

25. September 2015

50 JAHRE VERBRAUCHERVERBANDSKLAGE

MÖGLICHKEITEN UND GRENZEN KOLLEKTIVER RECHTSSCHUTZINSTRUMENTE: BILANZ UND HANDLUNGSBEDARF

Gutachten von Prof. Dr. Axel Halfmeier, LL.M.

Leuphana Universität Lüneburg

im Auftrag des Verbraucherzentrale Bundesverbands e. V.

Impressum

*Verbraucherzentrale
Bundesverband e.V.*

Markgrafenstraße 66

10969 Berlin

Zusammenfassung

Die vorliegende Untersuchung nimmt das fünfzigjährige Jubiläum der Einführung der Verbraucherverbandsklage in Deutschland (1965–2015) zum Anlass, dieses Instrument des kollektiven Rechtsschutzes in seiner rechtlichen und gesellschaftlichen Bedeutung zu würdigen. Zugleich wird diese Entwicklung in die allgemeinere rechtspolitische Diskussion zum kollektiven Rechtsschutz eingebettet. Der Autor unternimmt eine überblicksartige Bestandsaufnahme der im deutschen Recht bestehenden Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes und erörtert ihre Probleme und Entwicklungsperspektiven.

Die Arbeit ist in drei Kapitel gegliedert. Im ersten Kapitel wird die historische Entwicklung der Verbraucherverbandsklage beschrieben sowie ihre Erfolge und ihre gesellschaftliche Bedeutung dargestellt. Trotz dieser insgesamt sehr positiven Würdigung der Verbraucherverbandsklage weist der Autor auch auf die weiterhin bestehenden Lücken im System des kollektiven Rechtsschutzes hin. Anhand von Einzelfällen sowie durch Auswertung der vorhandenen empirischen Untersuchungen wird konstatiert, dass insbesondere die Aspekte der Kompensation eingetretener Schäden sowie der Prävention zukünftiger Rechtsverletzungen im geltenden deutschen Recht des kollektiven Rechtsschutzes noch unterentwickelt sind. Hinzu kommen marktspezifische Herausforderungen an den kollektiven Rechtsschutz vor allem in den Bereichen Finanzdienstleistungen sowie digitale Medien.

Der Autor legt im zweiten Kapitel dar, dass für eine notwendige Fortentwicklung des kollektiven Rechtsschutzes in Deutschland im Wesentlichen zwei mögliche und ggf. parallele Entwicklungspfade bestehen, nämlich einerseits die Schaffung neuer spezifischer Interventionsbefugnisse für die klagebefugten Einrichtungen, wie etwa eine Erleichterung oder Erweiterung von Gewinnabschöpfungsbefugnissen, sowie andererseits die Bündelung von Individualansprüchen. Hinsichtlich der Befugnisse der Verbände sollte der Gesetzgeber klarstellen, dass §§ 1 und 2 UKlaG ebenso wie § 8 UWG nicht nur den Anspruch auf Unterlassung, sondern auch einen Anspruch auf Beseitigung des eingetretenen Störungszustands umfassen.

Die Gewinnabschöpfungsansprüche in UWG und GWB sind derzeit kaum effektiv nutzbar. Insbesondere ist die Beschränkung auf vorsätzliches Handeln nicht sinnvoll. Mindestens könnte der Vorsatz – wie vom Bundesrat jüngst vorgeschlagen – bei rechtswidrigem Handeln vermutet werden. Außerdem sind die Anreizstrukturen für die Gewinnabschöpfung dadurch zu verbessern, dass

man die erfolgreich klagenden Verbände entweder direkt oder über ein Fondsmodell an den erzielten Einnahmen beteiligt.

Für die Bündelung individueller Ansprüche sollte der Gesetzgeber ein Gruppenverfahren einführen, das sich an den Empfehlungen der EU-Kommission von 2013 und der sich entwickelnden *best practice* in unseren Nachbarländern orientiert. Die bestehenden Bündelungsinstrumente wie die Abtretung und die Streitgenossenschaft sind hier nicht effektiv genug. Die immer wieder vorgebrachten Befürchtungen, wonach ein Gruppenverfahren zu Missbräuchen im Sinne einer Häufung unbegründeter Klagen führen könnte, haben sich in Europa als grundlos erwiesen. Im Gegenteil: Fast alle unserer Nachbarstaaten in der EU sehen heute bereits *opt-in-* oder *opt-out-*Varianten der Gruppenklage vor, ohne dass derartige Missbräuche feststellbar wären.

Ähnlich wie in Frankreich sollten auch in Deutschland die Verbraucherverbände die Möglichkeit erhalten, Musterfeststellungsverfahren mit objektiv verjährungshemmender Wirkung zu führen, denen sich Verbraucher im Hinblick auf ihre individuellen Ansprüche anschließen können. Im Sinne einer effizienten und umfassenden Konfliktlösung kommt dabei nach einem Urteil über verallgemeinerbare Rechtsfragen insbesondere die Förderung der einvernehmlichen Streitbeilegung in Betracht.

Die EU-Richtlinie zum Kartellschadensersatz sollte bezüglich der Offenlegung von Beweismitteln in einer allgemeinen Regelung in der ZPO umgesetzt werden. Hinsichtlich der Finanzierung von Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes hält der Autor ausreichende Ressourcen und finanzielle Anreize für notwendig.

Im dritten und letzten Kapitel werden schließlich Einzelfragen des Unterlassungsklagengesetzes behandelt: Hier besteht aktueller Handlungsbedarf für den Gesetzgeber bei der Kontrolle der ordnungsgemäßen Einbeziehung von AGB (Ergänzung in § 1 UKlaG), beim Umgang mit rechtswidrigen AGB-Klauseln (Neufassung von § 11 UKlaG) und bei der Durchsetzung von Datenschutzregeln (Klarstellung in § 2 UKlaG). Weitere aktuelle Bereiche wie Fluggastrechte sowie das Energiewirtschaftsrecht einschließlich der Grundversorgungsverordnungen bieten sich ebenfalls für eine Klarstellung durch den Gesetzgeber im Rahmen des § 2 UKlaG an. Außerdem sind die Verbandsklageverfahren durch die Schaffung eines elektronischen Registers von Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes transparenter zu gestalten.

Executive Summary

This study uses the fiftieth anniversary of the consumers' associations' suit in Germany (1965-2015) as its starting point and celebrates this instrument of collective litigation in its legal and social role. At the same time, the development of the last fifty years in this area is integrated into the more general legal and political discussion regarding instruments of collective litigation. The author provides an overview over the existing instruments of collective litigation in German law and discusses their problems and perspectives of development.

The study is divided into three chapters. The first chapter describes the historic development of the consumers' associations' suit, including its successes and its social relevance. Notwithstanding this very positive assessment of the consumers' associations' suit, the author also points out that there are still many shortcomings in the system of collective litigation in German law. He uses both specific cases as well as the existing empirical studies to show that the existing law is insufficient with regard to compensation of suffered losses as well as with respect to the prevention of future breaches of the law. In addition, there are sector-specific challenges regarding the role of collective enforcement in the area of financial services as well as with regard to digital media.

In the second chapter, the author describes two main (and possibly overlapping) paths of development of collective enforcement in Germany: One is the creation of further rights of intervention for the consumer associations and other qualified institutions, e. g. by facilitating or extending their right to skim off profits gained through illegal activities. The other possible path of development is to enable a bundling of already existing individual claims. With regard to associations' rights, the legislator should make it clear that §§ 1 and 2 UKlaG include not only the possibility for an injunction, but also the claim for abatement in the sense of a removal of the consequences of illegal behaviour, as it is already said in § 8 UWG.

The skimming-off claims in the UWG and GWB cannot be used effectively at the moment. In particular, their restriction to intentional breaches of the law is not adequate. At least one could follow the recent proposal by the German *Bundesrat*, according to which intent is to be presumed if illegal acts are committed by the respective company. Furthermore, the incentive structure of the skimming-off claims should be improved by letting the successful association participate in the skimmed off profits, either directly or at least indirectly through a consumer protection fund model.

As regards the bundling of individual claims, the author proposes the creation of a group procedure that is based on the European Union's 2013 recommendations and on the evolving best practice in neighbouring countries. The existing instruments of claim aggregation in traditional German procedural law are not sufficiently effective. The fears regarding possible abuse of group procedures – in the sense of frequent unfounded claims – have proven wrong in the European experience. On the contrary: Almost all our neighbor countries in the EU have created opt-in- or opt-out-variations of group actions without any significant problems or abuse.

Similar to French law, Germany should give consumer associations the possibility to bring model declaratory actions that objectively stop the individual limitation periods and which consumers can join with regard to their individual claims. In view of an efficient and final dispute resolution, the judgment on generalised legal issues could be followed by support and incentives for a negotiated settlement.

As regards the disclosure of evidence, the EU directive on cartel damage actions should be used to create a general rule in the Code of Civil Procedure. With regard to financing of collective actions, the author stresses that sufficient resources and financial incentives are necessary.

In the third chapter, the author finally discusses some specific questions regarding the German *Unterlassungsklagengesetz*. There is immediate need for legislative action regarding the control of the inclusion of standard terms into the contract (addition in § 1 UKlaG), the treatment of invalid terms (reform of § 11 UKlaG) and the enforcement of data protection rules (clarification in § 2 UKlaG). Further current issues such as air passengers' rights and the law of gas and electricity contracts could also benefit from clarifications by the legislator. Furthermore, the reality of collective litigation procedures should become more transparent by the introduction of an electronic register of collective actions.

INHALT

50 JAHRE VERBRAUCHERVERBANDSKLAGE

Möglichkeiten und Grenzen kollektiver Rechtsschutzinstrumente: Bilanz und Handlungsbedarf

Erstes Kapitel:

50 Jahre Verbraucherverbandsklage – eine Erfolgsgeschichte	10
<i>I. Historische Entwicklung.....</i>	<i>10</i>
1. Die UWG-Verbandsklage für Wirtschaftsverbände.....	12
2. Einführung der Verbraucherverbandsklage im UWG 1965	14
3. Einführung der Verbandsklage im AGBG 1977	16
4. Einfluss in Europa	17
5. Überführung in das Unterlassungsklagengesetz	19
6. Erweiterungen des Anwendungsbereichs	19
<i>II. Erfolge bei der Rechtsdurchsetzung.....</i>	<i>20</i>
1. Schwerpunkte und Einzelfälle	21
2. Wirkungsforschung	25
3. Verantwortungsvoller Gebrauch der Verbandsklage	27
<i>III. Die Verbandsklage als zivilgesellschaftliche Institution</i>	<i>28</i>
<i>IV. Lücken im System der Rechtsdurchsetzung.....</i>	<i>32</i>
1. Kompensation und Prävention als Ziele des kollektiven Rechtsschutzes	32
2. Mangelnde Kompensation.....	34
3. Mangelnde Prävention	36
a) Rechtsbruch als rationales Verhalten	37
b) Strategien zur Verhaltenssteuerung	42
4. Zur Fortentwicklung des kollektiven Rechtsschutzes.....	45
a) Stärkere Kompensation und Prävention	45
b) Besondere Herausforderungen in kritischen Märkten	46
<i>V. Ergebnisse des ersten Kapitels.....</i>	<i>47</i>

Zweites Kapitel:

Bestandsaufnahme und Bewertung weiterer Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes.....48

<i>I. Zusätzliche Interventionsbefugnisse für die Verbände.....</i>	<i>49</i>
1. Europarechtliche Vorgaben.....	50
2. Beseitigungsanspruch.....	53
a) Der Gleichlauf von Beseitigung und Unterlassung.....	54
b) Der Beseitigungsanspruch in §§ 1 ff. UKlaG.....	55
c) Voraussetzung: fortdauernder Störungszustand.....	57
d) Inhalt des Beseitigungsanspruchs.....	58
e) Bestimmtheit des Antrags.....	64
f) Vollstreckung des Beseitigungstitels.....	65
g) Verjährung des Beseitigungsanspruchs.....	66
h) Ergebnis zum Beseitigungsanspruch der Verbände.....	67
3. Gewinn- und Vorteilsabschöpfung.....	68
a) § 10 UWG.....	68
aa) Gewinnabschöpfung durch Abführung an den Fiskus.....	69
bb) Bildung eines Sondervermögens?.....	71
cc) Vorsatzerfordernis bei § 10 UWG.....	75
dd) Nachweis der Kausalität bei § 10 UWG.....	78
b) § 34a GWB.....	79
c) Ergebnis zur Unrechtsgewinnabschöpfung.....	79
<i>II. Bündelung individueller Ansprüche.....</i>	<i>81</i>
1. Europarechtliche Vorgaben.....	81
a) Empfehlung der Kommission 2013/396/EU.....	81
b) Richtlinie Kartellschadensersatz 2014/104/EU.....	85
aa) Kausalitätsvermutung.....	86
bb) Offenlegung von Beweismitteln.....	88

2. Bestehende Bündelungsinstrumente im Verfahrensrecht und im materiellen Recht.....	90
a) Streitgenossenschaft.....	90
b) Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG).....	91
c) Vertretung einzelner Verbraucher gemäß § 79 Absatz 2 Nr. 3 ZPO	95
d) Inkassozeession.....	95
3. Zwischenergebnis	97
4. Bündelung durch ein Gruppenverfahren: internationaler Standard.....	98
a) Skandinavien.....	98
b) Großbritannien	99
c) Niederlande	101
d) Frankreich	103
e) Weitere Gruppenklagen in Europa	108
f) Zwischenergebnis	109
5. Bisherige Vorschläge zur Bündelung von Individualansprüchen im deutschen Recht.....	110
a) GVMuG (Vorschlag Micklitz/Stadler)	110
b) Einführung eines Gruppenverfahrens (Gesetzentwurf).....	111
c) Opt-in oder opt-out?	114
d) Geeignete Akteure	118
<i>III. Kombination in Form eines Musterfeststellungsverfahrens?</i>	<i>120</i>
1. Anwendungsbereich eines Musterfeststellungsverfahrens	121
a) Allgemeines.....	121
b) Besonderheiten bei Anknüpfung an Verbandsklagen	123
2. Verjährungshemmung.....	123
a) Verlängerung der Verjährungsfristen.....	125
b) Verjährungshemmung durch Mahnschreiben?	126
c) Besondere Verjährungsregelung im KapMuG.....	127
d) Verbandsklage und Verjährung von Einzelansprüchen	128
e) Verjährungshemmung durch individuelles Tun?	129

f) Verjährungshemmung als objektive Folge der Verbandsklage	131
3. Niedrigschwelliger Zugang zum Recht für Verbraucher.....	133
a) Feststellungswirkung der Verbandsklage	133
b) Erstreckung auf Individualansprüche.....	135
4. Wahrung von Verfahrensgrundrechten	137
5. Einvernehmliche Streitbeilegung	142
6. Kosten und Finanzierung des kollektiven Rechtsschutzes	146
7. Zusammenfassung zum Musterfeststellungsverfahren.....	151
<i>IV. Ergebnisse des zweiten Kapitels.....</i>	<i>152</i>

Drittes Kapitel: Aktueller Ergänzungsbedarf im Unterlassungsklagengesetz.....	154
<i>I. Sachlicher Anwendungsbereich.....</i>	<i>154</i>
1. Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen	155
2. Datenschutz.....	156
a) Datenschutz als Verbraucherschutz	157
b) Das Missverständnis über den Missbrauch	159
c) Einführung des Beseitigungsanspruchs in § 2 UKlaG	160
d) Ergänzung von privater und behördlicher Rechtsdurchsetzung.....	161
3. Fluggastrechte	162
4. Energiewirtschaftsgesetz und Grundversorgungsverordnungen	163
5. Elektronisches Informationssystem	165
<i>II. Umgang mit rechtswidrigen AGB-Klauseln</i>	<i>167</i>
<i>III. Ergebnisse des dritten Kapitels</i>	<i>168</i>
Gesamtergebnis und Abschlussbetrachtung	169
Literaturverzeichnis	170

ERSTES KAPITEL:

50 JAHRE VERBRAUCHERVERBANDSKLAGE – EINE ERFOLGSGESCHICHTE

I. Historische Entwicklung

Die Durchsetzung objektiver Rechtsvorschriften in den Formen des Privatrechts, wie man sie bei der Verbraucherverbandsklage vorfindet, hat seit der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts eine besondere Bedeutung erlangt, die bis heute andauert und daher hier einmal mehr Gegenstand einer Untersuchung ist. Einschränkend ist aber darauf hinzuweisen, dass das Thema Rechtsdurchsetzung schon immer ein Hauptproblem eines jeden Rechtssystems war und daher die Menschen seit antiker Zeit bewegt hat. Schon das römische Recht kannte die Popularklage, mit der sich jeder Bürger – im damaligen Sinne, d. h. Frauen und Sklaven waren ausgenommen – gegen die Verletzung solcher Rechtsvorschriften wenden konnte, an deren Einhaltung ein besonderes öffentliches Interesse bestand. Paradigmatisch waren insofern die Popularklagebefugnisse bei Verschmutzungen, Gefährdungen oder Behinderungen des sicheren Verkehrs auf den öffentlichen Straßen und Wegen: „Denn es ist zum allgemeinen Besten, dass man ohne Furcht und Gefahr über die Straßen gehen kann“,¹ lautete seinerzeit die Begründung für die entsprechenden Klagebefugnisse, die auf Unterlassung oder gar auf Zahlung von Privatstrafen gerichtet waren.²

Warum erscheinen trotz dieser alten Tradition in jüngerer Zeit solche Popularklagebefugnisse – heute in Form der Verbandsklage sogar auf bestimmte besonders qualifizierte Klagebefugte beschränkt – weiterhin als „Fremdkörper“³ im Rechtssystem oder zumindest als etwas besonders Erklärungsbedürftiges? Die Gründe dafür mögen in der mit der Eigentümer-Markt-Gesellschaft im 18. und 19. Jahrhundert entwickelten Trennung von privater und öffentli-

¹ *Ulpian*, Digesten 9.3.1.1. in der Übersetzung von Sintenis.

² Dazu ausführlich *Halfmeier*, Popularklagen im Privatrecht, S. 29 ff.

³ *Schumann*, in: Stein/Jonas, ZPO (20. Aufl. 1979) Einl. ZPO Rn. 527; auch heute wird noch vom „Fremdkörper“ Verbandsklage gesprochen, meistens in kritisch-konstruktiver Absicht, so etwa *Schilken*, in: Meller-Hannich (Hrsg.), Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess, S. 21, 46; *Braun*, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, S. 349.

cher Sphäre liegen, die wiederum mit der Trennung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht korrespondiert. In diesem System wird streng unterschieden zwischen „privaten“ Belangen, die in den Formen des Privatrechts geschützt und durchgesetzt werden, und andererseits „öffentlichen“ Bereichen – wie etwa der „öffentlichen Sicherheit und Ordnung“ des Polizeirechts –, welche durch das öffentliche Recht staatlich reguliert werden. Diese idealtypische Trennung konnte jedoch – wenn sie überhaupt jemals berechtigt war – schon im 20. Jahrhundert nicht mehr durchgehalten werden. Einerseits ist das Privatrecht weder damals noch heute frei von gesellschaftlichen Wertungen und damit „öffentlichen“ Interessen. Dies zeigt sich gerade im Verbraucherschutzrecht, welches die gesellschaftliche Entscheidung beinhaltet, Menschen in der Verbraucherrolle z. B. vor übereilten Entscheidungen oder besonders nachteiligen Transaktionen spezifisch zu schützen. Diese Entwicklung ist in der Wissenschaft als „Materialisierung des Privatrechts“ beschrieben worden.⁴ Damit ist gemeint, dass sachhaltige öffentliche Interessen in die Gestaltung des Privatrechts einfließen, indem nämlich

die sozialstaatliche Solidarität sich nicht auf die Begrenzung der privaten Rechte durch das öffentliche Recht beschränkte, sondern auch die Auffassung der intersubjektiven Vertragsbeziehungen [...] zu durchdringen begann.⁵

Wenn also das Privatrecht selbst sozialstaatliche Funktionen übernimmt, dann ist es auch nur folgerichtig, dass auch die Rechtsdurchsetzung im Hinblick auf diese sozialstaatlichen Funktionen jedenfalls auch in privatrechtlichen Formen stattfindet.

Aber auch auf der Seite des öffentlichen Rechts haben sich bereits im 20. Jahrhundert gravierende Veränderungen ergeben, die eine strikte Trennung von „privater“ und „öffentlicher“ Sphäre kaum noch zulassen. Insbesondere kann und will der Staat in einer hochkomplexen und stark verrechtlichten Gesellschaft nicht mehr jeden Lebensbereich „durchregulieren“ und komplett durch staatliche Organe überwachen. Im Gegenteil: Die umfangreiche „Deregulierung“ der letzten Jahrzehnte überlässt zahlreiche Lebensbereiche, die ehemals als originär dem Staat zugeordnet gedacht waren, der Marktwirtschaft und damit den Formen des Privatrechts. Dabei zieht sich der Staat eher auf

⁴ Vgl. dazu nur *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (2. Aufl. 1967), S. 514 ff.; *E. Schmidt*, JZ 1980, 153, 154 ff.; *Canaris*, AcP 200 (2000) 273, 276 ff.

⁵ *Wieacker*, ebd., S. 622.

eine Steuerungsrolle im Hinblick auf die Rahmenbedingungen des marktformigen Wettbewerbs zurück. Auch diese Entwicklung passt zu einem Modell, welches bei der Rechtsdurchsetzung nicht ausschließlich auf Staat, Polizei und Behörden setzt, sondern auch privatrechtlich organisierte Akteure mit bestimmten Rechtsdurchsetzungsbefugnissen in den Formen des Privatrechts ausstattet.

Diese kursorischen Spekulationen über die historischen Hintergründe der Entwicklung der Verbraucherverbandsklage mögen hier zunächst genügen. Dass es sich aber nicht um eine zufällige Entwicklung im deutschen Recht handelt, sondern um eine globale Entwicklung, wird auch durch die rechtsvergleichende Umschau belegt: Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes im Privatrecht, mit denen auf die Durchsetzung des objektiven Rechts in privatrechtlichen Formen gezielt wird – sei es ähnlich der deutschen Verbandsklage oder in anderen Typen –, sind seit etwa der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts weltweit zu beobachten und bis in die jüngste Zeit Gegenstand andauernder wissenschaftlicher und rechtspolitischer Entwicklungen. Nicht zuletzt die EU-Kommission hat hier mit ihrer Empfehlung vom 11. Juni 2013 über „Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadensersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten“⁶ einen weiteren rechtspolitischen Impuls gesetzt.

Somit ist also die nunmehr fünfzigjährige Geschichte der Verbraucherverbandsklage im deutschen Recht eingebettet in allgemeine gesellschaftliche und internationale Entwicklungen. Wie im Folgenden gezeigt wird, stellt sie zugleich aber eine besondere Entwicklungsleistung des deutschen Rechts dar, die man mit guten Gründen als Erfolgsgeschichte bezeichnen kann.

1. Die UWG-Verbandsklage für Wirtschaftsverbände

Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb wurde im Deutschen Reichstag 1896 beschlossen. Schon damals sah man den Schutz des lautereren Wettbewerbs als eine Aufgabe im öffentlichen Interesse an, die nicht nur die Individualinteressen der jeweils konkurrierenden Unternehmen betrifft, sondern die gesamtgesellschaftliche „Wohlfahrt“, ja sogar die „Gesundheit des Staatswe-

⁶ ABI. EU 2013, L 201/60 v. 26.7.2013.

sens selber“ schützen sollte.⁷ Im Interesse dieser Ziele wurde – ein sehr modern anmutender Gedanke – unter anderem auf die Selbstregulierung der Wirtschaft gesetzt und rechtsfähigen „Verbänden zur Förderung gewerblicher Interessen“ in § 1 Absatz 1 Satz 2 UWG i.d.F. v. 1896 eine Verbandsklagebefugnis zugeordnet. Dies wurde damit begründet, dass die Bekämpfung irreführender Werbung – der damalige Gegenstand des § 1 UWG i.d.F. v. 1896 – „nicht völlig von dem Entschlusse des einzelnen Mitbewerbers abhängig“ gemacht werden solle,⁸ was angesichts der gesamtgesellschaftlichen Bedeutung des Gesetzes nur folgerichtig ist.

Auf eine ähnliche Klagebefugnis für Verbraucher oder ihre Verbände verzichtete man zunächst, da seinerzeit der „Schutz des konsumierenden Publikums gegen Uebervorteilungen“ allenfalls als mittelbare erwünschte Folge des Gesetzes eingestuft wurde, nicht aber als sein unmittelbarer Zweck.⁹ Außerdem wollte man die Frage nach den Ansprüchen des einzelnen Verbrauchers bei unlauterem Wettbewerbshandeln der etwa zeitgleichen Ausarbeitung des Bürgerlichen Gesetzbuches überlassen und diesem im UWG nicht vorgehen.¹⁰

Das ebenfalls 1896 verabschiedete Bürgerliche Gesetzbuch enthielt allerdings einen solchen Unterlassungsanspruch für Verbraucher gegen unlauteres Wettbewerbshandeln nicht explizit. Es wäre allenfalls möglich gewesen, einen solchen durch eine Einordnung des UWG als „Schutzgesetz“ für Verbraucher im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit einer analogen Anwendung von § 1004 BGB auf Umwegen dogmatisch zu konstruieren. Eine solche Konstruktion wird jedoch bis heute von der herrschenden Meinung verneint.¹¹

1909 wurde das UWG reformiert; insbesondere wurde die „große“ wettbewerbsrechtliche Generalklausel des § 1 UWG a.F. eingeführt, sodass die Verbandsklagebefugnis der Gewerbeverbände sich nunmehr auf sämtliche lauterkeitsrechtliche Verstöße beziehen konnte. Der Kreis der Klagebefugten wurde jedoch nicht erweitert.

⁷ So die aml. Gesetzesbegründung 1896, Verhandlungen des Reichstags, IX. Legislaturperiode, Aktenstück Nr. 35, S. 100; dazu *Beater*, Nachahmen im Wettbewerb, S. 43. Auch die von *Beater* angeführte Rechtsprechung betonte früh die gesamtgesellschaftliche Funktion des UWG, vgl. nur RG, Urt. v. 24.1.1928, RGZ 120, 49, 53.

⁸ Gesetzesbegründung 1896 (vorige Fn.), S. 104.

⁹ Ebd., S. 101.

¹⁰ Ebd., S. 104.

¹¹ *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 9 Rn. 1.10 m.w.N.; differenzierend *Fritzsche*, Münchener Kommentar Lauterkeitsrecht (2. Aufl. 2014) § 9 UWG Rn. 8 m.w.N.; auch die Rechtsprechung tendierte eher zur Ablehnung einer solchen Konstruktion, vgl. BGH, Urt. v. 14.5.1974, NJW 1974, 1503, 1505 m.w.N.

Auch ein anderer Weg zur Erweiterung des Kreises der Klageberechtigten, nämlich Verbraucherverbände unter die nach dem UWG klagebefugten „Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen“ zu subsumieren, wurde von der Rechtsprechung abgeschnitten: Die „Förderung der Interessen von Verbrauchern (Konsumenten)“ wurde für die Klagebefugnis nach dem UWG schon 1912 vom Reichsgericht in einem *obiter dictum* gerade nicht als ausreichend angesehen.¹² Somit war also durch die Aufnahme der Verbandsklage für Gewerbeverbände in den Fassungen des UWG von 1896 und 1909 zwar das Paradigma der Verbandsklage als Instrument der Rechtsdurchsetzung begründet, die Interessen der Verbraucher in diesem Bereich wurden jedoch noch nicht ausreichend berücksichtigt.

2. Einführung der Verbraucherverbandsklage im UWG 1965

Dieses Manko wurde im Jahre 1965 geheilt, indem der Gesetzgeber eine Änderung des § 13 UWG a.F. beschloss, nach der nunmehr auch solche rechtsfähigen Verbände klagebefugt sein sollten, „zu deren satzungsgemäßen Aufgaben es gehört, die Interessen der Verbraucher durch Aufklärung und Beratung wahrzunehmen.“¹³ Das Gesetz trat am 31. Juli 1965 in Kraft.

Die Bundesregierung begründete diese aus heutiger Sicht historische Gesetzesänderung schon damals mit dem heute immer noch aktuellen Gesichtspunkt des Durchsetzungsdefizits: Aus den verschiedensten Gründen, so die damalige Bundesregierung, wurden trotz der bestehenden Klagebefugnisse der Konkurrenten einerseits und der Gewerbeverbände andererseits „zahlreiche, für die Öffentlichkeit nicht selten schwerwiegende Wettbewerbsverstöße nicht verfolgt.“¹⁴ Die Regierungsbegründung erwägt daraufhin verschiedene Möglichkeiten, dieses Durchsetzungsdefizit zu bekämpfen. Unter Verweis auf die US-amerikanische *Federal Trade Commission* wird über die Gründung einer speziellen Behörde nachgedacht; dies wird aber zugunsten eines Ausbaus der zivilrechtlichen Rechtsdurchsetzung verworfen.¹⁵ Durchaus in Betracht gezogen wurde dabei auch die Möglichkeit, jedem einzelnen Ver-

¹² RG, Urt. v. 23.1.1912, RGSt 45, 355, 360.

¹³ Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, des Warenzeichengesetzes und des Gebrauchsmustergesetzes v. 21.7.1965, BGBl. 1965 I v. 30.7.1965, S. 625.

¹⁴ BT-Drs. IV/2217, S. 3.

¹⁵ Ebd., S. 4.

braucher einen Unterlassungsanspruch gegen unlauteres Wettbewerbshandeln zuzugestehen, wie es schon damals – ebenso wie noch heute¹⁶ – im schweizerischen Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb geregelt war. Die Erfahrungen in der Schweiz zeigten nach Ansicht der Bundesregierung jedoch, dass von der Klagebefugnis der individuellen Verbraucher ohnehin kaum Gebrauch gemacht werde, sodass es zweckmäßiger erscheine, sich auf eine Klagebefugnis für Verbraucherverbände zu konzentrieren.¹⁷

Allerdings war die von der Bundesregierung 1965 vorgeschlagene Klagebefugnis der Verbraucherverbände der Sache nach noch auf bestimmte lauterkeitsrechtliche Verstöße beschränkt, insbesondere auf die irreführende Werbung, da die Regierungsmehrheit seinerzeit nur in diesen Bereichen eine wesentliche Betroffenheit der Verbraucher feststellen konnte.¹⁸ Die SPD-Opposition konnte sich damals mit ihren Vorschlägen zu einem das gesamte UWG betreffenden Verbandsklagerecht für Verbraucherverbände noch nicht durchsetzen.¹⁹

Als Kompromiss wurde im Wirtschaftsausschuss des Bundestags die dann Gesetz gewordene Formulierung gefunden, wonach neben den Fällen der irreführenden Werbung und anderen enumerativ aufgeführten Spezialfällen in sonstigen Fällen unlauterer Wettbewerbshandlungen eine Klagebefugnis der Verbraucherverbände immer dann bestand, wenn der fragliche Verstoß „wesentliche Belange der Verbraucher berührt“.²⁰

Diese Einschränkung bestand bis zur UWG-Reform 2004. Sie konnte einerseits als Bagatellhürde verstanden werden,²¹ hinderte aber andererseits in Einzelfällen auch die Rechtsdurchsetzung durch die Verbraucherverbände.²² Die Einschränkung ist mit dem neuen UWG des Jahres 2004 weggefallen. Sie wäre auch als Bagatellgrenze nicht mehr sinnvoll, weil Bagatellverstöße wegen des in § 3 Abs. 1 UWG enthaltenen Merkmals der „spürbaren“ Beeinträchtigung ohnehin nicht verfolgt werden können.

¹⁶ Vgl. zur Klageberechtigung sämtlicher „Kunden“ und ihrer Verbände Art. 10 des schweizerischen UWG v. 19.12.1986, Amtliche Sammlung des schweizerischen Bundesrechts 1988, S. 223, heute i.d.F. v. 1.7.2014.

¹⁷ BT-Drs. IV/2217, S. 5.

¹⁸ Pahlow, in: Großkommentar UWG (2. Aufl. 2014) Einleitung Rn. 42.

¹⁹ BT-Drs. IV/2001.

²⁰ Vgl. die Wiedergabe der Beratungen des Wirtschaftsausschusses des Bundestags in BT-Drs. IV/3403, S. 2.

²¹ So etwa in BGH, Urt. v. 15.1.2004, GRUR 2004, 435, 436.

²² Kritisch daher zu dieser Einschränkung im alten UWG Micklitz, in: Brönneke (Hrsg.), Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozessrecht, S. 87, 105; Beater, Unlauterer Wettbewerb (1. Aufl. 2002), S. 798.

3. Einführung der Verbandsklage im AGBG 1977

Ein weiterer wichtiger Meilenstein für die Entwicklung der Verbraucherverbandsklage in Deutschland war die Schaffung des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG), welches nach ausführlicher Diskussion in der Fachwelt²³ im Jahre 1977 in Kraft trat und bis zur Schuldrechtsreform 2002 in Geltung blieb. Das AGB-Gesetz enthielt in seinem § 13 von Anfang an eine Verbandsklagebefugnis – im Bericht des Rechtsausschusses des Bundestags zutreffend als „eingeschränkte Popularklage“ bezeichnet²⁴ – für Verbraucherverbände und einige andere Institutionen. In der Erläuterung des Gesetzentwurfs wird diesbezüglich ausdrücklich auf das bereits erfolgreich etablierte Vorbild im UWG verwiesen.²⁵ Ebenso wie 1965 beim UWG entschied man sich gegen eine allgemeine Klagebefugnis für sämtliche Kunden²⁶ oder Einzelverbraucher und konzentrierte die Klagebefugnis bei bestimmten besonders qualifizierten Verbänden und Institutionen.

Die rechtspolitische Diskussion anlässlich der Schaffung des AGB-Gesetzes war, was die Rechtsdurchsetzung angeht, von der Alternative zwischen behördlicher Rechtsdurchsetzung – etwa in Form einer zentralen Verbraucherschutz- oder AGB-Kontrollbehörde – oder anderen Instrumenten mit eher privatrechtlichem oder selbstregulierendem Charakter geprägt.²⁷ Die Einführung der Verbandsklage als zentrales Kontrollinstrument erschien aus damaliger Sicht eher als Erfolg der Wirtschaftsverbände und ihrer Einflussnahme auf das Gesetzgebungsverfahren, da die Verbandsklage im Vergleich zu einer zentralen Verbraucherschutzbehörde als das weniger einschneidende Instrument wahrgenommen wurde und den „Dirigismus staatlicher Behörden“ vermeiden sollte.²⁸ In diesem Sinne wurde die Verbandsklagebefugnis seinerzeit auch als „kleine Lösung“ im Verhältnis zur umfassenden behördlichen Kontrolle bezeichnet; insbesondere die FDP-Koalitionsfraktion hatte anscheinend erhebliche Bedenken gegen eine zu starke obrigkeitliche Kontrolle.²⁹

²³ Etwa auf dem Juristentag 1974 in Hamburg, s. dazu und insgesamt zur Entstehungsgeschichte des AGB-Gesetzes *Hensen*, FS Heinrichs (1998), S. 335 ff.

²⁴ BT-Drs. 7/5422, S. 3.

²⁵ Ebd., S. 10.

²⁶ So noch der 1974 veröffentlichte Vorschlag des Bundesarbeitskreises Christlich-Demokratischer Juristen (BACDJ) in BB 1974, Beilage Nr. 9 zu Heft 26.

²⁷ Zu den diesbezüglichen Diskussionen s. etwa *Eike von Hippel*, Verbraucherschutz (3. Aufl. 1986), S. 135 m.w.N.

²⁸ BT-Drs. 7/3919, S. 54; dazu *Nörr*, Die Republik der Wirtschaft (Bd. 2), S. 209; vgl. auch die Studie zum Gesetzgebungsverfahren des AGB-Gesetzes von *Schatz-Bergfeld* (1984), insbes. S. 81 ff.

²⁹ *Hensen*, FS Heinrichs (1998), S. 335, 353.

Außerdem erschien der Aufwand zu hoch, der mit der Schaffung einer AGB-Kontrollbehörde verbunden wäre: Für diese wären – so damalige Schätzungen – etwa 63 Beamte des höheren Dienstes notwendig gewesen sowie 25 halbe Stellen im gehobenen Dienst.³⁰ Letztlich sorgte auch der in Form der Verbandsklagebefugnis gefundene Kompromiss dafür, dass das AGB-Gesetz 1976 einstimmig im Bundestag verabschiedet wurde.

Heute muss man die Verbraucherverbandsklage zu den wesentlichen Bausteinen des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zählen. Das AGB-Gesetz war bereits materiell-rechtlich eine enorme Verbesserung für die Verbraucher, da es mit seinem abgestimmten System von besonderen Klauselverboten und der AGB-rechtlichen Generalklausel erstmals einen inhaltlich ausgefeilten Schutz vor unangemessenen Benachteiligungen im Vertragsrecht gewährleistete. Dieser Schutz war bereits in den individuellen Vertragsverhältnissen wichtig, wurde jedoch zumindest ein Stück weit „scharf geschaltet“ durch seine Durchsetzung mittels der Verbandsklage.³¹

4. Einfluss in Europa

Bei einer Würdigung des Modells der Verbraucherverbandsklage im deutschen Recht sollte auch dessen Ausstrahlungswirkung in Europa nicht unterschätzt werden. Schon die Richtlinie Nr. 84/450/EWG über irreführende Werbung rezipierte die Entwicklung der Verbandsklage im Lauterkeitsrecht, indem sie „Personen und Organisationen“ nennt, denen ermöglicht werden soll, gegen irreführende Werbung vorzugehen, wobei aber die Details noch den Mitgliedstaaten überlassen werden.³² Diese europarechtliche Entwicklung setzte sich später – insofern analog zur Abfolge im deutschen Recht – im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen fort: Die dazu zunächst einschlägige Richtlinie Nr. 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen verpflichtete in ihrem Art. 7 Absatz 2 die Mitgliedstaaten der (damals noch) Europäischen Gemeinschaften zur Einführung von Verbrau-

³⁰ Schlosser, ZRP 1975, 148, 149.

³¹ Zur rechtswissenschaftlichen Rezeption der AGB-Verbandsklage seinerzeit insbesondere Göbel, Prozeßzweck der AGB-Klage und herkömmlicher Zivilprozeß (1980).

³² Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 84/450/EWG des Rates v. 10.9.1984 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung, ABl. EG 1984 L 250, 17.

cherverbandsklagen oder vergleichbaren Instrumenten.³³ Die Richtlinie führte zu erheblichen Änderungen und der Einführung von Verbandsklagebefugnissen in zahlreichen Mitgliedstaaten.³⁴

Der nächste wesentliche europarechtliche Schritt bestand fünf Jahre später in der zusammenfassenden Richtlinie Nr. 98/27/EG über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen,³⁵ in deren Anhang ein Grundbestand europarechtlicher Vorschriften festgelegt wurde, der mittels Verbandsklagen oder vergleichbaren Verfahren von den Mitgliedstaaten durchgesetzt werden sollte. Außerdem wurde mit dem Begriff der „qualifizierten Einrichtung“ und dem von der Kommission geführten Verzeichnis dieser Einrichtungen ein Mechanismus etabliert, mit dem die Verbandsklagebefugnis ohne Rücksicht auf binneneuropäische Grenzen ausgeübt werden kann. Auch wenn sich in der Praxis die Anzahl „grenzüberschreitender“ Verbandsklagen noch in Grenzen hält, ist damit immerhin ein wichtiger rechtstechnischer Schritt erfolgt, um die Rechtsdurchsetzung innerhalb der EU nicht an Staatsgrenzen und unterschiedlichen Voraussetzungen bezüglich der Verbandsklagebefugnis scheitern zu lassen. Die Richtlinie 98/27/EG ist heute ersetzt durch ihre Nachfolgerin Nr. 2009/22/EG, mit der einige Änderungen konsolidiert und das Verzeichnis der per Verbandsklage durchzusetzenden Rechtsvorschriften aktualisiert wurde.³⁶

Auch die jüngste Verbraucherrechtsrichtlinie 2011/83 der EU bestätigt das Konzept der privaten Rechtsdurchsetzung als Ergänzung zur staatlichen Aufsicht, indem sie den Mitgliedstaaten auferlegt, „angemessene und wirksame Mittel“ zur Durchsetzung des nunmehr europäisch vereinheitlichten Verbraucherrechts vorzuhalten. Bei diesen Mitteln wird auch an dieser Stelle erneut die Verbandsklage explizit aufgeführt.³⁷

³³ ABl. EG 1993, L 95, 29. Die Vorschrift des Art. 7 Abs. 2 verlangte mitgliedstaatliche Rechtsvorschriften, „wonach Personen oder Organisationen, die nach dem innerstaatlichen Recht ein berechtigtes Interesse am Schutz der Verbraucher haben, im Einklang mit den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften die Gerichte oder die zuständigen Verwaltungsbehörden anrufen können, damit diese darüber entscheiden, ob Vertragsklauseln, die im Hinblick auf eine allgemeine Verwendung abgefasst wurden, missbräuchlich sind, und angemessene und wirksame Mittel anwenden, um der Verwendung solcher Klauseln ein Ende zu setzen.“

³⁴ Vgl. zu ihrer Wirkung etwa *Micklitz*, ZIP 1998, 937, 942.

³⁵ Richtlinie 98/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 19.5.1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen, ABl. EG 1998 L 166/51.

³⁶ Richtlinie 2009/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23.4.2009 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen (kodifizierte Fassung), ABl. EU 2009 L 110/30.

³⁷ Art. 23 Absatz 2 der Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.10.2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. EU v. 22.11.2011, L 304, 64.

5. Überführung in das Unterlassungsklagengesetz

In Deutschland wurde das AGB-Gesetz im Rahmen der umfassenden Schuldrechtsreform 2002 außer Kraft gesetzt. Seine materiell-rechtlichen Regeln finden sich seitdem in §§ 305 ff. BGB, während für die Regelungen zur Verbandsklage das Unterlassungsklagengesetz (UKlaG) geschaffen wurde. Die in der rechtspolitischen Diskussion gelegentlich gemachten Vorschläge, entweder ein eigenes Verbandsklagegesetz zu schaffen, in welches man dann auch die Verbandsklagebefugnisse des UWG integrieren könnte,³⁸ oder aber die Vorschriften zur Verbandsklage angesichts ihres verfahrensrechtlichen Charakters in die Zivilprozessordnung zu integrieren,³⁹ konnten sich bisher nicht durchsetzen. Gerade der letztere Vorschlag einer Integration in die Zivilprozessordnung könnte allerdings die dauerhafte Akzeptanz des Instituts der Verbandsklage symbolisieren und passte auch besser zu der im materiellen Recht verfolgten Strategie der Schuldrechtsreform: Dort integrierte der Gesetzgeber zahlreiche verbraucherschützende Nebengesetze (z. B. das Haustürwiderrufgesetz und das Fernabsatzgesetz) in die eigentliche Kodifikation und betonte damit die Einheit auch dieser Rechtsgebiete mit dem allgemeinen Zivilrecht. Dies wäre auch im Verfahrensrecht ein gangbarer Weg gewesen.

6. Erweiterungen des Anwendungsbereichs

Statt einer solchen Integration der Verbraucherverbandsklage in das allgemeine Zivilverfahrensrecht entstand also mit der Schuldrechtsreform das Unterlassungsklagengesetz, welches heute als zweite wesentliche Quelle der Verbraucherverbandsklagebefugnis neben das UWG getreten ist. Seit seiner Schaffung 2002 wurde das Unterlassungsklagengesetz mehrfach um neue Tatbestände erweitert. So umfasst der im UKlaG geregelte Anwendungsbereich der Verbandsklage heute so unterschiedliche Dinge wie etwa die Vorschriften zur Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie (§ 2 Absatz 2 Nr. 2 UKlaG), Regelungen zum Arzneimittelrecht (§ 2 Absatz 2 Nr. 5 UKlaG), Regelungen zur Umlage nach dem Gesetz über erneuerbare Energien (EEG-Umlage, vgl. § 2 Absatz 2 Nr. 9 UKlaG) oder auch Normen über die Bereitstel-

³⁸ H. Koch, ZZP 113 (2000) 413, 441.

³⁹ Hess, WM 2004, 2329, 2334 Fn. 83.

lung technischer Mittel zur Durchsetzung von Beschränkungen des Urheberrechts (§ 2a UKlaG).

Auch die EG-Verordnung über die Zusammenarbeit der Verbraucherschutzbehörden (CPC-Verordnung)⁴⁰ wurde vom deutschen Gesetzgeber u. a. durch die Schaffung des § 4a UKlaG umgesetzt. In diesem Kontext statuiert § 7 Abs. 1 des EG-Verbraucherschutzdurchsetzungsgesetzes (VSchDG) sogar, dass die zuständigen deutschen Behörden Durchsetzungsmaßnahmen im Bereich des Verbraucherschutzrechts primär den gemäß UKlaG und UWG zur Verbandsklage befugten Institutionen überlassen sollen. Hier wird also der privaten Rechtsdurchsetzung auf dem Wege der Verbandsklage deutlich der Vorrang gegenüber behördlich-obrigkeitlichen Durchsetzungsmaßnahmen eingeräumt. Gerade diese Vorschrift zeigt deutlich, wie anerkannt und etabliert das Modell der Verbandsklage zur Rechtsdurchsetzung aus Sicht des deutschen Gesetzgebers ist.

Als Ergebnis dieses kursorischen Durchgangs durch die Geschichte der Verbraucherverbandsklage lässt sich somit festhalten, dass dieses Instrument sich in den 50 Jahren seiner Wirkungsgeschichte bewährt und etabliert hat. Bezeichnend ist auch, dass der stetige Ausbau des Instruments der Verbraucherverbandsklage nicht von bestimmten politischen Mehrheiten im Parlament abhängig war, sondern dass sämtliche Regierungsmehrheiten seit 1965 dieses Instrument für sinnvoll hielten und es in der oben beschriebenen Art weiter ausbauten.

II. Erfolge bei der Rechtsdurchsetzung

Diese erfolgreiche Etablierung des Instruments der Verbraucherverbandsklage ohne Rücksicht auf tagespolitische Mehrheitsverhältnisse wird verständlich, wenn man näher betrachtet, in welcher Weise und mit welchem Erfolg die Verbraucherverbände in den vergangenen 50 Jahren von ihren Klagebefugnissen Gebrauch machten. Dies soll im Folgenden sowohl anhand von Einzelfallbeispielen als auch anhand der bisher vorliegenden umfassenderen empirischen Studien dargestellt werden.

⁴⁰ Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27.10.2004 über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen Behörden, ABl. EU 2004, L 364, 1.

1. Schwerpunkte und Einzelfälle

Im Bereich des Lauterkeitsrechts hat sich die Verbraucherverbandsklage zunächst auf das Recht der irreführenden Werbung konzentriert und noch heute liegt in diesem Bereich ein deutlicher Schwerpunkt.⁴¹ Das Werbe- und Kennzeichnungsrecht ist ein klassisches Feld des Verbraucherschutzes, das gerade für die Verbraucherzentralen auch heute noch von großer Bedeutung ist. Bis heute wird es maßgeblich auch von Urteilen geprägt, die auf Verbraucherverbandsklagen zurückgehen, die hier gemeinsam mit Klagen der Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs und Konkurrentenklagen die wesentlichen Treiber der Rechtsentwicklung darstellen. Irreführende Werbung für Schlankheitsmittel wurde in den vergangenen Jahren ebenso aufgegriffen wie unlautere Kreditvermittlerwerbung oder irreführende Gewinnversprechen. Häufig führten die Aktivitäten der klagebefugten Einrichtungen auch zu gesetzgeberischen Eingriffen zum Schutze der Verbraucher, wie etwa die Regelungen in § 241a (unbestellte Zusendung von Waren) und § 661a BGB (Gewinnzusagen) zeigen. Die Vielzahl der Verfahren gegen sogenannte „Kostenfallen“ im Internet führte im Kontext der europarechtlichen Entwicklung zur Einführung der „Buttonlösung“ in § 312j Abs. 3 BGB. Durch Verbandsklagen des Verbraucherzentrale Bundesverbands konnten auch Maßstäbe für belästigende Telefonwerbung⁴² und zur an Kinder gerichteten Werbung⁴³ höchstrichterlich geklärt werden.

Auch die Anforderungen an Lebensmittelwerbung und Lebensmittelkennzeichnung sind immer wieder Gegenstand von Verbandsklagen. Zuletzt errang hier der Verbraucherzentrale Bundesverband vor dem Europäischen Gerichtshof einen wichtigen Etappensieg gegen irreführende Darstellungen auf Verpackungen.⁴⁴ Gerade diese jüngste Entscheidung zeigt erneut, wie wesentlich die Verbandsklage für die Fortentwicklung und Durchsetzung des materiellen Rechts ist: Es ging um einen als „Himbeer-Vanille-Abenteuer“ dargestellten „Früchtetee“. Auf der Packung waren Himbeeren und Vanilleblüten abgebildet, obwohl das Produkt weder Bestandteile von Himbeeren noch von Vanille enthielt. Der Europäische Gerichtshof entschied dazu, dass eine zutreffende Zutatenliste nicht per se eine Irreführung der Konsumenten im Sinne der einschlägigen europarechtlichen Verbotsnormen ausschließe, sondern dass eine

⁴¹ Vgl. die Rechtsprechungsnachweise bei *Meller-Hannich/Höland*, Evaluierung, S. 15.

⁴² Dazu etwa BGH, Urt. v. 27.1.2000, GRUR 2000, 818.

⁴³ BGH, Urt. v. 12.7.2007, GRUR 2008, 183.

⁴⁴ EuGH, Urt. v. 4.6.2015, Rs. C-195/14 (VZBV ./ Teekanne), s. auch den zugehörigen Vorlagebeschluss des BGH v. 26.2.2014, WRP 2014, 694.

Irreführung auch darin bestehen könne, dass die Etikettierung eines Lebensmittels den Eindruck entstehen lässt, dass eine Zutat enthalten sei, die darin tatsächlich nicht enthalten ist.⁴⁵ In ersten Kommentaren zu dieser Entscheidung wird mit Recht spekuliert, dass die Entscheidung „weitreichende Folgen für die Lebensmittelindustrie“ haben könnte, da die Praxis verbreitet sei, die Geschmacksrichtung eines Produkts bildlich hervorzuheben, auch wenn das Bild nicht viel mit den wahren Zutaten gemeinsam hat.⁴⁶

Fest steht aber, dass kaum ein Verbraucher, der über den mangelnden Himbeergehalt eines „Früchtetees“ enttäuscht ist, bei einem Produkt im Werte von etwa zwei Euro einen Individualprozess anstrengen würde. Zugleich geht es hier aber um ein massenhaft auftretendes Phänomen der systematischen Verbrauchertäuschung im Lebensmittelbereich. Dass dieses nun vom Rechtssystem überhaupt in den Blick genommen wird, wäre ohne die Verbandsklage nicht passiert.

Positiv hervorzuheben sind auch Aktivitäten der Verbraucherzentralen im Hinblick auf neuere Phänomene der Werbung wie etwa „Greenwashing“, d. h. Werbung mit angeblich besonderer Umweltfreundlichkeit,⁴⁷ oder Werbung mit in Wahrheit nicht eingehaltenen „fairen Arbeitsbedingungen“ bei der Produktion von Billigtextilien.⁴⁸

Die Klagebefugnis der Verbraucherverbände stellt somit im Bereich der irreführenden Werbung ein flexibles Instrument dar, mit dem – zwar punktuell, aber durchaus öffentlichkeitswirksam – auf aktuelle Probleme und Trends bei der unlauteren Werbung reagiert und Regelungslücken aufgezeigt werden können.

Neben dem Recht der irreführenden Werbung entwickelten sich – bedingt durch gesellschaftliche und rechtliche Entwicklungen – weitere Schwerpunkte der Verbandsklagetätigkeit im UWG-Bereich insbesondere hinsichtlich falscher oder fehlender Widerrufsbelehrungen sowie zu Kennzeichnungs- und Informationspflichten im elektronischen Geschäftsverkehr.⁴⁹ Auch hier adressieren die Verbraucherverbände Themen, die im Interesse einer Vielzahl von Verbrauchern klärungsbedürftig sind: So ist etwa derzeit umstritten, ob Telekommunikationsanbieter ihrer Impressumspflicht ausreichend nachkommen, indem sie

⁴⁵ EuGH a.a.O. (vorige Fn.) Rn. 41.

⁴⁶ *Kulczynski/Ruttig*, Legal Tribune Online, <http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/eugh-c-195-14-himbeer-vanille-abenteuer-prduktverpackung-irrefuehrung-verbraucher/2/>

⁴⁷ Vgl. etwa <http://www.vzhh.de/umwelt/152464/fckw-frei-geschaemt.aspx>.

⁴⁸ Dazu z. B. „Lidl zieht umstrittene Werbung zurück“, ZEIT-Online v. 21.4.2010, <http://www.zeit.de/wirtschaft/unternehmen/2010-04/lidl-kleidung-werbung>.

⁴⁹ S. die Nachweise bei *Meller-Hannich/Höland*, a.a.O.

zwar eine E-Mail-Adresse auf ihrer Webseite angeben, aber auf E-Mails an diese Adresse grundsätzlich nicht oder nur mit einer automatisierten Ablehnung reagieren.⁵⁰ Gerade diese Fälle zeigen die bedeutende Funktion der Verbraucherverbände, Probleme aufzugreifen, die zwar fast alle Verbraucher betreffen, von Einzelnen aber aufgrund ihres rationalen Desinteresses nicht aufgegriffen werden.

Dasselbe gilt für die AGB-Kontrollklage der Verbände, die zunächst in § 13 ABGB a.F. und heute in § 1 UKlaG normiert ist. Sie hat in vielen Branchen zu erheblichen Veränderungen der Vertragswerke geführt; besonders auffällig ist dies im Bereich der Finanzdienstleistungen. Gerade die Klauselwerke der Banken und Sparkassen wurden nach Schaffung des AGB-Gesetzes wiederholt und häufig erfolgreich von den Verbraucherverbänden angegriffen. Der dadurch verursachte Anpassungsdruck bei den Geldinstituten war so stark, dass 1992 Gespräche und Verhandlungen zwischen dem Zentralen Kreditausschuss der deutschen Kreditwirtschaft und den Verbraucherverbänden stattfanden, aus denen heraus neue Musterbedingungen mit Wirkung zum 1.1.1993 entwickelt wurden, die als „AGB-Banken 1993“ – mit späteren Abwandlungen – bis heute die Grundlage für die im Bankgeschäft verwendeten Klauselwerke darstellen.⁵¹ Der Geschäftsverkehr mit Banken und Sparkassen ist für alle Verbraucherinnen und Verbraucher von hoher und alltäglicher Bedeutung, und er erfüllt auch aus gesamtwirtschaftlicher Sicht zentrale Funktionen. Wenn es über das Instrument der Verbraucherverbandsklage gelungen ist, in diesem Bereich unter Berücksichtigung der Interessen aller Beteiligten zu einer weitgehend akzeptierten Einigung im Hinblick auf typische Vertragswerke zu kommen, so muss dies als durch das Institut der Verbraucherverbandsklage angestoßene gesellschaftliche Integrationsleistung von erheblicher Bedeutung eingestuft werden. Ähnliches gilt für die durch Verbandsklagen erreichte Beschränkung der Laufzeiten von Versicherungsverträgen, mit der die Marktbedingungen in der Versicherungsbranche deutlich verbraucherfreundlicher gestaltet werden konnten.⁵²

Auch in jüngerer Zeit stoßen die Verbraucherverbände wichtige Veränderungen im Recht der Finanzdienstleistungen an: So betrifft etwa die Entscheidung des BGH zur Unwirksamkeit von Bearbeitungsgebühren bei Verbraucherdarlehen eine unübersehbare Anzahl von Verträgen und ist daher von

⁵⁰ Vgl. dazu die erfolgreichen Verbandsklagen des Verbraucherzentrale Bundesverbands e.V.: LG Berlin, Urt. v. 28.8.2014, Az. 52 O 135/13; LG Koblenz, Urt. v. 3.11.2014, Az. 15 O 318/13.

⁵¹ *Bunte*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch (4. Aufl. 2011), Bd. I, S. 83.

⁵² BGH, Urt. v. 13.7.1994, NJW 1994, 2693; BGH, Urt. v. 22.2.1995, NJW 1995, 1289.

enormer wirtschaftlicher Bedeutung.⁵³ Teilweise wird über ein daraus entstehendes Rückforderungspotenzial von mehreren Milliarden Euro gesprochen.⁵⁴ Auch die vom Bundesgerichtshof 2013 anlässlich einer Verbandsklage der Verbraucherzentrale Hamburg festgestellte Unwirksamkeit von AGB-Bestimmungen über die Berechnung des Rückkaufswertes von Lebensversicherungen⁵⁵ betrifft eine Vielzahl von Verträgen und eröffnet ggf. ein Rückforderungspotenzial in Millionenhöhe. Gerade diese beiden Fälle zeigen, dass der Verbandsklage eine wichtige Regulierungs- und Korrekturfunktion zukommt: Ohne das Verbandsklagerecht und die damit zusammenhängenden Aktivitäten der Verbände wären die festgestellten Rechtsverstöße möglicherweise nie oder erst wesentlich später festgestellt worden, und es wären zulasten der geschädigten Bank- und Versicherungskunden noch höhere Beträge unrechtmäßig vereinnahmt worden.

Aber auch in weniger spektakulären, aber doch ökonomisch relevanten Branchen und Lebensbereichen hat die AGB-Verbandsklage erhebliche Wirkungen gezeigt.⁵⁶ Nur beispielhaft sei etwa die Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Unwirksamkeit einer Vorkasseklausel in Pauschalreiseverträgen erwähnt, mit der eine jahrelange Praxis der Reiseveranstalter beendet wurde.⁵⁷ Auch an dieser Stelle betonte der Bundesgerichtshof einmal mehr: „Die langjährige Üblichkeit der Klausel steht der Feststellung ihrer Unangemessenheit nicht entgegen.“⁵⁸ Damit verweist das Gericht implizit auf die Funktion der AGB-Kontrolle im Allgemeinen und auf die der AGB-Verbandsklage im Besonderen: Der Rechtsverkehr soll von rechtswidrigen Klauselwerken, die ggf. über Jahre mit dem Anschein der Rechtmäßigkeit verwendet werden, und den dadurch erzeugten Scheinbindungen und Fehlvorstellungen auf der Konsumentenseite bereinigt werden. Diese Beseitigung rechtswidriger Klauseln durch Verbandsklagen spielt auch im Bereich der Gas- und Elektrizitätswirtschaft immer wie-

⁵³ BGH, Urt. v. 13.5.2014, NJW 2014, 2420. Dieser Fall ist allerdings nicht ausschließlich durch Verbandskläger (hier: Schutzgemeinschaft für Bankkunden) betrieben worden, sondern auch in einem zeitgleich entschiedenen Individualverfahren (Az. XI ZR 170/13). Allerdings handelt es sich auch bei dem Individualverfahren nicht um eine singuläre Initiative eines einzelnen Bankkunden, sondern um einen Teil einer umfassend angelegten Klagestrategie der Schutzgemeinschaft für Bankkunden, zu der neben Verbandsklageverfahren auch die Durchsetzung zahlreicher Individualforderungen, z. T. aus abgetretenem Recht, gehörte.

⁵⁴ So die Stiftung Warentest: www.test.de/Kreditbearbeitungsgebuehren-Milliardenurteil-vom-Bundesgerichtshof-4702197-0/.

⁵⁵ BGH, Urt. v. 25.7.2012, BGHZ 194, 208.

⁵⁶ Überblick nach Branchen geordnet bei *Bultmann*, 30 Jahre Praxis der AGB-Verbandsklage (2008), S. 7 ff.

⁵⁷ BGH, Urt. v. 12.3.1987, BGHZ 100, 157; ebenfalls zum Reiserecht die Schaffung der Möglichkeit einer kostenfreien Zahlung: BGH, Urt. v. 20.5.2010, NZV 2010, 562; vgl. heute § 312a Abs. 4 BGB.

⁵⁸ Ebd., S. 171.

der eine Rolle, in der man wohl davon ausgehen muss, dass ein Großteil der in der Praxis verwendeten Preiserhöhungsklauseln rechtswidrig war oder noch ist.⁵⁹

Die Verbraucherverbandsklage ist also ein Grundreinigungsmittel, mit dem die Rechts- und Wirtschaftsordnung immer wieder erfolgreich durchgespült wird, um ggf. über Jahre entstandene rechtswidrige Verkrustungen zu beseitigen, die sich als zu hartnäckig erweisen, als dass man ihnen nur mit individuellem Rechtsschutz erfolgreich begegnen könnte.

2. Wirkungsforschung

Über diese zahlreichen Einzelevidenzen hinaus liegen inzwischen auch empirische Studien vor, welche die positive Wirkung der Verbraucherverbandsklage bestätigen, zugleich aber auch ihre Wirkungsgrenzen aufzeigen.⁶⁰ Hinsichtlich der AGB-Kontrollklage, die heute in § 1 UKlaG verankert ist, sind sich die Fachbeobachter einig, dass hier vor allem die Verbraucherverbandsklage zur Entwicklung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen beigetragen hat.⁶¹ So geht insbesondere der Großteil der vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fälle zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf Verbandsklagen zurück, von denen wiederum die große Mehrheit durch Verbraucherverbände erhoben wurde.⁶² Bereits 2003 wurde daher konstatiert, dass die Verbraucherverbandsklage im AGB-Recht „Beachtliches erbracht“ habe.⁶³ Dabei ist die Wirkung der Verbraucherverbandsklage nicht nur auf das konkrete Klageverfahren und die darin behandelte AGB-Klausel gegenüber dem jeweils beklagten Unternehmen beschränkt. Vielmehr lässt sich bei einer Gesamtschau der Erfahrungen seit 1977 eine zusätzliche Wirkung feststellen: In zahlreichen Fällen greifen die Verbraucherverbände Probleme auf, die eine Vielzahl von Verbrauchern betreffen und daher als gesellschaftlich relevante Fragen einzustufen sind. Diese durch das Verbandsklageverfahren aufgeworfenen Fragen werden dann nicht nur in der höchstrichterlichen Rechtspre-

⁵⁹ Vgl. etwa die erfolgreiche Klage der VZ NRW in BGH, Urt. v. 31.7.2013, NJW 2013, 3647.

⁶⁰ *Axmann*, Die praktische Bedeutung und Effizienz der Verbandsklage nach §§ 13 ff. AGB-Gesetz (1986); *Bultmann*, 30 Jahre Praxis der AGB-Verbandsklage (2008); *Meller-Hannich/Höland*, Evaluierung der Effektivität kollektiver Rechtsschutzinstrumente (2011).

⁶¹ *Bultmann*, a.a.O., S. 107.

⁶² *Hensen*, FS Ulmer (2003), S. 1135, 1136.

⁶³ Ebd., S. 1151.

chung behandelt, sondern häufig auch auf die rechtspolitische Ebene gehoben und vom Gesetzgeber einer Lösung zugeführt.⁶⁴

Dies bedeutet nicht etwa, dass sich die Verbraucherverbände mit ihren Ansichten stets durchsetzen konnten; dies wäre in einem demokratischen Gemeinwesen mit seinen pluralen Interessen auch überraschend. Wichtig erscheint aber die Beobachtung, dass die Verbraucherverbände jedenfalls auch über das Instrument Verbandsklage einen gesellschaftlichen Diskurs anstoßen können und so gesellschaftlich relevante Probleme in den rechtlichen und rechtspolitischen Meinungsbildungsprozess einbringen können. Dazu passt auch, dass Verbraucherverbandsklagen sowie die damit verbundenen Abmahnaktivitäten regelmäßig Gegenstand der Berichterstattung in den Medien sind und so dazu beitragen, bestimmte Themen und Probleme in das Blickfeld der (Medien-)Öffentlichkeit zu bringen.⁶⁵

Trotz aller Erfolge der AGB-Verbandsklage wird aber auch von den Fachbeobachtern darauf hingewiesen, dass diese Aktivitäten noch nicht ausreichend sind, da am Markt weiterhin „an gesetzwidrigen AGB kein Mangel“ bestehe.⁶⁶ Insbesondere in den Bereichen der Daseinsvorsorge einschließlich der Gesundheits- und Finanzdienstleistungssektoren, die in den letzten Jahrzehnten zunehmend dereguliert wurden und damit nun vertragsrechtlich organisiert sind, bestehe weiterhin ein erheblicher Klärungsbedarf hinsichtlich der Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen.⁶⁷ Insgesamt könne mit dem Verbandsklageverfahren in seiner bisherigen Ausgestaltung das „angestrebte Ziel einer breitenwirksamen Bereinigung des Rechtsverkehrs von unwirksamen Klauseln“ noch nicht in zufriedenstellendem Maße erreicht werden.⁶⁸

Ein ähnliches Bild, das aus wichtigen Erfolgen und zugleich noch erheblichen Vollzugsdefiziten zusammengesetzt ist, zeigt auch eine jüngere empirische Untersuchung zur Verbandsklage im gesamten Verbraucherschutzrecht einschließlich des Lauterkeitsrechts.⁶⁹ Diese Untersuchung zur „Effektivität kollektiver Rechtsschutzinstrumente“ besteht sowohl aus qualitativen Analysen wie etwa Expertengesprächen als auch aus einer quantitativen Erhebung durch Fragebögen, die einem ausgewählten Personenkreis vorgelegt werden. Sie

⁶⁴ Dieser Wirkungsmechanismus wird anhand mehrere Fragenkomplexe anschaulich beschrieben bei *Bultmann*, a.a.O., S. 98 ff.

⁶⁵ Vgl. z.B. die ausschnittweise Sammlung von zahlreichen Presseartikeln nur aus den Jahren 2009-2010 bei *Meller-Hannich/Höland*, S. 113 f.

⁶⁶ *Hensen*, FS Ulmer (2003), 1135, 1151.

⁶⁷ *Bultmann*, a.a.O., S. 114 ff.

⁶⁸ Ebd., S. 121; ähnlich bereits in einer frühen empirischen Untersuchung *Axmann*, a.a.O., S. 145.

⁶⁹ *Meller-Hannich/Höland*, Evaluierung der Effektivität kollektiver Rechtsschutzinstrumente (2011).

kommt zu dem Ergebnis, dass insbesondere im Lauterkeitsrecht die aufgrund von Verbandsklagen geführten Prozesse „zur erfolgreichen generellen Marktberreinigung führen und effektive präventive Wirkung entfalten.“⁷⁰ Dagegen sei bei der AGB-Kontrollklage nur „teilweise“ eine Breitenwirkung feststellbar und es fehle auch im Interesse wirksamer Prävention an einer Verbindung zwischen der Verbandsunterlassungsklage einerseits und der Durchsetzung individueller Zahlungsansprüche andererseits.⁷¹

Was das Verfahren im Allgemeinen angeht, so habe sich – so jene Studie – insbesondere die Wahl privatrechtlicher und zivilprozessualer Instrumente für das Verbandsklageverfahren, und zwar einschließlich des vorgerichtlichen Abmahnverfahrens, als durchaus effektiv bewährt.⁷² Insgesamt kommt diese umfangreiche Studie zu einer recht positiven Einschätzung der Verbandsklage als ein sinnvolles und gesellschaftlich wichtiges Rechtsschutzinstrument; zugleich werden aber auch die Grenzen ihrer Effektivität aufgezeigt und die zu geringe generalpräventive Wirkung bemängelt.⁷³

3. Verantwortungsvoller Gebrauch der Verbandsklage

Sowohl die wiederholte und stetig erweiterte Verwendung des Instruments Verbandsklage durch den Gesetzgeber wie auch die soeben skizzierten empirischen Untersuchungen und praktischen Erfahrungen belegen, dass der oft befürchtete oder behauptete „Missbrauch“⁷⁴ der Verbraucherverbandsklage schlichtweg nicht vorkommt. Eine ältere Untersuchung zur AGB-Verbandsklage spricht davon, dass 95 Prozent der untersuchten Verbandsklagen gewonnen wurden, was auf eine sehr sorgfältige Auswahl und Vorbereitung dieser Verfahren schließen lässt.⁷⁵ Jüngere Untersuchungen nennen eine Erfolgsquote der Verbraucherverbände in UKlaG- und UWG-Sachen von

⁷⁰ Ebd., S. 139.

⁷¹ Ebd., S. 140.

⁷² Ebd., S. 139 f.

⁷³ Ebd., S. 140.

⁷⁴ Diese Befürchtung wird regelmäßig (und typischerweise ohne jegliche empirische Evidenz) insbesondere vom Bundesverband der Deutschen Industrie wiederholt, zuletzt etwa in der Stellungnahme des Bundesverbands der Deutschen Industrie e. V. (BDI) v. 15.8.2014 zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz für ein Gesetz zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung von Verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts, S. 1 und 7, abrufbar unter www.bdi.eu.

⁷⁵ *Axmann*, Die praktische Bedeutung und Effizienz der Verbandsklage nach §§ 13 ff. AGB-Gesetz (1986).

immerhin 75 Prozent.⁷⁶ Auch die vorliegende Untersuchung kann keinerlei Anzeichen für einen „Missbrauch“ der Verbandsklagebefugnis erkennen.

Die einschlägigen Vorschriften über die Zulassung und die Anforderungen an klagebefugte Einrichtungen sowie die besonderen gesetzlichen Missbrauchsstatbestände (§ 8 Absatz 4 UWG, § 2 Absatz 3 UKlaG) sind insoweit offensichtlich ausreichend. Gerade diejenigen Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände, die von ihrer Verbandsklagebefugnis regelmäßig Gebrauch machen, genießen eine hohe fachliche und institutionelle Reputation. „Missbräuchliche“ im Sinne von offensichtlich unbegründeten oder schikanösen Verbandsklagen sind von diesen Einrichtungen in den vergangenen 50 Jahren soweit ersichtlich nicht erhoben worden.

Soweit allerdings die Erhebung sachlich begründeter Klagen und damit die Durchsetzung des objektiven Rechts als „Missbrauch“ empfunden werden sollte, ist dies eine Fehlvorstellung und eine abzulehnende Begriffsverwirrung. Im Gegenteil: Gerade die Erfolge bei der Rechtsdurchsetzung belegen, wie wertvoll das Instrument der Verbraucherverbandsklage ist.

III. Die Verbandsklage als zivilgesellschaftliche Institution

Über diese konkreten Erfolge der Verbraucherverbandsklage bei der Durchsetzung des Verbraucherrechts darf jedoch auch ein weiterer Aspekt nicht unberücksichtigt bleiben, und zwar die Entwicklung der Verbraucherverbandsklage zu einer wichtigen zivilgesellschaftlichen Institution. Mit der Verbraucherverbandsklage hat sich in den vergangenen 50 Jahren ein neues Paradigma der Rechtsdurchsetzung entwickelt: Neben die individuelle Rechtsdurchsetzung – welche ja im Verbraucherrecht aus den vielfach diskutierten Gründen kaum relevant ist⁷⁷ – auf der einen Seite und die in öffentlich-rechtlichen Formen organisierte behördlich-obrigkeitliche Kontrolle andererseits tritt nun ein dritter Weg der Rechtsdurchsetzung, der einer in Verbänden und anderen Institutionen organisierten Zivilgesellschaft anvertraut ist. Diese zivilgesellschaftlichen Institutionen leisten im Rahmen ihrer besonderen Kla-

⁷⁶ Meller-Hannich/Höland, Evaluierung der Effektivität kollektiver Rechtsschutzinstrumente (2011), S. 115.

⁷⁷ Vgl. zu den Hindernissen beim Zugang zum Recht die Ergebnisse der *access to justice*-Forschung, Nachweise z. B. bei Goebel, Zivilprozessrechtsdogmatik und Verfahrenssoziologie, S. 77 ff.

gebefugnisse einen erheblichen Beitrag zur Durchsetzung des Verbraucherrechts.

Diese erfolgreich entwickelte Rolle der zivilgesellschaftlichen Verbände und Institutionen kann man als demokratische Errungenschaft betrachten, weil damit die Rechtsdurchsetzung stärker in die Hände der Bürger und ihrer Verbände und Institutionen gelegt wird.⁷⁸ Etwas weniger optimistisch könnte man auch eher von kompensatorischen Instrumenten sprechen, die jedenfalls so lange notwendig sind, wie der Anspruch individueller Selbstbestimmung, welcher der theoretischen Konzeption des Privatrechts zugrunde liegt, nicht mit der von Fremdbestimmung und Ungleichgewichtslagen geprägten Realität übereinstimmt.⁷⁹ Diese theoretischen Überlegungen müssen hier weder vertieft noch entschieden werden. Sie sind sich jedenfalls darin einig, dass die zivilgesellschaftliche Rechtsdurchsetzung in Form der Verbandsklage und verwandten Instrumenten unter den Bedingungen der real existierenden Industrie- und Dienstleistungsgesellschaft eine wertvolle gesellschaftliche Funktion erfüllt.

Dieser etwas grundlegendere Aspekt ist auch für die rechtspolitische Diskussion um die Zukunft der Verbandsklage relevant. In dieser Diskussion wird gelegentlich der Eindruck erweckt, dass die Erweiterung von Verbandsklagebefugnissen als Ausweitung von Bürokratie oder Kontrolle zulasten der Wirtschaft zu bewerten sei.⁸⁰ Bei diesem Vorwurf ist zu differenzieren: Oft richtet er sich der Sache nach weniger gegen die Rechtsdurchsetzung – sei es durch Verbandsklage oder durch andere Instrumente –, sondern gegen den Inhalt des materiellen Rechts selber, der als belastend, überflüssig oder zu einschränkend empfunden wird. Wenn dann dieses als unangemessen empfundene Recht auch noch effektiv durchgesetzt werden soll, trifft dies verständlicherweise auf Ablehnung.

In der Vergangenheit konnte man diese Konstellation gelegentlich im Recht des unlauteren Wettbewerbs antreffen, welches – zumindest vor der europarechtlich angestoßenen UWG-Novelle des Jahres 2004 – in einigen Bereichen übertrieben pingelig oder kleinkariert wirkte – wenn etwa eine Autowerbung

⁷⁸ So insbesondere *Micklitz*, der Verbraucherrecht und Verbraucherverbandsklagen als Aspekte „demokratischer Teilhabe“ betrachtet (Münchener Kommentar BGB, 6. Aufl. 2012, Rn. 79 ff. vor §§ 13, 14 BGB) und die Verbandsklagebefugnis in den Kontext der Entwicklung von „Bürgerrechten“ stellt: *Micklitz*, Münchener Kommentar ZPO (4. Aufl. 2013), § 3 UKlaG Rn. 5.

⁷⁹ So meine Interpretation bei *Halfmeier*, Popularklagen im Privatrecht, S. 217 ff.; zum temporären Charakter des zwingenden Verbraucherschutzrechts auch *Eike Schmidt*, JZ 1980, 153, 158.

⁸⁰ Vgl. zuletzt etwa die ablehnende Stellungnahme des BDI zum Referentenentwurf bezüglich einer Verbandsklage im Datenschutzrecht (oben Fn. 65).

mit „PS“ statt „kW“ möglicherweise rechtswidrig sein sollte, obwohl in der Bevölkerung gerade diese altertümliche Maßeinheit noch verwendet und gut verstanden wird.⁸¹ Auch heute mag man sich triftig über einzelne Vorschriften etwa des Datenschutzrechts oder des Verbraucherschutzrechts streiten und sie ggf. für übertrieben, zu unbestimmt oder zu weitgehend halten.⁸²

Diese Kritik am Inhalt des materiellen Rechts sollte aber nicht mit Kritik an der Rechtsdurchsetzung verwechselt werden.⁸³ Im Gegenteil: In einer freiheitlichen und demokratischen Gesellschaft ist es jedem unbenommen, den Inhalt des demokratisch gesetzten Rechts zu kritisieren und für Mehrheiten mit dem Ziel der Veränderung des positiven Rechts zu werben. Wenn aber die demokratisch legitimierten Institutionen der Gesetzgebung bestimmte materiellrechtliche Rechtssätze geschaffen haben, so treten diese in einem Rechtsstaat selbstverständlich auch mit dem Anspruch ihrer Implementation auf. Die Forderung, dass man Rechtsschutzinstrumente beschneiden oder beschränken müsste, um das objektive Recht nicht allzu sehr durchzusetzen,⁸⁴ ist in einem demokratischen Rechtsstaat unhaltbar.

Daher kann sich der Vorwurf der Bürokratie oder übermäßigen Kontrolle durch die Verbandsklage vernünftigerweise nicht gegen die Rechtsdurchsetzung als solche richten, sondern allenfalls gegen das „Wie“ der Rechtsdurchsetzung, d. h. es geht um den Vergleich mit anderen Instrumenten der Rechtsdurchsetzung. In Betracht kommt hier insbesondere die verstärkte behördlich-obrigkeitliche Kontrolle. Es ist insoweit folgerichtig, wenn etwa in der Diskussion um die Durchsetzung des Datenschutzrechts von einem betroffenen Branchenverband zwar eine auf das Datenschutzrecht bezogene Verbandsklage abgelehnt wird, stattdessen aber angeregt wird, „die Ressourcen der Aufsichtsbehörden“ zu verbessern, „um eine effektive Rechtsdurchsetzung zu gewährleisten.“⁸⁵ Damit wird auf das traditionelle Paradigma der öffentlich-

⁸¹ Vgl. dazu BGH, Urt. v. 4.3.1993, NJW 1993, 1993.

⁸² So etwa *Winkhaus*, MMR-Aktuell 2014, 361474: Die Autorin ist bei einer Industrie- und Handelskammer tätig und kritisiert mit gut nachvollziehbaren Argumenten die unübersichtlichen und zahlreichen Vorschriften, die etwa ein kleiner Internet-Händler einhalten muss. Anstatt daraus jedoch den naheliegenden Schluss zu ziehen, dass diese materiellrechtlichen Vorschriften reformiert oder vereinfacht werden müssten, wendet sie sich gegen „Anwälte und (Abmahn-)Verbände“, die möglicherweise auf die Durchsetzung des geltenden Rechts pochen könnten.

⁸³ Siehe dazu im Kontext des Lauterkeitsrechts bereits *Kur*, GRUR 1981, 558, 561; *Beater*, Unlauterer Wettbewerb (1. Aufl.), S. 799.

⁸⁴ Dies wird in der Diskussion selten explizit gesagt; eine interessante Ausnahme findet man bei *Zeppernick*, Vorsprung durch Rechtsbruch, S. 54f., der ausdrücklich von einer zu starken Durchsetzung des objektiven Rechts warnt.

⁸⁵ Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e. V. (BITKOM), Stellungnahme v. 5.8.2014 zum Referentenentwurf für ein Gesetz zur Verbesserung

rechtlich strukturierten behördlichen Rechtsdurchsetzung verwiesen. Eine ähnliche Diskussion gab es bereits vor Schaffung des AGB-Gesetzes und der darin enthaltenen Verbandsklage, allerdings unter umgekehrten Vorzeichen: Seinerzeit befürworteten Interessenvertreter der Wirtschaft gerade die Verbandsklage, um eine als übertrieben empfundene staatliche Aufsicht zu verhindern.⁸⁶

Es stellt sich also die Frage, ob nicht das mit der Verbandsklage entwickelte zivilgesellschaftliche Modell der Rechtsdurchsetzung – als Ergänzung zur individuellen Wahrnehmung von Rechten einerseits und behördlicher Aufsicht andererseits – im Vergleich zu einem umfassenden Aufbau von Kontrollbehörden in gewisser Weise weniger invasiv und möglicherweise auch unter Kosten-Nutzen-Gesichtspunkten gesellschaftlich sinnvoller ist. Sowohl bei der Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen wie auch bei der Einhaltung des Datenschutzrechts müssten ja sehr umfangreiche Behörden mit Heerscharen von Mitarbeitern aufgebaut werden, um in einer hochkomplexen Industrie- und Dienstleistungsgesellschaft wirklich die Einhaltung der einschlägigen Rechtsvorschriften bei allen Unternehmen flächendeckend zu kontrollieren. Hinzu kommt das aus der sozialwissenschaftlichen Diskussion bekannte Problem des *regulatory capture*: Legt man die Rechtsdurchsetzung allein in die Hand zentraler Behörden, so steigt das Risiko ihrer Beeinflussung durch ressourcenstarke Interessengruppen, während dies bei einer Vielzahl privater Akteure weniger wahrscheinlich erscheint.⁸⁷

Demgegenüber erscheint die Schaffung von bestimmten Interventionsbefugnissen für besonders qualifizierte Verbände und Institutionen als ein vergleichsweise mildes Mittel der Rechtsdurchsetzung, das auch eher zu einem Gemeinwesen passt, welches ein Stück weit auf zivilgesellschaftliche Selbstregulierung anstelle einer flächendeckenden obrigkeitlichen Kontrolle setzt – zumal Letztere sowohl unrealistisch wie auch als Bild einer Gesellschaft kaum wünschenswert erscheint. Es ist daher kein Zufall, dass man die Verbandsklage oder andere Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes heute auch in zahlreichen anderen hoch entwickelten Volkswirtschaften antrifft, und zwar sowohl im Privatrecht wie auch im Bereich des öffentlichen Rechts. Auch im öffentlichen Recht gehen Fachbeobachter davon aus, dass sich mit überin-

der zivilrechtlichen Durchsetzung von Verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts, S. 6, abrufbar unter www.bitkom.org.

⁸⁶ Dazu oben, S. 11.

⁸⁷ Dieser Gesichtspunkt spielt vor allem in der US-amerikanischen Diskussion zum *private enforcement* eine gewichtige Rolle, vgl. z. B. *Stewart/Sunstein*, 95 Harv. L. Rev. 1193 (1982) sowie die Nachweise bei *Hodges*, in: Purnhagen/Rott (Hrsg.), *Varieties of Economic Regulation* (2014), S. 793, 810.

dividuellen Rechtsschutzinstrumenten ein neues, „eigenen Gesetzhkeiten unterliegendes System“ entwickelt hat, welches sich sowohl im deutschen wie auch im europäischen Recht „weiter verfestigen und ausdehnen wird.“⁸⁸

IV. Lücken im System der Rechtsdurchsetzung

Insgesamt sind daher die vergangenen 50 Jahre Verbraucherverbandsklage sowohl im Hinblick auf ihre konkreten Erfolge wie auch bezogen auf die Entwicklung zivilgesellschaftlicher Rechtsdurchsetzungsinstitutionen als sehr positive Entwicklung zu bewerten. Trotzdem darf man nicht die Augen davor verschließen, dass es weiterhin ganz erhebliche Defizite bei der Durchsetzung des Verbraucherrechts gibt. Es ist daher wichtig, den Blick auch auf diese weiterhin bestehenden Lücken zu richten, um zu prüfen, ob und wie sie möglicherweise durch die Fortentwicklung von Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes geschlossen werden können.

1. Kompensation und Prävention als Ziele des kollektiven Rechtsschutzes

Wenn man aber von Lücken im System des kollektiven Rechtsschutzes spricht, so impliziert dies eine Bewertung, die nach Offenlegung ihrer Maßstäbe verlangt. Hier haben sich sowohl in der deutschen wie auch in der internationalen Fachdiskussion vor allem zwei Maßstäbe etabliert, die als Ziele kollektiver Rechtsschutzinstrumente angesehen werden können und daher auch zu ihrer Bewertung hilfreich sind: Kompensation und Prävention.

Mit dem Ziel der Kompensation ist gemeint, dass kollektive Rechtsschutzinstrumente eine Hilfe oder Unterstützung bei der Durchsetzung individueller Schadensersatzansprüche oder sonstiger Einzelansprüche bieten sollen. Diese materiell-rechtlich bestehenden Individualansprüche sind zwar theoretisch in den etablierten Formen des Zivilverfahrensrechts durchsetzbar; dies passiert aber aus den immer wieder erörterten Gründen nicht. Diese Gründe sollen hier nicht ein weiteres Mal vertieft werden, sie sollen nur stichwortartig als Zugangshürden zum Recht (*access to justice*-Problem), als Ungleichge-

⁸⁸ Schlacke, Überindividueller Rechtsschutz (2008), S. 513.

wicht zwischen *repeat player* und *one-shot-player* sowie als Phänomen der „rationalen Apathie“ angesprochen werden.⁸⁹ Die Verbraucherverbandsklage ist jedoch in ihrer bisherigen fünfzigjährigen Geschichte nicht auf die Kompensation individueller Schäden angelegt gewesen, sondern wurde überwiegend als Klage im „Allgemeininteresse“ verstanden.⁹⁰

Aufgrund dieser Orientierung am „Allgemeininteresse“ – oder in seinen Varianten als „Bereinigung“ des Wettbewerbs oder der Rechtsordnung insgesamt – wohnt der Verbandsklage von vornherein auch ein präventives Element inne. Zwar soll etwa die AGB-Verbandsklage den konkret beklagten Unternehmer von der Verwendung rechtswidriger AGB-Klauseln abhalten, aber natürlich sollen die Verbandsklagebefugnis als solche und die darauf gestützten konkreten Verfahren auch dazu beitragen, dass andere Unternehmer in vergleichbaren Konstellationen die einschlägigen Rechtsvorschriften einhalten. Mit diesem präventiven Aspekt nimmt die Verbandsklage eine generelle Entwicklung im Deliktsrecht – bei Lichte betrachtet im gesamten Privatrecht⁹¹ – vorweg, nämlich den Einsatz des Privatrechts auch zur Verhaltenssteuerung.

Diese präventive und damit verhaltenssteuernde Funktion des Privatrechts ist – vor allem in der deutschen rechtswissenschaftlichen Diskussion – zeitweise noch umstritten gewesen.⁹² Sie kann aber heute kaum noch ernsthaft bezweifelt werden.⁹³ Insbesondere bedarf es für ihre Anerkennung auch gar keiner dogmatischen Höhenflüge, sondern es ist schlichtweg der Wille des Gesetzgebers zu respektieren. Dies gilt ohnehin für die europarechtlichen Vorgaben, die zu einer effektiven Rechtsdurchsetzung verpflichten (dazu im zweiten Kapitel). Aber auch der deutsche Gesetzgeber geht etwa mit Bezug auf das Kartellrecht davon aus, dass ein „effektives zivilrechtliches Sanktionssystem“ zu schaffen sei, „von dem eine zusätzliche spürbare Abschreckungswirkung“ ausgehen solle.⁹⁴ Auch im Lauterkeitsrecht kann aufgrund dessen klarer Orientierung an Allgemeininteressen der verhaltenssteuernde Charakter der

⁸⁹ Ausführlich dazu *Tamm*, Verbraucherschutzrecht, S. 810 ff. m.w.N. Der ebenfalls gelegentlich gebrauchte Begriff des „rationalen Desinteresses“ erscheint treffender, weil er ohne den pathologischen Beigeschmack auskommt, wenn ein völlig rationales und natürliches Verhalten beschrieben werden soll.

⁹⁰ Zum Interessenbegriff in seinen Varianten vgl. *Halfmeier*, Popularklagen im Privatrecht, S. 202 ff.

⁹¹ Vgl. *Wagner*, AcP 214 (2014), 602, 607.

⁹² Tendenziell ablehnend etwa noch *Westermann*, AcP 208 (2008), 141, 180 f.

⁹³ Ausführlich etwa zum Deliktsrecht *Wagner*, in: Münchener Kommentar BGB, Rn. 40 ff. vor § 823; zum Kartellrecht *Koch*, FS Kirchner (2014), S. 511, 516 ff.; umfassend *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht (2012), insbes. S. 29 ff.

⁹⁴ So die Begründung zu § 33 GWB in BT-Drs. 15/3640, S. 35; ausführlich dazu *Keßler*, Schadensersatz und Verbandsklagerechte im Deutschen und Europäischen Kartellrecht, S. 40 ff.

jeweiligen Rechtsnormen kaum bezweifelt werden.⁹⁵ Für die AGB-Kontrolle gilt dasselbe, da diese seit der Schaffung des AGB-Gesetzes nicht nur der Herstellung individueller Vertragsgerechtigkeit dient, sondern zugleich im Allgemeininteresse wirkt. So wird mit Recht darauf hingewiesen, dass die heutigen §§ 305 ff. BGB „zugleich wirtschaftsrechtliche Normen“ sind, die den nicht funktionierenden Konditionenwettbewerb im Interesse der Gesamtwirtschaft kompensieren sollen.⁹⁶

2. Mangelnde Kompensation

Kompensation und Prävention hängen aber eng zusammen, da eine umfassende Kompensation zugleich präventiv wirken kann. Die Verbandsklage auf Unterlassung – und ggf. Beseitigung, dazu unten im zweiten Kapitel – ist jedoch von ihrer Anlage her nicht auf Kompensation ausgelegt: Sie nimmt nicht die konkreten Einzelansprüche der durch rechtswidriges Handeln Geschädigten zum Ausgangspunkt, sondern schafft darüber hinaus und unabhängig von diesen Einzelansprüchen zusätzliche Interventionsbefugnisse für die zur Verbandsklage befugten Institutionen. Der oben unternommene kurze historische Überblick zeigt, dass darin eine wichtige Innovation liegt, die in Deutschland – aber nicht nur dort, wie die europarechtlichen Entwicklungen belegen – ein neues und erfolgreiches Paradigma der Rechtsdurchsetzung begründet hat.

Zugleich zeigen aber die Erfahrungen der Verbraucherzentralen und anderer klagebefugter Einrichtungen, dass mit der erfolgreichen Feststellung⁹⁷ rechtswidrigen Handelns in Bezug auf ein oder mehrere Unternehmen auch ein verständliches Bedürfnis nach Hilfestellung und Unterstützung bei der Kompensation entstandener Nachteile entsteht, welches im rein individuellen Rechtsschutz nicht in angemessener Weise befriedigt werden kann.

⁹⁵ Instrukтив etwa zur Verhaltenssteuerung im Rahmen des Rechtsbruchstatbestands des § 4 Nr. 11 UWG Metzger, in: GK UWG (2. Aufl.), § 4 Rn. 22 ff.

⁹⁶ Grüneberg, in: Palandt, BGB, Überblick vor § 305 Rn. 8.

⁹⁷ Das aufgrund einer Verbandsklage ergehende Unterlassungsurteil schließt die Feststellung der Rechtswidrigkeit des inkriminierten Handelns logisch mit ein, so jedenfalls das Verständnis im Rechtsausschuss des Bundestags bei Schaffung des AGB-Gesetzes: BT-Drs. 7/5422, S. 12. Zu der teilweise abweichenden Dogmatik im allgemeinen Zivilverfahrensrecht s. Halfmeier, Popularklagen im Privatrecht, S. 149 f.

Dies wurde besonders deutlich bei rechtswidrigen Geschäftsbedingungen von Energieversorgern und Lebensversicherern. An die Erfolge der Verbandskläger bei der AGB-Kontrolle bei diesen Massengeschäften schloss sich regelmäßig die Frage an, wie man den betroffenen Kunden bei der Geltendmachung von Rückzahlungsforderungen beistehen könnte. Die Verbraucherverbände griffen dies auf und versuchten, mit den im geltenden Zivil- und Zivilverfahrensrecht vorhandenen Mitteln – insbesondere der Streitgenossenschaft (§ 60 ZPO) und der Inkassozeession – derartige Zahlungsklagen zu unterstützen oder zu organisieren.

Ohne Anspruch auf Vollständigkeit seien dazu einzelne Beispiele herausgegriffen: So finanzierte und organisierte die Verbraucherzentrale Hamburg 2005 eine Feststellungsklage von 53 Kunden eines Gasversorgungsunternehmens mit dem Ziel, in den jeweiligen Vertragsverhältnissen die Unwirksamkeit von Preiserhöhungen festzustellen.⁹⁸ Das Verfahren endete 2013 für die Kunden erfolgreich mit einem Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts.⁹⁹ Ebenfalls in Hamburg und gegen denselben Versorger wurden von der Verbraucherzentrale für 55 weitere Gaskunden Rückzahlungsansprüche aus abgetretenem Recht geltend gemacht; auch dieses Verfahren endete 2013 mit einem rechtskräftigen Urteil, in dem der Gasversorger zu einer Rückzahlung von insgesamt etwa 75.000 Euro verurteilt wurde.¹⁰⁰ Im Bereich der Lebensversicherungen organisierte die Verbraucherzentrale Hamburg im Anschluss an erfolgreiche Verbandsklagen bezüglich der AGB-Klauseln zur Berechnung von Rückkaufwerten ebenfalls eine „Sammelklage“ aus abgetretenem Recht, an der sich etwa 80 Kunden der Allianz-Lebensversicherung beteiligten und die zu einem Zahlungsurteil gegen die Allianz in Höhe von etwa 75.000 Euro führte.¹⁰¹ Die Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen organisierte Rückzahlungsklagen gegen den Gasversorger RWE in immerhin 25 „Musterfällen“ und versuchte, die weiteren betroffenen Verbraucher durch den Entwurf einer Musterklageschrift zu unterstützen.¹⁰²

Diese und andere Erfolge der Verbraucherzentralen sollen hier nicht kleingedredet werden. So führten etwa die Feststellungs- und Zahlungsklagen der knapp 100 Gaskunden in Hamburg zu einem erheblichen Medienecho, wel-

⁹⁸ <http://www.vzhh.de/energie/155934/gas-nachrichten.aspx>, „Sammelklage gegen E.on Hanse eingereicht“, (zuletzt abgerufen am 24.10.2014).

⁹⁹ HansOLG Hamburg, Urt. v. 30.01.2013, NJOZ 2013, 1761.

¹⁰⁰ LG Hamburg, Urt. v. 17.10.2011, BeckRS 2011, 24792.

¹⁰¹ <http://www.vzhh.de/versicherungen/334777/rechenschwaeche-bei-der-allianz.aspx>, (zuletzt abgerufen am 24.10.2014).

¹⁰² http://www.vz-nrw.de/Gaspreis-Urteil_RWE-Kunden-muessen-Preiserhoehungen-nicht-zahlen (zuletzt abgerufen am 24.10.2014). Zur Musterklage: <http://www.vz-nrw.de/Musterklage-zur-Rueckforderung-unberechtigter-Gaspreiserhoehungen> (zuletzt abgerufen am 24.10.2014).

ches andere Verbraucher möglicherweise zu einer Geltendmachung ihrer Rechte auf individuellem Wege angeregt haben könnte. Auch die Vorgänge um die Allianz und andere Lebensversicherer richteten das Augenmerk vieler Verbraucher auf die Frage der Sinnhaftigkeit einer Kapitallebensversicherung und insbesondere auf die Konsequenzen einer vorzeitigen Kündigung.

Trotzdem kann man die Durchsetzung von z. B. 108 Einzelforderungen gegen einen der größten Gasversorger in einer Millionenstadt oder die Durchsetzung von 90 Einzelforderungen gegen eine der größten Lebensversicherungsgesellschaften Deutschlands kaum als auch nur annähernd erfolgreiche Kompensation der von diesen Unternehmen durch ihr rechtswidriges Handeln verursachten Vermögensschäden ansehen. Dies ist auch den Verbraucherzentralen selbst durchaus bewusst.¹⁰³ Die dargestellten Aktivitäten belegen also zwei Dinge: Einerseits zeigen sie, dass die Verbraucherzentralen sich im Rahmen ihrer beschränkten Ressourcen und Möglichkeiten durchaus bemühen, betroffene Verbraucher bei der Geltendmachung berechtigter Forderungen zu unterstützen. Andererseits zeigen sie aber auch, dass die gegenwärtig vorhanden zivilrechtlichen und zivilprozessualen Instrumente – dazu näher im zweiten Kapitel – nicht effektiv genug sind, um auch nur annähernd zu einer adäquaten Kompensation der durch rechtswidriges Verhalten von Unternehmen verursachten Schäden zu gelangen.

3. Mangelnde Prävention

Diese mangelnde Kompensation von Rechtsbrüchen muss auch erhebliche Auswirkungen auf die Präventionswirkung der Verbraucherverbandsklage haben. Die Frage der präventiven, also verhaltenssteuernden Wirkung von Rechtsnormen, Urteilen oder anderen Phänomenen des Rechtssystems, ist allerdings nicht leicht zu beantworten. In der Literatur wird mit Recht darauf hingewiesen, dass es sich dabei um eines der „interessantesten und zugleich methodisch schwierigsten Forschungsfelder der empirischen Rechtssoziologie“ handelt.¹⁰⁴

Der vorliegende Überblick über Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes kann eine vertiefte Auseinandersetzung mit den in diesem Bereich auftretenden methodischen Fragen oder gar umfangreiche empirische Untersuchungen

¹⁰³ Hörmann, VuR 2014, 245.

¹⁰⁴ Meller-Hannich/Höland, Evaluierung, S. 5 m.w.N.

zur Verhaltenssteuerung durch Recht nicht leisten. Allerdings wären diese heute wichtiger denn je: Wenn nämlich die Steuerungsfunktion des Privatrechts in vielen wichtigen Rechtsbereichen vom Gesetzgeber erwünscht und gefordert ist, so bedürfte es auch wissenschaftlicher Erkenntnisse über die Bedingungen, Chancen und Erfolge derartiger Verhaltenssteuerung durch Recht.

a) Rechtsbruch als rationales Verhalten

Solange aber diesbezügliche Studien noch nicht in ausreichendem Maße vorliegen, mag man sich mit primitiven, aber doch prima facie plausiblen Modellannahmen begnügen, die auch hier zugrunde gelegt werden sollen. Auch wenn die Hypothese rationalen Handelns in den Wirtschaftswissenschaften heute nicht mehr das unumstrittene Paradigma zu sein scheint, das sie lange Zeit war, so spricht doch einiges dafür, für Modellbildungen zunächst von ihr auszugehen.¹⁰⁵ Wir legen also sinnvollerweise ein Modell zugrunde, in dem sich etwa die Entscheidungsträger in Unternehmen rational verhalten und bestimmte Präferenzen verfolgen, z. B. die Profitmaximierung für das Unternehmen und für sich selbst.

Ein Akteur wird demnach die Zweckmäßigkeit einer bestimmten Handlungsalternative im Rahmen einer Kosten-Nutzen-Analyse betrachten. Auf der Nutzenseite stehen die erwarteten Einkünfte durch die in Rede stehende Handlung, auf der Kostenseite die zu erwartenden Aufwendungen bzw. Verluste. Soweit entsprechende Beträge nicht als sicher feststehen, müssen sie mit der Wahrscheinlichkeit ihres Eintretens multipliziert werden, d. h. es ist ein Erwartungswert zu bilden. Im Ergebnis sind die so berechneten erwarteten Kosten von dem erwarteten Nutzen zu subtrahieren. Ist das Ergebnis trotzdem positiv, d. h. ergibt sich ein Nutzenüberschuss, so ist es rational, die entsprechende Handlungsalternative zu wählen bzw. sie gegenüber anderen Alternativen mit geringerem Nutzensaldo zu bevorzugen.¹⁰⁶

Ein derartiges rationales Handeln bedeutet z. B. im Kartellrecht Folgendes: Wer vor der Wahl steht, an einem Kartell teilzunehmen, wird auf der einen Seite die durch das Kartellverhalten zu erwartenden zusätzlichen Gewinne als Nutzen veranschlagen und auf der anderen Seite die Kosten bei Entdeckung

¹⁰⁵ Vgl. zur Kritik und Rechtfertigung der Theorie rationaler Wahlhandlungen etwa Feess, *Mikroökonomie* (3. Aufl.), S. 195 ff.

¹⁰⁶ Zu diesen Grundannahmen der Entscheidungsfindung unter Ungewissheit s. nur Cooter/Ulen, *Law & Economics*, S. 43.

des Kartells als zu erwartende Kosten gegenrechnen. Der Erwartungswert der Kosten ist das Produkt aus Entdeckungswahrscheinlichkeit und Kosten (Geldbußen, Schadensersatz, Reputationsverlust etc.) im Falle der Entdeckung. Will man also Kartelle verhindern, so müsste man in diesem Modell den Erwartungswert der Kartellkosten so hoch treiben, dass er den erwarteten Nutzen des Kartells übersteigt. Dies kann man sowohl durch Erhöhung der Entdeckungswahrscheinlichkeit erreichen – z. B. intensivere und aufwendigere Ermittlungsarbeit der Kartellbehörden – wie auch durch eine Erhöhung der Kosten im Falle der Entdeckung. Dabei ist zu beachten, dass die Entdeckungswahrscheinlichkeit auch bei bestmöglicher Arbeit der Kartellbehörden oder anderer Ermittler nie 100 Prozent erreichen kann. Will man also dafür sorgen, dass der saldierte Erwartungswert eines Kartells negativ ist – und somit ein rational handelnder Akteur nicht daran teilnehmen wird –, so setzt dies zwingend voraus, dass die Kosten im Falle der Entdeckung deutlich über den durch das Kartellverhalten erzielbaren Extraprofiten liegen müssen.

Ähnliche Überlegungen gelten aber auch für das Lauterkeitsrecht oder das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Ein Unternehmen, das vor der Wahl steht, unlautere Wettbewerbshandlungen vorzunehmen, um Extraprofite zu erzeugen, wird – wenn es sich rational verhält – die Höhe dieser zu erwartenden Extraprofite dem Erwartungswert der Kosten bei Entdeckung und Sanktionierung gegenüberstellen. Wenn die Extraprofite recht hoch erscheinen und auf der anderen Seite bei Entdeckung und Sanktionierung des Verhaltens – z. B. durch eine Abmahnung durch einen klagebefugten Verband mit dann abzugebender Unterlassungserklärung – nur vergleichsweise geringe Kosten entstehen, so wird sich ein rational handelnder Akteur stets für den Rechtsbruch entscheiden. Dass diese Modellannahme keineswegs unrealistisch ist, sieht man daran, dass z. B. in Marketingkreisen das gesetzliche Verbot des unerbetenen Werbeanrufs (*cold calling*) teilweise bewusst ignoriert wird, da die mit etwaigen Unterlassungsklagen verbundenen Kostenrisiken im Vergleich zum erwarteten Gewinn dieser Maßnahme vernachlässigbar sind.¹⁰⁷

Auch im AGB-Bereich wird sich ein rational handelnder Akteur regelmäßig für die Verwendung möglicherweise unwirksamer AGB entscheiden, wenn man durch diese Verwendung etwa als Versicherungsunternehmen bei Tausenden von Kunden Extraprofite in Millionenhöhe erzeugen kann, denen auf der Kostenseite nur die bescheidenen Kosten einer ggf. verlorenen Unterlassungsklage sowie Rückforderungen von gerade mal 80.000 Euro gegenüberstehen. Es wird daher mit Blick auch auf die AGB-Kontrolle gesagt, dass der Satz „unlau-

¹⁰⁷ So das Beispiel bei *Brönneke/Oehler*, Welche rechtlichen Instrumente braucht die Verbraucherpolitik? S. 14 m.w.N.

terer Wettbewerb lohnt sich“ sinngemäß auch für die Verwendung unwirksamer AGB Geltung hat, da auch hier die Rückforderung rechtsgrundlos gezahlter Beträge in der Praxis kaum stattfindet.¹⁰⁸

Dem vorstehenden Modell mag man entgegenhalten, dass es unternehmerische Entscheidungen nicht korrekt abbildet, weil es nicht komplex genug ist. Das ist sicher richtig, spricht aber nur für die Verfeinerung des Modells und seine Überprüfung durch empirische Studien. Insbesondere muss ein rationaler Akteur auf der Kostenseite auch den ggf. schwer quantifizierbaren Reputationsverlust des Unternehmens in sein Nutzenkalkül miteinbeziehen, wenn dieses etwa als Kartellteilnehmer oder Verwender rechtswidriger Allgemeiner Geschäftsbedingungen „entlarvt“ wird.

Dass dies in der Praxis auch geschieht, zeigt sich etwa daran, dass z. B. zahlreiche eindeutige Verstöße gegen das Lauterkeitsrecht von weniger bekannten Unternehmen begangen werden, die von vornherein gar keine Reputation haben, die sie im Falle der Aufdeckung verlieren können. Für diese Unternehmen zählt also nur der schlichte saldierte Gewinn durch den Rechtsverstoß.

Unternehmen mit nennenswerter Reputation müssen hier bei rationaler Herangehensweise anders rechnen. Aber auch diese entscheiden sich häufig für Rechtsverstöße, möglicherweise mit der Überlegung, dass der Reputationsverlust gar nicht besonders hoch ist. Dies sieht man etwa im Kartellrecht, in dem sich die Listen der mit Geldbußen belegten Unternehmen gelegentlich wie ein Who's who der deutschen Wirtschaft lesen, ohne dass es zu nennenswerten Reputationsverlusten bei den Kunden zu kommen scheint. Dies betrifft vor allem solche Güter und Dienstleistungen, bei denen der Kunde die Qualität weitgehend selbst beurteilen kann: Wenn mir als Verbraucher der Kaffee oder das Bier des Kartelltäters seit Jahren gut schmeckt, so gibt es für mich kaum einen Grund, die Marke zu wechseln, auch wenn ich weiß, dass das betreffende Unternehmen nicht rechtstreu ist. Anders sieht es dagegen bei komplexeren Produkten und Dienstleistungen aus, deren Qualität die Verbraucherin oder der Verbraucher nur schwer beurteilen können; hier spielt die Reputation des Unternehmens eine größere Rolle. Dies erklärt, warum im Bereich der Banken und Versicherungen derzeit mit erheblichem Werbeaufwand versucht wird, die in der Öffentlichkeit teilweise verlorene gute Reputation zurückzugewinnen.

Ist also die Frage des Reputationsverlustes eine Frage der Präzisierung und Quantifizierung des Modells, so könnte man gegen das gesamte Modell ratio-

¹⁰⁸ *Bultmann*, 30 Jahre Praxis der AGB-Verbandsklage (2008), S. 122.

naler Wahlentscheidungen den Einwand erheben, dass die verantwortlichen Akteure in den Unternehmen neben oder anstelle der rationalen Profitmaximierung ganz andere Präferenzen haben – etwa die Rechtsordnung einzuhalten oder ein „ehrbarer Kaufmann“ zu sein. Dies mag für einzelne Akteure durchaus zutreffen,¹⁰⁹ erscheint aber mit Blick auf die Gesamtwirtschaft eher wenig plausibel. Im Gegenteil: Die gesamte – und ökonomisch äußerst erfolgreiche – Konzeption der Marktwirtschaft beruht auf der Indienstrahmung des individuellen Profitstrebens im Interesse der Allgemeinheit. Dass einzelne Akteure sich abweichend verhalten und nicht in erster Linie die Profitmaximierung anstreben, mag vorkommen. Es handelt sich dann aber eher um Ausnahmefälle, die man kaum zur Grundlage einer Modellbildung verwenden kann.

Auch die konkreten Erfahrungen der Verbraucherzentralen sprechen gegen eine weite Verbreitung von nicht profitorientierten Präferenzen bei den Entscheidungsträgern in den Unternehmen: Wenn man tatsächlich eher die Pflege der Rechtsordnung oder das Bild eines „ehrbaren Kaufmanns“ als primäre Präferenz hätte, so läge es z. B. nahe, betroffenen Energie- oder Lebensversicherungskunden freiwillig rechtsgrundlos gezahlte Beträge zurückzuzahlen. Genau dies findet aber nicht statt. Im Gegenteil: Nach Angaben der Verbraucherzentralen versuchen die betreffenden Unternehmen eher, in jedem Einzelfall Rückzahlungen zu vermeiden und scheinen – mit erheblichem Erfolg – darauf zu setzen, dass ein Großteil der betroffenen Kunden gerade nicht den Klageweg beschreitet. Dieses Verhalten ist aber bei Zugrundelegung des oben skizzierten Nutzenkalküls vollständig rational und bestätigt eher die Prognosekraft des Modells rationaler Handlungen.

In der Wissenschaft gibt es bereits heute einige Ansätze, mit denen dieses Modell im Hinblick auf die verhaltenssteuernde Wirkung rechtlicher Rahmenbedingungen untersucht wird. Da ein entsprechender Zusammenhang von rechtlichem Umfeld und Verhalten als psychisch vermittelter Vorgang nur schwer in der Realität beobachtbar ist und auch Feldexperimente schwer durchführbar erscheinen, haben sich jüngere Studien hier auf Laborexperimente verlagert. Dieser Zweig der *empirical legal studies* ist schon so

¹⁰⁹ Vgl. dazu etwa die Äußerung des ehemaligen Siemens-Vorstands *Heinrich von Pierer*, der im Kontext der Haftung für Fehlinformationen des Kapitalmarkts im Jahr 2004 mitteilen ließ, dass Regeln zur Managerhaftung von den „wahren Problemen des Landes“ nur ablenken wollten und dass es vielmehr selbstverständlich sei, dass sich deutsche Manager auch ohne die Androhung von Haftungssanktionen rechtstreu verhalten (Süddeutsche Zeitung v. 10.11.2004, S. 21). Die später bekannt gewordenen Vorgänge um Schmiergeldzahlungen durch Siemens-Mitarbeiter in Milliardenhöhe zeigen leider, dass jedenfalls im Hause Siemens (immerhin ein sehr großes und wirtschaftlich bedeutendes Unternehmen) die durch *von Pierer* angenommene intrinsische Motivation zur Rechtstreu wohl eher die Ausnahme war.

weit gediehen, dass man durchaus von ersten Anhaltspunkten dafür sprechen kann, dass kollektive Rechtsschutzinstrumente eine positive verhaltenssteuernde Wirkung haben können. Hier sind vor allem zwei jüngere Experimente zu nennen: Bereits 2007 wurden in einem Spiel unter Experimentalbedingungen Vertragsbeziehungen nachgebildet, d. h. es ging um die Durchführung von Versprechen. Dabei wurde festgestellt, dass die Bereitschaft zur Sanktionierung – die hier ähnlich wie zivilrechtliche Sanktionen modelliert war – bei den Personen, die durch „vertragswidriges“ Verhalten der Gegenseite geschädigt wurden, nur sehr gering war.¹¹⁰ Die auch im wahren Leben oft anzutreffende *litigation aversion* wurde hier also experimentell bestätigt. In der Literatur wird besonders darauf hingewiesen, dass dieses Experiment in Deutschland stattfand, wo eigentlich eine überdurchschnittlich hohe Anzahl von Zivilprozessen (gerechnet auf die Bevölkerungszahl) geführt wird.¹¹¹ Wenn also selbst in einem (relativ zu anderen gesehen) prozessfreudigen Land wie Deutschland die Bereitschaft zur Durchsetzung berechtigter Forderungen in absoluter Hinsicht sehr gering ist, dann muss dieser Befund ernst genommen werden. Die *litigation aversion* zeigt sich sowohl in Beobachtungen und anekdotischer Evidenz, aber eben auch im modellierten Experiment. Daraus wird mit Recht gefolgert, dass man kollektive Rechtsschutzinstrumente vorhalten und schaffen sollte („the need for aggregate litigation“), um nicht eine „perverse Anreizwirkung“ für größere Institutionen zu schaffen.¹¹² Diese besteht darin, dass diese Institutionen versuchen, von einer Vielzahl von Personen kleinere Unrechtsgewinne zu extrahieren, und zwar im berechtigten Vertrauen darauf, dass sich ein Großteil dieser Geschädigten aufgrund der *litigation aversion* nicht zur Wehr setzen wird.

In einer weiteren experimentellen Studie, die in den Jahren 2011 und 2012 in Bonn am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern durchgeführt wurde, näherte man sich beim Design des Experiments noch stärker dem Thema Sammelklagen an: Hier ging es darum, dass die Teilnehmer auf ein Gemeinschaftsgut „einzahlen“ sollten, welches letztlich einen größeren Nutzen für alle versprach, und zwar desto stärker sich alle daran beteiligten. Zugleich gab es aber auch die Möglichkeit des egoistischen „free rider“-Verhaltens, bei dem man selbst nichts oder nur wenig abgab, um dafür umso stärker von den Beiträgen der anderen zu profitieren. In einer Serie von Experimenten untersuchten die Autoren hier verschiedene Sanktionierungsmöglichkeiten gegenüber denjenigen Teilnehmern, die „zu wenig“ zum Gemein-

¹¹⁰ *Güth u.a.*, JITE 163 (2007) 143 ff.

¹¹¹ *Eisenberg*, JITE 163 (2007) 158, 160, der Daten vorlegt, nach denen in Deutschland pro Kopf etwa 60 Prozent mehr Zivilprozesse geführt werden als z. B. in den USA.

¹¹² *Eisenberg*, ebd.

schaftswohl beitragen. Bei den Ergebnissen bestätigte sich zunächst ein üblicher Trend dieser Art von *public good*-Experimenten: Anfänglich sind die Teilnehmer überwiegend „spendabel“ und wollen zum Gemeinwohl beitragen, aber nach wiederholter Durchführung setzt sich mit der Zeit der rationale Egoismus durch, sodass das Gemeinwohl nach 20 bis 30 Repetitionen kaum noch gefördert wird. Diese Entwicklung kann durch die Möglichkeit zur Verhängung „normaler“, d. h. individueller Schadensersatzsanktionen kaum aufgehalten werden. Wird dagegen ein „Sammelklagemechanismus“ in dem Sinne eingeführt, dass der sanktionierende Spieler nicht nur seinen eigenen Schaden, sondern den Gesamtschaden am Gemeinwohl vom „Täter“ liquidieren kann, so lässt sich im Zeitverlauf ein wesentlich höheres Niveau der Beitragszahlungen an das gemeinsame Projekt feststellen. Dies galt vor allem dann, wenn die Wahrscheinlichkeit der Sanktionierung erhöht war: Die Autoren schlussfolgern daher, dass eine Schadensersatzregelung, die – analog zu einer Sammelklage – nicht nur den Ersatz individueller Schäden, sondern den Ersatz des gesamten verursachten Schadens vorsieht, dazu geeignet ist, das ansonsten vorherrschende Muster von sich im Laufe der Zeit verschlechternder Kooperation zu durchbrechen, wenn sie mit ausreichend hoher Wahrscheinlichkeit auch genutzt wird.¹¹³

Interessanterweise machte es für den Ausgang des Experiments kaum einen signifikanten Unterschied, ob der sanktionierende Spieler die erhaltenen Beträge für sich behalten durfte oder ob er sie – wie etwa bei einer Gewinnabschöpfung zugunsten des Fiskus oder eines Fonds – an eine anonyme Zahlstelle abgeben musste.¹¹⁴ Aus Sicht der Autoren scheint daher für die verhaltenssteuernde Wirkung vor allem die Erfahrung der Sanktionierung ausschlaggebend zu sein, unabhängig davon, wie diese Sanktionierung motiviert ist.¹¹⁵

b) Strategien zur Verhaltenssteuerung

Es spricht also vieles – jedenfalls zunächst und vorbehaltlich weiterer aussagekräftiger empirischer Studien – für ein Modell rationalen und profitorientierten Handelns der Wirtschaftssubjekte, wenn man die mögliche Verhaltenssteuerung durch rechtliche Sanktionen beurteilen und bewerten möchte. Für den kollektiven Rechtsschutz bedeutet dies, dass die richtigen Verhaltensan-

¹¹³ Eisenberg/Engel, *Journal of Empirical Legal Studies* 11 (2014) 301, 331.

¹¹⁴ Ebd., S. 325.

¹¹⁵ Ebd., S. 328.

reize nur durch ein Rechtssystem gesetzt werden können, in dem sich „ein Rechtsbruch ökonomisch nicht rechnet.“¹¹⁶ Dies ist aber bisher nicht der Fall, wie etwa die Beispiele aus den Sektoren Energieversorgung und Finanzdienstleistungen zeigen.

Es gilt also im Interesse besserer Verhaltenssteuerung, die Kosten des Rechtsbruchs deutlich zu erhöhen. Dies kann auf verschiedenen Wegen erfolgen, von denen die Kompensation der Geschädigten nur ein möglicher Weg ist. Für das Nutzenkalkül des jeweiligen Akteurs zählen ja nur die möglichen Kosten des rechtswidrigen Verhaltens, nicht aber der Empfänger der Sanktionszahlung. Schadensersatz an individuelle Geschädigte, die Zahlung von *punitive damages* an private Kläger – wie etwa im US-amerikanischen Kartellrecht – oder Zahlungen an Verbraucherverbände, die Zahlung von Geldbußen an den Staat oder Einzahlungen in besondere Fonds: Aus Sicht des Akteurs, dessen Verhalten beeinflusst werden soll, sind alle diese Varianten schlichtweg Kosten, die er in seine rationale Abwägung mit aufnimmt. Es ist also mit Blick auf den verhaltenssteuernden Effekt weitgehend irrelevant, für welches dieser Instrumente man sich rechtspolitisch entscheidet – sofern es denn effizient funktioniert.

Auch der Blick auf das geltende deutsche Recht zeigt eine erhebliche Bandbreite von Sanktionen: So wird etwa im Kartellrecht vornehmlich auf die staatlich angeordnete Geldbuße gesetzt, wenn auch privatrechtliche Schadensersatzklagen in jüngerer Zeit immer häufiger werden. Im Lauterkeitsrecht dagegen spielt die Kompensation zugunsten der Verbraucher bisher kaum eine Rolle, sondern nach der Konzeption des Gesetzes ist allenfalls eine Gewinnabschöpfung zugunsten des Bundeshaushalts möglich (§ 10 UWG). Im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist nicht einmal die Gewinnabschöpfung vorgesehen – sofern man nicht den Umweg über § 4 Nr. 11 UWG macht.

Die rechtspolitische Entscheidung für die eine oder andere dieser Sanktionsmöglichkeiten würde eine systematische Auseinandersetzung mit den Vor- und Nachteilen verschiedener Instrumente voraussetzen, wozu weitere umfangreiche Wirkungsstudien notwendig wären. Insbesondere ist die Zweckmäßigkeit von behördlicher Rechtsdurchsetzung (*public enforcement*) im Verhältnis zu privater Rechtsverfolgung (*private enforcement*) bisher nicht ausreichend erforscht.¹¹⁷ Wenn man aufgrund der oben skizzierten Überle-

¹¹⁶ Brönneke/Oehler, a.a.O., S. 15.

¹¹⁷ Vgl. für eine jüngere ökonomische Modellbildung in dieser Richtung Feess, On the interplay of public and private law enforcement with multiple victims, *European Journal of Law and Economics* 39 (2015) 79–95.

gungen zur Anreizstruktur die Stärkung von Sanktionen für Rechtsbrüche im Verbraucherschutzrecht als sinnvolle Strategie unterstellt, sind daher verschiedene Optionen möglich. Dazu gehört auch eine deutliche Stärkung des *public enforcement* durch Gründung und aufwendige Ausstattung entsprechender Aufsichtsbehörden. Dieser Weg soll an dieser Stelle jedoch nicht weiter verfolgt werden, da er aufgrund der Restriktionen in den öffentlichen Haushalten politisch kaum realistisch erscheint. Er will auch nicht recht in eine Zeit passen, die von der Vorstellung, dass der Staat sämtliche Wirtschaftstätigkeit bis ins Detail – etwa Vertragsinhalte im Rahmen der AGB-Kontrolle – überwachen müsste, eher abgerückt ist und stattdessen eher auf Rahmenregulierung, Selbstregulierung und private Initiative setzt.

Als Zwischenweg zwischen *public* und *private enforcement* wird in der Literatur u. a. vorgeschlagen, den Verbraucherverbänden und anderen nach dem UKlaG klagebefugten Institutionen besondere „Antragsrechte“ bei Überwachungsbehörden zu gewähren – ggf. sogar mit der Möglichkeit einer Verpflichtungsklage auf behördliches Einschreiten verbunden –, um so die zuständigen Behörden zur Aktivität zu zwingen.¹¹⁸

Auch dies erscheint aber wenig aussichtsreich: Erstens würde die Umsetzung solcher „Anträge“ bei den zuständigen Behörden – man denke erneut an die AGB-Kontrolle – eine bisher nicht vorhandene Personalausstattung voraussetzen. Zweitens erscheint dieses Modell unnötig kompliziert: Ist ein Fall in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht umstritten, so müsste ggf. zunächst im Rechtsstreit zwischen Verband und Behörde über die Verpflichtungsklage auf behördliches Einschreiten entschieden werden und im Anschluss – nach Durchführung der behördlichen Maßnahme – wiederum zwischen der Behörde und dem betroffenen Unternehmen um die Rechtmäßigkeit des behördlichen Handelns.

Auch der Blick auf andere Rechtsbereiche außerhalb des Verbraucherschutzrechts zeigt, dass die Entwicklung der Rechtsdurchsetzung gerade nicht von einer Konzentration auf behördliche Tätigkeit gekennzeichnet ist, sondern von eigenständigen Befugnissen zivilgesellschaftlicher Institutionen. Die Verbandsklage im Umweltrecht ist dafür das beste Beispiel: Natürlich ist es den Umweltverbänden oder interessierten Bürgern unbenommen, bei den zuständigen Behörden anzuregen, dass diese die einschlägigen Rechtsvorschriften einhalten sollten. Weil aber über den Inhalt dieser Vorschriften und über die zugehörigen Tatsachenfeststellungen *in concreto* oft kontrovers diskutiert wird, hat es sich im deutschen und europäischen Recht bewährt, die Umweltver-

¹¹⁸ Brönneke/Oehler, a.a.O., S. 15.

bände nicht auf derartige Anregungen oder Anträge zu verweisen, sondern ihnen eigenständige Klagerechte mit dem Ziel der Rechtsdurchsetzung zu gewähren.¹¹⁹

4. Zur Fortentwicklung des kollektiven Rechtsschutzes

Vor diesem Hintergrund beruhen die folgenden Überlegungen auf einer Pfadabhängigkeit im positiven Sinne: Der Rückblick auf die fünfzigjährige Geschichte der Verbraucherverbandsklage hat gezeigt, dass diese sowohl konkrete Erfolge erzielt hat als auch ein neues Paradigma der zivilgesellschaftlichen Rechtsdurchsetzung geschaffen hat. Diesen Ansatz gilt es nun auszubauen, indem die Verbraucherverbandsklage um Instrumente erweitert wird, die den erkannten Defiziten im Hinblick auf Kompensation und Prävention entgegenwirken können.

a) Stärkere Kompensation und Prävention

Mit dieser Grundentscheidung für einen privatrechtlich strukturierten kollektiven Rechtsschutz als sinnvolle Ergänzung sowohl zum Individualrechtsschutz wie auch zur behördlichen Rechtsdurchsetzung ist aber zugleich auch eine gewisse Weichenstellung vorgenommen, die den Zusammenhang zwischen Kompensation und Prävention betrifft: Auch wenn sich zur Prävention sämtliche Arten von Sanktionen eignen, so entspricht es doch dem privatrechtlichen Charakter des kollektiven Rechtsschutzes, dass im Grundsatz Prävention durch Kompensation erreicht werden sollte. Die Anerkennung der präventiven Funktion des Privatrechts bedeutet nicht die Aufgabe seiner Kompensationsfunktion, sondern ihre Ergänzung um präventive Aspekte. Dieser Versuch, den individuellen Ansprüchen stärker zur Durchsetzung zu verhelfen, entspricht auch den bisherigen Aktivitäten und dem Selbstverständnis der Verbraucherzentralen in den dargestellten Fällen mangelhafter Kompensation. Sie sehen sich als Sachwalter der Verbraucherinteressen.

¹¹⁹ Zur Entwicklung im Umweltrecht insbes. *Schlacke*, Überindividueller Rechtsschutz (2008), S. 161 ff. und 229: Die Befugnisse der Verbände bestehen „flankierend zur behördlichen Kontrolltätigkeit“ im Interesse des Vollzugs des objektiven Rechts.

Damit soll nicht behauptet werden, dass effektive Kompensation sämtlicher Verbraucherinnen und Verbraucher in jedem Einzelfall möglich, sinnvoll oder ökonomisch effizient wäre. Dem ist sicherlich nicht so. In bestimmten Fallkonstellationen – in der Literatur werden typischerweise die sehr kleinen Streuschäden erörtert¹²⁰ – mag man den Kompensationsaspekt ganz aufgeben und auf reine Prävention durch abschreckende Bußen, Gewinnabschöpfung oder ähnliche Instrumente setzen müssen. Dies wären dann aber besonders zu rechtfertigende Ausnahmen von dem Grundsatz, dass der kollektive Rechtsschutz die Durchsetzung der privatrechtlichen Ansprüche fördern, unterstützen und erleichtern sollte.

b) Besondere Herausforderungen in kritischen Märkten

Neben diesen grundsätzlichen Perspektiven gibt es auch branchen- und marktbezogene aktuelle Herausforderungen an den kollektiven Rechtsschutz. Es zeigen sich insbesondere zwei Bereiche, in denen ein notorisches Rechtsdurchsetzungsdefizit herrscht, nämlich der Markt für Finanzdienstleistungen sowie der Verbraucher- und Datenschutz im Bereich digitaler Medien.

Die Finanzdienstleistungsbranche ist heute von einem Widerspruch an enorm gestiegener Bedeutung für alle Menschen einerseits und Vertrauensverlust in die Akteure der Branche geprägt. Während noch vor 30 oder 40 Jahren das Thema Kapitalanlage eher nur für eine wohlhabende Minderheit relevant war, werden heute große Teile der Bevölkerung mit einer Verlagerung von Lebensrisiken auf die Individuen und entsprechenden Marktmechanismen konfrontiert. Den Verbraucherverbänden kommt hier eine wichtige Rolle bei der Durchsetzung des rechtlichen Rahmens auf den Finanz- und Versicherungsmärkten zu. Zugleich sind aufgrund der enormen Summen, die auf diesen Märkten bewegt werden, die Anreize für ein Fehlverhalten besonders stark, wie die jüngsten Finanzkrisen deutlich belegen. Es wäre stärker darüber nachzudenken, ob nicht eine verbesserte Rechtsdurchsetzung auch zur Beruhigung dieser Märkte und zu einem (Wieder-)Aufbau von weitgehend verlorenem Verbrauchervertrauen beitragen könnte.

Eine ähnlich starke Bedeutung hat heute auch die Nutzung digitaler Medien. Auch diese Branche ist von einem starken Rechtsdurchsetzungsdefizit, Rechtsunsicherheit und einer erheblichen Vertrauensproblematik geprägt. Entgegen der Annahmen in der Frühzeit der digitalen Entwicklung, das hier

¹²⁰ Dazu unten, S. 82.

etwa ein rechtsfreier Raum oder ein „cyberlaw“ geschaffen werde, hat sich heute mit Recht die Auffassung durchgesetzt, dass auch die digitalen Medien rechtlich reguliert werden müssen und die Bedenken und Probleme der Verbraucherinnen und Verbraucher – etwa hinsichtlich des Datenschutzes – sich auch in entsprechender Rechtsdurchsetzung manifestieren müssen.

Es ist daher sehr zu begrüßen, dass das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz gerade in diesen beiden Märkten die Verbraucherverbände zunächst mit der Wahrnehmung von „Marktwächter“-Aufgaben betraut hat. Es bleibt abzuwarten, ob die bisher eher analysierende und sammelnde Rolle der „Marktwächter“ ausreicht, die oben skizzierten Probleme zu lösen, oder ob die „Marktwächter“ auch mit besonderen Durchsetzungsbefugnissen ausgestattet werden müssen.

V. Ergebnisse des ersten Kapitels

Die historische Betrachtung weist die Verbraucherverbandsklage als ein Erfolgsmodell aus. Sie hat sich als zivilgesellschaftliche Institution etabliert und hat in den vergangenen 50 Jahren wichtige Beiträge zur Rechtsdurchsetzung und Rechtsentwicklung geleistet. Neben dieser positiven Gesamtwürdigung zeigen sich jedoch weiterhin Lücken im System der Rechtsdurchsetzung. Insbesondere kann die bestehende Verbraucherverbandsklage zur angemessenen Kompensation geschädigter Verbraucher kaum etwas beitragen. Diese mangelhafte Kompensationswirkung führt zugleich zu einer noch unzureichenden Präventionswirkung, da die erwarteten Vorteile des Rechtsbruchs aus Sicht eines rationalen Akteurs häufig seine erwarteten Kosten übersteigen. Hinzu kommen marktspezifische Herausforderungen an den kollektiven Rechtsschutz insbesondere in den Bereichen Finanzdienstleistungen einerseits und digitale Medien andererseits.

ZWEITES KAPITEL:

BESTANDSAUFNAHME UND BEWERTUNG WEITERER INSTRUMENTE DES KOLLEKTIVEN RECHTSSCHUTZES

Vor diesem Hintergrund einer generellen Weichenstellung zugunsten der Entwicklung des privatrechtlich ausgeformten kollektiven Rechtsschutzes – über die bereits etablierte Verbandsklage auf Unterlassung hinaus – sollen im Folgenden seine verschiedenen Varianten überblicksartig dargestellt und im Hinblick auf ihre Eignung für Kompensation und Prävention bewertet werden.

Alle diese Instrumente lassen sich in zwei Kategorien einteilen, die sowohl dogmatisch als auch in der rechtspolitischen Diskussion voneinander getrennt werden sollten: Erstens kann man – dem Vorbild der Unterlassungsklage für Verbände folgend – bestimmten Einrichtungen zusätzliche Interventionsbefugnisse verleihen, mit deren Hilfe das objektive Recht besser durchgesetzt werden soll. Es ist allerdings nicht sinnvoll, derartige objektiv-rechtliche Kontrollbefugnisse mit dem ansonsten im Privatrecht mit anderer Bedeutung verwendeten Begriff des „Anspruchs“ zu benennen, auch wenn der Gesetzgeber dies etwas voreilig in § 1 ff. UKlaG und § 8 UWG getan hat. Die damit verbundenen dogmatischen Probleme sind bisher nicht geklärt.¹²¹ Wenn daher im Folgenden etwa von den Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen gesprochen wird, dann nur mit Rücksicht auf die bisher herrschende Sprachregelung und vorbehaltlich einer hier nicht zu leistenden dogmatischen Präzisierung.

Unabhängig von den verwendeten Begriffen ist jedoch wichtig, dass man diese Befugnisse, insbesondere die Verbraucherverbandsklage aus § 1 ff. UKlaG und § 8 UWG, als zusätzliche Befugnisse versteht, die ausschließlich den klagebefugten Einrichtungen zustehen und die unabhängig von Individualrechten existieren. So stellt etwa die Befugnis zur Gewinnabschöpfung in § 10 UWG eine Erweiterung derartiger besonderer Interventionsbefugnisse dar, die nichts mit etwaigen Individualansprüchen zu tun hat, welche den einzelnen Betroffenen aufgrund desselben Sachverhalts zustehen mögen. Diese erste und enger mit der bisher praktizierten Verbraucherverbandsklage verbundene Spur des kollektiven Rechtsschutzes wird im Folgenden als Erstes weiterverfolgt (I.).

¹²¹ Vgl. etwa *Stadler*, VuR 2010, 83 ff.; *Halfmeier*, Popularklagen im Privatrecht, S. 252 ff.

Erst danach (II.) soll eine zweite Kategorie von Rechtsschutzinstrumenten behandelt werden, die in letzter Zeit insbesondere aufgrund des oben dargestellten Kompensationsdefizits stärker in das Blickfeld geraten ist: die Addition oder in Gruppen organisierte Durchsetzung von Individualansprüchen. Diese anspruchskumulierende Variante des kollektiven Rechtsschutzes wird in der Literatur – oft mit Blick auf die amerikanische *class action*, die auch eine Addition und Repräsentation von Individualansprüchen beinhaltet – in unterschiedlicher Terminologie oft mit den Begriffen „Sammelklage“ oder „Gruppenklage“ bezeichnet. Auch hier sind weniger die verwendeten Namen relevant, sondern die Feststellung, dass mit diesen Instrumenten keine neuen Ansprüche oder sonstige Rechtspositionen geschaffen werden, sondern dass es sich nur um Verfahrensregeln handelt, welche die Durchsetzung ohnehin bestehender Einzelansprüche erleichtern und befördern sollen. Gerade hier wird der typische Zusammenhang zwischen Kompensation und Prävention deutlich: Regelungen zur Sammel- oder Gruppenklage sind völlig überflüssig, wenn man nur den einzelnen Anspruch betrachtet: Dieser könnte ja bereits im normalen Zivilverfahren durchgesetzt werden. Ihren Sinn erhalten diese Regelungen – und daher werden sie auch in ganz Europa, ja sogar weltweit diskutiert – erst durch die Feststellung, dass das in tatsächlicher Hinsicht festzustellende Kompensationsdefizit auch zu einem Präventionsdefizit führt. Dadurch wird aus der fehlenden Durchsetzung individueller Ansprüche ein gesellschaftliches Problem mangelnder Rechtsdurchsetzung, auf welches mit entsprechenden Instrumenten reagiert wird.

Mit Blick auf die derzeitige rechtspolitische Diskussion sind auch Kombinationsmodelle denkbar, die zwar auf besonderen Befugnissen für die Verbraucherverbände oder andere klagebefugte Institutionen aufbauen, aber zugleich eine Wirkung auf die Durchsetzung der Individualansprüche haben. Die Grundlinien eines solchen Modells werden unter III. erörtert. In diesem Zusammenhang wird außerdem auf die für alle Modelle des kollektiven Rechtsschutzes grundlegende Frage der Finanzierung eingegangen.

I. Zusätzliche Interventionsbefugnisse für die Verbände

Zunächst sollen aber die neben der Verbandsklage auf Unterlassung bestehenden besonderen Interventionsbefugnisse der Verbände und sonstiger klagebefugter Einrichtungen behandelt werden, da diese unmittelbar in der Tradi-

tion der Verbraucherverbandsklage stehen und sich zum Teil aus ihr heraus entwickelt haben.

1. Europarechtliche Vorgaben

Angesichts des Vorrangs des Europarechts gegenüber dem nationalen Recht sind zunächst die einschlägigen europarechtlichen Vorgaben zu betrachten. Gerade das Verbraucherschutzrecht und seine Durchsetzung sind bekanntlich stark durch europarechtliche Einflüsse geprägt und fortentwickelt worden. Dieser Einfluss des Europarechts betrifft nicht nur das materielle Verbraucherrecht, sondern auch die Rechtsdurchsetzung. Die zahlreichen Richtlinien in diesem Bereich wurden bereits im ersten Kapitel erwähnt. Aus heutiger Sicht sind dabei vor allem die Richtlinie 2005/29/EG zum Lauterkeitsrecht („UGP-Richtlinie“)¹²² und die Richtlinie 2011/83/EU zur Vollharmonisierung des Verbraucherschutzrechts¹²³ relevant. Die Empfehlung der EU-Kommission zum kollektiven Rechtsschutz aus dem Jahre 2013 befasst sich zwar auch mit Unterlassungsklagen von Verbänden oder anderen Einrichtungen, spielt aber vor allem für kollektive Schadensersatzverfahren in Form der Bündelung von Individualansprüchen eine Rolle und wird daher erst bei diesen behandelt.¹²⁴

Die UGP-Richtlinie befasst sich in ihren Art. 11-13 mit der prozessualen Durchsetzung des Lauterkeitsrechts. Insbesondere müssen die Mitgliedstaaten „geeignete und wirksame Mittel zur Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken“ vorhalten (Art. 11 Abs. 1 UGP-RI.). Die Sanktionen bei Verstößen müssen „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sein (Art. 13 UGP-RI.), d. h. die Berücksichtigung der Präventionsfunktion der Sanktionen im Lauterkeitsrecht ist hier schon europarechtlich vorgegeben. Mit der durch das UWG erfolgten Umsetzung der Richtlinie ist es dabei nicht getan, sondern

¹²² Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken), ABl. EU 2005, L 149/22.

¹²³ Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.10.2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 199/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. EU 2011, L 304, 64.

¹²⁴ Siehe unten unter II.1.

der gesamte Bestand des nationalen Rechts – also auch das Sanktions- und Verfahrensrecht – ist richtlinienkonform auszulegen.¹²⁵

Die bisher herrschende Auffassung geht davon aus, dass das deutsche Sanktions- und Verfahrensrecht seit der UWG-Reform 2004 den entsprechenden Vorgaben der UGP-Richtlinie entspricht.¹²⁶ Demgegenüber wird aber kritisch eingewandt, dass vor allem kurzzeitige Verstöße – etwa eine unlautere Werbung – gegen das Lauterkeitsrecht in Deutschland entgegen den Vorgaben des Art. 11 Absatz 1 Satz 1 UGP-Richtlinie kaum effektiv sanktioniert werden können: Auf eine Abmahnung eines klagebefugten Verbands kann durch Unterwerfungserklärung recht kostengünstig reagiert werden, und weder der Verband noch einzelne Verbraucher haben nach den Vorschriften des UWG einen Schadensersatzanspruch. Soweit nicht betroffene Konkurrenten einen Schaden nachweisen können, werden in derartigen Konstellationen die Früchte der ggf. rechtswidrigen Werbeaktion damit weitgehend bei dem rechtswidrig handelnden Unternehmen verbleiben. Auch hier kann sich also unlauterer Wettbewerb durchaus auszahlen, was sicherlich nicht der Intention des Art. 11 UGP-Richtlinie entspricht.¹²⁷

Der Gewinnabschöpfungsanspruch des § 10 UWG erscheint aufgrund seiner empirisch feststellbaren Wirkungsschwäche¹²⁸ bisher kaum geeignet, dieses Problem zu lösen. Im Zuge der jüngst in den Bundestag eingebrachten zweiten UWG-Novelle ist der Gewinnabschöpfungsanspruch allerdings erneut zum Gegenstand der rechtspolitischen Diskussion geworden.¹²⁹ Auch der in letzter Zeit wieder stärker in den Blick genommene Beseitigungsanspruch könnte hier Lösungswege aufzeigen, mit denen unlauteres Verhalten weniger ertragreich gemacht werden könnte (dazu sogleich, S. 53).

Was das sonstige Verbraucherschutzrecht angeht, so ist es zu einem erheblichen Teil nun in der Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU enthalten; auch diese enthält in ihren Art. 23 und 24 Vorgaben zu Sanktionen und zur Rechtsdurchsetzung. In Art. 24 Abs. 1 wird ausdrücklich eine „abschreckende“ Wirkung der Sanktionen verlangt, d. h. auch hier ist der generalpräventive Charakter der Sanktionsnormen bereits europarechtlich vorgegeben. Die Befugnisse der Verbraucherverbände müssen außerdem gemäß Art. 23 Abs. 1

¹²⁵ Vgl. z. B. EuGH, Urt. v. 27.6.2000, Slg. 2000 I-4941 Rn. 30 (Océano).

¹²⁶ Köhler, GRUR 2005, 73, 800 f.; Alexander, GRUR Int. 2005, 809, 815. Die UWG-Reform 2009 brachte nur Veränderungen bzw. Klarstellungen im Verbotsbereich mit sich.

¹²⁷ Ausführlich dazu Rott, Effektivität des Verbraucherschutzes, S. 133 ff. mit Hinweis auf die Verbraucherschutzbilanz 2006 des Verbraucherzentrale Bundesverbands; Halfmeier, in: GK UWG (2. Aufl.), Einleitung Teil E Rn. 17 ff.

¹²⁸ Vgl. nur Meller-Hannich/Höland, Evaluierung, S. 123.

¹²⁹ S. BT-Drs. 18/4535, S. 19 ff, dazu unten, S. 55.

der Richtlinie „angemessen und wirksam“ sein. Damit ist den Mitgliedstaaten zweifellos ein erheblicher Spielraum zur Ausgestaltung der Sanktionen und des jeweiligen Verfahrens eingeräumt. Es ergibt sich also kein Zwang, ein bestimmtes Verfahren der Verbandsklage einzuführen, und zwar weder aus diesen Normen noch aus dem allgemeinen europarechtlichen Effektivitätsgrundsatz.¹³⁰

Trotz dieses Spielraums bei der Umsetzung im Sanktions- und Verfahrensrecht sind die europarechtlichen Vorgaben jedoch im Hinblick auf eine möglichst effektive Unterbindung von Rechtsverstößen ernst zu nehmen. Dies gilt umso mehr, seitdem der Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes auch in Art. 47 Absatz 1 der EU-Grundrechtscharta und in Art. 19 Absatz 1 Unterabsatz 2 EUV („wirksamer Rechtsschutz in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen“) primärrechtlich explizit verankert ist.¹³¹ Die Ausgestaltung von Rechtsdurchsetzungsinstrumenten hinsichtlich des Unionsrechts bewegt sich also in dem Spannungsfeld zwischen diesen unionsrechtlichen Vorgaben einerseits und der zugleich in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs anerkannten Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten.¹³²

Die sehr allgemeinen Vorgaben des Unionsrechts in dieser Hinsicht sind immerhin in zwei Grundsätzen konkretisiert worden, nämlich dem Äquivalenzgrundsatz und dem Effektivitätsgrundsatz. Mit Äquivalenzgrundsatz ist dabei gemeint, dass die Durchsetzung des materiellen Unionsrechts (mindestens) auf äquivalentem Niveau zu vergleichbaren Ansprüchen stattfinden muss, die ihren Ursprung im mitgliedstaatlichen Recht haben, während der Effektivitätsgrundsatz zumindest verbietet, die Durchsetzung des Unionsrechts übermäßig schwierig zu gestalten.¹³³

In jüngerer Zeit ist über diese allgemeinen Grundsätze hinaus aber auch ein Trend in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu beobachten, wonach die verfahrensmäßige Autonomie der Mitgliedstaaten im Verbraucherschutzrecht weniger ausgeprägt ist als in anderen Rechtsbereichen, weil das Verbraucherschutzrecht gerade aufgrund seiner marktkompensatorischen Wirkung ein verstärktes staatliches Eingreifen erfordert.¹³⁴

¹³⁰ Vgl. dazu *Dolny*, *European Journal of Consumer Law* 2014, S. 31 ff.

¹³¹ Zu Art. 47 Grundrechte-Charta in diesem Kontext etwa *Reich*, *VuR* 2012, 327 ff.

¹³² Ausführlich *Reich*, *Zeitschrift für europäisches Unternehmens- und Verbraucherrecht* 2014, 63 ff.

¹³³ Vgl. nur EuGH, Urt. v. 14.6.2012, *NJW* 2012, 2257, 2258 Rn. 46 m.w.N.; EuGH, Urt. v. 6.10.2009, *EuZW* 2009, 852, 854 Rn. 38 m.w.N.

¹³⁴ Ebd., S. 71 f.; *Trstenjak/Beysen*, *Common Market Law Review* 48 (2011), 95, 119.

Somit ergeben sich aus den skizzierten europarechtlichen Vorgaben hinsichtlich der effektiven, wirksamen und ausreichend abschreckenden Ausgestaltung der Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes zwar keine unmittelbar operationalisierbaren Handlungsanweisungen für den deutschen Gesetzgeber. Sie sind aber ein normatives Hintergrundrauschen, welches jedenfalls nicht zu einem restriktiven Umgang mit Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes anhält, sondern eher zu ihrer Ausweitung und vor allem zu einer Verstärkung ihrer präventiven Wirkung.

2. Beseitigungsanspruch

Bei der Frage nach einer Effektivierung des Instruments der Verbraucherverbandsklage ist in jüngerer Zeit vor allem der Beseitigungsanspruch wieder in das Blickfeld gerückt. Insbesondere in Verbandsklageverfahren gegen Versicherungsunternehmen und gegen einen Stromanbieter waren die klagenden Verbände mit Beseitigungsanträgen erfolgreich, welche die beklagten Unternehmen dazu verpflichteten, ihre jeweils betroffenen Kunden über die von dem Unternehmen begangenen Rechtsverstöße zu informieren und ggf. auf die Möglichkeit von Rückforderungen hinzuweisen.¹³⁵ Anlässlich dieser Urteile wurde in der Literatur darüber nachgedacht, ob der Beseitigungsanspruch als Ergänzung zum Unterlassungsanspruch zu einer effektiveren Rechtsdurchsetzung im Rahmen der Verbandsklage beitragen könnte.¹³⁶ In diesem Zusammenhang wird in der Literatur z. T. bemängelt, dass das UKlaG bisher keine expliziten Beseitigungsansprüche enthalte und dass diese von der Rechtsprechung auch bisher nicht anerkannt seien.¹³⁷ Vor diesem Hintergrund werden im Folgenden die Voraussetzungen und der Inhalt des Beseitigungsanspruchs im Rahmen der Verbandsklage näher untersucht.

¹³⁵ OLG Bamberg, Urt. v. 12.10.2005, Az. 3 U 151/04 (Bund der Versicherten ./ HUK-Coburg AG); KG, Urt. v. 27.3.2013, Az. 5 U 112/11 (Verbraucherzentrale Hamburg ./ Flexstrom); LG Stuttgart, Urt. v. 7.8.2014, Az. 11 O 298/13 (Verbraucherzentrale Hamburg ./ Allianz, bisher nicht rechtskräftig).

¹³⁶ Dazu etwa *Micklitz/Reich*, EuZW 2013, 457 ff.; *Frenzel*, WRP 2013, 1566 ff.; *Reich*, VuR 2014, 247 ff.; *Stadler*, in: FS Schilken (2015), 481 ff.

¹³⁷ *Reich*, VuR 2014, 247, 248.

a) Der Gleichlauf von Beseitigung und Unterlassung

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Frage nach der Existenz des Beseitigungsanspruchs hinsichtlich der Verbandsklagen aus § 8 UWG und § 1 UKlaG bei Lichte betrachtet ein Scheinproblem ist, da Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch seit ihrer Kodifizierung in § 1004 BGB typischerweise gleichlaufen und daher immer nebeneinander existieren.¹³⁸

Somit ist man im Wettbewerbsrecht sowohl in der Literatur wie auch in der Rechtsprechung schon seit Langem davon ausgegangen, dass Unterlassung künftiger Störungen und Beseitigung bereits eingetretener Störungen zusammengehören. Wenn also im Gesetz nur von „Unterlassung“ die Rede war, so war damit stets auch der korrespondierende Beseitigungsanspruch gemeint.¹³⁹ Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch wurden in dem Begriff des „wettbewerblichen Abwehrens“ zusammengefasst und bildeten damit „das den Zielen des Wettbewerbschutzes angepasste Pendant zum bürgerlich-rechtlichen Abwehrens nach § 1004 BGB.“¹⁴⁰

Daher bedurfte es z. B. auch im Markenrecht keines explizit normierten Beseitigungsanspruchs, sondern die Rechtsprechung bejahte eine Beseitigungspflicht des Störers „unmittelbar“ aus den wettbewerbsrechtlichen Verbotsnormen.¹⁴¹ Dazu passt die in der Literatur vorzufindende Formulierung, die Rechtsordnung gewähre bei „allen deliktischen Handlungen“ neben Schadensersatz und Unterlassung auch den Beseitigungsanspruch.¹⁴²

Somit war die explizite Nennung des Beseitigungsanspruchs in § 8 UWG anlässlich der Schaffung des neuen UWG eine reine Klarstellung durch den Gesetzgeber, da auch unter Geltung des alten UWG im Rahmen des wettbewerblichen Abwehrens sowohl die Unterlassung zukünftiger als auch die Beseitigung bereits eingetretener Störungen verlangt werden konnte.¹⁴³

¹³⁸ Vgl. zur Existenz eines Beseitigungsanspruchs bei jeder Abwehr „deliktischen Verhaltens“ *Fritzsche*, in: Münchener Kommentar Lauterkeitsrecht (2. Aufl. 2014), § 8 UWG Rn. 147 m.w.N.; auf den strukturellen Gleichlauf von Unterlassung und Beseitigung, weil „der Verstoß nicht ‚sein‘ darf“, verweist auch *Klocke*, VuR 2013, 203, 206.

¹³⁹ *Fritzsche* (vorige Fn.): Beseitigungsanspruch „gewöhnheitsrechtlich anerkannt“; vgl. schon *Oppermann*, Unterlassungsanspruch und materielle Gerechtigkeit im Wettbewerbsprozess (1993), S. 27; *Erdmann*, in: GK UWG (1. Aufl. 1991), § 13 UWG a.F. Rn. 22 m.w.N.

¹⁴⁰ *Oppermann*, a.a.O.

¹⁴¹ BGH, Urt. v. 25.1.2001, NJW-RR 2001, 1047, 1049.

¹⁴² *Köhler/Bornkamm*, UWG (32. Aufl.) § 8 UWG Rn. 1.69.

¹⁴³ BT-Drs. 15/1487, S. 22; *Bornkamm*, a.a.O., Rn. 1.70; *Kotthoff/Gabel*, in: Ekey u.a., Heidelberger Kommentar zum Wettbewerbsrecht (2. Aufl. 2005), § 8 UWG Rn. 1.

Auch für das Kartellrecht normiert § 33 GWB den Gleichlauf von Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch in bewusster Anlehnung an die allgemeine zivilrechtliche Konzeption: Der Beseitigungsanspruch sei „Ausfluss eines allgemeinen Gerechtigkeitsgedankens, wonach eine fortdauernde widerrechtliche Beeinträchtigung ohne Rücksicht auf die Schuldfrage von dem Verursacher zu beseitigen ist.“¹⁴⁴ Daher war auch schon zu § 33 GWB a.F., der ebenso wie das ältere UWG den Beseitigungsanspruch nicht explizit erwähnte, allgemein anerkannt, dass neben dem explizit gesetzlich geregelten Unterlassungsanspruch über den Gesetzeswortlaut hinaus auch ein Beseitigungsanspruch existierte.¹⁴⁵

b) Der Beseitigungsanspruch in §§ 1 ff. UKlaG

Vor diesem Hintergrund eines allgemeinen Gleichlaufs von Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch ist es überraschend, dass sowohl die Rechtsprechung als auch Teile der Literatur heute davon auszugehen scheinen, dass die Verbandsklagebefugnisse der §§ 1 ff. UKlaG anders als diejenigen des UWG nicht auf die Beseitigung der schon eingetretenen Störungen gerichtet sein sollen, sondern ausschließlich auf Unterlassung zukünftiger Störungen.¹⁴⁶

Der Bundesgerichtshof hatte sich 1981 in einem *obiter dictum* erstmals mit dieser Frage befasst: Es ging darum, dass ein Verbraucherschutzverein im Rahmen einer Unterlassungsklage gegenüber dem Verwender rechtswidriger AGB verlangte, dass dieser nicht nur die Verwendung bei zukünftig zu schließenden Verträgen unterlasse, sondern es auch unterlasse, sich bei der Abwicklung bereits geschlossener Verträge auf die unwirksame Klausel zu berufen. Der BGH hielt auch diesen weitergehenden Klageantrag für begründet.¹⁴⁷ Es hätte allerdings zur Begründung ausgereicht, auch in der Berufung auf unwirksame AGB-Klauseln ein „Verwenden“ dieser Klausel zu sehen, welches also schon nach dem Wortlaut des damaligen § 13 AGBG a.F. – heute § 1 UKlaG – von der Unterlassungsklagebefugnis umfasst war und ist. Allerdings ergänzte der BGH diese Überlegung noch – ohne Begründung – durch den Satz, dass von dem Verwender unwirksamer AGB-Klauseln nicht verlangt werde, „bereits abgewickelte Verträge rückabzuwickeln oder den Vertrags-

¹⁴⁴ *Bechtold*, GWB, § 33 Rn. 14; *Sprau*, in: Palandt, BGB, Rn. 28 vor § 823 unter Verweis auf BGH, Urt. v. 25.4.1958, NJW 1958, 1043.

¹⁴⁵ *Bechtold*, GWB, § 33 Rn. 14.

¹⁴⁶ So wohl Palandt/*Bassenge*, BGB, § 1 UKlaG Rn. 8; eher wie hier aber *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 1 UKlaG Rn. 12.

¹⁴⁷ BGH, Urt. v. 11.2.1981, NJW 1981, 1511, 1512.

partner von sich aus vorsorglich auf die Unangemessenheit der Klausel aufmerksam zu machen.“¹⁴⁸ Aus dieser Äußerung wurde dann später – erneut ohne Begründung und ohne Auseinandersetzung mit der gegenteiligen Praxis im Wettbewerbsrecht – auf die Ablehnung eines Beseitigungsanspruchs bezüglich § 1 UKlaG geschlossen.¹⁴⁹

Angesichts der jüngeren Urteile zur Folgenbeseitigung bei UWG-Verstößen und auch mit Blick auf die von der Bundesregierung erwogene Einführung eines expliziten Beseitigungsanspruchs in § 2 UKlaG¹⁵⁰ ist es lohnenswert, die bisherige Rechtsprechung zu § 1 UKlaG insoweit kritisch zu hinterfragen. Dies gilt umso mehr, als diese aus einem reinen *obiter dictum* entstanden ist und sich bisher nicht mit den Gegenmeinungen¹⁵¹ auseinandergesetzt hat.

Ausgangspunkt sollte hier zunächst der Wille des Gesetzgebers sein. Dieser konstruierte den § 13 AGBG a.F. als Vorgänger des § 1 UKlaG bewusst nach dem Vorbild der lauterkeitsrechtlichen Verbandsklage, mit der man 1976 schon etwa zehn Jahre gute Erfahrungen gemacht hatte.¹⁵² Da aber – wie oben skizziert – im Lauterkeitsrecht schon damals nach unbestrittener Auffassung der Beseitigungsanspruch auch ohne explizite Nennung als dem Unterlassungsanspruch zugehörig „mitgedacht“¹⁵³ wurde, liegt es mangels gegenteiliger Anhaltspunkte nahe, auch für § 13 AGBG a.F. ein solches „Mitdenken“ anzunehmen und somit auch einen mitgedachten Beseitigungsanspruch zu bejahen.

Hinzu kommen heute die europarechtlichen Äquivalenz- und Effektivitätsprinzipien. Wie oben dargestellt, zwingen sie zwar die Mitgliedstaaten nicht zu bestimmten Sanktionsnormen, aber es ist aus europäischer Sicht erstaunlich, wenn die deutsche Rechtsordnung bei der Umsetzung der UGP-Richtlinie die Sanktion „Beseitigungsanspruch“ mit aufnimmt, bei der Umsetzung anderer Verbraucherschutzrichtlinien jedoch nicht. Daher spricht auch die richtlinien-

¹⁴⁸ BGH ebd.

¹⁴⁹ BGH, Urt. v. 12.12.2007, NJW-RR 2008, 624, 626; auf dieses Judikat beruft sich auch LG Stuttgart, Urt. v. 7.8.2014, Az. 11 O 298/13, S. 29 (nicht rechtskräftig); BGH, Urt. v. 12.12.2007, NJW 2008, 1160, 1162; vgl. auch im Kontext der Verschmelzung BGH, Urt. v. 6.12.2012, NJW 2013, 593, 595.

¹⁵⁰ So der Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz für ein Gesetz zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung von verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts, S. 4, abrufbar unter <http://www.vzbv.de/cps/rde/xbcr/vzbv/Referentenentwurf-BMJV-Datenschutz-Uklag-2014.pdf>.

¹⁵¹ Für einen „allgemeinen Beseitigungsanspruch“ auch bei § 1 UKlaG insbesondere Köhler/Bornkamm, UWG (32. Aufl. 2014) § 1 UKlaG Rn. 18.

¹⁵² BT-Drs. 7/5422, S. 10 verweist ausdrücklich auf das Vorbild im UWG.

¹⁵³ So die Formulierung bei Bornkamm, UWG, § 8 Rn. 1.69.

konforme Auslegung der §§ 1 ff. UKlaG dafür, in ihnen ebenso wie im Lauterkeitsrecht auch Beseitigungsansprüche enthalten zu sehen.¹⁵⁴

Hinzu kommt die Merkwürdigkeit, dass – selbst wenn man die bisherige BGH-Rechtsprechung zugrunde legt – sich auch bei der Verwendung unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen ein Beseitigungsanspruch der gemäß § 8 UWG klagebefugten Verbände über die Vorschrift des § 4 Nr. 11 UWG ergibt.¹⁵⁵ Dies liegt daran, dass man sich heute weitgehend darüber einig ist, dass auch die Verwendung unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen regelmäßig eine unlautere Wettbewerbshandlung im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG darstellt.¹⁵⁶ Über diesen Umweg kann daher auch die UWG-Verbandsklage gegen die Verwendung unwirksamer Geschäftsbedingungen gerichtet werden. Dadurch ergibt sich eine Differenz zwischen dem ohnehin bestehenden Beseitigungsanspruch aus §§ 8 und 4 Nr. 11 UWG i.V.m. §§ 307 ff. BGB einerseits und andererseits den §§ 1 ff. UKlaG allenfalls noch in Detailfragen wie etwa der Verjährung.

Aus diesen Gründen ist schon nach geltendem Recht eine kongruente Interpretation zwischen UWG und UKlaG dahingehend sinnvoll, dass auch in §§ 1 ff. UKlaG bereits heute ungeschriebene Beseitigungsansprüche neben den explizit genannten Unterlassungsansprüchen bestehen. Angesichts der bisher abweichenden BGH-Rechtsprechung wäre hier allerdings eine gesetzgeberische Klarstellung sinnvoll, entsprechend der 2004 in § 8 UWG erfolgten klarstellenden Veränderung im Wortlaut. In §§ 1 bis 4a UKlaG wären dann jeweils die Wörter „Unterlassung und Beseitigung“ statt nur „Unterlassung“ einzufügen.

c) Voraussetzung: fortdauernder Störungszustand

Der Beseitigungsanspruch setzt einen fortdauernden Störungszustand voraus,¹⁵⁷ dessen Beendigung mit diesem Anspruch gerade erreicht werden soll. Für die Verwendung rechtswidriger AGB stellt sich also die Frage, ob das in die Zukunft gerichtete Verbot der Verwendung dieser AGB ausreicht, den andauernden Störungszustand zu beseitigen. Dies muss klar verneint werden.

¹⁵⁴ Für einen Beseitigungsanspruch im Rahmen des § 2 UKlaG auch *Janal*, Sanktionen und Rechtsbehelfe bei der Verletzung Verbraucherschützender Informations- und Dokumentationspflichten im elektronischen Geschäftsverkehr (2003), S. 314 f.

¹⁵⁵ So auch LG Stuttgart, Urt. v. 7.8.2014, Az. 11 O 298/13, S. 30 (nicht rechtskräftig).

¹⁵⁶ Ausführlich dazu *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 4 Rn. 11.156c ff. m.w.N.

¹⁵⁷ *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 8 Rn. 1.76.

Die durch die Verwendung rechtswidriger AGB verursachte Störung besteht ja in deren Scheingeltung, d. h. der faktisch recht wahrscheinlichen Möglichkeit, dass Vertragspartner, die diese AGB zur Kenntnis nehmen, aus Unkenntnis von der Geltung dieser AGB ausgehen und somit von der Wahrung ihrer materiell-rechtlich bestehenden Rechte abgehalten werden können.¹⁵⁸

Diese Sachlage wird durch ein in die Zukunft gerichtetes Unterlassungsurteil nur abgemildert, nicht aber in ausreichendem Maße beseitigt. Das Verbot der zukünftigen Verwendung schützt zunächst nur neue Kunden des Verwenders vor der dargestellten Scheingeltung, während sie bei den bisher geschlossenen Verträgen andauert. Zufällig mag der eine oder andere Kunde von der betreffenden Gerichtsentscheidung erfahren und diese ggf. auf sein Rechtsverhältnis beziehen; dies ist aber keineswegs gewährleistet und in den meisten Konstellationen wohl auch recht unwahrscheinlich.

Auch die zutreffende Erweiterung des Unterlassungsgebots gemäß § 1 UKlaG auf das Verbot gegenüber dem Verwender, sich auch bezüglich bereits geschlossener Verträge auf die rechtswidrige Klausel zu berufen, kann daran nur wenig ändern. Dieses Verbot betrifft schließlich nur solche Fälle, in denen es zwischen dem Verwender und dem Kunden zu einer Diskussion über die fragliche Klausel kommt. Dagegen sind Fälle, in denen die Kunden aufgrund ihrer Unkenntnis über die wahre Rechtslage ihre ggf. bestehenden Rechte gar nicht erst einfordern, auch mit diesem Aspekt des Unterlassungsgebots überhaupt nicht erfassbar. Vielmehr muss man bei realitätsnaher Betrachtungsweise davon ausgehen, dass auch bei Verurteilung des Verwenders zur Unterlassung der Verwendung einer rechtswidrigen und daher unwirksamen AGB-Klausel weite Teile der Kundschaft trotzdem noch fälschlicherweise von der Geltung dieser Klausel ausgehen und daher etwaige Rechte nicht einfordern werden. Somit besteht typischerweise bei der Verwendung einer rechtswidrigen AGB-Klausel ein fortdauernder Störungszustand, d. h. dass diese Voraussetzung des Beseitigungsanspruchs im Regelfall gegeben sein wird.

d) Inhalt des Beseitigungsanspruchs

Somit steht also fest, dass auch in den Fällen des § 1 UKlaG dem Grunde nach ein Beseitigungsanspruch gegenüber dem Verwender der rechtswidrigen AGB besteht, um die fortdauernde Scheingeltung der betreffenden AGB zu

¹⁵⁸ BGH, Urt. v. 13.7.1994, NJW 1994, 2693.

beseitigen. Damit ist aber noch nichts über den möglichen Inhalt dieses Beseitigungsanspruchs gesagt. Für den Inhalt des Beseitigungsanspruchs gilt – ebenso wie im Bereich des UWG und auch nach allgemeinen Grundsätzen – vor allem der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Die zur Beseitigung des Störungszustands verlangte Maßnahme muss daher geeignet, erforderlich und für den Schuldner zumutbar sein.¹⁵⁹

Der Sache nach handelt es sich bei der durch die Verwendung rechtswidriger AGB hervorgerufenen Scheingeltung um einen unkörperlichen, weil psychisch vermittelten Störungszustand. Im allgemeinen Wettbewerbsrecht werden derartige unkörperliche Störungen regelmäßig durch den Widerruf als Sonderform des Beseitigungsanspruchs korrigiert.¹⁶⁰ Auch wenn es bei der durch die Verwendung rechtswidriger AGB entstandenen Scheingeltung um normative Vorstellungen und nicht um falsche tatsächliche Behauptungen geht, lassen sich gewisse Grundsätze aus dieser etablierten Fallgruppe auch auf den Beseitigungsanspruch gemäß § 1 UKlaG übertragen.

Insbesondere dient schon die in § 7 UKlaG ohnehin vorgesehene Befugnis zur Veröffentlichung der Urteilsformel dem Zweck, die bestehende Störung des Rechtsverkehrs zu beseitigen. Allerdings ist diese Norm aufgrund ihrer Beschränkung auf die Veröffentlichung im Bundesanzeiger faktisch ungeeignet, eingetretene Fehlvorstellungen wirksam zu beseitigen; der Bundesanzeiger wird von den betroffenen Kunden in der Regel nicht gelesen.

Stattdessen erscheint eine Veröffentlichung des gesamten oder zumindest fachgerecht zusammengefassten Urteils – und nicht nur des für den Laien oft nicht recht verständlichen Tenors – in anderen Medien sinnvoll, wie es etwa gemäß § 12 Abs. 3 UWG angeordnet werden kann. Auch diese Vorschrift wird mit Recht nur als Konkretisierung eines ohnehin bestehenden Beseitigungsanspruchs angesehen.¹⁶¹ Daher kann im Grundsatz auch nach § 1 UKlaG die Veröffentlichung des Urteils oder einer angemessenen Zusammenfassung in geeigneten Medien auf Kosten des unterlegenen Verwenders verlangt werden.

Eine solche Veröffentlichung kann, wenn sie in geeigneten Massenmedien vorgenommen wird, durchaus aufklärend wirken und so die Scheingeltung der fraglichen AGB zumindest teilweise beseitigen. Andererseits kann man auch fragen, ob sie angesichts der damit verbundenen Kosten (großformatige Anzeigen in Tageszeitungen, Rundfunk- und Fernsehspots) wirklich das vom Verhältnismäßigkeitsgrundsatz geforderte mildeste wirksame Mittel darstellt.

¹⁵⁹ Vgl. nur Köhler/Bornkamm, UWG, § 8 Rn. 1.88; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, S. 352, jeweils m.w.N.

¹⁶⁰ Dazu etwa Teplitzky, a.a.O., S. 373 ff.

¹⁶¹ Köhler/Bornkamm, UWG, § 12 Rn. 4.17.

Als milderes Mittel kommt insbesondere die direkte Information der betroffenen Kunden in Betracht. Eine solche Direktinformation ist in der Regel preisgünstiger als eine ausreichend groß angelegte mediale Aufklärungskampagne und ist auch insofern schonender für den unterlegenen Verwender, als er seinen Fehler damit nur gegenüber den wirklich betroffenen Kunden offenlegen muss und nicht in ggf. weit verbreiteten Massenmedien. Die Direktinformation des Kunden über die Unwirksamkeit der fraglichen AGB ist daher das typischerweise geeignete, erforderliche und auch – aufgrund des geringen damit verbundenen Aufwands – zumutbare Mittel der Beseitigung des eingetretenen Störungszustands. Dies entspricht auch der inzwischen etablierten Rechtsprechung zum lauterkeitsrechtlichen Beseitigungsanspruch.¹⁶²

Bisher ungeklärt ist jedoch die Frage, ob im Rahmen der Beseitigungsansprüche aus § 1 UKlaG und § 8 UWG über die bloße Information der Kunden hinaus auch weitergehende Maßnahmen verlangt werden können. In Betracht kommen insbesondere die Einrichtung eines Beschwerdemanagementsystems sowie die freiwillige Rückzahlung rechtswidrig vereinnahmter Beträge an den Kunden.

Für einen Anspruch auf Einrichtung eines Beschwerdemanagementsystems spricht, dass die bloße Information über die Unwirksamkeit bestimmter AGB-Klauseln nicht in jedem Falle geeignet erscheint, die einmal entstandene rechtliche Verwirrung bei den betroffenen Kunden zu beseitigen. Viele Kunden werden über die Bedeutung und Folgen der Unwirksamkeit bestimmter AGB-Klauseln keine klare Vorstellung haben und bedürfen daher insoweit weiterer Aufklärung und Beratung. Diese könnten sie theoretisch aus eigener Initiative erhalten, indem sie sich z. B. an einen Rechtsanwalt, eine Verbraucherzentrale oder an eine andere Beratungsstelle wenden. Aufgrund des für das Verbraucherverhalten typischen rationalen Desinteresses wird dies aber in zahlreichen Fällen nicht getan, insbesondere etwa dann nicht, wenn es nur um kleinere Beträge in Relation zu dem mit der Informationssuche verbundenen Zeit- und Kostenaufwand geht. Daher wird in einem Großteil der Fallkonstellationen trotz Information der Kunden über die Unwirksamkeit bestimmter AGB-Klauseln ein Störungszustand hinsichtlich der rechtlichen Beurteilung der Sachlage durch die Kunden verbleiben.

Dies sei etwa an dem Urteil des Kammergerichts in Sachen „Flexstrom“ illustriert: Das Gericht verurteilte hier – gestützt auf § 8 UWG – das Unternehmen dazu, seinen betroffenen Kunden ein Berichtigungsschreiben zu übersenden,

¹⁶² S. oben, Fn. 119.

in dem auf die Unrichtigkeit einer Preiserhöhung hingewiesen werden musste. Außerdem sollte das Berichtigungsschreiben die folgende Mitteilung enthalten:

[...] Falls Sie dennoch erhöhte Zahlungen geleistet haben, können Sie – erforderlichenfalls mit fachkundiger Hilfe – klären, ob und in welcher Höhe es zu einer Überzahlung gekommen ist und Sie insoweit Anspruch auf Erstattung haben.“¹⁶³

Diese Formulierung lässt den Kunden jedoch weitgehend im Ungewissen darüber, welche Rechte er nun hat, und erscheint daher nur unzureichend geeignet, den durch das rechtswidrige Verhalten des Unternehmens hervorgerufenen Störungszustand zu beseitigen. Vielmehr wird dies dem Kunden selbst zugemutet, indem er auf „fachkundige Hilfe“ von dritter Seite verwiesen wird. Dies erscheint schon deshalb zweifelhaft, weil der Beseitigungsanspruch gerade dazu dienen soll, den Verursacher eines rechtswidrigen Störungszustands auch zur Korrektur dieser Störung heranzuziehen.

Im Rahmen des Beseitigungsanspruchs können daher von dem Verwender der rechtswidrigen AGB geeignete Maßnahmen verlangt werden, diesen Störungszustand nicht nur durch ein bloßes Informationsschreiben zu lindern, sondern selbst durch proaktive Maßnahmen die Aufklärung und Beratung der betroffenen Kunden zu gewährleisten. Dies kann etwa durch Einrichtung eines Beschwerdemanagementsystems in dem Sinne geschehen, dass die Kunden auf die Möglichkeit hingewiesen werden, ihren konkreten Einzelfall und die sich daraus ergebenden Konsequenzen – etwa hinsichtlich möglicher Rückforderungsansprüche – von entsprechend geschulten Mitarbeitern des Unternehmens überprüfen zu lassen. Auch die Einschaltung eines unabhängigen Dritten zur Klärung der individuellen Beschwerden wäre ein gangbarer Weg.¹⁶⁴ Ein solches proaktives Tätigwerden zum Beschwerdemanagement ist dem Unternehmen auch zumutbar, da es erstens selber die Ursache für die entstandene Störung gesetzt hat und zweitens ein funktionierendes Beschwerdemanagement auch dem Unternehmen hilft, mit der möglicherweise entstandenen Kundenunzufriedenheit umzugehen und diese adäquat zu bearbeiten.

Die Verpflichtung zur Einrichtung eines Beschwerdemanagementsystems dient also der Aufklärung der Kunden und ihrer Unterstützung bei der Ermittlung der in ihrem Einzelfall geltenden Rechtslage. Sie ist noch nicht gleichbedeutend mit einer Verpflichtung zur Rückzahlung von ggf. ohne Rechtsgrund

¹⁶³ KG, Urt. v. 27.3.2013, Az. 5 U 112/11.

¹⁶⁴ So mit Blick auf die Gaspreisfälle der Vorschlag bei *Micklitz/Reich*, EuZW 2013, 457, 460.

vereinbarten Beträgen. Eine solche Rückzahlungsverpflichtung wäre die wohl weitestgehende Ausfüllung des Beseitigungsanspruchs und würde ihn ein Stück weit einem Schadensersatzanspruch zugunsten der betroffenen Kunden annähern, der jedoch den zur Verbandsklage befugten Einrichtungen nach geltendem Recht nicht zusteht. Andererseits könnte ein derartiger Beseitigungsrückzahlungsanspruch eine stärkere verhaltenssteuernde Funktion entfalten, da dann – anders als bisher in Ermangelung effizienter Rechtsdurchsetzung – unlauteres Wettbewerbshandeln oder die Verwendung rechtswidriger Allgemeiner Geschäftsbedingungen möglicherweise ökonomisch nicht mehr attraktiv im Sinne eines rationalen Nutzenkalküls wäre.

In der Literatur findet man eine vergleichbare Problematik bisher vor allem im Kartellrecht. Dort wird kontrovers diskutiert, ob der – auch den Verbänden gemäß § 33 Abs. 2 GWB zustehende – Beseitigungsanspruch gegen ein verbotenes Kartellverhalten auch die Rückgewähr der kartellbedingt erzielten Preisdifferenz enthält. Diese Differenz zwischen dem erhöhten Kartellpreis und dem (theoretischen) wettbewerbsadäquaten Preis wäre dann als Beseitigung des durch das Kartell verursachten Störungszustands an die vom Kartell beeinträchtigten Abnehmer zurückzuzahlen.¹⁶⁵

Allerdings hat die Rechtsprechung über derartige Ansprüche bisher nicht entschieden. Für eine recht weite Interpretation des möglichen Inhalts von kartellrechtlichen Beseitigungsansprüchen spricht aber eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Stromeinspeisung, in welcher der BGH einen – verschuldensunabhängigen – Beseitigungsanspruch auf Zahlung der Einspeisevergütung bejahte, da die zu beseitigende Beeinträchtigung im „Vorenthalten gesetzlich geschuldeter Geldbeträge“ liege und sich Beseitigungs- und Schadensersatzanspruch insoweit zwar überschneiden, aber nicht gegenseitig ausschließen.¹⁶⁶ Daraus wird in der Literatur mit guten Gründen die Auffassung abgeleitet, dass der Beseitigungsanspruch im Kartellrecht durchaus auch auf eine Geldzahlung gerichtet sein kann.¹⁶⁷

Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen in der kartellrechtlichen Literatur und Rechtsprechung erscheint es somit auch im Lauterkeitsrecht und im

¹⁶⁵ Vgl. dazu *W.-H. Roth*, in: Basedow (Hrsg.), *Private Enforcement of EC Competition Law*, S. 61, 78; *W.-H. Roth*, FS Westermann (2008) 1355, 1376 f.; *Keßler*, Schadensersatz und Verbandsklagerechte im Deutschen und Europäischen Kartellrecht, S. 93 ff.; *Bornkamm*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), *Kartellrecht*, § 33 GWB Rn. 109 (Beseitigungsanspruch auf Geldzahlung bei missbräuchlich hohem Preis); ausdrücklich ablehnend dagegen *A. Fritzsche*, WRP 2006, 42, 51.

¹⁶⁶ BGH, Urt. v. 2.7.1996, NJW 1996, 3005, 3006; vgl. zum allgemeinen Beseitigungsanspruch des § 1004 BGB auch BGH, Urt. v. 1.12.1995, NJW 1996, 845, 846.

¹⁶⁷ *Bien*, in: *ders.* (Hrsg.), *Das deutsche Kartellrecht nach der 8. GWB-Novelle (2013)*, 329, 337 ff.

Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht denklogisch ausgeschlossen, die Beseitigungsansprüche aus § 8 UWG und § 1 UKlaG auch darauf zu beziehen, dass durch unrechtmäßiges unternehmerisches Verhalten eingenommene Gewinne an die betroffenen Kunden zurückgezahlt werden müssen, um so den durch das inkriminierte Verhalten verursachten Störungszustand zu beseitigen. Allerdings würde eine solche extensive Interpretation des Beseitigungsanspruchs kaum zu der vom Gesetzgeber verfolgten Strategie einer objektiven Rechtskontrolle mittels Verbandsklage passen. Vielmehr würde man dadurch die Verbandsklage stark an die Durchsetzung von Individualansprüchen annähern, was dieses Instrument möglicherweise überfordern könnte. Es erscheint daher vorzugswürdig, die nach geltendem Recht bestehenden Beseitigungsansprüche gemäß §§ 1 UKlaG, 8 UWG auf die oben skizzierte Information der betroffenen Kunden einschließlich der Einrichtung eines Beschwerdemanagementsystems zu fokussieren und im Übrigen die Durchsetzung individueller Ansprüche durch *de lege ferenda* zu schaffende Gruppenverfahren oder Musterfeststellungsverfahren zu erleichtern.

Allerdings wird in der Literatur *de lege ferenda* auch die Erweiterung von Beseitigungsansprüchen der Verbände auf Rückzahlungsverpflichtungen des betreffenden Unternehmens gegenüber seinen Kunden vorgeschlagen,¹⁶⁸ z. T. wird eine solche Erweiterung sogar aus europarechtlichen Gründen für geboten gehalten.¹⁶⁹ Dies ist sicherlich im Interesse der Verhaltenssteuerung und der Prävention von Rechtsverletzungen ein gangbarer und sinnvoller Weg. Er wirft allerdings neue Probleme im Hinblick auf das Verhältnis von Verbandsberechtigung zur Durchsetzung der individuellen Rückzahlungsansprüche und diesen Individualansprüchen selbst auf.¹⁷⁰ Ein Beseitigungsanspruch auf Rückzahlungen an betroffene Kunden könnte für die klagebefugten Verbände auch zu erheblichen Prozesskostenrisiken führen, wenn es etwa um Rückzahlungen an Kunden in Millionenhöhe geht. Daher herrscht auch in der kartellrechtlichen Literatur Skepsis hinsichtlich der tatsächlichen Nutzung dieses ggf. riskanten Instruments durch die Verbraucherverbände.¹⁷¹ Dem mag man erneut – wie bereits im geltenden Recht in § 12 Abs. 4 UWG, auf den auch § 5 UKlaG verweist – mit dem Instrument der Streitwertherabsetzung begegnen oder mit einer Vermeidung der konkreten Bezifferung von Rückzahlungsansprüchen im Klageantrag.¹⁷² Allerdings ist mit Blick auf das allgemeine Gebüh-

¹⁶⁸ *Stadler*, in: FS Eberhard Schilken (2015), 481 ff.

¹⁶⁹ In diesem Sinne *Klocke*, VuR 2013, 203, 205 f.; *Reich*, VuR 2014, 247, 248 ff.; *Reich*, Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucherrecht (euvr) 2014, 63, 77.

¹⁷⁰ Lösungsvorschläge dazu bei *Stadler*, in: FS Eberhard Schilken (2015) 481 ff. unter III. a) und c).

¹⁷¹ *Bien*, a.a.O., S. 343.

¹⁷² So der Vorschlag von *Stadler*, ebd. bei III.2.

rensystem im deutschen Kostenrecht nicht ganz einleuchtend, warum Rechtsanwälte gerade immer dann weniger verdienen sollen, wenn es um Verbraucher- oder Allgemeininteressen geht, selbst wenn diese eine ganz erhebliche ökonomische Bedeutung haben.

e) Bestimmtheit des Antrags

In der Praxis bereitet bei den Beseitigungsansprüchen aus § 8 UWG und (nach der hier vertretenen Ansicht) § 1 UKlaG auch die Fassung des Klageantrags noch Probleme. Das Kammergericht hatte im Flexstrom-Urteil noch ein im Klageantrag exakt vorformuliertes Berichtigungsschreiben akzeptiert und die Beklagte auch weitgehend antragsgemäß verurteilt.¹⁷³ Dagegen wird im Schrifttum mit Recht eingewandt, dass eine solche exakte Vorformulierung eines Berichtigungsschreibens im Hinblick auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip, das beim Beseitigungsanspruch beachtet werden muss, zu weit gehe: So sei es für die Eignung des Berichtigungsschreibens zur Beseitigung der Störung irrelevant, ob man dies – wie vom Kammergericht angeordnet – mit „sehr geehrte/r Frau/Herr“ beginnt oder mit „liebe Kunden“.¹⁷⁴

Dagegen hat es das Landgericht Stuttgart in einer jüngeren Entscheidung abgelehnt, den Beklagten zum Versand eines vorformulierten Berichtigungsschreibens zu verurteilen und hat stattdessen im Urteilstenor nur allgemein beschrieben, welche Informationen den betroffenen Kunden mitgeteilt werden müssen.¹⁷⁵ Diese Entscheidung fügt sich besser in die allgemeinen Grundsätze zur Antragsfassung bei Beseitigungsansprüchen ein, wie sie sowohl im Wettbewerbsrecht als auch zu § 1004 BGB entwickelt wurden.¹⁷⁶ Nach diesen Grundsätzen kann mit dem Beseitigungsanspruch jedenfalls im Regelfall keine bestimmte Handlung gefordert werden.¹⁷⁷ Zwar ist einerseits der Bestimmtheitsgrundsatz des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO zu berücksichtigen, aber andererseits aufgrund der materiell-rechtlichen Vorgaben auch dem Schuldner zu gestatten, aus mehreren geeigneten Maßnahmen bzw. Formulierungen eine mögliche auszusuchen. Der Streit, ob eine bestimmte Maßnahme angemessen war, wird damit ggf. in das Vollstreckungsverfahren verlagert. Dies ist der Sache nach aber angemessen, da erst nachträglich

¹⁷³ KG, Urt. v. 27.3.2013, Az. 5 U 112/11.

¹⁷⁴ Frenzel, WRP 2013, 1566, 1569.

¹⁷⁵ LG Stuttgart, Urt. v. 7.8.2014, Az. 11 O 298/13 (nicht rechtskräftig).

¹⁷⁶ Vgl. dazu Köhler/Bornkamm, UWG, § 8 Rn. 1.81 ff.; Teplitzky, a.a.O., S. 357 ff.

¹⁷⁷ Fritzsche, in: Münchener Kommentar Lauterkeitsrecht (2. Aufl. 2014), § 8 UWG Rn. 168 ff. m.w.N.

beurteilt werden kann, ob der zu beseitigende Störungszustand noch besteht.¹⁷⁸

f) Vollstreckung des Beseitigungstitels

Bezüglich der Vollstreckung eines Beseitigungstitels sind die Unterschiede zum Unterlassungsurteil zu beachten. Während der Unterlassungstitel durch die Verhängung von Ordnungsgeld oder Ordnungshaft (§ 890 ZPO) vollstreckt wird, ist die Vollstreckung eines Beseitigungstitels nur durch Ersatzvornahme (§ 887 ZPO) oder im Falle einer nicht vertretbaren Handlung über die Zwangsmittel des § 888 ZPO statthaft.¹⁷⁹

Im Falle einer Beseitigungsanordnung muss der siegreiche Verbandskläger überprüfen können, ob z. B. ein notwendiges Berichtigungsschreiben an alle betroffenen Kunden des verurteilten Unternehmens versandt wurde. Zu diesem Zweck billigt die Rechtsprechung dem Verbandskläger einen aus § 242 BGB hergeleiteten Auskunftsanspruch dahingehend zu, dass die Namen und Adressen der betroffenen Kunden mitgeteilt werden müssen; die Auskunft ist nach Wahl des Beklagten gegenüber einem Wirtschaftsprüfer oder einem sonstigen Angehörigen der zur Verschwiegenheit verpflichteten Berufe zu erteilen.¹⁸⁰

Zusätzlich hat das Kammergericht dem unterlegenen Unternehmen im Urteils tenor aufgegeben, in einer konkret dargelegten Art und Weise den Versand des Berichtigungsschreibens nachzuweisen.¹⁸¹ Das Landgericht Stuttgart hat eine derartige Nachweispflicht dagegen mit überzeugenden Gründen abgelehnt, da sie die Frage der Erfüllung der Beseitigungsverpflichtung betreffe, die erforderlichenfalls im Vollstreckungsverfahren zu klären sei.¹⁸² Das Gericht weist hier zutreffend darauf hin, dass der klagende Verband bereits mit der Auskunft hinsichtlich der betroffenen Kunden in die Lage versetzt wird, die Einhaltung der Beseitigungsanordnung zu kontrollieren. Hat der Verband z. B. Zweifel am ordnungsgemäßen Versand der Berichtigungsschreiben, so kann er beim Prozessgericht den Antrag auf Ersatzvornahme gemäß § 887 Abs. 1 ZPO stellen und darin z. B. einen eigenen Entwurf für ein Berichtigungsschrei-

¹⁷⁸ *Frenzel*, WRP 2013, 1566, 1568, verweist mit Recht auf die Vollstreckungsgegenklage für den Fall, dass der Störungszustand aus anderen Gründen nach dem Urteil entfällt.

¹⁷⁹ *Teplitzky*, a.a.O., S. 350 Fn. 20 m.w.N.

¹⁸⁰ KG, Urt. v. 27.3.2013, Az. 5 U 112/11; LG Stuttgart, Urt. v. 7.8.2014, Az. 11 O 298/13 (nicht rechtskräftig).

¹⁸¹ KG, a.a.O.

¹⁸² LG Stuttgart, a.a.O., S. 34.

ben vorlegen. In diesem Ermächtungsverfahren gemäß § 887 Abs. 1 ZPO ist dann auch der mögliche Einwand des Schuldners zu überprüfen, er habe die betreffende Handlung bereits ordnungsgemäß vorgenommen, ggf. mit Beweiserhebung.¹⁸³

g) Verjährung des Beseitigungsanspruchs

In der Praxis bereitet die Verjährung der Verbandsklagebefugnisse den Verbänden häufig Schwierigkeiten. Der Beseitigungsanspruch aus § 8 Abs. 1 UWG verjährt ebenso wie der Unterlassungsanspruch aus derselben Vorschrift in der kurzen sechsmonatigen Verjährungsfrist des § 11 UWG nach Anspruchsentstehung und Kenntnis. Die grob fahrlässige Unkenntnis, die gemäß § 11 Abs. 2 Nr. 2 UWG der Kenntnis des Verstoßes gleichsteht, wird bei der Verbandsklage praktisch nicht vorkommen, da weder die Verbraucherkentralen noch sonstige klagebefugte Einrichtungen verpflichtet sind, den Markt systematisch nach Wettbewerbsverstößen abzusuchen oder zu beobachten.¹⁸⁴ Die Verjährung der Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche (nach der hier vertretenen Auffassung) aus § 1 UKlaG richtet sich dagegen nach der dreijährigen Regelverjährung ab Jahresende gemäß §§ 194 ff. BGB.¹⁸⁵

Allerdings wird in der wettbewerbsrechtlichen Literatur mit Recht darauf hingewiesen, dass bei einer Dauerhandlung, die zu einem andauernden Störungszustand führt, weder der Unterlassungs- noch der Beseitigungsanspruch verjähren können, solange der Eingriff noch fort dauert oder wiederholt wird.¹⁸⁶ Dies bedeutet etwa für die Verwendung rechtswidriger Allgemeiner Geschäftsbedingungen, dass jede Verwendung einen neuen Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch entstehen lässt, sodass faktisch Verjährung nicht eintreten kann, solange das Unternehmen die betreffenden Geschäftsbedingungen entweder noch für Vertragsabschlüsse vorhält, verbreitet oder anderweitig publiziert oder sich bei der Abwicklung bereits geschlossener Verträge auf die fraglichen AGB beruft, da auch Letzteres zum Tatbestandsmerkmal der Verwendung gehört.¹⁸⁷ Bei einer solchen „täglichen Neubegehung“¹⁸⁸ der

¹⁸³ Vgl. nur Zöller/Stöber, ZPO, § 887 Rn. 7 m.w.N.

¹⁸⁴ Vgl. Köhler/Bornkamm, § 11 UWG Rn. 1.28.

¹⁸⁵ BT-Drs. 14/6040, S. 275; KG, Urt. v. 10.9.2012, NJW-RR 2013, 54, 58.

¹⁸⁶ Teplitzky, a.a.O., S. 249 m.w.N.

¹⁸⁷ BGH Urt. v. 15.10.1991, NJW 1992, 179, 180; BGH, Urt. v. 13.12.2006, NJW 2007, 1054, 1057.

¹⁸⁸ Teplitzky, a.a.O., S. 249.

rechtswidrigen Handlung kommt eine Verjährung nicht in Betracht. Dies ist auch für den Beseitigungsanspruch der Sache nach richtig, da der Störungszustand so lange fort dauert, wie das Unternehmen durch die Verwendung den Anschein der Gültigkeit dieser AGB aufrechterhält. Die Verjährung beginnt somit erst mit dem Schluss des Jahres, in welchem das Unternehmen die fragliche Klausel letztmalig in neue Verträge einbezieht und sich auch nicht mehr auf die alten AGB beruft.¹⁸⁹

Auch das ansonsten aus § 242 BGB abgeleitete Institut der Verwirkung kann für Verbandsklagen nicht greifen, da sie nicht im Individualinteresse des Verbands erhoben werden, sondern im allgemeinen Interesse an der Durchsetzung des objektiven Rechts.¹⁹⁰ Dieses kann aber nicht von der Nachlässigkeit oder dem zeitweisen Unwillen eines einzelnen klagebefugten Verbands abhängen. Die Maßstäbe des Individualprozesses können auch an dieser Stelle nicht ohne Weiteres auf die Verbandsklagebefugnis übertragen werden.

h) Ergebnis zum Beseitigungsanspruch der Verbände

Mit dem Beseitigungsanspruch steht den klagebefugten Verbänden ein noch unterentwickeltes Instrument zur Verfügung, mit dem die Verhaltenssteuerung durch Verbandsklagen möglicherweise verbessert werden kann. Nach geltendem Recht leidet dieses Instrument jedoch darunter, dass die Rechtsprechung bisher im Rahmen des § 1 UKlaG anders als im UWG und im allgemeinen Zivilrecht noch keinen Beseitigungsanspruch anerkennt. Hier sollte der Gesetzgeber für Klarheit sorgen, indem er – wie bereits in § 8 UWG geschehen – in §§ 1 und 2 Abs. 1 Satz 1 UKlaG jeweils statt „auf Unterlassung“ die Worte „auf Beseitigung und bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung“ einfügt.

Auch die Inhalte des Beseitigungsanspruchs bedürfen noch der Präzisierung durch eine Fortentwicklung der Rechtsprechung. Der Umbau des Beseitigungsanspruchs zu einem Rückzahlungsanspruch zugunsten betroffener Kunden setzt nach der hier vertretenen Auffassung allerdings einen weiteren gesetzgeberischen Eingriff voraus. Vorrangig erscheint jedoch die Klarstellung, dass überhaupt ein Beseitigungsanspruch auch bei §§ 1 und 2 UKlaG besteht. Nach dieser Klarstellung könnten zunächst die Erfahrungen mit diesem Instrument abgewartet und evaluiert werden.

¹⁸⁹ LG Berlin, Urt. v. 30.4.1981, ZIP 1981, 1106.

¹⁹⁰ BGH, Urt. v. 15.2.1995, NJW 1995, 1488, 1489.

3. Gewinn- und Vorteilsabschöpfung

Mit den Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen der klagebefugten Verbände wurde zwar einerseits im UWG und später im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ein neuartiges und innovatives Instrument der objektiven Rechtskontrolle etabliert. Andererseits entsprechen die Anspruchsinhalte Unterlassung und Beseitigung dem, was auch im individuellen Rechtsschutz – etwa beim Schutz der Mitbewerber gemäß § 8 UWG – bereits eingeführte Praxis ist. Diesen Entwicklungspfad der Nutzung eigentlich individualrechtlich entwickelter Instrumente für die objektive Rechtskontrolle verließ man 2004 mit der Einführung des § 10 UWG n.F., indem der Gesetzgeber nun das bisher unbekannte Instrument eines explizit normierten Gewinnabschöpfungsanspruchs für Verbände einführte.¹⁹¹ Später wurde dem Anspruch aus § 10 UWG auch noch im Bereich des Kartellrechts der Anspruch der Verbände auf „Vorteilsabschöpfung“ gemäß § 34a GWB nachgebildet. Anders als in § 10 UWG waren in § 34a GWB bei seiner Schaffung 2005 die Verbraucherverbände zunächst noch ausgenommen; dies wurde aber mit der 8. GWB-Novelle 2013 abgeändert, so dass der Kreis der klagebefugten Einrichtungen heute denen des UWG entspricht.¹⁹²

a) § 10 UWG

Der in § 10 UWG normierte Gewinnabschöpfungsanspruch war bereits im Gesetzgebungsverfahren hinsichtlich seiner Funktionalität sehr umstritten.¹⁹³ Heute, zehn Jahre nach seiner Einführung, erscheint er nur als sehr begrenzt wirksames Mittel gegen unlauteres Wettbewerbsverhalten. Diese skeptische Auffassung vom Sinn des § 10 UWG ist in Fachkreisen sehr verbreitet: So kommt etwa die von *Meller-Hannich* und *Höland* 2010 u. a. durch Befragung von Fachleuten erstellte Studie zur Effektivität kollektiver Rechtsschutzinstrumente zu dem Ergebnis, dass der Gewinnabschöpfungsanspruch gemäß § 10 UWG in seiner gegenwärtigen Fassung „nicht als praktisch taugliches Mittel zum Entzug wettbewerbswidrig erlangter Gewinne“ angesehen werden

¹⁹¹ S. die Vorarbeiten, auch zu den Wurzeln im allgemeinen Zivilrecht, bei *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung (2003).

¹⁹² Vgl. nur *Bechtold*, GWB, § 33 Rn. 19 ff. sowie § 34a Rn. 1.

¹⁹³ S. etwa die Nachweise bei *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 10 Rn. 2.

könne.¹⁹⁴ Bis April 2011 wurden über § 10 UWG Unrechtsgewinne von insgesamt nicht einmal 50.000,- € abgeschöpft.¹⁹⁵

Die Gründe für diese beschränkte Tauglichkeit der Norm sind nach den Erfahrungen der ersten zehn Jahre insbesondere in drei Charakteristika zu suchen: erstens der problematischen Anreizstruktur der Norm, zweitens in ihrer Beschränkung auf Vorsatztaten und drittens hinsichtlich des im Einzelfall nicht immer leichten Nachweises der Kausalität zwischen unzulässiger geschäftlicher Handlung und Gewinnerzielung.

aa) Gewinnabschöpfung durch Abführung an den Fiskus

Hinsichtlich der Anreizstruktur bei der Erhebung einer auf § 10 UWG gestützten Klage ergibt sich das Problem, dass der Gesetzgeber den in § 8 Abs. 3 Nr. 2–4 UWG genannten Einrichtungen, d. h. also auch den Verbraucherverbänden, zwar die Klagemöglichkeit aus § 10 UWG einräumt, zugleich aber der Anspruch auf Herausgabe des abzuschöpfenden Gewinns an einen anderen, nämlich den Bundeshaushalt geht. Somit tragen die klagebefugten Verbände zwar die üblichen Prozessrisiken einer Klage, können mit der Klage aber materiell nichts gewinnen. Der bestmögliche Ausgang hat für den klagenden Verband den Wert null, nämlich bei vollständigem Obsiegen die Erstattung der eigenen Kosten durch die unterliegende Gegenseite. Bei einer – vor Gericht nie ganz auszuschließenden – Niederlage drohen dagegen nicht unerhebliche Prozesskosten. Unter diesen Bedingungen dürfte ein rational abwägender Verband niemals eine Klage aus § 10 UWG erheben.

Die Tatsache, dass die klageberechtigten Verbände dennoch gelegentlich derartige Klagen erheben, kann man sich nur so erklären, dass sie vornehmlich ihren gesetzlichen Auftrag zum Verbraucherschutz erfüllen und somit intrinsisch motiviert sind. Auch die Unterlassungsklagen produzieren ja für die Verbraucherzentralen keine monetären Vorteile, sondern werden aufgrund intrinsischer Motivation betrieben. Außerdem produzieren erfolgreiche Abschöpfungs- und Unterlassungsklagen eine positive öffentliche Reaktion, welche das Ansehen der jeweils erfolgreichen klagebefugten Institution in der Öffentlichkeit steigert.

Der wesentliche Unterschied zwischen den seit 50 Jahren erfolgreich etablierten Verbandsklagen auf Unterlassung und der nun in § 10 UWG geregelten

¹⁹⁴ Meller-Hannich/Höland, Evaluierung, S. 123.

¹⁹⁵ v. Raay, Gewinnabschöpfung als Präventionsinstrument, S. 181.

Gewinnabschöpfungsklage liegt aber in der Größenordnung des Prozesskostenrisikos. Dieses ist bei Unterlassungsklagen aufgrund der dort restriktiven Bestimmung des Streitwerts eher überschaubar, sodass ein Verfahren angesichts der möglichen immateriellen Vorteile von den klagebefugten Verbänden häufig als sinnvoll eingeschätzt wird. Bei Klagen auf Gewinnabschöpfung kann der Streitwert und damit das Prozesskostenrisiko jedoch wesentlich höher sein, sodass ein verlorener Prozess unter Umständen die Existenz des Verbands bedroht. Unter solchen Bedingungen erscheint dann ein Prozess, in dem es außer den genannten immateriellen Vorteilen nichts zu gewinnen gibt, nicht besonders attraktiv.

Diese problematische Anreizstruktur zeigt sich besonders plastisch in dem Verfahren, das die Verbraucherzentrale Hamburg ab 2001 gegen einen Mobilfunkanbieter führte. Es ging dabei um falsche Umrechnungen von Mobiltelefonpreisen im Rahmen der Umstellung von D-Mark auf Euro. Im ersten Schritt, der Unterlassungsklage, obsiegte die Verbraucherzentrale, nachdem der Europäische Gerichtshof festgestellt hatte, dass das betreffende Umrechnungsverfahren zum Nachteil der Telefonkunden von den europarechtlichen Vorgaben abwich.¹⁹⁶ Da das Unternehmen trotz dieser eindeutigen Rechtslage jedoch keine Anstalten machte, den betroffenen Kunden die überzahlten Beträge zu erstatten, unternahm die Verbraucherzentrale eine Gewinnabschöpfungsklage nach § 10 UWG. Aufgrund des voraussichtlichen Streitwerts in Millionenhöhe – die fehlerhafte Umrechnung betraf augenscheinlich alle Kunden des Unternehmens – konnte und wollte die Verbraucherzentrale Hamburg jedoch das Prozesskostenrisiko nicht übernehmen. Sie kontrahierte daraufhin mit einem kommerziellen Prozessfinanzierer, der dieses Risiko gegen einen versprochenen Anteil am Ertrag des Verfahrens übernahm. Da aber die Verbraucherzentrale als Klägerin gar nicht über den Gewinn aus dem Verfahren disponieren konnte, bedurfte es noch der Zustimmung des Bundesamts der Justiz. Diese wurde auch erteilt und das Bundesamt der Justiz stimmte einer prozentualen Abgabe an den Prozessfinanzierer für den Erfolgsfall zu. Dazu kam es später nicht, weil der Prozess aus materiell-rechtlichen Gründen zugunsten des beklagten Unternehmens ausging: Nach dem damals der Sache nach noch anwendbaren alten UWG stellte die Benachteiligung bereits vorhandener Kunden kein Wettbewerbshandeln dar, welches über das UWG sanktioniert werden konnte.¹⁹⁷

Dieser lehrbuchartige Fall von Streuschäden, für die § 10 UWG eigentlich konzipiert sein soll, zeigt jedoch die dysfunktionale Konzeption des § 10 UWG:

¹⁹⁶ EuGH, Urt. v. 14.09.2004, EuZW 2004, 629, 631.

¹⁹⁷ OLG München, Urt. v. 15.04.2010, Az. 6 U 4400/08, S. 14.

Einerseits sollen sich die klagebefugten Verbände nicht an der Gewinnabschöpfung bereichern, diese soll nur dem Bundeshaushalt zufließen. Andererseits stimmt aber die Bundesregierung über das Bundesamt für Justiz dann ausdrücklich einer Konstruktion zu, in welcher zwar nicht die Verbraucherzentrale, wohl aber ein kommerzieller Prozessfinanzierer an einem erfolgreichen Ausgang finanziell profitiert hätte. Das erscheint kaum durchdacht; hier wäre es wesentlich zweckmäßiger, von vornherein den klagebefugten Einrichtungen zumindest einen Anteil an dem Erlös zu überlassen, um eine Klageerhebung überhaupt rational zu machen.

bb) Bildung eines Sondervermögens?

Anlässlich der jüngst im Bundestag diskutierten UWG-Novelle hat der Bundesrat allerdings einen anderen Vorstoß gemacht, mit dem die problematische Anreizstruktur des § 10 UWG verändert werden soll: Der Bundesrat schlägt vor, die Herausgabe des abgeschöpften Gewinns in Zukunft nicht mehr an den Bundeshaushalt anzuordnen, sondern an ein „zweckgebundenes Sondervermögen des Bundes“.¹⁹⁸ Dieses Sondervermögen solle zur Finanzierung der Verbraucherarbeit der Verbraucherorganisationen sowie zur Erstattung von bei UWG-Verbandsklagen anfallenden Aufwendungen verwendet werden; das Nähere solle eine Rechtsverordnung regeln.¹⁹⁹

Dieser Vorschlag der Schaffung eines Sondervermögens wurde vom Bundesrat bereits 2013 unter Verweis auf eine wissenschaftliche Studie gemacht.²⁰⁰ Mit den Mitteln aus dem Sondervermögen sollen – so die Vorstellung des Bundesrates – die Prozessrisiken der klagebefugten Einrichtungen und Verbände gemindert werden, um damit verbundene Klagehemmnisse abzubauen.²⁰¹ Die Bundesregierung hat eine Prüfung dieses Vorschlags im weiteren Verlauf der Legislaturperiode zugesagt.²⁰²

Damit wird also heute ein Fondsmodell wieder in die Diskussion gebracht, welches bereits im Gesetzgebungsverfahren zu § 10 UWG diskutiert und seinerzeit aufgrund der damit verbundenen neuen organisatorischen Probleme

¹⁹⁸ BT-Drs. 18/4535, S. 21.

¹⁹⁹ Ebd.

²⁰⁰ BT-Drs. 17/13429, S. 8 unter Verweis auf *Fezer*, Zweckgebundene Verwendung von Unrechtserlösen und Kartellbußen zur Finanzierung der Verbraucherarbeit, 2012; für ein Sondervermögen auch *Stadler*, ZfPW 2015, 61, 81.

²⁰¹ BT-Drs. 18/4535, 21.

²⁰² Ebd., S. 26.

abgelehnt wurde.²⁰³ Der Bundesrat hält diese Probleme allerdings für lösbar und verweist angesichts des zu erwartenden Bürokratieaufwandes auf an anderer Stelle entstehende Einsparungen: Das derzeit in § 10 Abs. 4 UWG zugunsten der Verbände vorgesehene Erstattungsverfahren für Aufwendungen könne entfallen, da diese Aufgabe dann von dem zu gründenden Sondervermögen übernommen werde.²⁰⁴ Dieses Argument des Bundesrates ist aus mehreren Gründen nicht recht verständlich: Erstens ändert ja auch die bestehende Regel des § 10 Abs. 4 UWG nichts an dem Prozesskostenrisiko der klagebefugten Verbände, da sie nur bei einem zumindest teilweise Obsiegen des Verbands eingreifen kann.²⁰⁵ Zweitens müsste auch in dem neu zu bildenden Sondervermögen eine Stelle und ein Verfahren entwickelt werden, um Aufwendungsersatzanfragen der Verbände zu bearbeiten; warum das neu zu gründende Sondervermögen hier effizienter arbeiten könnte als die bisher zuständige Stelle (das Bundesamt für Justiz), ist nicht ersichtlich.

Insgesamt ist aber die Bildung eines Sondervermögens ein innovativer Vorschlag, der genauer betrachtet werden sollte. Er hat insbesondere den Vorteil, dass damit ein Instrument geschaffen würde, mit dem man breit gestreute, aber in der Summe doch relevante Schadensbeträge der Verbraucherarbeit zugutekommen lassen könnte, ohne dass man sich auf eine in vielen Fällen undurchführbare oder ineffiziente Verteilung auf die individuell Geschädigten einlassen müsste.

Bei der genaueren Ausgestaltung eines solchen Sondervermögens müssten insbesondere zwei Anforderungen erfüllt werden: Erstens dürfen die Bürokratiekosten der Bildung dieser neuen Institution im Verhältnis zu ihrem Nutzen nicht zu hoch sein, und zweitens muss die Ausgestaltung des Sondervermögens eine ausreichende Anreizwirkung dahingehend entfalten, dass die klagebefugten Institutionen Anreize zur Wahrnehmung ihrer Gewinnabschöpfungsansprüche erhalten.

Was die Bürokratiekosten angeht, so sind solche bei der Gründung einer neuen Institution unvermeidlich. Sie können aber durch eine geschickte und schlanke Aufstellung dieser Institution beeinflusst und niedrig gehalten werden. In Betracht kommt z. B. die Anbindung des Sondervermögens an eine bereits vorhandene Institution, die im Bereich des Verbraucherschutzes schon eine hinreichende Expertise hat. Generell sind die Bürokratiekosten im Verhältnis zu den durch das Sondervermögen erzeugten gesellschaftlichen Vorteilen zu sehen: Wenn es gelingt, das Lauterkeitsrecht mithilfe eines solchen

²⁰³ Vgl. dazu v. Raay, a.a.O., S. 607.

²⁰⁴ BT-Drs. 18/4535, S. 22.

²⁰⁵ Poelzig, in: Großkommentar UWG, 2. Aufl. 2015, § 10 Rn. 137.

Sondervermögens stärker durchzusetzen, so haben sich dessen Kosten durch die auf dem Markt entstehenden Vorteile voraussichtlich schnell amortisiert.

Dies hängt jedoch von der mit dem Sondervermögen verbundenen Anreizwirkung hinsichtlich der Durchführung von Gewinnabschöpfungsverfahren zusammen. Hier kommen verschiedene Modelle für die Ausgestaltung des Sondervermögens in Betracht. Unter anderem sind folgende Lösungen denkbar: Erstens eine Deckung der Prozesskosten durch das Sondervermögen, zweitens eine Teilung der Erträge zwischen dem klagenden Verband und dem Sondervermögen sowie drittens eine komplette Verwendung des Sondervermögens für die allgemeine Verbraucherarbeit.

Bei der ersten Variante agiert das Sondervermögen als eine Art Rechtsschutzversicherung, indem es den Verbänden die Prozessrisiken von Gewinnabschöpfungsklagen abnimmt. Dann müsste aber ähnlich wie bei einer Rechtsschutzversicherung auch eine Vorprüfung der Erfolgsaussichten der Klage stattfinden: Unbegründete Klagen sind erstens gesellschaftlich nicht wünschenswert, weil sie eine sinnlose Belastung der Unternehmen darstellen; außerdem wäre bei der Finanzierung einer Vielzahl unbegründeter Klagen das Sondervermögen schnell aufgebraucht. Sofern man also in dieser Weise das Sondervermögen als Rechtsschutzversicherung für Verbraucherverbände verstehen will, bedürfte es also der nicht ganz preiswerten Bildung einer juristisch versierten Abteilung zur „materiellen Deckungsprüfung“. Diese Kosten müssten als Investition möglicherweise vom Bund vorgestreckt werden, um das Geschäft des Sondervermögens überhaupt erst in Gang zu bringen. Gelänge aber der Aufbau einer solchen staatlichen Rechtsschutzversicherung für Verbraucherverbände und andere klagebefugte Einrichtungen, so könnten damit durchaus nachhaltige Anreize für eine höhere Klagetätigkeit geschaffen werden. Aus ökonomischer Sicht könnte man allenfalls die Frage aufwerfen, warum gerade der Staat diese Aufgabe übernehmen sollte, wenn doch ausreichend marktwirtschaftliche Strukturen vorhanden sind – nämlich insbesondere die existierenden Rechtsschutzversicherungen und Prozessfinanzierer – welche diese Aufgabe gut und mit bereits vorhandener Expertise übernehmen können. Will man eine solche marktwirtschaftliche Lösung, so müsste man jedoch den klagenden Verbänden zumindest einen Teil der abgeschöpften Gewinne überlassen, damit diese dann die entsprechende Versicherungsleistung auf dem Markt einkaufen können.

Diese zweite Möglichkeit einer Teilung – wobei die genauen Anteile noch festgelegt werden müssten – der abgeschöpften Gewinne zwischen dem Sondervermögen und dem siegreichen Verband erscheint möglicherweise vorzugswürdig und effizienter: Wenn man dem Verband einen Teil des erfolgreich

eingeklagten Gewinns überlässt, so entsteht ein erheblicher Anreiz, aussichtsreiche Gewinnabschöpfungsklagen auch durchzuführen, da jede Institution erfahrungsgemäß die Tendenz hat, ihre eigene Ausstattung verbessern zu wollen. Außerdem wird dann auch keine kostenintensive „Deckungsabteilung“ beim Sondervermögen benötigt, da der Verband mit den entsprechenden Einnahmen entweder einen eigenen Risikofonds für verlorene Prozesse aufbauen kann oder sich die gewünschte Absicherung auf dem Versicherungsmarkt einkaufen kann.

Als dritte theoretische Möglichkeit käme die Konzentration sämtlicher abgeschöpfter Mittel beim Sondervermögen in Betracht, mit dem dieses dann bestimmte Aufgaben finanziert. Welche Aufgaben dies genau sein sollen, ist bisher noch unklar. In dem Gutachten, auf das der Bundesrat sich primär bezieht, wird nur cursorisch über die Verteilung der Mittel aus dem Sondervermögen gesprochen: Diese sollen grundsätzlich „nicht projektbezogen“ verteilt werden, sondern einem „zertifizierten Kreis bedeutender Verbraucherorganisationen“ als institutionelle Zuwendungen überlassen werden.²⁰⁶ Nur in Einzelfällen sollen auch projektbezogene Anträge gestellt werden können.²⁰⁷ Nach jenem Vorschlag sollen die Ausschüttungen aus dem Sondervermögen vor allem die allgemeine Arbeit zahlreicher Organisationen im Bereich des Verbraucherschutzes fördern, und zwar auch solcher Organisationen, die gar nicht klagebefugt sind, bis hin zur Förderung von wissenschaftlichen Projekten durch „Forschungseinrichtungen“.²⁰⁸ Letzterer Vorschlag erscheint besonders kostenintensiv, da ja über Anträge auf Forschungsmittel sinnvollerweise nach wissenschaftlich-fachlichen Kriterien entschieden werden sollte, sodass das Sondervermögen eine solche Expertise entweder selbst aufbauen oder einkaufen müsste; warum man diese Aufgabe dann nicht gleich bei den etablierten und bewährten Institutionen der öffentlichen Forschungsförderung (z. B. der Deutschen Forschungsgemeinschaft) belässt, ist nicht recht verständlich.

Soweit also aus dem Sondervermögen nach dem Gießkannenprinzip an eine Vielzahl von – auch nicht klagebefugten – Organisationen Geld verteilt werden soll, würde sich dadurch die Anreizstruktur aus Sicht eines klagebefugten Verbandes, der vor der Entscheidung über eine auf § 10 UWG gestützten Klage steht, nur wenig verändern: Es bestünde weiterhin das Risiko einer Prozessniederlage mit erheblichen Kosten, während andererseits bei erfolgreichem Ausgang des Prozesses sich nur das Sondervermögen des Bundes mehrt, mit der eher mittelbaren Aussicht, dass sich die allgemeinen Ausschüttungen aus

²⁰⁶ Fezer, a.a.O., S. 52 f.

²⁰⁷ Ebd., S. 53.

²⁰⁸ Ebd.

diesem Vermögen für die eigene Institution anteilig etwas erhöhen werden. Ob dies zu einer nennenswert höheren Klageaktivität aufseiten der klagebefugten Einrichtungen führt, ist zu bezweifeln. Daher ist diese dritte Variante, bei der sämtliche abgeschöpfte Mittel vom Sondervermögen für die allgemeine Verbraucherarbeit verteilt werden, weniger geeignet, die Anreizstruktur des § 10 UWG zu verbessern. Stattdessen ist eher eine der beiden ersten Varianten zu wählen, d. h. entweder die Ausgestaltung des Sondervermögens als Rechtsschutzversicherung für die klagebefugten Institutionen oder aber eine Teilung der Einnahmen zwischen dem siegreichen Verbandskläger und dem Sondervermögen. Die verbleibenden Mittel des Sondervermögens könnten dann immer noch für die Unterstützung bestimmter Projekte oder Institutionen verwendet werden.²⁰⁹

Insgesamt erscheint die Bildung eines Sondervermögens – abhängig von den dargestellten Gestaltungsvarianten – als eine grundsätzliche sinnvolle Maßnahme, mit der die abgeschöpften Beträge einerseits dem Verbraucherschutz gewidmeten Zwecken zugeführt und andererseits auch die notwendigen Anreize hinsichtlich der Erhebung von Gewinnabschöpfungsklagen geschaffen werden könnten.

cc) Vorsatzerfordernis bei § 10 UWG

Das zweite inhärente Problem des § 10 UWG ist seine Beschränkung auf vorsätzliches Handeln. Während die Vorschläge zum Gesetzgebungsverfahren noch jedes schuldhaftes Handeln als tatbestandsmäßig einordnen wollten,²¹⁰ entschied sich der Gesetzgeber für die Beschränkung auf Vorsatztaten, um als unangemessen empfundene Belastungen für diejenigen Unternehmen zu vermeiden, die sich in Grenzbereichen des Rechts und damit im Bereich der Fahrlässigkeit bewegen.²¹¹ Vorsatz bedeutet also den nicht immer einfach zu erbringenden Nachweis, dass das beklagte Unternehmen die betreffende Handlung im Bewusstsein ihrer Rechtswidrigkeit vornahm.²¹² Immerhin sieht die Rechtsprechung den – ggf. bedingten – Vorsatz jedenfalls dann als gegeben an, wenn der Täter trotz Abmahnung die Handlung fortsetzte.²¹³

²⁰⁹ Für eine solche Mischung aus „Belohnungsfunktion“ durch Gewinnerzielung beim Kläger einerseits und Abgabe eines Teils an die öffentliche Hand auch *Poelzig*, in: Großkommentar UWG, 2. Aufl. 2015, § 10 Rn. 42.

²¹⁰ *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung (2003), S. 127.

²¹¹ BT-Drs. 15/1487, S. 23 f.

²¹² Vgl. nur OLG Hamm, Urt. v. 14.2.2008, GRUR-RR 2008, 435, 437 m.w.N.

²¹³ OLG Frankfurt/Main, Urt. v. 20.5.2010, GRUR-RR 2010, 482.

Hinsichtlich des Vorsatzerfordernisses ist die Entscheidung des Gesetzgebers nicht leicht zu verstehen: Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen müsste man eher davon ausgehen, dass durch rechtswidriges Handeln erzielte Gewinne ohnehin nicht schutzwürdig sind, und zwar ohne Rücksicht auf etwaiges Verschulden. Dies entspräche dem Rechtsgedanken des § 812 BGB, der von der Rechtsordnung missbilligte Vermögensverschiebungen grundsätzlich für korrekturfähig erklärt, ohne dass es auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit ankäme.²¹⁴ Wenn der Gesetzgeber von diesem Grundsatz bei der nach § 10 UWG ermöglichten Verbandsklage abweicht, so bedarf dies einer besonderen Rechtfertigung. In den Gesetzesmaterialien findet man dazu den Hinweis, dass „die Wirtschaft“ vor „unangemessenen Belastungen“ im Hinblick auf Prozessrisiken geschützt werden solle.²¹⁵ Ein Unternehmer, der sich mit seinem Wettbewerbsverhalten „im Grenzbereich“ zur Rechtswidrigkeit bewege, müsse „damit rechnen, den Gewinn zu verlieren“, daher trete in diesem Grenzbereich der „Abschreckungsgedanke“ zurück.²¹⁶ Vor einem Handeln „im Grenzbereich“ zur Rechtswidrigkeit soll also nicht abgeschreckt werden, es soll eher gefördert werden, indem ggf. rechtswidrig erzielte Gewinne behalten werden dürfen. Das kann man nur so verstehen, dass der Gesetzgeber ein gewisses Maß an Rechtswidrigkeit im Lauterkeitsrecht für ökonomisch sinnvoll hält, möglicherweise um innovatives unternehmerisches Handeln zu fördern.

Damit unterliegt der Gesetzgeber hier erneut (wie bereits in § 8 Abs. 4 UWG) der für die Diskussion um die Verbandsklage typischen Verwechslung zwischen materiellem Recht und Rechtsdurchsetzung. Wenn ein bestimmtes unternehmerisches Verhalten als ökonomisch sinnvoll und förderungswürdig gehalten wird, dann sollte es auch nicht als rechtswidrig eingestuft werden. Wenn aber ein Verhalten aufgrund seiner schädlichen Wirkungen für den Wettbewerb als ökonomisch unerwünscht und rechtswidrig feststeht (und nur so kann man die Verbotstatbestände des UWG deuten), dann sollte das Recht für dieses Verhalten auch keine Anreize bieten. Anders gesagt: Die Abgrenzung zwischen von aus Sicht der Rechtsordnung förderungswürdigen und nicht förderungswürdigen Arten der Gewinnerzielung wäre besser auf der

²¹⁴ Vgl. dazu die Vorstudien aus 2002 von *Micklitz/Stadler*, die einen an § 812 BGB angelehnten verschuldensunabhängigen Anspruch für „aus vielerlei Gründen gut vertretbar“ halten, zumal auf der Rechtsfolgenseite subjektive Elemente ohnehin ins Spiel kämen. Die Entscheidung für ein Verschuldenserfordernis (unter Einbeziehung des fahrlässigen Handelns, so der damalige Vorschlag) bedeutet für diese Autoren aber keinen „nennenswerten Bedeutungsverlust“, weil die Verletzer „regelmäßig schuldhaft“ handeln: *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 117 f.

²¹⁵ BT-Drs. 15/1487, S. 24.

²¹⁶ Ebd.

Ebene der Verbotstatbestände vorzunehmen – und nicht bei der Art und Weise der Rechtsdurchsetzung.

In der Literatur wird dementsprechend das Vorsatzerfordernis bei § 10 UWG auch sehr unterschiedlich bewertet. Insbesondere wird argumentiert, dass es hier um die Abschöpfung von objektiv rechtswidrig erlangten „Unrechtserlösen“ geht, sodass die objektive Pflichtwidrigkeit des Verhaltens ausreichen sollte, um die Abschöpfung zu begründen.²¹⁷ Auf der anderen Seite begrüßen manche Autoren auch die Entscheidung des Gesetzgebers, nur vorsätzliche Verstöße in den Blick zu nehmen, da nur diese besonders sanktionsbedürftig seien.²¹⁸ Überwiegend wird wohl eine Ausweitung der Vorschrift jedenfalls auf Fälle der groben Fahrlässigkeit befürwortet, da auch ein solches Verhalten ausreichend sanktionsbedürftig sei.²¹⁹

Der Bundesrat hat diesem Spektrum der Vorschläge nun noch einen weiteren hinzugefügt: In seiner Stellungnahme zur jüngsten UWG-Novelle schlägt der Bundesrat vor, zwar an dem Erfordernis des Vorsatzes in § 10 UWG festzuhalten, aber eine Vermutungsregelung dahingehend einzuführen, dass es Sache des Anspruchsgegners wäre, sein nicht vorsätzliches Handeln nachzuweisen.²²⁰

Diese vorgeschlagene Regelung bleibt hinter entsprechenden Vorschlägen in der Literatur zurück, die im Rahmen einer Beweislastumkehr etwa vom Anspruchsgegner den Nachweis des Fehlens jeglichen Verschuldens – also auch das Fehlen einer Fahrlässigkeit – verlangen.²²¹ Trotzdem erscheint die vom Bundesrat vorgeschlagene Änderung als ein sinnvolles Mittel, mit dem die Wirkung des § 10 UWG verbessert werden könnte. Der Bundesrat weist auch zutreffend darauf hin, dass die vorgeschlagene Vermutung des Vorsatzes die Interessen der Anspruchsgegner ausreichend wahrt.²²² Der Nachweis einer rechtswidrigen geschäftlichen Handlung bliebe ja Sache des Anspruchstellers, und bei erwiesenem objektiv rechtswidrigen Handeln des Anspruchsgegners erscheint es nicht zu viel verlangt, von diesem den Nachweis des nicht vorsätzlichen Handelns zu verlangen.

²¹⁷ Fezer, a.a.O., S. 48.

²¹⁸ Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 3.

²¹⁹ Stadler, ZIPW 2015, 61, 81; Poelzig, a.a.O., § 10 Rn. 41 m.w.N.

²²⁰ BT-Drs. 18/4535, S. 19 f.

²²¹ Fezer, a.a.O., S. 48.

²²² BT-Drs. 18/4535, S. 20.

dd) Nachweis der Kausalität bei § 10 UWG

Das dritte virulente Problem des § 10 UWG ist der Nachweis der Kausalität zwischen dem Wettbewerbsverstoß und der Gewinnerzielung zulasten der Abnehmer. Hier mögen im Einzelfall die Grundsätze über den Anscheinsbeweis helfen können.²²³ Insgesamt trägt aber auch dieses Problem dazu bei, das Prozesskostenrisiko bei Klagen aus § 10 UWG deutlich zu erhöhen und sie somit unattraktiver zu machen. Rechtspolitisch wäre hier eher an eine Vermutung bezüglich des genannten Kausalzusammenhangs zu denken, wie man sie etwa in Art. 17 Abs. 2 der geplanten EU-Richtlinie zum Kartellschadensersatz vorfindet.²²⁴ Ohne derartige Änderungen oder Erleichterungen wird die mit § 10 UWG bezweckte verhaltenssteuernde Wirkung voraussichtlich vernachlässigbar gering bleiben.

Der Bundesrat hat hier eine klarstellende Regelung dahingehend angeregt, dass in § 10 UWG explizit auf die Möglichkeit einer Schadensschätzung gemäß § 287 ZPO verwiesen werden sollte.²²⁵ Bereits zum geltenden Recht ist allerdings – wie der Bundesrat richtig anmerkt – die Geltung dieser Vorschrift auch bezüglich der auf § 10 UWG gestützten Klagen unstrittig.²²⁶ Die Anwendung des § 287 ZPO auf Fragen der Kausalität ist jedoch stark umstritten und im Detail unzureichend geklärt.²²⁷ Sinnvollerweise wird man wohl § 287 ZPO zumindest insoweit zur Anwendung bringen können, als es um die Schätzung desjenigen Gewinnanteils geht, der auf dem jeweiligen Verstoß gegen das Lauterkeitsrecht beruht.²²⁸

Das Problem der Kausalität zwischen Rechtsverstoß und dadurch entstandenen Schaden stellt sich nicht nur im Lauterkeitsrecht, sondern parallel auch im Kartellrecht. Im Kartellrecht hat sich die Europäische Union diesbezüglich für eine Vermutungsregel entschieden (Art. 17 Abs. 2 der Richtlinie 2014/104/EU), die demnächst ins deutsche Recht umgesetzt werden wird (dazu unten, S. 84).

²²³ Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 14.

²²⁴ Dazu unten, S. 63.

²²⁵ BT-Drs. 18/4535, S. 22.

²²⁶ S. nur Köhler/Bornkamm, § 10 UWG Rn. 14.

²²⁷ Überblicke bei Prütting/Gehrlein/Laumen, ZPO, § 287 Rn. 6 ff.; Musielak/Foerste, ZPO, § 287 Rn. 3 ff., jeweils m.w.N.

²²⁸ Poelzig, in: Großkommentar UWG, 2. Aufl. 2015, § 10 Rn. 83 m.w.N.

b) § 34a GWB

Während der Gewinnabschöpfungsanspruch aus § 10 UWG wenigstens noch in Einzelfällen praktisch relevant wird, ist der kartellrechtliche Anspruch der Verbände auf Vorteilsabschöpfung (§ 34a GWB) bisher praktisch völlig bedeutungslos.²²⁹ Um die Anreize bezüglich einer Gewinn- oder Vorteilsabschöpfungsklage für Verbraucherverbände zu erhöhen, wird daher in der kartellrechtlichen Literatur vorgeschlagen, nicht mehr den gesamten Ertrag an den Bundeshaushalt abzuführen, sondern nur 75 Prozent. Die restlichen 25 Prozent könnten dem siegreichen Verbraucherverband belassen werden, um einerseits eine Rücklage für Prozessrisiken zu bilden und andererseits die Erhebung aussichtsreicher Klagen attraktiver zu machen.²³⁰

Alternativ dazu wird auch hier die Schaffung eines Sondervermögens des Bundes zur Finanzierung der Verbraucherarbeit vorgeschlagen, welches sowohl aus Kartellbußgeldern wie auch aus den Erlösen einer umgestalteten Gewinnabschöpfungsklage gespeist werden könnte.²³¹ Durch mehrfache Initiativen des Bundesrates ist dieses Fondsmodell auch im Hinblick auf § 10 UWG wieder in der rechtspolitischen Diskussion (s. bereits oben).

c) Ergebnis zur Unrechtsgewinnabschöpfung

Insgesamt ist man sich weitgehend darüber einig, dass die Tatbestände der Unrechtsgewinnabschöpfung in § 10 UWG und § 34a GWB in der gegenwärtigen Form zur Verhaltenssteuerung kaum oder gar nicht geeignet sind. Neben den oben erörterten aktuellen Vorschlägen des Bundesrates liegen noch zahlreiche ältere Verbesserungsvorschläge vor,²³² die hier nicht im Detail gewürdigt werden können. Der Gesetzgeber steht hier allerdings vor einer gewissen Weichenstellung im Hinblick auf die Fortentwicklung des kollektiven Rechtsschutzes: Wenn man den mit §§ 10 UWG, 34a GWB eingeschlagenen Weg der Sonderberechtigung bestimmter Verbände zur Gewinnabschöpfung weitergehen möchte, so bedürfen diese Instrumente der deutlichen Verbesserung. Insbesondere muss zwingend die Anreizstruktur verändert werden, d. h.

²²⁹ *Alexander*, WRP 2012, 1190, 1191; *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 2: GWB Teil 1, § 34a GWB Rn. 3.

²³⁰ *W.-H. Roth*, in: Basedow (Hrsg.), Private Enforcement of EC Competition Law, S. 61, 74.

²³¹ Vgl. den Vorschlag bei *Fezer*, Zweckgebundene Verwendung von Unrechtserlösen und Kartellbußen zur Finanzierung der Verbraucherarbeit (2012), S. 50 ff.

²³² Überblick mit eigenem Vorschlag etwa bei *Alexander*, WRP 2012, 1190, 1193 ff.

ein erfolgreich auf Gewinnabschöpfung klagender Verband müsste auch finanziell an den Erlösen beteiligt werden.²³³ Andernfalls bliebe es bei den erheblichen Prozessrisiken ohne entsprechende Versicherungsmöglichkeit, die es den klagebefugten Verbänden schwer bis unmöglich machen, das Instrument der Gewinnabschöpfung anzuwenden. Zur Verbesserung der Anreizstruktur käme auch das oben erörterte Modell eines Sondervermögens in Betracht.

Mit der Einführung von Gewinnabschöpfungsansprüchen in UWG und GWB hat der deutsche Gesetzgeber den mit der Verbandsklage eingeschlagenen Weg fortgesetzt, d. h. es wurden zusätzliche Interventionsbefugnisse für klagebefugte Einrichtungen geschaffen, um die mangelhafte Durchsetzung von Individualansprüchen zu kompensieren. Dieser Weg ist kreativ, aber naturgemäß nicht frei von neuen dogmatischen und praktischen Problemen. Dies zeigen die bisherigen dogmatischen Diskussionen um die Einordnung des Gewinnabschöpfungsanspruchs als Rechtsbehelf *sui generis*²³⁴ ebenso wie die oben skizzierten rechtspolitischen Überlegungen zur Verteilung und Verwendung der abgeschöpften Unrechtsgewinne. Bisher ist es insbesondere noch nicht gelungen, den Gewinnabschöpfungsanspruch als praktisch bedeutsames Instrument auszugestalten. Dazu sind die oben dargestellten Veränderungen notwendig, d. h. es sind sowohl die Anreizwirkungen für die klagebefugten Einrichtungen zu verbessern als auch die zu strikten subjektiven Tatbestandsmerkmale (Vorsatz) zu verändern.

Neben einer solchen Effektivierung der den Verbänden zugewiesenen besonderen Interventionsbefugnisse (Unterlassung, Beseitigung, Gewinnabschöpfung) käme auch die Stärkung und Erleichterung der Durchsetzung der ohnehin bestehenden individuellen zivilrechtlichen Ansprüche einzelner Verbraucherinnen und Verbraucher in Betracht. Auch die tatsächliche Durchsetzung solcher Individualansprüche entfaltet ja eine gesellschaftlich relevante Wirkung, indem sie die bisher vorhandenen unerwünschten Anreize zum Rechtsbruch mindert. Beide Strategien – nämlich die Schaffung von Verbandsbefugnissen einerseits und die verbesserte Durchsetzung von Individualansprüchen andererseits – ergänzen sich daher. Allerdings sollte die tatsächliche Kompensation der individuellen Verbraucher Vorrang haben. Wo sie jedoch entweder faktisch nicht stattfindet oder aber mit vertretbarem Aufwand gar nicht möglich ist – also bei breit gestreuten kleineren Schäden – ist der Ausbau von Gewinnabschöpfungsansprüchen eine sinnvolle Strategie der Rechtsdurchsetzung.

²³³ Ebd., S. 1195..

²³⁴ So jetzt wohl die herrschende Auffassung, s. Köhler/Bornkamm, UWG, § 10 Rn. 5.

II. Bündelung individueller Ansprüche

1. Europarechtliche Vorgaben

Auch bezüglich der Bündelung individueller Ansprüche sollen zunächst wieder die europarechtlichen Vorgaben untersucht werden. Dies ist schon deshalb besonders relevant, weil die rechtspolitische Diskussion auf europäischer Ebene bezüglich der kollektiven Durchsetzung von Verbraucherinteressen seit einigen Jahren diese Bündelung in Form von Gruppen- oder Sammelklagen verstärkt in den Blick genommen hat.²³⁵ Vorläufige Resultate dieser europarechtlichen Entwicklung sind die Empfehlung der Kommission 2013/396/EU²³⁶ sowie die Richtlinie zu Kartellschadensersatzklagen, die im April 2014 vom Europäischen Parlament beschlossen wurde und derzeit dem Rat zur endgültigen Verabschiedung vorliegt. Diese beiden Instrumente sollen hier in ihrer Bedeutung für die Fortentwicklung des deutschen Rechts skizziert werden.

a) Empfehlung der Kommission 2013/396/EU

Unter den beiden genannten Instrumenten ist die Empfehlung 2013/396/EU zwar gegenüber einer Richtlinie das rechtlich deutlich schwächere Mittel, aber mit ihr sollen über den besonderen Bereich des Kartellrechts hinaus immerhin einige allgemeine Regeln über kollektive Unterlassungs- und Schadensersatzverfahren den Mitgliedstaaten nahegelegt werden. Damit ergänzt die EU die konkreteren und rechtlich bindenden sektorspezifischen Regelungen zum Kartellrecht (dazu sogleich unter b) um einen horizontalen Ansatz, der alle Bereiche des Unionsrechts umfassen kann. Die Empfehlung betrifft nur den Schutz der „durch Unionsrecht garantierten Rechte“, d. h. rein nationale Rechtsvorschriften sind – schon aus Kompetenzgründen – von ihr nicht betroffen. Da aber die Penetration des nationalen Rechts durch das Unionsrecht schon sehr weit fortgeschritten ist, sind doch große Teile der Rechtsbereiche, in denen die rechtspolitische Diskussion um kollektiven Rechtsschutz geführt wird, von der Empfehlung betroffen. Die Empfehlung nennt hier nur beispielhaft die Felder

²³⁵ Zu dieser Empfehlung und zur Entwicklung dahin *Stadler*, GPR 2013, 281 ff.

²³⁶ Empfehlung 2013/396/EU der Kommission vom 11. Juni 2013: Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadensersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten, ABl. EU v. 26.7.2013, L 201/60.

„Verbraucherschutz, Wettbewerb, Umweltschutz, Schutz personenbezogener Daten, Finanzdienstleistungen und Anlegerschutz“.²³⁷ Gerade diese Bereiche sind einerseits stark europarechtlich geprägt und andererseits auch mit den typischen Implementationsdefiziten behaftet, aus denen sich regelmäßig Diskussionen über verschiedene Möglichkeiten der kollektive Rechtsdurchsetzung ergeben.

Die Wahl der Rechtsform der Empfehlung darf dabei nicht in der Weise missverstanden werden, dass die dort niedergelegten „Grundsätze“ irrelevant oder bloße Anregungen wären. Die Empfehlung gemäß Art. 288 AEUV ist zwar nicht verbindlich in dem Sinne, dass sie zu konkreten Rechtsänderungen zwänge. Sie zwingt aber zur Auseinandersetzung mit ihrem Inhalt und kann dadurch zumindest mittelbar auch normative Wirkungen entfalten.²³⁸ Insbesondere empfiehlt sie auch Maßnahmen zur Datenerhebung und Berichterstattung über Kollektivverfahren (Nr. 39 f. der Empfehlung) und stellt eine Überprüfung und Neubewertung durch die Kommission im Jahr 2017 in Aussicht. Am Ende eines solchen Berichts- und Evaluationsverfahrens könnte durchaus ein dann verbindlicher Rechtsakt stehen. Aus Sicht der Mitgliedstaaten ergibt sich hier somit ein Zeitfenster bis etwa 2017, welches sie dazu nutzen können, die Anregungen der Empfehlenden kreativ aufzugreifen und eigene Akzente zu setzen, die dann in eine spätere europarechtliche Lösung einfließen oder gar Vorbildcharakter haben könnten. Die Gesetzgebung des Jahres 2014 zu Gruppenklagen in Frankreich und Belgien (dazu unten, S. 104) zeigt, dass einige Mitgliedstaaten diesen Prozess der kreativen Integration der Empfehlung bereits begonnen haben.

Was die Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes angeht, so unterscheidet die Kommission in ihrer Empfehlung zwischen kollektiven Unterlassungsverfahren einerseits und kollektiven Schadensersatzverfahren andererseits. Bezüglich der Unterlassungsverfahren, die ja in Deutschland – wie eingangs dieser Untersuchung dargestellt – in den letzten 50 Jahren erfolgreich etabliert sind, enthält die Empfehlung aus deutscher Sicht nur wenig Neuigkeiten. Insbesondere die Möglichkeit des einstweiligen Rechtsschutzes (Nr. 19 der Empfehlung) und die Durchsetzung von Unterlassungsanordnungen durch finanzielle Sanktionen (Nr. 20 der Empfehlung) sind durch das allgemeine deutsche Zivilverfahrensrecht ohnehin gewährleistet und werden auch praktisch umgesetzt. Allerdings fehlt in Deutschland ein öffentliches Register von Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes, welches in Art. 35 ff. der Empfehlung

²³⁷ Ebd., Erwägungsgrund 7.

²³⁸ Vgl. etwa *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 5, S. 439 ff.

beschrieben wird. Ein solches Register ist auch aus anderen Gründen ein wichtiges Desiderat und sollte zügig umgesetzt werden (s. unten, S. 165).

Für das deutsche Verfahrensrecht ungewöhnlich und erstaunlich ist allerdings der Wunsch der Empfehlung, dass der Kläger in einem Kollektivverfahren dem Gericht „die Herkunft der Mittel offenlegen“ müsse, mit denen die Klage finanziert wird (Nr. 14 der Empfehlung).²³⁹ Aus dem Kontext dieser Regelung ergibt sich, dass sie im Zusammenhang mit der in der Empfehlung an mehreren Stellen durchscheinenden Skepsis gegenüber drittfinanzierten Verfahren zu sehen ist. Aus ökonomischen Gründen ist aber eine nennenswerte Prozessfinanzierung durch kommerziell agierende Dritte eigentlich nur bei Schadensersatzklagen vorstellbar; nicht aber bei Unterlassungsklagen, bei denen es auch bei Obsiegen nichts an den Finanzierer zu verteilen gibt. Die Befürchtung in der Empfehlung, dass etwa ein Wettbewerber einen Verbraucherverband und dessen Unterlassungsklagen finanziert, um einen anderen Wettbewerber zu schädigen (vgl. Nr. 16 b der Empfehlung), geht an der Realität jedenfalls hierzulande völlig vorbei. In einem derartigen Konkurrenzverhältnis hat jeder Wettbewerber ohnehin eigene lauterkeitsrechtliche Ansprüche, sodass er auf einen „vorgeschobenen“ Verbraucherverband gar nicht angewiesen ist.

Interessanter für die Fortentwicklung des deutschen Rechts sind daher die Ausführungen in der Empfehlung, die sich mit kollektiven Schadensersatzverfahren befassen. Zunächst einmal fordert die Empfehlung die Mitgliedstaaten auf, solche Verfahren überhaupt in ihr Rechtssystem aufzunehmen. Für Deutschland bedeutet dies, dass ein auf Schadensersatz abzielendes „Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes“ im Sinne von Nr. 2 und 3a der Empfehlung erst einmal geschaffen werden müsste. Allerdings hat die Bundesregierung in einer Antwort auf eine parlamentarische Anfrage im Juni 2014 dazu die Auffassung vertreten, dass das von der Kommission empfohlene „System des kollektiven Rechtsschutzes“ in Deutschland „im Grundsatz“ bereits existiere; insbesondere sei schon nach den allgemeinen Regeln des Zivilverfahrensrechts (subjektive und objektive Klagehäufung) die Bündelung gleichgelagerter Ansprüche als „Sammelklage“ möglich.²⁴⁰

Diese Gleichsetzung von tradiertem Zivilverfahrensrecht mit den von der Kommission gemeinten kollektiven Rechtsschutzverfahren wird jedoch weder

²³⁹ Mit Recht ablehnend dazu Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme Nr. 49/2013 vom November 2013 zur Empfehlung der Kommission Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadensersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten, S. 20; dort wird auch zutreffend darauf hingewiesen, dass dann jedenfalls auch der Beklagte die Herkunft seiner Mittel offenlegen müsste.

²⁴⁰ Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Maisch u.a., BT-Drs. 18/1719, S. 3.

vom Wortlaut noch von der Entstehungsgeschichte oder von Sinn und Zweck der Empfehlung gestützt. Wenn man wirklich die materiell-rechtlichen oder verfahrensrechtlichen Bündelungsmöglichkeiten des allgemeinen Zivil- und Zivilverfahrensrechts als „Sammelklagen“ oder „kollektive Rechtsschutzverfahren“ bezeichnen wollte, dann wäre wohl die Empfehlung 2013/396/EU ebenso wie der ihr vorausgehende jahrelange Diskussionsprozess weitgehend sinnlos gewesen.

Derartige Möglichkeiten – etwa die materiell-rechtliche Abtretung oder verfahrensrechtliche Verbindungsmöglichkeiten – sind (so darf man vermuten) in den allermeisten Mitgliedstaaten schon seit Langem vorhanden. Sie können daher mit dem in Nr. 2 und 3a der Empfehlung genannten „Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes“ nicht gemeint sein. Mit diesem Begriff meint die Kommission eben nicht das allgemeine Zivilverfahrensrecht, sondern besondere Verfahrensarten, mit denen der „Zugang zur Justiz“ gegenüber der bloß individuellen Rechtsdurchsetzung erleichtert werden soll.²⁴¹ Hinzu kommt die Erwägung der Kommission, dass Kollektivverfahren bezüglich Schadensersatzansprüchen erst „in manchen Mitgliedstaaten in unterschiedlichem Umfang eingeführt“ wurden.²⁴² Dies macht deutlich, dass es hier um originäre Kollektivverfahren geht und nicht um die bloße Anwendung von auf das Individualverfahren zugeschnittenen Regelungen des allgemeinen Zivilverfahrensrechts. Auch die Erörterung des „opt-in“-Prinzips und möglicher Ausnahmen von diesem Prinzip in Nr. 21 ff. der Empfehlung wären sonst sinnlos, da die in der Fachdiskussion zum kollektiven Rechtsschutz etablierten Begriffe „opt-in“ und „opt-out“ gerade bezüglich besonderer Verfahrensarten entwickelt wurden, die eben nicht in jedem Fall zwingend die Erhebung von Einzelansprüchen in den Formen des allgemeinen Zivilverfahrensrechts voraussetzen. Im Gegenteil: Die Empfehlung geht gerade davon aus, dass aus dem allgemeinen Zivil- und Zivilverfahrensrecht ein durch zusätzliche Instrumente zu kompensierendes „Defizit an Rechtsschutzmöglichkeiten“ resultiert.²⁴³

Somit geht nichts an dem Befund vorbei, dass auch in Deutschland ein besonderes kollektives Rechtsschutzverfahren auch mit dem Ziel Schadensersatz eingeführt werden muss, wenn man der Empfehlung der Kommission

²⁴¹ Erwägungsgrund Nr. 10 der Empfehlung 2013/396/EU.

²⁴² Ebd., Erwägungsgrund Nr. 11.

²⁴³ Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme Nr. 49/2013 vom November 2013 zur Empfehlung der Kommission Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadensersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten, S. 4; vgl. auch die Darstellung der Möglichkeiten und Defizite der gesammelten Durchsetzung von Forderungen bei *Behrendt/Freiin von Enzberg*, RIW 2014, 253, 256 f.

folgen möchte. Dies entspricht auch den Entwicklungen in unseren Nachbarländern und zahlreichen anderen Mitgliedstaaten.²⁴⁴

b) Richtlinie Kartellschadensersatz 2014/104/EU

Im Gegensatz zu dem nur mittelbar-normativen Charakter der horizontalen Empfehlung ist die Kartellschadensersatzrichtlinie 2014/104/EU bindend und muss bis Ende 2016 umgesetzt werden.²⁴⁵ Abgesehen von der vertikalen Ausrichtung der Richtlinie auf einen bestimmten Rechtsbereich, nämlich das Kartellrecht, teilen Richtlinie und Empfehlung beide die Einschätzung eines produktiven Nebeneinanders von öffentlicher und privater Rechtsdurchsetzung: Ebenso wie die Empfehlung von einem Rechtsdurchsetzungsdefizit in zahlreichen Rechtsbereichen ausgeht, soll auch die Richtlinie zu kartellrechtlichen Schadensersatzklagen im Ergebnis stärkere Anreize für „eine bessere Einhaltung der EU-Wettbewerbsvorschriften“ schaffen.²⁴⁶ Beide Instrumente müssen daher als Teil einer einheitlichen Strategie zur Stärkung der privatrechtlich strukturierten Rechtsdurchsetzung verstanden werden.

Die Kartellschadensersatzrichtlinie enthält eine Reihe von Bestimmungen, die sich auf das materielle Recht zum Schadensersatz bei Kartellrechtsverstößen beziehen, etwa die Regeln zur vollständigen Kompensation des Schadens (Art. 2 der Richtlinie), zur gesamtschuldnerischen Haftung (Art. 11) sowie zur Problematik der *passing-on defense* und der Anspruchsberechtigung indirekter Abnehmer (Art. 12 ff.). Diese kartellrechtlichen Sonderfragen sollen hier nicht weiter erörtert werden.

Aus Sicht des Verbraucherschutzes ist es allerdings bemerkenswert, dass die Kartellschadensersatzrichtlinie tendenziell eher Ansprüche von unmittelbar Geschädigten – etwa den direkten Abnehmern der Kartellanten – erschwert, indem sie die *passing-on defense* weitgehend zulässt (Art. 13 der Richtlinie). Zugleich werden aber die Abnehmer auf einer entfernteren Vertriebsstufe – insbesondere Endverbraucher – tendenziell durch die Richtlinie bessergestellt, da die Richtlinie eine Vermutung der Weitergabe kartellbedingter Preiserhöhungen enthält (Art. 14 Abs. 2 der Richtlinie). Diese tendenzielle Verlagerung

²⁴⁴ S. unten, S. 74.

²⁴⁵ Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. EU 2014, L 349, 1 (Art. 21 Abs. 1: Umsetzungsfrist bis 27.12.2016).

²⁴⁶ Vgl. die Begründung der Kommission in ihrem Entwurf vom 11.6.2013, COM (2013) 404 final, S. 11.

der Ersatzansprüche auf den Endverbraucher mag man aus ökonomischer Sicht begrüßen, da vermutlich die kartellbedingten Schäden in vielen Märkten weitgehend an die Endverbraucher „durchgereicht“ werden können und diese daher die echten Geschädigten des jeweiligen Kartells sind. Allerdings wird in der Literatur mit Recht darauf hingewiesen, dass gerade die Endverbraucher typischerweise nicht in der Lage sind, sich zu organisieren und ihre verstreuten Schadensersatzansprüche effektiv durchzusetzen.²⁴⁷ Daher könnte die Kartellschadensersatzrichtlinie – wohl entgegen ihrer Intention – im Ergebnis dazu führen, dass tatsächlich weniger Kartellschäden kompensiert werden als ohne sie.²⁴⁸

Diese Gefahr besteht jedenfalls dann, wenn die Veränderungen im Kartellschadensersatzrecht nicht durch Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes flankiert werden, mit welchen die Endabnehmer bei der Durchsetzung ihrer typischerweise in kleine Portionen zersplitterten Ersatzansprüche unterstützt werden. Anders ausgedrückt: Ein Unternehmen, das nur an wenige (Groß-)Kunden liefert, ist vermutlich einem höheren Schadensersatzrisiko ausgesetzt als ein Unternehmen, welches Produkte entweder unmittelbar an viele Verbraucher verkauft oder zumindest seine Produkte in eine längere Produktions- und Lieferkette einbringt.²⁴⁹ Diese aus der Konzeption der Richtlinie resultierende Problematik ist ein weiteres Argument dafür, die im Folgenden noch vertieft zu erörternden Bündelungsmöglichkeiten für Einzelansprüche und/oder die Abschöpfungsansprüche der Verbände zu stärken.

aa) Kausalitätsvermutung

Darüber hinaus ist anlässlich der Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie zu überlegen, welche Teile der Kartellschadensersatzrichtlinie im Interesse der Einheit der Rechtsordnung verallgemeinerbar wären, um auch in anderen durch das besagte Durchsetzungsdefizit gekennzeichneten Rechtsbereichen adäquate Verhaltensanreize zu setzen. Insbesondere fällt die in Art. 17 Abs. 2 der Richtlinie statuierte widerlegbare Vermutung der Schadensverursachung durch eine Kartellrechtsverletzung auf. Damit sollen im Interesse der erleichterten Rechtsdurchsetzung und angesichts der „Informationsasymmetrie“ und „der mit der Quantifizierung des kartellrechtlichen Schadens verbundenen Schwierigkeiten“ die Beweisprobleme der Kartellgeschädigten gelindert wer-

²⁴⁷ *Janssen*, Compliance-Berater 2015, 35, 39.

²⁴⁸ *Makatsch/Mir*, EuZW 2015, 7, 12.

²⁴⁹ *Janssen*, Compliance-Berater 2015, 35, 40.

den.²⁵⁰ Diese Beweisprobleme gibt es aber z. B. auch bei der oben bereits erörterten Frage der Gewinnerzielung durch unlautere Wettbewerbshandlungen, sodass hier die Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie den Anstoß für eine Prüfung vergleichbarer Regelungsbedürfnisse geben könnte.

In der Literatur ist allerdings die Bedeutung der in Art. 17 Abs. 2 RI. 2014/104/EU enthaltenen Kausalitätsvermutung bisher noch umstritten: Während einige sie als eine „für die Praxis wichtige Besonderheit“ bezeichnen,²⁵¹ sehen andere ihre Bedeutung als eher „gegen null“ tendieren.²⁵² Der Hintergrund dieser unterschiedlichen Einschätzungen besteht darin, dass Art. 17 Abs. 2 der Richtlinie nur eine Vermutung dahingehend begründet, dass überhaupt ein Schaden durch das Kartellverhalten entstanden ist, nicht aber einen bestimmten Schadensumfang begründet: „Diese Vermutung soll nicht die konkrete Höhe des Schadens erfassen.“²⁵³ Daher wird ein konkreter Kläger weiterhin Tatsachen vortragen müssen, aus denen sich jedenfalls Anhaltspunkte für eine Schadensschätzung ergeben.²⁵⁴ Eine solche Schätzung ist dann gemäß Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie 2014/104/EU ebenso zulässig wie schon jetzt im deutschen Recht gemäß §§ 33 Abs. 3 Satz 3 GWB, 287 ZPO.

Die Schadensvermutung des Art. 17 Abs. 2 als solche kann also naturgemäß noch keinen quantifizierbaren Schaden begründen. Sie ist aber trotzdem ein sinnvolles Instrument, da sie bei unklarem Kausalverlauf z. B. hinsichtlich der preisbildenden Wirkung eines Kartells klarstellt, dass es Sache der Kartelltäter ist, den behaupteten Nicht-Einfluss ihres Verhaltens auf die Preise nachzuweisen. Dies gilt insbesondere auch für Preiserhöhungen durch am Kartell nicht beteiligte Unternehmen, die sich den sogenannten Umbrella-Effekt zunutze machen.²⁵⁵

Oben wurde bereits gezeigt, dass Fragen der Kausalität nicht nur bei kartellrechtlichen Schadensersatzansprüchen entscheidend sein können, sondern auch bei Gewinnabschöpfungsansprüchen, sei es ebenfalls im Kartellrecht (§ 34 a GWB) oder – praktisch etwas relevanter – bei Ansprüchen aus § 10 UWG. Auch in diesen Konstellationen besteht das Problem der Informationsasymmetrie: Der theoretisch zur Gewinnabschöpfung berechnete Verbandskläger hat in das ökonomische Kalkül des rechtswidrig handelnden Unterneh-

²⁵⁰ Kommissionsbegründung der Richtlinie, COM (2013) 404 final, Erwägungsgrund Nr. 35, S. 34.

²⁵¹ *Haus/Serafimova*, BB 2014, 2883, 2889.

²⁵² *Kersting*, WuW 2014, 564, 573.

²⁵³ Erwägungsgrund 47 der Richtlinie 2014/104/EU.

²⁵⁴ *Kersting*, WuW 2014, 564, 573.

²⁵⁵ *Lettl*, WRP 2015, 537, 540, unter Verweis auf den Fall „Kone“: EuGH, Urt. v. 5.6.2014, Rs. C-557/12, WRP 2014, 829.

mens keinen Einblick und steht daher regelmäßig vor erheblichen Beweisschwierigkeiten. Auch hier wäre daher eine grundsätzliche Vermutung der Erzielung eines Unrechtsgewinns angemessen, die der Täter dann durch entsprechende Nachweise der Erfolglosigkeit seines Tuns widerlegen könnte.

bb) Offenlegung von Beweismitteln

Ein weiterer Aspekt der Informationsasymmetrie ist der Zugang zu Dokumenten und anderen Beweismitteln. In dieser Hinsicht befasst sich die Kartellschadensersatzrichtlinie einerseits mit einem seit Langem akuten Sonderproblem des Kartellrechts, nämlich dem Zugang zu Akten der Kartellbehörden (Art. 6). Hier besteht im Kartellrecht angesichts der intensiven Ermittlungsarbeit der Kartellbehörden und des beabsichtigten Schutzes für geständige Kronzeugen ein besonderer Regelungsbedarf, der nicht auf andere Rechtsbereiche übertragbar ist. Daneben enthält die Richtlinie aber in ihrem Art. 5 auch allgemeine Regeln über die Offenlegung von Beweismitteln, bei denen man durchaus an eine Erweiterung auf andere Rechtsbereiche denken könnte. Wenn etwa Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie dem Gericht die Möglichkeit gibt, die Offenlegung solcher Beweismittel anzuordnen, die sich in den Händen des Beklagten befinden, so soll damit der effektive Zugang der Kläger zu Beweismitteln gewährleistet werden und die diesbezüglichen Rechtsunterschiede zwischen den Verfahrensrechten der Mitgliedstaaten abgebaut werden.²⁵⁶ Die ungleichen Bestimmungen über die Möglichkeit von *discovery* und anderen Beweisverfahren können zu Wettbewerbsverzerrungen und unerwünschtem *forum shopping* führen.²⁵⁷

Diese Überlegungen treffen aber nicht nur auf das Kartelldeliktsrecht zu, sondern der Zugang zu Beweismitteln spielt auch in anderen für den kollektiven Rechtsschutz relevanten Bereichen eine große Rolle – man denke nur an Schadensersatzverfahren im Anlegerschutz oder an Gewinnabschöpfungsverfahren im Lauterkeitsrecht. Hier wird anlässlich der Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie zu überprüfen sein, wie die Regeln des deutschen Zivilverfahrensrechts – insbesondere die §§ 138 ff. ZPO – richtlinienkonform ergänzt oder umgestaltet werden können. Dabei kommt vor allem die Vorschrift des § 142 ZPO in den Blick, die bereits jetzt die Anordnung der Urkun-

²⁵⁶ So die Begründung der Kommission v. 11.6.2013 in COM (2013) 404 final, S. 10.

²⁵⁷ Ebd., S. 11.

denvorlegung durch das Gericht gegenüber den Parteien oder gegenüber Dritten ermöglicht.²⁵⁸

Bereits bei erstem Hinsehen scheint aber § 142 ZPO in seiner gegenwärtigen Fassung nicht ausreichend, um die Vorgaben der Kartellschadensersatzrichtlinie zu erfüllen. Insbesondere ist § 142 ZPO auf „Urkunden oder sonstige Unterlagen“ beschränkt. Auch wenn man dies weit auslegt und etwa elektronisch gespeicherte Informationen über § 144 Abs. 1 Satz 2 ZPO miteinbezieht,²⁵⁹ so ist der Regelungsbereich des Art. 5 der Richtlinie doch weiter, indem er allgemein von „Beweismitteln“ spricht. Zu denken wäre etwa an die Benennung von Zeugen, z. B. von Mitarbeitern, die mit einer bestimmten Angelegenheit befasst waren.

Ein weiterer wesentlicher Unterschied zwischen Art. 5 der Richtlinie und dem bisherigen § 142 ZPO besteht in den Anforderungen an den klägerischen Vortrag. Während § 142 ZPO eine konkrete Bezugnahme auf eine bestimmte Urkunde verlangt, sodass diese „identifizierbar“ wird,²⁶⁰ kann der Kläger sich gemäß Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie auch auf „einschlägige Arten von Beweismitteln“ beziehen, sofern er die in Abs. 1 verlangte „fundierte Begründung“ vorlegt. Damit schafft die Richtlinie sicherlich keine „weitreichenden Ausforschungsmöglichkeiten“, wie gelegentlich befürchtet wird.²⁶¹ Trotzdem erscheint der beim klägerischen Vortrag notwendige Konkretisierungsgrad gegenüber dem geltenden Recht des § 142 ZPO in der Richtlinie durchaus verringert.²⁶² Daher besteht hinsichtlich der Offenlegung von Beweismitteln erheblicher Anpassungsbedarf im deutschen Zivilverfahrensrecht.²⁶³ Dieser ist sinnvollerweise nicht auf den engen Bereich des Kartelldeliktsrechts zu beschränken, da es schon aus Gerechtigkeitsgründen kaum einsehbar ist, warum Kartellgeschädigte hier besser behandelt werden sollten als etwa die Geschädigten bei Verstößen gegen das Lauterkeitsrecht und gegen das Verbraucher- oder Anlegerschutzrecht.

²⁵⁸ Vgl. noch zum Weißbuch der Kommission *Wilhelmi*, in: Möschel/Bien (Hrsg.), S. 99 ff.

²⁵⁹ *Stadler*, in: Musielak, ZPO, § 142 Rn. 2.

²⁶⁰ *Greger*, in: Zöller, ZPO, § 142 Rn. 6;

²⁶¹ So etwa (ohne weitere Begründung) *Steinle*, EuZW 2014, 481, 482.

²⁶² Vgl. *Keßler*, Die kollektive Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen von Verbrauchern im Kartellrecht, S. 46: Die in der Richtlinie vorgeschlagene Regelung gehe „deutlich über die gegenwärtigen Vorgaben der deutschen Rechtsordnung hinaus.“ Etwas zurückhaltender nach Analyse des geltenden deutschen Verfahrensrechts *Schweitzer*, NZKart 2014, 335, 341, die aber ebenfalls eine Anpassung der Regelung des § 142 ZPO aufgrund der verringerten Anforderungen an den Klägervortrag für notwendig erachtet; vgl. bereits zum Richtlinienentwurf *Fiedler*, BB 2013, 2179, 2182 f.

²⁶³ Anders aber *Stauber/Schaper*, NZKart 2014, 346, 348, die nur „punktuelle Änderungen“ für nötig halten und entgegen der hier vertretenen Auffassung die geltende Regelung in § 142 ZPO als „im Wesentlichen“ richtlinienkonform ansehen.

2. Bestehende Bündelungsinstrumente im Verfahrensrecht und im materiellen Recht

Die europarechtlichen Vorgaben in Form der Empfehlung Nr. 2013/396/EU weisen also über die bereits im geltenden deutschen Recht bestehenden Instrumente zur Bündelung von Einzelansprüchen hinaus. Solange aber der deutsche Gesetzgeber kein kollektives Rechtsschutzverfahren im Sinne dieser Empfehlung bereitstellt, sind die Geschädigten und ihre Interessenverbände auf die behelfsmäßige Bündelung von Ansprüchen mit den Mitteln des geltenden Rechts angewiesen.

a) Streitgenossenschaft

Das nach allgemeinem Zivilverfahrensrecht dafür vorgesehene Instrument ist die Streitgenossenschaft der §§ 59, 60 ZPO. Es handelt sich dabei um eine Prozessverbindung, d. h. die Klage in Streitgenossenschaft ändert nichts an den jeweils einzeln zu denkenden Prozessrechtsverhältnissen; daher wird auch der Begriff der subjektiven Klagenhäufung verwendet. Die Streitgenossenschaft beruht daher auf dem für die Durchsetzung individueller Ansprüche entwickelten Prinzip der individuellen Klageerhebung und fasst diese Individualklagen nur aus Zweckmäßigkeitsgründen zusammen. Immerhin führt sie auch zu einer gewissen Reduktion des Prozesskostenrisikos, da der Gebührenstreitwert auf den gesamten Betrag berechnet wird, was aufgrund der degressiven Gebührentabellen zu einer Gebührenermäßigung *pro rata* führt; allerdings ist hier auch der Mehrvertretungszuschlag für den Rechtsanwalt gemäß Nr. 1008 RVG Anlage 1 zu berücksichtigen. Insgesamt ergeben sich aus dem Gebührensystem aber regelmäßig finanzielle Erleichterungen bei einer streitgenössischen Klage einer größeren Gruppe von Klägern.

In der Praxis berichten die Verbraucherzentralen und andere Organisatoren von streitgenössischen Klagen allerdings gelegentlich von Verfahrenstrennungen durch die Gerichte, wodurch dann die finanziellen und organisatorischen Erleichterungen der Streitgenossenschaft wieder verschwinden. Aus der Praxis wird berichtet, dass Verfahrenstrennungen zum organisatorischen Scheitern einer „Sammelklage“ führen können. Derartige Berichte führten im Kontext der Reform des KapMuG 2012 zu einer Änderung des für die Prozesstrennung einschlägigen § 145 ZPO, mit der die Prozesstrennung nur

noch zugelassen wurde, wenn ansonsten ein „wesentlicher Teil des Rechtsstreits“ verzögert erledigt würde.²⁶⁴ Dieser Restriktion der Prozesstrennung war kein langes Leben beschieden; sie wurde schon zum 1.1.2013 wieder abgeändert, sodass die heutige Fassung des § 145 ZPO nur noch „sachliche Gründe“ für die Prozesstrennung verlangt.²⁶⁵ Damit ist aber bezüglich der Trennungsvoraussetzungen wieder der alte Rechtszustand hergestellt, denn eine willkürliche Prozesstrennung ohne sachliche Gründe war schon nach altem Recht nicht zulässig.²⁶⁶ Die Rücknahme der ursprünglich geplanten Verschärfung der Vorschrift geht auf eine Absprache der Bundesregierung mit dem Bundesrat zurück.²⁶⁷ Anscheinend haben die Bundesländer ein erhebliches Interesse an der Erleichterung der Verfahrenstrennung; dies mag aus fiskalischen (erhöhte Gebühreneinnahme bei Verfahrenstrennung) oder justizorganisatorischen Gründen (Zählung der Verfahren für die Pensenberechnung der Richterinnen und Richter) bestehen. Eine Unterstützung der gebündelten Durchsetzung gleichartiger Ansprüche durch die Bundesländer und ihre Justizorganisation ist jedenfalls nicht erkennbar.

Trotz dieser Schwierigkeiten sind in der Praxis auch mit Unterstützung von Verbraucherzentralen streitgenössische Klagen erhoben worden, mit denen auf massenhafte Schädigungen von Verbraucherinnen und Verbrauchern reagiert werden sollte.²⁶⁸ Allerdings war bei diesen Klagen die Zahl der Beteiligten überschaubar und bewegte sich eher im Bereich einiger Dutzend Streitgenossen bei einer gleichzeitigen Betroffenheit von möglicherweise Tausenden von Verbraucherinnen und Verbrauchern. Für Verfahren mit einer echten Massenbeteiligung oder -wirkung erscheint das Institut der Streitgenossenschaft schon aus organisatorischen Gründen kaum geeignet.²⁶⁹

b) Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG)

Aus historischen Zufälligkeiten ist in Deutschland in Form des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes (KapMuG) allerdings ein besonderes Verfahrens-

²⁶⁴ § 145 Abs. 1 Satz 2 ZPO i.d.F. d. Art. 2 Nr. 2 des Gesetzes zur Reform des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes und zur Änderung anderer Vorschriften v. 19.10.2012, BGBl. I, S. 2182.

²⁶⁵ Eingeführt durch Art. 1 Nr. 3 des Gesetzes zur Einführung einer Rechtsbehelfsbelehrung im Zivilprozess und zur Änderung anderer Vorschriften v. 5.12.2012, BGBl. I, S. 2418.

²⁶⁶ BGH, Urt. v. 6.7.1995, NJW 1995, 3120.

²⁶⁷ Vgl. die Protokollerklärung der Bundesregierung gegenüber dem Bundesrat in Anlage 13 zum Plenarprotokoll des Bundesrats, 900. Sitzung v. 21.9.2012, S. 410.

²⁶⁸ S. die Beispiele oben, S. 26.

²⁶⁹ Zöller/*Vollkommer*, ZPO, §§ 59, 60 Rn. 3a und Anhang nach § 77 Rn. 1.

recht für die gebündelte Durchsetzung massenhaft auftretender Ansprüche aufgrund fehlerhafter Kapitalmarktinformationen entstanden. Dieses wurde 2005 als Reaktion des Gesetzgebers auf die Überlastung des Landgerichts Frankfurt/Main eingeführt, wo seit etwa 2002 Tausende von – bis heute nicht abgeschlossenen – Prospekthaftungsverfahren gegen die Deutsche Telekom anlässlich ihrer Börsengänge anhängig sind.²⁷⁰ Das KapMuG wurde 2012 reformiert und in seiner Geltung bis zum 31. Oktober 2020 verlängert.²⁷¹ Bereits bei der Beratung des ursprünglichen KapMuG wurde im Bundesrat mit Recht darauf hingewiesen, dass es der Sache nach nicht einsichtig ist, warum gerade für Schadensersatzansprüche von Kapitalanlegern ein Sonderverfahrensrecht geschaffen wird, für andere ebenfalls denkbare Massenschäden jedoch nicht.²⁷² Mit der Reform des KapMuG im Jahre 2012 wurde der Anwendungsbereich des KapMuG nur vorsichtig ausgeweitet, sodass er jetzt neben dem eigentlichen Prospekthaftungsrecht und sonstigem Kapitalmarktdeliktsrecht auch vertragliche Ansprüche umfasst, die etwa auf eine fehlerhafte Beratung im Zusammenhang mit Kapitalmarktinformationen gestützt werden.²⁷³

Das KapMuG ist trotz seines beschränkten Anwendungsbereichs Gegenstand zahlreicher Veröffentlichungen und Kommentierungen, die hier nicht im Detail ausgewertet werden sollen.²⁷⁴ Vielmehr soll das KapMuG für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung in den Gesamtkontext der fünfzigjährigen Geschichte des kollektiven Rechtsschutzes im Verbraucherinteresse eingeordnet werden. Daraus ergeben sich einige wesentliche Aspekte, die über die Details des KapMuG-Verfahrens hinausreichen:

Erstens belegt die Existenz des KapMuG, dass bei echten Massenschäden die tradierten zivilverfahrensrechtlichen Regeln in doppelter Hinsicht unzureichend sind: Zunächst bieten sie zu geringe Anreize für eine privatrechtlich organisierte Rechtsdurchsetzung, was aus gesamtgesellschaftlicher Sicht in zahlreichen Rechtsbereichen zu unerwünschten Implementationsdefiziten führt. Das Kapitalmarktrecht ist hier nur ein Beispiel, indem die Rechtsdurchsetzung nicht nur im Individualinteresse, sondern auch im Allgemeininteresse wünschenswert ist – hier insbesondere aufgrund der ökonomisch gewollten

²⁷⁰ Zur Historie der Telekom-Verfahren vgl. *Tilp*, FS Achim Krämer (2009), S. 331 ff.

²⁷¹ So § 28 KapMuG n.F.; zur Reform des KapMuG *Hess*, in: Kölner Kommentar KapMuG (2. Aufl. 2014), Einleitung Rn. 21 ff. m.w.N.

²⁷² BT-Drs. 15/5091, 39.

²⁷³ Jetzt § 1 Abs. 1 Nr. 2, 2. Alt. KapMuG, dazu *Kruis*, in: Kölner Kommentar KapMuG (2. Aufl. 2014), § 1 Rn. 84 ff.

²⁷⁴ Vgl. etwa die Kommentierungen des KapMuG durch *Hess u.a.*, Kölner Kommentar KapMuG (2. Aufl. 2014); *Halfmeier*, in: Prütting/Gehrlein, ZPO (7. Aufl. 2015); *Vorwerk/Wolf*, KapMuG (2007, zum alten Recht).

optimalen Ressourcenallokation durch korrekte Information des Kapitalmarkts.²⁷⁵ Wenn es dann doch zu einer massenhaften Mobilisierung der bestehenden privatrechtlichen Instrumente kommt – wie im Telekom-Prospekthaftungsfall in einzigartiger Weise geschehen –, kann das Justizsystem ohne besondere Verfahrensregeln darauf nicht adäquat reagieren.

Aus dieser Problematik ergibt sich der typische Doppelcharakter von Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes, der auch die Begründung und die Diskussionen zum KapMuG durchzieht: Einerseits soll das KapMuG den Rechtsschutz in Form des Zugangs zur Justiz im Interesse der Rechtsdurchsetzung überhaupt erst erleichtern und fördern; zugleich soll es aber der Überlastung der Gerichte entgegenwirken, wenn die Bürger ihre materiell-rechtlich möglicherweise bestehenden Ansprüche auch tatsächlich durchsetzen möchten.²⁷⁶

Diese doppelte Perspektive betrifft aber nicht nur das Kapitalmarktrecht, sondern auch viele andere Rechtsbereiche. Wenn etwa nicht nur 80, sondern Tausende von Kunden eines Versicherungsunternehmens etwaige Rückzahlungsansprüche wegen falsch berechneter Rückkaufwerte geltend machten oder die Kunden von Strom- oder Gasversorgern massenhaft gegen möglicherweise unwirksame Preiserhöhungen vor Gericht voringen, so entstünde schnell eine Überlastsituation wie im Telekom-Fall in Frankfurt. Mit dem KapMuG ist also zunächst einmal – und darin liegt wohl auch der Grund für die ihm geschenkte nationale wie internationale Aufmerksamkeit – anerkannt, dass für die justizförmige Abwicklung von Massenschäden die Schaffung neuer Regeln zwingend notwendig ist.

Die zweite wichtige Lehre aus der Existenz und Realität des KapMuG ist, dass in einem Massenverfahren nie dasselbe Niveau von Einzelfallgerechtigkeit geschaffen werden kann wie im klassischen Individualprozess. Das ist schon konzeptionell unmöglich und auch gar nicht anzustreben, da sonst sämtliche gewollten Effizienzvorteile wieder verloren gingen. Indem das KapMuG einzelne Klagen jedes individuell betroffenen Individuums voraussetzt, diese in einem Musterverfahren zusammenführt und dann nach Ende des Musterverfahrens die Fortsetzung der Einzelverfahren vorsieht, verzichtet es auf viele mögliche Effizienzgewinne und führt – wie auch die Erfahrungen insbesondere im Telekom-Prozess zeigen – nicht unbedingt zu einer Beschleunigung oder Vereinfachung der Verfahren.

²⁷⁵ Vgl. zu dieser Funktion des KapMuG *Halfmeier/Rott/Feess*, Kollektiver Rechtsschutz im Kapitalmarktrecht, S. 70 ff.

²⁷⁶ Zu den aus Sicht der damaligen Bundesregierung definierten Zielen des KapMuG s. BT-Drs. 15/5091, 16 f.

Auch das gesellschaftliche Ziel der verstärkten Rechtsdurchsetzung erfordert nicht, dass jeder Einzelfall perfekt und mit Rücksicht auf jedes Detail ausgeteilt werden muss, sondern blickt eher auf Effizienzvorteile und auf die allgemeine Anreizstruktur hinsichtlich der Einhaltung von Rechtsnormen. Es geht bei Kollektivverfahren also nicht um *perfect individual justice*, sondern eher um *rough justice*²⁷⁷ oder – wie besser zu formulieren wäre – *enough justice*.

Das KapMuG des Jahres 2012 geht einen wichtigen Schritt in diese Richtung, indem es etwa einen gerichtlich genehmigten Vergleichsschluss jetzt auch ohne ausdrückliche Zustimmung sämtlicher Verfahrensbeteiligter zulässt (§§ 17–19 KapMuG n.F.). Jedem Beteiligten steht dabei ein Austrittsrecht zu. Wer sich aber nicht äußert, ist an das Ergebnis des Musterverfahrens gebunden. Die Regelungen über den Vergleich im KapMuG 2012 – dem wesentlich weitergehenden niederländischen Vergleichsverfahren nachgebildet²⁷⁸ – überlassen es also jedem einzelnen Kläger, ob er sich mit der durch den Vergleich gefundenen Generallösung zufriedengeben möchte, oder ob er stattdessen für sich selbst in einem eigenen Verfahren ein höheres Maß an Einzelfallgerechtigkeit anstreben möchte. Dieser Ansatz könnte auch für allgemeinere Regelungen zu Kollektivklagen fruchtbar gemacht werden.

Ein dritter allgemein relevanter Aspekt im 2012 reformierten KapMuG ist die dort erstmals anerkannte Notwendigkeit eines niedrighschwelligen Zugangs zum Verfahren. In seiner ursprünglichen Konzeption ermöglichte das KapMuG einen solchen erleichterten Zugang zum Recht gerade nicht: Es setzt zunächst die Erhebung einer normalen Klage voraus und befasst sich nur mit der Koordination der ggf. zahlreich erhobenen Klagen. Anspruchsteller, denen diese Hürde – etwa aus Gründen des rationalen Desinteresses – bereits zu hoch war, kamen gar nicht in das Blickfeld des KapMuG und riskierten insbesondere die Verjährung ihrer Ansprüche. Das KapMuG 2012 schuf nun jedoch neben den Klägern – die dann Beteiligte des KapMuG-Verfahrens werden – eine weitere Kategorie von Anspruchstellern, nämlich bloße Anmelder eines Anspruchs. Diese können sich an ein laufendes KapMuG-Verfahren durch Anmeldung ihres Anspruchs (§ 10 Abs. 2–4 KapMuG) relativ kostengünstig „anhängen“. Dadurch werden sie zwar nicht Verfahrensbeteiligte, aber sie können durch die verjährungshemmende Wirkung der Anmeldung (§ 204 Abs. 1 Nr. 6a BGB) möglicherweise später von einem für die Kläger erfolgreichen Musterverfahren faktisch profitieren. Damit wird eine „opt-in“-Möglichkeit geschaffen, allerdings nicht als „Eintritt“ in das Verfahren selber, sondern nur

²⁷⁷ Der Begriff *rough justice* wurde geprägt durch Kenneth Feinberg, der u. a. die „Gulf Coast Claims Facility“ verwaltete, mit der Geschädigte der Ölkatastrophe im Golf von Mexiko kompensiert werden sollten.

²⁷⁸ Dazu unten, S. 74.

in seine verjährungshemmende Wirkung. Aus übergreifender Sicht zeigt diese Regelung aber das Bedürfnis und die Notwendigkeit, durch die Schaffung kollektiver Rechtsschutzinstrumente die Zugangsschwelle zum Rechtsschutz im Interesse einer verstärkten Wahrnehmung von Rechten zu senken. Die hinsichtlich der Anmeldeösung – wie in der Diskussion zu kollektiven Rechtsschutzinstrumenten üblich – vorgebrachten Bedenken über einen angeblich möglichen Missbrauch dieser Vorschrift haben sich in der bisherigen Praxis nicht bewahrheitet.²⁷⁹

Insgesamt weist also das KapMuG – trotz seiner im Detail zweifellos vorhandenen Mängel und Schwierigkeiten – einige Charakteristika auf, an denen eine weitergehende allgemeinere Regelung zur kollektiven Bündelung von Einzelansprüchen anknüpfen könnte.

c) Vertretung einzelner Verbraucher gemäß § 79 Absatz 2 Nr. 3 ZPO

Ein weiteres Instrument, welches ursprünglich zur Bündelung von Einzelansprüchen vorgesehen war, ist die Vertretungsbefugnis der Verbraucherverbände gemäß § 79 Abs. 2 Nr. 3 ZPO.²⁸⁰ Diese Vorschrift ist allerdings von den dort genannten Einrichtungen kaum angewandt worden, zumal sie zum Zwecke der Bündelung von Einzelansprüchen gegenüber der ohnehin möglichen Streitgenossenschaft nur den Vorteil der Vertretungsbefugnis vor den Amtsgerichten bietet. Sobald der durch die Bündelung erreichte Gegenstandswert die Schwelle zum Landgerichtsprozess (derzeit 5.000,- Euro, § 23 Nr. 1 GVG) überschreitet, endet die Wirkung des § 79 Abs. 2 Nr. 3 ZPO und es muss ohnehin ein Rechtsanwalt beauftragt werden. In der Praxis spielt die Vorschrift heute eher eine Rolle für von den Verbraucherverbänden erhobene „Musterklagen“, mit denen ein politisches oder symbolisches Zeichen gesetzt werden soll, ohne dass damit eine rechtliche Muster- oder Bindungswirkung für andere Verfahren erreicht werden könnte.

d) Inkassoession

²⁷⁹ Vgl. noch die Befürchtungen bei v. *Bernuth/Kremer*, NZG 2012, 890 ff.; gegen die Annahme eines besonderen Missbrauchsrisikos mit Recht *Reuschle*, in: Kölner Kommentar KapMuG (2. Aufl. 2014), § 10 Rn. 16.

²⁸⁰ Vgl. zur Historie der Vorschrift und zu der damit ursprünglich verfolgten Absicht der Bündelung von Einzelansprüchen BGH, Urt. v. 14.11.2006, JZ 2008, 147 m. Anm. *Micklitz/Hüttner*, S. 151.

Dagegen spielt die materiell-rechtliche Forderungsabtretung in der Praxis von „Sammelklagen“ oder gebündelten Klagen nach geltendem Recht heute die wohl größte Rolle. Sie tritt in zahlreichen verschiedenen Varianten auf: Eine naheliegende Möglichkeit für eine Reihe von Anspruchstellern ist es, eine Art Selbsthilfeeinrichtung zu gründen und an diese Institution dann die Forderungen abzutreten. In Betracht kommt z. B. die relativ problemlose Gründung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die dann Inhaberin der Einzelforderungen wird. Allerdings sieht die Rechtsprechung in derartigen Konstruktionen unter Umständen einen Verstoß gegen das Verbot, ohne besondere Erlaubnis fremde Rechtsangelegenheiten zu besorgen (Art. 1 § 1 Abs. 1 RBerG a.F., heute §§ 1 ff. RDG).²⁸¹ Dabei kommt es allerdings auf die genaue Konstruktion an. Bringen die Gesellschafter ihre Forderungen als Gesellschaftsvermögen in die Gesellschaft ein, so macht diese ihre eigenen Forderungen geltend. Das Rechtsdienstleistungsgesetz dürfte dann bei Lichte betrachtet gar nicht anwendbar sein.²⁸² Allerdings ist die Rechtslage diesbezüglich „noch nicht restlos geklärt“,²⁸³ sodass das Rechtsdienstleistungsgesetz weiterhin als nicht unerhebliche Hürde für die Rechtsverfolgung durch Selbsthilfeeinrichtungen angesehen werden muss.

Alternativ dazu können Ansprüche auch an eine nicht von den Betroffenen *ad hoc* gegründete Organisation, sondern an eine schon bestehende Einrichtung abgetreten werden. Diese kann entweder kraft Gesetzes zur Erbringung von Rechtsdienstleistungen im Rahmen bestimmter Aufgabenbereiche befugt sein – so z. B. die Verbraucherzentralen und andere mit öffentlichen Mitteln geförderte Verbände gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 4 RDG – oder eine besondere Erlaubnis zur Erbringung von Rechtsdienstleistungen gemäß § 10 RDG beantragen.

Sind diese Voraussetzungen des Rechtsdienstleistungsgesetzes einmal erfüllt, treten jedoch weitere Hindernisse auf. Insbesondere die jüngste Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf zur Abtretung von Schadensersatzansprüchen der Geschädigten eines Zementkartells²⁸⁴ stellt derzeit das Modell der Bündelung von Einzelforderungen durch Inkassozeession vollständig infrage. Nach dieser Entscheidung sollen die von den geschädigten Unternehmen vorgenommenen Abtretungen sittenwidrig und damit nichtig sein, da bei der Zeessionarin (die belgische Gesellschaft Cartel Damage Claims, deren Geschäfts-

²⁸¹ Vgl. BGH, Urt. v. 12.4.2011, NJW 2011, 2581; dazu *Mann*, ZIP 2011, 2393 ff.

²⁸² So schon *H. Koch*, NJW 2006, 1469, 1471 (noch zum RBerG a.F.); zustimmend auch unter Geltung des RDG: *Stadler*, JZ 2014, 613, 616 f.

²⁸³ *Stadler*, ebd., S. 616.

²⁸⁴ OLG Düsseldorf, Urt. v. 18.2.2015, WuW 2015, 505; vgl. die Vorinstanz LG Düsseldorf, Urt. v. 17.12.2013, JZ 2014, 635, dazu Besprechung *Stadler*, JZ 2014, 613 ff.

modell in der Durchsetzung von kartellrechtlichen Schadensersatzansprüchen besteht) ein Insolvenzrisiko bestehe und daher nicht sichergestellt sei, dass die Beklagten – so sie eventuell den Prozess gewinnen sollten – ihre Kostenerstattungsansprüche gegen Cartel Damage Claims auch realisieren können.²⁸⁵ Es ist allerdings fraglich, ob sich diese Entscheidung über den Einzelfall hinaus generalisieren lässt. Insbesondere hatte die klägerische Gesellschaft in dem Verfahren selbst ihre schwierige wirtschaftliche Lage vorgetragen, um eine Streitwertreduzierung zu erreichen; darin mag ein besonderer Aspekt des Falles zu sehen sein. Für das allgemeine Verfahrensrecht wäre es jedenfalls kaum einsichtig, warum ein Beklagter sozusagen ein „Recht auf einen solventen Kläger“ haben sollte.²⁸⁶

Hinzu kommt, dass ein unanständiges oder anstößiges Verhalten im Sinne des § 138 Abs. 1 BGB wohl nur bei unseriösen Inkassomethoden, zwielichtigen Umgehungsgeschäften und ähnlichen Dunkelbereichen angenommen werden kann, nicht aber bei einem offenen und transparenten Geschäftsmodell, mit dem die Durchsetzung von kartellrechtlichen Schadensersatzforderungen erleichtert und professionell betrieben werden soll. Dass damit aus Sicht der Zessionarin primär Geld verdient werden soll, kann in einer durch Marktwirtschaft gekennzeichneten Gesellschaft wohl kaum zum Verdikt der Sittenwidrigkeit führen (dazu unten, S. 150).

Auch wenn die Entscheidung des Landgerichts Düsseldorf also voraussichtlich nicht bestehen bleiben wird, so zeigt sie doch die ganz erheblichen Hindernisse, die einer effektiven Bündelung und Durchsetzung individueller Ansprüche im geltenden deutschen Recht entgegenstehen. In der Literatur wird sie sogar zum Anlass genommen, über eine Verlagerung von Kartellschadensersatzprozessen ins Ausland („Kartellschadensersatz – Goodbye Deutschland?“) zu spekulieren.²⁸⁷

3. Zwischenergebnis

Neben den oben erörterten verfahrens- und materiell-rechtlichen Bündelungsformen sind *de lege lata* zweifellos auch noch weitere Möglichkeiten denkbar, etwa die gewillkürte Prozessstandschaft. Diese spielt aber in der Praxis nur

²⁸⁵ OLG Düsseldorf, ebd.

²⁸⁶ Stadler, a.a.O., S. 617 unter Verweis auf BGH, Urt. v. 11.3.1999, NJW 1999, 1717, 1718.

²⁸⁷ Makatsch/Abele, WuW 2015, 461.

eine geringe Rolle und ist auch bezüglich ihrer Voraussetzungen umstritten.²⁸⁸ Festzuhalten ist, dass das geltende deutsche Recht keine hinreichend effektive Möglichkeit der Bündelung von Individualansprüchen gleichartig Betroffener bietet. Dies steht nicht nur im Widerspruch zur Empfehlung 2013/396/EU, die derartige Instrumente vorsieht. Die faktisch unzureichenden Bündelungsmöglichkeiten führen auch zu mangelnder Kompensation der Betroffenen einerseits und mangelnder verhaltenssteuernder Wirkung der jeweils betroffenen Rechtsnormen, da potenzielle rational handelnde Schädiger von vornherein die mangelhafte Rechtsdurchsetzung einkalkulieren werden.²⁸⁹ Daher ist *de lege ferenda* die Einführung einer Bündelungsmöglichkeit für individuelle Ansprüche im deutschen Zivilverfahrensrecht notwendig.

4. Bündelung durch ein Gruppenverfahren: internationaler Standard

a) Skandinavien

Eine solche Bündelung durch ein besonderes Gruppenklageverfahren entspricht – so muss man bei rechtsvergleichender Umschau konstatieren – eigentlich heute schon dem internationalen Standard. In der Europäischen Union haben insbesondere Dänemark und Schweden bereits seit einigen Jahren Gruppenklageverfahren eingeführt, ohne dass es zu einer Überflutung der Gerichte oder zu Missbräuchen gekommen wäre. In Schweden ist die seit 2003 bestehende *grupptalan* als „opt-in“-Verfahren konzipiert, wobei die Gruppe entweder von einzelnen Betroffenen oder von besonderen Verbraucherorganisationen repräsentiert werden kann. Erste Erfahrungsberichte aus Schweden berichten von einer sehr überschaubaren Anzahl an Gruppenverfahren.²⁹⁰

²⁸⁸ Vgl. etwa Prütting/Gehrlein, ZPO, § 50 Rn. 38 ff.; generell gegen diese Konstruktion H. Koch, JZ 1984, 809 ff.

²⁸⁹ So auch jedenfalls bezüglich „der Verursachung massenhafter Bagatellschäden“ das Fazit bei J. Braun, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, S. 352 f.

²⁹⁰ Lindblom, Cultural Dimensions of Group Litigation – Sweden (2012), Konferenzbeitrag International Association of Procedural Law, Moscow 2012; Persson, in: Schmidt-Kessel/Strünck/Kramme (Hrsg.), Im Namen der Verbraucher? Kollektive Rechtsdurchsetzung in Europa (2015) 125 ff.

Ähnlich sieht es in Dänemark aus, wo es seit 2007 ebenfalls ein „opt-in“-Gruppenverfahren, das *gruppesøgsmål* gibt.²⁹¹ Im Vergleich zu Schweden kommt in Dänemark als Besonderheit hinzu, dass für kleinere Schäden auch die Durchführung eines „opt-out“-Verfahrens möglich ist, d. h. dass das Verfahren Rechtswirkungen auch für nicht ausdrücklich beitretende Betroffene entfalten kann. Das Gesetz nennt hier keine betragsmäßige Grenze; in den Erläuterungen des dänischen Justizministeriums zum Gesetz wird aber als Anhaltspunkt ein Betrag von 2.000 dänischen Kronen (also etwa 270 Euro) genannt.²⁹² Die Besonderheit dieser dänischen „opt-out“-Gruppenklage ist, dass sie anders als die „opt-in“-Klage nicht von jedermann erhoben werden kann, sondern nur vom dänischen *Forbrugerombudsman*, der ein unabhängiges öffentliches Amt bekleidet. Nach Auskunft des *Forbrugerombudsman* hat er zwar bisher noch keine „opt-out“-Klage gegen ein Unternehmen erhoben, diese aber im Rahmen von Verhandlungen schon häufig angedroht. Die „opt-out“-Klagemöglichkeit des *Forbrugerombudsman* erweist sich daher in Dänemark als geeigneter Anreiz, um zu außergerichtlichen und einvernehmlichen Lösungen zu kommen.

b) Großbritannien

Ein offener Ansatz hinsichtlich der „opt-in“/„opt-out“-Problematik kennzeichnet auch die in Großbritannien 2015 eingeführte Gruppenklage auf dem Gebiet des Kartellrechts. Die Vorarbeiten gehen auch hier schon einige Jahre zurück.²⁹³ Neben allgemeinen Regeln zur Verfahrensbündelung im englischen Zivilprozessrecht gab es in Großbritannien für das Spezialgebiet des Wettbewerbsrechts bereits seit 1998 eine „opt-in“-Gruppenklage, die von bestimmten Verbraucherorganisationen eingeleitet werden konnte.²⁹⁴ Besondere Aufmerksamkeit erregte dabei der *football shirt*-Fall, in dem es um ein Preiskartell im Bereich von Fußballtrikots ging; konkret ging es um die an entsprechende Fans verkauften Trikots von Manchester United sowie der englischen Nationalmannschaft. Trotz der nachweislichen Schädigung von über 100.000 Verbrauchern durch die kartellbedingt überhöhten Preise gelang es der klagenden *Consumers Association* nur etwa 130 Betroffene zu einer „opt-in“-Erklärung zu

²⁹¹ Vgl. zum dänischen Recht im europäischen Kontext *Werlauff*, EBLR 2013, 173 ff.

²⁹² Dänisches Justizministerium, „New rules on class actions under Danish law“, Mitteilung v. 26.6.2007, S. 6.

²⁹³ Vgl. *Higgins/Zuckerman*, *Class Actions in England? Efficacy, autonomy and proportionality in collective redress*, Oxford Legal Studies Research Paper 93/2013.

²⁹⁴ Competition Act 1998, § 47 B.

bewegen. Es kam zu einem Vergleichsschluss, der eine Zahlung von 20 Pfund für jeden Anspruchsteller vorsah.²⁹⁵ Damit blieben also mehr als zwei Millionen Pfund verursachte Schäden ohne Ersatz.

Man muss in diesem britischen *football shirt*-Fall wohl eine empirische Bestätigung der theoretischen Annahmen zum rationalen Desinteresse bei breit gestreuten kleineren Schäden sehen. In Großbritannien folgerte man daraus außerdem, dass eine *opt-in*-Gruppenklage jedenfalls im Bereich des Kartellrechts kaum funktionsfähig ist, da sie nicht in der Lage ist, die individuell rationalen Hemmnisse bezüglich einer Beteiligung zu beseitigen; daher sei auch die Möglichkeit einer *opt-out*-Gruppenklage zu prüfen.²⁹⁶ Die britische Regierung unterbreitete 2013 einen entsprechenden Vorschlag, stellte diesen aber zunächst zurück, um die Beschlussfassung auf EU-Ebene über die Kartellschadensersatzrichtlinie abzuwarten. Schließlich wurde das *opt-out*-Verfahren mit dem *Consumer Rights Act 2015* eingeführt, der voraussichtlich am 1. Oktober 2015 in Kraft tritt.

Diese Neuregelung sieht nun vor, dass Ansprüche auf Schadensersatz – ebenso wie Unterlassungsansprüche – aufgrund kartellrechtswidrigen Verhaltens in einem Kollektivverfahren (*collective proceedings*) vor dem *Competition Appeal Tribunal* geltend gemacht werden können. Das Kollektivverfahren kann von jeder Person eingeleitet werden, die die betroffene Gruppe repräsentieren möchte.²⁹⁷ Über die Eröffnung des Kollektivverfahrens entscheidet das Gericht, wenn es die Repräsentation der Gruppe durch den Antragsteller für „just and reasonable“ hält und wenn die geltend gemachten Tatsachen ausreichend ähnlich sind, um ein Kollektivverfahren zu rechtfertigen.²⁹⁸ Das Gericht kann außerdem zwischen einem „opt-in“-Verfahren und einem „opt-out“-Verfahren wählen; allerdings beschränkt sich die Befugnis zur Anordnung einer „opt-out“-Wirkung auf diejenigen Mitglieder der Gruppe, die ihren Wohnsitz in Großbritannien haben.²⁹⁹

Abweichend vom allgemeinen englischen Recht ist im Kollektivverfahren die Verurteilung zu Strafschadensersatz (*exemplary damages*) ausgeschlossen. Trotzdem kann es gerade in einem „opt-out“-Verfahren zur Zahlung erheblicher Schadensersatzbeträge kommen, weil sich die Zahlungspflicht nicht auf die tatsächlichen abgerufenen Schadensersatzforderungen beschränkt, son-

²⁹⁵ Higgins/Zuckerman, a.a.O., S. 14 f.

²⁹⁶ Barling, *Competition Law Journal* 10 (2011), 5 ff.

²⁹⁷ Art. 47 A (1) *Competition Act 1998* i.d.F. des *Consumer Rights Act 2015*. Überblick dazu bei Money-Kyrle, in: Schmidt-Kessel/Strünck/Kramme (Hrsg.), *Im Namen der Verbraucher? Kollektive Rechtsdurchsetzung in Europa* (2015) 45, 72 ff.

²⁹⁸ *Competition Act*, a.a.O., Art. 47 B (6) – (8).

²⁹⁹ Ebd., Art. 47 B (11).

dern auch individuell nicht abgerufene Schäden kompensiert werden müssen. Die nicht abgerufenen Beträge fließen dann an eine gemeinnützige Einrichtung.³⁰⁰

Es bleibt abzuwarten, inwieweit dieses Verfahren in Großbritannien praktisch relevant wird. Für die rechtsvergleichende Betrachtung erscheint es jedenfalls als weiteres Beispiel für die Zulässigkeit einer *opt-out*-Gruppenklage wichtig. Im Rahmen der Erarbeitung der Stellungnahme des *European Law Institute* (ELI) zur EU-Empfehlung über den kollektiven Rechtsschutz waren es daher auch gerade die englischen Vertreter, die vor einer vorschnellen Beschränkung der Rechtsschutzmöglichkeiten auf „opt-in“-Modelle warnten. Daraufhin vermerkte das ELI in seiner Stellungnahme, dass es die Argumente für ein „opt-out“-Modell – zumindest als Teilkomponente eines Systems des kollektiven Rechtsschutzes – für stärker halte, als dies von der EU-Kommission bisher eingeschätzt werde, und dass daher die Kommissionsempfehlung nicht als Hindernis für weitere mitgliedstaatliche Experimente mit dem „opt-out“-Modus gelesen werden dürfe.³⁰¹

c) Niederlande

In einem weiteren unserer Nachbarländer, den Niederlanden, gibt es bisher noch keine Verbands- oder Gruppenklage auf Schadensersatz, allerdings hat das niederländische Justizministerium im Juli 2014 einen entsprechenden Entwurf zur Diskussion vorgelegt.³⁰² Der Entwurf knüpft an das in den Niederlanden seit einigen Jahren erfolgreich praktizierte *Wet collectieve afwikkeling massaschade* (WCAM) an, welches bereits jetzt die Möglichkeit eines gerichtlich genehmigten „opt-out“-Vergleichs bietet.³⁰³ Dieses Verfahren wird dadurch eingeleitet, dass ein Verband, eine Stiftung oder eine sonstige rechtsfähige Institution die Geschädigten aufgrund entsprechender Satzungsbestimmungen „repräsentiert“ und mit dem betroffenen Unternehmen – d. h. dem angeblichen Schadensverursacher – in Verhandlungen tritt. Einigen sich beide Parteien auf

³⁰⁰ Ebd., Art. 47 C (5).

³⁰¹ European Law Institute, Statement of the European Law Institute on Collective Redress and Competition Damages Claims, 2014, 42 f.

³⁰² *Wetsvoorstel Afwikkeling massaschade in een collectieve actie*, siehe <http://www.internetconsultatie.nl/motiedijksma>. Die folgende Darstellung beruht im Wesentlichen auf der dort wiedergegebenen Zusammenfassung in englischer Sprache. Überblick zu dem Vorschlag und zum niederländischen WCAM auch bei *Stadler*, ZfPW 2015, 61, 70 ff.; *Pavillon*, in: Schmidt-Kessel/Strünck/Kramme (Hrsg.), a.a.O., 85, 100 ff.

³⁰³ Dazu in deutscher Sprache ausführlich *Mom*, Kollektiver Rechtsschutz in den Niederlanden, S. 311 ff.

einen Vergleich, so können sie diesen dem *Gerechtshof Amsterdam* zur Genehmigung vorlegen. Das Gericht führt daraufhin eine Anhörung durch, informiert die Betroffenen und prüft den Vergleich auf seine inhaltliche Angemessenheit. Sind die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt, so beschließt das Gericht die Genehmigung des Vergleichs. Danach folgt eine weitere Information der betroffenen Anspruchsinhaber über den Vergleichsinhalt, verbunden mit der Möglichkeit, aus dem Vergleich „auszutreten“. Wer dies jedoch innerhalb der vom Gericht gesetzten Frist nicht erklärt, ist an den Vergleich gebunden. Der Vergleich enthält typischerweise nähere Regelungen zur Geltendmachung und Prüfung der Einzelansprüche sowie zu Maßnahmen der Streitbeilegung im Abwicklungsverfahren.

Ein wichtiger Unterschied zum Vergleichsverfahren nach dem deutschen KapMuG besteht in der *erga omnes*-Wirkung des niederländischen WCAM-Vergleichs. Ist dieser einmal vom Amsterdamer Gericht genehmigt, so wirkt er – ganz unabhängig von einer Klageerhebung oder anderen Voraussetzungen – für sämtliche Mitglieder der im Vergleich definierten Gruppe, sofern diese nicht nach adäquater Benachrichtigung ihren Austritt aus dem Verfahren erklärt haben. Insoweit steht das niederländische WCAM einem US-amerikanischen *class action settlement* recht nahe und wird auch international als ernsthafte Alternative zur US-amerikanischen *class action* wahrgenommen. Dies zeigen einige erfolgreiche Vergleiche größeren Ausmaßes.³⁰⁴ Das zuständige Gericht in Amsterdam beansprucht im Rahmen des Verfahrens der Vergleichsgenehmigung für sich je nach Umständen des Falles eine grenzüberschreitende Zuständigkeit, die auch ausländische Betroffene in die Wirkungen des Vergleichs einbezieht.³⁰⁵

Mit dem nun vorgelegten Entwurf einer Gruppenklage auf Schadensersatz soll im niederländischen Recht der Weg hin zu diesem Vergleich erleichtert werden. Das vorgeschlagene Verfahren soll – wie bereits beim WCAM-Vergleichsverfahren praktiziert – durch einen rechtsfähigen Verband oder eine rechtsfähige Stiftung eingeleitet werden können. Dabei sollen weiterhin auch ad hoc zu gründende Verbände zugelassen sein, allerdings müssen alle Verbände bestimmte Anforderungen erfüllen, die sich insbesondere auf ihre Sachkunde und ihre Fähigkeit zur adäquaten Repräsentationsfähigkeit der zu vertretenden Interessen beziehen. Außerdem muss die betroffene Geschädigtengruppe ausreichend groß sein, um ein Kollektivverfahren zu rechtfertigen, und es muss zunächst der Versuch einer außergerichtlichen Einigung unter-

³⁰⁴ Vgl. die Nachweise bei *Stadler*, *Nederlands Internationaal Privaatrecht* (NIPR) 2013, 483, 486; *Halfmeier*, NIPR 2012, 176 ff.

³⁰⁵ Ebd.

nommen worden sein. Das vorgeschlagene Kollektivverfahren soll dann in fünf Schritten ablaufen: In einem ersten Schritt prüft das Gericht, ob die genannten Verfahrensvoraussetzungen vorliegen. In einem zweiten Schritt entscheidet dann das Gericht dem Grunde nach über die Haftung des Beklagten. Wird diese bejaht, so soll als dritter Schritt eine Anhörung der Parteien stattfinden, in der das Gericht auf eine vergleichsweise Einigung hinwirken soll. Kommt eine solche Einigung zustande, so kann der Vergleich gemäß dem bereits im geltenden Recht vorhandenen WCAM-Verfahren gerichtlich genehmigt und durchgeführt werden – mit Austrittsmöglichkeit für die einzelnen Betroffenen.

Kommt kein Vergleichsvorschlag zustande, so sieht der Gesetzentwurf als vierten Schritt vor, dass beide Parteien – also der Verbandskläger und das beklagte Unternehmen – auf Anregung des Gerichts jeweils einen eigenen Vergleichsvorschlag ausarbeiten. Hinsichtlich der ggf. weiter bestehenden Unterschiede zwischen diesen Entwürfen kann das Gericht ein Mediationsverfahren durchführen lassen. Scheitert auch dieses, so soll als fünfter und letzter Schritt das Gericht selbst die Möglichkeit erhalten, eine bindende Abwicklungsregelung für die betroffenen Ansprüche anzuordnen, sozusagen einen Zwangsvergleich. Dieser Punkt ist bisher wohl der umstrittenste Teil des Gesetzentwurfs und erscheint auch noch nicht vollständig ausgereift. Immerhin sieht der Entwurf vor, dass das Gericht in einer solchen letzten Phase auch externe Experten einbinden kann und die Ausarbeitung und Anordnung der Abwicklungsregelung davon abhängig machen kann, dass eine gewisse Mindestzahl der individuell Betroffenen ihren Beitritt zu einer solchen Regelung erklärt. Allerdings bleibt etwas unklar, in welchem Verhältnis diese letzte Befugnis des Gerichts zu einer klassischen richterlichen Streitentscheidung steht. Die Diskussion in den Niederlanden dauert noch an, und es ist bisher nicht abzusehen, ob und in welcher Form dieser Entwurf tatsächlich umgesetzt wird. Er ist aber ein weiterer Beleg dafür, dass die Diskussion in den Niederlanden sehr stark von dem Ziel einer einvernehmlichen Streitbeilegung geprägt ist, was in Fällen von „Massenschäden“ angesichts der oben bereits erörterten Unmöglichkeit flächendeckender Einzelfallgerechtigkeit durchaus realistisch erscheint.

d) Frankreich

Anders als in den Niederlanden, wo die rechtspolitischen Diskussionen noch andauern, hat sich der französische Gesetzgeber nach jahrzehntelanger Diskussion nun für ein Modell der Gruppenklage – *l'action de groupe* – entschieden, welches speziell für das Verbraucherrecht eingeführt wurde. Die Rege-

lungen zur *action de groupe* traten mit Wirkung zum 1. Oktober 2014 in Kraft; sie finden sich in Art. L 423-1 ff. *Code de la consommation*.³⁰⁶ Seit dem Inkrafttreten der Regelung wurden schon mindestens fünf Gruppenklageverfahren durchgeführt, die sich insbesondere mit angeblich überhöhten Abrechnungen durch Vermieter und Immobilienverwaltungsunternehmen beschäftigten, aber auch mit Lebensversicherungsverträgen und irreführenden Angaben durch Mobilfunkunternehmen.³⁰⁷

Das französische Gruppenverfahren kann weder durch einzelne Betroffene noch durch ad hoc gegründete Vereinigungen eingeleitet werden, sondern nur durch eine der für ganz Frankreich zugelassenen Verbraucherorganisationen. Derzeit sind fünfzehn dieser Organisationen zugelassen.³⁰⁸ In der Literatur wird dies dahingehend erläutert, dass man im Unterschied zur US-amerikanischen *class action* kein Missbrauchsrisiko eröffnen wolle. Bei den zugelassenen Verbraucherorganisationen könne man aber davon ausgehen, dass sie nur dann eine Gruppenklage einleiten werden, wenn diese zum Schutz der Verbraucherrechte „wirklich notwendig“ sei.³⁰⁹

Der sachliche Anwendungsbereich der *action de groupe* umfasst nur Ansprüche von Verbrauchern gegen Unternehmer, die entweder anlässlich eines Kauf- oder Dienstleistungsvertrags oder aber wegen eines Verstoßes gegen das französische oder europäische Wettbewerbsrecht entstanden sind. Die erste Alternative ist dabei weit zu verstehen, d. h. es sind sämtliche Verbraucherverträge gemeint.³¹⁰ Es können auch mehrere Unternehmer zugleich verklagt werden, wenn diese den gleichen Rechtsverstoß begangen haben; dies ergibt sich aus dem Plural (*professionnels*) in Art. L 423-1.³¹¹ Allerdings sind immaterielle Schäden sowie Körper- und Gesundheitsschäden der Verbraucher ausdrücklich ausgeschlossen, d. h. solche Schäden können nicht im Wege der Gruppenklage geltend gemacht werden. Der Gesetzgeber nimmt hier Rücksicht auf Befürchtungen insbesondere der pharmazeutischen Industrie und möchte zumindest zum jetzigen Zeitpunkt erst einmal abwarten, ob das Instrument der Gruppenklage sich in der Praxis bewährt.³¹²

³⁰⁶ Überblicke bei *Rohlfing-Dijoux*, EuZW 2014, 771 ff.; *Bien*, NZKart 2014, 466 und 507 ff.; *Stadler*, ZfPW 2015, 61, 66 ff.

³⁰⁷ *Bien*, Die *action de groupe* der französischen Verbraucherschutzverbände: Dritter Weg zwischen *opt in* und *opt out*, Präsentation auf der öffentlichen Fachtagung „Ansatzpunkte für eine kollektive Geltendmachung von Verbraucherschäden“ der Friedrich-Ebert-Stiftung in Berlin, 27.5.2015.

³⁰⁸ *Bien*, NZKart 2014, 507, 508.

³⁰⁹ *Calais-Auloy/Temple*, Droit de la consommation (9e ed. 2015), 659.

³¹⁰ Ebd.

³¹¹ Ebd.

³¹² Ebd., 660.

Neben den vertragsbezogenen Ansprüchen besteht das zweite Anwendungsfeld der *action de groupe* in kartellrechtlichen Schadensersatzansprüchen für Verbraucher. Es war gerade ein kartellrechtlicher Schadensersatzfall, der letztlich zur Einführung der *action de groupe* geführt hatte: Eine französische Verbraucherorganisation hatte mit den traditionellen Mitteln des Zivilprozesses versucht, Ansprüche von Millionen französischer Verbraucher durchzusetzen, die sich aus einem Preiskartell von Mobilfunkanbietern ergaben. Dieser Versuch war spektakulär gescheitert, obwohl der Kartellrechtsverstoß bereits durch Entscheidung der Kartellbehörde festgestellt und ein Millionenschaden entstanden war. Die Unzufriedenheit mit dieser Lage trug entscheidend zur Verabschiedung der neuen Regeln über die *action de groupe* bei.³¹³ Soweit kartellrechtliche Schadensersatzansprüche geltend gemacht werden, ist dies jedoch bei der *action de groupe* nur in Form einer Follow-on-Klage möglich, d. h. eine bestandskräftige Entscheidung der französischen oder europäischen Wettbewerbsbehörden ist erstens Voraussetzung für die Gruppenklage und zweitens entfalten die Feststellungen der Kartellbehörde dann auch Bindungswirkung für die zivilrechtliche Gruppenklage (Art. L 423-17).

Für die Gruppenklage ist jeweils das Gericht am Sitz des beklagten Unternehmens zuständig. Sollte sich dieser im Ausland befinden, so ist das *tribunal de grande instance* in Paris zuständig.³¹⁴ Letztere Regelung ist wohl mit den europarechtlichen Vorgaben – insbesondere mit Art. 17 und 18 der VO (EU) Nr. 1215/2012 – mindestens insoweit vereinbar, als es um die Schäden von Verbrauchern geht, die ihren Wohnsitz in Frankreich haben.

Die bemerkenswerte Besonderheit der französischen *action de groupe* liegt nun darin, dass das Verfahren zunächst nur durch den Verband eingeleitet wird und dass er auch das *jugement sur la responsabilité*, also eine Art Grundurteil über die Haftung erstreitet. Dazu muss der Verband zwar individuelle Fälle einzelner Verbraucher vortragen, um eine Grundlage für das Haftungsurteil zu schaffen (Art. L 423-3), aber es gibt in dieser ersten Verfahrensphase noch keinerlei „opt-in“- oder „opt-out“-Mechanismus. Die zunächst unbeteiligten einzelnen Anspruchsinhaber können also in Ruhe abwarten, wie das Gericht hinsichtlich der Haftung des Beklagten entscheidet. Sie unterliegen keinem Entscheidungszwang für oder gegen einen Beitritt zu der Klage, außerdem hemmt die Erhebung der Gruppenklage automatisch auch die Verjährung ihrer Ansprüche (Art. L 423-20). Wird die durch den Verband erhobene Klage abgewiesen, so hat dies keine rechtlichen Wirkungen für die außenstehenden Gruppenmitglieder (Umkehrschluss aus Art. L 423-21).

³¹³ *Bien*, NZKart 2014, 465.

³¹⁴ Art. R 423-2, s. *Calais-Auloy/Temple*, a.a.O., 661.

Bejaht das Gericht jedoch dem Grunde nach die Haftung des Beklagten, so hat es in seinem *jugement sur la responsabilité* Angaben zu machen, die eine umfassende Abwicklung der Angelegenheit erlauben. Insbesondere ist die Gruppe der betroffenen Verbraucher zu definieren sowie die Kriterien, nach denen sich die Zugehörigkeit zu dieser Gruppe bestimmt; außerdem sind die Schadensersatzleistungen und ggf. die Kriterien der Ermittlung der Ersatzleistung festzulegen. Das Verfahren bis zum *jugement sur la responsabilité* folgt den allgemeinen Regeln, allerdings enthält Art. L 423-3 in seinem letzten Absatz noch eine Regelung hinsichtlich der Beweiserhebung, die das Gericht auch ermächtigt, die Vorlage von solchen Beweismitteln anzuordnen, die sich im Besitz des beklagten Unternehmens befinden.

Die betroffenen Verbraucher werden nach Rechtskraft des Urteils in geeigneter Weise über das Urteil und über die Möglichkeit und die Frist zum Beitritt informiert. Die Kosten trägt der unterlegene Beklagte. Welche Informationsmedien genutzt werden, soll von den Besonderheiten des Einzelfalls abhängen. Bei größeren Gruppen von Betroffenen kommen insbesondere Anzeigen in der lokalen oder nationalen Presse, die Publikation im Internet oder im Fernsehen in Betracht. Ist die Gruppe deutlich begrenzt, so kann auch eine individuelle Information genügen.³¹⁵

Im Vergleich zum niederländischen Gesetzesvorschlag ist das französische Modell weniger auf den Vergleich bezogen, sondern es setzt auf eine starke Rolle des Gerichts durch die im *jugement sur la responsabilité* enthaltenen Festlegungen. Aber auch das französische Recht ermöglicht eine einvernehmliche Streitbeilegung. Insbesondere kann der beklagte Unternehmer die Durchführung eines Mediationsverfahrens verlangen (Art. L 423-15). Kommt es zu einer Einigung zwischen dem klagenden Verband und dem beklagten Unternehmer, so muss der daraus entstehende Vergleich vom Gericht unter Prüfung seiner inhaltlichen Angemessenheit vom Gericht genehmigt werden; die Genehmigung führt auch zur Vollstreckbarkeit (Art. L 423-16).

Mit der Information der Betroffenen über das Urteil oder über den Vergleich beginnt die zweite Phase des Verfahrens, in dem die Betroffenen der im Urteil oder im Vergleich gefundenen Lösung beitreten können. Der Beitritt muss innerhalb einer vom Gericht (oder in dem gerichtlich genehmigten Vergleich) festgesetzten Frist erfolgen, die zwischen zwei und sechs Monate nach der Veröffentlichung beträgt (Art. L 423-5). Mit dem Beitritt zur *action de groupe* verlieren die betroffenen Verbraucher die Möglichkeit, ein Individualverfahren bezüglich ihres Anspruchs durchzuführen. Da der Beitritt aber freiwillig ist,

³¹⁵ *Calais-Auloy/Temple*, a.a.O., 663.

steht es jedem Verbraucher frei, stattdessen einen normalen Zivilprozess über seinen eigenen Anspruch durchzuführen.³¹⁶

Die Beitrittserklärung kann – wiederum abhängig von den Festsetzungen im Vergleich oder im Urteil – entweder an das beklagte Unternehmen selbst gerichtet werden oder an den klagenden Verband oder auch an eine mit der Abwicklung der Forderungen besonders beauftragte Person, z. B. einen Rechtsanwalt. Die letztere Möglichkeit wird in der Literatur für diejenigen Fälle vorgeschlagen, in denen die Entgegennahme und Abwicklung einer Vielzahl von Beitrittserklärungen für den Verband zu aufwendig wäre.³¹⁷ In der Auszahlungsphase prüft dann das betreffende Unternehmen die Forderungen, die ihm entweder unmittelbar von den Verbrauchern oder über den Verband oder die Zwischenperson vorgelegt werden. Soweit er die Auszahlung verweigert, kann der Verband in einem Abschlussverfahren bei dem Gericht die Titulierung noch offener Forderungen zugunsten einzelner Betroffener beantragen. Die Beitrittserklärung durch den einzelnen Verbraucher wirkt zugleich als Bevollmächtigung des Verbands hinsichtlich der Durchsetzung der Forderung. Der verurteilte Unternehmer hat im Grundsatz die Kosten des Abwicklungsverfahrens zu tragen.³¹⁸

Für eine umfassende Einschätzung der französischen *action de groupe* ist es noch zu früh. Es handelt sich um ein „opt-in“-System, das aber durch den auf die Zeit nach dem Grundurteil nach hinten verlagerten Zeitpunkt des „opt-in“ erheblich an Praktikabilität gewinnt. Die bereits anhängigen Verfahren zeigen, dass die *action de groupe* jedenfalls im Grundsatz durchführbar ist und auch von den klagebefugten Verbänden aufgegriffen wird. Allerdings gibt es keinerlei finanziellen Anreize für diese Verbände, da sie ja sämtliche Einnahmen an die betroffenen Verbraucher ausschütten müssen.³¹⁹ Außerdem wird kritisiert, dass die *action de groupe* für Fälle echter Streuschäden kaum geeignet ist: Sind die einzelnen Ansprüche betragsmäßig gering, wird es voraussichtlich keine oder nur wenige Beitritte durch Verbraucher geben, sodass dementsprechend auch keine Auszahlungspflichten für das beklagte Unternehmen entstehen. Ein früherer Entwurf sah für solche Fälle noch eine Schätzung des Gesamtschadens durch das Gericht vor, das dann eine entsprechende Zahlung an einen *fonds d'aide aux consommateurs* anordnen sollte.³²⁰ Eine solche Regelung, die man grob mit der in Deutschland z. T. vorhandenen „Gewinnab-

³¹⁶ Ebd.

³¹⁷ Ebd., 664.

³¹⁸ Ebd., 665.

³¹⁹ Ebd.

³²⁰ Ebd. m.w.N.

schöpfung“ vergleichen könnte, wurde jedoch nicht in geltendes Recht umgesetzt.

e) Weitere Gruppenklagen in Europa

Bei der zum 1. September 2014 in Belgien in Kraft getretenen Verbrauchergruppenklage sind ähnlich wie in Frankreich nur bestimmte Verbraucherorganisationen klagebefugt. Im Unterschied zum französischen Recht hat sich allerdings der belgische Gesetzgeber nicht auf ein „opt-in“ oder „opt-out“-System festgelegt, sondern überlässt diese Entscheidung dem zuständigen Gericht. Für kleinere Einzelschäden kommt daher nach belgischem Recht durchaus ein „opt-out“-Verfahren in Betracht; allerdings schließt das belgische Gesetz (anders als die Nachbarn in den Niederlanden) bezüglich ausländischer Betroffener ein „opt-out“-Verfahren aus.³²¹ Die belgische Verbraucherschutzorganisation „Test-Achats“ bereitet inzwischen die wohl erste Gruppenklage unter dem neuen belgischen Recht vor, die sich mit den Auswirkungen von Streiks für Bahnkunden beschäftigt.³²² Test-Achats behauptet, dass die belgische Eisenbahn für Schäden haftbar sei, welche den Bahnkunden durch unangekündigte Streiks des Bahnpersonals angeblich entstanden seien. Dabei geht Test-Achats von einem Schadensbetrag von 35,- € pro Bahnkunde aus. Im Juli 2015 hatten bereits über 40.000 Bahnkunden ihre Teilnahme an dem Verfahren angekündigt, sodass schon die Vorbereitung des Verfahrens erhebliche öffentliche Aufmerksamkeit für die Streikproblematik und auch für die Organisation Test-Achats erzeugte. Nachdem Vergleichsverhandlungen mit der Bahngesellschaft gescheitert sind, bleibt abzuwarten, ob Test-Achats tatsächlich das Gruppenverfahren einleitet.

In Italien ist bereits seit 2010 ein auf Schadensersatz gerichtetes „opt-in“-Gruppenverfahren auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes etabliert, die *azione di classe*.³²³ In Polen gibt es ebenfalls seit 2010 eine „opt-in“-

³²¹ Ausführlich zur belgischen Gruppenklage Voet, *European Business Organisation Law Review* 16 (2015), 121 ff.; ders. in: Harsagi/van Rhee (Hrsg.), *Multi-Party Redress Mechanisms in Europe: Squeaking Mice?* (2014), 95 ff.; vgl. den Überblick in deutscher Sprache bei Stadler, *ZfPW* 2015, 61, 68 ff.

³²² Siehe dazu <http://www.test-achats.be/nt/nc/en-direct/faites-valoir-vos-droits>

³²³ Art. 140-bis des italienischen *codice del consumo*, dazu Caponi, *ZZP Int.* 16 (2011), 61 ff.; Linhart/Finazzi, *RIW* 2013, 443 ff.

Gruppenklage, die allerdings nicht auf das Verbraucherschutzrecht im engeren Sinne beschränkt ist.³²⁴

f) Zwischenergebnis

Die vorstehende blitzlichtartige rechtsvergleichende Umschau ist unvollständig und könnte noch um zahlreiche weitere Beispiele und internationale Entwicklungen auf dem Gebiet des kollektiven Rechtsschutzes ergänzt werden. Die Vielfalt der nationalen Lösungen und die unterschiedlichen Konzeptionen zeigen, dass es natürlich noch keine *best practice* oder europaweit anerkannte Lösung für die zahlreichen Detailfragen gibt. Zugleich wird aber bei dieser Umschau deutlich, dass jedenfalls die Beschäftigung mit der kollektiven Bündelung von Ansprüchen und die Bereitstellung dazu geeigneter Verfahren heute als internationaler Standard anzusehen ist. Derartige Verfahren sind in unseren Nachbarländern entweder bereits durch Gesetzgebungsakte umgesetzt oder stehen zumindest auf der rechtspolitischen Agenda.

Bloßes Nichtstun erscheint für die Bundesrepublik Deutschland unter diesen Bedingungen nicht als sinnvolle Alternative, wenn man den Anschluss an die europäische Entwicklung und die damit verbundenen Gestaltungschancen nicht verlieren will. Hinzu kommt, dass der mit der bisherigen „Reformverweigerung“ in Deutschland bezweckte Schutz der heimischen Industrie angesichts der globalen Verflechtungen und der Klagemöglichkeiten in unseren Nachbarstaaten ohnehin nicht mehr erreicht werden kann.³²⁵

³²⁴ Zu ersten Fällen und Erfahrungen *Tulibacka/Goral*, An Update on Class Actions and Litigation Funding in Poland (2011); *Zoll*, in: Schmidt-Kessel/Strünck/Kramme (Hrsg.), Im Namen der Verbraucher? Kollektive Rechtsdurchsetzung in Europa (2015) 147, 152 f.

³²⁵ *Stadler*, ZfPW 2015, 61, 79.

5. Bisherige Vorschläge zur Bündelung von Individualansprüchen im deutschen Recht

a) GVMuG (Vorschlag Micklitz/Stadler)

Diese anstehende Gestaltung des deutschen Rechts wird durch eine Vielzahl von vorhandenen Vorschlägen erleichtert, die sich auf die Schaffung besonderer Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes im deutschen Zivilprozessrecht beziehen. Insbesondere sah der von *Stadler* und *Micklitz* nach fundierter rechtsvergleichender Analyse 2004 im Rahmen eines Gutachtens für das damalige Verbraucherschutzministerium vorgelegte Vorschlag eine Kombination verschiedener Instrumente vor, zu denen u. a. eine Verbandsklage auf Abschöpfung von Unrechtsgewinnen bei Bagatellschäden (bis 25 Euro) sowie eine „opt-in“-Gruppenklage gehörten.³²⁶ Nach diesem Vorschlag sollten diese neuartigen Instrumente gemeinsam mit den bereits etablierten Unterlassungsklagebefugnissen in einem neu zu schaffenden „Gesetz zur Regelung von Verbands-, Muster- und Gruppenklagen (GVMuG)“ zusammengefasst werden.³²⁷

Die Rechtspolitik griff diesen wissenschaftlich ausführlich begründeten Vorschlag jedoch nicht auf. Stattdessen wurde er faktisch überholt durch die Entwicklungen rund um die Frankfurter Telekom-Massenverfahren und das daraus resultierende KapMuG. Im Jahre 2004, als das Bundesjustizministerium den ersten Diskussionsentwurf zum KapMuG vorlegte, war die Studie von *Stadler* und *Micklitz* erst noch im Erscheinen begriffen, und auch in der Folgezeit der Diskussionen um das KapMuG wurde ein Zusammenhang zwischen dem konkret anstehenden Phänomen massenhafter Anlegerklagen und der grundsätzlicheren Frage nach der Fortentwicklung des kollektiven Rechtsschutzes kaum hergestellt. Auch bei der Reform des KapMuG im Jahre 2012 wurde die Frage nach der Verallgemeinerbarkeit seines Verfahrens oder anderer kollektiver Rechtsschutzinstrumente bewusst zurückgestellt.³²⁸

³²⁶ *Micklitz/Stadler*, Das Verbandsklagerecht in der Informations- und Dienstleistungsgesellschaft, insbes. S. 1275 ff.

³²⁷ Ebd., S. 1417 ff.

³²⁸ BT-Drs. 17/8799, 14: Für eine Ausweitung [des KapMuG] auf weitere Anwendungsbereiche sei es „zum jetzigen Zeitpunkt“ noch zu früh.

b) Einführung eines Gruppenverfahrens (Gesetzentwurf)

Allerdings ist das Thema der Fortentwicklung des kollektiven Rechtsschutzes derzeit erneut auf der rechtspolitischen Tagesordnung, da im Deutschen Bundestag ein Gesetzentwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen behandelt wird, der die Einführung eines „opt-in“-Gruppenverfahrens vorsieht.³²⁹ Dieser Gesetzentwurf wurde bereits in der vergangenen Legislaturperiode entwickelt und konnte daher die Empfehlung 2013/396/EU sowie die Richtlinie zum Kartellschadensersatz noch nicht inkorporieren. Im Grundsatz passt jedoch der Gesetzentwurf, der ausschließlich ein „opt-in“-Verfahren vorsieht, zu der Kommissionsempfehlung, die in ihrer Nr. 21 genau dieses Modell präferiert. Der vorliegende Gesetzentwurf versucht auch, die mit dem KapMuG gemachten Erfahrungen zu verarbeiten. Er sieht eine Aufhebung des KapMuG vor und möchte es funktional durch das vorgeschlagene Gruppenverfahren ersetzen. Dieses soll nach dem Entwurf ohne eine Beschränkung des sachlichen Anwendungsbereichs vollständig in die ZPO integriert werden.

Dieser derzeit vorliegende Entwurf versucht auch, den in der wissenschaftlichen Diskussion um das KapMuG entstandenen Aspekt eines feststellenden Zwischenverfahrens zu berücksichtigen: Gruppenverfahren können mindestens zwei Funktionen haben, nämlich einerseits – wie im KapMuG – eine Feststellungswirkung bezüglich bestimmter anspruchsbegründender Tatsachen oder normativen Feststellungen (§ 2 Abs. 1 KapMuG), andererseits aber auch eine vollständige Titulierung von Schadensersatz- oder anderen Ansprüchen. Letzteres wird – je nach Sachverhalt – auch in Massenverfahren häufig entweder gar nicht möglich oder zumindest nicht effizient sein. Daher kann die vom KapMuG in den Fokus gerückte Feststellungsfunktion bereits eine wichtige Rolle spielen. In der Literatur spricht man diesbezüglich auch von einem „begrenzten Gruppenverfahren“.³³⁰ Diese Möglichkeit sieht auch der aktuelle Gesetzentwurf vor. Auch dies entspricht dem internationalen Trend, wonach man bei Gruppenverfahren verschiedene Verfahrensschritte unterscheiden kann und z. B. durch bestimmte Feststellungen zur Haftung eine vergleichsweise Streitbeilegung befördern kann,³³¹ ohne dass eine exakte Entscheidung zu jedem Einzelanspruch durch das Gericht nötig wäre. Auch darin zeigt sich wieder die mögliche justizentlastende Funktion einer Gruppen-

³²⁹ Gesetzentwurf der Abgeordneten Maisch u.a. sowie der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen über die Einführung von Gruppenverfahren, BT-Drs. 17/13756, dazu *Montag*, ZRP 2013, 172 ff.; erneut eingebracht als BT-Drs. 18/1464. Der Autor der vorliegenden Untersuchung war an der Ausarbeitung des Gesetzentwurfs beratend beteiligt.

³³⁰ *Lange*, Das begrenzte Gruppenverfahren, 2011.

³³¹ So insbesondere der niederländische Entwurf, s. oben Fn. 302.

klage, nämlich pauschalisierte Lösungen zu begünstigen, die dann etwa im Rahmen eines Vergleichs mit einem von den Parteien selbst zu organisierenden Ausschüttungssystem umzusetzen wären.³³²

Der Gesetzentwurf war am 18. März 2015 Gegenstand einer öffentlichen Anhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags. In der Anhörung wurden das Für und Wider des Entwurfs sowie dessen Details kontrovers diskutiert. Insbesondere wurden von mehreren Wissenschaftlern Zweifel dahingehend vorgebracht, ob die in dem Entwurf vorgesehene starke Stellung des Gruppenklägers und der damit verbundene Ausschluss der Gruppenteilnehmer von der Einflussnahme auf das Verfahren mit dem Grundrecht auf rechtliches Gehör vereinbar sei.³³³ Dazu könnte man einerseits erwägen, dass die Teilnahme am Gruppenverfahren nach dem Entwurf ja freiwillig wäre, sodass das Gruppenverfahren nur als eine zusätzliche Möglichkeit erscheint, derer sich ein Anspruchsinhaber bedienen kann. Ihm wird nicht die Möglichkeit genommen, über seinen eigenen Anspruch einen individuellen Prozess zu führen, in dem die üblichen Verfahrensgarantien vollständig bestehen bleiben. Aus dieser Sicht wäre die freiwillige Teilnahme an dem – ggf. mit weniger Rücksicht auf den Einzelfall zu führenden – Gruppenverfahren keine Grundrechtsverletzung, da sie nur eine zusätzliche Option wäre, derer sich ein Anspruchsinhaber bedienen kann. Im Vergleich zur derzeit geltende Rechtslage würden sich die Rechtsschutzmöglichkeiten des einzelnen Anspruchsinhabers also eindeutig verbessern: Er hätte dann die Auswahl zwischen dem Individual- und Gruppenverfahren statt wie bisher nur das Individualverfahren. Warum diese Verbesserung von Rechtsschutzmöglichkeiten als Verletzung der Verfahrensgrundrechte betrachtet werden soll, erscheint nur schwer nachvollziehbar.

Die Gegenposition macht dagegen geltend, dass die vollständigen Verfahrensrechte einschließlich des individuellen Gehörs in jedem Verfahren gelten müssen, also auch in solchen Verfahren, die zusätzlich zum etablierten Individualverfahren geschaffen werden.³³⁴ Allenfalls in Verfahren mit einer sehr hohen Anzahl von Teilnehmern sei eine gewisse Beschränkung des rechtlichen Gehörs zulässig.³³⁵ Jedoch erscheint auch nach dieser Position das Problem des rechtlichen Gehörs im Gruppenverfahren lösbar: Es wird vorgeschlagen, dass die Gruppenmitglieder in einem möglichen Nachverfahren individuellen Vortrag geltend machen können oder dass der Gruppenkläger zum „Vertreter“

³³² Vgl. § 17 Abs. 2 KapMuG, dazu *Halfmeier*, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, § 17 KapMuG Rn. 4; *Schneider/Heppner*, BB 2012, 2703, 2705.

³³³ *Hess*, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung, S. 7.

³³⁴ *Meller-Hannich*, Stellungnahme, S. 6.

³³⁵ *Meller-Hannich*, ebd.; *Hess*, Stellungnahme, S. 7 f.

der Gruppenteilnehmer ernannt wird – und somit in deren Auftrag das rechtliche Gehör wahrnimmt.³³⁶ Zwar wirft die letztere Lösung neue Fragen im Verhältnis zwischen dem Gruppenkläger und den Gruppenmitgliedern auf – etwa hinsichtlich der Haftung –, aber sie zeigt, dass auch die Frage des rechtlichen Gehörs im Gruppenverfahren im Grundsatz lösbar ist.

Darüber hinaus ist als ein wichtiges Ergebnis der öffentlichen Anhörung festzuhalten, dass sich alle vertretenen Wissenschaftler darüber einig waren, dass der Entwurf ein wichtiges Ziel verfolgt und dass ein Ausbau der kollektiven Rechtsschutzinstrumente notwendig ist. Der Gesetzentwurf sei „im Grundsatz zu begrüßen“.³³⁷ Auch von denen, die im Detail an dem Entwurf Kritik übten, wurde das „rechtspolitische Anliegen des Gesetzentwurfs“ als „grundsätzlich richtig“ bewertet und eine „Gesamtstrategie zur Stärkung der Ziviljustiz in Deutschland und in Europa“ gefordert.³³⁸ Die „Verallgemeinerung der Möglichkeit zur Bündelung individueller Ansprüche“ durch den Gesetzentwurf sei „positiv zu bewerten“.³³⁹ Diese Äußerungen der eingeladenen Experten zeigen, dass es zwar hinsichtlich der konkreten Details unterschiedliche Vorstellungen gibt, dass aber die grundsätzliche Notwendigkeit des Ausbaus des kollektiven Rechtsschutzes in der Wissenschaft eigentlich unumstritten ist.

Eine deutlich ablehnende Stimme in der öffentlichen Anhörung vom 18. März 2015 war allerdings diejenige der Industrie, auf der Anhörung vertreten durch die Daimler AG. Deren Stellungnahme verweist vor allem auf angebliche Missstände bei Sammelklagen in den USA und sieht den Gesetzentwurf als Türöffner hin zu derartigen Zuständen.³⁴⁰ Dabei wird ein pauschales Bild der US-amerikanischen Rechtslage gemalt, wo die Sammelklage als „Gelddruckmaschine für Anwälte“ funktioniere.³⁴¹ Diese Ausführungen sind mit der wesentlich komplexeren Forschungslage zur Empirie des US-amerikanischen Systems schlichtweg nicht vereinbar.³⁴² Wichtiger noch: Die Befürchtungen der Industrie beziehen sich stets nur auf finanzielle Belastungen der Industrie und ziehen aus der Möglichkeit solcher Belastungen den Schluss, dass Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes abzulehnen seien. Dies ist eine rein betriebswirtschaftliche Betrachtung aus Sicht des einzelnen Unternehmens. Eine solche nur auf die eigene Gewinn- und Verlustrechnung bezogene Betrachtung ist für Interessenvertreter legitim. Sie ist aber zugleich für den

³³⁶ *Meller-Hannich*, ebd.

³³⁷ *Keßler*, Stellungnahme, S. 1.

³³⁸ *Hess*, Stellungnahme, S. 2 und 3.

³³⁹ *Meller-Hannich*, Stellungnahme, S. 3.

³⁴⁰ *Hecht*, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung, S. 10.

³⁴¹ Ebd. S. 7.

³⁴² Vgl. dazu nur die Hinweise und Fundstellen bei *Halfmeier/Wimalasena*, JZ 2012, 649, 657.

Gesetzgeber irrelevant, weil der Gesetzgeber ja das Wohl der gesamten Gesellschaft – „des ganzen Volkes“, wie es Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG für die Abgeordneten des Deutschen Bundestags ausdrückt – und nicht etwa den Gewinn einzelner Betriebe im Auge hat. Aus Sicht des Gesetzgebers ist daher eine ganz andere Rechnung anzustellen, nämlich eine volkswirtschaftliche Gewinn- und Verlustrechnung, die danach fragt, ob in der Summe der Nutzen eines rechtlichen Instruments höher ist als seine Kosten. Eine solche Kosten-Nutzen-Analyse ist keine leichte Aufgabe und mit vielen Unwägbarkeiten behaftet. Hinsichtlich der Evaluierung von Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes muss sie deren Kosten und Nutzen quantifizieren, was erhebliche methodische und inhaltliche Probleme aufwirft. Die entsprechende Forschung steht hier zweifellos noch am Anfang. Das ändert aber nichts daran, dass die gesamtwirtschaftliche Betrachtung der entscheidende Maßstab sein sollte und nicht etwa mögliche Verluste einzelner ökonomischer Akteure.

Prinzipielle Ablehnung erfuhr der Gesetzentwurf auch vom Deutschen Richterbund, der eine weitere Belastung der Justiz befürchtet und auch „keinen Bedarf“ für ein Gruppenverfahren sieht, da ja in Deutschland die „Rechtsschutzmöglichkeiten des einzelnen Bürgers“ ausreichend seien.³⁴³ Dies ist aus individueller Sicht unbestritten, aber es geht ja bei der Einführung von Gruppenverfahren gerade nicht um individuellen Rechtsschutz, sondern um die Erreichung gesamtgesellschaftlicher Ziele. Diese sieht der Deutsche Richterbund eher bei den „Aufsichtsbehörden und Verbraucherschutzverbänden“ aufgehoben.³⁴⁴ Diese Sichtweise der Zivilrichter ist verständlich, aber für den Gesetzgeber, der sich gerade mit der Indienstnahme des Zivilrechts zur Erreichung gesellschaftlicher Zielvorstellungen beschäftigt, zunächst einmal irrelevant. Sie ist jedoch insoweit ernst zu nehmen, als natürlich die Schaffung neuer Aufgaben für die Ziviljustiz auch mit einer Stärkung ihrer Kapazitäten und ggf. auch ihrer Ausstattung einhergehen muss. Eine funktionierende Ziviljustiz und eine gute Rechtsdurchsetzung sind gesellschaftlich und ökonomisch so wertvolle Güter, dass sie auch mit der nötigen Ausstattung vom Staat bereitgestellt werden müssen.

c) Opt-in oder opt-out?

In der öffentlichen Anhörung vom 18. März 2015 wurde auch bezweifelt, ob das von der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen in ihrem Entwurf

³⁴³ *Fölsch*, Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zur öffentlichen Anhörung, S. 2.

³⁴⁴ Ebd.

gewählte strikte „opt-in“-Modell die nötigen Anreize für eine adäquate Problemlösung schafft. Insbesondere für verstreute Schäden mit geringeren Einzelbeträgen könne das vorgeschlagene „opt-in“-Gruppenverfahren die „Nachteile des rationalen Desinteresses an einer Rechtsverfolgung“ möglicherweise nicht beheben.³⁴⁵ Daher seien bei solchen „geringfügigen Streuschäden“ andere Modelle, wie etwa „opt-out“-Verfahren oder Gewinnabschöpfungsverfahren, in Betracht zu ziehen.³⁴⁶ Aufgrund dieser Einwände ist auch die Frage nach „opt-out“ oder „opt-in“ für das deutsche Recht weiterhin offen.

Dabei kann kaum bestritten werden, dass ein „opt-out“-System zumindest vom Ansatz her für effiziente Lösungen mit Breitenwirkung wesentlich besser geeignet ist. Es ist daher kein Zufall, dass es etwa in Dänemark und in England zumindest für Fälle mit kleineren Einzelstreitwerten für ein sinnvolles Mittel gehalten wird. Das besonders stark auf Effizienz und gütliche Einigung setzende niederländische Modell des WCAM sieht sogar eine (ggf. weltweite) „opt-out“-Breitenwirkung ohne Rücksicht auf bestimmte Streitwertgrenzen vor und konnte damit bereits einige Erfolge in der Lösung von Streitigkeiten mit einer Vielzahl von Beteiligten verzeichnen. In der rechtsvergleichenden Literatur wird es als „very effective and popular instrument for settling big international cases“ beschrieben.³⁴⁷

Andererseits wird in der deutschen rechtspolitischen Literatur überwiegend ein „opt-in“-Gruppenverfahren vorgezogen, da dies eher dem das bürgerliche Recht prägenden Grundsatz der Privatautonomie entspreche.³⁴⁸ Dem sind aber gerade die Erfahrungen aus dem materiellen Zivilrecht entgegenzuhalten, die ja zeigen, dass ein Beharren auf formalen und kontrafaktischen Autonomievorstellungen die bestehenden heteronomen Verhältnisse auch zementieren kann. Daher hat der Gesetzgeber im materiellen Recht im Interesse realer Verbesserungen der Lage der Verbraucher, Mieter und Arbeitnehmer – um nur die wichtigsten Beispiele zu nennen – zahlreiche Beschränkungen der Privatautonomie eingeführt. Es liegt zumindest auf den ersten Blick nahe, dass eine derartige kompensatorische Strategie auch im Prozessrecht sinnvoll sein könnte. Dafür spricht zunächst die erwünschte Steuerungswirkung, die bei einer „opt-in“-Lösung für „Bagatellschäden“ aufgrund des rationalen Desinteresses der Betroffenen möglicherweise versagen könnte.³⁴⁹ Auf dieser Überle-

³⁴⁵ *Meller-Hannich*, Stellungnahme, S. 8.

³⁴⁶ *Keßler*, Stellungnahme, S. 3.

³⁴⁷ *Stadler*, NIPR 2013, 483, 485.

³⁴⁸ So insbes. *Stadler*, GPR 2013, 281, 285 mit Anführung von „verfassungsrechtlichen Gründen“.

³⁴⁹ Ebd.

gung scheinen die in Dänemark und Belgien bereits möglichen und für Großbritannien oben skizzierten „opt-out“-Verfahren zu beruhen. Aber auch bei höheren Schäden können Gesichtspunkte der Effizienz und der – oft auch im Interesse des Beklagten liegenden – endgültigen Streitbeilegung ein „opt-out“-Verfahren sinnvoll und akzeptabel machen, wie das niederländische WCAM-Verfahren zeigt.

Hinzu kommt das Problem der Abgrenzung von „Bagatellschäden“ zu „normalen“ oder „größeren“ Schäden. Wenn man die Grenze bei dem Betrag ansetzt, bis zu dem ein rationaler Anspruchsinhaber auf die gerichtliche Durchsetzung seines Anspruchs verzichten wird, so hängt dies von vielen tatsächlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen ab, die im Einzelfall oder für bestimmte Fallgruppen näher zu untersuchen wären. Fest steht aber, dass dieser Grenzbetrag wesentlich höher liegt als die zur Definition von „Bagatellschäden“ in der Literatur vorgeschlagenen 25 oder 100 Euro.³⁵⁰ Für den Bereich des Anlegerschutzrechts muss man realistischerweise von einer wesentlich höheren Schwelle von ggf. deutlich über 1.000 Euro ausgehen.³⁵¹ Das könnte z. B. für diesen Bereich bedeuten, dass auch ein „opt-in“-Gruppenverfahren das Problem des rationalen Desinteresses nicht in ausreichendem Maße lösen könnte und dadurch weiterhin nicht die erforderlichen und erwünschten Verhaltensanreize in Richtung eines rechtskonformen Verhaltens gesetzt würden. Hier sind auch in den europäischen Nachbarländern bisher zu wenig Erfahrungen vorhanden, um die Geeignetheit von reinen „opt-in“-Verfahren überprüfen zu können; so sind z. B. die Fallzahlen für „opt-in“-Verfahren in Schweden und Dänemark bisher sehr niedrig.

Vor dem Hintergrund dieser offenen Fragen und mangelnden Erfahrungen ist es daher nicht gerade überzeugend, wenn die Kommissionsempfehlung 2013/396/EU die noch im Gang befindliche und durchaus heterogene Entwicklung in den Mitgliedstaaten durch eine weitgehende Festlegung auf das „opt-in“-Modell determinieren möchte. Die Kommission räumt „opt-out“-Modellen nur noch einen Ausnahmecharakter ein, der mit „Gründen der ordnungsgemäßen Rechtspflege“ zu rechtfertigen sei (Nr. 21 Satz 2 der Empfehlung). Damit rückt sie „opt-out“-Verfahren zu Unrecht in eine Schmutzdecke, in die sie nicht hingehören. Die Rechtsstaatlichkeit der Verfahrensordnungen etwa in den Niederlanden, in Dänemark und Großbritannien – in denen jeweils „opt-out“-Verfahren existieren oder zumindest vom Gesetzgeber ermöglicht wurden

³⁵⁰ Für 25 Euro als Grenze: *Micklitz/Stadler*, Das Verbandsklagerecht in der Informations- und Dienstleistungsgesellschaft, S. 1323; für 100 Euro als Grenze: *Lange*, Das begrenzte Gruppenverfahren, S. 168 ff.

³⁵¹ Siehe dazu die ökonomischen Erwägungen bei *Halfmeier/Rott/Feess*, Kollektiver Rechtsschutz im Kapitalmarktrecht, S. 74 f.

– steht außer Zweifel. Im Gegenteil: Es handelt sich hier um Staaten, deren hohes rechtsstaatliches Niveau weltweite Achtung genießt. Es ist daher gut nachvollziehbar, dass z. B. englische Juristen derartigen Vorgaben der Kommission sehr skeptisch gegenüberstehen. Daher spricht sich auch das *European Law Institute* in seiner Stellungnahme zur Kommissionsempfehlung gegen eine vorschnelle und ausschließliche Festlegung auf „opt-in“-Systeme aus.³⁵²

Hinzu kommen die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte bezüglich des in Art. 6 EMRK garantierten *fair-trial*-Prinzips: Mit Blick auf andere Kollektivverfahren stellte der Gerichtshof in diesen Entscheidungen ausdrücklich fest, dass es in Verfahren, bei denen es um eine größere Anzahl von Personen geht, nicht in jedem Fall erforderlich sei, jede einzelne Person anzuhören oder aktiv zu beteiligen, sondern dass im Interesse der Verfahrenseffektivität hier durchaus Beschränkungen möglich sind, sofern diese begründet und verhältnismäßig sind.³⁵³ Daher sind „opt-out“-Verfahren unter angemessenen Umständen und Verfahren eindeutig mit der in Form der EMRK entwickelten europäischen Grundrechtsordnung vereinbar.

Dasselbe gilt auch für die deutsche Perspektive: Soweit hierzulande noch vertreten wird, dass „opt-out“-Verfahren mit dem Grundgesetz nicht vereinbar seien,³⁵⁴ so verkennt diese Auffassung, dass es schon im geltenden deutschen Recht eine ganze Reihe von Kollektivverfahren gibt, in denen gerade nicht jeder einzelne Betroffene angehört wird. Das offensichtlichste Beispiel ist hier das Insolvenzverfahren, in dem ähnlich wie bei der US-amerikanischen *class action* mögliche Gläubiger über geeignete Benachrichtigungen und Bekanntmachungen zur Anmeldung ihrer Ansprüche aufgefordert werden, sie aber ihre Ansprüche auch dann verlieren können, wenn sie faktisch von diesen Benachrichtigungen nicht erreicht wurden.³⁵⁵ Ebenso wie der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hält auch das deutsche Bundesverfassungsgericht derartige Beschränkungen des individuellen rechtlichen Gehörs in Massenverfahren für verfassungsrechtlich zulässig.³⁵⁶ In dieser Hinsicht gibt

³⁵² „The ELI believes that the impact of the opt-in principle should be reviewed on the basis of the evidence available in 2017, and that the Recommendation [2013/396/EU] should not be read as putting a stop to national experiments with opt-out.“ Statement of the European Law Institute on Collective Redress and Competition Damages Claims (2014), S. 42 f.

³⁵³ EGMR, Urt. v. 24.6.1986, Serie A 102, 71 (Lithgow v. United Kingdom); EGMR, Urt. v. 6.2.2003, NJW 2003, 2221, 2224 (Wendenburg v. Bundesrepublik Deutschland).

³⁵⁴ Vgl. zuletzt etwa *Lange*, a.a.O., die immerhin bei den von ihr als solchen definierten Bagatellschäden bis 100 Euro ein „opt-out“-Verfahren für zulässig hält, wobei nicht klar wird, warum der legitime Zweck der Rechtsdurchsetzung nicht auch bei höheren Beträgen ein „opt-out“-Verfahren rechtfertigen könnte.

³⁵⁵ Ausführlich dazu *Halfmeier/Wimalasena*, JZ 2012, 649, 654 ff.

³⁵⁶ BVerfG, Urt. v. 2.12.1987, BVerfGE 77, 275, 285.

es daher keinen Unterschied zwischen der deutschen und der europäischen Grundrechtsordnung.

d) Geeignete Akteure

Eine weitere Strukturfrage bei Gruppenverfahren betrifft die Person des möglichen Gruppenrepräsentanten. Hier stehen sich im europäischen Umfeld vor allem zwei Varianten gegenüber: Einerseits die Beschränkung auf besonders zugelassene Verbraucherverbände oder andere vom Gesetzgeber spezifisch genannte Einrichtungen, wie etwa in Frankreich und Belgien. Eine solche Beschränkung der Klagebefugnis auf bestimmte Institutionen entspricht der Verbandsunterlassungsklage und ihrem Begriff der „qualifizierten Einrichtung“ in Art. 3 der Richtlinie 2009/22/EG. Das liberalere Modell, in dem neben derartigen besonderen Institutionen auch ein einzelner Betroffener ein Gruppenverfahren initiieren kann, findet man dagegen vor allem in Dänemark, Schweden und Italien. Einen Mittelweg zwischen den beiden Modellen könnte die Zulassung von *ad hoc* gegründeten Selbsthilfeorganisationen oder Zweckvereinigungen sein, wie dies bereits nach dem niederländischen WCAM möglich ist und entsprechend dort auch für das Klageverfahren vorgesehen wird.³⁵⁷

In Deutschland spricht für die Indienstnahme „qualifizierter Einrichtungen“ auch im Hinblick auf Gruppenverfahren eindeutig die fünfzigjährige Erfolgsgeschichte der Verbandsunterlassungsklage. Jedenfalls diejenigen Einrichtungen, die von ihrer gesetzlich vorgesehenen Klagebefugnis regelmäßig Gebrauch machen, haben ein erhebliches Know-how in einschlägigen Gebieten des Verbraucherschutzes erworben und nutzen diese Expertise und Kompetenz verantwortungsvoll im Interesse der Verbraucherinnen und Verbraucher. Es ist daher nur sinnvoll und effizient, diese erworbenen Kompetenzen auch für die Planung, Organisation und Durchführung von Gruppenverfahren einzusetzen. Daher sollten entsprechend qualifizierte Einrichtungen auch in Gruppenverfahren als mögliche Repräsentanten auftreten können. Das entspricht auch der Intention der Nr. 4 der Kommissionsempfehlung 2013/396/EU, in der bestimmte Anforderungen an „Vertreterorganisationen“ aufgeführt werden.

Das heißt aber noch lange nicht, dass diese Organisationen ein Monopol für die Durchführung von Gruppenverfahren haben müssten. Auch die EU-

³⁵⁷ Beim WCAM: Rechtsfähiger Verein oder Stiftung, s. *Mom*, Kollektiver Rechtsschutz in den Niederlanden, S. 335.

Empfehlung scheint ein solches Monopol nicht anzustreben: Neben den durch eine Organisation geführten „Vertretungsklagen“ nennt sie auch die schlichten „gemeinsamen“ Gruppenklagen, die von einzelnen Betroffenen ausgehen (Nr. 3 a und Erwägungsgrund 17 der Empfehlung). Dies entspricht auch intuitiven Gerechtigkeitsvorstellungen: Wenn der Gesetzgeber sich dazu durchringen sollte, im Interesse der Rechtsdurchsetzung ein Gruppenklageverfahren zu schaffen, so ist es aus Sicht der Geschädigten schwer einzusehen, warum sie notwendigerweise erst eine besonders zugelassene Organisation einschalten müssen oder gar ohne die Unterstützung einer solchen Organisation ihnen der Weg in das Gruppenverfahren versagt bliebe. Es mag für eine zugelassene „Vertreterorganisation“ gute Gründe geben, in einem konkreten Fall kein Gruppenverfahren einzuleiten – dies mag finanziell, taktisch oder organisati- onspolitisch bedingt sein oder auch schlicht auf unterschiedlicher Einschät- zung der Erfolgsaussichten beruhen. In einem solchen Fall aber den ggf. zahl- reichen Betroffenen das Gruppenverfahren ganz zu verwehren, erscheint schwer einsichtig.

Allenfalls könnte man als Argument für eine Monopolisierung der Befugnis zur Erhebung einer Gruppenklage die Gefahr massenhafter, ggf. gar unbegründe- ter oder schikanöser Gruppenklagen anführen, und es ist zu vermuten, dass eine solche Furcht vor einer „Klageflut“ auch hinter entsprechenden Ein- schränkungen in Frankreich und Belgien steht. Allerdings ist diese Furcht jedenfalls anhand der bisherigen Erfahrungen völlig unbegründet, wenn man sich die bescheidenen Fallzahlen in Dänemark und Schweden ansieht. Gerade in Deutschland, wo ein Kläger ein erhebliches Prozesskostenrisiko auf sich nimmt, ist es geradezu irrational zu glauben, dass Einzelpersonen mas- senweise Gruppenverfahren initiieren würden, wenn sie dazu befugt wären. Das Prozesskostenrisiko ist hier viel zu hoch. Zwar mag man auch hinsichtlich der Gruppenklage an die Gewährung von Prozesskostenhilfe denken, aber auch diese würde keineswegs zu einem Missbrauch im Sinne massenhaft unbegründeter Klagen führen. Das Recht der Prozesskostenhilfe kennt ja seit Langem das Erfordernis der „hinreichenden Aussicht auf Erfolg“, außerdem darf die Klageerhebung auch „nicht mutwillig“ erscheinen (§ 114 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Diese Schranken sind seit Langem bewährt und würden auch bei Ein- führung einer Gruppenklage einen ausreichenden Schutz vor sinnlosen oder gar schikanösen Klagen bieten.

Die Befugnis von Einzelpersonen zur Erhebung einer Gruppenklage – wie sie auch der oben dargestellte jüngste Gesetzentwurf im Deutschen Bundestag vorsieht – ist daher eher als sinnvolle Ergänzung der Klagebefugnis von Ver- braucherverbänden und anderen Institutionen zu sehen, mit der im Einzelfall die nötige Flexibilität gewährleistet werden soll.

III. Kombination in Form eines Musterfeststellungsverfahrens?

Die oben skizzierten Modelle der Bündelung individueller Ansprüche durch ein „opt-in“- oder „opt-out“-Gruppenverfahren sind im Grundsatz unabhängig von besonderen Interventionsbefugnissen der Verbraucherverbände oder anderer Institutionen. Sie sind auch ohne derartige Institutionen denkbar, wie etwa die amerikanische *class action* oder die dänischen „opt-in“-Gruppenklagen belegen. Allerdings hat sich in Deutschland in den letzten Jahren eine erfolgreiche Tradition der Verbandsklagebefugnis entwickelt, sodass auch ein darauf beruhender Entwicklungspfad in Betracht käme: Auf einem solchen Pfad könnte man die bewährte und besondere Rolle der Verbände mit der notwendigen stärkeren Durchsetzung individueller Ansprüche verknüpfen. Ein solcher möglicher „dritter Weg“ zwischen rein objektiv-rechtlicher Verbandsintervention einerseits und bloßer „Sammlung“ von Einzelansprüchen andererseits soll im Folgenden skizzenhaft dargestellt und auf seine Möglichkeit hin überprüft werden.

Eine mögliche Grundstruktur eines solchen Instruments wäre der Ausbau der Verbandsklage hin zu einer Art „Musterfeststellungsverfahren“. Ein solches Verfahren würde sich die objektiv-rechtliche Komponente der Verbandsklage zunutze machen, um Wirkungen für die bisher kaum realisierten Individualansprüche zu erzeugen. Dieser Ansatz entspräche auch einer gewissen Tendenz in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, in der die europarechtlichen Vorgaben im Sinne einer erwünschten stärkeren Verschränkung von Kollektiv- und Individualrechtsschutz interpretiert werden.³⁵⁸

Will man sich der konkreten Ausgestaltung eines derartigen Musterfeststellungsverfahrens annähern, so ist zunächst im Sinne eines Lastenhefts festzuhalten, welche Merkmale dieses Verfahren haben müsste, um seinen Zweck zu erfüllen, d. h. um zu einer besseren Durchsetzung von Individualansprüchen und der damit zumindest theoretisch verbundenen stärkeren verhaltenssteuernden Wirkung beizutragen. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit könnte man in ein solches Lastenheft mindestens die sechs folgenden Anforderungen eintragen: Das Musterfeststellungsverfahren muss (1.) in seinem Anwendungsbereich diejenigen Rechtsprobleme umfassen, in denen typischerweise ein Rechtsdurchsetzungsdefizit herrscht, es muss (2.) das Problem der Verjährung der Individualansprüche angemessen regeln, es muss (3.) den Inhabern der Einzelansprüche einen niedrighwelligen Zugang zur Rechtsdurchsetzung ermöglichen, es muss (4.) zugleich mit den verfassungsrechtlich

³⁵⁸ Vgl. EuGH, Urt. v. 26.4.2012, C-472/10, EuZW 2012, 786, 788.

vorgegebenen Grundsätzen des rechtlichen Gehörs sowie anderen Verfahrensgrundrechten im Einklang stehen, weiterhin ist (5.) schon aus Gründen der Justizentlastung und der ökonomischen Bewältigung von Streitigkeiten eine realistische Möglichkeit der einvernehmlichen Streitbeilegung vorzusehen und schließlich darf (6.) das Verfahren auch nicht an zu hohen Kostenrisiken für die Beteiligten scheitern. Diese Anforderungen sollen im Folgenden näher erörtert werden.

1. Anwendungsbereich eines Musterfeststellungsverfahrens

a) Allgemeines

Hinsichtlich des sachlichen Anwendungsbereichs gibt es – auch im internationalen Vergleich der Varianten des kollektiven Rechtsschutzes – im Grunde zwei verschiedene Möglichkeiten: Einerseits kann man diesen sehr weit fassen und ihn z. B. auf alle Arten von privatrechtlichen Rechtsverhältnissen beziehen, wie dies etwa der Gesetzesentwurf von Bündnis 90/Die Grünen zum Gruppenverfahren in lockerer Anlehnung an das dänische und schwedische Recht vorsah.

Der Vorteil einer solchen „offenen“ Lösung besteht darin, dass man sich von vornherein Abgrenzungsschwierigkeiten und wiederholte legislative Eingriffe erspart, mit denen am Anwendungsbereich herumgebastelt wird. Derartige Bastelarbeiten findet man etwa im deutschen Recht vor allem im wiederholt erweiterten § 2 UklAG vor, und zwar sowohl hinsichtlich der immer wieder verlängerten Beispielliste des § 2 Abs. 2 UklAG wie auch hinsichtlich der praktisch wichtigen Frage, ob und in welchem Umfang das Datenschutzrecht zum Verbraucherschutzrecht gehört.³⁵⁹ Auch beim KapMuG wurde der Anwendungsbereich nachträglich erweitert, indem durch die KapMuG-Reform 2012 auch die in der Praxis immer wieder relevanten Ansprüche aus Beratungsfehlern unter bestimmten Voraussetzungen zu KapMuG-fähigen Ansprüchen erklärt wurden.³⁶⁰ Bis heute besteht im Hinblick auf den Anwendungsbereich des KapMuG ein erhebliches Gerechtigkeitsproblem, auf das der Bundesrat³⁶¹ bereits in den ursprünglichen Beratungen zum KapMuG hingewiesen hatte:

³⁵⁹ Dazu unten, S. 121.

³⁶⁰ S. heute § 1 Abs. 1 Nr. 2 KapMuG.

³⁶¹ BT-Drs. 15/5091, 39.

Warum sollen gerade Kapitalanleger in den Genuss eines besonderen Musterverfahrens kommen, um ihre Ansprüche besser durchsetzen zu können, und warum wird dieses Verfahren in anderen Konstellationen massenhafter Ansprüche gerade nicht bereitgestellt?

Für eine inhaltliche Beschränkung des Anwendungsbereichs von Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes mag allerdings sprechen, dass man die jeweiligen Instrumente für Sonderfälle hält, die sozusagen im Sinne eines schonenden Eingriffs in ein ansonsten auf Individualrechtsschutz aufgebautes System von ihrem Umfang her beschränkt sein sollten. Es ist dann jeweils Sache des Gesetzgebers – wie derzeit beim Datenschutz – darüber zu entscheiden, ob für einen bestimmten Rechts- oder Lebensbereich eine solche besondere Maßnahme erforderlich ist oder ob es bezüglich dieses Bereichs bei den hergebrachten Möglichkeiten des rein individuellen Rechtsschutzes verbleiben kann. Mit dieser Technik übt der Gesetzgeber eine stärkere Kontrolle aus, sie ist aber zugleich unflexibler, wie gerade das Beispiel Datenschutz zeigt. Hinsichtlich des Datenschutzes gibt es zweifellos ein gesellschaftlich als relevant wahrgenommenes Rechtsdurchsetzungsdefizit, dem mit reinem Individualrechtsschutz augenscheinlich nicht ausreichend begegnet werden kann. Zugleich führten aber einschränkende Begriffe wie jener der „Verbraucherschutzgesetze“ (§ 2 Abs. 1 UKlaG) dazu, dass dieses gesellschaftliche Bedürfnis zunächst nicht befriedigt werden konnte, sodass nun erst eine Korrektur durch den Gesetzgeber abgewartet werden muss. Gerade diese Erfahrung spricht also eher für einen möglichst weiten Anwendungsbereich eines Musterfeststellungsverfahrens.

Eine mögliche Kompromisslösung könnte auch darin bestehen, dass man einerseits den Anwendungsbereich sehr weit fasst, andererseits aber den Gerichten durch die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe ermöglicht, nur solche Verfahren zuzulassen, die wirklich eine Relevanz über den Einzelfall hinaus haben. Im Rahmen der US-amerikanischen Sammelklage wird dies etwa mit Begriffen wie „typicality“ und „superiority“ erreicht: Auch die dortige Sammelklage ist von ihrem Anwendungsbereich her zunächst nicht beschränkt, sie wird aber durch die strikte Interpretation dieser Begriffe von den Gerichten auf solche Fallkonstellationen beschränkt, in denen eine kollektive Wahrnehmung von Rechten als geeignetes Mittel erscheint.³⁶²

³⁶² Vgl. dazu *Eichholtz*, Die US-amerikanische Class Action und ihre deutschen Funktionsäquivalente (2002), 81 ff.

b) Besonderheiten bei Anknüpfung an Verbandsklagen

Wenn man sich das Musterfeststellungsverfahren als Kombination zwischen einer Verbandsklage und damit sachlich zusammenhängenden Individualansprüchen vorstellt, so könnte der Anwendungsbereich eines solchen Verfahrens bereits durch die bestehenden Verbandsklagebefugnisse vordeterminiert sein: So könnte man sich vorstellen, dass Verbraucherverbände oder andere klagebefugte Institutionen nur in den heute bereits gemäß UKlaG und UWG vorgegebenen Bereichen tätig werden können; dann beschränkte sich möglicherweise auch der Anwendungsbereich der ggf. zu treffenden „Musterfeststellung“ entsprechend.

Auch eine solche Beschränkung könnte Friktionen erzeugen, wenn etwa ein Verbraucherverband (Klagebefugnis gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UKlaG) in einem Verfahren die Unwirksamkeit bestimmter AGB-Klauseln feststellen lässt und sich dann ein Unternehmer hinsichtlich seines individuellen Anspruchs auf diese Unwirksamkeit berufen möchte. Hier wird man wohl im Hinblick auf § 3 Abs. 2 Nr. 1 UKlaG davon ausgehen müssen, dass eine solche Feststellung auch zugunsten eines Unternehmers wirken könnte, wenn es sich nicht um eine AGB-Klausel handelt, die *ausschließlich* zwischen Unternehmern verwendet wird. Trotzdem ergibt sich aus den verschiedenen Verbandsklageregelungen mit ihren jeweils unterschiedlichen Anwendungsbereichen eine potenzielle Komplikationsmöglichkeit, wenn das Musterfeststellungsverfahren an diese Verbandsklagebefugnisse anknüpfen soll. Alternativ käme auch eine ganz eigene Regelung zum Musterfeststellungsverfahren in Betracht, die nicht von den heute bestehenden Verbandsklagebefugnissen des UWG und des UKlaG abhinge.

2. Verjährungshemmung

Im geltenden Recht führen die kurzen Verjährungsfristen häufig dazu, dass viele Individualansprüche nicht mehr durchgesetzt werden können, auch wenn die Rechtslage – etwa durch erfolgreiche Verbandsklagen – weitgehend geklärt ist. Bis eine klagebefugte Einrichtung eine Verbandsklage erhebt, mag schon etwas Zeit vergehen: Zunächst muss das Problem zur Kenntnis des Verbands gebracht werden, dann muss dieser sich zur Klage entschließen und er wird zunächst auch ein Abmahnverfahren durchführen. Bleibt dieses

erfolglos, kann sich ein Gang durch mehrere Instanzen anschließen, ggf. bis hin zum Bundesgerichtshof.

Als Beispiel sei hier eines der zahlreichen Verbandsklageverfahren angeführt, die sich mit AGB-Klauseln über die Berechnung von Rückkaufswerten bei Lebensversicherungen beziehen: Es handelte sich dabei um Vertragswerke, die in den Jahren 2001 bis 2006 verwendet wurden. Der Verbandskläger mahnte das betreffende Versicherungsunternehmen erstmals (erfolglos) im September 2007 ab; anschließend erhob er die Unterlassungsklage. Das Urteil des Landgerichts datiert von November 2009,³⁶³ das Berufungsurteil des Oberlandesgerichts wurde im Juli 2010 gefällt.³⁶⁴ Nach zwei weiteren Jahren folgte dann das Urteil des Bundesgerichtshofs, mit dem die Unwirksamkeit zahlreicher Einzelklauseln bestätigt wurde.³⁶⁵ Wir haben es hier also mit einem Zeitraum von etwa fünf Jahren zwischen dem Auftreten des Problems beim Verbraucherverband und dem höchstrichterlichen Urteil zu tun. Zugleich beträgt die regelmäßige Verjährungsfrist seit der Schuldrechtsreform des Jahres 2002 aber nur noch drei Jahre (§ 195 BGB), sodass häufig der Fall auftritt, dass eine Einzelforderung bereits verjährt ist, wenn das Problem höchstrichterlich geklärt ist. Zwar ist der Verjährungsbeginn von der subjektiven Erkennbarkeit der Forderung abhängig (§ 199 BGB), aber damit tritt ein neuer Streitpunkt auf, nämlich inwieweit und wann genau die Verjährung bei unsicherer oder gar sich ändernder Rechtslage beginnt. Auch dieser Streit führt aber zu neuen Unsicherheiten, die aus Sicht eines rational handelnden Individuums eine Klageerhebung unter Umständen wenig sinnvoll erscheinen lassen.

Diese Problematik wird auch durch die spektakulären Entwicklungen hinsichtlich unwirksamer Klauseln über Bearbeitungsentgelte in Formularverträgen über Verbraucherkredite illustriert: Im Mai 2014 entschied der Bundesgerichtshof, dass derartige Klauseln weitgehend unwirksam sind.³⁶⁶ Aufgrund dieser Rechtsprechung ergaben sich Rückzahlungsansprüche zahlreicher Verbraucher gegen die betroffenen Kreditinstitute in Millionenhöhe. Dabei blieb aber zunächst noch unklar, wann die kenntnisabhängige dreijährige Verjährungsfrist zu laufen begann. Im Oktober 2014 urteilte der Bundesgerichtshof in einer vergleichbaren Angelegenheit über die Frage des Verjährungsbeginns: Diesen setzte der Bundesgerichtshof mit Ende des Jahres 2011 an, da sich erst in jenem Jahr eine „gefestigte oberlandesgerichtliche Rechtsprechung“ gebildet hatte, die von der früheren BGH-Rechtsprechung

³⁶³ LG Hamburg, Urte. v. 20.11.2009 – 324 O 1116/07 u.a.

³⁶⁴ HansOLG Hamburg, Urte. v. 27.7.2010 – 9 U 236/09.

³⁶⁵ BGH, Urte. v. 25.7.2012, BGHZ 194, 208.

³⁶⁶ BGH, Urte. v. 13.5.2014, NJW 2014, 2420.

abwich und nunmehr die fraglichen Klauseln überwiegend für unwirksam hielt. Erst ab diesem Zeitpunkt sei den Betroffenen eine Klage mit hinreichender Erfolgsaussicht zuzumuten gewesen.³⁶⁷ Für viele Kreditnehmer ergab sich daraus die Konsequenz, dass sie bis zum 31. Dezember 2014 die Verjährung hemmen mussten. Dies gelang – trotz Unterstützung der Verbraucherzentralen und anderer Einrichtungen – nur einem Bruchteil der eigentlich Anspruchsberechtigten.

Diese Vorgänge zeigen, dass dem Problem der Verjährung gerade in Fällen massenhafter Betroffenheit eine enorme praktische Bedeutung zukommt. Will man also mit dem möglichen Instrument einer Musterfeststellungsklage dafür sorgen, dass Individualansprüche in höherem Maße durchgesetzt werden, so muss man sich zwingend auch mit dem Problem der Verjährung auseinandersetzen.

a) Verlängerung der Verjährungsfristen

Die theoretisch leichteste Möglichkeit, dieses Problem anzugehen, wäre eine Verlängerung der regelmäßigen Verjährungsfrist. Hier hat der Gesetzgeber des Jahres 2002 das Kind mit dem Bade ausgeschüttet, indem er die allgemein als zu lang empfundene allgemeine Verjährungsfrist von 30 Jahren radikal auf drei Jahre verkürzte. Diese Neuregelung wird in Teilen der rechtswissenschaftlichen Literatur mit Recht als viel zu kurze Frist kritisiert.³⁶⁸ Zwar wird die Kürze der Frist in der Theorie durch ihren relativen Charakter, d. h. das Verschieben des Fristbeginns auf den Zeitpunkt der Kenntnis oder zumindest nicht grob fahrlässigen Unkenntnis (§ 199 Abs. 1 BGB) gemildert, aber dadurch entstehen eben die o. g. erheblichen Unsicherheiten über den Zeitpunkt des Fristbeginns. Gerade diese Unsicherheit über den Lauf der Verjährungsfrist ist kontraproduktiv, denn das Rechtsinstitut der Verjährung soll ja eher zum Rechtsfrieden beitragen und nicht etwa neue Rechtsunsicherheiten schaffen.³⁶⁹ Eine längere, aber dafür weitgehend objektiv bestimmbare Verjährungsfrist wäre also deutlich vorzugswürdig. Ob derartige weitreichende Reformen im allgemeinen Zivilrecht derzeit realistisch sind, steht jedoch auf einem anderen Blatt.

³⁶⁷ BGH, Urt. v. 28.10.2014, NJW 2014, 3713, 3716.

³⁶⁸ *Honsell*, in: Staudinger, BGB, Eckpfeiler des Zivilrechts, Rn. B 39, a.A. jedoch *Peters/Jacoby*, in: Staudinger, BGB (2014) § 195 Rn. 3.

³⁶⁹ *Honsell*, a.a.O.

b) Verjährungshemmung durch Mahnschreiben?

Eine weitere mögliche Reform im allgemeinen Zivilrecht, die das Problem massenhafter verjährter Individualansprüche lindern könnte, bestünde in einer Veränderung bei den Hemmungstatbeständen. Das geltende deutsche Recht geht von dem Grundmodell aus, dass erst die gerichtliche Geltendmachung eines Anspruchs dessen Verjährung hemmt. Die förmliche Klageerhebung ist daher der Grundtatbestand der Verjährungshemmung (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB); die anderen Hemmungstatbestände sind im Wesentlichen als Substitute der Klageerhebung zu verstehen. Wenn man aber davon ausgeht, dass die faktischen Zugangsbarrieren für Verbraucher vor allem den Zugang zum Gericht betreffen, ist diese weitgehende Fokussierung des Verjährungsrechts auf die *gerichtliche* Geltendmachung von Ansprüchen nicht hilfreich. Für die Klageerhebung als Voraussetzung der Verjährungshemmung wird angeführt, dass der Gläubiger damit „unmissverständlich“ zu erkennen gebe, dass er sein Recht durchsetzen will.³⁷⁰ Das ist aber keineswegs ein zwingender Schluss. Die Verjährung soll dem Schuldner Rechtssicherheit verschaffen, wenn er durch einen angemessenen Zeitablauf davon ausgehen kann, dass die Forderung nicht mehr durchgesetzt werden soll. Solange aber eindeutig ist, dass der Gläubiger an seiner Rechtsposition festhält, besteht ein solches berechtigtes Schutzbedürfnis nicht. Daher müssten *de lege ferenda* auch andere Formen der Geltendmachung eines Anspruchs ausreichen, um die Verjährung zu hemmen.

Zu denken wäre etwa an eine Regelung im Sinne von Art. 3:317 des niederländischen *Burgerlijk Wetboek*, der auch die „nur“ schriftliche Geltendmachung des Anspruchs (*schriftelijke aanmaning*) ausreichen lässt, um die Verjährungsfrist sogar ganz neu beginnen zu lassen.³⁷¹ Mit einer solchen Regelung könnte die rationale Apathie vieler Verbraucher eher bekämpft werden, da der Aufwand und die Kosten eines solchen förmlichen Mahnschreibens wesentlich geringer sind als die Erhebung einer Klage oder eines ihrer im geltenden § 204 Abs. 1 Nr. 2–14 BGB genannten Substitute. Ebenso wie bei einer möglichen Verlängerung der Verjährungsfristen erscheint es aber auch hier fraglich, ob Reformen des allgemeinen Verjährungsrechts derzeit realistisch sind.

³⁷⁰ Grothe, in: Münchener Kommentar BGB, 6. Aufl. 2012, § 204 Rn. 3.

³⁷¹ Siehe Art. 3:319 *Burgerlijk Wetboek*, wonach die Verjährungsfrist nach der Unterbrechung durch die schriftliche Anspruchsanmeldung neu beginnt.

c) Besondere Verjährungsregelung im KapMuG

Eine realistischere Variante besteht somit in einer besonderen Regelung zur Verjährung von Individualansprüchen im Zusammenhang mit einem Musterfeststellungsverfahren. Schon bei der Reform des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes im Jahr 2012 wurde eine für dieses Instrument spezifische Neuregelung eingefügt, nämlich der neue Hemmungstatbestand der „Anmeldung“ in § 204 Abs. 1 Nr. 6a BGB. Er stellt unter den Hemmungstatbeständen insofern eine Anomalie dar, als die Anmeldung – geregelt in § 10 Abs. 2 und 3 KapMuG – gerade kein Instrument der Rechtsverfolgung ist, sondern einzig und allein die Hemmung der Verjährung bewirkt. Weder profitieren die „Anmelder“ von den Wirkungen des Musterverfahrens noch führt die Anmeldung zu einem Zivilprozess. Sie ist aber augenscheinlich deshalb eingeführt worden, um gerade angesichts der langwierigen Musterverfahren im Kapitalmarktrecht betroffenen Anspruchsinhabern eine kostengünstige (im Verhältnis zur Klageerhebung) Möglichkeit zu verschaffen, mit der sie die Verjährung hemmen können. So können die Anmelder den Ausgang des KapMuG-Musterverfahrens abwarten und sich erst danach für oder gegen eine Klageerhebung entscheiden. Zwar hat die Entscheidung, die im Musterverfahren nach dem KapMuG ergeht, keine rechtliche Wirkung in Bezug auf die bloß „angemeldeten“ Forderungen, aber es bleibt doch die Erwartung einer faktischen Musterwirkung.

Allerdings hat sich auch die Anmeldung im Sinne des § 10 Abs. 2 und 3 KapMuG bisher noch nicht als besonders häufig genutztes Instrument erwiesen. Dies mag einerseits an ihrem sehr beschränkten Anwendungsbereich liegen: Für die Anmeldung kommen nur KapMuG-fähige Ansprüche in Betracht, d. h. solche mit Bezug zu Fehlinformationen des Kapitalmarkts (§ 1 Abs. 1 KapMuG). Andere massenhaft auftretende Ansprüche im Finanzdienstleistungssektor, etwa die oben genannten Beispiele mit Bezug auf Versicherungs- und Kreditverträge, sind nicht KapMuG-fähig und kommen daher auch bisher nicht in den Genuss der Anmeldeöglichkeit. Hinzu kommt, dass auch die Anmeldung nicht problemlos ist: Für sie steht nur ein begrenztes Zeitfenster zur Verfügung, nämlich sechs Monate nach Bekanntmachung des Musterverfahrens (§ 10 Abs. 1 und 2 KapMuG). Es hängt von der Geschwindigkeit der mit der Sache befassten Anwälte und Gerichte ab, ob sich dieses Zeitfenster rechtzeitig öffnet, d. h. vor Eintritt der Verjährung der noch nicht rechtshängigen Ansprüche.

Außerdem ist die Anmeldung zwar kostengünstiger als die ordentliche Klageerhebung, aber keineswegs kostenlos: Es besteht Anwaltszwang (§ 10 Abs. 2

Satz 3 KapMuG) und es entsteht eine Gebühr von 0,8 RVG-Gebühren (RVG Anl. 1 Nr. 3338) und 0,5 GKG-Gebühren (Anl. 1 GKG Nr. 1902). Daraus ergeben sich z. B. bei einer Anspruchshöhe von 1.000,- € Gebühren in Höhe von 90,50 € (0,8 x 80 € + 0,5 x 53 €) für die Anmeldung des Anspruchs. Hinzu kommt der Aufwand, sich über die Existenz des Verfahrens zu informieren – dazu wäre die Durchsicht des Klagerregisters, in dem die Bekanntmachung erfolgt (§ 10 Abs. 1 KapMuG), erforderlich – sowie einen Rechtsanwalt auszuwählen und mit der Anmeldung zu beauftragen.

Somit setzt auch die Anmeldung nach dem KapMuG eine erhebliche Überwindung der rationalen Apathie der Betroffenen voraus: Erstens müssen zehn oder mehr Betroffene Klage erheben, um ein KapMuG-Verfahren zu ermöglichen. Dieses muss dann auch eröffnet werden und es muss dann das oben beschriebene Zeitfenster mit der kostenpflichtigen Anmeldung eingehalten werden. Diese Voraussetzungen sind in ihrer Summe nicht immer leicht zu erreichen, sodass bisher noch unklar ist, ob die Anmeldeoption ein geeignetes Mittel zur Überwindung der rationalen Apathie der Betroffenen ist.

d) Verbandsklage und Verjährung von Einzelansprüchen

Bevor man daher die im heutigen KapMuG vorgesehene und kaum praktisch erprobte „Anmelde“-Möglichkeit unbesehen auf andere Fälle von potenziell massenhafter Betroffenheit überträgt, sollte man zunächst noch einmal einen Schritt zurücktreten und darüber nachdenken, welche Möglichkeiten der Verjährungsregelung in Bezug auf Verbands- und Musterverfahren grundsätzlich bestehen. Ausgangspunkt ist dabei, dass eine Verbands- oder Musterklage, die in einem ausreichend engen Zusammenhang mit zahlreichen Einzelansprüchen steht, auf die Verjährung dieser Einzelansprüche dilatorisch wirken sollte. Solche Auswirkungen sind deswegen erwünscht, weil man – ganz unabhängig von der genauen rechtlichen Konstruktion der Verbands- oder Musterklage – die soziale Wirkungsmacht dieser im weiteren Sinne kollektiven Rechtsschutzinstrumente nutzen möchte, um auch den damit zusammenhängenden Einzelansprüchen stärker zur Durchsetzung zu verhelfen.

Hinsichtlich des Verhältnisses zwischen der Erhebung einer Verbands- oder Musterklage einerseits und der Verjährung der Individualansprüche andererseits ist eine wichtige Weichenstellung zu treffen: Einerseits ist es denkbar, die Verjährungshemmung von einer Erklärung und aktiven Handlung des Anspruchsinhabers abhängig zu machen, wie dies in den Varianten des § 204

Abs. 1 Nr. 1–14 BGB typischerweise der Fall ist. Auch die Anmeldung gemäß §§ 10 Abs. 2 KapMuG, 204 Abs. 1 Nr. 6a BGB setzt ja ein solches Aktivwerden des Anspruchsinhabers voraus.

Eine grundsätzlich andere Möglichkeit bestünde darin, die Verjährung ohne Zutun der individuellen Anspruchsinhaber zu hemmen, etwa indem man der Erhebung der Verbands- oder Musterklage eine verjährungshemmende Wirkung auch für die Einzelansprüche verliehe. Eine solche Hemmung ohne Zutun des Rechtsinhabers passt nicht in den Katalog des § 204 Abs. 1 BGB, da diesen Tatbeständen das gemeinsame Prinzip zugrunde liegt, „dass der Gläubiger aktiv seinen Anspruch verfolgt, um den Eintritt der Verjährung zu verhindern.“³⁷² Zugleich ist aber aktives Tun des Gläubigers nicht der einzig mögliche Auslöser für eine Verjährungshemmung, wie die Vorschriften der §§ 206–208 BGB zeigen. Insbesondere die reichhaltige Kasuistik zur Verjährungshemmung durch „höhere Gewalt“³⁷³ sowie die Rücksichtnahme auf familiäre Beziehungen in §§ 207, 208 BGB zeigen, dass auch bei Inaktivität des Gläubigers durchaus Umstände vorliegen können, in denen man – abhängig von gesetzgeberischen Wertungen – die Verjährung hemmen möchte. Auch der mit einem Musterfeststellungsverfahren verfolgte Zweck, die Individualansprüche im Interesse der Rechtsdurchsetzung zu mobilisieren, könnte für eine solche ohne Zutun der Einzelgläubiger stattfindende Verjährungshemmung sprechen.

e) Verjährungshemmung durch individuelles Tun?

Zunächst soll aber noch einmal ein Blick auf die Anmeldung nach dem KapMuG geworfen werden, da diese den jüngsten einschlägigen Versuch des Gesetzgebers darstellt, Einzelansprüche vor einer unangemessen kurzen Verjährung zu bewahren. Gegenüber den allgemeinen Hemmungstatbeständen des § 204 Abs. 1 Nr. 1 ff. BGB hat die Anmeldung allenfalls den Vorteil, dass sie etwas preiswerter zu haben ist: In dem oben berechneten Beispiel eines behaupteten Anspruchs von 1.000,- € kostet sie nur 90,50 €, was gegenüber der Klageerhebung etwas günstiger ist – nicht aber gegenüber dem Mahnbescheid, der im Gegensatz zur Anmeldung ohne Rechtsanwalt möglich ist und daher schon für nur 26,50 € zu haben wäre (GKG Anl. 1 Nr. 1100).

³⁷² BGH, Urt. v. 15.8.2012, NJW 2012, 3633, 3634.

³⁷³ Dazu etwa MüKoBGB/Grothe, § 206 Rn. 8 m.w.N.

Gerade der Blick auf diese sehr niedrigen Gebühren beim Mahnbescheid zeigt aber, dass es wohl kaum die genaue Höhe der Gebühren sein kann, die einer Rechtsverfolgung durch die individuellen Gläubiger in Fällen massenhafter, aber ggf. verstreuter Anspruchsberechtigung entgegensteht. Vielmehr handelt es sich um ein wesentlich komplexeres Bündel von Faktoren, das zur rationalen Apathie der Betroffenen beiträgt. Diese Faktoren können hier nicht im Einzelnen empirisch untersucht werden, sondern nur als Hypothesen formuliert werden: Man kann wohl davon ausgehen, dass viele Anspruchsinhaber – nimmt man einmal mehr die Rückerstattung von Darlehensgebühren, die aufgrund unwirksamer Bank-AGB gezahlt wurden, als Beispiel – mangels Lektüre seriöser Medien gar nicht um ihre Anspruchsberechtigung wissen. Unter denen, die sich eine mögliche Anspruchsberechtigung vorstellen können, herrscht vermutlich erhebliche Unkenntnis über alle Einzelheiten ihrer Ansprüche, insbesondere über die Beweislage, über die Vergleichbarkeit ihres Falles mit denjenigen, die höchstrichterlich entschieden wurden, über die Verjährungsfristen und über viele andere Aspekte. Der Aufwand, den der Einzelne treiben müsste, um diese Informationsdefizite zu beseitigen und sich systematisch an die Überprüfung und Durchsetzung des eigenen Anspruchs zu machen, wird in vielen Fällen sehr hoch sein.

Dies gilt insbesondere dann, wenn man sinnvollerweise auch die damit verbundenen Opportunitätskosten in den Blick nimmt: Natürlich könnte man z. B. als Arbeitnehmer und Familienvater das ganze Wochenende damit verbringen, die alten Kreditunterlagen zu sichten, sich im Internet über die einschlägige Rechtsprechung zu informieren, einen Termin bei der Verbraucherzentrale zu vereinbaren, einen geeigneten Rechtsanwalt auszusuchen oder gar selber ein elektronisches Mahnbescheidsformular auszufüllen. Für die meisten Betroffenen wird es aber mehr individuellen Nutzen bringen, das Wochenende mit der Familie im Freibad zu verbringen, Freunde zu treffen und das anstehende Ligaspiel des örtlichen Fußballvereins zu besuchen.

Eine solche Nutzenabwägung ist völlig rational und aus individueller Sicht auch unproblematisch. Sie wird ja nur dadurch zum gesellschaftlichen Problem, dass sie auf der Gegenseite zu starken Anreizen für rechtswidriges Verhalten – z. B. für die Verwendung unwirksamer AGB – führt, da dieses Verhalten weitgehend sanktionslos bleibt. Einmal unterstellt, dass die Verwendung unwirksamer AGB zu sozial unerwünschten Marktverzerrungen und Effizienzverlusten führt (diese Annahme liegt jedenfalls der Regelung des § 1 UKlaG zugrunde), sollte daher eine Gegenstrategie möglichst wenig auf individuelle Aktivität der individuellen Anspruchsinhaber setzen, da für solche Aktivitäten aus individueller Sicht häufig keinerlei nennenswerte Anreize bestehen.

Im Ergebnis ist es daher nicht sinnvoll, die Verjährungshemmung, welche im Hinblick auf eine Verbands- oder Musterklage eintreten soll, von einem aktiven Tun der Anspruchsinhaber – wie etwa einer Anspruchsanmeldung entsprechend § 10 Abs. 2 KapMuG oder einer vergleichbaren Registrierung – abhängig zu machen. Stattdessen sollte die Verjährungshemmung objektive Folge der Erhebung einer einschlägigen Verbands- oder Musterklage sein.

f) Verjährungshemmung als objektive Folge der Verbandsklage

Für eine solche besondere Form der Verjährungshemmung durch die Erhebung einer objektiv einschlägigen Verbands- oder Musterklage gibt es allerdings im deutschen Recht bisher – soweit ersichtlich – noch kein Vorbild. In den Rechtsordnungen unserer europäischen Nachbarn findet man dagegen durchaus schon entsprechende Regelungen:

Die Regelungen zur oben beschriebenen *action de groupe* in Frankreich, die ja trotz ihres Namens der Sache nach eher eine Verbandsklage mit potenzieller Breitenwirkung ist, sehen in Art. L 423-20 *Code de la consommation* ausdrücklich eine objektiv wirkende Verjährungshemmung für betroffene Einzelansprüche vor:

L'action mentionnée à l'article L. 423-1 suspend la prescription des actions individuelles en réparation des préjudices résultant des manquements constatés par le jugement prévu aux articles L. 423-3 ou L. 423-10.

Le délai de prescription recommence à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois, à compter de la date à laquelle, selon le cas, le jugement rendu en application des articles L. 423-3 ou L. 423-10 n'est plus susceptible de recours ordinaire ou de pourvoi en cassation ou de l'homologation prévue à l'article L. 423-16.

Die Hemmung der Verjährung wird also durch die Einreichung der Verbandsklage ausgelöst. Sie bezieht sich auf solche Einzelansprüche, die sich aus den im späteren „Haftungsurteil“ festgestellten Rechtsverstößen ergeben. Erst nach Rechtskraft dieses Urteils läuft die Verjährungsfrist der Einzelansprüche dann weiter; mindestens aber noch sechs Monate, um den Betroffenen hier ausreichend Zeit für eine Entscheidung zu geben.

Auch im *niederländischen* Recht ist eine Wirkung der Verbandsklage auf die Verjährung der Individualansprüche fest etabliert. Ein technischer Unterschied, der aus den unterschiedlichen Systemen des Verjährungsrechts resultiert, besteht nur darin, dass in den Niederlanden die Verjährung nicht bloß gehemmt, sondern unterbrochen wird. Diese Verjährungsunterbrechung gilt zunächst für das international bekannte WCAM-Verfahren, d. h. das oben dargestellte Verfahren hinsichtlich des Vergleichsschlusses zur kollektiven Abwicklung von Massenschäden. Die Vorschrift des Art. 7:907 Abs. 5 Satz 1 *Burgerlijk Wetboek* hält dazu ausdrücklich fest, dass schon der bei Gericht eingereichte Antrag auf Verbindlichkeitserklärung eines Vergleichs die Verjährung solcher Ansprüche unterbricht, für die in dem Vergleichsentwurf eine Kompensationsleistung vorgesehen ist.³⁷⁴

Darüber hinaus hat die niederländische Rechtsprechung aber auch für die allgemeine Verbandsklage des Art. 3:305a BW eine Verjährungsregelung im Hinblick auf den Zusammenhang zwischen Verbandsklage und Individualansprüchen entwickelt: Soweit der Verband gemäß seiner Satzung die einzelnen Anspruchsinhaber repräsentiert, hat die Verbandsklage auch für die individuellen Anspruchsinhaber eine verjährungsunterbrechende Wirkung. Dies gilt auch für auf Geldleistung lautende Schadensersatzansprüche der Einzelpersonen, die der Verband nach bisherigem niederländischen Recht gerade nicht geltend machen kann – die niederländische Verbandsklage ist ja bisher auf andere Ansprüche wie etwa Unterlassung oder Feststellung beschränkt. Solche Unterlassungs- oder Feststellungsbegehren des Verbands führen aber nach niederländischem Recht zugleich zur Verjährungsunterbrechung hinsichtlich der damit verbundenen einzelnen Schadensersatzforderungen.³⁷⁵ Der *Hoge Raad* begründet dies sowohl aus der Entstehungsgeschichte der Vorschriften zur Verbandsklage wie auch aus ihrem Zweck, eine umfassende und ggf. einvernehmliche Beilegung der Streitigkeit herbeizuführen, die auch die betroffenen Einzelansprüche umfassen müsse.³⁷⁶

Diese rechtsvergleichenden Betrachtungen zeigen deutlich, dass eine objektiv wirkende Verjährungshemmung oder -unterbrechung ein wichtiges Bindeglied zwischen einer Verbands- oder Musterklage einerseits und den damit zusammenhängenden Individualansprüchen andererseits darstellt. Ganz im Sinne der Entscheidung des niederländischen *Hoge Raad* muss man wohl sogar sagen, dass eine solche objektiv wirkende Vermeidung der Verjährung ein zwingend notwendiges Instrument ist, um das Ziel der Kollektivklagen zu

³⁷⁴ *Mom*, Kollektiver Rechtsschutz in den Niederlanden, S. 361, dort auf S. 457 auch eine deutsche Übersetzung der Vorschrift.

³⁷⁵ *Hoge Raad*, Uitspraak v. 28.3.2014, NJB 2014/737, ECLI:NL:HR:2014:766.

³⁷⁶ *Ebd.*

erreichen, nämlich eine möglichst umfassende Problemlösung herbeizuführen. Blicke es in der Hand des Beklagten, durch Verzögerungen im Vertrauen auf die rationale Apathie der einzelnen Betroffenen die Verjährung eines Großteils der Einzelforderungen herbeizuführen, so schwächt dies die Verhandlungsposition des Verbands- oder Musterklägers ganz erheblich. Daher ist es nur folgerichtig, dass gerade die auf Verbandsinitiativen setzenden Modelle in Frankreich und den Niederlanden dem Verband die Möglichkeit geben, durch seine eigene Klage die Verjährung aller Einzelforderungen zu verhindern.

Im Ergebnis ist daher für ein Musterfeststellungsverfahren, welches die Verbandsklage zur besseren Durchsetzung individueller Ansprüche nutzen möchte, eine objektiv verjährungshemmende Wirkung der Verbandsklage vorzuschlagen. Die Hemmung der Verjährung der Einzelansprüche sollte durch die Rechtshängigkeit der Verbandsklage eintreten, ohne dass es dazu einer Anmeldung oder sonstiger Registrierungsakte seitens der individuellen Anspruchsinhaber bedürfte.

Eine solche Lösung bedarf allerdings einer Beschreibung des notwendigen Zusammenhangs zwischen Verbandsklage und Individualanspruch, um diejenigen Individualansprüche zu identifizieren, für welche die Verjährungshemmung gilt. Dazu könnte man an die französische Formulierung anknüpfen und etwa solche Individualansprüche erfassen, die auf dem vom Verband gerügten Rechtsverstoß „beruhen“ oder daraus „resultieren“. Funktionell entscheidend ist, dass die Verjährungshemmung dafür sorgt, dass die in Rede stehenden individuellen Ansprüche auch nach Klärung der Rechtslage im Verbandsverfahren noch für eine – ggf. einvernehmliche – Streitbeilegung wirksam werden können.

3. Niedrigschwelliger Zugang zum Recht für Verbraucher

a) Feststellungswirkung der Verbandsklage

Ist also durch die Erhebung einer Verbandsklage – die etwa auf die Unterlassung der Verwendung bestimmter AGB-Klauseln gerichtet ist – die Verjährung der auf dem entsprechenden Verstoß beruhenden Einzelansprüche gehemmt, so stellt sich als Nächstes die Frage, durch welche Mechanismen eine Wirkung des Ergebnisses der Verbandsklage auf die betreffenden Einzelansprüche erzielt werden kann.

Bisher haben wir es bei den Verbandsklagen der §§ 1 ff. UKlaG und § 8 UWG im Wesentlichen mit Leistungsklagen zu tun, die auf Unterlassung eines bestimmten Verhaltens sowie ggf. auf Beseitigung der Folgen gerichtet sind. Die daraus resultierenden Leistungsurteile können nur zwischen den Parteien wirksam werden. Anders sieht es dagegen mit den feststellenden Wirkungen des Urteils aus. Hier kommt in Betracht, den klagebefugten Institutionen die bisher zumindest nicht ausdrücklich genannte Möglichkeit einer Feststellungsklage ausdrücklich zu verschaffen.³⁷⁷

Ersatzweise könnte man aber auch beim bisherigen System der Unterlassungs- und Beseitigungsklagen bleiben und aus diesen Leistungsanträgen das jeweils enthaltene feststellende Element „extrahieren“. Eine solche Extraktion des feststellenden Elements eines Unterlassungsurteils könnte man als logisch zwingend ansehen: Insbesondere setzt etwa das Verbot der Verwendung unwirksamer AGB-Klauseln wohl die Feststellung ihrer Unwirksamkeit voraus. Diese Überlegung wird auch bereits im geltenden Recht als Erklärung des § 11 UKlaG zur Hilfe genommen.³⁷⁸ Die Erweiterung der Rechtskraft des Unterlassungsurteils, die durch § 11 UKlaG ermöglicht wird, gilt nämlich gerade nicht für das Unterlassungsgebot als solches, sondern nur für „die in den Gründen festgestellte Unwirksamkeit der Klausel.“³⁷⁹

Über den engen Bereich des § 11 UKlaG hinaus erkennt jedoch die Rechtsprechung zum allgemeinen Zivilverfahrensrecht eine solche feststellende Wirkung eines Unterlassungsurteils – und sei es im Wege der „Extraktion“ aus dem Unterlassungsurteil – gerade nicht an: Insbesondere soll nach Ansicht des Bundesgerichtshofs die Feststellung einer Rechtsverletzung im Unterlassungsprozess diesbezüglich den Schadensersatz nicht präjudizieren.³⁸⁰ Diese Rechtsprechung ist in der Literatur umstritten. Zur Unterstützung der insoweit restriktiven Rechtsprechung wird argumentiert, dass die Feststellung einer Rechtsverletzung für den Unterlassungsanspruch nur „präjudiziell“ sei und daher diese Feststellung an der Rechtskraft des Unterlassungsurteils nicht teilnehme.³⁸¹ Dagegen wird eingewandt, dass insbesondere der Schadensersatzanspruch auch als Sanktion einer Verletzung von Unterlassungspflichten konstruiert werden könnte, sodass aus diesem Gesichtspunkt durchaus eine

³⁷⁷ Für die Möglichkeit einer Feststellungsverbandsklage bereits *Koch*, Prozessführung im öffentlichen Interesse, 202; *Leipold*, in: Gilles (Hrsg.), Effektivität des Rechtsschutzes und verfassungsmäßige Ordnung, 57, 66; *Eike Schmidt*, FS Keller, 661, 664.

³⁷⁸ Dazu schon *Basedow*, AcP 182 (1982) 335, 346; BT-Drs. 7/5422, 12.

³⁷⁹ *Erman/Roloff*, BGB (13. Aufl. 2011), § 11 UKlaG Rn. 2.

³⁸⁰ BGH, Urt. v. 2.5.2002, BGHZ 150, 377; BGH, Urt. v. 28.6.2007, GRUR 2008, 258, 259; BGH, Beschl. v. 25.9.2013, GRUR 2013, 1271, 1272.

³⁸¹ *Schlösser*, JZ 2003, 427, 428.

Rechtskraftwirkung des Unterlassungsurteils für den Schadensersatz bestehen sollte.³⁸²

Angesichts dieser eher restriktiven Handhabung und umstrittenen Möglichkeit einer „Extraktion“ von Feststellungswirkungen aus einem Leistungsurteil müsste eine mögliche neue gesetzliche Regelung für die Verbandsklagebefugnisse explizit die Möglichkeit von Feststellungsanträgen vorsehen und Ausführungen zu dessen Breitenwirkung im Sinne einer Erstreckung auf Individualansprüche enthalten.

b) Erstreckung auf Individualansprüche

Wie könnte man sich nun eine solche Erstreckung von Feststellungswirkungen auf die Individualansprüche vorstellen? Im geltenden Recht findet man eine solche Erstreckung bereits in rudimentärer Form in § 11 UKlaG. Diese Vorschrift ermöglicht es, sich in einem Individualprozess auf ein gemäß § 1 UKlaG – also nur in AGB-Sachen – ergangenes Unterlassungsurteil gegenüber dem verurteilten AGB-Verwender zu berufen. Die Vorschrift ist als Einrede ausgestaltet, d. h. sie entfaltet nur Wirkung, wenn der „betroffene Vertragsteil“ sich in seinem Prozess gegen den AGB-Verwender darauf beruft. Die Einredelösung ist europarechtlich problematisch (dazu unten, S. 167) und wird faktisch auch kaum oder gar nicht genutzt. Die Vorschrift ist „praktisch jedenfalls bedeutungslos.“³⁸³ Schon deswegen taugt sie kaum als Vorbild für eine erfolgreiche Verschränkung von Verbands- oder Musterklage mit der Durchsetzung von Individualansprüchen.

Im Grundsatz geht es aber ähnlich wie bei § 11 UKlaG um eine Erstreckung von Rechtskraftwirkungen aus dem Verbandsprozess hin zu den individuellen Ansprüchen. Wie bei der Verjährung könnte man auch hier im Ausgangspunkt erneut zwischen einer objektiv wirkenden Erstreckung von Rechtswirkungen und einer subjektiven Variante wählen, bei der diese Erstreckung von einer Handlung seitens des Anspruchsinhabers abhängig gemacht wird. Allerdings kommt eine objektiv wirkende Erstreckung der im Verbandsprozess ergangenen Entscheidung auf alle einschlägigen individuellen Rechtsverhältnisse hier kaum in Betracht. Dies liegt schon daran, dass im Verbandsklageverfahren die einzelnen Anspruchsinhaber kein rechtliches Gehör haben, sodass über ihre Rechtspositionen auch nicht entschieden werden darf. Eine solche

³⁸² Stein/Jonas/Leipold, ZPO (22. Aufl. 2008), § 322 Rn. 207.

³⁸³ Münchener Kommentar ZPO/Micklitz (4. Aufl. 2013), § 11 UKlaG Rn. 1; ähnlich zur Vorgängervorschrift des § 21 AGBG a.F. Axmann, S. 147 m.w.N.

umfassende Breitenwirkung würde zumindest die Möglichkeit der Beteiligung voraussetzen – etwa durch eine Benachrichtigung aller Anspruchsinhaber mit Austrittsmöglichkeit im Sinne eines *opt-out*-Verfahrens oder durch einen Beitritt vor oder während des Verfahrens im Sinne einer *opt-in*-Gruppenbildung. Damit würde aber die Verbandsklage in Richtung einer Sammel- oder Gruppenklage entwickelt, was nicht dem Charakter eines an dieser Stelle zu entwickelnden Verbandsverfahrens entspräche.

Daher kommt nur eine nachträgliche freiwillige Beteiligung der individuellen Anspruchsinhaber an den Wirkungen der im Verbandsprozess ergangenen Entscheidung in Betracht. Diese Erklärung könnte gegenüber dem Gericht abgegeben werden. Vorstellbar ist aber auch die im französischen Recht umgesetzte Lösung, wonach die einzelnen Anspruchsinhaber sich mit dieser Erklärung direkt an das im Verbandsverfahren verurteilte Unternehmen wenden oder aber an den Verband selbst oder an eine vom Verband mit Zustimmung des Gerichts mit der Abwicklung beauftragte Person.³⁸⁴ In jeder dieser Modalitäten führt die nachträgliche „Beitrittserklärung“ der betroffenen Verbraucher – die französische *action de groupe* ist ja auf Ansprüche von Verbrauchern beschränkt – zu einer rückwirkenden Rechtskrafterstreckung in dem Sinne, dass der Verbraucher mit seinem „Beitritt“ die Wirkungen des im Verbandsverfahren ergangenen Urteils auf sein Rechtsverhältnis mit dem betroffenen Unternehmer erstreckt.³⁸⁵ Die Lösung des französischen Rechts hat außerdem den praktischen Vorteil, dass die Beitrittserklärung des Verbrauchers zugleich als Vollmacht für den Verband wirkt, mit der dieser beauftragt wird, im Streitfall die dem Verbraucher zustehenden Rechte durchzusetzen.³⁸⁶

Auch im französischen Recht besteht kein Zwang zur Abgabe einer solchen Erklärung. Wer sich nicht an das im Verbandsprozess ergangene Urteil binden möchte, kann eine eigene Klage erheben, die nicht präjudiziert ist.³⁸⁷ Insgesamt erscheint das französische Modell eines nachträglichen Beitritts zu den in einer Art Grundurteil getroffenen Feststellungen als ein sinnvoller Ansatz, der auch für das deutsche Recht aufgegriffen und näher ausgearbeitet werden könnte.

³⁸⁴ Art. L 423-5 und L 423-9 Code de la consommation.

³⁸⁵ So die Interpretation durch *Bien*, NZKart 2014, 507, 508. Der französische Verfassungsgerichtshof geht davon aus, dass das Grundurteil hinsichtlich der „beitretenden“ Gruppenmitglieder erst mit Abschluss des Verfahrens und nur bei Befriedigung der dort vorgesehenen Forderungen rechtskräftig wird, s. Conseil constitutionnel, décision no. 2014-690 DC v. 13.3.2014, Rn. 16.

³⁸⁶ Art. L 423-5 alinéa 3 Code de la consommation.

³⁸⁷ *Bien*, NZKart 2014, 507, 508.

4. Wahrung von Verfahrensgrundrechten

Zugleich ist aber bei jeder Art von *legal transplants* zu berücksichtigen, dass das transplantierte Organ sich auch in den Wirtskörper einfügen und einleben muss, um fatale oder zumindest schmerzhaftige Abstoßungsreaktionen zu vermeiden.³⁸⁸ In Deutschland bestehen die systemischen Rahmenbedingungen für Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes insbesondere in den Justizgrundrechten. Diese werden hierzulande aufgrund leidvoller Erfahrung besonders ernst genommen. Natürlich kennen aber auch unsere Nachbarstaaten mit ungleich längerer und ehrwürdiger rechtsstaatlicher Tradition – wie etwa die Französische Republik, das Vereinigte Königreich von Großbritannien und Nordirland sowie das Königreich der Niederlande und das Königreich Dänemark – derartige grundrechtliche oder grundrechtsäquivalente Gewährleistungen, auch wenn diese nicht immer in derselben Weise rechtstechnisch ausgestaltet sind.

Die französischen Regelungen zur *action de groupe* wurden unmittelbar nach ihrer Beschlussfassung auf Antrag einiger (im Parlament unterlegener) Abgeordneter einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung unterzogen. Insbesondere wurde argumentiert, dass den individuellen Verbrauchern mit dem Verbandsverfahren, an dem sie nicht teilnehmen können, ihre Rechte entzogen würden; dies gelte zumal aufgrund der zeitlichen Abfolge, in der erst das Urteil gefällt werde und dann erst die Beitritte zur Gruppe erfolgen.³⁸⁹ Auch die Rechte des beklagten Unternehmens seien verletzt – so der Vorwurf –, da dieses nicht bezogen auf die individuelle Anspruchsberechtigung jedes einzelnen Verbrauchers dem Grundurteil entgegentreten könne.³⁹⁰ Der französische Verfassungsgerichtshof wies diese Einwände gegen das Gesetz jedoch – soweit sie die *action de groupe* betrafen – zurück und stellte fest, dass die dort vorgesehenen Verfahren mit dem Rechtsstaatsprinzip vereinbar sind, welches für die Französische Republik aus Art. 16 der 1789 proklamierten *déclaration des droits de l'homme et du citoyen* folgt.³⁹¹

Aus deutscher Sicht können dazu die folgenden vorläufigen Überlegungen angestellt werden: Zu berücksichtigen sind sowohl die Verfahrensgrundrechte

³⁸⁸ Zur Erfolgsgeschichte von *legal transplants* grundlegend *Watson*, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 2. Aufl. 1993.

³⁸⁹ Conseil constitutionnel, décision no. 2014-690 DC v. 13.3.2014, Rn. 12 f.; eine deutsche Übersetzung der Entscheidung ist hier abrufbar: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/deutsch/entscheidungen/entscheidung-nr-2014-690-dc-vom-13-marz-2014.142752.html>

³⁹⁰ Conseil constitutionnel, ebd., Rn. 14.

³⁹¹ Ebd., Rn. 24.

des beklagten Unternehmens wie auch diejenigen der einzelnen Anspruchsinhaber. Aus Sicht des beklagten Unternehmens ergibt sich zunächst gegenüber dem schon bestehenden – und als verfassungsgemäß unterstellten – § 11 UKlaG keine strukturelle Änderung. Der Beklagte konnte bereits im Verbandsprozess sämtliche Angriffs- und Verteidigungsmittel vorbringen – allerdings nur hinsichtlich des in jenem Prozess verhandelten Streitgegenstands, also etwa der behaupteten Unwirksamkeit bestimmter vom Beklagten verwendeter AGB-Klauseln. In diesem Verfahren konnte der Beklagte auch die vorgesehenen Rechtsmittel einlegen. Da sich die *de lege ferenda* vorstellbare Rechtskrafterstreckung auch nur auf diese Feststellung bezieht, ist sein rechtliches Gehör im Hinblick auf dieses Thema gewahrt. Soweit es im Individualprozess um andere Dinge geht, also etwa um weitere individuelle Anspruchsvoraussetzungen bezüglich des jeweiligen individuellen Anspruchstellers, ist dem Beklagten auch dazu rechtliches Gehör zu gewähren.

Es ist also ein Verfahren vorzusehen, welches für die Individualansprüche – soweit diese noch im Streit stehen – dann die Möglichkeit bietet, die mit ihnen verbundenen einzelfallbezogenen Aspekte vor Gericht zu verhandeln. Dafür kann man das normale Klageverfahren vorsehen, auf das man den Individualkläger verweisen könnte, wenn auch ausgestattet mit der Bindungswirkung hinsichtlich des bereits im Verbandsprozess entschiedenen allgemeinen Punktes. Es kommt aber auch – wie im französischen Modell anscheinend vorgesehen – ein besonderes Annexverfahren in Betracht, welches an das Verbandsklageverfahren anschließt. Entscheidend ist jedenfalls, dass in diesem Verfahren die individuellen Rechts- und Tatfragen verhandelt werden können.

Im Hinblick auf die Verfahrensgrundrechte der einzelnen Anspruchsinhaber liegt die Problematik dagegen anders: Im Gegensatz zum Beklagten werden sie im Verbandsprozess ja gerade nicht gehört und können daher auf diesen Prozess, in dem es um die „generalisierten“ Feststellungen geht, keinen Einfluss nehmen. Dies wäre mit Sicherheit nicht mit dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs vereinbar, wenn eine automatische Bindung der einzelnen Rechtsverhältnisse an die im Verbandsprozess ergangene Entscheidung bestünde. Im französischen Modell und auch im schon bestehenden § 11 UKlaG liegt es aber anders: Die Bindungswirkung hängt hier (auf der Seite der Verbraucher) von einer freiwilligen Entscheidung derjenigen Person ab, die gebunden werden soll. Die freiwillige Entscheidung zur rechtlichen Bindung ist aber das Merkmal der Privatautonomie *par excellence*, sodass in einem solchen Beitritt und der daraus resultierenden Bindung kein Verstoß gegen das Prinzip des rechtlichen Gehörs gesehen werden kann. Letzteres kann sinnvollerweise nur für Verfahren gelten, an deren Ende die Möglichkeit einer unfreiwilligen Bindung besteht. Der freiwillige Beitritt zu einer angebotenen

Lösung ist dagegen kein Verfahren, in dem dieses Grundrecht beeinträchtigt werden kann. Auch die Annahme eines Vergleichsvorschlags durch die Gegenseite wäre ja ein ohne Weiteres zulässiger Ausdruck privatautonomer Gestaltung, ohne dass es darauf ankäme, ob man auf das Zustandekommen dieses Vorschlags Einfluss gehabt hätte oder haben konnte. Die freiwillige Bindung an ein Verfahrensergebnis ist daher verfassungsrechtlich weitgehend unproblematisch.

Eine automatische Rechtskrafterstreckung ohne entsprechende Erklärung des Betroffenen käme allenfalls *zugunsten* von Verbrauchern in Betracht. In der Literatur zur Schaffung des AGB-Gesetzes wurde dazu die Auffassung vertreten, dass auch eine solche Berücksichtigung der Entscheidung im Verbandsklageverfahren von Amts wegen – also nicht wie später in § 21 AGBG a.F. und heute § 11 UKlaG in Form einer Einredelösung umgesetzt – verfassungsrechtlich zulässig ist, soweit es nur um eine Verbesserung der Rechtsposition des Verbrauchers geht. Diese beruhe darauf, dass „Rechtskraftwirkungen zugunsten Dritter“ auch ohne Gewährung rechtlichen Gehörs möglich sein sollten.³⁹² Auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs lässt eine automatische Erstreckung der Rechtskraft zugunsten von Verbrauchern zu, ja legt diese im Interesse des Verbraucherschutzes sogar nahe.³⁹³

Für die Zwecke eines Musterfeststellungsverfahrens muss diese Frage jedoch nicht abschließend geklärt werden. Der besondere Sinn eines solchen Verfahrens kann ja nicht darin liegen, nur eine Rechtskrafterstreckung zu schaffen, mit deren Hilfe dann die betroffenen Verbraucher viele Individualprozesse führen sollen. Dies wäre schon aufgrund der Hürden beim Zugang zu Gericht und der empirisch feststellbaren *litigation aversion* unrealistisch. Eine Vielzahl nachfolgender Einzelprozesse ist aber auch angesichts der damit verbundenen Belastungen der Gerichte im Grunde unerwünscht.

Vielmehr müsste die Rechtskrafterstreckung nur ein Anreiz dafür sein, sich an einem Abwicklungsverfahren zu beteiligen, welches die strittigen Individualansprüche einer möglichst umfassenden und effizienten Lösung zuführt. Ein solches Abwicklungsverfahren – wie zum französischen Recht oben dargestellt – kann und darf nicht über die Köpfe der Beteiligten hinweg stattfinden. Schon deswegen setzt es eine Beitrittserklärung der individuellen Anspruchsinhaber voraus, die dann zugleich die Einwilligung in die Rechtskrafterstreckung wie auch ggf. in die weitere Verfahrensführung und Anspruchsdurchsetzung durch den jeweiligen Verbandskläger enthält.

³⁹² Schlosser, ZRP 1975, 148, 150.

³⁹³ EuGH, Urt. v. 26.4.2012, C-472/10, EuZW 2012, 786, 788.

Dieser dem Feststellungsurteil nachfolgende Beitritt zu einem Abwicklungsverfahren ist aber – wie oben ausgeführt – als freiwillige Selbstbindung ohne Weiteres mit der Privatautonomie und den Verfahrensgrundrechten vereinbar. Dies gilt vor allem deshalb, weil durch das vom Verband geführte Musterfeststellungsverfahren keine Verschlechterung der Rechtsposition des einzelnen Anspruchsinhabers eintreten kann: Das Feststellungsurteil selbst entfaltet noch keine Rechtswirkungen zugunsten oder zulasten des einzelnen Anspruchsinhabers: Seine Rechtsposition ist zunächst unverändert, d. h. er kann wählen, ob er seinen Anspruch gerichtlich in einem ordentlichen Verfahren durchsetzt oder ob er dies unterlässt. Allenfalls kommt er durch die hier vorgeschlagene Verjährungshemmung in den Genuss einer noch nicht abgelaufenen Verjährungsfrist, die aber seine materiell-rechtliche Rechtsposition im Übrigen nicht verändert. Das Feststellungsurteil mit dem daran anzuschließenden Abwicklungsverfahren bietet ihm nun eine zusätzliche Möglichkeit, die er annehmen und sich dadurch an bestimmte Feststellungen binden kann; er muss dies aber nicht tun. Die Freiwilligkeit des Verfahrensbeitritts als zusätzlich aufscheinende Option ist ein entscheidendes Argument für die Verfassungsmäßigkeit derartiger Verfahren.

Natürlich ist auch die unfreiwillige, zwangsweise Einbeziehung von Individualansprüchen in ein Muster- oder Kollektivverfahren theoretisch denkbar, wie es etwa das heute geltende Kapitalanleger-Musterverfahren in § 8 KapMuG vorexerziert. Derartige Zwangsmodelle sind nicht *per se* grundrechtswidrig, sondern – wie oben (S. 117) in Bezug auf die *opt-out*-Gruppenklage darstellt – unter bestimmten Voraussetzungen durchaus mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Europäischen Menschenegerichtshofs vereinbar, weil das Interesse an einer effizienten Bewältigung von Massenverfahren durchaus ein Rechtfertigungsgrund für die Einschränkung von Verfahrensgrundrechten sein kann.³⁹⁴ Außerdem kann man auch in dem Muster- oder Kollektivverfahren dem Einzelnen gestatten, seine Verfahrensgrundrechte in angemessenem Umfang wahrzunehmen, wie es etwa im Kapitalanleger-Musterverfahren durch § 14 KapMuG realisiert wird.

Nur ist hier immer ein *trade-off* notwendig: Je stärker man die Rechte des einzelnen Betroffenen in dem Kollektivverfahren ausbildet, desto eher nähert man sich einer bloßen Addition von Einzelverfahren an, die dann eher schwerfällig und langwierig ausfallen wird. Nimmt man dagegen als Ziel des Muster- oder Kollektivverfahrens gerade nicht die adäquate Durchsetzung der jeweiligen Einzelansprüche in den Blick, so erscheint es sinnvoll, das Kollektivverfahren möglichst frei von individuellen Besonderheiten zu halten und so einer mög-

³⁹⁴ BVerfG, Urt. v. 2.12.1987, BVerfGE 77, 275, 285.

lichst effizienten Lösung zuzuführen. Das Kollektivverfahren wird ja in einem kompensatorischen gesellschaftlichen Interesse geführt, nämlich bessere Anreize zur Einhaltung des objektiven Rechts zu schaffen. Das Kollektivverfahren dient gerade nicht der Durchsetzung von Einzelfallgerechtigkeit; dafür gibt es bereits die bewährten und mit umfassenden Verfahrensgarantien ausgestatteten Individualverfahren.

Aus diesen Gründen ist hinsichtlich der Einbeziehung der Individualansprüche in ein Kollektiv- oder Musterverfahren das Prinzip der freiwilligen Verfahrensbeteiligung gegenüber Zwangslösungen deutlich vorzugswürdig. Das Prinzip der Freiwilligkeit ist auch in der rechtsvergleichenden Umschau absoluter Standard. Auch wenn die weltweit außerhalb Deutschlands anzutreffenden Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes höchst unterschiedlich ausgestaltet sind, so sind sie sich doch alle darin einig, dass es den individuellen Anspruchsinhabern freisteht, ob sie an diesem Verfahren teilnehmen wollen – oder eben nicht. Dies gilt sowohl für die US-amerikanische Sammelklage und den niederländischen Sammelvergleich mit ihren jeweiligen *opt-out*-Mechanismen wie für die skandinavischen *opt-in*-Gruppenklagen als auch für die oben dargestellten neueren Verfahrensordnungen in Frankreich und Großbritannien. Ein Zwang zur Teilnahme besteht in keinem dieser Verfahren.

Für einen Zwang zur Teilnahme an einem Musterverfahren wurde – jedenfalls in Bezug auf das KapMuG – bisher angeführt, dass ansonsten nicht die gewünschte Entlastungswirkung für die Justiz erzielt werden könne.³⁹⁵ Daran ist richtig, dass es selbst in *opt-out*-Verfahren wie der US-amerikanischen *class action* – je nach Fallgestaltung – manchmal durchaus signifikante Zahlen von „opt-out“-Erklärungen gibt, sodass diese Ansprüche dann in gesonderten Verfahren geklärt werden müssen.³⁹⁶ Hinsichtlich der Belastung der Ziviljustiz muss man aber im Grundsatz feststellen, dass diese natürlich potenziell zunehmen kann, wenn man die Ziviljustiz stärker zur Erzielung gesellschaftlich erwünschter Ziele – wie hier einer erhöhten Rechtsdurchsetzungsintensität mit entsprechenden Anreizstrukturen – instrumentalisiert. Sollten derartige Belastungseffekte auftreten, müssten sie durch Verbesserung der Ausstattung der Gerichte kompensiert werden. Bisher hält sich allerdings die Mehrbelastung der Justiz durch auf dem Prinzip der freiwilligen Beteiligung beruhende *opt-in*-

³⁹⁵ So etwa die Befürchtung bei *Fölsch*, Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestags am 18.3.2015 betr. des Entwurfs eines Gesetzes über die Einführung von Gruppenverfahren, unter IV.

³⁹⁶ Vgl. dazu *Eichholtz*, Die US-amerikanische Class Action und ihre deutschen Funktionsäquivalente, S. 149 f.

oder *opt-out*-Gruppenverfahren bei unseren europäischen Nachbarn sehr in Grenzen.

Die Belastung der Justiz ist außerdem nur einer von zahlreichen Faktoren innerhalb einer gesamtgesellschaftlichen Kosten-Nutzen-Rechnung, die man im Hinblick auf die Einführung kollektiver Rechtsschutzinstrumente aufmachen müsste. Ungeachtet der schwierigen Quantifizierung einer solchen Betrachtung darf man aber vermuten, dass die gesellschaftlichen Nutzenzuwächse durch eine verbesserte Anreizstruktur und durch bessere Rechtsdurchsetzung diese etwaigen Mehrkosten bei Weitem aufwiegen werden. Daher tritt hinsichtlich der Freiwilligkeit der Verfahrensteilnahme das Argument der Justizbelastung zurück. Im Vordergrund steht vielmehr die mit diesem Prinzip verbundene Möglichkeit der Etablierung eines effizienten kollektiven Rechtsschutzverfahrens, welches neben die erprobten Individualverfahren tritt und damit keinem Betroffenen das Recht nimmt, seinen Anspruch zum Gegenstand einer individuellen justizförmigen Bearbeitung zu machen.

5. Einvernehmliche Streitbeilegung

Ziel der Erweiterung der Verbandsklage zu einem Musterfeststellungsverfahren muss es daher sein, den Betroffenen die Option zu geben, sich einem Abwicklungsverfahren anzuschließen, in dem dann auf Grundlage des im Verbandsprozess ergangenen Urteils und der darin enthaltenen Feststellungen ein effizienter weiterer Umgang mit den Einzelansprüchen möglich wird. Ein solches Abwicklungsverfahren kann – wie bei der französischen *action de groupe* dargestellt – unter Aufsicht des Gerichts stattfinden. Sinnvoll wäre aber auch – wie in dem niederländischen Gesetzesvorschlag angedacht – die Schaffung von stärkeren Anreizen für die Parteien zu einer gütlichen Streitbeilegung. Dies ergibt sich schon aus dem in Kollektivverfahren vorrangigen Interesse an einer effizienten Lösung, die notwendigerweise nicht sämtlichen individuellen Details gerecht werden, aber doch in ihrer Gesamtheit als angemessene Bearbeitung des Problems wahrgenommen werden kann.³⁹⁷

Der deutsche Gesetzgeber hat diesen sinnvollen Trend hin zur Förderung einvernehmlicher Streitbeilegung in Kollektivverfahren schon bei der Reform des

³⁹⁷ Vgl. ausführlich zur Bedeutung der einvernehmlichen Streitbeilegung in Kollektivstreitigkeiten *Hodges/Stadler*, Introduction, in: *dies.* (Hrsg.), *Resolving Mass Disputes – ADR and Settlement of Mass Claims*, 1 ff.

Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes im Jahr 2012 aufgegriffen, indem er mit §§ 17–19 KapMuG die Möglichkeit eines gerichtlich genehmigten *opt-out*-Vergleichs geschaffen hat. Die Begründung des Gesetzentwurfs zum neuen KapMuG verwies damals auf das „erfolgreiche niederländische Modell“.³⁹⁸ Daran könnte auch bei der konkreten Ausarbeitung eines Musterfeststellungsverfahrens angeknüpft werden. Ebenso wie beim KapMuG müsste das Ziel dieser Regelungen darin bestehen, dass der Vergleich die Sache möglichst abschließend erledigt und keinen neuen gerichtlichen Klärungsbedarf erzeugt.³⁹⁹ Insbesondere muss der Vergleich Regelungen dazu enthalten, wie die einzelnen Betroffenen ihre Berechtigung nachweisen, wie ggf. die Höhe der individuellen Auszahlungen bestimmt wird und welche Schieds- oder Schlichtungsmechanismen es in dieser Hinsicht gibt. Die in § 17 Abs. 2 KapMuG aufgezählten Punkte gehen diesbezüglich in die richtige Richtung.

Auch an dem in § 18 KapMuG geregelten Erfordernis der richterlichen Genehmigung des Vergleichs ist unbedingt festzuhalten, um die bei Vergleichsschlüssen in Massenverfahren typischerweise bestehenden *agency*-Probleme unter Kontrolle zu halten: Der das Verfahren führende Verband hat nicht notwendig dieselben Interessen wie die Gruppenmitglieder, deren Interessen er vertreten soll, sodass Letztere soweit möglich durch das Gericht vor einem „Ausverkauf“ ihrer Interessen geschützt werden müssen.⁴⁰⁰

Auch die in § 19 Abs. 2 KapMuG verankerte *opt-out*-Möglichkeit wäre für ein allgemeines Musterfeststellungsverfahren zu übernehmen: Einerseits braucht man den oben dargestellten Beitritt der einzelnen Verbraucher zu der Gruppe, in deren Namen die Verhandlungen geführt werden. Nach Ablauf einer derartigen Beitrittsfrist steht dann nicht nur der bereits vom Gericht festgestellte Rechtsverstoß, sondern auch die Gruppengröße und ggf. die mögliche finanzielle Belastung (*exposure*) des beklagten Unternehmens fest. Auf dieser Grundlage kann der Vergleichsvorschlag sinnvoll entwickelt werden. Zugleich muss aber einem individuellen Anspruchsinhaber auch die Möglichkeit gegeben werden, den ohne seine Beteiligung ausgehandelten Vergleich abzulehnen und stattdessen den individuellen Rechtsweg zu beschreiten.

Alternativ zu einem solchen auf die gütliche Streitbeilegung konzentrierten Abwicklungsverfahren käme auch ein Nachverfahren vor dem Gericht in Betracht, in dem dann der Versuch unternommen würde, eine möglichst abschließende Regelung durch eine gerichtliche Entscheidung zu erreichen. Dies erscheint aber als eine möglicherweise sehr schwierige Aufgabe, in der

³⁹⁸ BT-Drs. 17/8799, 15.

³⁹⁹ Ebd., 24.

⁴⁰⁰ Ebenso im Ergebnis *Stadler*, ZfPW 2015, 61, 83.

dann die mit dem Musterfeststellungsverfahren angestrebten Effizienzgewinne weitgehend wieder verloren gehen könnten. Daher sollte das Verfahren eher auf die Schaffung guter Rahmenbedingungen für eine einvernehmliche Streitbeilegung setzen.

Mit einer solchen Fokussierung auf einen Verfahrensabschluss durch Vergleich folgte man einer allgemeinen Entwicklung, in der Streitigkeiten zwischen Verbrauchern und Unternehmen weitgehend in außergerichtliche Streitbeilegungsformen verlagert werden.⁴⁰¹ Diese Entwicklung wird allerdings nicht nur mit Zustimmung, sondern auch mit berechtigter Skepsis betrachtet. Insbesondere ist die Lösung von Streitigkeiten unter Bezugnahme auf das Recht und durch eine unabhängige, diesem Recht unterworfenen Justiz eine wesentliche zivilisatorische Errungenschaft, die nicht vorschnell durch eine bloße „Technologie der Streitbeilegung“⁴⁰² beiseitegedrängt werden sollte. In einem demokratischen Rechtsstaat ist das Recht eben nicht nur bloße Streitentscheidungsmaschine, sondern ein ganz wesentliches Medium der Information und Diskussion über normativ begründete Erwartungen.⁴⁰³ Gerade die obergerichtlichen Entscheidungen sind ein wichtiges – oft auch umstrittenes, aber jedenfalls gesellschaftlich diskutierbares – Leitbild und bilden so einen wichtigen Gegenstand der öffentlichen Diskussion im Rechtsstaat.⁴⁰⁴ Diese wesentliche gesellschaftliche Funktion könnte durch einen flächendeckenden Einsatz von ADR-Instrumenten gefährdet werden.

Im Hinblick auf das hier interessierende Musterfeststellungsverfahren besteht diese Gefahr jedoch nicht. Dies liegt daran, dass das Verfahren ja gerade von einer gerichtlichen Entscheidung in einer wichtigen – nämlich zahlreiche Verbraucher betreffenden – Frage seinen Ausgang nimmt. Das bei einer flächendeckenden Ausbreitung von ADR-Instrumenten befürchtete Problem, dass gesellschaftlich relevante Rechtsstreitigkeiten sozusagen „unter dem Radar“ des Rechtssystems beigelegt werden, kann hier nicht entstehen. Im Gegenteil: Die im Verbandsklageprozess herbeigeführte Entscheidung – die bei relevanten Themen voraussichtlich auch durch mehrere Instanzen gehen wird – garantiert gerade die gewünschte Diskussionsmöglichkeit, und zwar sowohl für die juristische Fachöffentlichkeit wie auch für Politik und Gesellschaft. Auch die später im Vergleichswege hergestellte Verständigung über die Abwicklung der Einzelansprüche wird schon dadurch zum Gegenstand (potenzieller)

⁴⁰¹ Vgl. zuletzt den Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten und zur Durchführung der Verordnung über Online-Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten v. 27.5.2015.

⁴⁰² *Meller-Hannich/Höland/Krausbeck*, ZEuP 2014, 8, 35.

⁴⁰³ Ebd.

⁴⁰⁴ Vgl. *H. Roth*, JZ 2013, 637, 644.

öffentlicher Wahrnehmung, dass sie ja der Genehmigung durch richterlichen Beschluss unterliegen müsste (wie § 18 KapMuG), der ggf. zu verkünden ist. Hier könnte die Öffentlichkeit des den Vergleich genehmigenden Beschlusses explizit geregelt werden, um für eine öffentliche Kontrolle und Diskussionsmöglichkeit zu sorgen.

Insgesamt ist jede Regelung zur einvernehmlichen Streitbeilegung in einem Spannungsfeld zwischen zwei Polen zu betrachten: Auf der einen Seite stehen Effizienzinteressen, und zwar sowohl aus Sicht der Parteien wie auch aus Sicht der Justiz und der gesamten Gesellschaft. Prozessführung ist teuer, zeitaufwendig und kann viele unerwünschte Nebeneffekte haben – Verdross, Frustrationen und dauerhaft nicht zu lösende Konflikte sind vor Gericht an der Tagesordnung und können auch durch noch so exakt begründete Entscheidungen nicht immer aus der Welt geräumt werden. Aus dieser Sicht ist daher die einvernehmliche Streitbeilegung regelmäßig einer kontradiktorischen Entscheidung vorzuziehen.

Andererseits erfüllen aber Gerichte in einem Rechtsstaat eben nicht nur die unmittelbare Funktion der Streitentscheidung und Streitbeilegung. Da sie über die Ausübung des staatlichen Gewaltmonopols entscheiden, steht eine richterliche Entscheidung im Rechtsstaat jeweils auch für das Recht im Allgemeinen, das heißt dafür, dass Streitigkeiten argumentativ und nach Regeln gelöst werden und nicht durch Willkür oder Machtausübung. In der Demokratie kommt noch hinzu, dass diese Regeln von den gewählten Volksvertretern oder gar vom Volk selbst gesetzt sind, d. h. die demokratische Selbstbestimmung des Volkes findet sich in jedem Urteil wieder, das ja nicht umsonst „im Namen des Volkes“ ergeht (§ 311 Abs. 1 ZPO). Somit bedeutet die Rechtsanwendung und die damit verbundene rationale Diskussion – sowohl in der Fachöffentlichkeit der Juristen wie auch in der politischen Diskussion der Gesamtbevölkerung – auch eine stets aufs Neue sich bewährende Selbstreflexion eines demokratisch-rechtsstaatlich verfassten Gemeinwesens.

Diese auf die gesamte Gesellschaft bezogene Funktion kann eine Schlichtung, Mediation, ein Schiedsverfahren oder ein sonstiges Instrument der alternativen Streitbeilegung gerade nicht wahrnehmen. Vor Gericht geht es eben um mehr als nur um ein „Getting to Yes“,⁴⁰⁵ sondern es geht um Recht oder Unrecht. Dieser Unterschied wird heute insbesondere in den USA, wo das Verbraucherrecht weitgehend in Mediations-, Schlichtungs- und Schiedsverfahren verlagert ist, sehr deutlich wahrgenommen: Gerade das öffentliche Erleben eines Gerichtsverfahrens macht den Rechtsstaat, die *rule of law*, aus. In Gerichts-

⁴⁰⁵ So der Originaltitel des Verhandlungs- und Mediationsklassikers von *Fisher/Ury/Patton* (dt.: Das Harvard-Konzept, 1984).

verfahren zeigt sich, dass die Macht des Rechts eben auch von denen mobilisiert werden kann, die ansonsten keine Macht haben, und dass daher die Gesellschaft eben nicht nur durch unterschiedliche Quantitäten an Geld und Macht strukturiert ist. Diese Unterschiede können durch das Recht zwar auch nicht beseitigt, aber doch sozialverträglich eingehegt werden.⁴⁰⁶

In Anbetracht dieser Doppelfunktion des Rechts und der Gerichtsverfahren erscheint aber die gerichtliche Begleitung von Vergleichsschlüssen angemessen. Sowohl die Schlichtungs- und Befriedungsfunktion des Rechts als auch seine normbildende Kraft könnten sich angemessen entfalten, wenn in einem Musterfeststellungsverfahren der Verband zunächst ein Feststellungsurteil hinsichtlich der Rechtswidrigkeit eines bestimmten Verhaltens erstreitet und danach die individuelle Abwicklung der Einzelsprüche in ein einvernehmlich gestaltetes, aber richterlich überwachtetes Verfahren verlagert würde.

6. Kosten und Finanzierung des kollektiven Rechtsschutzes

Als letzter Punkt im Lastenheft des Musterfeststellungsverfahrens sind die Kosten eines solchen Verfahrens anzusprechen. Hier steht ein potenzieller Gesetzgeber vor dem Dilemma, dass einerseits die in Rede stehenden wirtschaftlichen Werte sehr hoch sein können – man denke nur an die Feststellung der Unwirksamkeit der AGB zu Kreditbearbeitungsgebühren, die nur für ein betroffenes Institut Millionen ausmachen können. Andererseits sind die Mittel der klagebefugten Verbraucherverbände oder anderer zivilgesellschaftlicher Institutionen regelmäßig beschränkt, sodass zu hohe Prozessrisiken nicht getragen werden können.

Diese Problematik stellt sich allerdings nicht nur für die Musterfeststellungsklage, sondern für sämtliche hier erörterten Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes. Einerlei, ob der Gesetzgeber stärker auf einen Ausbau von Abschöpfungsbefugnissen im Stile des § 10 UWG oder auf den wohl eher zur europäischen Rechtsentwicklung passenden Ausbau der Bündelung individueller Ansprüche in Form von Gruppenverfahren oder auf die soeben als Möglichkeit skizzierten Musterfeststellungsverfahren setzen wird – eine der zentralen Fragen bleibt die Finanzierung derartiger Klagen. Durch die mögliche Erhöhung der Gegenstandswerte im Vergleich zur bisherigen Praxis der Unterlassungsklage steigt das Prozessrisiko enorm, wenn man einmal ein

⁴⁰⁶ Vgl. instruktiv zur Situation in den USA *Hensler*, Penn State L. Rev. 108 (2003) 165, 196.

grundsätzliches Festhalten an der in Deutschland bewährten Koppelung von Gebührenhöhe und Gegenstandswert unterstellt. Zugleich steigen aber auch – wenn man nicht weiterhin sämtliche Erträge dem Bundeshaushalt verspricht und dadurch die nötigen Handlungsanreize gegen null gehen lässt – die möglichen Erträge für die „Gewinner“ derartiger Verfahren, sodass sich unter Umständen Geschäftschancen für kommerziell interessierte Anbieter ergeben.

Diese Erhöhung der wirtschaftlichen Risiken und der potenziellen wirtschaftlichen Attraktivität von Kollektivverfahren ist aber unausweichlich, wenn man die Konsequenzen rechtswidrigen Handelns effektiv und mit nennenswerter verhaltenssteuernder Wirkung sanktionieren möchte: Wo etwa unlautere Wettbewerbshandlungen oder die Verwendung rechtswidriger Allgemeiner Geschäftsbedingungen hohe Gewinne versprechen, müssen auch die im Falle der Entdeckung zu erwartenden Sanktionen quantitativ hoch sein, um den Erwartungswert der rechtswidrigen Handlung für rational handelnde Akteure zu verringern.

Angesichts dieser unausweichlichen und gewollten Erhöhung der wirtschaftlichen Risiken und Chancen von Kollektivverfahren ist zunächst grundsätzlich zu überlegen, ob mit Rechtsdurchsetzung überhaupt Geld verdient werden darf. Die Empfehlung der Europäischen Kommission Nr. 2013/396/EU scheint dies eher kritisch zu sehen, wenn sie in ihren Nr. 14 ff. und 29 f. bestimmte Restriktionen für die Finanzierung von Kollektivverfahren vorsieht. Andererseits ist bereits heute ein nicht ganz unerheblicher Sektor der Ökonomie mit rechtlichen Dienstleistungen beschäftigt – von Anwälten über Gerichte und Behörden bis hin zu Rechtsabteilungen in Unternehmen – ohne dass daran etwas Verwerfliches zu erkennen wäre. Im Gegenteil: Zwar produziert das Rechtssystem erhebliche Kosten sowohl für die einzelnen ökonomischen Akteure wie auch für die Volkswirtschaft insgesamt, aber es führt zugleich zu enormen Wohlfahrtsgewinnen: Der „Standortvorteil“ der Bundesrepublik Deutschland und anderer Rechtsstaaten besteht gerade in der Gewährleistung verlässlicher rechtlicher Handlungsrahmen und berechenbarer Bedingungen für private und öffentliche Investitionen. Ohne dass dies hier näher untersucht oder quantifiziert werden könnte, ist auf den ersten Blick ersichtlich, dass ein ausgefeiltes und verlässliches Rechtssystem für die soziale und wirtschaftliche Entwicklung eines Staates von eminenter Bedeutung ist.⁴⁰⁷

Daher ist die im Zusammenhang mit Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes gelegentlich vorgebrachte Warnung vor einer „Klageindustrie“⁴⁰⁸ unpassend

⁴⁰⁷ Vgl. dazu nur die historische Analyse bei *Acemoglu/Robinson, Why Nations Fail* (2012).

⁴⁰⁸ Paradoxe Weise wird diese Warnung vor einem bestimmten Industriezweig gerade von Interessenvertretern der Industrie vorgebracht, vgl. etwa die Stellungnahme des

send und trifft nicht den Punkt: Selbstverständlich gibt es in unserer komplexen Industrie- und Dienstleistungsgesellschaft schon jetzt eine „Rechtsindustrie“ als Zweig der Wirtschaft; dies wird durch die Existenz von Tausenden z. T. hoch qualifizierten Arbeitsplätzen in kleinen, mittleren und sehr großen Kanzleien, Wirtschaftsprüfungsunternehmen und ähnlichen Dienstleistern belegt. Das ist aber auch gut so, da unsere entwickelte Volkswirtschaft in ihrer Komplexität ohne eine solche entfaltete „Rechtsindustrie“ wohl kaum legitim und effizient zu steuern wäre.

Es ist daher sinnlos, die Existenz einer „Rechtsindustrie“ zu beklagen – genauso gut könnte man vor der Entwicklung der Autoindustrie oder der Pharmaindustrie warnen. Für diese Industriezweige gilt genau dasselbe wie für die „Rechtsindustrie“: Sie sind nicht per se gut oder schlecht, sondern im Rahmen eines gesellschaftlichen Entscheidungsprozesses kann und muss abgewogen werden, ob man etwa wegen der Vorteile der Existenz einer Autoindustrie (Mobilität, Komfort, Arbeitsplätze, Exporterfolge) die Nachteile dieser Industrie (Luftverschmutzung, Betonierung der Landschaft mit Autobahnen, Unfalltote und -verletzte) in Kauf nehmen möchte bzw. welche sinnvollen Regulierungsinstrumente man einsetzen sollte, um die Vorteile zu erhöhen und die Nachteile zu verringern.

Dies wäre als einzig rationaler Ansatz auch auf die Entwicklung des Rechtssystems zu übertragen. Zu fragen wäre also – dazu bedürfte es empirischer Untersuchungen – welche rechtlichen Instrumente geeignet sind, bestimmte sozial und ökonomisch erwünschte Verhaltensweisen zu fördern und wie diesbezügliche Kosten-Nutzen-Rechnungen ausfallen. Erste Forschungsansätze in dieser Richtung ergeben z. B., dass die US-amerikanische Sammelklage in ihrer Kombination mit anwaltlichen Erfolgshonoraren und Strafschadenersatz durchaus ein geeignetes Instrument darstellen kann, um Preisabsprachen und anderes in einer Marktwirtschaft unerwünschtes Kartellverhalten unattraktiver zu machen.⁴⁰⁹ In Deutschland zeigen die Erfahrungen der letzten Jahre im Anlegerschutzrecht, dass komplexe Prozesse im Bereich des Kapitalanlage-

Bundesverbands der Deutschen Industrie e. V. (BDI) zum kollektiven Rechtsschutz v. 29.4.2011, S. 4: „Auswüchse bis hin zu einer Klageindustrie“ seien zu vermeiden. Abrufbar unter

http://www.bdi.eu/download_content/RechtUndOeffentlichesAuftragswesen/Red_Dot_BDI_StN_Kollektiver_Rechtsschutz.pdf (zuletzt besucht am 11.11.2014).

⁴⁰⁹ Vgl. *Davis/Lande*, 36 *Seattle Univ. L. Rev.* 1269 ff. (2013); kritisch zu dieser Forschungsrichtung *Crane*, *The Institutional Structure of Antitrust Enforcement*, S. 163 ff. Der wissenschaftliche Streit um empirisch feststellbare Präventionswirkungen des *private enforcement* kann hier nicht vertieft werden. Entscheidend ist allerdings, dass man sich überhaupt auf derartige empirische Fragestellungen einlässt, um die Wirkung rechtlicher Instrumente mit rationalen Maßstäben beurteilen zu können.

rechts vor allem von darauf spezialisierten und deshalb auch ökonomisch erfolgreichen Kanzleien geführt werden können. Letzteres ist auch nicht verwunderlich, da ja die schon die Anbieterseite erhebliches *know-how* (und damit Kosten) in die Entwicklung und rechtliche Strukturierung ihrer „Produkte“ investiert. Auf der Geschädigtenseite müssen daher erst einmal Investitionen in eine vergleichbare Kompetenz getätigt werden, um einschlägige Verfahren überhaupt mit Aussicht auf Erfolg führen zu können. Eine effektive Rechtsdurchsetzung unter Bedingungen hoher ökonomischer und rechtlicher Komplexität setzt also auch auf der Seite der Anspruchsteller ein erhebliches Maß an Ressourcen voraus.

Es ist offensichtlich, dass die Verbraucherzentralen und andere klagebefugte Einrichtungen aufgrund ihrer – jedenfalls im Vergleich z. B. zu Rechtsabteilungen von Banken und Versicherungen – eher geringen personellen und finanziellen Ausstattung diese Ressourcen nicht haben. Sie entsprechend umfangreich auszustatten ist sowohl aufgrund der knappen öffentlichen Haushalte unrealistisch als auch eher nicht wünschenswert, da diese Institutionen ja nicht zu großen Kontrollbehörden ausgebaut werden sollen, sondern ihren zivilgesellschaftlichen Charakter beibehalten sollen. Daher kommt für diese klagebefugten Einrichtungen bei komplexen Verfahren mit hohem Gegenstandswert eigentlich nur die Kooperation mit Dritten in Betracht, welche entsprechende Ressourcen haben und bereit sind, Risiken ganz oder teilweise zu übernehmen. Dies zeigt insbesondere das bereits erwähnte Gewinnabschöpfungsverfahren der Verbraucherzentrale Hamburg gegen einen großen Mobilfunkanbieter (dazu oben, S. 70).

Die internationale Praxis zeigt, dass es vor allem zwei Modelle der Finanzierung aufwendiger Verfahren gibt, wenn auf der Klägerseite nicht genug Ressourcen vorhanden sind: Erfolgshonorare und Prozessfinanzierung. Beide Modelle unterscheiden sich vornehmlich darin, wer die Risiken übernimmt: Bei Erfolgshonoraren ist es der Rechtsanwalt selbst, während bei externer Prozessfinanzierung ein Dritter aufgrund einer besonderen vertraglichen Abrede die Prozessrisiken trägt und im Gegenzug einen Anteil an dem erhofften Gewinn erhält. Aus volkswirtschaftlicher Sicht könnte man überlegen, ob die externe Prozessfinanzierung gegenüber dem Erfolgshonorar weniger effizient ist, da sie die Prüfung der Prozessaussichten und Kontrolle des Verfahrensablaufs durch eine weitere Institution verlangt. Trotzdem ist die Rechtslage in Deutschland so, dass ein Erfolgshonorar des Rechtsanwalts – vorbehaltlich der in § 4a RVG genannten Ausnahmen – verboten ist, die externe Prozessfi-

nanzierung dagegen erlaubt ist. Dies gilt zumindest insoweit, als sie nicht zur Umgehung der Regeln zum Erfolgshonorar eingesetzt wird.⁴¹⁰

Auch die Kommissionsempfehlung 2013/396/EU steht Erfolgshonoraren in ihrer Nr. 29 und 30 skeptisch gegenüber, soweit diese „Anreize für Streitverfahren schaffen, die aus Sicht der Interessen der Parteien unnötig sind.“ Dieser Satz ist schwer verständlich, denn aus Sicht eines Beklagten erscheint jeder Prozess unnötig und unerfreulich. Es kann also nur auf die Sicht des Klägers oder auf eine gesamtgesellschaftliche Sicht zu „unnötigen Streitverfahren“ ankommen. Diesen Begriff kann man sinnvollerweise nur so verstehen, dass eine Klage dann „unnötig“ ist, wenn sie unbegründet ist. Dies gilt sowohl aus Sicht der Gesellschaft – denn materiell-rechtlich begründete Rechtspositionen sollen auch durchgesetzt werden – wie auch aus Sicht des Klägers, denn für ihn macht eine unbegründete Klage schon aufgrund des Prozessrisikos keinen Sinn.

Wenn also nur unbegründete Klagen „unnötig“ im Sinne der zitierten Empfehlung sind, so schaffen Erfolgshonorare gerade keinen Anreiz für „unnötige Streitverfahren“: In einem Modell rationalen Handelns wird ein auf den kommerziellen Erfolg orientierter Rechtsanwalt, der erfolgsabhängig bezahlt wird, nur solche Verfahren betreiben, die ausreichende Aussicht auf Erfolg haben.⁴¹¹ Diese Modellannahme wird durch empirische Studien in den USA weitgehend bestätigt.⁴¹²

Das Erfolgshonorar setzt also gerade zur Vermeidung „unnötiger“ – lies: unbegründeter – Klagen im Grundsatz bessere Anreize als das derzeit in Deutschland geltende System von Anwaltshonoraren: Im geltenden deutschen System hängt die Vergütung des Anwalts nicht von seinem Erfolg ab, sodass bei gegebener Informationsasymmetrie zwischen Mandant und Anwalt der Anwalt geneigt sein wird, auch sinnlose Prozesse zu empfehlen. Diese Asymmetrie rührt daher, dass jedenfalls der Verbraucher als Mandant in der Regel die Erfolgsaussichten einer Klage wesentlich schlechter einschätzen kann als der Anwalt. Eine Kontrolle dieses Verhaltens durch die Reputation der Anwälte ist vor allem im Hinblick auf Verbraucher als Mandanten wenig effektiv, da diese den Anwaltsmarkt oft nicht überblicken und ohnehin eher *one-shot player* sind. Daher ist es unter gewissen Umständen für Anwälte in

⁴¹⁰ Vgl. OLG München, Urt. v. 10.5.2012, NJW 2012, 2207.

⁴¹¹ Vgl. die Modellbildung bei *Dana/Spier*, J. L. Econ. & Org. 9 (1993), 49 ff.; grundsätzlich positiv zu Erfolgshonoraren auch die ökonomische Betrachtung von *Schwalbe*, in: Schmidt-Kessel/ Strünck/Kramme (Hrsg.), Im Namen der Verbraucher? Kollektive Rechtsdurchsetzung in Europa (2015) 23, 36 u. 41.

⁴¹² *Kritzer*, Risks, Reputations and Rewards (2004); zu den Modellannahmen auch *Baetge*, *RabelsZ* 73 (2009), 669 ff.

Deutschland durchaus rational, ihren Mandanten die Erhebung unbegründeter Klagen zu empfehlen.

Dass dies nicht nur eine bloße theoretische Modellannahme ist, wird jeder bestätigen, der etwa an einem Landgericht oder bei einer Rechtsschutzversicherung einmal die Vielzahl von weitgehend aussichtslosen und teilweise lieblos mit *copy and paste* zusammengestückelten Anlegerschutzklagen gesehen hat. Hier setzt das geltende Vergütungsrecht offensichtliche Fehlanreize. Diese würden durch eine großzügigere Zulassung von Erfolgshonoraren beseitigt werden, da die einschlägig tätigen Anwälte dann aus ökonomischen Gründen gezwungen wären, ausreichende Expertise zu entwickeln und die Erfolgsaussichten von Klagen im eigenen Interesse kritisch zu bewerten. Für Prozessfinanzierungen gilt strukturell dasselbe, da sie denselben ökonomischen Anreizen unterliegen. Gerade die – aus ökonomischen Gründen auf hohe Streitwerte beschränkte – Tätigkeit von Prozessfinanzierern, die man in Deutschland und in Europa bisher beobachten kann, deuten eben nicht auf eine leichtfertige oder „unnötige“ Erhebung von Klagen hin, sondern vielmehr auf eine (im eigenen ökonomischen Interesse) gewissenhafte und professionelle Prüfung und Vorbereitung der zu finanzierenden Verfahren.

Diese kursorischen Überlegungen zur Finanzierung kollektiver Rechtsschutzverfahren zeigen, dass es falsch wäre, einen Gegensatz zwischen idealistischer und am besten kostenloser Rechtsverfolgung einerseits und skrupellosen kommerziellen Interessen andererseits aufzubauen. Vielmehr sollte bei der weiteren Diskussion zur Finanzierung des kollektiven Rechtsschutzes akzeptiert werden, dass kompetente Rechtsdurchsetzung in einer rechtlich und ökonomisch hochkomplexen und vernetzten Welt nicht kostenlos zu bekommen ist. Daher benötigt auch und gerade der kollektive Rechtsschutz ausreichende finanzielle Ressourcen und adäquate finanzielle Anreizstrukturen.

7. Zusammenfassung zum Musterfeststellungsverfahren

Insgesamt muss man also an die adäquate Ausgestaltung eines Musterfeststellungsverfahrens die folgenden sechs Anforderungen stellen: Das Verfahren sollte erstens einen möglichst weiten Anwendungsbereich haben. Die Eingrenzung auf solche Fallgestaltungen, die sich für eine kollektive Bearbeitung eignen, kann dabei durch unbestimmte Rechtsbegriffe erfolgen. Als zweite wichtige Anforderung ist eine objektiv verjährungshemmende Wirkung not-

wendig, bei der aus der Erhebung der Verbandsklage zugleich die Verjährungshemmung für die mit ihr zusammenhängenden Einzelansprüche folgt. Drittens sollten die betroffenen Verbraucher die Möglichkeit erhalten, sich nach einem den Rechtsverstoß feststellenden Urteil dem Verfahren anzuschließen und dadurch an dessen Wirkungen teilzuhaben. Viertens sollte dieser Beitritt auf Freiwilligkeit beruhen und den Betroffenen alternativ noch der Weg einer ordentlichen Individualklage offenstehen. Fünftens sind ausreichende Anreize für eine einvernehmliche Streitbeilegung zwischen dem Verbraucherverband und dem beklagten Unternehmen zu schaffen, da im Kollektivverfahren eine effiziente Abwicklung im Vordergrund steht. Die daneben wichtigen demokratischen und rechtsstaatlichen Funktionen der Justiz werden durch das Urteil im Verbandsverfahren und durch die gerichtliche Überwachung des Vergleichsschlusses gewährleistet. Sechstens ist schließlich bei jeder Regelung hinsichtlich der Kosten und Finanzierung derartiger Verfahren darauf zu achten, dass die beteiligten Akteure über ausreichende Ressourcen verfügen können und dass adäquate finanzielle Anreizstrukturen bestehen.

IV. Ergebnisse des zweiten Kapitels

Insgesamt bestehen für die Fortentwicklung des kollektiven Rechtsschutzes mindestens drei Entwicklungspfade: Einerseits die Ausweitung der originären Befugnisse der Verbraucherverbände, andererseits die verbesserte Bündelung von Individualansprüchen und drittens eine Kombination beider Modelle über ein von Verbänden eingeleitetes Musterfeststellungsverfahren. Bei den Befugnissen der Verbraucherverbände sollte der Gesetzgeber klarstellen, dass auch §§ 1 und 2 UKlaG ebenso wie § 8 UWG den Anspruch auf Beseitigung umfassen. Die EU-Richtlinie zum Kartellschadensersatz ist, soweit es um die Offenlegung von Beweismitteln geht, in einer allgemeinen Regelung in der ZPO umzusetzen.

Bei der Bündelung individueller Ansprüche haben sich die im geltenden Recht bestehenden Bündelungsmöglichkeiten (insbesondere die Streitgenossenschaft und die Inkassoession) als unzureichend erwiesen. Der Gesetzgeber könnte hier die vorliegenden Vorschläge für ein Gruppenverfahren aufgreifen. Dies entspricht sowohl der Empfehlung der EU-Kommission zum kollektiven Rechtsschutz als auch der inzwischen etablierten *best practice* in unseren Nachbarländern. In Anknüpfung an das in Frankreich eingeführte Modell käme auch das soeben dargestellte Musterfeststellungsverfahren in Betracht.

Für alle Varianten des kollektiven Rechtsschutzes gilt, dass angesichts der Komplexität und Risiken derartiger Verfahren ausreichende finanzielle Ressourcen und adäquate finanzielle Anreizstrukturen notwendig sind, um eine kompetente Rechtsdurchsetzung zu gewährleisten.

DRITTES KAPITEL: AKTUELLER ERGÄNZUNGSBEDARF IM UNTERLASSUNGSKLAGENGESETZ

Die vorstehenden Ausführungen befassten sich in historischer und rechtspolitischer Perspektive mit einem Überblick über die Entwicklung und mögliche Fortentwicklung des kollektiven Rechtsschutzes, was notwendig eine gewisse Abstraktion bedingt. Daneben gibt es aber auch noch sehr konkrete und aktuelle Probleme im Unterlassungsklagengesetz, die unabhängig von den etwas grundsätzlicher zu führenden Diskussionen um die Zukunft des kollektiven Rechtsschutzes kurzfristig gelöst werden könnten. Diese konkreten Einzelfragen sollen im Folgenden gesondert hervorgehoben werden.

I. Sachlicher Anwendungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich des Unterlassungsklagengesetzes hat sich seit dessen Schaffung im Jahre 2002 stetig erweitert, wie die zahlreichen Änderungen und Ergänzungen durch den Gesetzgeber insbesondere in § 2 Abs. 2 UKlaG belegen. Dies ist auch kein Zufall, weil die Notwendigkeit eines kompensatorischen Instruments wie der Verbandsklage historisch kontingent ist und von den konkreten Gegebenheiten auf bestimmten Märkten abhängt. In einem vollständig funktionierenden Marktsegment, in dem etwa die Anbieter miteinander konkurrieren und z. B. um die kundenfreundlichsten AGB wetteifern, ist eine Verbandsklage überflüssig: Natürlich mögen, wie immer im Leben, auch auf einem solchen ideal gedachten Markt einzelne Streitigkeiten auftauchen, aber aus Sicht der Gesellschaft kann man es dann getrost den einzelnen Marktbürgern im Rahmen der privatautonomen Gestaltung ihrer Lebensverhältnisse überlassen, ob und wie sie ihre Streitigkeiten lösen wollen.

Da aber die Realität in vielen Bereichen anders ist, entsteht ein auf bestimmte Märkte oder Lebensbereiche bezogenes gesellschaftliches Interesse, bei der Rechtsdurchsetzung nicht allein auf das privatautonome Handeln der Betroffenen zu vertrauen, sondern zusätzlich auch ein kompensatorisches Instrument wie die Verbandsklage in Gebrauch zu nehmen. Diese Reaktion auf reale Defizite und Ungleichgewichtslagen bedingt, dass die Reichweite der

Verbandsklagebefugnis häufig neu justiert werden muss.⁴¹³ In der jüngeren Praxis der Verbraucherverbände haben sich dazu insbesondere die folgenden fünf Sachgebiete als problematisch erwiesen.

1. Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Sowohl bei der alten Verbandsklagebefugnis des § 13 AGBG a.F. wie auch im heutigen § 1 UKlaG betrifft die AGB-Verbandsklage nur die Inhaltskontrolle der jeweiligen AGB, nicht aber ihre Einbeziehung in einen konkreten Vertrag.⁴¹⁴ Zur Begründung führte der Bundesgerichtshof 1986 aus, dass die Frage der Einbeziehung ja von den individuellen Umständen des Vertragsschlusses abhängt und sich daher für eine abstrakt-generelle Kontrolle im Verbandsklageverfahren nicht eignet.⁴¹⁵ Umstritten sind jedoch Grenzbereiche wie etwa die Frage nach überraschenden Klauseln, die gemäß § 305c Absatz 1 BGB ja die Einbeziehung und nicht die Inhaltskontrolle betreffen soll. Trotzdem sieht hier jedenfalls die überwiegende Literatur ein Bedürfnis nach Kontrolle durch die Verbandsklage, weil eben nur scheinbar einbezogene überraschende Klauseln ebenso wie inhaltlich unwirksame Klauseln zu einer Scheingeltung im Rechtsverkehr führen, die mit § 1 UKlaG gerade bekämpft werden soll.⁴¹⁶ Dasselbe gilt für Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die wiederum die Einbeziehung oder Anpassung solcher Bedingungswerke abweichend von den gesetzlichen Bestimmungen zu regeln versuchen: Auch hier sollte die Verbandsklagebefugnis greifen.⁴¹⁷

Hinzu kommt, dass die Praxis gezeigt hat, dass das Argument der Einzelfallbezogenheit des „Einbeziehens“ von Geschäftsbedingungen häufig nicht zutrifft, weil Unternehmen bestimmte Praktiken regelmäßig anwenden, mit denen sie gegenüber den Kunden ein Einbeziehen der AGB vortäuschen möchten. So findet man z. B. häufig auf Fahrscheinen oder Eintrittskarten den

⁴¹³ Alternativ dazu käme zumindest theoretisch eine Art „Generalklausel“ der Verbands- oder Popularklage in Betracht, die je nach den realen Entwicklungen anders oder neu interpretiert werden könnte, vgl. dazu meinen Vorschlag in *Halfmeier*, Popularklagen im Privatrecht, S. 395.

⁴¹⁴ BGH, Beschl. v. 16.10.2002, NJW-RR 2003, 103, 104; zustimmend Palandt/*Bassenge*, BGB, § 1 UKlaG Rn. 2.

⁴¹⁵ BGH, Urt. v. 25.6.1986, NJW-RR 1987, 45, 46.

⁴¹⁶ *Witt*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht (11. Aufl. 2011), § 1 UKlaG Rn. 16 m.w.N., anders jedoch BGH, Urt. v. 25.6.1986, NJW-RR 1987, 45, 46. Allerdings erlaubt der BGH in derartigen Fällen immerhin die Überprüfung am Maßstab der (heute in § 307 BGB geregelten) Generalklausel des AGB-Rechts, vgl. BGH, Urt. v. 28.6.1984, NJW 1984, 2468.

⁴¹⁷ BGH, Urt. v. 11.11.2009, NJW 2010, 864, 867.

Hinweis auf bestimmte Geschäftsbedingungen, obwohl das jeweilige Dokument erst nach Vertragsschluss ausgehändigt wird und daher eine Einbeziehung der Bedingungen gemäß § 305 Absatz 2 BGB jedenfalls durch einen solchen nachträglichen Hinweis nicht möglich ist. Trotzdem werden viele Kunden faktisch denken, dass die auf der Eintrittskarte erwähnten Allgemeinen Geschäftsbedingungen gelten. Dieselbe Scheingeltung kann z. B. durch Aufdrucke auf Rechnungs- oder Quittungsformularen erzeugt werden, die häufig derartige Hinweise auf AGB enthalten, ohne dass bei Vertragsschluss ein Hinweis gemäß § 305 Absatz 2 Nr. 1 BGB gegeben wurde. Wenn solche Praktiken regelmäßig angewendet werden, besteht ein erhebliches Bedürfnis, sie durch eine Verbandsklage abzustellen und so die Fehlvorstellungen bei den Kunden zu beseitigen.

Die Praxis behilft sich hier gelegentlich mit einem Ausweichen in § 2 Absatz 1 UKlaG, in dem gesetzeswidrige Praktiken des Einbeziehens von AGB als Zuwiderhandlung gegen Verbraucherschutzgesetze im Sinne dieser Vorschrift eingeordnet werden.⁴¹⁸ Über diesen Weg kann auch die fehlende Einbeziehung eines fremdsprachigen Bedingungswerks mit der Verbandsklage gerügt werden.⁴¹⁹ Diese Entscheidungen sind der Sache nach sinnvoll. Sie passen aber nicht bruchlos in die Systematik des Gesetzes, welches ja Streitigkeiten bezüglich Allgemeiner Geschäftsbedingungen zumindest auf den ersten Blick dem § 1 UKlaG zuordnet. Hier wäre eine klarstellende Änderung des § 1 UKlaG sinnvoll, mit der deutlich werden sollte, dass auch Praktiken, mit denen eine Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen entgegen den gesetzlichen Vorschriften suggeriert werden soll, Gegenstand der Verbandsklage sein können.

2. Datenschutz

Seit Langem ist umstritten, ob auch das Datenschutzrecht oder Teile dieses umfangreichen Rechtsgebiets zu den Verbraucherschutzgesetzen im Sinne des § 2 UKlaG gehören und damit einer Verbandsklagebefugnis unterfallen.⁴²⁰ Dafür spricht, dass gerade im Datenschutzrecht wahrscheinlich ein großes Durchsetzungsdefizit besteht, das allgemein auch als gesellschaftliches Problem wahrgenommen wird. Erste empirische Untersuchungen zur fehlenden

⁴¹⁸ OLG Düsseldorf, Urt. v. 18.5.2006, Az. 6 U 116/05, NJOZ 2006, 3929, 3930.

⁴¹⁹ LG Berlin, Urt. v. 9.5.2014, Az. 15 O 44/13, K & R 2014, 544, nicht rechtskräftig.

⁴²⁰ Ausführlich dazu *Micklitz*, in: Münchener Kommentar ZPO, § 2 UKlaG Rn. 40 m.w.N.

Wahrnehmung von Rechten beim Datenschutz scheinen diesen Befund zu bestätigen.⁴²¹ Die oben dargestellte kompensatorische Rolle der Verbandsklage spricht also für den Einsatz auch dieses Instruments, um das materiell-rechtlich vorgesehene Datenschutzniveau auch in der Realität ein Stück weit durchzusetzen.⁴²²

a) Datenschutz als Verbraucherschutz

Andererseits passt das Datenschutzrecht nicht vollständig zu § 2 UKlaG, da es den Bürger zwar auch – nämlich in der Rolle des Endkunden bei vielen Dienstleistungen – in seiner Rolle als Verbraucher schützt, aber sich eben in dieser Funktion nicht erschöpft, sondern den Bürger in seiner Persönlichkeit als Ganzes schützen soll, egal ob er als Verbraucher oder Unternehmer handelt.⁴²³ Daher kann auch diese Frage nicht begrifflich-dogmatisch mit Blick auf den heutigen Wortlaut des § 2 UKlaG gelöst werden, sondern es ist eine gesetzliche Klarstellung geboten. Mit dieser wird zugleich darüber entschieden, welche Instrumente man zur Durchsetzung des Datenschutzrechts für zweckmäßig hält.

Mit dem im April 2015 vorgelegten diesbezüglichen Gesetzentwurf der Bundesregierung ist eine derartige Ausweitung der Verbandsklagebefugnis vorgeschlagen worden, soweit es um Datenschutz im Verhältnis zwischen Verbrauchern und Unternehmern geht.⁴²⁴ Dieser Entwurf, seine Entstehungsgeschichte sowie seine Rezeption in der Fachwelt können hier nicht im Detail dargestellt werden.⁴²⁵ Allerdings ist bereits eingangs darauf hingewiesen worden, dass gerade diese Diskussion häufig unter einer Verwechslung der zu attackierenden Objekte leidet: Wer die materiell-rechtlichen Vorschriften im Datenschutzrecht – mit ggf. guten Gründen – für übertrieben, der Wirtschaft hinderlich, kleinkariert o. Ä. hält, der sollte dies auch so sagen, um eine entsprechende Diskussion zu eröffnen und materiell-rechtliche Veränderungen anzuregen. Wenn man aber die materiell-rechtlichen Vorschriften inhaltlich für richtig hält oder zumindest als demokratisch gesetzt akzeptiert,

⁴²¹ Nachweise bei *Elbrecht/Schröder*, K&R 2015, 361.

⁴²² Vgl. bereits *Meller-Hannich/Höland*, Evaluierung, S. 141, die sich als ein Ergebnis ihrer empirischen Studie für eine „Einbeziehung des Datenschutzrechts in die kollektiven Rechtsschutzinstrumente“ aussprechen.

⁴²³ OLG Frankfurt/M., Urt. v. 30.6.2005, NJW-RR 2005, 1280, 1281 m.w.N.

⁴²⁴ BT-Drs. 18/4631.

⁴²⁵ Überblick bei *Weidlich-Flatten*, ZRP 2014, 196 ff.

dann ist es schwer verständlich, warum sie nicht auch durchgesetzt werden sollten.⁴²⁶

Allerdings ist die vorgeschlagene Regelung in § 2 Abs. 2 Nr. 11 UKlaG-E nicht besonders klar. Insbesondere erscheinen die Einschränkungen des Anwendungsbereichs im Hinblick auf die „Datenerhebung zu einem kommerziellen Zweck“ sehr auslegungsbedürftig und möglicherweise auch lückenhaft.⁴²⁷ Dies gilt insbesondere im Verhältnis zu der Vorläuferformulierung im Referentenentwurf des Justizministeriums, die sich mit ihrem klaren Bezug auf „Vorschriften, die für die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten eines Verbrauchers durch einen Unternehmer“ deutlich eleganter las.⁴²⁸ Die nun im Regierungsentwurf enthaltene Formulierung ist augenscheinlich einmal mehr von dem Bemühen getragen, angebliche „Missbräuche“ der Verbandsklagebefugnis zu verhindern.⁴²⁹

Letztendlich geht aber dieser Versuch fehl, weil er die Unterscheidung zwischen materiellem Datenschutzrecht und dem Verfahrensrecht als dessen Durchsetzung nicht ausreichend beachtet. So wiederholt der Regierungsentwurf in § 2 Abs. 2 Nr. 11 UKlaG-E in etwa die Formulierung aus § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG hinsichtlich der Zulässigkeit der Datenerhebung und -speicherung, soweit diese „ausschließlich“ für die Begründung, Durchführung oder Beendigung von Verträgen vorgenommen wird. Soweit eine solche Nutzung „erforderlich“ ist, ist sie aber ohnehin zulässig gemäß § 28 Abs. 1 Satz 1 BDSG. Letztlich besagt damit der Gesetzentwurf, dass gegen materiellrechtlich zulässige Formen der Datenverarbeitung keine Verbandsklagebefugnis bestehen soll. Das ist aber eine weitgehend sinnlose Aussage; genauso gut könnte man im normalen Zivilprozess sagen, dass nicht klagen dürfe, wer keinen Anspruch habe. Es werden hier also die Stufen der Zulässigkeit und Begründetheit vermengt. Ob eine bestimmte Datenerhebung oder Datenübermittlung gemäß § 28 Abs. 1 Satz 1 BDSG zulässig war, ist eine materiellrechtliche Frage, die zur Begründetheit einer Klage gehört und nicht zu ihrer Zulässigkeit. Über die Auslegung des § 28 Abs. 1 Satz 1 BDSG und dessen Anwendung auf konkrete Fälle mag es ja im Einzelfall erheblichen Streit

⁴²⁶ Dazu oben, S. 22.

⁴²⁷ S. die Stellungnahme des vzbv v. 12.3.2015 zu „Verbraucherschutz in Zeiten von Big Data“, S. 15 ff.

⁴²⁸ Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz: Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung von verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts, abrufbar einschließlich der Stellungnahmen unter:

<http://www.bundesgerichtshof.de/DE/Bibliothek/GesMat/WP18/D/Datenschutz.htm>

⁴²⁹ Vgl. BT-Drs. 18/4631, S. 19 am Ende sowie S. 24.

geben. Diesen zu klären und auszutragen, ist aber gerade der Sinn der Verbandsklagebefugnis.

Wenn der Gesetzgeber hier also bestimmte Teile des Datenschutzrechts durch eine Vorverlagerung in das Verfahrensrecht von der Kontrolle durch die Verbandsklage ausschließen will, so ist dies insofern inkonsequent, als nicht dargelegt ist, dass in diesen ausgeschlossenen Bereichen ein geringeres Durchsetzungsdefizit besteht, aufgrund dessen man auf die Verbandsklage verzichten könne. Stattdessen wird der Anwendungsbereich der Verbandsklage in schwer nachvollziehbarer Weise eingeschränkt, um theoretisch befürchteten Missbräuchen vorzubeugen.

b) Das Missverständnis über den Missbrauch

Die Angst der Bundesregierung vor einem angeblichen Missbrauch der Verbandsklage zeigt sich nicht nur bei der Formulierung des Anwendungsbereichs, sondern zusätzlich noch bei der Schaffung der neuen, umfassenden Missbrauchsklausel des § 2b UKlaG-E. Diese Angst vor dem Missbrauch der Verbandsklage ist aber unbegründet. Für einen Missbrauch der Verbandsklagebefugnis gibt es aber in der gesamten fünfzigjährigen Geschichte der Verbraucherverbandsklagen keinerlei Anhaltspunkte.

Insbesondere ist unklar, was überhaupt mit Missbrauch gemeint sein soll: Soweit damit die schikanöse Erhebung offensichtlich unbegründeter Verbandsklagen gemeint ist, kommt diese in der Praxis nicht vor. Soweit der Regierungsentwurf dagegen auf früher vorhandene Phänomene angeblicher „Abmahnvereine“ rekurriert,⁴³⁰ steht dahinter ein großes Missverständnis über deren Funktionsweise. Wenn es jemand tatsächlich auf die Erzielung von Einnahmen aus Abmahnungen oder gar aus Unterlassungsklagen anlegen wollte, so müsste diese Person doch folgendes Kalkül aufmachen: Da die Kostenpauschalen bei erfolgreicher Abmahnung eher gering sind – in der Praxis häufig bei etwa 200,- € pauschaliert –, kann es sich diese Person gar nicht leisten, tage- oder gar wochenlang an einem Verfahren zu sitzen und komplexe Rechts- oder Tatsachenfragen zu bearbeiten. Sonst würde aus der Abmahnpauschale schnell ein karges Brot. Stattdessen müsste diese unternehmerisch denkende Person versuchen, möglichst eindeutige Rechtsverstöße zu identifizieren, bei denen der Gegner schnell sein Unrecht einsehen und die geforderte Unterlassungserklärung abgeben wird und auch klaglos die 200,- €

⁴³⁰ Ebd., S. 24.

überweist. Erst wenn man es schafft, von diesen schnellen und eindeutigen Fällen eine größere Anzahl zu verfolgen, kann das Abmahngeschäft einträglich werden. Unbegründete oder mit erheblichen Beweis- oder Rechtsproblemen behaftete Abmahnungen wird ein gewinnorientierter Abmahnverein erst gar nicht erheben, da er hier mit erheblicher Gegenwehr des Abgemahnten, dadurch Mehrarbeit und eventuell sogar einem Unterliegen im Prozess mit entsprechender Kostenfolge rechnen muss.

Die Anreizstruktur bei der Abmahnung liegt also so, dass eindeutige und leicht aufzuklärende Rechtsverstöße relativ schnell abgemahnt und damit beseitigt werden. Das kann aber kaum als „Missbrauch“ bezeichnet werden, denn dass eindeutig vorliegende Rechtsverstöße zügig beseitigt werden sollten, kann wohl in der rechtspolitischen Diskussion nicht ernsthaft bezweifelt werden. Es sei denn, man wollte das bestehende materielle Recht gar nicht durchsetzen – aber dann wäre, wie oben bereits gesagt, eben dieses zu ändern.

Letztlich sind aber auch die vorstehenden Erwägungen zu Abmahnvereinen rein theoretischer Natur, da die Anforderungen an die klagebefugten Verbände in § 4 UKlaG so streng sind, dass sie die Gründung eines gewinnorientierten Abmahnvereins im Grunde unmöglich machen.

c) Einführung des Beseitigungsanspruchs in § 2 UKlaG

Positiv hervorzuheben ist dagegen die im Regierungsentwurf vorgesehene explizite Einführung des Beseitigungsanspruchs in § 2 Abs. 1 Satz 1 UKlaG-E. Nach der hier vertretenen Auffassung sind Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch ohnehin als Einheit zu denken,⁴³¹ aber angesichts der expliziten Erwähnung beider Varianten in § 8 UWG ist es nur sinnvoll, dass jetzt auch für solche Verbraucherschutzgesetze, die nicht zugleich auch unter § 8 UWG fallen, die Geltendmachung eines Beseitigungsanspruchs ausdrücklich im Gesetz geregelt wird. Dabei erkennt der Regierungsentwurf die Parallele zu § 8 UWG an und sieht auch für § 2 UKlaG das Bedürfnis zur Beseitigung eingetretener Störungszustände.⁴³² Diese treten „vor allem auch“ bei Verstößen gegen Datenschutzrecht auf, aber eben nicht nur. In der Systematik des Gesetzes bleibt nun nur noch die Lücke des § 1 UKlaG: Es ist nicht nachvollziehbar, warum zu beseitigende Störungszustände nur bei solchen verbraucherschutzgesetzwidrigen Verhaltensweisen auftreten sollen, die „in anderer

⁴³¹ S. oben, S. 43.

⁴³² BT-Drs. 18/4631, 21.

Weise als durch Verwendung oder Empfehlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen“ begangen werden. Oben (S. 59) wurde bereits dargelegt, dass fortdauernde Störungszustände sich auch und gerade bei der Verwendung unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen ergeben können und dass sich § 1 UKlaG und § 8 UWG insoweit deutlich überlappen. Es wäre daher im Interesse der Kohärenz des Gesetzes nur folgerichtig, den Beseitigungsanspruch auch bei § 1 UKlaG ausdrücklich in das Gesetz einzuführen.

d) Ergänzung von privater und behördlicher Rechtsdurchsetzung

Der Bundesrat weist in seiner Stellungnahme zum Gesetzentwurf darauf hin, dass ein Risiko „paralleler Rechtsstreitigkeiten“ entstehen könne, wenn die öffentlich-rechtliche Rechtsdurchsetzung durch Datenschutzaufsichtsbehörden durch privatrechtlich strukturierte Verbandsklagebefugnisse ergänzt werde.⁴³³ Der Gesetzentwurf sieht mit Rücksicht auf diese Problematik eine vorherige Anhörung der zuständigen Datenschutzbehörde vor einer richterlichen Entscheidung vor (§ 12a UKlaG-E).

Diese Problematik sollte allerdings in ihrer Bedeutung nicht überschätzt werden, denn ein potenzielles oder tatsächliches Nebeneinander von behördlicher und privater Rechtsdurchsetzung ist normaler Alltag im Bereich des kollektiven Rechtsschutzes. Das komplementäre Verhältnis beider Formen der Rechtsdurchsetzung ergibt sich notwendig aus der Konzeption des kollektiven Rechtsschutzes im Zivilprozess, der gerade auch die Wahrnehmung „öffentlicher“ Interessen an der Rechtsdurchsetzung zur Aufgabe hat und somit naturwüchsig in das Terrain des klassischen Polizei- und Ordnungsrechts hinüberwächst. Daher findet man auch in zahlreichen anderen Sachbereichen eine entsprechende Parallelität der Rechtsdurchsetzung, etwa im Telekommunikationsrecht, im Lebensmittelrecht und im Recht der Finanzdienstleistungen.⁴³⁴ Dass es dabei im Einzelfall auch zu unterschiedlichen Beurteilungen durch verschiedene Behörden oder Gerichte kommen kann, ist aber in einem Rechtsstaat normal, und es bestehen ausreichende Mittel, entsprechende Differenzen zu diskutieren und ggf. im Verfahren durch Rechtsmittel zu thematisieren.

⁴³³ Ebd., S. 35.

⁴³⁴ Beispiele bei *Elbrecht/Schröder*, K & R 2015, 361, 362.

3. Fluggastrechte

Ein weiterer Rechtsbereich, der zwar *de facto* im Verbraucherschutz eine große Rolle spielt, aber *de jure* nicht auf Verbraucher beschränkt ist, sind die Fluggastrechte nach europäischem Recht, d. h. insbesondere Ausgleichszahlungen bei Verspätungen und Annullierungen von Flügen.⁴³⁵ Der „Fluggast“ im Sinne der Verordnung ist zwar häufig zugleich Verbraucher, aber die Verordnung setzt das nicht voraus, sondern schützt auch unternehmerisch tätige Fluggäste. Daher ist hier der Anwendungsbereich von § 2 UKlaG nicht ohne Weiteres eröffnet. Man kann auch kaum sagen, dass bei den EU-Fluggastrechteverordnungen der Verbraucherschutz der „eigentliche Zweck“ der Vorschrift wäre, wie dies in der Gesetzesbegründung zum Unterlassungsklagengesetz für die Einstufung als „Verbraucherschutzgesetz“ im Sinne des § 2 Absatz 1 UKlaG verlangt wird.⁴³⁶ Somit wäre auch hier eine gesetzgeberische Klarstellung angebracht. Für die Einbeziehung der Fluggastrechte in eine Verbandsklagebefugnis spricht schon der in Art. 16 Absatz 3 VO (EG) Nr. 261/2004 normierte Grundsatz der effektiven Prävention.

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass es hier im Wesentlichen um Zahlungsansprüche der Betroffenen geht. Solange es also kein besonderes Gruppenverfahren zur Bündelung dieser Ansprüche gibt, ist man hier auf die nach geltendem Recht möglichen Bündelungsformen, insbesondere die Inkassoession verwiesen. Einzelne kommerzielle Anbieter versuchen dies bereits mit anscheinend eher mäßigem Erfolg. Für eine auf Unterlassung verbraucherschutzgesetzwidriger Praktiken gerichtete Verbandsklage blieben also vornehmlich solche Fälle übrig, in denen das betreffende Unternehmen bestimmte nach EU-Recht untersagte Praktiken anwendet. In Betracht kommen etwa Verstöße gegen die Informationspflichten gemäß Art. 14 VO (EG) Nr. 261/2004.

⁴³⁵ Insbesondere Verordnung (EG) Nr. 261/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.2.2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder großer Verspätung von Flügen und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 295/91, ABl. EG 2004 L 46/1.

⁴³⁶ Vgl. BT-Drs. 14/2658, 53.

4. Energiewirtschaftsgesetz und Grundversorgungsverordnungen

Ein weiterer Bereich des Verbraucherschutzrechts, der von der mangelnden Umsetzung europarechtlicher Vorgaben geprägt ist, sind die Regeln zur Verbraucherinformation bei Erhöhungen von Gas- und Strompreisen durch die jeweiligen Versorger. Durch die jüngste Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs zu Informationspflichten gegenüber Strom- und Gaskunden anlässlich von Preiserhöhungen könnte diesbezüglich eine neue Dynamik entstehen.⁴³⁷ In dieser Entscheidung bejahte der Europäische Gerichtshof den verbraucherschützenden Charakter bestimmter Vorschriften in den EU-Richtlinien zum Elektrizitätsbinnenmarkt (RI. 2003/54/EG) und zum Erdgasbinnenmarkt (RI. 2003/55/EG).⁴³⁸ Beiden Richtlinien liegen nach Ansicht des EuGH „Belange des Verbraucherschutzes zugrunde“ und sie zwingen die Mitgliedstaaten dazu, bei ihrer Umsetzung einen ausreichend hohes Maß an Verbraucherschutz zu gewährleisten.⁴³⁹ Dazu gehöre auch die rechtzeitige Information der Verbraucher über Anlass, Voraussetzungen und Umfang einer Preiserhöhung. Soweit eine nationale Umsetzungsvorschrift dies nicht gewährleisten könne, sei sie aufgrund des Vorrangs des Unionsrechts nicht anzuwenden.⁴⁴⁰

Daraus ergibt sich, dass die Kontrolle der europarechtlichen Vorgaben im Hinblick auf die einschlägigen deutschen Rechtsnormen – hier sind besonders das Energiewirtschaftsgesetz sowie die jüngst geänderten⁴⁴¹ Gas- und Stromgrundversorgungsverordnungen einschlägig – grundsätzlich in den Anwendungsbereich des § 2 Abs. 1 UKlaG fällt. Die verbraucherschützende Eigenschaft einer Norm, die sie zum Verbraucherschutzgesetz im Sinne von § 2 UKlaG macht, kann sich schließlich daraus ergeben, dass die Norm eine verbraucherschützende EU-Richtlinie umsetzt oder umsetzen soll: Auch dann dient ja die Umsetzungsnorm dem Verbraucherschutz.

Sind allerdings wie hier die europarechtlichen Vorgaben möglicherweise nicht oder unzureichend in nationales Recht umgesetzt, so stellt sich die Frage, ob

⁴³⁷ EuGH, Urt. v. 23.10.2014, Az. C-359/11 (Schulz ./ Schussental).

⁴³⁸ Richtlinie 2003/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.6.2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG, ABl. EG 2003 L 176/37, sowie die Richtlinie 2003/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.6.2003 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 98/30/EG, ABl. EG 2003 L 176, 57.

⁴³⁹ EuGH, Urt. v. 23.10.2014, Az. C-359/11 (Schulz ./ Schussental), Rn. 40 und 45.

⁴⁴⁰ Ebd., Rn. 53.

⁴⁴¹ Verordnung zur transparenten Ausweisung staatlich gesetzter oder regulierter Preisbestandteile in der Strom- und Gasgrundversorgung v. 22.10.2014, BGBl. I S. 1631.

hier im horizontalen Verhältnis zwischen Verbandskläger und betroffenem Unternehmen die Durchsetzung des Europarechts (etwa im Wege der richtlinienkonformen Auslegung der fraglichen deutschen Vorschriften) per Verbandsklage erzwungen werden kann. Dagegen könnte man anführen, dass die oben genannten Richtlinien zum Energierecht nicht in dem Anhang zur Richtlinie 2009/22/EG aufgeführt sind, der den Mitgliedstaaten eine Durchsetzung der dort genannten Vorschriften per Verbandsklage auferlegt. Andererseits ist dieser Anhang nicht abschließend gemeint; er möchte wohl kaum die Durchsetzung anderer europarechtlicher Verbraucherschutzvorschriften verhindern. Immerhin sollen auch die hier relevanten Regeln über eine adäquate Information der Verbraucher bei Preiserhöhungen unmittelbar die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher schützen; das spricht für ihre Einordnung in das Verbraucherschutzrecht.⁴⁴²

Hinzu kommt folgende Überlegung: Hätte der deutsche Gesetzgeber die genannten Richtlinien ordnungsgemäß umgesetzt, so wären die betreffenden Umsetzungsvorschriften aufgrund ihres verbraucherschützenden Zwecks eindeutig als Verbraucherschutzgesetze im Sinne von § 2 Abs. 1 UKlaG zu qualifizieren. Die Tatsache, dass der deutsche Gesetzgeber hier das europäische Verbraucherschutzrecht (zumindest in der Vergangenheit) nur mangelhaft umgesetzt hat, sollte nicht zulasten der Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten im Verbraucherschutzrecht gehen, und zwar gerade wenn es um einen Bereich geht, in dem – wie im Strom- und Gaspreisrecht – ein notorisches Defizit an Rechtsdurchsetzung herrscht. Daher spricht einiges dafür, dass die Einhaltung der in dem genannten Urteil des Europäischen Gerichtshofs geforderten Informationsregeln auch mit der Verbandsklage gemäß § 2 Abs. 1 UKlaG kontrolliert werden kann. Auch hier wäre allerdings eine gesetzliche Klarstellung hilfreich.

Was die Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Energiewirtschaftsrecht betrifft, so ordnet § 310 Abs. 2 BGB an, dass die besonderen Klauselverbote der §§ 308 und 309 BGB nicht gelten, soweit die Anbieter nicht zum Nachteil ihrer Kunden von den Grundversorgungsverordnungen abweichen. Eine Zeit lang war diese Vorschrift weitgehend unbedeutend, da Sonderverträge häufig mit Unternehmen abgeschlossen werden, für die die besonderen Klauselverbote schon aufgrund des § 310 Abs. 1 BGB weitgehend unanwendbar sind. Soweit nun aber verstärkt auch mit Verbrauchern Sonderverträge geschlossen werden, erlangt § 310 Abs. 2 BGB eine neue Bedeutung. Allerdings ist hier zu beachten, dass die Norm jederzeit die Überprüfung des Klauselwerks am Maßstab des § 307, d. h. der AGB-rechtlichen

⁴⁴² Vgl. *Micklitz*, in: Münchener Kommentar ZPO, § 2 UKlaG Rn. 38.

Generalklausel ermöglicht. Nur die Überprüfung einzelner Klauseln am Maßstab der §§ 308, 309 BGB ist ausgeschlossen, soweit diese nicht zum Nachteil des Verbrauchers von der Grundversorgungsverordnung abweichen. Hier ist allerdings zu beachten, dass bei einer nur teilweisen Übernahme der Grundversorgungsverordnung in den Text des Sondervertrags die dadurch entstehende Abweichung zum Nachteil des Kunden durchaus zur Unangemessenheit im Sinne des § 307 BGB führen kann.

Außerdem ist auch § 310 Abs. 2 BGB richtlinienkonform auszulegen: Daher sind die Wertungen aus der Richtlinie über missbräuchliche Klauseln Nr. 93/13/EWG im Rahmen der Prüfung des § 307 BGB zu beachten. Dies gilt auch dann, wenn es sich um Klauseln handelt, die auch in §§ 308, 309 BGB behandelt werden, da die Richtlinie keine Ausnahmen für die Energiewirtschaft vorsieht.⁴⁴³ Insgesamt wäre daher § 310 Abs. 2 richtlinienkonform zu überarbeiten.

5. Elektronisches Informationssystem

Eine weitere Verbesserung, die man bereits jetzt und ohne strukturelle Veränderungen im deutschen Recht durchführen könnte, wäre die Einführung eines öffentlich einsehbaren Registers von Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes. Auch die EU-Kommission schlägt ein solches öffentliches Register – das sinnvollerweise elektronisch einzurichten wäre – in Nr. 35 ff. der Empfehlung 2013/396/EU vor. Dort könnte man vor allem Urteile oder andere Dokumente in Verbandsklageverfahren veröffentlichen und durchsuchbar machen.

Ein vergleichbares öffentliches Register gibt es in Deutschland bereits in Form des Klageregisters nach § 4 KapMuG und der dazu erlassenen Klageregisterverordnung.⁴⁴⁴ Im KapMuG-Verfahren dient das Klageregister spezifischen Zwecken, und zwar insbesondere der Prüfung, ob „gleichgerichtete“ (im Sinne von § 4 Abs. 1 KapMuG) Musterverfahrensansprüche vorliegen.

Aber auch bei auf Unterlassung gerichteten Verbandsklagen gemäß UWG oder UKlaG besteht ein erhebliches Bedürfnis nach Transparenz der Verfahrensergebnisse: Insbesondere setzt die in § 11 UKlaG vorgesehene Berufung auf ein gemäß § 1 UKlaG ergangenes Urteil für die betroffenen Kunden

⁴⁴³ Münchener Kommentar BGB/*Basedow*, § 310 Rn. 21.

⁴⁴⁴ Klageregisterverordnung v. 14.12.2012, BGBl. 2012 I 2694.

voraus, dass das Urteil selbst einschließlich der Identität des verurteilten Verwenders und der streitgegenständlichen Klauseln überhaupt ohne größeren Aufwand zugänglich ist. Bisher hängt diese Zugänglichkeit von der Informationspolitik der Verbraucherzentralen und anderer klagebefugter Einrichtungen ab. Diese berichten zwar faktisch über ihre Erfolge, aber diese Berichterstattung ist notwendig lückenhaft und aus Sicht einer betroffenen Vertragspartei auch nicht verlässlich. Wenn dieser betroffene Kunde in einer vertragsrechtlichen Streitigkeit § 11 UKlaG zum Einsatz bringen möchte, so ist es kaum zumutbar, die Webseiten sämtlicher klagebefugter Institutionen auf entsprechende Hinweise abzusuchen und damit von der Berichterstattung dieser Institutionen sowie der Qualität kommerzieller Suchmaschinen abhängig zu sein. Ein amtlich geführtes Register, vergleichbar mit dem Klageregister nach § 4 KapMuG, ist hier eigentlich unabdingbar.

Das ältere AGB-Verfahrensrecht sah daher auch ein solches Register vor (§ 20 AGBG a.F.), welches allerdings wenig praxisgerecht war und daher gemäß § 16 Abs. 2 UKlaG aufgehoben wurde.⁴⁴⁵ Die Tatsache, dass das alte Register nicht zufriedenstellend war, spricht nicht gegen ein solches Register, sondern nur für seine bessere Ausgestaltung.⁴⁴⁶ Unter den heute gegebenen Bedingungen elektronischer Datenverarbeitung und allgemeiner Zugänglichkeit des Internet dürfte ein gut handhabbares öffentlich einsehbares Register technisch ohne große Probleme realisierbar sein.

Auch außerhalb des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen kann ein derartiges Verfahrensregister vielfältige wichtige Funktionen erfüllen. Wenn etwa im Lauterkeitsrecht erörtert wird, dass und unter welchen Umständen durch ein rechtskräftiges Urteil die Wiederholungsgefahr entfällt,⁴⁴⁷ so ist es aus Sicht eines klagebefugten Verbands nur sinnvoll, über ein entsprechendes Register diese Urteile auch problemlos einsehen zu können. Auch die allgemeine Rechtsdurchsetzungsfunktion erfolgreicher Verbandsklagen könnte über ein solches Register zumindest potenziell gestärkt werden, wenn man davon ausgeht, dass die öffentliche Information über rechtswidriges Verhalten auch eine gewisse präventive Wirkung haben kann. Ein verlässliches Register von Verbandsklageverfahren ist außerdem Voraussetzung für eine fundierte Berichterstattung an die Europäische Kommission gemäß Nr. 39 der Empfehlung 2013/396/EU. Dort wird eine zuverlässige Information über „die Parteien, den Gegenstand und das Ergebnis der Verfahren“ angeregt; all dies wäre durch ein öffentliches Verfahrensregister möglich.

⁴⁴⁵ Vgl. BT-Drs. 14/6040, 276.

⁴⁴⁶ *Bultmann*, 30 Jahre Praxis der AGB-Verbandsklage, S. 122.

⁴⁴⁷ Vgl. nur *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 8 Rn. 1.46 ff.

Daher wäre es wünschenswert, für die im UKlaG und im UWG geregelten Verbandsklageverfahren durch entsprechende Gesetzesänderungen ein Verfahrensregister einzuführen, das z. B. an das Klageregister gemäß § 4 KapMuG angelehnt sein könnte. Der Sache nach kann sich die Veröffentlichungsbefugnis bezüglich der einschlägigen Urteile bereits jetzt aus den in § 7 UKlaG und § 12 Abs. 3 UWG ergeben, nur dass eben *de lege ferenda* auf das Antragserfordernis verzichtet werden sollte; stattdessen griffe jedenfalls für Verbandsklageverfahren die Veröffentlichung in dem neu zu schaffenden Register.

II. Umgang mit rechtswidrigen AGB-Klauseln

Der eben erwähnte § 11 UKlaG, mit dem nach der Intention des Gesetzgebers eigentlich die Ergebnisse des Verbandsklageverfahrens auch für den Individualprozess nutzbar gemacht werden sollten, fristet bisher ein Schattendasein und ist in der Praxis weitgehend bedeutungslos.⁴⁴⁸ Dafür mag es mehrere Gründe geben: Einerseits sind aufgrund des rationalen Desinteresses der Verbraucherinnen und Verbraucher Individualprozesse, in denen es um die Wirksamkeit bestimmter Geschäftsbedingungen geht, ohnehin nicht sehr häufig. Zum anderen ist es für die betroffenen Verbraucherinnen und Verbraucher in Ermangelung des soeben beschriebenen Registers auch schwierig, festzustellen, ob in ihrem konkreten Fall ein Urteil gegen den jeweiligen Verwender existiert, auf welches sie sich gemäß § 11 UKlaG berufen können.

Allerdings hat das Invitel-Urteil des Europäischen Gerichtshofs nun den Dornröschenschlaf des § 11 UKlaG beendet und für dringenden rechtspolitischen Handlungsbedarf gesorgt: Der Gerichtshof stellte auf Vorlage eines ungarischen Gerichts fest, dass die Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln im Interesse der wirksamen Rechtsdurchsetzung die Gerichte der Mitgliedstaaten dazu zwingt „von Amts wegen alle im nationalen Recht vorgesehenen Konsequenzen zu ziehen, damit diese Klausel für die Verbraucher unverbindlich ist“, wenn die betreffende Klausel bereits im Verbandsklageverfahren für unwirksam erklärt wurde.⁴⁴⁹

Diese Formulierung des Europäischen Gerichtshofs enthält zwar noch einen gewissen prozessrechtlichen Spielraum der Mitgliedstaaten, indem sie auf die

⁴⁴⁸ Micklitz, in: Münchener Kommentar ZPO, § 11 UKlaG Rn. 2.

⁴⁴⁹ EuGH, Urt. v. 26.4.2012, Az. C-472/10, EuZW 2012, 786, 788.

„im nationalen Recht vorgesehenen Konsequenzen“ verweist.⁴⁵⁰ Andererseits macht die Entscheidung aber recht deutlich, dass das Europarecht hier eine effektive Durchsetzung des Verbots missbräuchlicher Klauseln verlangt, wenn derartige Klauseln bereits im Verbandsklageverfahren für unwirksam erklärt wurden. Mit diesem Grundsatz der effektiven Rechtsdurchsetzung erscheint es kaum vereinbar, wenn die Wirkung des Urteils im Kollektivverfahren von einer Einrede des individuell Betroffenen im Individualverfahren abhängen soll, wie es § 11 Satz 1 UKlaG im deutschen Recht bisher vorsieht. Daher wird in der Literatur heute mit Recht davon ausgegangen, dass die Einredelösung des § 11 Satz 1 UKlaG europarechtswidrig und daher korrekturbedürftig ist.⁴⁵¹

Als Korrektur kommt eine Abänderung des § 11 dahingehend in Betracht, dass die Rechtskrafterstreckung zugunsten des betroffenen Vertragsteils und zulasten des bereits verurteilten Verwenders von Amts wegen zu berücksichtigen ist. Bereits jetzt ist in richtlinienkonformer Auslegung des § 11 UKlaG nach Möglichkeit so zu verfahren. Dies setzt allerdings ein aus Sicht der Gerichte handhabbares und insbesondere nach Parteinamen durchsuchbares Verzeichnis entsprechender Urteile voraus. Auch dieser Gesichtspunkt spricht daher für eine zügige Einführung des oben vorgeschlagenen Registers für Verbandsklageverfahren.

III. Ergebnisse des dritten Kapitels

Im Unterlassungsklagengesetz besteht aktueller Handlungsbedarf für den Gesetzgeber bei der Kontrolle der ordnungsgemäßen Einbeziehung von AGB (Ergänzung in § 1 UKlaG), beim Umgang mit rechtswidrigen AGB-Klauseln (Neufassung von § 11 UKlaG) und bei der Durchsetzung von Datenschutzregeln (Klarstellung in § 2 UKlaG). Weitere aktuelle Bereiche wie Fluggastrechte sowie das Energiewirtschaftsrecht einschließlich der Grundversorgungsverordnungen bieten sich ebenfalls für eine Klarstellung durch den Gesetzgeber im Rahmen des § 2 UKlaG an. Außerdem sind die Verbandsklageverfahren

⁴⁵⁰ Vgl. zu möglichen Lösungsalternativen *Stadler/Klöpper*, VuR 2012, 343 ff.

⁴⁵¹ *Stadler*, in: FS Eberhard Schilken (2015) 481 ff. bei III.4.; *Micklitz*, in: Münchener Kommentar ZPO, § 11 UKlaG Rn. 10 („§ 11 ist damit Makulatur“); *Micklitz/Reich*, EWS 2012, 257, 261 f.; *Niebling*, MDR 2012, 1071, 1077; v. *Westphalen*, ZIP 2012, 2469, 2470; a.A. jedoch *Köhler/Bornkamm*, UWG (33. Aufl. 2015), § 11 UKlaG Rn. 1 („Regelung genügt den Anforderungen“ der Klauselrichtlinie).

durch die Schaffung eines elektronischen Registers von Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes transparenter zu gestalten.

GESAMTERGEBNIS UND ABSCHLUSSBETRACHTUNG

Fünfzig Jahre Verbraucherverbandsklage sind ein Grund zum Feiern. Die Verbraucherverbände können auf fünf Jahrzehnte erfolgreiche Arbeit im Interesse des Verbraucherschutzes zurückblicken. Zugleich hat das Modell „Verbandsklage“ den deutschen Rechtsstaat um ein unverzichtbares Element bereichert. Die deutsche Verbraucherverbandsklage hat auch international eine Vorbildfunktion gespielt.

Allerdings ist die Entwicklung des kollektiven Rechtsschutzes mit der Verbandsklage in ihrer heutigen Form noch nicht beendet. Das Gutachten hat sowohl die in vielen Bereichen noch unzureichende Rechtsdurchsetzung aufgezeigt wie auch die aktuellen Entwicklungen in unseren Nachbarländern dargestellt, aus denen das deutsche Rechtssystem wichtige Anregungen erhalten kann. Es sind zahlreiche Modelle der Fortentwicklung der Verbandsklage denkbar. Verbandsklagen und andere Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes sind im deutschen und europäischen Recht angekommen und haben sich im modernen Rechtsstaat als wichtige Ergänzung des individuellen Rechtsschutzes auf Dauer niedergelassen. Die Verbandsklage ist *here to stay*.

LITERATURVERZEICHNIS

- Acemoglu, Daron / Robinson, James A.:* Why Nations Fail. The Origins of Power, Prosperity and Poverty, 2012.
- Alexander, Christian:* Nutzen und Zukunft der Gewinnabschöpfung in der Diskussion, WRP 2012, 1190–1197;
ders.: Die Sanktions- und Verfahrensvorschriften der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im Binnenmarkt – Umsetzungsbedarf in Deutschland?, GRUR Int. 2005, 809–815.
- Axmann, Jochen:* Die praktische Bedeutung und Effizienz der Verbandsklage nach §§ 13 ff. AGB-Gesetz, 1986.
- Baetge, Dietmar:* Erfolgshonorare wirtschaftlich betrachtet. Eine ökonomische Analyse der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Zulässigkeit anwaltlicher Erfolgshonorare, RabelsZ 73 (2009), 669–682.
- Barling, Gerald:* Collective Redress for Breach of Competition Law – A Case for Reform, Competition Law Journal 10 (2011) 5–20.
- Basedow, Jürgen:* Kollektiver Rechtsschutz und individuelle Rechte – Die Auswirkungen des Verbandsprozesses auf die Inzidentkontrolle von AGB, AcP 182 (1982) 335 ff.
- Beater, Axel:* Nachahmen im Wettbewerb, 1995.
ders.: Unlauterer Wettbewerb, 1. Auflage 2002.
- Bechtold, Rainer:* GWB – Kartellgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2013.
- Behrendt, Philipp / Freiin von Enzberg, Donata:* Auf dem Weg zur Class Action in Europa? Die Empfehlung der Europäischen Kommission zum kollektiven Rechtsschutz in Europa, RIW 2014, 253–259.
- Bernuth, Wolf H. von / Kremer, René M.:* Das neue KapMuG: Wesentliche Änderungen aus Sicht der Praxis, NZG 2012, 890–895.
- Bien, Florian:* Der Anspruch der Verbraucherverbände und Verbände der Marktgegenseite auf Unterlassung, Beseitigung und Vorteilsabschöpfung, in: *ders.* (Hrsg.), Das deutsche Kartellrecht nach der 8. GWB-Novelle (2013), 329–345.
ders.: Die neue französische Action de groupe der Verbraucherschutzverbände, NZKart 2014, 465 und 507–510.
- Braun, Johann:* Lehrbuch des Zivilprozeßrechts – Erkenntnisverfahren, 1. Auflage 2014.

- Brönneke, Tobias*: Verbraucherschutz durch Zivilrecht: Eine Verkürzung? VuR 2012, 334–339.
- Brönneke, Tobias / Oehler, Andreas*: Welche rechtlichen Instrumente braucht die Verbraucherpolitik? Stellungnahme des wissenschaftlichen Beirats Verbraucher- und Ernährungspolitik beim BMELV, Berlin 2013.
- Bultmann, Friedrich*: 30 Jahre Praxis der AGB-Verbandsklage. Gutachten im Auftrag des Verbraucherzentrale Bundesverbandes (Juni 2008), Manuskript, www.vzbv.de/mediapics/gutachten_30_jahre_verbandsklage_vzbv_2008.pdf.
- Calais-Auloy, Jean / Temple, Henri*: Droit de la consommation, 9e édition 2015.
- Canaris, Claus-Wilhelm*: Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, AcP 200 (2000), 273–316.
- Caponi, Remo*: Collective Redress in Europe: Current Developments of „class action“ suits in Italy, ZJP Int. 16 (2011), 61–78.
- Cooter, Robert / Ulen, Thomas*: Law & Economics, 6. Auflage 2012.
- Crane, Daniel A.*: The Institutional Structure of Antitrust Enforcement, 2011.
- Dana, James D. / Spier, Kathryn E.*: Expertise and Contingent Fees: The Role of Asymmetric Information in Attorney Compensation, Journal of Law, Economics & Organization 9 (1993), 349–367.
- Davis, Joshua P. / Lande, Robert H.*: Toward an Empirical and Theoretical Assessment of Private Antitrust Enforcement, 36 Seattle University Law Review 1269–1335 (2013).
- Dolny, Tomasz*: Procedural treatment of consumer organisations in the judicial proceedings concerning the use of unfair terms, European Journal of Consumer Law 2014, 31–51.
- Eichholtz, Stephanie*: Die US-amerikanische Class Action und ihre deutschen Funktionsäquivalente, 2002.
- Eisenberg, Theodore*: Evidence of the Need for Aggregate Litigation, JITE 163 (2007) 158–162.
- Eisenberg, Theodore / Engel, Christoph*: Assuring Civil Damages Adequately Deter: A Public Good Experiment, Journal of Empirical Legal Studies 11 (2014) 301–349.
- Ekey, Friedrich u.a.*: Heidelberger Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 2. Auflage 2005.

- Elbrecht, Carola / Schröder, Michaela*: Verbandsklagebefugnisse bei Datenschutzverstößen für Verbraucherverbände, *Kommunikation & Recht* 2015, 361– 366.
- European Law Institute*: Statement of the European Law Institute on Collective Redress and Competition Damages Claims, 2014.
- Feess, Eberhard*: Mikroökonomie. Eine spieltheoretisch- und anwendungsorientierte Einführung, 3. Auflage 2004.
- ders.*: On the interplay of public and private law enforcement with multiple victims, *European Journal of Law and Economics* 39 (2015) 79–95.
- Fezer, Karl-Heinz*: Zweckgebundene Verwendung von Unrechtserlösen und Kartellbußen zur Finanzierung der Verbraucherarbeit. Gutachten für das Ministerium für Klimaschutz, Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz des Landes Nordrhein-Westfalen, 2012.
- Fiedler, Lilly*: Der aktuelle Richtlinienvorschlag der Kommission – der große Wurf für den kartellrechtlichen Schadensersatz? *BB* 2013, 2179–2186.
- Frenz, Walter*: Handbuch Europarecht. Band 5: Wirkungen und Rechtsschutz, 2010.
- Frenzel, Christian-Ulrich*: Der Beseitigungsanspruch aus § 8 Abs. 1 S. 1 UWG unter besonderer Berücksichtigung der „berichtigenden Aufklärung“, *WRP* 2013, 1566–1570.
- Fritzsche, Alexander*: Der Beseitigungsanspruch im Kartellrecht nach der 7. GWB-Novelle, *WRP* 2006, 42 ff.
- Göbel, Karl*: Prozeßzweck der AGB-Klage und herkömmlicher Zivilprozeß, 1980.
- Goebel, Joachim*: Zivilprozessrechtsdogmatik und Verfahrenssoziologie, 1994.
- Güth, Werner u.a.*: On the Co-Evolution of Retribution and Trustworthiness: An (Indirect) Evolutionary and Experimental Analysis, *JITE* 163 (2007) 143–157.
- Halfmeier, Axel*: Popularklagen im Privatrecht, 2006;
- ders.*: Recognition of a WCAM settlement in Germany, *NIPR* 2012, 176–184.
- Halfmeier, Axel / Rott, Peter / Feess, Eberhard*: Kollektiver Rechtsschutz im Kapitalmarktrecht. Evaluation des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes, 2010.

- Halfmeier, Axel / Wimalasena, Philip*: Rechtsstaatliche Anforderungen an Opt-out-Sammelverfahren: Anerkennung ausländischer Titel und rechtspolitischer Gestaltungsspielraum, JZ 2012, 649–658.
- Haus, Florian / Serafimova, Mariya*: Neues Schadensersatzrecht für Kartellverstöße – die EU-Richtlinie über Schadensersatzklagen, BB 2014, 2883–2890.
- Hensen, Horst-Diether*: Zur Entstehung des AGB-Gesetzes, in: Heldrich u.a. (Hrsg.), Festschrift für Helmut Heinrichs zum 70. Geburtstag (1998), S. 335–354;
ders.: Zur Effizienz der Verbandsklage nach § 13 AGB-Gesetz, in: Habersack u.a. (Hrsg.), Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag (2003), S. 1135–1151.
- Hensler, Deborah*: Our Courts, Ourselves: How the Alternative Dispute Resolution Movement is Re-Shaping Our Legal System, Penn State Law Review 108 (2003) 165–197.
- Hess, Burkhard*: Der Regierungsentwurf für ein Kapitalanlegermusterverfahrensgesetz – eine kritische Bestandsaufnahme, WM 2004, 2329–2334.
- Hess, Burkhard / Reuschle, Fabian / Rimmelspacher, Bruno* (Hrsg.): Kölner Kommentar zum KapMuG, 2. Auflage 2014.
- Higgins, Andrew / Zuckerman, Adrian*: Class Actions in England? Efficacy, autonomy and proportionality in collective redress, University of Oxford Legal Research Paper Series no. 93/2013, <http://ssrn.com/abstract=2350141>.
- Hippel, Eike von*: Verbraucherschutz, 3. Auflage 1986.
- Hodges, Christopher / Stadler, Astrid* (Hrsg.), Resolving Mass Disputes – ADR and Settlement of Mass Claims, 2013.
- Hodges, Christopher*: Consumer Redress: Ideology and Empiricism, in: Purnhagen/Rott (Hrsg.), Varieties of European Economic Law and Regulation (2014), S. 793–821.
- Hörmann, Günter*: Unrecht ohne Folgen? VuR 2014, 245–246.
- Immenga, Ulrich / Mestmäcker, Ernst-Joachim*: Wettbewerbsrecht, 5. Auflage 2014.
- Janal, Ruth M.*: Sanktionen und Rechtsbehelfe bei der Verletzung verbraucherschützender Informations- und Dokumentationspflichten im elektronischen Geschäftsverkehr, 2003.
- Jacobs, Rainer / Lindacher, Walter/ Teplitzky, Otto* (Hrsg.): UWG Großkommentar, 1. Auflage 1991.

- Janssen, Helmut*: Schadensersatz wegen Verletzung des Kartellrechts – Auswirkungen der neuen EU-Richtlinie, *Compliance-Berater* 2015, 35–40.
- Kersting, Christian*: Die neue Richtlinie zur privaten Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht, *WuW* 2014, 564–575.
- Keßler, Jürgen*: Schadensersatz und Verbandsklagerechte im Deutschen und Europäischen Kartellrecht, 2009;
- ders.*: Die kollektive Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen von Verbrauchern im Kartellrecht. Folgegutachten im Auftrag des Verbraucherzentrale Bundesverbands e.V., unveröffentlichtes Manuskript, Berlin 2014.
- Klocke, Matthias*: Rechtsfortbildung im und am Unterlassungsklagengesetz, *VuR* 2013, 203–207.
- Koch, Harald*: Prozessführung im öffentlichen Interesse – rechtsvergleichende Entwicklungsbedingungen und Alternativen objektiver Rechtsdurchsetzung, 1983;
- ders.*: Zur Entbehrlichkeit der gewillkürten Prozessstandschaft, *JZ* 1984, 809–815;
- ders.*: Die Verbandsklage in Europa – Rechtsvergleichende, europa- und kollisionsrechtliche Grundlagen, *ZZP* 113 (2000) 413–441;
- ders.*: Sammelklagen durch eine BGB-Gesellschaft, *NJW* 2006, 1469–1472;
- ders.*: Effektive Durchsetzung des europäischen Kartellrechts durch privaten Rechtsschutz, in: Kaal u.a. (Hrsg.), *Festschrift zu Ehren von Christian Kirchner* (2014), S. 511–524.
- Köhler, Helmut*: Zur Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, *GRUR* 2005, 793–802.
- Köhler, Helmut / Bornkamm, Joachim*: *Kommentar zum UWG*, 32. Auflage, 2014.
- Kritzer, Herbert M.*: *Risks, Reputations and Rewards*, 2004.
- Kulczynski, Linda / Ruttig, Markus*: Was drauf steht, muss auch drin sein, *Legal Tribune Online* v. 4.6.2015, <http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/eugh-c-195-14-himbeer-vanille-abenteuer-produktverpackung-irrefuehrung-verbraucher/2/>
- Kur, Annette*: Der Mißbrauch der Verbandsklagebefugnis, *GRUR* 1981, 558- 567.
- Lange, Sonja*: *Das begrenzte Gruppenverfahren*, 2011.

- Langen, Eugen / Bunte, Hermann-Josef* (Hrsg.): Kartellrecht, 12. Aufl. 2014.
- Leipold, Dieter*: Die Verbandsklage zum Schutz allgemeiner und breitgestreuter Interessen in der Bundesrepublik Deutschland, in: Gilles (Hrsg.), Effektivität des Rechtsschutzes und verfassungsmäßige Ordnung (1983), S. 57 ff.
- Lettl, Tobias*: Kartellschadensersatz nach der Richtlinie 2014/104/EU und deutsches Kartellrecht, WRP 2015, 537–545.
- Lindacher, Walter / Pahlow, Louis / Peukert, Alexander*: Großkommentar zum UWG, 2. Auflage 2014–2015.
- Lindblom, Per Hendrik*: Cultural Dimensions of Group Litigation – Sweden, Konferenzbeitrag, International Association of Procedural Law, Moscow 2012.
- Linhart, Karin / Finazzi Agró, Eleonora*: Kollektiver Rechtsschutz in Italien: Die italienische „azione di classe“, RIW 2013, 443–451.
- Makatsch, Tilman / Abele, Volker*: Kartellschadensersatz – Goodbye Deutschland? WuW 2015, 461.
- Makatsch, Tilman / Mir, Arif Sascha*: Die neue EU-Richtlinie zu Kartellschadensersatzklagen – Angst vor der eigenen „Courage“? EuZW 2015, 7– 13.
- Mann, Marius E.*: Zur kollektiven Durchsetzung von Ansprüchen geschädigter Kapitalanleger mittels BGB-Gesellschaften, ZIP 2011, 2393–2398.
- Meller-Hannich, Caroline / Höland, Armin*: Gutachten Evaluierung der Effektivität kollektiver Rechtsschutzinstrumente, 2011.
dies.: Die Europäische Sammelklage, GPR 2011, 168–176.
- Meller-Hannich, Caroline / Höland, Armin / Krausbeck, Elisabeth*: „ADR“ und „ODR“: Kreationen der europäischen Rechtspolitik. Eine kritische Würdigung, ZEuP 2014, 8–38.
- Micklitz, Hans-W.*: Verbandsklage in der EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln, ZIP 1998, 937–944;
ders. in: Brönneke (Hrsg.), Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozessrecht, 2001.
- Micklitz, Hans-W. / Hüttner, Katja*: Zur gerichtlichen Einziehung von Forderungen durch Verbraucherschutzzentralen, JZ 2008, 151–152.
- Micklitz, Hans-W. / Reich, Norbert*: AGB-Recht und UWG – (endlich) ein Ende des Kästchendenkens nach EuGH Perenicová und Invitel? EWS 2012, 257–264;

- dies.*: Von der Klausel- zur Marktkontrolle, EuZW 2013, 457–461.
- Micklitz, Hans-W. / Stadler, Astrid*: Unrechtsgewinnabschöpfung. Möglichkeiten und Perspektiven eines kollektiven Schadensersatzanspruches im UWG, 2003;
- dies.*: Das Verbandsklagerecht in der Informations- und Dienstleistungsgesellschaft. Gutachten im Auftrag des BMVEL, 2004.
- Möschel, Wernhard / Bien, Florian* (Hrsg.): Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadenersatzklagen, 2010.
- Mom, Andreas*: Kollektiver Rechtsschutz in den Niederlanden, 2011.
- Montag, Jerzy*: Kollektiver Rechtsschutz in Europa und der Gesetzentwurf zur Einführung von Gruppenklagen, ZRP 2013, 172–175.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Auflage 2012.
- Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 2. Auflage 2014.
- Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 4. Auflage 2013.
- Musielak, Hans-Joachim* (Hrsg.): Zivilprozessordnung, 12. Auflage 2015.
- Niebling, Jürgen*: Aktuelle Fragen des UKlaG im AGB-Recht, MDR 2012, 1071–1077.
- Nörr, Knut W.*: Die Republik der Wirtschaft, 2007.
- Oppermann, Bernd*: Unterlassungsanspruch und materielle Gerechtigkeit im Wettbewerbsprozeß, 1993.
- Palandt, Otto* (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 73. Auflage 2014.
- Prütting, Hanns / Gehrlein, Markus*: ZPO, Kommentar, 7. Auflage 2015.
- Poelzig, Dörte*: Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012.
- Raay, Anne van*: Gewinnabschöpfung als Präventionsinstrument im Lauterkeitsrecht. Möglichkeiten und Grenzen effektiver Verhaltenssteuerung durch den Verbandsanspruch nach § 10 UWG, 2012.
- Reich, Norbert*: Der Effektivitätsgrundsatz im EU-Verbraucherrecht – die Bedeutung des Art. 47 Charta der Grundrechte der EU, VuR 2012, 327–334.
- ders.*: Zur Möglichkeit und Durchsetzung eines sog. Folgenbeseitigungsanspruchs im UWG und im AGB-Recht – das Flexstrom-Urteil des KG v. 27.03.2013 und die Folgen für unberechtigt geforderte Energiepreis„anpassungen“ durch die Versorger, VuR 2014, 247–250.

- ders.*: Der Effektivitätsgrundsatz im individuellen und kollektiven Rechtsschutz im EU-Verbraucherrecht, *Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucherrecht* 2014, 63–79.
- Rohlfing-Dijoux, Stephanie*: Reform des Verbraucherschutzes in Frankreich durch die Einführung einer Gruppenklage in das französische Recht, *EuZW* 2014, 771-773.
- Roth, Herbert*: Bedeutungsverluste der Zivilgerichtsbarkeit durch Verbrauchermediation, *JZ* 2013, 637–644.
- Roth, Wulf-Henning*: Private Enforcement of European Competition Law – Recommendations flowing from the German Experiences, in: Basedow (Hrsg.), *Private Enforcement of EC Competition Law* (2007), S. 61–81.
- ders.*: Der Beseitigungsanspruch im Kartellrecht, in: Aderhold u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag*, Köln 2008, S. 1355–1379.
- Rott, Peter*: Effektivität des Verbraucherschutzes, Gutachten für die Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung, 2007, abrufbar unter <http://download.ble.de/04HS033.pdf>.
- Schatz-Bergfeld, Marianne*: Verbraucherinteressen im politischen Prozeß: Das AGB-Gesetz, 1984.
- Schilken, Eberhard*: Der Zweck des Zivilprozesses und der kollektive Rechtsschutz, in: Meller-Hannich (Hrsg.), *Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess* (2008), S. 21–52.
- Schimansky, Herbert / Bunte, Hermann-Josef / Lwowski, Hans Jürgen*: *Bankrechts-Handbuch*, Band I, 4. Auflage, 2011.
- Schlacke, Sabine*: *Überindividueller Rechtsschutz*, 2008.
- Schlosser, Peter*: Verfahrenskontrolle unangemessener Allgemeiner Geschäftsbedingungen, *ZRP* 1975, 148–151.
- ders.*: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 2.5.2002 (Faxkarte), *JZ* 2003, 427–428.
- Schmidt, Eike*: Von der Privat- zur Sozialautonomie, *JZ* 1980, 153–161;
- ders.*: Richteramt und Parteilasten bei der Verbandsklage nach dem deutschen AGB-Gesetz, in: FS Max Keller (1989), 661 ff.
- Schmidt-Kessel, Martin / Strünck, Christoph / Kramme, Malte* (Hrsg.): *Im Namen der Verbraucher? Kollektive Rechtsdurchsetzung in Europa*, 2015.
- Schneider, Burkhard / Heppner, Heiko*: KapMuG Reloaded – Das neue Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz, *BB* 2012, 2703–2713.

- Schweitzer, Heike*: Die neue Richtlinie für wettbewerbsrechtliche Schadensersatzklagen, NZKart 2014, 335–345.
- Stadler, Astrid*: Von den Tücken der grenzüberschreitenden Verbands-Unterlassungsklage, Bspr. Zu BGH Urt. v. 9.7.2009, Xa ZR 19/08, VuR 2010, 83-91;
- dies.*: The Commission's Recommendation on common principles of collective redress and private international law issues, Netherlands Internationaal Privaatrecht (NIPR) 2013, 483–488;
- dies.*: Die Vorschläge der Europäischen Kommission zum kollektiven Rechtsschutz in Europa – der Abschied von einem kohärenten europäischen Lösungsansatz? GPR 2013, 281–292;
- dies.*: Die Bündelung von gleichgerichteten Ansprüchen durch Inkassozeession – Geschäftsmodelle zur Prozessfinanzierung auf dem Prüfstand, JZ 2014, 613–622;
- dies.*: Beseitigungsklagen durch Verbände im AGB-Recht, in: Meller-Hannich u.a. (Hrsg.), Festschrift für Eberhard Schilken (2015), S. 481–498;
- dies.*: Die Umsetzung der Kommissionsempfehlung zum kollektiven Rechtsschutz, ZfPW 2015, 61–84.
- Stadler, Astrid / Klöpfer, Matthias*: Drittwirkung von Urteilen aufgrund von Verbands-Unterlassungsklagen nach §§ 1, 2 UKlaG? VuR 2012, 343–350.
- Stauber, Peter / Schaper, Hanno*: Die Kartellschadensersatzrichtlinie – Handlungsbedarf für den deutschen Gesetzgeber, NZKart 2014, 346–353.
- Staudinger*, BGB, Kommentar, Neubearbeitung 2014.
- Stein, Friedrich / Jonas, Martin* (Hrsg.): Kommentar zur ZPO, 20. Auflage 1979.
- Steinle, Christian*: Kartellschadensersatzrichtlinie – Auf dem Weg zum Sanktions-Overkill? EuZW 2014, 481–482.
- Stewart, Richard B. / Sunstein, Cass R.*: Public Programs and Private Rights, 95 Harv. L. Rev 1193–1322 (1982).
- Tamm, Marina*: Verbraucherschutzrecht. Europäisierung und Materialisierung des deutschen Zivilrechts und die Herausbildung eines Verbraucherschutzprinzips, 2011.
- Teplitzky, Otto*: Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 10. Auflage 2011.

- Teplitzky, Otto / Pfeifer, Karl- Nikolaus / Leistner, Matthias* (Hrsg.), Großkommentar zum UWG, 2. Auflage 2013.
- Tilp, Andreas W.*: Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz: Stresstest für den Telekom-Prozess, in: Blaurock u.a. (Hrsg.), Festschrift Achim Krämer (2009), S. 331–360.
- Trstenjak, Verica / Beysen, Erwin*: European consumer protection law: Curia semper dabit remedium?, CMLR 48 (2011) 95–124.
- Tulibacka, Magdalena / Goral, Radoslaw*: An Update on Class Actions and Litigation Funding in Poland (working paper, 2011), <http://globalclassactions.stanford.edu/category/authors/magdalena-tulibacka>.
- Ulmer, Peter / Brandner, Hans Erich / Hensen, Horst-Diether*. AGB-Recht, 11. Auflage 2011.
- Voet, Stefaan*: Belgium's new Consumer Class Action, in: Harsagi/van Rhee (Hrsg.), Multi-Party Redress Mechanisms in Europe: Squeaking Mice? 2014, 95 ff;
ders.: Consumer Collective Redress in Belgium: Class Actions to the Rescue? European Business Organisation Law Review 16 (2015) 121–143.
- Vorwerk, Volkert / Wolf, Christian*: KapMuG, Kommentar, 2007.
- Wagner, Gerhard*: Rezension zu Poelzig, Normdurchsetzung durch Privatrecht, AcP 214 (2014), 602–607.
- Watson, Alan*: Legal Transplants. An Approach to Comparative Law, 2nd ed. 1993.
- Weidlich-Flatten, Eva*: Verbraucherschutzverbände als Heilsbringer für den Datenschutz? ZRP 2014, 196–198.
- Werlauff, Erik*: Class Action and Class Settlement in a European Perspective, European Business Law Review (EBLR) 2013, 173–186.
- Westermann, Harm Peter*: Drittinteressen und öffentliches Wohl als Element privater Rechtsverhältnisse, AcP 208 (2008), 141–181.
- Westphalen, Friedrich Graf von*: Hinreichende nationale Sanktionen gegen unwirksame Klauseln in Verbraucherverträgen? ZIP 2012, 2469–2478.
- Wieacker, Franz*: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Auflage 1967.
- Wilhelmi, Rüdiger*: Zugang zu Beweismitteln und Auskunftsanspruch – Die Regelungen des deutschen Rechts und des Weißbuchs im Vergleich, in: Möschel/Bien (Hrsg.), Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadensersatzklagen? (2010), S. 99–134.

Winkhaus, Amelie: Verbraucherschutz durch Abmahnung – cui bono?
MMR-Aktuell 2014, 361474.

Zeppernick, Jens: Vorsprung durch Rechtsbruch, 2002.

Zöller, Richard (Begr.): Zivilprozessordnung, 30. Auflage 2014.