

Die Sammelklage nach US-amerikanischem Vorbild – Ein Modell für Europa?

Vortrag von

**Prof. Dr. Astrid Stadler
Universität Konstanz**

**auf der Tagung des Verbraucherzentrale Bundesverbandes
„Gemeinsam stark – Neue Klagerechte für Verbraucher“**

am 17. Juni 2008 Berlin

Kontakt:
Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. (vzbv)

Markgrafenstraße 66, 10969 Berlin
Fachbereich Finanzdienstleistungen
Referat Kollektiver Rechtsschutz
recht@vzbv.de

Universität Konstanz

Universitätsstr. 10, 78464 Konstanz
Fachbereich Rechtswissenschaft
Lehrstuhl Prof. Dr. Stadler
astrid.stadler@uni-konstanz.de

I. Einleitung

Wissenschaft und Rechtspolitik befassen sich nun schon seit geraumer Zeit mit der Frage, ob das System des kollektiven Rechtsschutzes in Deutschland resp. in Europa einer Reform, insbesondere einer Erweiterung auf Gruppenklagen bedarf. Der Frage nach der rechtspolitischen Notwendigkeit und dem möglichen Anwendungsbereich einer solchen Gruppenklage kann an dieser Stelle nicht nachgegangen werden.¹ Soweit man diesem Gedanken aber überhaupt näher tritt, erhebt sich regelmäßig die Frage, ob die Ausgestaltung einer solchen Gruppenklage dem US-Vorbild der *class action* folgen soll oder darf bzw. ob nicht die Erfahrungen mit dieser sogar grundsätzlich gegen jede Art der Bündelung von Klägerinteressen im Prozess sprechen.

Zivilprozessuale Fragestellungen sind üblicherweise nur für einen kleinen Kreis von Praktikern und Prozessualisten spannend, pflegen aber darüber hinaus keineswegs die Gemüter zu erregen. Anders verhält es sich beim Thema Gruppenklage oder amerikanischen Phänomenen wie Erfolgshonorar und *punitive damages*, bei denen - John Grisham² sei es gedankt - inzwischen auch der juristische Laie mitreden kann. Nun geht es natürlich auch nur vordergründig um das Zivilprozessrecht und die Ausgestaltung eines neuen prozessualen Instrumentes. Im Kern steht die brisante Frage zur Debatte, ob der zunehmenden Deregulierung von Märkten und dem damit einhergehenden Schädigungspotential für die Marktgegenseite ein Instrument des sog. „*private enforcement*“ entgegengesetzt werden muss, das eine effektive Durchsetzung von massenhaft auftretenden Schadensersatzansprüchen ermöglicht. Dass die damit verbundene Stärkung der Verbraucher bzw. ggf. auch der Verbraucherverbände nicht auf ungeteilte Zustimmung stößt, ist normal. Schon eher bemerkenswert ist es, mit welcher Hartnäckigkeit pauschale Vorurteile und berechtigte Vorbehalte gegen die US-amerikanische *class actions* in diesem Zusammenhang vermengt und völlig undifferenziert gegen eine europäische Form der Gruppenklage ins Feld geführt werden. Der „lange Schatten“ der *class action* begleitet die Diskussion in Europa seit vielen Jahren und jeder Gesetzgeber – egal ob national oder auf europäischer Ebene – sieht sich genötigt, gebetsmühlenartig zu betonen, dass intendierte Reformen nicht darauf abzielen, die *class action* amerikanischer Prägung und damit die berüchtigten „amerikanischen Verhältnisse“ einzuführen. Die folgenden Überlegungen plädieren für eine differenziertere Betrachtung und sollen darlegen, warum es verfehlt ist, die Gruppenklage als prozessuales Schreckgespenst schlechthin zu diffamieren.

¹ S. hierzu u.a. *Micklitz/Stadler*, Das Verbandsklagerecht in der Informations- und Dienstleistungsgesellschaft, 2005 (rechtsvergleichend); *Meller-Hanich*, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess, 2008 mit Beiträgen von Koch, Schilken, Stadler; demnächst Cafaggi Fabrizio/Micklitz, Hans-W., Public and Private Enforcement in Consumer Protection; s. bereits die Studie des Max-Planck-Instituts 1999 *Basedow/Hopt/Kötz/Baetge*, Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess.

² Vgl. etwa „King of Torts“ („Die Schuld“).

II. Das Erpressungspotential der US class action

1. Rahmenbedingungen und Reformversuche

Lassen Sie uns daher zunächst einen kurzen Blick in die Vereinigten Staaten werfen.

Viele deutsche und europäische Unternehmen haben in der Tat schlechte Erfahrungen als Beklagte amerikanischer Sammelklagen gemacht.³ Der erste Stein des Anstoßes liegt dabei in vielen Fällen schon darin, dass überhaupt in den USA geklagt werden kann. Dies liegt an den weltweit als protektionistisch empfundenen weiten Zuständigkeitsregeln der Amerikaner, die davon ausgehen, dass jedes sich auf die USA beziehende Geschäftsgebaren („*doing business*“) es rechtfertige, die Akteure auch den Regeln des US-Rechts zu unterwerfen. Für die deutschen Medien sind solche Verfahren regelmäßig Anlass, mit erhobenem Zeigefinger auf die für Amerika so typischen unmäßigen Klageforderungen in Millionenhöhe⁴ und die Übermacht einiger Anwaltsimperien zu verweisen, deren kostenträchtiger - um nicht zu sagen ruinöser - Prozessstrategie die europäischen Beklagten hilflos ausgesetzt sind. Missbilligendes Kopfschütteln lösen dabei sicher auch die von uns als Auswüchse empfundenen Erscheinungen einer *litigious society* aus, die meint, für jedes Lebensrisiko oder Unglück andere verantwortlich machen zu müssen (Stichwort: Sammelklagen gegen die Tabakindustrie⁵ oder gegen Fast Food Konzerne⁶). Mitunter schimmert in den Medien aber durchaus auch eine gewisse Bewunderung durch für ein Instrument, mit dessen Hilfe es immer wieder gelingt, uneinsichtige, mächtige und finanziell starke Beklagte durch die gemeinsame Klage in die Knie zu zwingen.

Die *class action* ist ein Rechtsinstitut mit vielen Gesichtern. Produkthaftungsklagen wie solche gegen die Tabakindustrie stoßen bei uns – unabhängig von der prozessualen Einkleidung - schon deshalb auf Unverständnis, weil wir sie materiellrechtlich für indiskutabel halten. Dabei wird gerne vergessen, dass die fehlende oder schlechte sozialversicherungsrechtliche Absicherung in den USA den Geschädigten oft gar keine andere Wahl lässt als die Wiederherstellung ihrer Gesundheit und ihre wirtschaftliche Existenz dadurch zu sichern, dass man einen Schuldigen findet und verklagt.

Gleichwohl lässt sich nicht bestreiten, dass die amerikanische *class action* aufgrund einer Reihe von Faktoren ein erhebliches Missbrauchs- und Erpressungspotential gegenüber Unternehmen entfaltet.⁷ Sie wird daher auch in den USA seit Jahren vehement kritisiert und das Eingreifen des Gesetzgebers mit den sog. *Class Action Fairness Acts* (2003 und 2005⁸)

³ Die Literatur zur amerikanischen *class action* ist inzwischen auch bei uns unüberschaubar geworden; für einen aktuellen und detaillierten Überblick s. jüngst *Beuchler*, *Class Actions und Securities Class Actions* in den Vereinigten Staaten von Amerika, Diss. Erlangen 2008.

⁴ Als ein immer noch besonders markantes Beispiel für unmäßige *punitive damage awards* durch *jurys* gilt in Europa der 1994 entschiedene *McDonalds Coffee Case*, in dem der Klägerin wegen der Verletzungen, die sie durch den im Auto verschütteten heißen Kaffee erlitten hatte, von der *jury* neben den *compensatory damages* in Höhe von 160.000 \$ *punitive damages* in Höhe von 2,7 Mio \$ zugesprochen worden war. Der Richter reduzierte den Betrag später auf \$ 480.000. S. die eindrückliche die Schilderung der Prozessgeschichte und der Beweisführung durch sog. „junk evidence“ sowie der weiteren Folgen der nach der „McDonalds-Klägerin“ benannten sog. „Stella awards“ bei *Gerdning*, *Trial by jury*, Diss. Trier 2006, S. 372 ff.

⁵ Hierzu ausführlich *Pederson*, *Tobacco Litigation Worldwide*, Oslo 2002.

⁶ Vgl. *Gerdning*, *Trial by jury*, Diss. Trier, 2006, S. 377.

⁷ Genauer Zahlen zum Missbrauch fehlen naturgemäß angesichts der Tatsache, dass die allermeisten Verfahren mit einem Vergleich enden, s. *Beuchler*, in: *Micklitz/Stadler*, *Das Verbandsklagerecht in der Informations- und Dienstleistungsgesellschaft*, 2005, Länderbericht USA, S. 1098.

⁸ Hier versuchte man insbesondere die Zuständigkeit für *class actions* vermehrt auf die Bundesgerichte zu verlagern, um einem forum shopping zugunsten einiger Einzelstaatengerichte vorzubeugen, für einen Überblick vgl. *Marcus*, 31 *Hastings Internat. & Comp. Law Rev.* 157, 180 (2008). Beschränkt wurde insbesondere auch sog. *coupon settlements*, von denen nur die Anwälte, nicht die *class members* profitierten; 28 USC § 1712 (e).

zeigt, dass man diese Gefahren, die vor allem im Anlegerrecht bei den *securities fraud class actions*⁹ bestehen, durchaus erkennt und bekämpft.¹⁰ Sicher muss dies auch Anlass sein, genau zu prüfen, welche Elemente einer Gruppenklage man aus den USA nach Europa importieren darf und welche nicht.

2. Prozessuale und materielle rechtliche Faktoren

Woher rührt das Missbrauchspotential der *class action*? Die Stichworte hierzu kennen Sie alle: *pretrial discovery*, anwaltliches Erfolgshonorar, *punitive damages* – um erst einmal nur die gängigsten Schlagworte zu nennen. In Wirklichkeit ist es keines dieser Phänomene für sich genommen, sondern die Kombination von folgenden Faktoren:

a) *Notice pleading*

Eine zivilrechtliche Klage kann in den USA erhoben werden, ohne dass an die Substantiiiertheit des Klagevorbringens und dessen Schlüssigkeit große Anforderungen gestellt werden (sog. „notice pleading“¹¹). Im Anlegerrecht¹² etwa schließen Klägeranwälte häufig allein aus einem Kurseinbruch einer Aktie auf eine Fehlinformation seitens des Unternehmens¹³, im Kartellrecht genügt ein hohes Preisniveau, um einfach einmal Preisabsprachen unter den Anbietern zu behaupten und auf Schadensersatz zu klagen.¹⁴ Zwar kennt auch das US-Recht mit der „motion to dismiss“ ein Instrument, völlig haltlose Klagen vor Eintritt in die teure Beweisaufnahme abzuweisen.¹⁵ Hiermit werden jedoch nur

Einzelheiten bei *Beuchler*, aaO Fn. 3, S. 210 ff., 232; zur richterlichen Vergleichskontrolle s. *Beuchler*, in: Micklitz/Stadler, aaO Fn. 7, S. 1077 ff.

⁹ Eine grundlegende Reform wurde hier schon 1995 mit dem *Private Securities Litigation Reform Act* angestrebt.

¹⁰ Im Jahre 2006 erreichten *securities class action settlements* mit einem Gesamtbetrag von 10.6 Milliarden US Dollar einen neuen Rekord. Im Schnitt wurde bei einem Vergleich dabei ein Betrag von 105 Mio. Dollar; s. *Simmons/Ryan*, *Securities Class Action Settlements, 2006 Review and Analysis*, abrufbar auf der Website von Cornerstone Research.

¹¹ Vgl. Rule 8 Federal Rules of Civil Procedure. „Notice pleading“ stellt im Gegensatz zum „fact pleading“ des kontinentaleuropäischen Rechts darauf ab, den Gegner durch einen Schriftsatz nur grob über den Streitgegenstand zu informieren. Detaillierte Angaben zu Tatsachen und Beweismitteln sind in der sog. „pleading phase“ des US Prozesses nicht vorgesehen, da dies ausdrücklich Aufgabe der *pretrial discovery* Phase ist; s. *Stürner*, *Duties of disclosure and Burden of Proof*, in: Basedow (Hrsg.), *Private enforcement of EC competition law*, p. 163, 170 f.

¹² Reformansätze greifen hier nur langsam. Die Zahl der *class actions* ist nach der Reform nicht gesunken, sondern zunächst angestiegen – immerhin wird inzwischen jedoch rund ein Viertel aller *Securities class actions* in einem frühen Prozessstadium abgewiesen. Seit 2006 ist eine leichter Rückgang zu verzeichnen, der in den USA jedoch teilweise dem Sabanes-Oxley-Act zugeschrieben wird, der Unternehmen zu einer transparenteren Informationspolitik anhält, *Koppel*, *Wall Street Journal*, Feb. 7, 2007, A 15.

¹³ S. *Marcus*, 31 *Hastings Int. & Comp. Law Rev.* 157, 177 (2008); *Pritchard*, *Should Congress Repeal Securities Class Action Reform, Policy Analysis*, Feb. 2003, Michigan Law and Economics Research Paper No. 03-003; Georgetown Law and Economics Research Paper No. 389561. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=389561> or DOI: [10.2139/ssrn.389561](https://doi.org/10.2139/ssrn.389561). Erst in der Grundsatzentscheidung *Dura Pharmaceuticals v. Broudo*, 544 U.S. 336 (2005) legte der Supreme Court 2005 fest, dass der Kläger in einer *securities class action* schon in der Klage darlegen muss, dass zwischen einer behauptete Fehlinformation durch ein börsennotiertes Unternehmen und dem durch Kurseinbrüche entstandenen Schaden der Kläger ein Kausalzusammenhang bestehen muss, s. hierzu *Cross*, *The unlikely tort of „securities fraud“: Dura Pharmaceuticals v. Broudo*, 2007 *Duke Journal of Constitutional Law and Public Policy*, 220 et seq.

¹⁴ *Beuchler*, aaO Fn. 3, S. 315 ff. In *Securities fraud class actions* müssen Kläger erst seit der Reform 1995 detailliert angeben, auf welche Falschinformation hin der Aktienkurs gefallen sei und müssen konkrete Angaben zum Verschulden des Beklagten machen. Insoweit wurden die „pleading standards“ deutlich angehoben, um schon vor Eintritt in die teure discovery (und somit ohne „fishing expeditions“) vom Kläger einen substantiierten Vortrag zu verlangen und so den Missbrauch der discovery zu verhindern. Im Regelfall finden keine *discovery*-Maßnahmen statt, solange ein „motion to dismiss“ anhängig ist, 15 USC § 78u-4(b) (3); s. *Marcus*, 31 *Hastings Internat. & Comp. Law Rev.* 157, 178 (2008).

¹⁵ Grundlage ist bei Verfahren vor Bundesgerichten Rule 12 (b) (6) Federal Rules of Civil Procedure. Danach kann der Abweisungsantrag des Beklagten gestützt werden auf „failure to state a claim upon which relief can be granted“. Damit lassen sich also nur solche Klagen bekämpfen, die selbst bei unterstellt wahrem Klägervortrag, daran scheitern, dass sich aus dem vorgetragenen Sachverhalt ein Anspruch schon grundsätzlich nicht ergeben kann. Dies gilt beispielsweise für eine auf ein Schenkungsversprechen gestützte Klage, da das US-Recht

wenige Klagen ausgefiltert, denn es entspricht dem „notice pleading“ und amerikanischem Prozessverständnis, Material für einen substantiierte Tatsachenvortrag des Klägers und Beweismittel erst im Rahmen der *pretrial discovery* zu beschaffen.¹⁶

b) *Pretrial discovery*

Das *pretrial-discovery* Verfahren gehört sicher zu den am meisten kritisierten prozessualen Einrichtungen in den USA. Es ist regelmäßig langwierig und extrem kostenträchtig. Gekennzeichnet ist es nicht nur durch sehr weitgehende Ermittlungsmöglichkeiten gegenüber dem Gegner und Dritten. Es unterscheidet sich vom kontinental-europäischen Prozessverständnis insbesondere dadurch, dass sich die Beweiserhebung - seiner Ermittlungsfunktion entsprechend - nicht auf unmittelbar streiterhebliche Tatsachen beschränkt, sondern sich grundsätzlich auf alles erstrecken darf, was für den Prozess von Interesse sein könnte.¹⁷ Insbesondere dürfen Vernehmungen, Urkundenvorlagen oder Betriebsbesichtigungen auch dazu dienen, überhaupt erst weiteres Beweismaterial zu finden.¹⁸ In größeren Verfahren kann sich die *discovery*-Phase über Monate und Jahre hinweg ziehen. Die beteiligten Rechtsanwälte berechnen ihr Honorar regelmäßig nach Stundensätzen¹⁹; hinzukommen erhebliche indirekte Kosten des beklagten Unternehmens, dadurch, dass ihr Führungspersonal oft monatelang durch die mündlichen Vernehmungen „depositions“ gebunden sind.²⁰

c) *Fehlende Kostenerstattung für Prozessgewinner*

Der dritte Hauptfaktor zulasten des Beklagten findet sich in der US-amerikanischen Kostenregelung, der sog. „American Rule“. Danach trägt – von ganz wenigen Ausnahmen abgesehen – jede Partei grundsätzlich unabhängig vom Prozessausgang die ihr entstandenen Anwaltskosten selbst.²¹ Der Grund hierfür liegt darin, dass man dem redlichen Kläger nicht wegen des Prozessrisikos den Weg zu Gericht versperren möchte. Dies bedeutet jedoch, dass ein im europäischen Zivilprozessrecht durchweg gegebener Filter für unbegründete oder schwer zu beweisende Ansprüche in den USA ersatzlos entfällt. Der

Schenkungsversprechen grundsätzlich als unverbindlich ansieht, vgl. *Böhm*, Amerikanisches Zivilprozessrecht, 2005, Rn. 364-366.

¹⁶ *James/Hazard/Leubsdorf*, Civil Procedure, 5th ed. 2001, S. 181 ff.

¹⁷ Rule 26 (b) (1) FRCP: „In General. Parties may obtain discovery regarding any matter, not privileged, that is relevant to the claim or defense of any party, including the existence, description, nature, custody, condition, and location of any books, documents, or other tangible things and the identity and location of persons having knowledge of any discoverable matter. For good cause, the court may order discovery of any matter relevant to the subject matter involved in the action. Relevant information need not be admissible at the trial if the discovery appears reasonably calculated to lead to the discovery of admissible evidence.“

¹⁸ Vorsichtige Reformen von Rule 26 Federal Rules of Civil Procedure können nur den größten Missbräuchen entgegenwirken. So gebietet Rule 26 (b) (2) seit 1983 dem Richter, unverhältnismäßige discovery-Maßnahmen zu untersagen. Diese Änderung war für sich genommen noch nicht sehr erfolgreich, vgl. *Marcus*, Modes of Procedural Reform, 31 Hastings Internat. & Comp. Law Rev. 157, 171 (2008). *Marcus* (aaO) berichtet auch von dem fehlgeschlagenen Versuch des Civil Justice Reform Act 1990, Kosten und Länge der Zivilverfahren zu bekämpfen, ausführlich *Marucs*, in: Civil Justice in Crisis, 1999, p. 71 ff, 101ff; hierzu auch *Murray*, 3 ZZPInt. 319 (1999).

¹⁹ *Murray/Stürner*, German Civil Justice, 2006, p. 615; s. jedoch zu neueren Tendenzen (task-based billing), *Rotunda*, Moving From Billable Hours to Fixed Fees: Task-Based Fees and Legal Ethics, 47 Univ. of Kansas Law Rev. 819 (1999).

²⁰ „The cost in lost productivity may dwarf the expense of attorney’s fees and other direct litigation costs.“, s. *Pritchard*, aaO Fn. 12, p. 5.

²¹ Die Regelung ist nicht ausdrücklich kodifiziert; sie folgt aus dem Fehlen eines normierten Erstattungsanspruchs; im Einzelnen hierzu *Beuchler*, aaO Fn. 3, S. 146 ff. Nur ausnahmsweise – bei groben Verstößen gegen prozessuale Pflichten – können einer Partei die Mehrkosten, die dem Gegner hierdurch entstanden sind, als gerichtliche Sanktion auferlegt werden, s. Rule 11 (c) (4) Federal Rules of Civil Procedure.

Kläger geht in den USA nicht das Risiko ein, dem Gegner die erheblichen Anwaltskosten ersetzen zu müssen, wenn die Klage im Ergebnis als unbegründet abgewiesen wird.²²

Allein aus diesen Faktoren – geringe Hürde für Klageerhebung, rascher Eintritt in kostenträchtige Beweisaufnahmen, fehlende Kostenerstattung bei Obsiegen – kann für ein beklagtes Unternehmen leicht die Situation resultieren, dass es sich einer Klage ausgesetzt sieht, die materiellrechtlich schwer haltbar oder kaum beweisbar ist. Gleichwohl muss sich der Beklagte gut überlegen, ob er das Verfahren bis zu einer Klageabweisung am Ende finanziell durchsteht. So manches Unternehmen entscheidet sich in dieser Situation dafür, das Verfahren lieber durch einen materiell nicht gerechtfertigten, aber deutlich günstigeren Vergleich mit dem Kläger schnell zu beenden.²³ Unbegründete Klagen, die von vorne herein auf einen solchen Vergleich angelegt sind, werden als sog. *strike suits* bezeichnet.

d) Jury Prozesse

Hinzukommt, dass die Hauptverhandlung in bestimmten Verfahren („at common law“, z.B. Produkthaftungsfällen) auf Antrag des Klägers vor einer *jury* durchgeführt wird, die schlicht als unberechenbar gelten muss.²⁴ Geschickte Klägeranwälte verstehen es nur allzu gut, die Laien für das arme Opfer und gegen das beklagte, regelmäßig gut versicherte Unternehmen einzunehmen. Die Prognose über den Verfahrensausgang hängt dann mehr von psychologischen als von rechtlichen Faktoren ab.²⁵

Dies allein würde schon genügen, um in vielen Fällen das Erpressungspotential in der Hand des Klägers zu erklären – und zwar unabhängig davon, ob es sich um eine Gruppenklage handelt oder nicht.²⁶ In *personal injury*-Fällen erreichen daher nur ca. 3% der Fälle das Stadium der Hauptverhandlung²⁷ – der Rest wird überwiegend während der *pretrial discovery* Phase verglichen. Hinzukommen aber weitere Rahmenbedingungen, die geeignet sind, dem Beklagten noch einen Vergleich abzunötigen:

e) Punitive damages und Erfolgshonorar

Durch die Bündelung einer Vielzahl von Ansprüchen in der *class action* und die Möglichkeit, in vielen Fällen auf *punitive damages*²⁸ zu klagen, ergibt sich häufig eine spektakuläre

²² Kritisch hierzu bereits *Hirte*, Sammelklagen. Fluch oder Segen? Festschr. Leser 1998, S. 335 ff, 339. Die Gerichtskosten sind demgegenüber in den USA betragsmäßig zu vernachlässigen, s. auch *Baetge/Eichholtz*, in: *Basedow/Hopt/Kötz/Baetge*, Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess, 1999, S. 346.

²³ S. für *Securities Class Actions*, *Pritchard*, aaO Fn. 12, p. 5: „Any case plausible enough to get past a judge may be worth settling if only to avoid the costs of discovery and attorneys' fees, which can be enormous in these cases.“; freilich gab es zur Frage, inwieweit die Begründetheit der Klage für den Abschluss und die Höhe des Vergleichs ein *Securities Class Actions* eine Rolle spielt, vor der Reform 1995 sehr unterschiedliche Einschätzungen, s. *Alexander*, Do the merits matter? A study of settlements in securities class actions, 43 *Stanford Law Rev.*, 497 (1991); *Seligman*, The merits do matter, 108 *Harvard Law Rev.*, 438 (1994).

²⁴ Rule 38 Federal Rules of Civil Procedure. Das 7. Amendment der US Bundesverfassung garantiert das Recht auf „trial by jury“ in *common law* Fällen (hierzu *Böhm*, Amerikanisches Zivilprozessrecht, 2005, Rn. 540-544) mit einem Streitwert über 20 US Dollar.

²⁵ Zu den Kosten eines jury trials und den Auswirkungen auf das Vergleichsverhalten, *James/Hazard/Leubsdorf*, Civil Procedure, 5th ed. 2001, p. 368; ausführlich insbesondere auch zu Beweisverboten, um eine Irreführung der *jury* zu vermeiden, *Gerding*, Trial by jury, Diss. Trier 2006, S. 363 ff.

²⁶ Eindrucksvoll bereits die Kritik am amerikanischen System im Vergleich zum deutschen Zivilprozess von *Langbein*, The German Advantage in Civil Procedure, 52 *Univ. of Chicago Law Rev.* 823 (1985).

²⁷ *Murray/Stürner*, German Civil Justice, 2006, p. 615.

²⁸ Die Höhe von *punitive damages* wird in den USA seit langem kontrovers diskutiert und war Gegenstand verschiedener Entscheidungen des US Supreme Court, der sich jedoch einer mathematisch-schematischen Begrenzung (etwa gemessen am kompensatorischen Schaden) verweigert, vgl. *BMW of North America v. Gore*, 517 U.S. 559 = 116 S.Ct.1589 = 134 L.Ed.2d 809 (1996); *State Farm Mutual Automobile Ins. Co. v. Campbell*, 538 U.S. 408 = 123 S. Ct. 1513 = 155 L. Ed.2d 585 (2003). Derzeit steht eine Entscheidung des US Supreme Court über die Verhängung von 2,5 Milliarden *punitive damages* gegen Exxon wegen des Tankerunglücks in Alaska 1994 an.

Klagesumme, die es für Klägeranwälte aufgrund der üblichen Erfolgshonorarvereinbarungen²⁹ ungemein interessant macht, eine *class action* zu initiieren. Wer 30-50% des erstrittenen Betrages³⁰ für sich erwarten darf, wird alles daran setzen, die Spielräume des Systems für sich zu nutzen und ist auch mit einem frühen Vergleich zufrieden.³¹ Gerade im Anlegerrecht musste der amerikanische Gesetzgeber eingreifen, um dem größten Missbrauch durch Anwälte vorzubeugen, die sich allein aus eigenem Gewinnstreben einen Geschädigten als Gruppenkläger sozusagen „kauften“, um einen Millionenprozess zu starten.³² Gleichzeitig garantieren spektakuläre und professionell in Szene gesetzte Klagesummen ein hohes Medieninteresse am Verfahren und damit wegen des drohenden Imageschadens weiteren Druck auf den Beklagten, sich schnell „freizukaufen“. Die Rechnung für beklagte Unternehmen ist einfach. Ein amerikanischer Kollege macht folgende Rechnung auf: Besteht auch nur eine 10% Chance im Ergebnis zu einem Schadensersatz in Höhe von 250 Mio. Dollar verurteilt zu werden, so lohnt ein Vergleich in Höhe von 24.9 Mio Dollar.³³ Die Klagesumme lässt sich dabei vor allem in Produkt- und Arzneimittelhaftungsfällen noch dadurch in die Höhe treiben, dass der Gruppenkläger nicht nur im Namen aller bislang Geschädigten auftritt, sondern auch schon solche Personen mit einbezieht, bei denen sich erst in Zukunft eine Schädigung zeigen könnte.³⁴

III. Kritik am *opt-out* Mechanismus amerikanischer *Class actions*

Ein weiterer Kritikpunkt an der US *class action*, über den bei der Ausgestaltung von Gruppenklagen in Europa viel diskutiert wird, ist der sog. „*opt-out*“-Mechanismus. Danach bindet der Verfahrensausgang (im Regelfall ein Vergleich) alle Gruppenmitglieder, in deren Namen der Gruppenkläger die Klage erhoben hat, soweit sie nicht fristgerecht erklärt haben, dass sie sich nicht am Verfahren beteiligen möchten. Schweigen der Betroffenen – egal, ob absichtlich oder infolge fehlender Information über das anhängige Verfahren – führen also zur rechtlichen Bindung und bei Klageabweisung zum Rechtsverlust. In jedem Fall sind die Gruppenmitglieder ohne eigenen Einfluss auf die Prozessführung. In Europa stößt dieser

²⁹ Die Möglichkeit, dass der Anwalt auf Erfolgsbasis honoriert wird, ist gerade in Gruppenklagen ein gewollter Anreiz des amerikanischen Systems. Das Erfolgshonorar ersetzt darüber hinaus die in den USA unbekanntene Prozesskostenhilfe.

³⁰ Zur Bandbreite der *contingency fee arrangement*, s. Murray/Stürner, German Civil Justice, 2006, p. 615.

³¹ In den USA versucht man einem Missbrauch u.a. durch Ständeregeln vorzubeugen, die verhindern sollen, dass der Anwalt ohne Zustimmung des Mandanten klagt oder einen Vergleich abschließt. Umgekehrt darf der Mandant nicht verpflichtet werden, einem Vergleich nur mit Zustimmung seines Anwalts beizutreten; vgl. New York Ethics Opinion 699 (1994); Arizona Ethics Opinion 94-02 (1994); zum Ganzen Kilian, Erfolgshonorare: Annäherung an die „contingent fee“ – ein missverständliches Phänomen des US-amerikanischen Rechts, VersR 2006, 751, 757, der eine nachlässige disziplinarrechtliche Ahnung von Auswüchsen durch die Ständesorganisationen beklagt.

³² Nach der Intention des *Private Securities Class Action Act* 1995 sollten vor allem mehr institutionelle Anleger als *lead plaintiff* in *class actions* gewonnen werden; H.R. Rep. No. 104-50, p. 34 (1995). Kritiker der *class actions* weisen allgemein darauf hin, dass die meisten Verfahren „lawyer driven“ sind, s. Redish, *Class Actions and the Democratic Deficit*, 2003 Univ. of Chicago Legal Forum 71; Coffee, 62 Indiana Law J. 635, 629 (1987); die zu geringen ethischen Standards kritisiert z.B. Wolfram, *Mass Torts – Messy Ethics*, 80 Cornell Law Rev. 1228, 1231 (1995). Seitens der Vertreter der ökonomischen Analyse wird gefordert, dass das Recht, den Gruppenkläger zu vertreten, vom Anwalt gekauft oder öffentlich versteigert werden müsste, Macey/Miller, *The plaintiff's attorney's role in class action and derivative litigation: economic analysis and recommendation for reform*, 58 Univ. of Chicago Law Rev. 1343 (1995); Fish, *Lawyers on the auction block: evaluating the selection of class a counsel by auction*, 102 Colum. Law Rev. 650 (2002).

³³ So das Beispiel bei Pritchard, aaO Fn. 12, p. 5.

³⁴ Diese Form der *class action* wirft ganz besondere Probleme auf, da ein Interessenkonflikt innerhalb der Gruppenmitglieder vorprogrammiert ist. Die beklagten Unternehmen haben hier ein besonderes Interesse, möglichst früh einen Vergleich zu schließen, bevor das wahre Ausmaß der Schäden bekannt wird. Bei einem frühen Vergleich reicht die vereinbarte Entschädigungssumme für spätere Opfer oft nicht mehr aus, Einzelheiten hierzu bei Coffee, *The dilemma of the mass tort class action*, 95 Columbia Law Rev. 1464 (1995).

Mechanismus seit jeher auf Skepsis, da er trotz der auch in den USA sehr intensiven Bemühungen um eine ausreichende Information der *class members*,³⁵ wohl mit dem Dispositionsgrundsatz und dem Anspruch auf rechtliches Gehör nicht vereinbar ist. Auch in den USA versucht man inzwischen, durch eine zweite *opt-out*-Möglichkeit vor verbindlichem Abschluss eines Vergleichs, die Rechte der *class members* zu stärken.³⁶ Erklärlich ist das Festhalten am *opt-out* aber vor allem deshalb, weil die *class action* gerade auch dazu dient, für Bagatell- und Streuschäden einen Zugang zu Gericht zu verschaffen. Würde man eine ausdrückliche *opt-in*-Erklärung der Geschädigten fordern, würde sich kein für einen Klägeranwalt interessantes Klagevolumen ergeben.

In Europa hat man sich, soweit bislang Gruppenklagen eingeführt oder ernsthaft in Erwägung gezogen wurden, aus verfassungsrechtlichen Gründen für eine *opt-in* Lösung entschieden. Lediglich in Dänemark und Norwegen kann in Fällen, in denen wegen der kleinen Schadensbeträge nicht mit einer hinreichenden Beteiligung der Geschädigten zu rechnen ist, im Einzelfall zum *opt-out* übergegangen werden.³⁷ Insoweit besteht also weitgehend Konsens, dass ein Merkmal der US *class action*, das mit europäischen Vorstellungen schwer vereinbar ist, nicht übernommen werden soll.

IV. Warum birgt eine Gruppenklage in Europa/Deutschland weniger Gefahren als die class action?

Es bleibt also die Frage zu beantworten, warum eine Gruppenklage nach europäischem Muster und unter den Rahmenbedingungen des kontinental-europäischen Prozessverständnisses nicht dasselbe – zu Recht gefürchtete – Missbrauchspotential birgt wie eine *class action*. Die Antwort wird sich vielen von Ihnen schon bei der Schilderung der US Faktoren aufgedrängt haben. Das Erpressungspotential der *class action* folgt eben nicht allein aus der Bündelung der Klageforderungen in einem Prozess, sondern aus dem Zusammenwirken der anderen Faktoren, die dem deutschen Recht und anderen europäischen Prozessordnungen allesamt fremd sind.³⁸ Deshalb wird seitens der Wirtschaft auch darauf hingewiesen, dass die Bedrohung nicht alleine aus der Einführung einer Gruppenklage resultiere, sondern der nationale bzw. europäische Gesetzgeber durch Reformen in anderen Bereichen des Prozessrechts wie dem anwaltlichen Erfolgshonorar, der Erweiterung der Mitwirkungspflichten bei der Beweiserhebung oder bei Strafelementen im Haftungsrecht sozusagen schleichend „amerikanische Verhältnisse“ einführe. Auch hier helfen Pauschalisierungen und Schlagworte wenig, man muss sich die Veränderungen im Einzelnen anschauen mit dem US-Recht vergleichen.

1. Substantiiertheit von Klagen und Kostenersatzpflicht

Der Schlüssel zur Vermeidung von erpresserischen Gruppenklagen liegt darin, unsubstantiierte und unbegründete Klagen von vorne herein auszufiltern und gar nicht erst in

³⁵ Zum *due process*-Erfordernis für Gruppenmitglieder s. *Beuchler*, aaO Fn. 3, S. 151ff.

³⁶ Vgl. Federal Rules of Civil Procedure Rule 23 (e) (3): “In an action previously certified as a class action under Rule 23 (b) (3), the court may refuse to approve a settlement unless it affords a new opportunity to request exclusion to individual class members who had an earlier opportunity to request exclusion but did not do so.”

³⁷ Sec. 35-7 Norway Dispute Act; § 254e (8) der dänischen Zivilprozessordnung.

³⁸ Die Befürchtungen von *Willet*, U.S.-style class actions in Europe: A growing threat?, National Center for the Public Interest, June 2005 beruhen leider auf einer Reihe von Fehleinschätzungen und falschen Informationen. So ist es etwa unzutreffend, wenn S. 11 behauptet wird, im Fall der Prozesskostenhilfe entfalle für die „arme“ Partei die „loser pays“ Regelung (für das deutsche Recht stellt § 123 ZPO dies ausdrücklich klar; hieran ändert auch die europäische ProzesskostenhilfeVO nichts, s. Art. 3 Abs. 2 S. 2 der VO). Zumindest sehr undifferenziert ist es auch, das deutsche KapMuG, das eine Musterverfahrensregelung darstellt, der *class action* gleichzustellen.

ein Prozessstadium vordringen zu lassen, in dem hohe Kosten entstehen.³⁹ Dies liegt nicht nur im Interesse des Beklagten, sondern der Justiz insgesamt. Bislang hat – soweit für mich ersichtlich – noch niemand vorgeschlagen, das europaweit relative einheitliche und strenge Substantiierungsgebot für Klagen und die richterliche Schlüssigkeitsprüfung abzuschaffen oder zu lockern. Hinzu kommt, dass die drohende Kostenersatzpflicht, die derzeit mit wenigen Ausnahmen, ebenfalls in ganz Europa gilt, Kläger daran hindert, offensichtlich unbegründete Klagen zu erheben. Soweit der Kläger mit Hilfe staatlicher Prozesskostenhilfe prozessieren möchte, sieht § 114 ZPO eine Missbrauchskontrolle vor, indem diese nur bei hinreichender Erfolgsaussicht der Klage gewährt werden darf. Das Kostenrisiko ist daher ein ganz wesentliches Hindernis für mutwillige Klagen.⁴⁰

Bisweilen wird der Filter der „loser pays rule“ als zu streng empfunden, da auch begründete, aber schwer beweisbare Ansprüche auf diese Weise im Zweifel nicht erhoben werden. Für die EU-Kommission war dieses hohe Prozessrisiko nun Anlass, im Weißbuch zur Stärkung der privaten Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht vorzuschlagen, dass man in Ausnahmefällen auf eine Kostenerstattung durch den unterlegenen Kläger verzichten könne.⁴¹ Dies ist m.E. – angesichts der Gesamtdebatte - politisch unklug und sachlich völlig unverfehlt. Hier ist es Aufgabe der Mitgliedstaaten die Forderung der Kommission zurückzuweisen und es insoweit bei einer unveränderten Hürde für die Klageerhebung zu belassen.

2. Pretrial discovery und parteiliche Mitwirkungspflichten im deutschen Zivilprozess

Voraussetzungen und Ausmaß einer Beweiserhebung im *pretrial discovery* Stadium und im deutschen Zivilprozess unterscheiden sich erheblich. Hieran haben zaghafte Reformen in der Vergangenheit ebenso wenig etwas geändert, wie dies die Vorgaben aus Brüssel zum besseren Zugang zu Beweismitteln im Zusammenhang mit Kartellverstößen oder dem Schutz geistigen Eigentums⁴² künftig tun werden.

Im internationalen Vergleich ist das deutsche Zivilprozessrecht noch immer am zurückhaltendsten von allen, von den Parteien – ungeachtet der Beweislastverteilung – eine Mitwirkung an der Sachverhaltsaufklärung zu verlangen. Dies gilt auch nach der mit der ZPO-Reform 2002 eingeführten Erweiterung der §§ 142 ff ZPO.⁴³ Immerhin kann der Richter inzwischen unabhängig davon, ob ein materiell-rechtlicher Vorlageanspruch bezüglich einer Urkunde besteht und ungeachtet dessen, dass sich der Besitzer der Urkunde selbst auf diese berufen hat, die Vorlage einer Urkunde anordnen.⁴⁴ Anfänglich geäußerte Bedenken,

³⁹ Lorenz, ZJP 111(1998), 35, 45 ff darauf hin, dass der eigentliche Systemunterschied in der *pretrial discovery* liege, sieht hingegen in der Substantiierungslast weniger große Unterschiede. Dies übersieht m.E. die schon im Ansatz unterschiedlichen Grundsätze von *notice* und *fact pleading*.

⁴⁰ So auch Wagner JZ 2007, 70, 713; Mes GRUR 2000, 934, 942.

⁴¹ KOM(2008) 165 endg. sub 2.8.

⁴² S. die sogen. Enforcement-Richtlinie zum Schutz geistigen Eigentums: Richtlinie 2000/48/EG vom 29.4.2004 und die (verspätete) deutsche Umsetzung durch das Gesetz vom 11. April 2008 (Gesetzentwurf s. BT-Drucks. 16/8783 – Rechtsausschuss-Empfehlung, und BT-Drucks. 16/5048. Neu ist vor allem ein erweiterter materiell-rechtlicher Vorlageanspruch, wenn bei hinreichender Wahrscheinlichkeit einer Rechtsverletzung die Beweismittel des Anspruchstellers nicht ausreichen, um eine Verletzung seines Schutzrechtes nachzuweisen (s. etwa § 140c PatG n.F.).

⁴³ Schon der Bericht des Rechtsausschusses betont, dass keine Änderung in Richtung Ausforschungsbeweis geplant sei, s. BT-Drucks. 14/6036, S. 120.

⁴⁴ Versuche, die Vorschrift insoweit schon einschränkend zu handhaben (*Gruber/Kießling* ZJP 116 [12003], 305, 311; *Leipold*, Festschr. Gerhardt, 2004, 563 ff) wies der BGH (NJW 2007, 2989) ausdrücklich zurück.

damit sei dem Ausforschungsbeweis amerikanischer Prägung Tür und Tor geöffnet⁴⁵, haben sich nach 6 Jahren Praxistest als unbegründet erwiesen. Entscheidend ist, dass es nur darum ging, den *Umfang* der Urkundenvorlagepflicht und des Augenscheins vorsichtig einem europäischen (nicht einem amerikanischen!) Standard anzugleichen, es im Übrigen aber bei den strengen Beweisvoraussetzungen bleibt.⁴⁶

Der Bundesgerichtshof⁴⁷ hat erst jüngst bekräftigt, dass mit der Erweiterung der Vorlagepflicht nach § 142 ZPO keine Reduktion der Anforderungen an die Schlüssigkeit und Erheblichkeit des Tatsachenvorbringens verbunden ist.

„Die Vorschrift befreit die Partei, die sich auf eine Urkunde bezieht, nicht von ihrer Darlegungs- und Substantiierungslast (vgl. BT-DR 14/6036, S. 121; *Stein/Jonas/Leipold*, § 142 Rdnr. 9). Dementsprechend darf das Gericht die Urkundenvorlegung nicht zum bloßen Zwecke der Informationsgewinnung, sondern nur bei Vorliegen eines schlüssigen, auf konkrete Tatsachen bezogenen Vortrags der Partei anordnen.“

Eine Beweisaufnahme findet also weiterhin nur über streitige, entscheidungserhebliche Tatsachen statt; der Tatsachenvortrag muss schlüssig sein. Beweisanträge, welche die Beweismittel in der Hand des Gegners nicht mit zumutbarer Genauigkeit beschreiben können, oder ins Blaue hinein darauf gerichtet sind, erst verwertbare Beweise zu finden, sind als Ausforschungsbeweis nach jahrzehntelang gefestigter Rechtsprechung auch weiterhin unzulässig. Die Nutzung der erweiterten Urkundenvorlagemöglichkeiten scheidet daher schon häufig daran, dass die beweispflichtige Partei gar keine Informationen über beim Gegner vorhandene Dokumente besitzt. Das deutsche Recht kennt insoweit keine allgemeine Offenlegungs- oder Informationspflicht über vorhandene Beweismittel.

Niemand muss daher – egal ob im Rahmen einer Gruppenklage oder sonst – befürchten, dass im großen Stil und unter hohen Kosten Urkunden oder andere Beweismittel vorgelegt werden müssen, die keine unmittelbare Relevanz für die Streitentscheidung haben.⁴⁸ Hinzukommt, dass Begehren, die hinsichtlich ihres Umfangs auszuufern drohen und in einem Missverhältnis zum Informationsinteresse der Partei stehen, unter Zumutbarkeitsgesichtspunkten gegengesteuert werden können.⁴⁹

Ergänzend sei noch darauf verwiesen, dass jedenfalls Dritte in Deutschland in diesen Fällen weitaus großzügiger als in den USA durch Zeugnisverweigerungsgründe vor dem Zugriff geschützt werden. Für die Prozessparteien sieht die deutsche ZPO zwar keine ausdrücklichen Weigerungsrechte vor, das Gericht muss jedoch entweder schon im Rahmen seines Ermessens über die Anordnung der Urkundenvorlage nach § 142 ZPO oder eines Augenscheins (§ 144 ZPO) anerkannt schützenswerte Interessen der betroffenen Partei, wie etwa Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, berücksichtigen⁵⁰ oder diese im Rahmen der Würdigung einer (dann berechtigten) Weigerung der Partei schützen.⁵¹

⁴⁵ Vgl. *Dombek* BRAK Mitteilungen 2001, 122, 124; *Kraayvanger/Hilgard* NJ 2003, 572; *Lüpke/Müller* NZI 2002, 588; Oberheim JA 2002, 408, 412; zu Recht ablehnend *Osterloh-Konrad*, Der allgemeine vorbereitenden Informationsanspruch, Diss. München 2007, S. 106.

⁴⁶ S. hierzu u.a. *Stadler*, Festschr. Beys, Athen 2003 (Bd. 2), 1625 ff.; *Wagner* JZ 2007, 706, 713 f.

⁴⁷ BGH NJW 2007, 2989.

⁴⁸ S. hierzu auch *Drenckhahn*, Urkundsvorlagepflichten im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren nach der ZPO-Reform unter bes. Berücksichtigung der Neufassung des § 142 ZPO, Diss. Konstanz, S. 112 ff.

⁴⁹ *Wagner* JZ 2007, 706, 713. Zwar nennt § 142 ZPO die Zumutbarkeit in Abs. 2 nur als Grenze für die Vorlage durch Dritte, für die Prozessparteien spielt die Zumutbarkeit jedoch im Rahmen des richterlichen Anordnungsermessens eine Rolle, s. *Wagner* aaO S. 715.

⁵⁰ S. *Wagner* JZ 2007, 717 f mit weit. Nachw.

⁵¹ *Musielak/Stadler*, ZPO, 6. Aufl. § 142 Rn. 7 mit Nachw.

3. Anwaltliches Erfolgshonorar

Bringt uns also wenigstens das anwaltliche Erfolgshonorar, das aufgrund der Bundesverfassungsgerichtsentscheidung vom Dezember 2006⁵² für alle ziemlich überraschend Einzug ins deutsche Recht halten musste, den amerikanischen Verhältnissen näher? Auch das steht m.E. nicht zu befürchten. Der Gesetzgeber hat sich bei der Neuregelung eng an die Entscheidung des BVerG gehalten und die Tür für Erfolgshonorarvereinbarungen nur einen Spalt weit geöffnet, nämlich für Fälle, in denen dem Kläger ansonsten eine Rechtswegsperre droht, weil er „für die Prozesskostenhilfe zu reich und für eine eigene Prozessführung zu arm“ ist.⁵³ Für einen Gruppenkläger dürften diese Voraussetzungen selten oder eigentlich nie zutreffen. Kann er sich eine eigene Prozessführung nicht leisten, so wird man ihm zumuten können, abzuwarten, ob nicht ein anderer Geschädigter die Rolle des Gruppenklägers übernimmt. Überhaupt werden bei uns regelmäßig Modelle einer Gruppenklage diskutiert, bei der sich die Geschädigten die anfallenden Kosten teilen, so dass die Kosten gegenüber dem Individualprozess ohnehin schon erheblich gemindert sind. Gruppenklagen würden – wie heute schon so manche Verbandsklage – tendenziell eher ein Betätigungsfeld für kommerzielle Prozessfinanzierer sein, die bekanntermaßen besonders hohe Anforderungen an die Erfolgsaussicht der Klage stellen und daher eine zusätzliche Filterfunktion für „weak cases“ bilden.⁵⁴

Europaweit betrachtet gibt es unbestritten eine gewisse Tendenz, die anwaltliche Vergütung stärker erfolgsabhängig auszugestalten.⁵⁵ Diese bedeutet aber keineswegs die Freigabe von unbegrenzten quota litis-Vereinbarungen. Schweden hat etwa zusammen mit der Gruppenklage eine erfolgsabhängige Erhöhung der anwaltlichen Gebührensätze zugelassen, dies freilich – wie fast überall – richterlicher Kontrolle unterstellt.⁵⁶ Auch in England sind nur *conditional fee agreements* in Form eines Risikozuschlags zulässig⁵⁷, ebenso in Spanien und der Schweiz⁵⁸. Soweit quota litis Vereinbarungen erlaubt sind, werden sie häufig auf bis zu maximal 20-25% des Streitwertes begrenzt (wie z.B. in Finnland, Estland, Griechenland, Tschechien, der Türkei).⁵⁹

⁵² BVerfG Beschl. v. 12.12.2006, 1 BvR 2576/04 = BVerfGE 117, 163 ff.

⁵³ *Stürner*, Zugang zum Recht durch Erfolgshonorar?, 4. Hannoveraner ZPO-Symposium 2007, NJW-Sonderheft S. 9, 11. § 4a (1) RVG lautet nunmehr: Vereinbarungen, durch die eine Vergütung oder ihre Höhe vom Ausgang der Sache oder vom Erfolg der anwaltlichen Tätigkeit abhängig gemacht werden (Erfolgshonorar) oder nach denen der Rechtsanwalt einen Teil des erstrittenen Betrages als Honorar erhält (quota litis), sind im Einzelfall nur dann zulässig, wenn aufgrund der Angaben des Auftraggebers über seine wirtschaftliche Situation erst die Vereinbarung des Erfolgshonorars dem Auftraggeber die Inanspruchnahme anwaltlicher Hilfe ermöglicht und der Auftraggeber bei teilweisem Erfolg die gesetzliche Vergütung bis zur Höhe des erlangten Betrages und eines Kostenerstattungsanspruchs schuldet. ...“

⁵⁴ *Stürner*, aaO Fn. 53, S. 11 weist zu Recht darauf hin, dass das Erfolgshonorar nach deutscher Machart gerade keine Prozessfinanzierung durch den Anwalt bedeutet, da der Mandant weiterhin das volle Risiko für Gerichtskosten und die Kostenerstattung der Gegenseite trägt. Damit bleiben rein rechnerisch 2/3 des gesamten Prozessrisikos vom Erfolgshonorar nicht erfasst.

⁵⁵ Für eine Öffnung in diesem Sinne auch *Henssler*, Interview Deutschlandradio Kultur, 9.3.2007: <http://www.dradio.de/dkultur/sendungen/kulturinterview/602734/>.

⁵⁶ § 38 des Schwedischen Gruppenklagegesetzes vom 30. Mai 2002, englische Übersetzung s. <http://www.sweden.gov.se/content/1/c6/02/77/67/bcbe1f4f.pdf>.

⁵⁷ Sie ersetzen teilweise die 2000 abgeschaffte staatliche Prozesskostenhilfe (legal aid) Schadensersatzprozesse; s. *Conditional Fee Agreement Order 2000*; Einzelheiten zum Erfolgszuschlag und der richterlichen Kontrolle bei *Breyer*, Kostenorientierte Steuerung des Zivilprozesses, Diss. Freiburg 2006, S. 62 ff.

⁵⁸ Unzulässig sind die quota litis Vereinbarung sowie die Abmachung, dass der Anwalt im Fall der Niederlage im Prozess auf Gebühren verzichtet, s. Art. 19 Abs. 2 der Schweizerischen Landesregeln; s. auch *Ros*, aaO Fn. 49, S. 301.

⁵⁹ Einzelheiten siehe *Mirco Ros*, Fédération des Barreaux d'Europe: Der Erfolg und das Honorar des Anwalts – Entwicklungen zu erfolgsorientierter Vergütung des Rechtsanwalts, Tagungsbericht 2006: <http://www.bgfa.ch/scripts/getfile?id=1107>.

Nicht zu vergessen bleibt, dass das Erfolgshonorar an sich noch nicht dazu führt, dass Anwälte wie in den USA die Klageinitiative an sich reißen und auf die Suche nach angeblichen oder wirklichen Opfern gehen, um einen Prozess vom Zaun zu brechen.⁶⁰

4. Punitive Elemente im europäischen Haftungsrecht?

In den USA wird die Gruppenklage für Anwälte nur zum einträglichen Geschäft, weil infolge des *opt-out*-Mechanismus und durch *punitive damages* sich die Klagesumme in astronomische Höhen treiben lässt. Beide Faktoren fehlen im deutschen Recht. Schon die gewöhnlichen Haftungsbeträge klaffen weit auseinander: Verliert der Kläger etwa infolge eines Unfalls ein Bein durch Amputation, bekommt er in den USA für Einkommensverluste, Heilungskosten und Schmerzensgeld im Durchschnitt 3,85 Mio. Dollar, in Deutschland dagegen umgerechnet nur 38.000 Dollar, also gerade mal 1/100!⁶¹

Wer am europäischen Horizont schon das Schreckgespenst von *punitive damages* aufdämmern sieht, übertreibt hoffnungslos. Sicher kennt das deutsche Recht etwa im Persönlichkeitsrecht oder mit der Gewinnabschöpfung in UWG und GWB inzwischen auch gewisse pönale Elemente. Aber auch hier bleiben die Beträge äußerst moderat und gehen gerade im Lauterkeits- und Kartellrecht nicht über die Abschöpfung eines vorsätzlich rechtswidrig erzielten Gewinns hinaus.

Der Deutsche Juristentag hat in Stuttgart 2006 weitergehende Vorschläge eines „Strafzuschlags“ zum kompensatorischen Schadensersatz ausdrücklich verworfen⁶² und entsprechend sind auch keine Ambitionen des Gesetzgebers erkennbar.

V. Fazit

Die Einführung von Gruppenklage nach dem *opt-in*-Mechanismus führt, auch wenn sich die Ausgestaltung der Anspruchsbündelung im Übrigen an die US *class action* anlehnt, nicht zu einem annähernd vergleichbaren Missbrauchspotential wie in den USA. Die deutschen bzw. europäischen Rahmenbedingungen des Prozess- und Haftungsrechts sind hierzu einfach zu verschieden.⁶³ Das belegt das Beispiel Schwedens, wo seit 2003 Gruppenklagen möglich sind. Die teilweise befürchtete Klageflut ist ausgeblieben, insgesamt sind bislang nur 11 Verfahren anhängig geworden. Der bisweilen zu vernehmende ausdrückliche oder unterschwellige Vorwurf aus der Wirtschaft, die Versicherungen aus Brüssel und Berlin, man wolle keine amerikanischen Verhältnisse, seien bloßes Lippenbekenntnis, geht schon deshalb fehl, weil es keinerlei sachliche Gründe gibt, das Gegenteil zu wollen. Das Beispiel der USA zeigt gerade, dass *class actions* ihre abschreckende Wirkung und ihre Funktion, Marktverhalten zu steuern, letztlich verlieren, wenn begründete wie unbegründete Ansprüche durch „legal blackmailing“ gleichermaßen zum klägerischen Erfolg (durch Vergleiche) führen. Profitgierige Anwälte wären die Einzigen, die an einem solchen System Interesse haben. Befürchtungen in diese Richtung sollte man jedoch ebenfalls nicht übertreiben. Hat sich doch die deutsche Anwaltschaft etwa ausdrücklich gegen eine völlige Freigabe des

⁶⁰ In dieser Hinsicht machte in Deutschland bislang nur ein bekannter Münchner Anwalt Schlagzeilen, der häufig als erster am Ort spektakulärer Unfälle war, um Mandanten (häufig offenbar mit zweifelhaften Versprechen) für *class actions* in den USA zu gewinnen. Ihm wurde inzwischen – aus anderen Gründen – die Anwaltszulassung entzogen.

⁶¹ S. die Gegenüberstellung von deutschen und US-amerikanischen Schadensersatzurteilen bei *Braun*, Overview of United States Products Liability Law, Jan. 2004; abrufbar unter: www.gcd.com.

⁶² S. die Vorschläge im Gutachten von *G. Wagner*, Verhandlungen des 66. DJT Stuttgart (2006), A 68 ff, s. zur Beschlusslage Bd. II/1 L 92.

⁶³

Erfolgshonorars ausgesprochen⁶⁴ und dies vielmehr zum Anlass genommen, über ihre Standesregeln zu diskutieren.

Freilich wird sich ein weiteres Vordringen amerikanischer Kanzleien, die sich von europäischen Geschädigten für *class actions* in den USA, aber auch von europäischen Sammelklagen neue Pfründe erhoffen, auf den europäischen Markt nicht verhindern lassen. Dasselbe gilt für kreative Konstruktionen deutscher Kanzleien und Rechtsberater - Beispiele sind die Gründung der belgischen Cartel Damage Claims Gesellschaft (CDC), die sich der gebündelten Durchsetzung von Schadensersatzforderungen bei Kartellverstößen annimmt und die Gründung einer Rechtsanwalts-AG in der Schweiz durch eine deutsche Kanzlei, welche vorwiegend geprellte Anleger vertritt.⁶⁵ Sie erhoffen sich durch ein Ausweichen ins Ausland bessere Rahmenbedingungen für das Akquirieren von Mandanten. Dabei gilt es jedoch hervorzuheben, dass auch im Falle eines solchen „Umweges“ für die Prozessführung jeweils die Regeln über die Zulassung der vertretungsbefugten Anwälte zu beachten sind und diese ihr Honorar nur nach dem jeweils geltenden Prozessrecht abrechnen können. Der nationale Gesetzgeber kann daher nach wie vor die Bedingungen der Anwaltsvergütung – vor allem aber die Grundsätze der Prozesskostenerstattung - vorgeben. Die grenzüberschreitende Aktivität kann daher letztlich nicht mehr erreichen als dies private Prozessfinanzierer schon jetzt anbieten. Dass sich das Feld der kommerziellen Prozessfinanzierung in Europa ausdehnen wird, dürfte sicher sein. Dies ist aber nicht vorne herein negativ zu bewerten und muss für sich genommen nicht befürchten lassen, dass primär im Interesse von Anwälten und Versicherungen im großen Stil Gruppenklagen auf materiell fragwürdiger Grundlage angezettelt werden. Solche Finanzierungsmodelle können im Gegenteil sehr wohl den Zugang zu Gericht für Geschädigte verbessern und haben aus Sicht möglicher Beklagter eher den Vorteil, dass Prozessfinanzierer sich sehr genau ansehen werden, für welche Verfahren sie das Risiko übernehmen möchten. Dies wird im Zweifel einen weiteren Filter und Schutz vor Verfahren auf substanzloser Grundlage bilden. Die Möglichkeit, dem Beklagten mit solchen *strike suits* einen Vergleich abzunötigen, fehlt – wie dargelegt – angesichts der anderen genannten Faktoren des US-Rechts ohnehin. Ob sich im Ergebnis tatsächlich nennenswert viele Geschädigte unter der Geltung von *opt-in* Regelungen für Gruppenklagen bereit finden werden, auf einen Teil ihres Schadensersatzes zu verzichten zugunsten von Gesellschaften, die das Prozessrisiko übernehmen, wird sich erst noch erweisen müssen. Dies erfordert auch bei den Anspruchstellern ein Umdenken. Trotz des Bestrebens der Anwaltschaft, sich neue Felder zu erschließen, verbleibt damit ein deutsches Prozessrechtssystem, das Beklagten- und Klägerinteressen sorgfältig ausbalanciert und nicht wie das US-amerikanische eindeutig klägerfreundlich ausgerichtet ist. Wir können daher einer Gruppenklage gelassen entgegen sehen.

⁶⁴ Stellungnahme der BRAK zum Gesetzentwurf des BMJ, Pressemitteilung der BRAK vom 1.11.2007; ebenso plädierte der DAV dafür, das Erfolgshonorar nur in Ausnahmefällen zuzulassen; ein Erfolgshonorar dürfe es nur geben, wenn der Mandant andernfalls seine Rechte nicht verfolgen könnte. S. Pressemitteilung vom 22.8.2007: www.anwaltsverein.de.

⁶⁵ S. die Gründung einer Schweizer Rechtsanwalts-AG durch die Kanzlei Tilp, um sich bei Sammelklagen verstärkt zu engagieren und dabei zu nutzen, dass der Kanton Obwalden – für Prozesse im Ausland! – Erfolgshonorarvereinbarungen erlaubt. Der Mandant soll dabei künftig in geeigneten Fällen die Obwaldener AG beauftragen, die wiederum ihrerseits deutsche oder amerikanische Anwälte mandatiert. Diese rechnen ihr Honorar freilich nach den am jeweiligen Forum gültigen Regeln ab (s. Pressemitteilung der Kanzlei Tilp vom 12. Juni 2008, <http://www.tilp.de/coverage.cfm?id=928&p=1>).