

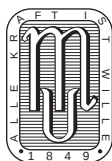
Gedenkschrift

ROBERT REBHAHN

Herausgegeben von

Univ.-Prof. Dr. Christoph Kietaihl
Univ.-Prof. Dr. Rudolf Mosler
Priv.-Doz. Dr. Harun Pačić

Sonderdruck



Wien 2019
MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Kollektivinteressen im Zivilprozess

Martin Spitzer, Wien

Übersicht:

- I. Kollektivierung als Paradoxon
- II. Musterverfahren
 - A. Gestaltungsformen
 - B. Bindungswirkung de lege ferenda?
 - C. Alternativen
- III. Sammelklage österreichischer Prägung
 - A. Problemstellung
 - B. Konstruktion
 - C. Vorteile
- IV. Verbandsklage
 - A. Ausgangspunkt
 - B. Paradigmenwechsel
 - C. Konstruktion
- V. Sonderproblem Streuschäden
 - A. Problemstellung
 - B. Bedürfnis nach Gewinnabschöpfung
 - C. Lösungsansätze
- VI. Schlussfolgerungen

Der vorliegende Beitrag sollte eigentlich in einer *Festschrift* für *Robert Rebhahn* erscheinen, deren Planung sich bald zum Verfasser herumgesprochen hatte. Dass aus der *Festschrift* eine *Gedenkschrift* wurde, beklagen in diesem Werk alle, die das Privileg von *Robert Rebhahns* freundschaftlicher Verbundenheit genossen haben. Ein Privileg, das dem Verfasser geradezu in den Schoß gefallen ist, weil *Robert Rebhahns* Offenheit gegenüber Menschen und Gedanken den Austausch auch für einen damaligen Assistenten eines anderen Instituts mit dem arrivierten Ordinarius leicht gemacht hat.

Hier werden Gedanken der Antrittsvorlesung des Verfassers fortgeführt, die *Robert Rebhahn* damals aus der ersten Reihe verfolgt hat. Ganz offenkundig aus Interesse am Thema und zweifellos zur moralischen Unterstützung des Vortragenden, aber wohl auch ein wenig zur Überprüfung, ob die vielen Gespräche wenigstens Früchte getragen haben. Dass es solche Gespräche nicht mehr gibt, macht einen großen Verlust für die Rechtswissenschaft auch ganz persönlich greifbar.

I. Kollektivierung als Paradoxon

Ein Beitrag zu „Kollektivinteressen im Zivilprozess“ erscheint auf den ersten Blick erstaunlich, hat man beim klassischen Blick auf „unseren“ Zivilprozess doch ein eher individualistisches Verfahren zwischen einem Kläger und einem Beklagten vor Augen. Das ist nicht weiter verwunderlich, sondern ein Reflex der materiellrechtlichen Fixierung auf das Gläubiger/Schuldner-Verhältnis, in dem Streitfragen entstehen und zu lösen sind.

Versteht man das Verfahren nur als „Proceß-Maschine“ zur Abwicklung dieses Verhältnisses, als „Mechanismus“, bei dem es „lediglich um Zweckmäßigkeit“ geht,¹⁾ dann bleibt für mehr als die Interessen der Parteien wenig Platz. Hauptsache die Maschine funktioniert. Dritte haben daran grds keinen Anteil, angesichts unseres Rechtskraftkonzepts kann ihnen das, was in dem Prozess passiert, auch egal sein. Jeder kämpft also um sein Recht und damit um seine Interessen. Was Gruppeninteressen, also Interessen eines Kollektivs hier verloren haben sollen, erschließt sich nicht ohne weiteres und schon gar nicht auf den ersten Blick.

Dennoch ist die Frage aktuell wie nie zuvor, weil der moderne Zivilprozess in ein gesellschaftliches, wirtschaftliches und soziales Umfeld eingebettet ist, in dem er häufig nicht mehr nur Einzelercheinung in einem konkreten Rechtsverhältnis ist, sondern immer öfter auch Massenphänomen. Unter diesen Umständen ist es deshalb keine Seltenheit, dass ein Rechtsproblem nicht nur einen Kläger betrifft, sondern viele.

Die Beispiele reichen dabei von 80 Urlaubern, die in einem Hotel in Kreta in „Privathaft“ genommen werden, bis sie die offenen Rechnungen ihres Reiseveranstalters bezahlen,²⁾ über 14.000 AMIS-Geschädigte, die die Republik haftbar machen,³⁾ bis hin zur Gruppe von Handybenutzern oder Versicherungskunden, denen in AGB rechtswidrige Entgelte für Zahlscheinzahlungen vorgeschrieben werden,⁴⁾ oder überhaupt allen Verbrauchern, die zwischen 1979 und 1997 einen variabel verzinsten Kredit aufgenommen haben und deren Zinssätze auf unzulässige Weise berechnet wurden.⁵⁾

Der klassisch-individualistische Zivilprozess konzentriert sich ganz auf seine Parteien und schaut von seinem Streitgegenstand weder nach links noch nach rechts. Dabei wäre es durchaus praktisch, wenn in Si-

1) *Jhering*, Geist des Römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung III/1 (1865) 16, 19.

2) VKI, Sammelklagen in Österreich 47, https://verbraucherrecht.at/cms/uploads/media/VKI_Studie_Sammelklage_02.pdf.

3) VKI, Sammelklagen in Österreich 171.

4) EuGH C-616/11, *T-Mobile Austria*; OGH 10 Ob 27/14i; 9 Ob 33/14i; 1 Ob 81/14i; 7 Ob 78/14t; *P. Bydlinski*, „Die Zahlscheingebühr“, in FS Fenyves (2013) 61; *P. Bydlinski*, Zum Verbot der Vereinbarung von „Zahlscheingebühren“ – Das Urteil des EuGH und seine Konsequenzen, VbR 2014, 125; *Graf*, EuGH: Verbot der Zahlscheingebühr unter bestimmten Voraussetzungen zulässig, ZFR 2014, 107.

5) VKI, Sammelklagen in Österreich 79.

tuationen wie den oben beschriebenen nicht jeder für sich allein kämpfen würde, sondern wenn es eine gewisse Kollektivierung des Rechtsschutzes gäbe. Obwohl das ganz evident ist, hat sich die Diskussion darüber zum zivilprozessualen Dauerbrenner entwickelt. Die diesbezügliche Reformbaustelle hat in den vergangenen Jahren viele Spatenstiche, aber wenig Bautätigkeit erlebt, wobei der Baustopp weniger auf die Sorge um prozessuale Grundkonzepte als auf handfeste Interessenpolitik zurückzuführen sein dürfte. Als Ergebnis finden sich auch im Jahr 2018 Gruppeninteressen im Zivilprozess im Wesentlichen auf dem Stand der ZPO 1895 mit vereinzelt verbraucherschutzrechtlichen Einsprengungen.

In welchen Bahnen könnte man denken, wenn man den Prozess als Massenphänomen in den Griff bekommen möchte?

II. Musterverfahren

A. Gestaltungsformen

Zunächst bietet es sich an, aus der Vielzahl der Prozesse ein – aus Perspektive der Kläger nach Möglichkeit besonders vielversprechendes – Verfahren als Musterverfahren zu betreiben. Wird die strittige Rechtsfrage einmal höchstgerichtlich entschieden, ist das zwar nicht zwangsläufig das Ende vom Lied, aber meistens eben doch.

Doch was macht ein Verfahren zum Musterverfahren? Die ZPO selbst kennt den Begriff nicht einmal und es kommt selten vor, dass ein Beklagter privatautonom erklärt, ein Verfahren als Testprozess zu führen und das Ergebnis zu respektieren.

Was dem Vernehmen nach schon vorkommt, ist, dass die Justiz sich selbst – informell – organisiert, um ein Verfahren rasch zum OGH zu bringen, bevor in anderen anhängigen Prozessen potentiell sinnloser Verfahrensaufwand getrieben wird. So wenig ein solches Vorgehen bei buchstäblichem Verständnis von der ZPO gedeckt ist – de lege ferenda ein mE zu korrigierender Umstand –, so evident sinnvoll ist es, nicht Zeit und Geld zu verbrennen.⁶⁾

Dass das auch der Gesetzgeber für eine sinnvolle Idee hält, verrät er freilich nur zwischen den Zeilen. Er anerkennt nämlich den Wert einer höchstgerichtlichen Entscheidung für andere Verfahren explizit, indem er für Fälle, in denen ein Anspruch einem nach § 29 KSchG klagsbefugten Verband abgetreten wurde, Rechtsmittelbeschränkungen aufhebt, um eine Klärung durch den OGH zu erleichtern (§ 502 Abs 5 Z 3 ZPO).⁷⁾

6) Die Unterbrechung nach § 190 ZPO scheitert nach hA an der fehlenden Präjudizialität des Testverfahrens, vgl daher *Kodek*, Möglichkeiten der Prozessleitung in Massenverfahren, RZ 2005, 34 (36).

7) Ausweislich der Materialien (ErläutRV 613 BlgNR 22. GP 7) setzt die Privilegierung voraus, dass die Geltendmachung des abgetretenen Anspruchs in den Aufgabenbereich des klagenden Verbands fällt, 4 Ob 208/08 d; *Zechner* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen² (2005) § 502 Rz 200.

Stets kommt das Prozessergebnis eines solchen Musterverfahrens den restlichen Betroffenen (nur) insoweit zugute, als das Urteil Signalwirkung für ähnlich gelagerte Verfahren entfaltet.⁸⁾ Damit sind Musterprozesse im österreichischen Recht aber eher ein faktisches als ein rechtliches Phänomen. Ihre Wirkung beschränkt sich auf das Signal, eine Bindungswirkung gibt es nicht. Wiewohl man also weiterhin nicht wirklich nach links und rechts schaut, ermöglicht das Musterverfahren immerhin, ein bisschen nach links und rechts zu schielen, um dort ein überzeugendes Urteil zu finden.⁹⁾

B. Bindungswirkung de lege ferenda?

Die Gretchenfrage ist, ob das so bleiben soll, ob de lege ferenda also der Vorbildcharakter genügen soll, oder ob eine rechtliche Ausstrahlung wünschenswert wäre, die bis zur Bindungswirkung in Folgeverfahren gehen könnte. Dieses Modell hat der deutsche Gesetzgeber 2005 durch das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG)¹⁰⁾ eingeführt. Anlass dafür war eine Klagswelle von über 15.000 Geschädigten, die der dritte Börsengang der deutschen Telekom AG ins Rollen gebracht hat.¹¹⁾

Ziehen fehlerhafte Kapitalmarktinformationen eine Vielzahl geschädigter Anleger nach sich, können nach dem KapMuG gemeinsame Tat- und Rechtsfragen vorweg einheitlich für alle betroffenen Prozesse geklärt werden.¹²⁾ Voraussetzung dafür ist, dass innerhalb von sechs Monaten zehn gleichgerichtete, also den selben Lebenssachverhalt betreffende Musterverfahrensansprüche gestellt werden. Ist das der Fall, werden sämtliche anhängigen Parallelprozesse unterbrochen und mit einem vom Gericht ausgewählten Musterkläger das Musterverfahren durchgeführt. Alle weiteren Kläger werden dem Musterverfahren beigegeben, wodurch ihnen im Wesentlichen die Stellung von Nebenintervenienten zukommt. Die anschließend fortzusetzenden Individualverfahren sind dann an die Ergebnisse des Musterverfahrens gebunden.¹³⁾

8) *Rechberger*, Verbandsklagen, Musterprozesse und „Sammelklagen“, in FS Welser (2004) 871 (877 ff).

9) Nicht eingegangen wird hier auf das in Massenverfahren insb. rund um die Meinel Bank prominente Thema, inwiefern Prozessergebnisse von Verfahren in andere Verfahren hineinwirken können.

10) Gesetz zur Einführung von Kapitalanleger-Musterverfahren dBGBl I 2005, 2437. Das KapMuG 2005 wurde mittlerweile durch das reformierte KapMuG 2012 (dBGBl I 2012, 2182) abgelöst.

11) *Bergmann*, Prozessuale Bewältigung von Masseschäden durch das Kapitalanleger-Musterverfahren, in FS Stilz (2014) 71.

12) Für Details zum Anwendungsbereich vgl. *Bergmann* in FS Stilz 75; *Großrichter* in *Wieczorek/Schütze*, ZPO XIII/1⁴ (2018) § 1 KapMuG Rz 1 ff; *Möllers/Seiden schwann*, Der erweiterte Anwendungsbereich des KapMuG, NZG 2012, 1268; *Rathmann* in *Saenger*, ZPO⁷ (2017) § 118 GVG Rz 3.

13) *Bergmann* in FS Stilz 72, 76 ff; *Platzmeier*, Brauchen wir ein Kapitalanleger-Musterverfahren? – Eine Inventur des KapMuG, NZG 2005, 609 (610 ff); *Rathmann* in

Die Frage der Bindung ist traditionell somit eng mit der Frage nach dem Einfluss verknüpft. Wer als Kläger in Warteposition an das Ergebnis des Musterverfahrens rechtlich gebunden werden soll, will auf das Musterverfahren Einfluss nehmen und Kontrolle ausüben. Wenn das 1.000 andere Kläger auch wollen, ist die Schlankheit des Musterverfahrens dahin.

Wo es demgegenüber keine Bindung gibt, ist das Musterverfahren nichts anderes als Individualrechtsdurchsetzung mit – praktisch freilich bedeutsamem – faktischem Vorbildcharakter. Abgesehen von dieser „faktischen Präjudizwirkung“¹⁴⁾ bestehen aus zivilprozessualer Sicht aber keine Besonderheiten.

ME ist dieser Zustand vorzugswürdig, weil er die Flexibilität und Wendigkeit des Verfahrens erhält. Wenn man die Bedeutung von Musterverfahren ausbauen möchte, muss man auch nicht in Richtung Bindungswirkung denken. Andere Probleme scheinen drängender.

C. Alternativen

1. Ausdehnung von Zwischenurteilen

Vom Musterprozess verspricht man sich Klarheit über einige wenige Fragen: die Sorgfaltswidrigkeit eines Emittenten (wie in den MEL-Fällen), die Beurteilung einer AGB-Klausel (wie bei den Negativzinsen), die Rechtsfolgen eines Rücktrittsrechts (wie gegenwärtig bei den Folgeprozessen zu Endress/Allianz), die Klärung einer verjährungsrechtlichen Frage (wie bei der Rückforderung überzahlter Kreditzinsen). Dabei ist nicht alles, was erforderlich ist, um den konkreten Musterprozess zu Ende zu führen, für die Kläger in Warteposition wirklich relevant.

Will man Musterverfahren schlagkräftiger machen, wäre daher die Ausdehnung des Zwischenurteils nach § 393 ZPO dahingehend interessant,¹⁵⁾ dass solche Teilentscheidungen nicht mehr stets über den ganzen Anspruchsgrund ergehen müssten,¹⁶⁾ sondern auch über Teile davon

Saenger, ZPO⁷ § 118 GVG Rz 4 ff; Reuschle, Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz, NZG 2004, 590 (591 ff).

14) Stadler, Musterverbandsverbandsklagen nach künftigem deutschen Recht, in FS Schumann (2001) 465 (469).

15) Vgl auch Kodek, Möglichkeiten zur gesetzlichen Regelung von Massenverfahren, in Gabriel/Pirker-Hörmann, Massenverfahren – Reformbedarf für die ZPO? (2005) 311 (382 f).

16) Das Zwischenurteil darf erst gefällt werden, wenn alle Anspruchsvoraussetzungen geklärt und alle Einwendungen erledigt sind. Über einzelne Tatbestandselemente, etwa Kausalität oder Verschulden, kann kein Zwischenurteil ergehen, Fasching, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts² (1990) Rz 1429; für Abgrenzungsfragen vgl Deixler-Hübner in Fasching/Konecny³ (2017) § 393 Rz 6 ff; Rechberger in Rechberger, ZPO⁴ (2014) § 393 Rz 9 f. Mit dem Grundlagenurteil (§ 393 Abs 2 ZPO) aufgrund eines Zwischenfeststellungsantrags können wiederum nur präjudizielle Rechte oder Rechtsverhältnisse festgestellt werden.

ergehen könnten. Einen Schritt in diese Richtung hat der Gesetzgeber vor einigen Jahren bezüglich der Verjährung mit § 393a ZPO bereits gemacht.¹⁷⁾

Als Vorbild für eine flexiblere Regelung könnte Art 237 der schweizerischen ZPO dienen. Danach kann grds jede materiell- oder verfahrensrechtliche Vorfrage durch „Zwischenentscheid“ erledigt werden, sofern damit eine bedeutende Zeit- oder Kostenersparnis verbunden ist.¹⁸⁾ Eine derartige großzügigere Gestaltung des Zwischenurteils wäre auch für Musterprozesse hilfreich.

2. Schutz vor Verjährung

Ein besonders großes Problem von Musterverfahren ist schließlich ihre fehlende Auswirkung auf die Verjährung anderer Ansprüche. Bekanntlich wird nach § 1497 ABGB die Verjährung durch Einbringung der Klage unterbrochen, wenn das Verfahren dann ordnungsgemäß fortgesetzt wird. Natürlich hat das Gesetz damit aber – als selbstverständlicher Ausdruck der angesprochenen Fixierung auf das Gläubiger-/Schuldner-Verhältnis – vor Augen, dass der richtige Gläubiger seine Klage gegen den richtigen Schuldner einbringt. Beim Musterprozess ist das per definitionem nicht der Fall, weil der Mustergläubiger natürlich der Falsche ist, um andere Verjährungen zu unterbrechen und weil das Gesetz den Musterprozess als Kategorie ja gar nicht wirklich kennt.

Bedenkt man die praktische Bedeutung einer stattgebenden höchstgerichtlichen Entscheidung in den typischen Konstellationen, ist diese Frage besonders drängend: Weil Musterprozesse keine Auswirkung auf die Verjährung von vergleichbaren Ansprüchen haben, die noch nicht eingeklagt wurden, und weil es mitunter Jahre dauern kann, bis ein Musterprozess zum OGH gelangt, besteht die Gefahr der Verfristung gleichgerichteter Ansprüche.¹⁹⁾ In diesem Zustand der Unsicherheit können andere Gläubiger den Ausgang des Musterverfahrens nicht einfach abwarten, sondern müssen selbst klagen. Solange daher das Verjährungsproblem nicht gelöst ist, müssen selbst bei einem bereits eingeleiteten Musterverfahren aus reiner Vorsicht oftmals viele weitere parallele Verfahren anhängig gemacht werden, was zweifellos der am wenigsten wünschenswerte Zustand ist.²⁰⁾

17) Vgl auch Köck, Das „Zwischenurteil zur Verjährung“, Zak 2011, 167; Landbrecht, Zwischenurteil und Verfahrenseffizienz, ecolex 2012, 782.

18) Staehelin in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung³ (2016) Art 237 Rz 5 f, 9; Steck/Brunner in Spühler/Tenchio/Infanger, Basler Kommentar zur ZPO³ (2017) Art 237 Rz 6 ff, 16 ff.

19) Vgl auch Klauser, Von der „Sammelklage nach österreichischem Recht“ zur echten Gruppenklage, ecolex 2005, 744; Rechberger in FS Welser 878; Stadler, Bündelung von Verbraucherinteressen im Zivilprozeß, in Brönneke, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozeßrecht (2001) 1 (41, 46).

20) Im Bereich des Kapitalanleger-Musterverfahrens sieht der deutsche Gesetzgeber deshalb die Möglichkeit der Anspruchsanmeldung vor (§ 10 KapMuG). Innerhalb von sechs Monaten nach Bekanntmachung des Musterverfahrens können

III. Sammelklage österreichischer Prägung

A. Problemstellung

Nach derzeitigem Stand sind Musterverfahren also schon aufgrund ihrer Konzeption nur bedingt geeignet, Parallelverfahren aus der Welt zu schaffen. Mangels Bindungswirkung sind Geschädigte auf die Bereitschaft des Beklagten angewiesen, infolge des faktischen Signals „freiwillig“ Entschädigungszahlungen zu leisten. Verweigert der Beklagte das, etwa weil er der Ansicht ist, die Einzelfälle seien mit dem Musterverfahren nicht vergleichbar, bleibt den Betroffenen erst recht nichts anderes übrig als zu klagen. Zudem hat der Geschädigte aufgrund des Verjährungsrisikos oftmals nicht einmal die Möglichkeit, den Ausgang des Musterprozesses abzuwarten.²¹⁾

Gerade gegen den mit Parallelverfahren einhergehenden enormen Verfahrensaufwand schaffen Musterverfahren im gegenwärtigen Umfeld daher keine taugliche Abhilfe, was schon anhand eines einfachen Beispiels deutlich wird:²²⁾ In einem türkischen Ferienclub kommt es zu einer massenhaften Brechdurchfallinfektion, betroffen sind auch 104 österreichische Geschädigte. Klagt jeder für sich, erfordert der zivilprozessuale Unmittelbarkeitsgrundsatz 104 Sachverständigengutachten über die Ursache der Infektion.²³⁾ Könnten die gleichgerichteten Ansprüche gebündelt werden, würde hingegen ein Gutachten reichen.²⁴⁾

weitere Geschädigte – sofern sie nicht ohnedies klagen wollen – gleichgerichtete Ansprüche anmelden. Dadurch wird die Verjährung gehemmt, sodass die Geschädigten den Ausgang des Musterverfahrens abwarten können. Die angemeldeten Ansprüche müssen in weiterer Folge binnen drei Monaten nach rechtskräftiger Erledigung des Musterverfahrens eingeklagt werden (§ 204 Abs 1 Z 6 a BGB); *Grothe in Säcker/Rixecker/Oetker/Limperf*, Münchener Kommentar zum BGB⁷ (2015) § 204 Rz 43 f; *Kruis in Wiczorek/Schütze*, ZPO XIII/1⁴ § 10 KapMuG Rz 36 ff; *Wigand*, Die Anmeldung von Ansprüchen zum Musterverfahren, WM 2013, 1884 (1887 ff).

Für das Musterfeststellungsverfahren (dazu unten S 585 f) sieht § 204 Abs 1 Z 1 a BGB idnF ebenfalls die Hemmung der Verjährung der Ansprüche jener Verbraucher vor, die sich im Klageregister angemeldet haben, s dazu *Schneider*, Die zivilprozessuale Musterfeststellungsklage, BB 2018, 1986 (1994).

21) Vgl *Rechberger* in FS Welser 878.

22) Vgl VRInfo 2001, 5; s auch *Klauser*, *ecolex* 2005, 744.

23) Siehe FN 9.

24) Bedenkt man, dass Ansprüche für Heilungskosten bei versicherten Patienten kraft Gesetzes auf den Versicherer übergehen, erscheint eine solche Bündelung auch durchaus sachgerecht, vgl *Säcker*, Die Einordnung der Verbandsklage in das System des Privatrechts (2006) Rz 53. Der Versicherer kann sie gegen einen Schädiger natürlich im Wege der Klagenhäufung geltend machen. Warum sollte eine solche Bündelung nur bei Heilungskosten möglich sein, beim Schmerzensgeld oder entgener Urlaubsfreude aber nicht?

B. Konstruktion

1. Objektive Klagenhäufung

Am praktischsten wäre es daher, wenn statt 104 Klägern in 104 Verfahren ein Kläger den Prozess für alle führen würde.²⁵⁾ Das ist auch möglich, wenn alle Betroffenen diesem Kläger – meistens dem VKI – ihre Ansprüche zum Inkasso übertragen – die Grundidee der Sammelklage österreichischer Prägung.²⁶⁾ Diese macht sich dabei die Konzeption des § 227 ZPO zunutze, der die objektive Klagenhäufung in recht weitem Umfang ermöglicht.²⁷⁾ Der OGH hat die Zulässigkeit dieser Konstruktion bereits bestätigt, dabei allerdings über den Wortlaut des § 227 ZPO hinausgehend²⁸⁾ einen gewissen Sachzusammenhang zwischen den gesammelten Ansprüchen gefordert. Verlangt wird ein im Wesentlichen gleicher Anspruchsgrund sowie im Wesentlichen gleiche Fragen rechtlicher oder tatsächlicher Natur.²⁹⁾

25) Natürlich bestünde auch die Möglichkeit einer Streitgenossenschaft, die der Effektivität der Rechtsordnung in solchen Situationen aber bestimmt nicht zuträglich ist als eine echte Bündelung.

26) Es gibt freilich noch andere Zugänge. Die EU-Kommission hat 2013 eine Empfehlung (2013/396/EU ABI L 2013/201, 60) präsentiert, in der sie Vertretungsklagen oder Gruppenklagen einführt, bei der ein Hauptkläger alle Geschädigten vertritt, die sich dem Verfahren anschließen. Der Vorschlag ist ein Papiertiger, da er – vergleicht man ihn mit dem österreichischen Recht – nur eine andere Konstruktion wählt – Vertretung statt Abtretung – aber sonst nicht viel ändert.

27) Die Geltendmachung mehrerer Ansprüche in einer Klage setzt nur voraus, dass das angerufene Gericht für sämtliche Ansprüche zuständig und dasselbe Verfahren anwendbar ist. Dabei können Ansprüche, die vor das BG gehören, sogar zum LG mitgenommen werden, wenn für einen Anspruch die Zuständigkeit des LG gegeben ist. Diese in der Grundkonzeption des § 227 ZPO, der ja nicht für Sammelklagen erfunden wurde, schlüssige Idee, lädt bei Sammelklagen zur Manipulation ein. Wer unter hunderten Ansprüchen einen über die Streitwertgrenze schraubt, könnte so alle anderen zum Gerichtshof mitziehen. § 60 JN, der genau solchen Malversationen vorbeugen will, ist auf Geldforderungen nicht anwendbar, weil dort das Kostenrecht die Steuerungsfunktion übernimmt. Diese Funktion kann das Kostenrecht aber natürlich nicht erfüllen, wenn in einer großen Menge von Ansprüchen einige wenige – und sei es auch hoffnungslos – überhöht sind, weil das im Gesamtgefüge einer Sammelklage untergeht. Lässt man das nach § 227 ZPO zu, wäre das eine bedenkliche Möglichkeit für den Kläger, den Beklagten seinem gesetzlichen Richter zu entziehen.

28) Wie die Entstehungsgeschichte von § 227 ZPO verdeutlicht, hat der Gesetzgeber auf ein Zusammenhangerfordernis bewusst verzichtet, *Kodek*, Die „Sammelklage“ nach österreichischem Recht – Ein neues prozeßrechtliches Institut auf dem Prüfstand, ÖBA 2004, 615 (620 f); *Oberhammer*, „Österreichische Sammelklage“ und § 227 ZPO, in *Fucik/Konecny/Lovrek/Oberhammer*, Jahrbuch Zivilverfahrensrecht 2010 (2010) 247 (251 f).

29) RIS-Justiz RS0037628 [T1]; 4 Ob 116/05 w; entscheidend ist, ob die Parallelverfahren eine maßgebliche Schnittmenge an gleichen Tat- oder Rechtsfragen aufwerfen, ausführlich *Oberhammer* in Jahrbuch Zivilverfahrensrecht 2010, 259 ff; vgl auch *Kodek*, Groß- und Massenverfahren de lege lata und de lege ferenda, in *Neumayr*, Beschleunigung von Zivil- und Strafverfahren (2014) 1 (9 ff).

2. Eingeschränkte Kollektivierung

Aus der Konstruktion folgt gleichzeitig, dass bei der österreichischen Sammelklage zwar materiell ein Kollektiv an Klägern auftritt, der Grad an Kollektivierung aber eigentlich sehr gering ist. Es handelt sich vielmehr um addierten oder kumulierten Individualrechtsschutz, bei dem versucht wird, gemeinsame Fragen vor die Klammer zu ziehen und so Zeit und Mühe zu sparen.

Die österreichische Sammelklage erleichtert die Anspruchsdurchsetzung daher durchaus, es bleibt aber mühsam genug. Denn auch wenn man 1.000 Ansprüche an den VKI abtritt, wird bei addiertem Individualrechtsschutz ja nicht ein großer Anspruch, sondern eine Summe von Einzelansprüchen eingeklagt, sodass über jeden davon gesondert entschieden werden muss.

Die Sammelklage österreichischer Prägung wird daher etwa bei den praktisch wichtigen Schadenersatzansprüchen spätestens bei der Kausalität und damit einhergehend bei der Höhe des einzelnen Ersatzanspruchs wieder ganz individuell. Das ist indes kein zivilprozessuales Durchsetzungsmanko, sondern das Konzept des materiellen Rechts, das pauschalisierende und generalisierende Zusprüche an sich nicht vorsieht. Damit steht die Sammelklage österreichischer Prägung fest auf dem klassischen Fundament prozessualer Rahmenbedingungen in Österreich. Die Besonderheit „unserer“ Sammelklage ist nur, dass Individualrechtsschutz kumuliert wird. Damit dürfen aber nicht materiellrechtliche Wertungen der Zurechnung konkreter Schäden an konkrete Handlungen konkreter Schädiger überspielt werden oder Fragen einzelner Zusprüche und der dafür zu genügenden Beweislast im Kollektiv untergehen.

Die Sammelklage österreichischer Prägung trägt daher aus materiellrechtlichen Gründen weniger weit, als man gemeinhin glaubt. Die unmittelbaren prozessualen Vorteile gegenüber der individuellen Rechtsdurchsetzung liegen dennoch auf der Hand.

C. Vorteile

1. Kostensenkung und Risikominimierung

Das zeigt sich schon bei den Kosten. Aufgrund der degressiven Tarifstruktur von GGG und RATG wären die Prozesskosten bei gesonderter Geltendmachung sämtlicher Ansprüche in getrennten Verfahren bei weitem höher als bei gemeinsamer Geltendmachung.³⁰⁾

Gleichzeitig ermöglichen es höhere Streitwerte, das Prozessrisiko zu minimieren, weil es leichter wird, Prozessfinanzierer ins Boot zu holen. Wird der Prozess verloren, muss der Kläger nichts bezahlen. Wird er

30) *Kodek*, Zivilprozessuale Probleme bei Großverfahren, *ecolex* 2005, 31; *Oberhammer* in *Jahrbuch Zivilverfahrensrecht* 2010, 249, 255 f; 4 Ob 116/05 w.

gewonnen, schneidet der Prozessfinanzierer mit: in der Causa Meinl European Land betrug das Erfolgshonorar bei ca 7.800 Klägern 34%,³¹⁾ bei der Sammelklage gegen Facebook mit 25.000 Klägern 20%.³²⁾

Die österreichische Sammelklage macht Massenverfahren also nicht leicht, aber sie macht sie leichter und sie hat große Vorteile: Senkung der Kosten, Reduktion des Aufwands, Minimierung des Risikos.

2. Bewährung und Bewehrung der Rechtsordnung

Alle diese Vorteile haben zusammen einen wichtigen Nebeneffekt. Es steigt die Effektivität der Rechtsordnung, die Chance ihrer Durchsetzbarkeit.³³⁾ Im Feriencubfall ging es im Durchschnitt um 1.683,- Euro pro Person,³⁴⁾ bei den Anlegerschäden bewegte sich das Gros der geltend gemachten Forderungen im vier- bzw fünfstelligen Bereich.³⁵⁾ Viele wären bei diesen Beträgen angesichts eines hochkomplizierten Rechtsstreits gegen einen Finanzdienstleister wohl vor dem Risiko zurückgeschreckt, „*dem sprichwörtlich schlechten Geld noch gutes hinterherzuwerfen*“.³⁶⁾ Es hat also offenbar nur ein Gesamtpaket gebraucht, bei dem die Forderung auf der einen Seite und das Risiko und die Mühe auf der anderen Seite ins richtige Verhältnis gebracht werden, damit die Rechtsverfolgung funktioniert.

IV. Verbandsklage

A. Ausgangspunkt

Ein solches Austarieren von Kosten und Nutzen ist allerdings nicht immer möglich. Besonders häufig sieht man das bei AGB. Wer klagt schon wegen einer Zahlscheingebühr von zwei Euro? Das ist aber freilich nicht das einzige Hindernis. Oft verhindern auch fehlende Kenntnis und fehlende Risikobereitschaft die Durchsetzung. Und selbst wenn sich jemand den Prozess antut, kann er im individualistischen Prozess nur erreichen, dass die AGB im Verhältnis zu ihm nicht mehr verwendet werden. Wie sich schon hinlänglich gezeigt hat, schaut der Zivilprozess schließlich nicht nur nicht nach links und rechts, er wirkt auch nicht nach links und rechts.

Gerade beim Massenphänomen AGB stößt das angestammte Denken in Zweierbeziehungen deshalb rasch an seine Grenzen. Die Rechtsordnung hat darauf mit der Verbandsklage reagiert, mit der bestimmte klagsbefugte

31) Siehe <https://www.advofin.at/sammelverfahren/meinl/>.

32) Siehe <http://www.europe-v-facebook.org/DE/Anzeigen/Sammelklage/sammelklage.html>.

33) Vgl Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* (1922) 18.

34) VKI, *Sammelklagen in Österreich* 81.

35) Oberhammer, *Kollektiver Rechtsschutz bei Anlegerklagen*, in *Verhandlungen des 19. Österreichischen Juristentages II/1* (2015) 73.

36) Oberhammer in 19. ÖJT II/1, 83.

Verbände³⁷⁾ – insb der VKI und die Arbeiterkammer – die Unterlassung der Verwendung gesetzwidriger AGB begehren können.

Paradigmatisch für die teilweise spektakulären Erfolge dieses Ansatzes³⁸⁾ steht der Beitrag von *Georg Graf* mit dem prägnanten Titel „Jetzt schlägt’s aber (fast) 13!“³⁹⁾ worin von der Aufhebung von gleich zwölf ABB-Klauseln durch den OGH berichtet wird.⁴⁰⁾

B. Paradigmenwechsel

Die Verbandsklage hat daher zu einer wesentlichen Stärkung der Verbraucher geführt. *Franz Jürgen Säcker* sieht darin eine neosozialistische „kompensatorische Ideologie der Stärkung der Schwachen“.⁴¹⁾ Und damit hat er recht. Die Verbandsklage wendet sich vom klassischen Prozesszweck des Individualrechtsschutzes ab. Sie ist damit ein ungewohnt soziales Institut⁴²⁾ des Prozessrechts, das darauf abzielt, materielle Waffengleichheit herzustellen. Es geht um den Schutz von Kollektivinteressen, nämlich das Interesse der Gruppe der Verbraucher, nicht unbilligen AGB ausgesetzt zu sein.

C. Konstruktion

Die Verbandsklage ist damit zwar ein Fremdkörper im klassischen Prozessrecht,⁴³⁾ sie fügt sich aber im Großen und Ganzen – im Detail könnte man über verschiedene Fragen diskutieren – gut in den Zivilprozess ein. Das ist vor allem zwei Umständen zu verdanken. Der Verband streitet auf eigenes Risiko über ein zumindest formell eigenes Recht, nämlich den gerade für ihn konstruierten Anspruch auf Unterlassung der Verwendung rechtswidriger AGB.⁴⁴⁾ Die Verbandsklage ist daher zwar Kollektivschutz, aber im konstruktiven Gewand der Verfolgung eines eigenen Anspruchs.

37) Dass auch mutigere Konzepte nicht fehlschlagen müssen, zeigt das australische Beispiel, wo die Klagsberechtigung neben Verbänden auch „any other person“ zusteht, eine Popularklage, *Halfmeier*, Popularklagen im Privatrecht (2006) 374.

38) Ob es sich bei der Verbandsklage um die kollektive Geltendmachung von Individualinteressen, die Geltendmachung von Kollektivinteressen der Verbraucher (so der 3. ErwGr der UnterlassungsklagenRL 2009/22/EG) oder die Geltendmachung von Allgemeininteressen handelt, scheint mir nicht ausschlaggebend zu sein.

39) *Graf*, Jetzt schlägt’s aber (fast) 13! *ecolex-Script* 2003/24.

40) 4 Ob 179/02f.

41) *Säcker*, Verbandsklage Rz 61.

42) *Bruns*, Einheitlicher kollektiver Rechtsschutz in Europa? *ZZP* 125 (2012) 399 (415).

43) Vgl auch BGH I ZR 81/81 *NJW* 1983, 1061.

44) *Fasching*, Lehrbuch² Rz 338; *Jelinek*, Die Verbandsklage, in *Krejci*, Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz (1981) 785 (828 ff); *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht⁴ (2018) Rz 300. Nach *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁹ (2017) Rz 354 macht der Verband demgegenüber keinen eigenen Anspruch geltend, weil es um die Durchsetzung überindividueller Rechte geht.

Daraus folgt zugleich, dass die Entscheidung auch nur dem Verband gegenüber wirkt.⁴⁵⁾ Verliert er, kann der Verbraucher die Unwirksamkeit der Klausel im Individualprozess immer noch einwenden. Gewinnt er, zieht der einzelne Verbraucher daraus – anders als in Deutschland⁴⁶⁾ – aber auch keinen unmittelbaren rechtlichen Vorteil. Er wird lediglich indirekt begünstigt, weil dem Unternehmer verboten wird, sich auf eine rechtswidrige Klausel zu berufen und der Verband dieses Verbot durchsetzen kann.⁴⁷⁾ Wie beim Musterverfahren erspart der Verzicht auf Rechtskrafterstreckungen somit einiges an Schwierigkeiten.

Dadurch und durch die Beschränkung auf Unterlassungsbegehren⁴⁸⁾ ist die Verbandklage prozessual recht unproblematisch. Es ist aber eine Sache, einem AGB-Verwender zu verbieten, rechtswidrig zu handeln. Eine ganz andere Sache wäre es, mittels Leistungsklage Geld einzufordern. Im Erfolgsfall stellte sich nämlich notwendigerweise die Verteilungsfrage: Wieviel und vor allem an wen soll das Ersiegte ausgeschüttet werden?

V. Sonderproblem Streuschäden

A. Problemstellung

1. Rationale Apathe

Das führt zum letzten, aber gleichzeitig auch zum größten Problem: Streuschäden, also Schäden, die so niedrig sind, dass sie der einzelne, wenn er kein Querulant ist, sicher nicht einklagt und sich auch nicht mit

45) Die im Unterlassungsgebot enthaltene Feststellung der Rechtswidrigkeit der Klausel wird als Vorfrage des Unterlassungsgebots schon von den objektiven Grenzen der Rechtskraft nicht erfasst, *Jelinek in Krejci*, HBzKSchG 832f.

46) Nach § 11 UKlaG ist die verbotene Klausel als unwirksam anzusehen, „soweit sich der betroffene Vertragsteil auf die Wirkung des Unterlassungsurteils beruft.“ Das Unterlassungsurteil entfaltet also Drittwirkung gegenüber dem Vertragspartner des AGB-Verwenders. Im Einzelnen sind die Auswirkungen freilich strittig, vgl. *Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen*, UWG³⁶ (2018) § 11 UKlaG Rz 1; *Micklitz/Rott in Krüger/Rauscher*, Münchener Kommentar zur ZPO⁵ (2017) § 11 UKlaG Rz 4; *Walker*, Unterlassungsklagengesetz (2016) § 11 Rz 1f, 7.

47) Daran hat wohl auch die Entscheidung des EuGH in der Rs *Invitel* (C-472/10) nichts geändert, die nicht nur die Zulässigkeit einer solchen Wirkungserstreckung auf spätere Individualprozesse bejaht hat, sondern in einem Aufwasch auch andeutet, das eine solche Wirkungserstreckung sogar „erforderlich“ sei, vgl. *Geroldinger*, Ergänzende Auslegung von Verbraucherverträgen trotz Verbots der geltungserhaltenden Reduktion? OBA 2013, 27 (39f).

48) Die UnterlassungsklagenRL (RL 98/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. 5. 1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen, ABl L 1998/166, 51, nunmehr RL 2009/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. 4. 2009 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen, ABl L 2009/110, 30) soll nach einem Vorschlag der Kommission (COM[2018]184 final) durch die RL über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher ersetzt werden. Diese räumt Verbänden die Möglichkeit ein, auch auf Beseitigung oder Feststellung von Verbraucherrechtsverstößen zu klagen, sowie „Abhilfe“ in Form von Schadenersatz, Gewährleistung und Ähn-

einer Abtretung am Verfahren beteiligt. Er verzichtet darauf, sein Recht durchzusetzen und verhartet in ökonomisch rationaler Apathie, wie sie auch für die Verbandsklagen charakteristisch war.⁴⁹⁾

Aus Frankreich ist der Fall eines Getränkeherstellers bekannt, der in jede Flasche 15 Milliliter zu wenig eingefüllt hat, man kann aber auch genauso gut an das mitgewogene Wurstpapier beim Fleischhauer denken.⁵⁰⁾ Die Rechnung zahlt der Markt, aber jeder Marktteilnehmer eben nur zu einem atomisierten Teil. Während die Apathie bei AGB-Verwendern durch die auf Unterlassung gerichtete Verbandsklage überwunden wurde, hilft die Unterlassungsklage hier nicht weiter.

2. Abgrenzung zu Massenschäden

Die Problemfälle sind also keine Massenschadenereignisse wie Kaprun, der Ferienclub oder der Zinsenstreit, bei denen der Einzelne in einem solchen Ausmaß geschädigt wird, dass er entweder von sich aus den Gang zu Gericht wagt oder – weil ein Gesamtpaket zum Austarieren von Kosten und Nutzen besteht – seinen Anspruch im Wege einer Sammelklage durchsetzt. Es geht vielmehr um Fälle, wo es ein solches Gesamtpaket aufgrund der Höhe des individuellen Schadens nicht geben kann. Während wir bei Massenschäden damit kämpfen, dass wir zu viele Klagen haben, haben wir bei Streuschäden aufgrund rationaler Apathie zu wenige.⁵¹⁾

Aus diesem Grund ist auch der nach Fertigstellung dieses Beitrags unternommene Versuch des deutschen Gesetzgebers, mithilfe der am 1. 11. 2018 in Kraft tretenden Musterfeststellungsklage⁵²⁾ Streuschäden auszu-

lichem zu verlangen, vgl *Krausbeck*, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess – Zusammenfassung und Bewertung des Gutachtens für den Deutschen Juristentag 2018 vor dem Hintergrund von Musterfeststellungsklage und „New Deal“, *VuR* 2018, 287 (291 f.); *Leupold*, New Deal for Consumers, *VbR* 2018, 45; *Rott/Halfmeier*, New Deal für Verbandskläger, *VbR* 2018, 136 (137 f.).

49) *Kletečka*, Effektivitätsdefizite und dysfunktionale Verhaltenssteuerung im Privatrecht – Kann das Schadenersatzrecht hier etwas leisten? *JBl* 2018, 497 (498); *Micklitz/Stadler*, Der Reformvorschlag der UWG-Novelle für eine Verbandsklage auf Gewinnabschöpfung, *WRP* 2003, 559 (561); *Poelzig*, Normsetzung durch Privatrecht (2012) 382 f.; *Wagner*, Kollektiver Rechtsschutz – Regelungsbedarf bei Massen- und Streuschäden, in *Casper/Janssen/Pohlmann/Schulze*, Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage? (2009) 41 (52); *Wagner*, Neue Perspektiven im Schadenersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadenersatz, Kollektivschaden, in *Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages I* (2006) A 107.

50) Vgl *Karner*, Massenschäden und Verbraucherschutz, in *Schmidt-Kessel/Strünck/Kramme*, Im Namen der Verbraucher? Kollektive Rechtsdurchsetzung in Europa (2015) 165 (172).

51) Vgl *Balke/Liebscher/Steinbrück*, Der Gesetzesentwurf zur Einführung einer Musterfeststellungsklage – ein zivilprozessualer Irrweg, *ZIP* 2018, 1321 (1322); *Wagner* in 66. DJT IA 107 f.

52) Gesetz zur Einführung einer zivilprozessualen Musterfeststellungsklage *dBGBl I* 2018, 1151.

gleichen,⁵³⁾ zum Scheitern verurteilt. Diese ermöglicht es Verbraucherschutzverbänden, mittels Feststellungsklage die Voraussetzungen für das Bestehen oder Nichtbestehen von Ansprüchen zwischen Verbrauchern und Unternehmern abzuklären.⁵⁴⁾ Zur Verfahrenseinleitung müssen innerhalb von zwei Monaten nach öffentlicher Bekanntmachung der Musterfeststellungsklage mindestens 50 Verbraucher ihre Ansprüche in einem Klageregister (kostenlos) anmelden.⁵⁵⁾ Nach einem rechtskräftigen Feststellungsurteil⁵⁶⁾ können die Geschädigten dann in einem zweiten Schritt mittels individueller Leistungsklage Ersatz verlangen. Warum gegen die rationale Apathie gerade ein Verfahren Abhilfe schaffen soll, in dem der Geschädigte sogar zweimal tätig werden muss (Anmeldung im Klageregister und nachfolgende Leistungsklage), erschließt sich weder auf den ersten noch auf den zweiten Blick.⁵⁷⁾

B. Bedürfnis nach Gewinnabschöpfung

Das Bedürfnis nach Abhilfe ist indes nachvollziehbar. Denn obwohl die atomisierten Schäden den Einzelnen kaum betreffen, können sie dem Schädiger immense Vorteile bescheren. Die deutsche Bundesbank hat etwa ausgerechnet, dass sich die deutsche Bankwirtschaft durch verspätete

53) Streuschäden sind nicht das einzige, ausweislich der Materialien (BT-Drs 19/2507, 1, 13) aber ein besonders wichtiges Anliegen des Gesetzgebers.

54) Anders als nach dem KapMuG ist der Anwendungsbereich nicht auf Schadenersatzansprüche iZm öffentlichen Kapitalmarktinformationen beschränkt, sondern für alle Rechtsverhältnisse zwischen Verbrauchern und Unternehmern offen. Für Abgrenzungsfragen vgl. *Schneider*, BB 2018, 1996.

55) Mit der Anmeldung im Klageregister geht einerseits eine Sperrwirkung einher: bereits anhängige Prozesse werden unterbrochen, neue Individualverfahren können nicht mehr eingeleitet werden. Andererseits entfaltet das rechtskräftige Musterfeststellungsurteil gegenüber den Angemeldeten Bindungswirkung. Nicht angemeldete Verbraucher werden demgegenüber weder von der Sperr- noch von der Bindungswirkung erfasst.

56) Im Unterschied zum KapMuG können die angemeldeten Verbraucher allerdings keinen Einfluss auf den Verfahrensablauf nehmen, da sie dem Musterverfahren nicht beigelegt werden. Sie sind damit einer allfälligen mangelhaften Prozessführung des Verbraucherschutzverbands ausgeliefert und durch einen ungünstigen Ausgang für die nachfolgende individuelle Anspruchsdurchsetzung präjudiziert. Die deutsche Lehre erblickt darin zT eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, *Meller-Hannich*, Sammelklagen, Gruppenklagen, Verbandsklagen – Bedarf es neuer Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes im Zivilprozess? in Verhandlungen des 72. Deutschen Juristentages I (2018) A 51 f; vgl. auch *Balke/Liebscher/Steinbrück*, ZIP 2018, 1324 ff; *Habbe/Giesler*, Einführung einer Musterfeststellungsklage – Kompatibilität mit zivilprozessualen Grundsätzen, BB 2017, 2188 (2190); *Krausbeck*, Der Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Einführung einer Musterfeststellungsklage für Verbraucherstreitigkeiten, DAR 2017, 567 (570); *Schneider*, BB 2018, 1994 f, 1997 f.

57) *Stadler*, Musterfeststellungsklage im deutschen Verbraucherrecht? VuR 2018, 83 (84 f); krit. auch *Balke/Liebscher/Steinbrück*, ZIP 2018, 1323, 1325 f; *Fidler*, Private Enforcement – Rechtstheorie und Rechtswirklichkeit im Wettbewerbs- und Kapitalmarktrecht, JBl 2018, 81, 152 (166); *Meller-Hannich* in 72. DJT I A 46 ff.

Wertstellungen bei Kontogutschriften jahrelang laufend kostenlosen Kredit in der Höhe von sieben Milliarden Euro verschafft hat.⁵⁸⁾ Und im deutschen Lebensmittelhandel verursachen Füllmengenunterschreitungen einen jährlichen Schaden von immerhin 750 Millionen Euro.⁵⁹⁾

Für Abhilfe erscheinen allerdings weder das materielle noch das formelle Recht besonders prädestiniert. Was sich schon bei der Musterfeststellungsklage gezeigt hat, bringt die Frage nach der Wahl der Mittel auf den Punkt. Bei den fehlenden 15 Millilitern steht der schadenersatzrechtliche Ausgleichsgedanke offenkundig nicht im Vordergrund. Man will stattdessen in erster Linie deshalb etwas tun, weil sich Unrecht nicht lohnen soll. Das Rechtsempfinden sagt uns, dass ein Unrechtsgewinn abgeschöpft werden muss.⁶⁰⁾ Aber auf welchem Weg und vor allem wohin dann mit dem Geld, das weiß man nicht. Damit stehen wir vor der Klage vor demselben Problem wie nach der Klage: man kann das Ersiegte nicht an atomisiert geschädigte Desinteressierte verteilen.

C. Lösungsansätze

1. Verteilungsproblematik

Natürlich könnte man einen beliebigen Geschädigten klagen und ihn den Gewinn behalten lassen, frei nach dem Motto: Hauptsache der Schädiger bekommt nichts. Dann stellt sich aber die Frage, womit dieser Betroffene ein millionenschweres Trostpflaster verdient hat, nur weil er eine Flasche mit 15 Millilitern zu wenig gekauft hat. Keine cura minor, sondern eine grundlegende Strukturfrage, wenn und weil in gesunden Privatrechtsordnungen nicht nur die Belastung mit Nachteilen, sondern auch die Zumessung von Vorteilen sachlich gerechtfertigt sein muss.⁶¹⁾ Während aber die Rechtfertigung der Zahlungspflicht des Schädigers auf der Hand liegt, ist das bei der Zuweisung des Vorteils an einen einzelnen Begünstigten nicht der Fall.

Man könnte die Klagebefugnis stattdessen auch nur bestimmten Verbänden, zB Verbraucherschutzorganisationen, einräumen. Aber auch dann gelangt man rasch wieder zur Frage, wem man diese lukrative Tätigkeit erlauben soll und wie dies zu rechtfertigen ist.

Vor diesem Hintergrund hat der deutsche Gesetzgeber das Modell entwickelt, diese Organisationen zwar klagen zu lassen, aber auf Leistung an den Staatshaushalt. Die sog Gewinnabschöpfungsklage ist wenig über-

58) AA von Bar, Principles of European Law. Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another (2009) 928: „Trivial damage remains trivial even where it is suffered by many simultaneously“.

59) Karner in Schmidt-Kessel/Strünck/Kramme, Im Namen der Verbraucher? 172.

60) Vgl Balke/Liebscher/Steinbrück, ZIP 2018, 1323.

61) F. Bydlinski, Die Maxime beidseitiger Rechtfertigung im Privatrecht, in FS Koziol (2010) 1355 (1356); vgl aber Kletečka, JBl 2018, 501.

raschend totes Recht: niemand klagt auf eigenes Risiko zugunsten eines anderen.⁶²⁾

Demgegenüber wird in den USA versucht, die erstrittene Entschädigungssumme auf eine Weise zu verteilen, die den Interessen der Geschädigtengruppe möglichst nahekommt (*cy-près* bzw. *fluid recovery*). So hat sich etwa ein Taxiunternehmen, das durch manipulierte Taxameter über mehrere Jahre hinweg geringfügig überhöhte Fahrpreise verrechnet hatte, unter dem Druck einer *class action* dazu verpflichtet, seine Taxipreise für einen bestimmten Zeitraum um den entsprechenden Betrag zu senken und den rechtswidrig erlangten Vorteil auf diese Weise an seine Kunden herauszugeben. Mit der Befriedigung individueller Schadenersatzansprüche hat dieses Modell naturgemäß nichts mehr gemein.⁶³⁾

Nun könnte man es sich einfach machen und den Befund an dieser Stelle abschließen – wo kein Kläger, da kein Richter. Freilich eine unbefriedigende *Conclusio*, denn das Verlangen nach einem Richter ist evident, weil die soziale Wirksamkeit der Rechtsordnung gesteigert werden soll, und Verhaltenssteuerung notwendig erscheint.⁶⁴⁾

2. Unzulänglichkeit des Privatrechts

Wahrscheinlich fällt die Auflösung dieses Dilemmas deshalb so schwer, weil der Einstieg schief ist. Denn auf den Topf „Verhaltenssteuerung im öffentlichen Interesse“ will der Deckel „Zivilprozess“ nicht recht passen. Der auf den Schutz von Individualinteressen ausgerichtete Zivilprozess gelangt im Fall der Streuschäden eben an seine Grenzen, weil es nicht mehr um die Durchsetzung von Individualinteressen geht. Es geht auch nicht um das Kollektivinteresse einer mehr oder weniger klar definierten Gruppe betroffener Verbraucher, wie sie die Verbandsklage schützt. Es geht ausschließlich um die Bewährung der Rechtsordnung und damit um ein genuin öffentliches Interesse.⁶⁵⁾

Damit sind aber gleichzeitig auch die Grenzen des materiellen Rechts erreicht. Das Schadenersatzrecht dient primär dem Ausgleich, aber Ausgleich kann bei Streuschäden nicht stattfinden. Keines der erwähnten

62) Krausbeck, VuR 2018, 287, 290; Meller-Hannich in 72. DJT I A 44f; Micklitz/Stadler, WRP 2003, 562; Reiter/Methner/Schenkel, Die deutsche Gewinnabschöpfungsklage. Ein stumpfes Schwert für den Verbraucherschutz, VbR 2018, 61 (65); Wagner in 66. DJT I A 114f; vgl. auch Kletečka, JBl 2018, 500; Kodek, Die Verbesserung des Schutzes kollektiver Interessen im Privat- und Prozessrecht, in Reiffenstein/Pirker-Hörmann, Defizite kollektiver Rechtsdurchsetzung (2009) 131 (156).

63) Bien, Perspektiven für eine europäische Gruppenklage bei Kartellverstößen? – Die Opt-out Class Actions als Äquivalent der Vorteilsabschöpfung, NZKart 2013, 12 (14); Kodek, Kollektiver Rechtsschutz in Europa – Diskussionsstand und Perspektiven, in FS Nowotny (2015) 127 (148f).

64) Alexy, Begriff und Geltung des Rechts (2002) 139; Meller-Hannich in 72. DJT I A 25f.

65) Vgl. auch Karner in Schmidt-Kessel/Strünck/Kramme, Im Namen der Verbraucher? 173, 180f.

Modelle ist geeignet, dem Geschädigten Ersatz zu verschaffen. Damit bleiben allein Präventions- und Sanktionsgedanken übrig.⁶⁶⁾ Das passt aber nicht zu unserer Vorstellung von Privatrecht, das wäre viel mehr Privatrecht und Zivilprozess als Polizeiersatz.⁶⁷⁾ Ein derartiges Modell würden die meisten wohl instinktiv ablehnen, weil es für die Polizeifunktion andere Staatsgewalten gibt und weil der Schutz öffentlicher Interessen von Verwaltungsbehörden oder Strafgerichten übernommen werden soll.

3. Private Enforcement

Man könnte die Frage allerdings auch anders, moderner formulieren. Dann würde man wohl nach der Verfolgung öffentlicher Aufgaben durch Private Enforcement fragen, in der Hoffnung auf eine höhere soziale Wirksamkeit. Dafür finden sich sicherlich mehr Unterstützer, schließlich klingt dieses Stichwort nach schlankem Staat, nach Subsidiarität, nach sich selbst kontrollierenden Märkten; ein Erfolgskonzept, das im letzten Jahrzehnt etwas ramponiert wurde.

Solange die erhoffte Effektivitätssteigerung durch Private Enforcement nur ein Reflex davon ist, dass Bürger legitime private Rechtsschutzinteressen durchsetzen, ist Private Enforcement nichts Neues. *Rudolf von Jhering* hat schon vor 150 Jahren in seinem „Kampf um's Recht“ gewusst: Wer *sein* Recht behauptet, verteidigt *das* Recht.⁶⁸⁾ Dafür lohnt das große Wort Private Enforcement freilich nicht, denn dann würde auch das Verkehrsunfallopfer, das Schadenersatz begehrt, Private Enforcement der StVO betreiben.⁶⁹⁾

Selbst wenn dem so ist, hat Private Enforcement der StVO noch nicht dazu geführt, dass die Polizei abgeschafft und durch private Rechtsdurchsetzung ersetzt wurde. Genau darin liegt im Wirtschaftsrecht aber die Gefahr. Wenn Private Enforcement nämlich nicht nur die Ergänzung staatlicher Aufgabenerledigung durch privatrechtliches Handeln ist, sondern eine schleichende Verschiebung staatlicher Aufgaben zu Privaten rechtfertigen soll, wenn staatliche Durchsetzungsdefizite durch Privatklagen saniert werden sollen, wenn Private Enforcement die liberale Bemäntelung dafür ist, dass staatliche Schutzgarantien schwinden, dann ist „mehr privat, weniger Staat“ eine gewaltige Akzentverschiebung von unserem zum angloamerikanischen Modell.

Das kann man schon befürworten, aber eine so entwickelte Rechtskultur wie die unsere wäre gut beraten, einen Funktionswandel zentraler Rechtsinstitute nicht einfach passieren zu lassen, sondern sich dessen bewusst zu sein.

66) Siehe auch *Micklitz/Stadler*, WRP 2003, 560; *Wagner* in 66. DJT I A 109 f.

67) Vgl aber *Wagner*, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe? AcP 206 (2006) 352 (422 ff).

68) *Jhering*, Der Kampf um's Recht (1872).

69) Vgl auch *Fidler*, JBl 2018, 81 f; *Karner* in *Schmidt-Kessel/Strünck/Kramme*, Im Namen der Verbraucher? 181.

VI. Schlussfolgerungen

Dass sich der Prozess auch in den Dienst von Kollektivinteressen stellt, ist heute selbstverständlich. Manchmal tut er das verschämt wie beim Musterprozess, manchmal selbstbewusst wie bei der Verbandsklage, manchmal ambivalent wie bei der Sammelklage österreichischer Prägung.

Die Kollektivierung von Rechtsschutz soll also dazu führen, dass diejenigen ihre Ansprüche leichter durchsetzen können, die Ansprüche haben. Gesteigert werden soll die Effektivität der Rechtsordnung, indem ein *level playing field* zwischen großen Unternehmen und strukturell unterlegenen Verbrauchern geschaffen wird.

Immer dient der Prozess aber der Durchsetzung der materiellen Privatrechtsordnung, die nicht überspielt werden darf. Auch eine Sammelklage sammelt daher nur einzelne Ansprüche, deren Berechtigung im Einzelfall zu beweisen ist. Und wo das Schadenersatzrecht nicht das geeignete Hilfsmittel ist, kann es auch der Haftpflichtprozess nicht sein.

Es ist daher darauf zu achten, dass die Diskussion, die zur Stärkung des Verbraucherschutzes durch Private Enforcement geführt wird, für Verbraucher nicht zum Danaergeschenk der Schwächung von angestammtem Public Enforcement wird.