

EXHIBIT 3

SCHWEIZER STUDIEN ZUM INTERNATIONALEN RECHT
ETUDES SUISSES DE DROIT INTERNATIONAL

HERAUSGEBEN VON DER SCHWEIZERISCHEN VEREINIGUNG
FÜR INTERNATIONALES RECHT

PUBLIÉS PAR LA SOCIÉTÉ SUISSE DE DROIT INTERNATIONAL

BAND/VOLUME 129

LEANDRO PERUCCHI

Anerkennung und Vollstreckung von US class action-Urteilen und -Vergleichen in der Schweiz

standen wird, die vom Verfahren benachrichtigt worden waren, die also eine notice erhalten haben. Nach hier vertretener Ansicht wäre zu ergänzen: Es gelten jene abwesenden, passiv gebliebenen class members als Partei im Anerkennungsverfahren, welche die notice erhalten und welche kein opt out erklärt haben.⁵⁹⁵

Erheblich negativ ins Gewicht fallen sodann Bedenken methodischer und systematischer Art. Voraussetzung jeglicher Analogiebildung im schweizerischen Recht ist das Vorliegen einer Gesetzeslücke.⁵⁹⁶ Wo keine Gesetzeslücke vorliegt, kann keine Analogie gebildet werden.⁵⁹⁷ Die von der Literaturmeinung vorgeschlagene analoge Anwendung von Art. 149 IPRG auf abwesende, passiv gebliebene class members würde daher zunächst einmal die Lokalisierung einer entsprechenden Gesetzeslücke erfordern. Die Literaturmeinung legt in der Folge nicht dar, inwiefern die Bestimmungen zu Anerkennung und Vollstreckung des schweizerischen IPRG mit Bezug auf abwesende, passiv gebliebene class members lückenhaft sind.

Nach hier vertretener Ansicht liegt keine Gesetzeslücke und damit auch keine Notwendigkeit einer Lückenerfüllung per analogiam vor: Der Wortsinn des Begriffes «Partei» wie er vom IPR-Gesetzgeber in den Bestimmungen zu Anerkennung und Vollstreckung verwendet wird, lässt eine Auslegung zu, die eine Lösung des Problems der abwesenden, passiv gebliebenen class members liefert. Wie weiter unten gezeigt wird, besteht die Möglichkeit, auf eine weniger radikale Art und Weise als per analogiam, lediglich mithilfe teleologischer Auslegung der Normen zu Anerkennung und Vollstreckung, ein methodisch und systematisch ausgewogenes Ergebnis zu erzielen.⁵⁹⁸

Das Hauptproblem der von der Literaturmeinung vorgeschlagenen analogen Anwendung von Art. 149 IPRG auf abwesende, passiv gebliebene class members liegt jedoch im strukturell suboptimalen Ansatz begründet, da Charakter und Zweck des class action-Verfahrens zu wenig beachtet werden. Die von der Literaturmeinung vorgeschlagene Analogie soll dazu dienen, eine Eingrenzung in Bezug auf klagensche class members vorzunehmen, um eine Anerkennung zumindest eines Teils des Urteils in der Schweiz zu ermöglichen. Mithilfe der Analogie soll m.a.W. eine Eingrenzung der Rechtskraftwirkung des class action-Urteils in subjektiver Hinsicht vorgenommen werden. Dafür ist aber die Analogie zum Beklagtenbegriff in Art. 149 IPRG nicht geeignet. Denn dieser Beklagtenbegriff ist in der traditionellen Vorstel-

⁵⁹⁵ So auch die Umschreibung der von der Bindungswirkung erfassten class members in der Regelung von Rule 23(c)(3) Satz 2 FRCP, zit. oben Ziff. 3.

⁵⁹⁶ In vorliegender Arbeit wird dem Lückenbegriff von KRAMER, 162, weitgehend im Anschluss an CAMARIS gefolgt: «Eine Lücke liegt vor, wenn das Gesetz – ausgelegt innerhalb der Grenzen seines möglichen Wertsinns – eine positive Regelung vermissen lässt, obwohl die Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit eine solche fordert»; oder mit anderen Worten: «eine Lücke ist eine planwidrige Unvollständigkeit des positiven Rechts (d.h. der Gesetzesordnung im Rahmen ihres möglichen Wertsinns), gemessen am Massstab der gesamten geltenden Rechtsordnung».

⁵⁹⁷ Vgl. zur Analogiebildung als Mittel der Lückenerfüllung KRAMER, 173 ff.

⁵⁹⁸ Vgl. unten § 3 VI. E. 4. I.

lung des Zweiparteienverfahrens verhaftet.⁵⁹⁹ Es kann aber nicht mit einer auf das Zweiparteienverfahren ausgerichteten Figur die Eingrenzung der Rechtskraftwirkung bezüglich eines Urteils versucht werden, welches das Muster des Zweiparteienverfahrens mit grundsätzlich auf die Parteien beschränkter Rechtskraftwirkung überwindet und eine Rechtskraftwirkung gerade *unabhängig vom Parteibegriff* eintritt lässt.⁶⁰⁰ Die Eingrenzung der Rechtskraftwirkungen kann diesfalls nur durch Kontrolle und Einschränkung der Rechtskraftwirkungen selbst erfolgen.

Deshalb führt nach hier vertretener Ansicht kein Weg daran vorbei, dass der Anerkennungsrichter selbst die Grenzen der zu anerkennenden Rechtskraftwirkungen zu ziehen hat.⁶⁰¹ Das ist auch seine Aufgabe bei der Anerkennung: Anerkennung heisst kontrollierte Wirkungserstreckung. Genau dies wird nach hier vertretener Auffassung vom Anerkennungsrichter gefordert.

f. Eigener Vorschlag: Anpassung des Parteibegriffs des IPRG

Wie oben ausgeführt und im Entscheid *Devlin v. Scardelletti*⁶⁰² offensichtlich zu Tage getreten, führt jedes class action-Verfahren zu folgendem Spannungsverhältnis: Die abwesenden, passiv gebliebenen class members lassen sich einerseits nicht unmittelbar unter den Parteibegriff – und dies auch nicht nach US Recht – subsumieren, andererseits besteht das Bedürfnis, sie weitgehend wie Parteien zu behandeln, so insbesondere in der Frage der Unterwerfung unter die Rechtskraftwirkung des Urteils.⁶⁰³

Im Folgenden wird die Ansicht vertreten, dass im Anerkennungsverfahren in der Schweiz in Bezug auf die abwesenden, passiv gebliebenen class members der Parteibegriff des schweizerischen IPRG auslegungsbedürftig ist und dass unter dem Begriff teleologisch ausgelegt Verfahrensbeteiligte,⁶⁰⁴ welche von der Rechtskraftwirkung erfasst werden, verstanden werden sollten.

⁵⁹⁹ So dürfte nach der Konzeption des IPR-Gesetzgebers bezüglich der Person und des Wohnsitzes des Beklagten in der Regel Gewissheit bestehen – beides Elemente, die bei den weit verstreuten abwesenden, passiv gebliebenen class members gerade unbekannt bleiben.

⁶⁰⁰ Vgl. oben § 2 II. F. 1, sowie den oben in Fn. 21 erwähnten Satz von ISSACHAROFF, *Government*, 355: «Yet the very essence of the class action device is its capacity to bring closure to claims that stretch beyond the named parties.»

⁶⁰¹ Vgl. unten § 3 VI. E. 4. I.

⁶⁰² 536 U.S. 1 (2002); vgl. dazu oben § 3 VI. E. 3. b (4).

⁶⁰³ Vgl. oben § 3 VI. E. 4. b (4); gl. M. KOMY, *Litiges*, 88.

⁶⁰⁴ SCHMID, 145, m.H. auf ZR 90 (1991) Nr. 92, S. 299, erwähnt, dass in der Strafprozessrechtslehre Einigkeit darüber bestehe, dass der Parteibegriff für das Strafverfahren nicht geeignet sei, weil zwischen den Parteien keine «Waffengleichheit» wie im Zivilprozessrecht herrsche. Die Rolle der verschiedenen Verfahrensbeteiligten könne je nachdem «eine mehr aktiv führende» oder «eine eher passiv duldende», sowie eine «zentrale bzw. eher periphere» sein. SCHMID schlägt deshalb vor, im Bereich des Strafprozessrechts anstelle des Parteibegriffs den Begriff «Verfahrensbeteiligte» zu verwenden. Diese strafprozessrechtliche Terminologie kann nach hier vertretener Ansicht auch für das class action-Verfahren fruchtbar gemacht werden, da auch hier mehrere Verfahrensbeteiligte in unterschiedlicher Position

Zu betonen ist, dass sich die aufgeworfene Auslegungfrage immer dann stellt, wenn abwesende, passiv gebliebene class members am class action-Verfahren teilnehmen. Sind alle class members bekannt, genügt nach hier vertretener Ansicht die Verwendung des Parteibegriffs gemäss dem traditionellen schweizerischen Verständnis.⁶⁰⁵ Die folgenden Ausführungen beziehen sich deshalb auf sämtliche class action-Urteile, von deren Rechtskraft abwesende, passiv gebliebene class members erfasst werden.

Ausgangspunkt der folgenden Überlegungen bildet die Auslegung des Parteibegriffs. Wenn der schweizerische IPR-Gesetzgeber in den Bestimmungen zu Anerkennung und Vollstreckung den Begriff Partei verwendet, schwebt ihm das klassische Zweiparteienverfahren oder mindestens ein Verfahren vor, in dem die Beteiligten bekannt sind. Der Parteibegriff des schweizerischen IPRG ist somit zugeschnitten auf Verfahren, in denen sämtliche Verfahrensbeteiligten bekannt und identifiziert sind.

Das class action-Verfahren hingegen zeichnet sich gerade dadurch aus, dass zahlreiche, nicht identifizierte Personen am Verfahren teilnehmen, wie es für die abwesenden, passiv gebliebenen class members zutrifft. Wenn es darum geht, ein solches class action-Urteil, welches abwesende, passiv gebliebene class members erfasst, in der Schweiz zu anerkennen und zu vollstrecken, ist der Parteibegriff des schweizerischen IPRG deshalb auszulegen.

Gemäss internationalprivatrechtlicher Terminologie handelte es sich in der Sache um ein Anpassungsproblem, das nach hier vertretener Meinung kollisionsrechtlich gelöst würde, indem die schweizerische IPRG-Norm angepasst und teleologisch ausgelegt würde.⁶⁰⁶ Schwander führt zur Anpassung aus: «Die Anpassung ist, wie die Beachtung des ordre public, Aufgabe des Richters, bzw. der Richterin. Wie der ordre public nimmt auch die Anpassung ihren Ausgangspunkt im Werturteil, dass das gefundene materielle Ergebnis nicht haltbar ist. Während sich beim ordre public dieses Werturteil auf die Prinzipien der materiellen lex fori stützt, kann es sich bei der Anpassung auch nur um logische Widersprüche handeln, die wertungsmässig verschiedene Lösungen offen lassen. Mit dem ordre public kann nur fremdes Recht ausgeschaltet werden, die Anpassung hingegen kann auch zu Korrekturen am inländischen

am Verfahren teilnehmern: Zu denken ist dabei insbesondere an die verschiedenen Kategorien von class members, die unterschiedlich stark in das Verfahren involviert sind.

⁶⁰⁵ Vgl. oben § 3 VI E. 4.

⁶⁰⁶ Vgl. zur Anpassung NEUHAUS, 358: «Soweit eine Abhilfe notwendig ist, können wir unterscheiden zwischen kollisionsrechtlichen Lösungen (Ausschaltung einer der beiden Rechtsordnungen oder umgekehrt Erstreckung ihres Anwendungsbereichs auf eine sonst offene bleibende Frage; Eisetzung beider durch eine dritte Rechtsordnung, z.B. die lex fori [...]) und materielle rechtlichen (Kombination der Bestimmungen zweier Rechtsordnungen, also Bildung einer Art Mischrecht, oder Modifizierung der Bestimmungen des anwendbaren Rechts, z.B. Ausschaltung oder Begrenzung eines Anspruchs, Gewährung eines Wahlrechts, Einschränkung oder Ergänzung einer Regelung, insbesondere Verlängerung einer Frist, völlige Neuregelung durch den Richter) [Hervorhebungen im Original].»

Recht führen. Überschneidungen gibt es nicht; die Anpassung geht methodisch der Anwendung des ordre public voraus [Hervorhebungen im Original].⁶⁰⁷ Diese für kollisionsrechtliche Bestimmungen zum anwendbaren Recht geltenden Prinzipien der Anpassung können nach hier vertretener Ansicht auch auf die Auslegung der anerkennungsrechtlichen IZPR-Normen angewendet werden.

Unter den verschiedenen Auslegungsmethoden drängt sich die teleologische Methode auf.⁶⁰⁸ Dabei wird im Folgenden auf eine objektiv-geltungszeitliche teleologische Auslegung abgestellt, ohne die subjektiv-historischen Aspekte zu vernachlässigen.⁶⁰⁹

Die class action dient dazu, Rechtskraft herzustellen, ohne im Urteilszeitpunkt sämtliche class members identifizieren zu müssen. Darin liegt die prozessökonomische Komponente, welche die class action rechtfertigt. Die class action lässt sich überhaupt anders als durch den prozessökonomischen Nutzen gar nicht begründen.⁶¹⁰

Der Zweck der Gesetzesbestimmungen zu Anerkennung und Vollstreckung des IPRG besteht in der kontrollierten Wirkungserstreckung des ausländischen Urteils auf die Schweiz. Wirkungserstreckung bedeutet dabei in erster Linie die Erstreckung der Rechtskraftwirkung.⁶¹¹

Hätte der schweizerische IPR-Gesetzgeber an den Anwendungsfall der Anerkennung und Vollstreckung eines class action-Urteils in der Schweiz gedacht, dann hätte er nicht gewollt, dass das Urteil nur bezüglich der class members, die dem schweizerischen Parteibegriff entsprechen, anerkannt werden würde. Denn so würde das zu anerkennende class action-Urteil seiner entscheidenden prozessökonomischen Wirkung beraubt: Die nicht als Parteien im Sinne des schweizerischen Rechts betrachteten class members könnten individuell erneut gegen den Beklagten mit Sitz in der Schweiz klagen. Die Folge wäre ein hinkendes Rechtsverhältnis, das zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit für den schweizerischen Beklagten führte.⁶¹²

Als Ergebnis einer teleologischen Auslegung sind daher unter den Parteibegriff, wie er in den Bestimmungen zu Anerkennung und Vollstreckung des schweizerischen IPRG verwendet wird, sämtliche Verfahrensbeteiligten, die von der Rechtskraftwirkung des Urteils erfasst werden, zu subsumieren. Als Parteien im Sinne von Art. 25 ff.

⁶⁰⁷ Vgl. SCHWANDER, 200, N 428, sowie N 433.

⁶⁰⁸ Die allgemeinen Regeln über die Gesetzesauslegung sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts grundsätzlich auch im Bereich des Zivilprozessrechts anwendbar, vgl. WALTHER, 94; vgl. zur teleologischen Auslegung des Zivilprozessrechts WALTHER, 108 f.

⁶⁰⁹ Vgl. zum Methodenpluralismus in Auslegungsfragen KRAMER, 119, der zur Lösung des Methodenstreits eine vermittelnde Position vorschlägt, indem z.B. der «Objektivist» auch entwicklungsgeschichtliche Aspekte berücksichtigt und umgekehrt.

⁶¹⁰ Vgl. WRIGHT/MILLER/KANE, FPP B 1751; NEWBERG/CONTE, § 1.3; HLR NOTE 1954, erster Satz; Vgl. die bildhafte Umschreibung von JP FULLAM, 38 Journal of Air Law and Commerce 369, 388 (1972): «Federal Rule 23 – An Exercise in Utility», zit. bei MULHERON, 4, Fn. 4, in w.H.

⁶¹¹ Vgl. dazu oben § 3 I.

⁶¹² Vgl. oben lit. § 3 VI E. 4, e (1).

IPRG haben somit alle Verfahrensbeteiligten des class action-Verfahrens zu gelten, die von der Rechtskraft des US Urteils erfasst werden.

In der Bestimmung des Kreises der von der Rechtskraft erfassten class members ist der mit der Anerkennung befasste schweizerische Richter im Rahmen seines pflichtgemässen Ermessens frei, da es sich um eine Frage der Rechtsanwendung handelt.⁶¹³ Der Richter hat dabei jenen Gesichtspunkt zu berücksichtigen, der für die Rechtskraft massgeblich ist: die Rechtsverwirklichung.⁶¹⁴ Er muss sich fragen, wer zur Rechtsverwirklichung von der Rechtskraftwirkung des US class action-Urteils auch in der Schweiz erfasst werden soll.⁶¹⁵

Vorgeschlagen wird hier, den Kreis der unter die Rechtskraftwirkung fallenden class members so zu ziehen, wie es zur Rechtsverwirklichung aufgrund des materiellen Rechts notwendig ist. Wie oben gezeigt, besteht kein unmittelbar materiellrechtlicher Anlass zu einer Rechtskrafterstreckung, wenn wie im vorliegenden Modellfall obligatorische Ansprüche gegen denselben Beklagten durchgesetzt werden sollen.⁶¹⁶ Die Begründung für die Rechtskrafterstreckung liegt allein im Parteiwillen, d.h. in der Genehmigungsfiktion oder m.a.W. dem konkludenten Einverständnis der class members in die stellvertretende Wahrnehmung ihrer Rechte durch die class representatives.⁶¹⁷ Diese Bevollmächtigung liefert die Grundlage zur Rechtskrafterstreckung durch Vereinbarung.⁶¹⁸

Der Kreis der von der Rechtskraft erfassten Verfahrensbeteiligten ist deshalb nach hier vertretener Ansicht nach dem Grad der autonom bestimmten Verfahrensherrschaft der class members zu ziehen: Als Verfahrensbeteiligte haben zweifelsfrei jene class members zu gelten, die dem traditionellen schweizerischen Parteibegriff entsprechen. Dies trifft auf den Beklagten sowie auf die class representatives zu.⁶¹⁹

Darüber hinaus sind als Verfahrensbeteiligte aber auch jene abwesenden class members zu erfassen, welche willentlich am class action-Verfahren teilgenommen haben. Dies trifft auf die abwesenden, passiv gebliebenen class members zu, welche die notice erhalten haben und keinen Austritt aus dem Verfahren mittels opt out er-

⁶¹³ Der Anerkennungsrichter muss überprüfen, welche Rechtskraft dem ausländischen Urteil in der Schweiz zukommt. Vgl. zum auf diese Frage anwendbaren Recht unten § 4 XI.

⁶¹⁴ Vgl. oben § 3 VI. E. 3. b (4) (b). Vgl. KUMMER, Klagerecht, 137 (zit. oben in Fn. 461); WALTHER, 108, 109 m.H. auf GULDENER in Fn. 88.

⁶¹⁵ Vgl. WALTHER, 108. «Auch das Zivilprozessrecht ist grundsätzlich teleologisch auszulegen. Dabei ist aber dem Zweck des Verfahrensrechts besondere Beachtung zu schenken, da dieser bei der Auslegung einzelner Bestimmungen vorrangig zu berücksichtigen ist. Nach überwiegender schweizerischer Auffassung ist dabei der Prozesszweck in der Verwirklichung des materiellen Rechtes zu sehen und im Zweifel ist daher derjenigen Auslegung der Vorzug zu geben, die der Verwirklichung des materiellen Rechtes besser dient.»

⁶¹⁶ Vgl. oben § 3 VI. E. 3. b (4) (b) (ii).

⁶¹⁷ Vgl. oben § 3 VI. E. 3. b (4) (d).

⁶¹⁸ Vgl. oben § 3 VI. E. 3. b (4) (c).

⁶¹⁹ Vgl. dazu auch oben Fn. 605.

klärt haben. Auf sie findet die Genehmigungsfiktion Anwendung. Sie unterwerfen sich kraft Vereinbarung der Rechtskraftwirkung des Urteils.⁶²⁰

Nicht als Verfahrensbeteiligte in Betracht kommen hingegen class members, die keine notice erhalten haben: Ihnen bezüglich darf wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs keine willentliche Teilnahme am class action-Verfahren unterstellt werden. Auch scheidet bei ihnen deshalb eine Genehmigungsfiktion aus.⁶²¹

Diese hier vorgeschlagene Abgrenzung des Kreises der von der Rechtskraftwirkung umfassten class members entspricht strukturell der Systematik der Regelung in Rule 23 FRCP: Der Unterschied zwischen den mandatory class actions in den Rules 23(b)(1) und 23(b)(2) FRCP gegenüber der common question class action nach Rule 23(b)(3) FRCP besteht genau im fehlenden materiellrechtlichen Zusammenhang zwischen den Ansprüchen der verschiedenen class members.⁶²² Dieser fehlende materiellrechtliche Zusammenhang kann auch nicht allein durch die Erfordernisse der commonality und superiority ersetzt werden, deshalb ist bei 23(b)(3) class actions im Unterschied zu den mandatory class actions als zusätzliches Element eine Benachrichtigung sämtlicher class members mittels der notice und mit der Möglichkeit eines opt out vorgeschrieben: Nur durch die Zustimmung der class members durch Verstellen auf ein opt out lässt sich ein Zusammenhang zwischen den class members herstellen und nur dann ist die einheitliche Rechtskraftwirkung zu rechtfertigen.⁶²³ Bei mandatory class actions hingegen ist die notice nicht notwendig und liegt im Belieben des Gerichts, da schon materiellrechtlich ein ausreichender Zusammenhang zwischen den class members besteht, der die Rechtskrafterstreckung legitimiert.⁶²⁴

Aufgrund der Besonderheit des class action-Verfahrens, dass dieses nur dann seine volle Wirkung entfalten kann, wenn auch sämtliche abwesenden, passiv gebliebenen class members vom Urteil gebunden werden, wäre nach hier vertretener Ansicht bezüglich der abwesenden, passiv gebliebenen class members im Anerkennungsverfahren als Korrektiv eine Prüfung der Verletzung des rechtlichen Gehörs von Amtes wegen zu erwägen. Im Bereich der Anerkennung von 23(b)(3) class action-Urteilen wäre daher bezüglich der Verletzung des rechtlichen Gehörs der abwesenden class members eine Prüfung von Amtes wegen durch das mit der Anerkennung befasste Gericht vertretbar. Diese Auslegung *contra verba sed secundum rationem legis* ist die konsequente Fortsetzung der oben vertretenen teleologischen Auslegung des Parteibegriffs: Der Gesetzgeber hat bei der Redaktion der Bestimmungen zum verfahrensrechtlichen ordre public in Art. 27 Abs. 2 IPRG den Fall der Anerkennung von Massenverfahren wie class action-Verfahren mit der immanenten Problematik der abwesenden, passiv gebliebenen class members nicht bedacht. Die Regel der Beachtung von Gehörsverletzungen nur auf Einrede hin ist daher anpassungsbedürftig, da

⁶²⁰ Vgl. dazu oben § 3 VI. E. 3. b (3) (d).

⁶²¹ Vgl. dazu eingehend § 3 VI. E. 3. b (1), § 3 VI. E. 3. b (3) und § 3 VI. E. 3. b (4).

⁶²² Vgl. FRIEDENTHAL/KANE/MILLER, 788 f.

⁶²³ Vgl. den Text von Rule 23(3)(b) FRCP.

⁶²⁴ Vgl. dazu die Hinweise oben in Fn. 137.

sie auf Zweiparteienvorfahren ausgerichtet ist. Ausserdem war nach der Praxis des Bundesgerichts vor Inkrafttreten des IPRG der verfahrensrechtliche ordre public von Amtes wegen zu berücksichtigen, auch der Vorentwurf der Expertenkommission hatte noch eine Prüfung des formellen ordre public von Amtes wegen vorgesehen.⁶²⁵

Im Sinne eines Ergebnisses kann Folgendes festgehalten werden: Der Parteilbegriff, wie er in den Bestimmungen zu Anerkennung und Vollstreckung des schweizerischen IPRG verwendet wird, umfasst teleologisch ausgelegt sämtliche Verfahrensarten des class action-Verfahrens, die von der Rechtskraft erfasst werden. Dies trifft nebst jenen class members, die ohnehin dem traditionellen schweizerischen Parteilbegriff entsprechen, auch auf jene abwesenden, passiv gebliebenen class members zu, welche eine notice erhalten haben und nicht mittels opt out den Austritt aus dem Verfahren erklärt haben.

F. Anerkennung von class action-Vergleichen

1. Gleichbehandlung von class action-Urteil und -Vergleich im US Recht bei der certification

Ein Vergleich in einem class action-Verfahren kann entweder die Form eines class action settlements oder einer settlement class action annehmen.⁶²⁶ Unabhängig davon, ob es sich um ein class action settlement oder um eine settlement class action handelt, müssen in beiden Fällen für eine certification die Voraussetzungen von Rule 23 FRCP erfüllt sein, genau gleich wie wenn es sich um eine gewöhnliche litigation class action handelte. Dies war nicht immer klar: Während eines längeren Zeitraums war die Frage kontrovers, ob im Falle eines Vergleichs eine Lockerung einzelner Tatbestandsvoraussetzungen von Rule 23 FRCP zulässig sei. Im Entscheid *Amchem v. Windsor*⁶²⁷ hat der Supreme Court eine solche Lockerung angenommen, gleichzeitig jedoch festgehalten, dass die Erfordernisse der predominance von Rule 23(b)(3) FRCP sowie der adequacy of representation von Rule 23(a)(4) FRCP bei settlement class actions genauso strikt zu beachten seien wie bei litigation class actions, ja sogar verstärkte Aufmerksamkeit erforderten.⁶²⁸ In der Folge lehnte der Supreme Court in

⁶²⁵ Vgl. ZK-IPRG VOLKEN, N 70 zu Art. 27.

⁶²⁶ Vgl. oben § 2 II. D.

⁶²⁷ 521 U.S. 591.

⁶²⁸ Vgl. dazu TOMARSH 27: «The difficult question in applying this third proposition [d.h. dass bei der certification der Umstand, dass ein Vergleich vorliegt, berücksichtigt werden müsse, oder, mit den Worten des Supreme Court, «that settlement is relevant to certification», «Anmerkung des Verf.}] is deciding exactly which parts of Rule 23(a) and (b) can be de-emphasized in a settlement class action, and which must be strictly complied with. The Court hinted at the answer when it indicated that «other specifications of the rule – those designed to protect absentees by blocking unwarranted or overbroad class definitions – demand undiluted, even heightened attention in the settlement context.» Moreover, the Court's own holdings, which found that the settlement in *Amchem* failed to meet the predominance re-

Amchem v. Windsor die certification des Entscheides – allerdings auch aus anderen, hier nicht zu vertiefenden Gründen⁶²⁹ – ab.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass sowohl bei der certification einer litigation class action wie auch bei der certification einer settlement class action die Voraussetzungen von Rule 23 FRCP erfüllt sein müssen, auch wenn im Einzelfall die Besonderheiten des Vergleichs bereits im Rahmen der certification berücksichtigt werden müssen. Es kann somit für das Verfahrensstadium der class action certification von einer grundsätzlichen Gleichbehandlung der litigation class actions und settlement class actions bzw. class action settlements ausgegangen werden.

2. Gleichbehandlung von Vergleichen und Urteilen im IPRG

Die Gleichbehandlung von litigation class actions und settlement class actions bei der certification im US Recht entspricht der grundsätzlichen anerkennungsrechtlichen Gleichbehandlung von Urteil und Vergleich im schweizerischen internationalen Privatrecht. Der massgebliche Art. 30 IPRG stipuliert: «Die Artikel 25-29 gelten auch für den gerichtlichen Vergleich, sofern er in dem Staat, in dem er abgeschlossen worden ist, einer gerichtlichen Entscheidung gleichgestellt wird.»

Zu prüfen ist somit die Frage, ob der in den USA abgeschlossene class action-Vergleich einer gerichtlichen Entscheidung gleichgestellt wird. Diese Frage ist ausschliesslich nach US Recht zu beurteilen.⁶³⁰

Wie oben unter Ziff. 1 festgehalten wurde, ergeht im Verfahrensabschnitt der certification auf jeden Fall ein gerichtlicher Entscheid über die class action. Dabei spielt es keine Rolle, ob es sich nun um eine litigation class action oder um eine settlement class action handelt. Der certification order des zuständigen Gerichts, mit dem über die Zulässigkeit der class action befunden wird,⁶³¹ stellt zweifelsfrei eine gerichtliche Entscheidung nach US Recht dar, die auch anfechtbar ist.⁶³²

Mit dem certification order wird jedoch nur über die grundsätzliche Zulässigkeit des class action-Verfahrens im konkreten Fall entschieden. Für den Verfaller sind daher zurzeit bis auf zwei Ausnahmen keine Konstellationen vorstellbar, in denen sich die Anerkennung eines certification orders in der Schweiz als hilfreich erweisen könnte. Die erste Ausnahme ist dann denkbar, wenn die class members oder der Be-

quirement of Rule 23(b)(3) and the adequacy of class representatives under Rule 23(a)(4), suggest that these aspects of Rule 23 are among the provisions that require such undiluted, even heightened, attention.»

⁶²⁹ Hauptsächlich wegen der bereits oben § VI. E. 2. c (1) erwähnten Problematik der ungenügenden Sicherung der Rechte der future plaintiffs durch das settlement; vgl. NAGAREDA, *Autonomy*, 752, m.w.H.

⁶³⁰ Vgl. BasK-IPRG BERRI/DÄPPEN, N 7 zu Art. 30.

⁶³¹ Vgl. zum Verfahren auf certification der class action die eingehenden Ausführungen oben unter § 2 II. A.

⁶³² Vgl. Rule 23(f) FRCP: Appeal an ein court of appeals gegen den order granting or denying class action certification des district court.

Swiss studies for international law
edited by the Swiss Association for International Law

volume 129

LEANDRO PERUCCHI

**Recognition and enforcement of
US class action judgments and
settlements in Switzerland**

TRANSLATION

§3 Recognition and Enforcement according to the SPILA

..... (b) Moreover, important methodical and systematical concerns need to be taken into account. According to Swiss law, there is only room for an analogy if there is a gap in the law. Without a gap, no analogy is permitted. In order to apply, in the manner proposed [Dr. Romy] article 149 SPILA by way of analogy to absent, passive class members one would therefore first need to identify the corresponding gap in the law. Also [Dr. Romy] does not explain in what respect the provisions of the SPILA concerning recognition and enforcement contain a gap with respect to absent passive class members.

According to the opinion set out herein, there is no gap in the law and therefore no need to fill a gap by way of analogy: The meaning of the term "party", as this term is used by the legislator in the provisions of the SPILA concerning recognition and enforcement, allows for an interpretation which solves the problem of absent passive class members. As shall be demonstrated below, it is possible to achieve a balanced methodical and systematical solution in a less radical manner than by an analogy, simply by means of a teleological interpretation of the provisions concerning recognition and enforcement.

The main problem, however, of the proposed application of article 149 SPILA to absent passive class members by way of analogy, lies in the poor structure of the approach, which does not adequately take into account the character and the purpose of class action procedures. The purpose of the analogy proposed by [Dr. Romy] is to narrow down and define plaintiff class members in order to allow for the recognition of at least a part of the judgment in Switzerland. In other words, the analogy intends to limit the subjective legal effects of the class action judgment. An analogy with the term "defendant" as used in article 149 SPILA is not suitable for this purpose, as this understanding of the term defendant is based on the traditional perception of a two party procedure. It is not permissible to use a concept deriving from a two party procedure to limit the scope of the legal effects of a judgment which overcomes this very concept of a legal effect limited to the two parties by creating a legal effect which does not depend on the [traditional] concept of a "party". A limitation of the legal effects can, in this case, only be achieved by analyzing and limiting the legal effects as such. Therefore, in accordance with the opinion expressed herein, the only solution is for the judge called upon to recognize the judgment to define the scope of the recognized legal effects. This is his task in the context of recognition: Recognition means to review and give effect. According to the opinion expressed herein, this is precisely what is required of the judge called upon to recognize a judgment.

f. Proposal: Adaptation of the Term "Party" as used in the SPILA

As mentioned above and demonstrated by the judgment in re. Devlin v. Scardelletti, all class action procedures are associated with the following dilemma: The absent passive class members cannot on the one hand (even under US law) be subsumed directly under the term "party" and on the other hand there is a need to treat them in most respects like a party, in particular with respect to the issue of what legal effects the judgment has on them.

It is therefore proposed that in a recognition procedure in Switzerland, and with respect to absent passive class members, the term "party", as used in the SPILA, is subject to interpretation and should,

teleologically, be understood as a participant in the procedure for which the procedure has legal effects.

.....

The result of a teleological interpretation is therefore that the term party, as used in the provisions of the SPILA concerning recognition and enforcement, includes all participants in a procedure for which the judgment has legal effects. Therefore, the term party as used in articles 25 et seq. SPILA means all participants of the class action procedure for which the US judgment has legal effects.

.....

The participants in a procedure also include those absent class members which willingly participated in the class action procedure: This includes those absent passive class members which received the notice and did not exit the procedure by opting out. They are deemed to have approved. They subject themselves to the legal effects of the judgment by agreement.

.....

In conclusion: The term "party", as used in the provisions of the SPILA concerning recognition and enforcement includes, according to a teleological interpretation, all participants in the class action procedure for which the class action judgment has legal effects. This includes not only those class members which fall under the traditional Swiss definition of a party but also those absent passive class members which received a notice and did not declare their exit from the procedure by opting out.

.....