaltung trägt den spezifischen schweizerischen Gegebenheiten sowie der Verhinderung von Missbräuchen Rechnung und orientiert sich an den Erfahrungen, die in anderen europäischen Ländern mit solchen Modellen gesammelt wurden.». Die Motion wurde von beiden Räten oppositionslos angenommen (NR 13.12.2013¹⁴; SR 12.06.2014¹⁵), nachdem der Bundesrat am 29. November 2013 die Annahme empfohlen hatte.

Nachdem sich der Bundesrat angesichts der Ablehnung seiner Vorschläge zur Schaffung eines Gruppenvergleichsverfahrens sowie einer erweiterten Verbandsklage im neuen Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) gegen einen sektoriellen Ansatz und

¹¹ AB NR **2014** 2355

¹² Vgl. nur Bericht «Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz – Bestandesaufnahme und Handlungsmöglichkeiten» des Bundesrates vom Juli 2013, S. 14 m.w.N. (abrufbar unter <https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2013/2013-07-03/ber-br-d.pdf>).

¹³ Vgl. nur Botschaft ZPO, BBl **2006**, S. 7224 und 7290.

¹⁴ AB NR **2013** 2204

¹⁵ AB SR **2014** 539

für eine horizontale, sektorübergreifende Umsetzung ausgesprochen hat,¹⁶ stehen bei der Umsetzung der Motion Birrer-Heimo 13.3931 Vorschläge für Anpassungen der ZPO im Zentrum. Daher will der Bundesrat diese im Rahmen der Anpassung der ZPO umsetzen, zumal sich die beiden Vorstösse in zentralen Anliegen durchaus überschneiden (vgl. nachfolgend unter Ziff. 1.3.3).

1.2 Praxistauglichkeit der ZPO

1.2.1 Ermittlung der Praxistauglichkeit

Zur Ermittlung der Praxistauglichkeit fand ein vielseitiger Austausch mit Vertretungen aller massgeblichen Stakeholder statt:

- Die vom Bundesamt für Justiz geführte Arbeitsgruppe ZPO aus Vertreterinnen und Vertretern kantonaler Zivilgerichte erster und zweiter Instanz – diese besteht seit 2011 und ist aus der bereits 2010 gebildeten früheren «Arbeitsgruppe Gerichtsurkunden» hervorgegangen –, hat an ihren Sitzungen vom 7. Mai 2015, 20. März 2017 und 19. Juni 2017 über die ZPO und mögliche Anpassungen diskutiert.
- Am 15. Juni 2017 führte das Bundesamt für Justiz in Bern einen «Experten Round Table» mit den Mitgliedern der Schweizerischen Hochschulkonferenz der Zivilprozessrechtslehrerinnen und -lehrer durch.
- Mit einer Delegation der beiden Zivilrechtlichen Abteilungen des Schweizerischen Bundesgerichts fand am 20. Juni 2017 eine Diskussion über die ZPO aus der Sicht des Bundesgerichts statt.
- Am 21. Juni 2017 empfingen Vertreter des Bundesamts für Justiz eine Delegation des Schweizerischen Anwaltsverbands zum Austausch über die ZPO.

Sodann hat das Bundesamt für Justiz im Zeitraum Ende 2016/Anfang 2017 mittels eines Fragebogens an die kantonalen Gerichte eine Praxisauswertung der ZPO mit Geschäftszahlen und Statistiken durchgeführt. Wesentliche Elemente und Erkenntnisse aus dieser Praxisauswertung werden nachfolgend dargelegt (vgl. unter Ziff. 1.2.2).

¹⁶ Vgl. nur Botschaft FIDLEG, BBl 2015, S. 8901 ff., S. 8914 und Stellungnahme des Bundesrates vom 17. Februar 2016 zur Interpellation Birrer-Heimo 15.4171 «Kollektive Rechtsdurchsetzung. Umsetzung der versprochenen Massnahmen» vom 17. Dezember 2015.

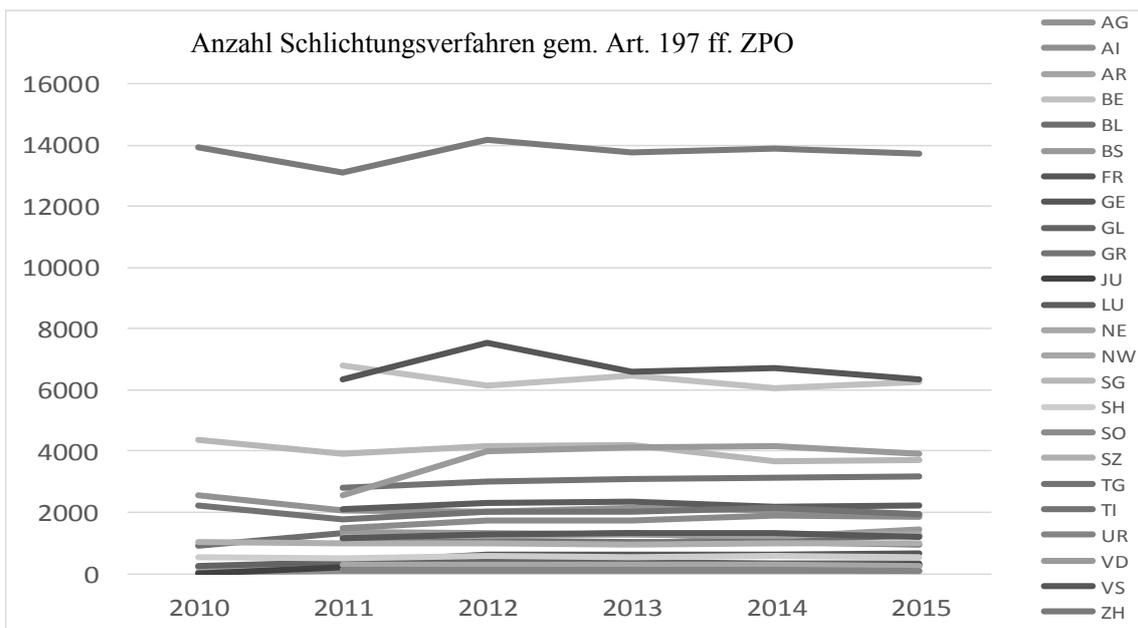
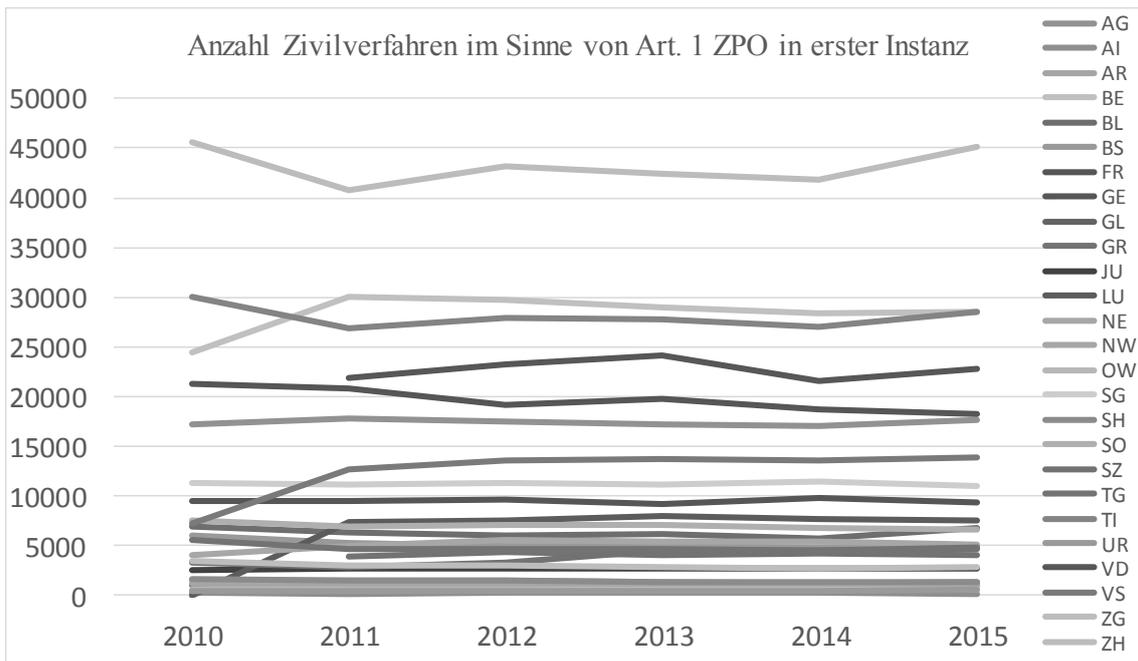
Bei den Arbeiten zur Umsetzung der Motion Birrer-Heimo 13.3931 wurde das Bundesamt für Justiz durch eine Expertengruppe aus Spezialistinnen und Spezialisten aus Wissenschaft, Justiz und Anwaltschaft unterstützt und beraten.¹⁷

1.2.2 Ergebnisse

Die Prüfung der Praxistauglichkeit hat im Kern zu folgenden Ergebnissen geführt, wobei auf einzelne Punkte im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen zur beantragten Neuregelung (vgl. nachfolgend Ziff. 1.3) sowie bei den Erläuterungen zu einzelnen Artikeln (vgl. unter Ziff. 2 hinten) noch detailliert eingegangen wird:

- Die Funktionsfähigkeit der ZPO ist unbestritten und allgemein anerkannt: Heute steht ausser Frage, dass die ZPO ihre Tauglichkeit im praktischen Alltag der Anwenderinnen und Anwender auf allen Seiten in den letzten sieben Jahren bewiesen hat; von keiner Seite wird dies insgesamt in Frage gestellt. Zum heutigen Zeitpunkt kann es somit nicht um tiefgreifende oder grundsätzliche Anpassungen der ZPO oder gar eine Totalrevision gehen; vielmehr stehen lediglich punktuelle Anpassungen zur weiteren Verbesserung der ZPO im Zentrum.
- Insgesamt sind die Fallzahlen für Zivilverfahren im Sinne von Artikel 1 ZPO seit Inkrafttreten der ZPO 2011 sowohl in erster als auch in zweiter Instanz über die gesamte Schweiz beziehungsweise in der Mehrheit der Kantone gesehen stabil, wenn nicht eher rückläufig, wobei in einigen Kantonen allerdings ein gegenläufiger Trend zu beobachten ist. Das Gleiche gilt für die Schlichtungsgesuche im Sinn von Artikel 197 ff. ZPO:

¹⁷ Ihr gehörten folgende Personen an: Prof. Dr. Samuel Baumgartner, ordentlicher Professor für Zivilprozessrecht, vergleichendes Zivilprozessrecht, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Privatrecht und Mediation an der Universität Zürich, Dr. Martin Bernet, Rechtsanwalt in Zürich, Prof. Dr. Alexander Brunner, emeritierter Professor an der Universität St. Gallen und Oberrichter am Handelsgericht Zürich, Prof. Dr. Isabelle Chabloz, assoziierte Professorin bei Universitäre Fernstudien Schweiz und Lehrbeauftragte an den Universitäten Bern und Fribourg, Prof. Dr. Tanja Domej, ordentliche Professorin für Zivilverfahrensrecht, Privatrecht, internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Zürich, Prof. Dr. Nicolas Jeandin, ordentlicher Professor an der Universität Genf und Rechtsanwalt in Genf, Prof. Dr. Karin Müller, ordentliche Professorin für Privatrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Zivilverfahrensrecht an der Universität Luzern und Dr. Meinrad Vetter, Oberrichter und Vizepräsident des Handelsgerichts Aargau.



- Das Schlichtungsverfahren gemäss Artikel 197 ff. ZPO hat sich in der Praxis als sehr erfolgreiches Verfahren zur aussergerichtlichen Streiterledigung erwiesen, ja als ein eigentliches Erfolgsmodell.¹⁸ Statistische Untersuchungen

¹⁸ Vgl. nur Standesinitiative Kanton Bern 16.302 «Erfolgsmodell Schlichtungsverhandlung ausbauen» vom 13. Januar sowie DANIEL KETTIGER, Die Schlichtungsbehörde im Kanton Bern als Erfolgsmodell? Anmerkungen zu einer Untersuchung der Universität Zürich, Richterzeitung/ «Justice – Justiz – Giustizia» 2014/3, ISAAK MEIER/SARAH SCHEIWILLER, Erfolg des Schlichtungs- und Urteilsvorschlagsverfahrens nach neuer ZPO, ZSR 2014 I, S. 155 ff. und SIBYLLE FRECH, Die Schlichtungsbehörde – Eine Erfolgsgeschichte?, Anwaltsrevue 2015, S. 23 ff.

sowie die Praxisauswertung zeigen dabei Erfolgs- bzw. Erledigungsquoten von 50% bis 80%; diese hängen offenbar vom gewählten Organisationsmodell der Schlichtungsbehörde ab.¹⁹ Kritik wurde geäussert in Bezug auf die Fälle, in denen gemäss ZPO kein Schlichtungsverfahren stattfindet, namentlich in den Fällen von Artikel 5 und 6 ZPO (einzige kantonale Instanz) und insbesondere unter dem Aspekt der Verjährungsunterbrechung.²⁰

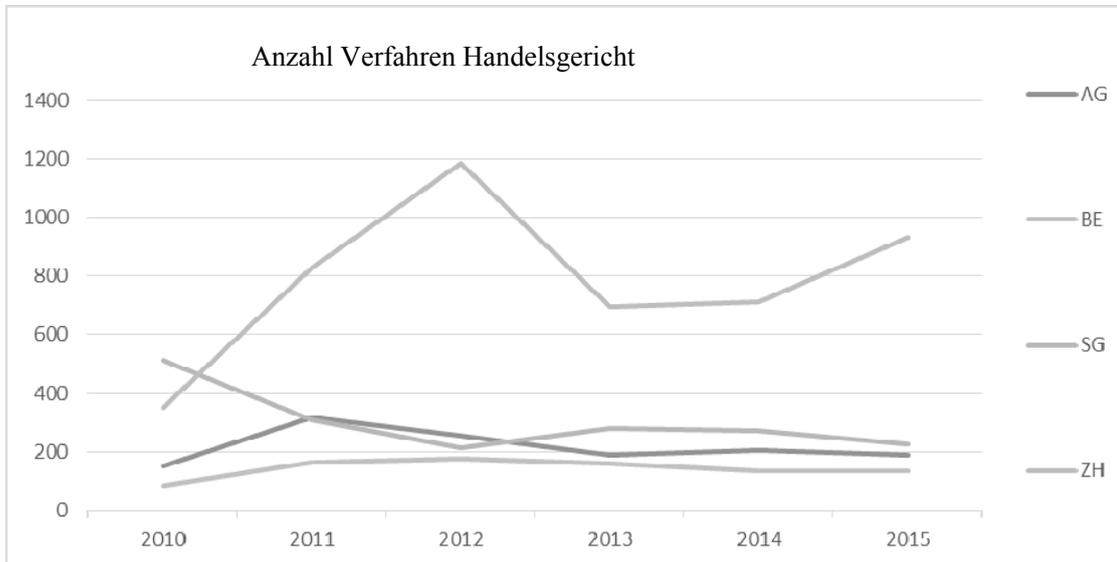
- In Bezug auf die Prozesskosten besteht nach verbreiteter Ansicht unter der Geltung der ZPO in verschiedener Hinsicht ein Problem. Zum einen sind die Prozesskosten derzeit nach Ansicht vieler teilweise so hoch, dass dadurch der Zugang zum Gericht und damit zum Recht für einige Personen faktisch beeinträchtigt wird, wobei hier die teilweise grossen kantonalen Unterschiede bemängelt werden. Besonders problematisch erscheint dabei zum andern die faktische Kostenvorschusspflicht für die klagende Partei in der Höhe der gesamten Gerichtskosten sowie die Regelung, wonach das Inkassorisiko für die Gerichtskosten vollständig den Parteien bzw. der obsiegenden klagenden Partei überbunden wird. In dieser verbreitet als unbefriedigend betrachteten Rechtslage wird ein wichtiger Grund für die stagnierenden oder rückläufigen Verfahrenszahlen gesehen.
- Seit Inkrafttreten der ZPO hat sich zu dieser eine umfangreiche bundesgerichtliche Rechtsprechung entwickelt. Viele dieser Entscheide haben die ZPO und ihre Auslegung in zentralen Punkten geklärt, konkretisiert und präzisiert. Zweifellos hat gerade diese bundesgerichtliche Rechtsprechung dazu beigetragen, dass die ZPO heute als praxistauglich gilt. Im Rahmen der vorliegenden Anpassungsarbeiten stellt sich die Frage des Umgangs mit dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Nach verbreiteter Ansicht kann es nicht um eine systematische Kodifikation der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur ZPO gehen; eine solche wäre nicht nur gänzlich untypisch für das schweizerische Recht, in vielen Fällen könnte der Spezifität der Rechtsprechung nicht Rechnung getragen werden und würde damit die kontinuierliche Rechtsentwicklung gefährdet. Demgegenüber wird es aber mit dem Fokus Praxistauglichkeit sinnvoll erachtet, die gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung herrschende Rechtslage mittels punktueller Anpassungen in die ZPO zu überführen.
- Die Handelsgerichtsbarkeit wird überwiegend als sehr erfolgreich und effizient bewertet, was auch die entsprechenden Geschäftszahlen belegen. Die anfängliche Kritik des Bundesgerichts²¹ in Bezug auf die Situation der Handelsgerichte als einzige kantonale Instanz und damit Vorinstanz des Bundes-

¹⁹ Vgl. dazu ISAAK MEIER/SARAH SCHEIWILLER, Erfolg des Schlichtungs- und Urteilsvorschlagsverfahrens nach neuer ZPO, ZSR 2014 I, S. 155 ff. sowie DANIEL KETTIGER, Die Schlichtungsbehörde im Kanton Bern als Erfolgsmodell? Anmerkungen zu einer Untersuchung der Universität Zürich, Richterzeitung/ «Justice – Justiz – Giustizia» 2014/3, FN 3.

²⁰ Vgl. dazu MEINRAD VETTER, Unterbricht das Schlichtungsgesuch bei Ansprüchen mit handelsgerichtlicher Zuständigkeit die Verjährung?, Jusletter vom 2. Juni 2014; JAMES T. PETER, Verjährungsunterbruch von Ansprüchen mit handelsgerichtlicher Zuständigkeit, Anwaltsrevue 2012, S. 364 ff.

²¹ Vgl. Geschäftsbericht 2011 des Schweizerischen Bundesgerichts vom Februar 2012, S. 19 (abrufbar unter https://www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/de/2011_d.pdf).

gerichts unter dem Regime der ZPO wurde zwischenzeitlich revidiert. Die umfangreiche bundesgerichtliche Rechtsprechung hat gerade in diesem Bereich zur Klärung vieler Rechtsunsicherheiten geführt, womit sich die Frage einer Überführung dieser Praxis in das Gesetz stellt.



- Im Bereich des kollektiven Rechtsschutzes besteht nach verbreiteter Ansicht mit dem geltenden Recht eine unbefriedigende beziehungsweise Situation. So hat sich die Verbandsklage nach Artikel 89 ZPO in dieser Form als kaum funktionsfähig erwiesen; so ist bis heute keine einzige aktenkundig oder bekannt. Dieser Befund deckt sich mit früheren Feststellungen des Bundesrates.²²
- Auch wenn zu vielen Instrumenten der ZPO, welche der Verfahrenskoordination dienen oder diese betreffen, keine verlässlichen statistischen Angaben vorliegen (vgl. dazu auch nachfolgend), so besteht nach verbreiteter Ansicht Bedarf nach einer weitergehenden Regelung und weiteren Stärkung der prozessualen Instrumente und Möglichkeiten zur Koordination von Verfahren, namentlich der Streitgenossenschaft und der Klagenhäufung und die Möglichkeiten der Koordination von mehreren Verfahren, die zum einen im ordentlichen Verfahren und zum andern im vereinfachten Verfahren durchzuführen sind.
- Die Funktionsfähigkeit des mit der ZPO schweizweit neu geschaffenen, bisher nach der Praxisauswertung kaum genutzten²³ Instruments der Streitverkündungsklage wurde zwischenzeitlich verschiedentlich in Frage gestellt, gerade auch vor dem Hintergrund der dazu ergangenen bundesgerichtlichen Rechtsprechung.

²² Vgl. Bericht «Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz – Bestandesaufnahme und Handlungsmöglichkeiten» des Bundesrates vom Juli 2013, S. 2, 27 f., 56 f.

²³ Soweit überhaupt statistisch erfasst und verfügbar, wurden seit Inkrafttreten der ZPO in den Kantonen Basel-Stadt, Genf, Jura, Luzern, Neuenburg, Nidwalden, Obwalden und Uri eine Streitverkündungsklage erhoben, wobei solche lediglich in den Kantonen Luzern, Genf und Neuenburg häufiger vorkommen.

-
- Angesichts ihrer Besonderheiten gelten für familienrechtliche Verfahren (vorab Eheschutz- und Scheidungsverfahren, aber auch Kinderbelange wie Unterhalts- und Vaterschaftsklagen) innerhalb der ZPO besondere Regelungen. Diese haben sich grundsätzlich bewährt, wobei hier innerhalb der ZPO sowie längerfristig auch darüber hinaus weitere Verbesserungen für wünschbar gehalten werden, so in Bezug auf die anwendbaren Prozessmaximen und ganz spezifisch die massgebenden Rechtsmittelfristen, soweit das summarische Verfahren anwendbar ist.²⁴ Teilweise wird hier auch zunehmend der Wunsch nach schweizweit institutionalisierten besonderen Familiengerichten geäussert, die neben den familienrechtlichen Verfahren gemäss ZPO auch für andere familienrechtliche Belange im weiteren Sinne (wie z.B. Kindes- und Erwachsenenschutz) zuständig wären.
 - Bei der Ermittlung der Praxistauglichkeit und namentlich der Praxisauswertung der ZPO mit Geschäftszahlen und Statistiken hat sich gezeigt, dass eine Vielzahl zur Beurteilung und Bewertung der Tauglichkeit der ZPO und darüber hinaus bedeutsamer Zahlen und Statistiken derzeit nicht schweizweit verfügbar ist. Diese Situation ist unbefriedigend.

1.3 Die beantragte Neuregelung

1.3.1 Einleitung

Die ZPO hat sich in den vergangenen sieben Jahren seit ihrem Inkrafttreten als praxistauglich erwiesen. Daher besteht nach Ansicht des Bundesrats heute kein Bedarf zu tiefgreifenden Anpassungen oder gar einer Totalrevision; die damals der ZPO als Kodifikation des schweizerischen Zivilprozessrechts zugrunde gelegten Prinzipien sollen weiterhin gelten. Dies gilt auch für die bestehende Kompetenzaufteilung und die weiterhin geltende kantonale Zuständigkeit für die Gerichtsorganisation, selbst wenn diese teilweise durchaus in einem Spannungsverhältnis zum Vereinheitlichungsgedanken steht.

Daher kann und muss sich die vorliegende Gesetzesvorlage auf die punktuelle Anpassungen und Verbesserungen innerhalb der bestehenden Konzepte der ZPO beschränken, die zum heutigen Zeitpunkt notwendig oder sinnvoll erscheinen; dieser Gedanke liegt gerade auch dem parlamentarischen Auftrag gemäss der Motion RK-S 14.4008 zugrunde. Für weitergehende Anpassungen an den Kernelementen der ZPO, zum Beispiel in Bezug auf die Verfahrensarten und ihre Ausgestaltung, ist es derzeit nach Auffassung des Bundesrats zu früh: Zum einen sind in vielen Bereichen weitere Konkretisierungen und Weiterentwicklungen der Rechtsprechung zu erwarten, denen der Gesetzgeber in vielen Fällen nicht vorgreifen sollte. Zum andern erscheinen solche Revisionen aufgrund einer nur gut siebenjährigen praktischen Erfahrung und ohne umfassende Evaluation der gesamten praktischen Umsetzung und Imple-

²⁴ Vgl. z.B. DANIEL STECK, Braucht die Schweiz ein einheitliches Familienverfahrensrecht?, in: Fankhauser/Widmer Lüchinger/Klingler/Seiler (Hrsg.), FS Sutter-Somm, Zürich 2016, S. 111 ff.

mentierung der ZPO aufgrund einer längeren Erfahrungszeit gewissermassen voreilig und im Widerspruch zur Rechtssicherheit und Rechtsklarheit.

Dies gilt auch für den Bereich des Kostenrechts, wo es ebenfalls darum gehen soll, durch Anpassungen im geltenden Recht und innerhalb der bestehenden Grundkonzepte Verbesserungen zu erreichen (vgl. dazu nachfolgend Ziff. 1.3.2). Daher sollen hier die bereits bundesrechtlich geregelten Aspekte des Kostenrechts angepasst werden mit dem Ziel, identifizierte Schranken des Zugangs zum Gericht zu senken und damit den Rechtsschutz zu stärken. Die Vorschläge des Bundesrates entsprechen in zentralen Punkten solchen, die bereits bei der Schaffung der ZPO vorlagen, dann aber in den politischen Diskussionen damals abgelehnt wurden. Nichts hindert den Gesetzgeber aber daran, mit der siebenjährigen Erfahrung auf seine damaligen Entscheide zurückzukommen und heute zu besseren Lösungen zu kommen.

Eine Ausnahme ist für den kollektiven Rechtsschutz zu machen: Hier ist angesichts der festgestellten und anerkannten Rechtsschutzlücken vorab zur (kollektiven) Geltendmachung von Massenschäden nach Ansicht des Bundesrats in Erfüllung der Motion Birrer-Heimo 13.3931 auf die damaligen Entscheidungen des Gesetzgebers zurückzukommen: Die Regelung der Verbandsklage ist bezüglich ihrer Voraussetzungen und ihres Anwendungsbereich entsprechend anzupassen; bei der Verbandsklage handelt es sich um ein bekanntes und bewährtes Instrument des schweizerischen Rechts. Gleichzeitig ist ein Gruppenvergleichsverfahren zu schaffen, bei dem die kollektive Streiterledigung auf einer einvernehmlichen und gerichtlich genehmigten Vergleichslösung basiert. So wird die ZPO um Instrumente der echten kollektiven Rechtsdurchsetzung ergänzt (vgl. dazu ausführlich unter Ziff. 1.3.3). Diese tragen wiederum den spezifischen schweizerischen Verhältnissen und der schweizerischen Rechtskultur Rechnung. Umgekehrt weiterhin nicht in Betracht kommt für den Bundesrat die Schaffung einer eigentlichen Gruppenklage, wie sie teilweise auch verlangt wurde,²⁵ oder gar einer Sammelklage US-amerikanischen Zuschnitts nach einem *opt out*-Konzept.

Offen gegenüber steht der Bundesrat auch einer weiteren Entwicklung und Positionierung der Schweiz als internationaler Justizplatz, wie sie in jüngster Zeit vermehrt angeregt wurde.²⁶ Als Schiedsort gehört die Schweiz heute zu den gefragtesten Standorten für internationale Schiedsgerichte, und der Bundesrat will diese Attraktivität mit der laufenden Revision der internationalen Schiedsrechtgerichtsbarkeit weiter verbessern.²⁷ Daneben kommt der staatlichen Gerichtsbarkeit im internationalen Kontext ebenso wichtige Bedeutung zu, wie die entsprechenden Entwicklungen im Ausland zeigen (z.B. Singapur und die Niederlande), wo in den letzten Jahren spezialisierte Gerichte oder Gerichtskammern mit spezifischen Verfahrensregeln für

²⁵ Vgl. Empfehlung der Eidgenössischen Kommission für Konsumentenfragen (EKK) vom 17. Februar 2015 betreffend Sammelklagen (abrufbar unter <https://www.konsum.admin.ch/bfk/de/home/themen/sekretariat-ekk/empfehlungen.html>).

²⁶ Vgl. z.B. ZOÉ BACHES, Schweizer Recht als Exportprodukt – Was ein neues staatliches Gericht für internationale agierende Unternehmen dem Standort bringen könnte, NZZ 8. Juli 2017, S. 29.

²⁷ Vgl. dazu Vorentwurf und Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Internationale Schiedsgerichtsbarkeit) vom 11. Januar 2017 (abrufbar unter https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/news/2017/ref_2017-01-11.html).

die Abwicklung internationaler Streitfälle vor staatlichen Gerichten geschaffen wurden. Diese Entwicklungen sind heute von besonderer Aktualität. Angesichts der rechtlichen Unwägbarkeiten, die mit dem Ausscheiden des Vereinigten Königreichs aus dem europäischen Rechtsraum verbunden sind, suchen Vertragsparteien, die Gerichtsstand London vereinbart haben – oder vereinbart hätten –, möglicherweise alternative Gerichtsstände in einem Vertragsstaat des Lugano-Übereinkommens. Der Bundesrat verfolgt diese Entwicklungen aufmerksam. Sollte von kantonaler Seite der Wunsch bestehen, gewisse kantonale Zivil- und Handelsgerichte aktiver für die Beilegung internationaler Streitigkeiten zu platzieren, wäre der Bundesrat losgelöst von dieser Revision bereit zu prüfen, ob gegebenenfalls auch auf Stufe Bund Gesetzesanpassungen angezeigt sind.

1.3.2 Kostenrecht: Halbierung der Gerichtskosten- vorschüsse und Anpassung der Kostenliquidations- regelung

Die vielstimmige Kritik am geltenden Prozesskostenrecht ist nach Ansicht des Bundesrates berechtigt. Zur Verbesserung und insbesondere zur Gewährleistung des Zugangs zum Recht auch für Personen und Parteien, die weder besonders begütert noch in den Genuss der unentgeltlichen Rechtspflege gemäss Artikel 117 ff. ZPO kommen, schlägt der Bundesrat folgende Massnahmen vor:

- Die Prozesskostenvorschüsse gemäss Artikel 98 ZPO sind auf maximal die Hälfte der mutmasslichen Gerichtskosten zu begrenzen, wie es auch teilweise im früheren kantonalen Recht und dem Vorschlag gemäss damaligen Vernehmlassungsentwurf zur ZPO vorgesehen war. Damit reduziert sich diese faktische Zutrittsschranke ganz erheblich, ohne dass insbesondere die Warn- und Filterfunktion eines solchen Vorschusses in Frage gestellt würde.
- Die Regelung über die Liquidation der Prozesskosten (Art. 111 ZPO) soll dahingehend angepasst werden, dass die Gerichtskosten mit den geleisteten Vorschüssen der kostenpflichtigen Partei verrechnet werden; darüber hinaus wird ein Fehlbetrag nachgefordert oder ein Überschuss zurückerstattet. Nicht mehr die Parteien sollen das Inkassorisiko tragen, sondern der Staat; dies entspricht in vielen Kantonen einer Rückkehr zum bewährten System vor Inkrafttreten der ZPO.
- Die Aufklärungspflicht der Gerichte über die Prozesskosten soll neu auch die Möglichkeiten der Prozessfinanzierung beinhalten. Prozessfinanzierung durch Dritte stellt eine Möglichkeit dar, finanzielle Hürden der prozessualen Geltendmachung von Rechten zu beseitigen – zumindest in Fällen von höheren Streitwerten.

Demgegenüber sieht der Bundesrat davon ab, die Schaffung schweizweit einheitlicher Gebührentarife oder zumindest eines Rahmentarifs vorzuschlagen und damit in Anpassung von Artikel 96 ZPO die kantonale Tarifhoheit zu beschränken oder aufzuheben. Nach seiner Ansicht ist es zum jetzigen Zeitpunkt angezeigt, die bereits bundesrechtlichen Prozesskostenregelungen innerhalb der ZPO anzupassen und zu verbessern, anstatt erneut in die kantonale Organisationsautonomie einzugreifen.

1.3.3 Kollektiver Rechtsschutz: Erweiterung und Ergänzung der Verbandsklage und Schaffung eines Gruppenvergleichsverfahrens (Erfüllung Motion Birrer-Heimo 13.3931)

Zur Schliessung der bereits früher identifizierten Rechtsschutzlücken und zur Verbesserung der kollektiven Rechtsdurchsetzung schlägt der Bundesrat in Erfüllung der Motion Birrer-Heimo 13.3931 (vgl. dazu oben Ziff. 1.1.4) folgende drei Massnahmen zur kollektiven Durchsetzung von Massenschäden und teilweise auch von Streuschäden²⁸ vor:

- Die Verbandsklage gemäss Artikel 89 ZPO soll nicht mehr nur auf Persönlichkeitsverletzung beschränkt sein. Die Voraussetzungen der Klagelegitimation für Verbände sollen ausgebaut werden. Gleichzeitig soll neu eine reparatorische Verbandsklage auf Schadenersatz oder Gewinnherausgabe geschaffen werden (Art. 89a VE-ZPO); dabei kann eine klagende Organisation, insbesondere ein Verein, im Wege einer sogenannten Prozesstandschaft in eigenem Namen finanzielle Ansprüche der betroffenen Angehörigen einer bestimmten Personengruppe geltend machen. Damit soll insbesondere die Geltendmachung sogenannter Massenschäden ermöglicht werden, indem finanzielle Ansprüche vieler betroffener Personen aufgrund einer ausdrücklichen Ermächtigung (*opt in*) in Schriftform oder in einer anderen Form, die den Nachweis durch Text ermöglicht, mit Verbandsklage geltend gemacht werden können. Voraussetzung ist, dass die klagende Organisation zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen geeignet ist. Gleichzeitig sollen die bisherigen spezialgesetzlichen Verbandsklagen vereinheitlicht werden und Verbandsklagen bis zu einem Streitwert von 500 000 Franken von der Pflicht zur Leistung von Kostenvorschüssen und Sicherheitsleistungen ausgenommen werden.

Beispiel: Ein die Interessen der Kundinnen und Kunden eines Elektrogeräte- oder Fahrzeugherstellers in der Schweiz vertretender Verein könnte somit eine Verbandsklage zur Geltendmachung des Schadens einreichen, welchen den einzelnen Kundinnen und Kunden dadurch entstanden ist, dass der Hersteller seinen Kundinnen und Kunden ein fehlerhaftes Gerät oder Fahrzeug verkauft hat und diesen dadurch je ein Schaden in der Höhe von 2 000 Franken entstanden ist, weil das Produkt wertlos ist oder aber für diesen Betrag repariert werden muss.

- In Umsetzung früherer Beschlüsse des Bundesrates soll ein allgemeines Gruppenvergleichsverfahren vorab zur Geltendmachung von Massenschäden geschaffen werden (vgl. Art. 352a ff. VE-ZPO). Dabei schliessen eine oder mehrere Personen, der oder denen eine Rechtsverletzung vorgeworfen wird,

²⁸ Bei einem *Massenschaden* wird eine Vielzahl von Personen in gleicher oder gleichartiger Weise betroffen und jede einzelne in einer für sie erheblichen Weise geschädigt. *Streuschäden* sind demgegenüber Schäden, bei welchen eine Vielzahl von Personen lediglich einen wertmässig kleinen Schaden erleidet; vgl. dazu ausführlich Bericht «Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz – Bestandesaufnahme und Handlungsmöglichkeiten» des Bundesrates vom Juli 2013, S. 10 ff.

und eine oder mehrere Organisationen, die im gemeinsamen Interesse sämtlicher von dieser (mutmasslichen) Pflichtverletzung betroffener und damit (mutmasslich) geschädigter Personen handeln, einen Gruppenvergleich. Dieser wird vom Gericht geprüft und genehmigt und damit für alle betroffenen Personen für verbindlich erklärt, wenn bestimmte gesetzliche Voraussetzungen erfüllt, es sei denn, eine betroffene Person erklärt innert einer bestimmten Frist ihren Austritt (sog. *opt out*, vgl. Art. 352g VE-ZPO).

Beispiel: In Fällen von sogenannten Anlegerschäden, in denen eine Vielzahl von Kundinnen und Kunden eines Finanzinstituts durch falsche Informationen oder wegen systematisch mangelhafter Anlageberatung in gleicher oder gleichartiger Weise Verluste erlitten haben, können das betroffene Finanzinstitut und eine im Interesse der geschädigten Kundinnen und Kunden handelnde Organisation einen Gruppenvergleich schliessen, der mit gerichtlicher Genehmigung grundsätzlich für alle betroffenen Kundinnen und Kunden wirksam ist und so den gesamten Massenschadensfall erledigt.

- Mit weiteren Massnahmen soll auch die kollektive Rechtsdurchsetzung mittels Individualklagen verbessert und erleichtert werden. Dabei stehen namentlich die Erleichterung der Streitgenossenschaft und Klagenhäufung sowie die Trennung und Überweisung von Verfahren im Vordergrund.

Der Bundesrat geht davon aus, dass damit auch für Fälle von betragsmässig begrenzten Streuschäden, die derzeit alleine schon aus prozessökonomischen Gründen kaum je mittels Individualklagen durchgesetzt werden, eine kollektive Rechtsdurchsetzung erleichtert beziehungsweise ermöglicht wird. Aus prinzipiellen Gründen sieht der Bundesrat demgegenüber von weitergehenden (Experten-)Vorschlägen ab, angesichts der sogenannten rationalen Apathie seitens der Geschädigten für Streuschäden ein Verbandsklage-Modell mit Austrittsmöglichkeit der Geschädigten (*opt out*) einzuführen.

1.3.4 Differenzierte Aufnahme der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in das Gesetz

Die umfangreiche bundesgerichtliche Rechtsprechung zur ZPO soll differenziert und punktuell in das Gesetz aufgenommen werden, und zwar dann, wenn es um eine verallgemeinerungsfähige Präzisierung oder Klarstellung der ZPO handelt und diese eine zentrale und für die Rechtsunterworfenen unmittelbar relevante Frage des Prozessrechts im Bereich der Zuständigkeit, weiterer Prozessvoraussetzungen oder der Rechtsmittel betrifft oder eine solche Praxis nach dem Willen des Gesetzgebers gerade nicht wünschbar ist und daher angepasst werden soll. Es geht damit namentlich um die Fragen der Zulässigkeit von Rechtsmitteln (z.B. Zulässigkeit der Revision als Rechtsmittel bei Entdeckung eines Ausstandsgrundes nach Abschluss des Verfahrens [vgl. Art. 51 Abs. 3 und Art. 328 Abs. 1 Bst. d VE-ZPO] oder der Beschwerde gegen einen Abschreibungsentscheid gemäss Art. 241 Abs. 4 VE-ZPO), der (sachlichen) Zuständigkeit (z.B. des Handelsgerichts, vgl. Art. 6 Abs. 2 Bst. c VE-ZPO) oder der Zulässigkeit der unentgeltliche Rechtspflege für die vorsorgliche

Beweisführung (vgl. Art. 118 Abs. 2 zweiter Satz VE-ZPO) oder privater Gutachten als Urkunden (vgl. Art. 177 VE-ZPO).

1.3.5 Verfahrenskoordination: Erweiterte Zulässigkeit von Streitgenossenschaft, Klagenhäufung und Widerklage sowie Präzisierung der Streitverkündungsklage

Wie die Praxistauglichkeitsprüfung gezeigt hat, besteht bei der Verfahrenskoordination Optimierungsbedarf, damit noch vermehrt eine gemeinsame und damit koordinierte Behandlung und Entscheidung mehrerer Streitgegenstände beziehungsweise Klagen oder Gesuche möglich wird, was letztlich auch effizienter und prozessökonomischer ist.

Daher schlägt der Bundesrat vor, dass einfache Streitgenossenschaft, Klagenhäufung und Widerklage neu auch in Fällen zulässig sein sollen, wo nicht für alle Ansprüche die gleiche Verfahrensart anwendbar ist. So soll die einfache Streitgenossenschaft auch bei nicht gleicher Verfahrensart zulässig sein, wenn die unterschiedliche Verfahrensart ausschliesslich auf dem Streitwert beruht (vgl. Art. 71 Abs. 2 Bst. a VE-ZPO). Klagenhäufung und Widerklage sollen zukünftig ungeachtet davon zulässig sein, ob für einzelne Ansprüche das vereinfachte und für andere das ordentliche Verfahren gilt, sofern ein sachlicher Zusammenhang besteht (vgl. Art. 90 und Art. 224 Abs. 1 und 2^{bis} VE-ZPO); gilt für einzelne Ansprüche aufgrund ihrer Natur das vereinfachte Verfahren, gelten für diese die besonderen Verfahrensbestimmungen des vereinfachten Verfahrens gemäss Artikel 247 ZPO im ordentlichen Verfahren sinngemäss.

Sodann schlägt der Bundesrat vor, die Regelung der Streitverkündungsklage in Artikel 81 VE-ZPO neu und klarer zu fassen, damit dieses mit der ZPO neu schweizweit geschaffene Institut attraktiver wird; dazu soll insbesondere auch festgehalten werden, dass die Streitverkündungsklage dann nicht zu beziffern ist, wenn sie auf Leistung dessen geht, wozu die streitverkündende Partei ihrerseits im Hauptverfahren verpflichtet wird (Art. 82 Abs. 1 dritter Satz VE-ZPO).

1.3.6 Ausbau des Schlichtungsverfahrens

Das Schlichtungsverfahren hat sich seit Inkrafttreten der ZPO bewährt und soll daher in mehreren Punkten ausgebaut werden:

- Die Kompetenz der Schlichtungsbehörden, den Parteien einen Urteilsvorschlag zu unterbreiten, soll massvoll erweitert werden, indem ein solcher Urteilsvorschlag zukünftig in den übrigen vermögensrechtlichen Streitigkeiten gemäss Artikel 210 Absatz 1 Buchstabe c VE-ZPO bis zu einem Streitwert von 10'000 Franken (statt wie bisher 5'000 Franken) möglich sein soll. Demgegenüber unverändert bei 2'000 Franken soll die Streitwertgrenze für Entscheide der Schlichtungsbehörden in vermögensrechtlichen Streitigkeiten bleiben.

-
- Neu soll ein Schlichtungsverfahren auch bei Streitigkeiten nach Artikel 5 und 6 ZPO durchgeführt werden, sofern die klagende Partei dies durch Einreichung eines Schlichtungsgesuchs verlangt (Art. 198 Abs. 2 VE-ZPO). Damit soll diese Möglichkeit der aussergerichtlichen Streiterledigung auch in diesen Fällen zur Verfügung stehen, was auch unter dem Gesichtspunkt der effizienten Verjährungsunterbrechung sinnvoll erscheint.
 - Ergänzend soll es den Schlichtungsbehörden gemäss Artikel 206 Abs. 4 VE-ZPO ausdrücklich erlaubt sein, eine nicht persönlich erscheinende Partei, die sich in den entsprechenden Fällen auch nicht gehörig vertreten lässt, mit einer Ordnungsbusse zu bestrafen.

1.3.7 Weitere punktuelle Massnahmen zur Verbesserung der Anwenderfreundlichkeit

Mit weiteren punktuellen Anpassungen will der Bundesrat die Anwenderfreundlichkeit der ZPO im Lichte der bisherigen Rechtsprechung und Erkenntnisse weiter verbessern.

Vorab geht es dabei um eine anwenderfreundlichere Regelung im Umgang mit Klagen oder Gesuchen an ein unzuständiges Gericht einerseits und mit Eingaben, die irrtümlich an ein offensichtlich unzuständiges Gericht erfolgten, andererseits. Hier soll eine Weiterleitungspflicht der Gerichte geschaffen werden, wie sie auch in andern Prozessgesetzen üblich ist bzw. war (vgl. Art. 60a VE-ZPO und Art. 143 Abs. 1^{bis} VE-ZPO).

Daneben geht es um weitere punktuelle Verbesserungen des Verfahrensrechts, damit die Verfahrensrechte der Parteien zum Schutz der einstweilen Rechtslage während eines Verfahrens beziehungsweise eines Rechtsmittelverfahrens noch besser gewährleistet werden (vgl. z.B. Art. 236 Abs. 3 zweiter Satz, Art. 239 Abs. 2 Abs. 2^{bis} und Art. 265 Abs. 4 VE-ZPO).

Schliesslich geht es dabei um sprachliche und redaktionelle Anpassungen und Präzisierungen in allen drei Sprachfassungen (vgl. z.B. Art. 96 zweiter Satz VE-ZPO, Art. 249 und 250 VE-ZPO oder Art. 70 Abs. 2 VE-ZPO in der französischen Sprachfassung).

Die mit der parlamentarischen Initiative (Poggia) Golay 13.441 «Zivilprozess. Klagen betreffend Zusatzversicherungen zur obligatorischen Unfallversicherung gleich behandeln wie solche betreffend Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung» verlangte Unterstellung von Zusatzversicherungen zur obligatorischen Unfallversicherung unter die Regelung von Artikel 7 ZPO (sowie eine entsprechende Anpassung von Art. 243 Abs. 2 ZPO) wurde im Rahmen der Anpassungsarbeiten geprüft. Das Parlament hat der Initiative Folge gegeben, die zuständige Kommission hat die weitere Behandlung im Hinblick auf das vorliegende Revisionsprojekt einstweilen sistiert. Nach eingehender Prüfung erachtet der Bundesrat die verlangte Anpassung für nicht sinnvoll, weshalb er von einem entsprechenden Vorschlag absieht. Die beiden Fälle der Zusatzversicherungen zur obligatorischen Unfallversicherung und der Zusatzversicherungen zur sozialen Kranken-

versicherung sind aus sachlichen Gründen mit Recht unterschiedlich zu behandeln, zumal es beim geltenden Artikel 7 ZPO um die Übernahme der früheren Rechtslage für Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung ging, die sich klar von derjenigen bei Zusatzversicherungen zur obligatorischen Unfallversicherung unterscheidet. Es handelt sich bei der geltenden Regelung auch nicht etwa um ein gesetzgeberisches Versehen. Daher wäre eine Gleichbehandlung im Sinne des Anliegens der parlamentarischen Initiative (Poggia) Golay 13.441 gerade nicht sachgerecht, auch weil solche Abweichungen vom Grundsatz der sogenannten *double instance* die Ausnahme bleiben müssen und die angeführten Effizienzüberlegungen nicht überzeugen.

1.3.8 Schaffung eines Mitwirkungsverweigerungsrechts für Unternehmensjuristinnen und -juristen (Umsetzung Pa.Iv. Markwalder 15.409 «Berufsgeheimnisschutz für Unternehmensjuristinnen und -juristen»)

Die parlamentarische Initiative Markwalder 15.409 «Berufsgeheimnisschutz für Unternehmensjuristinnen und -juristen», welcher beide Räte beziehungsweise die zuständigen Kommissionen Folge gegeben haben, verlangt die Schaffung eines besonderen Mitwirkungsverweigerungsrechts für Unternehmensjuristinnen und -juristen. Dazu wurde im Vorstoss bereits ein konkreter Gesetzesvorschlag für die Einführung eines neuen Artikel 160a VE-ZPO gemacht, der auf entsprechende Arbeiten einer Arbeitsgruppe der Verwaltung zurückgeht. Dementsprechend stellt der Bundesrat diesen Vorschlag im Rahmen dieser Vorlage zur Diskussion und Vernehmlassung (vgl. dazu ausführlich die Erläuterungen zu Art. 160a VE-ZPO hinten).

1.3.9 Schaffung bundesgesetzlicher Grundlage für schweizweite Prozessstatistik

Die Praxistauglichkeitsprüfung und die Praxisauswertung haben gezeigt, dass derzeit zu zentralen Instrumenten und Abläufen des Zivilprozesses schweizweit kaum verwertbare Geschäftszahlen und einheitliche Statistiken verfügbar sind. Nach Ansicht des Bundesrates ist aber eine genügende Kenntnis der relevanten Rechtstatistiken unerlässlich im Hinblick auf zukünftige Gesetzesrevisionen. Er schlägt daher die Schaffung einer bundesgesetzlichen Grundlage für die zukünftige schweizweit einheitliche Erfassung und Erstellung von Statistiken und Geschäftszahlen zu den massgeblichen Kennzahlen der praktischen Anwendung der ZPO vor. Konkret wären also zum Beispiel Daten zu Anzahl, Art, Dauer und Kosten der Verfahren vor den Gerichten aller Instanzen und den Schlichtungsbehörden zu erheben (vgl. Art. 401a VE-ZPO). Dazu hat der Bund mit den Kantonen und den Gerichten zusammenzuarbeiten, wie dies im Ansatz bereits heute geschieht.

1.4 Rechtsvergleich, insbesondere mit dem europäischen Recht

1.4.1 Zivilprozessrecht

Am 4. Juli 2017 hat das Europäische Parlament eine Entschliessung mit Empfehlungen an die EU-Kommission zu gemeinsamen Standards des Zivilprozessrechts in der Europäischen Union verabschiedet.²⁹ Mittelfristig sollen gemeinsame Mindeststandards in der Form einer EU-Richtlinie für faire und wirksame Zivilverfahren und zur Wahrung des Zugangs zu den Gerichten und zum Recht das bestehende «regulatorische Puzzle» aus umfangreicher EuGH-Rechtsprechung, sektorspezifischen Verfahrensvorschriften und Regelungen der justiziellen Zusammenarbeit ersetzen.

Das Zivilprozessrecht ist nicht nur in der Schweiz in letzter Zeit kontinuierlichen Anpassungen unterworfen. So kann insbesondere auf folgende Neuerungen hingewiesen werden:

- In Frankreich wurde der *Code de procédure civile* in den Jahren 2016/2017 durch das Justizmodernisierungsgesetz³⁰ sowie dessen Ausführungsgesetze³¹ revidiert. Diese sehen Instrumente der Verfahrensvereinfachung und der Entlastung der Justiz sowie zur Erleichterung des Zugangs zum Gericht vor.
- In Deutschland hat die Zivilprozessordnung zuletzt Anpassungen durch das Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten³² sowie das Gesetz zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs³³ und das Gesetz zur Änderung von Vorschriften im Bereich des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts³⁴ erfahren (teilweise noch nicht in Kraft getreten).
- Die österreichische Zivilprozessordnung hat in den letzten Jahren mit dem Bundesgesetz vom 3. August 2015, mit dem die Zivilprozessordnung, das Disziplinarstatut für Rechtsanwälte und Rechtsanwaltsanwärter sowie das

²⁹ Europäisches Parlament, Gemeinsame Mindeststandards des Zivilprozessrechts, Entschliessung vom 4. Juli 2017 mit Empfehlungen an die Kommission zu gemeinsamen Mindeststandards des Zivilprozessrechts in der Europäischen Union (2015/2084(INL)), P8_TA(2017)0282.

³⁰ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle.

³¹ Insb. Décret n° 2017-892 du 6 mai 2017 portant diverses mesures de modernisation et de simplification de la procédure civile.

³² Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten vom 10. Oktober 2013.

³³ Gesetz zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs vom 5. Juli 2017.

³⁴ Gesetz zur Änderung von Vorschriften im Bereich des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts vom 11. Juni 2017.

Gerichtsorganisationsgesetz geändert werden, und dem 2. Erwachsenenschutzgesetz vom 25. April 2017³⁵ Änderungen erfahren.

1.4.2 Kollektiver Rechtsschutz

Im Anschluss an ihre Empfehlung an die EU-Mitgliedstaaten zur Einführung kollektiver Rechtsschutzverfahren für allgemeine kollektive Unterlassungs- und Schadensersatzverfahren am 11. Juni 2013³⁶ führte die Europäische Kommission eine Auswertung der praktischen Implementierung ihrer Empfehlung durch; in diesem Rahmen fand im Sommer 2017 eine öffentliche Konsultation statt. Am 25. Januar 2018 hat die Kommission ihren Bericht vorgelegt.³⁷ Demnach will die Kommission ihre Empfehlungen weiter fördern, gewisse Aspekte zusätzlich analysieren und materiell im Rahmen zukünftiger Initiativen zielgerichtet weiter verfolgen.

In Deutschland existiert seit dem 1. November 2005 ein Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG), das für Rechtsstreitigkeiten aufgrund öffentlicher Kapitalmarktinformationen ein Musterverfahren zur kollektiven Rechtsdurchsetzung vorsieht. Dieses wurde 2012 neugefasst und gilt bis 2020.³⁸ Dabei kommt es aufgrund eines Antrags von mindestens zehn Antragstellern zu einem besonderen Musterverfahren vor einem Oberlandesgericht über die Feststellung anspruchsbegründender oder anspruchsausschliessender Voraussetzungen oder zur Klärung von Rechtsfragen, wobei ein allfälliger Musterentscheid für und gegen alle Beteiligten des Musterverfahrens wirkt. Seit 2012 besteht bei Abschluss eines Vergleichs im Musterverfahren neu die Möglichkeit des Austritts der übrigen Kläger innerhalb eines Monats ab Zustellung des Vergleichs. Ende Juli 2017 legte das Bundesjustizministerium einen Diskussionsentwurf für die Schaffung einer Musterfeststel-

³⁵ Bundesgesetz, mit dem das Erwachsenenvertretungsrecht und das Kuratorenrecht im Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch geregelt werden und das Ehegesetz, das Eingetragene Partnerschaft-Gesetz, das Namensänderungsgesetz, das Bundesgesetz über Krankenanstalten und Kuranstalten, das Außerstreitgesetz, die Zivilprozessordnung, die Jurisdiktionsnorm, das Rechtspflegergesetz, das Vereinssachwalter-, Patientenanzwalts- und Bewohnervertretergesetz, das Unterbringungsgesetz, das Heimaufenthaltsgesetz, die Notariatsordnung, die Rechtsanwaltsordnung, das Gerichtsgebührengesetz und das Gerichtliche Einbringungsgesetz geändert werden (2. Erwachsenenschutz-Gesetz – 2. ErwSchG) vom 25. April 2017.

³⁶ Europäische Kommission, Empfehlung «Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadensersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten» vom 11. Juni 2013, Dokument C(2013) 3539/3 sowie Mitteilung «Auf dem Weg zu einem allgemeinen europäischen Rahmen für den kollektiven Rechtsschutz» vom 11. Juni 2013, Dokument COM(2013) 401.

³⁷ Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee, on the implementation of the Commission Recommendation of 11 June 2013 on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union law (2013/396/EU), COM(2018) 40 final (abrufbar unter http://ec.europa.eu/newsroom/just/document.cfm?action=display&doc_id=49502).

³⁸ Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz vom 19. Oktober 2012 (BGBl. I S. 2182), das zuletzt durch Artikel 24 Absatz 1 des Gesetzes vom 23. Juni 2017 (BGBl. I S. 1693) geändert worden ist.

lungsklage vor.³⁹ Diese wäre nach dem Entwurf als Verbandsklage zur Durchsetzung verbraucherrechtlicher Ansprüche konzipiert, zu der sich die einzelnen betroffenen Personen anmelden können, um so bezüglich ihrer Individualansprüche von der Urteilstwirkung profitieren zu können.

Frankreich kennt seit 2014 im Verbraucherrecht eine echte zweiphasige Gruppenklage für bestimmte Verbraucherverbände zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen. Um an der zweiten Phase des Entschädigungsverfahrens teilzunehmen, ist eine Beitrittserklärung (*opt in*) der betroffenen Verbraucherinnen und Verbraucher notwendig.⁴⁰ Mit dem Justizmodernisierungsgesetz 2016 wurde diese Gruppenklage auf alle Diskriminierungen, den Umweltschutz, den Gesundheitsschutz und den Datenschutz ausgedehnt und einheitlich geregelt.

In Österreich haben Praxis und Rechtsprechung seit Beginn der 2000er-Jahre die sogenannte Sammelklage österreichischer Prägung entwickelt. Dabei handelt es sich um eine inkassowise Geltendmachung einer Vielzahl von Ansprüchen im Wege einer Klagenhäufung durch einen (Verbands-)Kläger.⁴¹ Daneben gibt es seit einigen Jahren Bestrebungen zur Einführung einer eigentlichen Gruppen- oder Sammelklagen, die kürzlich neuen Schwung erhalten haben.

Italien hat 2010 eine Gruppenklage in der Verbrauchergesetzgebung eingeführt, die bereits mehrfach angepasst wurde. Dabei reicht eine Organisation oder eine einzelne betroffene Person eine Gruppenklage ein, der sich weitere Konsumentinnen und Konsumenten anschließen können (*opt in*) und die in einem zweiphasigen Verfahren (Zulassung der Gruppenklage und materielle Entscheidung darüber) durchgeführt wird.⁴²

Das niederländische Recht kennt seit Juli 2005 mit dem Gesetz betreffend die kollektive Abwicklung von Massenschäden eine spezielle Regelung für Gruppenvergleiche zur kollektiven Rechtsdurchsetzung, welche 2012/2013 revidiert wurde. Dieses besondere Gruppenvergleichsverfahren zwischen einem oder mehreren (mutmasslich) haftenden Schädigern und einem Verein oder einer Stiftung, der oder die im gemeinsamen Interesse sämtlicher Geschädigten handelt, soll zu einem gerichtlich genehmigten und für sämtliche betroffenen Geschädigten, die nicht innert einer bestimmten Frist ihren Austritt (*opt out*) erklären, verbindlichen Vergleich führen. Bisher wurden sieben Massenschadensfälle in einem solchen Gruppenvergleichsver-

³⁹ Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz Entwurf eines Gesetzes zur Einführung einer Musterfeststellungsklage vom 31. Juli 2017; vgl. dazu AXEL HALFMEIER, Musterfeststellungsklage: Nicht gut, aber besser als nichts, ZRP 2017, S. 201 ff.

⁴⁰ Vgl. dazu STEPHANIE ROHLFING-DIJOUX, Reform des Verbraucherschutzes in Frankreich durch die Einführung einer Gruppenklage in das französische Recht, EuZW 2014, S. 771 ff. m.w.H.

⁴¹ Vgl. dazu auch Bericht «Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz – Bestandesaufnahme und Handlungsmöglichkeiten» des Bundesrates vom Juli 2013, S. 17 ff. sowie ALEXANDER KLAUSER/PETER HADLER, Kollektiver Rechtsschutz in der österreichischen Praxis, ZZPInt 18 (2013), S. 103 ff. m.w.H.

⁴² Vgl. ALESSIO VICINZINO, L'azione de groupe en Italie: état de la situation, Revue Européenne de Droit de la Consommation 2014, S. 549 ff.

fahren abgewickelt.⁴³ Seit 2014 laufen weitere Revisionsbestrebungen, wobei die Ausweitung und der Verbandsklage auf reparatorische Ansprüche im Zentrum steht; am 16. November 2016 wurde ein entsprechender Gesetzesvorschlag vorgelegt. Dieser sieht die Schaffung einer Verbandsklage zur kollektiven Geltendmachung von Massenschäden mit einer *opt out*-Möglichkeit für die betroffenen Personen vor.

1.5 Umsetzung

Grundsätzlich bedürfen die vorgeschlagenen Anpassungen bestehender Bundesgesetze keiner weiteren Umsetzung auf Verordnungsstufe. Eine Ausnahme bildet die neu vorgesehene Regelung von Artikel 401a VE-ZPO zu Statistik und Geschäftszahlen; hier wird der Bundesrat die Grundsätze und Modalitäten der Ermittlung der Statistik und Geschäftszahlen in einer Verordnung festlegen müssen (Art. 401a Abs. 2 VE-ZPO).

Die vorgeschlagenen Anpassungen der Zivilprozessordnung werden jedoch zu Anpassungen im kantonalen Recht, namentlich in den kantonalen Gerichtsverfahrens- und -organisationsgesetzen, führen (vgl. dazu auch hinten unter Ziff. 3.2).

2 Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln

2.1 Zivilprozessordnung

Ersatz eines Ausdrucks

In der Zivilprozessordnung wird einheitlich der Begriff «Entscheid» verwendet, ungeachtet der nach wie vor vielfältigen kantonalen Bezeichnungen.⁴⁴ Insofern erscheint die Terminologie «Urteilstvorschlag» im Schlichtungsverfahren inkonsequent.⁴⁵ Daher soll dieser Ausdruck durch den näherliegenden «Entscheidvorschlag» ersetzt werden. Dies führt zu Anpassungen in den Artikeln 202 Absatz 4, 203 Absatz 2, 205 Absatz 2, im Gliederungstitel vor Artikel 210, in den Artikeln 210 Sachüberschrift und Text (Abs. 1 und 2) sowie Artikel 211 Absätze 1, 3 und 4. Dabei handelt es sich um rein terminologische Anpassungen.

Art. 5 Bst. j und k

Die kollektiven Verfahren der Verbandsklage (Art. 89 f. VE-ZPO) und des Gruppenvergleichsverfahrens (Art. 352a ff. VE-ZPO) verlangen gleich anderen Spezial-

⁴³ Vgl. dazu auch MATTHIS PETER, Zivilprozessuale Gruppenvergleichsverfahren – Einvernehmliche Streitbeilegung im kollektiven Rechtsschutz, Diss. Zürich 2017, S. 65 ff. sowie THIJS BOSTERS, Collective Redress and Private International Law in the EU, Den Haag 2017, S. 47 ff.

⁴⁴ Vgl. auch Botschaft ZPO, BBl 2006, S. 7343.

⁴⁵ Vgl. dazu auch BRUNO LÖTSCHER-STEIGER, Prüfungs- und Entscheidbefugnisse der Schlichtungsbehörde, in: Fankhauser/Widmer Lüchinger/Klingler/Seiler (Hrsg.), FS Sutter-Somm, Zürich 2016, S. 409 ff., 414, der jedoch den Begriff «Erledigungsvorschlag» vorziehen würde, weil damit die Abgrenzung zum Entscheid besser zum Ausdruck käme.

materien (z.B. immaterialgüter- und wettbewerbsrechtlichen Klagen, Streitigkeiten nach dem Kernhaftpflicht- oder Kollektivanlagengesetz) nach einer Konzentration des rechtlichen und fachlichen Wissens im Umgang mit solchen Kollektivklagen bei einem einzigen kantonalen Gericht. Eine solche Konzentration erscheint sinnvoll und effizient, weil damit auch sichergestellt werden kann, dass längerfristig angesichts der Verfahrenszahl ein gewisses Spezialknowhow im Umgang und der Abwicklung solcher Kollektivverfahren aufgebaut werden kann. Eine noch weitergehende Konzentration derartiger Kollektivverfahren schweizweit bei einem einzigen Gericht oder bei ganz wenigen Gerichten, wie sie teilweise im Ausland erfolgt (z.B. in den Niederlanden, wo landesweit ausschliesslich das Berufungsgericht [*Gerechthof*] in Amsterdam in erster Instanz für Gruppenvergleichsverfahren zuständig ist), wäre demgegenüber mit den schweizerischen Gegebenheiten nicht vereinbar.

Die Liste der Spezialmaterien ist daher um zwei neue Buchstaben j und k zu ergänzen, wonach die Kantone für Verbandsklagen nach Artikel 89 und 89a VE-ZPO einerseits (*Bst. j*) und für Gruppenvergleichsverfahren nach Artikel 352a–352k (*Bst. k*) andererseits ein einziges Gericht für zuständig zu bezeichnen haben.

Dass es sich bei dieser einzigen kantonalen Instanz um ein oberes kantonales Gericht handeln muss, ergibt sich aus Artikel 75 Absatz 2 Buchstabe a Bundesgerichtsgesetz (BGG)⁴⁶. Dass damit in Durchbrechung des Grundsatzes der sog. *double instance* für Verbandsklagen und Gruppenvergleichsverfahren kein innerkantonales Rechtsmittel gegen entsprechende Entscheide zur Verfügung steht, ist für beide Fälle gerechtfertigt: Neben der Fachkompetenz des Gerichts und der gewünschten Beschleunigung solcher Verfahren rechtfertigt auch die besondere kollektive Rechtsschutzform, die grundsätzlich die individuelle Rechtsverfolgung des Einzelnen unberührt lässt, diese Einschränkung.

Soweit die Kantone in ihren Gerichtsorganisations- oder -verfassungsgesetzen die Kompetenz für sämtliche Streitigkeiten gemäss Artikel 5 ZPO einheitlich dem Ober- oder Kantonsgericht übertragen haben (z. B. Kantone Freiburg, Thurgau oder Zug), ergibt sich aus der vorgeschlagenen Ergänzung kein Anpassungsbedarf für die Kantone. In den Kantonen mit Handelsgericht (Zürich, Bern, Aargau und St. Gallen) spricht vieles dafür, diese auch für Gruppenvergleichsverfahren für zuständig zu erklären (vgl. Art. 6 Abs. 4 Bst. a ZPO).

Art. 6 Abs. 2 Bst. c, Abs. 3, 6 und 7

Die Bestimmung von Artikel 6 ZPO regelt unter der Sachüberschrift «Handelsgericht» eigentlich zwei Dinge: Zum einen hält sie klar und in Konkretisierung von Artikel 3 ZPO (Organisation der Gerichte und der Schlichtungsbehörden) fest, dass die Kantone ein Handelsgericht als Fachgericht bezeichnen können, das als einzige kantonale Instanz für handelsrechtliche Streitigkeiten zuständig ist (Abs. 1). Zum andern regelt die Bestimmung für den Fall, dass ein Kanton von dieser Möglichkeit, Gebrauch macht, die sachliche Zuständigkeit für handelsrechtliche Streitigkeiten

⁴⁶ Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG); SR 173.110.

gemäss Artikel 6 Absatz 2 ZPO abschliessend, so dass für weitere kantonale Zuständigkeitsregelungen kein Raum bleibt.⁴⁷

Gerade nach dem Inkrafttreten der ZPO warfen diese Bestimmung und ihre Auslegung Unklarheiten und Streitfragen auf, die zwischenzeitlich durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu einem grossen Teil geklärt wurden. Unbestrittenermassen haben sich daher heute sowohl diese Bestimmung als auch die Handelsgerichtsbarkeit und die Handelsgerichte insgesamt bewährt; Beleg dafür sind sowohl die stabilen oder gar leicht steigenden Fallzahlen als auch die klaren Bekenntnisse zur Handelsgerichtsbarkeit in Wissenschaft und Lehre.⁴⁸ Daran ändert auch nichts, dass in einer ersten Phase seitens Bundesgericht in seinem Geschäftsbericht 2011 angeregt worden war, dass Entscheide und Verfügungen der Handelsgerichte innerkantonale mit einem Rechtsmittel anfechtbar sein sollten.⁴⁹ Nach Ansicht des Bundesrates ist diese Anregung seitens des Bundesgerichts nicht mehr aktuell und somit auch die Durchbrechung des Prinzips der doppelten kantonalen Instanz für Zivilstreitigkeiten (sog. *double instance*) für Handelsgerichte unbestritten sachgerecht.⁵⁰

Dessen ungeachtet schlägt der Bundesrat vor, die Bestimmung von Artikel 6 ZPO in drei Punkten anzupassen, um sie damit weiter zu verbessern:

- Das Erfordernis des Handelsregistereintrags gemäss Absatz 2 Buchstabe c ist dahingehend zu präzisieren, dass eine Eintragung als Rechtseinheit (vgl. Art. 2 Bst. a HRegV⁵¹) vorausgesetzt ist.⁵²
- Das Klägerwahlrecht (= fakultative sachliche Zuständigkeit der Handelsgerichte) nach Absatz 3 ist zu präzisieren: Es soll bei arbeits- und mietrechtlichen Streitigkeiten, also bei besonderen, nicht eigentlich handelsrechtlichen Streitigkeiten, für die oft auch besondere Spruchkörper bestehen und besondere Verfahrensregeln gelten, ausgeschlossen sein. Damit sind für diese besonderen Streitigkeiten stets die ordentlichen Gerichte beziehungsweise die nach kantonalem Gerichtsorganisationsrecht vorgesehenen Arbeits- oder Mietgerichte zuständig.
- Neu gesetzlich klar geregelt werden soll im Einklang mit der Rechtsprechung, dass die handelsgerichtliche Zuständigkeit nicht offensteht, wenn diese im Falle einer einfachen Streitgenossenschaft nur für einzelne Klagen oder einzelne Ansprüche gegeben ist; diesfalls sollen einheitlich die ordentlichen Gerichte zuständig sein (Abs. 6).

⁴⁷ BGE **140** III 155 E. 4.3

⁴⁸ Vgl. z.B. ALEXANDER BRUNNER, Art. 6 N 7 ff., in: DIKE ZPO, 2. Aufl., Zürich 2016 sowie ISAAK MEIER, Das Zürcher Handelsgericht im Kontext des Justizsystems, in: Brunner/Nobel (Hrsg.), Handelsgericht Zürich, 1866–2016, Zürich 2016, S. 57 ff.

⁴⁹ Geschäftsbericht des Bundesgerichts 2011, S. 19.

⁵⁰ Vgl. kritisch zur damaligen Anregung des Bundesgerichts auch ISAAK MEIER, Das Zürcher Handelsgericht im Kontext des Justizsystems, in: Brunner/Nobel (Hrsg.), Handelsgericht Zürich, 1866–2016, Zürich 2016, S. 74; HEINRICH ANDREAS MÜLLER, Schaffung eines innerkantonalen Rechtsmittels gegen Urteile der kantonalen Handelsgerichte?, SJZ 2012, S. 325 ff.

⁵¹ Handelsregisterverordnung (HRegV) vom 17. Oktober 2007; SR **221.411**.

⁵² BGE **140** III 409 E. 2 und **142** III 96 E. 3.3.

-
- Ausdrücklich im Gesetz geregelt werden soll neu ebenfalls, dass die Zuständigkeit der Handelsgerichte dann ausgeschlossen ist, wenn eine Streitigkeit nach Artikel 247 ZPO im vereinfachten Verfahren zu beurteilen ist (Abs. 7).

Erfordernis der Eintragung im Handelsregister als Rechtseinheit (Abs. 2 Bst. c)

Nach dem geltenden Wortlaut von Absatz 2 Buchstabe c ist als dritte Voraussetzung einer handelsrechtlichen Streitigkeit erforderlich, dass «die Parteien im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren Register eingetragen sind». Bereits in der damaligen Botschaft führte der Bundesrat aus, dass «es des Eintrages *der Firma* [Hervorhebung hinzugefügt] beider Parteien im Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register» bedarf,⁵³ obwohl der Gesetzeswortlaut dies nicht zum Ausdruck bringt. Dies entspricht der herrschenden Lehre⁵⁴ und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.⁵⁵ Diese Rechtslage soll sich zukünftig direkt aus dem Gesetzestext erschliessen; er ist daher entsprechend anzupassen. Folglich ist auch der erste Halbsatz von Absatz 3 redaktionell anzupassen.

Klägerwahlrecht: Ausschluss bei arbeits- und mietrechtlichen Streitigkeiten (Abs. 3)

Soweit nicht beide Parteien nach Absatz 2 Buchstabe c als Rechtseinheit im Handelsregister eingetragen sind, sondern nur die beklagte Partei, aber die übrigen Voraussetzungen einer handelsrechtlichen Streitigkeit gemäss Absatz 2 (d.h. geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei und Beschwerdefähigkeit an das Bundesgericht) erfüllt sind, hat die klagende Partei die Wahl zwischen dem Handelsgericht und dem ordentlichen Gericht. Damit wird einer nicht als Rechtseinheit im Handelsregister eingetragenen klagenden Partei die Option eingeräumt, von den Vorteilen der Handelsgerichtsbarkeit, namentlich der Fachrichterkompetenz und des beschleunigten einstufigen kantonalen Instanzenzugs, zu profitieren.⁵⁶

Die Auslegung und Anwendung dieser Regelung wurden zwischenzeitlich durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung konkretisiert, nachdem die Rechtslage unmittelbar nach Inkrafttreten der Zivilprozessordnung durchaus zu Unsicherheiten und unterschiedlicher Rechtsprechung geführt hatten: In BGE 138 III 694 entschied das Bundesgericht, insbesondere unter Berücksichtigung der früheren Rechtslage in den Kantonen mit Handelsgericht und der Entstehungsgeschichte der Norm, dass das Wahlrecht nach Artikel 6 Absatz 3 ZPO unabhängig von weiteren Einschränkungen ist und damit allgemein unter den Voraussetzungen von Artikel 6 Absatz 2 Buchstabe a (geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei) und b (Beschwerdefähigkeit an das Bundesgericht) ZPO besteht, so dass sich auch eine Kundin für ihre Klage gegen

⁵³ Botschaft ZPO, BBl 2006, S. 7261.

⁵⁴ Vgl. nur MEINRAD VETTER, Art. 6 N 24, in: ZK ZPO, 3. Aufl., Zürich 2016; GEORGE DAETWYLER/CHRISTIAN STALDER, Allgemeiner Verfahrensgang und Zuständigkeit des Handelsgerichts, in: Brunner/Nobel (Hrsg.), Handelsgericht Zürich, 1866–2016, Zürich 2016, S. 192 f.

⁵⁵ BGE 140 III 409 E. 2 und 142 III 96 E. 3.3.

⁵⁶ BGE 138 III 694 E. 2; JULIEN SCHWALLER/GEORG NAEGELI, Die Zuständigkeit der Handelsgerichte gemäss Art. 6 Abs. 3 ZPO, Jusletter vom 14. November 2011.

den im Handelsregister als Einzelunternehmen eingetragenen Vermögensverwalter darauf berufen kann.⁵⁷

Trotz dieser für die Praxis wichtigen klärenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung soll die Regelung in zweierlei Hinsicht präzisiert werden:

1. Ob arbeitsrechtliche Streitigkeiten in die Geschäftstätigkeit mindestens einer Partei (vgl. Art. 6 Abs. 2 Bst. a ZPO) und damit in den Zuständigkeitsbereich der Handelsgerichte fallen, ist nach geltendem Recht nicht eindeutig.⁵⁸ Soweit ersichtlich, fehlt dazu eine abschliessende bundesgerichtliche Rechtsprechung. Nach der Rechtsprechung des Handelsgerichts Zürich sollen arbeitsrechtliche Streitigkeiten nicht in die geschäftliche Tätigkeit fallen,⁵⁹ womit auch das Wahlrecht nach Artikel 6 Absatz 3 ZPO nicht in Betracht kommt.

Diese unklare Situation ist nach Ansicht des Bundesrates in einem so zentralen Punkt wie der Zuständigkeit nicht sinnvoll, weil sie letztlich auch die einfache Anwendung der ZPO in einem zentralen Punkt in Frage stellt. Daher soll diese (Streit-)Frage wie folgt gesetzgeberisch geklärt werden: Soweit es um arbeitsrechtliche Streitigkeiten geht, soll der klagenden Partei, die selbst nicht als Rechtseinheit im Handelsregister eingetragen ist, kein Wahlrecht zugunsten der Handelsgerichte zustehen und somit stets die ordentlichen Gerichte zuständig sein (*Art. 6 Abs. 3 VE-ZPO*). Arbeitsrechtliche Streitigkeiten zwischen einer klagenden Arbeitnehmerin oder einem klagenden Arbeitnehmer und einer Arbeitgeberin sind ungeachtet der Frage, ob sie in die geschäftliche Tätigkeit fallen oder nicht, keine typischen handelsrechtlichen Streitigkeiten, für die am Handelsgericht besondere fachrichterliche Kompetenz bestünde; umgekehrt bestehen in vielen Kantonen besondere Arbeitsgerichte zur Entscheidung arbeitsrechtlicher Streitigkeiten. Es erscheint daher zweckmässig, das geltende Recht in diesem Sinne zu präzisieren.

2. Auch in Bezug auf Streitigkeiten aus Miete oder Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen bestehen trotz zahlreichen bundesgerichtlichen Entscheiden in der Praxis Unklarheiten und Unstimmigkeiten. So sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Handelsgerichte für miet- und pachtrecht-

⁵⁷ Vgl. dazu auch CHRISTOPH HURNI, Sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts: Klägerwahlrecht auch für Konsumenten (Art. 6 Abs. 3 ZPO), ZBJV 2012, S. 989 ff.; MICHEL HEINZMANN, Note zum Leitentscheid BGE 138 III 694 ff., SZP 2013, S. 195 f.

⁵⁸ Für die handelsgerichtliche Zuständigkeit insbesondere BERNHARD BERGER, Art. 6 N 11, 24, in: BK ZPO, Bern 2012; demgegenüber ablehnend z.B. ALEXANDER BRUNNER, Art. 6 N 34, 41 f. in: DIKE ZPO, 2. Aufl., Zürich 2016; GEORGE DAETWYLER/CHRISTIAN STALDER, Allgemeiner Verfahrensgang und Zuständigkeit des Handelsgerichts, in: Brunner/Nobel (Hrsg.), Handelsgericht Zürich, 1866–2016, Zürich 2016, S. 178; MEINRAD VETTER, Art. 6 N 21a, in: ZK ZPO, 3. Aufl., Zürich 2016; ULRICH HAAS/MICHAEL SCHLUMPF, Art. 6 N 6 f., in: KUKO ZPO, 2. Aufl., Basel 2014; JACQUES HALDY, Art. 6 N 5, in: CPC commenté, Basel 2011.

⁵⁹ Vgl. nur HGer ZH, 16.07.2012, ZR 2012 Nr. 58.

liche Streitigkeiten zuständig,⁶⁰ soweit diese nicht im vereinfachten Verfahren zu beurteilen sind, weil dieses wiederum die handelsgerichtliche Zuständigkeit ausschliesst (vgl. dazu auch die Erläuterungen zu Ziff. 7 nachfolgend).⁶¹ Abweichende Regelungen des kantonalen Gerichtsorganisationsrechts sind unzulässig.⁶²

Diese Situation ist mit Unsicherheiten in der Zuständigkeitsabgrenzung verbunden.⁶³ Daher ist das geltende Recht analog zu arbeitsrechtlichen Streitigkeiten dahingehend anzupassen, dass das Wahlrecht gemäss Artikel 6 Absatz 3 ZPO dann nicht besteht, wenn es um eine Streitigkeit aus Miete oder Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen geht (*Art. 6 Abs. 3 VE-ZPO*).

Kompetenzattraktion zugunsten ordentlicher Gerichte bei Streitgenossenschaft (Abs. 6)

Nach geltendem Recht ist bundesrechtlich nicht einheitlich geregelt, ob das Handelsgericht oder das ordentliche Gericht sachlich zuständig ist, wenn die Voraussetzungen der sachlichen Zuständigkeit des Handelsgerichts lediglich für einzelne Streitgenossen erfüllt sind; während in den Kantonen Zürich (allerdings lediglich gestützt auf eine stillschweigende kantonale Regelung)⁶⁴ und Bern⁶⁵ in diesen Fällen einheitlich das ordentliche Gericht zuständig ist, bestand im Kanton Aargau in diesen Fällen teilweise eine geteilte Zuständigkeit.⁶⁶ Diese Rechtslage ist nicht rechtsanwenderfreundlich. Für die Fälle der passiven einfachen Streitgenossenschaft ist neu einheitlich von Bundesrechts wegen in einem neuen *Absatz 6* eine Kompetenzattraktion zugunsten des ordentlichen Gerichts vorzusehen, wenn die Voraussetzungen für eine handelsgerichtliche Zuständigkeit nur für einzelne Streitgenossen erfüllt sind. Demgegenüber ist eine solche Regelung für die aktive einfache Streitgenossenschaft entbehrlich, da in diesen Fällen durch Ausübung des Wahlrechts gemäss Artikel 6 Absatz 3 ZPO grundsätzlich für eine gemeinsame Klage eine gemeinsame Zuständigkeit des Handelsgerichts gegeben ist.

⁶⁰ BGE 139 III 457 E. 3; dies gilt unabhängig davon, ob es sich um ein Grund-, Hilfs- oder Nebengeschäft handelt, vgl. GEORGE DAETWYLER/CHRISTIAN STALDER, Allgemeiner Verfahrensgang und Zuständigkeit des Handelsgerichts, in: Brunner/Nobel (Hrsg.), Handelsgericht Zürich, 1866–2016, Zürich 2016, S. 175.

⁶¹ BGE 139 III 457 E. 3

⁶² BGE 140 III 155 E. 4

⁶³ GEORGE DAETWYLER/CHRISTIAN STALDER, Allgemeiner Verfahrensgang und Zuständigkeit des Handelsgerichts, in: Brunner/Nobel (Hrsg.), Handelsgericht Zürich, 1866–2016, Zürich 2016, S. 175 f.; URBAN HULLIGER/ANDREAS MAAG, Zur sachlichen Zuständigkeit der Handelsgerichte in mietrechtlichen Streitigkeiten – ein Zwischenbericht, MRA 4/2013, S. 3 ff.

⁶⁴ BGE 138 III 471 E. 5

⁶⁵ HGer BE, 9.12.2012, CAN 2013 Nr. 58.

⁶⁶ Vgl. BGer 4A_239/2013 vom 9. September 2013, E. 3; seit 1. Juli 2015 gilt mit § 12 Abs. 2 EG ZPO Aargau auch im Kanton Aargau eine Kompetenzattraktion zugunsten der ordentlichen Gerichte.

*Ausschluss der handelsgerichtlichen Zuständigkeit im vereinfachten Verfahren
(Abs. 7)*

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung geht die Regelung über die Verfahrensart derjenigen über die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts vor: Das bedeutet, dass die Verfahren nach Artikel 243 Absatz 1 und 2 ZPO stets im vereinfachten Verfahren durchzuführen sind und zwar auch dann, wenn die Voraussetzungen von Artikel 6 ZPO an sich für das Handelsgericht sprechen. Gilt für eine Streitigkeit nach Artikel 243 Absatz 1 oder 2 ZPO das vereinfachte Verfahren, ist das Handelsgericht nicht zuständig. Im Ergebnis bedeutet dies, dass die ordentlichen Gerichte im vereinfachten Verfahren zuständig sind.⁶⁷

Diese Klarstellung der Rechtslage sollte sich zukünftig direkt aus dem Gesetzeswortlaut ergeben. Die Bestimmung von Artikel 6 ZPO ist daher um einen neuen *Absatz 7* dahingehend zu ergänzen, wonach die Zuständigkeit des Handelsgerichts ausgeschlossen ist, wenn für eine Streitigkeit nach Artikel 243 Absatz 1 oder 2 ZPO das vereinfachte Verfahren gilt. Damit ist auch klargestellt, dass Streitigkeiten nach Artikel 6 Absatz 4 ZPO nach kantonalem (Organisations-)Recht nur dann in die Zuständigkeit des Handelsgerichts fallen können, wenn dafür nicht das vereinfachte Verfahren vorgesehen ist.

Art. 16a Verbandsklagen und Gruppenvergleichsverfahren

Zur Vereinfachung der Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit (Gerichtsstand) bei Kollektivverfahren (Verbandsklage und Gruppenvergleichsverfahren) soll diese neu einheitlich bestimmt werden und damit unabhängig von den allgemeinen Zuständigkeitsregeln, die im Kern auf die Rechtsnatur der geltend gemachten Ansprüche abstellen (Personenrecht, Familienrecht, Erbrecht, Sachenrecht, Vertragsrecht, unerlaubte Handlungen, Handelsrecht etc.). Dies erleichtert nicht nur die Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit für solche Verfahren, sondern beugt gleichzeitig auch möglichen Schwierigkeiten und Abgrenzungsfragen sowie möglichen Missbräuchen vor und trägt zur Rechtssicherheit bei, insbesondere zugunsten potenziell beklagter Parteien. Gleiches gilt für den internationalen Bereich.⁶⁸

Für Verbandsklagen hält *Absatz 1* neu fest, dass dafür das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei zuständig ist. Damit wird der allgemeine Beklagtengerichtsstand für Verbandsklagen im Interesse potenziell beklagter Parteien fixiert; diese sollen nicht mit Kollektivklagen gegen sich an einem anderen Ort als ihrem Wohnsitz oder Sitz rechnen müssen. Für solche Kollektivklagen erscheint diese Zuständigkeit zudem auch unter sachlichen Gesichtspunkten (Sach- und Beweisnähe) sinnvoll, haben doch auch solche Kollektivstreitigkeiten zumeist mindestens einen gemeinsamen örtlichen Bezugspunkt am Sitz oder Wohnsitz der beklagten Partei, auch wenn zum Beispiel die Schädigungen der einzelnen Betroffenen an verschiedenen Orten eingetreten sind. Umgekehrt erscheint es gerechtfertigt, dass klagende Vereine und andere Organisationen ihre Klagen nur dort erheben können; von im Interesse mutmasslich schwächeren Individualklägerinnen und -klägern erlassenen weiteren Gerichtsständen sollen sie nicht profitieren können. Nach den

⁶⁷ BGE 143 III 137 E. 2; 139 III 457 E. 4

⁶⁸ Vgl. dazu die Erläuterungen unter Ziffer 2.2.8 zu Art. 12 VE-IPRG.

allgemeinen Grundsätzen kann von dieser Zuständigkeit mittels Gerichtsstandsvereinbarung (Art. 17 ZPO) sowie insbesondere auch durch Einlassung (Art. 18 ZPO) abgewichen werden.

Absatz 2 regelt die örtliche Zuständigkeit für Gruppenvergleichsverfahren nach Artikel 352a ff. VE-ZPO. Auch dafür ist die örtliche Zuständigkeit aufgrund der Eigenschaft als Kollektivverfahren gesondert zu regeln und damit unabhängig von der Rechtsnatur der vorgeworfenen Rechtsverletzung anzuknüpfen. Bereits in der Vernehmlassung zu einem Vorentwurf für ein Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) bestanden Forderungen nach Klärung der örtlichen Zuständigkeit.⁶⁹ Angesichts der besonderen Natur des Gruppenvergleichsverfahrens als Verfahren zur kollektiven Streiterledigung auf der Grundlage einer einvernehmlichen Einigung soll das Gericht am Wohnsitz oder Sitz einer der Parteien, welche um Genehmigung des Gruppenvergleichs ersuchen, örtlich zuständig sein. Wie bei der Verbandsklage (Abs. 1) ist diese Zuständigkeit nicht zwingend, indem die Parteien gestützt auf eine Vereinbarung (Art. 17) auch an andere Gerichte gelangen können.

Art. 51 Abs. 3

Nach dem geltenden Wortlaut dieser Bestimmung erfolgt die Geltendmachung eines erst nach Abschluss des Verfahrens entdeckten Ausstandsgrunds im Rahmen eines Revisionsverfahrens. Diese Regelung folgt dem Grundgedanken, dass ein Gericht die Zuständigkeit hinsichtlich eines bestimmten Falles verliert, sobald es in diesem Fall sein Urteil gefällt hat (*lata sententia iudex desinit esse iudex*).⁷⁰ Weder aus dem Gesetzeswortlaut noch aus den Materialien zur ZPO geht jedoch hervor, ab welchem Zeitpunkt ein Verfahren als abgeschlossen im Sinne dieser Bestimmung zu gelten hat, je nachdem welches Rechtsmittel gegen einen Endentscheid zur Verfügung steht.⁷¹

Das Bundesgericht hat diese Frage zwischenzeitlich wie folgt geklärt: Die Geltendmachung eines Ausstandsgrunds mittels Revision kommt dann nicht in Betracht, wenn der Ausstandsgrund nach Abschluss des Verfahrens vor der betreffenden Instanz (mithin nach Ergehen eines formellen Endentscheids), aber vor Ablauf der Rechtsmittelfrist entdeckt wird. Dies gilt ungeachtet der formellen Rechtskraft auch, wenn gegen den Endentscheid nur die Beschwerde möglich ist, weil die Revision dieser gegenüber subsidiär ist.⁷²

Im Interesse der Rechtsklarheit soll die klärende bundesgerichtliche Rechtsprechung ins Gesetz aufgenommen und der Wortlaut von Artikel 51 Absatz 3 ZPO angepasst bzw. ergänzt werden. Neu soll die Revision zur Geltendmachung eines Ausstandsgrunds offenstehen, wenn kein anderes Rechtsmittel mehr zur Verfügung steht.

⁶⁹ Vgl. Bericht des Eidgenössischen Finanzdepartements über die Vernehmlassungsergebnisse zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und zum Finanzinstitutsgesetz (FINIG), S. 43 (abrufbar unter <https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2384/FINIG-FIDLEG-Ergebnisbericht-de.pdf>).

⁷⁰ BGE **139** III 120 E. 2

⁷¹ Vgl. dazu DENIS TAPPY, Art. 51 N 14 ff., in: CPC commenté, Basel 2011.

⁷² BGE **139** III 466 E. 3.4; **139** III 120 E. 2; **138** III 702 E. 3.4.

Art. 60a Prozessüberweisung bei Unzuständigkeit

Gemäss Artikel 59 Absatz 1 ZPO tritt ein Gericht auf eine Klage oder ein Gesuch ein, sofern die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind. Prozessvoraussetzung ist insbesondere die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Gerichts (vgl. Art. 59 Abs. 2 Bst. b ZPO). Nach Artikel 60 ZPO prüft das Gericht diese wie alle anderen Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen. Kommt das Gericht zum Schluss, dass es nicht zuständig ist, tritt es auf die Klage oder das Gesuch nicht ein und fällt daher einen Nichteintretensentscheid. Damit endet das Verfahren vor diesem Gericht.

Nach geltendem Recht nicht vorgesehen ist, dass das Gericht in einem solchen Fall das Verfahren an das zuständige Gericht weiterleitet oder überweist.⁷³ Einzige Folge und prozessuale Erleichterung für eine klagende Partei ist in einem solchen Fall die Regelung von Artikel 63 ZPO: Reicht die klagende Partei selbst ihre Klage oder ihr Gesuch innert eines Monats seit dem Nichteintretensentscheid beim zuständigen Gericht neu ein, so bleibt die Rechtshängigkeit erhalten beziehungsweise wird der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit auf den Zeitpunkt der ersten Einreichung zurückbezogen (Art. 63 Abs. 1 ZPO). Eine Prozessüberweisung wurde bei der Schaffung der ZPO unter Hinweis auf die damit verbundene Zusatzbelastung der Gerichte trotz entsprechender Forderungen in der Vernehmlassung⁷⁴ abgelehnt; dazu wurde auf bereits gegen einen entsprechenden Vorschlag beim Erlass des früheren Gerichtsstandsgesetzes (GestG)⁷⁵ erhobene Einwände verwiesen.⁷⁶ Im Vorentwurf zum GestG war in einem Artikel 43 Absatz 3 VE-GestG vorgesehen, dass die Klage «auf Antrag der klagenden Partei dem von ihr als zuständig bezeichneten Gericht überwiesen [wird], sofern dieses nicht offensichtlich unzuständig ist [und] die Überweisung [...] die Wirkungen der Klageanhebung und eine bereits eingetretene Rechtshängigkeit nicht auf[-hebt].»

Das Fehlen einer Prozessüberweisungsmöglichkeit steht im Widerspruch zu zahlreichen in früheren kantonalen Zivilprozessordnungen vorgesehenen Regelungen⁷⁷ sowie auch zu geltenden Regelungen des kantonalen Rechts⁷⁸ und gerade auch zu modernen Tendenzen des Zivilprozessrechts.⁷⁹ Nach Ansicht des Bundesrates ist die ZPO damit in diesem Punkt nur beschränkt praxis- und anwenderfreundlich, denn gerade die einfache Möglichkeit der Prozessüberweisung bei Unzuständigkeit steht

⁷³ Vgl. auch BGer Urteil 4A_604/2014 vom 30. März 2015 E. 2.3.2; OGer ZH, Urteil LB130064 vom 20. Mai 2014, ZR 2014, S. 248 ff.

⁷⁴ Vgl. dazu Zusammenstellung der Vernehmlassungen zum Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bern 2004, S. 132, 185, 191 und 545 (abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/archiv/zivilprozessrecht/veber.pdf>).

⁷⁵ Bundesgesetz vom 24. März 2000 über den Gerichtsstand in Zivilsachen (Gerichtsstandsgesetz, GestG); aSR 272.

⁷⁶ So Botschaft ZPO, BBl 2006, S. 7277.

⁷⁷ So z.B. aZPO ZH § 112; aZPO AG § 176; aZPO SG Art. 77; aZPO LU § 103; aZPO GL Art. 3; aZPO SZ § 101; vgl. auch aZPO VS Art. 135 Abs. 2, wonach von Amtes wegen Meinungsaustausch und Prozessüberweisung erfolgt.

⁷⁸ Vgl. z.B. § 46 Abs. 4 Gerichtsorganisationsgesetz Basel-Landschaft.

⁷⁹ Vgl. FRIDOLIN WALTHER, Anmerkung zu BGer Urteil 5A_449/2007 vom 25. Oktober 2007, SZPP 2008 S. 5 f. sowie bereits Schlussbericht der Kommission SAV «Vereinheitlichung der Gerichtsstände in Zivilsachen sowie Anerkennung und Vollstreckung ausserkantonaler Zivilurteile an den Vorstand des SAV», S. 15.

der klagenden Partei nicht zur Verfügung. Dies will der Bundesrat mit der Schaffung eines neuen Artikels 60a VE-ZPO ändern. Da diese Möglichkeit nach früherem Recht bereits in zahlreichen Kantonen existierte und teilweise auch heute noch innerkantonal vorgesehen ist, kann kaum gesagt werden, dass damit eine übermässige Zusatzbelastung der Gerichte verbunden wäre; davon ist insbesondere deshalb nicht auszugehen, weil die Prozessüberweisung nicht von Amtes wegen erfolgen soll, sondern nur auf Antrag der klagenden oder gesuchstellenden Partei. Dieser Antrag kann bereits im Rahmen der Klage oder des Gesuchs gestellt werden, dieser muss aber noch bis zur formellen Rechtskraft des Nichteintretensentscheids zulässig sein.

Vorausgesetzt ist weiter, dass die klagende oder gesuchstellende Partei das Gericht bezeichnet, welches sie als zuständig erachtet; das unzuständigerweise angerufene Gericht hat nicht selbst das zuständige Gericht zu ermitteln (vgl. demgegenüber jedoch Artikel 143 Absatz 1^{bis} VE-ZPO und die Erläuterungen dazu hinten). Es hat lediglich zu prüfen, ob das bezeichnete Gericht nicht offensichtlich unzuständig ist, womit sich von vornherein aussichtslose Prozessüberweisungen sowohl im Interesse der Gegenpartei als auch einer effizienten Justiz vermeiden lassen. Vorgängig zu einem solchen Entscheid kann das unzuständigerweise angerufene Gericht einen Meinungs austausch durchführen, soll aber von Gesetzes wegen nicht dazu verpflichtet werden.⁸⁰ Ist das bezeichnete Gericht nicht offensichtlich unzuständig, so überweist das unzuständigerweise angerufene Gericht die Klage oder das Gesuch an das bezeichnete Gericht. Die Rechtshängigkeit wird durch die Überweisung nicht unterbrochen. Im Ergebnis resultiert somit in diesen Fällen das gleiche Resultat wie bei einer Neueinreichung innert eines Monats nach einem Rückzug oder einem Nichteintretensentscheid mangels Zuständigkeit gemäss Artikel 63 Absatz 1 ZPO.

Art. 70 Abs. 2 (betrifft nur den französischen Text)

Die französische Fassung ist in Bezug auf den zweiten Teilsatz dahingehend der deutschen und italienischen Fassung anzupassen, dass neu von Berufung und Beschwerde als Rechtsmitteln («déclarations de recours et d'appel») anstatt lediglich von «recours» gesprochen wird.

Art. 71 Einfache Streitgenossenschaft

Die Bestimmung regelt die einfache Streitgenossenschaft, bei der mehrere Personen zur Förderung der Prozessökonomie und Entscheidungsharmonie entweder gemeinsam gegen eine einzige beklagte Partei klagen oder umgekehrt mehrere Personen gleichzeitig von einer einzigen klagenden Partei verklagt werden, ohne dass eine gemeinsame Klage vorgeschrieben oder notwendig wäre.⁸¹ Davon zu unterscheiden ist die notwendige Streitgenossenschaft, bei der mehrere Personen gemeinsam

⁸⁰ Diesbezüglich anders z.B. die frühere Regelung im Kanton Aargau: § 176 Abs. 2 aZPO AG sah «in der Regel einen Meinungs austausch zwischen dem angerufenen und dem vom Kläger bezeichneten Richter» vor.

⁸¹ Vgl. dazu ERNST STAEHELIN/SILVIA SCHWEIZER, Art. 71 N 1, in: ZK ZPO, 3. Aufl., Zürich 2016; CHRISTOPH LEUENBERGER/BEATRICE UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Bern 2016, Rz. 3.28; TANJA DOMEJ, Art. 71 N 1, in: KUKO ZPO, 2. Aufl., Basel 2014.

klagen oder gemeinsam beklagt werden müssen, weil für oder gegen sie nur einheitlich für alle entschieden werden kann (vgl. Art. 70 ZPO).

Die Absätze 1 und 2 regeln die Voraussetzungen der einfachen Streitgenossenschaft. Diese Voraussetzungen sollen neben der unverändert verlangten sogenannten Konnexität («gleiche Tatsachen oder Rechtsgründe») zur weiteren Verbesserung der ZPO in zweierlei Hinsicht angepasst und in einem *Absatz 1* neu gefasst werden:

- Zum Ersten soll die bundesgerichtliche Praxis zur Voraussetzung der gleichen sachlichen Zuständigkeit ins Gesetz überführt werden. Dabei handelt es sich um ein zentrales Element zum Verständnis der Zulässigkeit, die sich ohne weiteres aus dem Gesetz ergeben sollte. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts handelt es sich bei der gleichen sachlichen Zuständigkeit nach geltendem Recht um eine «stillschweigende Voraussetzung» der (passiven) einfachen Streitgenossenschaft.⁸² Diese neue ausdrückliche und generelle Voraussetzung der einfachen Streitgenossenschaft soll neu in einem *Buchstaben b* von Artikel 71 Absatz 1 VE-ZPO festgehalten werden.
- Zum Zweiten soll die Voraussetzung der gleichen Verfahrensart gemäss Artikel 71 Absatz 2 ZPO in einem neuen *Buchstaben a* in einem zentralen Punkt präzisiert werden mit dem Ziel, dass die aktive einfache Streitgenossenschaft in Zukunft in weiteren Fällen zulässig ist. Nach geltendem Recht ist die einfache Streitgenossenschaft ausgeschlossen, wenn nicht für die einzelnen Klagen die gleiche Verfahrensart (ordentliches, vereinfachtes oder summarisches Verfahren) anwendbar wäre. Dies führt grundsätzlich dazu, dass Klagen des ordentlichen Verfahrens und des vereinfachten Verfahrens nicht zusammen geltend gemacht werden können, auch wenn die unterschiedliche Verfahrensart ausschliesslich aufgrund des Streitwerts (vgl. Art. 243 Abs. 1 ZPO: vereinfachtes Verfahren bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten bis 30'000 Franken) resultiert. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hat jedoch im Falle der objektiven Klagenhäufung (Art. 90 ZPO) in Anwendung von Artikel 93 Absatz 1 ZPO zur Streitwertberechnung die Zusammenrechnung vorgängig zur Prüfung nach Artikel 90 ZPO zu erfolgen, und es sind die Voraussetzungen der gleichen sachlichen Zuständigkeit und der gleichen Verfahrensart auf Grundlage der bereits addierten Streitwerte zu prüfen.⁸³ Dies sollte zumindest auch für die aktive einfache Streitgenossenschaft gelten, bei der mehrere Personen gestützt auf gleichartige Tatsachen oder Rechtsgründe gemeinsam (gegen eine beklagte Partei) klagen.⁸⁴ Unterstehen für sich alleine einzelne Klagen wegen ihres Streitwerts dem vereinfachten Verfahren und andere dem ordentlichen Verfahren, so sollte eine gemeinsame Geltendmachung mittels aktiver einfacher Streitgenossenschaft möglich sein; die Streitwerte werden gemäss Artikel 93 Absatz 1 ZPO im Sinne der erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung in einem ersten Schritt zusammengerechnet und dann wird die Verfahrensart bestimmt, welche in diesen Fällen stets das ordentliche Verfahren sein wird.

⁸² BGE 138 III 471 E. 5

⁸³ BGE 142 III 788 E. 4

⁸⁴ Vgl. dazu auch ALEXANDER WINTSCH/RICHARD MEYER, Streitwertaddition bei Klagenhäufung und einfacher Streitgenossenschaft, ZZZ 2016, S. 275 ff.

Als Folge dieser Neufassung wird der bisherige Absatz 3 unverändert neu zu *Absatz 2*.

Art. 81 Abs. 1 und 3

Mit der ZPO wurde die Streitverkündungsklage schweizweit als neues Institut eingeführt, nachdem diese vorher nur in den Kantonen Genf, Waadt und Wallis sowie teilweise im Kanton Tessin bekannt war. Die Streitverkündungsklage ermöglicht es über die einfache Streitverkündung (vgl. Art. 78 ff. ZPO) hinaus, unmittelbar im Rahmen der Hauptklage einen Entscheid über die Ansprüche der Streitverkündenden Partei gegenüber der Streitberufenen Person zu erwirken.⁸⁵

In der Praxis hat sich gezeigt, dass dieses prozessuale Instrument bisher noch wenig bis kaum genutzt wird. Nach Ansicht des Bundesrats ist es daher wichtig, die Funktionsfähigkeit der Streitverkündungsklage im Schweizer Recht zu verbessern (vgl. auch sogleich die Erläuterungen zu Art. 82 Abs. 1 Satz 3 VE-ZPO).

Nach dem Vorschlag des Bundesrats soll daher die Regelung über die Voraussetzungen und Zulässigkeit der Streitverkündungsklage in Artikel 81 Absatz 1 ZPO klarer gefasst werden. Dazu soll der Gehalt der bisherigen Absätze 1 und 3 in einem neuen *Absatz 1* zusammengefasst und um die sich bisher aus Lehre und Rechtsprechung ergebenden Voraussetzungen ergänzt und in einer Aufzählung klar strukturiert werden:

- Im *Ingress* soll neu zum Ausdruck gebracht werden, dass die Streitverkündungsklage zur Geltendmachung von Ansprüchen zur Verfügung steht, welche der Streitverkündenden Partei im Falle des Unterliegens gegen die Streitberufene Person zustehen; damit soll sich neu auch der Fall der Streitverkündungsklage als negative Feststellungsklage klar aus dem Gesetzeswortlaut ergeben.⁸⁶
- In einem *Buchstaben a* soll neu die bereits nach geltendem Recht bestehende⁸⁷ Voraussetzung der Konnexität gesetzlich festgehalten werden, wie dies auch im Vorentwurf zur ZPO vorgesehen war. Es wird auch deutlich, dass neben den Fällen der (potenziellen) Regressansprüche durchaus auch andere Fälle von Gewährleistungs- und Schadloshaltungsansprüchen denkbar sind.
- *Buchstabe b* bringt zum Ausdruck, dass für Haupt- und Streitverkündungsklage die gleiche sachliche Zuständigkeit gegeben sein muss. Auch diese Voraussetzung des geltenden Rechts⁸⁸ soll sich neu unmittelbar aus dem Gesetz ergeben; materiell ist damit keine Rechtsänderung verbunden.
- In einem *Buchstaben c* soll neu die verfahrensmässige Zulässigkeit geregelt werden, die bisher in Absatz 3 geregelt ist. Im Unterschied zum geltenden Recht soll klargestellt werden, dass die Streitverkündungsklage ausschliess-

⁸⁵ Vgl. Botschaft ZPO, BBl 2006, S. 7283 ff.

⁸⁶ Vgl. dazu bereits NINA J. FREI, Die Interventions- und Gewährleistungsklagen im Schweizer Zivilprozess, Diss. Zürich 2004, S. 114 f.

⁸⁷ Vgl. Botschaft ZPO, S. 7284 f., BGE 139 III 67 E. 2.4.3 sowie TARKAN GÖKSU, Art. 81 N 9, in: DIKE ZPO, 2. Aufl., Zürich 2016;

⁸⁸ BGE 139 III 67 E. 2.4.3

lich im ordentlichen Verfahren zulässig ist; wie nach geltendem Recht ausgeschlossen ist sie daher im vereinfachten und im summarischen Verfahren, weil diese Verfahren nicht dergestalt kompliziert und verlängert werden sollen.⁸⁹

Während das geltende Recht jedoch zumindest implizit auch für die Streitverkündungsklage das ordentliche Verfahren verlangt,⁹⁰ soll neu die Streitverkündungsklage auch dann zulässig sein, wenn für diese alleine allenfalls das vereinfachte Verfahren anwendbar wäre, sofern diese Verfahrensart ausschliesslich auf dem Streitwert (bis zu 30'000 Franken, vgl. Art. 243 Abs. 1 ZPO) beruht. Damit entsteht gegenüber dem geltenden Recht bewusst ein etwas weiterer Anwendungsbereich für die Streitverkündungsklage; auf der anderen Seite stehen dem aber keine schützenswerten Interessen der beklagten Partei einer Streitverkündungsklageweisen Geltendmachung und Beurteilung solcher Regressansprüche, Gewährleistungs- und Schadloshaltungsansprüche im ordentlichen Hauptverfahren entgegen.

Der bisherige *Absatz 2* wird unverändert übernommen; wie bisher sind sogenannte Kettenstreitverkündungsklagen zur Vermeidung einer übermässigen Komplizierung und Verzögerung ausgeschlossen. Der bisherige *Absatz 3* geht inhaltlich im neu gefassten *Absatz 1* auf und kann somit aufgehoben werden.

Art. 82 Abs. 1 dritter Satz

Die Bestimmung regelt das Verfahren der Streitverkündungsklage. Dieses soll gegenüber dem geltenden Recht in einem wesentlichen Punkt ergänzt werden: Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Streitverkündungsklage grundsätzlich bereits im Zulassungsverfahren zu beziffern und darf nicht vom Ausgang der Hauptklage abhängig gemacht werden. Eine Ausnahme gilt nur, wenn die Voraussetzungen für eine Stufenklage gemäss Artikel 85 ZPO erfüllt sind.⁹¹

Diese Rechtslage führt dazu, dass das Risiko der Streitverkündenden Partei, mit ihrer Streitverkündungsklage zu über- oder unterklagen, sehr gross ist und damit neben der einfachen Streitverkündung nach Artikel 78 ZPO gerade aus Prozesskostenrisiküberlegungen wenig attraktiv erscheint. Daher soll durch einen neuen *Satz 3* zu *Absatz 1* abweichend vom geltenden Recht klargestellt werden, dass die Rechtsbegehren der Streitverkündungsklage dann nicht zu beziffern sind, wenn sie auf Leistung dessen gehen, wozu die Streitverkündende Partei ihrerseits im Hauptverfahren verpflichtet wird. Über die Fälle von Artikel 85 ZPO hinaus soll die Streitverkündungsklage dann nicht beziffert werden müssen, wenn es sich um eine Regressklage handelt und die Streitverkündende Partei noch wissen kann, zu welchem Betrag sie im Hauptprozess verpflichtet wird.

⁸⁹ Vgl. dazu bereits Botschaft ZPO, BBl 2006, S. 7285.

⁹⁰ BGE 139 III 67 E. 2.4.2; vgl. auch DANIEL SCHWANDER, Art. 81 N 26 ff., in: ZK ZPO, 3. Aufl., Zürich 2016.

⁹¹ BGE 142 III 102 E. 3-6; vgl. dazu MELANIE LEHMANN, Die Bezifferung der Streitverkündungsklage, Jusletter vom 30. Mai 2016.

Art. 89 Abs. 1, Abs. 2 Bst. c und d, Abs. 3

Bei einer Verbandsklage klagt ein als «Verband» konstituierter Kläger im kollektiven Interesse aller Mitglieder einer bestimmten Personengruppe selbstständig einen bestimmten Anspruch gegen einen Beklagten ein.⁹² Nach geltendem Recht können Vereine und andere Organisationen unter bestimmten Voraussetzungen aus eigenem Recht wegen der Verletzung der Persönlichkeit der Angehörigen einer Personengruppe Klage auf Unterlassung, Beseitigung oder Feststellung der Widerrechtlichkeit dieser Persönlichkeitsverletzung erheben.⁹³ Mit Artikel 89 ZPO wurde die frühere bundesgerichtliche Rechtsprechung ins Gesetz überführt, nachdem eine Ausdehnung und einheitliche Regelung für das gesamte Privatrecht (= Wegfall der Beschränkung auf Persönlichkeitsverletzungen, vgl. Art. 79 VE-ZPO) in der Vernehmlassung abgelehnt worden war.⁹⁴ Daneben bestehen weiterhin spezialgesetzliche Regelungen der Verbandsklage in verschiedenen Bereichen (z.B. Art. 7 GlG⁹⁵, Art. 10 Abs. 2 i.V.m. Art. 9 UWG⁹⁶, Art. 9 Abs. 3 Bst. a BehiG⁹⁷ etc.), die nach Artikel 89 Absatz 3 ZPO vorbehalten sind.

Es hat sich gezeigt, dass seit Inkrafttreten der ZPO am 1. Januar 2011 keine einzige Verbandsklage nach Massgabe von Artikel 89 ZPO erhoben wurde (vgl. dazu auch vorne unter Ziff. 1.2.2). Die Regelung von Artikel 89 ZPO ist daher derzeit toter Buchstabe und diese Form der Rechtsdurchsetzung funktioniert aktuell nicht. Wie der Bundesrat bereits 2013 ausführte,⁹⁸ sind dafür insbesondere folgende Gründe ausschlaggebend:

- Beschränkung der Verbandsklage auf Persönlichkeitsverletzungen (mit Ausnahme spezialgesetzlicher Regelungen), womit weite Bereiche des wirtschaftlichen Alltags, namentlich arbeits- oder mietrechtliche Ansprüche und auch der Finanz- und Kapitalmarkt, von der Anwendung ausgeschlossen sind.
- Unmöglichkeit der verbandsklageweisen Geltendmachung von reparatorischen Ansprüchen (Schadenersatz, Genugtuung, Gewinnherausgabe) und damit faktischer Ausschluss von Massen- und insbesondere Streuschäden;
- Unattraktivität paralleler Vorgehen mit Verbandsklage und individuellen Verfahren, weil ungenügende Wirkungen der Verbandsklage mit Bezug auf Individualverfahren (z.B. bezüglich Verjährung) sowie wegen Prozesskostenrisiken und erschwelter Finanzierbarkeit (z.B. auch im Wege der Prozessfinanzierung durch Dritte);

⁹² Vgl. Bericht «Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz – Bestandesaufnahme und Handlungsmöglichkeiten» des Bundesrates vom Juli 2013, S. 22.

⁹³ Vgl. dazu ausführlich ALEXANDER BRUNNER, Art. 89 N 7 ff., in: DIKE ZPO, 2. Aufl., Zürich 2016; ALEXANDER J. MARKUS, Art. 89 N 6 ff., in: BK ZPO, Bern 2012.

⁹⁴ Botschaft ZPO, BBl 2006, S. 7289 f.

⁹⁵ Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 24. März 1995 (Gleichstellungsgesetz, GlG); SR 151.1.

⁹⁶ Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (UWG); SR 241.

⁹⁷ Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2002 (Behindertengleichstellungsgesetz, BehiG); SR 151.3

⁹⁸ Vgl. Bericht «Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz – Bestandesaufnahme und Handlungsmöglichkeiten» des Bundesrates vom Juli 2013, S. 25 ff.

-
- Restriktive und in der Sache überschüssende Regelung der Aktivlegitimation zur Verbandsklage sowie teilweise unklares Verhältnis zu spezialgesetzlichen Verbandsklagen.

Insbesondere ist die Verbandsklage zur Geltendmachung von Massen- und Streuschäden nach geltendem Recht nicht möglich, obschon dieses Instrument innerhalb der schweizerischen Rechtsordnung dazu gerade prädestiniert erscheint (vgl. dazu auch vorne Ziff. 1.3.3).

Daher soll der geltende Artikel 89 ZPO überarbeitet und gleichzeitig um einen neuen Artikel 89a ergänzt werden:

- 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 (Art. 89 Abs. 1 VE-ZPO);
- 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 (Art. 89 Abs. 2 Bst. d sowie Art. 89a VE-ZPO);
- Unterbrechungswirkung der Verbandsklagen in Bezug auf die Verjährung der Individualansprüche (Art. 135 Ziff. 3 VE-OR; vgl. dazu unter Ziff. 2.2.3 hinten);
- Streichung des unklaren Vorbehalts spezialgesetzlicher Verbandsklagen in Artikel 89 Absatz 3 ZPO zugunsten weitgehender Vereinheitlichung aller privatrechtlichen Verbandsklagen unter entsprechender Anpassung der geltenden Bestimmungen in anderen Gesetzen (vgl. dazu auch hinten unter Ziff. 2.2 zu den Änderungen anderer Bundesgesetze).

Voraussetzungen der Verbandsklage (Abs. 1)

Nach geltendem Recht können Vereine und andere Organisationen von gesamtschweizerischer oder regionaler Bedeutung, die nach ihren Statuten zur Wahrung der Interessen bestimmter Personengruppen befugt sind, in eigenem Namen auf Verletzung der Persönlichkeit der Angehörigen dieser Personengruppen klagen (Art. 89 Abs. 1 ZPO). Dabei handelt es sich um eine Klage des Verbands in eigenem Namen zur Geltendmachung eigener Rechte.⁹⁹ Nach dem Vorschlag des Bundesrates soll die Verbandsklage neu für sämtliche drohenden oder bestehenden Verletzungen der Rechte der Angehörigen einer bestimmten Personengruppe zulässig sein (*Abs. 1 Einleitungssatz*) und allgemein Organisationen und damit insbesondere auch Vereinen unter den drei kumulativen Voraussetzungen offenstehen: nämlich dass sie erstens nicht gewinnorientiert sind (*Bst. a*), sie zweitens nach ihren Statuten oder ihrer Satzung zur Wahrung der Interessen dieser Personengruppen befugt sind (*Bst. b*) und sie drittens zu dieser Interessenwahrung geeignet erscheinen (*Bst. c*).

⁹⁹ ALEXANDER BRUNNER, Art. 89 N 8, in: DIKE ZPO, 2. Aufl., Zürich 2016.

Bei den weiterhin spezialgesetzlich geregelten Verbandsklagen (z.B. Art. 9 GIG¹⁰⁰ und Art. 56 MSchG¹⁰¹) werden diese Voraussetzungen im Lichte des bisherigen Rechts und der bisherigen Praxis auszulegen sein; unter der bisherigen Rechtslage zur Verbandsklage legitimierte Organisationen und Verbände sollen dies grundsätzlich auch unter dem neuen Recht sein.

Drohende oder bestehende Verletzung der Rechte der Angehörigen einer bestimmten Personengruppe (Abs. 1 Einleitungssatz)

Die Beschränkung der Verbandsklage auf Persönlichkeitsverletzungen hat sich als zu einschränkend erwiesen, indem damit wichtige Rechtsbereiche der kollektiven Rechtsdurchsetzung entzogen werden, auch wenn der Begriff der Persönlichkeitsverletzung im geltenden Recht anerkanntermassen weit auszulegen ist.¹⁰² Diese Beschränkung soll daher aufgehoben werden.

Gegenstand einer Verbandsklage sollen somit zukünftig alle drohenden oder bestehenden Verletzungen der Rechte der Angehörigen einer bestimmten Personengruppe sein; damit soll die Verbandsklage neu auch zur Geltendmachung von Rechtsverletzungen zur Verfügung stehen, die andere als Persönlichkeitsrechte betreffen und damit insbesondere für die Rechtsverletzungen im wirtschaftlichen Bereich des normalen Waren- und Dienstleistungsaustauschs und allen diesbezüglichen Rechtsgeschäften. Zu denken ist hier vorab an die typischen Fälle von Massenschäden, die sowohl durch eine unerlaubte Handlung im Sinne von Artikel 41 OR als auch eine Vertragsverletzung gegenüber einer ganzen Personengruppe verursacht werden können. Als Beispiel können hier vorab Fälle ganzer fehlerhafter Produkteserien, die einer bestimmten Personengruppe verkauft wurden, genannt werden, aber auch kartellrechtswidrige oder unlautere Geschäftspraktiken.

Organisationen ohne Gewinnorientierung (Bst. a)

Neu soll allgemein von «Organisationen» gesprochen und die Rechtsform des Vereins als wichtigster Anwendungsfall beispielhaft aufgezählt werden. Der Bundesrat schlägt weiter vor, die Voraussetzung der «gesamtschweizerischen oder regionalen Bedeutung» für die allgemeine Verbandsklage zu streichen (vgl. demgegenüber jedoch Art. 89a Abs. 1 Bst. d Ziff. 1 VE-ZPO für die reparatorische Verbandsklage). Dieses Erfordernis ist für die Praxis kaum klar, so zum Beispiel in Bezug auf internationale oder umgekehrt lokale Organisationen.¹⁰³ Zur Verhinderung von Missbräuchen und der Zweckentfremdung der Verbandsklage als repräsentative Klage soll künftig vorausgesetzt werden, dass klagelegitimierte Organisationen keine Gewinnorientierung haben, das heisst mit ihrer statuten- oder satzungsmässigen Tätigkeit nicht die Erzielung eines Gewinns anstreben. Als Verbandsklägerinnen ausgeschlossen sind damit vorab nach kaufmännischer Art geführte Gesellschaften

¹⁰⁰ SR 151.3

¹⁰¹ Bundesgesetz über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben vom 28. August 1992 (Markenschutzgesetz, MSchG); SR 232.11.

¹⁰² Vgl. PHILIPP WEBER, Art. 89 N 7a, in: KUKO ZPO, 2. Aufl., Basel 2014.

¹⁰³ Vgl. ALEXANDER R. MARKUS, Art. 89 N 8, in: BK ZPO, Bern 2012; ALEXANDER BRUNNER, Art. 89 N 10, in: DIKE-ZPO, 2. Aufl., Zürich 2016.

und Unternehmen, nicht aber etwa Organisationen zum Schutz oder zur Interessenwahrung auch solcher Unternehmen und Personen. Eigentlich kommerzielle Organisationen sollen keine Verbandsklagen führen können, weil dies nicht nur der Natur der schweizerischen Verbandsklage widersprechen würde, sondern durchaus auch *principal-agent*-Probleme aufwerfen kann. Primär in Betracht kommen somit weiterhin vor allem Vereine im Sinne von Artikel 60 ff. ZGB¹⁰⁴ sowie Stiftungen gemäss Artikel 80 ff. ZGB.

Statutarische oder satzungsmässige Interessenwahrung für Personengruppen (Bst. b)

Wie nach geltendem Recht setzt die Klagelegitimation einer anderen Organisation voraus, dass diese nach ihren Statuten zur Wahrung der Interessen einer bestimmten Personengruppe befugt ist, deren bedrohte oder verletzte Rechte gerade Gegenstand der Verbandsklage bilden. Gegenüber dem geltenden Recht präzisierend erwähnt werden soll auch die Satzung, weil neben Vereinen insbesondere auch Stiftungen als Verbandsklägerinnen in Betracht kommen. Dadurch werden rein informelle Gruppierungen oder Interessengemeinschaften in Form einfacher Gesellschaften weiterhin ausgeschlossen; umgekehrt kann und soll aber gerade nicht von Gesetzes wegen ausgeschlossen werden, dass Vereine oder Stiftungen zum Zweck der verbandsklageweisen Rechtsdurchsetzung der bedrohten oder bereits verletzten Rechte einer bestimmten Personengruppe gesetzeskonform gegründet bzw. gebildet werden;¹⁰⁵ zusätzlich müssen sie jedoch neu zur Interessenwahrung geeignet sein (vgl. Bst. c sowie Art. 89a Abs. 1 Bst. d VE-ZPO).

Eignung zur Interessenwahrung (Bst. c)

Als weitere Voraussetzung für die Klagelegitimation schlägt der Bundesrat vor, explizit die Eignung des klagenden Vereins oder der klagenden Organisation zur Interessenwahrung der Rechte der Personengruppe vorauszusetzen. Vorausgesetzt ist damit, dass der Verbandskläger oder die Verbandsklägerin sowohl über die fachlichen Kenntnisse als auch die organisatorischen und finanziellen Möglichkeiten und Ressourcen verfügt, welche die faire und angemessene Interessenwahrung zugunsten der betroffenen Personengruppe im konkreten Einzelfall objektiv erfordert. Diese Voraussetzung ist damit vergleichbar mit ähnlichen Voraussetzungen in repräsentativen Klagen in ausländischen Rechtsordnungen,¹⁰⁶ aber auch bei verwaltungsrechtlichen Verbandsbeschwerderechten (vgl. z.B. Art. 12 NHG¹⁰⁷ oder Art. 55 USG¹⁰⁸, in welchen diese Eignung vorab über das Erfordernis eines mindestens zehnjährigen Bestands des spezifischen statutarischen Zwecks verlangt wird). Damit soll in Zu-

¹⁰⁴ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907; SR 210.

¹⁰⁵ Vgl. jedoch Botschaft ZPO, BBl 2006, S. 7289, wonach Verbandsklagen von eigens dafür gegründeten ad hoc-Gruppierungen in jedem Fall ausgeschlossen sein sollten. Aus heutiger Sicht erscheinen die im Rahmen der Entstehungsgeschichte der ZPO pauschal geäusserten Bedenken gegenüber verbandsklagenden sogenannten Ad-hoc-Gruppierungen nicht stichhaltig.

¹⁰⁶ Vgl. z.B. § 3 des deutschen Unterlassungsklagengesetzes oder auch Art. XVII.36 Ziff. 2 des belgischen Code de droit économique für die belgische Verbandsklage.

¹⁰⁷ Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz vom 1. Juli 1966 (NHG); SR 451.

¹⁰⁸ Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983 (USG); SR 814.01.

kunft explizit sichergestellt werden, dass eine Verbandsklage nicht durch ungenügende, inkompetente oder mit der kollektiven Interessenwahrung überforderte Verbände vorhersehbar zum Nachteil der Angehörigen einer Personengruppe oder der beklagten Gegenpartei erfolgt. Das Gericht hat die Eignung der klagenden Organisation im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstände und der Zielsetzung der Verbandsklage zu prüfen. Für die reparatorische Verbandsklage wird darüber hinaus eine spezifische Eignung zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen verlangt (vgl. die Erläuterungen zu Art. 89a Abs. 1 Bst. d VE-ZPO).

*Klage auf Unterlassung, Beseitigung, Feststellung oder Reparatur
(Abs. 2 Bst. c und d)*

Nach geltendem Recht können klagende Vereine oder andere Organisationen mit der Verbandsklage vorab Rechtsbegehren mit Abwehransprüchen geltend machen, die sich gegen die Rechtsverletzung als solche richten. Daneben besteht die Möglichkeit, mittels Feststellungsklage die Widerrechtlichkeit einer Rechtsverletzung festzustellen. Daran soll festgehalten werden. Neu soll in *Buchstabe c* präzisierend festgehalten werden, dass dafür ein schützenswertes Interesse bestehen muss, wie dies nach der herrschenden Lehre und Rechtsprechung auch für die allgemeine Feststellungsklage nach Artikel 88 ZPO gilt.¹⁰⁹ Diese Formulierung ist präziser als das geltende Recht, da ein Feststellungsinteresse selbst dann noch bestehen kann, wenn sich die Rechtsverletzung selbst nicht mehr störend auswirkt.

In einem neuen *Buchstaben d* von Absatz 2 wird neu die Möglichkeit vorgesehen, mit einer Verbandsklage neben diesen Klagearten auch die Leistung von Ersatz wegen der Rechtsverletzung zu verlangen, das heisst auf Schadenersatz oder Gewinnherausgabe oder allenfalls auch Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zu klagen. Die entsprechende Regelung erfolgt in einem neuen Artikel 89a VE-ZPO, auf den Buchstabe d verweist.

Art. 89a Reparatorische Verbandsklage

Nach geltendem Recht sind bei der Verbandsklage jegliche geldwerten reparatorischen Leistungsklagen ausgeschlossen; mittels Verbandsklage kann weder Schadenersatz noch Genugtuung geltend gemacht werden, und Gleiches gilt für Klagen auf Gewinnabschöpfung oder -herausgabe.¹¹⁰ Damit steht die Verbandsklage zur kollektiven Geltendmachung von Massenschäden nicht zur Verfügung, obwohl die Geltendmachung reparatorischer Ersatzansprüche nicht unvereinbar ist mit herkömmlichen Prozessgrundsätzen.¹¹¹ Bereits früher hat der Bundesrat daher reparatorische

¹⁰⁹ Vgl. nur BGE 141 III 68 E. 2 m.w.H. sowie PAUL OBERHAMMER, Art. 88 N 9 ff., in: KUKO ZPO, 2. Aufl., Basel 2014.

¹¹⁰ Vgl. PHILIPP WEBER, Art. 89 N 20, in: KUKO ZPO, 2. Aufl., Basel 2014.

¹¹¹ Bericht «Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz – Bestandesaufnahme und Handlungsmöglichkeiten» des Bundesrates vom Juli 2013, S. 26 f.

Verbandsklagen als mögliches und prüfenswertes Instrument zur kollektiven Rechtsdurchsetzung erachtet.¹¹²

Neu soll neben den bisherigen Klagearten der Verbandsklage auch eine «reparatorische Verbandsklage» als Leistungsklage zur Verfügung stehen. Die nach Artikel 89 Absatz 1 VE-ZPO klagende Organisation, insbesondere ein Verein, tritt dabei im Unterschied zu Artikel 89 ZPO (wo ein eigener Anspruch des Verbands geltend gemacht wird; vgl. dazu die Erläuterungen vorne) als sogenannter Prozessstandschafter für die einzelnen Angehörigen der Personengruppe auf, welche die klagende Organisation vertritt: Sie tritt als Partei auf und führt den Prozess und macht damit in eigenem Namen finanzielle Ansprüche geltend, die materiell-rechtlich den einzelnen Angehörigen der repräsentierten Personengruppe zustehen. Deswegen setzt eine solche prozessstandschaftliche Klage stets die Ermächtigung der einzelnen betroffenen Angehörigen der Personengruppe voraus. Angesichts der Bedeutung der prozessstandschaftlichen Geltendmachung von Ersatzansprüchen ist dafür zusätzlich eine spezifische Eignung der klagenden Organisation notwendig (vgl. Art. 89a Abs. 1 Bst. d VE-ZPO).

Zulässigkeitsvoraussetzungen der reparatorischen Verbandsklage (Abs. 1)

Die vorgeschlagene reparatorische Verbandsklage soll unter folgenden, einschränkenden Bedingungen zulässig sein, die vom zuständigen Gericht als besondere Prozessvoraussetzungen im Sinne von Artikel 59 ZPO grundsätzlich als Eintretensvoraussetzungen unter Berücksichtigung sämtlicher Elemente im Einzelfall zu prüfen sind:

- Nach *Absatz 1 Einleitungssatz* kann mit der reparatorischen Verbandsklage die Leistung von Schadenersatz oder Gewinnherausgabe nach Massgabe der Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag verlangt werden. Damit wird an die Bestimmung von Artikel 28a Absatz 3 ZGB für ausservertragliche Ersatzansprüche angeknüpft; ebenso kommen aber vertragliche sowie bereicherungsrechtliche Ersatzansprüche in Betracht.

Obwohl ebenfalls reparatorischer und finanzieller Natur, soll demgegenüber auch zukünftig die verbandsklageweise Geltendmachung von Genugtuungsansprüchen gemäss Artikel 47 oder 49 OR¹¹³ ausgeschlossen sein. Als geldwerte Entschädigung für immaterielle Unbill müssen Genugtuungsansprüche möglichst unmittelbar und ausschliesslich den berechtigten Personen zukommen; daher soll eine prozessstandschaftsweise Geltendmachung mittels Verbandsklage von Gesetzes wegen ausgeschlossen sein, auch wenn Genugtuungsforderungen durchaus abtretbar und auch vererblich sind.

- Nach *Buchstabe a* sind reparatorische Verbandsklagen nur insoweit zulässig, als die Angehörigen der Personengruppe, welche die klagende Organisation

¹¹² Vgl. Stellungnahme des Bundesrates vom 17. Februar 2016 zu Interpellation Birrer-Heimo 15.4171 «Kollektive Rechtsdurchsetzung. Umsetzung der versprochenen Massnahmen»; Bericht «Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz – Bestandesaufnahme und Handlungsmöglichkeiten» des Bundesrates vom Juli 2013, S. 27 und 56.

¹¹³ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911; SR 220.

nach Artikel 89 Absatz 1 VE-ZPO repräsentiert, einen entsprechenden Ersatzanspruch haben. Die materielle Anspruchsgrundlage für solche finanziellen Ansprüche bestimmt sich nach dem jeweils anwendbaren (Privat-)Recht und nicht etwa aus Artikel 89 VE-ZPO heraus. Diese Bestimmung führt damit auch nicht zu neuen materiellen Rechten oder Forderungen. Nur soweit solche den Angehörigen der Personengruppe nach materiellem Recht zustehen, können diese mittels reparatorischer Verbandsklage auch von einer klagenden Organisation geltend gemacht werden. Auf die Ersatzbemessung finden grundsätzlich die allgemeinen Regelungen Anwendung und damit insbesondere auch Artikel 42 Absatz 2 OR, wonach der Richter den nicht ziffernmässig nachweisbare Schaden nach Ermessen mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen abzuschätzen hat.

- Letztlich rechtfertigt sich die Prozessstandschaft der klagenden Organisation für die Durchsetzung finanzieller Ansprüche der einzelnen betroffenen Angehörigen nur damit, dass ein allfälliger Prozessgewinn aus der klageweisen Durchsetzung ihrer Ansprüche auch ihnen zufließt. Daher muss nach *Buchstabe b* ein allfälliger Prozessgewinn aus der verbandsklageweisen Geltendmachung solcher Ansprüche entweder überwiegend dieser Personengruppe zukommen, für welche die klagende Organisation tätig wird, oder von der klagenden Organisation ausschliesslich im Interesse dieser Personengruppe verwendet werden.

Den Anteil, den die klagende Organisation an die betroffenen Angehörigen als materiell Berechtigte zurückzuführen hat, legt das Gesetz bewusst nicht fest, weil dabei den Umständen des Einzelfalls Rechnung zu tragen ist, namentlich bezüglich Rechtsverletzung, Anspruchshöhe und Prozessgewinn, aber auch Organisation und Struktur der klagenden Organisation sowie Aufwand der Prozessführung. Nach dem Wortlaut hat dies jedenfalls der überwiegende Teil des Bruttoprozessgewinns zu sein.

Die Partizipation der betroffenen Angehörigen der Personengruppe kann auch dadurch erfolgen, dass der allfällige Prozessgewinn von der klagenden Organisation ausschliesslich im Interesse dieser Personengruppe erfolgt. Denkbar ist hier, dass zum Beispiel eine zugunsten ihrer Mitglieder klagende Patientenorganisation den Prozessgewinn zur weiteren Finanzierung spezifischer Aktivitäten, insbesondere zur Finanzierung gleicher oder ähnlicher Verbandsklagen nutzt.

- Nach *Buchstabe c* setzt die reparatorische Verbandsklage aus prinzipiellen Überlegungen der Privatautonomie und der Dispositionsfreiheit stets die Ermächtigung zur prozessstandschaftsweisen Durchsetzung ihrer reparatorischen Ansprüche von den betroffenen Angehörigen der Personengruppe voraus.

Eine reparatorische Verbandsklage ist daher nach dem Vorschlag des Bundesrates nur dann zulässig, wenn der einzelne betroffene Angehörige zu einer solchen Klage schriftlich oder in einer anderen Form, die den Nachweis durch Text ermöglicht, seine Ermächtigung gibt; diese hat grundsätzlich vor

Klageerhebung zu erfolgen. Auf der Grundlage einer solchen ausdrücklichen Ermächtigung zu einer Prozessstandschaft zugunsten der klagenden Organisation ist somit eine Geltendmachung von reparatorischen Ansprüchen im Wege der Verbandsklage zulässig; dabei hat die klagende Organisation ihre Ermächtigung seitens der einzelnen betroffenen Angehörigen der Personengruppe nachzuweisen. Eine Ermächtigung hat auch Aufschluss über die Verwendung eines allfälligen Prozessgewinns durch den klagenden Verein oder die klagende Organisation zu geben.

Im Ergebnis resultiert in diesen Fällen eine repräsentative Klage gestützt auf eine Beitrittserklärung (*opt in*) der einzelnen betroffenen Angehörigen der Personengruppe. Gegenüber dem geltenden Recht und der Möglichkeit, dass die betroffenen Angehörigen ihre reparatorischen Ansprüche zur Durchsetzung an einen Verein oder eine andere Organisation abtreten und diese Ansprüche dann im Wege einer objektiven Klagenhäufung (Art. 90 ZPO) geltend gemacht werden, ist die verbandsklageweise kollektive Rechtsdurchsetzung einfacher: Es bedarf nicht einer Abtretung gemäss Artikel 164 ff. OR, sondern lediglich einer (nachweisbaren) Ermächtigung der betroffenen Angehörigen, denen materiell-rechtlich die Ansprüche weiterhin zustehen. Gerade die kollektive Durchsetzung von Massenschäden, bei denen der einzelne Betroffene in einer für ihn erheblichen Weise geschädigt wird,¹¹⁴ wird damit erleichtert beziehungsweise erst ermöglicht.

Angesichts dieser Erleichterung geht der Bundesrat davon aus, dass dieser Mechanismus darüber hinaus auch in den Fällen von betragsmässig begrenzten Streuschäden, die alleine schon aus prozessökonomischen Gründen kaum je mittels Individualklagen durchgesetzt werden, zukünftig eine kollektive Rechtsdurchsetzung erleichtert bzw. ermöglicht. Aus prinzipiellen Gründen sieht der Bundesrat derzeit daher von weitergehenden (Experten-) Vorschlägen ab, bei solchen Streuschäden angesichts der sogenannten rationalen Apathie seitens der Geschädigten vorbehaltlich einer ausdrücklichen Erklärung der Geschädigten bis zu einem bestimmten Maximalbetrag von wenigen hundert Franken eine Ermächtigung zur Prozessstandschaft zu vermuten beziehungsweise zu fingieren (*opt out*).

- Gemäss *Buchstabe d* soll die reparatorische Verbandsklage nach dem Vorschlag des Bundesrats angesichts ihrer Bedeutung sowohl für die betroffenen Angehörigen als auch die beklagte Partei nur unter der Voraussetzung zulässig sein, dass die klagende Organisation zur Geltendmachung der Ersatzansprüche geeignet ist. Analog zu den Regelungen im Verbandsbeschwerderecht sollen nur Organisationen mit einer genügend grossen Repräsentativität und einer genügenden Expertise im jeweiligen Rechtsbereich zur reparatorischen Verbandsklage legitimiert sein. Damit kann das Ziel einer möglichst umfassenden, schweizweit einheitlichen und einmaligen kollektiven Rechtsdurchsetzung erreicht werden. Reparatorische Verbandsklagen durch kleine, allenfalls nur lokal verankerte Organisationen oder gar Ad hoc-

¹¹⁴ Vgl. zum Begriff des Massenschadens vorne unter Ziffer 1.3.3 sowie ausführlich Bericht «Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz – Bestandesaufnahme und Handlungsmöglichkeiten» des Bundesrates vom Juli 2013, S. 10.

Gruppierungen ohne entsprechende Expertise sind bei Massenschadensfällen von nationaler oder gar internationaler Bedeutung nicht wünschbar. Das Gericht hat somit unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der geltend gemachten Rechtsverletzung und ihrer Auswirkungen sowie der geltend gemachten Ersatzansprüche, die Eignung zu prüfen.

Zur weiteren Konkretisierung nennt das Gesetz beispielhaft zwei Elemente der geforderten Repräsentativität und Expertise: Nach *Ziffer 1* sind Organisationen, die entweder gesamtschweizerisch tätig sind oder die von gesamtschweizerischer Bedeutung sind, als geeignet zu betrachten. Diese Voraussetzung stimmt mit dem Verbandsbeschwerderecht beziehungsweise dem geltenden Wortlaut von Artikel 89 Absatz 1 ZPO überein; im Unterschied zu Artikel 89 Absatz 1 (vgl. dazu die entsprechenden Erläuterungen vorne) soll dieses Kriterium hier auch zukünftig einschlägig sein. Zur Führung von reparatorischen Verbandsklagen sind primär Organisationen mit nationalem, jedenfalls überregionalem Aktionsradius bei der Vertretung der Interessen der betroffenen Personengruppe geeignet. Nach *Ziffer 2* ist eine Organisation auch darum geeignet, weil sie über mehrjährige Erfahrung im betroffenen Rechtsbereich verfügt; mit diesem Kriterium wird wiederum an eine aus dem Verwaltungsrecht bekannte Voraussetzung («Beschwerdeberechtigung in Rechtsbereichen, die seit mindestens zehn Jahren Gegenstand des statutarischen Zwecks sind») angeknüpft. Von der erforderlichen Expertise ist aber gerade auch dann auszugehen, wenn die klagende Organisation von der Mehrheit der bekannten betroffenen Angehörigen der Personengruppe gemäss Buchstabe c zur Prozessführung ermächtigt wurde. Betraut eine Mehrheit der betroffenen Personen eine Organisation mit der Prozessführung, so spricht dies nicht nur für die Expertise dieser Organisation, sondern auch für die gewünschte kollektive Wirkung der reparatorischen Verbandsklage.

Informations- und Publikationspflichten (Abs. 2)

Aufgrund ihres kollektiven Charakters hat die reparatorische Verbandsklage unmittelbare Rechtswirkungen auf die einzelnen betroffenen Angehörigen der Personengruppe, für welche die Organisation klagt. Deshalb ist es zentral, dass die einzelnen betroffenen Angehörigen der Personengruppe Kenntnis von einer solchen reparatorischen Verbandsklage erhalten. Letztlich setzt aber auch die Ermächtigung nach Absatz 2 Buchstabe a voraus, dass die einzelnen betroffenen Angehörigen der Personengruppe von der reparatorischen Verbandsklage wissen.

Nach *Absatz 2* haben nach Artikel 89a VE-ZPO klagende Organisationen nach Einreichung ihrer Klage darüber wie folgt zu informieren und diesbezüglich Publizität herzustellen:

- Sämtliche bekannten betroffenen Angehörigen der Personengruppe sind direkt zu informieren; daneben ist auch die Öffentlichkeit über die reparatorische Verbandsklage zu informieren. Nach dem Wortlaut der Bestimmung hat diese Information in angemessener Weise zu erfolgen. Zu denken ist hier neben den traditionellen Mitteln eines direkten Anschreibens bekannter betroffener Angehörigen sowie entsprechender Medienmitteilungen, Inserate

oder Anzeigen auch an die modernen Kommunikationstechnologien, welche diese Information erleichtern.

- Die Information hat diejenigen Hinweise zu enthalten, die es einer Person erlauben zu beurteilen, ob sie bereits von der Verbandsklage betroffen ist oder sie allenfalls die klagende Organisation auch noch zur Prozessführung ermächtigen will.
- Eine Ausnahme von dieser Informations- und Publikationspflicht gilt für die Fälle, in welchen die klagende Organisation von sämtlichen von der Rechtsverletzung betroffenen Angehörigen der Personengruppe zur Prozessführung ermächtigt wurde. In diesen eher untypischen Fällen besteht kein Bedarf an Information und Publikation.

Verhältnis zu früheren individuellen Klagen von betroffenen Angehörigen (Abs. 3)

Es ist denkbar, dass vor der Einreichung einer reparatorischen Verbandsklage bereits betroffene Angehörige der Personengruppe individuelle Klagen zur Durchsetzung ihrer Ersatzansprüche eingereicht haben. Zwar können Individualverfahren grundsätzlich unabhängig von reparatorischen Verbandsklagen geführt, fortgesetzt und schliesslich abgeschlossen werden. Denkbar ist auch eine Sistierung nach Artikel 125 ZPO, allenfalls auch eine Überweisung nach Artikel 127 ZPO. In vielen Fällen ist aber eine weitergehende Koordination notwendig.

Nach der neuen Bestimmung können klagende betroffene Angehörige in diesen Fällen erklären, dass sie ihre Individualklage bei gleichzeitiger Ermächtigung an die klagende Organisation und damit unter Anschluss an die reparatorische Verbandsklage zurückziehen, vergleichbar einem sog. «Rückzug angebrachtermassen». Ohne eine solche Bestimmung können klagende betroffene Angehörige sich einer späteren reparatorischen Verbandsklage nicht mehr anschliessen, da ein Klagerückzug ansonsten grundsätzlich materielle Rechtskraftwirkung hat, indem eine spätere identische Klage ausgeschlossen ist.¹¹⁵ Zwar werden klagende betroffene Angehörige auch in dieser Situation angesichts des Rückzugs gemäss Artikel 106 Absatz 1 ZPO grundsätzlich kostenpflichtig, doch hat das Gericht in diesen Fällen wegen der zwischenzeitlich erfolgten reparatorischen Verbandsklage die Prozesskosten nach Ermessen zu verteilen (vgl. Art. 107 Abs. 1 Bst. g ZPO).

Art. 90

Die Regelung der (objektiven) Klagenhäufung als die Möglichkeit, mit einer Klage mehrere Ansprüche gegen dieselbe Partei geltend zu machen, ist von grosser praktischer Bedeutung, gerade wenn es um eine effiziente Rechtsdurchsetzung im Interesse aller Beteiligten geht. Von grosser Bedeutung ist die objektive Klagenhäufung sodann bei der kollektiven Rechtsdurchsetzung von Massenschäden ausserhalb echter kollektiver Instrumente; die Bündelung und gehäufte Geltendmachung einer Vielzahl von Ansprüchen durch eine klagende Partei gegen eine beklagte Partei

¹¹⁵ Vgl. nur PAUL OBERHAMMER, Art. 241 N 35, in: KUKO ZPO, 2. Aufl., Basel 2014.

bildet nach geltendem Recht neben der Streitgenossenschaft die einzige Möglichkeit der kollektiven Rechtdurchsetzung.¹¹⁶

Angesichts ihrer grossen praktischen Bedeutung kommt der Regelung der Klagenhäufung in der ZPO und ihrer Funktionsfähigkeit besondere Bedeutung zu. Die diesbezügliche Auswertung hat gezeigt, dass diese teilweise nur beschränkt gegeben ist. Nach dem geltenden Wortlaut bilden die gleiche sachliche Zuständigkeit (Bst. a) und die gleiche Verfahrensart (Bst. b) die Zulässigkeitsvoraussetzungen der objektiven Klagenhäufung nach Artikel 90 ZPO. Demgegenüber nicht erforderlich ist nach dem Wortlaut und der Rechtsprechung, dass zwischen den geltend gemachten Ansprüchen ein sachlicher Zusammenhang besteht.¹¹⁷ Gerade die Voraussetzung der gleichen Verfahrensart, aber auch der gleichen sachlichen Zuständigkeit wurde verschiedentlich kritisiert, und es wurde daher auch die Relativierung postuliert. So ist die Klagenhäufung zweier vermögensrechtlicher Ansprüche, von denen der eine alleine aufgrund des Streitwerts im vereinfachten Verfahren oder einer besonderen Instanz zu beurteilen ist, und der andere im ordentlichen Verfahren beziehungsweise vom ordentlichen Spruchkörper, nach der herrschenden Lehre zulässig: Ihr stehen keine schützenswerten Interessen der beklagten Partei entgegen, und gerade auch die Regelung von Artikel 93 Absatz 1 ZPO, wonach bei der objektiven Klagenhäufung die geltend gemachten Ansprüche zur Bestimmung des Streitwerts zusammengesetzt werden, legen eine solche Lösung nahe. Dieser Auffassung hat sich in der Zwischenzeit auch das Bundesgericht angeschlossen.¹¹⁸ Darüber hinaus hat sich aber gezeigt, dass das geltende Recht auch dann nicht befriedigt, wenn es die gemeinsame Geltendmachung von Ansprüchen wegen unterschiedlicher Verfahrensart in den Fällen nicht zulässt, in denen die Anwendung des vereinfachten Verfahrens nicht auf dem Streitwert, sondern auf der Natur einzelner Ansprüche beruht, so wenn beispielsweise ein Anspruch wegen mietrechtlichem Kündigungsschutz (vgl. Art. 243 Abs. 2 Bst. c ZPO) zusammen mit Vermögensansprüchen von mehr als 30'000 Franken geltend gemacht werden sollen oder Ansprüche auf der Grundlage des Gleichstellungsgesetzes (vgl. Art. 243 Abs. 1 Bst. a ZPO) zusammen mit allgemeinen arbeitsrechtlichen Forderungen von mehr als 30'000 Franken. Auch in solchen Fällen besteht sehr wohl ein Interesse an einer prozessökonomischen und möglichst widerspruchsfreien gemeinsamen Geltendmachung mehrerer Ansprüche, sofern zwischen diesen ein sachlicher Zusammenhang besteht. Werden solche Ansprüche gemeinsam geltend gemacht, so ist jedoch sicherzustellen, dass für Ansprüche, die für sich alleine aufgrund ihrer Natur im vereinfachten Verfahren zu beurteilen sind, die verstärkte materielle Prozessleitung nach Massgabe von Artikel 247 ZPO erhalten bleibt, auch wenn der Anspruch zusammen mit weiteren Ansprüchen gemeinsam im ordentlichen Verfahren beurteilt wird.

Der Bundesrat schlägt daher eine gezielte Neufassung des Artikels 90 vor, mit dem Ziel, damit die Anwendung und damit die Praxistauglichkeit der Bestimmung zu verbessern:

¹¹⁶ Vgl. dazu auch vorne unter Ziffer 1.2.2 und 1.3.3 sowie ausführlich Bericht «Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz – Bestandesaufnahme und Handlungsmöglichkeiten» des Bundesrates vom Juli 2013, S. 15 f.

¹¹⁷ BGE **142** III 793 E. 4.2.4; **142** III 587 E. 2.4.

¹¹⁸ BGE **142** III 788 E. 4

-
- *Einleitungssatz* und *Absatz 1 Buchstabe a* werden grundsätzlich unverändert aus dem geltenden Recht übernommen.
 - Wie vorstehend dargestellt, bildet nach geltendem Wortlaut von *Absatz 1 Buchstabe b* die gleiche Verfahrensart Voraussetzung der Klagenhäufung. Diese Voraussetzung wurde wiederum durch die Rechtsprechung dahingehend relativiert, dass die Klagenhäufung auch dann zulässig ist, wenn von mehreren Ansprüchen zumindest ein Anspruch alleine aufgrund des Streitwerts im vereinfachten Verfahren zu beurteilen ist. Umgekehrt ist nicht Zulässigkeitsvoraussetzung, dass zwischen den geltend gemachten Ansprüchen ein sachlicher Zusammenhang besteht. Neu soll daher einerseits die Voraussetzung der gleichen Verfahrensart gestrichen werden; ausgeschlossen sein soll die verfahrensartübergreifende objektive Klagenhäufung jedoch weiterhin, wenn mindestens ein Anspruch im summarischen Verfahren zu beurteilen ist (vgl. neuer Absatz 2 und die Ausführungen nachfolgend). Andererseits soll neu aber das Vorliegen eines sachlichen Zusammenhangs nicht nur für den besonderen Gerichtsstand der Klagenhäufung gemäss Artikel 15 Absatz 2 ZPO Voraussetzung sein, sondern auch für die Zulässigkeit der Klagenhäufung gemäss Artikel 90 ZPO. Damit soll gewährleistet werden, dass auch bei vermehrter Zulässigkeit einer – insbesondere verfahrensartübergreifenden – Klagenhäufung stets über die Parteiidentität und die sachliche und örtliche Zuständigkeit hinaus genügende Gemeinsamkeiten zwischen mehreren Ansprüchen bestehen, die eine gemeinsame Beurteilung in einem Verfahren sinnvoll und prozessökonomisch erscheinen lassen.
 - In einem neuen *Absatz 2* soll wie nach bisherigem Recht die verfahrensartübergreifende Klagenhäufung ausgeschlossen werden, wenn für einzelne Ansprüche das summarische Verfahren (vgl. Art. 248 ff. ZPO) oder ein besonderes familienrechtliches Verfahren (Art. 271 ff., Art. 295 ff., Art. 305 ff. ZPO) anwendbar ist.
 - *Absatz 3* hält neu fest, dass in Fällen verfahrensartübergreifender Klagenhäufung von Ansprüchen, wovon einzelne Ansprüche aufgrund ihrer Natur – das sind die Fälle von Artikel 243 Absatz 2 ZPO – im vereinfachten Verfahren zu beurteilen sind, für diese Artikel 247 sinngemäss gilt, auch wenn mehrere Ansprüche zusammen im ordentlichen Verfahren beurteilt werden. Damit wird sichergestellt, dass für solche Ansprüche auch bei gehäufter Geltendmachung und damit Beurteilung im ordentlichen Verfahren die besonderen Erleichterungen gemäss Artikel 247 ZPO ebenfalls gelten: Für solche Ansprüche gilt auch im ordentlichen Verfahren ausnahmsweise die erweiterte Fragepflicht des Gerichts gemäss Artikel 247 Absatz 1 ZPO. Handelt es sich um einen Anspruch im Sinne von Artikel 247 Absatz 2 ZPO, stellt das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen fest, auch wenn dieser im Rahmen einer Klagenhäufung im ordentlichen Verfahren zu beurteilen ist.

Art. 96 zweiter Satz

Der Bundesrat will an der Tarifhoheit der Kantone festhalten: Dass die Kantone zur Festsetzung der Tarife für die Prozesskosten zuständig sind, soll nicht geändert

werden, auch wenn nach Ansicht des Bundesrates durchaus Gründe dafür sprechen würden, zumindest die Möglichkeit eines schweizweit harmonisierten Rahmentarifs zu prüfen, um damit die Prozesskosten zu reduzieren und damit die Rechtsdurchsetzung zu erleichtern (vgl. dazu vorne unter Ziff. 1.3.2). Insofern geht es auch um eine Frage der Funktionsfähigkeit des bundesrechtlichen Zivilprozessrechts, wobei hier nach Ansicht des Bundesrates die Kantone in der Pflicht stehen, im Rahmen ihrer Tarifautonomie neben den finanzpolitischen Aspekten auch weiterhin für eine erschwingliche Zivilgerichtsbarkeit zu sorgen und diese zu gewährleisten.

Anders verhält es sich seit jeher für den Bereich des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts. Hier bestand schon vor dem Inkrafttreten der ZPO gestützt auf Artikel 16 SchKG¹¹⁹ ein schweizweit einheitlicher Gebührentarif, der sich unbestrittenermassen bewährt hat. Daran hat sich mit dem Inkrafttreten der ZPO insofern nichts geändert, als diese Gebührenverordnung zum SchKG¹²⁰ weiterhin insoweit gilt, als sie auch Tarife für die Prozesskosten in SchKG-Sachen enthält.¹²¹ Dies hat das Bundesgericht in der Zwischenzeit auch ausdrücklich festgehalten,¹²² nachdem kantonale Gerichte zwischenzeitlich anders entschieden hatten.¹²³

Der Vorbehalt der Gebührenregelung nach Artikel 16 Absatz 1 SchKG und damit die SchKG-Gebührenverordnung soll neu ausdrücklich in der ZPO festgehalten werden (Art. 96 Satz 2 VE-ZPO). Dies trägt zu einer klaren und transparenten Gesetzgebung bei, ohne dass damit eine Rechtsänderung verbunden wäre.

Art. 97

Für Personen und Parteien, die einerseits selbst nicht über die nötigen finanziellen Mittel zur Finanzierung eines Zivilverfahrens verfügen, und sei es zur Leistung allfälliger Kostenvorschusszahlungen, und die andererseits aber keinen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege gemäss Artikel 117 ff. ZPO haben, stellt die Prozessfinanzierung durch Dritte eine Möglichkeit dar, auf diesem Weg finanzielle Hürden der prozessualen Geltendmachung von Rechten zu beseitigen. Dabei finanziert eine Drittperson – in aller Regel ein spezialisiertes Unternehmen – sämtliche Kosten einer Anspruchsdurchsetzung einer (klagenden) Partei vor; bei erfolgreichem Verfahrensausgang hat diese die bevorschussten Kosten aus dem erstrittenen Erlös an den Prozessfinanzierer zurückzubezahlen und als Erfolgsbeteiligung steht diesem zudem ein prozentualer Anteil am verbleibenden Nettoerlös zu. Bei Unterliegen werden die anfallenden Kosten dagegen ganz vom Prozessfinanzierer getragen.¹²⁴ Im Unterschied zum umliegenden Ausland ist die Prozessfinanzierung in der

¹¹⁹ Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SchKG); SR **281.1**.

¹²⁰ Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 23. September 1996 (GebV SchKG); SR **281.35**.

¹²¹ So bereits Botschaft ZPO, BBl **2006**, S. 7292, 7410.

¹²² BGE **139** III 195

¹²³ Vgl. z.B. Obergericht Zürich, II: Zivilkammer, 23. Februar 2011, BLSchK 2011, 68 ff. (mit Anmerkung von DAVID RÜETSCHI).

¹²⁴ Vgl. dazu ausführlich BENJAMIN SCHUMACHER, Prozessfinanzierung, Diss. Zürich 2015, S. 5 ff. und MARCEL WEGMÜLLER, Prozessfinanzierung in der Schweiz: Bestandesaufnahme und Ausblick, HAVE 2013, S. 235 ff. je m.w.H.

Schweiz bisher noch wenig verbreitet, was zumindest auch darin begründet sein dürfte, dass diese teilweise wenig bekannt ist (vgl. auch vorne unter Ziff. 1.3.2).

Die Aufklärungspflicht der Gerichte über die Prozesskosten soll daher ausgedehnt werden und neu ausdrücklich auch die Möglichkeiten der Prozessfinanzierung beinhalten. Die Aufklärungspflicht kann entweder analog zur unentgeltlichen Rechtspflege über entsprechende Hinweise in Vorladungen und Dokumenten oder besondere Merkblätter an die Parteien erfolgen oder aber mündlich im Rahmen von ersten (Instruktions-)Verhandlungen oder Anhörungen. Bei anwaltlich vertretenen Parteien erfolgt diese Aufklärung parallel auch durch die Rechtsanwältin oder den Rechtsanwalt; diese Aufklärungspflicht ergibt sich bereits aus den geltenden anwaltlichen Sorgfaltspflichten.¹²⁵ Nach Ansicht des Bundesrates kann damit auf relativ einfache und unbürokratische Weise sichergestellt werden, dass die Parteien neben der unentgeltlichen Rechtspflege auch Kenntnis von den Möglichkeiten der Prozessfinanzierung erhalten. Gleichzeitig soll diese Aufklärungspflicht neu für alle Parteien gelten und damit ungeachtet dessen, ob sie anwaltlich vertreten sind oder nicht. Damit soll erreicht werden, dass alle Parteien zumindest eine summarische Information über die Kostenfolgen ihres prozessualen Handelns aufgeklärt werden.

Art. 98

Nach dem geltenden Wortlaut der Bestimmung kann das Gericht von der klagenden Partei einen Vorschuss bis zur Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten verlangen und androhen, dass ansonsten nicht auf die Klage oder das Gesuch eingetreten werde (vgl. Art. 101 Abs. 3 ZPO).

Diese Regelung, die in vielen Kantonen gegenüber dem früheren Recht eine deutlich strengere und klägerfeindliche Vorgehensweise bedeutet, wurde spätestens seit Inkrafttreten der ZPO verbreitet kritisiert (vgl. dazu auch vorne unter Ziff. 1.2.2 und 1.3.2); die Kritik der «Paywall»¹²⁶ um die Justiz manifestiert sich hier exemplarisch. In Verbindung mit den in verschiedenen Kantonen teilweise deutlich gestiegenen Prozesskostentarifen einerseits und der Regelung über die Liquidation der Prozesskosten (vgl. Art. 111 ZPO) andererseits resultiert daraus eine übermässige Einschränkung des Zugangs zum Gericht, zumal die Regelung nach der derzeitigen Auslegung als eigentliche Pflicht der klagenden Partei ausgelegt wird, obwohl sie vom damaligen Gesetzgeber klar als Kann-Vorschrift konzipiert wurde. Demzufolge wurde gefordert, den Kostenvorschuss auf maximal 20% oder 50% der mutmasslichen Gerichtskosten zu begrenzen oder gar nur eine «Warngebühr» zu erheben.¹²⁷ Die Motion 17.3868 Janiak «Zugang zu den Zivilgerichten erleichtern» hat diese Kritik zwischenzeitlich auch politisch aufgenommen. Sie wurde vom Bundesrat zur

¹²⁵ Vgl. BGer 2C_814/2014 vom 22. Januar 2015, E. 4.3.1; BENJAMIN SCHUMACHER/HANS NATER, Prozessfinanzierung und anwaltliche Aufklärungspflichten, SJZ 2016, S. 43 ff.

¹²⁶ Vgl. MARIO STÄUBLE, Die Justiz hinter der Paywall, Tages-Anzeiger 3. August 2016.

¹²⁷ Vgl. dazu nur ISAAK MEIER, Hohe Prozesskosten: Den Zugang zu den Gerichten öffnen, NZZ 20. Juni 2017, S. 10; ARNOLD MARTI, Die Kosten im heutigen Zivilprozess, in: «Justice – Justiz – Giustizia» 2017/3, Rz. 35; a.A. demgegenüber BEDA STÄHELIN, Gerichtskostenvorschusspflicht und Zugang zum Recht, «Justice – Justiz – Giustizia» 2017/3.

Annahme empfohlen. Am 13. Dezember 2017 hat der Ständerat die Motion einstimmig angenommen.¹²⁸

Zukünftig soll nach dem Vorschlag des Bundesrates der Gerichtskostenvorschuss noch maximal die Hälfte der mutmasslichen Gerichtskosten betragen können (*Ab-satz 1*). Diese Regelung rechtfertigt sich bereits dadurch, dass sich das Kostenrisiko abstrakt je zur Hälfte auf die klagende und die beklagte Partei verteilt, von der klagenden Partei also grundsätzlich lediglich die Hälfte der mutmasslichen Gerichtskosten vernünftigerweise vorzuschüssen sind. Unverändert kann und soll von der klagenden Partei ein Kostenvorschuss verlangt werden, weil ein solcher auch nach der Ansicht des Bundesrates unter mehreren Gesichtspunkten durchaus sinnvoll erscheint: So entspricht es dem Verursacherprinzip, dass für staatliche Leistungen Gebühren und Abgaben verlangt werden können und diese grundsätzlich diejenige Person zu tragen hat, welche die behördlichen Leistungen in Anspruch genommen und damit verursacht hat. Die Erhebung eines Vorschusses rechtfertigt sich auch unter finanzpolitischen und buchhalterischen Überlegungen, da die Verrechnung und Abrechnung nach Abschluss eines Verfahrens erheblich erleichtert und sichergestellt wird, indem das Inkassorisiko des Staats reduziert wird.¹²⁹ Schliesslich stellt die Möglichkeit, Kostenvorschüsse zu verlangen, auch ein wirksames Mittel zur Verhinderung rechtsmissbräuchlicher, schikanöser oder querulatorischer Prozessführung dar. Demgegenüber erachtet es der Bundesrat als zu weitgehend, anstelle eigentlicher Kostenvorschüsse lediglich noch «Warngebühren» vorzusehen. Nach Ansicht des Bundesrates wäre es auch nicht zielführend, von Bundesrechts wegen lediglich bestimmte Streitigkeiten von der Kostenvorschusspflicht auszunehmen.

Dieser Vorschlag entspricht damit umfangmässig insbesondere auch dem Vernehmlassungsentwurf von 2003. Die Expertenkommission unterstrich damals, dass es sich dabei um eine «mittlere Linie zwischen den kantonalen Regelungen» handle und damit der Vorschuss nicht so hoch sei, dass der Zugang zu den Gerichten übermässig erschwert würde.¹³⁰ Weil diese Lösung in der Folge im Vernehmlassungsverfahren hauptsächlich von den Kantonen unter Hinweis auf mögliche Kostenfolgen für die Kantone stark kritisiert wurde, resultierte schliesslich die Gesetz gewordene Erhöhung der Maximalgrenze auf die gesamten mutmasslichen Gerichtskosten. Dabei gerieten rechtsstaatliche Bedenken in den Hintergrund. Im Interesse der Senkung dieser Zugangsschranke zum Gericht gilt es nach Ansicht des Bundesrates, dies nunmehr zu korrigieren.

Mit dieser Anpassung sind unmittelbar auch keine substanziellen Mehrkosten für die Kantone zu erwarten. Zudem können finanzpolitische Überlegungen für die Ausgestaltung und Höhe von Kostenvorschussleistungen der Parteien in einem Zivilprozess nicht von übergeordneter Bedeutung sein. Unverändert handelt es sich um eine Kann-Vorschrift, so dass die Gerichte im Einzelfall unter Berücksichtigung der Umstände zu entscheiden haben, ob und wenn ja in welcher Höhe die klagende Partei einen Kostenvorschuss zu leisten hat.

¹²⁸ AB SR 2017 983.

¹²⁹ Vgl. DHEDEN C. ZOTSANG, Prozesskosten nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Zürich 2015, S. 82.

¹³⁰ Bericht Vorentwurf ZPO, S. 52.

Sodann ist in einem neuen *Absatz 2* zu regeln, nach welchen Regeln in einem Gruppenvergleichsverfahren nach Artikel 352a ff. VE-ZPO ein Kostenvorschuss zu leisten ist. Selbstverständlich kann und soll das Gericht auch in einem Gruppenvergleichsverfahren einen Kostenvorschuss verlangen können. Weil es sich dabei um ein von den Parteien eines Gruppenvergleichs einvernehmlich beantragtes Verfahren handelt, rechtfertigt es sich, von den Parteien eines Gruppenvergleichs gemeinsam einen Kostenvorschuss bis zur Höhe der gesamten mutmasslichen Gerichtskosten verlangen zu können, was gewissermassen einem Vorbezug der Gerichtskosten gleichkommt. Diesen Kostenvorschuss haben die Parteien grundsätzlich anteilmässig zu gleichen Teilen tragen, sofern sie im Gruppenvergleich eine entsprechende abweichende Vereinbarung getroffen haben.

Art. 101 Abs. 2 zweiter Satz

Die Bestimmung regelt unter anderem das Verfahren der Sicherheitsleistung für die Parteientschädigung. Nach Artikel 99 kann das Gericht bzw. die Rechtsmittelinstanz auf Antrag der beklagten bzw. rechtsmittelbeklagten Partei¹³¹ unter bestimmten Voraussetzungen die Leistung einer Sicherheit für die Parteientschädigung verlangen.

Nach geltendem Recht unbefriedigend geregelt ist der Fall, dass eine beklagte Partei insbesondere in einem Rechtsmittelverfahren unmittelbar nach Zustellung der Klage oder Rechtsmittelschrift innert der ihr gemäss Artikel 312 ZPO angesetzten Frist für die Berufungsantwort ein Sicherstellungsgesuch einreicht; eine Abnahme dieser (gesetzlichen) Frist kommt nicht in Betracht.¹³² Demgegenüber soll sich für das erstinstanzliche Verfahren bereits aus dem geltenden Recht ergeben, dass mit Ausnahme der Anordnung vorsorglicher Massnahmen das Verfahren bis zur Leistung der Sicherheit zu ruhen hat.¹³³ Für beide Fälle rechtfertigt sich nach Ansicht des Bundesrates die Schaffung einer klaren gesetzlichen Grundlage in einem neuen *Satz 2* zu Absatz 2 von Artikel 101 ZPO. Demnach schiebt das Gericht die Zustellung der Klage oder der Rechtsmittelschrift an die Gegenpartei einstweilen auf, wenn diese bereits ein Gesuch um Sicherstellung geleistet hat. Mit dieser Regelung werden zum einen die Unsicherheiten nach der geltenden Rechtslage im Sinne der bundesrechtlichen Rechtsprechung gesetzgeberisch geklärt. Zum andern wird klargestellt, dass ein Sicherstellungsgesuch insbesondere nicht während laufender Rechtsmittelfrist gestellt werden kann, um damit eine Abnahme der Frist und im Ergebnis gegen die Waffengleichheit verstossende faktische Verlängerung der Rechtsmittelfrist zu erreichen.

Art. 106 Abs. 1, 1^{bis} und 3

Gemäss Artikel 106 Absatz 1 ZPO gilt die beklagte Partei, die eine Klage anerkennt, für die Kostenverteilung als unterliegend, so dass ihr die Prozesskosten grundsätzlich auferlegt werden. Diese Regelung folgt aus dem klassischen Grundsatz des

¹³¹ BGE **141** III 554 E. 2.2 und 2.5.1 sowie insb. BGer 4A_26/2013 vom 5. September 2013 E. 2.2, wonach Artikel 99 ZPO auch im Rechtsmittelverfahren gilt.

¹³² BGE **141** III 554 E. 2.5.

¹³³ Vgl. dazu BGE **140** III 159 E. 4.2.

Zivilprozessrechts, wonach die Prozesskosten im Allgemeinen nach Massgabe des Obsiegens und Unterliegens verteilt werden.¹³⁴ Von dieser Regelung kann das Gericht gemäss Artikel 107 ZPO in bestimmten Fällen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen, namentlich wenn eine Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst war (Bst. b) oder wenn andere Umstände vorliegen, die eine Verteilung nach dem Ausgang des Verfahrens als unbillig erscheinen lassen (Bst. f).

Diese Regelungen haben sich in der Praxis bewährt. Nach Ansicht des Bundesrats sollten sie jedoch in einem Punkt ergänzt werden: Wenn nämlich die beklagte Partei den eingeklagten Anspruch der klagenden Partei sofort nach Einreichung der Klage (ohne vorgängiges Schlichtungsverfahren) anerkennt und nicht vorher gerade durch ihr eigenes Verhalten überhaupt eine Veranlassung zur Einreichung der Klage gegeben hat, so erscheint es unbillig, dass die Prozesskosten der beklagten Partei zur Last gelegt werden. Teilweise wird daher nach geltendem Recht für diese Fälle auch die Anwendung von Artikel 107 Absatz 1 Buchstabe f ZPO postuliert;¹³⁵ dies setzt jedoch stets einen Ermessensentscheid des Gerichts voraus. Nach Ansicht des Bundesrates sollte jedoch in den erwähnten Fällen, in denen die beklagte Partei sich ohne jede Veranlassung mit einer Klage konfrontiert sieht und sie diese auch umgehend anerkennt, stets vom Unterliegensgrundsatz abgewichen werden und die Prozesskosten der klagenden Partei auferlegt werden. Diese hat in diesen Fällen durch ihr vorschnelles Handeln die Kosten verursacht. Eine solche Regelung setzt daher einen weiteren wichtigen Anreiz für die klagende Partei zur ausserprozessualen Streiterledigung und führt damit zur Entlastung der Justiz: Sie motiviert die klagende Partei dazu, vor Einreichung der Klage von der Gegenseite zumindest in Erfahrung zu bringen, ob diese den behaupteten Anspruch bestreitet oder zu erfüllen verweigert und der Anspruch effektiv streitig ist und damit die Gerichte bemüht werden sollen. Zweifellos wird sich damit in diesen Fällen auch die Kostenproblematik entschärfen (vgl. dazu vorne unter Ziff. 1.3.2). Entsprechend kannten mehrere kantonale Zivilprozessordnungen¹³⁶ eine solche Regelung nach dem Vorbild der deutschen und der österreichischen Zivilprozessordnung¹³⁷.

Der erste Satz des geltenden Absatz 1 von Artikel 106 ZPO soll unverändert beibehalten und den Grundsatz enthaltend den neuen *Absatz 1* bilden. Die weiteren Regelungen des geltenden Absatz 1 sollen in einen neuen *Absatz 1^{bis}* gefasst und um einen Teilsatz ergänzt werden, wonach die beklagte Partei dann nicht als unterliegend gilt, wenn sie nicht durch ihr Verhalten zur Einreichung der Klage Anlass gegeben und den Anspruch bei erster Gelegenheit anerkannt hat. Sind diese zwei Voraussetzungen erfüllt, hat die klagende Partei trotz Klageanerkennung die Prozesskosten zu tragen. Die Regel zielt auf die Fälle der direkten Klageeinreichung bei Gericht ohne vorgängiges Schlichtungsverfahren ab. In den Fällen des Schlichtungsverfahrens kommt die Bestimmung nicht zur Anwendung: Zum einen soll diese Regelung angesichts des Schlichtungsverfahrens als vorprozessuales (durchaus aussergerichtliches) Streitbeilegungsverfahren dort nicht anwendbar sein (präzi-

¹³⁴ Vgl. nur Botschaft ZPO, BBl 2006, S. 7296.

¹³⁵ Vgl. z.B. DENIS TAPPY, Art. 106 N 31, in: CPC commenté, Basel 2011.

¹³⁶ Insb. aZPO BE Art. 60 und aZPO JU § 59.

¹³⁷ § 93 dZPO und § 45 öZPO.

sierend wird daher von «Einreichung der Klage» gesprochen), und zum andern bleibt nach einem (gescheiterten) Schlichtungsverfahren im gerichtlichen Verfahren kaum Raum für die Anwendung der Regelung.

Nach geltendem Recht haben mehrere als Parteien an einem Prozess beteiligte Personen die Prozesskosten anteilmässig nach Ermessen des Gerichts zu tragen, wobei dieses in allen Fällen auf solidarische Haftung erkennen kann (Art. 106 Abs. 3 *in fine*). Diese Regelung führt in der Praxis dazu, dass insbesondere auch bei einfacher Streitgenossenschaft auf solidarische Haftung für die Prozesskosten entschieden werden kann und damit jeder Streitgenosse zumindest das hypothetische Kostenrisiko für die gesamten Prozesskosten trägt, indem er vor andern Streitgenossen zuerst auf die gesamten Prozesskosten in Anspruch genommen werden kann. Praktisch führt diese Regelung letztlich dazu, dass in vielen Fällen auf die prozessual durchaus interessante und ökonomische Verfahrensform der (einfachen) Streitgenossenschaft gerade auch in Massenschadensfällen verzichtet wird (vgl. dazu vorne ausführlich unter Ziff. 1.3.3). Diese Kostenregelung vermag daher in der geltenden Form nur beschränkt zu befriedigen und ist entsprechend anzupassen.

Die Bestimmung von *Absatz 3* soll nach dem Vorschlag des Bundesrates wie folgt angepasst werden:

- In *Satz 1* ist präzisierend festzuhalten, dass das Gericht den Anteil mehrerer Haupt- oder Nebenparteien grundsätzlich nach Massgabe ihrer Beteiligung am Streit festlegt;
- In *Satz 2* ist neu festzuhalten, dass lediglich in den Fällen notwendiger Streitgenossenschaft (Art. 70 ZPO) auf solidarische Haftung entschieden werden kann. Diese Regel ist unverändert sinnvoll und sachgerecht in denjenigen Fällen, in denen über ein Rechtsverhältnis nur mit Wirkung für alle entschieden werden kann und in denen zwischen den Parteien zumeist kraft materiellen Rechts ebenfalls Solidarität bzw. eine solidarische Haftung besteht. Umgekehrt soll nach dem Vorschlag in den Fällen einfacher Streitgenossenschaft nicht mehr auf solidarische Haftung entschieden werden können. Wie erwähnt, wird damit gerade die Möglichkeit der einfachen Streitgenossenschaft insbesondere zur kollektiven Geltendmachung von Massenschäden verbessert. Damit wird der Weg über gebündelte Individualklagen zur Geltendmachung von Massenschäden neben den neuen Möglichkeiten der Verbandsklage und des Gruppenvergleichsverfahrens (vgl. dazu auch unter Ziff. 1.3.3) gestärkt.

Nach Ansicht des Bundesrates sind mit diesen Anpassungen keine nennenswerten Auswirkungen auf die Einbringlichkeit der Gerichtskosten zulasten der Kantone zu erwarten.

Art. 107 Abs. 1 Bst. g

Die Bestimmung von Artikel 107 Absatz 1 ZPO enthält eine abschliessende Aufzählung von Klagen und Verfahren beziehungsweise besonderen prozessualen Konstellationen, in denen bei der Verteilung der Prozesskosten von den Verteilungsgrundsätzen gemäss Artikel 106 ZPO abgewichen werden und das Gericht die Prozesskosten nach Ermessen verteilen kann.

Gleichzeitig mit der Neuregelung der Verbandsklage und insbesondere ihrer Ausweitung auf die kollektive Geltendmachung von finanziellen Ansprüchen mit der reparatorischen Verbandsklage (Art. 89a VE-ZPO), ist diese nach Ansicht des Bundesrates in diese Liste der Ausnahmen von Artikel 107 Abs. 1 ZPO aufzunehmen. Damit kann das Gericht bei der Verteilung der Prozesskosten auch in den Fällen nach den Artikeln 89 und 89a VE-ZPO auf die Besonderheiten solcher Verfahren Rücksicht nehmen und die Kosten nach Ermessen verteilen. So lassen sich insbesondere im Einzelfall auch die Kostenfolgen zulasten klagender Verbände reduzieren und damit indirekt auch die Kostenrisiken verringern. Gleiches gilt für die Fälle des Rückzugs einer früheren individuellen Klage zugunsten einer reparatorischen Verbandsklage gemäss Artikel 89a Absatz 4 VE-ZPO. In Kombination mit der vorgeschlagenen Kostenbefreiung gemäss Artikel 115a VE-ZPO soll sichergestellt werden, dass Vereine und andere Organisationen überhaupt in der Lage sein werden, eine Verbandsklage finanziell tragen zu können und dieses Instrument damit in der Zukunft effektive praktische Bedeutung erlangt.

Art. 109 Abs. 1

Die Bestimmung über die Verteilung der Gerichtskosten bei einem Vergleich ist mit der Schaffung des Gruppenvergleichsverfahrens (Art. 352a ff. VE-ZPO, vgl. dazu vorne Ziff. 1.3.3 sowie die Erläuterungen zu Art. 352a ff. VE-ZPO) entsprechend anzupassen und zu ergänzen. Analog zu einem Vergleich legen auch die Parteien eines Gruppenvergleichs in diesem fest, wie die Prozesskosten zu tragen sind. Nach Massgabe dieser Regelung sind in der Folge auch die Prozesskosten zu verteilen. Im Unterschied zu einem Vergleich ist für das Gruppenvergleichsverfahren eine subsidiäre Regelung, wie sie in Artikel 109 Absatz 2 ZPO vorgesehen ist, entbehrlich: Ein Gruppenvergleichsverfahren hat von Gesetzes wegen eine Regelung über die Prozesskosten zu enthalten (vgl. Art. 352b Abs. 2 Bst. g VE-ZPO). Entsprechend ist in Absatz 1 der Gruppenvergleich zu ergänzen.

Art. 111 Abs. 1 zweiter und dritter Satz sowie Abs. 2

Nach dem geltenden Wortlaut dieser Bestimmung werden die Gerichtskosten mit den geleisteten Vorschüssen der Parteien verrechnet und ein Fehlbetrag nachgefordert; im Übrigen erfolgt die Auseinandersetzung direkt zwischen den Parteien, indem die kostenpflichtige Partei der anderen Partei geleistete Vorschüsse zu ersetzen hat (Art. 111 Abs. 1 und 2 ZPO). Damit wird das Inkassorisiko für die Gerichtskosten vollständig den Parteien bzw. der obsiegenden Partei überbunden, indem diese für die Rückforderung geleisteter Kostenvorschüsse ausschliesslich auf die Gegenpartei verwiesen wird. In der Konsequenz bedeutet dies, dass eine aus gutem Grund klagende und in der Folge vollumfänglich obsiegende Partei in einem ersten Schritt grundsätzlich auch die Gerichtskosten zu tragen hat, indem sie dafür lediglich eine Ersatzforderung gegenüber dem Prozessgegner hat.

Dieser Regelung erwuchs bereits im Zug der Schaffung der Zivilprozessordnung Kritik, die seither keineswegs verstummte. So hielt die Expertenkommission eine solche Regelung für unzulässig, weil «der Staat [...] sein Inkassorisiko nicht auf die

vorschiessende – aber nachträglich «kostenbefreite» – Partei überwälzen [darf].»¹³⁸ Dass der Entwurf in der Folge aufgrund der diesbezüglichen Forderungen der Kantone dennoch die Überbindung auf die Parteien vorsah, wurde ebenfalls stark kritisiert.¹³⁹ Seither wurde die geltende Regelung verschiedentlich kritisiert¹⁴⁰ und ihre Revision gefordert.¹⁴¹ Denn gerade in dieser Regelung wird eine unbillige Schranke des Zugangs zum Gericht und damit der Rechtsdurchsetzung gesehen. Insgesamt kann damit auch nicht gesagt werden, dass dieses Regime befriedigend wäre. Daher ist auch der Bundesrat der Ansicht, dass die Regelung im Sinne des ursprünglichen Vernehmlassungsentwurfs zur ZPO anzupassen ist und das Kosten- und Insolvenzrisiko für die Gerichtskosten vom Staat nicht vollumfänglich auf die Parteien abgewälzt werden darf (vgl. dazu auch vorne Ziff. 1.3.2).

Absatz 1 ist daher insofern anzupassen beziehungsweise um einen neuen *zweiten Satz* zu ergänzen, als dass die von den Parteien geleisteten Vorschüsse im Umfang der ihnen auferlegten Gerichtskosten mit diesen verrechnet werden und die Vorschüsse im Weiteren zurückerstattet werden, soweit der Entscheid den Parteien keine Kosten auferlegt. Inhaltlich unverändert wird die Regelung, wonach ein allfälliger Fehlbetrag von der kostenpflichtigen Partei nachgefordert wird, zum neuen *dritten Satz* der Bestimmung.

Als Folge dieser Anpassung ist auch *Absatz 2* entsprechend anzupassen, indem zukünftig die kostenpflichtige Partei der anderen Partei nur noch die zugesprochene Parteientschädigung zu bezahlen hat. Die allfällige Rückzahlung geleisteter Vorschüsse erfolgt direkt vom Gericht und nicht mehr über die kostenpflichtige Partei.

Angesichts der ständigen und nach Ansicht des Bundesrates berechtigten Kritik am geltenden Recht soll mit der vorgeschlagenen Anpassung die ZPO nachhaltig verbessert und durch Beseitigung unnötiger und unberechtigter Kostenrisiken und -schränken der Zugang zum Gericht und damit die prozessuale Durchsetzung und Verwirklichung des geltenden Rechts gestärkt werden. Auch wenn damit zumindest theoretisch die vom Staat zu tragenden Insolvenzrisiken für die Gerichtskosten zunehmen mögen, so ist dies nach Ansicht des Bundesrates alleine schon aus Gerechtigkeits- und Rechtsstaatlichkeitsüberlegungen gerechtfertigt. Gleichzeitig bestehen keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass hier unmittelbar mit substanziellen Zusatzkosten für die Kantone zu rechnen wäre.

¹³⁸ Bericht Vorentwurf ZPO, S. 57.

¹³⁹ Vgl. z.B. THOMAS GABATHULER, Zivilprozessordnung: Nachbesserungen nötig, plädoyer 4/08, S. 24 ff.; THOMAS GABATHULER, Jede Klage wird zum finanziellen Grossrisiko, plädoyer 1/2008, S. 27 f.

¹⁴⁰ Vgl. zum Beispiel in jüngster Zeit ARNOLD MARTI, Teures Prozessieren, NZZ 2017, S. 2; DHEDEN C. ZOTSANG, Prozesskosten nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Zürich 2015, S. 257 f.; MARTIN H. STERCHI, Art. 111 N 2 f., in: BK ZPO, Bern 2012.

¹⁴¹ Zum Beispiel ARNOLD MARTI, Teures Prozessieren: Rechtsschutz auch für Nicht-Gutbetuchte, NZZ 26. Februar 2016, S. 12; BEDA STÄHELIN, Gerichtskostenvorschusspflicht und Zugang zum Recht, «Justice – Justiz – Giustizia» 2017/3.

Art. 115a *Befreiung von Kostenvorschuss und Sicherheitsleistungen bei Verbandsklagen*

Über die allgemein geltenden Regelungen zur Kostenerleichterung und teilweisen -befreiung hinaus soll der spezifischen Kostenproblematik bei Verbandsklagen im Rahmen der vorliegenden Neufassung besonders Rechnung getragen werden. Denn nach geltendem Recht scheitern diese in der Praxis oftmals gerade an den damit verbundenen Kostenfolgen, vorab an der Pflicht zur Leistung entsprechender Kostenvorschüsse, die von Vereinen und andern Organisationen aufgrund beschränkter finanzieller Möglichkeiten in vielen Fällen nicht finanzierbar sind.

Nach dem Vorschlag dieser Bestimmung sollen nach Artikel 89 und 89a ZPO klagende Vereine und andere Organisationen im Schlichtungs- und Entscheidungsverfahren keine Kostenvorschüsse und keine Sicherheiten für die Parteientschädigung der Gegenpartei/en leisten müssen; dies gilt für das Schlichtungsverfahren, als ein solches grundsätzlich bei Verbandsklagen fakultativ ist (vgl. dazu die Erläuterungen zu Art. 198 Abs. 2 VE-ZPO hinten). Dies gilt somit bei Verbandsklagen auch für allfällige Rechtsmittelverfahren. Diese Kostenbefreiung gilt wiederum nur unter zwei Voraussetzungen:

- Die Kostenbefreiung gilt nicht unbegrenzt, sondern nur bis zu einem bestimmten Streitwert. Der Streitwert der Verbandsklage darf den Betrag von 500 000 Franken nicht übersteigen, wenn der klagende Verband in den Genuss dieser Kostenbefreiung kommen will. Diese Streitwertgrenze erklärt sich wiederum in zweierlei Hinsicht: Zum einen sollen mit dieser Kostenbefreiung nicht beliebige Verbandsklagen kostenbefreit werden und gar solche mit hohen oder gar sehr hohen Streitwerten, die sich ohne Kostenbefreiung kaum oder nicht finanzieren liessen. Vielmehr sollen Verbandsklagen im mittleren Segment gefördert werden, zumal hier auch die grössten prozessökonomischen Vorteile bestehen. Zum andern ist ab einem Streitwert von 500 000 Franken davon auszugehen, dass auch klagewilligen Vereinen und andern Organisationen die Möglichkeiten der Prozessfinanzierung offenstehen würden und sie eine solche in Anspruch nehmen könnten, so dass die Kostenproblematik ebenfalls entschärft ist.
- Eine Kostenbefreiung für nach Artikel 89 und 89a ZPO klagende Vereine und andere Organisationen setzt sodann voraus, dass die Verbandsklage zur Rechtsdurchsetzung besser geeignet erscheint als individuelle Klagen. Mit diesem Erfordernis der besseren Geeignetheit der kollektiven Rechtsdurchsetzung mittels Verbandsklage – in der englischen Terminologie wird hier von *superiority* gesprochen – ist sichergestellt, dass Verbandsklagen nur dann kostenbefreit sind, wenn die kollektive Rechtsdurchsetzung im konkreten Fall sinnvoll und vorteilhaft erscheint. Dies wäre beispielsweise dann nicht der Fall, wenn lediglich eine ganz kleine Zahl von Personen betroffen ist oder aber eine Verbandsklage in einem Fall mangels genügender Einheitlichkeit der verschiedenen Ansprüche der Angehörigen der Personengruppe nicht geeignet erscheint.

Nach den allgemeinen Grundsätzen ist es den Kantonen nach Artikel 116 ZPO unbenommen, spezifisch für Verbandsklagen weitere Befreiungen von den Prozesskosten zu gewähren.

Art. 118 Abs. 2 zweiter Satz

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts fallen Verfahren der vorsorglichen Beweisführung zwecks Abklärung der Prozesschancen nach Artikel 158 Absatz 1 Buchstabe b ZPO nicht in den sachlichen Anwendungsbereich der unentgeltlichen Rechtspflege, weil sich die Aufgabe des Staates darauf beschränke, den Einzelnen dann (finanziell) zu unterstützen, wenn er ohne diese Unterstützung eines Rechtsverlustig ginge oder sich gegen einen als unzulässig erachteten Eingriff nicht wehren könnte. Da es in einem vorsorglichen Beweisverfahren indessen gerade nicht um die Beurteilung materiell-rechtlicher Rechte und Pflichten gehe und dem Gesuchsteller damit kein Rechtsverlust droht, falle die Gewährung unentgeltlicher Rechtspflege für ein vorsorgliches Beweisführungsverfahren ausser Betracht.¹⁴²

Dieser Rechtsprechung ist Kritik erwachsen: Ohne die Möglichkeit einer vorsorglichen Beweisabnahme zwecks Abklärung der Prozesschancen sei eine bedürftige Partei im Vergleich zu einer vermögenden Person benachteiligt, da sie einen unsicheren Rechtsanspruch direkt einklagen müsste.¹⁴³ Die unentgeltliche Rechtspflege sei im Hinblick auf den rechtsgleichen Zugang zum Gericht sowie die Verfahrensfairness und Waffengleichheit auch im Bereich von Artikel 158 Absatz 1 Buchstabe b ZPO unerlässlich.¹⁴⁴ Eine Beschränkung der unentgeltlichen Rechtspflege auf Fälle, in denen die «Gefahr eines Rechtsverlusts» drohe, bestehe nicht und es sei fragwürdig, gerade mittellosen Parteien den Zugang zur vorsorglichen Beweisführung als Möglichkeit der raschen, günstigen und nach Möglichkeit einvernehmlichen Streiterledigung zu verwehren.¹⁴⁵

Nach Ansicht des Bundesrates ist diese Kritik an der geltenden Rechtslage gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung berechtigt und die ZPO in diesem Punkt damit auch unbefriedigend; die unentgeltliche Rechtspflege soll grundsätzlich auch für Verfahren der vorsorglichen Beweisführung zur Verfügung stehen. Der Bundesrat schlägt daher vor, in einem neuen *Satz 2* von Artikel 118 Absatz 2 ZPO zum Umfang der unentgeltlichen Rechtspflege nunmehr klar vorzusehen, dass die unentgeltliche Rechtspflege auch für die vorsorgliche Beweisführung gewährt werden kann. Zukünftig soll es somit möglich sein, auch für Verfahren der vorsorglichen Beweis-

¹⁴² BGE **141** I 241 E. 3; **140** III 12 E. 3; BGer Urteil 4A_334/2015 vom 22. September 2015; offenbar noch anders BGer Urteil 4A_488/2012 vom 5. November 2012.

¹⁴³ DANIEL WUFFLI, Vorsorgliche Beweisführung – kein Verfahren für Bedürftige, ZZZ 2014 S. 141 ff., 145; BENJAMIN SCHUMACHER, Zweifelhafte Bundesgerichtspraxis zur vorsorglichen Beweiswürdigung, plädoyer 1/2016 S. 36 ff.; ALFRED BÜHLER, Unentgeltliche Rechtspflege, in: Fellmann/Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2015, Zürich 2015, S. 85 ff., 104 ff.; TANJA DOMEJ, Art. 158 ZPO in der Praxis – Ende einer Hoffnung?, in: Fellmann/Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2014, Zürich 2014, S. 69 ff., 94 f.

¹⁴⁴ DANIEL WUFFLI, Vorsorgliche Beweisführung – kein Verfahren für Bedürftige, ZZZ 2014 S. 141 ff., 145; ALFRED BÜHLER, Unentgeltliche Rechtspflege, in: Fellmann/Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2015, Zürich 2015, S. 85 ff., 107.

¹⁴⁵ TANJA DOMEJ, Art. 158 ZPO in der Praxis – Ende einer Hoffnung?, in: Fellmann/Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2014, Zürich 2014, S. 69 ff., 94 f.

führung nach Artikel 158 ZPO unentgeltliche Rechtspflege zu erhalten, wenn die Voraussetzungen dafür erfüllt sind, und zwar insbesondere auch für Verfahren der vorsorglichen Beweisführung wegen Gefährdung der Beweismittel oder eines andern schutzwürdigen Interesses gemäss Artikel 158 Absatz 1 Buchstabe b ZPO. Dabei muss die Nichtaussichtslosigkeit (Art. 117 Bst. b ZPO) in Bezug auf das konkret in Frage stehende Gesuch um vorsorgliche Beweisführung gegeben sein; diesbezüglich wird auch die Praxis zur unentgeltlichen Rechtspflege bei vorsorglichen und superprovisorischen Massnahmen herangezogen werden können.

Art. 125 Bst. b

Nach geltendem Recht kann das Gericht zur Vereinfachung des Prozesses nach Artikel 125 Buchstabe b ZPO insbesondere gemeinsam eingereichte Klagen trennen. Mit dem Ziel der Verfahrensökonomie sollen somit in Fällen der objektiven und der subjektiven Klagenhäufung (= Streitgenossenschaft) bei einem Gericht gemeinsam eingereichte Klagen getrennt werden können.

In Fällen von Massenschäden (vgl. dazu vorne unter Ziff. 1.3.3), wo Klagen zur kollektiven Rechtsdurchsetzung im Wege des Individualrechtsschutzes mittels Klagenhäufung gemeinsam bei einem zuständigen Gericht eingereicht werden, besteht bei der geltenden Rechtslage die Möglichkeit, dass die gemeinsamen Klagen getrennt werden, zumal auch in solchen Fällen oftmals aus Sicht des zuständigen Gerichts eine Trennung durchaus prozessökonomisch erscheinen mag. Zur Vermeidung solcher Trennungen gemeinsam eingereicherter Klagen, mit denen in Massenschadensfällen gerade eine gemeinsame Entscheidung einer Vielzahl von gleichen oder gleichartigen Ansprüchen beabsichtigt wird, soll zukünftig eine Trennung grundsätzlich nur noch zulässig sein, wenn diese nicht zu einer Erschwerung der Entscheidung und damit der Durchsetzung von Ansprüchen aus Massenschäden führt. Nach Ansicht des Bundesrates werden damit die Rahmenbedingungen verbessert, damit die kollektive Rechtsdurchsetzung von Ansprüchen aus Massenschäden in Zukunft gerade auch mittels Klagenhäufung einfacher geschehen kann.

Art. 127 Abs. 1

Vorab aus Gründen der Prozessökonomie sieht die Bestimmung bei zusammenhängenden Verfahren die Möglichkeit einer Überweisung an ein anderes Gericht vor. Voraussetzung dafür ist, dass (mindestens) zwei Verfahren rechtshängig sind und zwischen beiden Klagen ein Sachzusammenhang besteht. Ist dies der Fall, so kann ein später angerufenes Gericht die bei ihm eingereichte Klage an das zuerst angerufene Gericht überweisen, wenn dieses mit der Übernahme einverstanden ist. Nach geltendem Recht ist die Überweisungsmöglichkeit insofern beschränkt, als nur eine Überweisung vom zweitbefassten Gericht an das zuerst angerufene Gericht vorgesehen und stets dessen Zustimmung notwendig ist.

Gerade bei Massenschäden (vgl. auch dazu vorne Ziff. 1.3.3) kommt der Überweisungsmöglichkeit besondere Bedeutung zu, wenn mehrere Geschädigte ihre Rechte in individuellen Verfahren durchsetzen wollen und dies in einem ersten Schritt bei verschiedenen Gerichten tun. Darüber hinaus kann es aber auch in vielen anderen Fällen gute Gründe dafür geben, mehrere Verfahren über sachlich zusammenhän-

gende Klagen bei einem Gericht zu konzentrieren, das nicht das zuerst angerufene Gericht sein muss. Daher schlägt der Bundesrat vor, die Überweisungsmöglichkeiten in zwei Punkten anzupassen:

- Neu soll die Überweisung bei an verschiedenen Gerichten erhobenen Klagen, die in einem sachlichen Zusammenhang stehen, in alle Richtungen möglich sein: Nach dem Vorschlag sollen zusammenhängende Verfahren nicht nur am zuerst angerufenen Gericht, sondern auch an einem später angerufenen Gericht konzentriert werden können. Voraussetzung für die Überweisung ist, dass das «empfangende» Gericht zuständigerweise angerufen wurde; ob dieses in Bezug auf die bei ihm eingegangene Klage zuständig ist, kann unverändert nur es selbst entscheiden.
- Zur Erleichterung solcher Überweisungen soll das «empfangende» Gericht eine Überweisung nur aus sachlichen Gründen ablehnen können. Das Zustimmungserfordernis gemäss geltendem Recht soll in diesem Sinne präzisiert werden. Gleichzeitig soll ausdrücklich vorgesehen werden, dass zwischen den beteiligten Gerichten ein Meinungs austausch stattfinden soll (vgl. auch Art. 29 Abs. 2 und Art. 30 Abs. 2 BGG).

Art. 143 Abs. 1^{bis}

Die Bestimmung von Artikel 143 ZPO regelt die Einhaltung von Fristen. Im Rahmen der Arbeiten zur Prüfung der Praxistauglichkeit der ZPO hat sich gezeigt, dass in der ZPO Regelungen zur Frage der Behandlung von Eingaben und zur Einhaltung von Fristen fehlen, wenn Eingaben bei einem unzuständigen Gericht eingehen. Damit unterscheidet sich die ZPO namentlich von anderen Verfahrensgesetzen des Bundes, die entsprechende Regelungen kennen, so namentlich das BGG (Art. 48 Abs. 3), die StPO¹⁴⁶ (Art. 91 Abs. 4), das ATSG¹⁴⁷ (Art. 39 Abs. 2) oder das SchKG¹⁴⁸ (Art. 32 Abs. 2). Zur weiteren Verbesserung der ZPO schlägt der Bundesrat daher einerseits die Schaffung einer neuen Bestimmung zur Prozessüberweisung bei Unzuständigkeit (vgl. Art. 60a VE-ZPO und die Erläuterungen dazu) und andererseits einer neuen Regelung zur Einhaltung und Wahrung von Fristen durch Eingaben an offensichtlich unzuständige Gerichte (Art. 143 Abs. 1^{bis} VE-ZPO) vor.

Mit einem neuen *Absatz 1^{bis}* zu Artikel 143 ZPO soll die Einhaltung von Fristen durch Eingaben, die irrtümlich an ein offensichtlich unzuständiges schweizerisches Gericht erfolgen, geregelt werden; solche gelten neu kraft gesetzlicher Regelung als rechtzeitig erfolgt, wenn die Einreichung innert der Frist erfolgt. In diesen Fällen hat das Gericht eine Weiterleitungspflicht, und es hat somit die Eingabe unverzüglich an das zuständige Gericht weiterzuleiten. Zukünftig soll dies auch im Anwendungsbereich der ZPO nicht nur für den Fall der rechtzeitigen versehentlichen Einreichung der Berufung oder der Beschwerde beim *iudex a quo* (= entscheidendes vorinstanz-

¹⁴⁶ Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (Strafprozessordnung, StPO); SR 312.

¹⁴⁷ Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (ATSG); SR 830.1.

¹⁴⁸ Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SchKG); SR 281.1

liches Gericht) statt dem *iudex ad quem* (= Rechtsmittelgericht) gelten¹⁴⁹, sondern allgemein bei versehentlichen Eingaben an offensichtlich unzuständige Gerichte in der Schweiz.

Art. 149

Nach dem geltenden Wortlaut dieser Bestimmung entscheidet das Gericht über ein Gesuch auf Wiederherstellung einer Frist oder eines Termins endgültig. Demnach sind Rechtsmittel insbesondere gegen den Ablehnungsentscheid eines Wiederherstellungsgesuchs grundsätzlich ausgeschlossen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist dieser Wortlaut jedoch zu relativieren: Der Ausschluss jeglicher Rechtsmittel gegen den Wiederherstellungsentscheid kann der säumigen Partei nicht entgegengehalten werden, wenn die Verweigerung der Wiederherstellung den definitiven Verlust einer Klage oder eines Angriffsmittels zur Folge hat.¹⁵⁰

Diese Präzisierung ist auch im Gesetz zum Ausdruck zu bringen, zumal es sich dabei um eine Frage des Rechtsmittelrechts mit unmittelbarer Auswirkung auf die prozessualen Rechte der einzelnen Prozesspartei handelt, was eine entsprechende gesetzliche Anpassung rechtfertigt. Damit wird die ZPO weiter verbessert. Nach dem Vorschlag des Bundesrats ist daher die geltende Bestimmung im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dahingehend zu ergänzen, dass der Entscheid über ein Wiederherstellungsgesuch endgültig ist, es sei denn, die Verweigerung der Wiederherstellung hat den definitiven Verlust einer Klage oder eines Angriffsmittels und damit einen definitiven Rechtsverlust zur Folge. In diesen Fällen kann der Entscheid mit Berufung, soweit eine solche möglich ist, oder mit Beschwerde angefochten werden.¹⁵¹

Art. 160a Ausnahme für unternehmensinterne Rechtsdienste

Die Frage, ob und inwieweit sogenannte Unternehmensjuristen – juristisch ausgebildete Personen, die im Rahmen eines Anstellungsverhältnisses für ein Unternehmen juristische Dienstleistungen erbringen – nach Schweizer Recht besondere Geheimnis- und/oder Mitwirkungsverweigerungsrechte haben, ist seit langer Zeit Gegenstand juristischer und politischer Diskussion. Davon zeugen nicht zuletzt zahlreiche politische Vorstösse.¹⁵² Nach geltendem Recht kommen die besonderen strafrechtlichen Geheimnispflichten (vgl. Art. 321 StGB¹⁵³) und daran anknüpfend die besonderen Mitwirkungsverweigerungsrechte lediglich Anwältinnen und Anwälten zu

¹⁴⁹ BGE **140** III 636 E. 2–4

¹⁵⁰ BGE **139** III 478 E. 1 und 6 sowie BGer Urteil 4A_260/2016 vom 5. August 2016, E. 1.1 und Urteil 5A_964/2014 vom 2. April 2015, E. 2.3.

¹⁵¹ Vgl. BARBARA MERZ, Art. 149 N 8, in: DIKE ZPO, 2. Aufl., Zürich 2016; ADRIAN STAEHELIN, Art. 149 N 4, in: ZK ZPO, 3. Aufl., Zürich 2016.

¹⁵² Vgl. nur Mo. RK-N 07.3281 «Pflichten und Rechte von rechtsberatend oder forensisch tätigen Angestellten. Gleichstellung mit freiberuflichen Anwältinnen und Anwälten» und zuletzt Po. RK-S 16.3263 «Berufsgeheimnisschutz für Unternehmensjuristinnen und -juristen».

¹⁵³ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937; SR **311.0**.

(Art. 163 Abs. 1 Bst. b und Art. 166 Abs. 1 Bst. b ZPO sowie Art. 160 Abs. 1 Bst. b ZPO).¹⁵⁴

Vor diesem Hintergrund wurde die Parlamentarische Initiative 15.409 Markwalder «Berufsgeheimnisschutz für Unternehmensjuristinnen und -juristen» eingereicht und ihr zwischenzeitlich Folge gegeben.¹⁵⁵ Diese verlangt die Schaffung eines neuen Artikels 160a ZPO zur Schaffung eines Mitwirkungsverweigerungsrechts für Unternehmensjuristen im Zivilprozess. Damit soll gerade im Vergleich mit dem Ausland eine vergleichbare Regelung geschaffen werden, die zukünftig prozessuale Nachteile für Schweizer Unternehmen vermeiden soll. Nach Ansicht des Bundesrates soll dieser Vorschlag angesichts seines unmittelbaren sachlichen Bezugs im Rahmen des vorliegenden Vorentwurfs zur Vernehmlassung gebracht werden, sieht die parlamentarische Initiative doch eine Ergänzung der ZPO um einen neuen (ausformulierten) Artikel 160a ZPO vor; diesen Vorschlag stellt der Bundesrat daher vorliegend unverändert zur Diskussion.

In einem neuen Artikel 160a VE-ZPO soll eine besondere Ausnahme von der generellen Mitwirkungspflicht gemäss Artikel 160 ZPO für unternehmensinterne Rechtsdienste wie folgt geschaffen werden:

- Nach *Absatz 1 Einleitungssatz* gilt die Ausnahme von der generellen Mitwirkungspflicht sowohl für die Parteien eines Zivilverfahrens als auch für Dritte. Handelt es sich bei der Partei um eine juristische Person, so gilt die Ausnahme für ihre (faktischen) Organe, die im Beweisverfahren wie eine Partei behandelt werden (vgl. Art. 159 ZPO), weil für Organträger dieselben Mitwirkungsgebote und Verweigerungsrechte gelten wie für die Prozesspartei selbst.¹⁵⁶
- Die Ausnahme ist auf die Tätigkeit des unternehmensinternen Rechtsdienstes beschränkt; nur insoweit besteht für die von der Ausnahme betroffenen Personen keine Mitwirkungstätigkeit (*Abs. 1 Einleitungssatz*). Gleichzeitig muss es sich nach *Buchstabe a* bei der betreffenden Tätigkeit um eine solche Tätigkeit handeln, die bei einer Anwältin oder einem Anwalt als berufsspezifisch gelten würde. Damit wird an die gängige Voraussetzung des anwaltlichen Berufsgeheimnisschutzes angeknüpft; diesen kann eine Anwältin oder ein Anwalt lediglich für ihre berufsspezifische Tätigkeit beanspruchen. Davon sind zum Beispiel private, politische oder soziale Tätigkeiten einer Anwältin oder eines Anwalts abzugrenzen, aber auch überwiegend kaufmännische Tätigkeiten wie die Vermögensverwaltung oder die Anlage von Geldern, soweit diese nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der anwaltlichen Tätigkeit steht.¹⁵⁷

¹⁵⁴ Vgl. 07.3281 Mo. RK-N «Pflichten und Rechte von rechtsberatend oder forensisch tätigen Angestellten. Gleichstellung mit freiberuflichen Anwältinnen und Anwälten»; 15.409 Pa.Iv. Markwalder «Berufsgeheimnisschutz für Unternehmensjuristinnen und -juristen»; 16.3263 Po. RK-S «Berufsgeheimnisschutz für Unternehmensjuristinnen und -juristen».

¹⁵⁵ 15.409 Pa.Iv. Markwalder «Berufsgeheimnisschutz für Unternehmensjuristinnen und -juristen»

¹⁵⁶ Vgl. Botschaft ZPO, BBl 2006, S. 7315 f.; FRANZ HASENBÖHLER, Art. 159 N 22, in: ZK ZPO, 3. Aufl., Zürich 2016.

¹⁵⁷ Vgl. BGE 120 Ib 112 E. 4; BGE 112 Ib 606;

-
- Sodann weiter vorausgesetzt ist, dass der unternehmensinterne Rechtsdienst, für dessen berufsspezifische Tätigkeit eine Ausnahme von der Mitwirkungspflicht beansprucht werden kann, unter der Leitung einer Person steht, die über ein kantonales Anwaltspatent verfügt oder in ihrem Herkunftsstaat die fachlichen Voraussetzungen für die Ausübung des Anwaltsberufs erfüllt (*Bst. b*). Zumindest die Leitung des unternehmensinternen Rechtsdienstes hat somit über die spezifischen Qualifikationen einer Anwältin oder eines Anwalts zu verfügen; damit soll auch eine gewisse fachliche Qualität dieses Rechtsdienstes gewährleistet und sichergestellt werden, dass insbesondere die Berufsspezifität des Rechtsdienstes bekannt und anerkannt ist.
 - Diese Ausnahme von der allgemeinen Mitwirkungspflicht erstreckt sich nach *Absatz 2* wie bei der anwaltlichen Korrespondenz gemäss Artikel 160 Absatz 1 Buchstabe b ZPO auch auf die Unterlagen aus dem Verkehr mit diesem unternehmensinternen Rechtsdienst. Dabei spielt es entsprechend der Anwaltskorrespondenz auch keine Rolle, ob sich die Unterlagen im Herrschaftsbereich des unternehmensinternen Rechtsdienstes befinden oder nicht.

Angesichts der langen Vorgeschichte dieses Vorschlags der Parlamentarischen Initiative 15.409 Markwalder und insbesondere der zahlreichen, bereits ausführlich diskutierten und evaluierten, in der Folge aber allesamt verworfenen Vorschläge¹⁵⁸ für die Schaffung eines gewissen Geheimnisschutzes für Unternehmensjuristinnen und -juristen hält der Bundesrat diesen Vorschlag zur Schaffung eines Mitwirkungsverweigerungsrechts für Unternehmensjuristen im Zivilprozess in der Schweiz für die einzige erfolgsversprechende Kompromisslösung. Dieser Vorschlag basiert auf den Arbeiten einer vom Bundesamt für Justiz organisierten Arbeitsgruppe mit Vertretern der WEKO, der FINMA, von Swiss Holdings, der Vereinigung Schweizerischer Unternehmensjuristen und des Schweizerischen Anwaltsverbands sowie der Bundesverwaltung im Frühling 2014. Mit dieser Regelung geniessen Unternehmensjuristinnen und -juristen beziehungsweise ihre berufsspezifische Tätigkeit bei einem unternehmensinternen Rechtsdienst zukünftig in Zivilprozessen einen angemessenen Geheimnisschutz. Gemäss Begründung der Parlamentarischen Initiative 15.409 Markwalder soll damit indirekt auch erreicht werden, dass derzeitige prozessuale Nachteile beseitigt werden, die Schweizer Unternehmen in ausländischen Gerichtsverfahren – namentlich in den USA – mit der geltenden Rechtslage erleiden können, weil in der Schweiz kein Zeugnis- und Editionsverweigerungsrecht für Mitglieder von unternehmensinternen Rechtsdiensten besteht.¹⁵⁹

¹⁵⁸ Vgl. Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Unternehmensjuristinnen und -juristen (UJG) und erläuternder Bericht vom April 2009 und Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden und über den Schutz der schweizerischen Souveränität (ZSSG) und erläuternder Bericht vom Februar 2013.

¹⁵⁹ Vgl. dazu ausführlich Gutachten Nr. 16-156 des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung vom 11. September 2017.

Art. 177 Begriff

Artikel 168 Absatz 1 ZPO enthält einen abschliessenden Katalog der im Zivilprozess zulässigen Beweismittel (sog. *numerus clausus* der Beweismittel)¹⁶⁰; zulässige Beweismittel sind neben Zeugnis, Augenschein, Gutachten, schriftlicher Auskunft sowie Parteibefragung und Beweisaussage auch Urkunden. Artikel 177 ZPO definiert sodann, welche Dokumente als Urkunde im Sinne der ZPO gelten; nach dem Wortlaut des Gesetzes sind dies Schriftstücke, Zeichnungen, Pläne, Fotos, Filme, Tonaufzeichnungen, elektronische Dateien und dergleichen, die geeignet sind, rechtserhebliche Tatsachen zu beweisen.

Auf der Grundlage dieser Gesetzesbestimmung hat das Bundesgericht entschieden, dass Partei- oder Privatgutachten – also Gutachten von sachverständigen Personen, die nicht gemäss Artikel 183 ff. ZPO vom Gericht angeordnet und eingeholt, sondern von einer Partei selbst in Auftrag gegeben werden¹⁶¹ – nicht als Urkunden gemäss Artikel 177 ZPO gelten und damit kein Beweismittel im Sinne von Artikel 168 Absatz 1 ZPO darstellen.¹⁶² Dies ergebe sich vorab daraus, dass bei der Schaffung der ZPO Partei- oder Privatgutachten nicht nur als Gutachten, sondern als Beweismittel insgesamt ausgeschlossen worden seien. Dieser Entscheid steht im Widerspruch zu einem grossen Teil der Lehre¹⁶³ und führt daher auch zu Kritik an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.¹⁶⁴

Nach Ansicht des Bundesrates ist diese Rechtslage nicht befriedigend und sollte daher angepasst werden. Der Bundesrat schlägt vor, die Urkundenqualität von privaten Gutachten der Parteien ausdrücklich im Gesetz festzuhalten. Damit gelten solche Partei- oder Privatgutachten unter den allgemeinen Voraussetzungen als Urkunden und stellen daher als solche auch ein zulässiges Beweismittel im Sinne von Artikel 168 Absatz 1 Buchstabe b ZPO dar. Als solche unterliegen selbstverständlich auch Partei- oder Privatgutachten der freien Beweiswürdigung des Gerichts gemäss Artikel 157 ZPO und ergibt sich daher ihr Beweiswert im konkreten Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände (z.B. Beziehungen der Parteien zum Gutachter sowie Auftragserteilung, Prozess und Ablauf der Einholung des Gutachtens, Fachkunde des Parteigutachters etc.). Damit wird das Beweisrecht der ZPO in einem wesentlichen Punkt verbessert. Diese Anpassung ist auch angesichts der

¹⁶⁰ Vgl. dazu nur Botschaft ZPO, BBl 2006, S. 7320 sowie BGE 141 III 433 E. 2.5.1 unter Hinweis auf BGer Urteil 5A_957/2012 vom 28. Mai 2013 E. 2.

¹⁶¹ Vgl. zum Begriff DAVID RÜETSCHI, Das Parteigutachten unter der neuen ZPO, in: Bundi/Schmidt (Hrsg.), FS Meissner, Bern 2012, S. 3 ff., 11 f.
¹⁶² BGE 141 III 433 E. 2

¹⁶³ Vgl. z.B. THOMAS WEIBEL, Art. 177 N 4, in: ZK ZPO, 3. Aufl., Zürich 2016; HANS SCHMID, Art. 177 N 3, in: KUKO ZPO, 2. Aufl., Basel 2014; ANDREAS BINDER/ROMAN S. GUTZWILLER, Das Privatgutachten – eine Urkunde gemäss Art. 177 ZPO, ZZZ 2013, S. 171 ff.; wohl auch FRANÇOIS VOUILLOZ, Le témoignage écrit, RVJ 2016 S. 343 ff.; a.A. HEINRICH ANDREAS MÜLLER, Art. 177 N 11, in: DIKE ZPO, 2. Aufl., Zürich 2016; bedauernd auch DAVID RÜETSCHI, Das Parteigutachten unter der neuen ZPO, in: Bundi/Schmidt (Hrsg.), FS Meissner, Bern 2012, S. 3 ff., 14; differenzierend PHILIPPE SCHWEIZER, Art. 77 N 4, in: CPC commenté, Basel 2011.

¹⁶⁴ So FRANCESCO TREZZINI/François BOHNET, L'expertise privée selon l'ATF 141 III 433 – Une preuve imparfaite issue d'un concept imparfait, ZSR 2017 I S. 367 ff.; HANS SCHMID, Privatgutachten im Zivilprozess, SJZ 2016, S. 527 ff.

sozialversicherungsrechtlichen Rechtsprechung zu Partei- oder Privatgutachten kohärent.¹⁶⁵

Art. 198 Abs. 1 Bst. fund i sowie Abs. 2

Die Bestimmung regelt die Ausnahmen vom grundsätzlich obligatorischen Schlichtungsverfahren, das allen Entscheidungsverfahren vorausgehen soll. Die Stärkung der vorprozessualen beziehungsweise aussergerichtlichen Streitbeilegung war eines der Kernanliegen bei der Schaffung der ZPO und sie ist sehr erfolgreich, können doch im Schlichtungsverfahren 50% bis 80% der Streitigkeiten erledigt werden (vgl. dazu ausführlich vorne unter Ziff. 1.2.2). Dementsprechend enthält Artikel 198 ZPO einen abschliessenden Katalog von Ausnahmen vom Obligatorium der Schlichtung. Dieses System hat sich in den letzten Jahren seit Einführung der ZPO bewährt.

Zur weiteren Verbesserung dieses Systems schlägt der Bundesrat drei Anpassungen am geltenden Artikel 198 ZPO vor:

- Nach Artikel 7 ZPO können die Kantone ein Gericht bezeichnen, welches als einzige kantonale Instanz für Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach Krankenversicherungsgesetz¹⁶⁶ zuständig ist. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung handelt es sich um ein offensichtliches Versehen des Gesetzgebers, dass er Artikel 7 ZPO nicht gleich wie Artikel 5 und 6 ZPO in der Bestimmung von Artikel 198 Buchstabe f ZPO erwähnte.¹⁶⁷ Dieses Versehen ist nunmehr auch gesetzgeberisch zu korrigieren und *Buchstabe f* dahingehend anzupassen, dass neu die Fälle von Artikel 7 ZPO ausdrücklich auf der Stufe Gesetz vom Obligatorium des Schlichtungsverfahrens ausgenommen werden. Angesichts der erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist damit keine Rechtsänderung verbunden.
- Nach geltendem Recht ist für Klagen im Zuständigkeitsbereich des Bundespatentgerichts vorgängig ein Schlichtungsverfahren durchzuführen. Nach einhelliger Ansicht¹⁶⁸ handelt es sich dabei um ein gesetzgeberisches Versehen, welches darauf zurückzuführen ist, dass die Schaffung des Bundespatentgerichts bei Erlass der ZPO erst in Diskussion war und die ZPO in der Folge nicht wie anfänglich beabsichtigt¹⁶⁹ angepasst wurde. Diese Anpassung ist heute nachzuholen: Der Katalog von Ausnahmen vom Grundsatz des obligatorischen Schlichtungsverfahrens ist um einen neuen *Buchstaben i* für Klagen, für die das Bundespatentgericht zuständig ist, zu ergänzen. Damit wird die Rechtslage geklärt und materiell die geltende Praxis bestätigt.

¹⁶⁵ Vgl. dazu z.B. BGE 125 V 351

¹⁶⁶ Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG); SR 832.10

¹⁶⁷ BGE 138 III 558 E. 4

¹⁶⁸ Vgl. nur DAVID RÜETSCHI, Art. 27 N 19, in: Calame/Hess-Blumer/Stieger (Hrsg.), Kommentar Patentgerichtsgesetz, Basel 2013 sowie MARK SCHWEIZER, Das neue Bundespatentgericht: besser, schneller, billiger?, Jusletter vom 12. März 2012, FN 36 und FLORENT THOUVENIN, Bundespatentgericht: Verfahrensfragen am Übergang in eine neue Ära, sic! 2011 S. 479 ff., 488.

¹⁶⁹ Vgl. dazu Botschaft ZPO, BBl 2006, S. 7260

-
- Die dritte Anpassung betrifft die Fälle, in denen nach der bisherigen Regelung von Artikel 198 Buchstabe f ZPO kein Schlichtungsverfahren stattfindet, weil nach Artikel 5 und 6 eine einzige kantonale Instanz für die Streitigkeit zuständig ist. Diese Regelung hat sich nur teilweise bewährt: Aufgrund dieser Regelung muss namentlich auch zur Unterbrechung der Verjährung direkt Klage beim einzigen kantonalen Gericht erhoben werden, wenn die anderen Möglichkeiten nach Artikel 135 Ziffer 2 OR nicht zur Verfügung stehen. Diese Situation kann insbesondere dann auftreten, wenn gegen einen Schuldner kein Betreuungsort in der Schweiz besteht und daher die einfache und kostengünstige Möglichkeit der Schuldbetreibung nicht zur Verfügung steht. Dies wurde bereits kurz nach Inkrafttreten der ZPO in der Motion 13.3845 Romano «Unterbrechung der Verjährung in Verfahren ohne Schlichtungsversuch nach der Zivilprozessordnung» bemängelt. Vermehrt ist bei dieser Ausgangslage offenbar in letzter Zeit dazu übergegangen worden, bei einzigen kantonalen Gerichten nicht einlässlich begründete Klagen einzureichen und diese unmittelbar danach wieder zurückzuziehen, um damit dennoch in den Genuss der verjährungsunterbrechenden Wirkung zu kommen.¹⁷⁰ Gleichzeitig erscheint die direkte Einleitung der Klage gerade auch in gewissen Fällen von Artikel 5 ZPO, namentlich bei Verfahren zur Geltendmachung von urheberrechtlichen Ansprüchen gemäss Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe a ZPO, oftmals wenig sinnvoll, insbesondere wenn es um Massenverfahren eines Urheberrechtsinhabers beziehungsweise einer Verwertungsgesellschaft gegen eine Vielzahl von Personen geht.

Daher schlägt der Bundesrat vor, in einem neuen *Absatz 2* festzuhalten, dass bei Streitigkeiten, für die nach den Artikeln 5 und 6 eine einzige kantonale Instanz zuständig ist, die klagende Partei durch Einreichung des Schlichtungsgesuchs bei der Schlichtungsbehörde die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens verlangen oder die Klage direkt beim Gericht einreichen kann. Nach Wahl der klagenden Partei soll bei Zuständigkeit der einzigen kantonalen Instanz gemäss Artikel 5 oder 6 ZPO ein *fakultatives* Schlichtungsverfahren stattfinden können. Diesfalls gelangen die allgemeinen Regelungen gemäss Artikel 201 ff. ZPO zur Anwendung. Kommt es zu keiner Einigung, so erteilt die Schlichtungsbehörde gemäss Artikel 209 Absatz 1 ZPO die Klagebewilligung und die klagende Partei kann die Klage bei der einzigen kantonalen Instanz gemäss Artikel 5 oder 6 ZPO einreichen. Denkbar ist auch, dass in einem solchen Schlichtungsverfahren ein Urteilsvorschlag (Art. 210 ZPO) oder ein Entscheid (Art. 212 ZPO) erfolgt.

Art. 206 Abs. 4

Die Bestimmung von Artikel 204 ZPO regelt das persönliche Erscheinen zur Schlichtungsverhandlung; angesichts der Bedeutung der persönlichen Anwesenheit der Konfliktbeteiligten für die Schlichtungsverhandlung und ihr vordringliches Ziel

¹⁷⁰ Vgl. dazu CHRISTOF BERGAMIN, Verjährungsunterbrechung bei Nachbesserung – Zum Problem bei Zuständigkeit eines Handelsgerichts, BR 2017, S. 13; JAMES T. PETER, Verjährungsunterbruch von Ansprüchen mit handelsgerichtlicher Zuständigkeit, *Anwaltsrevue* 2012, S. 364 ff.

der Schlichtung statuiert die ZPO eine grundsätzliche Teilnahmepflicht der Parteien (Art. 204 Abs. 1 ZPO). Dementsprechend sieht die ZPO in Artikel 204 Absatz 3 ZPO lediglich in bestimmten abschliessenden Fällen eine Ausnahme von dieser Teilnahmepflicht vor. Erscheint eine Partei nicht zur Schlichtungsverhandlung, lässt sich in den Fällen von Artikel 204 Absatz 3 ZPO insbesondere auch nicht genügend vertreten und verstösst damit gegen diese grundsätzliche Teilnahmepflicht, so stellt sich die Frage nach den prozessualen Wirkungen dieses Verhaltens. Grundsätzlich hat dies Säumnis der betreffenden Partei zur Folge; diese Säumnis wird in Artikel 206 ZPO für das Schlichtungsverfahren besonders geregelt, wobei zwischen Säumnis der klagenden Partei (= Rückzug des Schlichtungsgesuchs und Abschreibung des Verfahrens, vgl. Art. 206 Abs. 1 ZPO) und der beklagten Partei (= Behandlung, wie wenn keine Einigung zu Stande gekommen wäre [Art. 206 Abs. 2 ZPO] und damit Ausstellung der Klagebewilligung) zu unterscheiden ist.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann der Verstoss gegen die grundsätzliche Teilnahmepflicht unabhängig von den Säumnisfolgen jedoch auch eine Bestrafung mit einer Ordnungsbusse nach Artikel 128 ZPO zur Folge haben; dies gilt namentlich für die beklagte Partei, die ansonsten durch ihr Nichterscheinen den gesetzgeberischen Willen, dass ein Einigungsversuch stattfinden soll, sanktionslos vereiteln könnte. Vorausgesetzt dafür ist jedoch, dass das Nichterscheinen eine Störung des Geschäftsgangs (Art. 128 Abs. 1 ZPO) respektive eine bös- oder mutwillige Prozessführung (Art. 128 Abs. 3 ZPO) darstellt und diese disziplinarische Massnahme vor ihrer Anordnung soweit möglich und zweckmässig angedroht wurde.¹⁷¹

Zur weiteren Verbesserung der Anwenderfreundlichkeit des Gesetzes soll diese bundesgerichtliche Rechtsprechung mit einem *neuen Absatz 4* zu Artikel 206 ZPO ins Gesetz überführt werden. Nach dieser neuen Bestimmung kann eine Partei, die nicht persönlich erscheint und die sich in den Fällen von Absatz 3 auch nicht vertreten lässt, mit einer Ordnungsbusse bis zu 1000 Franken bestraft werden. Diese Regelung richtet sich an die klagende und die beklagte Partei gleichermassen, wenngleich sie sich angesichts der erwähnten Säumnisfolgen primär an die beklagte Partei richtet. Die neue Bestimmung übernimmt grundsätzlich die Regelung von Artikel 128 Absatz 1 ZPO, wobei neu und im Unterschied auch zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung keine besonderen qualifizierenden Umstände wie die Störung des Geschäftsgangs oder gar eine bös- oder mutwillige Prozessführung vorliegen müssen. Wie nach geltendem Recht ist auch diese disziplinarische Bestrafung vor ihrer Anordnung anzudrohen, was ohne weiteres im Rahmen der Vorladung zur Schlichtungsverhandlung geschehen kann und sollte.

Art. 209 Abs. 4 zweiter Satz

Nach dieser Bestimmung sind abweichend von der allgemeinen Frist zur Einreichung der Klage beim Gericht von drei Monaten (vgl. Art. 210 Abs. 3 ZPO) und der besonderen verkürzten Klagefrist von 30 Tagen bei Streitigkeiten aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen sowie aus landwirtschaftlicher Pacht (vgl. Art. 210 Abs. 4 Satz 1 ZPO) noch «weitere besondere gesetzliche und gericht-

¹⁷¹ BGE 141 III 265 E. 3-5

liche Klagefristen» vorbehalten. Diese Regelung ist hinsichtlich der vorbehaltenen «gerichtlichen» Klagefristen anzupassen: Nach Artikel 198 Buchstabe h ZPO findet in Fällen, in denen das Gericht Frist zur Klage gesetzt hat, mithin eine gerichtliche Klagefrist läuft, gar kein Schlichtungsverfahren statt, so dass dieser Vorbehalt in Artikel 209 Absatz 4 zweiter Satz ZPO («gerichtliche Klagefristen») bedeutungslos ist¹⁷² und daher zum besseren Verständnis der Rechtslage gestrichen werden soll. Lediglich bei besonderen Klagefristen von Gesetzes wegen (z.B. bei der Arrestprosequierungsklage nach Art. 279 SchKG) gehen diese der allgemeinen Klagefrist von drei Monaten gemäss Artikel 209 Absatz 3 ZPO vor.

Art. 210 Abs. 1 Einleitungssatz und Bst. c

Die Schlichtungsbehörden können in bestimmten Fällen als weitere Möglichkeit neben ihrer klassischen Funktion als Schlichtungsstelle, welche den Parteien mit dem Ziel der Schlichtung einen Vergleichsvorschlag unterbreitet, und ihrer Entscheidungsmöglichkeit im Rahmen ihrer beschränkten richterlichen Funktion (vgl. Art. 212 ZPO) den Parteien auch einen sogenannten Urteilsvorschlag unterbreiten (Art. 210 ZPO; vgl. zur vorgeschlagenen terminologischen Anpassung «Entscheidungs-vorschlag» statt «Urteilsvorschlag» vorne unter *Ersatz eines Ausdruckes*). Dieser hat die Wirkungen eines rechtskräftigen Entscheids, wenn er nicht innert 20 Tagen seit der schriftlichen Eröffnung von einer Partei abgelehnt wird (Art. 211 Abs. 1 ZPO).

Wie vorne ausführt, handelt es sich beim Schlichtungsverfahren gemäss Artikel 197 ff. ZPO um ein Erfolgsmodell, zumal im Schlichtungsverfahren Erfolgsquoten von knapp 50% bis 80% für Erledigungen durch Einigung der Parteien erreicht werden (vgl. dazu ausführlich unter Ziff. 1.2.2). Daher verlangte der Kanton Bern mit einer Standesinitiative, das Schlichtungsverfahren und die Schlichtungsverhandlung weiter zu stärken und auszubauen, namentlich indem die Kompetenzen der Schlichtungsbehörden erweitert werden.¹⁷³

Gerade das mit der ZPO neu (mit Ausnahme der Kantone Aargau, Schwyz und St. Gallen) eingeführte Instrument des Urteilsvorschlags hat durchaus Potenzial für die einfache und rasche Erledigung einer Streitsache: Einerseits können damit Verfahren beendet werden, in denen der Abschluss eines Vergleiches knapp gescheitert ist und die Vorschlagsbefugnis der Schlichtungsbehörde von den Parteien auch unter dem Aspekt der Gesichtswahrung als erleichternd empfunden wird. Weiter können damit Säumnisfälle effizient erledigt werden, namentlich wenn die beklagte Partei aus finanziellen Gründen der Verhandlung fern bleibt. Untersuchungen zeigen, dass bereits 2012 schweizweit 3% aller eingeleiteten Schlichtungsverfahren mit einem Urteilsvorschlag erledigt werden konnten; in Kantonen, die das Instrument des Urteilsvorschlags bereits länger kennen, liegen diese Zahlen teilweise signifikant höher (Kanton Aargau: 8.5% im Jahr 2011 und Kanton St. Gallen: 6.2%).¹⁷⁴

¹⁷² BGE 140 III 561 E. 2.2.1; vgl. dazu LAURENT GROBÉTY/MICHEL HEINZMANN, Délais de déchéance et autorisation de procéder, BR 2015, S. 169 f.

¹⁷³ Vgl. 16.302 Kt. Iv. Bern Erfolgsmodell Schlichtungsverhandlung ausbauen.

¹⁷⁴ Vgl. ISAAK MEIER/SARAH SCHEIWILLER, Erfolg des Schlichtungs- und Urteils-vorschlagsverfahrens nach neuer ZPO, ZSR 2014 I, S. 155 ff., 186 f.

Nach Ansicht des Bundesrates lässt sich der Erfolg des Schlichtungsverfahrens noch weiter steigern, wenn die Kompetenzen der Schlichtungsbehörden gerade im Bereich des Urteilsvorschlags vergrössert werden. Daher schlägt der Bundesrat vor, Artikel 210 Absatz 1 Buchstabe c ZPO dahingehend anzupassen, dass die Schlichtungsbehörde neu für vermögensrechtliche Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von 10000 Franken (statt wie bisher nur bis 5000 Franken) einen Urteilsvorschlag unterbreiten können. Damit geht der Bundesrat betragsmässig noch über den Vorschlag der erwähnten Standesinitiative des Kantons Berns hinaus, wo eine Erhöhung auf 8000 Franken angeregt wurde; demgegenüber hält es der Bundesrat gerade nicht für zielführend, hier zugunsten der Kantone lediglich eine *Möglichkeit* zur Erhöhung der Kompetenzen der Schlichtungsbehörde vorzusehen, weil damit die Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts in Frage gestellt würde. In jedem Fall sind die Parteien über die Wirkungen des Urteilsvorschlags hinzuweisen, insbesondere den mit der Annahme des Urteilsvorschlags verbundenen Verzicht auf die erweiterten gerichtlichen Verfahrenshilfen des vereinfachten Verfahrens; dies namentlich dann, wenn die Parteien nicht vertreten sind.

Art. 224 Abs. 1 und 2^{bis}

Die beklagte Partei kann spätestens in der Klageantwort Widerklage erheben und damit eigene Ansprüche geltend machen; die Widerklage ist eine selbstständige Klage, die als solche bestehen bleibt, auch wenn die Klage zurückgezogen oder darauf nicht eingetreten wird, und ermöglicht die gemeinsame Behandlung von Ansprüchen und Gegenansprüchen in einem einzigen Prozess. Sie dient somit wie die Klagenhäufung, mit der sie eng verwandt ist, vorab der Prozessökonomie und ist von eminenter praktischer Bedeutung.

Wie die Praxisauswertung zeigt, funktioniert die gesetzliche Regelung der Widerklage gemäss Artikel 224 ZPO grundsätzlich. Gleichwohl hat sich gezeigt, dass – vergleichbar mit der objektiven Klagenhäufung nach Artikel 90 ZPO – nach geltendem Recht die Zulässigkeit der Widerklage eingeschränkt ist, insbesondere in Bezug auf die Voraussetzung der gleichen Verfahrensart. Zwischenzeitlich hat das Bundesgericht der mehrheitlich vertretenden Ansicht folgend entschieden, dass eine auf eine echte Teilklage im vereinfachten Verfahren erhobene negative Feststellungswiderklage zulässig ist, auch wenn diese den Streitwert für das vereinfachte Verfahren übersteigt und damit grundsätzlich im ordentlichen Verfahren zu beurteilen wäre.¹⁷⁵ Nach Ansicht des Bundesrats besteht hier gesetzlicher Klärungs- und Anpassungsbedarf, zumal das Verhältnis zwischen den Regelungen von Artikel 224 ZPO und Artikel 94 ZPO über die Streitwertberechnung bei Widerklage zu Unklarheiten Anlass gibt.

Der Bundesrat schlägt daher folgende Anpassungen von Artikel 224 ZPO vor, welche inhaltlich die gleiche Stossrichtung verfolgen wie die Anpassungen bei der verwandten Klagenhäufung nach Artikel 90 ZPO:

- In *Absatz 1* soll wie bei der Klagenhäufung neu allgemein die Voraussetzung der gleichen Verfahrensart gestrichen werden. Damit soll auch eine verfahren-

¹⁷⁵ BGE **143** III 506 E. 4 m.w.H. auf die Lehre.

rensartübergreifende Widerklage grundsätzlich zulässig sein. Wie bei der Klagenhäufung ist eine Widerklage dann weiterhin unzulässig, wenn nur für die Widerklage das summarische oder ein besonderes familienrechtliches Verfahren anwendbar ist; in diesen beiden Verfahrensarten ist eine verfahrensartübergreifende Widerklage nicht sinnvoll. Neu ausdrücklich vorausgesetzt werden soll demgegenüber auch für die Widerklage, unabhängig von der Zuständigkeitsbestimmung von Artikel 14 ZPO, dass ein sachlicher Zusammenhang zwischen Haupt- und Widerklage besteht.

- In einem neuen *Absatz 2^{bis}* wird für den Fall einer verfahrensartübergreifenden Widerklage wie bei der Klagenhäufung angeordnet, dass für Ansprüche, die aufgrund ihrer Natur im vereinfachten Verfahren zu beurteilen sind, Artikel 247 sinngemäss gilt, auch wenn Haupt- und Widerklage aufgrund von Artikel 94 ZPO zusammen im ordentlichen Verfahren beurteilt werden. Damit wird sichergestellt, dass für solche Ansprüche auch im Falle einer Widerklage die besonderen Erleichterungen gemäss Artikel 247 ZPO ebenfalls gelten (vgl. dazu auch die Ausführungen zu Artikel 90 vorne).

Art. 236 Abs. 4

Nach Artikel 236 Absatz 3 ZPO ordnet das entscheidende Gericht auf Antrag der obsiegenden Partei bereits Vollstreckungsmassnahmen an. Solche Vollstreckungsmassnahmen berechtigen zur direkten Vollstreckung nach Artikel 337 Absatz 1 ZPO. Dies dient dem effektiven Rechtsschutz.¹⁷⁶

In den Fällen, wo ein Entscheid mit seiner Ausfällung mangels Rechtsmittel mit Suspensivwirkung sofort vollstreckbar ist und damit grundsätzlich bei fehlender Berufungsmöglichkeit, hat auch die unterliegende Partei ein Interesse an einem effektiven und raschen Rechtsschutz und damit daran, dass ihr auf Antrag bereits das entscheidende Gericht insofern zu Hilfe kommen kann, dass es die Vollstreckung ausnahmsweise einstweilen bis zu einem entsprechenden Entscheid der Rechtsmittelinstanz aufschiebt. Denn erfahrungsgemäss kann bis zu einem solchen Entscheid der Rechtsmittelinstanz gemäss Artikel 325 Absatz 2 ZPO einige Zeit verstreichen, innert welcher die unterliegende Partei nicht vor der einstweiligen Vollstreckung geschützt ist. Dies soll nach dem Vorschlag des Bundesrates mittels eines neuen *Absatz 4* ZPO ergänzt werden. Damit wird auch dem Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit entsprochen. Nach dem klaren Wortlaut der neuen Bestimmung kann ein solcher einstweiliger Aufschub durch das entscheidende Gericht nur ausnahmsweise erfolgen und nur unter dem Vorbehalt des diesbezüglichen Entscheids der Rechtsmittelinstanz. Erhebt die unterliegende Partei in der Folge kein Rechtsmittel oder stellt im Rechtsmittelverfahren keinen Antrag um Aufschiebung der Vollstreckung, so entfällt der Vollstreckungsaufschub.

Art. 239 Abs. 2 erster Satz und Abs. 2^{bis}

Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) leitet sich auch die Pflicht der Behörden und Gerichte ab, ihre Entscheide zu begründen. Entscheide

¹⁷⁶ Vgl. PAUL OBERHAMMER, Art. 236 N 15, in: KUKO ZPO, 2. Aufl., Basel 2014.

nach Artikel 236 ff. ZPO sind daher grundsätzlich zu begründen (vgl. auch Art. 238 Bst. g ZPO). Artikel 239 sieht von diesem Grundsatz Ausnahmen vor, indem ausnahmsweise Entscheide ohne schriftliche Begründung eröffnet werden können; dies ist dann möglich, wenn entweder in der Hauptverhandlung das schriftliche Dispositiv übergeben und der Entscheid gleichzeitig kurz mündlich begründet wird (Art. 239 Abs. 1 Bst. a ZPO) oder wenn das Gericht den Parteien das Dispositiv förmlich zustellt (Art. 239 Abs. 1 Bst. b ZPO). In beiden Fällen läuft den Parteien ab der Eröffnung des Entscheids eine Frist von zehn Tagen, innert der eine schriftliche Begründung des Entscheids verlangt werden kann. Wird keine schriftliche Begründung verlangt, gilt dies als Verzicht auf die Anfechtung des Entscheids und eine schriftliche Begründung des Entscheids unterbleibt gänzlich.

Diese Regelung hat sich soweit bekannt bewährt, jedoch mit folgenden zwei Ausnahmen, die daher mit dieser Vorlage angepasst werden sollen:

- Verlangt eine Partei innert zehn Tagen seit der Eröffnung des Entscheids eine schriftliche Begründung, hat das Gericht eine solche nachträglich aus- und zuzustellen und damit in vielen Fällen überhaupt auszuarbeiten (Art. 239 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Das Gesetz enthält keine Regelung darüber, innert welcher Frist das Gericht die schriftliche Begründung aus- und zuzustellen hat. Der Bundesrat schlägt daher vor, im Interesse der möglichst raschen und zeitnahen Erledigung und Ausfertigung solcher nachträglichen schriftlichen Begründungen neu gesetzlich vorzusehen, dass in diesen Fällen die schriftliche Begründung innert vier Monaten nach der Eröffnung des Entscheids nachzuliefern ist (Art. 239 Abs. 2 erster Satz VE-ZPO). Auch wenn es sich dabei um eine Ordnungsfrist handelt, so dient dies dennoch der beförderlichen Behandlung solcher Gesuche um nachträgliche schriftliche Begründung, die letztlich auch im Interesse der Gerichte liegt.
- Auch wenn ein Entscheid zumindest bei seiner Eröffnung (noch) nicht begründet ist, kann eine Partei ein berechtigtes Interesse haben, dass dieser Entscheid möglichst rasch vollstreckt werden kann, namentlich bei drohendem Rechtsverlust oder anderweitiger Dringlichkeit. Nach geltendem Recht bestehen für diese Fälle gewisse Rechtsunsicherheiten, die nach dem Willen des Bundesrates durch eine klare gesetzliche Regelung in einem neuen *Ab-satz 2^{bis}* geklärt werden sollen. Darin ist vorab gesetzlich klar zu regeln, dass ein ohne schriftliche Begründung eröffneter Entscheid – wie ein schriftlich begründeter Entscheid – vollstreckbar ist (*Abs. 2^{bis} Satz 1*). Dies gilt bereits nach geltendem Recht: Entscheide, gegen die keine Rechtsmittel mit gesetzlicher Suspensivwirkung zur Verfügung stehen, werden auch dann mit ihrer Eröffnung vollstreckbar, wenn sie ohne schriftliche Begründung eröffnet werden.¹⁷⁷ Neu gesetzlich zu regeln ist sodann die Möglichkeit der vorzeitigen Vollstreckung beziehungsweise des Aufschubs der Vollstreckung auch in diesen Fällen (*Abs. 2^{bis} Satz 2*); hier besteht eine Lücke im Gesetz. Nach geltendem Recht ist zwischen Eröffnung des unbegründeten Entscheids und Ergreifen eines Rechtsmittels auch keine Instanz dafür zuständig, zumal vor Vorliegen der schriftlichen Begründung auch kein Rechtsmittel eingereicht

¹⁷⁷ Vgl. nur DANIEL STAEHELIN, Art. 239 N 35 in: ZK ZPO, 3. Aufl., Zürich 2016.

werden kann. Diese Lücke gilt es im Interesse der Rechtssicherheit zu füllen. Dies betrifft einerseits die Fälle, in denen gegen den Entscheid ein Rechtsmittel mit grundsätzlicher Suspensivwirkung zulässig ist (insb. Berufung). Andererseits geht es aber umgekehrt um Fälle, wo ohne Aufschub der Vollstreckung gestützt auf den unbegründeten Entscheid bereits vollstreckt werden könnte. In beiden Fällen ist das entscheidende Gericht zuständig. Überdies gilt, dass das Gericht zum Schutz der Gegenpartei nötigenfalls sichernde Massnahmen oder die Leistung einer Sicherheit anordnet (*Abs. 2^{bis} Satz 3*).

Art. 241 Abs. 4

Die Bestimmung regelt die Beendigung des Verfahrens durch Vergleich, Klageanerkennung oder Klagerückzug. In diesen Fällen wird das Verfahren beendet, ohne dass das Gericht einen materiellen Entscheid fällt. Das Verfahren wird dabei unmittelbar durch die sogenannten Entscheidsurrogate – das sind Vergleich, Klageanerkennung oder Klagerückzug – selbst beendet (sog. Berner Modell); dennoch ist namentlich aus Beweisgründen und zur Sicherstellung der Vollstreckbarkeit des Entscheidsurrogats ein zusätzlicher Abschreibungsentscheid notwendig, der jedoch lediglich deklaratorische Bedeutung hat (vgl. Art. 241 Abs. 3 ZPO).

Gegen das Entscheidsurrogat selbst steht grundsätzlich weder die Berufung noch die Beschwerde zur Verfügung; dagegen kann mittels Revision gemäss Artikel 328 Absatz 1 Buchstabe c ZPO vorgegangen werden.¹⁷⁸ Dabei geht es um die zivilrechtliche Anfechtung des Entscheidsurrogats selbst, in den meisten Fällen zur Geltendmachung von Willensmängeln, das heisst Irrtum, Täuschung, Furchterregung, beim Abschluss oder Zustandekommens des Entscheidsurrogats, zumeist des Vergleichs.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist der Abschreibungsentscheid nach Artikel 243 Absatz 3 ZPO mit keinem Rechtsmittel anfechtbar mit Ausnahme des Kostenpunkts, gegen den Beschwerde möglich ist.¹⁷⁹ Diese Rechtslage befriedigt nur teilweise: Denn neben der zivilrechtlichen Anfechtbarkeit des Entscheidsurrogats gibt es andere Mängel, welche gerade zur absoluten Unwirksamkeit des Entscheidsurrogats und damit zu dessen Nichtigkeit führen. Primär handelt es sich um Mängel formeller Natur wie zum Beispiel die fehlende Unterzeichnung des Protokolls (vgl. Art. 241 Abs. 1 ZPO), die fehlende Vertretungsmacht des unterzeichnenden Rechtsvertreters oder die mangelnde Vergleichsfähigkeit der Streitsache, aber auch materielle Mängel wie einen Verstoss gegen zwingende zivilrechtliche Grundsätze (Art. 27 ZGB, Art. 20 OR). Das Entscheidsurrogat vermag in diesen Fällen zu keinem Zeitpunkt Rechtswirkung zu entfalten. Damit ist letztlich auch ein allfällig gestützt darauf erlassener Abschreibungsentscheid zu Unrecht ergangen und damit fehlerhaft. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist (wohl) auch in diesen Fällen mit Revision vorzugehen.¹⁸⁰ Dieser Rechtsmittelweg erscheint aber wenig geeignet, zumal es sich bei der Revision um ein nicht devolutives Rechtsmit-

¹⁷⁸ BGE 139 III 133 E. 1.3

¹⁷⁹ BGE 139 III 133 E. 1.2

¹⁸⁰ BGE 139 III 133 E. 1.2; ANDREAS BAECKERT/ROBERT WALLMÜLLER, Rechtsmittel bei Beendigung des Verfahrens durch Entscheidsurrogat (Art. 241 ZPO), ZZZ 2014/2015, S. 15 ff., 23.

tel handelt und der Abschreibungsentscheid als deklaratorischer Akt eigentlich nicht Anfechtungsobjekt der Revision sein kann.¹⁸¹

Zur Verbesserung schlägt der Bundesrat daher vor, dass in einem neuen *Absatz 4* zukünftig die Beschwerdemöglichkeit gegen den Abschreibungsentscheid ausdrücklich vorgesehen ist. Während der Vergleich, die Klageanerkennung oder der Klagerückzug unverändert mit Ausnahme der Revision (Art. 328 Abs. 1 Bst. c ZPO) nicht mit einem Rechtsmittel angefochten werden können, soll neu der gerichtliche Abschreibungsentscheid generell mit Beschwerde anfechtbar sein. Dabei geht es um die Geltendmachung von Mängeln, die zur Nichtigkeit des Entscheidsurrogats und damit eben auch des Abschreibungsentscheids führen; nur in diesen Fällen kann gegen den Abschreibungsentscheid Beschwerde geführt werden. Unverändert hat der Abschreibungsentscheid lediglich deklaratorischen Charakter.

Art. 243 Abs. 3

Artikel 243 legt den Geltungsbereich des vereinfachten Verfahrens fest, das sich durch stärkere Betonung der materiellen Prozessleitung, insbesondere eine verstärkte richterliche Fragepflicht, durch eine geringere Formstrenge und den Vorrang der Mündlichkeit auszeichnet, womit gerade auch eine raschere Prozesserledigung erreicht werden soll.¹⁸² Nach Artikel 243 Absatz 3 ZPO findet das vereinfachte Verfahren keine Anwendung bei Streitigkeiten nach Artikel 5, 6 und 8 ZPO vor der einzigen kantonalen Instanz oder dem Handelsgericht. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung geht die Regelung über die Verfahrensart derjenigen über die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts vor: das bedeutet, dass die Verfahren nach Artikel 243 Absatz 1 und 2 ZPO stets im vereinfachten Verfahren durchzuführen sind und zwar auch dann, wenn die Voraussetzungen von Artikel 6 ZPO an sich für das Handelsgericht sprechen. Gilt für eine Streitigkeit nach Artikel 243 Absatz 1 oder 2 ZPO das vereinfachte Verfahren, ist das Handelsgericht nicht zuständig. Im Ergebnis bedeutet dies, dass die ordentlichen Gerichte im vereinfachten Verfahren zuständig sind.¹⁸³

Diese zweifellos naheliegende und dienende Funktion des Prozessrechts unterstreichende Vorgehensweise und Klarstellung der Rechtslage sollte sich zukünftig direkt aus dem Gesetzeswortlaut ergeben: Dazu soll Artikel 6 ZPO um einen neuen Absatz 7 ergänzt werden, wonach die Zuständigkeit des Handelsgerichts bei Streitigkeiten im vereinfachten Verfahren ausgeschlossen ist (vgl. dazu die Erläuterungen zu Art. 6 vorne). Die Bestimmung von Artikel 243 Absatz 3 ZPO ist entsprechend anzupassen, indem der Ausschluss der Anwendbarkeit des vereinfachten Verfahrens zukünftig nur die Streitigkeiten vor einer einzigen kantonalen Instanz nach den Artikeln 5 und 8 betrifft. Für die Handelsgerichte wird ihre Zuständigkeit gemäss Artikel 6 Absatz 7 VE-ZPO für Streitigkeiten im vereinfachten Verfahren ausgeschlossen.

¹⁸¹ ANDREAS BAECKERT/ROBERT WALLMÜLLER, Rechtsmittel bei Beendigung des Verfahrens durch Entscheidsurrogat (Art. 241 ZPO), ZZZ 2014/2015, S. 15 ff., 23.

¹⁸² Vgl. dazu z.B. CHRISTIAN FRAEFEL, Art. 243 N 2, in: KUKO ZPO, 2. Aufl., Basel 2014.

¹⁸³ BGE 143 III 137 E. 2; 139 III 457 E. 4

Art. 249 Bst. a Ziff. 5, Art. 250 Bst. c Ziff. 6 und 11

Die Kataloge der wichtigsten Summarsachen aus ZGB und OR sind aufgrund zwischenzeitlicher Gesetzesänderungen wie folgt anzupassen:

- In *Artikel 249 Buchstabe a* (Personenrecht) ist eine neue *Ziffer 5* einzuführen, welche auf die bereits vor einiger Zeit angepassten Bestimmungen über die Mängel in der Organisation eines Vereins zurückgehen;¹⁸⁴ soweit bei Organisationsmängeln eines Vereins (Art. 69c ZGB) das Gericht angerufen wird und dieses die erforderlichen Massnahmen ergreifen muss (z.B. Fristansetzung zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands, Ernennung eines Sachwalters oder von Organmitgliedern), ist ebenfalls das summarische Verfahren anwendbar.¹⁸⁵
- In *Artikel 250 Buchstabe c* soll *Ziffer 6* dahingehend angepasst werden, dass neu nicht mehr einzelne vom Gericht im Falle von Organisationsmängeln einer Gesellschaft oder Genossenschaft zu ergreifende Massnahmen aufgeführt werden sollen; in Übernahme der geltenden Rechtslage¹⁸⁶ soll neu allgemein von Massnahmen im Falle von Organisationsmängeln gesprochen werden und auf sämtliche entsprechenden Gesetzesbestimmungen des materiellen Rechts bei allen Gesellschaftsformen und der Genossenschaft verwiesen werden. Mit dem Inkrafttreten des neuen Handelsregisterrechts¹⁸⁷ ist hier noch die Bestimmung von Artikel 581a OR zur Kollektivgesellschaft zu ergänzen. Gleichzeitig kann damit *Ziffer 11* gestrichen werden; der dort bisher ausdrücklich aufgeführte Fall der Ernennung und Abberufung der Revisionsstelle ist von der neu gefassten *Ziffer 6* als Unterfall vollständig erfasst.

Art. 265 Abs. 4

Die Bestimmung regelt die superprovisorischen Massnahmen, das heisst vorsorgliche Massnahmen, die aufgrund besonderer Dringlichkeit besonders schnell und daher sofort und ohne vorgängige Anhörung der Gegenpartei angeordnet werden (vgl. Art. 265 Abs. 1 ZPO). In diesen Fällen lädt das Gericht die Parteien zusammen mit der Zustellung seiner Entscheidung zu einer Verhandlung ein oder setzt der Gegenpartei eine Frist zur schriftlichen Stellungnahme; dies gilt grundsätzlich unabhängig davon, ob das Gericht die beantragten Massnahmen superprovisorisch anordnet oder nicht.¹⁸⁸

¹⁸⁴ Änderung des Obligationenrechts vom 16. Dezember 2005 (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht), AS **2007** 4791.

¹⁸⁵ Vgl. MARTIN KAUFMANN, Art. 248 N 8, in: DIKE ZPO, 2. Aufl., Zürich 2016 und PASCAL MONTAVON, Abrégé de droit civil, 3. Aufl., Zürich 2013, S. 123 sowie BGE **138** III 166 E. 3.9.

¹⁸⁶ Vgl. nur BGE **138** III 166 E. 3.9 sowie WOLFGANG MÜLLER/THOMAS NIETLISPACH/SILVIA MARGRAF, Art. 731b N 7, in: CHK Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich 2016 und MARTIN KAUFMANN, Art. 250 N 3, in: DIKE ZPO, 2. Aufl., Zürich 2016.

¹⁸⁷ Änderung des Obligationenrechts (Handelsregisterrecht) vom 17. März 2017, BBl **2017** 2433.

¹⁸⁸ BGE **137** III 417 E. 1.2

In der Praxis hat sich gezeigt, dass diese Bestimmung dann Fragen aufwirft und Probleme macht, wenn das Gericht eine Anordnung abweist und sich die gesuchstellende Partei gegen diesen Entscheid zur Wehr setzen möchte. Wird gemäss Artikel 265 Absatz 2 ZPO ungeachtet dieses Rechtsmittelverfahrens die Gegenpartei zur Verhandlung vorgeladen oder zur schriftlichen Stellungnahme eingeladen, so bedeutet dies, dass die Gegenpartei Kenntnis vom gegen sie beabsichtigten und eingeleiteten Massnahmeverfahren erhält, ohne dass die gesuchstellende Partei durch irgendwelche Massnahmen und Anordnung gegen die (behauptete) Rechtsgefährdung geschützt ist. Die gesuchstellende Partei läuft somit Gefahr, dass die Gegenpartei Kenntnis von der angestrebten Massnahme erhält, selbst wenn diese ausschliesslich superprovisorisch beantragt wird.¹⁸⁹

Zur Klärung und Verbesserung der Rechtslage ist hier mittels eines neuen *Absatz 4* gesetzlich zu regeln und damit auch klarzustellen, dass das ersuchte Gericht, welches die Anordnung einer superprovisorischen Massnahme ganz oder teilweise ablehnt, auf Antrag der gesuchstellenden Partei mit der Eröffnung des Entscheids an die Gegenpartei und der Einladung zur Verhandlung oder der Fristansetzung zur Stellungnahme zuwartet, bis über die Beschwerde gegen den Entscheid entschieden ist. Diesen Antrag kann die gesuchstellende Partei bereits zusammen mit dem Massnahmegesuch stellen. Verzichtet die gesuchstellende Partei in der Folge auf die Anfechtung des ablehnenden Entscheids oder zieht sie ein eingelegtes Rechtsmittel zurück, so hat umgehend die Zustellung des Entscheids an die Gegenpartei zu erfolgen. Gleiches gilt, wenn das Rechtsmittel der gesuchstellenden Partei (endgültig) abgelehnt wird. Mit dieser Regelung wird die prozessuale Lage zugunsten der gesuchstellenden Partei verbessert, ohne dass damit der Gegenseite irgendwelche Nachteile entstehen; letztlich dient diese gesetzliche Ergänzung der Verbesserung der prozessualen Waffengleichheit.

Art. 266 Bst. a

Die Bestimmung von Artikel 266 ZPO regelt die vorsorglichen Massnahmen gegen periodisch erscheinende Medien. Damit wurde die frühere Bestimmung von Artikel 28c Abs. 3 aZGB des früheren Rechts übernommen und in die ZPO überführt.¹⁹⁰ Dennoch entspricht der Wortlaut von Artikel 266 Buchstabe a ZPO insofern nicht dem früheren Recht, als bestehende Rechtsverletzungen nicht mehr erfasst erscheinen.¹⁹¹ Dieses gesetzgeberische Versehen¹⁹² soll daher korrigiert und *Buchstabe a* dahingehend angepasst werden, dass zukünftig auch bestehende Rechtsverletzungen ausdrücklich erwähnt werden.

¹⁸⁹ Vgl. MIGUEL SOGO, Rechtsmittel gegen die Abweisung superprovisorischer Massnahmen, SJZ 2017, S. 1.

¹⁹⁰ Botschaft ZPO, BBl 2006, S. 7357.

¹⁹¹ Vgl. dazu nur MICHEL HEINZMANN/BETTINA BACHER, Art. 266 ZPO: Alter Wein in neuen Schläuchen?, medialex 2013, S. 159; MATTHIAS SCHWAIBOLD, Superprovisorische Massnahmen gegen Medien im Persönlichkeitsrecht, in: Furrer (Hrsg.), Aktuelle Anwaltspraxis, Zürich 2013, S. 135 ff. und MATTHIAS SCHWAIBOLD, Eine versehentliche Reform: Massnahmen gegen periodische Medien gemäss Art. 266 ZPO, SZZP 2013, S. 355 ff.

¹⁹² Vgl. nur LUCIUS HUBER, Art. 266 N 4a, in: ZK ZPO, 3. Aufl., Bern 2016.

Art. 295 Abs. 2

Artikel 295 ZPO legt als Grundsatz fest, dass für selbstständige Klagen in Kinderbelangen das vereinfachte Verfahren gilt. Insbesondere selbstständige Unterhaltsklagen nach Artikel 276 ff. ZPO oder Klagen betreffend die Anfechtung oder Feststellung des Kindesverhältnisses (Art. 256, 260a resp. 261 ZGB, sog. Statusprozesse) werden demnach im vereinfachten Verfahren durchgeführt. Nach Artikel 296 ZPO gilt in diesen Fällen überdies der strenge Untersuchungsgrundsatz (Art. 296 Abs. 1 ZPO: «Das Gericht erforscht den Sachverhalt von Amtes wegen»); vgl. zu dieser Bestimmung auch die Erläuterungen nachfolgend) und der Offizialgrundsatz, das heisst, das Gericht ist nicht an die Parteianträge gebunden (Art. 296 Abs. 3 ZPO).

Die Regelung betrifft nur Kinderbelange im engeren Sinne, das heisst Klagen von minderjährigen Kindern. Was für Klagen volljähriger Kinder und damit insbesondere Klagen auf «Volljährigenunterhalt» gilt, ist demgegenüber für das geltende Recht unklar. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist dagegen klar, dass die Klagen auf Verwandtenunterstützung (Art. 329 Abs. 3 ZGB) im ordentlichen Verfahren zu beurteilen sind.¹⁹³ Nicht abschliessend beurteilt hat das Bundesgericht demgegenüber die Frage der auf Unterhaltsklagen volljähriger Kinder anwendbaren Verfahrensart, auch wenn das Bundesgericht (obiter) dazu tendierte, das volljährige Kind generell auf das ordentliche Verfahren zu verweisen und weder den uneingeschränkten Untersuchungsgrundsatz noch den Offizialgrundsatz anzuwenden.¹⁹⁴

Diese unklare Rechtslage befriedigt nicht und spricht daher für eine gesetzliche Klarstellung: Gemäss einem neuen *Absatz 2* soll für selbstständige Unterhaltsklagen von Kindern das vereinfachte Verfahren gelten und zwar ungeachtet ihrer Volljährigkeit. Damit werden Unterhaltsklagen von Kindern stets im vereinfachten Verfahren abgewickelt und zwar unabhängig von der Minder- oder Volljährigkeit oder dem Streitwert. Demgegenüber weiterhin zu unterscheiden ist in Bezug auf die anwendbaren Prozessgrundsätze: Der uneingeschränkte Untersuchungsgrundsatz sowie der Offizialgrundsatz gemäss Artikel 296 ZPO kommen lediglich in eigentlichen Kinderbelangen und somit bei Minderjährigen zur Anwendung, weil minderjährige Kinder dieses besonderen Schutzes bedürfen. In Verfahren betreffend Mündigenunterhalt gelten jedoch neu die Erleichterungen des vereinfachten Verfahrens (vgl. Art. 247 ZPO); eines weitergehenden prozessualen Schutzes bedürfen volljährige Kinder grundsätzlich nicht.¹⁹⁵ Aufgrund des Verweises auf die Bestimmungen über die Unterhaltsklage des Kindes in Artikel 329 Absatz ZGB gilt dies neu auch für Klagen betreffend Verwandtenunterstützung; diese unterstehen somit unabhängig vom Streitwert dem vereinfachten Verfahren.

Art. 296 Abs. 1 (betrifft nur den französischen Text)

Nach dieser Bestimmung gilt in Kinderbelangen der (strenge) Untersuchungsgrundsatz; dieser ist vom sogenannten sozialen oder gemilderten Untersuchungsgrundsatz abzugrenzen, wie er in gewissen Bereichen des vereinfachten Verfahrens (vgl.

¹⁹³ BGE 139 III 368 E. 2 und 3

¹⁹⁴ BGE 139 III 368 E. 2 und 3, insb. E. 3.4; vgl. dazu SAMUEL ZOGG, Das Kind im familienrechtlichen Zivilprozess, fampra.ch 2017, S. 404 ff.

¹⁹⁵ Vgl. BGE 139 III 368 E. 3.4 sowie bereits BGE 118 II 93.

Art. 247 Abs. 2 ZPO), des summarischen Verfahrens (vgl. Art. 255 ZPO) und des Familienrechts gilt (vgl. Art. 272 und 277 Abs. 3 ZPO). Während die deutsche und die italienische Fassung diese Unterscheidung auch sprachlich zum Ausdruck bringen («Das Gericht erforscht den Sachverhalt von Amtes wegen» gegenüber «Das Gericht stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest»; «Il giudice esamina d'ufficio i fatti» und «Il giudice accerta d'ufficio i fatti»), ist dies in der französischen Fassung nicht der Fall («Le tribunal établit les faits d'office»). Diese terminologische Ungenauigkeit ist im Zuge dieser Anpassung zu beseitigen und die französische Fassung in Artikel 296 Absatz 1 ZPO entsprechend anzupassen; neu lautet sie entsprechend der früheren Bestimmung von Artikel 254 Ziffer 1 aZGB «[le juge] examine d'office les faits». Dabei handelt es sich um eine redaktionelle Anpassung; inhaltlich ist damit keine Änderung verbunden.

Art. 314 Abs. 1 zweiter Satz und Abs. 2

Abweichend von den allgemeinen Regelungen (Art. 311–313 ZPO) enthält Artikel 314 ZPO besondere Bestimmungen für das Berufungsverfahren gegen Entscheide, die im summarischen Verfahren (Art. 248 ff. ZPO) ergangen sind: Nach Artikel 314 Absatz 1 ZPO beträgt die Frist zur Einreichung der Berufung und zur Berufungsantwort je nur zehn Tage (statt 30 Tage) und nach Absatz 314 Absatz 2 ZPO ist die Anschlussberufung im summarischen Verfahren nicht zulässig. Damit soll eine rasche Abwicklung des summarischen Verfahrens auch vor Rechtsmittelinstanz gewährleistet werden.¹⁹⁶

Im Unterschied zu den allgemeinen Regelungen der Berufung, die sich in der Praxis bewährt haben, ist der besonderen Regelung für summarische Verfahren in einem wichtigen Punkt bereits seit geraumer Zeit Kritik erwachsen¹⁹⁷: In familienrechtlichen Streitigkeiten, die dem summarischen Verfahren unterstehen – das sind sowohl eherechtliche Verfahren (vgl. Art. 271 ZPO), wie insbesondere das Eheschutzverfahren (Art. 271 Bst. a ZPO), als auch bestimmte Verfahren der Kinderbelange (Art. 302 ZPO) und betreffend die eingetragene Partnerschaft (Art. 305 ZPO) –, erscheinen diese Regelungen in zwei Punkten verbesserungswürdig.

Der erste Punkt betrifft die Frist zur Einreichung der Berufung beziehungsweise der Berufungsantwort von zehn Tagen. Diese erscheint in vielen Fällen unangemessen kurz, insbesondere wenn man bedenkt, dass in diesen Fällen die Gerichtsferien und damit der Fristenstillstand gerade nicht gelten (vgl. Art. 145 Abs. 2 Bst. b ZPO), was durchaus zu nicht gerechtfertigten Härten bei der Entscheideröffnung kurz vor Feiertagen oder Ferienzeiten führen kann.

Der zweite Punkt betrifft die Anschlussberufung, die gemäss Artikel 314 Absatz 2 ZPO auch in diesen Fällen ausgeschlossen ist. Diese Regelung bedeutet gerade in komplexen und umstrittenen Eheschutzsachen, dass lediglich aus prozesstaktischen Gründen sicherheitshalber selbstständig Berufung erhoben wird, was nicht nur einen beträchtlichen Aufwand bedeutet (gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO ist die Berufung mit

¹⁹⁶ Vgl. Botschaft ZPO, BBl 2006, S. 7373.

¹⁹⁷ Vgl. z.B. ROLAND FANKHAUSER, Übersicht über die familienrechtlichen Bestimmungen im neuen Entwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, fampra.ch 2004, S. 42 ff.

ihrer Erhebung zu begründen), sondern zu weiterer Eskalation führt und auch der späteren Vergleichsbereitschaft abträglich ist.¹⁹⁸

Daher soll Artikel 314 ZPO wie folgt geändert und ergänzt werden:

- Der neu gefasste *Absatz 1* übernimmt den bisherigen Regelungsgehalt von Absatz 1 und 2 für das Berufungsverfahren bei Anwendbarkeit des summarischen Verfahrens.
- In einem neuen *Absatz 2* wird zukünftig das Berufungsverfahren für familienrechtliche Streitigkeiten nach Artikel 271, 302 und 305 ZPO neu abweichend geregelt: Die Frist zur Einreichung der Berufung und zur Berufungsantwort beträgt je 30 Tage und eine Anschlussberufung ist in diesen Fällen zulässig. Damit werden die Regelungen der ZPO gerade für diese familienrechtlichen Rechtsmittelverfahren deutlich verbessert und gleichzeitig der erwähnte Zweck der Verfahrensbeschleunigung des summarischen Verfahrens im Rechtsmittelverfahren weiterhin bestmöglich gewährleistet.

Art. 317 Abs. 1^{bis}

Die Bestimmung von Artikel 317 Absatz 1 ZPO regelt die Berücksichtigung neuer Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren. Diese sind nur noch beschränkt zu berücksichtigen: Neue Tatsachen und Beweismittel können nur noch dann berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor der ersten Instanz vorgebracht werden konnten.

Das geltende Recht sieht von diesem Grundsatz im Unterschied zum erstinstanzlichen Verfahren (vgl. Art. 229 Abs. 3 ZPO) auch keine Ausnahme vor für Verfahren, in denen das Gericht beziehungsweise die Rechtsmittelinstanz den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären hat. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist eine analoge Anwendung von Artikel 229 Absatz 3 ZPO im Berufungsverfahren entgegen einem Teil der Lehre¹⁹⁹ ausgeschlossen:²⁰⁰ Weder die Entstehungsgeschichte noch die Systematik würden Hinweise für eine solche vom Gesetzeswortlaut abweichende Auslegung geben. Die Novenbeschränkung gelte damit trotz der Bestimmung von Artikel 247 Absatz 2 ZPO, wonach die Rechtsmittelinstanz den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt (= sozialer oder beschränkter Untersuchungsgrundsatz), auch im vereinfachten Verfahren.

Davon zu unterscheiden sind nach Ansicht des Bundesrates demgegenüber Verfahren mit uneingeschränktem Untersuchungsgrundsatz: In diesen Fällen, wo die Rechtsmittelinstanz den Sachverhalt gerade von Amtes wegen «erforschen» muss (vgl. insb. Art. 296 ZPO für Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten [vgl. dazu auch vorne die Erläuterungen] sowie auch Artikel 446 Absatz 1 ZGB für

¹⁹⁸ So bereits ROLAND FANKHAUSER, Übersicht über die familienrechtlichen Bestimmungen im neuen Entwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, fampra.ch 2004, S. 50 f.

¹⁹⁹ So z.B. BENEDIKT SEILER, Zur Anwendbarkeit von Art. 229 Abs. 3 ZPO im Berufungsverfahren, SZZP 2012, 457 ff.; MARTIN H. STERCHI, Art. 317 N 8, in: BK ZPO, Bern 2012; NICOLAS JEANDIN, Art. 317 N 9, in: CPC commenté, Basel 2011.

²⁰⁰ BGE 138 III 625 E. 2.1 f. Vgl. dazu ausführlich DIETER FREIBURGHAUS, Untersuchungsmaxime ohne Novenrecht im Berufungsverfahren nach ZPO?, in: Fankhauser/Widmer Lüchinger/Klingler/Seiler (Hrsg.), FS Sutter-Somm, Zürich 2016, S. 111 ff.

Kindes- und Erwachsenenschutzrecht), müssen neue Tatsachen und Beweismittel auch im Berufungsverfahren uneingeschränkt bis zur Urteilsberatung zulässig sein. So haben bereits zahlreiche kantonale Gerichte entschieden²⁰¹; das Bundesgericht hatte diese Frage bisher, soweit ersichtlich, gerade noch nicht zu entscheiden. In Verfahren mit uneingeschränktem Untersuchungsgrundsatz muss das Interesse an der Sachverhaltsermittlung und der materiellen Wahrheitsfindung vorgehen und die Novenbeschränkung ist daher zugunsten eines vollen Novenrechts aufzuheben.

Die Bestimmung von Artikel 317 ZPO ist daher um einen neuen *Absatz 1^{bis}* zu ergänzen, wonach die Rechtsmittelinstanz neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung berücksichtigt, wenn es den Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen hat. Die Regelung entspricht mit Ausnahme der Beschränkung auf den Geltungsbereich des uneingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes (begrifflich ausgedrückt durch die Verwendung von «erforschen» statt «feststellen») der Bestimmung von Artikel 229 Absatz 3 ZPO.

Art. 328 Abs. 1 Bst. d

Nach Artikel 51 Absatz 3 ZPO sind nach Abschluss des Verfahrens entdeckte Ausstandsgründe im Verfahren der Revision geltend zu machen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gilt dies jedoch nur dann, wenn kein anderes Rechtsmittel mehr zur Verfügung steht. Nach dem Vorschlag des Bundesrates soll daher Artikel 51 Absatz 3 ZPO entsprechend angepasst und präzisiert werden (vgl. dazu vorne die Erläuterungen zu Artikel 51 Absatz 3 VE-ZPO). Angesichts dieser Anpassung ist der bereits für das geltende Recht unvollständige²⁰², aber gemäss Botschaft zur ZPO abschliessende²⁰³ Katalog der Revisionsgründe in Artikel 328 Absatz 1 ZPO um diesen Tatbestand der nachträglichen Entdeckung von Ausstandsgründen nach Artikel 51 Absatz 3 VE-ZPO zu ergänzen.

Gliederungstitel vor Art. 352a

11. Titel: Gruppenvergleiche

Neben der Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereichs der Verbandsklage und ihrer Rechtsschutzmöglichkeiten (vgl. dazu auch vorne unter Ziff. 1.3.2) soll das zivilprozessuale Instrumentarium zur Rechtsdurchsetzung durch die Schaffung eines neuen Gruppenvergleichsverfahrens ergänzt werden. Im Rahmen eines solchen Gruppenvergleichs schliessen eine oder mehrere Personen, der oder denen eine Rechtsverletzung vorgeworfen wird, einerseits und eine oder mehrere Organisationen, die im gemeinsamen Interesse sämtlicher von dieser (mutmasslichen) Pflichtverletzung betroffenen und damit (mutmasslich) geschädigten Personen handeln und

²⁰¹ Vgl. z.B. KGer BL, Entscheid vom 24. Januar 2012, 400 2011 193, E. 2; OGer ZH, Urteil vom 20. August 2014, LY140011-O, E. 2.4; OGer ZH, Urteil vom 8. Mai 2013, LC130019, E. 3.1.

²⁰² Vgl. nur DIETER FREIBURGHHAUS/SUSANNE AFHELDT, Art. 328 N 12, in: ZK ZPO, 3. Aufl., Zürich 2016 und IVO SCHWANDER, Art. 328 N 24 in: DIKE ZPO, 2. Aufl., Zürich 2016.

²⁰³ Botschaft ZPO, BBl 2006, S. 7380.

diese repräsentieren und als solche gerade zu einer Verbandsklage legitimiert wären (vgl. Art. 89 VE-ZPO) andererseits, einen Gruppenvergleich. Kern dieser Vereinbarung bildet Umfang und Gegenstand der Befriedigung von – nicht justizförmig nachgewiesenen, festgestellten und zugesprochenen – Schadenersatzansprüchen der gesamten Gruppe von betroffenen Personen gegenüber dem oder den beschuldigten Personen. 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.

Den einvernehmlich geschlossenen Gruppenvergleich legen die Parteien gemeinsam dem zuständigen oberen kantonalen Gericht zur Genehmigung und Verbindlicherklärung vor. In einem besonderen Verfahren prüft das Gericht diesen Gruppenvergleich, und zwar auf seine materielle Angemessenheit, seine formelle Fairness, seine Verfahrensmässigkeit sowie die Effizienz des Vorgehens mittels Gruppenvergleichs. Genehmigt das Gericht den Gruppenvergleich und erklärt ihn für verbindlich, so wird der Gruppenvergleich für sämtliche betroffenen Personen bindend, es sei denn, sie erklärten (einzeln) innert einer bestimmten Frist schriftlich den Austritt (*opt out*) vom Gruppenvergleich, so dass ihnen allfällige individuelle Ersatzansprüche gegen die Person oder Personen, der oder denen eine Rechtsverletzung vorgeworfen wird, uneingeschränkt selbst zustehen und sie diese nach wie vor auf dem Rechtsweg durchsetzen können. Die Umsetzung des Gruppenvergleichs erfolgt anschliessend hauptsächlich über die repräsentierende Organisation oder Organisationen.

Das vorgeschlagene Gruppenvergleichsverfahren orientiert sich insbesondere an einem vergleichbaren Verfahren, wie es in den Niederlanden seit 2005 existiert²⁰⁴. Ziel ist es, gerade für Massenschäden ein Verfahren zur Verfügung zu stellen, das die konsensuale kollektive Erledigung einer Vielzahl von gleichen oder gleichartigen finanziellen Ansprüchen in einem klar festgelegten justiziellen Verfahren erlaubt, indem sich die Wirkungen im Falle der gerichtlichen Genehmigung und Verbindlicherklärung grundsätzlich auf sämtliche Betroffenen erstrecken. Dabei steht diesen aber stets ein Austrittsrecht (*opt out*) zu, so dass ihre individuellen Rechte in jedem Fall gewahrt bleiben. Gleichzeitig ist eine solche kollektive Erledigung nicht gegen den Willen der primär zu Leistungen verpflichteten mutmasslich schädigenden Partei möglich, indem der Gruppenvergleich stets deren Mitwirkung und Einverständnis bedarf.

²⁰⁴ Wet van 23 juni 2005 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de collectieve afwikkeling van massaschades to vergemakkelijken (Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade) (WCAM) (abrufbar in Englisch unter <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/richtlijnen/2008/06/24/de-nederlandse-wet-collectieve-afwikkeling-massaschade.html> [31.5.2013]). Vgl. dazu auch Bericht «Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz – Bestandesaufnahme und Handlungsmöglichkeiten» des Bundesrates vom Juli 2013, S. 39 ff.

Die Bestimmung hält die Grundsätze des neuen Instruments des Gruppenvergleichs zur konsensualen kollektiven Regelung der Folgen einer vorgeworfenen Rechtsverletzung fest:

- Parteien eines Gruppenvergleichs sind auf der einen Seite Organisationen und damit insbesondere auch Vereine, die nach Artikel 89 und 89a zu einer Verbandsklage legitimiert sind (vgl. dazu die Ausführungen bei Art. 89 VE-ZPO), und auf der anderen Seite eine oder mehrere Personen, der oder denen eine Rechtsverletzung vorgeworfen wird, worauf Ansprüche vorab finanzieller Natur gestützt und behauptet werden (*Abs. 1*). Diese Organisationen dürfen somit nicht gewinnorientiert sein und müssen statutarisch oder satzungsgemäss die Interessen einer bestimmten betroffenen Personengruppe vertreten, namentlich der Konsumentinnen und Konsumenten oder geschädigter Patientinnen und Patienten, Arbeitnehmenden oder auch von Gewerbebetrieben (vgl. die Ausführungen zu Art. 89 VE-ZPO vorne). Damit wird sichergestellt, dass nicht Personen oder Organisationen als Repräsentanten auftreten, die aus eigennützigen Motiven handeln, welche im Gegensatz zu den repräsentierten Personen stehen können. Ausgeschlossen wird dabei namentlich, dass Einzelpersonen wie forensisch tätige Rechtsanwälte oder auch Anwaltskanzleien als Partei eines Gruppenvergleichs auftreten können. Auf der anderen Seite eines Gruppenvergleichs stehen eine oder mehrere natürliche oder juristische Personen, der oder denen von der Gegenseite eine Rechtsverletzung vorgeworfen wird.
- Der Gruppenvergleich steht zur kollektiven Regelung der Folgen einer Rechtsverletzung gegenüber einer bestimmten Personengruppe zur Verfügung (*Abs. 1*). Der sachliche Anwendungsbereich des Gruppenvergleichs ist damit bewusst weit und nicht auf einen bestimmten Sektor oder ein bestimmten Rechtsbereich beschränkt, sondern umfasst grundsätzlich alle Rechtsverletzungen im gesamten Privatrecht. Damit trägt der Bundesrat zentralen Kritik und Forderung aus der Vernehmlassung zu einem Vorentwurf für das FIDLEG Rechnung, wonach ein Gruppenvergleichsverfahren nicht sektorspezifisch eingeführt werden sollte.²⁰⁵
- Das eigentliche Gruppenvergleichsverfahren findet auf gemeinsamen Antrag der Parteien vor dem örtlich zuständigen oberen kantonalen Gericht statt (*Abs. 2 erster Teil*). Wie bei der Verbandsklage soll die örtliche Zuständigkeit neu gesondert angeknüpft werden: Für Gruppenvergleiche sind die Gerichte am Wohnsitz oder Sitz einer der Parteien zuständig (Art. 16a Abs. 2 VE-ZPO; vgl. dazu die Erläuterungen zu dieser Bestimmung vorne). Damit wird wiederum einer Kritik aus der Vernehmlassung zu einem Vorentwurf

²⁰⁵ Vgl. Bericht des Eidgenössischen Finanzdepartements über die Vernehmlassungsergebnisse zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und zum Finanzinstitutsgesetz (FINIG), S. 42 (abrufbar unter <https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2384/FINIG-FIDLEG-Ergebnisbericht-de.pdf>).

für das FIDLEG Rechnung getragen.²⁰⁶ Angesichts von Umfang, Aufwand und Bedeutung solcher Gruppenvergleichsverfahren erscheint es sinnvoll, solche bei einer kantonalen Instanz zu konzentrieren, wie dies heute für bestimmte Bereiche bereits der Fall ist (vgl. Art. 5 ZPO sowie die Erläuterungen zur entsprechenden Änderung dieser Bestimmung vorne). Dass es sich bei dieser einzigen kantonalen Instanz um ein oberes kantonales Gericht handeln muss, ergibt sich aus Artikel 75 Absatz 2 Buchstabe a BGG.

- Wird ein Gruppenvergleich vom zuständigen oberen kantonalen Gericht genehmigt und für verbindlich erklärt, so wirkt er für sämtliche von der Rechtsverletzung betroffenen Personen sowie grundsätzlich deren Rechtsnachfolger (*Abs. 2 zweiter Teil*). Darin besteht gerade das kollektive und repräsentative Element dieser konsensualen Streiterledigungsform, was wiederum im Interesse aller Beteiligten liegt, namentlich der einer Rechtsverletzung beschuldigten Person oder Personen. Dies gilt jedoch nur, wenn betroffene Personen nicht wirksam ihren Austritt (*opt out*) erklären. Diese Möglichkeit steht ihnen gestützt auf eine entsprechende Information innert einer bestimmten Frist von mindestens drei Monaten zu (vgl. dazu die Ausführungen zu Art. 352g VE-ZPO). Damit wird sowohl dem Gedanken des Individualrechtsschutzes als auch der Dispositionsfreiheit Rechnung getragen.

Art. 352b Form und Inhalt des Gruppenvergleichs

Die Bestimmung legt die formellen und materiellen Voraussetzungen an einen genehmigungsfähigen Gruppenvergleich fest. *Absatz 1* hält fest, dass der Gruppenvergleich schriftlich abgeschlossen werden muss. Das Schriftformerfordernis erscheint hier selbstverständlich und erstreckt sich auf sämtliche zwingenden und fakultativen Elemente eines Gruppenvergleichs. Der Gruppenvergleich ist von sämtlichen Parteien beziehungsweise ihren Organen und/oder Vertretern handschriftlich zu unterzeichnen oder mit anerkannter elektronischer Signatur zu versehen (Art. 13 OR).

Absatz 2 zählt die zwingenden Elemente eines Gruppenvergleichs auf, damit dieser überhaupt genehmigungsfähig ist. Dabei handelt es sich um die Angaben, die einerseits Grundlage und wesentlichen Inhalt des Gruppenvergleichs darstellen und die andererseits Wirkung und Abwicklung des Gruppenvergleichs bestimmen:

- *Buchstabe a* verlangt eine möglichst präzise Beschreibung der vorgeworfenen Rechtsverletzung und des dadurch verursachten Schadens. Beides erfolgt in der Regel ohne jegliche Anerkennung irgendeiner Rechts- oder Pflichtwidrigkeit seitens der Partei oder Parteien, der oder denen eine Rechtsverletzung vorgeworfen wird. Insbesondere sind hier diejenigen Angaben zu liefern, welche erst eine Bezeichnung der Gruppe der von der vorgeworfenen Rechtsverletzung betroffenen Personen erlauben (vgl. auch

²⁰⁶ Vgl. Bericht des Eidgenössischen Finanzdepartements über die Vernehmlassungsergebnisse zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und zum Finanzinstitutsgesetz (FINIG), S. 43 (abrufbar unter <https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2384/FINIG-FIDLEG-Ergebnisbericht-de.pdf>).

Bst. b) und es später dem zuständigen Gericht erlauben, die Angemessenheit der vereinbarten Entschädigung zu prüfen (vgl. Art. 352f Abs. 1 Bst. a VE-ZPO).

- Nach *Buchstabe b* ist die Gruppe der betroffenen Personen und deren Anzahl möglichst präzise zu bezeichnen, da dadurch der Kreis der im Falle der Genehmigung und Verbindlicherklärung des Gruppenvergleichs betroffenen Personen definiert wird. Gegebenenfalls ist dabei nach bestimmten Faktoren wie Art und Schwere der Rechtsverletzung oder des erlittenen Schadens zu differenzieren. Möglich ist insbesondere auch eine Gruppen- oder Klassenbildung innerhalb der betroffenen Personen, wonach auch die Entschädigungen unterschiedlich ausfallen können.
- Eigentlicher Kernpunkt eines genehmigungsfähigen Gruppenvergleichs sind sodann die Angaben zur finanziellen Entschädigung, die von der oder den Personen, der oder denen eine Rechtsverletzung vorgeworfen wird, vereinbarungsgemäss zu leisten ist sowie die Angaben zu den Voraussetzungen, unter welchen von der Rechtsverletzung betroffene Personen entschädigt werden sollen (*Bst. c und d*). Die zu leistende maximale Entschädigungssumme muss insgesamt genannt werden sowie zumindest die ungefähre Aufteilung auf die betroffenen Personen. Nur wenn die vereinbarte Entschädigung nach Ansicht des prüfenden Gerichts in einem angemessenen Verhältnis zum vorgeworfenen Schaden steht, wird ein Gruppenvergleich genehmigt und verbindlich erklärt (vgl. Art. 352f Abs. 1 Bst. a VE-ZPO).
- Sodann hat der Gruppenvergleich Angaben zum Verfahren zu machen (*Bst. e*). Dabei geht es um die Geltendmachung, Festlegung und Auszahlung der Entschädigungen an die betroffenen Personen. Notwendiger Inhalt eines Gruppenvergleichs bilden insbesondere auch die Angaben zur Vertretung der repräsentierenden Organisationen, gegenüber der austretenden betroffenen Personen ihre Austrittserklärung (*opt out*) abzugeben haben (*Bst. f*).
- Nach *Buchstabe g* erforderlich sind schliesslich Angaben zur Kostentragung, insbesondere der Verfahrenskosten. Dabei geht es einerseits um die direkten Kosten des Gruppenvergleichs, jedoch auch um die Kosten des Genehmigungsverfahrens. Dieses haben die Parteien nach Massgabe ihrer Vereinbarung zu finanzieren (vgl. dazu auch Art. 109 Abs. 1 VE-ZPO). Ebenso sind Angaben zur Kostentragung der im Anschluss an die Genehmigung erfolgenden Schritte und insbesondere zur Erfüllung des Gruppenvergleichs notwendig.

Art. 352c Antrag

Neben dem Gruppenvergleich stellt der gemeinsame Antrag der Parteien das zentrale und notwendige Element eines Gruppenvergleichsverfahrens dar. Dieser Antrag als förmliches Gesuch an das zuständige Gericht um Einleitung eines Gruppenvergleichsverfahrens und Genehmigung des Gruppenvergleichs hat ebenfalls bestimmte notwendige Angaben zu enthalten.

Gemäss *Absatz 1* ist der gemeinsame Antrag zusammen mit einem Original des Gruppenvergleichs beim zuständigen Gericht einzureichen (vgl. dazu die Erläute-

rungen zu Art. 5 und 16a VE-ZPO). Gestützt darauf leitet dieses überhaupt ein Gruppenvergleichsverfahren nach dem 11. Titel der ZPO ein, sofern die Voraussetzungen dafür gegeben sind.

Absatz 2 regelt die notwendigen Mindestangaben eines solchen Antrags. Neben den Angaben zu den Parteien und ihren Rechtsvertreterinnen und -vertretern (*Bst. a*) geht es dabei um solche zu Inhalt, Entstehung, Grundlage und Hauptelemente des Gruppenvergleichs, soweit sie nicht direkt in diesem enthalten sind (*Bst. b*). Insgesamt sollen dem Gericht im Rahmen des Antrags möglichst sämtliche Angaben gemacht werden, die dieses für seinen Genehmigungsentscheid nach Artikel 352f VE-ZPO benötigt. Zentraler Bestandteil des Antrags sind nach *Buchstabe c* sodann Namen und Adressen sämtlicher vom Gruppenvergleich betroffenen Personen, soweit diese den Parteien bekannt sind. Dies ist notwendig, weil diese Personen von den Parteien über die öffentliche Verhandlung sowie die Teilnahmemöglichkeit informiert werden müssen (vgl. die Ausführungen zu Art. 352d VE-ZPO). Je nach Art und Umfang der vorgeworfenen Rechtsverletzung und des dadurch mutmasslich verursachten (Massen-)Schadens kann eine unterschiedlich grosse Anzahl der betroffenen Personen bekannt sein oder auch nicht; dies dürfte namentlich dort der Fall sein, wo Vertragsverletzungen in Frage stehen und die betroffenen Vertragsbeziehungen und -parteien oft relativ einfach identifiziert werden können, wie dies beispielsweise bei Finanzdienstleistungen oder -transaktionen oder Erwerbs- oder Dienstleistungsgeschäften grösseren Ausmasses (z.B. der Kauf von Personenwagen eines bestimmten Herstellers und Modells) der Fall ist. Der Antrag hat stets auch Angaben zur von den Parteien vereinbarten und geplanten Vorgehensweise für die öffentlichen Bekanntmachungen und Informationen über den Gruppenvergleich zu enthalten (*Bst. d*). So haben die Parteien dem Gericht insbesondere darzulegen, wie und mit welchen Mitteln sie ihren Informationspflichten nach Artikel 352d Absatz 2 und 352f Absatz 3 VE-ZPO nachkommen wollen. Im Vordergrund dürften dabei heute neben Informationsschreiben und Inseraten in Zeitungen auch die elektronische Kommunikation wie E-Mail und Internet stehen. Inhaltlich sind dabei Angaben zu Inhalt und Wirkungen des Gruppenvergleichs (*Bst. a*), zum Austrittsrecht gemäss Artikel 352g (*Bst. b*) und zu den Modalitäten der Entschädigung nach Artikel 352k (*Bst. c*) zu machen.

Art. 352d Verfahren

Das Verfahren betreffend Genehmigung eines Gruppenvergleichs hat den spezifischen Besonderheiten dieser Form der konsensualen kollektiven Rechtsdurchsetzung Rechnung zu tragen. Die gesetzlichen Regelungen können sich daher auf die Kernpunkte beschränken; umso besser kann das zuständige Gericht damit das Verfahren jedem Einzelfall anpassen. Dafür gelten grundsätzlich neben dem 11. Titel die übrigen Bestimmungen der ZPO. Das Genehmigungsverfahren ist angesichts seines grundsätzlich konsensualen Charakters im Kern als Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu verstehen, so dass die entsprechenden Bestimmungen (insb. Art. 254 Abs. 2 Bst. c, Art. 255 Bst. b ZPO) sinngemäss anwendbar sind, auch wenn das Genehmigungsverfahren nicht im summarischen Verfahren stattfindet.

Zentrales Element des Verfahrens bildet eine öffentliche Verhandlung, zu welcher die Parteien des Gruppenvergleichs vorgeladen werden (*Abs. 1*). Daneben müssen

aber auch sämtliche von der behaupteten Rechtsverletzung betroffenen Personen die Möglichkeit zur Teilnahme an dieser Verhandlung haben. Dadurch werden die Verfahrensrechte der betroffenen Personen, insbesondere deren Anspruch auf rechtliches Gehör, gewahrt. Daher sieht die Bestimmung weiter vor, dass das Gericht die Parteien des Gruppenvergleichs zusammen mit der Vorladung damit beauftragt, einerseits die betroffenen Personen, die namentlich bekannt sind, individuell über die öffentliche Verhandlung sowie den Gruppenvergleich zu informieren und andererseits mittels öffentlichen Bekanntmachungen in allgemeiner Form über die öffentliche Verhandlung sowie den Gruppenvergleich zu informieren (*Abs. 2*). Beides hat auf Kosten der Parteien des Gruppenvergleichs zu erfolgen. Angesichts des besonderen Charakters des Gruppenvergleichs rechtfertigt es sich, dass abweichend von den allgemeinen Grundsätzen im schweizerischen (Zivil-)Prozessrecht die Parteien und nicht das Gericht diese Informationspflicht trifft. Inhaltlich ist über Ort und Datum der Verhandlung sowie die Teilnahmemöglichkeit (*Bst. a*) einerseits und über den Inhalt des Gruppenvergleichs (*Bst. b*) andererseits zu informieren.

Zur Vereinfachung der öffentlichen Verhandlung kann das Gericht zusammen mit der Vorladung anordnen, dass sämtliche Beteiligten und damit insbesondere auch die betroffenen Personen ihre Eingaben vorgängig zur Verhandlung schriftlich einreichen müssen (*Abs. 3*).

Angesichts der besonderen kollektiven Wirkung eines Gruppenvergleichs kommt der gerichtlichen Prüfung und Genehmigung eine zentrale Bedeutung zu. Weil das Gericht bei seiner Entscheidung nicht nach dem Dispositionsgrundsatz an die Anträge der Parteien des Gruppenvergleichs gebunden ist, ist es folgerichtig, dass insofern auch ein (eingeschränkter) Untersuchungsgrundsatz gelten muss und das Gericht von Amtes wegen Beweise erheben kann (*Abs. 4*). So kann das Gericht insbesondere sachverständige Personen beiziehen (vgl. Art. 183 ff. ZPO) oder schriftliche Auskünfte einholen (vgl. Art. 190 ZPO).

Art. 352e Verhältnis zu anderen Verfahren

Angesichts der Vielzahl betroffener Personen können dem Abschluss eines Gruppenvergleichs und seiner Genehmigung oft Individualklagen sowie zukünftig auch Verbandsklagen nach Artikel 89 und 89a VE-ZPO wegen der gleichen Rechtsverletzung vorausgehen. Weil mit der Einleitung des Gruppenvergleichsverfahrens nach Artikel 352a ff. VE-ZPO gerade die einvernehmliche, kollektive und umfassende Streiterledigung angestrebt wird, soll diese nicht durch hängige Individualverfahren (oder Verbandsklagen) beeinflusst, beeinträchtigt oder gar torpediert werden.

Daher sieht *Absatz 1* vor, dass solche Verfahren mit der Einleitung des Verfahrens zur Genehmigung des Gruppenvergleichs von Gesetzes wegen sistiert werden. Dies gilt für alle Verfahren, welche die gleiche Rechtsverletzung zum Gegenstand haben, wie die im Rahmen des Gruppenvergleichs vorgeworfene Rechtsverletzung. Wie erwähnt, gilt dies sowohl für Individualklagen einzelner oder mehrerer betroffener Personen als auch zukünftig für Verbandsklagen nach Artikel 89 und 89a VE-ZPO.

Absatz 2 regelt die Wiederaufnahme sistierter Verfahren. Diese erfolgt auf Antrag einer der Parteien des sistierten Verfahrens und grundsätzlich in zwei Fällen: Zum einen kann ein Verfahren wieder aufgenommen werden, wenn das Gruppenver-

gleichsverfahren keinen Einfluss mehr auf das sistierte Verfahren hat; dies ist dann der Fall, wenn entweder eine Partei ihren Austritt aus dem Gruppenvergleich erklärt hat oder wenn das Gruppenvergleichsverfahren ohne Genehmigung des Gruppenvergleichs endet. Dies kann im ersten Fall allenfalls auch nur für einzelne Klagen mehrerer gemeinsam als einfache Streitgenossenschaft erhobene Klagen mehrerer betroffener Personen geschehen. In diesen Fällen ist ein sistiertes Verfahren wieder aufzunehmen und fortzusetzen. Im Übrigen ist ein sistiertes Verfahren nach den allgemeinen Regeln von Amtes wegen wieder aufzunehmen, namentlich wenn es auf der Grundlage des Gruppenvergleichs gerade ohne Entscheid beendet werden kann, indem ein Vergleich, eine Anerkennung oder ein Rückzug erfolgt oder es wegen Gegenstandslosigkeit abgeschrieben werden kann.

Daneben kommt nach Massgabe der allgemeinen Bestimmung von Artikel 126 ZPO auch eine weitergehende, insbesondere zu einem früheren Zeitpunkt angeordnete Sistierung solcher Verfahren durch das zuständige Gericht in Betracht, wobei eine solche grundsätzlich nur auf Antrag erfolgt und dies im konkreten Fall der Zweckmässigkeit dient.

Art. 352f Genehmigung

Die Bestimmung regelt die Voraussetzungen und Wirkungen eines gerichtlichen Genehmigungsentscheids über einen Gruppenvergleich. Zentral sind dabei die Voraussetzungen nach Absatz 1 Buchstaben a–f, von deren Erfüllung sich das zuständige Gericht im Genehmigungsverfahren überzeugt haben muss, um einen Gruppenvergleich genehmigen zu können, womit der Gruppenvergleich überhaupt mit all seinen Wirkungen zustande kommt. Durch die gerichtliche Kontrolle und Überprüfung dieser Voraussetzungen wird insbesondere die formelle und materielle Angemessenheit des Gruppenvergleichs sichergestellt, welche dessen Verbindlichkeitserklärung für sämtliche betroffenen Personen – unter Vorbehalt eines Austritts – rechtfertigt. Die Bestimmungen von Absatz 2–4 regeln spezifische Wirkungen des Genehmigungsentscheids.

Notwendige Voraussetzungen für die Genehmigung eines Gruppenvergleichs und vom zuständigen oberen kantonalen Gericht daher von Amtes wegen zu prüfen sind:

- Erfüllung der formellen und materiellen Voraussetzungen des Gruppenvergleichs und des Antrags um dessen Genehmigung (*Bst. a*): Nur wenn ein von den Parteien beim zuständigen Gericht eingereichter Gruppenvergleich und der Antrag um dessen Genehmigung den gesetzlichen Voraussetzungen der Artikel 352b und 352c VE-ZPO entspricht, kann überhaupt je eine Genehmigung in Betracht kommen.
- Angemessenheit der vereinbarten Entschädigung (*Bst. b*): Die vereinbarte Entschädigung, welche die Person oder Personen sich wegen der ihr oder ihnen vorgeworfenen Rechtsverletzung an die davon betroffenen Personen zu leisten verpflichten, muss der Rechtsverletzung, der Art und Schwere des erlittenen Schadens sowie des vereinbarten Entschädigungsverfahrens (Geltendmachung, Festlegung, Sicherstellung und Auszahlung) angemessen sein.
- Bestimmung einer unabhängigen Instanz zur Bemessung der Entschädigungen an die betroffenen Personen, soweit diese nicht unmittelbar im Grup-

penvergleich festgelegt sind (*Bst. c*; vgl. dazu auch die Erläuterungen zu Art. 352*k*).

- Genügende Grösse der Gruppe der betroffenen Personen (*Bst. d*): Letztlich kommt ein Gruppenvergleich nur dann in Betracht, wenn von der vorgeworfenen Rechtsverletzung eine beträchtliche Anzahl Personen betroffen ist. Andernfalls rechtfertigt sich die kollektive Erledigung im Wege eines Gruppenvergleichs angesichts der damit notwendigerweise verbundenen Auswirkungen auf den Individualrechtsschutz sowie des Aufwands nicht. Dabei soll jedoch nach Ansicht des Bundesrates bewusst auf die gesetzliche Festlegung einer Mindestanzahl von betroffenen Personen verzichtet und damit dessen Konkretisierung vorab der Rechtsprechung und Praxis unter Berücksichtigung des Einzelfalls überlassen werden. Praktische Überlegungen sprechen dafür, dass ein Gruppenvergleich erst ab einer Anzahl von mindestens 100 betroffenen Personen in Betracht kommen sollte, wobei aber auch Art, Umfang und Erheblichkeit der Rechtsverletzung sowie der vereinbarten Entschädigung zu berücksichtigen sind. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch die Möglichkeit, im Gruppenvergleich auch zu vereinbaren, dass jede Partei diesen widerrufen kann, wenn eine bestimmte Quote betroffener Personen ihren Austritt erklärt (vgl. Art. 352*h* VE-ZPO).
- Repräsentativität der Organisation (*Bst. e*): Das Gericht hat zu prüfen, ob die Organisation, welche den Gruppenvergleich mit der oder den Personen, denen eine Rechtsverletzung vorgeworfen wird, abgeschlossen hat, nicht nur zur Verbandsklage nach Artikel 89 legitimiert ist, sondern auch und gerade mit Bezug auf die vom Gruppenvergleich betroffenen Personen zu deren Repräsentation geeignet ist. Insofern besteht hier eine über die Verbandsklage nach Artikel 89 hinausgehende Voraussetzung.
- Wahrung der Interessen der betroffenen Personen (*Bst. f*): Im Sinne einer Gesamtbeurteilung hat das Gericht schliesslich und hauptsächlich zu prüfen, ob die Interessen der vom Gruppenvergleich betroffenen Personen insgesamt angemessen gewahrt und damit gewährleistet werden. Neben den spezifischen Anforderungen sind hier insbesondere auch allgemeine Effizienz- sowie Kostenüberlegungen bezüglich kollektiver Rechtsdurchsetzung vorzunehmen: Die Genehmigung setzt voraus, dass die kollektive Rechtsdurchsetzung mittels Gruppenvergleich nach Massgabe des Gruppenvergleichs nach Überzeugung des zuständigen Gerichts im Vergleich zur individuellen Rechtsdurchsetzung für die betroffenen Personen vorteilhaft erscheint.

In *Absatz 2* wird die zentrale kollektive Wirkung des Gruppenvergleichs geregelt: Mit der rechtskräftigen Genehmigung wird der Gruppenvergleich für sämtliche Personen, die von der behaupteten Rechtsverletzung gemäss Gruppenvergleich betroffen sind, wirksam. Der Gruppenvergleich hat für alle betroffenen Personen die Wirkungen eines rechtskräftigen Entscheids; damit hat er auch die Qualität eines definitiven Rechtsöffnungstitels im Sinne von Artikel 80 SchKG, soweit er die weiteren Voraussetzungen erfüllt und insbesondere im Gruppenvergleich die Entschädigung zugunsten der betroffenen Personen genügend bestimmt oder bestimmbar ist (vgl. demgegenüber hinten Art. 352*k* Abs. 1 VE-ZPO, wenn die Entschädigung durch eine unabhängige Instanz bemessen wird). Diese Wirkung hat der

Gruppenvergleich aber nur, sofern eine betroffene Person nicht nach Artikel 352g VE-ZPO wirksam ihren Austritt erklärt. Weil jede Person trotz Genehmigung und Verbindlicherklärung des Gruppenvergleichs die Möglichkeit zum Austritt (*opt out*) hat, wird trotz grundsätzlich kollektiver repräsentativer Wirkung des Gruppenvergleichs nur beschränkt und indirekt in die Rechtsstellung der betroffenen Personen eingegriffen für den Fall, dass diese nicht von ihrem Austrittsrecht Gebrauch machen.

Notwendige Voraussetzung zur Ausübung des zwingend sämtlichen betroffenen Personen zustehenden Austrittsrechts ist es, dass diese über Gegenstand, Inhalt und Wirkung des Genehmigungsentscheids sowie des Gruppenvergleichs als solches informiert werden. Nach *Absatz 3* beauftragt das zuständige obere kantonale Gericht zusammen mit der Genehmigung eines Gruppenvergleichs die Parteien, die betroffenen Personen entsprechend zu informieren, insbesondere über ihr Austrittsrecht nach Artikel 352g VE-ZPO. Analog zur Information über die öffentliche Verhandlung im Genehmigungsverfahren (vgl. die Erläuterungen zu Art. 352d Absatz 2 VE-ZPO) haben die Parteien einerseits sämtliche nach Artikel 352c Absatz 2 Buchstabe c VE-ZPO bekannten betroffenen Personen über den Genehmigungsentscheid und die Möglichkeit eines Austritts zu informieren. Gleichzeitig hat mittels angemessener öffentlicher Bekanntmachung eine allgemeine Information über den Genehmigungsentscheid sowie die Möglichkeit eines Austritts für sämtliche betroffenen Personen zu erfolgen. In beiden Fällen ist insbesondere über die Frist zur Erklärung eines Austritts sowie die Stelle oder Person, an welche die Austrittserklärung zu richten ist, klar und deutlich zu informieren. Dabei werden heute neben den traditionellen Kommunikationsmitteln (Mitteilungen in grossen Tageszeitungen und anderen Publikationen) gerade die modernen elektronischen Kommunikationsformen (*social media*, Internet etc.) im Vordergrund stehen. Auch hier gilt, dass das Gericht vom Antrag der Parteien abweichen kann, soweit dies im Interesse der betroffenen Personen ist.

Im Falle der Nichtgenehmigung eines Gruppenvergleichs durch das zuständige Gericht sieht *Absatz 4* vor, dass nur die nach Artikel 352c Absatz 2 Buchstabe c VE-ZPO bekannten betroffenen Personen darüber in angemessener Weise in Kenntnis zu setzen sind. Nachdem diese insbesondere über die öffentliche Verhandlung in einem Gruppenvergleichsverfahren informiert wurden (vgl. Art. 352d Abs. 2 VE-ZPO), haben sie folgerichtig auch über die Nichtgenehmigung eines Gruppenvergleichs informiert zu werden, um im Anschluss daran entscheiden zu können, ob und in welcher Form sie allenfalls ihre Ansprüche individuell durchsetzen wollen.

Art. 352g Austritt

Nach *Absatz 1* hat jede vom Gruppenvergleich betroffene Person das Recht, ihren Austritt aus der Gruppe der vom Gruppenvergleich gebundenen Personen zu erklären (*opt out*). Der Austritt ist gegenüber der im Gruppenvergleich klar bezeichneten Vertretung zu erklären. Die Möglichkeit, durch individuelle Erklärung aus einem Gruppenvergleich auszutreten, trägt dem Gedanken des Individualrechtsschutzes sowie der Dispositionsfreiheit Rechnung, indem keine betroffene Personen gegen ihren ausdrücklichen Willen von den Wirkungen eines Gruppenvergleichs erfasst und in seinen individuellen Rechtsansprüchen eingeschränkt oder beschnitten wird.

Erklärt eine betroffene Person wirksam ihren Austritt aus dem Gruppenvergleich, so ist sie vom Gruppenvergleich in keiner Weise betroffen, weil dieser für sie nicht verbindlich ist (*Abs. 4*): Es stehen ihr sämtliche Forderungen und Rechte gegenüber den Personen, denen eine Rechtsverletzung vorgeworfen wird, zu, und sie kann ihre Rechte auf dem Wege einer individuellen Klage oder aber auch einer individuellen Vergleichsregelung durchsetzen oder fortsetzen (vgl. für diesen Fall vorne Artikel 352e Absatz 2 VE-ZPO sowie Artikel 135 Ziff. 4 VE-OR bezüglich Verjährung).

Die austretende Person hat den Austritt grundsätzlich schriftlich innert der vom Gericht angesetzten Frist zu erklären (*Abs. 2*). Die Frist hat dabei mindestens drei Monate ab dem Zeitpunkt des Genehmigungsentscheids zu betragen. Alternativ zur Schriftlichkeit können die Parteien eines Gruppenvergleichs auch ein Formular für die Austrittserklärung vereinbaren und veröffentlichen, das die betroffenen Personen zur Austrittserklärung verwenden können. Nach Ablauf der Austrittsfrist kann eine betroffene Person wirksam ihren Austritt erklären, wenn sie umgehend nach Entdecken gegenüber der bezeichneten Vertretung nachweist, dass sie keine Kenntnis von der Betroffenheit haben konnte (*Abs. 3*).

Art. 352h Widerruf

Ziel und Zweck eines Gruppenvergleichs als kollektives Rechtsschutzinstrument ist es, dass möglichst viele Personen, die Teil der qualifizierten Gruppe der von der behaupteten Rechtsverletzung betroffenen Personen sind, auch tatsächlich von den Wirkungen des Gruppenvergleichs erfasst werden. Nur wenn dies der Fall ist, erscheint ein Gruppenvergleich insbesondere auch für die Person oder die Personen, denen die Rechtsverletzung vorgeworfen wird, ökonomisch sinnvoll und prozessual attraktiv, weil damit eine Vielzahl von individuellen Auseinandersetzungen und Prozessen vermieden werden kann. Erklären viele betroffene Personen ihren Austritt aus einem Gruppenvergleich, ist die kollektive Wirkung eines solchen daher gefährdet oder zumindest aus Sicht der Parteien des Gruppenvergleichs gefährdet. Umgekehrt kann es im Interesse des oder der repräsentierenden Vereine oder anderen Organisationen liegen, ab einer gewissen Austrittsquote einen Gruppenvergleich zu widerrufen, weil dies als Indiz dafür gewertet werden kann, dass die betroffenen Personen mit dem Gruppenvergleich nicht zufrieden sind und sich nicht angemessen repräsentiert fühlen.

Die Bestimmung sieht daher vor, dass die Parteien eines Gruppenvergleichs in diesem vereinbaren können, dass jede Partei das Recht haben soll, den gerichtlich genehmigten Gruppenvergleich gegenüber dem Gericht innert 30 Tagen nach Ablauf der Austrittsfrist zu widerrufen, wenn eine im Gruppenvergleich bestimmte Quote der betroffenen Personen ihren Austritt erklärt hat (*Abs. 1*). Das Gesetz verzichtet bewusst auf die Festlegung einer bestimmten Quote und überlässt dies den Parteien eines Gruppenvergleichs, wobei auch diese Quote der Genehmigung des Gerichts unterliegt.

Haben die Parteien eine solche Widerrufsmöglichkeit vereinbart, so ist dieser Widerruf innert 30 Tagen nach Ablauf der Austrittsfrist gegenüber dem Gericht zu erklä-

ren. Voraussetzung dafür ist, dass die vereinbarte Quote von Austritten erreicht wurde (*Abs. 2*).

Die widerrufende Partei hat neben dem Gericht auch sämtliche nach Artikel 352c Absatz 2 Buchstabe c VE-ZPO bekannte betroffene Personen über ihren Widerruf zu informieren (*Abs. 3*). Mit dem Widerruf werden alle betroffenen Personen in die Rechtslage versetzt, in der sie sich ohne Abschluss eines Gruppenvergleichs beziehungsweise ohne deren gerichtliche Genehmigung befanden.

Art. 352i Rechtsmittel

Angesichts der Besonderheiten eines Gruppenvergleichs und des Verfahrens zu dessen Genehmigung sind auch die Rechtsmittel besonders zu regeln. Weil der Gruppenvergleich aufgrund seiner kollektiven Wirkung nach erfolgter Genehmigung durch das zuständige Gericht nicht nur für die Parteien, sondern gerade im Verhältnis zu jeder einzelnen betroffenen Person nicht mehr in Frage gestellt werden soll, muss jegliche Anfechtung des Gruppenvergleichs beziehungsweise des genehmigenden Entscheids des zuständigen Gerichts ausgeschlossen sein (*Abs. 1*). Soweit Personen, die von der behaupteten Rechtsverletzung betroffen sind, mit dem Gruppenvergleich oder dem Genehmigungsentscheid nicht einverstanden sind, können sie ihre Rechte mittels Austritt nach Artikel 352g VE-ZPO wahren. Darüber hinaus und im Unterschied zu einem gewöhnlichen Vergleich nach Artikel 241 ZPO ist auch eine Revision des Genehmigungsentscheids aufgrund der kollektiven Wirkung im Interesse der Rechtssicherheit auszuschliessen; dies ist vor dem Hintergrund der umfassenden und insbesondere materiellen Prüfung und Genehmigung des Gruppenvergleichs durch das Gericht gerechtfertigt.

Davon zu unterscheiden ist der Fall, dass der Gruppenvergleich vom zuständigen Gericht nicht genehmigt und damit nicht wirksam zustande kommt. Nur in diesem Fall sind nach *Absatz 2* einzig die Parteien des Gruppenvergleichs zur Anfechtung des Nichtgenehmigungsentscheids berechtigt. Die Anfechtung dieses Entscheids eines oberen kantonalen Gerichts erfolgt mittels Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht. Für das Verfahren gelten die Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes (BGG).

Art. 352j Erfüllung

Die Bestimmung enthält Regelungen für die Erfüllung eines Gruppenvergleichs, die unabhängig von den Bestimmungen des Gruppenvergleichs gelten.

Absatz 1 hält fest, dass die Parteien des Gruppenvergleichs nach Ablauf der Austrittsfrist die Erfüllung verlangen können. Damit kann oder können insbesondere die repräsentierenden Organisationen auch die Erfüllung bezüglich der einzelnen Entschädigung an die betroffenen Personen verlangen.

Mit dem gerichtlichen Genehmigungsentscheid werden grundsätzlich sämtliche betroffenen Personen in dem Umfang Partei des Gruppenvergleichs, als sich dessen Rechtswirkungen auch auf sie erstrecken, namentlich indem ihnen individuelle Ersatzansprüche zustehen. Daher kann jede betroffene Person ab dem Zeitpunkt der Eröffnung des Genehmigungsentscheids auch die Erfüllung verlangen, jedoch nur in

Bezug auf die ihr aus dem Gruppenvergleich zuerkannten Ansprüche und nur, soweit sie nicht ihren Austritt nach Artikel 352g Absatz 3 VE-ZPO erklärt hat. Verlangt jedoch eine betroffene Person die Erfüllung, ist damit konsequenterweise die Möglichkeit, den Austritt zu erklären, ausgeschlossen (*Abs. 2*).

Darüber hinaus legt *Absatz 3* fest, dass für Streitigkeiten zwischen den Parteien über die Erfüllung das genehmigende Gericht ausschliesslich zuständig ist, soweit die Parteien nicht im Gruppenvergleich eine abweichende Vereinbarung getroffen haben. Auf diese Weise wird für solche Streitigkeiten eine Konzentration solcher Verfahren beim genehmigenden Gericht erreicht; dieses ist wiederum am besten in der Lage, solche Streitigkeiten effizient zu entscheiden. Davon zu unterscheiden sind allfällige Streitigkeiten über den Entschädigungsanspruch einer einzelnen betroffenen Person (vgl. dazu auch Art. 352k Abs. 2 VE-ZPO).

Art. 352k Entschädigung

Über die allgemeinen Bestimmung von Artikel 352j VE-ZPO betreffend die Erfüllung hinaus enthält Artikel 352k VE-ZPO Regelungen zur Entschädigung gemäss dem Gruppenvergleich.

Absatz 1 enthält eine besondere Regelung für den Fall, dass der Gruppenvergleich den Entscheid hinsichtlich der Höhe einer Entschädigung für die einzelnen betroffenen Personen einer bestimmten Stelle zuweist. Dies wird insbesondere dann der Fall sein, wenn von einem Gruppenvergleich eine grosse Anzahl Personen betroffen ist und hinsichtlich der Entschädigung durch die Person oder Personen, denen eine Rechtsverletzung vorgeworfen wird, verschiedene Faktoren und Umstände massgebend sein sollen. Diesfalls sind die Entscheide der bezeichneten Stelle für die betroffenen Personen grundsätzlich verbindlich; sie können grundsätzlich unter Vorbehalt von Absatz 2 nicht angefochten werden (vgl. dazu auch vorne die Erläuterungen zu Art. 352j Abs. 3 VE-ZPO). Die Endgültigkeit solcher Entscheide rechtfertigt sich, weil der genehmigte Gruppenvergleich in diesem Fall die Bemessung und das Verfahren der Entschädigung genau regelt und dabei den Interessen der betroffenen Personen Rechnung getragen wurde, insbesondere auch im Rahmen des Genehmigungsverfahrens. Aufgrund ihrer Verbindlichkeit und Endgültigkeit sind solche Entscheide definitiven Rechtsöffnungstiteln gemäss Artikel 80 SchKG gleichzusetzen.

Absatz 2 sieht die ausnahmsweise Anfechtungsmöglichkeit von Entscheiden über die Festlegung von Entschädigungen durch die unabhängige Instanz vor; die betroffene Person ist in diesen Fällen ganz ausnahmsweise zu einer Beschwerde legitimiert. Diese ist lediglich ganz eingeschränkt möglich und beim genehmigenden Gericht innert 30 Tagen seit Zustellung des Entscheids der unabhängigen Instanz zu erheben (*Einleitungssatz*). Inhaltlich sind die Beschwerdegründe abweichend von Artikel 320 ZPO limitiert und abschliessend gefasst: Die Beschwerde ist lediglich wegen offensichtlich unrichtiger Feststellung des Sachverhalts (*Bst. a*), offensichtlicher Unverhältnismässigkeit des Entschädigungsentscheids (*Bst. b*), offensichtlicher Verletzungen der Regelungen im Gruppenvergleich (*Bst. c*) sowie wegen Verletzungen des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs (*Bst. d*) zulässig. Die Beschwerde ist beim genehmigenden Gericht zu erheben; dieses ist am besten zur ausnahmsweisen Über-

prüfung solcher Entschädigungsentscheide der unabhängigen Instanz geeignet, zumal es mit dem Inhalt des Gruppenvergleichs bereits vertraut ist. Mit dieser eingeschränkten Anfechtungs- beziehungsweise Beschwerdemöglichkeit werden die Rechte der betroffenen Personen gegenüber Entscheiden der unabhängigen Instanz und auch die Rechtsstaatlichkeit gewahrt. Im Übrigen sind die Bestimmungen der Artikel 319–327 ZPO sinngemäss anzuwenden.

Im Interesse einer speditiven Abwicklung der Erfüllung eines Gruppenvergleichs sieht *Absatz 3* vor, dass im Gruppenvergleich vereinbart werden kann, dass der Anspruch der gebundenen betroffenen Personen auf Entschädigung gemäss Gruppenvergleich nach Ablauf von drei Jahren erlischt, wenn die betroffenen Personen nicht innert dieser Frist gemäss Artikel 352j Absatz 2 VE-ZPO die Erfüllung verlangen. Diese Frist läuft ab dem Zeitpunkt, an dem die betroffene Person von der Möglichkeit zur Geltendmachung ihres Entschädigungsanspruchs Kenntnis erlangte oder erlangen konnte. Ob eine solche Verwirkungsregelung im Einzelfall angemessen ist, hat das zuständige Gericht im Rahmen seiner Angemessenheitsprüfung zu entscheiden. Eine solche Regelung kann insbesondere dann gerechtfertigt erscheinen, wenn zur Abwicklung und Erfüllung eine besondere Stelle vorgesehen ist und diese nach Ablauf dieser Frist nicht mehr besteht. Angesichts der einschneidenden Wirkung einer solchen Regelung wird sie nur mit Zurückhaltung genehmigt werden können.

Absatz 4 sieht eine Regelung für den Fall vor, dass die von den Parteien des Gruppenvergleichs vereinbarte gesamte Entschädigungssumme, welche die Person oder Personen, denen eine Rechtsverletzung vorgeworfen wird, zur Befriedigung sämtlicher Entschädigungen der betroffenen Personen zu leisten haben, nicht ausreicht. In diesem Fall kommt es zu einer anteilmässigen Kürzung der einzelnen Entschädigungen, soweit diese nicht bereits ausbezahlt wurden oder im Gruppenvergleich etwas anderes vereinbart wurde. Darüber hinaus soll auch die Möglichkeit bestehen, bereits bei entsprechenden Anzeichen, dass nicht sämtliche Entschädigungen vollumfänglich geleistet werden können, die Auszahlungen vorläufig zu verweigern oder zumindest zu kürzen.

Art. 372 Abs. 2

Die Bestimmung von Artikel 372 Absatz 2 ZPO regelt den Fall, dass Klagen über denselben Streitgegenstand sowohl bei einem staatlichen Gericht als auch bei einem Schiedsgericht rechtshängig gemacht werden, und sie bestimmt, dass das zuletzt angerufene Gericht sein Verfahren aussetzt, bis das zuerst angerufene Gericht über seine Zuständigkeit entschieden hat. Dabei spielt es keine Rolle, ob zuerst das staatliche Gericht oder das Schiedsgericht angerufen wurde; es gilt das Kriterium des zeitlichen Vorrangs.²⁰⁷ Die Regelung für die Binnenschiedsgerichtsbarkeit unter-

²⁰⁷ Vgl. FELIX DASSER, Art. 372 N 13, in: KUKO ZPO, 2. Aufl., Basel 2014; CHRISTOPH MÜLLER, Art. 372 N 30, in: ZK ZPO, 3. Aufl., Zürich 2016.

scheidet sich somit von Artikel 186 Absatz 1^{bis} IPRG²⁰⁸ für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit.²⁰⁹

Diese Regelung hat sich in der Praxis nach Ansicht des Bundesrates nicht bewährt, und sie soll daher ersatzlos gestrichen werden. Die Bestimmung führt in Kombination mit der Bestimmung von Artikel 61 Absatz 1 Buchstabe b ZPO zu einem Wertungswiderspruch.²¹⁰ Denn wenn ein staatliches Gericht in der Schweiz zuerst angerufen wird, findet nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung die Regelung von Artikel 61 ZPO Anwendung:²¹¹ Das staatliche Gericht lehnt seine Zuständigkeit ab, ausser ein in den Buchstaben a–c genannter Tatbestand (Einlassung, offensichtlich ungültige oder unerfüllbare Schiedsvereinbarung oder Schiedsgericht kann aus Gründen, welche die beklagte Partei zu vertreten hat, nicht bestellt werden) liegt vor. Nach Artikel 61 Absatz 1 Buchstabe b ZPO lehnt das staatliche Gericht seine Zuständigkeit nur nicht ab, wenn die Schiedsvereinbarung offensichtlich ungültig oder unerfüllbar ist; das staatliche Gericht hat also nur eine beschränkte Kognition, und die abschliessende Entscheidung über die schiedsgerichtliche Zuständigkeit soll gerade dem Schiedsgericht zukommen. Angesichts dieser abschliessenden «Zuständigkeitskompetenz» des Schiedsgerichts macht es keinen Sinn, wenn dieses in einem ersten Schritt zur Aussetzung seines Verfahrens gezwungen ist, bis ein staatliches Gericht nicht abschliessend über die Zuständigkeit des Schiedsgerichts entschieden hat. Handelt es sich beim zuerst angerufenen staatlichen Gericht um ein ausländisches Gericht, so kommt Artikel 372 Absatz 1 ZPO nach überwiegender Meinung gar nicht zur Anwendung und auch die Bestimmung von Artikel 61 ZPO ist nicht anwendbar: Nach herrschender Lehre ist in diesen Fällen Artikel 186 Absatz 1^{bis} IPRG analog anzuwenden. Das (Binnen-)Schiedsverfahren kann ohne Berücksichtigung ausländischer Gerichtsverfahren weitergeführt werden,²¹² weil in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit der uneingeschränkte Litispendenz-Grundsatz gilt.²¹³

Aus diesen Gründen ist die Bestimmung von Artikel 372 Absatz 2 ZPO ersatzlos zu streichen, womit der erwähnte Wertungswiderspruch aufgelöst und die Rechtslage geklärt wird: Ein Binnenschiedsgericht muss das Schiedsverfahren nicht mehr automatisch sistieren, bis ein staatliches Gericht in der Schweiz darüber befunden hat, ob die Schiedsvereinbarung «offensichtlich ungültig» ist. Vielmehr kann das Schiedsgericht direkt die Zuständigkeitsfrage und damit seine eigene Zuständigkeit abschliessend prüfen und gegebenenfalls weiterführen. Auf der anderen Seite ändert

²⁰⁸ Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (IPRG); **SR 291**.

²⁰⁹ Vgl. IRMA AMBAUEN, 3. Teil ZPO versus 12. Kapitel IPRG, Diss. Luzern 2016, Rz. 327; CHRISTOPH MÜLLER, Art. 372 N 38, in: ZK ZPO, 3. Aufl., Zürich 2016; MARKUS MÜLLER-CHEN, Art. 61 N 6, in: ZK ZPO, 3. Aufl., Zürich 2016; TARKAN GÖKSU, Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich 2014, Rz. 1466; CHRISTOPH HURNI, Art. 61 N 12, in: BK ZPO, Bern 2012.

²¹⁰ MLADEN STOJILJKOVIĆ, Die Kontrolle der schiedsgerichtlichen Zuständigkeit, Diss. Zürich, S. 152 ff.

²¹¹ Vgl. bereits Botschaft ZPO, BBl 2006, S. 7398 sowie CHRISTOPH MÜLLER, Art. 372 N 32, in: ZK ZPO, 3. Aufl., Zürich 2016; MARCO STACHER, Art. 61 N 5 in: BK ZPO, Bern 2014; TANJA DOMEJ, Art. 61 N 1, in: KUKO ZPO, 2. Aufl., Basel 2014.

²¹² Vgl. FELIX DASSER, Art. 372 N 14, in: KUKO ZPO, 2. Aufl., Basel 2014; MARCO STACHER, Art. 372 N 126 in: BK ZPO, Bern 2014.

²¹³ Vgl. dazu CHRISTOPH MÜLLER, Art. 372 N 31, 38, in: ZK ZPO, 3. Aufl., Zürich 2016.

sich für das staatliche schweizerische Gericht nichts, weil die Bestimmung von Artikel 61 ZPO unverändert bleibt.

Art. 400 Abs. 2^{bis}

Nach Artikel 54 Absatz 1 ZPO sind Entscheide der Öffentlichkeit zugänglich zu machen; dies dient der (demokratischen) Kontrolle der Justiz durch die Öffentlichkeit und der Schaffung von Transparenz.²¹⁴ Heute wird diese Öffentlichkeit häufig durch die elektronische Publikation im Internet hergestellt, was mit erheblichen Vorteilen und Ersparnissen verbunden ist und die Zugänglichkeit der Entscheide deutlich erleichtert. Diese Vorteile werden in der Praxis teilweise wieder aufgehoben oder zumindest gefährdet: Heute zeigt sich schweizweit eine Vielfalt unterschiedlicher Formen der elektronischen Entscheidpublikation. So werden unterschiedliche Dateiformate verwendet, teilweise Gesamdateien für die Leitentscheide ganzer Jahrgänge publiziert, oder die Entscheide werden in besonderen Datenbanken publiziert. Diese Unterschiede erschweren insbesondere die Auffindbarkeit und die Suchbarkeit in den Entscheiden, was sich darin zeigt, dass die Entscheide oftmals mit gängigen Suchmaschinen wie «google» nicht gefunden oder falsche Treffer produziert werden. Es ist aber gerade im öffentlichen Interesse, dass die Zugänglichkeit elektronisch publizierter Entscheide möglichst uneingeschränkt ist und keine unnötigen Zugangsschranken bestehen. Diese lassen sich ohne nennenswerten Aufwand beseitigen. Dazu sind aber schweizweit einheitliche Regelungen und Vorgaben über die Zugänglichkeit der Entscheide sowie die zu verwendenden Formate und Metadaten notwendig. Ob eine solche Kompetenz im geltenden Artikel 400 Absatz 1 ZPO, der den Bundesrat zum Erlass von Ausführungsbestimmungen ermächtigt, enthalten ist, ist unklar. Der Bundesrat soll daher in einem neuen *Absatz 2^{bis}* von Artikel 400 ZPO, der die Grundsätze des Vollzugs der ZPO regelt, zukünftig ausdrücklich ermächtigt werden, in diesem Bereich entsprechende Ausführungsbestimmungen zu erlassen.

Art. 401a Statistik und Geschäftszahlen

Die Arbeiten zur Ermittlung der Praxisauglichkeit der ZPO und insbesondere zur Praxisauswertung von Statistiken und Geschäftszahlen haben deutlich vor Augen geführt, dass derzeit für die gesamte Schweiz keine eigentliche «Zivilprozessstatistik» vorliegt und eine Vielzahl zum Verständnis der Praxis der ZPO bedeutsamer Zahlen und Statistiken derzeit nicht schweizweit verfügbar sind (vgl. dazu ausführlich vorne unter Ziff. 1.3.9). Soweit im Rahmen der Arbeiten der Europäischen Kommission für die Effizienz der Justiz (CEPEJ), einem Fachgremium des Europarats,²¹⁵ Daten über die Funktionsweise der Justiz und damit auch zum Zivilverfahrensrecht gesammelt werden, so sind diese einzigen schweizweit verfügbaren Daten nach wie vor nur bruchstückhaft und aus verschiedenen Gründen beschränkt aussagekräftig. Dies kontrastiert insbesondere mit umliegenden europäischen Ländern,

²¹⁴ Vgl. BGE 137 I 16 E. 2.2

²¹⁵ Für weitere Informationen dazu siehe auch unter <http://www.europewatchdog.info/instrumente/fachgremien/effizienz-der-justiz-cepej/>.

z.B. Deutschland oder Österreich.²¹⁶ Verlässliche Informationen zu den massgebenden Rechtstatsachen stellen unbestrittenermassen eine zentrale Grundlage für Gesetzesanpassungen und -revisionen dar.²¹⁷ Damit geht es letztlich auch um die längerfristige Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der ZPO.

Daher soll neu direkt in der Zivilprozessordnung selbst eine gesetzliche Grundlage für die Ermittlung und Erstellung statistischer Grundlagen und Geschäftszahlen des Zivilprozessrechts bestehen. Zweifellos handelt es sich dabei um eine Gemeinschaftsaufgabe, die dem Bund, den Kantonen und den Gerichten (kantonale Gerichte und Bundesgericht) gemeinsam obliegt; nur gemeinsam lässt sich das längerfristige Ziel schweizweit vereinheitlichter und damit vergleichbarer Statistiken und Geschäftszahlen überhaupt sinnvoll erreichen. Gleichzeitig liegt dieses Ziel auch im Interesse des Bundes, der Kantone, der Gerichte als Direktbetroffene sowie letztlich auch der Gesellschaft und Öffentlichkeit.

Absatz 1 hält daher zukünftig fest, dass Bund und Kantone gemeinsam mit den Gerichten dafür sorgen, dass genügende statistische Grundlagen und Geschäftszahlen über die massgeblichen Kennzahlen der praktischen Anwendung dieses Gesetzes, insbesondere Anzahl, Art, Materie, Dauer und Kosten der Verfahren vor den Gerichten und Schlichtungsbehörden vorliegen. Dieser Auftrag richtet sich somit gleichsam an Bund, Kantone und Gerichte, und diese können ihn nur gemeinsam erfüllen. Das ist aus Kompetenz- und Ressourcengründen naheliegend und zielführend. Ermittelt werden sollen diejenigen Daten und Zahlen, welche für das Funktionieren und das Verständnis der Zivilprozessordnung grundlegend und massgeblich sind. Somit geht es in erster Linie um die Daten und Zahlen in Bezug auf die Anzahl der Verfahren (Verfahrenseingänge und Erledigungen), wobei nach den verschiedenen Verfahrensarten und Materien (Sach- bzw. Rechtsgebieten) zu unterscheiden ist, sowie weiterführend zu Dauer und Kosten der Zivilverfahren und damit letztlich der Zivilgerichtsbarkeit insgesamt. Umgekehrt sollen lediglich soweit notwendig und verhältnismässig Daten und Zahlen ermittelt werden; umgekehrt kann es nicht darum gehen, sämtliche gerade auch aus wissenschaftlichen Gründen oder zu Forschungszwecken interessanten oder wünschbaren Zahlen von Bundesrechts wegen und durch die öffentliche Hand zu ermitteln.

Absatz 2 hält konkretisierend fest, dass der Bundesrat unter Einbezug der Kantone und Gerichte die Grundsätze und Modalitäten zur Ermittlung der Statistik und Geschäftszahlen festlegt, wobei er die Zuständigkeit dem Bundesamt für Justiz übertragen kann. Dem Bundesrat soll damit die Kompetenz zur Festlegung der zu ermittelnden Daten und Zahlen übertragen werden. Grundlegend für die Ermittlung statistischer Daten und Zahlen ist, dass diese nach vorgängig festgelegten Kriterien schweizweit einheitlich erfasst werden; daher ist zum Beispiel festzulegen, nach welchen Kriterien ein Verfahren oder ein Verfahrensschritt zu erfassen ist und

²¹⁶ Z.B. für Deutschland unter https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/Justizstatistik/Justizstatistik_node.html und für Österreich unter https://www.justiz.gv.at/web2013/home/justiz/daten_und_fakten~8ab4a8a422985de30122a920842862de.de.html je m.w.H.; vgl. dazu auch ISAAC MEIER, Evaluative Justizstatistik – am Beispiel des Einleitungsverfahrens, ZZZ 2016, S. 10.

²¹⁷ Vgl. auch ISAAC MEIER, Evaluative Justizstatistik – am Beispiel des Einleitungsverfahrens, ZZZ 2016, S. 5 ff., 6 f.

welche prozessualen Parameter, Schritte oder Ereignisse zu erheben sind. Mittels vorgängiger Festlegung dieser Grundsätze und Modalitäten wird erreicht, dass diese anschliessend in den verschiedenen Geschäftsverwaltungssystemen und -datenbanken eingefügt oder ergänzt werden; damit dürften sich die meisten Daten und Zahlen später ohne weiteres ermitteln lassen. Der Bundesrat wird hier die beteiligten Akteure weitestgehend miteinbinden, damit gerade auch auf bestehenden Ansätzen und Strukturen, namentlich bei der Ermittlung der von der Schweiz für die CEPEJ-Umfragen gelieferten Zahlen zurückgegriffen beziehungsweise diese sinnvoll weiterentwickelt werden können. Dabei werden zweifellos auch Übergangsfristen und -lösungen entwickelt werden müssen, da solche Statistiken mit verhältnismässigem Aufwand nicht von heute auf morgen bereitgestellt werden können.

2.2 Änderung anderer Bundesgesetze

2.2.1 Gleichstellungsgesetz (GIG)

Art. 7 Abs. 1^{bis}

Die spezialgesetzliche Verbandsklage des Gleichstellungsgesetzes soll in Übereinstimmung mit den vorgeschlagenen Änderungen von Artikel 89 und 89a VE-ZPO angepasst werden. Damit kann auch der inhaltlich unklare Vorbehalt zugunsten spezialgesetzlicher Verbandsklagen (vgl. Art. 89 Abs. 3 ZPO) entfallen.

In Bezug auf Arbeitsverhältnisse, die dem Privatrecht und damit dem Obligationenrecht unterstehen, sollen neu die angepassten Bestimmungen von Artikel 89 und 89a VE-ZPO anwendbar sein und zwar sowohl in Bezug auf die Voraussetzungen einer Verbandsklage als auch die möglichen Klagearten. Dies wird in einem neuen *Absatz 1^{bis}* festgehalten. Damit sind Organisationen, insbesondere Vereine, unter den Voraussetzungen von Artikel 89 Absatz 1 VE-ZPO zur Verbandsklage legitimiert (vgl. dazu vorne unter Ziff. 2.1 die Erläuterungen zu Art. 89 VE-ZPO). Diese Voraussetzungen treten insofern für privatrechtliche Verbandsklagen an die Stelle der bisherigen Voraussetzungen gemäss Artikel 7 Absatz 1 GIG; damit entfällt für solche Klagen insbesondere die Voraussetzung des mindestens zweijährigen Bestands klagender Organisationen, damit für alle zivilrechtlichen Verbandsklagen die gleichen und insofern gegenüber dem geltenden Recht erweiterten Legitimationsvoraussetzungen gelten. Auf diese Weise soll der Schutz vor Diskriminierungen und die Rechtsdurchsetzung verbessert werden.²¹⁸ Gleichzeitig sind auch die in Artikel 89 Absatz 2 und Artikel 89a VE-ZPO vorgesehenen Klagearten und damit neu insbesondere auch eine reparatorische Verbandsklage wegen Diskriminierungen in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen zulässig und nicht mehr nur die Feststellung der Widerrechtlichkeit.

²¹⁸ Vgl. dazu auch Bericht «Recht auf Schutz vor Diskriminierung» des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Naef 12.3543 vom 14. Juni 2012 vom 25. Mai 2016, Ziff. 4.3.2, S. 21 (abrufbar unter <https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2016/2016-05-25/ber-br-d.pdf>).

2.2.2 Behindertengleichstellungsgesetz (BehiG)

Art. 9 Abs. 3 Bst. a und Abs. 6

Nach Artikel 9 Absatz 3 Buchstabe a des Behindertengleichstellungsgesetzes (BehiG) können Behindertenorganisationen Beschwerde erheben bei Zivilverfahren zur Feststellung einer Diskriminierung im Sinne von Artikel 6 BehiG. Auch dieses zivilrechtliche Verbandsklagerecht soll erweitert und entsprechend den Änderungen von Artikel 89 und 89a VE-ZPO angepasst und harmonisiert werden: Behindertenorganisationen sowie weitere Verbände sollen unter den gleichen Voraussetzungen gemäss Artikel 89 und 89a VE-ZPO Verbandsklage erheben können, soweit es um zivilrechtliche Ansprüche geht.

Entsprechend ist *Artikel 9 Absatz 3 Buchstabe a* zu streichen. Gleichzeitig ist in einem neuen *Absatz 6* festzuhalten, dass Behindertenorganisationen und Verbände nach Massgabe von Artikel 89 Absatz 1 und Absatz 2 Buchstabe c und d und Artikel 89a VE-ZPO wegen Diskriminierung im Sinne von Artikel 6 BehiG klagen können. Um nach Artikel 89 und 89a VE-ZPO klagelegitimiert zu sein, müssen diese Organisationen insbesondere die Voraussetzungen von Artikel 89 Absatz 1 VE-ZPO erfüllen (vgl. dazu vorne unter Ziff. 2.1 die Erläuterungen zu Art. 89 VE-ZPO); soweit es um zivilrechtliche Ansprüche geht, ist somit künftig nicht mehr notwendig, dass es sich um eine mindestens zehn Jahre bestehende Behindertenorganisation handelt. Die weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen gemäss Artikel 89 Absatz 1 VE-ZPO und damit insbesondere die Eignung der klagenden Organisation zur Interessenwahrung sind bei dieser spezialgesetzlichen Verbandsklage im Lichte des geltenden Rechts und Praxis anzuwenden; bisher verbandsklagelegitimierte Behindertenorganisationen sind grundsätzlich auch als nach neuem Recht legitimiert zu betrachten. Erweitert wird die Verbandsklage wiederum dahingehend, dass neu neben der Feststellungsklage auch die weiteren Klagemöglichkeiten gemäss Artikel 89 Absatz 2 Buchstabe c und d und Artikel 89a VE-ZPO zulässig sind. Damit sollen wiederum der Schutz vor Diskriminierungen und die Rechtsdurchsetzung verbessert werden.²¹⁹

2.2.3 Obligationenrecht (OR)

Art. 135 Ziff. 3

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung unterbricht eine auf Feststellung eines unrechtmässigen Zustands lautende Verbandsklage die Verjährung von individuellen Forderungen, die als Folge dieses Zustands geltend gemacht werden, nicht.²²⁰ Die Verbandsklage ist unabhängig von der (möglichen) Individualklage und hat keine direkten Auswirkungen auf diese, insbesondere auch keine Rechts-

²¹⁹ Vgl. dazu auch Bericht «Recht auf Schutz vor Diskriminierung» des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Naef 12.3543 vom 14. Juni 2012 vom 25. Mai 2016, Ziff. 4.3.2, S. 21.

²²⁰ BGE 138 II 1 E. 4.1

hängigkeits- oder Rechtskraftwirkungen²²¹, sehr wohl aber eine wichtige faktische Präjudizwirkung²²². Dieser Umstand wirkt sich nachteilig auf die Möglichkeit eines gestaffelten Vorgehens mit Verbandsklage und (anschliessender) Individualklage aus²²³ und bildet damit ebenfalls einen Grund dafür, warum die Verbandsklage nach geltendem Recht nicht vorkommt (vgl. dazu ausführlich vorne unter Ziff. 1.2.2 sowie die Erläuterungen zu Art. 89 VE-ZPO).

Neu soll daher die Verbandsklage nach Artikel 89 und 89a VE-ZPO die Verjährung für Forderungen aus der Verletzung von Angehörigen der Personengruppe, die von der Verbandsklage erfasst sind, unterbrechen. Dies wird, in Form eines neuen Unterbrechungsgrundes, in einer neuen Ziffer 3 von Artikel 135 OR vorgesehen. Damit wird die Wirkung einer Verbandsklage massgeblich verbessert. Gleichzeitig kann die Regelung die Einleitung von rechtlichen Schritten, die lediglich der Verjährungsunterbrechung dienen, reduzieren. Eine entsprechende Regelung kennt das schweizerische Recht bereits in Artikel 15 Absatz 2 des Bundesgesetzes gegen die Schwarzarbeit (BGSA)²²⁴. Die verjährungsunterbrechende Wirkung bleibt aber stets auf den Verfahrensgegenstand der Verbandsklage beschränkt, weshalb abhängig von der Verbandsklageart hinsichtlich der von der verjährungsunterbrechenden Wirkung der Verbandsklage betroffenen Ansprüche zu differenzieren ist.

Art. 135 Ziff. 4

Nach dieser Bestimmung wird mit der Einreichung des Antrags um Genehmigung eines Gruppenvergleichs die Verjährung unterbrochen für Forderungen, die vom Gruppenvergleich erfasst sind. Wie bei der Verbandsklage (vgl. die Ausführungen zu Ziff. 3) sollen damit lediglich zur Verjährungsunterbrechung vorzunehmende Klagen oder Betreibungen von betroffenen Personen vermieden werden. Gleichzeitig wird damit verhindert, dass betroffene Personen im Falle eines später erklärten Austritts in Bezug auf die Verjährung Nachteile erleiden und damit in ihrer Dispositionsfreiheit beschränkt sein könnten.

2.2.4 Markenschutzgesetz (MSchG)

Art. 56 Abs. 1 Bst. a und b und Abs. 2

Soweit das geltende Recht Berufs- und Wirtschaftsverbänden sowie Konsumentenorganisationen Klagerechte einräumt, sollen diese nach Massgabe von Artikel 89 und 89a VE-ZPO auf der Grundlage des geltenden Rechts erweitert und gleichzeitig harmonisiert werden. Soweit solche Organisationen die allgemeinen Voraussetzungen von Artikel 89 Absatz 1 VE-ZPO erfüllen (vgl. dazu vorne unter Ziff. 2.1 die

²²¹ Vgl. nur BALTHASAR BESSENICH/LUKAS BOPP, Art. 89 N 13 in: ZK ZPO, 3. Aufl., Zürich 2016.

²²² TANJA DOMEJ, Einheitlicher kollektiver Rechtsschutz in Europa?, ZZP 2012, S. 432.

²²³ Bericht «Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz – Bestandesaufnahme und Handlungsmöglichkeiten» des Bundesrates vom Juli 2013, S. 26 f.

²²⁴ Bundesgesetz über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit vom 17. Juni 2005 (Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit, BGSA); SR 822.41

Erläuterungen zu Artikel 89 VE-ZPO), sollen sie zukünftig zur Verbandsklage legitimiert sein. Ihrer spezialgesetzlichen Natur und ihren Besonderheiten sowie der bisherigen Rechtslage und Praxis ist weiterhin im Rahmen der Anwendung der allgemeinen Legitimationsvoraussetzungen Rechnung zu tragen; bisher klageberechtigte Organisationen sind grundsätzlich auch nach neuem Recht als legitimiert zu betrachten.

In *Absatz 1* sind die *Buchstaben a und b* zu streichen; die Klageberechtigung von Verbänden und Organisationen soll neu ausschliesslich in Absatz 2 von Artikel 56 geregelt werden. Im neu gefassten *Absatz 2* wird für die Legitimationsvoraussetzungen und die Klagemöglichkeiten grundsätzlich auf die Artikel 89 und 89a VE-ZPO verwiesen. Weiterhin gelten für diese Verbandsklagen auch die besonderen Regelungen und Möglichkeiten von Artikel 52 und 55 Absatz 1 Buchstabe c MSchG. Ebenfalls gelten die Bestimmungen von Artikel 54, 57, 59 und 60 MSchG auch für Verbandsklagen; damit wird den besonderen Umständen solcher markenrechtlicher Verbandsklagen weiterhin Rechnung getragen.

2.2.5 Wappenschutzgesetz (WSchG)

Art. 21

Entsprechend dem Markenschutzgesetz ist auch die spezialgesetzliche Verbandsklage in Artikel 21 Wappenschutzgesetz²²⁵ anzupassen. Für die Legitimationsvoraussetzungen und die Klagemöglichkeiten kann neu grundsätzlich auf die Artikel 89 und 89a VE-ZPO verwiesen werden; weiterhin anwendbar bleibt sodann die Bestimmung von Artikel 20 Absatz 1 Buchstabe c WSchG.

2.2.6 Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)

Art. 10 Abs. 2

Auch die Verbandsklage nach Lauterkeitsrecht soll den Änderungen und Erweiterungen von Artikel 89 und 89a VE-ZPO entsprechend angepasst werden. Artikel 10 Absatz 2 UWG ist daher wie folgt neu zu fassen:

- Verbände und Organisationen sollen neu nach Artikel 89 Absatz 1 VE-ZPO zur Verbandsklage legitimiert sein. Damit ist erforderlich, dass es sich um eine nicht gewinnorientierte Organisation handelt (Bst. a), diese statutarisch oder gemäss ihrer Satzung zur Wahrung der Interessen der von der Verletzung des UWG betroffenen Personengruppe befugt ist (Bst. b) und sie zu dieser Interessenwahrung auch geeignet erscheint (Bst. c).

²²⁵ Bundesgesetz über den Schutz des Schweizerwappens und anderer öffentlicher Zeichen vom 21. Juni 2013 (Wappenschutzgesetz, WSchG); SR 232.21.

-
- Neu sind neben negatorischen Ansprüchen auch reparatorische Verbandsklagen gemäss Artikel 89a VE-ZPO zulässig.
 - Die spezifischen Regelungen lauterkeitsrechtlicher Verbandsklagen sollen beibehalten werden; die Regelungen der Artikel 9 Absatz 2 (besonderer Anspruch auf Berichtigung oder Urteilsmitteilung an Dritte oder Veröffentlichung), Artikel 11 (Klagen gegen den Geschäftsherrn) und Artikel 13a (Beweislastumkehr) sind daher weiterhin anwendbar.

2.2.7 Kartellgesetz (KG)

Art. 43 Abs. 1 Bst. b und c

Zur Vereinheitlichung und Harmonisierung soll auch das nach geltendem Recht bestimmten Berufs- und Wirtschaftsverbänden sowie Konsumentenorganisationen zustehende Recht, sich an Untersuchungen von Wettbewerbsbeschränkungen beteiligen zu können, mit den Voraussetzungen zur Verbandsklage nach Artikel 89 Absatz 1 VE-ZPO übereinstimmend geregelt werden. In einem angepassten *Buchstaben b* soll neu an die Legitimation zur Verbandsklage nach Artikel 89 Absatz 1 VE-ZPO angeknüpft werden: Vereine und andere Organisationen, die dazu legitimiert sind, können sich auch an den Untersuchungen von Wettbewerbsbeschränkungen beteiligen. *Buchstabe c* kann daher aufgehoben werden.

2.2.8 Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG)

Art. 8d Verbandsklage und Gruppenvergleich

Streu- und Massenschäden zeichnen sich gerade in den letzten Jahren und Jahrzehnten immer mehr dadurch aus, dass sie in den meisten Fällen eine internationale Komponente haben, indem sich die Schäden nicht nur auf betroffene Personen in der Schweiz beziehungsweise in einem einzigen Staat beschränken oder aber der Schadensverursacher und Schädiger in einem anderen Staat ansässig ist. Bei der Durchsetzung von Streu- und Massenschäden und in besonderem Masse bei der kollektiven Durchsetzung solcher Schäden stellen sich zunehmend auch internationalprivatrechtliche Fragen. Dies betrifft vorab die internationale Zuständigkeit für solche kollektiven Verfahren. Diese soll daher für die erweiterte Verbandsklage nach Artikel 89 und 89a VE-ZPO sowie für Gruppenvergleichsverfahren nach Artikel 352a ff. VE-ZPO in Zukunft ausdrücklich und eigenständig in einem neuen Artikel 8d VE-IPRG geregelt werden. Zu beachten ist, dass nach der allgemeinen Regelung von Artikel 1 Absatz 2 IPRG völkerrechtliche Verträge und damit insbesondere die Regelungen des Lugano-Übereinkommens²²⁶ vorbehalten sind.

²²⁶ Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen, LugÜ); SR 0.275.12

Absatz 1 hält den allgemeinen Grundsatz fest, dass mit Verbandsklage und Gruppenvergleich vor schweizerischen Gerichten Rechtsverletzungen – unabhängig davon, ob sie lediglich drohen, bereits verwirklicht sind oder lediglich vorgeworfen werden – geltend gemacht beziehungsweise geregelt werden können, für die als solche nach den Regelungen des IPRG ein Gericht in der Schweiz zuständig ist, wenn sie nicht im Rahmen einer Verbandsklage und eines Gruppenvergleichs geltend gemacht beziehungsweise geregelt würden. Die Zulässigkeit solcher kollektiver Verfahren vor schweizerischen Gerichten erstreckt sich somit stets nur auf Ansprüche, die auch mittels Individualklage vor ein schweizerisches Gericht gebracht werden können. Damit wird zum einen sichergestellt, dass bei solchen kollektiven Verfahren stets ein genügender Bezug zur Schweiz besteht; zum andern wird damit verhindert, dass mit kollektiven Verfahren Rechtsverletzungen vor schweizerische Gerichte gebracht werden, für die ausserhalb solcher Verfahren keine Zuständigkeit in der Schweiz bestünde. Irrelevant ist dabei, ob die Zuständigkeit schweizerischer Gerichte für solche Rechtsverletzungen auf einer allgemeinen oder besonderen Zuständigkeitsnorm des IPRG oder allenfalls einer nach Artikel 5 IPRG zulässigen und wirksamen Gerichtsstandsvereinbarung beruht.

Absatz 2 regelt neu die (direkte) Zuständigkeit für Verbandsklagen in der Schweiz. Dabei ist zu unterscheiden, ob die beklagte Partei ihren Wohnsitz oder ihren Sitz in der Schweiz hat oder nicht:

- Hat die beklagte Partei ihren Wohnsitz oder ihren Sitz in der Schweiz, so sind für Verbandsklagen gegen diese Partei die schweizerischen Gerichte an deren Wohnsitz oder Sitz zuständig. Damit wird dieser allgemeine Beklagtergerichtsstand für Verbandsklagen zugunsten der beklagten Partei besonders verankert, was angesichts der besonderen Bedeutung und Tragweite von Verbandsklagen im Interesse potenziell Beklagter zu deren Schutz gerechtfertigt ist; analog zur binnenrechtlichen Regelung von Artikel 16a VE-ZPO soll der potenziell mit einer Verbandsklage Beklagte nicht mit einer solchen an einem anderen Ort als an seinem Wohnsitz oder Sitz rechnen müssen. Diese Regelung geht anderen Zuständigkeitsbestimmungen des IPRG vor; nicht ausgeschlossen ist demgegenüber eine Einlassung der beklagten Partei in einer Verbandsklage nach Artikel 6 IPRG oder aber auch eine Gerichtsstandsvereinbarung zwischen Verbandskläger und beklagter Partei im Sinne von Artikel 5 IPRG.
- Hat die beklagte Partei keinen Wohnsitz oder Sitz in der Schweiz, so ist für Verbandsklagen gegen diese Partei jedes Gericht in der Schweiz örtlich zuständig, das für eine Individualklage eines Angehörigen der betroffenen Personengruppe wegen der geltend gemachten Rechtsverletzung zuständig ist. Diese Regelung entspricht vom Sinn her der Bestimmung von Artikel 8a Absatz 2 IPRG für die Klagenhäufung.

Für Gruppenvergleichsverfahren sieht *Absatz 3* neu vor, dass nach Wahl der Parteien die schweizerischen Gerichte am Wohnsitz oder Sitz einer der antragsstellenden Parteien zuständig sind. Nur wenn mindestens eine dieser Parteien ihren Wohnsitz oder Sitz in der Schweiz hat, sollen überhaupt die schweizerischen Gerichte zuständig sein und ist damit auch gewährleistet, dass ein genügender Bezug des Verfahrens zum Gerichtsort besteht. Gleichzeitig wird mit diesem Wahlrecht der besonderen

Natur des Gruppenvergleichsverfahrens als Verfahren zur kollektiven Streiterledigung auf der Grundlage einer einvernehmlichen Einigung Rechnung getragen. Wie bei der Verbandsklage (Abs. 2) ist diese Zuständigkeit nicht zwingend, was gerade auch der einvernehmlichen Natur des Gruppenvergleichsverfahrens entspricht, in dem die Parteien gestützt auf eine Vereinbarung (Art. 5 IPRG) auch an andere Gerichte gelangen können; eine Einlassung kommt hier angesichts des gemeinsamen Antrags (vgl. dazu vorne Art. 352c VE-ZPO) aller Parteien nicht in Betracht.

2.2.9 Mitwirkungsgesetz

Art. 15 Abs. 2

Das bisherige spezialgesetzliche Verbandsklagerecht nach Artikel 15 Absatz 2 Mitwirkungsgesetz²²⁷ soll erweitert und entsprechend den Änderungen von Artikel 89 und 89a VE-ZPO angepasst und harmonisiert werden: Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände sollen unter den gleichen Voraussetzungen gemäss Artikel 89 und 89a VE-ZPO Verbandsklage erheben können. Neu sind damit im Unterschied zum geltenden Recht nicht nur Feststellungsklagen, sondern sämtliche Klagearten gemäss Artikel 89 Absatz 2 sowie Artikel 89a VE-ZPO zulässig.

2.2.10 Entsendegesetz (EntsG)

Art. 11

Die spezialgesetzliche Bestimmung zu einer besonderen, lediglich auf Feststellung lautenden Verbandsklage im Entsendegesetz soll zugunsten der allgemeinen Verbandsklage nach Artikel 89 und 89a VE-ZPO aufgehoben werden; neu sind damit auch im Geltungsbereich des Entsendegesetzes (EntsG)²²⁸ Verbandsklagen unter den allgemeinen Voraussetzungen und Regeln zulässig; sie sind damit insbesondere nicht nur auf Feststellung möglich.

3 Auswirkungen

3.1 Auswirkungen auf den Bund

Die Vorlage hat keine unmittelbaren finanziellen oder personellen Auswirkungen auf den Bund.

Soweit dem Bund im Bereich der Statistik und der Geschäftszahlen aufgrund der vorgeschlagenen gesetzlichen Verankerung dieser Gemeinschaftsaufgabe von Bund

²²⁷ Bundesgesetz über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben vom 17. Dezember 1993 (Mitwirkungsgesetz); SR **822.14**.

²²⁸ Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne vom 8. Oktober 1999 (Entsendegesetz, EntsG); SR **823.20**.

und Kantonen zusätzliche Kompetenz und Aufgaben zukommen (vgl. Art. 401a VE-ZPO und die Erläuterungen dazu vorne), werden dem Bund mittelbar zusätzliche Ausgaben entstehen; sie können derzeit nicht quantifiziert werden. Sie können aber im Rahmen der verfügbaren Mittel von den zuständigen Stellen und Behörden finanziell und personell getragen werden.

3.2 Auswirkungen auf Kantone und Gemeinden sowie auf urbane Zentren, Agglomerationen und Berggebiete

Die Vorlage hat in verschiedener Hinsicht Auswirkungen auf die Kantone:

- Wie nach geltendem Recht ist die Organisation der Gerichte und der Schlichtungsbehörden Sache der Kantone, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt (Art. 3 ZPO). Auch wenn mit den vorliegenden Anpassungen bewusst nicht direkt in die bewährte kantonale Organisation eingegriffen werden soll, kann sich daraus mittelbar Anpassungsbedarf in den Kantonen in Bezug auf die Gerichts- und Behördenorganisation ergeben, zum Beispiel in Bezug auf die Schlichtungsbehörden oder in den Kantonen mit einem Handelsgericht.
- Die Kantone werden ihre Gerichtsverfassungs- oder -organisationsgesetze in verschiedener Hinsicht anpassen müssen. Dabei geht es um Anpassungen in Bezug auf die Regelung der sachlichen Zuständigkeit, vorab in Bezug auf die angepasste und erweiterte Verbandsklage (vgl. Art. 89 und 89a VE-ZPO) und das neu geschaffene Gruppenvergleichsverfahren (vgl. Art. 352a–352k VE-ZPO). Für beides ist neu eine einzige kantonale Instanz zu bezeichnen (vgl. Art. 5 Bst. j und k VE-ZPO).
- Vorgesprochen wird die Anpassung der Regelung über die maximale Höhe der Gerichtskostenvorschüsse (vgl. Art. 98 VE-ZPO) und die Liquidation der Prozesskosten (vgl. Art. 111 Abs. 1 und 2 VE-ZPO). Dies wird zumindest mittelbar finanzielle Auswirkungen auf die Kantone haben, soweit damit einerseits die Gerichtskostenvorschüsse in der Praxis nach der klaren Erwartung deutlich geringer ausfallen werden und andererseits sich die Kantone bei der Liquidation der Gerichtskosten nicht direkt aus den Vorschüssen schadlos halten können. Dies ist jedoch nicht zu vermeiden, will man den Parteien über die unvermeidbaren Prozess- und Prozesskostenrisiken eines Zivilprozesses hinaus zumindest vom Insolvenzrisiko für die Gerichtskosten entlasten, wie dies bereits bei der Schaffung der ZPO ursprünglich die Absicht war. Die finanziellen Auswirkungen lassen sich weder insgesamt noch für den einzelnen Kanton quantifizieren oder prognostizieren. Die bisherigen Erfahrungen haben jedoch gezeigt, dass die Ausfälle der Kantone für nicht oder nicht rechtzeitig bezahlte Gerichtskosten mit einem effizienten Inkassosystem markant senken lassen.
- Neu sollen die Kantone und ihre Gerichte von Bundesrechts wegen gemeinsam mit dem Bund für genügende statistische Grundlagen und Geschäftszahlen sorgen (vgl. Art. 401a VE-ZPO). In diesem Bereich ist mit einem gewis-

sen Zusatzaufwand zu rechnen, der jedoch angesichts der bereits in allen Kantonen gemachten Erfassungen und Erhebungen höchstens zu Beginn spürbar sein dürfte, wenn es darum geht, entsprechende Prozesse und Erhebungen anzupassen.

Die Vorlage hat keine spezifischen Auswirkungen auf Gemeinden sowie auf urbane Zentren, Agglomerationen und Berggebiete.

3.3 Auswirkungen auf die Volkswirtschaft

Die volkswirtschaftlichen Auswirkungen von Anpassungen des Zivilprozessrechts lassen sich naturgemäss, wenn überhaupt, nur schwer erfassen. Wie der Bundesrat bereits bei der Schaffung der schweizerischen ZPO ausgeführt hat, trägt eine effiziente Rechtspflege zur wirtschaftlichen Prosperität und damit letztlich auch zu verbesserter Lebensqualität bei.²²⁹

Mit den vorliegenden Anpassungen der ZPO soll die zivilrechtliche Rechtsdurchsetzung und Rechtspflege weiter verbessert und effizienter gemacht werden. Dies führt für Privatpersonen, aber gerade auch für die Unternehmen dazu, dass die Kosten der Rechtsdurchsetzung sinken. Bestehende Kostenschranken im geltenden Recht, namentlich die hohen Prozesskostenvorschüsse (vgl. Art. 98 ZPO) sowie das von den Parteien zu tragende Insolvenzrisiko für die Gerichtskosten (vgl. Art. 111 ZPO) und damit die teilweise kritisierten «Paywalls» der Justiz sollen abgebaut werden.

Mit den beabsichtigten Anpassungen bei der Verbandsklage (vgl. Art. 89 und 89a VE-ZPO) und der Schaffung eines Gruppenvergleichsverfahrens (vgl. Art. 352a–352k VE-ZPO) soll die kollektive Rechtsdurchsetzung in der Schweiz wirksam und massvoll ausgebaut werden, ohne die in den USA beobachteten negativen Auswirkungen des amerikanischen Sammelklagesystems zu übernehmen. Gerade ein Gruppenvergleich macht zukünftig eine kollektive und für alle betroffenen Personen verbindliche und damit abschliessende Erledigung von Rechtsfällen gegenüber einer Vielzahl von geschädigten Personen im In- und Ausland möglich. Auch dies trägt zu einer effizienten Rechtsdurchsetzung bei oder ermöglicht diese in vielen Bereichen erst. Die Schliessung dieser Rechtsschutzlücken ist volkswirtschaftlich sinnvoll: Sie führt zu einer Beseitigung von sogenannten Externalitäten, indem zukünftig die Kosten von Rechtsverletzungen vermehrt von deren Urheber getragen und die Rechtsverletzungen bei den geschädigten Personen kompensiert werden können.

3.4 Auswirkungen auf die Gesellschaft

Mit den vorgeschlagenen Massnahmen soll der zivilrechtliche Rechtsschutz zugunsten der einzelnen Personen effizient verbessert werden. Dies trägt zur gesellschaftlichen Stabilität bei und stärkt das Vertrauen in den Rechtsstaat und seine Institutionen zur effizienten und effektiven Durchsetzung des Rechts zugunsten des einzelnen Individuums. Nur durchsetzbares und im Streitfall auch durchgesetztes und damit

²²⁹ Botschaft ZPO, BBl 2006, S. 7410.

verwirklichtes Privatrecht erfüllt letztlich seine Aufgabe als gesellschaftliches Ordnungsinstrument.

4 Verhältnis zur Legislaturplanung und zu Strategien des Bundesrates

Die Vorlage ist weder in der Botschaft vom 27. Januar 2016²³⁰ zur Legislaturplanung 2015–2019 noch im Bundesbeschluss vom 14. Juni 2016²³¹ über die Legislaturplanung 2015–2019 angekündigt.

5 Rechtliche Aspekte

5.1 Verfassungsmässigkeit

Die Vorlage sieht Anpassungen der geltenden ZPO vor, die sich auf Artikel 122 BV (Bundeskompetenz auf dem Gebiet des Zivilrechts und des Zivilprozessrechts) abstützt, sowie weiterer geltender, verfassungsmässiger Bundesgesetze.

5.2 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz

Für die Schweiz bestehen im Bereich des Zivilprozessrechts mit Ausnahme bilateraler und multinationaler Vereinbarungen über die internationale Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung – vorab in Zivil- und Handelssachen mit dem Lugano-Übereinkommen (LugÜ) – zurzeit keine verbindlichen internationalen Verpflichtungen.

Teilweise ergeben sich jedoch aus den internationalen Verpflichtungen der Schweiz zum Schutz und Gewährleistung der Menschenrechte im Bereich des Diskriminierungsschutzes gewisse Anforderungen. So hat der zuständige Kommissar für Menschenrechte des Europarats in seinem Evaluations- und Länderbericht vom 17. Oktober 2017 der Schweiz unter anderem empfohlen, eine Verbands- oder Organisationsklage für alle Formen und Fälle von Diskriminierung in allen Lebensbereichen vorzusehen.²³² Mit den vorgeschlagenen Anpassungen und Neuerungen im Bereich des kollektiven Rechtsschutzes entspricht die Vorlage insbesondere den Empfehlungen Nr. 39 und 42 des Ministerkomitees des Europarats zu Menschenrechten und Wirtschaft vom 2. März 2016²³³ und erfüllt auch die Erwartungen der

²³⁰ BBl 2016 1105

²³¹ BBl 2016 5183

²³² Bericht des Menschenrechtskommissars Nils Muižnieks vom 17. Oktober 2017 im Anschluss an seinen Besuch in der Schweiz vom 22. bis 24. Mai 2017, Ziff. 38.

²³³ Empfehlungen CM/Rec(2016)3 des Ministerkomitees des Europarats zu Menschenrechten und Wirtschaft vom 2. März 2016.

UNO gemäss den UNO-Leitprinzipien zu Wirtschaft und Menschenrechten (Leitprinzip Nr. 26).²³⁴

5.3 Erlassform

Die Vorlage enthält wichtige rechtsetzende Bestimmungen, die nach Artikel 164 Absatz 1 BV in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen sind. Der Erlass untersteht dem fakultativen Referendum.

5.4 Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen

Gemäss Artikel 401a Absatz 2 VE-ZPO wird der Bundesrat befugt, unter Einbezug der Kantone und Gerichte die Grundsätze und Modalitäten der Ermittlung der Statistik und Geschäftszahlen gemäss Absatz 1 festzulegen; er kann die Zuständigkeit dem Bundesamt für Justiz übertragen. Im Übrigen werden mit der Vorlage keine Rechtsetzungskompetenzen an den Bundesrat delegiert.

5.5 Datenschutz

Unter dem Gesichtspunkt der Bearbeitung von Personendaten hat die vorliegende Anpassung der ZPO sowie weiterer Bundesgesetze keine Auswirkungen.

Umgekehrt führt die vorgesehene Anpassung und Erweiterung der Verbandsklage dazu, dass auch Verletzungen des Datenschutzgesetzes vermehrt und einfacher auch kollektiv durchgesetzt werden können (vgl. dazu auch die Erläuterungen zu Art. 89 f. VE-ZPO vorne), wie dies gerade für den Datenschutz bereits spezifisch gefordert wurde.²³⁵

²³⁴ Leitprinzipien der Vereinten Nationen für Wirtschaft und Menschenrechte, Resolution A/HRC/RES/17/4 vom 16. Juni 2011 (deutsche Übersetzung der UNO-Leitprinzipien abrufbar unter: http://www.skmr.ch/cms/upload/pdf/140522_leitprinzipien_wirtschaft_und_menschenrechte.pdf).

²³⁵ Vgl. Mo. Schwaab 13.3052 «Recht zur Sammelklage bei Datenschutzverletzungen, insbesondere im Internet».