

## Grund und Grenzen kollektiver Rechtsdurchsetzung

Raphael Koch

### Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Koch, Raphael. 2016. "Grund und Grenzen kollektiver Rechtsdurchsetzung." *Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht* 26 (8): 351–60.

<https://doi.org/10.1515/dwir-2016-0084>.

### Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:

#### Deutsches Urheberrecht

Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:

<https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/>



DEUTSCHE ZEITSCHRIFT FÜR

# WIRTSCHAFTS- UND INSOLVENZRECHT

**Herausgeber:** Wilhelm Bichlmeier, Rainer Funke, Reinfrid Fischer, Volker Grub, Norbert Horn, Hartmut Oetker, Dieter Reuter, Rolf A. Schütze, Stefan Smid, Harm Peter Westermann

**Korrespondierender Beirat:** Rainer M. Bähr, Christian Graf Brockdorff, Peter Depré, Norbert Fehl, Volkhard Frenzel, Ottmar Hermann, Klaus Hubert Görg, Horst M. Johlke, Wulf-Gerd Joneleit, Harro Mohrbutter, Peter Mohrbutter, Hans-Jürgen Papier, Horst Piepenburg, Michael Pluta, Rolf Rattunde, Harald Schliemann, Tobias Wellensiek, Frank M. Welsch, Wilhelm Wessel, Klaus Wimmer, Mark Zeuner

**Schriftleitung:** Michael Schmidt

## Aufsatz

Univ.-Prof. Dr. iur. Raphael Koch\*, LL.M. (Cambridge), EMBA

## Grund und Grenzen kollektiver Rechtsdurchsetzung

DOI 10.1515/dwir-2016-0084

### I. Einführung: Kollektive Rechtsdurchsetzung vor dem Hintergrund des Zweiparteienprinzips

Der Zivilprozess ist gerichtet auf und geprägt durch die Rechtsdurchsetzung Einzelner. Das könnte sich allerdings ändern, möglicherweise ist zu sagen: das sollte sich ändern.<sup>1</sup> Spielarten der aus den Vereinigten Staaten bekannten *class action* – freilich ist zu betonen, dass die Ursprünge auf die englische *group action* zurückgehen –<sup>2</sup> könnten vor einem Einzug in das deutsche Prozessrecht stehen. Neben den Zwecken der Vereinfachung und Vereinheitli-

chung sollen damit Defizite des deutschen Verfahrensrechts ausgeglichen werden; so jedenfalls die Vorstellung und Begründung.<sup>3</sup> Erforderlich könnte das auch vor dem Hintergrund eines Wettbewerbs der europäischen Rechtsordnungen erscheinen. Eine Schadensersatzklage ist aufgrund der europäischen Dimension der Kartelle nämlich vielfach nicht lediglich in Deutschland möglich, sondern in gebündelter Form auch in anderen Mitgliedstaaten der europäischen Union.<sup>4</sup> *Forum shopping* dürfte insoweit zunehmen, weil das Konnexitätserfordernis des Art. 8 Nr. 1 EuGVVO regelmäßig erfüllt sein wird.<sup>5</sup> »Kollektive Rechtsdurchsetzung« ist weder im europäischen noch nationalen Recht legaldefiniert. Es bedarf einer Konkretisierung. Eine Kollektivklage bezeichnet die Bündelung von gleichartigen Ansprüchen einer größeren Anzahl von Klägern gegen

<sup>1</sup> Zum Umsetzungsbedarf eines kollektiven Rechtsschutzes in Deutschland siehe Stadler, ZFPW 2015, 61, 80 ff.

<sup>2</sup> Dazu Bruns, ZZP 125 (2012), 399.

**Raphael Koch**, Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrensrecht, Unternehmensrecht, Europäisches Privat- und Internationales Verfahrensrecht an der Universität Augsburg.

<sup>3</sup> Mann, DStR 2013, 765; ausführlich: Empfehlung der Kommission vom 11. 6. 2013: Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadensersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten (2013/396/EU), ABl. EU L 201 v. 26. 7. 2013, 1 ff.; siehe auch die Pressemitteilung des Bundesverbands der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände (vzbv) v. 25. 9. 2015 mit dem Titel »Deutschland muss Gruppenklage einführen« (abrufbar unter: [www.vzbv.de](http://www.vzbv.de); Abruf: 4. 4. 2016).

<sup>4</sup> EuGH, Urt. v. 21. 5. 2015, C-352/13 – Wasserstoffperoxid, JZ 2015, 1163.

<sup>5</sup> Ausführlich dazu Stadler, JZ 2015, 1138 ff.

den- oder dieselben Beklagten. Erfasst werden unterschiedliche Klagearten, und zwar sowohl Schadensersatzklagen als auch Unterlassungs- oder Feststellungsklagen. Die Geltendmachung von Rechten durch Verbände oder Behörden, sog. Verbands- und Behördenklagen, sind unter den Begriff zu subsumieren.<sup>6</sup> Der Typizität des deutschen Prozessrechts entspricht eine Kollektivklage nicht: Der Kläger gegen den Beklagten – der ZPO liegt das Zweiparteienprinzip als prägendes Element zugrunde.<sup>7</sup> In der ZPO sind jedoch Institute vorhanden, die eine gemeinsame Prozessführung mehrerer ermöglichen oder teilweise erfordern. Zu denken ist an die einfache oder notwendige Streitgenossenschaft. Zudem sind in Spezialbereichen kollektive Instrumente vorgesehen, etwa im Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz oder im Unterlassungsklagengesetz bzw. dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Lohnen sich vor diesem Hintergrund Überlegungen zu kollektiven Rechtsschutzmaßnahmen *de lege ferenda*? Die Diskussion über einen erweiterten kollektiven Rechtsschutz wird bereits seit geraumer Zeit geführt. Konträre gegenwärtige Entwicklungen laden jedoch zu einer aktuellen Analyse ein.

## II. Rücken- oder Gegenwind aufgrund aktueller Entwicklungen?

Die gegenwärtigen tatsächlichen Entwicklungen können unterschiedlich interpretiert werden, entweder als Rücken- oder als Gegenwind. Die kollektive Rechtsdurchsetzung könnte aufgrund des Skandals in der Automobilbranche Rückenwind bekommen – einerseits. Gegenwind könnte aber eine Entscheidung des OLG Düsseldorf bedeuten – andererseits.

Auftrieb scheinen die Befürworter eines kollektiven Rechtsschutzes durch die Manipulation der Abgaswerte in den Diesel-Fahrzeugen des Volkswagen-Konzerns zu bekommen. Das zeigt ein Blick in die Presse, etwa in die Süddeutsche Zeitung vom 5. 10. 2015. Unter der Überschrift:

»Die Fahrer machen mobil – In den USA gerät VW gleich von zwei Seiten unter Druck: Anwälte bereiten Sammelklagen vor, die Behörden formieren sich –«

wird unter anderem berichtet:

»Mehrere US-Anwaltskanzleien haben im Namen von Kunden und VW-Händlern Klage eingereicht, sie verlangen Schadensersatz und eine Bestrafung des Konzerns.«<sup>8</sup>

Deutsche Autokäufer können profitieren, wenn das Prinzip der Sammelklage in Deutschland eingeführt wird.

»Regierung will Sammelklagen ermöglichen«,

berichtet nicht nur Zeit Online:

»Von VW mit falschen Abgaswerten getäuschte Autokäufer sollen vor Gericht gemeinsam Schadensersatz erstreiten können. Doch was genau ist eigentlich der verursachte Schaden? (...) Fragen dieser Art werden in langen Prozessen vor Gericht geklärt. Künftige Schadensersatzverfahren will das Bundesjustizministerium nun erleichtern. Geschädigte sollen sich künftig zusammenschließen können (...).«<sup>9</sup>

Gegenwind könnte von einem lange erwarteten Urteil des OLG Düsseldorf<sup>10</sup> ausgehen. Es stufte eine Forderungsabtretung als sittenwidrig ein,

»wenn eine unvermögende Partei zur gerichtlichen Durchsetzung von Ansprüchen vorgeschoben wird und dies bezweckt, das Kostenrisiko zu Lasten der beklagten Partei zu vermindern oder auszuschließen«.

Geltend gemacht wurden kartellrechtliche Schadensersatzansprüche, und zwar im Kollektiv. Die kollektive Geltendmachung wurde indessen nicht über eine prozessuale Bündelung erreicht, sondern sollte über die materiellrechtliche Bündelung in Form von Forderungsabtretungen erfolgen. Ob die Entscheidung Gegenwind verursacht, ist im Einzelnen zu untersuchen – sie kann wiederum verschieden interpretiert werden: als Rückschlag, weil die kollektive Geltendmachung erfolglos blieb; ebenfalls möglich ist eine Heranziehung der Entscheidung als Argument zwar gegen die materiellrechtliche »Schiene« der Forderungs-bündelung, aber damit gerade für die Notwendigkeit der

<sup>8</sup> Quelle: Claus Hulverscheidt, Süddeutsche Zeitung, Nr. 228, 5. 10. 2015, S. 19; siehe auch Thomas Fromm/Klaus Ott, Süddeutsche Zeitung, Nr. 58, 10. 3. 2016, S. 17 (»Umzingelt«).

<sup>9</sup> Quelle: Marius Elfering/Tilman Steffen, Zeit Online, 28. 9. 2015, <http://www.zeit.de/wirtschaft/2015-09/volkswagen-sammelklage-spritverbrauch-schaden>; Abruf: 4. 4. 2016; zur Klage von Investoren siehe Thomas Fromm/Klaus Ott, Süddeutsche Zeitung, Nr. 62, 15. 3. 2016, S. 17 (»Das wird teuer«).

<sup>10</sup> OLG Düsseldorf, Urt. v. 18. 2. 2015 – VI-U (Kart) 3/14 – CDC/Zementkartell, JZ 2015, 726ff., NZKart 2015, 201ff.; dazu Hempel, NJW 2015, 2077ff.; Ausgangsinstanz: LG Düsseldorf, Urt. v. 17. 12. 2013 – 37 O 200/09 (Kart) U., JZ 2014, 635ff. = NZKart 2014, 75ff.; dazu Stadler, JZ 2014, 613ff.

<sup>6</sup> Bruns, ZJP 125 (2012), 399, 401.

<sup>7</sup> Saenger, in: Hk-ZPO, 6. Aufl. 2015, Einführung Rn. 5.

Schaffung prozessualer kollektiver Rechtsinstrumente. Der Richterspruch könnte die Erforderlichkeit gesetzgeberischen Handelns verdeutlicht haben.

### III. Gegenwärtige Ansätze kollektiver Rechtsdurchsetzung

Grund und Grenzen kollektiver Rechtsdurchsetzung können nur auf Basis der vorhandenen Ansätze analysiert und bestimmt werden.

#### 1. Deutsches Recht

Das deutsche Recht kennt bereits Ausprägungen eines kollektiven Rechtsschutzsystems.<sup>11</sup>

##### a) Streitgenossenschaft

Die klassische und allgemein geltende Form der Verbindung mehrerer Prozessrechtsverhältnisse liegt in der Streitgenossenschaft. Die einfache Streitgenossenschaft mündet jedoch nicht in einem einheitlichen Prozessrechtsverhältnis, sondern es liegen mehrere selbstständige Prozesse vor, die (äußerlich) miteinander verbunden sind.<sup>12</sup> Aus der prozessualen Selbstständigkeit ergibt sich, dass zunächst individuelle Klagen vorliegen müssen. Bezogen auf Bagatellschäden ist das die zentrale anfängliche Hürde: Individuelle Klagen werden von den Geschädigten aus *rationaler Apathie*<sup>13</sup> nicht erhoben. Kosten und Prozessrisiko schrecken ab.<sup>14</sup> Selbst wenn die Klagen von den Geschädigten erhoben werden, ergeben sich keine Erleichterungen, die die Effektivität der Rechtsdurchsetzung ent-

scheidend positiv beeinflussen. Die einfache Streitgenossenschaft führt zu einer einheitlichen Verhandlung (§§ 59 und 60 ZPO), die Prozessstellung der Streitgenossen ist jedoch unabhängig voneinander (§ 61 ZPO), d. h. es besteht jeweils ein eigener Streitgegenstand. Einheitlich erfolgen lediglich Beweisaufnahme und Beweiswürdigung.

Eine maßgebliche Erleichterung entsteht lediglich, wenn die Geschädigten vorprozessual eine gemeinsame Strategie verfolgen und das unter anderem durch die gemeinsame Gerichts- und Anwaltswahl umsetzen.<sup>15</sup> Dazu kommt es allerdings – wie die Realität etwa in dem Telekom-Verfahren<sup>16</sup> zeigt, welches nicht nach den Regeln der Streitgenossenschaft geführt wird, sondern nach denjenigen des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes, aber im Hinblick auf die Beteiligung Vergleichbarkeit aufweist – faktisch nicht: die Anzahl von ca. 17.000 Klägern und 900 Anwälten spricht eine deutliche Sprache. Betrachtet man den nächsten Schritt, wird es keineswegs besser: Vergleichen sich Kläger und Beklagte nicht, erfordert das eine individuelle Entscheidung über jeden einzelnen Anspruch.

##### b) Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG)

Nach langen Diskussionen erließ der Gesetzgeber im Jahr 2005 das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG)<sup>17</sup>, wodurch der Zivilprozess um die Möglichkeit eines Musterverfahrens ergänzt wird. Kapitalanlegern soll die Durchsetzung ihrer Schadensersatzansprüche erleichtert werden, indem Vorfragen, die sich in einer Mehrzahl von Verfahren gleichsam stellen, bindend entschieden werden.<sup>18</sup>

Inhaltlich ist für die hier untersuchte Frage relevant, dass das Oberlandesgericht nach billigem Ermessen durch Beschluss einen Musterkläger bestimmt und die übrigen Kläger der Ausgangsverfahren Beigeladene des Musterverfahrens sind (§ 9 Abs. 2 und 3 KapMuG). Musterbeklagte sind alle Beklagten der ausgesetzten Verfahren (§ 9 Abs. 5 KapMuG). Die Stellung der Beigeladenen ist der eines

<sup>11</sup> Ausführlich zu den Möglichkeiten im deutschen Zivilprozess Geiger, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess, 2015, S. 32ff.

<sup>12</sup> BGH, NJW-RR 2003, 1344; Bentsen, in: Hk-ZPO, 6. Aufl. 2015, § 66 Rn. 5.

<sup>13</sup> Dazu: G. Wagner, Kollektiver Rechtsschutz – Regelungsbedarf bei Massen- und Streuschäden, in: Casper/Janssen/Pohlmann/Schulze (Hrsg.), Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?, 2009, S. 41, 57ff.; Janssen, Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?, in: Casper/Janssen/Pohlmann/Schulze (Hrsg.), aaO, S. 3, 5; Bernhard, Kartellrechtlicher Individualschutz durch Sammelklagen, 2010, S. 3; dieser Aspekt wurde bereits von der Europäischen Kommission bestätigt, siehe Commission Staff Working Paper, Consumer Empowerment in the EU, Brüssel, 7. 4. 2011, SEK (2011) 469, 5; Meessen, WuW 2007, 455.

<sup>14</sup> Domej, ZZP 125 (2012), 421, 422.

<sup>15</sup> Stadler, VuR 2014, 445, 446.

<sup>16</sup> OLG Frankfurt a.M., 23 Kap 1/06; siehe auch BGH, Beschl. v. 21. 10. 2014 – XI ZB 12/12, WM 2015, 22ff. über die Rechtsbeschwerden gegen den Musterentscheid des OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 16. 5. 2012 – 23 Kap 1/06, NZG 2012, 747ff. = BeckRS, 10607.

<sup>17</sup> Gesetz zur Einführung von Kapitalanleger-Musterverfahren vom 16. 8. 2005, BGBl. I 2005, 2437.

<sup>18</sup> Einhaus, Kollektiver Rechtsschutz im englischen und deutschen Zivilprozessrecht, 2008, S. 402; G. Wagner, Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Gutachten A zum 66. DJT, 2006, S. 107; Wiegand, AG 2012, 845.

Nebenintervenienten vergleichbar (§ 14 KapMuG). Sie sind berechtigt, Angriffs- oder Verteidigungsmittel geltend zu machen und alle Prozesshandlungen wirksam vorzunehmen, soweit ihre Erklärungen und Handlungen mit Erklärungen und Handlungen des Musterklägers nicht in Widerspruch stehen. Daraus ergibt sich die bereits angesprochene Komplexität des Verfahrens. Die Anzahl der Kläger, der Anwälte und der Prozessanträge lassen ein effizientes Verfahren kaum zu.

### c) Verbandsklagen

Bereits »Standard« ist die Unterlassungsklage von Verbänden, die, im Wesentlichen vorgegeben durch die europäische Unterlassungsklagen-RL<sup>19</sup>, über §§ 1 und 2 UKlaG und § 8 Abs. 3 UWG ermöglicht wird. Die Bezeichnung »Sammelklage« trifft auf dieses Instrument nicht zu; vielmehr ist an dieser Stelle von »Verbandsklagen« zu sprechen. Die Verbandsklage, oder auch Repräsentantenklage, zielt wie die Sammelklage darauf ab, eine Entscheidung mit möglichst umfassender Wirkung für den Kreis der Geschädigten herbeizuführen.<sup>20</sup> Im Gegensatz zur Sammelklage liegt die Aktivlegitimation bei der Verbandsklage nicht bei dem Betroffenen selbst, sondern bei einem Repräsentanten. In den vorhandenen Regelungen (UKlaG und UWG) stellen rechtsfähige Verbände solche Repräsentanten der Betroffenen dar. Im Rahmen der 8. GWB-Novelle wurde der Kreis der Berechtigten zur Erhebung des Anspruchs auf Vorteilsabschöpfung sogar auf Verbraucherschutzverbände erweitert.<sup>21</sup> Der Verband ist aktivlegitimiert und macht die Rechte im eigenen Namen geltend.<sup>22</sup> Diese Verbandsklagen sind auf Beseitigung und Unterlassung sowie auf andere Leistungen (z.B. Gewinnabschöpfung) gerichtet.<sup>23</sup> Letztlich sind sie in sehr beschränktem Ausmaß vorhanden, in der praktischen Anwendung aber noch auf Einzelmaterien beschränkt.<sup>24</sup>

### d) Einführung eines Gruppenverfahrens

Ein deutlich weiterer Anwendungsbereich ist mit dem Gesetz über die Einführung von Gruppenverfahren intendiert, welches als 6. Buch in die ZPO integriert werden soll. Der Entwurf<sup>25</sup>, in den Bundestag eingebracht von der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN im Mai 2014, verfolgt einen *Opt-in*-Ansatz. Der kollektive Rechtsschutz soll auf dem freiwilligen Beitritt der Betroffenen beruhen. Im Sinne der Privatautonomie ist das konsequent. Die Wirksamkeit eines solchen kollektiven Rechtsschutzinstruments kann allerdings leiden, wenn die Anreize zum Beitritt zu gering sind.<sup>26</sup> Fraglich erscheint, ob einzelne Verbraucher von ihrem Recht zum Beitritt Gebrauch machen. Zu befürchten ist, dass sich das Desinteresse des einzelnen Verbrauchers durchsetzt und der kollektive Rechtsschutz nicht die gewünschte Wirkung entfaltet. Aus diesem Grund ist als Alternative ein *Opt-out*-System in Betracht zu ziehen. Aber sollten Verbraucher tatsächlich in den kollektiven Rechtsschutz gezwungen werden? Oder müssen andere Institute zum Zuge kommen, etwa eine Verbandsklage, mit der Gewinne bzw. sonstige Vorteile abgeschöpft werden, wobei die abgeschöpften Beträge nicht an die Verbraucher »ausgekehrt« werden, sondern an den Bundeshaushalt (siehe z.B. § 34 a Abs. 1 GWB oder § 10 UWG)?<sup>27</sup>

### e) Fazit

Die Bestandsaufnahme zum deutschen Recht ergibt: Ein allgemein anwendbarer Rechtsbehelf, der die kollektive Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen ermöglicht, fehlt. Gruppenverfahren sind prozessrechtlich nicht allgemein vorgesehen. Die vorhandenen Instrumente lassen in der Praxis erheblich an Wirksamkeit vermissen; ihr Potential müsste deutlich stärker ausgeschöpft werden.

<sup>19</sup> Richtlinie 2009/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. 4. 2009 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen (EU-VerbraucherschutzunterlassungsklagenRL), ABl. EU Nr. L 110 v. 1. 5. 2009, 32.

<sup>20</sup> Bernhard, aaO (Fn. 13), S. 52.

<sup>21</sup> Hempel, NJW 2015, 2077, 2078.

<sup>22</sup> Zur Schwierigkeit, diese Klagekonzeption mit dem deutschen Zivilprozessrecht in Einklang zu bringen, siehe Michailidou, Kollektiver Rechtsschutz im Europäischen Justizraum, 2007, S. 90 ff.

<sup>23</sup> Ausführlich Einhaus, aaO (Fn. 18), S. 427 ff.

<sup>24</sup> Dies hat auch jüngst der Deutsche Bundestag in einer kleinen Anfrage zur Stärkung der Verbraucherrechte durch Sammelklagen eingeräumt, vgl. BT-Drs. 18/1470, 1.

<sup>25</sup> Entwurf eines Gesetzes über die Einführung von Gruppenverfahren vom 21. 5. 2014, BT-Drs. 18/1464, eingebracht von der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN; bereits in der 17. Legislaturperiode hatte die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN einen entsprechenden Gesetzesentwurf in den Bundestag eingebracht, siehe Entwurf vom 5. 6. 2013, BT-Drs. 17/13756.

<sup>26</sup> Roth, JZ 2014, 801, 807.

<sup>27</sup> Dazu Stadler, GPR 2013, 281, 287, 290.



## 2. Initiativen und Rechtsakte der Europäischen Union

Auf europäischer Ebene genießt die Einführung eines einheitlichen Systems hinsichtlich kollektiver Rechtsschutzinstrumente einen hohen Stellenwert. Das wird an den bisherigen Initiativen und Rechtsakten der Europäischen Union deutlich.<sup>28</sup> Insgesamt werden Gruppen- oder Sammelklagen als prozessuales Instrument von der EU-Kommission positiv bewertet. Mit dieser Tendenz erarbeitete die Kommission eine Reihe von Arbeits- und Strategiepapieren. Der Fokus lag zunächst auf dem Kartellrecht. 2005 veröffentlichte die EU-Kommission ein Grünbuch<sup>29</sup> zu Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, im Anschluss (2008) ein Weißbuch<sup>30</sup> in Begleitung eines Arbeitspapiers<sup>31</sup>. Kollektive Rechtsschutzinstrumente für Verbraucher (in den Sektoren Gesundheit und Verbraucherschutz) sollten durch das Grünbuch über kollektive Rechtsdurchsetzungsverfahren für Verbraucher angestoßen werden.<sup>32</sup> Im Jahr 2011 bündelte die Europäische Kommission die Ansätze zu einem Konsultationspapier zum Thema kollektive Rechtsdurchsetzung.<sup>33</sup> Die Stellungnahme des Deutschen Bundestages dazu fiel eindeutig aus, und zwar ablehnend im Hinblick auf die kollektive Rechtsdurchsetzung.<sup>34</sup>

Am 11. 6. 2013 verabschiedete die Europäische Kommission einen Vorschlag für eine Richtlinie über Scha-

densersatzklagen zur Wiedergutmachung von Schäden, die durch Verstöße gegen Wettbewerbsrecht verursacht wurden.<sup>35</sup> Auffällig ist, dass der Richtlinienentwurf keine Vorschriften zu Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes enthält. Aus den Erwägungsgründen des Vorschlags geht hervor, dass die Nichteinführung von Vorschriften über den kollektiven Rechtsschutz in Europa eine bewusste Entscheidung des europäischen Gesetzgebers war. Zugleich veröffentlichte die Europäische Kommission jedoch eine Empfehlung an die Mitgliedstaaten zur Einführung kollektiver Unterlassungs- und Schadensersatzverfahren.<sup>36</sup>

Nach mehreren Modifizierungen des ursprünglichen Entwurfs im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren wurde die Richtlinie über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union im November 2014 verabschiedet.<sup>37</sup> Die Richtlinie verzichtet auf kollektive Rechtsinstrumente. Stattdessen wird der Weg über die Empfehlung an die Mitgliedstaaten beschritten. Die Empfehlung ist Ausfluss der Agenda der Europäischen Kommission zur Stärkung der – ihres Erachtens bislang unterentwickelten – privaten Rechtsdurchsetzung.<sup>38</sup> Private Rechtsdurchsetzung dient dabei nicht nur dem Einzelinteresse, sondern auch der Rechtsbewahrung im öffentlichen Interesse.<sup>39</sup> Die Verfolgung des öffentlichen Interesses entspricht dem US-amerikanischen Modell, in dem es dem Gesellschaftsmodell und der Sozialbindung der Interessen des Einzelnen entspringt.

<sup>28</sup> Ein guter Überblick zu den Entwicklungen des kollektiven Rechtsschutzes auf europäischer Ebene findet sich bei Geiger, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess, 2015, S. 78 ff.; Montag, ZRP 2013, 172, 173.

<sup>29</sup> Europäische Kommission, Grünbuch Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts v. 19. 12. 2005, KOM (2005) 672 endg.

<sup>30</sup> Europäische Kommission, Weißbuch Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts v. 2. 4. 2008, KOM (2008) 165 endg.

<sup>31</sup> Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, Brüssel, 2. 4. 2008, SEC (2008) 404.

<sup>32</sup> Europäische Kommission, Grünbuch über kollektive Rechtsdurchsetzungsverfahren für Verbraucher v. 27. 11. 2008, KOM (2008) 794 endg.

<sup>33</sup> Europäische Kommission, Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen, Öffentliche Konsultation: Kollektiver Rechtsschutz: Hin zu einem kohärenten europäischen Ansatz, 4. 2. 2011, SEK (2011) 173 endg.

<sup>34</sup> Siehe dazu das Plenarprotokoll der 111. Sitzung des Deutschen Bundestages vom 26. 5. 2011, S. 12650 A, TOP 31 lit. c. Grundlage dafür: Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) zu dem Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen, BT-Drs. 17/5956 v. 25. 5. 2011; dazu Bruns, ZJP 125 (2012), 399, 400.

<sup>35</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union v. 11. 6. 2013, KOM (2013) 404 endg.

<sup>36</sup> Empfehlung der Kommission vom 11. 6. 2013: Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadensersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten (2013/396/EU), ABL EU L 201 v. 26. 7. 2013, 1.

<sup>37</sup> Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. 11. 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABL EU L 349 v. 5. 12. 2014, 1.

<sup>38</sup> Dieses Nebeneinander der Rechtsdurchsetzung wurde schon eher vom Schrifttum gefordert, siehe Lübbig, in: MK-KartR, Bd. 2, 2. Aufl. 2015, § 33 GWB Rn. 1; Paulis, Policy Issues in the private enforcement of the EC Competition Law, in: Basedow (Hrsg.), Private Enforcement of EC Competition Law, S. 8.

<sup>39</sup> Dieses Modell wird in strikter Art und Weise in den USA verfolgt; Bruns, ZJP 125 (2012), 399, 405.

### 3. Fazit

Ein allgemeingültiger kollektiver Rechtsschutz existiert nicht – nicht national, nicht europäisch. Er existiert nicht *de lege lata*. Damit ist die Frage aufzuwerfen, ob der Zustand *de lege lata* der Zustand *de lege ferenda* sein sollte. Maßgeblich sollte sein: Erreichen wir mit unserem Rechtssystem den erforderlichen Gleichlauf zwischen den materiellen Ansprüchen und der Rechtsdurchsetzung?

## IV. Grund und Grenzen: eine Abwägung

Grund und Grenzen kollektiver Rechtsdurchsetzung erfordern eine Abwägung – sie sind miteinander verwoben. Im Vordergrund der kollektiven Rechtsdurchsetzung steht die Durchsetzungsfähigkeit des Einzelnen. Das ist der Ausgangspunkt der Überlegungen, der Basisgrund der kollektiven Rechtsdurchsetzung. Die kollektive Rechtsdurchsetzung wird für konträr wirkende Spezialmaterien diskutiert: Im Wirtschaftsrecht, konkret im Wettbewerbs- und Kapitalmarktrecht, zum einen, im Verbraucherrecht zum anderen. Sind so unterschiedliche Materien Gegenstand der Diskussion, deutet das auf generell geltende Prinzipien hin, die eine einheitliche Lösung als vorstellbar erscheinen lassen. Auch in dem Verfahren vor dem OLG Düsseldorf<sup>40</sup> in Sachen Cartel Damage Claims ging es letztlich (streitentscheidend) nicht um das Kartellrecht, sondern um das Zivil- und Zivilverfahrensrecht.

### 1. Defizite individueller Rechtsdurchsetzung

Forderungen nach kollektiven Rechtsinstrumenten beruhen auf Defiziten individueller Rechtsdurchsetzung. Auf Beklagtenseite stehen finanzstarke Unternehmen, die zeitintensive Prozesse nicht scheuen. Der Geschädigte sieht hingegen vielfach das Prozessrisiko, mithin hohe Prozesskosten.<sup>41</sup> Aus dem ökonomischen Ungleichgewicht resultierend wird ein materiellrechtlicher Anspruch gegen die Unternehmen nicht durchgesetzt. Infolgedessen ist beispielsweise im Kartellrecht die Durchsetzung vorhandener Rechte und Ansprüche auf dem Privatrechtsweg rückläufig.<sup>42</sup> Gerade im Kartellrecht stellt der Schadensnachweis

eine Hürde dar. Bei Vertikalbeziehungen gestaltet sich das schwierig. Auch wenn die *passing-on-defence* über § 33 Abs. 3 Satz 2 GWB ausgeschlossen wurde, steht das einer Vorteilsausgleichung<sup>43</sup> nach der Rechtsprechung des BGH nicht entgegen.<sup>44</sup> Letztlich führt also die *rationale Apathie* der Geschädigten zur Nicht-Klageerhebung.

### 2. Vorteile kollektiver Rechtsdurchsetzung

Diesen Defiziten soll entgegengewirkt werden, indem das Prozessrecht um die Möglichkeit der kollektiven Rechtsdurchsetzung ergänzt wird.<sup>45</sup> Einem Zusammenschluss von mehreren Geschädigten zu einer gemeinsamen Klage liegt die Intention zugrunde, das wirtschaftliche Ungleichgewicht und die Prozesskosten für jeden einzelnen Kläger zu verringern.<sup>46</sup>

Die Sammelklage wird vom Gedanken der Prozessökonomie getragen, die aus der Verfahrensvereinfachung folgen soll. Anstatt mehrerer Prozesse wird ein Prozess geführt. Der größte rechtsökonomische Vorteil einer Sammelklage liegt in der Tat in der Verringerung der Verfahrenskosten. Gerade bei Streuschäden soll dieser Aspekt einen Anreiz zur Klageerhebung bieten.<sup>47</sup> Bei diesem Schadenstypus ist der Schaden für die betroffenen Personen individuell betrachtet von geringem Ausmaß, während sich die Gesamtheit der Einzelschäden zu einem erheblichen Schaden summieren kann. Aufgrund des Missverhältnisses zwischen geringem Schaden und hohen Prozesskosten haben die jeweiligen Anspruchsberechtigten oft kein Interesse, ihre Forderungen in einem Zivilverfahren geltend zu machen (*rationale Apathie*).<sup>48</sup> Folge ist der Verbleib der durch die *Streuschäden* entstandenen Ge-

<sup>40</sup> OLG Düsseldorf, Urt. v. 18. 2. 2015 – VI-U (Kart) 3/14 – CDC/Zementkartell, JZ 2015, 726 ff. = NZKart 2015, 201 ff.

<sup>41</sup> Uphoff, BB 2014, 149.

<sup>42</sup> Vgl. BT-Drs. 18/1470, 1.

<sup>43</sup> BGHZ 190, 145 = JZ 2012, 789; dazu Kersting/Dworschak, JZ 2012, 777; gegen eine Vorteilsausgleichung Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2, 5. Aufl. 2014, § 33 Rn. 61 ff.; ders., JuS 2012, 847; Fuchs, WRP 2005, 1384, 1394 f.; R. Koch, JZ 2013, 390, 395; Lettl, ZHR 167 (2003), 473, 487 f.; so auch die Regierungsbegründung zum Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drs. 15/3640, 54; hingegen dem BGH zustimmend van den Bergh, ZEuP 1 (2013), 147 ff.

<sup>44</sup> Siehe dazu auch Stadler, JZ 2014, 613.

<sup>45</sup> Grundlegend zur rechtsökonomischen Effizienz von Sammelklagen van den Bergh/Keske, Rechtsökonomische Aspekte der Sammelklage, in: Casper/Janssen/Pohlmann/Schulze (Hrsg.), aaO (Fn. 13), S. 17.

<sup>46</sup> Zu den Vorteilen der kollektiven Rechtsdurchsetzung im Einzelnen: Thole, ZWeR 2015, 93, 99 ff.

<sup>47</sup> van Aaken, KritV 2004, 44, 54 ff.; Schäfer, EJLE 9 (2000), 183.

<sup>48</sup> Janssen, aaO (Fn. 13), S. 3, 5; Bernhard, aaO (Fn. 13), S. 3; dieser Aspekt wurde bereits von der Europäischen Kommission bestätigt, siehe Commission Staff Working Paper, Consumer Empowerment in

winne bei dem Schädiger. Nicht nur bei *Groß- bzw. Massenschäden*<sup>49</sup> gewerblicher Abnehmer, sondern auch bei *Streuschäden* kann die Sammelklage demnach als sinnvoll erachtet werden. Weiterer positiver Nebeneffekt der Sammelklage ist die Verteilung des Prozessrisikos auf mehrere Personen, mit der Konsequenz, dass im Falle eines Unterliegens die individuelle Last der Prozesskosten im Vergleich zur individuellen Rechtsdurchsetzung geringer ausfällt.

Neben der Durchsetzung der eigenen Rechte sollen die erörterten Veränderungen zur Generalprävention beitragen.<sup>50</sup> Drohende Schadensersatzklagen haben regelmäßig eine erhöhte Abschreckungswirkung<sup>51</sup> zur Folge.<sup>52</sup> Zusammenfassend dient die Sammelklage nicht nur der Durchsetzung des schadensrechtlichen Interesses des Einzelnen (Schadenskompensation wie auch Verhaltenssteuerung<sup>53</sup> durch erhöhte Abschreckungswirkung), sondern ebenso dem Kollektivinteresse an der Einhaltung eines freien Wettbewerbs.<sup>54</sup>

Das sind die wesentlichen Vorteile, die für die kollektive Rechtsdurchsetzung vorgebracht werden. Doch treten die genannten Effekte wirklich ein bzw. lassen sie sich nur über neue kollektive Instrumente erreichen?

### 3. Grenzziehung

Daran bestehen Zweifel – und damit sind die Grenzen der kollektiven Rechtsdurchsetzung erreicht. Insbesondere im amerikanischen Recht wird die Sammelklage (*class action*)<sup>55</sup> mit negativen Erfahrungen und Entwicklungen assoziiert.<sup>56</sup> Das in Amerika geltende Erfolgshonorarmodell,

die Zahlung von Strafschadensersatz (*punitive damages*) sowie die Verhandlungen vor Geschworenengerichten führten in Verbindung mit der Sammelklage zu einem »*toxic cocktail*« für die amerikanische Wirtschaft.<sup>57</sup>

Bestimmte Elemente, die in den USA die Effizienz der Gruppenklage fördern, sollten in unser Rechtssystem keinen Eingang finden. Zunächst ist das die weitreichende *pre-trial discovery*. Eine Ausforschung ist unserem Rechtssystem fremd. Ebenso sind das Erfolgshonorarmodell, gerade auch in Verbindung mit der *american rule of cost*, sowie die Zahlung von Strafschadensersatz kritisch zu beleuchten. Deutlich werden hier die unterschiedlichen Rechtstraditionen und die Einbettung der US-amerikanischen *class action* in ein ganz anderes Rechtssystem. Modifizierungen und Einschränkungen müssten an dem Mechanismus *opt-out*<sup>58</sup> erfolgen. Sondert man diese Mechanismen jedoch ab und führt beispielsweise ein *opt-in*-Verfahren ein, wäre die gewünschte Wirkung nicht mehr erreicht. Die Übertragung nur einzelner Elemente funktioniert kaum.<sup>59</sup>

Ein regelmäßig bei Sammelklagen auftretendes Problem ist das Auseinanderfallen der Interessen von Repräsentant und Geschädigtem, mithin das Prinzipal-Agenten-Problem. Typischerweise geht der kollektive Rechtsschutz von einem »Repräsentanten« aus, der die Sammelklage vorbereitet. Allerdings konnte man in den Vereinigten Staaten feststellen, dass der Agent oftmals nicht die Interessen der Betroffenen, sondern Eigeninteressen verfolgt.<sup>60</sup>

Der kollektive Rechtsschutz begegnet einem weiteren grundlegenden Einwand. Individueller Rechtsschutz ist präzise, über den konkreten Einzelfall wird entschieden. Kollektiver Rechtsschutz führt im Idealfall, um Effizienzgesichtspunkte weitgehend zu nutzen, zu einer einheitlichen Entscheidung, bedeutet aber Pauschalierung. Die Fälle werden sich nämlich regelmäßig, jedenfalls in De-

the EU, Brüssel, 7. 4. 2011, SEK (2011) 469, 5; Meessen, WuW 2007, 455.

49 Siehe zum Begriff des Massenschadens statt vieler G. Wagner, aaO (Fn. 18), S. 107; ders., aaO (Fn. 13), S. 41, 54 ff.

50 van den Bergh/Keske, aaO (Fn. 45), S. 17, 22.

51 Ausführlich zur Abschreckungswirkung von Sammelklagen für die Zukunft van den Bergh/Keske, aaO (Fn. 45), S. 17, 22 ff.

52 White Paper on Damages Actions, Commission Staff Working Paper, SEC (2008) 404, Rn. 40.

53 Zur Präventionsfunktion des Schadensersatz generell Hager, in: Staudinger, BGB, 1999, Vor § 823 Rn. 9 f.; siehe auch (knapp) BGHZ 128, 1, 15 = NJW 1995, 861, 865; ausführlich zur Steuerungsfunktion von Haftungen siehe G. Wagner, aaO (Fn. 13), S. 41, 48.

54 Seeliger, in: Meller-Hannich (Hrsg.), Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess, 2008, S. 73, 88; Lübbig, in: MK-KartR, Bd. 2., 2. Aufl. 2015, § 34 a GWB Rn. 20; diesen Gedanken für das Zivilprozessrecht bejahend Einhaus, aaO (Fn. 18), S. 51 f.

55 Näheres zur class action bei Mattil/Desoutter, WM 2008, 521.

56 Bernhard, aaO (Fn. 13), S. 3; ausführlich zu den Problemen der amerikanischen Sammelklage Eichholtz, Die US-amerikanische class

action und die deutschen Funktionsäquivalente, 2001, S. 1 ff.; Linhart, RIW 2011, 690 ff.; Litwin/Feder, European Collective Redress: Lessons learned from the U.S. Experience, in: Langenfeld (Hrsg.), The Law and Economics of Class Actions, 2014, S. 219 ff.; DIHK, Sammelklagen – ein einheitlicher Referenzrahmen, 2008, S. 9 ff.; Steindorff, ZHR 138 (1974), 516 ff.; Stadler, Collective action as an efficient means for the enforcement of European Competition policy, in: Basedow (Hrsg.), Private Enforcement of EC Competition Law, 2007, S. 41 ff.

57 Janssen, aaO (Fn. 13), S. 3.

58 Ausführlich Eichholtz, Die US-amerikanische class action und ihre deutschen Funktionsäquivalente, 2002, S. 77 ff.

59 Bruns, Z郑 125 (2012), 399, 415 ff.; a.A. Domej, Z郑 125 (2012), 421, 438.

60 Ausführlich zum Prinzipal-Agent-Problem van den Bergh/Keske, aaO (Fn. 45), S. 17, 28 ff.; Bernhard, aaO (Fn. 13), S. 172.



tails, unterscheiden. Ein Schaden liegt individuell vor, so dass bei Schadensersatzprozessen gegebenenfalls eine gewisse Ungenauigkeit entsteht.<sup>61</sup> Ist das zu akzeptieren? Insoweit ist Skepsis angebracht. Wie wirkt sich der kollektive Rechtsschutz auf das ansonsten geltende Prioritätsprinzip aus? Die kollektive Rechtsdurchsetzung ist hier dem insolvenzrechtlichen Prinzip der Gesamtvollstreckung ohne Prioritätsgrundsatz vergleichbar. Auch diese Beschränkung des Einzelnen ist keineswegs einfach zu rechtfertigen. Es entspricht nicht unserem Rechtsschutzsystem, die Rechtsverwirklichung Einzelner zugunsten des großen Ganzen einzuschränken.

#### 4. Materielles Recht als Alternative?

In der eingangs erfolgten Konkretisierung der kollektiven Rechtsdurchsetzung wurde ein Aspekt nicht ausdrücklich hervorgehoben, und zwar die materielle Bündelung von Ansprüchen. Sieht man die Bedenken gegenüber der kollektiven Rechtsdurchsetzung, die auf prozessualen Instrumenten beruht, erscheint die Betrachtung der materiellen Bündelung von Ansprüchen lohnenswert. Eine maßgebliche Entscheidung erging – wie bereits oben angedeutet – vom OLG Düsseldorf<sup>62</sup>.

Der Entscheidung des OLG Düsseldorf liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Europäische Kommission und das Bundeskartellamt verhängten im Jahr 2003 Bußgelder in Höhe von ca. 600 Mio. € gegen Kartellteilnehmer in der Zementbranche.<sup>63</sup> Nach Veröffentlichung dieser Maßnahme verlangten 36 Zementbeziehende Kunden von den Kartellteilnehmern Schadensersatz. Für die Geltendmachung ihrer Forderungen beauftragten die Abnehmer die belgische Unternehmensgruppe Cartel Damage Claims (CDC), welche sich auf Sammelklagen spezialisiert hat und eigens zur Bündelung solcher Ansprüche gegründet wurde. CDC ließ sich von insgesamt 36 zementbeziehenden Unternehmen die Schadensersatzforderungen gegen die Teilnehmer des sog. Zementkartells abtreten, um 2005 im Rahmen einer Sammelklage die Forderungen in eigenem Namen einzuklagen, mithin über eine objektive Klagehäufung (§ 260 ZPO).

Die Klage der CDC wurde abgewiesen. Die Abweisung beruhte im Wesentlichen auf dem Geschäfts- bzw. Abtretungsmodell der CDC. Dieses sah vor, dass die Zedenten (geschädigten Kunden) als Gegenleistung für ihre Abtretung eine symbolische Summe sowie eine individuell ausgehandelte Beteiligung in Höhe von ca. 65-85 % an den erfolgreich durchgesetzten Schadensersatzforderungen erhalten sollten. Dieses Modell ist sowohl für die Zedenten als auch für CDC nahezu risikolos. Die CDC-Gründung als Klagevehikel erfolgte mit so minimaler Kapitalaufbringung, dass diese im Fall einer Klageabweisung die Prozesskosten der Gegenseite nicht hätte erstatten können.<sup>64</sup> Nach Ansicht sowohl des LG Düsseldorf als auch des OLG Düsseldorf als Berufungsinstanz verstoßen die Abtretungen gegen das Rechtsberatungsgesetz. Sie sind somit nach § 134 BGB i. V. m. Art. 1 § 1 RBERG nichtig. Weitere Abtretungen, insbesondere diejenigen nach Inkrafttreten des Rechtsdienstleistungsgesetzes, wurden als sittenwidrig (§ 138 Abs. 1 BGB) eingestuft. Die Sittenwidrigkeit ergebe sich aus der unzureichenden Finanzausstattung von CDC.

Im Einzelnen argumentierte das OLG<sup>65</sup>: Sittenwidrig seien die Zessionen, also die Verfügungsgeschäfte. Ein Verfügungsgeschäft ist zwar grundsätzlich sittlich neutral, kann indes nach den Vorgaben des BGH<sup>66</sup> ausnahmsweise als solches gegen die guten Sitten verstoßen, wenn der sittenwidrige Zweck in dem Verfügungsgeschäft selbst liegt. Das kann etwa bei einer Änderung der Rechtszuständigkeit gegeben sein. Erforderlich ist eine Gesamtwürdigung der Umstände. In ständiger Rechtsprechung geht der BGH davon aus, dass Sittenwidrigkeit vorliege, wenn bezweckt sei, den Gegner und Staat im Fall eines negativen Prozessausgangs des Kostenerstattungsanspruchs zu berauben. Das Prozesskostenrisiko werde damit missbräuchlich auf die Prozessgegner verlagert.<sup>67</sup>

Insbesondere aus drei Gründen nahm das OLG das hier an:<sup>68</sup> Erstens handelte es sich um geringe Kostenzuschüsse der Zedenten an die Zessionarin; die Zessionarin wies selbst auf die Verlagerung des Kostenrisikos hin. Die nachträglich erfolgten Finanzierungszusagen berücksichtigte das OLG dabei gerade nicht, weil es auf den Zeit-

<sup>61</sup> Bruns, Z郑 125 (2012), 399, 406.

<sup>62</sup> OLG Düsseldorf, Urt. v. 18. 2. 2015 – VI-U (Kart) 3/14 – CDC/Zementkartell, JZ 2015, 726 ff. = NZKart 2015, 201 ff.; dazu Hempel, NJW 2015, 2077 ff.; vorhergehend LG Düsseldorf, Urt. v. 17. 12. 2013 – 37 O 200/09 (Kart) U, JZ 2014, 635 ff. = NZKart 2014, 75 ff.

<sup>63</sup> Auch über den Bußgeldbescheid urteilte das OLG Düsseldorf: Urt. v. 26. 6. 2009 – VI-2a Kart 2 – 6/08 OWi; nachgehend: BGH, Beschl. v. 26. 2. 2013 – KRB 20/12 – Grauzementkartell, BGHSt 58, 158 = NJW 2013, 1972.

<sup>64</sup> Dieses Modell wird stark kritisiert, zumal dieses eine wirtschaftliche Ähnlichkeit mit dem nach deutschem Recht unzulässigen Erfolgshonorarmodell aufweist.

<sup>65</sup> OLG Düsseldorf, Urt. v. 18. 2. 2015 – VI-U (Kart) 3/14 – CDC/Zementkartell (Rn. 71 ff.), JZ 2015, 726 ff., NZKart 2015, 201 ff.

<sup>66</sup> BGH, NJW 1985, 3006, 3007; NJW-RR 1992, 593, 594; NJW-RR 2004, 888, 889; NJW 2014, 2790, 2792.

<sup>67</sup> Vgl. BGHZ 96, 151 = ZIP 1986, 25.

<sup>68</sup> Armbrüster, JZ 2015, 733, 735.

punkt der Abtretung ankomme.<sup>69</sup> Zweitens sei kein anderer Zweck erkennbar gewesen. Drittens seien keine gegen die Sittenwidrigkeit sprechenden übergeordneten Gesichtspunkte zu erkennen.

Schaut man sich die Erwägungen im Einzelnen an, sind sie nicht durchgehend überzeugend:<sup>70</sup> Der Zweck der Abtretungen lag nicht allein in der Verlagerung des Prozesskostenrisikos. Der BGH verlangt aber insoweit eine Ausschließlichkeit. Das OLG verweist darauf, die Zedenten hätten alternativ in aktiver Streitgenossenschaft klagen und von CDC eine Datenbank erstellen lassen können. Die Beurteilung der Sittenwidrigkeit erfolgt indes nicht anhand einer Betrachtung der Alternativen. Andere Gestaltungsoptionen sind außer Betracht zu lassen.<sup>71</sup> Zudem hätten in die Beurteilung übergeordnete Gesichtspunkte einfließen müssen, nämlich das Interesse an effektiver Kartellrechtsdurchsetzung. Der auf europäischer Ebene verankerte Effektivitätsgrundsatz (Art. 4 Abs. 3 EUV; Art. 197 AEUV) einerseits und der Äquivalenzgrundsatz andererseits erfordern eine wirksame private Kartellrechtsdurchsetzung.<sup>72</sup> Nationale Rechtsvorschriften dürfen bei Schadensersatzklagen wegen des Verstoßes gegen die europäischen Wettbewerbsvorschriften nicht weniger günstig angewendet werden als in Sachverhalten ohne europäischen Bezug (Äquivalenzgrundsatz).<sup>73</sup> Der Effektivitätsgrundsatz gebietet es, dass nicht über die nationalen Rechtsvorschriften die Verwirklichung des Unionsrechts praktisch unmöglich gemacht oder erschwert wird.<sup>74</sup> Dogmatisch ist zwar zu beachten, dass Äquivalenz und Effektivität Gesichtspunkte sind, die in europäischen Sachverhalten relevant werden, (jedenfalls) ihre Wertungen aber zur Effizienz der Rechtsdurchsetzung auch in nationalen Sachverhalten zu berücksichtigen sind.<sup>75</sup> Aus den abstrakten europarechtlichen Vorgaben<sup>76</sup> folgt zwar keine konkrete Handlungsanweisung, sie können jedoch durchaus als latenter Gestaltungsauftrag – im Sinne eines gesetzge-

berischen Ausgleichs – an den Gesetzgeber verstanden werden.<sup>77</sup>

Welche Konsequenzen ergeben sich daraus? Kaum hat die Diskussion und Schwierigkeit hinsichtlich des Umgangs mit kollektiven Kartellschadensersatzklagen – hier in Gestalt einer privatrechtlichen Initiative zur materiellrechtlichen Bündelung – in Deutschland Einzug gefunden, könnte das Urteil bereits das Ende dieses Klagetypus bedeuten.<sup>78</sup> Die Entscheidung des OLG Düsseldorf spricht allerdings nur auf den ersten Blick gegen die materiellrechtliche Bündelung von Ansprüchen. Tatsächlich kann sie als Chance begriffen werden. Die Bündelung der Schadensersatzansprüche erfolgt über Abtretungen der potentiell Geschädigten an den zukünftigen Kläger. Damit ergibt sich letztlich ein Zusammenspiel: Materiell werden die Voraussetzungen geschaffen, um prozessual effektiv vorgehen zu können, d. h. durch einen Kläger mit (lediglich) einer Klage. Es erfolgt also eine Bündelung von Einzelansprüchen, die sodann zu einer Einzelklage führt. Warum ist die Entscheidung nun kein Rückschlag, sondern das Gegenteil? Es wird klar, dass eine Abtretung möglich ist, wenn die von der Rechtsprechung aufgestellten Voraussetzungen eingehalten werden. Im Ergebnis muss das Modell dahingehend abgeändert werden, dass der Vorwurf der Sittenwidrigkeit hinsichtlich der Abtretung nicht mehr besteht.<sup>79</sup> Abhilfe könnte über eine – bereits vom LG Düsseldorf<sup>80</sup> angedachte – Vereinbarung hinsichtlich der Mithaftung der leistungsfähigen Zedenten für die Prozesskosten geschaffen werden. In der rechtlich einwandfreien Finanzierung – nach den Vorgaben des OLG Düsseldorf im Zeitpunkt der Abtretung –, mithin einem von den Gerichten akzeptierten Modell, liegt ein Schlüssel zum Erfolg der kollektiven Rechtsdurchsetzung.<sup>81</sup> Das Urteil des LG Düsseldorf zeigt in Verbindung mit dem Urteil im Fall *Kirch*<sup>82</sup>, dass seitens der Gerichte schuldrechtliche Finanzierungszusagen von Dritten ausreichen, um eine Bündelung von Ansprüchen in einem Klagevehikel zu rechtfertigen. Zumal es insbesondere auf die Pfändbarkeit und Wertigkeit an-

<sup>69</sup> OLG Düsseldorf, Urt. v. 18. 2. 2015 – VI-U (Kart) 3/14 – CDC/Zementkartell (Rn. 74), JZ 2015, 726, 730, NZKart 2015, 201ff.; dazu kritisch *Thole*, ZWeR 2015, 93, 98ff., 103.

<sup>70</sup> Ausführlich aus dogmatischer Sicht: *Thole*, ZWeR 2015, 93, 97ff.

<sup>71</sup> *Armbrüster*, JZ 2015, 733, 735.

<sup>72</sup> R. Koch, JZ 2013, 390, 393; ebenso *Kainer/Persch*, WuW 2016, 2, 4; *Thole*, ZWeR 2015, 93, 105.

<sup>73</sup> EuGH, Urt. v. 14. 6. 2011, Rs. C-360/09 – Pfeleiderer (Rn. 27), JZ 2012, 41; Urt. v. 20. 9. 2001, Rs. C-453/99 – Courage (Rn. 29), Slg. 2001, I-6297 = EuZW 2001, 715.

<sup>74</sup> EuGH, Urt. v. 16. 7. 1998, Rs. C-298/96 – Oelmühle und Schmidt Söhne (Rn. 24), Slg. 1998, I-4767.

<sup>75</sup> R. Koch, JZ 2013, 390, 393.

<sup>76</sup> *Kersting*, JZ 2012, 42, 44: Ansiedelung der »unionsrechtlich geschützten Interessen auf einer eher abstrakten Ebene«.

<sup>77</sup> Siehe bereits zur Kronzeugenregelung – insoweit vergleichbar –: R. Koch, JZ 2013, 390, 393. Dem steht nicht entgegen, dass der EuGH die Abwägungsaufgabe auch den nationalen Gerichten zuweist; siehe dazu *Kersting*, JZ 2012, 42, 44 f.

<sup>78</sup> Vgl. *Makatsch/Abele*, WuW 2014, 164, 167 f.

<sup>79</sup> So auch *Hempel*, NJW 2015, 2077, 2079.

<sup>80</sup> LG Düsseldorf, Urt. v. 17. 12. 2013 – 37 O 200/09 (Kart) U (Rn. 94), NZKart 2014, 75.

<sup>81</sup> Siehe auch *Stadler*, JZ 2014, 613, 621 f.: Sicherstellung der Finanzierung von Großverfahren im kollektiven Rechtsschutz als gesetzgeberische Aufgabe.

<sup>82</sup> OLG München, Urt. v. 14. 12. 2012 – 5 U 2472/09 (Rn. 74), 84 ff., WM 2013, 795; *Langen/Teigelack*, BB 2014, 1795, 1800.

kommt, reichen Bürgschaften und harte Patronatserklärungen als akzessorische Sicherheiten aus.<sup>83</sup> Insofern können als weitere Lösungsmöglichkeiten Finanzierungen und Bürgschaften von Finanzinstituten in Betracht kommen. Zeigen sich insoweit gleichwohl Schwierigkeiten, ist der Gesetzgeber gefordert, aber nicht zum systemwidrigen Eingriff in das Prozessrecht, sondern zur systemkonformen Ergänzung des materiellen Rechts.<sup>84</sup> Ein gesetzgeberisches Konzept muss dort ansetzen und dabei auch ein Finanzierungsmodell schaffen, also insoweit einen passenden Schlüssel »anfertigen«. Zu erwähnen ist noch, dass die Empfehlung der Kommission für die materielle Lösung nicht gilt und somit auch nicht die restriktiven Vorgaben zur *quota litis*.<sup>85</sup> Mit anderen Worten: Materielles Recht als Alternative? Ja!

## V. Zusammenfassung

1. Im deutschen Zivilprozess ist das Zweiparteienprinzip prägend. Dieses Prinzip sollte beibehalten werden.
2. Die kollektive Rechtsdurchsetzung scheint durch aktuelle Entwicklungen Rückenwind zu erhalten. Der Rückenwind entspringt aber nicht neuen Argumenten, die ein Umdenken beim kollektiven prozessualen Rechtsschutz rechtfertigen.
3. Die gegenwärtigen Ansätze der kollektiven Rechtsdurchsetzung in Deutschland, und zwar Verbands- und

Behördenklagen – auch als Ausdruck eines sozialen Zivilprozesses –, sind auszubauen, nicht aber sind Sammelklagen US-amerikanischer Prägung einzuführen. Über den kohärenten Ausbau der insoweit bereits in Ansätzen vorhandenen prozessualen Mittel können Defizite individueller Rechtsdurchsetzung gemindert werden. Musterklagen sind effizient auszugestalten, das Potential von Verbands- und Behördenklagen ist durch Ausweitung der Anwendungsbereiche zu heben. Verbänden ist dabei im gewissen Umfang ein eigener finanzieller Anreiz zu bieten, nicht lediglich Kostenerstattung im Erfolgsfall.

4. Die Einheit der Rechtsordnung weist den Lösungsweg: Die Vorteile eines Kollektivs sollten materiellrechtlich geschaffen und prozessual genutzt werden. In einem ersten Schritt kann eine materiellrechtliche Forderungsbündelung durch Abtretungen erfolgen, in einem zweiten Schritt können diese Forderungen von einem Kläger, dem Zessionar, prozessual geltend gemacht werden. Kläger können nach der Rechtsprechung des BGH auch Verbraucherverbände<sup>86</sup> sein; das galt unter dem früheren Rechtsberatungsgesetz. Das Rechtsdienstleistungsgesetz erlaubt es ausdrücklich unter bestimmten Voraussetzungen (vgl. § 8 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2 i. V. m. § 7 Abs. 2 RDG). Insbesondere muss der Verbraucherverband über eine personelle, sachliche und finanzielle Ausstattung zur sachgerechten Erbringung der Rechtsdienstleistung verfügen, wobei seitens des Verbraucherverbands gewährleistet werden muss, dass die Erbringung der Rechtsdienstleistung durch die Person zulässig ist und diese Person die erforderliche Befähigung zum Richteramt aufweist.

<sup>83</sup> Langen/Teigelack, BB 2014, 1795, 1800.

<sup>84</sup> Für eine prozessuale Lösung *de lege lata* spricht sich Thole, ZWeR 2015, 93, 98ff., 106ff. aus: Vorgehen über eine gewillkürte Prozessstandschaft; als Grenze wird sodann mit dem Rechtsschutzbedürfnis gearbeitet.

<sup>85</sup> Hempel, NJW 2015, 2077, 2079.

<sup>86</sup> Insbesondere bei dem Anspruch auf Vorteilsabschöpfung, welcher als einziges Instrument des kollektiven Rechtsschutzes im deutschen Kartellrecht anzusehen ist, liegt die Anspruchsberechtigung vor.