

NJW-Sonderheft
3. Hannoveraner
ZPO-Symposium
8. Oktober 2005

Universität Hannover 



Verlag C.H. Beck · München · Frankfurt a.M.

Inhalt

Berndt Netzer, Grußwort zur Eröffnung des 3. Hannoveraner ZPO-Symposions	2
Rüdiger Veil, Kapitalanleger im Prozess – Publizität, Haftung und kollektive Rechtsverfolgung	3
Eberhard Kramer, Kapitalanleger im Prozess – Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz	8
Christian Wolf, Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz – Vorlage- oder Aussetzungsverfahren?	13
Astrid Stadler, Gewinnabschöpfung im UWG	19
Hartmut Strube, Verbandsklagen und Gewinnabschöpfung – Ein Praxisbericht	25
Jürgen Schmidt-Räntsch, Interessenbündelung nur in Sondergesetzen? – Eine Frage an den Gesetzgeber	27
Volkert Vorwerk, Interessenbündelung auch außerhalb von Sondergesetzen? – Eine Frage an den Gesetzgeber	35
Elisabeth Heister-Neumann, Schlusswort zum 3. Hannoveraner ZPO-Symposion	39

Zitiervorschlag: NJW-Sonderheft 3. Hannoveraner ZPO-Symposion, 2006, S. ...

Neue Juristische Wochenschrift (NJW)

Redaktion:

Rechtsanwalt *Dr. Achim Schunder* (verantwortlich für den Textteil);
Rechtsanwalt *Dr. Stephan Tausch*.
Beethovenstraße 7b, 60325 Frankfurt a.M.,
Postanschrift: Postfach 11 02 41, 60037 Frankfurt a.M.,
Telefon: (0 69) 75 60 91-0, Telefax: (0 69) 75 60 91-49.
E-Mail: Redaktion@beck-frankfurt.de
Internet: www.njw.de

Urheber- und Verlagsrechte: Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlags in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilm oder andere Verfahren – reproduziert oder in eine von Maschinen, insbesondere von Datenverarbeitungsanlagen verwendbare Sprache, übertragen werden.

Anzeigenabteilung: Verlag C.H. Beck, Anzeigenabteilung, Wilhelmstraße 9, 80801 München, Postanschrift: Postfach 40 03 40, 80703 München, Telefon: (0 89) 3 81 89-7 81, Telefax: (0 89) 3 81 89-7 82.
E-Mail: media-service@beck.de

Disposition: (Herstellung Anzeigen, technische Daten): Telefon: (0 89) 3 81 89-6 04/-6 06. Telefax: Auftragservice (0 89) 3 81 89-5 99.
Verantwortlich für den Anzeigenteil: *Fritz Lebherz*.

Verlag: Verlag C.H. Beck oHG, Wilhelmstr. 9, 80801 München, Post-

anschrift: Postfach 40 03 40, 80703 München, Telefon: (0 89) 3 81 89-0, Telefax: (0 89) 3 81 89-3 98, Postbank München: Nr. 6 229-802, BLZ 700 100 80.

Bestellungen an:

NJW-Redaktion
Postfach 11 02 41, 60037 Frankfurt a.M., Fax: (0 69) 75 60 91-49.
E-Mail: NJW@beck-frankfurt.de

Druck: Druckerei C.H. Beck (Adresse wie Verlag). Lieferanschrift: Versand und Warenannahme, Berger Str. 3-5, 86720 Nördlingen.

NJW-Sonderheft

3. Hannoveraner ZPO-Symposium

8. Oktober 2005

Herausgegeben von Professor Dr. Christian Wolf, Universität Hannover,
Rechtsanwalt beim BGH Dr. Volkert Vorwerk, Karlsruhe, Rechtsanwalt Dr. Ulrich Scharf,
Rechtsanwaltskammer Celle, Rechtsanwalt Dr. Achim Schunder, Frankfurt a. M.

Redaktion: Rechtsanwalt Dr. Achim Schunder und Rechtsanwalt Dr. Stephan Tausch,
Beethovenstraße 7 b, 60325 Frankfurt a. M.

Vorwort

Das vorliegende Sonderheft der NJW zum „3. Hannoveraner ZPO-Symposium“ am 8. 10. 2005 dokumentiert erneut die Veranstaltung, welche diesmal unter dem Generalthema „Interessenbündelung im Zivilprozess“ stand. In einem ersten Themenblock wurde das neue Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG) diskutiert. Äußerer Anlass für den Gesetzgeber, das KapMuG zum vergangenen Herbst auf den Weg zu bringen, war der so genannte Frankfurter Telekom-Prozess. Die Bedeutung des KapMuG reicht aber weit über dieses Verfahren hinaus, hat doch der Rechtsausschuss den Anwendungsbereich des Gesetzes auch auf den „grauen Kapitalmarkt“ erstreckt. *Rüdiger Veil* untersucht in seinem Beitrag die kapitalmarktrechtlichen Haftungsnormen und die Bedeutung deren kollektivrechtlicher Durchsetzung für den Kapitalmarkt. *Eberhard Kramer* analysiert das KapMuG aus richterlicher, *Christian Wolf* aus wissenschaftlicher Perspektive. Der zweite Themenkomplex war mit den Beiträgen von *Astrid Stadler* und *Hartmut Strube* dem Gewinnabschöpfungsverfahren im UWG gewidmet. Wie bereits beim 1. und 2. Hannoveraner ZPO-Symposium befasste sich das 3. Hannoveraner ZPO-Symposium auch mit der rechtspolitischen Perspektive. Allerdings waren im dritten Themenkomplex die Vorzeichen diesmal umgedreht. *Jürgen Schmidt-Räntsch* und *Volkert Vorwerk* richteten die Frage an den Gesetzgeber, warum die prozessrechtliche Interessenbündelung nicht innerhalb der ZPO einen breiteren Anwendungsbereich eröffnet. An die hier abgedruckten Referate schloss sich eine Podiumsdiskussion mit den Mitgliedern des Bundestages *Jürgen Gebb* (CDU/CSU), *Sibylle Laurischk* (FDP), *Jerzy Montag* (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN) sowie Ministerialdirektor *Berndt Netzer* vom BMJ an. *Berndt Netzer* überbrachte auch das Grußwort der Bundesministerin der Justiz *Brigitte Zypries*. Das Schlusswort der Tagung sprach die niedersächsische Justizministerin *Elisabeth Heister-Neumann*.

Innerhalb kurzer Zeit ist es gelungen, das Hannoveraner ZPO-Symposium in den Tagungskalender fest zu integrieren. Das Symposium ist zu dem Forum des Gedankenaustausches zwischen den am Prozessrecht interessierten Richtern, Rechtsanwälten und Wissenschaftlern geworden. Mehr als vielleicht andere Disziplinen ist das Prozessrecht auf einen aktiven Dialog zwischen Wissenschaft und Praxis angewiesen. Prozessrecht wird im Grunde erst im Gerichtssaal zum Leben erweckt, bedarf aber wie jede andere Disziplin auch der wissenschaftlichen Reflexion. Ziel des Symposiums war es daher erneut, die einzelnen Themenstellungen aus der Perspektive von Wissenschaft und Praxis in den verschiedenen Referaten zu beleuchten. Zu einem die Rechtspolitik einschließenden Dialog wurde das Symposium aber erst durch die über 100 Teilnehmer aus Wissenschaft, Anwalt- und Richterschaft. Die Diskussion fand erneut unter der souveränen und fachkundigen Leitung des ehemaligen Schriftleiters der NJW, *Martin W. Huff*, statt. Die Veranstalter nutzen die Gelegenheit, sich bei *Martin Huff* für sein vielfältiges Engagement und seine großen Verdienste um das Hannoveraner ZPO-Symposium herzlich zu bedanken.

Die Stadt Hannover, welche bereits der Deutsche Bund 1862 zum Sitz der von ihm eingesetzten Kommission zur Erarbeitung einer einheitlichen Prozessordnung für die deutschen Lande gewählt hat, hat sich wiederum als guter Platz für die Diskussion prozessrechtlicher Fragen erwiesen. Der prozessrechtlichen Tradition Hannovers fühlen sich die Veranstalter des Hannoveraner ZPO-Symposium verpflichtet. Das 4. Hannoveraner ZPO-Symposium wird 2007 stattfinden.

Christian Wolf, Volkert Vorwerk, Ulrich Scharf, Achim Schunder

Ministerialdirektor Berndt Netzer, Berlin

Grußwort zum 3. Hannoveraner ZPO-Symposium*

Sehr geehrter Herr Bundesverfassungsrichter *Dr. Gaier*,
sehr geehrter Herr Abgeordneter *Montag*,
sehr geehrter Herr Professor *Wolf*,
meine sehr geehrten Damen und Herren,

zum 3. Hannoveraner ZPO-Symposium darf ich Ihnen die besten Grüße von Frau Bundesministerin *Zypries* überbringen, die zu ihrem Bedauern terminlich verhindert ist. Vorweg danke ich für die Initiierung dieses Symposiums und für die Einladung besonders Ihnen, Herr Professor *Wolf*, und Ihnen, Herr Rechtsanwalt *Dr. Vorwerk*. Dank sagen möchte ich auch der Rechtsanwaltskammer Celle und der Neuen Juristischen Wochenschrift als Mitveranstalter, insbesondere Herrn Rechtsanwalt *Huff* von der Schriftleitung der NJW, dem Moderator des heutigen Tages.

Meine sehr geehrten Damen und Herren, ein Sprichwort besagt: „Bündnis macht die Schwachen stark.“ Das gilt uneingeschränkt auch für das Thema der heutigen Veranstaltung: „Die Interessenbündelung im Zivilprozess“.

Es liegt auf der Hand, dass und aus welchen Gründen ein praktisches Bedürfnis nach effizienten zivilprozessualen Bündelungsinstrumenten besteht: Es gilt zu vermeiden, dass sich unterschiedliche Gerichte mit gleich gelagerten Sachverhalten befassen. Das ist ineffizient und birgt die Gefahr einer Rechtszersplitterung. Hinzu kommen ein erhöhtes Prozessrisiko für den Einzelnen und ein unnötig hoher Verfahrensaufwand für die Justiz. Zu fragen ist also, welche Regelungen zur Interessenbündelung die deutsche Zivilprozessordnung bislang vorsieht.

Der Zivilprozess ist typischerweise auf den Konflikt zwischen zwei Parteien zugeschnitten, nicht aber auf einen Verbund von Klägern oder Beklagten. Dennoch gibt es auch im herkömmlichen Zivilprozessrecht verschiedene Arten der Interessenbündelung: Wir alle kennen

- die Streitgenossenschaft,
- die Verfahrensverbundung und
- die Aussetzung von Verfahren mit der Abrede, dass ein Prozess zum Musterverfahren wird.

Diese Möglichkeiten gewährleisten freilich keine optimale gerichtliche Durchsetzung in Fällen von Massenschäden, wie zum Beispiel bei einem Inverkehrbringen mangelhafter oder falsch ausgezeichneter Produkte, oder Streuschäden, wie sie insbesondere bei Beteiligungen an Kapitalanlagen auftreten.

Bei der Streitgenossenschaft ist es schwierig, wie sich viele Geschädigte überhaupt zusammenfinden. Häufig werden nur Zufallsgemeinschaften entstehen. Die Verbindung von Verfahren setzt voraus, dass mehrere Prozesse in gleicher Instanz bei demselben Gericht anhängig sind. Daran wird eine Verfahrensverbundung insbesondere bei Streuschäden häufig scheitern. Die weitere Möglichkeit, bis auf ein Verfahren alle parallel gelagerten Prozesse auszusetzen und einen Prozess zum Musterverfahren zu erklären, macht nur Sinn, wenn die Vorgreiflichkeit der Entscheidung im Musterverfahren für die ausgesetzten Prozesse durch eine Abrede zwischen den Parteien aller Prozesse abgesichert wird. Das ist ein in der Praxis schwieriges Unterfangen. Auch nur eine Notlösung kann im Einzelfall die vom *BVerfG* gebilligte Entscheidung eines Gerichts sein, zunächst nur ausgewählte Verfahren als so genannte Pilotverfahren zu betreiben und

sich den übrigen Verfahren erst nach deren Abschluss zuzuwenden.

Lassen Sie mich an dieser Stelle einfügen und den Bogen zum letzten Symposium schlagen: Der eher zarte Versuch in der letzten Legislaturperiode, prozessuale Erkenntnisse aus einem Gerichtsverfahren in anderen Verfahren zu verwerten, hat – was die wesentlichen Teile betrifft – politisch keine Mehrheit gefunden. Übrig geblieben ist die in § 411 a ZPO ermöglichte Gutachtenverwertung. Man wird sehen, ob das damalige Gedankengut wieder aufgegriffen wird.

Insgesamt muss also festgestellt werden, dass die Instrumente zur Bündelung gleich gerichteter Interessen im Zivilprozess verbesserungsbedürftig sind.

Der Gesetzgeber hat auf diese Situation mit einem Schritt reagiert, nämlich dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz, das am 1. 11. 2005 in Kraft treten wird. Damit wird ein erstes bereichsspezifisches Bündelungsmodell im Zivilprozess zur Verfügung gestellt. Mit dem Gesetz sollen der Kapitalmarkt und das Vertrauen der Anleger in die Kapitalmärkte, der Rechtsschutz der Anleger gestärkt werden, um die internationale Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Deutschland weiter zu verbessern. Das neue Gesetz bietet die Möglichkeit, in Schadensersatzprozessen wegen falscher, irreführender oder unterlassener Kapitalmarktinformationen ein Musterverfahren durchzuführen. Sie kennen die wesentlichen Regelungen dieses Gesetzes:

Tatsachen- und Rechtsfragen, die sich in mindestens zehn individuellen Schadensersatzprozessen gleich lautend stellen, sollen in einem Musterverfahren gebündelt und einheitlich durch das *OLG* mit Bindungswirkung für alle Kläger entschieden werden. Um eine Verfahrenskanalisation bei einem Gericht zu erreichen, wird ein ausschließlicher Gerichtsstand am Sitz des Unternehmens eingeführt. Zulässige Musterfeststellungsanträge macht das Prozessgericht in einem vom Bundesanzeiger geführten elektronischen Klageregister im Internet bekannt. Damit kann sich jedermann kostenfrei darüber informieren, ob bereits Verfahren anhängig sind, die seinem eigenen Anliegen entsprechen. Das *OLG* klärt die vorgelegte Musterfrage per Musterentscheid für alle Verfahren gleichermaßen verbindlich mit nur einer Beweisaufnahme. Ich denke, damit liegen die Vorteile des kollektiven Musterverfahrens gegenüber dem Einzelrechtsstreit auf der Hand:

- Zum einen kann der einzelne Anleger seinen Schadenersatzanspruch effektiv durchsetzen.
- Zum anderen werden komplexe Tatsachen- und Rechtsfragen nur einmal mit Bindungswirkung für alle geschädigten Anleger geklärt. Damit wird der Gefahr uneinheitlicher Entscheidungen in gleich gelagerten Fällen entgegengewirkt.
- Weiter wird das Prozesskostenrisiko für den einzelnen Anleger deutlich gesenkt. Ein Auslagenvorschuss insbesondere für teure Sachverständigengutachten muss nicht gezahlt werden. Im Falle des Unterliegens der Kläger werden die Kosten auf alle Kläger anteilig verteilt.
- Und nicht zuletzt kommt es zur Beschleunigung bei der Abwicklung einer Vielzahl von Klagen. Die betroffenen Gerichte werden entlastet. Die beklagten Unternehmen erhalten schneller Rechtssicherheit.

* Berndt Netzer ist Abteilungsleiter im Bundesministerium der Justiz.

Sehr geehrte Damen und Herren, dieses neu geschaffene Verfahren hat das Musterverfahren nach der Verwaltungsgerichtsordnung zum Vorbild. Es hat nicht zum Vorbild die Sammelklagen nach US-amerikanischem Recht, die so genannten class actions.

Diese class actions – wem sage ich das, Herr Professor Wolf – sind nach Struktur, Wirkung und vor allem nach ihrem Hintergrund etwas ganz Anderes. Auch sie dienen zwar der Geltendmachung von gleich gelagerten Ansprüchen. Sie knüpfen oft an einem Großschadensereignis an. Wird eine solche class action jedoch vom Gericht einmal zugelassen, so werden von dieser alle Ansprüche von Personen erfasst, die sich in einer gleichen Lage befinden. Es kommt danach nicht mehr darauf an, ob diese Personen an dem Prozess teilnehmen oder nicht.

Selbstverständlich hätte die Einführung einer solchen class action in Deutschland für manche auch Vorteile. Geschädigte würden so unter Umständen schneller zu einem Ausgleich gelangen. Die Nachteile liegen indessen auf der Hand.

Einmal stehen solche class actions oft auf tönernen Füßen, treiben die Industrie aber gleichwohl in Vergleiche mit Auswirkungen auf die Produktionskosten und schließlich Verbraucherpreise. Solche Risiken brauchen wir in Deutschland sicher nicht. Die class actions sind darüber hinaus mit zwei weiteren Besonderheiten des Prozessrechts in den USA verknüpft: Großen Druck können die in der Gruppe verbundenen Kläger bereits im Vorfeld dadurch verursachen, dass sie die Offenlegung von Betriebsinterna verlangen und das beklagte Unternehmen ausforschen können. Schon dieser Abschnitt im Prozess lässt viele Unternehmen auch fragwürdige Vergleiche abschließen. Wer will sich schon in die eigenen Akten schauen lassen? Daneben stehen die Strafschadensersatzforderungen. Diese zum Teil horrenden Summen machen die Prozesse häufig erst interessant. Sie bringen die Beklagten dazu, die erstrebten Vergleiche abzuschließen und

sie führen zu den von den Rechtsanwälten angestrebten Erfolgshonoraren. Ich meine, wir sind gut beraten, eine derartige Kommerzialisierung des Verfahrens zu vermeiden.

Daher passen auch die class actions nicht in unseren Zivilprozess. Im Gegenteil: Wenn ein Urteil aus den USA, das auf derartigen class actions beruht, in Deutschland vollstreckt werden soll, zeigen wir meistens mit dem Ordre-public-Vorbehalt die rote Karte.

Sehr geehrte Damen und Herren, mit dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz betritt der Gesetzgeber Neuland im Zivilprozess.

Das neue Gesetz ist zunächst auf fünf Jahre befristet. Während dieser Zeit wird das Bundesministerium der Justiz die Erfahrungen mit den neuen Regelungen auswerten. Bewährt sich das Gesetz, ist zu prüfen, ob es als allgemeine Regelung für Massenverfahren in die Zivilprozessordnung aufgenommen werden kann. Es hat insoweit also Pilotcharakter. Dabei gilt es auch die europäische Rechtsentwicklung sowie die Modelle kollektiver Rechtsverfolgung in den Rechtsordnungen anderer EU-Mitgliedstaaten weiter im Blick zu behalten. Aber auch die Möglichkeit, die vorhandenen Instrumentarien der Zivilprozessordnung zu optimieren – wie etwa die Aussetzung des Verfahrens – dürfen wir nicht aus den Augen verlieren.

Festzuhalten ist: Die rechtspolitische Diskussion muss fortgesetzt werden. Ich freue mich daher, dass sich dieses Symposium mit dieser komplexen Thematik befasst und hoffe, dass uns die guten Gedanken schon heute während der Veranstaltung einfallen. In diesem Sinne bin ich neugierig auf die Referate und Beiträge und wünsche uns allen eine ertragreiche Diskussion.

Vielen Dank für Ihre Geduld und Ihre Aufmerksamkeit. ■

Professor Dr. Rüdiger Veil, Hamburg

Kapitalanleger im Prozess – Publizität, Haftung und kollektive Rechtsverfolgung*

I. Einführung

Das Kapitalmarktrecht befindet sich im Umbruch. Ein in den letzten Jahren geschaffenes und weiter im Ausbau befindliches System von Publizitätspflichten sorgt dafür, dass Anleger im Emissions- und Zirkulationsmarkt informierte Investitions- und Desinvestitionsentscheidungen treffen können. Ferner beginnt sich langsam ein korrespondierendes Schadensersatzregime herauszubilden. Es sanktioniert die Verletzung der Publizitätspflichten und hat den Schutz der vermögensrechtlichen Interessen der Anleger im Sinn. Die bislang gemachten Erfahrungen mit Klagen geschädigter Anleger offenbaren allerdings, dass es noch manche Baustellen gibt. Vor allem die von 14 447 Aktionären gegen die Telekom AG geführten Klagen wegen eines angeblich fehlerhaften Börsenprospekts¹ verdeutlichen das Bedürfnis, ein flankierendes prozessrechtliches System zu schaffen. Es sollte dem Umstand Rechnung tragen, dass eine fehlerhafte Information des Kapitalmarkts häufig Streuschäden zur Folge hat: Typischerweise ist eine hohe Anzahl geschädigter Anleger mit geringen Schadensersatzsummen anzutreffen. Ein rationaler Anleger wird angesichts der enormen, außer Ver-

hältnis zum Schaden stehenden Prozesskosten davon absehen, seine Ansprüche geltend zu machen.

Die Antwort des Gesetzgebers auf diese Rechtsschutzdefizite² erfolgte mit dem Gesetz zur Einführung von Kapitalanleger-Musterverfahren³. Ab dem 1. 11. 2005 wird es möglich sein, die Feststellung des Vorliegens oder Nichtvorliegens anspruchsbegründender oder anspruchsausschließender Voraussetzungen oder die Klärung von Rechtsfragen in einem Musterverfahren zu begehren (§ 1 I KapMuG). Im Blickpunkt meiner folgenden Überlegungen steht die Frage, was dieses Verfahren leisten kann. Dazu werde ich zunächst die Strukturen des Publizitätssystems de lege lata und de lege

* Der Autor ist Inhaber des Alfred Krupp-Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Deutsches und Internationales Unternehmens- und Wirtschaftsrecht an der Bucerius Law School in Hamburg.

1 Vgl. dazu zuletzt Hess, ZIP 2005, 1713.

2 Zur rechtspolitischen Diskussion über die in Betracht kommenden Formen einer zivilprozessualen Bündelung von Schadensersatzansprüchen vgl. Fleischer, Gutachten F zum 64. DJT 2002, F 115 ff.; Heß, AG 2003, 113; Ebbing, ZVglRWiss 103 (2004), 31.

3 BGBl I 2005, 2437.

ferenda skizzieren (unter II) sowie die Funktionen und Rechtsgrundlagen der kapitalmarktrechtlichen Informationshaftung entfalten (unter III). Anschließend werde ich zu den Möglichkeiten und Grenzen einer kollektiven Rechtsverfolgung im Musterverfahren Stellung nehmen (unter IV).

II. Publizität im Primär- und Sekundärmarkt

1. Status Quo

Publizität im Kapitalmarkt ist eine Errungenschaft der letzten Jahre. Mittlerweile ist ein facettenreiches System anzutreffen, das im Folgenden nur in den Grundzügen vorgestellt werden kann.

a) *Grundlagen.* Die kapitalmarktrechtlichen Publizitätspflichten sollen gewährleisten, dass die Anleger frühzeitig über die preisrelevanten Informationen verfügen, um sachgerechte Anlageentscheidungen treffen zu können⁴. Ihre Grundlage finden sie in der Erkenntnis der Informationsökonomik, dass Informationsasymmetrien zu einem Marktversagen führen können⁵. Deutlich wird dies beim Prozess adverser Selektion. Mangels entsprechender Informationen ist der Nachfrager nicht in der Lage, die Qualität eines Gutes zu bestimmen. Er wird seine Zahlungsbereitschaft am Durchschnittspreis ausrichten. Folge ist, dass der Anbieter hochwertiger Güter sein Angebot zurückzieht. Es werden dann nur noch unterdurchschnittliche Güter angeboten, was schließlich zur weiteren Folge hat, dass sich auch der Nachfrager vom Markt zurückzieht. Dieser Gefahr des Marktversagens kann unter anderem durch die Offenlegung der relevanten Informationen begegnet werden⁶. Das Regelungskonzept des europäischen Kapitalmarktrechts trägt dieser Erkenntnis durch zahlreiche Publizitätspflichten Rechnung⁷. Professionell agierende Anleger und Privatanleger erhalten vom Emittenten die Informationen, die für eine Bewertung von Wertpapieren erheblich sind.

b) *Publizitätspflichten.* Ein Pfeiler des Publizitätssystems bildet die Regelpublizität. Dazu gehört die bilanzrechtliche Publizitätspflicht (§ 325 HGB), die sich seit diesem Jahr in einem neuen Gewand präsentiert: Unternehmen, die als Wertpapieremittenten an einem organisierten Kapitalmarkt auftreten, sind nach der IAS-Verordnung verpflichtet, ihre Konzernabschlüsse nach den International Financial Reporting Standards (IFRS; früher: IAS) aufzustellen (vgl. § 315 a I HGB)⁸. Diese Unternehmensberichterstattung ist entscheidend am Informationsbedürfnis der Kapitalmarktteilnehmer ausgerichtet (Konzept des „Fair Value“)⁹. Hinzu kommen börsengesetzliche Pflichten, die es dem Publikum ermöglichen, sich in bestimmten Zeitabständen über den Emittenten zu unterrichten. So muss der Emittent für Wertpapiere, die im amtlichen oder geregelten Markt an der Börse gehandelt werden sollen, einen Prospekt veröffentlichen (§§ 30 III Nr. 2, 51 I Nr. 2 BörsG, § 3 WertpapierprospektG [WpPG]). Ferner haben die Emittenten zugelassener Aktien innerhalb des Geschäftsjahres regelmäßig mindestens einen Zwischenbericht zu veröffentlichen, der anhand von Zahlenangaben und Erläuterungen ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Finanzlage und des allgemeinen Geschäftsgangs des Emittenten im Berichtszeitraum vermittelt (§ 40 I BörsG).

Ein weiterer Pfeiler des Publizitätssystems stellen die anlassabhängigen Publizitätspflichten dar¹⁰. Sie sollen gewährleisten, dass Anleger kursensible Sachverhalte möglichst schnell erfahren können¹¹. Zu nennen sind zum einen die Pflicht zur Veröffentlichung und Mitteilung von Insiderinformationen (§ 15 WpHG), zur Mitteilung und Veröffentlichung von Geschäften in eigenen Wertpapieren (§ 15 a WpHG; Directors' Dealings) sowie die Mitteilungs- und Veröffentlichungspflich-

ten bei Veränderungen des Stimmrechtsanteils an börsennotierten Gesellschaften (§§ 21, 25, 26 WpHG). Eine ordnende Übersicht ermöglicht das von einem Emittenten dem Publikum einmal jährlich zur Verfügung zu stellende Dokument, das alle Informationen enthält oder auf sie verweist, die der Emittent in den vorausgegangenen zwölf Monaten auf Grund der genannten Vorschriften veröffentlicht hat (§ 10 I 1 WpPG). Auch dieses so genannte jährliche Dokument ist zu veröffentlichen (§ 10 I 2 i. V. mit § 14 WpPG).

Integriert in dieses Publizitätskonzept sind die Informationsintermediäre: Analysten verarbeiten die vom Emittenten zur Verfügung gestellten Informationen und tragen dazu bei, dass auch private Anleger informiert handeln können. Deshalb unterliegen sie besonderen Verhaltensregeln¹².

2. Ausbau des Publizitätssystems

Dieses Publizitätssystem wird schon in naher Zukunft einen weiteren Ausbau erfahren. Die neue Transparenzrichtlinie¹³ verlangt von den Mitgliedstaaten, bis zum 20. 1. 2007 die Regelpublizität grundlegend und die anlassabhängige Publizität in Details zu reformieren¹⁴.

a) *Regelpublizität (Halbjahresberichte, Jahresberichte, Zwischenmitteilungen der Geschäftsführung).* Im Mittelpunkt der Umsetzung der Richtlinie wird der Pfeiler der Regelpublizität stehen. Drei Informationspflichten sollen die Transparenz öffentlich gehandelter Unternehmen verbessern. Erstens wird ein Emittent zukünftig spätestens vier Monate nach Ablauf jedes Geschäftsjahres einen Jahresfinanzbericht zu veröffentlichen haben (Art. 4 I Transparenz-RL). Dieser muss zum einen den geprüften Abschluss und den Lagebe-

4 Vgl. Begr. d. RegE z. 2. FinanzmarktförderungsG, BT-Dr 12/6679, S. 48, sowie Begr. d. RegE zum AnlegerschutzverbesserungsG (AnSVG), BT-Dr 15/3174, S. 34.

5 Vgl. *Akerlof*, The Market for „Lemons“: Quality Uncertainty and the Market Mechanism, 84 Q. J. Econ. 1970, 488; *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, 3. Aufl. (2003), S. 239 ff.; *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 96 ff.

6 In Betracht kommen ferner Maßnahmen, die in der Wirtschaftswissenschaft mit den Kategorien Screening, Signaling und Self-Selection beschrieben werden. Auch vertragliche und gesetzliche Garantien sind mögliche Strategien. Vgl. *Süchting*, Finanzmanagement, 6. Aufl. (1995), S. 510 f.; *Fleischer* (o. Fußn. 5), S. 129.

7 Zur Diskussion über die Vorteile einer verpflichtenden gegenüber einer freiwillig erfolgenden Offenlegung vgl. *Kümpel/Veil*, WpHG, 2. Aufl. (2006), 4. Teil Rdnr. 7.

8 Von der Ermächtigung der Verordnung, die Anwendung der IFRS auch auf den Einzelabschluss zu gestatten oder vorzuschreiben, hat der nationale Gesetzgeber abgesehen, weil diese Rechnungslegungsstandards sich nicht für eine Ausschüttungsbemessung eignen. Vgl. Begr. d. RegE z. BilanzrechtsreformG, BT-Dr 15/3419, S. 23.

9 Das Prinzip des Fair Value zeigt sich vor allem darin, dass die Vermögensgegenstände und Schulden nach ihrem Marktwert zu bewerten sind. Vgl. hierzu *Adler/Düring/Schmaltz*, Rechnungslegung nach Internationalen Standards, Abschn. 1 Rdnrn. 249 ff. (Stand: April 2005).

10 Kapitalmarktrechtliche Veröffentlichungspflichten bestehen außerdem bei Angeboten zum Erwerb von Wertpapieren nach dem WpÜG. Von zentraler Bedeutung ist vor allem, dass der Bieter seine Entscheidung über die Abgabe eines Erwerbsangebots oder eines Übernahmeangebots unverzüglich zu veröffentlichen hat (§ 10 I WpÜG). Zu einer möglicherweise schon vorherigen Publizität gem. § 15 I WpHG ist er nicht verpflichtet (§ 10 VI WpÜG). Allerdings kann sich für die Zielgesellschaft eine solche Veröffentlichungspflicht ergeben, wenn sie von einem bevorstehenden Übernahmeangebot erfährt (hierzu sowie zu weiteren übernahmerechtlichen Publizitätspflichten vgl. *Kümpel/Veil* [o. Fußn. 7], 4. Teil Rdnr. 4).

11 Hierzu und zu weiteren Zwecken vgl. *Kümpel/Veil* (o. Fußn. 7), 4. Teil Rdnrn. 5 ff.

12 Die Anforderungen an eine Finanzanalyse sind in § 34 b WpHG niedergelegt. Vgl. hierzu *Kümpel/Veil* (o. Fußn. 7), 8. Teil Rdnrn. 80 ff.; monographisch *Schilder*, Die Verhaltenspflichten von Finanzanalysten nach dem Wertpapierhandelsgesetz, 2005.

13 Richtlinie 2004/109/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 15. 12. 2004 zur Harmonisierung der Transparenzanforderungen in Bezug auf Informationen über Emittenten, deren Wertpapiere zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind, und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG; AbIEG Nr. L 390 v. 31. 12. 2004, S. 38.

14 Vgl. hierzu überblicksartig bereits *Möllers*, ZBB 2003, 390 (395).

richt umfassen. Zum anderen hat er eine Erklärung der Geschäftsleitung zu enthalten, dass der aufgestellte Abschluss ihres Wissens ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögenswerte und Verbindlichkeiten sowie der Finanz- und der Ertragslage des Emittenten und der Gesamtheit der in die Konsolidierung einbezogenen Unternehmen vermittelt und dass der Lagebericht den Geschäftsverlauf, das Geschäftsergebnis und die Lage der Gesamtheit der in die Konsolidierung einbezogenen Unternehmen so darstellt, dass ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild entsteht, und dass er die wesentlichen Risiken und Ungewissheiten, denen sie ausgesetzt sind, beschreibt (Art. 4 II Transparenz-RL).

Zweitens wird ein Emittent von Aktien oder Schuldtiteln verpflichtet sein, einen Halbjahresfinanzbericht über die ersten sechs Monate des Geschäftsjahres zu veröffentlichen (Art. 5 I Transparenz-RL). Dieser umfasst einen verkürzten Abschluss, einen Zwischenlagebericht sowie ebenfalls Ordnungsmäßigkeit der gemachten Angaben bestätigende Erklärung der Geschäftsleitung (Art. 5 II Transparenz-RL). Er gibt zumindest wichtige Ereignisse während der ersten sechs Monate des Geschäftsjahres und ihre Auswirkungen auf den verkürzten Abschluss an. Ferner beschreibt er die wesentlichen Risiken und Ungewissheiten in den restlichen sechs Monaten des Geschäftsjahres. Im Falle von Emittenten, die Aktien begeben, nennt der Zwischenlagebericht auch Großgeschäfte mit nahe stehenden Personen (Art. 5 IV Transparenz-RL).

Schließlich wird die periodische Berichterstattung über ein Geschäftsjahr durch ein weiteres Instrument erheblich verbessert. Die Mitgliedstaaten haben eine Pflicht zur Veröffentlichung von Zwischenmitteilungen der Geschäftsführung vorzusehen. Adressat dieser Publizitätspflicht sind Emittenten, deren Aktien zum Handel an einem geregelten Markt zugelassen sind. Sie wird in der ersten und in der zweiten Hälfte des Geschäftsjahres zu erfüllen sein. In der Zwischenmitteilung sind die wesentlichen Ereignisse und Transaktionen, die in dem betreffenden Zeitraum stattgefunden haben, und ihre Auswirkungen auf die Finanzlage des Emittenten und der von ihm kontrollierten Unternehmen zu erläutern. Weiterhin muss die Mitteilung eine allgemeine Beschreibung der Finanzlage und des Geschäftsergebnisses des Emittenten sowie der von ihm kontrollierten Unternehmen im betreffenden Zeitraum enthalten (Art. 6 I Transparenz-RL).

b) *Anlassabhängige Publizität (laufende Information über bedeutende Beteiligungen)*. Auch die laufende Information in Gestalt der Mitteilung des Erwerbs oder der Veräußerung bedeutender Beteiligungen ist an die Vorgaben der Transparenz-Richtlinie anzupassen. Im Mittelpunkt stehen die Meldeschwellen. Die Richtlinie gibt ein progressives Transparenz-System vor. Es beginnt bei einer Schwelle von 5% der Stimmrechte und setzt sich in 5%-Schritten bis 30% fort. Ferner sind Schwellen bei 50% und 75% der Stimmrechte festzusetzen (Art. 9 I Transparenz-RL)¹⁵.

III. Kapitalmarktrechtliche Informationshaftung

1. Rechtsgrundlagen und Funktionen

Verstöße gegen die kapitalmarktrechtlichen Publizitätspflichten können mit Mitteln des Ordnungswidrigkeitenrechts geahndet werden¹⁶. Ferner können sie zivilrechtliche Schadensersatzpflichten auslösen. Dieser Sanktionsweg hat sich erst in den letzten Jahren herausgebildet. Er ist motiviert durch die gewachsene Einsicht, dass Haftungsregeln auch zur Verhaltenssteuerung nutzbar gemacht werden sollten. Es können nach derzeitigem Erkenntnisstand zwei Anspruchsschienen verfolgt werden. So ist zum einen denkbar, dass eine deliktsrechtliche Verantwortlichkeit begründet ist. Zum an-

deren kommt in bestimmten Bereichen eine spezialgesetzliche Haftung in Betracht.

a) *Deliktsrechtlicher Schutz*. Anerkannt ist, dass wegen fehlerhafter Informationen des Kapitalmarkts eine Schadensersatzpflicht gem. § 826 BGB oder gem. § 823 II BGB i. V. mit § 400 AktG bestehen kann¹⁷. Beide Anspruchsgrundlagen sind maßgeblich vom Ausgleichsgedanken getragen. Seit den Entscheidungen *Infomatec*¹⁸ und *EM-TV*¹⁹ des BGH haben sie zudem an Konturen gewonnen. Sie sind in der Praxis trotz ihrer hohen tatbestandlichen Hürden von einer gewissen Bedeutung²⁰. Schwieriger verhält es sich bezüglich einer Schadensersatzpflicht gem. § 823 II BGB. Die herrschende Meinung spricht den wertpapierhandelsgesetzlichen Veröffentlichungspflichten zu Recht einen Schutzgesetzcharakter ab²¹. Die Publizitätspflichten sind in erster Linie dem Funktionsschutz verpflichtet. Ein Schutz der vermögensrechtlichen Interessen der Anleger ist nicht intendiert.

Dagegen sollen Verletzungen der bilanzrechtlichen Offenlegungspflichten gem. § 325 HGB nach verbreiteter Meinung eine Schadensersatzpflicht der Geschäftsleitung und unter Umständen der Gesellschafter (§ 830 BGB) auslösen können²². Bislang ist die Frage allerdings noch nicht praktisch relevant geworden. Eine fehlerhafte Rechnungslegung kann zudem nur gem. § 823 II BGB i. V. mit § 331 HGB oder gem. § 826 BGB haftungsrechtliche Folgen haben²³.

Insgesamt ist somit festzustellen, dass das Deliktsrecht nur einen bescheidenen Beitrag zum kapitalmarktrechtlichen Anlegerschutz zu leisten vermag. Im Blickpunkt muss daher die spezialgesetzliche Haftung stehen.

b) *Spezialgesetzlicher Schutz*. Die börsengesetzliche Prospekthaftung (§§ 44, 45 BörsG) kann auf eine mehr als hundertjährige Existenz zurückblicken. Auf Grund einiger Gesetzesänderungen präsentiert sie sich mittlerweile in einem anlegerfreundlichen Gewand. Ferner können seit dem Vierten Finanzmarktförderungsgesetz aus dem Jahr 2002 die Anleger Schadensersatz verlangen, wenn Insiderinformationen nicht unverzüglich bzw. inhaltlich unrichtig veröffentlicht wurden (§§ 37 b, 37 c WpHG). Der Gesetzgeber hat diese Vorschriften damit begründet, dass der beschränkte deliktsrechtliche Schutz unzureichend sei und ein sorgfältiges Publizitätsverhalten des Emittenten nicht gewährleisten würde²⁴. Sie sind daher auch von einem Präventivgedanken getragen.

15 Derzeit sind Schwellen von 5%, 10%, 25%, 50% und 75% der Stimmrechte vorgesehen (§ 21 I WpHG).

16 Vgl. bezüglich der wertpapierhandelsgesetzlichen Pflichten § 39 WpHG. Verstöße gegen die Offenlegungspflicht gem. § 325 HGB können mit einem Zwangsgeld verfolgt werden (§ 340 o HGB).

17 Vgl. BGHSt 49, 381 = NJW 2005, 445 = NZG 2005, 132.

18 BGHZ 160, 149 = NJW 2004, 2971 = ZIP 2004, 1593; BGHZ 160, 134 = NJW 2004, 2664 = ZIP 2004, 1599.

19 BGH, NJW 2005, 2450 = NZG 2005, 672.

20 Vgl. *Kümpel/Veil* (o. Fußn. 7), 4. Teil Rdnrn. 39 ff.

21 Zu § 15 WpHG vgl. BGHZ 160, 149 = NJW 2004, 2971 = ZIP 2004, 1593 (1595); *OLG München*, NJW 2003, 144 = ZIP 2002, 1989 (1995); *Groß*, WM 2002, 477 (482); *Krause*, ZGR 2002, 799 (808 ff.); *Kümpel/Assmann*, in: *Assmann/Schneider*, WpHG, 3. Aufl. (2003), § 15 Rdnr. 268; *Steinhauer*, Insiderhandelsverbot und Ad-hoc-Publizität, 1999, S. 134; *Zimmer*, in: *Kapitalmarktrechts-Komm.*, 3. Aufl. (2004), § 15 WpHG Rdnr. 172. Zu § 21 WpHG vgl. *Kümpel/Veil* (o. Fußn. 7), 7. Teil Rdnr. 52; a. A. *U.-H. Schneider*, in: *Assmann/Schneider* ebd., § 28 Rdnrn. 79 ff.

22 Vgl. *Baumbach/Hopt/Merkt*, HGB, 31. Aufl. (2003), § 325 Rdnr. 9; *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek*, GmbHG, 16. Aufl. (2004), Anh. § 42 a Rdnr. 42.

23 Vgl. hierzu *Mülbert/Steup*, in: *Habersack/Mülbert/Schlitt*, Unternehmensfinanzierung am Kapitalmarkt, 2005, § 26 Rdnr. 175 m. w. Nachw.

24 Vgl. Begr. d. RegE z. 4. Finanzmarktförderungsg, BT-Dr 14/8017, S. 93.

2. Strukturunterschiede der Haftungsregime

Die skizzierten Haftungsregime kann ich heute nicht en detail vorstellen. Ich begnüge mich damit, die Strukturen zu entfalten. Anliegen der folgenden Überlegungen ist es, die auf der Ebene der Anspruchsvoraussetzungen und der Rechtsfolgen ebene anzutreffenden Unterschiede transparent zu machen.

a) *Anspruchsvoraussetzungen.* Sowohl die Börsenprospekthaftung als auch die wertpapierhandelsgesetzliche Informationshaftung kennzeichnen sich durch eine fehlerhafte bewertungserhebliche Information der Kapitalmarktteilnehmer. Beide Regime setzen ein vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten voraus²⁵. Hinzu kommen muss ferner, dass der Anleger eine Investitions- oder Desinvestitionsentscheidung getroffen hat. Dabei muss er auf Grund der publizierten fehlerhaften Information gehandelt haben²⁶. Der Gesetzgeber hat die Börsenprospekthaftung insoweit mit einer Beweislastumkehr ausgestattet (§ 45 II Nr. 1 BörsG). Beweiserleichterungen zu Gunsten der geschädigten Anleger hinsichtlich der haftungsbegründenden Kausalität zwischen der Pflichtverletzung und der Anlageentscheidung sind dagegen in den §§ 37 b, 37 c WpHG nicht vorgesehen. Erst jüngst hat der BGH die Grenzen einer entsprechenden Rechtsfortbildung aufgezeigt, indem er einen Anscheinsbeweis auf der Grundlage der früher zur Börsenprospekthaftung entwickelten Figur der Anlagestimmung zu Gunsten der Anleger für den Regelfall abgelehnt hat²⁷.

b) *Rechtsfolgen.* Auch auf der Ebene der Rechtsfolgen unterscheiden sich die beiden Haftungsregime. Großzügig präsentiert sich die Börsenprospekthaftung. Ist der Anspruchsteller noch Inhaber der Wertpapiere, so kann er die Erstattung des Erwerbspreises verlangen. Dieser darf allerdings nicht höher als der Ausgabebetrag sein (§ 44 I BörsG). Hat der Anspruchsteller die Wertpapiere bereits veräußert, so ist die Differenz zwischen Erwerbs- und Veräußerungspreis auszugleichen (§ 44 II BörsG). Rechtsfolge der Börsenprospekthaftung ist somit eine leicht abgeschwächte Naturalrestitution. Sie ist rechtssicher zu bestimmen. Da der Ausgabebetrag und der Erwerbspreis einfach zu ermitteln sind, entstehen zur Bestimmung des Schadens keine nennenswerten Kosten.

Bei einer fehlerhaften Veröffentlichung von Insiderinformationen können Anleger dagegen gem. §§ 37 b, 37 c WpHG grundsätzlich nur beanspruchen, den auf die fehlerhafte Information zurückzuführenden Kursschaden ersetzt zu verlangen²⁸. Ein Anspruch auf Naturalrestitution besteht nach herrschender Meinung nur dann, wenn die Voraussetzungen einer sittenwidrigen Schädigung gem. § 826 BGB erfüllt sind²⁹.

Die Ermittlung des Kursschadens stellt hierzulande noch terra incognita dar. Praktische Erfahrungen konnten noch nicht gewonnen werden³⁰. In der wissenschaftlichen Diskussion ist es immerhin gelungen, die Grundzüge eines Schadensausgleichs herauszuarbeiten. Ausgangspunkt bildet die Erkenntnis, dass in einem informationseffizienten Markt eine verschwiegene Tatsache, die nicht publiziert wurde, im Wertpapierpreis nicht enthalten sein kann, und dass eine unrichtige mitgeteilte Tatsache einen unzutreffenden Wertpapierpreis generiert³¹. Der Emittent hat folglich die Differenz zwischen Kauf- bzw. Verkaufspreis und dem nicht informationsverzerrten Wert des Wertpapiers zum Zeitpunkt des Kaufs bzw. Verkaufs des Wertpapiers auszugleichen³². Beweiserleichterungen sieht das Gesetz nicht vor. Das Gericht muss daher den Schaden schätzen (§ 287 ZPO). Dazu wird es einen Sachverständigen benötigen, der den Wert ermittelt, den das Wertpapier bei einer ordnungsgemäßen Veröffentlichung gehabt hätte³³.

3. Ausbau der Haftungsregime

Die spezialgesetzliche Haftung bei fehlerhafter Kapitalmarktinformation hat ihre Bewährungsprobe in der Praxis noch vor sich³⁴. Trotzdem hat der Gesetzgeber bereits ein Reformbedürfnis ausgemacht. So hat das Bundesministerium der Finanzen Ende 2004 einen Diskussionsentwurf eines Kapitalmarktinformationshaftungsgesetzes³⁵ ausgearbeitet und zur Begründung ausgeführt, die bestehenden Regeln würden noch nicht ausreichen, um einen effektiven Anleger-schutz zu gewährleisten³⁶.

Zwei Baustellen werden ins Visier genommen. So soll zum einen der Adressatenkreis der Haftung erweitert werden, indem eine Außenhaftung der Organe begründet wird³⁷. Zum anderen soll mehreren Unzulänglichkeiten des Haftungstatbestands begegnet werden³⁸. Eine Schadensersatzhaftung soll sich in Zukunft nicht auf Verstöße gegen die Ad-hoc-Publizitätspflicht (§15 I WpHG) beschränken. Gedacht ist an eine generalklauselartige Verantwortlichkeit. Sie soll begründet sein, wenn ein Emittent in öffentlichen Bekanntmachungen oder Mitteilungen über geschäftliche Verhältnisse unrichtige Angaben über bewertungserhebliche Umstände macht oder solche entgegen bestehenden Rechtsvorschriften verschweigt (§ 37 a I WpHG-E). Ferner soll den schwierigen Beweissituationen, in welchen sich geschädigte Anleger bezüglich der Kausalität und der Schadenshöhe befinden³⁹, Rechnung getragen werden.

25 Vgl. § 45 I BörsG und §§ 37 b II, 37 c II WpHG.

26 Dies ist in Bezug auf die Börsenprospekthaftung unstrittig. Dagegen wird die Frage für die wertpapierhandelsgesetzliche Informationshaftung kontrovers diskutiert; bejahend etwa Veil, ZHR 167 (2003), 365 (370); Mülberr/Steup, in: Habersack/Mülberr/Schlitt (o. Fußn. 23), § 26 Rdnr. 152; a. A. Zimmer, in: Kapitalmarktrechts-Komm. (o. Fußn. 21), §§ 37 b, 37 c WpHG Rdnr. 90.

27 Vgl. BGHZ 160, 134 = NJW 2004, 2664 = ZIP 2004, 1599 (1603); OLG München, NZG 2005, 518 = ZIP 2005, 901 (902); ebenso für §§ 37 b, 37 c WpHG Mülberr/Steup, in: Habersack/Mülberr/Schlitt (o. Fußn. 23), § 26 Rdnr. 159. A. A. Möllers/Leisch, WM 2001, 1648 (1651); dies., BKR 2002, 1071 (1088); Rössner/Bolkart, ZIP 2002, 1471 (1476); Fleischer, BKR 2003, 608 (613).

28 Ob es ausnahmsweise gerechtfertigt ist, dem Anleger einen Anspruch auf Naturalrestitution in Gestalt einer „Rückabwicklung“ zu gewähren, ist str.; bejahend für den Fall, dass die fehlerhafte Mitteilung nicht nur punktuell über den Emittenten informiert, sondern zu einer Fundamentalanalyse des Wertpapiers veranlasst und Kauf- bzw. Verkaufsempfehlungen auslöst Veil, ZHR 167 (2003), 365 (390 f.); noch weitergehend Möllers/Leisch, BKR 2002, 1071 (1073); Rössner/Bolkart, ZIP 2002, 1471 (1475); generell ablehnend Maier-Reimer/Webering, ZIP 2002, 1857 (1860); Mülberr, JZ 2002, 826 (835); Reichert/Weller, ZRP 2002, 49 (55); Zimmer, in: Kapitalmarktrechts-Komm. (o. Fußn. 21), §§ 37 b, 37 c WpHG Rdnrn. 87 ff.

29 Vgl. BGHZ 160, 149 = NJW 2004, 2971 = ZIP 2004, 1593 (1596 ff.); BGHZ 160, 134 = NJW 2004, 2664 = ZIP 2004, 1599 (1602 ff.); BGH, NJW 2005, 2450 = NZG 2005, 672 (674).

30 Zu den Erfahrungen im US-amerikanischen Kapitalmarktrecht vgl. Thompson, The Measure of Recovery under Rule 10b-5: A Restitution Alternative to Tort Damages, 37 Vand. L. Rev. (1984), 349

31 Vgl. Fleischer, BB 2002, 1869 (1871 f.); Baums, ZHR 167 (2003), 139 (141); Veil, ZHR 167 (2003), 365 (387); Zimmer, WM 2004, 9 (18). Krit. Spindler, WM 2004, 2089 (2097).

32 Vgl. Maier-Reimer/Webering, WM 2002, 1857 (1861); Fleischer, NJW 2002, 2977 (2981). A. A. Reichert/Weller, ZRP 2002, 49 (55) (Differenz zwischen dem am Tag der Pflichtverletzung festgestellten Börsenkurs und dem Kurs, an dem die zutreffende Information tatsächlich bekannt wurde).

33 Vgl. Zimmer, WM 2004, 9 (18); Mülberr/Steup, in: Habersack/Mülberr/Schlitt (o. Fußn. 23), § 26 Rdnr. 156 ff.

34 Bislang ist erst eine Entscheidung (OLG Schleswig, AG 2005, 212) bekannt geworden.

35 Diskussionsentwurf (DiskE) eines Gesetzes zur Verbesserung der Haftung für falsche Kapitalmarktinformationen (Kapitalmarktinformationshaftungsgesetz – KapInHaG), abgedr. in NZG 2004, 1042.

36 Vgl. DiskE KapInHaG, NZG 2004, 1042 (1045).

37 Vgl. hierzu Casper, BKR 2005, 83; Gottschalk, Der Konzern 2005, 274.

38 Vgl. hierzu Veil, BKR 2005, 91.

39 S. o. III 2 b.

Dieses – einstweilen auf Druck der Wirtschaft zurückgezogene⁴⁰ – Gesetzesprojekt ist von der gewachsenen Einsicht getragen, dass Haftungsregeln ein geeignetes Instrument der Verhaltenssteuerung sind. Publizitätspflichten kommen ohne ein begleitendes Haftungsregime nicht aus. Es ist daher dringlich, eine flankierende, praktisch handhabbare Informationshaftung zu etablieren⁴¹.

Eine haftungsrechtliche Verantwortlichkeit ist im Übrigen auch zunehmend europarechtlich gefordert. Die neue Transparenzrichtlinie⁴² begünstigt sich nicht damit, Veröffentlichungspflichten in Bezug auf die demnächst einzuführenden Jahresfinanzberichte, Halbjahresfinanzberichte und Zwischenmitteilungen der Geschäftsführung vorzuschreiben. Der europäische Gesetzgeber verlangt von den Mitgliedstaaten auch, eine Haftung der Emittenten, der betreffenden Organe oder der beim Emittenten verantwortlichen Personen zu etablieren (Art. 7 Transparenz-RL).

IV. Kollektive Rechtsverfolgung

1. Gründe

Das Gesetz zur Einführung von Kapitalanleger-Musterverfahren ist von der Vorstellung getragen, durch die Stärkung des effektiven Rechtsschutzes des Einzelnen gegenüber Unternehmen werde auch für die Effizienz des Kapitalmarktes gesorgt. Es ist erklärtes Ziel, das Vertrauen der Anleger zu schützen⁴³. Konkretisierend können zwei zentrale, eng miteinander verbundene Regelungsmotive herausgeschält werden⁴⁴.

Erstens reklamiert der Gesetzgeber ordnungspolitische Gründe, die in der Stärkung der zivil- und kapitalmarktrechtlichen Informations- und Prospekthaftung gipfeln. Ein schlagkräftiges Rechtsverfolgungsinstrument soll Emittenten im Bereich des Kapitalmarktrechts verstärkt dazu anhalten, die Publizitäts-, Vertriebs- oder sonstigen Verhaltensregeln einzuhalten. Das Musterverfahren verstärke die staatliche Finanzmarktaufsicht als so genannte zweite Spur⁴⁵. Zweitens führt der Gesetzgeber an, dass ein effektiver Rechtsschutz dringlich sei. Auf Grund der im Kapitalmarktbereich in der Regel hohen Rechtsverfolgungskosten bestehe die Gefahr, dass einzelne Ansprüche nicht durchgesetzt werden könnten oder ihre Durchsetzung in keinem wirtschaftlichen Verhältnis zum Aufwand stehe. Für die im Kapitalmarktrecht typischen Streu- und Distanzschäden werde die Steuerungsfunktion des materiellen Haftungsrechts wiederhergestellt. In diesem Zusammenhang sei es auch von Bedeutung, dass divergierende Entscheidungen der Gerichte vermieden würden⁴⁶.

Diese gesetzgeberischen Anliegen finden eine Stütze in der immer wieder zu Recht beklagten rationalen Apathie der Anleger⁴⁷. Dass die wertpapierhandelsgesetzliche Informationshaftung bislang keine Rolle gespielt hat, liegt neben manchen materiell-rechtlichen Mängeln eben auch daran, dass Anleger aus nachvollziehbaren Gründen von einer Anspruchsverfolgung absehen. Der von Anlegern erlittene Kurschaden⁴⁸ ist in der Regel gering. Hat beispielsweise ein Anleger 100 Aktien zu einem Gesamtbetrag von 10 000 Euro erworben und beträgt der Wert einer dabei eingepreisten fehlerhaften Information 5 Euro, so hat er einen Schaden in Höhe von 500 Euro erlitten. Es liegt auf der Hand, dass er von einer Anspruchsverfolgung Abstand nimmt, wenn die Informationsgewinnung und die Verifizierung der Richtigkeit der Information hohe Kosten verursacht. Wenn der Schädiger einen Prozess aber nicht zu fürchten braucht, so besteht für ihn kein genügender Anreiz, die kapitalmarktrechtlichen Pflichten zu beachten und damit Schaden zu vermeiden. Summa summarum: Ein effektives Prozessrecht ist für eine funktionierende Marktordnung unverzichtbar.

2. Exemplarisch ausgewählte Haftungsregime im Kapitalanleger-Musterverfahren

Der Gesetzgeber hat das Musterverfahren für Schadensersatzansprüche wegen falscher, irreführender oder unterlassener öffentlicher Kapitalmarktinformation eröffnet (§ 1 I 1 Nr. 1 KapMuG). Es kann die Feststellung des Vorliegens oder Nichtvorliegens anspruchsbegründender oder anspruchsausschließender Voraussetzungen oder die Klärung von Rechtsfragen begehrt werden. Im Folgenden soll ein Blick darauf geworfen werden, welche Vorteile sich hiermit für Anleger verbinden. Dies kann nur exemplarisch anhand der Börsenprospekthaftung und der Insiderinformationshaftung geschehen.

a) *Börsenprospekthaftung*. Die Börsenprospekthaftung (§ 44 BörsG) ist zu Recht bereits als Prototyp eines standardisierten Haftungstatbestands bezeichnet worden⁴⁹. Dafür sind drei Erwägungen maßgeblich. Erstens sind die wesentlichen Anspruchsvoraussetzungen feststellungsfähig. So kann sich die Feststellung des Gerichts darauf erstrecken, ob überhaupt ein Prospekt im Sinne des Gesetzes vorliegt und ob die in Anspruch genommene Person prospektverpflichtet ist. Vor allem kann geklärt werden, ob der Prospekt fehlerhaft ist (§ 1 I 3 Nr. 1 KapMuG). Dies ist von herausragender Bedeutung, da das Gesetz mit unbestimmten Begriffen operiert, die im Einzelfall schwierig zu beurteilen sein können: Es müssen für die Beurteilung der Wertpapiere wesentliche Angaben unrichtig oder unvollständig sein. Dies können außer Tatsachen auch Prognosen oder Werturteile sein. Sie müssen für die Anlageentscheidung eines verständigen Prospektlesers erheblich sein. Zweitens sieht das materielle Recht hinsichtlich der haftungsbegründenden (§ 45 II Nr. 1 BörsG) und der haftungsausfüllenden Kausalität (§ 45 II Nr. 2 BörsG) sowie des Verschuldens (§ 45 I BörsG) eine Beweislastumkehr vor. Aus der Perspektive der geschädigten Anleger besteht daher insoweit kein Bedürfnis für einen Musterfeststellungsantrag. Drittens können die übrigen Tatbestandselemente einer Börsenprospekthaftung problemlos im individuell geführten Verfahren geklärt werden. Dies betrifft die Frage, ob die Wertpapiere binnen sechs Monaten nach Veröffentlichung des Prospekts erworben wurden, ferner den schadensersatzrechtlich relevanten Umstand, ob und zu welchem Preis der Anleger die Wertpapiere veräußert hat.

Andererseits kann es auch für den Emittenten von Nutzen sein, das Musterverfahren zu beschreiten. Das materielle Recht gestattet ihm, die Vermutung vorsätzlichen bzw. grob fahrlässigen Verhaltens sowie die haftungsbegründende und haftungsausfüllende Kausalität zu widerlegen. Die hierbei auftretenden Fragen kann er auch zum Gegenstand einer einheitlichen Klärung machen. Im Mittelpunkt dürfte der Einwand stehen, jedenfalls nicht grob fahrlässig in Bezug auf den Prospektfehler gewesen zu sein. Denkbar ist es ferner, dass er vorbringt, andere Umstände seien für den Wertverlust kausal gewesen⁵⁰.

40 Vgl. exemplarisch die Kritik des Handelsrechtsausschusses des DAV, abrufbar unter <http://www.anwaltverein.de/03/05/2004/49-04.pdf>.

41 Vgl. zu den Konturen einer kapitalmarktrechtlichen Informationshaftung zuletzt *Fleischer*, ZIP 2005, 1805.

42 S. o. III 2 a.

43 Vgl. Begr. d. RegE z. KapMuG, BR-Dr 2/05, S. 24.

44 Der Gesetzgeber hat zur Begründung des KapMuG ferner angeführt, dass die Justiz entlastet werden müsse. Auch trage das KapMuG dazu bei, dass sich Deutschland als Standort für Finanzmärkte behaupten könne. Vgl. Begr. d. RegE z. KapMuG, BR-Dr 2/05, S. 34 f.

45 Vgl. Begr. d. RegE z. KapMuG, BR-Dr 2/05, S. 32.

46 Vgl. Begr. d. RegE z. KapMuG, BR-Dr 2/05, S. 33 f.

47 *Schäfer*, in: *Badesow/Hopt/Kötz/Baetge*, Die Bündelung gleich gerichteter Interessen im Prozess, 1999, S. 67, 69.

48 Siehe hierzu o. III 2 b.

49 Vgl. Begr. d. RegE z. KapMuG, BR-Dr 2/05, S. 33; zust. *Hess/Michailidou*, WM 2003, 2318 (2319).

50 Zur Beachtlichkeit dieses Einwands vgl. *Schwark*, in: Kapitalmarktrechts-Komm. (o. Fußn. 21), § 45 Rdnr. 55.

Damit ist ein erster Befund gewonnen: Geschädigte Anleger können das Musterverfahren für die relevanten und kosten-trächtigen Streitfragen nutzbar machen. Es besteht eine begründete Aussicht, dass die Börsenprospekthaftung zukünftig ihre Präventiv- und Ausgleichsfunktionen effektiver wird erfüllen können.

b) *Haftung für nicht publizierte und falsch publizierte Insiderinformationen.* Eine Haftung des Emittenten für nicht publizierte und inhaltlich unrichtig veröffentlichte Kapitalmarktinformationen i. S. des § 15 WpHG kann im Deliktsrecht (§ 826 BGB) und im Wertpapierhandelsgesetz (§§ 37 b, 37 c WpHG) begründet sein. Beide Regime gewähren Schadensersatzansprüche wegen falscher, irreführender oder unterlassener öffentlicher Kapitalmarktinformation, sodass den Anlegern das Musterverfahren zur Verfügung steht.

Feststellungsfähig sind die vom Emittenten in Mitteilungen über Insiderinformation gemachten Angaben (§ 1 I 1 Nr. 1, 4 Nr. 3 KapMuG). Dies wird für Anleger gegenüber der bisherigen Rechtslage von Vorteil sein⁵¹. Der Begriff der Insiderinformation (§ 13 WpHG) ist vielschichtig und weist prognostische Elemente auf⁵². Deshalb kann es im Einzelfall erhebliche Schwierigkeiten bereiten, die Unrichtigkeit einer Information festzustellen. Ferner können die Voraussetzungen einer Selbstbefreiung gem. § 15 III WpHG und § 6 Wertpapierhandelsanzeige- und InsiderverzeichnisVO (WpAIV) einheitlich beurteilt werden⁵³, was für Schadensersatzansprüche gem. § 37 b WpHG von zentraler Bedeutung ist. Ebenso verhält es sich mit der subjektiven Seite der Pflichtverletzung. Bei einer auf § 826 BGB gestützten Klage haben die Anleger ein vorsätzliches Handeln zu beweisen. Diese Frage ist einer kollektiven Klärung zugänglich. Auch der breit gefächerte Schadenskomplex kann in ein Musterverfahren eingebracht werden. Im Mittelpunkt steht dabei die Frage, wie der Schaden in Höhe der Kursdifferenz zu bestimmen ist. Dazu muss vor allem durch ein kostenträchtiges Sachverständigengutachten ermittelt werden, welchen Wert die Information zum Zeitpunkt der Pflichtverletzung gehabt hat.

Im Übrigen können die tatbestandlichen Voraussetzungen nur bedingt in einem Musterverfahren geltend gemacht werden. Grund hierfür ist, dass die in Betracht kommenden Anspruchswege nicht in gleichem Maße anlegerfreundlich konzipiert sind wie die gesetzliche Börsenprospekthaftung. So ist eine deliktsrechtliche Schadensersatzpflicht nur dann begründet, wenn ein Anleger nachweisen kann, auf Grund der fehlerhaften Kapitalmarktinformation die Wertpapiere erworben zu haben. Eine möglicherweise feststellungsfähige Anlagestimmung kann er nach der Rechtsprechung des BGH in der Regel nicht geltend machen⁵⁴. Nach einer verbreiteten Meinung gilt dies auch für die spezialgesetzliche Vertrauenshaftung⁵⁵.

Damit kann ein weiterer Befund festgehalten werden: Geschädigte Anleger können das Musterverfahren für einige

Streitfragen beschreiten. Vorteilhaft dürfte vor allem sein, dass die schadensersatzrechtlichen Probleme kollektiv gelöst werden können. Dies dürfte aber nicht dazu führen, dass die Ansprüche in Zukunft wesentlich effektiver durchgesetzt werden können.

V. Fazit

Das Kapitalanleger-Musterverfahren soll der rationalen Apathie der Anleger begegnen und damit die Steuerungsfunktion der kapitalmarktrechtlichen Informationshaftung verbessern. Die Bedeutung dieses Anliegens ist enorm. Publizitätsvorschriften und korrespondierende Haftungsregeln dienen dem Anlegerschutz und der institutionellen Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts. Der skizzierte Ausbau sowohl des Publizitätssystems als auch des Haftungsregimes verdeutlicht, dass ein funktionierendes flankierendes Prozessrecht für die Ordnung der Kapitalmärkte dringlich ist.

Ob die vom Gesetzgeber verfolgten Ziele erreicht werden, lässt sich derzeit zwar noch nicht sagen. Resümierend kann aber festgehalten werden, dass das Musterverfahren für die prozessuale Geltendmachung der Börsenprospekthaftung manche Wohltat verspricht. Anders stellt sich dies für den Bereich der wertpapierhandelsgesetzlichen Informationshaftung dar. Sowohl das in §§ 37 b, 37 c WpHG beheimatete Haftungsregime als auch die konkurrierende deliktsrechtliche Verantwortlichkeit (§ 826 BGB) kommen ohne individuell zu beurteilende Elemente nicht aus. Die kollektive Feststellung anspruchsbegründender und anspruchsausschließender Voraussetzungen wird daher an Grenzen stoßen. Die Gründe hierfür sind aber vor allem im materiellen Recht zu suchen. Der Gesetzgeber ist daher aufgerufen, das einstweilen aufs Eis gelegte Kapitalmarktinformationshaftungsgesetz wieder auf die Agenda zu setzen. Es ist erforderlich, durch sorgfältig formulierte Beweislastregeln hinsichtlich der haftungsbegründenden Kausalität und des ersatzfähigen Schadens ein funktionsfähiges Haftungsregime zu schaffen. Erst dann wird die Praxis zeigen können, ob das Musterverfahren geeignet ist, der rationalen Apathie der Anleger zu begegnen, oder ob es nicht doch erforderlich ist, eine class action einzuführen. ■

51 A.A. Möllers, NJW 2005, 2737 (2738) (Vorteil eines Musterverfahrens sei deutlich geringer).

52 Eingehend hierzu Kümpel/Veil (o. Fußn. 7), 3. Teil Rdnrn. 18 ff.

53 Zur praktischen Bedeutung der Selbstbefreiung vgl. Kümpel/Veil (o. Fußn. 7), 4. Teil Rdnrn. 21 ff.

54 Eine auf § 826 BGB gestützte Verantwortlichkeit eignet sich daher, wie der II. Zivilsenat zu Recht bemerkt, nicht für eine pauschalierte Behandlung wie in einem Massenverfahren. Vgl. BGH, NJW 2005, 2450 = NZG 2005, 672 (675).

55 Vgl. Kümpel/Veil (o. Fußn. 7), 9. Teil Rdnr. 8 m. w. Nachw.

Präsident des LG Eberhard Kramer, Frankfurt a. M.

Kapitalanleger im Prozess – Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz*

I. Ausgangslage

Die materielle Rechtsordnung und unser System der Konfliktlösung stehen in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis. Unser Konfliktregelungsverfahren leitet sich im Kern aus dem in unserer materiellen Rechtsordnung festgelegten Anspruchssystem her, bei dem der auf den Einzelfall ausgerichtete Individualanspruch im Vordergrund steht. Darauf sind

letztlich auch die Ressourcen abgestellt, die die Gesellschaft der Justiz zur Verfügung stellt; die personelle und sachliche Ausstattung der Gerichte ist darauf ausgerichtet, gleichsam einen Fall nach dem anderen kontinuierlich abzarbeiten. Der deutsche Gesetzgeber hat jedoch schon in der Vergan-

* Der Autor ist Präsident des LG Frankfurt a. M.

genheit für bestimmte im Kapitalgesellschaftsrecht verankerte Ansprüche eigene darauf zugeschnittene Verfahrensregelungen zu ihrer Durchsetzung geschaffen (Spruchverfahrensgesetz; vgl. auch §§ 26, 206 UmwG). Auch das in § 93 a VwGO geregelte Musterverfahren ist eine Reaktion auf verwaltungsgerichtliche Massenverfahren¹.

Verfahren, in denen eine Vielzahl von Klägern, die keine homogene oder deutlich abgrenzbare Gruppe darstellen, gegen jeweils dieselben Beklagten Ansprüche geltend machen, die ihren Ausgang in einem Ereignis haben, für das sie die oder den Beklagten verantwortlich machen, und das auf alle Kläger in vergleichbarer oder gleicher Weise Auswirkungen hat, sind für die Gerichte nicht neu. Sie stammen zumeist aus dem Banken- und Kapitalmarktbereich und nehmen in den letzten Jahren zu. Oftmals weisen sie noch die Besonderheit auf, dass sie innerhalb eines kurzen Zeitraums von wenigen Tagen oder Wochen eingehen, was auf verschiedene Ursachen zurückzuführen sein kann – zum Beispiel das „Sammeln“ von Verfahren im Vorfeld oder der Ablauf von Fristen, zum Beispiel der Verjährungsfrist. Diese Verfahren treffen hierbei auf eine Organisation, die auf einen massenhaften Ansturm nicht eingerichtet ist und sich kurzfristig darauf kaum oder nur äußerst notdürftig einstellen kann. In den so genannten Telekom-Verfahren gingen beim *LG Frankfurt a. M.* innerhalb weniger Tage rund 1 500 Verfahren ein. Zum Vergleich: Pro Tag gehen in normalen Zeiten etwa 40 bis 50 Klagen ein. Die Belastung des Gerichts mit erstinstanzlichen Zivilverfahren ist innerhalb von etwa zwei Wochen um 15 % gestiegen; betrachtet man nur den Bereich der Kammern für Handelssachen, der aus rechtlichen Gründen nicht kurzfristig aufgestockt werden kann, so waren es etwa 60 %. Inzwischen sind über 2 300 Verfahren mit etwa 17 000 Klägern und rund 740 Anwälten anhängig. Allein die Registrierung und datentechnische Erfassung nahmen seinerzeit etwa drei Monate in Anspruch.

Einige wenige weitere Beispiele: Im Jahre 2000 sind bei einer *Zivilkammer* rund 900 Verfahren gegen eine Bank eingegangen, in denen die Kläger die zur Finanzierung der Beteiligungen an fünf geschlossenen Immobilienfonds einer insolvent gewordenen Vermögensberatungsgesellschaft eingeschaltete Bank auf Schadensersatz in Anspruch genommen haben. In allen Verfahren war die rechtliche Problematik gleich, die tatsächlichen Grundlagen, soweit sie den individuellen Anspruch betrafen, und die Schadenshöhen unterschiedlich. Die *Kammer* hat in Absprache mit den Anwälten fünf „Leitverfahren“ ausgewählt und entschieden. Nach Abschluss – die Klagen wurden abgewiesen – wurden die übrigen Verfahren, soweit die Klagen nicht zurückgenommen wurden, verhandelt – ca. 60 bis 70 Verfahren pro Sitzungstag – und entschieden, manche auch verglichen. Der gesamte Komplex wurde in der ersten Instanz in einem Zeitraum von eineinhalb Jahren erledigt. Auch in zwei weiteren, derzeit noch anhängigen Verfahren aus dem Kapitalmarktbereich mit in einer Sache knapp 200 und in der zweiten Sache etwa 250 Klägern gegen Banken haben die zuständigen Kammern wenige „Musterverfahren“ ausgewählt; dies geschah in einem Fall nach Absprache mit den Anwälten und im zweiten Fall durch Terminierung der Verfahren, da eine Absprache mit den Anwälten nicht möglich war.

Diese wenigen Beispiele haben gezeigt, dass man auch mit der geltenden Verfahrensordnung Massenverfahren beherrschen kann, die nicht wie normale Klageeingänge erledigt werden können. Allerdings setzt dies zumeist die Bereitschaft auf der Klägerseite voraus, sich mit dem Gericht auf die Durchführung von „Leit-“ oder „Musterverfahren“ zu verständigen. Die ZPO gibt dem Richter keine auf diese Verfahren zugeschnittenen Mittel an die Hand. Anders als die Verwaltungsgerichtsordnung (§ 93 a VwGO) kennt die ZPO kein Musterverfahren. Das Ruhen eines Verfahrens kann nur auf Antrag beider Parteien angeordnet werden (§ 251 S. 1 ZPO); eine Aussetzung ist nur bei Vorgeiflichkeit der Entscheidung eines anderen Rechtsstreits (§ 148 ZPO) oder dem

Verdacht einer Straftat möglich, deren Ermittlung auf die Entscheidung von Einfluss ist (§ 149 I ZPO). Die Verbindung von Verfahren (§ 147 ZPO), die in der Literatur teilweise zur Bewältigung dieser Massenverfahren vorgeschlagen wird², macht diese Verfahren sehr schwerfällig und ist bei mehreren hundert oder tausend Klägern nicht mehr handhabbar.

Das tatsächliche Nichtbetreiben eines Verfahrens ohne Einverständnis der Parteien sieht die ZPO nicht vor³. Wenn ein Gericht diesen Weg wählt, setzt es sich erheblichen Risiken aus – bis hin zu einer Verfassungsbeschwerde wegen Untätigkeit. Im Rahmen des Telekom-Komplexes haben elf Kläger eine entsprechende Verfassungsbeschwerde eingelegt und dies mit einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung verbunden. Zwar hat das *BVerfG* die von der zuständigen *Kammer für Handelssachen* gewählte Verfahrensweise – zehn Verfahren auszuwählen und zu verhandeln – gebilligt; allerdings hat es auch darauf hingewiesen, dass sich mit zunehmender Verfahrensdauer die Pflicht des Gerichts verdichtet, sich nachhaltig um eine Förderung, Beschleunigung und Beendigung des Verfahrens zu bemühen⁴. Ganz aktuell kommt hinzu, dass die Bundesregierung ein Gesetz über die Rechtsbehelfe bei Verletzung des Rechts auf ein zügiges gerichtliches Verfahren (Untätigkeitsbeschwerdegesetz) plant⁵. Damit erhöhen sich für ein Gericht die Risiken in Parallel(massen)verfahren, wenn es sich ohne Zustimmung der Parteien auf einige wenige Verfahren konzentriert und die Übrigen nicht betreibt.

Art. 2 I i. V. mit Art. 20 III GG garantiert den Parteien eines zivilrechtlichen Rechtsstreites wirkungsvollen gerichtlichen Rechtsschutz. Dieser wird nur dann gewährt, wenn streitige Rechtsverhältnisse in angemessener Zeit entschieden werden, wobei das *BVerfG* indes naheliegenderweise darauf hinweist, dass es sich nicht generell festlegen lässt, ab wann von einer Überlangen, die Gewährung effektiven Rechtsschutzes unzumutbar beeinträchtigenden und deshalb verfassungsrechtlich nicht mehr hinnehmbaren Verfahrensdauer auszugehen ist⁶. Dass der gegenwärtige Zustand und unsere bisherigen prozessualen Regeln aus vielerlei Gründen unbefriedigend sind und einen effektiven Rechtsschutz im Kapitalmarktbereich⁷ – und das gilt in gleicher Weise für Anleger wie für Emittenten oder Banken – nicht gewährleisten können, scheint mittlerweile weitgehend Konsens zu sein⁸. Meinungsverschiedenheiten bestehen vornehmlich über die Wege zu einer Verbesserung der Situation, wobei es sehr unterschiedliche Ansätze gibt, auf die hier nicht näher eingegangen werden kann⁹.

II. Anforderungen an für die Erledigung von Parallel(massen)verfahren geeignete prozessuale Institute

Bevor ich das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG) bewerte, möchte ich kurz Anforderungen skizzieren,

- 1 Vgl. z. B. auch für das Zivilrecht das Unterlassungsklagengesetz, das der Durchsetzung von Verbraucherschutzinteressen dient.
- 2 *Plaßmeier*, NZG 2005, 609 (614).
- 3 S. a. *Zöller/Greger*, ZPO, 25. Aufl. (2005) § 148 Rdnr. 11.
- 4 *BVerfG*, NJW 2004, 3320.
- 5 Pressemitteilung des BMJ v. 26. 8. 2005.
- 6 *BVerfG*, NJW 2004, 3320.
- 7 Und in anderen Bereichen, in denen Massenschäden auftreten können; vgl. *Hess/Michailidou*, ZIP 2004, 1381 (1386); *Duvel/Pfützner*, BB 2005, 673 (678).
- 8 Z. B. Bericht der Regierungskommission „Corporate Governance“, BT-Dr. 14/7515, Rdnrn. 188 ff.; ferner jew. m. w. Nachw. *Hess/Michailidou*, ZIP 2004, 1381; *Braun/Rotter*, BKR 2004, 296; *Duvel/Pfützner*, BB 2005, 673; *Plaßmeier*, NZG 2005, 609; *Koch*, BRAK-Mitt. 2005, 159; *Weigel*, BRAK-Mitt. 2005, 164.
- 9 S. die Nachw. o. Fußn. 8.

die für die Durchsetzung – oder besser für die Klärung – kollektiver Interessen bei verfahrensrechtlichen Lösungen an prozessuale Institute zu stellen sind.

- Da es um die Wahrnehmung kollektiver Interessen – also für alle „Gruppenbeteiligten“ gleich gelagerte Interessen – geht, sollte ein Verfahren ermöglichen, dass alle entscheidenden Tatsachen- und Rechtsfragen, die für gleich gelagerte Verfahren gemeinsam von Bedeutung sind, herausgefiltert, gebündelt und kanalisiert werden. Diese Fragen müssen vorab – also zunächst ohne Rücksicht auf den Individualanspruch – entschieden werden.
- Die Vorabentscheidung sollte Bindungswirkung für die Entscheidung über den Individualanspruch haben.
- Das Gericht sollte maßgeblichen Einfluss auf den Streitstoff einer Vorabentscheidung haben, wobei der Rahmen selbstverständlich durch den Tatsachenstoff der ihm vorliegenden gleich gelagerten Verfahren – also durch den Parteivortrag – abgesteckt wird. Das Gericht trägt die Verantwortung für die erschöpfende Verhandlung eines Rechtsstreites (§§ 136 III, 139 ZPO). Der durch die Zivilprozessreform geänderte § 139 ZPO hat die materielle Prozessleitung durch das Gericht – im Rahmen der Verhandlungsmaxime – noch gestärkt¹⁰. Zwar gilt dies unmittelbar nur für den Individualprozess, aber der Grundgedanke muss auch bei der Bündelung und dem Herausfiltern kollektiver Interessen gelten, die alle Verfahren in gleicher Weise betreffen¹¹; am Ende muss das Prozessgericht diese Verfahren unter Berücksichtigung der Vorabentscheidung abschließend entscheiden.
- Das Verfahren muss geeignet sein, die Verfahrensdauer für die Erledigung aller Verfahren und aller Ansprüche im Vergleich zu unseren bisherigen prozessualen Möglichkeiten deutlich zu verkürzen und eine unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten angemessene Verfahrensdauer für die Erledigung aller Verfahren ermöglichen.
- Das Verfahren muss das Kostenrisiko für die Parteien von Massenverfahren tragbar und ausgewogen gestalten. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass gerade bei so genannten Streuschäden, bei denen der Schaden des Einzelnen verhältnismäßig gering ist, ein Kostenrisiko – zum Beispiel durch die Einholung teurer Sachverständigen-gutachten – den Einzelnen davon abhalten könnte, seine Ansprüche geltend zu machen¹². Ein Verfahren zur kollektiven Interessenwahrnehmung muss auch das kollektive Risiko angemessen verteilen.

III. Bewertung des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes

Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz geht von Individualprozessen aus. Ich lasse offen, ob dies eine Schwäche darstellt; der Gesetzgeber hat sich entsprechend dem Grundverständnis und der Systematik unserer Zivilprozessordnung hierfür entschieden und Alternativen, die vielleicht denkbar wären, nicht aufgegriffen¹³. Aus diesem oder diesen – bei mehreren anhängigen – Verfahren sollen im Anwendungsbereich des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes die entscheidenden Tatsachen- und/oder Rechtsfragen herausgefiltert und in einem „Zwischenverfahren“ mit Bindungswirkung für die Einzelverfahren geklärt werden. Der zentrale Begriff dabei ist das Feststellungsziel, das der Gesetzgeber nunmehr in § 1 S. 1 KapMuG definiert hat. Die Initiative zu dem Zwischenverfahren und dem Herausfiltern des Streitstoffes geht von den Klägern aus und wird bei Vorliegen von mindestens zehn zulässigen Musterfeststellungsanträgen – in einem Zeitfenster von vier Monaten nach Bekanntmachung des zeitlich ersten Musterfeststellungsantrags im Klageregister – durch den unanfechtbaren Vorlagebeschluss des Prozessgerichts (§ 4 I KapMuG) gebündelt, kanalisiert und dem OLG zur Durchführung des Musterverfahrens mit dem Ziel eines Musterentscheids vorgelegt¹⁴. Folgerichtig werden nach dem „Transport“ der entscheidenden Fragen an das OLG alle bereits anhängigen oder bis zum Erlass des Musterentscheids noch anhängig werdenden Verfahren, deren Entscheidung von der im Musterverfahren zu treffenden Feststellung oder der im Musterverfahren zu klärenden Rechtsfrage abhängt, durch Aussetzung angehalten (§ 7 I

KapMuG). Nach rechtskräftigem Abschluss des Musterverfahrens werden sie wieder aufgenommen, wobei die Beteiligten dies steuern können (§ 16 I 5 KapMuG), und unter Beachtung der Bindungswirkung des Musterentscheids (§ 16 I 1 – 3 KapMuG) vom Prozessgericht entschieden.

Das im Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz geregelte Verfahren des Herausfilterns der entscheidenden Fragen und zur Gestaltung des Prozessstoffes des Musterverfahrens durch zehn gleichgerichtete Musterfeststellungsanträge ist grundsätzlich zur Strukturierung des Verfahrens geeignet. Gleichwohl bleiben einige Punkte unklar.

Das Feststellungsziel ist zwar gesetzlich definiert, aber bei näherer Prüfung ist die Überlegung nicht ganz von der Hand zu weisen, dass Kläger und Beklagter unterschiedliche – weil gegensätzliche – Feststellungsziele verfolgen und damit bei weniger als zehn Beklagten einem Beklagten die Möglichkeit deutlich erschwert wird, auf die Durchführung eines Musterverfahrens hinzuwirken. Diese Unklarheit wird indessen durch die Definition der Gleichgerichtetheit in § 2 I 5 KapMuG letztlich unerheblich. Gleichgerichtet sind Musterfeststellungsanträge, deren Feststellungsziel den gleichen zu Grunde liegenden Lebenssachverhalt betrifft. Damit sind die Voraussetzungen für einen Vorlagebeschluss auch dann gegeben, wenn Kläger und Beklagte zusammen insgesamt zehn zulässige Anträge gestellt haben.

Ein Musterfeststellungsantrag ist unzulässig, wenn der dem Musterfeststellungsantrag zu Grunde liegende Rechtsstreit bereits entscheidungsreif ist (§ 1 III 1 Nr. 1 KapMuG). Was Entscheidungsreife im Sinne dieser Vorschrift bedeutet, ist auslegungsbedürftig.

Entscheidungsreife tritt nach unserem prozessualen Verständnis bereits immer dann ein, wenn der Tatsachenstoff völlig geklärt ist, also keine Beweise mehr erhoben werden müssen¹⁵, und es nur noch um Rechtsfragen geht. So kann indes Entscheidungsreife i. S. von § 1 III 1 Nr. 1 KapMuG nicht gemeint sein, da ansonsten die Möglichkeit, im Musterverfahren – sogar ausschließlich (vgl. § 1 III 1 Nr. 5 KapMuG) – Rechtsfragen klären zu lassen, bei gleichzeitiger Zurückweisung eines entscheidungsreifen Musterfeststellungsantrags als unzulässig keinen Sinn ergeben würde. Die Begründung des Gesetzes hilft hier nur bedingt weiter. Dort heißt es, dass mit diesem Zurückweisungsgrund der Situation Rechnung getragen werden solle, dass durch die Stellung eines Musterfeststellungsantrags einer durchgeführten Beweisaufnahme nicht nachträglich der Boden entzogen werden könne¹⁶. Damit soll einer Verzögerung des Verfahrens entgegengewirkt werden. Indessen kann auch bei insgesamt unstrittigem Sachverhalt – in der Praxis wohl eher selten – eine Rechtsfrage Gegenstand eines Musterfeststellungsantrages sein, wenn ihr Bedeutung über den einzelnen Rechtsstreit

10 Zöller/Greger (o. Fußn. 3), § 139 Rdnr. 1; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 63. Aufl. (2005), § 139 Rdnr. 9.

11 Hartmann bezeichnet § 139 sogar als Magna Charta des Zivilprozesses, Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann (o. Fußn. 10), § 139 Rdnr. 1.

12 Bericht der Regierungskommission „Corporate Governance“ BT-Dr 14/7515, Rdnr. 188.

13 S. die Begr. des GE der BReg, BT-Dr 15/5091, S. 148 ff.

14 Eine mündliche Verhandlung über den Musterfeststellungsantrag ist nicht notwendig. Gem. § 128 IV ZPO können Entscheidungen des Gerichts, die nicht Urteile sind, ohne mündliche Verhandlung ergehen, soweit nichts anderes bestimmt ist. Diese Vorschrift ist – wenn nicht schon direkt – zumindest entsprechend anwendbar, da es sich um ein Zwischenverfahren im Rahmen eines ZPO-Verfahrens handelt, das allerdings nicht in der ZPO geregelt ist. Das Gericht entscheidet durch Beschluss, §§ 1 III 2, 4 I KapMuG. Bei notwendiger mündlicher Verhandlung wäre auch § 1 II 4 KapMuG entbehrlich.

15 Zöller/Vollkommer (o. Fußn. 10), § 300 Rdnr. 2.

16 Begr. zum GE der BReg, BT-Dr. 15/5091, S. 21.

hinaus für andere gleich gelagerte Rechtsstreitigkeiten zu kommen kann. Unstreitiger Sachverhalt und nach Beweisaufnahme vollständig festzustellender Sachverhalt können jedoch nicht unterschiedlich behandelt werden. Bei der Entscheidungsreife i. S. von § 1 III 1 Nr. 1 KapMuG kann es sich daher wohl nur um das entscheidungsreif geklärte Vorliegen oder Nichtvorliegen anspruchsbegründender oder anspruchsausschließender Voraussetzungen handeln, die nur Bedeutung für den dem Musterfeststellungsantrag zu Grunde liegenden Rechtsstreit haben, in der Regel wohl zur Klageabweisung führen¹⁷.

Diese Unschärfe setzt sich fort bei der Aussetzung nach § 7 I KapMuG, da nur die Verfahren – nach der Bekanntmachung des Musterverfahrens im Klagerregister – vom Prozessgericht ausgesetzt werden, deren Entscheidung von der im Musterverfahren zu treffenden Feststellung oder der im Musterverfahren zu klärenden Rechtsfrage abhängt. Abhängigkeit bedeutet also die Entscheidungserheblichkeit des Musterentscheids¹⁸. Unklar bleibt, wie dies festgestellt werden kann. Der Gesetzgeber hat sich mit Sicherheit nicht vorgestellt, dass vor der Aussetzung alle anhängigen Verfahren vollständig auf das Vorliegen oder Nichtvorliegen von Tatbestandsmerkmalen, die nur im einzelnen Rechtsstreit von Bedeutung sind, hin überprüft, verhandelt und bis zur Entscheidungsreife dieser Punkte geklärt werden. Das mit dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz erstrebte Ziel, effektiven Rechtsschutz zu gewähren, würde damit deutlich verfehlt, wenn man zum Beispiel an die bei dem *LG Frankfurt a. M.* rund 2 300 anhängigen Verfahren gegen die Deutsche Telekom denkt. Die Feststellung der Abhängigkeit wird daher auf eine kursorische Prüfung beschränkt bleiben müssen, ob das Musterverfahren von Bedeutung ist oder werden kann¹⁹.

Das Prozessgericht legt der Abfassung des Vorlagebeschlusses die zehn Musterfeststellungsanträge zu Grunde. Soweit nur zehn Einzelklagen mit zehn Musterfeststellungsanträgen anhängig geworden sind, ist dies unproblematisch. Deutlich problematischer wird es – man denke wiederum an die Verfahren gegen die Deutsche Telekom – bei mehreren hundert oder tausend anhängigen Verfahren. Es besteht die Gefahr, dass in den Musterfeststellungsanträgen nicht alle in sämtlichen anhängigen Verfahren geltend gemachten entscheidenden Tatsachen- oder Rechtsfragen erfasst werden. Eine Möglichkeit, dass das Gericht aus eigener Gestaltungskompetenz den Vorlagebeschluss über die in den Musterfeststellungsanträgen geltend gemachten Streitpunkte hinaus erweitert, ist § 4 I und II KapMuG nicht zu entnehmen. Hier kann ein deutliches Risiko der Unvollständigkeit des Vorlagebeschlusses liegen – insbesondere bei Verfahren mit mehreren hundert oder über tausend Klägern, die sehr unterschiedliche Streitpunkte geltend machen können. Zwar können die Beigeladenen den Gegenstand des Musterverfahrens im Rahmen des Feststellungsziels durch das Begehren der Feststellung weiterer Streitpunkte erweitern (§ 13 I KapMuG), allerdings kann dadurch das Risiko der Unvollständigkeit des Vorlagebeschlusses nicht gänzlich beseitigt werden. Die Folge der Unvollständigkeit des Vorlagebeschlusses ist eine unvollständige, „hinkende“ Bindungswirkung (vgl. § 16 I 1 und 2 KapMuG). Es sollte daher dem Prozessgericht entsprechend seiner materiellen Prozessleitungsbefugnis und -pflicht, die sich auf alle Verfahren erstreckt und dementsprechend auch für den für alle Verfahren maßgebenden Vorlagebeschluss von Bedeutung ist, eine größere Gestaltungsmöglichkeit bei der Festlegung des Streitstoffes für das Musterverfahren eingeräumt werden. Dies ist kein Verstoß gegen Verhandlungs- oder Dispositionsmaxime, da das Gericht sich selbstverständlich im Rahmen des ihm von allen Parteien unterbreiteten Streitstoffes halten muss. Eine solche Gestaltungsmöglichkeit würde der dem Gericht überantworteten Verantwortung für die vollständige Erörterung des Prozessstoffes aller Verfahren entsprechen und zu einer effizienteren Verfahrensgestaltung beitragen.

Nach dem Regierungsentwurf zum Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz sollte die Erweiterung des Gegenstandes des Musterverfahrens im Rahmen des Musterverfahrens möglich sein mit der Folge, dass über sie das *OLG* befunden hätte²⁰. Der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages hat die Entscheidung über die Erweiterung in die Hände des Prozessgerichts gelegt, das seinen Vorlagebeschluss entsprechend erweitert (§ 13 KapMuG), da es allein die Sachdienlichkeit beurteilen könne²¹. Die praktische Anwendung des Gesetzes wird zeigen müssen, ob diese Änderung sinnvoll war. Das mit dem Musterverfahren unmittelbar befasste *OLG* wird möglicherweise auf Grund seines Kenntnisstandes die Sachdienlichkeit einer Erweiterung besser beurteilen können. Die Entscheidung durch das Prozessgericht führt zudem zu einem höheren Verfahrensaufwand²².

Die Durchführung des Musterverfahrens durch das *OLG* halte ich für sinnvoll. Ein solcher Ansatz ist dem deutschen Zivilprozess nicht ganz fremd; der Rechtsentscheid in Mietsachen gem. § 541 ZPO a. F. sah im Rahmen eines laufenden landgerichtlichen Berufungsverfahrens unter bestimmten Voraussetzungen eine Vorabentscheidung des im Rechtszug übergeordneten *OLG* vor, allerdings nur über eine Rechtsfrage. Zwar könnte auch das Musterverfahren vor dem *LG* durchgeführt werden, das zunächst über eine größere Sachnähe und damit größere Kenntnis verfügt. Jedoch trägt die Entscheidung durch das *OLG* wesentlich zur Beschleunigung bei, da davon auszugehen ist, dass ein landgerichtlicher Musterentscheid ohnehin angefochten werden würde. Ferner dürfte eine Entscheidung durch das *OLG* auf deutlich größere Akzeptanz stoßen. Der vom Gesetzgeber gewählte Weg trägt zu einer spürbaren Effizienz des Verfahrens bei und führt in der Praxis wohl kaum zu einer Rechtsschutzverkürzung. Der – kritisierte²³ – Verlust einer Tatsacheninstanz hat mit der Zivilprozessreform an Bedeutung verloren (vgl. § 529 I ZPO).

Da das Musterverfahren vor dem *OLG* durchgeführt wird, ist es nur folgerichtig, dass das *OLG* den Musterkläger bestimmt. An § 8 II KapMuG, der die Auswahl des Musterklägers regelt, zeigt sich, dass der Vorlagebeschluss, der seinen Ausgang in den Musterfeststellungsanträgen hat und an den das *OLG* gebunden ist, mit dem Transport und dem Umreißen des Streitstoffes seine Funktion erfüllt hat und die Musterfeststellungsantragsteller rein rechtlich gesehen keine Rolle mehr spielen. Das *OLG* wird sich bei der Auswahl der Musterkläger bei mehreren tausend Klägern zweifelsohne schwer tun und es bleibt abzuwarten, inwieweit die in § 8 II KapMuG zu berücksichtigenden Gesichtspunkte hier entscheidend weiterhelfen können. Man kann sich durchaus vorstellen, dass das *OLG* bei der Ausübung seines billigen Ermessens sich die Klagen der Musterfeststellungsantragsteller intensiv ansieht.

Ich kann im Rahmen dieses Beitrages nicht auf alle Regelungen des Musterverfahrens eingehen, sondern möchte einen Punkt herausgreifen: Die Rechtsstellung der Beigeladenen. Im ersten Buch der ZPO finden wir unter dem 3. Titel des zweiten Abschnittes, der die Beteiligung Dritter am Rechts-

17 Vgl. *Reuschle*, WM 2004, 2334 (2336) Entscheidungsreife ist auch gegeben, wenn das Prozessgericht die Tatsachen, deren Feststellung mit dem Musterfeststellungsantrag begehrt wird, bereits durch Beweisaufnahme feststellungsreif geklärt hat und die Klärung von Rechtsfragen nicht begehrt wird, vgl. o. Fußn. 16.

18 Nach der Begr. des GE sind auch entsprechend dem Rechtsgedanken zu § 1 III Nr. 1 KapMuG entscheidungsreife Verfahren nicht auszusetzen, vgl. BT-Dr 15/5091, S. 25.

19 Z. B. nach Hinweisen gem. § 139 ZPO im späteren Verfahren vor dem Prozessgericht, nicht im Rahmen der Anhörung zur Aussetzung.

20 § 13 Reg-E, BT-Dr 15/5091.

21 Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Dr 15/5695, S. 24.

22 S. a. *Plafmeier*, NZG 2005, 609 (612).

23 *Hess/Michailidou*, ZIP 2004, 1381 (1384); *Duvel/Pfützner*, BB 2005, 673 (677).

streit regelt, die Figur des Beigeladenen nicht²⁴. Dennoch ist die vom Gericht veranlasste Beiladung, wie sie § 8 III KapMuG vorsieht, der Zivilprozessordnung nicht ganz fremd. In Kindschaftssachen kennt § 640 e ZPO die notwendige Beiladung des am Rechtsstreit nicht als Partei beteiligten Elternteils; sie ist eine streitgenössische Nebenintervention²⁵. Auch § 856 III ZPO kennt bei der Klage bei mehrfacher Pfändung eine Beiladung. Dennoch sind dies im Unterschied zum Verwaltungsprozess²⁶ Ausnahmefälle die sich aus besonderen Konstellationen ergeben. Die Beiladung im Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz ist gewissermaßen die prozessuale Brücke zu Bindungswirkungen des § 16 KapMuG, was uns im Ansatz auch in der Nebenintervention der ZPO begegnet (vgl. § 68 ZPO). Es erstaunt daher nicht, dass die Stellung der Beigeladenen sich an das Institut der Nebenintervention anlehnt (vgl. § 12 KapMuG)²⁷, wengleich die ihn treffende oder ihn begünstigende Bindungswirkung zwangsläufig anders ausgestaltet sein muss, als wir sie in § 68 ZPO im Verhältnis Nebenintervenient zur Hauptpartei finden. Der Beigeladene darf sich mit seinen Erklärungen und Handlungen nicht mit den Erklärungen und Handlungen seiner Hauptpartei (Musterkläger oder Musterbeklagter) in Widerspruch setzen, § 12 KapMuG. Widersprüchlichen Vortrag kann er erst in seinem Verfahren vor dem Prozessgericht nach Abschluss des Musterverfahrens einführen. Er ist anders als der Beigeladene in § 640 e ZPO in seiner Rechtsstellung durchaus eingeschränkt, gewissermaßen ein „hinkender“ Beigeladener. Dies kann zu einer „hinkenden“ Bindungswirkung führen, da der Musterentscheid nicht über einen widersprüchlichen Vortrag befinden kann und der Beigeladene daher gem. § 16 II KapMuG nicht gehindert ist, Angriffs- oder Verteidigungsmittel geltend zu machen, die er im Musterverfahren nicht geltend machen konnte. Abgewendet werden kann dies nur, indem man seine Stellung der eines streitgenössischen Nebenintervenienten annähert oder indem man widersprüchlichen Vortrag zulässt. Die Ausgestaltung der Rechtsstellung der Beigeladenen als streitgenössischen Nebenintervenienten würde indessen das Verfahren schwerfälliger gestalten, da seine Verfahrensrechte dann der Rechtsstellung eines Streitgenossen angenähert werden müssten²⁸. Die mögliche Schwäche einer „hinkenden“ Bindungswirkung durch die gesetzlich vorgesehene Ausgestaltung der Stellung der Beigeladenen kann jedoch und sollte im Interesse einer Beschleunigung des Verfahrens in Kauf genommen werden. Ich sehe das Risiko ohnehin nicht allzu hoch, da die Beigeladenen in der Regel kaum widersprüchlichen Vortrag zum Musterkläger bringen werden, allenfalls ergänzenden Vortrag; denn Musterkläger und Beigeladene haben inhaltlich die gleiche Zielrichtung.

Ein Wort noch zur Bindungswirkung des § 16 KapMuG: Sie ist in ihrer Ausgestaltung zivilprozessuales Neuland, da sie für und gegen alle Beigeladenen des Musterverfahrens unabhängig davon gilt, ob der Beigeladene selbst alle Streitpunkte ausdrücklich geltend gemacht hat. Dies geht zwar weit über unsere bisherigen zivilprozessualen Grundsätze hinaus – zum Beispiel die Verhandlungsmaxime –, dennoch ist eine so weit reichende Bindungswirkung sinnvoll, da das Musterverfahren und der Musterentscheid die entscheidenden Grundlagen für die Erledigung aller Einzelverfahren sind.

Das Musterverfahren ist nur ein Zwischenverfahren und kann nicht das Einzelverfahren abschließend entscheiden, da hier jeweils noch individuelle Streitpunkte eine Rolle spielen und gesondert geklärt werden müssen. Das heißt, dass trotz Musterverfahren zum Beispiel bei über 2 300 Klagen mit rund 17 000 Klägern es dennoch sehr viel Zeit in Anspruch nehmen wird, bis über den einzelnen Anspruch entschieden

ist. Gleichwohl kann ich mir vorstellen, dass das Musterverfahren zu einer deutlichen Beschleunigung führen wird. Wenn die grundlegenden Fragen geklärt sind, kann man sich auch andere Verfahrenserledigungen vorstellen als das Durchentscheiden einzelner Klagen – zum Beispiel bei negativem Ausgang des Musterverfahrens für die Kläger Klagerücknahmen oder bei negativem Ausgang des Musterverfahrens für die Beklagten vergleichsweise Lösungen im Einzelfall. In der Klärung der entscheidenden Fragen, die für alle Verfahren von Bedeutung sind, durch das OLG mit Bindungswirkung für diese Verfahren liegt der durchgreifende Beschleunigungseffekt, den wir mit unseren bisherigen prozessualen Instituten nicht erreichen können. Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz gibt dem Prozessgericht eine sichere verfahrensrechtliche Basis. Es ist zwar nicht zu verkennen, dass das Musterverfahren durch die Vielzahl der beteiligten Beigeladenen eine gewisse Schwerfälligkeit aufweist, die jedoch wegen des Anspruchs auf rechtliches Gehör kaum vermeidbar ist.

Ein Wort noch zu den Kosten und dem Kostenrisiko: Da § 379 ZPO im Musterverfahren keine Anwendung findet (§ 9 I 2 KapMuG) und § 17 KapMuG eine ausgewogene anteilige Verteilung der Kosten des Musterverfahrens vorsieht, hält sich für den einzelnen Kapitalanleger das Kostenrisiko in der Regel in tragbaren Grenzen²⁹. Der Ausschluss des § 379 ZPO ist notwendig, da dem Musterkläger, der zumeist beweispflichtig sein dürfte, es nicht zugemutet werden kann, die Kosten zum Beispiel für ein Sachverständigengutachten aufzubringen, das in die Millionen gehen kann. Im Gesetzgebungsverfahren wurde für die Streichung des § 379 ZPO eine Kompensation durch eine Verzinsungsregelung gefunden, Art. 4 Nr. 9 lit. h des Gesetzes zur Einführung von Kapitalanleger-Musterverfahren.

IV. Ausblick

Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz ist ein zivilprozessuales Modellprojekt, das auf dem Reißbrett entstanden ist. Es zeigt für einen Sektor des Kapitalmarktbereichs einen richtigen Ansatz auf und hat gute Aussichten, dazu beizutragen, dass Parallel(massen)verfahren auf einer sicheren Grundlage effektiver erledigt werden können, als es mit den bisherigen zivilprozessualen Wegen möglich ist. Seine Bewährung in der Praxis muss es indes erst noch zeigen. Es steht zu erwarten, dass sich noch manche ungeklärte Einzelfrage ergeben wird, was bei zivilprozessualen Neuland nicht überraschend ist.

Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz ist zur Erledigung dieser Art von Verfahren nicht die alleinige Lösung, da sich Massenverfahren in unterschiedlicher Weise darstellen können – jeweils auch abhängig von den materiell-rechtlichen Haftungsnormen und den tatsächlichen Ausgestaltungen. Nicht für jedes Parallelverfahren muss das Modell des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes das geeignetste sein. Andere Lösungen sind vorstellbar – zum Beispiel eine Erweiterung von § 148 ZPO³⁰, eine auf zivilprozessuale Bedürfnisse zugeschnittene Regelung, wie sie § 93 a VwGO vorsieht, nähere Prüfung des Vorschlags der Regierungskommission „Corporate Governance“³¹. Wir müssen uns künftig aus mancherlei Gründen auf mehr Massenverfahren nicht nur im Kapitalmarktbereich einstellen und benötigen hierzu mehrere

24 Anders in der VwGO, vgl. §§ 63, 65 u. 66 VwGO.

25 BGHZ 89, 121 = NJW 1984, 353; Zöller/Philippi (o. Fußn. 10), § 640 e Rdnr. 8.

26 S. o. Fußn. 24.

27 S.a. Begr. des RegE, BT-Dr 15/5091, S. 28.

28 S. zur Begründung der Ausgestaltung der Figur des Beigeladenen *Reuschle*, WM 2004, 2334 (2338).

29 S. a. Möllers/Weichert, NJW 2005, 2737 (2740).

30 Vgl. *Duvel/Pfitzner*, BB 2005, 673 (679).

31 BT-Dr 14/7515 Rdnr. 190.

prozessuale Institute, die es dem Gericht ermöglichen, den für die jeweiligen Verfahren geeignetsten Weg zu wählen – gewissermaßen einen „Instrumentenkasten“. Der Gesetzgeber sollte mit den Überlegungen hierzu nicht bis zum 1. 11. 2010 warten, dem Tag, an dem das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz außer Kraft tritt (Art. 9 des Gesetzes zur Einführung von Kapitalanleger-Musterverfahren), um zunächst die Bewährung des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes zu prüfen. Angesichts der Vielgestaltigkeit von solchen Parallelverfahren muss es Alternativen zum Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz geben, die das Gericht auf einer sicheren verfahrensrechtlichen Grundlage wählen kann.

Recht ist nicht etwas Statisches. Die abstrakten Rechtsnormen stehen in einer ständigen Interaktion mit den gesellschaftlichen Gegebenheiten. Dies zeigt sich nicht nur in der Rechtsanwendung durch den Richter, der sich oftmals mit neuen wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und technischen Sachverhalten auseinander zu setzen hat, die bei Erlass der Rechtsnormen noch nicht gegeben waren und die der Gesetzgeber daher nicht berücksichtigen konnte, sondern auch an der Aktivität des Gesetzgebers, der reagiert und gleichwohl den raschen Wandel nicht stets einfangen kann. Auf dem hier angesprochenen Gebiet des Verfahrensrechts sollte er es zumindest versuchen. ■

Professor Dr. Christian Wolf, Hannover

Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz – Vorlage- oder Aussetzungsverfahren?*

I. Einleitung

Der deutsche Zivilprozess ist vom Zweiparteienprinzip beherrscht¹. Der Kläger verfolgt im Prozess seine Rechte gegenüber dem Beklagten hinsichtlich eines konkreten Rechtsverhältnisses². Die Beschränkung des Zivilprozesses auf das Zweiparteienprinzip ist das prozessuale Gegenstück zum schuldrechtlichen Zweipersonenverhältnis³. Dieses gemeinsame bipolare Verständnis von Schuldverhältnis und Zivilprozess lässt sich auf den römisch-rechtlichen Begriff der *actio* zurückführen⁴, welcher sowohl im Sinne der Klagehandlung als auch im Sinne des privatrechtlichen Anspruchsbegriffs verwendet wurde⁵.

Der Kampf ums Recht war ein individueller Kampf ums Recht. Zwar hat bereits *Jhering* auf die Bedeutung dieses Kampfes ums Recht für das Recht als Ganzes hingewiesen. Ist der Einzelne nicht mehr bereit, sein individuelles Recht durchzusetzen, so *Jhering*, führt dies nicht nur zum Verlust des individuellen Rechts des Einzelnen, vielmehr nähme hierdurch die gesamte Rechtsordnung Schaden. Der Kampf ums Recht als solcher oblag jedoch dem Individuum⁶. Zwar wurde in der Literatur schon lange für eine Interessenbündelung eingetreten⁷, jedoch blieben diese Überlegungen meist rechtstheoretischer Natur in Deutschland. Mit dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG) wurde erstmalig die Möglichkeit der Bündelung von gleichgerichteten Interessen und Ansprüchen, wie es die Gesetzesbegründung formuliert⁸, geschaffen. Der Gesetzgeber wollte damit eine zweite Spur für die Finanzmarktaufsicht ermöglichen. Neben der staatlichen Finanzmarktaufsicht soll mit der kollektiven Rechtsverfolgung durch das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz ein schlagkräftiges Instrument geschaffen werden, die Emittenten zu veranlassen, die einschlägigen kapitalmarktrechtlichen Bestimmungen einzuhalten⁹. Der Gesetzgeber entsprach damit Forderungen in der kapitalmarktrechtlichen Literatur¹⁰, welche in verstärktem Umfang das Haftungsrecht zur Marktsteuerung einsetzen wollte. Die bisherigen prozessrechtlichen Möglichkeiten reichten hierzu nicht aus, weil haftungsrechtlich relevantes Fehlverhalten am Kapitalmarkt in der Regel zu Streuschäden führt. Zwar ist der dabei verursachte gesamte Schaden unter Umständen sehr groß, jedoch wird der Einzelne schon aus prozessökonomischen Gründen in der Regel die Geltendmachung des ihm individuell entstandenen Streuschadens unterlassen. Die Rechtsverfolgungskosten führten zu dieser rationalen Apathie der Anleger¹¹.

Dem Gesetzgeber standen dabei zur Beantwortung der Frage, wie eine Interessenbündelung im Zivilprozessrecht zu regeln sein könnte, viele Modelle zur Verfügung: Von der Musterklage über die Gruppenklage, Verbandsklage bis hin zur amerikanischen *class action*¹². Allerdings machte dies die Aufgabe des Gesetzgebers nicht einfacher. Denn zugleich wurde vor der Übernahme der amerikanischen *class action* gewarnt¹³.

Im Vordergrund der Kritik stand dabei weniger die prozessrechtsdogmatische Grundfigur der *class action* als vielmehr die rechtstatsächlichen Auswüchse¹⁴. Schließlich fehlte es aber auch nicht an Warnungen, eine Verstärkung kollektiv-rechtlicher Klageformen wie Verbands-, Gruppen- oder Sammelklagen führe zu aus dem Justizgewährleistungsanspruch abgeleiteten verfassungsrechtlichen Bedenken¹⁵.

Der Gesetzgeber hat sich folglich mit dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz an keines dieser Modelle angelehnt, sondern sich für einen völlig eigenständigen Lösungsweg entschieden. Mit der angestrebten Lösung sollte dem individualistischen Grundverständnis des deutschen Prozessrechts¹⁶, welches bislang eine Öffnung für jede Form von Sammelklagen verhinderte¹⁷, Rechnung getragen werden.

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Deutsches, Europäisches und Internationales Zivilprozessrecht an der Universität Hannover sowie Richter am OLG Celle im Zweiten Hauptamt.

- 1 Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZivilprozessR, 16. Aufl. (2004), § 40 Rdnr. 26.
- 2 Rosenberg/Schwab/Gottwald (o. Fußn. 1), § 1 Rdnr. 3.
- 3 Medicus, JuS 1974, 613.
- 4 Medicus, JuS 1974, 613.
- 5 Kaser/Knütel, Römisches PrivatR, 18. Aufl. (2005), § 4 Rdnrn. 6 f.
- 6 Jhering, Der Kampf ums Recht, 4. Aufl. (1874), S. 46 ff.
- 7 Vgl. hierzu nur den Literaturnachw. bei Rosenberg/Schwab/Gottwald (o. Fußn. 1), § 47.
- 8 BT-Dr 15/5091, S. 16.
- 9 BT-Dr 15/5091, S. 16.
- 10 Fleischer, DJT 2002, Gutachten S. F 115 ff., F 142; Bericht der Regierungskommission Corporate Governance, BT-Dr 14/7515, S. 88 Rdnr. 188; Ulmer, ZHR 163 (1999), 290 (297).
- 11 Kalls, Anlegerinteressen, 2001, S. 229.
- 12 S. Basedow/Hopt/Kötz/Baetge (Hrsg.), Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess, 1999, passim.
- 13 Fleischer, DJT 2002, Gutachten S. F 117 f.; Bericht der Regierungskommission Corporate Governance, BT-Dr 14/7515, S. 89 Rdnr. 189.
- 14 Heß, AG 2003, 113 (115 f.); Meyer, WM 2003, 1349 (1351); Reuschle, WM 2004, 966 (970); Bericht der Regierungskommission Corporate Governance, BT-Dr 14/7515, S. 90 Rdnr. 190; Vgl. nur zur US-amerikanischen Kritik Hensler/Dombey-Moore/Giddens/Gross/Moller/Pace, Class Action Dilemmas, 2000, passim.
- 15 Vgl. nur BT-Dr 15/5091, S. 31.
- 16 BT-Dr 15/5091, S. 16 (31).
- 17 Vgl. nur Koch, VerbraucherprozessR, 1990, S. 46 ff.

Auf den ersten Blick hat er dabei ein Kaleidoskop unterschiedlicher bekannter prozessrechtlicher Institute verwendet, wie Rechtsentscheid in Mietsachen i. S. von § 541 ZPO a. F.¹⁸ und Nebenintervention¹⁹. Vom Rechtsentscheid in Mietsachen hat man die vertikale Bindungswirkung übernommen²⁰. Das Musterverfahren wird nicht vor den Prozessgerichten geführt, sondern vor dem OLG. Der das Musterverfahren abschließende Musterentscheid ist, wie früher der Rechtsentscheid, für das Prozessgericht bindend. Um das Musterverfahren möglichst effizient gestalten zu können, soll dies auf Klägersseite im Wesentlichen von einem vom OLG zu bestimmenden Musterkläger geführt werden. Die Kläger der übrigen Ausgangsverfahren sind im Musterverfahren Beigeladene, deren rechtliche Stellung sich an die Figur des Nebenintervenienten anlehnt²¹.

Bereits *Schumann* hat gegen die Einführung von kollektiven Formen der Rechtsverfolgung weniger prinzipielle Bedenken vorgebracht als vielmehr darauf hingewiesen, dass deren Einführung eine Vielzahl von Anpassungen in dem grundsätzlich individualistisch geprägten Zivilprozess erforderlich machen würde, damit dies nicht von Schwierigkeit zu Schwierigkeit führt²². Für die Einpassung des Musterverfahrens in die Grundstrukturen unseres Prozessrechts ist die richtige prozessrechtsdogmatische Figur des Musterverfahrens, will man nicht von Schwierigkeit zu Schwierigkeit eilen, wesentlich. Bevor jedoch der prozessrechtsdogmatische Charakter des mit dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz geschaffenen Verfahrens näher ausgeleuchtet werden kann, ist der äußere Verfahrensablauf kurz zu schildern (II).

II. Das Musterverfahren nach dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz im Überblick

Seinen Ausgangspunkt findet das Musterverfahren in den individuellen Schadensersatzprozessen vor den Prozessgerichten (Ausgangsverfahren). Im Gegensatz zur US-amerikanischen class action ist daher die individuelle Klageerhebung Grundvoraussetzung für das Musterverfahren. Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz führt keine Stellvertreterklage ein. Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz geht dabei von der Grundüberlegung aus, dass sich die Schadensersatzprozesse in zwei Kategorien von Rechts- bzw. Tatsachenfragen aufteilen lassen, nämlich solche, die sich in einer Vielzahl von Verfahren gleich stellen, und solche, die jeweils im individuellen Schadensersatzprozess zu beantworten sind.

Dies lässt sich anhand von § 44 BörsG leicht veranschaulichen. Der Schadensersatzanspruch nach § 44 I BörsG besteht zum einen, wenn wesentliche Angaben in dem Prospekt unrichtig waren. Soweit der Prospekt für alle Anleger der Gleiche war, kann die Feststellung, ob die wesentlichen Angaben in dem Prospekt unrichtig waren, für alle Ausgangsverfahren einheitlich getroffen werden. Weitere Voraussetzung für den Anspruch nach § 44 I BörsG ist jedoch, dass der Aktienwerb nach Veröffentlichung des Prospekts und innerhalb von sechs Monaten nach erstmaliger Einführung des Wertpapiers erfolgte. Die Frage, ob wesentliche Angaben des Prospekts unrichtig waren, lässt sich folglich für alle Ausgangsverfahren gemeinsam im Musterverfahren klären, während die weitere Anspruchsvoraussetzung nach § 44 I BörsG in dem jeweiligen Ausgangsprozess individuell zu klären ist.

Die Einleitung des Musterverfahrens ist dabei eine Mischung zwischen Amts- und Antragsverfahren. Zunächst müssen innerhalb von vier Monaten zehn gleichgerichtete Musteranträge gestellt werden. Der Musterantrag kann dabei auf die Feststellung des Vorliegens oder Nichtvorliegens anspruchsbegründender oder anspruchsausschließender Voraussetzungen oder auf die Klärung von Rechtsfragen gerichtet sein (§ 1 I KapMuG). Ist diese Voraussetzung erfüllt,

kommt es zum Musterverfahren vor dem OLG, welches mit dem Musterentscheid endet. Bis zum Erlass des Musterentscheids sind nach § 7 KapMuG von Amts wegen alle Ausgangsverfahren auszusetzen unabhängig davon, ob in diesen Verfahren ein Musterfeststellungsantrag gestellt wurde. Voraussetzung für die Aussetzung ist lediglich, dass der Rechtsstreit von den im Musterverfahren zu klärenden Feststellungen oder zu klärenden Rechtsfragen abhängt.

Das Musterverfahren selbst soll im Wesentlichen durch den Musterkläger und den Musterbeklagten geführt werden. Dabei wird der Musterkläger nach § 8 II KapMuG durch das OLG bestimmt. Die übrigen Kläger der Ausgangsverfahren werden im Musterverfahren zu Beigeladenen, deren Rechtsstellung an die des Nebenintervenienten angelehnt ist²³. Der im Musterverfahren ergangene Musterentscheid wirkt in die Ausgangsverfahren zurück. Der Musterentscheid bindet mit seinen Feststellungen das Prozessgericht, § 16 I KapMuG. Gegenüber den Beigeladenen erfährt die Bindungswirkung die gleichen Einschränkungen wie die Nebeninterventionswirkung, § 16 II KapMuG.

Wie das Musterverfahren mit den individuellen Schadensersatzprozessen (Ausgangsverfahren) dogmatisch verschaltet ist, wird allerdings weder aus der Formulierung von § 16 I KapMuG noch aus der Gesetzesbegründung richtig deutlich. In § 16 I 1 KapMuG wird einerseits von der Bindungswirkung des Musterentscheids für die Prozessgerichte gesprochen. Andererseits geht das Gesetz in § 16 II 2 KapMuG davon aus, dass der Musterentscheid in Rechtskraft erwächst. Welche Bedeutung dem zukommt, ist unklar, denn die Gesetzesbegründung lehnt eine Rechtskrafterstreckung auf am Musterverfahren nicht beteiligte Dritte ausdrücklich ab²⁴. Und die Beigeladenen sind nach der Gesetzesbegründung Dritte im Musterverfahren²⁵.

III. Der prozessrechtsdogmatische Charakter des Musterverfahrens

Welcher prozessdogmatischen Grundfigur folgt die Importierung des Musterentscheids in die Ausgangsverfahren vor dem Prozessgericht?

Der Gesetzgeber hat, wie noch zu zeigen sein wird, innerhalb von § 16 I KapMuG auf zwei völlig unterschiedliche Konzepte – Bindungswirkung und Rechtskraft – gesetzt. Die Bindungswirkung ist dabei charakteristisch für das Vorlageverfahren, während die Rechtskraft sich als typusprägend für das Aussetzungsverfahren erweisen wird.

1. Die Abgrenzung zwischen Vorlage- und Aussetzungsverfahren

a) *Ausgangspunkt: Vorlage- und Aussetzungsverfahren sind unterschiedliche Methoden der Vorfragenklärung.* Zwischen Aussetzungs- und Vorlageverfahren wird in der Regel nicht groß unterschieden, sondern beides nahezu synonym verwendet. *Karsten Schmidt* hat es erstmals unternommen, den Unterschied zwischen Aussetzung und Vorlageverfahren zu skizzieren. Aussetzung und Vorlagebeschlüsse seien unterschiedliche Methoden der Vorfragenklärung²⁶. Wesentlicher

18 So ausdr. die Gesetzesbegr., BT-Dr 15/5091, S. 18.

19 BT-Dr 15/5091, S. 31.

20 BT-Dr 15/5091, S. 18.

21 BT-Dr 15/5091, S. 19.

22 *Stein/Jonas/Schumann*, ZPO, 20. Aufl. (1979), Einl. Rdnr. 527.

23 BT-Dr 15/5091, S. 19.

24 BT-Dr 15/5091, S. 16, 17, 48, 49.

25 BT-Dr 15/5091, S. 19, 31.

26 *Karsten Schmidt*, in: Festschr. f. Lüke, 1997, S. 721 (724).

Unterschied zwischen Aussetzung und Vorlageverfahren sei, dass bei der Aussetzung das Verfahren nicht betrieben werde, während es beim Vorlageverfahren durch eine moderne Form der Verfahrensverzahnung betrieben werde. Die beiden Institute wird man noch näher voneinander abgrenzen können. Die Aussetzung führt nach einhelliger Ansicht zunächst dazu, dass das ausgesetzte Verfahren zum Stillstand kommt²⁷. Im Gegensatz hierzu sind der Vorlagebeschluss und das Vorlageverfahren als Teil des Verfahrens zu begreifen, aus dem heraus die Vorlage erfolgt. Das Verfahren wird durch das Vorlageverfahren weiterbetrieben²⁸. Die Entscheidung, ein Vorlageverfahren durchzuführen, kann daher nicht selbstständig mit einem Rechtsmittel angegriffen werden²⁹. Des Weiteren kann das Vorlageverfahren nicht separat von demjenigen Verfahren, aus dem die Vorlage betrieben wird (Hauptverfahren), durchgeführt werden. Weder die Vorlage nach Art. 100 GG noch die Vorlage nach Art. 234 EG sind ohne anhängiges Verfahren einleitbar. Die Aussetzung nach § 148 ZPO setzt voraus, dass der Rechtsstreit im Hinblick auf einen bereits anhängigen Rechtsstreit ausgesetzt wird³⁰. Im Gegensatz hierzu soll mit dem Vorlagebeschluss gerade aber erst das Verfahren vor dem vorzulegenden Gericht eingeleitet werden.

b) *Bindungswirkung, Rechtskraftwirkung und Präjudizienbindung als systemprägende Unterscheidung.* aa) *Die Aussetzung als Mittel zur Absicherung zukünftiger Rechtskraft über präjudizielle Vorfragen.* Eigentliche Bedeutung dürfte der Unterschied zwischen Aussetzungs- und Vorlageverfahren jedoch im Hinblick auf die Rechtskraft bzw. Bindungswirkung gewinnen. Von der Bindungswirkung ist noch die Präjudizienbindung zu unterscheiden. Allerdings erschließt sich dieser Zusammenhang nicht ohne weiteres, weil über Normzweck und Reichweite des die Aussetzung regelnden § 148 ZPO bislang keine eindeutige Klarheit erzielt wurde³¹. Ausgangspunkt von § 148 ZPO ist, dass das Gericht den bei ihm geführten Prozess aussetzt (ausgesetzter Prozess), weil in einem anderen anhängigen Prozess (anderer Prozess) eine auch im ausgesetzten Prozess zu klärende Vorfrage entschieden wird. Wie sich das Verhältnis von ausgesetztem Prozess zu anderem Prozess darstellen muss, war bereits in der Judikatur des RG umstritten. Das RG hat zum einen gefordert, dass der andere anhängige Prozess in einem rechtskräftigen Urteil münden muss, dessen materielle Rechtskraft ein präjudizielles Rechtsverhältnis des ausgesetzten Prozesses betrifft. Zweck des § 148 ZPO war demnach die Absicherung der erst noch zu fallenden rechtskräftigen Entscheidung des anhängigen Prozesses. Hierzu sollte nach § 148 ZPO der Prozess ausgesetzt werden, bis die rechtskräftige Entscheidung in dem anhängigen Prozess erfolgte. Das RG hat aber in anderen Entscheidungen für die Aussetzung nach § 148 ZPO irgendeinen Zusammenhang zwischen ausgesetztem Prozess und anhängigem Prozess ausreichen lassen³², mithin die Aussetzung nicht in einen Zusammenhang mit der Rechtskraft gestellt.

Bereits *Mittenzwei* hat auf den Formulierungsgleichklang zwischen § 148 ZPO und § 256 II ZPO³³ hingewiesen³⁴. Zwischenfeststellungsklage, Aussetzung, Rechtshängigkeit und anderweitige Rechtskraft sind mehrfach miteinander verwoben. Grundsätzlich müssen im ausgesetzten Prozess die präjudiziellen Vorfragen selbstständig entschieden werden. Ist aber eine präjudizielle Vorfrage eine rechtskräftig festgestellte Rechtsfolge eines anderen Prozesses, so hat der Richter des ausgesetzten Prozesses die Entscheidung des anderen Prozesses seiner eigenen Entscheidung zu Grunde zu legen³⁵. In diesem Fall könnten die Parteien des ausgesetzten Rechtsstreits über die präjudizielle, rechtskräftig entschie-

dene Vorfrage auch keine Zwischenfeststellungsklage nach § 256 II ZPO erheben. Dem stünde die Rechtskraft des anderen Prozesses als negative Prozessvoraussetzung entgegen³⁶. Ist der andere Prozess noch nicht rechtskräftig abgeschlossen, können die Parteien in dem ausgesetzten Prozess schon wegen § 261 III Nr. 1 ZPO die Zwischenfeststellungsklage nicht mehr erheben. Der andere Prozess führt zum Einwand der anderweitigen Rechtshängigkeit. Die Rechtshängigkeitssperre besteht aber zwischen auszusetzendem Verfahren und anderem Prozess nicht. Der Streitgegenstand beider Verfahren ist unterschiedlich. Der Streitgegenstand des anderen Prozesses ist lediglich eine Vorfrage im auszusetzenden Rechtsstreit.

Widerspruchsfreiheit zwischen dem anderen Prozess über das präjudizielle Rechtsverhältnis und dem auszusetzenden Prozess lässt sich folglich nur erzielen, wenn der andere Prozess rechtskräftig vor dem auszusetzenden Prozess abgeschlossen wird. Nach richtiger Ansicht liegt genau hier die Funktion von § 148 ZPO. § 148 ZPO soll die zukünftige Rechtskraftwirkung des bereits anhängigen anderen Verfahrens auf das auszusetzende Verfahren absichern. Voraussetzung für die Aussetzung ist daher, dass die Entscheidung des anderen Verfahrens, welches den Grund der Aussetzung bildet, im ausgesetzten Verfahren Präjudizialität entfaltet. Dies ist zum einen der Fall, wenn diese Entscheidung eine Vorfrage im ausgesetzten Verfahren bildet, oder zum anderen, wenn der Hauptprozess in Bezug auf das ausgesetzte Verfahren die Interventionswirkung, §§ 74 III, 68 ZPO, entfaltet³⁷.

bb) *Die Bindungswirkung als Ziel des Vorlageverfahrens – Präjudizienbindung als mögliche Nebenwirkung.* Im Gegensatz hierzu dient das Vorlageverfahren nicht der Absicherung der zukünftigen Rechtskraft eines anderen Verfahrens, sondern es ist, wie *Karsten Schmidt* es formuliert, ein modernes Institut der Verfahrensverzahnung zur Klärung von Vorfragen³⁸. Das Vorlageverfahren stellt im Grunde ein auf bestimmte Aspekte beschränktes, vorweggenommenes Rechtsmittelfahren dar. Im Vorlageverfahren geht es in der Regel um die verbindliche Abklärung einer bestimmten Rechtsfrage in einem Verfahren und nicht um die Beachtung einer der Rechtskraft fähigen Entscheidung eines anderen Verfahrens. So heißt es in § 138 I 3 GVG: „Die Entscheidung ist in der vorliegenden Sache für den erkennenden Senat bindend.“ Eine vergleichbare Formulierung findet sich in § 16 RsprEinhG. Auch § 541 I 5 ZPO a. F. ordnete lediglich eine Bindungswirkung für das konkrete Verfahren an³⁹. Schließlich spricht man noch von Bindungswirkung im Fall der Aufhebung und Zurückverweisung der Berufungsentschei-

27 *Stein/Jonas/Roth*, ZPO, 22. Aufl. (2005), § 148 Rdnr. 1.

28 *Karsten Schmidt*, in: Festschr. f. Lüke (o. Fußn. 26), S. 721 (725).

29 OLG Köln, WRP 1977, 734; *Musielak/Stadler*, ZPO, 4. Aufl. (2005), § 252 Rdnr. 1 m.w.Nachw.; *Stein/Jonas/Roth* (o. Fußn. 27), § 252 Rdnr. 2, allerdings mit der Begründung, dass ansonsten die Gefahr von Einbrüchen in die Prüfungskompetenz des BVerfG bzw. des EuGH zu befürchten sei; a.A. *Pfeiffer*, NJW 1994, 1996.

30 *Stein/Jonas/Roth* (o. Fußn. 27), § 148 Rdnr. 30.

31 *Otte*, Umfassende Streitentscheidung durch Beachtung von Sachzusammenhängen, 1998, S. 237.

32 Vgl. den Nachw bei *Roth*, in: Festschr. f. Jayme, 2004, S. 747, 749.

33 § 280 ZPO a. F. wurde mit der Vereinfachungs-Novelle vom 3. 12. 1976 (BGBl I, 3281) wortgleich als § 256 II ZPO n. F. übernommen.

34 *Mittenzwei*, Die Aussetzung des Prozesses zur Klärung von Vorfragen, 1971, S. 20.

35 *Rosenberg/Schwab/Gottwald* (o. Fußn. 1), § 150 Rdnr. 15.

36 Allg. zur Rechtskraftwirkung als negative Prozessvoraussetzung *Rosenberg/Schwab/Gottwald* (o. Fußn. 1), § 150 Rdnr. 10 f.

37 BGHZ 162, 373 = NJW 2005, 1947; *Stein/Jonas/Roth* (o. Fußn. 27), § 148 Rdnr. 23.

38 *Karsten Schmidt*, in: Festschr. f. Lüke (o. Fußn. 26), S. 721 (724).

39 *Rimmelspacher*, in: MünchKomm-ZPO, 2. Aufl. (2000), § 541 Rdnr. 42 f.

dung im Revisionsverfahren, § 563 II ZPO. Die Vorschrift findet entsprechende Anwendung, wenn das Berufungsgericht nach § 538 II ZPO das erstinstanzliche Urteil aufhebt und zur erneuten Verhandlung zurückverweist⁴⁰.

Gegenüber der Bindungswirkung ist die Rechtskraftwirkung zum einen weiter und zum anderen enger. Die Rechtskraftwirkung ist weiter, weil die Parteien des Rechtsstreits über den rechtskräftig entschiedenen Rechtsstreit hinaus an die materielle Rechtskraft gebunden sind. Die materielle Rechtskraft sichert den formal rechtskräftig gewordenen Richterspruch ab, indem derselbe Rechtsstreit nicht noch einmal zwischen den Parteien geführt werden darf. Darüber hinaus sind die Parteien in einem zweiten Rechtsstreit über einen anderen Streitgegenstand an die rechtskräftige Entscheidung, soweit diese nun präjudiziell ist, gebunden⁴¹. Die Vorlageentscheidung entfaltet hingegen über den anhängigen Prozess für die Parteien des Rechtsstreits keine Verbindlichkeit. Dies ergibt sich im Grunde bereits unschwer aus den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen, die jeweils die Bindungswirkung auf die „vorliegende Sache“ beschränken.

Diese eindeutige Beschränkung der innerprozessualen Bindungswirkung darf nicht mit einer Präjudizienbindung verwechselt werden, welche häufig mit dem Vorlageverfahren verbunden ist. Grundsätzlich entfalten gerichtliche Entscheidungen in unserem Rechtssystem – im Gegensatz zum anglo-amerikanischen – keine Bindungswirkung⁴². So entfaltet nach § 132 II GVG die Entscheidung des *Großen Senats für Zivilsachen* bzw. des *Vereinigten Großen Senats* Bindungswirkung für die Senate des BGH. Von der im Vorlageverfahren geäußerten Rechtsansicht des *Großen Senats* bzw. des *Vereinigten Großen Senats* dürfen die Senate des BGH von sich aus nicht mehr abweichen. Vergleichbares gilt für die Entscheidungen des Gemeinsamen Senats nach § 2 RsprEinhG. Auch der Rechtsentscheid nach § 541 ZPO a. F. erzeugte für die Landgerichte (nicht jedoch für die Amtsgerichte) eine solche Präjudizienbindung⁴³. Missverständlich ist es daher, wenn das *BVerfG* die Gesetzeskraft seiner Entscheidungen nach § 31 II *BVerfGG* mit der Rechtskraft in einen Zusammenhang stellt⁴⁴.

Die materielle Rechtskraft ist aber auch enger als die Bindungswirkung, weil sie sich lediglich auf den Streitgegenstand bezieht, nicht jedoch auf die Begründungselemente. Allgemein formuliert erwächst nur der Subsumtionsschluss als Ganzes in Rechtskraft, nicht jedoch seine einzelnen Begründungselemente⁴⁵. Insbesondere erwächst der juristische Syllogismus nicht in Rechtskraft. Weder die Geltung noch die Auslegung einer bestimmten Norm auf einen konkreten Sachverhalt ist der materiellen Rechtskraft fähig⁴⁶. Gleiches gilt für die tatsächlichen Feststellungen des Gerichts. Auch diese erwachsen nicht in Rechtskraft⁴⁷.

Im Gegensatz hierzu kommt es beim Vorlageverfahren gerade auf die Bindungswirkung an. Das Gericht, welches das Verfahren abschließende Urteil fällt, soll an die Rechtsansicht desjenigen Gerichts bzw. Spruchkörpers gebunden sein, welchem die Rechtsfrage zur Beantwortung vorgelegt wurde. So ist z. B. der vorlegende Senat nach § 138 I GVG in seiner Entscheidung an die Rechtsauffassung des *Großen Senats* gebunden.

c) *Zusammenfassung*. Festzuhalten ist, dass es zwischen Aussetzungs- und Vorlageverfahren grundsätzliche Unterschiede gibt. Bei der Verfahrensaussetzung nach § 148 ZPO wird das ausgesetzte Verfahren nicht betrieben, um der materiellen Rechtskraft oder der Interventionswirkung eines anderen Verfahrens Rechnung zu tragen, welches anhängig ist. Durch das Vorlageverfahren wird das eigene Verfahren weiterbetrieben, jedoch nicht durch denjenigen Spruchkörper, der das abschließende Urteil fällt, sondern, wie beim *Großen Senat*, durch einen besonderen Spruchkörper desselben Gerichts oder, wie beim Rechtsentscheid nach § 541 ZPO a. F., durch

ein anderes Gericht. Die mit dem Vorlageverfahren verbundene prozessuale Bindungswirkung geht inhaltlich weiter als die materielle Rechtskraft, sie kann auch die Bindung an Rechtsfragen oder Tatsachenfeststellungen umfassen, entfaltet zwischen den Parteien des Rechtsstreits aber keine über das anhängige Verfahren hinausgehende Bindungswirkung. Hiervon ist wiederum die Präjudizienbindung zu unterscheiden, die häufig mit dem Vorlageverfahren verbunden ist.

2. Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz: Aussetzungs- oder Vorlageverfahren?

a) *Problemstellung*. Ist nun das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz Aussetzungs- oder Vorlageverfahren? Die zunächst theoretisch anmutende Frage gewinnt sofort praktische Bedeutung, wenn es darum geht zu klären, ob die Parteien der Ausgangsverfahren über diese hinaus an den Musterentscheid gebunden sind. Dies lässt sich anhand eines Beispiels veranschaulichen:

Der Beklagte ist Initiator der Windkraft-Fonds I bis IV, die alle gleich strukturiert sind. Für jeden der Fonds wird ein eigener Prospekt erstellt, welcher aber die mit der Investition in Windkraftanlagen verbundenen Risiken wortgleich darstellt. Der Kläger hat sich an Fonds I und IV beteiligt. Zunächst nimmt er den Beklagten wegen Fonds I in Anspruch. Im Rahmen dieses Prozesses kommt es zum Musterverfahren. Im Musterentscheid wird festgestellt, dass der Beklagte durch die und die Formulierung die mit Windkraftanlagen verbundenen Investitionsrisiken richtig dargestellt und daher seine Aufklärungspflicht nicht verletzt hat. Nach rechtskräftigem Abschluss dieses Prozesses nimmt der Kläger den Beklagten wegen seiner Beteiligung an Fonds IV in Anspruch. Der Beklagte wendet ein, durch den Musterentscheid sei zwischen ihnen rechtskräftig festgestellt worden, mit der und der Formulierung im Prospekt genüge er seiner Aufklärungspflicht.

Es ist evident, dass ohne Musterverfahren der Ausgang des Verfahrens bezüglich Fonds I vielleicht hinsichtlich des Prozesses bezüglich der Beteiligung an Fonds IV eine faktische Bindungswirkung entfalten würde, keinesfalls aber eine rechtliche. Die Wirkung des Musterentscheids würde weit über den Streitgegenstand des Ausgangsverfahrens hinausreichen. Zugleich würde aber diese Reichweite wiederum auf diejenigen Verfahren zurückwirken, welche in das Musterverfahren mit einzubeziehen sind. Nach § 7 I KapMuG sind alle Verfahren von Amts wegen auszusetzen, deren Entscheidung von den im Musterverfahren zu treffenden Feststellungen oder den im Musterverfahren zu klärenden Rechtsfragen abhängt. Kommt dem Musterentscheid eine derartig weit reichende Wirkung zu, müsste auch das bezüglich Fonds IV anhängige Verfahren ausgesetzt werden, wenn dieses zu einem Zeitpunkt anhängig wird, wo das Musterverfahren noch nicht zu einem rechtskräftigen Abschluss gefunden hat. Berücksichtigt man, dass im Musterverfahren auch Rechtsfragen geklärt werden können, wie z. B. in welchem Zeitraum ein Anspruch verjährt, wird der in das Musterverfahren einzubeziehende Kreis von Klagen immer größer. Voraussetzung hierfür wäre lediglich, dass Kläger und Beklagter der Ausgangsverfahren identisch sind.

40 BGHZ 25, 200 (203) = NJW 1958, 59; Wöstmann, in: Handkomm-ZPO, 2006, § 538 Rdnr. 21; Musielak/Ball (o. Fußn. 29), § 538 Rdnr. 38.

41 Vgl. allg. zur materiellen Rechtskraftwirkung nur Rosenberg/Schwab/Gottwald (o. Fußn. 1), § 150.

42 Vgl. zur Unterscheidung aus anglo-amerikanischer Sicht Zander, The Law-Making Process, 4. Aufl. (1994), S. 190 f.

43 Rimmelspacher, in: MünchKomm-ZPO (o. Fußn. 39), § 541 Rdnr. 43.

44 BVerfG, NJW 1972, 1701.

45 Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 21. Aufl. (1998), § 322 Rdnr. 79; Rosenberg/Schwab/Gottwald (o. Fußn. 1), § 152.

46 Stein/Jonas/Leipold (o. Fußn. 45), § 322 Rdnrn. 81 ff.; Rosenberg/Schwab/Gottwald (o. Fußn. 1), § 152 Rdnrn. 20 f.

47 Stein/Jonas/Leipold (o. Fußn. 45), § 322 Rdnrn. 84 ff.; Rosenberg/Schwab/Gottwald (o. Fußn. 1), § 152 Rdnrn. 11 f.

Lässt sich das Musterverfahren als Vorlageverfahren begreifen, ist die Systementscheidung zu Gunsten einer begrenzten Wirkung des Musterentscheids gefallen. Dieser würde über die anhängigen Verfahren hinaus keine Wirkung entfalten. Liegt hingegen ein Aussetzungsverfahren vor und kommt dem Musterentscheid Rechtskraftwirkung zu, käme man zu dem genau gegenteiligen Standpunkt.

b) *Keine eindeutige gesetzliche Lösung.* Mustert man das Gesetz bzw. die Gesetzesbegründung kritisch durch, wird man zu keinem eindeutigen Ergebnis kommen. Ausgangspunkt der gesetzgeberischen Überlegungen war zum einen die Ablehnung der automatischen Rechtskrafterstreckung⁴⁸. Die Bindungswirkung sollte nicht durch eine Rechtskrafterstreckung des Musterverfahrens auf die Parallelprozesse eintreten. Vielmehr sollte die Bindungswirkung entsprechend dem Modell der Streitverkündungs- bzw. Interventionswirkung nach § 74 III, § 68 ZPO erfolgen⁴⁹. Gleichzeitig aber spricht die Gesetzesbegründung davon, dass der rechtskräftige Musterentscheid die Prozessgerichte sowie im Umfang seines Feststellungsziels die Beigeladenen und den Musterbeklagten bindet⁵⁰. Im Rahmen von § 16 I 2 KapMuG wiederum hat der Gesetzgeber betont, dass die damit bezweckte Klarstellung darauf abziele, die Anerkennungsfähigkeit des Musterentscheids im Rahmen der Verordnung (EG) über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVVO) sicherzustellen. Hierfür genüge eine innerprozessuale Bindung nicht⁵¹. § 16 I KapMuG ist in sich, wie bereits erwähnt, widersprüchlich, weil in § 16 I 1 KapMuG auf die Bindungswirkung und in § 16 I 2 KapMuG auf die Rechtskraft abgestellt wird. *Stadler* hat allerdings bereits darauf hingewiesen, dass die Rechtskraft nur die Parteien des Rechtsstreits binden kann, also aus der Sicht des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes nur Musterkläger und Musterbeklagten⁵². Würde man folglich das Musterverfahren als Aussetzungsverfahren begreifen, würde entweder nur der Musterkläger von der zusätzlichen Rechtskraftwirkung belastet, oder es käme doch zu Lasten der Beigeladenen zu einer automatischen Rechtskrafterstreckung, welche der Gesetzgeber gerade abgelehnt hat.

c) *Nur das Vorlageverfahren schützt die Parteien vor einer unübersehbaren Bindungswirkung.* Entscheidend gegen das Aussetzungsverfahren und damit die Rechtskraftlösung spricht folgender Gesichtspunkt: Die Feststellungen des Musterentscheids gehen weit über die mit § 256 II ZPO möglichen Feststellungen hinaus⁵³. Im Rahmen von § 256 II ZPO ist es nur möglich, das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses klären zu lassen, nicht jedoch die Feststellung von Vorfragen oder einzelnen Elementen eines Rechtsverhältnisses zu begehren⁵⁴. Gegenstand des Musterentscheids können aber gerade Rechtsfragen und die Bejahung oder Verneinung einzelner anspruchsbegründender oder anspruchsausschließender Voraussetzungen sein, § 1 I KapMuG.

Im Vorfeld des Gesetzgebungsverfahrens wurde von *Hess* und *Reuschle* nahezu übereinstimmend vorgetragen, das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz müsse auf der Interventionswirkung aufbauen, weil sich eine Rechtskrafterstreckung nicht auf den Tenor des Urteils beschränken könne, sondern es müsse auch die präjudizielle Wirkung einzelner Urteilsfeststellungen anordnen. Damit widerspräche sie aber der deutschen Streitgegenstandslehre⁵⁵. In Wirklichkeit geht es aber bei der Bestimmung der Reichweite des Musterentscheids weniger um eine Dogmatisierung des Streitgegenstandsbegriffs als vielmehr darum, den Parteien eine faire interessengerechte Prozessführung zu ermöglichen. Bekannt-

lich hat der CPO-Gesetzgeber § 322 ZPO in bewusster Abkehr der Elemente-Lehre *Savignys* geschaffen⁵⁶. Nach der Elemente-Lehre würden auch die Urteilelemente, d. h. die den Urteilspruch bedingenden Rechte und Gegenrechte, in Rechtskraft erwachsen. Die Ablehnung der Elemente-Lehre geht weitgehend auf *Wetzell*⁵⁷ und *Unger*⁵⁸ zurück. Beide stellten einen Zusammenhang zwischen der Reichweite der Rechtskraft und dem Verhandlungsgrundsatz her. Da die Richter ihr Urteil nicht aus objektiven, sondern aus dem von den Parteien gelieferten Prozessstoff bilden, ist es nicht möglich, dem Urteil weitergehende Wirkung zuzusprechen, als die Parteien damit bezweckt haben. Wissen aber die Parteien um die Reichweite der Rechtskraft, können Sie auch ihren Aufwand in der Prozessführung dementsprechend einstellen. Mit der Zwischenfeststellungsklage nach § 256 II ZPO wollte der Gesetzgeber den Parteien ausdrücklich die Möglichkeit einräumen, mit dem Urteil im Ergebnis einen der *Savignyschen* Elemente-Lehre vergleichbaren Umfang der Rechtskraft zu erzielen⁵⁹. Den hinter der Ablehnung der Elemente-Lehre stehenden Grund fasst *Henckel* so zusammen:

„Entscheidend für den Umfang der Bindung an die Entscheidung ist also, inwieweit die Parteien durch den Gang des Verfahrens veranlasst waren, zur richtigen Feststellung des Sachverhalts beizutragen“⁶⁰.

Es gilt also, die Parteien vor überraschenden Weiterungen der Urteilsfolgen zu schützen⁶¹. Wirken aber die im Musterfeststellungsbescheid getroffenen rechtlichen und tatsächlichen Feststellungen über den Streitgegenstand des Ausgangsverfahrens hinaus, ist deren Reichweite für die Parteien nur noch schwer zu überblicken. Je allgemeiner die Rechtsfrage gestellt wird, desto größer wäre die mögliche Bindungswirkung für die am Musterverfahren Beteiligten.

Für die hier vorgenommene Begrenzung spricht auch die Auswahl des Musterklägers nach § 8 KapMuG. Bei der Auswahl des Musterklägers ist die Höhe des Anspruchs zu berücksichtigen, soweit er Gegenstand des Musterverfahrens ist. Wie sich aus der Begründung ergibt, bezieht sich die Formulierung auf den höchsten Einzelanspruch in den Ausgangsverfahren⁶². Mögliche Weiterungen der Wirkung des Musterentscheids wären für das OLG auch nicht erkennbar.

Gegen die hier vertretene Lösung spricht auch nicht § 16 I 4 und 5 KapMuG. Danach kann sich ein Beigeladener der Wirkung des Musterentscheids nicht entziehen, indem er die Klage im Ausgangsverfahren während des laufenden Musterverfahrens zurücknimmt. Die Wirkung bezieht sich nur auf ein Zweitverfahren mit demselben Streitgegenstand.

d) *Auch die Rechtsfigur der Nebenintervention rechtfertigt keine andere Betrachtung.* aa) *Der grundsätzliche Unter-*

48 BT-Dr 15/5091, S. 16, 17.

49 BT-Dr 15/5091, S. 17.

50 BT-Dr 15/5091, S. 18.

51 BT-Dr 15/5091, S. 30.

52 *Stadler*, in: Festschr. f. Rechberger, 2005, S. 663 (674).

53 Vgl. auch BT-Dr 15/5091, S. 20.

54 *Lüke*, in: MünchKomm-ZPO (o. Fußn. 39), § 256 Rdnr. 79.

55 *Hess/Michailidou*, ZIP 2004, 1381 (1383); *dies.*, WM 2003, 2318 (2322); *Hess*, WM 2004, 2329 (2331); *Reuschle*, WM 2004, 966 (977).

56 *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts VI, 1841, S. 350 ff., 429 ff.

57 *Wetzell*, System des ordentlichen Civilprozesses, 3. Aufl. (1878), S. 575 ff.

58 *Unger*, System des österreichischen allgemeinen Prozessrechts II, 1859, S. 622.

59 *Hahn*, Die gesamten Materialien zur Zivilprozeßordnung und dem Einführungsgesetz derselben, 1880, S. 291, vgl. hierzu auch *Gaul* in: Festschr. f. Flume, 1978, S. 443, 479.

60 *Henckel*, Prozessrecht und materielles Recht, 1970, S. 156.

61 Vgl. *Wagner*, Prozessverträge, 1998, S. 728.

62 BT-Dr 15/5091, S. 25.

schied zwischen der Nebenintervention und der Bindungswirkung des Musterentscheids für die Beigeladenen. Schließlich lässt sich eine umfassende über den Streitgegenstand des Ausgangsverfahrens hinausgehende Wirkung des Musterentscheids nicht mit dem Institut der Nebenintervention rechtfertigen. Die Bindungswirkung für die Beigeladenen ist allerdings der Nebenintervention nachgebildet⁶³. Und die Interventionswirkung geht bekanntlich über die Rechtskraftwirkung hinaus, da von § 68 ZPO auch die dem Urteil zu Grunde liegenden tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen erfasst werden⁶⁴.

Zunächst ist aber festzuhalten, dass der Ausgangspunkt von Nebenintervention und Beiladung völlig unterschiedlich ist. Die Interventionswirkung nach § 68 ZPO besteht nur zwischen dem Nebenintervenienten und der Hauptpartei, nicht jedoch zwischen dem Nebenintervenienten und dem Gegner der Hauptpartei⁶⁵. Im Fall des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes soll jedoch die Bindungswirkung gerade zwischen den Beigeladenen und dem Musterbeklagten eintreten, § 16 I KapMuG. Hat hingegen die Entscheidung im Hauptprozess, wie beim Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz, auch Wirkungen gegenüber dem Gegner, kommt dem Nebenintervenienten nach § 69 ZPO die Stellung eines streitgenössischen Nebenintervenienten zu. Die über die Rechtskraft hinausgehende Bindungswirkung der Nebenintervention hat ihre innere Rechtfertigung in der materiellen Rechtslage⁶⁶. Die Nebeninterventionswirkung bezieht sich auf ein fremdes Rechtsverhältnis, nämlich das Rechtsverhältnis der beiden Hauptparteien zueinander⁶⁷. Dieses fremde Rechtsverhältnis hat Einfluss auf das Rechtsverhältnis des Nebenintervenienten zu seiner Hauptpartei. Würde man dabei die Nebeninterventionswirkung, wie die Rechtskraft, lediglich auf das Ergebnis des Hauptprozesses beschränken, trüge man dieser materiell-rechtlichen Verknüpfung zwischen fremdem Rechtsverhältnis (der Parteien des Hauptprozesses) und dem Rechtsverhältnis des Nebenintervenienten zu seiner Hauptpartei nicht hinreichend Rechnung⁶⁸. Die Nebenintervention setzt daher voraus, dass der Ausgang des Hauptprozesses negative oder positive Auswirkungen auf die materiell-rechtliche Stellung des Nebenintervenienten zur unterstützten Hauptpartei haben kann. Dies kommt in § 66 ZPO zum Ausdruck, welcher ein rechtliches Interesse am Ausgang des Hauptprozesses für die Nebenintervention fordert⁶⁹. Das Institut der Nebenintervention sichert also Einfluss und rechtliches Gehör auf einen Drittprozess ab, dessen Ausgang ohnehin materiell-rechtlich mit dem Hauptprozess zusammenhängt.

Damit nicht vergleichbar ist die Situation im Musterverfahren. Das Musterverfahren ist aus der Sicht der Beigeladenen nicht ein fremder Rechtsstreit, wie bei der Nebenintervention, sondern Teil des eigenen Rechtsstreits. Die Notwendigkeit, dem Musterentscheid über den Streitgegenstand des Ausgangsverfahrens hinaus Bindungswirkung zuzuweisen, besteht nicht. Zwischen dem Musterverfahren und dem Schadensersatzprozess vor dem Ausgangsgericht besteht keine dem rechtlichen Interesse bei der Nebenintervention vergleichbare Verbindung, vielmehr gilt es im Musterverfahren lediglich, Begründungselemente des eigenen Prozesses verbindlich festzulegen.

bb) *Kostentragungsregel und Zeugenstellung der Beigeladenen als Systemproblem der Übertragbarkeit der Rechtsfigur der Nebenintervention.* Wie wenig die Figur der Nebenintervention zur Erklärung des Musterverfahrens taugt, zeigt sich noch an zwei anderen Beispielen:

(1) *Kostentragungsregel:* Nach § 17 KapMuG haben die Beigeladenen und der Musterkläger anteilig die Kosten des

Musterverfahrens als Teil der Kosten des jeweiligen Prozessverfahrens im Fall des Unterliegens zu tragen. § 17 S. 5 KapMuG erklärt zwar § 96 ZPO für entsprechend anwendbar. Jedoch bezieht sich der Anwendungsbereich des § 96 ZPO lediglich auf erfolglose Angriffs- bzw. Verteidigungsmittel im Verhältnis von Musterbeklagten auf der einen Seite zu Musterkläger und Beigeladenen auf der anderen Seite⁷⁰. Ungeregt blieb der Fall, dass ein Beigeladener durch besondere Angriffs- und Verteidigungsmittel Kosten verursacht hat und Musterkläger und Beigeladene nach der Kostenregelung des § 17 KapMuG die gesamten Verfahrenskosten zu tragen haben. Zwar kann sich der Musterkläger gegen die mit den besonderen Angriffsmitteln verbundenen Kosten wehren, indem er deren Vorbringen nach § 12 KapMuG widerspricht. Eine solche Möglichkeit haben jedoch die übrigen Beigeladenen nicht. Sie können weder den besonderen Angriffsmitteln der anderen Beigeladenen noch denjenigen des Musterklägers widersprechen. Ihre Situation ist daher insoweit mit derjenigen des Streitgenossen vergleichbar, als sich dieser gleichfalls nicht gegen besondere Angriffs- und Verteidigungsmittel wehren kann. Für die Streitgenossenschaft sieht § 100 III ZPO eine Sonderregelung vor. Die Kosten für die besonderen Angriffs- und Verteidigungsmittel sind im Falle des Unterliegens der Streitgenossen demjenigen aufzuerlegen, der sie allein geltend gemacht hat. Die Vorschrift muss im Rahmen des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes zum Schutz der Beigeladenen entsprechend angewandt werden.

(2) *Beigeladener Zeuge im eigenen Prozess?* Auch die Frage, ob der Beigeladene im Musterverfahren als Zeuge auftreten kann, hat im Gesetz keine ausdrückliche Regelung gefunden. Der Nebenintervenient ist Dritter und kann daher im Hauptprozess als Zeuge vernommen werden⁷¹. Nach der Gesetzesbegründung bleibt der Beigeladene Dritter im Musterverfahren⁷². Wörtlich heißt es in der Gesetzesbegründung: „Der Beigeladene bleibt nur Dritter und hat keine eigene Parteirolle inne“⁷³. Nimmt man dies wörtlich, müsste der Beigeladene aber auch als Zeuge im Musterverfahren benannt werden können. Hierdurch würde aber das System des Musterverfahrens als Instrument der Abklärung anspruchsbegründender oder anspruchsausschließender Voraussetzungen bzw. Rechtsfragen, die in einer Vielzahl von Schadensersatzprozessen gleich gelagert sind, endgültig gesprengt.

IV. Zusammenfassung

Prozessrechtsdogmatisch hat der Gesetzgeber mit dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz Neuland betreten. Das Musterverfahren stellt sich als Vorlageverfahren dar. Bislang wurde zwischen Aussetzungs- und Vorlageverfahren noch nicht hinreichend differenziert. Aussetzungsverfahren dienen der Absicherung rechtskraftfähiger Entscheidungen anderer Verfahren, während das Vorlageverfahren über den anhängigen Rechtsstreit hinaus keine Bindungswirkung entfalten

63 BT-Dr 15/5091, S. 19, 29.

64 Vgl. nur *Rosenberg/Schwab/Gottwald* (o. Fußn. 1), § 50 Rdnr. 76.

65 *Kayser*, in: *HandKomm-ZPO* (o. Fußn. 40), § 68 Rdnr. 9.

66 *Wieczorek/Schütze/Mansel*, ZPO, 3. Aufl. (1994), § 66 Rdnr. 4.

67 *Lent*, ZAKDR 1940, 129.

68 *Lent*, ZAKDR 1940, 129.

69 Allg. zum rechtlichen Interesse *Wieczorek/Schütze/Mansel* (o. Fußn. 66), § 66 Rdnr. 30 ff.

70 BT-Dr 15/5091, S. 32.

71 *Kayser*, in: *HandKomm-ZPO* (o. Fußn. 40), § 67 Rdnr. 2; *Stein/Jonas/Bork*, 22. Aufl. (2004), § 67 Rdnr. 21.

72 BT-Dr 15/5091, S. 19, 32.

73 BT-Dr 15/5091, S. 31.

soll. Entgegen der Formulierung in § 16 I 2 KapMuG entfaltet der Musterentscheid für die Beteiligten des Musterverfahrens über die Ausgangsverfahren hinaus keine Wirkung. Insbesondere erwachsen die Feststellungen nicht in Rechtskraft, so dass sie in späteren Verfahren, denen ein anderer Lebenssachverhalt zu Grunde liegt, keine Bindung entfalten können.

Soweit sich der Gesetzgeber an der Figur der Nebenintervention orientiert, sind die Regeln der Nebenintervention nur mit großer Zurückhaltung auf das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz zu übertragen. Die Figur der Nebenintervention passt weder von ihrem Ausgangspunkt noch im Detail. ■

Professorin Dr. Astrid Stadler, Universität Konstanz

Gewinnabschöpfung im UWG*

I. Rechtspolitische Zielsetzung von Gewinnabschöpfungsansprüchen im UWG – Anwendungsbereich der Abschöpfungsklage

1. Einleitung

Seit Juli 2004 kennt das deutsche Recht einen Gewinnabschöpfungsanspruch im UWG (§ 10), seit Juli 2005 einen ähnlich ausgestalteten Abschöpfungsanspruch in §§ 34, 34 a GWB. Für Gewinnabschöpfungsansprüche gilt – vielleicht mehr noch als bei sonstigen Neuregelungen – dass der Gesetzgeber sich erstens genau überlegen sollte, ob und wozu es eines solchen Instrumentes bedarf und er zweitens eine Ausgestaltung wählen sollte, die der Verwirklichung des rechtspolitischen Ziels auch wirklich dient. Dies ist an sich eine Selbstverständlichkeit gesetzgeberischer Arbeit, doch zeigt § 10 UWG, auf den sich die folgenden Ausführungen beschränken werden, dass man diese goldene Regel nicht immer beherzigt. Die neu eingefügte Regelung eines Gewinnabschöpfungsanspruchs wirft eine Fülle von ungeklärten Fragen auf, angefangen von der Zulässigkeit eines primär mit Generalprävention ausgestatteten Anspruchs bis zur Auslegung einzelner Tatbestandsmerkmale. Aus Zeitgründen werde ich mich im Folgenden auf einige grundsätzliche konzeptionelle Probleme beschränken. Interpretationsprobleme, wie beispielsweise die Fragen, wer „Abnehmer“ im Sinne der Norm ist¹ oder was man unter „zu Lasten“ i. S. von Abs. 1 zu verstehen hat, können hier nicht näher beleuchtet werden. Sie werden sicher noch Gegenstand einer kritischen Auseinandersetzung in Literatur und Rechtsprechung sein.

Abschöpfungsansprüche, wie sie nun in § 10 UWG oder §§ 34, 34 a GWB vorgesehen sind, stellen ein Novum in der deutschen Rechtsordnung dar. Der Gesetzgeber verbindet mit ihnen eine klar präventive Funktion und hat sie aus Effektivitätsgründen auf Verbandsebene angesiedelt². Damit erstreckt sich das Instrumentarium der Verbandsklagen – sieht man von den bislang eher unbedeutenden Beseitigungsklagen einmal ab – erstmals auf echte Leistungsklagen. Nach zutreffender Vorstellung des Gesetzgebers war ein solcher Gewinnabschöpfungsanspruch erforderlich, um Rechtsschutzlücken zu schließen. Hieraus lässt sich gleichzeitig auf den legitimen Anwendungsbereich eines solchen Anspruchs folgern.

2. Erfassung von Bagatell- und/oder Streuschäden?

Ausgangspunkt der gesetzgeberischen Intention waren Rechtsdurchsetzungsdefizite, die sich im Wettbewerbsrecht, darüber hinaus jedoch allgemein im Verbraucherschutz bei so genannten Streuschäden zeigen, also dann, wenn durch eine rechtswidrige Verhaltensweise eine Vielzahl von Abnehmern geschädigt wird und damit die Marktstörung eine bestimmte quantitative Relevanz erreicht.

Typische Beispiele sind die Verleitung zum Vertragsschluss durch irreführende Werbung („Schlankheitstee“), der Verkauf von Mogelpackun-

gen bzw. Füllmengenunterschreitungen bei Fertigpackungen, wettbewerbswidriges Direktmarketing durch unerlaubte Telefon- oder Telefaxwerbung oder die häufig inzwischen internetbasierte Einziehung kleiner Beträge ohne jeden Rechtsgrund³. Ein Rechtsdurchsetzungsdefizit ergibt sich in diesen Fällen aus der Tatsache, dass die nach früherem Recht einzig möglichen verbandsinitiierten Unterlassungs- und Beseitigungsklagen nur zukunftsgerichtet wirken. Der wettbewerbswidrig Handelnde konnte de facto darauf vertrauen, dass ihm die bereits erwirtschafteten Gewinne verblieben. Der einzelne Verbraucher hat in den genannten Fällen zwar häufig Ersatzansprüche aus Vertrag oder Delikt (§§ 823 II, 826 BGB), diese werden jedoch wegen der Geringfügigkeit des Betrages nicht geltend gemacht – man spricht bei solchen Bagatell- und Streuschäden von einer rationalen Passivität der Geschädigten. Aufwand und Ertrag einer Rechtsverfolgung stehen bei Schäden im Cent- oder niedrigen Eurobereich außer Verhältnis.

Auf den jahrzehntelang und bis heute liebevoll gepflegten Streit von Wettbewerbsrechtlern, ob die Wettbewerbsvorschriften überhaupt Schutzgesetze zu Gunsten des Verbrauchers i. S. von § 823 II BGB sind und ihm damit individuelle Schadensersatzansprüche geben⁴, kommt es in diesem Zusammenhang letztlich nicht an. Häufig liegt entweder schon eine unmittelbare Vertragsbeziehung zwischen Anbieter und Abnehmer mit entsprechenden Ansprüchen vor oder der Anspruch kann – zum Beispiel in Fällen betrügerischen Verhaltens – auf § 823 II BGB i. V. mit § 263 StGB gestützt werden. Selbst wenn man gerne jenen Recht gibt, die wegen der bislang von der herrschenden Meinung verneinten Schutzwirkung der §§ 1, 3 UWG auf ein Sanktionsdefizit gegenüber dem Schutz der Mitbewerber hinweisen und für die Anwendung des § 823 II BGB in Verbindung mit Wettbewerbsvorschriften plädieren⁵, änderte sich nichts an dem Phänomen,

* Die Autorin ist Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Zivilprozessrecht, Rechtsvergleichung und internationales Privatrecht der Universität Konstanz.

1 Hierzu v. *Braunmühl*, in: *Fezer, LauterkeitsR II*, 2005, § 10 Rdnrn. 193 f. Der Gesetzgeber wollte bewusst einen Begriff einführen, der weiter ist als der Verbraucherbegriff und alle Marktteilnehmer erfasst (Begr. d. RegE, BT-Dr 15/1487, S. 24). Zu eng wäre wohl auch eine an § 13 a UWG a. F. angelehnte Auslegung des Abnehmerbegriffs im Sinne eines Vertragspartners.

2 Allerdings unterscheidet sich der Kreis der klagebefugten Verbände in UWG und GWB. Die ohnehin nur subsidiär zur Abschöpfung durch die Kartellbehörde mögliche Verbandsklage nach § 34 a GWB steht gem. § 33 II GWB nur den Verbänden zur Förderung gewerblicher oder selbstständiger beruflicher Interessen unter bestimmten Voraussetzungen zu, nicht jedoch Verbraucherschutzeinrichtungen, wie dies in den Vorentwürfen noch vorgesehen war. Hierzu krit. *J. Kessler*, BB 2005, H. 39 – „Die erste Seite“.

3 Ausf. zu den möglichen Anwendungsfällen *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, Möglichkeiten und Perspektiven eines kollektiven Schadensersatzanspruchs im UWG, 2003, S. 25 ff.

4 Zur wechselvollen Geschichte eines individuellen Verbraucherschadensersatzanspruchs im UWG bzw. nach § 823 II BGB s. *Micklitz/Stadler* (o. Fußn. 3), S. 14 ff. m. Nachw.; Einzelheiten vor allem auch zum EG-rechtlichen Hintergrund des Verbraucherschutzes im Rahmen der Schutzzwecktrias des UWG bei *Köhler*, in: *Baumbach/Hefermehl*, WettbewerbsR, 23. Aufl. (2004), § 1 UWG Rdnrn. 2 f., 11 f. (der im Erg. Rdnr. 34 gegen einen wettbewerbsrechtlichen Schadensersatzanspruch des Verbrauchers votiert); s. auch *Köhler*, GRUR 2003, 265 (267); *Weiler*, WRP 2003, 415; *Engels/Salomon*, WRP 2004, 32 (33).

5 *Fezer*, WRP 2003, 127 (128).

dass auch solche Ansprüche nicht verfolgt werden, wenn es nur um Bagatellbeträge geht. Die Lenkungsfunktion vertraglicher wie deliktischer Schadensersatzansprüche versagt also in diesem Bereich.

Trotz der Passivität der Geschädigten steht dem individuellen Bagatellschaden auf Anbieterseite in der Summe ein erklecklicher Gewinn gegenüber. Insgesamt betrachtet liegt ein beträchtlicher Kollektivschaden auf Verbraucherseite vor.

Strafrechtliche Sanktionen wie die Anordnung des Verfalls rechtswidrig erlangter Vermögensvorteile, die etwa in Betrugsfällen in Betracht kämen, können dem regelmäßig ebenfalls nicht entgegenwirken. Eine solche Anordnung nach § 73 StGB zu Gunsten der Staatskasse darf nämlich nicht erfolgen, wenn durch die Straftat dem oder den Verletzten ein „Anspruch erwachsen ist, dessen Erfüllung dem Täter oder Teilnehmer den Wert des aus der Tat Erlangten entziehen würde“ (§ 73 I 1 StGB). Der staatliche Verfallsanspruch tritt also hinter der Entschädigung der Opfer zurück, freilich ohne Rücksicht darauf, ob diese ihre Ansprüche in der Praxis auch geltend machen⁶. Es genügt, dass solche Ansprüche abstrakt bestehen. Für Bagatell- und Streuschäden tat sich somit bislang in vielen Fallkonstellationen eine Rechtsschutzlücke auf, die durch § 10 UWG geschlossen werden soll. Wenn der wettbewerbswidrig handelnde Anbieter künftig mit einer Abschöpfung seiner rechtswidrig erlangten Gewinne durch Verbandsklagen rechnen muss, geht das bisher nahe liegende Kalkül, eine bloße Unterlassungsklage abzuwarten und dann erst zu reagieren, nicht mehr auf. § 10 UWG geht freilich deutlich über die eben skizzierten Fälle hinaus. Eine Beschränkung auf Bagatellschäden lässt sich dem Wortlaut nicht entnehmen, § 10 I UWG erstreckt sich auf Streuschäden aller Art – unabhängig davon, wie hoch die individuelle Einbuße ist⁷.

Damit schießt der Gesetzgeber über das selbst gesetzte Ziel deutlich hinaus und handelt sich eine Reihe unnötiger Folgeprobleme ein. Sobald der individuelle Schaden eine Höhe erreicht, bei der der Geschädigte selbst aktiv wird und seinen Anspruch verfolgt, greift die Prämisse vom Rechtsschutzdefizit nicht mehr. Die Lenkungsfunktion zivilrechtlicher Haftungsansprüche entfaltet ihre Wirkung und es bedarf keines zusätzlichen Instrumentariums. Ein im Ansatz so scharfes Schwert wie die Gewinnabschöpfung sollte man nur dort einsetzen, wo ansonsten die Bewahrung des objektiven Rechts gefährdet ist und wie bei Bagatellschäden bislang geradezu ein Anreiz bestand, sich durch rechtswidriges Verhalten Gewinne zu verschaffen.

Nun ist es freilich nicht ganz einfach, die Grenze zwischen Bagatellschäden und solchen Schäden, die der Einzelne selbst rechtlich verfolgt, abstrakt und allgemein festzulegen. Die Vorschläge in der Literatur reichen von Größenordnungen von 25 Euro⁸ bis zu etwa 170 Euro⁹. Letztlich wird eine genaue Grenzziehung immer dem Vorwurf der Willkürlichkeit ausgesetzt sein. Gleichwohl ist sie notwendig und der Gesetzgeber konnte sich ihr im Rahmen von § 10 UWG nicht entziehen, ohne die rechtspolitische Legitimation des gesamten Anspruchs in Frage zu stellen.

Die jetzige weite Fassung führt zu Konkurrenzproblemen: Während bei Bagatellschäden die Gewinnabschöpfung durch den Verband auf der Annahme beruht, dass die individuell betroffenen Verbraucher ihre Ansprüche ohnehin nicht geltend machen, gilt diese für größere Schäden nicht mehr. Der rechtswidrig handelnde Anbieter wird sich also in diesen Fällen sowohl einzelnen Schadensersatzansprüchen aus-

gesetzt sehen als auch Verbandsklagen auf Gewinnabschöpfung.

Beide schließen sich nicht gegenseitig aus. Rechtspolitisch wäre eine solche Doppelbelastung des Beklagten fragwürdig. Der Gesetzgeber musste daher – ähnlich den strafrechtlichen Verfallsvorschriften – der individuellen Entschädigung den Vorrang einräumen und schuf mit § 10 II UWG eine komplizierte Anrechnungsregelung.

Auf den abzuschöpfenden Gewinn sind Leistungen anzurechnen, die der beklagte Anbieter auf Grund seiner Zuwiderhandlung schon an Dritte erbracht hat. Erbringt er sie erst, nachdem die Gewinnabschöpfung erfolgt ist, muss ihm der entsprechende Betrag vom Bund wieder zurückerstattet werden. Theoretisch darf der Verband also zuerst etwas abschöpfen, was später wieder zurückgegeben werden muss – eine unsinnige Mehrbelastung der Justiz! Geschädigte werden gegebenenfalls die Klärung streitiger Fragen durch die Verbandsklage abwarten und sodann ihre Schadensersatzansprüche durchsetzen, die Rückerstattungsfälle würden dann zur Regel. Mit der gegenwärtigen Fassung der Vorschrift überlässt es der Gesetzgeber den klagebefugten Einrichtungen, selbst die Grenze auszuloten, ab der sie wegen der Höhe der Individualschäden von vornherein von einer Gewinnabschöpfung absehen. Im Zweifel wird man seitens der Verbände angesichts hoher Streitwerte Zurückhaltung üben. Wenn die individuellen Einbußen groß sind, wird häufig auch der erwirtschaftete Gewinn entsprechend hoch zu veranschlagen sein. Der klagende Verband geht also mit der Gewinnabschöpfungsklage angesichts des Streitwertes ein enorm hohes Risiko ein – dies obwohl absehbar ist, dass ein Großteil des abgeschöpften Betrages später wieder herausgegeben werden muss. Einem so gewichtigen neuen Instrument und der Verbandsarbeit hätte mehr gesetzliche Klarheit hinsichtlich des Anwendungsbereiches gut getan.

3. Aktivlegitimation

Berechtigt, die Gewinnabschöpfung geltend zu machen, sind nach § 10 I UWG alle in § 8 III Nrn. 2–4 Genannten: Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen, alle qualifizierten Einrichtungen, die in den dafür vorgesehenen Listen nach § 4 UKlaG oder dem Verzeichnis der EU-Kommission eingetragen sind – vorwiegend Verbraucherschutzvereinigungen –, die Industrie- und Handelskammern sowie Handwerkskammern. Der Gesetzgeber hält damit zu Recht an der Durchsetzung von Wettbewerbsvorschriften durch zivilrechtliche Ansprüche fest¹⁰. §§ 34, 34a GWB gehen insoweit

6 In einem Gesetzentwurf der Bundesregierung (Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Rückgewinnungshilfe und der Vermögensabschöpfung bei Straftaten) ist vorgesehen, dies zu ändern. Durch eine Ergänzung der Beschlagnahmenvorschrift des § 111 i StPO soll ein sog. „Auffangrechtserwerb“ des Staates hinsichtlich der Verfallsbeträge sichergestellt werden. Machen danach die Verletzten nicht binnen einer Frist von drei Jahren ihre Ansprüche gelten und betreiben sie nicht die Zwangsvollstreckung in sichergestellte Vermögensgegenstände, so sollen die gesicherten Werte dem Staat anheim fallen. Ob der Entwurf von der neu gewählten Regierung aufgenommen werden wird, bleibt abzuwarten.

7 Dass der erzielte Gewinn in einem Kausalzusammenhang zu Einbußen auf Verbraucherseite stehen muss, folgt aus dem Tatbestandsmerkmal „zu Lasten von Abnehmern“. Zwar intendiert diese Voraussetzung keine einzelfallbezogene Ermittlung von Nachteilen, es muss aber feststehen, dass der Wettbewerbsverstoß zu einer wirtschaftlichen Schlechterstellung einer Vielzahl von Abnehmern geführt hat; vgl. Köhler, in: *Baumbach/Hofermehl* (o. Fußn. 4), § 10 UWG Rdnrn. 9 f.

8 So *Micklitz/Stadler* (o. Fußn. 3), S. 92 f.

9 *M. Burckhardt*, Die Verbandsklage nach Art. 1 § 3 Nr. 8 RBERG, Diss. Berlin 2005 (im Druck), § 4 III 3 c dd m. zahlr. Nachw.

10 So im Ergebnis auch *v. Braummühl*, in: *Fezer* (o. Fußn. 1), § 10 Rdnrn. 140, 141; *Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig*, WRP 2002, 1317 (1327); hierzu auch *Greger*, ZJP 113 (2000), 399 (411).

einen anderen Weg und räumen der Gewinnabschöpfung durch die Kartellbehörde Vorrang ein. Ob sich dies bewähren wird, bleibt abzuwarten. Bezeichnenderweise haben in den letzten Jahren selbst Länder wie Schweden, die im Verbraucherschutz- und Wettbewerbsrecht stark zu behördlichen Lösungen bzw. zur Institution des Ombudsmannes neigten, einen Paradigmenwechsel vollzogen und mit dem 2003 neu eingeführten Gruppenklagegesetz wieder ganz auf die Initiative individuell Geschädigter und privater Verbände gesetzt¹¹. Grundsätzlich sind für die Erfüllung ordnungspolitischer Aufgaben, um die es hier geht, beide Wege denkbar. Für das deutsche Wettbewerbsrecht kann man die Einbindung von Verbänden zur Wahrnehmung des öffentlichen Interesses als ein Wesensmerkmal bezeichnen, das sich bewährt hat¹². Wenn man sich jedoch für den weiteren Ausbau der „Privatisierung“ der Rechtsdurchsetzung entscheidet, muss man sich darüber im Klaren sein, dass sie nicht zum Nulltarif zu haben ist, wenn sie den klagebefugten Einrichtungen ein gegenüber herkömmlichen Unterlassungsklagen ungleich höheres Prozessrisiko zumutet. Mit anderen Worten, man muss den Verbänden schon einen bestimmten Anreiz geben, dieses Risiko einzugehen und von dem neuen Instrument Gebrauch zu machen.

II. Ausgestaltung des Gewinnabschöpfungsanspruchs nach § 10 UWG

1. Präventionscharakter und Rechtsnatur des Anspruchs

Knüpft man an die Überlegungen zur rechtspolitischen Zielsetzung des neu geschaffenen Anspruchs an, so ist offensichtlich, dass er abschreckende Wirkung haben soll. § 10 UWG hat binnen kurzem eine lebhafte Diskussion darüber entfacht, ob es überhaupt zulässig ist, einen solchen zivilrechtlichen Anspruch mit primär abschreckender Wirkung einzuführen.

Verschiedentlich wird bezweifelt, dass dies mit dem staatlichen Strafmopol vereinbar sei¹³. Die Diskussion wird dabei teilweise unter falschen Vorzeichen geführt. Erstens ist ein präventives oder sogar pönales Element zivilrechtlichen Ansprüchen keineswegs mehr fremd. Es ist in diesem Zusammenhang nur an die „Caroline von Monaco“-Rechtsprechung des BGH zum immateriellen Schadensersatz bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Medien zu erinnern¹⁴ oder an die vom EuGH wiederholt kritisierte arbeitsrechtliche Schadensersatzregelung des § 611 a BGB – hier hat der EuGH ausdrücklich eine Ausgestaltung des Anspruchs für den Fall geschlechtsbezogener Benachteiligung gefordert, die abschreckende Wirkung habe. Die Beispiele ließen sich vermehren¹⁵. Gegner der Gewinnabschöpfung weisen demgegenüber darauf hin, dass es jedenfalls unzulässig sei, der Abschreckung eine primäre Funktion beizumessen¹⁶, sie könne bestenfalls neben die Kompensationswirkung treten. Mitunter¹⁷ wird auch auf die BGH-Rechtsprechung zur Anerkennung und Vollstreckung amerikanischer punitive damages verwiesen¹⁸, die dem strafrechtlichen Aspekt dieser Ansprüche in der Tat skeptisch begegnet. Nur: Maßstab für den ordre-public bei der Urteilsanerkennung ist die konkrete Ausgestaltung der Rechtsordnung, die das ausländische Urteil anerkennen soll, um fundamentale Widersprüche zu vermeiden. Selbstverständlich – und das wird in der Diskussion gerne vergessen – ist der Gesetzgeber aber frei, neue zivilrechtliche Ansprüche zu schaffen, die general- oder spezialpräventive Wirkung haben sollen, und damit das bestehende System und somit die Orde-public-Maßstäbe modifizieren. Eine Grenze des gesetzgeberischen Spielraums bilden letztlich nur verfassungsrechtliche Vorgaben¹⁹. Das Grundgesetz setzt einer Neuverteilung der Aufgaben zwischen Staat und Privaten aber nur wenig entgegen²⁰, insbesondere kann man sich für die Unzulässigkeit von Gewinnabschöpfungsansprüchen schwerlich auf einen Verstoß gegen das staatliche Strafmopol berufen. Verfassungswidrig wäre die Zuweisung solcher Ansprüche an privatrechtliche Institutionen erst, wenn man dem zivilrechtlichen Gläubiger – hier also den klagebefugten Verbänden – gleichzeitig auch einen Teil des staatlichen Gewaltmonopols zur

Durchsetzung verleihen würde. Hiervon kann bei § 10 UWG keine Rede sein, die Verbände sind wie jeder private Gläubiger für die Durchsetzung der Gewinnabschöpfung auf den Zivilrechtsweg verwiesen. In einen „privatisierungsfesten“ Kern öffentlicher Aufgaben greift der neue Anspruch damit nicht ein²¹. Man sollte also akzeptieren, dass der Gesetzgeber frei ist, eine solche Ausgestaltung zu wählen. Verwunderlich ist eigentlich nur, warum es teilweise einen Sturm der Entrüstung entfacht, wenn eine Regelung geschaffen wird, die jemandem Gewinne nimmt, die dieser vorsätzlich und rechtswidrig zu Lasten anderer erwirtschaftet hat²²!

Die Rechtsnatur des neu geschaffenen Anspruchs ist nicht ganz einfach zu erfassen – freilich sollte man darauf auch nicht allzu viel Energie verwenden, da die praktischen Konsequenzen eher gering sind. Die Einordnung dient mehr dem Gesamtverständnis der neuen Norm. Mit der Gewinnabschöpfung zu Gunsten der Staatskasse hat der Gesetzgeber darauf verzichtet, einen Anspruch zum individuellen Schadensausgleich zu schaffen – es ist nicht Ziel, die durch das wettbewerbswidrige Verhalten geschädigten Abnehmer zu entschädigen. Seiner Rechtsnatur nach kann man den Anspruch daher auch nicht mit den herkömmlichen Kategorien privatrechtlicher Ansprüche erfassen²³. Für eine deliktische Natur spricht zwar, dass quasi der Tatbestand einer unerlaubten Handlung – einschließlich Verschulden – vorausgesetzt wird, es fehlt aber eindeutig an der Kompensationsfunktion. Es besteht inzwischen auch Einigkeit, dass eine Umverteilung des abgeschöpften Betrages seitens des klagenden Verbandes auf die individuell geschädigten Verbraucher praktisch nicht durchführbar ist.

Der Abschöpfungsgedanke ist im Grundsatz dem Bereicherungsrecht entlehnt. Allerdings setzt eine Eingriffskondiktion, die hier allein diskutabel wäre, nach zutreffender Ansicht voraus, dass der Bereicherte in eine dem Bereicherungsgläubiger zugewiesene Rechtsposition eingreift. Dies für die klagebefugten Verbände anzunehmen, trüge stark fiktive Züge. Auch lässt § 10 UWG nun anders als der Rechtsgedanke des § 817 BGB und die Regelung in § 819 BGB einen Aufwendungsabzug seitens des Schuldners zu, obwohl dieser vorsätzlich gehandelt haben und sich damit der Rechtsgrundlosigkeit seines Erwerbs bewusst sein muss. Nach zutreffender herrschender Ansicht haben wir es also mit einem Anspruch sui generis zu tun²⁴.

- 11 Hierzu *Stengel/Hakeman*, RIW 2004, 221; *Stadler*, Gruppen- und Verbandsklagen auf dem Vormarsch, in: *Festschr. f. Schlosser*, 2005, S. 939 ff.; *ausf. zur schwedischen Gruppenklage Mom*, in: *Micklitz/Stadler*, Das Verbandsklagerecht in der Informations- und Dienstleistungsgesellschaft, *Endbericht*, 2005, S. 497 ff.
- 12 *Köhler*, in: *Baumbach/Hefermehl* (o. Fußn. 4), § 10 UWG Rdnr. 3 a.E.
- 13 *Sack*, WRP 2003, 549 (552); ähnl. *Nacke*, NJW-Editorial H. 29/2003, III.
- 14 *BGHZ* 128, 1 = NJW 1995, 861; hierzu u. a. *Canaris*, in: *Festschr. f. Deutsch*, 1999, S. 85; *Prinz*, NJW 1996, 953.
- 15 Vgl. hierzu *Rosengarten*, NJW 1996, 1935; *Körner*, NJW 2000, 241; *I. Ebert*, Pönale Elemente im deutschen Privatrecht – Von der Renaissance der Privatstrafe im deutschen Recht, 2004; *Micklitz/Stadler* (o. Fußn. 3), S. 84 ff.
- 16 *Sack*, WRP 2003, 549; s. auch *Canaris*, in: *Festschr. f. Deutsch* (o. Fußn. 14), S. 85 (105).
- 17 *Sack*, WRP 2003, 549 (552); *Wimmer-Leonhard*, GRUR 2004, 12 (16 ff.); *v. Braunnühl*, in: *Fezer* (o. Fußn. 1), § 10 Rdnrn. 110 ff.
- 18 *BGHZ* 118, 312 (338 ff.) = NJW 1992, 3096.
- 19 Richtig *v. Braunnühl*, in: *Fezer* (o. Fußn. 1), § 10 Rdnr. 125.
- 20 *Ausf. Di Fabio*, JZ 1999, 585 (592); strenger hingegen *Ronellenfisch*, NVwZ 1998, 1021.
- 21 *v. Braunnühl*, in: *Fezer* (o. Fußn. 1), § 10 Rdnrn. 125 ff.; a. A. *Wimmer-Leonhard*, GRUR 2004, 12 (16 f.).
- 22 *Zutr. Micklitz*, BB 2003, H. 21 – „Die erste Seite“.
- 23 Hierzu bereits *ausf. Micklitz/Stadler* (o. Fußn. 3), S. 97 ff.
- 24 *v. Braunnühl*, in: *Fezer* (o. Fußn. 1), § 10 Rdnr. 94; *Köhler*, in: *Baumbach/Hefermehl* (o. Fußn. 4), § 10 UWG Rdnr. 5; *Wimmer-Leonhard*, GRUR 2004, 12 (16); *Micklitz/Stadler* (o. Fußn. 3), S. 120.

2. Tatbestandliche Voraussetzungen der Gewinnabschöpfung

Was die tatbestandlichen Voraussetzungen angeht, so ist bereits eingangs darauf hingewiesen, dass einige Formulierungen schwierige Fragen aufwerfen. So ist beispielsweise auch anhand der Gesetzesbegründung nicht eindeutig zu klären, was der Gesetzgeber mit „zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern“ i. S. von § 10 I UWG meinte. Eine wirtschaftliche Schlechterstellung jeder Art soll für diesen „Streueffekt“ genügen, einer unmittelbaren Konnexität zwischen Gewinn und Schlechterstellung bedarf es nach teilweise vertretener Ansicht nicht²⁵. Unklar ist aber, ob beispielsweise der „Vertragsschluss als Schaden“ bei unlauterem Direktmarketing genügt oder ob auf die fehlende Äquivalenz der vertraglichen Leistungen abzustellen ist. Hier besteht für die Zukunft sicher noch Klärungsbedarf.

a) *Vorsätzliche Zuwiderhandlung.* Eine etwas genauere Würdigung hat unter dem Aspekt der Praktikabilität des Anspruchs das subjektive Element des § 10 I UWG verdient. Die Gewinnabschöpfung setzt nun einen vorsätzlichen Verstoß gegen § 3 UWG voraus, was bereits der Fassung des Regierungsentwurfs entspricht. Schärfer formuliert waren Vorschläge im Vorfeld²⁶ und der Referentenentwurf²⁷, die zumindest ein grob fahrlässiges Verhalten einbezogen. Der Regierungsentwurf hielt das damit einhergehende Prozessrisiko für die möglicherweise betroffenen Unternehmen für zu groß, da dann auch Handlungen erfasst wären, die sich im Grenzbereich wettbewerbsrechtlicher Zulässigkeit bewegten und eine eindeutige rechtliche Beurteilung schwer vorhersehbar machten²⁸. M.E. trifft dieser Einwand für die gewöhnliche, aber gerade nicht für die grobe Fahrlässigkeit zu. Mit Letzterer wären lediglich Verhaltensweisen einbezogen, in denen sich die Unlauterkeit des Verhaltens geradezu aufdrängt und der Zuwiderhandelnde eine nach den Umständen nahe liegende Bewertung verdrängt. Eine Privilegierung für grob fahrlässige Verhaltensweisen ist daher kaum zu rechtfertigen²⁹. Angesichts der Beweisprobleme für den klagenden Verband im Grenzbereich zwischen grober und bewusster Fahrlässigkeit einerseits und *dolus eventualis* andererseits hätte der Anspruch mit einer weiteren Fassung sicher an praktischer Schlagkraft gewonnen. Bezeichnenderweise erfasst die Abschöpfungsmöglichkeit im GWB nach § 34 I alle vorsätzlichen oder fahrlässigen Kartellverstöße.

b) *Umfang und Berechnung des Abschöpfungsbetrages – Kausalitätsnachweis.* Eine der größten Herausforderungen des Gewinnabschöpfungsanspruchs dürfte die Berechnung des abzuschöpfenden Betrages sein. Hier stellt sich zum einen ganz praktisch ein Beweisproblem der klagebefugten Einrichtung, zum anderen ein konzeptionelles Problem. Nach dem Wortlaut ist unstrittig, dass § 10 I UWG nur den auf der Unlauterkeitshandlung basierenden „Gewinn“ abschöpfen möchte – die Formulierung unterscheidet sich hier von § 34 GWB, wo allgemeiner von „Vermögensvorteil“ die Rede ist. Wie dieser Gewinn zu berechnen ist, ergibt sich aus der Norm selbst nicht. Die Gesetzesbegründung weist darauf hin, dass aus den Umsatzerlösen die Herstellungskosten der erbrachten Leistung sowie eventuell anfallende Betriebskosten abzuziehen seien. Nicht abzugsfähig sollen Gemeinkosten und Rechtsverfolgungskosten sein³⁰. Diese Berechnung entspricht zwar der Teilkostenmethode zur Berechnung des Verletzergewinns im gewerblichen Rechtsschutz³¹, gleichwohl erscheint schon der Ansatz, nur den Gewinn abzuschöpfen, verfehlt³². Wenn man sich zum abschreckenden Charakter der Norm bekennt, würde die Parallele zu den

Verfallsvorschriften des § 73 StGB näher liegen. Zu den ohnehin schon gegebenen Beweis- und Kausalitätsproblemen bei der Abschöpfung handelt man sich mit § 10 I UWG so nämlich weitere Saldierungs- und Berechnungsprobleme ein, die sich auf das Prozesskostenrisiko des klagenden Verbandes niederschlagen werden. Im Strafrecht wandte sich der Gesetzgeber 1992 für die Verfallsvorschriften ganz bewusst vom so genannten „Nettoprinzip“³³ ab, weil es in der Praxis zu langwierigen Streitigkeiten geführt hatte und der Norm ihre Schlagkraft nahm. Stattdessen entschied man sich gegen jede Abzugsfähigkeit von Kosten im Sinne eines „Bruttoprinzips“³⁴. Der BGH³⁵ hat in mehreren Entscheidungen inzwischen verfassungsrechtliche Bedenken gegen diese Bemessung des der Staatskasse anheim fallenden Betrages ausdrücklich zurückgewiesen und betont, es entspreche geradezu dem Präventionszweck und dem Rechtsgedanken des § 817 BGB, dass der Zuwiderhandelnde mit der Nutzlosigkeit seiner Aufwendungen rechnen müsse und dasjenige, was er in ein verbotenes Handeln investiere, unwiederbringlich verloren sei. Für § 10 UWG leuchtet dies umso mehr ein, als diese Norm jetzt ja lediglich bei vorsätzlichem Verhalten eingreift – die Verfallsvorschriften des StGB sind demgegenüber sogar verschuldensunabhängig und setzen „nur“ eine rechtswidrige Straftat voraus³⁶. Das *BVerfG* hat in seiner Bestätigung der Neuregelung des strafrechtlichen Verfalls betont, mit dem „Bruttoprinzip“ bekomme das Rechtsinstitut noch keinen strafähnlichen Charakter und unterfalle daher nicht dem Schuldprinzip³⁷. Die Übertragung auf vorsätzliche Wettbewerbsverstöße wäre daher unproblematisch.

Auch bei einer Erweiterung der Abschöpfung auf alle durch die Zuwiderhandlung „erlangten Vermögensvorteile“³⁸ blieben noch genügend Probleme zu bewältigen, die hier nur angerissen werden können. Sie können jedoch mit dem allgemeinen prozessualen Instrumentarium bewältigt werden. Bezüglich der Berechnung steht dem klagenden Verband auch ohne ausdrückliche Normierung nach allgemeinen Grundsätzen (§ 242 BGB) ein Auskunftsanspruch gegen den Beklagten zu³⁹.

25 v. Braunnühl, in: Fezer (o. Fußn. 1), § 10 Rdnrn. 184 ff.

26 Micklitz/Stadler (o. Fußn. 3), S. 125; Micklitz/Stadler (o. Fußn. 11), S. 1344.

27 RefE v. 23. 1. 2003, GRUR 2003, 298.

28 Begr. d. RegE, BT-Dr 15/1487, S. 24.

29 So i. Erg. auch v. Braunnühl, in: Fezer (o. Fußn. 1), § 10 Rdnr. 158; Köhler, GRUR 2003, 265; zust. Engels/Salomon, WRP 2004, 32 (42).

30 Begr. d. RegE, BT-Dr 15/1487, S. 24; für eine großzügige Abzugsfähigkeit einschließlich der Werbekosten Sack, WRP 2003, 549 (554); hiergegen zu Recht v. Braunnühl, in: Fezer (o. Fußn. 1), § 10 Rdnr. 205 a.E.

31 Vgl. nur BGHZ 145, 366 = NJW 2001, 2173.

32 S. schon die Kritik bei Stadler/Micklitz, WRP 2003, 559 (561), und die Vorschläge Micklitz/Stadler (o. Fußn. 3), S. 59.

33 Vgl. hierzu BGHSt 28, 369 = NJW 1979, 1942; BGHSt 31, 145 = NJW 1983, 636; BGH, NSStZ 1981, 18; NJW 1986, 1624.

34 Im Gesetzeswortlaut des § 73 StGB wurde der Begriff des „Vermögensvorteils“ ausgetauscht durch das Wort „etwas“. Aufwendungen und Kosten des Täters sollen damit nicht mehr abzugsfähig sein, vgl. BT-Dr 12/1134. Die Reform stieß im Schrifttum allerdings auch auf Kritik, s. Göhler, wistra 1992, 134; s. auch Rengier, JR 1985, 251. Problematisch erscheint insbes. die fehlende Berücksichtigung von festgesetzten Steuern (hierzu BGHSt 47, 260 [267] = NJW 2002, 2257; Odenthal, wistra 2002, 338 – Berücksichtigung über die Härtefallregelung des § 73 c I 2 StGB).

35 BGHSt 47, 369 = NJW 2002, 3339 (3340); BGHSt 47, 260 = NJW 2002, 2257 (2258); NSStZ 2001, 312; zuvor bereits BGH, NSStZ 1994, 123.

36 Dort wird auch vor allem für schuldlos begangene Taten das Bruttoprinzip infrage gestellt, s. Lackner/Kühl, StGB, 24. Aufl. (2001), § 73 Rdnr. 4 b; Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl. (2001), Vorb. § 73 Rdnr. 19; Hoyer, GA 1993, 406 (422); Herzog, in: NK-StGB, 2. Aufl. (2005), Vorb. §§ 73 ff. Rdnr. 8 u. § 73 Rdnrn. 13, 14.

37 BVerfGE 110, 1 = NJW 2004, 2073.

38 So der Vorschlag Micklitz/Stadler (o. Fußn. 11), S. 1339 ff. (1431).

39 Zum gewohnheitsrechtlich anerkannten Auskunftsanspruch aus § 242 BGB vgl. nur BGHZ 126, 109 (113) = NJW 1995, 386; BGHZ 125, 322 (329) = NJW 1994, 1958; BGHZ 95, 274 (278) = NJW 1986, 1244.

Danach ist Auskunft zu erteilen, wenn auf Grund der Besonderheiten einer Rechtsbeziehung der Anspruchsberechtigte unverschuldet über den Umfang seines Rechts im Ungewissen ist, der Verpflichtete hingegen unschwer die notwendigen Informationen liefern kann. *Canaris* weist zu Recht darauf hin, dass schon hierin eine gewisse Präventionswirkung des Anspruchs liegt, denn der Beklagte wird regelmäßig ungern seine Absatz- und Kalkulationsstruktur offen legen⁴⁰. Praktisch wird man sich hier jedoch häufig mit einem Wirtschaftsprüfervorbehalt behelfen können, der dem Schutz berechtigter Betriebsgeheimnisse dient⁴¹. Da sich die Höhe des Abschöpfungsbetrages sowie dessen kausale Gewinnung aus dem Wettbewerbsverstoß häufig allein anhand von Tatsachen aus der Sphäre des Beklagten wird belegen lassen, greifen auch die allgemeinen prozessualen Grundsätze über eine so genannten sekundäre Darlegungslast⁴², wonach sich die Substanziierungslast der beweisbelasteten Partei mindert, wenn sie keinen Einblick in Vorgänge aus der Sphäre des Gegners hat bzw. dieser sich dann nicht mit einfachem Bestreiten begnügen kann. Das heißt, hier kann dem klagenden Verband bei der Bewältigung seiner Behauptungs- und Beweislast flexibel geholfen werden⁴³, in der Regel wird sich dennoch eine Stufenklage anbieten⁴⁴. Verbleibende Zweifel hinsichtlich der Höhe des Abschöpfungsbetrages müssen über § 287 ZPO behoben werden⁴⁵. In einigen Fallkonstellationen (z. B. bei unlauterem Direktmarketing) wäre es hilfreich, wenn der klagende Verband, statt sich auf eine komplizierte Berechnung des Gewinns einzulassen, vom Beklagten den Betrag verlangen könnte, den dieser für den Wettbewerbsverstoß als Aufwendungen investiert hat (z. B. Kosten für Einrichtung und Unterhalt eines Callcenters, das rechtswidrigen Telefonwerbepaktionen dient). Im Sinne einer Rentabilitätsvermutung darf man davon ausgehen, dass er selbst kalkuliert, zumindest diese „Verursacherkosten“ durch den Wettbewerbsverstoß wieder hereinzuholen⁴⁶. Eine solche vereinfachte Berechnungsart hätte jedoch gesetzlicher Regelung bedurft und lässt sich mit der jetzigen Konzeption, nur den Gewinn abzuschöpfen, schwer vereinbaren.

Ein Hauptproblem wird unabhängig vom Umfang des Anspruchs die Kausalitätsfrage sein. Welche Gewinne durch das wettbewerbswidrige Verhalten und nicht durch andere Faktoren erzielt worden sind, ist angesichts fehlender Monokausalität im Wettbewerb mitunter schwer zu entscheiden. Man wird also häufig auf Indizien zurückgreifen müssen, etwa einen Umsatzzuwachs im Zeitraum der Zuwiderhandlung bzw. einen Anscheinsbeweis. Helfen kann bisweilen auch der Rückgriff auf die Handhabung bei Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung von Aufklärungspflichten mit Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr⁴⁷. Dies kann freilich nicht darüber hinwegtäuschen, dass für die klagebefugten Einrichtungen hierin im Vorfeld des Prozesses schon ein beträchtlicher Unsicherheitsfaktor liegt, der den Entschluss, Klage zu erheben, möglicherweise erschwert.

3. Zeitliche Begrenzung der Abschöpfung

Je weiter der Verstoß, auf den sich die Abschöpfung bezieht, zurückliegt, umso schwieriger wird es, einen hierdurch kausal erzielten Gewinn nachzuweisen. Im Hinblick auf die ohnehin schon schwierige Beweissituation hätte es sich – auch zum Schutz des Beklagten – angeboten, die Abschöpfung von Gesetzes wegen wie in § 34 V GWB auf einen bestimmten Zeitraum – etwa fünf Jahre – seit Beendigung der Zuwiderhandlung zu beschränken.

4. Verwendung des abgeschöpften Betrages: Abführung an den Bundeshaushalt, zweckgebundene Verwendung durch klagenden Verband, Fondslösung?

Schließlich ist noch auf eine Kardinalfrage des § 10 UWG einzugehen: Was soll mit dem abgeschöpften Betrag geschehen? Im Vorfeld der Einführung des Gewinnabschöpfungsanspruchs hatten sich viele dafür ausgesprochen, den eingeklagten Betrag der klagenden Einrichtung zur zweckgebundenen Verwendung zu belassen⁴⁸. Dies entspricht ausländischen Vorbildern von Verbandsleistungsklagen, auch wenn man dort eine exakte Parallele zur Gewinnabschöp-

fung derzeit nicht findet⁴⁹. Die Belassung des ganzen oder wenigstens eines Teils des abgeschöpften Betrages beim Verband wäre ein Ausgleich dafür gewesen, dass dieser ein hohes Prozessrisiko trägt und im Falle des Prozessverlusts für die Kosten allein aufkommen muss. Hierzu konnte sich der Gesetzgeber nicht durchringen. Man befürchtete wohl einerseits zu großen rechtspolitischen Gegenwind angesichts einer solchen drastischen Stärkung von Verbandsmacht und konnte gleichzeitig der Versuchung nicht widerstehen, leere Kassen zu füllen. Schon im Bundesrat wurde darauf hingewiesen, dass man mit dieser Entscheidung dem Institut insgesamt seine Wirkung nehme⁵⁰. Die berechtigten Verbände sollen das volle Risiko im Unterliegensfall tragen, aber bei erfolgreichen Klagen in keiner Weise am Erfolg partizipieren. Wer wird sich unter diesen Umständen und angesichts der ohnehin dünnen Finanzausstattung gerade der Verbraucherkentralen an solche Klagen wagen? Rechtsvergleichend zeigt sich, dass die im Ausland durchaus zur Verfügung stehenden Verbandsleistungsklagen in der Praxis häufig deshalb leer laufen, weil die Verbände das Kostenrisiko nicht eingehen können. Was läge also näher, als den Anspruch aus § 10 UWG seinerseits zur Finanzierung von Verbandsaktivitäten im Wettbewerbsschutz und für die Vorbereitung und Durchführung solcher Verfahren zur Verfügung zu stellen? Wem die direkte Verwendung der abgeschöpften Beträge durch die Verbände nicht opportun erscheint, sollte sich wenigstens auf die vielfach vorgeschlagene Stiftungs- oder Fondslösung⁵¹ verständigen⁵². Sie sichert eine antragsgesteuerte und zweckgebundene Verwendung des Geldes und entlastet im Übrigen die Finanzierung der Verbraucherverbände aus öffentlichen Mitteln. Mit ihr könnte man also die angeblich mit der jetzigen Fassung von § 10 UWG intendierte Missbrauchskontrolle⁵³ ebenso gut erreichen.

5. Parallelklagen mehrer Verbände

Da wir uns hier zu einem verfahrensrechtlichen Symposium zusammengefunden haben, sei zum Schluss noch eine prozessuale Frage angesprochen, die § 10 UWG unzureichend löst. Es geht um die Behandlung von Parallel- oder Mehrfachklagen klagebefugter Einrichtungen. Für Abschöpfungsklagen stellen sich grundsätzlich zwei Konkurrenzsituationen: Ihr Verhältnis zu Schadensersatzansprüchen individuell Geschädigter ist nach der gegenwärtigen Konzeption von § 10 UWG klar. Sie sind nebeneinander möglich – allent-

40 *Canaris*, in: Festschr. f. Deutsch (o. Fußn. 14), S. 85 (97).

41 Ebenso *v. Braunmühl*, in: *Fezer* (o. Fußn. 1), § 10 Rdnr. 203.

42 Vgl. hierzu u. a. BGH, NJW-RR 2001, 1294; NJW 1990, 3151; BGHZ 100, 190 (195 f) = NJW 1987, 2008; *Musielak/Foerste*, ZPO, 4. Aufl. (2005), § 284 Rdnrn. 16 f.; *Musielak/Stadler*, ebd. § 138 Rdnrn. 10 f.

43 So zutr. *v. Braunmühl*, in: *Fezer* (o. Fußn. 1), § 10 Rdnr. 203.

44 Für einen unbezifferten Klageantrag Begr. d. RegE, BT-Dr 15/1487, S. 24; *v. Braunmühl*, in: *Fezer* (o. Fußn. 1), § 10 Rdnr. 203 a.E.

45 Einzelheiten hierzu bei *Micklitz/Stadler* (o. Fußn. 11), S. 1348 ff.; *v. Braunmühl*, in: *Fezer* (o. Fußn. 1), § 10 Rdnrn. 266 ff. Da es sich nicht um einen Schadensersatzanspruch handelt, hätte es sich angeboten, die Anwendbarkeit von § 287 ZPO ausdrücklich klarzustellen.

46 In diesem Sinne der Vorschlag *Micklitz/Stadler* (o. Fußn. 3), S. 125.

47 *v. Braunmühl*, in: *Fezer* (o. Fußn. 1), § 10 Rdnrn. 208 ff. m. Nachw.

48 S. die Vorschläge von *Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig*, WRP 2002, 1317 (1322); *Micklitz/Stadler* (o. Fußn. 3), S. 125.

49 Für einen umfassenden rechtsvergleichenden Überblick zu den Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes s. die Länderberichte in *Micklitz/Stadler* (o. Fußn. 11), S. 57–1125 (Frankreich, Griechenland, Italien, Niederlande, Schweden, Spanien, Großbritannien, Vereinigte Staaten).

50 Stellungnahme des Bundesrats v. 20. 6. 2003.

51 *Micklitz/Stadler* (o. Fußn. 11), S. 1343 f.

52 Zust. *v. Braunmühl*, in: *Fezer* (o. Fußn. 1), § 10 Rdnr. 233.

53 *Köhler*, in: *Baumbauch/Hefermehl* (o. Fußn. 4), § 10 UWG Rdnr. 21.

halben stellt sich das oben bereits angesprochene Verrechnungsproblem. Da sie grundsätzlich einen unterschiedlichen Streitgegenstand aufweisen, sperren sie sich auch prozessual nicht.

Problematischer sind konkurrierende Gewinnabschöpfungsklagen verschiedener klagebefugter Verbände. § 10 III UWG stellt klar, dass alle in § 8 III Nrn. 2–4 UWG genannten Einrichtungen Gesamtgläubiger sind, der Beklagte also – fast schon eine Selbstverständlichkeit – den erzielten Unrechtsgewinn nur einmal abführen muss. Im Übrigen fehlt eine ausdrückliche Regelung zur Frage, ob die Anspruchsberechtigten auch gleichzeitig oder nacheinander gegen den Beklagten vorgehen können. Der Gesetzgeber ging laut Gesetzesbegründung etwas optimistisch davon aus, dass sich die klagebefugten Einrichtungen untereinander hinsichtlich der Prozessführung absprechen würden und so Parallelklagen vermieden würden⁵⁴. Für den Beklagten ist dieses Vertrauen in eine Selbstregulierung ein unzureichender Schutz vor mehrfacher Prozessbelastung, denn solche Absprachen können aus den verschiedensten Gründen scheitern oder gar nicht erst stattfinden⁵⁵. Prozessual schützen ihn die §§ 428–430 BGB aber nicht, im Gegenteil. Aus dem Verweis des § 429 BGB auf § 425 BGB folgt, dass die Klage eines Gesamtgläubigers keine Rechtskrafterstreckung auf andere Gläubiger zeitigt. Dies entspricht der herkömmlichen Streitgegenstandslehre, die maßgeblich auch auf die Prozessparteien abstellt und nur ausnahmsweise eine Rechtskrafterstreckung über die subjektiven Parteigrenzen hinaus zulässt. Der Beklagte muss daher nach Abschluss eines Gewinnabschöpfungsverfahrens und Zahlung an die Bundeskasse damit rechnen, dass ein weiterer Verband erneut gegen ihn vorgeht, wenn dieser beispielsweise glaubt, einen noch höheren Abschöpfungsbetrag beweisen zu können. Auch parallele Klagen mehrerer klagebefugter Einrichtungen sind nicht ausgeschlossen⁵⁶. Da den nach § 8 III Nrn. 2–4 UWG genannten Gläubigern jeweils ein eigener Anspruch zusteht, hilft dem Beklagten der Rechtshängigkeitseinwand gegenüber der Klage eines anderen Gläubigers nichts⁵⁷. Die ursprünglich mit dem Verweis auf §§ 428 ff. BGB verbundene Idee, den abgeschöpften Betrag unter den klagebefugten Einrichtungen gleichmäßig zu verteilen, wurde mit der Entscheidung des Gesetzgebers für eine Zahlung an die Bundeskasse Makulatur, dem Verweis kommt daher nur noch sehr eingeschränkte Bedeutung zu⁵⁸. Im Interesse der Entlastung der Justiz vor umfangreichen Mehrfachprozessen und zum Schutz des Beklagten ist daher nachdrücklich für ein Prioritätsprinzip zu plädieren⁵⁹. Die zuerst von einem Verband erhobene Klage sollte andere, gleichgerichtete Prozesse, die sich auf denselben Sachverhalt stützen, sperren⁶⁰. Da nur im Interesse der effektiven Rechtsdurchsetzung, also in einem allgemeinen Interesse, mehreren Verbänden ein Anspruch auf Gewinnabschöpfung aus demselben Lebensvorgang eingeräumt wird, sollte man klarstellen, dass die Vervielfachung der Gläubigerposition sich nicht in einer Vervielfachung der Streitgegenstände zu Lasten des Beklagten niederschlagen darf. Man muss dann eben das Vertrauen haben, dass der am schnellsten reagierende Verband auch sorgfältig prozessieren wird – ein unmittelbares finanzielles Eigeninteresse, das ein „race to the courtroom“ mit nur unzureichender Prozessvorbereitung auslösen könnte, besteht ja nach derzeitiger Regelung ohnehin nicht.

III. Praktische Bewährung von § 10 UWG und Ausblick

Eine zusammenfassende Bewertung zu § 10 UWG ergibt somit Folgendes: Angesichts der gegenwärtigen Ausgestaltung der Vorschrift besteht die große Gefahr, dass die Ge-

winnabschöpfungsmöglichkeit praktisch ins Leere läuft. Ob § 10 UWG die erforderliche Breitenwirkung und Abschreckung erzielen kann, hängt ganz entscheidend davon ab, dass dieses Instrument tatsächlich auch zum Einsatz kommt. Derzeit sind erst einige wenige Verfahren in Vorbereitung, ob sie zur Klage führen, ist noch offen. Ein Verfahren vor dem *LG Bonn* scheiterte an der fehlenden Beweisbarkeit vorsätzlicher Zuwiderhandlung des Beklagten, obwohl der Fall prima facie insoweit unproblematisch erschien⁶¹.

Eine große Zurückhaltung wäre den klagebefugten Verbänden nicht zu verdenken. Wie dargelegt, entfalten eine Reihe von Faktoren eine abschreckende Wirkung für die Erhebung einer Abschöpfungsklage: Die Verbände haben bei vollem Unterliegensrisiko keinen finanziellen Anreiz für die prozessuale Durchsetzung des Anspruchs. Der Streitwert der Abschöpfungsklage wird durch die fehlende Beschränkung auf Bagatellschäden unnötig in die Höhe getrieben und durch das vom Gesetzgeber favorisierte „Nettoprinzip“ muss sich der klagende Verband auf langwierige, komplizierte Berechnungsfragen mit schwer prognostizierbarem Ausgang im Prozess einstellen. Das Prozessrisiko lässt sich also mit dem aus früheren Unterlassungsklagen, die schon in ihren tatbestandlichen Voraussetzungen leichter zu bewältigen waren, nicht vergleichen. Eine Streitwertminderung sieht § 12 IV UWG zudem nur für Beseitigungs- und Unterlassungsklagen vor, nicht aber für die Gewinnabschöpfungsklage des § 10!

Der Regelung des § 10 UWG vorzuziehen wäre eine gesetzliche Lösung „aus einem Guss“: Abschöpfungsansprüche sind nicht auf das Wettbewerbsrecht zu beschränken, sondern bedürfen – wie die Möglichkeit der Verbands-Unterlassungsklage – der Ausweitung zumindest auf alle Verstöße gegen verbraucher-schützende Vorschriften⁶². Begrenzt man Abschöpfungsklagen – wie hier vorgeschlagen – auf Bagatell- und Streuschäden, muss die Regelung flankiert werden durch weitere prozessuale Institute, wie Gruppenklageformen, die der Justizentlastung bei Massenklagen Geschädigter dienen und nicht erneut eine unglückliche Einzelfalllösung, wie das im ersten Teil des Symposiums bereits diskutierte Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz, darstellen. Der beständig erneuerte Vorwurf, Gruppenklagen würden das Erpressungspotenzial amerikanischer class actions nach Deutschland importieren, ist längst widerlegt und sollte endlich einer sachlichen Diskussion weichen. Die unbestritten negativen Auswirkungen von class actions sind keine Folge der prozessualen Bündelung, sondern das Ergebnis materiell-rechtlicher und prozessualer Rahmenbedingungen des US-Rechts (punitive damages, fehlende Schlüssigkeitsprüfung von Klagen, pretrial discovery, jury system), die für das deutsche Recht niemand ernsthaft erwägt. ■

54 Begr. d. RegE, BT-Dr 15/1487, S. 24.

55 So auch Köhler, in: *Baumbach/Hefermehl* (o. Fußn. 4), § 10 UWG Rdnr. 18.

56 Missverständnislich v. *Braunmühl*, in: *Fezer* (o. Fußn. 1), § 10 Rdnr. 246, der meint, mit der Regelung in § 10 III sei gerade ein Schutz vor Mehrfachprozessen verbunden.

57 So auch Köhler, in: *Baumbach/Hefermehl* (o. Fußn. 4), § 10 UWG Rdnr. 18.

58 S. hierzu Köhler, in: *Baumbach/Hefermehl* (o. Fußn. 4), § 10 UWG Rdnr. 18 (insbes. entsprechende Anwendung von § 430 BGB auf den Aufwendersatz der Gläubiger, wenn der Gewinn zur Befriedigung nicht ausreicht).

59 S. den Vorschlag *Micklitz/Stadler* (o. Fußn. 3), S. 122.

60 Insow. zust. v. *Braunmühl*, in: *Fezer* (o. Fußn. 1), § 10 Rdnr. 246 a.E.

61 *LG Bonn*, Urt. v. 12. 5. 2005 – 12 O 33/05, BeckRS 2005, 11 625 (den Hinweis verdanke ich Herrn Kollegen *Bornkamm*).

62 *Micklitz/Stadler*, (o. Fußn. 11), S. 1309 ff. m. Entw. zu einem Gesetz zur Regelung von Gruppen-, Verbands-, Muster- und Sammelklagen (GVMuG).

Rechtsanwalt Hartmut Strube, Düsseldorf

Verbandsklagen und Gewinnabschöpfung – Ein Praxisbericht*

I. Wirtschaftliche und organisatorische Rahmenbedingungen des Klagerechts der Verbraucherzentrale

Während sich die gesetzlichen Klagemöglichkeiten der Verbraucherzentralen erweitert haben, reduziert sich deren Klagepraxis. In vielen Fällen verzichten Verbraucherzentralen aus Kostengründen auf Klagemöglichkeiten und damit die ihnen zugebilligte ortsnahe Regulierungs- und Interventionsmöglichkeit. Teilweise bestehen keine Prozesskostenetats. Eine Reihe von Verbraucherzentralen bangt um ihre Existenz¹. Die Verbraucherzentrale Bundesverband kann mangels eigener Kapazitäten die Defizite in den Ländern nicht aufwiegen. Die Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen², die bis in jüngster Vergangenheit Grundsatzfragen aus dem Bereich Finanzdienstleistungen erfolgreich bis zum *BGH* verfolgt hat³, operiert mit einem niedrigen fünfstelligen Prozesskostenetat. Dies zwingt zur Konzentration auf die Klärung von wenigen Grundsatzfragen und reduziert die Breitenwirkung. Es erleichtert die Situation etwas, dass fast 90% der Abmahnverfahren außergerichtlich durch Abgabe von Unterlassungserklärungen erledigt werden können. Dies ist sicher auch Folge der in der Branche bekannten Devise der Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen, nicht nur zu bellen, sondern auch zu beißen. Die Erhaltung des notwendigen finanziellen Spielraums für dieses im Ergebnis auch die Gerichte entlastende Vorgehen ist allerdings unabdingbar.

Auch wenn auf das Klagerecht nicht verzichtet wird, darf nicht vergessen werden, dass es nur eines von vielen täglich zu bearbeitenden Arbeitsbereichen ist, so dass sich eine natürliche Begrenzung ergibt. Zu prüfen ist immer, welche generellen Fragestellungen über die konkrete Beschwerde hinausweisen. Verbandsklagerechte dienen nicht der individuellen Rechtsdurchsetzung, sondern der generellen Marktberichtigung, die auch im Interesse des rechtskonform handelnden Anbieters liegt. Den leichtesten Weg zu gehen und Konstellationen gegen schlecht informierte Anbieter aufzugreifen, die bereits weitgehend geklärt sind (was dort evtl. noch nicht angekommen ist), könnte zwar quantitativ beeindrucken. Qualitative Abwägungen gehen jedoch in jedem Fall vor und erfordern nicht selten das Betreten rechtlichen Neulandes mit teilweise jahrelangen und finanziell risikoreichen Rechtswegen bis hin zum *BGH*. Eine weitere Einschränkung ergibt sich auf Grund der begrenzten personellen Ressourcen. Der Bereich des Zahlungsverkehrs und der Zahlungskarten wird bei der Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen von einem Juristen in Teilzeitstellung bearbeitet. Aus dieser Einschränkung ergibt sich, dass die Verbraucherzentrale weder Prozesshansel noch Vielkläger ist und sich schon gar nicht in Konkurrenz zur Anwaltschaft bewegt.

Neue Klagemöglichkeiten müssen demnach einhergehen mit der besseren personellen und finanziellen Ausstattung der Adressaten der Klagebefugnisse, sollen diese nicht nur auf dem Papier stehen bleiben.

II. Unterlassung unzulässiger Klauseln und unlauterer Werbung – bewährte Klagerechte

Die Klauselklage gem. § 1 UKlaG, §§ 305 ff. BGB ist das Instrument, zu dem auf Seiten der Verbraucherzentrale die umfanglichsten Erfahrungen bestehen. Es ist unter dem Ge-

sichtspunkt der marktregulierenden Prävention unverzichtbar. Es wird nicht nur der Verbraucher, sondern auch der redliche Anbieter vor „schwarzen Schafen“ geschützt. Sinn gibt die gerichtliche Sonderzuständigkeit und Zuweisung an Spezialkammern bzw. Spezialsenate, da damit auch auf Richterseite Spezialwissen zum Einsatz kommen kann⁴.

Hervorzuheben ist weiterhin, dass die Rechtsprechung die Streitwerte dieser Verfahren relativ niedrig ansetzt, um es den Verbänden zu ermöglichen, angesichts geringer Mittel mehr als ein Verfahren führen zu können. Die inzwischen bestehende Möglichkeit der Streitwertminderung, § 5 UKlaG, § 12 IV UWG kommt bisher praktisch kaum zum Tragen. Ein Problem ist die Dauer des Rechtsweges. Wegen der verkürzten Verjährung kann eine Bescheidung der Möglichkeit entstehen, infolge einer höchstrichterlichen Klärung später individuelle Ansprüche durchzusetzen. Denn nicht selten dauert die gerichtliche Klärung zwei Jahre und länger. Ein weiteres Problem besteht darin, dass die Wirkung über den Einzelfall hinaus selbst bei *BGH*-Urteilen zunehmend nachlässt. Die Entscheidungen werden von nicht betroffenen Anbietern zunehmend als unverbindliche Empfehlungen gewertet, über die man sich gefahrlos hinwegsetzen kann nach dem Motto: Wo kein Kläger, da kein Richter.

Etabliert sind weiterhin Klagen gegen unlautere Wettbewerbspraktiken. Sie werden von der Verbraucherzentrale nicht in dem Maße wie AGB-Klagen eingesetzt. Die hier bestehende Streitwertgefahr wird durch die Möglichkeit der Streitwertminderung zwar begrenzt. Dass diese nur auf Antrag bewilligt wird und dessen Bescheidung – da keine Sonderzuständigkeit besteht – wegen der Unkalkulierbarkeit des jeweils örtlich zuständigen Gerichts Risiken birgt, mag eine gewisse Zurückhaltung erklären. Ein beim *BGH* verlorenes Verfahren wegen unlauterer Wettbewerbspraktiken kann ohne Streitwertreduzierung wegen der im Wettbewerbsrecht üblicherweise üppigen Streitwertansätze zum Ruin einer Verbraucherzentrale führen.

III. Klage bei Verbraucherschutzgesetzwidrigen Praktiken – (noch) keine Bedeutung

Bisher keine praktische Bedeutung haben Klagen bei Verbraucherschutzgesetzwidrigen Praktiken gem. § 2 UKlaG erlangt. Manko dieser Vorschrift ist der zu engfasste Anwendungsbereich. Verbraucherschutzwidrige Praktiken beschränken sich in der Praxis keinesfalls auf den in der Vorschrift genannten, engen Kanon von Vorschriften. Ein Beispiel: Nachdem der *BGH* Entgelte für die Benachrichtigung im Zusammenhang mit Rücklastschriften für unzulässig erklärt hatte, bekamen Kunden, die unzulässige Entgelte zurückerforderten, per Formbrief ihres Instituts die Nachricht, der *BGH* habe Schadensersatz in diesem Zusammenhang durchaus für zulässig gehalten und erstattet werde deshalb nichts. Das Entgelt werde jetzt als Schadensersatz gefordert. Dies war objektiv falsch, wie nicht zuletzt die danach ergangene Entscheidung des *BGH* zeigt. Nun handelt es sich bei

* Der Autor ist Rechtsanwalt bei der Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e. V. in Düsseldorf.

1 TAZ v. 7. 10. 2005.

2 www.vz-nrw.de.

3 *BGHZ* 158, 149 = *NJW* 2004, 1588 (variable Zinsen Sparpläne); *BGHZ* 146, 377 = *NJW* 2001, 1419 (Benachrichtigungsentgelt Rücklastschrift); *BGHZ* 162, 294 = *NJW* 2005, 1645 (Schadenspauschale Rücklastschrift); *BGH*, *NJW-RR* 2005, 1135 (Depotwechselkosten).

4 Diesen Weg geht jetzt auch § 4 V KapMuG.

einer Fehlinformation des Kunden weder um eine AGB noch um unzulässige Werbung. Obwohl die bewusste Falschinformation von Verbrauchern in laufender Vertragsbeziehung eine verbraucherschutzwidrige Praxis ist, fehlt es an einer verbraucherschutzwidrigen Praxis. Der eigene Kunde kann bisher sanktionslos belogen werden.

IV. Gewinnabschöpfungsklagen – ein unausgereiftes Angebot

Bei den Gewinnabschöpfungsklagen handelt es sich um ein unausgereiftes Angebot. Die Verbraucherzentrale Bundesverband hat diese Neuregelung einst als „Placebo-Paragraf“ bezeichnet. Diese Einschätzung mag zwar für die ursprünglich gutmeinenden Initiatoren der Klagemöglichkeit hart klingen, bezeichnet jedoch das Endprodukt der gesetzlichen Regelung nach dem Durchlauf durch die Mühlen des Wirtschaftslobbyismus zutreffend. Der Schmetterling mutierte zur Raupe. Der Anspruch auf Gewinnabschöpfung knüpft an das Wettbewerbsrecht an und soll Strafcharakter haben. Der Anbieter muss, was nicht Voraussetzung für einen UWG-Unterlassungsanspruch ist, vorsätzlich handeln. Eine vorsätzliche Täuschung wird in der Praxis nur nach Erhalt von Insiderinformationen nachzuweisen sein. Ansonsten wird sich der Anbieter auf einen Rechtsirrtum zurückziehen und darauf verweisen, die eigene Rechtsabteilung habe das Vorgehen für unproblematisch erachtet. Das große, mit dem Nachweis einer solchen Täuschung verbundene Prozess- und Kostenrisiko werden Verbraucherzentralen regelmäßig scheuen. Die Täuschung muss zudem kausal für den erzielten Gewinn sein. Da dieser nicht nur auf der unlauteren Werbung beruhen wird, ergeben sich weitere Nachweishürden. Problematisch ist, entgegen beispielsweise der Festsetzung von Ordnungsgeldern bei Wettbewerbsverstößen, auch die Ermittlung der Höhe des abzuschöpfenden Gewinns. Als Beispiel sei die unzulässige Werbung mit Testurteilen genannt. Wie kann der Gewinn gemessen werden? Vorzugehen wäre wohl mit einer Stufenklage auf Auskunft und Zahlung, was voraussetzt, dass der Anbieter verpflichtet wäre, seine Gewinne in einer substantiierten Form offen zu legen. Denkbar ist dieser Anspruch als Annex einer UWG-Klage. Wie wird jedoch die Richtigkeit der Gewinnangabe des Anbieters bei Streit darüber zwischen den Parteien geprüft? Setzt das Gericht dazu, und auf wessen Kosten, einen Sachverständigen ein? Ein Motiv für eine solche Klage besteht zudem nicht, da der Unrechtsgewinn an den Staat, vertreten durch das Bundesverwaltungsamt, fließt. Argument: Die Verbraucherverbände werden aus öffentlichen Mitteln finanziert. Dies kollidiert zum einen mit der Prämisse, dass Verbraucherzentralen heute unter der Vorgabe der staatlichen Zuwendungsgeber arbeiten, eigene Einnahmen zu erzielen, um die öffentlichen Haushalte zu entlasten. Zum anderen sind Sonderkapazitäten notwendig, die wegen des Mittelabflusses nicht geschaffen werden können. Im Ergebnis müsste auf andere Aufgaben verzichtet werden, um die Klagebefugnis auszuschöpfen. Das Risiko der Auseinandersetzung trägt dagegen der Verband. Hinzu kommt, dass diejenigen, auf deren Kosten der Gewinn generiert wurde, gänzlich außen vor bleiben. Ein Beispiel: Ein Anbieter wirbt durch unverlangte Telefonate für die Zeichnung einer mit über 8% verzinsten Unternehmensanleihe. Werden dessen Gewinne abgeschöpft, wird er mit Fug und Recht gegenüber dem Verbraucher behaupten können, das Vorgehen der Verbraucherschützer habe gerade verhindert, dass der Anlagezins ausgezahlt werden kann – wenn er nicht nach abgeschöpftem Gewinn sowieso Insolvenz anmeldet, um sich weiteren Zugriffen seiner Kunden zu entziehen.

V. Abtretungsklagen nach dem Rechtsberatungsgesetz – Neuland mit Fallstricken

Brisant ist die Entwicklung des für die Verbraucherzentrale relativ neuen Instruments der Abtretungsklage nach dem Rechtsberatungsgesetz, Art. 1 § 3 Nr. 8 RBerG in der seit 1. 1. 2002 geltenden Fassung⁵. Mit diesem Instrument wurde den Verbänden erstmals die einer Sammelklage ähnliche Möglichkeit der Klagebündelung eingeräumt. Interessant an diesem Instrument ist die Möglichkeit der Klagebündelung, die aktive Einbindung von Verbrauchern und die Klärbarkeit von Grundsatzfragen, also der generalisierende Ansatz. Solche Verfahren können zudem für den Anbieter wirtschaftlich spürbar und wegen des hohen medialen Interesses von nicht zu unterschätzender negativer Imagewirkung sein. Die Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen hat dieses Instrument erstmals in einem spektakulären Fall angewandt. Bei ihr stapeln sich seit 2003 über 1000 Fälle, in denen nach dem Diebstahl der EC- oder Kreditkarte der Kartenausgeber dem Kunden Ersatz des Schadens trotz § 676 h BGB verweigert, obwohl dieser glaubhaft versichert, nicht gegen Sorgfaltpflichten verstoßen zu haben. Dem Kunden wird unterstellt, er sei mit der die Karte sichernden PIN fahrlässig umgegangen. Die Verbraucherzentrale hat sich in 74 Fällen die Ansprüche geschädigter Kunden abtreten lassen und macht in fünf Gerichtsverfahren rund 85 000 Euro Schaden gegen verschiedene Kartenausgeber geltend. Im Fall des Obsiegens fließt dieser Betrag ohne Abzüge an die Geschädigten zurück. Um die Klagebefugnis nach Rechtsberatungsgesetz entstand eine überraschend heftige Kontroverse, die inzwischen den BGH beschäftigt. Ansatzpunkt ist eine ältere Entscheidung des OLG Düsseldorf⁶ zur Zinsanpassung bei variablen Sparplänen. Die Klagebefugnis der Verbraucherzentrale wurde dort, ohne Revision zuzulassen, verneint. Die 5. Kammer des LG Düsseldorf⁷ schlug sich in weiser Voraussicht in einem der Kartenverfahren auf die Seite seines Berufungssenats. Denn das OLG Düsseldorf⁸ blieb bei seiner Meinung, ließ jetzt jedoch Revision zu, die beim BGH eingelegt wurde.

Bejaht wurde die Klagebefugnis in Übereinstimmung mit der Literatur⁹ zuerst von der 13. Kammer des LG Düsseldorf¹⁰, das erklärte:

„Außerdem wird darauf hingewiesen, dass das Gericht von der Aktivlegitimation des Klägers vorliegend ausgeht. Die Entscheidung des OLG Düsseldorf (NJW 2004, 1532) betrifft nach dem hiesigen Verständnis einen Einzelfall. Nach der Wertung des Gerichts verfolgt der Gesetzgeber mit dem Artikel 1 § 3 Nr. 8 RBerG den Zweck, gerade solche Verfahren wie das vorliegende von der Verbraucherzentrale im Interesse der Verbraucher führen zu lassen. Im Übrigen ist ein solches Vorgehen auch prozessökonomisch, da eine Vielzahl von Verfahren durch ein solches Vorgehen vermieden werden kann.“

Mit dezidiertem Begründung hat sich das LG Bonn dieser Begründung in einem weiteren Kartenschadensprozess angeschlossen¹¹. Die Kontroverse überrascht angesichts des Wortlauts von Art. 1 § 3 Nr. 8 RBerG. „Wenn dies im Inte-

5 Neugefasst durch Art. 5 II Schuldrechtsmodernisierungsg v. 26. 11. 2001 – BGBl I, 3138.

6 OLG Düsseldorf, NJW 2004, 1532.

7 LG Düsseldorf, VuR 2005, 34 m. Anm. Micklitz.

8 OLG Düsseldorf, NJW-RR 2006, 127; ebenso in den Kartenschadensverfahren 2-25 O 614/03 LG Frankfurt a. M. (n. rk., Berufung 17 U 236/05 OLG Frankfurt a. M.) und 2-23 O 474/03 LG Frankfurt a. M. v. 20. 1. 2005 (n. rk., Berufung 23 U 38/05 OLG Frankfurt a. M.).

9 Micklitz/Beuchler, NJW 2004, 1502; Kleine-Cosack, RBERG, 2004, Art. 1 § 3 Rdnr. 56; Koch, BRAK-Mitt. 2005, 159 (160).

10 13 O 527/03 LG Düsseldorf.

11 LG Bonn, BKR 2005, 195 = NJOZ 2005, 2202 = VuR 2005, 230 m. Anm. Strube.

resse des Verbraucherschutzes erforderlich ist“¹², kann „die gerichtliche Einziehung fremder und zu Einziehungszwecken abgetretener Forderungen von Verbrauchern durch Verbraucherzentralen und andere Verbraucherverbände, die mit öffentlichen Mitteln gefördert werden, im Rahmen ihres Aufgabebereichs“ erfolgen.

Walker¹³ stellt zur entsprechenden Regelung des § 2 UKlaG fest:

„Die Zuwiderhandlung muss Kollektivinteressen der Verbraucher betreffen. Das ist der Fall, wenn der Verstoß in seinem Gewicht und seiner Bedeutung über den Einzelfall hinausgeht und eine generelle Klärung geboten erscheinen lässt.“

Soweit sich in Art. 1 § 3 Nr. 8 RBERG im Gegensatz zu § 2 UKlaG der zusätzliche Begriff „erforderlich“ findet, kommt dem keine eigenständige inhaltliche Bedeutung zu. Er ist keine weitere Zulässigkeitsvoraussetzung, sondern drückt sprachlich dasjenige aus, was auch in § 2 I 1 UKlaG steht,

„dass die Unterlassung im Interesse des Verbraucherschutzes erforderlich sein muss“¹⁴.

Regulativ gegen eine missbräuchliche Ausübung des Klagerechts gem. Art. 1 § 3 Nr. 8 RBERG ist der Satzungszweck und die Prüfung der Frage, ob eine Verbraucherzentrale oder ein mit öffentlichen Mitteln geförderter Verbraucherverband als Kläger auftritt¹⁵. Dies unterliegt öffentlich-rechtlicher Kontrolle.

Als Probleme bei der Klagemöglichkeit bestehen neben den umstrittenen Zulässigkeitsvoraussetzungen das hohe Prozess- und Kostenrisiko (keine Streitwertreduzierung möglich) und der hohe Organisationsaufwand. Die fehlende Sonderzuständigkeit schafft ebenso Probleme wie die mangelnde Wirkung eines eingeleiteten Verfahrens auf gleichgelagerte Fälle. Demjenigen, der nicht zu den von der Klage erfassten Anspruchstellern gehört, droht die Verjährung seiner Ansprüche. Bei entsprechender Bündelung kommt jedoch, und dies präjudiziert dieses Klageverfahren zur Gewinnabschöpfung, der abgeschöpfte Gewinn unmittelbar denjenigen zuzugehen, bei denen er eingehalten worden ist.

VI. Fazit:

Für Verbände sinnvolle Klagemöglichkeiten müssen der Prävention und Generalisierung dienen. Für die Abschöpfung von Gewinnen ist bei entsprechender Ausgestaltung die Abtretungsklage nach dem Rechtsberatungsgesetz geeignet. Sie hat neben der individuellen Ausgleichsfunktion auch präventiven Charakter, weil der Anbieter nicht darauf setzen kann, dass Kunden aus Gründen des wirtschaftlichen Ungleichgewichts auf ihre Rechtsdurchsetzung verzichten. Sollen Klagemöglichkeiten der Verbraucherzentralen tatsächlich wirksamer werden, gehören dazu für alle Klagemöglichkeiten gerichtliche Sonderzuständigkeiten bei Spezialkammern, die grundsätzliche Revisionsmöglichkeit und eventuell eine Verkürzung des Instanzenzuges, damit nicht erfasste Individualansprüche nicht vor einer grundsätzlichen Klärung wegen überlanger Verfahrensdauer verjährt sind. Alternativ dazu könnte über die Schaffung eines Beitrittsregisters für Verbraucher zu der Verbandsklage mit verjährungsunterbrechender Wirkung gedacht werden. Notwendig ist nach rechtskräftigem Abschluss eines Verfahrens ein vereinfachtes und verkürztes Beschlussverfahren, dass in gleich gelagerten Fällen gegen nicht erfasste Anbieter wirksam werden kann. Die Klagebefugnis sollte bei einem eingetragenen Verbraucherverband nicht mehr in Abrede gestellt werden können. Hier muss öffentlich-rechtliche Regulierung greifen. Unverzichtbar erscheint ein Instrumentarium, mit dem Verbraucherzentralen Unterlassungsansprüche gegen falsche Kundeninformation in laufenden Verträgen durchsetzen können. Ohne eine entsprechende personelle und finanzielle Ausstattung der Verbraucherverbände bleiben jedoch auch gut gemeinte Verbandsklagemöglichkeiten Papiertiger. ■

¹² Auch ein auf Unterlassung gerichtetes Vorgehen bei verbraucher-schutzgesetzwidrigen Praktiken gem. § 2 UKlaG setzt voraus, dass dieses „im Interesse des Verbraucherschutzes“ erfolgt.

¹³ Walker, in: Dauner-Lieb, SchuldR, 2002, § 2 UKlaG, Rdnr. 5.

¹⁴ Walker, in: Dauner-Lieb (o. Fußn. 13), § 2 UKlaG Rdnr. 5.

¹⁵ Ausf. Strube, Anm. zu LG Bonn, VuR 2005, 230 (232).

Richter am BGH Dr. Jürgen Schmidt-Räntsch, Karlsruhe

Interessenbündelung nur in Sondergesetzen? – Eine Frage an den Gesetzgeber*

I. Andere Fälle von Interessenbündelung

1. Vorbemerkung

Der Zivilprozess ist von dem individuellen Rechtsstreit geprägt. Das Zivilverfahrensrecht ist auf diese Form des Rechtsstreits in erster Linie ausgerichtet. Ihm fehlen Instrumente zur Bewältigung von Massenverfahren zwar nicht gänzlich. Die bestehenden Möglichkeiten sind aber unzureichend und bedürfen der Ergänzung. Einen ersten Schritt hat der Gesetzgeber mit dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz¹ gemacht. Das Gesetz ist bis zum Ablauf des 31. 10. 2010 befristet² und nach § 1 I 1 KapMuG auf Verfahren beschränkt, in denen ein Schadensersatzanspruch wegen falscher, irreführender oder unterlassener öffentlicher Kapitalmarktinformation oder ein Erfüllungsanspruch aus einem Vertrag geltend gemacht wird, der auf einem Angebot nach dem Wertpapiererwerbs- und -übernahmegesetz beruht. Es handelt sich deshalb bei dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz auch um ein legislatives Experiment, dessen Er-

weiterungsfähigkeit sich im Lichte der zu machenden Erfahrungen erweisen muss. In der Diskussion dürfen aber weder die Möglichkeiten des geltenden Rechts und ihre Fortentwicklung noch die von dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz nicht gelösten und mit seiner Hilfe auch nicht lösbaren Fragestellungen vernachlässigt werden.

2. (Vertrags-)Haftpflichtrecht

Verfahren im Bereich des Kapitalanlegerschutzes haben zwar den Anstoß zur Überarbeitung der zivilprozessualen Regelungen für Massenverfahren gegeben. Sie sind aber weder der erste noch der wichtigste Bereich solcher Verfahren. Der geradezu klassische Bereich der zivilrechtlichen Massenklage ist die Produkthaftung. Der Fall Contergan³

* Der Autor ist Mitglied des V. Zivilsenats des BGH.

¹ KapMuG v. 16. 8. 2005, BGBl I, 2437.

² Art. 9 II Halbs. 1 des Artikelgesetzes v. 16. 8. 2005.

³ Dazu (knapp) Begründung des Gesetzes zur Errichtung der Contergan-Stiftung, BT-Dr VI/926, S. 6.

hat deutlich gemacht, dass ein schadhaftes Produkt bei entsprechender Vertriebsbreite durchaus zu einer sehr hohen Zahl von Geschädigten führen kann, deren Ansprüche letztlich im Wesentlichen von der Ursächlichkeit des Produktfehlers für die eingetretenen, vor allem gesundheitlichen, aber auch materiellen Schäden abhängen. Dasselbe gilt für Großschadensfälle wie Eisenbahnunglücke, Flugzeugabstürze oder Schiffsunfälle, bei denen aus einem einzigen Ereignis regelmäßig eine Vielzahl von Ansprüchen resultiert, die ebenfalls im Kern davon abhängen, ob es im fraglichen Fall eine Gefährdungshaftung gibt und, soweit diese die Schäden nicht abdeckt, ob dem Unternehmen eine Pflichtverletzung anzulasten ist. Auf die Grundlage einer solchen Haftung kommt es für die hier anzustellende Betrachtung nicht an. Es kann sich dabei um eine gesetzliche Gefährdungshaftung etwa nach dem Haftpflicht- oder Luftverkehrsgesetz handeln. Es kann sich um eine Haftung für vermutetes Verschulden nach internationalen Abkommen oder auch um eine Verschuldenshaftung handeln. Sogar Amtshaftungsfälle sind denkbar, nämlich dann, wenn staatliches Handeln die Schädigung einer Vielzahl von Personen ausgelöst hat. Das ist zwar normalerweise selten, kommt aber bei „gefahrengeneigtem“ staatlichem Handeln durchaus vor. Versagen militärischen Personals, aber etwa auch das Versagen von Deich- oder Talsperrenverwaltungspersonal bei einer Flutkatastrophe sind Beispiele hierfür. Auch das massenhafte Auftreten von vertraglichen Ansprüchen ist denkbar. Beispiel ist die Vermarktung eines Produktes, das einen Konstruktions- oder Instruktionsfehler aufweist und zwar nicht zu Drittschäden, wohl aber zur Vertragswidrigkeit des Produktes führt. Lässt der Fehler nicht nur eine Funktionsstörung, sondern auch Drittschäden erwarten, sieht sich der Produzent normalerweise, schon um eine behördliche Anordnung nach § 8 IV 2 Nr. 7 GPSG zu vermeiden, zu einer Rückholaktion veranlasst, die dann das Kaufrechtsproblem überlagert. Ist das aber nicht zu erwarten, bleiben solche Rückholaktionen regelmäßig aus, so dass es insoweit wiederum zu Massenklageverfahren kommen kann.

3. Verbraucherrecht

a) *Unlautere Geschäftsbedingungen.* Ein zweiter klassischer Bereich von Massenklageverfahren ist das Verbraucherrecht. Typisches Beispiel ist die Verwendung unzulässiger Allgemeiner Geschäftsbedingungen. Sie werden in eine Vielzahl von Verträgen einbezogen. Jeder einzelne Vertragspartner des Verwenders kann sich auf die Unzulässigkeit solcher Klauseln berufen, wenn der Verwender hieraus Rechte geltend macht. Gegen unzulässige Geschäftsbedingungen kann sich auch jeder Konkurrent wehren. Das lässt Massenklagen erwarten und befürchten, dass es zu einer immer wieder neuen und unter Umständen sogar unterschiedlichen Beurteilung solcher Bedingungen kommt. Dieser Gefahr ist der Gesetzgeber frühzeitig mit der Einführung eines besonderen Verbandsklageverfahrens entgegengetreten. Qualifizierte Einrichtungen nach § 4 UKlaG, bestimmte Unternehmensverbände, Industrie- und Handels- sowie die Handwerkskammern können das betreffende Unternehmen gerichtlich darauf in Anspruch nehmen, die Verwendung unzulässiger AGB zu unterlassen. Eine solche Verbandsklage schließt zwar individuelle Klagen von Konkurrenten und Vertragspartnern des Verwenders nicht aus, macht sie aber weitgehend überflüssig, weil sie im Erfolgsfall die Verwendung der AGB untersagen und dem Vertragspartner eine Berufung auf die im Unterlassungsprozess festgestellte Unwirksamkeit der Klausel erlauben.

b) *Unlautere Geschäftspraktiken.* Massenklageverfahren können sich aber auch aus anderem lauterkeits- und verbraucherrechtswidrigem Verhalten ergeben. Ein Beispiel sind unlautere Gewinnzusagen. Es geht um unseriöse Unternehmer, die vor allem Verbraucher mit der Aussicht auf einen Gewinn, der gar nicht geleistet werden soll, zur Bestellung von Waren oder Dienstleistungen, zur Zahlung einer nutzlosen Bearbeitungsgebühr oder auch schlicht dazu veranlassen wollen, nutzlos irgendwelche teureren Ansagedienste anzurufen⁴. Solche Gewinnzusagen können im Unterlassungsklageverfahren nach § 2 UKlaG, § 13 UWG untersagt werden. Weil sich aber viele der betroffenen Unternehmen an solche Unterlassungsgebote nicht halten, hat der Gesetzgeber die betroffenen Unternehmen mit § 661 a BGB gesetzlich verpflichtet, den Preis auch zu leisten. Da solche Gewinnzusagen oft breit gestreut werden, um einen möglichst großen Erfolg zu erzielen, kann es leicht zu Massenklagen kommen. Das gibt es auch bei anderen Verbraucherrechtsverstößen, wie zum Beispiel der Missachtung der Informationspflichten nach § 312 e BGB oder bei fehlenden oder falschen Widerrufsbelehrungen.

4. Sonderfall Schrottimmobilien

Zu den Bereichen, in denen Regelungen für Massenklagen erforderlich erscheinen, werden oft auch Schrottimmobilien gerechnet. Dieser Eindruck kann angesichts der in diesen Verfahren eingereichten Schriftsätze gut entstehen. Hier werden nämlich leider viel zu oft in geradezu industrieller Manier Textbausteine verwandt, die alle in der Rechtsprechung des BGH entwickelten Lösungsansätze für solche Fälle der Reihe nach „abhaken“ und oft übersehen, dass jeder Fall individuell gestaltet ist und einen je nach dem gehaltenen (und bewiesenen) Sachvortrag ganz unterschiedlichen Verlauf nehmen kann. Das Hauptproblem bei den Schrottimmobilienfällen besteht deswegen aus meiner Sicht weniger im verfahrensrechtlichen Bereich als vielmehr in der eben beschriebenen industriellen Aufarbeitung und darin, dass immer wieder neue Gerichte geradezu „ausprobiert“ werden, um Erfolge zu erzielen. Gerade in diesem Bereich kann ein Musterverfahren nach dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz möglicherweise oft zu völlig unnützen Prüfungen führen.

II. Ausbau bestehender Instrumente

1. Sammlungsanreize

a) *Stärkung der Sammelklage der Verbände.* aa) *Bestehender Zustand.* Mit dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz hat der Gesetzgeber ein Instrument geschaffen, das der Bündelung von Prozessen dient, die anhängig sind oder bis zum Erlass des Musterentscheids anhängig werden⁵. Ökonomischer wäre es, gar nicht erst verschiedene Prozesse anhängig werden zu lassen, die dann mit einem – bei Anwendung des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes eher größeren, bei anderen Instrumenten eher geringeren – Aufwand gebündelt werden müssen. Das lässt sich durch eine materiell-rechtliche Bündelung von Ansprüchen erreichen, die dann durch einen einzigen Kläger in einem einzigen Verfahren geltend gemacht werden. Sie ist nach geltendem materiellen Recht auf zweierlei Weise möglich: durch eine Abtretung der Ansprüche oder durch eine Ermächtigung zu deren Einziehung. Sowohl die Abtretung als auch die Einziehungsermächtigung wären zwar auch ohne eine ihnen zu Grunde liegende schuldrechtliche Vereinbarung wirksam. Sie werden aber regelmäßig auf einer solchen Vereinbarung beruhen, in welcher dann die notwendigen Bedingungen der Geltendmachung verabredet werden. Weder der Abtretung noch der Einziehungsermächtigung oder der Vereinbarung über die Bedingungen der Geltendmachung der Abtretung oder Einziehungsermächtigung

4 Erman/Ehmann, BGB, 11. Aufl. (2004), § 661 a Rdnr. 1.
5 Vgl. § 7 I 1 KapMuG.

gung sind besondere bürgerlich-rechtliche Grenzen gesetzt. Es gilt vielmehr die Vertragsfreiheit in ihren allgemeinen Grenzen. Allerdings steht der Abtretung oder Ermächtigung zur Einziehung von Ansprüchen zur Durchführung einer Sammelklage oft das Rechtsbesorgungsverbot des Art. 1 § 1 RBERG entgegen⁶. Sie wäre aber in vielen Fällen das einfachste und kostengünstigste Mittel, um eine Prozessbündelung zu erreichen. Sie würde eine class action in weitem Umfang funktionell ersetzen können, ohne besonderen regelungstechnischen oder rechtspraktischen Aufwand zu verursachen. Einen Vorstoß zur Einführung einer solchen Möglichkeit unternahmen die Verbraucherverbände im Zusammenhang mit dem Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro⁷. Anlass war die Einführung des Anspruchs auf Erfüllung bei unlauteren Gewinnzusagen durch den seinerzeit geschaffenen § 661 a BGB. Diesen Vorstoß hat der Gesetzgeber mit Art. 5 II des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts⁸ aufgegriffen. Darin wird Art. 1 § 3 Nr. 8 RBERG neu gefasst und eine Abtretung von Ansprüchen oder die Erteilung einer Ermächtigung zu ihrer Einziehung an öffentlich geförderte Verbraucherzentralen von dem Rechtsbesorgungsverbot ausgenommen und damit ermöglicht.

bb) *Änderungsbedarf*. Diese Möglichkeit eröffnet Art. 1 § 3 Nr. 8 RBERG aber nur, wenn dies im Interesse des Verbraucherschutzes erforderlich ist. Diese Einschränkung geht auf Widerstände aus der Rechtsanwaltschaft zurück, die die Gefahr sah, dass die Verbraucherverbände zu Inkassobüros mutieren und damit letztlich zu Konkurrenten der Rechtsanwaltschaft werden könnten. Dies ist nicht Zweck der Regelung und soll durch die Einschränkung verhindert werden. Dieser in der Erläuterung allerdings nur sehr knapp beschriebene⁹ begrenzte Zweck der Einschränkung ist indessen in der Praxis nur teilweise aufgenommen worden. Dies lässt sich anhand der Sammelklagen von Verbraucherverbänden aus Ansprüchen wegen EC-Kartenmissbrauchs ablesen, die letztlich der Klärung von § 676 h BGB dienen. Sie waren einer der Fälle, an die der Gesetzgeber bei der Regelung gedacht hatte. Deshalb hält das *LG Bonn*¹⁰ eine entsprechende Sammelklage für zulässig, das *LG Düsseldorf*¹¹ dagegen zu Unrecht nicht. Dieses Beispiel zeigt, dass die im Rahmen eines politischen Kompromisses vorgenommene Einschränkung ihren Zweck verfehlt. Sie ist jedenfalls bei den Verbraucherzentralen entbehrlich¹². Diese sind nämlich nur dann nach Art. 1 § 3 Nr. 8 RBERG ermächtigt, wenn sie öffentlich gefördert werden. Sollten sie ihren institutionellen Zweck verlassen, würde die öffentliche Förderung sicherlich gestrichen, so dass ein zusätzliches begrenzendes Kriterium nicht notwendig ist. Die beabsichtigte Überarbeitung des Rechtsberatungsgesetzes sieht die notwendige Erleichterung bislang nicht vor¹³. Dies sollte überdacht und den Verbraucherzentralen die Einziehung von Verbraucherforderungen generell erlaubt werden. Das würde in vielen Fällen besondere prozessrechtliche Regelungen entbehrlich machen.

b) *Gläubigeraufruf*. Vor allem Großschadensereignisse und ähnliche Massenverfahren legen oft eine vergleichsweise Regelung nahe. Dem betroffenen Unternehmen ist in der Regel nicht an einem langwierigen Verfahren gelegen, weil dies rufschädigend ist und nicht zuletzt auch sehr viel Geld kostet. Auch die Geschädigten sind jedenfalls grundsätzlich eher an einer zügigen Regulierung als daran interessiert, ihren Anspruch bis in die letzten Einzelheiten durchzusetzen. Einer solchen vergleichswisen Regelung steht aber oft entgegen, dass das Unternehmen die Gesamtbelastung und

damit auch nicht überblicken kann, was es sinnvollerweise als Vergleichsvolumen anbieten kann. Der Grund dafür liegt darin, dass sich die von einem solchen Großereignis Geschädigten nicht immer zu einer Klage bereit finden und Ansprüche oft auch aus taktischen Gründen zunächst nicht angemeldet werden, um die prozessualen Chancen besser ausloten zu können. Anreiz und Möglichkeit hierzu sind seit der Herabsetzung der Regelverjährung des § 195 BGB von 30 auf drei Jahre deutlich gesunken. Allerdings hängt der Beginn dieser Dreijahresfrist von subjektiven Elementen ab, was für den Schuldner immer eine gewisse Unsicherheit bedeutet¹⁴. Dem könnte auf materiell-rechtlicher Ebene durch die Einführung eines Gläubigeraufrufs entgegenwirkt werden. Einem Schuldner, der aus einem Ereignis mehreren Gläubigern verpflichtet ist, könnte das Recht eingeräumt werden, diese öffentlich zur schriftlichen Anmeldung ihrer Forderungen innerhalb einer zu bestimmenden Frist aufzufordern. Nach dem Vorbild des § 651 g I 3 BGB könnten Gläubiger, die sich auf eine solche Aufforderung nicht melden, zur Geltendmachung ihrer Ansprüche nur noch berechtigt sein, wenn sie ohne Verschulden an der Einhaltung der Frist verhindert worden sind. Alternativ könnte dem Gläubiger auch die Einrede der Verjährung gegeben werden.

2. Verfahrensverbinding

a) *Klagehäufung*. aa) *Bestehender Zustand*. Mehrere Parteien haben grundsätzlich die Möglichkeit, gemeinsam zu klagen und sich die Lasten des Prozesses zu teilen. Nach §§ 59, 60 ZPO ist eine solche gemeinsame Klage allerdings nicht uneingeschränkt zulässig, sondern nur dann, wenn die Parteien hinsichtlich des Streitgegenstandes in Rechtsgemeinschaft stehen, wenn sie aus demselben tatsächlichen und rechtlichen Grund berechtigt oder verpflichtet sind oder wenn gleichartige und auf einen im Wesentlichen gleichartigen tatsächlichen und rechtlichen Grund beruhende Ansprüche oder Verpflichtungen den Gegenstand des Rechtsstreits bilden. In den für das Auftreten von Massenklagen typischen Situationen wird selten eine Rechtsgemeinschaft vorliegen. Oft werden die Kläger aber gleichartige Ansprüche aus demselben oder (im Wesentlichen) gleichartigen tatsächlichen und rechtlichen Grund geltend machen. Der Begriff der Gleichartigkeit ist weit auszulegen¹⁵. Dazu würde zwar eine bloße Ähnlichkeit nicht genügen¹⁶. Gleichartigkeit ist aber schon gegeben, wenn ein innerer Zusammenhang besteht¹⁷. Dieser wird zum Beispiel angenommen bei Klagen mehrerer Geschädigter aus einem (Verkehrs-)Unfall¹⁸, Ansprüchen mehrerer Käufer, die den Kauf unter den gleichen Bedingungen abgeschlossen haben¹⁹, Klagen geschädigter Kapitalanleger wegen unrichtiger Beratung und unrichtigen Prospekts²⁰

6 Koch, BRAK-Mitt 2005, 159 (160).

7 V. 27. 6. 2000, BGBl I, 897.

8 V. 26. 11. 2001, BGBl I, 3138.

9 BT-Dr 14/6040, S. 277.

10 *LG Bonn*, NJOZ 2005, 2202 = ZIP 2005, 1006 (1007).

11 *LG Düsseldorf*, VuR 2005, 34 (35) m. abl. Anm. Micklitz.

12 Koch, BRAK-Mitt 2005, 159 (160 f.).

13 Koch, BRAK-Mitt 2005, 159 (161 Fußn. 13).

14 *Erman/J. Schmidt-Räntsch* (o. Fußn. 4), § 199 Rdnr. 31.

15 BGH, NJW 1992, 981 (982); NJW 1975, 1228; OLG Hamm, NJW 2000, 1347; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, 63. Aufl. (2005), § 60 Rdnr. 3; *Zöller/Vollkommer*, ZPO, 25. Aufl. (2005), §§ 59, 60 Rdnr. 7.

16 KG, MDR 2000, 1394; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann* (o. Fußn. 15), § 60 Rdnr. 3.

17 BGH, NJW 1992, 981 (982).

18 *Zöller/Vollkommer* (o. Fußn. 15), §§ 59, 60 Rdnr. 7.

19 *Stein/Jonas/Bork*, ZPO, 22. Aufl. (2002 ff.), § 60 Rdnr. 3; *Zöller/Vollkommer* (o. Fußn. 15), §§ 59, 60 Rdnr. 7.

20 BGH, NJW 1992, 981 (982).

oder der Klage eines geschädigten Kapitalanlegers gegen das Anlageunternehmen und den Vermittler²¹. Es ist auch nicht erforderlich, dass übereinstimmende Anträge gestellt werden²². Allerdings müssen die Klagen wenigstens einen gemeinsamen Gegner haben²³. Da die subjektive auch zu einer objektiven Klagehäufung führt, muss das Prozessgericht analog § 260 ZPO²⁴ auch für sämtliche Klagen zuständig sein. Außerdem muss dieselbe Prozessart zulässig und gewählt sein. In dem gemeinsamen Verfahren können die anstehenden Fragen auch einheitlich geklärt werden, ohne dass es für jeden Einzelnen einer gesonderten Feststellung bedürfte. Bei einem solchen Verfahren wäre es auch möglich, durch ein Grundurteil die Haftung dem Grunde nach festzustellen und die hiermit im Zusammenhang stehenden Fragen im Rechtsmittelzug einer Klärung zuzuführen. Falls die Klärung der Anspruchshöhe für einzelne Kläger oder einzelne Klägergruppen zu unterschiedlich großem ergänzenden Prüfungsaufwand führt, besteht die Möglichkeit, länger dauernde Verfahren nach § 145 ZPO abzutrennen und im Betragsverfahren gesondert zu verhandeln. Auch wenn das Erfordernis der Gleichartigkeit in der überwiegenden Zahl der hier interessierenden Fälle eine gemeinsame Klage nicht verhindert, sollte überlegt werden, ob es, anders als nach geltendem Recht²⁵, nicht doch ausreichen kann, dass die gemeinsame Prozessführung zweckmäßig ist.

bb) *Vergleich zum Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz.* Einen Beschleunigungseffekt bietet das Musterverfahren nach dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz im Ergebnis demgegenüber praktisch nicht. Danach können zwar Fragen zum Anspruchsgrund unmittelbar dem OLG vorgelegt werden. Der damit verbundene Beschleunigungseffekt wird aber durch den Verlust einer Tatsacheninstanz und vor allem dadurch wieder ausgeglichen, dass der Musterentscheid nach dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz immer der Rechtsbeschwerde zugänglich ist, wohingegen ein Berufungsurteil des OLG nur dann der Revision zugänglich wäre, wenn auch ein Zulassungsgrund tatsächlich vorliegt. Daran wird es in Fällen der eingangs geschilderten Art oft fehlen, weil es gar nicht um rechtliche, sondern um tatsächliche Fragen geht, deren Klärung verallgemeinerungsfähige Erkenntnisse nicht erwarten lässt. Die Begründung zum Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz sieht deshalb den entscheidenden Vorteil des Musterverfahrens gegenüber der subjektiven Klagehäufung darin, dass Zufallsklagegemeinschaften vermieden werden²⁶. Das ist insofern berechtigt, als die Wirkungen des Musterverfahrens auch Kläger betreffen, die vor einem anderen Gericht klagen und einen Musterbescheidantrag nicht gestellt haben. Das ändert aber nichts daran, dass der Musterentscheid nach § 7 I 1 KapMuG nur solche Beteiligten erreicht, die wenigstens bis zu seinem Erlass einen entsprechenden Rechtsstreit mit den gleichen Fragen anhängig gemacht haben.

b) *Verfahrensverbindung.* Zu einer subjektiven Klagenhäufung, das ist zuzugeben, kommt es natürlich nur, wenn sich in gleichermaßen betroffene Kläger zusammenfinden und auch auf eine gemeinsame Führung des Prozesses einigen können. Das ist nicht immer der Fall. Die Gründe hierfür sind vielfältig und meist im persönlichen Umfeld der Parteien zu suchen. Das bedeutet aber nicht, dass die Vorteile einer gemeinsamen Verhandlung auch ohne eine gemeinsame Klage erreicht werden könnten. § 147 ZPO lässt es nämlich zu, dass ein Gericht mehrere bei ihm anhängige Prozesse derselben oder verschiedener Parteien zum Zweck der gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung anordnen kann, wenn die Ansprüche, die den Gegenstand dieser Prozesse bilden, in rechtlichem Zusammenhang stehen oder in

einer Klage hätten geltend gemacht werden können. Das bedeutet, dass das Gericht eine Verfahrensbindung auch von Amts wegen erreichen kann, wenn sich die Parteien selbst zu einer solchen Bündelung nicht bereit gefunden haben. Eine solche Verbindung ist allerdings nur möglich, wenn die Prozesse bei demselben Gericht anhängig sind. Demgegenüber wäre in einem Musterverfahren die Klärung der Musterfragen auch mit Wirkung für Rechtsstreite möglich, die bei einem anderen Gericht anhängig sind, aber dieselben Fragen aufwerfen, und zwar auch dann, wenn die dortigen Parteien einen entsprechenden Musterfeststellungsantrag nicht gestellt haben. Der damit verbundene Vorteil ließe sich aber vielleicht doch einfacher erreichen, wenn eine Prozessverbindung nach § 147 ZPO auch in Fällen erlaubt würde, in denen die Rechtsstreite bei einem anderen Gericht anhängig sind. Zu einer solchen Verbindung käme es freilich nur, wenn die beteiligten Prozessgerichte von dem jeweils anderen Verfahren Kenntnis erlangen und Veranlassung haben, eine Verbindung zu prüfen. Das ist im Musterverfahren nach dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz auf den ersten Blick einfacher. Die Wirkungen des Musterentscheidens treffen nämlich auch die Verfahren vor Prozessgerichten, bei denen Musterfeststellungsanträge nicht gestellt worden sind, wenn sie die gleichen Fragen betreffen. Vorgesehen ist auch, dass sowohl der Musterfeststellungsantrag als auch die Entscheidung des OLG, das Musterentscheidungsverfahren durchzuführen, im elektronischen Bundesanzeiger zu veröffentlichen sind. Damit allein ist eine der Bindungswirkung entsprechende Entscheidung der Gerichte aber nicht garantiert. Sie setzt vielmehr voraus, dass ein Gericht Veranlassung und Möglichkeit hat zu prüfen, ob es von einem Musterverfahren betroffen ist. Das wirkt aber gerade bei einer Ausdehnung auf andere Klagen bisher nicht gelöste praktische Schwierigkeiten auf. Bei einer Verfahrensverbindung auf Grund eines erweiterten § 147 ZPO entstünde diese Schwierigkeit nicht, weil sie durch Beschluss anzuordnen und darin die betroffenen Verfahren zu bezeichnen wären.

3. Institutionalisierung des Musterprozesses im Zivilverfahrensrecht

a) *Bedürfnis.* Musterprozesse sind im Zivilverfahrensrecht eine durchaus geläufige Erscheinung. Sie beruhen aber auf entsprechenden Absprachen der Parteien und sind nicht institutionalisiert. Ein Prozess kann als Musterprozess unter „Aussetzung“ der anderen Prozesse nur geführt werden, wenn eine solche Absprache zwischen allen Beteiligten zu Stande kommt. Eine solche Absprache müsste offen oder wenigstens konkludent auch von einer Vereinbarung über die Hemmung der Verjährung bis zum Abschluss des Musterprozesses begleitet werden²⁷, was regelmäßig auch der Fall sein wird. Das Gericht selbst dürfte von sich aus einen Rechtsstreit aber selbst dann nicht aussetzen, wenn ein Prozess, bei dem sich die gleichen Fragen stellen, im Revisionsrechtszug anhängig ist²⁸. Es muss den Rechtsstreit vielmehr weiter fördern. Dabei könnte es zwar schon jetzt teilweise auf die Beweiserhebung aus dem anderen Rechtsstreit zurückgreifen und zum Beispiel dort eingeholte Sachverständi-

21 BayObLG, NJW-RR 2003, 134.

22 BayObLG, NJW-RR 1990, 742 u. 1020; 2003, 134.

23 BGH, NJW 1992, 981; Musielak/Weth, ZPO, 4. Aufl. (2005), § 60 Rdnr. 11.

24 Schilken, in: MünchKomm-ZPO, 2. Aufl. (2000), § 59 Rdnr. 10; Musielak/Weth (o. Fußn. 23), § 60 Rdnr. 11.

25 Schilken, in: MünchKomm-ZPO (o. Fußn. 24), § 60 Rdnr. 3.

26 BT-Dr 15/5091, S. 13.

27 Erman/Schmidt-Räntsch (o. Fußn. 4), § 204 Rdnr. 55.

28 BGH, NJW 2005, 1947 = MDR 2005, 1185.

gengutachten verwerten²⁹ und bei ihm anhängige gleich gelagerte Sachen zur gemeinsamen Beweisaufnahme oder auch Verhandlung und Entscheidung verbinden. Das kann auch bei zahlreichen Beteiligten durchaus zu sinnvollen Ergebnissen führen. Stellen sich aber komplizierte Fragen und ist eine gütliche Einigung nicht zu erwarten, wird eine Verbindung von Rechtsstreiten die Verfahrensabwicklung eher erschweren als erleichtern. In solchen Fällen stellt sich deshalb genau wie im Verwaltungsprozess die Frage, ob nicht eines oder mehrere Verfahren herausgegriffen und als Musterverfahren geführt werden sollten. Das würde zwar dazu führen, dass die anderen Verfahren vorerst nicht weiterbetrieben werden. Deren weiteres Betreiben würde aber in einer Musterprozesslage einen je nach dem Ausgang des Musterprozesses nutzlosen Aufwand bedeuten, der anders nützlicher eingesetzt werden könnte. Missbräuchen könnte durch ein Quorum und dadurch begegnet werden, dass die Entscheidung über die Aussetzung, anders als etwa nach § 7 I 4 KapMuG, nach Maßgabe von § 252 ZPO mit der sofortigen Beschwerde angreifbar bliebe. Die Möglichkeit, so Justizressourcen zu schonen, hat den Gesetzgeber jedenfalls dazu bewogen, im Verwaltungsprozess mit § 93 a VwGO den Musterprozess als Rechtsinstitut einzuführen, von dem das Gericht auch ohne entsprechende Absprachen der Parteien Gebrauch machen kann. Das legt es nahe, auch dem ordentlichen Gericht die Möglichkeit zu geben, einen Rechtsstreit als Musterprozess zu führen, wenn die sonst notwendigen Absprachen der Parteien nicht zu Stande kommen. Diese Überlegung ist in der Begründung des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes mit der Erwägung verworfen worden, die Beteiligten der ausgesetzten Verfahren hätten keine Möglichkeit, sich an dem Musterprozess zu beteiligen. Im Zivilverfahrensrecht könne dieses Defizit nicht, wie im Verwaltungsprozess, durch das Amtsermittlungsprinzip ausgeglichen werden³⁰. Diese Begründung scheint mir der jetzt in § 93 a VwGO gefundenen Lösung nicht gerecht zu werden.

b) *Bewältigung verfassungsrechtlicher Bedenken.* Die Parteien von Rechtsstreiten, die wegen eines Musterprozesses ausgesetzt werden, müssten nach Art. 103 I GG die Möglichkeit haben, sich vor einer Entscheidung ihres Rechtsstreits zu den Ergebnissen des Musterprozesses zu äußern und gegebenenfalls auch eine Ergänzung der Beweisaufnahme zu verlangen. Technisch ließe sich das entweder durch ihre Beteiligung an dem Musterprozess mit starker Bindungswirkung der dort gewonnenen Erkenntnisse für den ausgesetzten Rechtsstreit oder umgekehrt durch einen Verzicht auf eine solche Mitwirkung und eine nur eingeschränkte Wirkung der Erkenntnisse des Musterprozesses im ausgesetzten Rechtsstreit erreichen.

Würde man sich für die erstgenannte Möglichkeit entscheiden, müsste den Parteien die Möglichkeit eröffnet werden, sich an dem Musterprozess zu beteiligen. Sie hätten dann inhaltlich die Stellung von Streithelfern. Sie könnten also selbst in dem Musterprozess Schriftsätze einreichen und Beweisanträge stellen. Die Grenze bildete in Anlehnung an § 67 ZPO die Prozessführung der unterstützten Partei des Musterprozesses. Als Folge einer solchen erweiterten Mitwirkungsmöglichkeit könnten die Parteien dann auch den in § 68 ZPO beschriebenen Nebeninterventionswirkungen³¹ unterworfen werden. Diese Wirkungen treten nach §§ 68, 74 ZPO nur ein, wenn der am betriebenen Prozess nicht Beteiligte ein rechtliches Interesse an dessen Ausgang hat und sich selbst beteiligt (§ 66 ZPO) oder wenn er das nicht tut, eine der Parteien des betriebenen Prozesses aber bei ungünstigem Ausgang des Rechtsstreits einen Anspruch auf Gewährung oder Schadloshaltung gegen den Dritten erhe-

ben zu können glaubt oder den Anspruch eines Dritten besorgt (§ 72 ZPO). Verfassungsrechtlich notwendig ist das aber nicht, wie § 16 KapMuG zeigt. Die Wirkungen des allein von dem Musterkläger gegen den Musterbeklagten geführten Musterverfahrens treffen die Beigeladenen im Musterverfahren nach dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz unabhängig davon, ob sie einen Musterfeststellungsantrag gestellt haben und unabhängig davon, ob die Parteien des Musterverfahrens Ansprüche gegen die Beigeladenen erheben zu können glauben oder besorgen (§16 I KapMuG). Die Wirkungen entsprechen inhaltlich denen der Nebenintervention (§16 II KapMuG)³². Ein so ausgestalteter Musterprozess wäre im Grunde ein vereinfachtes, in jeder Instanz mögliches „Musterverfahren“, das sich allerdings nicht auf die Klärung einzelner Fragen beschränken könnte.

Unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten unbedenklich wäre aber auch ein Musterprozess nach dem Modell des § 93 a VwGO. Bei diesem Modell würden die Parteien der ausgesetzten Rechtsstreite an dem Musterprozess nicht beteiligt. Als Folge davon entfalten die Erkenntnisse des Musterprozesses auch keine Nebeninterventionswirkungen. Das Prozessgericht der ausgesetzten Rechtsstreite wird vielmehr nur in die Lage versetzt, die in dem Musterprozess gewonnenen Erkenntnisse in den ausgesetzten Rechtsstreiten zu verwerten. Es bleibt aber gehalten, den Parteien rechtliches Gehör zu diesen Erkenntnissen zu gewähren und die Beweisaufnahme zu ergänzen, wenn die Parteien Gesichtspunkte aufzeigen, die in dem Musterprozess nicht oder mit unzureichenden Ergebnissen behandelt worden sind. Bei diesem Ansatz wird rechtliches Gehör vor der Entscheidung des ausgesetzten Rechtsstreits gewährt. Darauf, ob der Musterprozess, wie im Verwaltungsprozess, unter Geltung des Amtsermittlungsgrundsatzes oder unter Geltung des Dispositionsgrundsatzes geführt wurde, kann es dann aber entgegen der Begründung des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes nicht entscheidend ankommen. Die Qualität der Führung des Musterprozesses entscheidet nicht darüber, ob der Musterprozess als Rechtsinstitut eingeführt werden darf, sondern darüber, in welchem Umfang er die Abwicklung der ausgesetzten Rechtsstreite tatsächlich erleichtert. Wird er schlecht geführt und bleiben viele Punkte offen, müssen sie in den ausgesetzten Rechtsstreiten geklärt werden. Bei einem gut geführten Musterprozess ist es umgekehrt.

Dieses zweite Modell scheint mir vorzugswürdiger zu sein, weil mit einem geringfügigen Eingriff in das Aussetzungs- und Beweisrecht weit reichende Erfolge erzielt werden können. Der aufgezeigte Nachteil wiegt nicht schwer, weil er auch bei den anderen Lösungsmodellen auftreten kann. Das gilt, wie noch zu zeigen sein wird, ohne gesetzliche Änderungen auch für das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz.

c) *Verjährungshemmung.* aa) *Anhängige Rechtsstreite.* Die Verjährung der in den ausgesetzten Verfahren geltend gemachten Ansprüche wäre durch die Erhebung der Klage nach § 204 I Nr. 1 BGB gehemmt. Gerät das Verfahren dadurch in Stillstand, dass die Parteien es nicht betreiben, endet diese Hemmung gem. § 204 II 2 BGB sechs Monate nach der letzten Verfahrenshandlung des Gerichts oder der Verfahrensbeteiligten. Ob dies auch dann gilt, wenn das Verfahren, wozu es bei einem Musterprozess der hier vorgeschlagene

29 Vgl. § 411 a ZPO.

30 BT-Dr 15/5091, S. 14 f.

31 Dazu BGHZ 157, 97 (99 f.) = VIZ 2004, 176.

32 Die Kostenbeteiligung nach § 17 KapMuG geht darüber auch hinaus.

nen Art jedenfalls kommen würde, förmlich ausgesetzt wird, ist streitig³³. Dies könnte durch eine entsprechende Ergänzung von § 204 BGB geklärt werden.

bb) *Nicht abhängige Rechtsstreite*. Allerdings würde das Rechtsinstitut des Musterprozesses seinen Zweck, unnötige Rechtsstreite zu vermeiden, in vollem Umfang erst erreichen, wenn Gläubiger in der gleichen Lage wie der Kläger des Musterprozesses gar nicht erst Klage erheben müssten, wenn ein Rechtsstreit zu einem Musterprozess erklärt worden ist. Das ist allerdings weniger einfach zu erreichen, weil nicht immer eindeutig ist, welche Ansprüche dem Musterprozess entsprechen und welche nicht. Bei abhängigen Rechtsstreiten wirkt sich das nicht aus, weil das Gericht die anderen Rechtsstreite mit Rücksicht auf den Musterprozess aussetzen und damit auch entscheiden müsste, ob die anderen Rechtsstreite dasselbe Thema haben oder nicht. Bei nicht abhängigen Ansprüchen scheidet diese Möglichkeit aus. Hier wäre aber an einen Ausbau des § 203 BGB zu denken. Dem Gläubiger könnte die Möglichkeit gegeben werden, dem Schuldner seinen Anspruch unter Verweis auf den Musterprozess anzuzeigen. Diese Anzeige könnte zu einer Hemmung der Verjährung bis zum Ablauf von drei³⁴ oder sechs³⁵ Monaten nach dem rechtskräftigen Abschluss des Musterprozesses fort dauern, wenn der Schuldner nicht innerhalb einer festzulegenden kurzen Frist einwendet, der Musterprozess habe einen anderen Gegenstand.

III. Nutzung öffentlich-rechtlicher Ressourcen

1. Amtliche Unfalluntersuchungen

In einem Teil der für Massenklagen in Betracht kommenden Fälle können Zivilrechtsstreite durch die stärkere Nutzung vor allem öffentlich-rechtlicher Ressourcen entlastet und zu einem erheblichen Teil auch doppelter Ermittlungsaufwand vermieden werden. Angesprochen sind vor allem Großschadensereignisse. Bei solchen Ereignissen wird die Schadensursache in aller Regel vorab durch eine neutrale Behörde untersucht. Zuständig hierfür ist bei Eisenbahnunglücken das Eisenbahnbundesamt³⁶, bei Flugzeugunglücken das Luftfahrtbundesamt³⁷ und bei Unfällen von Seeschiffen die Bundesstelle für Seeunfalluntersuchung³⁸ oder die Seeämter³⁹. Deren Untersuchungsergebnisse können allerdings nicht unmittelbar als Sachverständigenbeweis gerichtlich verwertet werden, weil sie den Anforderungen des § 411 a ZPO nicht genügen. Das ist unglücklich. Gerade die genannten Behörden, aber auch andere Stellen, etwa Staatsanwaltschaften, gehen den Fragen unter Bindung an das Gesetz neutral und in einem teilweise sogar sehr gerichtsähnlich strukturierten Verfahren nach. Ein sachlicher Grund, die dabei gewonnenen Erkenntnisse nicht auch für einen anschließenden Zivilprozess als Sachverständigenbeweis zu nutzen, besteht nicht. Eine solche Verwertung liegt im Gegenteil sogar nahe, um unnötige Doppelermittlungen und die damit verbundenen Kosten zu vermeiden. Allerdings ist ein Versuch, Sachverständigengutachten, die nicht in einem gerichtlichen Verfahren erhoben worden sind, verwertbar zu machen, im Vorfeld des Ersten Justizmodernisierungsgesetzes⁴⁰ schon in der Phase des Referentenentwurfs gescheitert. Grund war eine sehr strikte Bindung an die vorhandenen, auch behördlichen Erkenntnisse, die zum Beispiel zu einem weitgehenden Fortfall der Einholung von Sachverständigengutachten im sozialgerichtlichen Verfahren führen konnte. Eine solche strikte Bindung würde dem Umstand nicht gerecht, dass behördliche Untersuchungen an einem anderen Ziel ausgerichtet sind als der Zivilprozess. Die behördlichen Erkenntnisse können deshalb nur der Ausgangspunkt der Beweiserhebung im an-

schließenden Zivilprozess sein. Nicht anders als dies schon jetzt bei § 411 a ZPO der Fall ist⁴¹, müssen die Parteien die Möglichkeit haben, eine Ergänzung des Sachverständigenbeweises in den Punkten zu beantragen, die bei der behördlichen Untersuchung offen geblieben oder unzureichend geprüft worden sind. Das Zivilgericht hätte dann aber die Möglichkeit, im Rahmen seines Ermessens eine etwa erforderliche ergänzende Beweisaufnahme auf die substanziellen Einwände gegen die schon vorliegende Untersuchung zu beschränken und eine unangebrachte Zweituntersuchung zu vermeiden.

2. Nutzung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004

a) *Vorbemerkung*. Vergleichbare Verwertungsmöglichkeiten kann die Umsetzung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004⁴² eröffnen. Betroffen sind Massenklagen, denen Vorschriften zur Umsetzung der Verbraucherschutzvorschriften der EG zu Grunde liegen. Die damit angesprochenen Richtlinien und Verordnungen der EG sind im Anhang zu der Verordnung aufgeführt. Es handelt sich im Wesentlichen um die Richtlinien über irreführende und vergleichende Werbung⁴³, über Haustürgeschäfte⁴⁴, über den Verbraucherkredit⁴⁵, über Pauschalreisen⁴⁶, über missbräuchliche Klauseln⁴⁷, über Teilzeitnutzungsrechte (Timeshare)⁴⁸, über den Fernabsatz⁴⁹, über den Verbrauchsgüterkauf⁵⁰, über den elektronischen Geschäftsverkehr⁵¹ und über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen⁵² und die Flugverspätungsschadenverordnung⁵³. Die Einhaltung der zur Umsetzung dieser Vorschriften erlassenen nationalen Vorschriften ist in Deutschland bislang keine staatliche Aufgabe. Sie obliegt vielmehr den qualifizierten Einrichtungen, Wirtschafts- und Verbraucherverbänden sowie den Industrie- und Handels- sowie den Handwerkskammern, die Unterlassungsklagen nach §§ 1, 2 UKlaG, § 13 UWG erheben können. Dieses Modell ist aber

33 Dafür: *Bamberger/Roth/Henrich*, BGB, § 204 Rdnr. 73; *Soergel/Niedenführ*, BGB, 13. Aufl. (2002), § 204 Rdnr. 124; dagegen: *Erman/Schmidt-Räntsch* (o. Fußn. 4), § 204 Rdnr. 55; im Anschl. an BGH, NJW 2000, 132 (133); i. Erg. weitgehend genauso, nämlich kein Ende der Hemmung, wenn die Prozessleitung bei dem Gericht liegt: *Grothe*, in: MünchKomm, 4. Aufl. (2001), § 204 Rdnr. 71; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 64. Aufl. (2005), § 204 Rdnr. 47.

34 In Anlehnung an § 203 BGB.

35 In Anlehnung an § 204 BGB.

36 § 5 a I 2 Nr. 2 des Allg. Eisenbahng.

37 §§ 23 b, 29 LuftVG i. V. mit § 2 des Gesetzes über das Luftfahrt-Bundesamt.

38 §§ 9–12 des Seesicherheits-Untersuchungs-Gesetzes (SUG); die Stelle hieß früher Bundesoberseeamt.

39 §§ 20, 24 SUG.

40 V. 24. 8. 2004, BGBl I 2198.

41 *Zöller/Greger* (o. Fußn. 15), § 411 a Rdnr. 3.

42 Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27. 10. 2004 über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden („Verordnung über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz“), ABIEG Nr. L 364, S. 1.

43 Richtlinie 84/450/EWG v. 10. 9. 1984, ABIEG Nr. L 250, S. 17, zuletzt geändert durch Richtlinie 97/55/EWG, ABIEG 1997 Nr. L 290, S. 18.

44 Richtlinie 85/577/EWG v. 20. 12. 1985, ABIEG Nr. L 372, S. 31.

45 Richtlinie 87/102/EWG v. 22. 12. 1986, ABIEG 1998 Nr. L 42, S. 48, zuletzt geändert durch Richtlinie 98/7/EWG, ABIEG 1998 Nr. L 101, S. 17.

46 Richtlinie 90/314/EWG v. 13. 6. 1990, ABIEG Nr. L 158, S. 59.

47 Richtlinie 93/13/EWG v. 5. 4. 1993, ABIEG Nr. L 95, S. 29, geändert durch Entscheidung der Kommission 2002/995/EG, ABIEG 2002 Nr. L 353, S. 1.

48 Richtlinie 94/47/EG v. 26. 10. 1994, ABIEG Nr. L 280, S. 83.

49 Richtlinie 97/7/EG v. 20. 5. 1997, ABIEG Nr. 144, S. 19, geändert durch Richtlinie 2002/65/EG, ABIEG 2002 Nr. L 271, S. 16.

50 Richtlinie 1999/44/EG v. 25. 5. 1999, ABIEG Nr. L 171, S. 12.

51 Richtlinie 2000/31/EG v. 8. 6. 2000, ABIEG Nr. L 178, S. 1.

52 Richtlinie 2002/65/EG v. 23. 9. 2002, ABIEG Nr. L 271, S. 16.

53 Verordnung (EG) Nr. 261/2004 v. 11. 2. 2004, ABIEG Nr. L 46, S. 1.

nur in einigen Mitgliedstaaten der EG verbreitet⁵⁴. In den romanischen Ländern, vor allem in Frankreich, obliegt die Durchsetzung auch der privatrechtlichen Verbraucherschutzzvorschriften staatlichen Behörden, die mit den Mitteln des Polizei- und Ordnungsrechts und des Strafrechts auf die betroffenen Unternehmen einwirken können. Beide Systeme wirken effektiv aber nur bei Verstößen inländischer Unternehmer im Inland. Bei grenzüberschreitenden Verstößen sind die im Marktstaat verfolgungsberechtigten Behörden oder Verbände auf die Unterstützung der Behörden oder Stellen des Sitzstaats angewiesen. Nach der Idee der derzeit verhandelten Dienstleistungsrichtlinie⁵⁵ sind diese Behörden auch die Einzigsten, die auf den Unternehmer einwirken dürfen⁵⁶. Diese Unterstützung organisiert die Verordnung (EG) Nr. 2006/2004. Sie zwingt auch Deutschland zur Einrichtung von Behörden, die sich mit Verbraucherrechtsverstößen befassen. Einer der typischen Anwendungsfälle werden massenhafte Verstöße sein, die zu Massenklagen führen.

b) *Anwendungsbereich*. Die Verordnung regelt nicht die Durchsetzung der genannten Verbraucherrechtsvorschriften bei jedweden, sondern nur bei einem grenzüberschreitenden Verstoß, also von Verstößen, die in einem anderen Mitgliedsstaat als demjenigen begangen worden sind, in dem das Unternehmen ansässig ist. Bei der Umsetzung der Verordnung stellt sich, wie so oft, die Frage, ob nur „Eins zu Eins“ oder überschießend umgesetzt werden soll. EG-rechtlich gezwungen ist Deutschland nur dazu, die Einhaltung des Verbraucherrechts von ausländischen Unternehmen im Inland und von deutschen Unternehmen im Ausland zu überprüfen und die hierfür erforderlichen Durchsetzungsinstrumente zu schaffen. Die Einhaltung von Verbraucherschutzzvorschriften deutscher Unternehmen im Inland müsste nach der Verordnung hingegen durch die Behörden nicht überprüft werden. Es stellt sich aber die Frage, ob es rechtspolitisch vertretbar und auch mit dem Gleichheitssatz zu vereinbaren ist, wenn bei einer ansonsten gleichen Sachlage Inlandssachverhalte weiterhin nach dem alten Modell allein durch Verbandsklagen durchgesetzt werden sollen, während die gleichen Sachverhalte bei Auslandsbezug jedenfalls durch eine staatliche Behörde durchgesetzt werden müssen⁵⁷. Einen inhaltlichen Grund für diese Unterscheidung gibt es nicht. Die Bemühungen, Masseklagenverfahren ressourcensparend abzuwickeln, lassen es zudem auch ordnungspolitisch kaum vertretbar erscheinen, die sich bei einer auch Inlandssachverhalte erfassenden Lösung ergebenden Möglichkeiten der Ressourcenschonung ungenutzt zu lassen.

c) *Wesentlicher Inhalt der Durchsetzungspflicht*. aa) *Durchsetzungsersuchen*. Nach Art. 4 I der Verordnung benennt jeder Mitgliedstaat die Behörde, die für die Durchsetzung des Verbraucherrechts zuständig ist, und, wenn das mehrere sind, eine zentrale Verbindungsstelle. An Stelle von Behörden können auch Verbände benannt werden, Art. 4 III 2 der Verordnung. Diese Behörden oder Verbände können bei dem Verstoß eines ausländischen Unternehmers die zentrale Stelle in dessen Sitzland ersuchen, die notwendigen Schritte gegen den Unternehmer zu ergreifen, um den Verstoß abzustellen. Die ausländische Behörde ist verpflichtet, dem Ersuchen nachzukommen. Dieses Verfahren ist in der Verordnung nur für Verstöße gegen Verbraucherrecht vorgesehen. Die Dienstleistungsrichtlinie setzt aber gedanklich voraus, dass dies generell bei allen Vorschriften so geschieht. Denn sie stellt den Unternehmer im Grundsatz von allen dienstleistungsbezogenen Vorschriften des Marktlandes frei und geht davon aus, dass die Einhaltung der am Sitzland geltenden Vorschriften durch das Sitzland sichergestellt wird⁵⁸. Das ist ohne Strukturen, wie sie in der Verordnung vorgesehen sind, nicht leistbar.

bb) *Durchsetzung des Verbraucherrechts*. Nach Art. 8 I der Verordnung hat die zuständige nationale Zentralstelle des Sitzlandes das Ersuchen umzusetzen. Sie kann dies nach Art. 8 der Verordnung auf dreierlei Weise tun. Sie kann nach Art. 8 II der Verordnung selbst die erforderlichen Schritte einleiten, etwa dem Unternehmen die verbraucherswidrige Geschäftspraktik untersagen. Diese Untersagungsverfügung muss nach Art. 8 II 2 der Verordnung erforderlichenfalls auch zwangsweise durchsetzbar sein. Die Behörde kann nach Art. 8 II 1 der Verordnung gegen den Unternehmer aber auch eine Unterlassungsklage erheben und das angerufene Gericht veranlassen, dem Unternehmen das monierte Verhalten zu untersagen. Schließlich kann die Zentralstelle nach Art. 8 III der Verordnung auch einen Verband anweisen, gegen den Unternehmer vorzugehen und gegen ihn eine Unterlassungsklage anzustrengen. Durch die Verordnung nicht geregelt ist bei dieser Alternative, wer die erforderliche Abmahnung im Vorfeld einer Unterlassungsklage vorzunehmen hat. Deshalb hätte der nationale Gesetzgeber die Wahl, ob er den Verband auch mit der Abmahnung beauftragt oder ob er die Abmahnung durch die Behörde vornehmen lässt, die den Verband mit der Unterlassungsklage beauftragt, wenn sie erfolglos bleibt. Der zuletzt genannte Weg hat in beiden Alternativen den Vorteil, dass er sich in das tradierte Unterlassungsklagensystem einfügt. Dieses System hat aber auch Nachteile, die bei der Entscheidung nicht aus dem Blick geraten dürfen: Unterlassungsklagen und die vorausgehende Abmahnung verursachen bei den Unternehmen Kosten. Diese sind zwar durch Einholung von rechtlicher Beratung in gewissem Umfang vermeidbar. Nicht selten kann man die am Ende wirklich zutreffende Auslegung der Vorschrift im Vorhinein nicht absehen. Das Kostenrisiko ließe sich bei einer Durchsetzung durch Bescheid deutlich reduzieren. Hinzu kommt, dass bei einer Durchsetzung durch Bescheid auch eine Voranfrage an die Behörde möglich würde. Sie würde es dem Unternehmer erlauben, die Bedenken der Behörde abzufragen, bevor er eine Geschäftsbedingung verwendet oder eine Geschäftspraktik einsetzt.

d) *Umsetzungsbedarf in Deutschland*. aa) *Eingriffsbefugnisse*. In Deutschland ist bisher keine Behörde mit Zuständigkeiten und Befugnissen ausgestattet, wie sie die Verordnung verlangt. Zwar könnte eine Behörde einen Verband bitten, bestimmte Unterlassungsklagen zu erheben. Der Verband wäre aber nach geltendem Recht nicht verpflichtet, einer solchen Bitte zu entsprechen, was aber nach Art. 8 III der Verordnung erforderlich ist. Angesichts der knappen Mittel, die den Verbänden für die Führung von Rechtsstreiten zur Verfügung stehen, wird ein Verband dazu nicht ohne weiteres bereit sein. Deshalb kann auch der Gesetzgeber einen Verband zur Prozessführung nur bei Übernahme der Kosten durch den Staat verpflichten. Die Kosten der Prozessführung könnte eine Behörde nur übernehmen, wenn ihre Zuständigkeit dafür gesetzlich bestimmt ist. Denn Haushaltsmittel können ihr nicht ohne eine entsprechende Aufgabenzuweisung zugewiesen werden. Daran fehlt es bislang. Die Möglichkeit, einem Unternehmer Bedingungen oder Geschäft-

54 Neben Deutschland vor allem Österreich, Niederlande und die skandinavischen Länder.

55 Vorschlag der EG-Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rats über Dienstleistungen im Binnenmarkt vom 25. 2. 2004, KOM (2004) 2 endg., Text veröff. auch in ABIEG Nr. C 221, S. 113.

56 *Schlichting/Spelten*, EuZW 2005, 238 (239); *Wiesner/Wiedmann*, ZIP 2005, 1210 (1215).

57 Dazu allg. *J. Schmidt-Räntsch*, in: Festschr. f. Wenzel, 2005, S. 409 (415 f.).

58 *Wiesner/Wiedmann*, ZIP 2005, 1210 (1215).

spraktiken zu untersagen, besteht bislang nur, wenn sie die Eignung des Unternehmers nach allgemeinem oder besonderem, vor allem Finanzgewerberecht in Frage stellt. Das ist aber bei Verstößen gegen das Verbraucherrecht regelmäßig nicht der Fall. Der Weg einer Durchsetzung durch Bescheid wäre deshalb nur gangbar, wenn durch Gesetz entsprechende Eingriffsbefugnisse geschaffen würden.

bb) *Bestimmung der zuständigen Stelle.* Soll die Umsetzung mit dem Instrument der Untersagungsverfügung erfolgen, an das die Verordnung in erster Linie denkt, muss die zuständige Stelle bestimmt werden. Das kann eine bestehende oder eine neu einzurichtende Stelle sein. Mit vergleichbaren zivilrechtlichen Fragen ist auf Bundesebene bislang nur der Generalbundesanwalt⁵⁹ befasst. Das Bundesverwaltungsamt führt zwar die Liste qualifizierter Einrichtungen⁶⁰, was aber mit der Entscheidung über einen Verbraucherrechtsverstoß nicht zur Vergleichung ist. Es läge deshalb nahe, diese neue Aufgabe mit den bestehenden zivilrechtlichen Aufgaben zusammenzufassen und einer Behörde im Geschäftsbereich des Bundesministeriums der Justiz zu übertragen. Jedenfalls müsste auch über den Rechtsweg entschieden werden. Grundsätzlich wäre nämlich nach § 40 I VwGO der Verwaltungsweg gegeben, der gelegentlich auch für in der Sache zivilrechtliche Fragen gewählt wurde⁶¹. Hier würde die Wahl des Verwaltungsrechtswegs aber gerade zu typischerweise zu zahlreichen Überschneidungen mit der ordentlichen Gerichtsbarkeit führen. Das ist nicht zweckmäßig. Es erscheint deshalb sachgerecht, ähnlich wie in vergleichbaren Fällen⁶², die Entscheidung über Unterlassungsverfügungen nach § 40 II VwGO der ordentlichen Gerichtsbarkeit zuzuweisen. Auch wenn man sich für eine Umsetzung durch eine Unterlassungsklage im Auftrag einer Behörde entscheidet, muss die Behörde bestimmt werden, die sich dieser Aufgaben anzunehmen hat. Sie müsste entweder den Verstoß in der Sache prüfen und abmahnen oder zumindest prüfen, ob dem Verband ein Auftrag erteilt werden soll. Diese Entscheidung hat größere Bedeutung, als es auf den ersten Blick scheint. Denn der behördliche Auftrag und die zwangsläufige Kostenerstattung durch den Staat verschafft dem Verband eine starke Stellung. Es kommt deshalb entscheidend darauf an, dass die damit beauftragte Behörde das im Zivilrecht gebotene Augenmaß wahrt. Das spricht für die Wahl einer Justizbehörde des Bundes.

cc) *Nutzung für Zivilverfahren.* Zu einer Untersagungsverfügung oder einer Unterlassungsklage im Auftrag der Behörde wird es voraussichtlich vor allem dann kommen, wenn viele Verbraucher betroffen sind. Das ist eine für das Entstehen von Massenklageverfahren typische Situation. Hier steht der Unternehmer vor dem Risiko, dass an ihm im Verfahren über die Untersagungsverfügung oder den Unterlassungsantrag der Behörde andere Anforderungen gestellt werden als in den Klagen der Verbraucher. Es bedarf deshalb einer Vorschrift, die beides koordiniert, um den Unternehmer nicht zu überfordern. Eine solche Koordinierung leistet bei Unterlassungsklagen nach § 1 UKlaG wegen Allgemeiner Geschäftsbedingungen, die den Anforderungen der §§ 307 ff. BGB nicht genügen, § 11 UKlaG. Danach kann sich der Vertragspartner des Verwenders auf die Entscheidung berufen, mit welcher dem Unternehmer die Verwendung bestimmter AGB untersagt wurde. Entsprechendes müsste für bestandskräftige Untersagungsbescheide der Behörde gelten. Für Unterlassungsklagen nach § 2 UKlaG, § 13 UWG fehlt es bislang an einer solchen Koordinierung. Sie müsste vorgesehen werden. Eine solche Umsetzung der Vorschrift kann ganz entscheidend zu einer Verringerung von Folgeprozessen beitragen.

IV. Nutzung des Musterentscheidungsverfahrens für andere Fälle

1. Vorbemerkung

Der Gesetzgeber selbst ist davon ausgegangen, dass sich das Musterverfahren nach dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz für eine Übernahme auch in anderen Bereichen eignet. Dem ist im Grundsatz beizupflichten, auch wenn sich das Musterverfahren nicht zur Lösung aller Massenklageverfahren eignet. Eine Erstreckung wird aber nicht ohne Änderungen möglich sein.

2. Änderungsbedarf

a) *Vorlage- und Aussetzungszwang.* Die Bekanntmachung eines Musterfeststellungsantrags im Klageregister führt nach § 3 KapMuG zu einer Unterbrechung des Verfahrens. Erfolgt die Vorlage, ist das OLG an die Vorlage gebunden und muss den Vorlagebeschluss im Klageregister öffentlich bekannt machen. Diese Bekanntmachung führt nach § 7 I KapMuG dazu, dass alle anhängigen und bis zum Erlass des Musterentscheidungs noch anhängig werdenden Verfahren auszusetzen sind. Bis zum Abschluss des Musterverfahrens können die anderen Rechtsstreite nicht gefördert werden. Das ist gerechtfertigt, wenn der Prozessstoff so weit aufbereitet und vorgeklärt ist, dass es nur noch auf die mit dem Musterfeststellungsantrag gestellten Fragen ankommt. Zurückgewiesen werden kann ein solcher Antrag aber nach § 1 II 1 Nrn. 1 und 5 KapMuG nur, wenn der Rechtsstreit entscheidungsreif oder eine ausschließlich gestellte Frage nicht klärungsbedürftig ist. In einem typischen so genannten Schrottimmobiliengang versuchen sich die Kläger unter Geltendmachung aller möglichen Gesichtspunkte von ihren Verpflichtungen aus den Kaufverträgen zu lösen⁶³. Sie machen also nebeneinander etwa geltend, dass eine Haustürsituation vorgelegen habe, der Verkehrswert völlig übersetzt gewesen sei, Beratungsfehler vorlägen, jedenfalls aber vertragliche Hinweispflichten verletzt worden seien. Typischerweise werden die diesen rechtlichen Argumenten zu Grunde liegenden Tatsachen von der Gegenseite bestritten werden. Wird der Musterfeststellungsantrag gleich zu Anfang des Rechtsstreits gestellt, wird man ihn nicht nach § 1 II KapMuG oder deshalb zurückweisen können, weil die Entscheidung des Rechtsstreits nicht von der Entscheidung über das Vorliegen einzelner Anspruchsvoraussetzungen oder einzelner Rechts- oder Tatfragen abhängt. Denn die Beantwortung dieser Frage wiederum hängt von den Ergebnissen der Sachaufklärung des Gerichts ab. Dieses entscheidet gewöhnlich nach seinem Ermessen, an welcher Stelle es mit seiner Prüfung ansetzt. Dies können die Parteien durch einen Musterfeststellungsantrag beeinflussen. Solange es auf die gestellten Fragen ankommen kann, kann das Gericht den Antrag nicht zurückweisen. Es muss den Antrag im Klageregister bekannt machen und das Verfahren aussetzen. Das kann dazu führen, dass in einem Musterverfahren ähnlich wie in dem Fall Heininger⁶⁴, letztlich Fragen geklärt werden, auf die es in dem individuellen Rechtsstreit nicht ankommt. Das gilt vor allem für die Verfahren, die als Folge einer Vorlage nach § 7 KapMuG auszusetzen sind, aber auch für das Ausgangsverfahren. Die Bedingungen, unter denen der Richter des Ausgangsverfahrens den Musterfeststellungsantrag veröffentlichen muss, sollten klargestellt werden. Der Richter sollte jedenfalls die Möglichkeit haben,

59 § 2 II AuslandsunterhaltsG.

60 § 4 I UKlaG.

61 Art. 233 § 2 b III EGBGB.

62 Vgl. § 18 I BodensonderungsG.

63 Dazu Schmidt-Räntsch, MDR 2005, 6.

64 Dazu Schmidt-Räntsch, MDR 2005, 6 (10).

den Antrag zurückzustellen, etwa um zu prüfen, ob schon ein Beratungsfehler durch die Vernehmung von Zeugen nachweisbar ist, der die Klärung schwieriger Fragen zum Verbraucherrecht im Wege des Musterverfahrens entbehrlich macht. Auch sollten andere Verfahren, in denen sich die gleichen Fragen stellen, nicht, wie bislang in § 7 I KapMuG vorgesehen, zwingend ausgesetzt werden. Auch hier sollten die Gerichte zunächst prüfen können, ob sich der Fall auch unabhängig von den aufgeworfenen Fragen klären lässt. Ist das nicht der Fall, muss das Ergebnis des Musterverfahrens abgewartet werden.

b) *Transparenzproblem.* Kernelement des Musterverfahrens nach dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz ist die Bekanntmachung des Musterfeststellungsantrags, des Vorlagebeschlusses und des Musterentscheids im elektronischen Bundesanzeiger. Nur diese Bekanntmachung erlaubt die Feststellung des Quorums von zehn Anträgen, § 4 I 1 Nr. 2 KapMuG. Vor allem lässt sich nur durch diese Bekanntmachung feststellen, welche Verfahren nach § 7 I 1 KapMuG auszusetzen und welche Verfahren von der Bindungswirkung des Musterentscheids nach § 16 KapMuG erfasst sind. Fraglich ist allerdings, ob die notwendige Transparenz bei einer Ausweitung des Verfahrens noch sicherzustellen ist. Die Transparenz wird nämlich nicht allein durch die Bekanntmachung, sondern erst dadurch hergestellt, dass die Gerichte diese Bekanntmachungen auch prüfen. Das ist derzeit zu leisten. Die Zuständigkeit für Musterverfahren nach dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz ist bei dem Gericht am Sitz des Emittenten konzentriert, § 32 b ZPO. Die Kapitalanlegerverfahren fallen als musterverfahrensfähige Sachen sofort auf. Schließlich lässt die derzeit noch geringe Zahl der Verfahren eine Durchsicht des Registers auf identische Fragestellungen zu. Bei einer Ausweitung des Verfahrens kann das rasch umschlagen. Man kann die Zuständigkeit zudem nur in begrenztem Umfang konzentrieren. Wenn auch ihrer Art nach „unauffällige“ Verfahren einbezogen werden, ist nicht gewährleistet, dass das Vorhandensein von Musterfeststellungsanträgen als Möglichkeit gesehen wird. Selbst wenn das der Fall ist, müssen die Gerichte auch in der Lage sein, das Register mit vertretbarem Aufwand auf das Vorhandensein entsprechender Anträge durchzusehen. Ob das noch zu leisten ist, wenn das Register stark genutzt wird, ist zweifelhaft. Schon die Durchsicht des Registers nach Bekanntmachung der zu erwartenden Musterfeststellungsanträge in den Verfahren gegen die Deutsche Telekom vor

dem *LG Frankfurt a. M.* wird auch unter Berücksichtigung der Löschungspflicht nach § 4 II 1 KlageregisterVO (Klag-RegV)⁶⁵ einen erheblichen Aufwand bereiten und nicht mehr als Prüfroutine möglich sein. Deshalb lässt eine Ausweitung befürchten, dass die Aussetzungspflicht und die Bindungswirkung übersehen werden. Das lässt sich kaum vermeiden, es aber geraten erscheinen, die Aussetzungspflicht und die Bindungswirkung zu lockern.

c) *Gestaltungsproblem.* Das Feststellungsziel bestimmt allein der Antragsteller, § 1 I KapMuG. Das OLG kann die Fragestellung gar nicht beeinflussen, das Prozessgericht nur Erweiterungen verhindern, § 13 I KapMuG. Das ist nicht zweckmäßig. Die Partei stellt die Fragen so, wie sie es in ihrer Verfahrenssituation für richtig hält. Das Musterverfahren hat demgegenüber aber den Zweck, die sich objektiv stellenden Fragen zügig und mit Geltung für möglichst viele gleichartige Verfahren einer Klärung zuzuführen. Der dazu erforderliche Aufwand rechtfertigt sich am ehesten dann, wenn ein möglichst breiter Klärungseffekt eintritt. Der lässt sich aber nur erreichen, wenn das Gericht die Fragestellung ergänzen und verändern darf.

d) *Zuständigkeit.* Das Musterverfahren nach dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz kann nur in erster Instanz beantragt werden. Das nimmt dem Verfahren jedenfalls bei einer Ausweitung einen Teil seiner Wirkung. Denn oft stellt sich erst im Berufungsrechtszug heraus, dass der einzelne Rechtsstreit Fragen aufwirft, die sich auch in einer Vielzahl anderer Rechtsstreite stellen. Das gilt vor allem dann, wenn weniger signalträchtige Verfahren einbezogen werden. Deshalb sollte ein Musterverfahren auch im Berufungsrechtszug möglich sein.

V. Fazit

Das Gesetz soll und kann – mit Änderungen – ein wichtiger Beitrag zur Bewältigung auch von anderen Massenverfahren sein. Es soll und kann aber nicht ein Instrument sein, mit dem sich alle praktischen Fragen von Massenverfahren adäquat lösen lassen. Der Gesetzgeber wird deshalb gut beraten sein, über dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz die Möglichkeiten zur Bewältigung von Massenverfahren, die das geltende Recht und seine Fortentwicklung bieten, nicht zu vernachlässigen und dem Richter eine breitere Palette von Instrumenten zur flexiblen individuell-adäquaten Lösung von Massenverfahren an die Hand zu geben und eine starre Fixierung auf ein Lösungsmodell zu vermeiden. ■

⁶⁵ KlageregisterVO v. 26. 10. 2005, BGBl I, 3092.

Rechtsanwalt beim BGH Dr. Volkert Vorwerk, Karlsruhe

Interessenbündelung auch außerhalb von Sondergesetzen? – Eine Frage an den Gesetzgeber*

Der Konzeption des Kapitalanleger-Musterverfahrens liegt die Erkenntnis zu Grunde, dass das den Anspruch auslösende Ereignis eine Vielzahl möglicher Anspruchsteller trifft. Dieses Phänomen kennt man nicht nur aus dem Bereich des Kapitalmarkts. Jenes Phänomen kann man in allen Bereichen des Rechtslebens beobachten. Die Stichworte

- Contergan¹,
- Eschede²,

- Flugzeug-Zusammenstoß zwischen einer Passagiermaschine und einer Frachtmaschine nördlich des Bodensees³,
- Formaldehyd in Spanplatten⁴,
- PCP- und Lindanhaltige Holzschutzmittel⁵

² Vgl. dazu den Ausschnitt aus der Frankenpost vom 5. 6. 1998 (www.nofallseelsorge.de/eschtag2.htm).

³ Näher dazu die Homepage des Umwelt- und Prognoseinstituts (www.upi-institut.de/Flugzeugunglueck.htm).

⁴ Vgl. den Bericht des Ausschusses für Bildung, Forschung und Technikfolgenabschätzung (19. Ausschuss, Dr 14/2949) sowie Leserbrief Nr. 4 des Zeitschriftenarchivs zur Umweltmedizin (www.umwelt-mezizin.de/content/facharzt.otx).

⁵ Vgl. etwa die Nachw. bei www.free.de und insbesondere bei der Interessengemeinschaft der Holzschutzmittel-Geschädigten e. V. (www.ihg-ev.de).

* Der Autor ist Sozius der Kanzlei *Vorwerk & Schultz Rechtsanwälte beim BGH* in Karlsruhe. – Die Vortragsform des Beitrages anlässlich des Symposiums ist weitgehend beibehalten.

¹ Vgl. etwa die Darstellung der Föderation Conterganbehinderter und deren Freunde e. V. (www.mynetcologne.de).

rufen in uns sofort Erinnerungen an Ereignisse wach, von denen eine Vielzahl von Menschen betroffen waren, die im Anschluss an diese Ereignisse Schadensersatzansprüche durchzusetzen suchten.

I. Streuschäden⁶ – Sachverhaltsaufklärung und Schadensermittlung

Im Bereich der Eisenbahn- und Flugzeugunfälle übernehmen das Eisenbahnbundesamt⁷ und das Luftfahrtbundesamt⁸ die Aufgabe, die Ursachen der Unglücke herauszufinden. Die Untersuchungsergebnisse stehen den Betroffenen zur Verfügung. Die Bahn und auch die Luftfahrtunternehmen erkennen die auf Grund der amtlichen Untersuchung herausgefundenen Unfallursachen in der Regel an, da sie an den Untersuchungen regelmäßig beteiligt werden. Die Schadensabwicklung erfolgt bei der Bahn auf der Grundlage genauer Vorgaben des Haftpflichtgesetzes⁹, im Bereich der Luftfahrt auf der Grundlage des Montrealer Abkommens¹⁰, das ebenfalls konkrete Regeln für die Schadensabwicklung aufstellt.

Gibt es, wie im Bereich der Flug- und Eisenbahnunfälle, keine spezielle Untersuchungsbehörde, wartet der vom Streuschaden Betroffene in der Regel die Untersuchungsergebnisse der Staatsanwaltschaft ab. So war die Ermittlungsarbeit der Staatsanwaltschaft die große Hoffnung der Contergan-Geschädigten¹¹, der von Formaldehyd in Spanplatten und auch der von giftigen Holzschutzmitteln¹² betroffenen Opfer. Das Ergebnis solcher Ermittlungsarbeit ist leidlich bekannt: Ist das Ereignis, das die Streuschäden verursacht hat, komplex, lässt sich das Ausmaß der strafrechtlichen Schuld des einzelnen Verantwortlichen selten mit der für das Strafrecht nötigen Sicherheit feststellen, so dass es häufig zur Einstellung des Strafverfahrens¹³ kommt. Die Einstellung des Verfahrens wird, gibt der Sachverhalt dafür etwas her, in der Regel jedoch nur gewährt, wenn Kompensationsleistungen an die Opfer des den Streuschaden hervorrufenden Ereignisses angeboten und schließlich auch erbracht werden.

Nach den ersten Massenunfällen auf der Autobahn, zumeist hervorgerufen durch zu schnelle Fahrweise im Nebel, hat sich bei den Kfz-Versicherern schnell die Erkenntnis durchgesetzt, dass es unnötig Ressourcen verschlingt, wenn im Einzelnen ausgefochten wird, wer mit welchem Anteil für die durch den Massenunfall entstandenen Streuschäden zu haften hat. Man hat vielmehr eine praktikable Abwicklung der Ansprüche der Unfallbeteiligten geschaffen¹⁴. Unzulässige Allgemeine Geschäftsbedingungen verursachen ebenfalls häufig Streuschäden, zu denken ist etwa an unzulässige „Kontoführungsgebühren“¹⁵. Hier kommen über das Unterlassungsklagengesetz die Verbraucherverbände zum Zuge¹⁶. Die Verwendung der unzulässigen Geschäftsbedingung unterbleibt – so zumindest die Zielvorstellung – über diesen vom Gesetzgeber zur Verfügung gestellten Weg jedenfalls für die Zukunft. Für die Vergangenheit bietet § 3 Nr. 8 RBERG Verbraucherverbänden die Möglichkeit, die etwa durch Geschäftsbedingungen unzulässig eingeforderten Entgelte nach Art einer Sammelklage zurückzufordern¹⁷ und an die Betroffenen auszukehren.

II. Behandlung von Streuschäden in der aktuellen Praxis

1. Weitere Problemlagen

Streuschäden gibt es aber auch noch in anderen Bereichen unseres Rechtslebens.

a) Der BGH befasst sich derzeit mit der Klage des Grenzschutzbeamten¹⁸ M gegen eine Tochtergesellschaft der Deut-

schen Bahn¹⁹. Am 3. 9. 2002 ereignete sich gegen 20.43 Uhr im Bereich des Bahnhofs Bad Münder ein Eisenbahnunfall. Bei dem Unfall kollidierten zwei Güterzüge; es explodierte ein Kesselwagen, der die krebserzeugende Chemikalie Epichlorhydrin (ECH) geladen hatte. M ist – wie 240 weitere Einsatzkräfte, Polizei und Feuerwehr sowie Grenzschutzbeamte auch – zum Einsatzort gerufen worden. Nach dem Einsatz haben jene Einsatzkräfte über Kopfschmerzen, Schwindelgefühl, Reizung der Atmungsorgane, Angstzustände sowie Schlaflosigkeit geklagt. Mit der Klage macht M nunmehr Schmerzensgeld- und verbleibende materielle Schadensersatzansprüche gegen die Tochtergesellschaft der Bahn geltend. Gestritten wird darüber, ob M auf Grund der Folgen des Einsatzes am Unfallort die geltend gemachten Schadensersatzansprüche zustehen. Das OLG Celle hat die Klage abgewiesen. Entscheidet der BGH über die zu klärenden Fragen positiv, muss man „hoffen“, dass die Tochtergesellschaft der Bahn das Urteil auch für die übrigen 240 Fälle

- 6 Unter so genannten Streuschäden versteht man im Allgemeinen die Fallkonstellation, in der durch wettbewerbswidriges Verhalten eine Vielzahl von Abnehmern bzw. Verbrauchern geschädigt wird, die Schadenshöhe des Einzelnen jedoch gering ist (so *Goldmann*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, § 10 UWG Rdnr. 6); der Begriff des Streuschadens wird hier jedoch umfassender verstanden; unter Streuschäden sind hier entsprechende Schäden unabhängig von der dem Einzelnen entstandenen Schadenshöhe gemeint.
- 7 Dem Eisenbahn-Bundesamt obliegt die fachliche Aufsicht von Störungen im Eisenbahnbetrieb, insbesondere die Aufklärung von Eisenbahnbetriebsunfällen, § 3 BundeseisenbahnverkehrsverwaltungsG i. V. mit § 23 IVAEG.
- 8 Unfälle und Störungen, an denen zivile und militärische Luftfahrzeuge beteiligt sind, werden federführend von der zivilen Bundesstelle für Flugunfalluntersuchung untersucht, § 1 II 1 Gesetz über die Untersuchung von Unfällen bei dem Betrieb ziviler Luftfahrzeuge und zur entsprechenden Anpassung anderer Vorschriften.
- 9 Der Schadenersatz umfasst die Kosten der Heilung sowie den Ersatz von Vermögensnachteilen wegen einer Erwerbsminderung. Die Verpflichtung eine entsprechenden Haftpflichtversicherung abzuschließen, insbesondere die Deckungssumme, regelt die Verordnung über die Haftpflichtversicherung der Eisenbahn (BGBl I, 2101, 1995; geändert durch BGBl I, 2270).
- 10 Nach diesem Abkommen hat der Luftfrachtführer den Schaden zu ersetzen, der dadurch entsteht, dass ein Reisender an Bord bzw. bei Ein- und Ausstieg verletzt oder getötet wurde, Art. 17 I des Montrealer Abkommens, s. dazu EG-Verordnung Nr. 889/2002, die unter (3) regelt, dass das Warschauer Abkommen von 1929 (RGBl II, 1039) – soweit einschlägig – daneben für unbestimmte Zeit weiterbesteht.
- 11 Zum Hauptverfahren vor der *StrK* des *LG Aachen*, das am 18. 1. 1968 eröffnet wurde vgl. die Darstellung unter www.k-faktor.com/contergan.
- 12 Am 1. 6. 1992 wurde das Hauptverfahren vor der *Umweltkammer* des *LG Frankfurt a. M.* eröffnet (zum ganzen Komplex www.hennek-homepage.de/Selbsthilfeinitiative).
- 13 Z. B. Holzschutzmittelprozess 6. 11. 1996: Der Prozess wird gegen Auflagen und wegen Verhandlungsunfähigkeit (Herzkrankung) des einen Geschäftsführers der Fa. DESOWAG (71 Jahre) eingestellt: Die Geschäftsführer der Fa. DESOWAG zahlen je 100 000 DM an die Staatskasse, die Geschäftsführer der Fa. DESOWAG tragen die Kosten der Anwalts honorare und die Kosten der 26 Nebenkläger, die Nachfolgeunternehmer von DESOWAG, Bayer AG und Solvay Deutschland, verpflichteten sich unwiderruflich, einen Betrag von 4 Mio. DM für die Einrichtung eines Lehrstuhls für Toxikologie in Innenräumen an der Universität Gießen zu zahlen.
- 14 Für Massenunfälle (Mindestanzahl der verunfallten Fahrzeuge ab 50, von 20 bis 49 beim Vorliegen besonderer Verhältnisse) hat der HUK-Verband eine Sonderregelung eingeführt, die eingehend in den Sonder-rundschreiben K 31/76 und K 99/77 des HUK-Verbandes dargestellt ist. Zum Regulierungssystem vgl. z. B. *Becker/Böhme/Biela*, Kraftverkehrs-Haftpflichtschäden, 22. Aufl. (2002), S. 110.
- 15 Unzulässige Entgeltklauseln: *BGH*, NJW 1998, 456 L = LM H. 3/1998 § 9 (Be) AGBG Nr. 10 (Lastschriftrückgabe); NJW 1997, 2753 (Änderung von Freistellungsaufträgen).
- 16 §§ 1, 3, 4 UKlaG sehen vor, dass qualifizierte Einrichtungen auf Unterlassung bzw. Widerruf gegenüber Verwendern unwirksamer AGB oder diejenigen, die die Verwendung empfehlen klagen können.
- 17 RBERG i. d. F. vom 13. 12. 1935 (RGBl I, 1478), neugef. durch Art. 5 II SchuldrechtsmodernisierungG v. 26. 11. 2001 (BGBl I, 3138).
- 18 Der Bundesgrenzschutz fungiert als Bahnpolizei, § 3 BGSG.
- 19 11 O 145/04 LG Hannover = 9 U 242/04 OLG Celle = VI ZR 108/05 BGH.

akzeptiert. Wird die Klage abgewiesen, muss man „hoffen“, dass die übrigen Einsatzkräfte die Gründe der Entscheidung im Verfahren ihres Kollegen *M* auch für sich benehmen.

Die 240 übrigen Einsatzkräfte werden von ein und demselben Anwalt vertreten, der auch *M* vertritt. Jener Anwalt wird seinen übrigen 240 Mandanten entweder erläutern, dass in dem als Musterverfahren betriebenen Verfahren des *M* alles vorgetragen und getan worden ist, was möglich gewesen sei. Oder aber: Er wird argumentieren, man habe noch neue, bisher nicht vorgebrachte Argumente im Köcher. Allein davon und der Frage, wie sich die übrigen Verfahren finanzieren lassen, wird abhängen, ob sich die Justiz mit weiteren 240 Verfahren beschäftigen wird.

b) Der als so genannte Verbraucheranwalt fungierende Anwalt *F* hatte in einem Verfahren, das Streuschäden betraf, in drei zeitgleich zum *BGH* gelangten, tatsächlich und rechtlich gleich gelagerten Fällen drei am *BGH* zugelassene Anwälte beauftragt; jeder der drei Anwälte sollte einen der drei Fälle betreuen; das Ergebnis ihrer Überlegungen sollte in einer Besprechung zusammengetragen werden: Zwei der am *BGH* zugelassenen Anwälte zeigten zwei jeweils unabhängige, in den Vorinstanzen noch nicht erörterte rechtliche Lösungswege auf. Der Verbraucheranwalt *F* bat dringlich darum, nur einen der neuen Lösungswege in die Revisionsinstanz einzubringen. Zur Begründung führte er an, er habe noch weitere neue Mandanten geworben, die ebenfalls von den Streuschäden betroffen seien; jenen Mandanten müsse er Hoffnung machen können. Verwerfe der *BGH* in dem anhängigen Revisionsverfahren beide neuen Lösungswege, könne er den Rechtsschutzversicherern und den Mandanten nicht mehr „verkaufen“, warum man erneut mit weiteren Verfahren zum *BGH* „marschieren“ müsse.

Der Bitte des Verbraucheranwalts *F* hat sich keiner der am *BGH* zugelassenen Anwälte gebeugt. Der Erkenntnis, dass hinter der Durchsetzung der Ansprüche in Fällen von Streuschäden massiv finanzielle anwaltliche Interessen stehen, kann man sich jedoch nicht verschließen. Verbraucht die Durchsetzung dieser Interessen unnötig Ressourcen der Justiz, muss eine Verfahrensordnung geschaffen werden, die dem entgegenwirkt. Die Verkürzung des Rechtswegs auf eine Tatsacheninstanz²⁰ wäre die falsche Reaktion; jene Rechtsverkürzung trifft stets „die Falschen“.

c) In den 80er-Jahren war der so genannte Grohnde-Prozess zunächst vor dem *LG Hannover*²¹, dann dem *OLG Celle*²² und schließlich vor dem *BGH*²³ anhängig. In jenem Verfahren nahm das Land Niedersachsen eine Vielzahl von Demonstranten, die in Grohnde gegen den Bau des Kernkraftwerks demonstriert hatten, auf Schadensersatz in Anspruch. Das Land Niedersachsen war durch einen Anwalt, die Demonstranten waren im Verfahren vor dem Tatrichter ebenfalls alle durch einen einzigen Anwalt vertreten; im Streit war vornehmlich, in welchem Umfang die Demonstranten für den Gesamtschaden haften.

d) In den 80er-Jahren war es beliebt, über die Beteiligung an Publikumsgesellschaften Steuern zu sparen. Die Gesellschaft, von der hier die Rede ist²⁴, wurde liquidiert; der Liquidator forderte von rund 50 Kommanditisten die restliche Kommanditeinlage ein. Alle Klagen waren am Sitz des Liquidators, also am Sitz der Gesellschaft, anhängig und wurden nach und nach vor ein- und demselben Spruchkörper – und zwar sowohl in der ersten wie auch der zweiten Instanz – verhandelt.

e) Beim *BGH* war vor kurzem der Rechtsstreit von rund 130 Wohnungseigentümern, die sich mit einem Bauträger über

Schadensersatzansprüche stritten, anhängig. Ein weiteres Verfahren betraf den Rechtsstreit von 154 Wohnungseigentümern gegen ihre ehemaligen Anwälte, in dem ebenfalls Schadensersatz eingeklagt wurde.

2. Zivilprozessuale Bewältigung dieser Problemlagen

Keines der beschriebenen Verfahren bereitete in der Handhabung des Verfahrens vor dem Zivilgericht trotz der Vielzahl der Parteien Probleme.

Wenn die Anspruchsteller im Wege der Klagenhäufung als Streitgenossen vor ein und demselben Spruchkörper ihren Anspruch durchzusetzen versuchen und zum Anspruchsgrund identisch vortragen, ist für das Verfahren selbst die Zahl der Anspruchsteller ohne Bedeutung. Es kann ein Grundurteil ergehen, das im Rechtsmittelverfahren überprüft wird. Zur Höhe lässt sich der Streitstoff nach Rechtskraft des Grundurteils gegebenenfalls durch Teilurteile weiter abschichten. Die Abwicklung dieser Verfahren über eine Muster-Verfahrensordnung bedeutet, mit Ausnahme eines verkürzten Rechtswegs und der damit verbundenen Beschleunigung, keine vereinfachte Rechtsfindung.

Die Abwicklung der Verfahren in der Sache der zu liquidierenden Publikumsgesellschaft erwies sich deshalb als problemlos, weil einige der parallellaufenden Verfahren zur Durchführung der Beweisaufnahme verbunden werden können und im Anschluss daran, acht oder zehn Verfahren mit den acht oder zehn Anwälten der jeweiligen Beklagten in einer zeitgleich angesetzten mündlichen Verhandlung verhandelt werden konnten. In den nachfolgenden Verfahren der übrigen in Anspruch genommenen Kommanditisten wurde das in den vorausgegangenen Verfahren erstattete Sachverständigengutachten im Wege des Urkundenbeweises eingeführt²⁵. Soweit die Beklagten, über deren Verfahren nunmehr zu verhandeln war, Einwendungen gegen den Inhalt des Gutachtens erhoben, wurde der Sachverständige zur Erläuterung des zuvor als Urkunde eingeführten Gutachtens angehört. Zeugenbeweis ließ sich in den nachfolgenden Verfahren auf demselben Weg in die Verfahren einführen²⁶. Versuchte in einem der nachfolgenden Verfahren einer der Beklagten die Glaubwürdigkeit der in den zuvor verhandelten Verfahren vernommenen Zeugen in Zweifel zu ziehen, verstummten diese Zweifel zumeist, wenn der Vorsitzende die durchaus ernst gemeinte Frage stellte, ob man denn wirklich glaube, dass der *Senat* den zuvor vernommenen Zeugen nach erneuter Vernehmung nicht mehr für glaubwürdig erachten werde.

Die Arbeitsweise der Anwälte hat sich inzwischen jedoch geändert. Wird einem Anwalt die Vertretung in einer Sache angetragen, die einen Streuschaden vermuten lässt, ist es inzwischen fast üblich, zunächst eine Pressemitteilung herauszugeben und über das Internet auf diesen Streuschaden hinzuweisen. Die auf eigener Einschätzung vermutete eigene Sachkunde zur Durchsetzung möglicher in diesem Zusammenhang bestehender Ansprüche wird hervorgehoben. Sind

20 Vgl. aktuell die Stellungnahme (Nr. 50/2005) des DAV zur Frage der Einführung der erstinstanzlichen Zuständigkeit des *OLG* in besonderen Zivilrechtsstreitigkeiten (www.anwaltverein.de)

21 *LG Hannover*, Urt. v. 10. 7. 1980 – 2010/79.

22 *OLG Celle*, NdsRpfl 1982, 39.

23 *BGHZ* 89, 383 = *NJW* 1984, 1226.

24 Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang der Liquidator rückständige Kommanditeinlagen zu dem Zweck einfordern kann, den endgültigen Ausgleich unter den Gesellschaftern herbeizuführen, vgl. *BGH*, *NJW* 1984, 435.

25 Zur Zulässigkeit dieser Verfahrensweise vgl. *BGH*, *NJW* 1987, 2300.

26 Zur Zulässigkeit dieser Verfahrensweise vgl. *BGH*, *NJW* 2000, 1420 (1421).

über diesen Weg ausreichend Mandanten angeworben, wird die Finanzierung der Prozesse strategisch geplant²⁷. Ansprüche von Mandanten, die eine Rechtsschutzversicherung vorgehalten, werden in jeweils einzelnen Verfahren verfolgt, auch wenn in diesen Verfahren häufig – bis auf den Vortrag zur Höhe – identisch vorgetragen wird. Ansprüche von Mandanten, die über keine Rechtsschutzversicherung verfügen und von denen auf Grund ihrer Finanzkraft anzunehmen ist, dass sie den Rechtsmittelzug finanziell nicht durchstehen, werden gepoolt. Für einzelne Mandantengruppen wird mit rechtlich unterschiedlicher Argumentation vorgetragen in der Hoffnung, dass zumindest eine der unterschiedlichen rechtlichen Strategien greift. Tritt dieser Fall ein, wird das aus dem Verfahren erzielte Ergebnis in den Pool eingeworfen und an die Pool-Mitglieder nach einem zuvor vereinbarten Schlüssel verteilt.

Teil der Strategie ist dabei ferner, den geeigneten Gerichtsstand zu finden, bei dem der Anspruch durchzusetzen ist. Stehen Wahlgerichtsstände bereit oder haften Gesamtschuldner, die unter verschiedenen Gerichtsständen verklagt werden können, beginnt das so genannte forum shopping; man „probiert“ und macht die Ansprüche der bewusst zurückgehaltenen Mandate dann dort rechtshängig, wo die Rechtsprechung des übergeordneten OLG den Erfolg verspricht.

Wenn man die zahlreichen Prozesse, die sich um so genannte Schrottimmobiliien²⁸ ranken, verfolgt, wird man dort genau diese Strategie wiederfinden. Jene Strategie steht, sofern die Interessen der Mandanten bei Verfolgung dieser Strategie nicht beeinträchtigt werden, im Einklang mit der geltenden Rechtsordnung. Die Auswirkungen dieser Variante der Prozessführung für die Rechtspflege werden jedoch weitgehend unterschätzt.

Beim BGH waren und sind rund 100 Verfahren anhängig²⁹, die die Durchsetzung von Ansprüchen im Zusammenhang mit so genannten Schrottimmobiliien betreffen. Rund 40 Verfahren wenden sich gegen eine süddeutsche Bausparkasse; etwa 60 Verfahren laufen gegen eine süddeutsche Bank. Alle Verfahren ranken sich um identische Rechtsfragen; ob in den Verfahren auch teilweise noch andere Fragen zu klären sind, ist für die Frage der Interessenbündelung nicht wichtig. Fondsbeteiligungen beschäftigen den II. Senat des BGH ebenfalls in zahlreichen Verfahren³⁰. Im Internet³¹ waren 24 veröffentlichte Urteile zu finden, die sich mit demselben Problembereich beschäftigen. Zehn Verfahren hat der BGH mit Leitsätzen versehen, die teils allerdings auf die Grundlageneinstimmungen verweisen. Die übrigen 17 Entscheidungen waren keinen Leitsatz wert.

§ 661 a BGB verpflichtet einen Unternehmer, der eine Gewinnzusage macht oder durch die Gestaltung einer Zusendung den Eindruck erweckt, dass der Verbraucher einen Preis gewonnen hat, dem Verbraucher diesen Preis zu leisten. Das OLG Düsseldorf hatte in rund 130 Verfahren darüber zu entscheiden, ob als Versender der Gewinnzusage auch derjenige in Betracht kommt, der die Gewinnzusage unter falschem Namen erteilt. In sämtlichen rund 130 Verfahren hat das OLG Düsseldorf die Revision zugelassen; sämtliche Verfahren sind beim BGH anhängig geworden³², letztendlich ist dann jedoch nur eines entschieden worden³³, allerdings nicht weil die übrigen Kläger „ein Einsehen hatten“, sondern allein deshalb, weil der Beklagte während des Revisionsverfahrens insolvent geworden ist.

Die Praxis zeigt demnach deutlich, dass Streuschäden nicht nur im Bereich des Kapitalmarktes, sondern über die gesamte Palette möglicher Ansprüche auftreten. Nach den Hochwasserüberschwemmungen im August 2002 ist daran gedacht worden, Amtshaftungsansprüche durchzusetzen, weil Ge-

bietskörperschaften in Überflutungsgebieten Bauland ausgewiesen haben³⁴. Vor wenigen Monaten ist diskutiert worden, ob im Zusammenhang mit dem Problem des Feinstaubes in der Luft ebenfalls Amtshaftungsansprüche durchgesetzt werden können³⁵.

III. Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz als eine geeignete Verfahrensordnung?

Wir brauchen daher eine Verfahrensordnung, die für alle Streuschäden Anwendung finden kann. Über diesen Weg kann es gelingen, die Ressourcen der Justiz zu konzentrieren und zwar auf die Fragen, die im Fall von Streuschäden zügig einer einheitlichen Lösung zugeführt werden können. Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG), das von der Gesetzgeber jetzt beschert hat³⁶, kann allerdings so nicht Vorbild für diese allgemein gültige Verfahrensordnung sein. Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz leidet unter Webfehlern:

Ob es zum Musterverfahren kommt, darf – anders als im Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz vorgesehen – nicht allein von der Initiative der Parteien oder ihrer Anwälte abhängen. Die Prozessleitung ist Aufgabe des Gerichts. Die abschließend in § 1 III KapMuG aufgezählten Gründe, unter denen der Musterfeststellungsantrag als unzulässig – richtig wohl: unbegründet – abgewiesen werden darf, führen auch unter Einbeziehung der Motive in die Auslegung dazu, dass dem Prozessgericht die Prozessleitung durch den Musterfeststellungsantrag entzogen wird. Ist die Entscheidung des Rechtsstreits nicht nur allein von der Klärung der Musterfrage, sondern auch von der Klärung weiterer Tat- oder Rechtsfragen abhängig, dient es nicht der Prozessökonomie, die Musterfrage vorab zu klären. Zur Bekanntmachung des Musterfeststellungsantrages im Klageregister darf es demnach nur dann kommen, wenn die Klärung der Musterfrage – in der revisionsrechtlichen Bestimmung dieses Begriffs³⁷ – „erheblich“ ist. Die Entscheidung des Rechtsstreits muss nur noch von der Klärung dieser Frage abhängen. Andernfalls vergeuden wir wiederum unnütz Ressourcen der Justiz.

Ist die Prozessleitung Aufgabe des Gerichts, muss auch das Gericht – wie im Vorabverfahren gem. § 234 EG oder seinerzeit im Verfahren des Rechtsentscheids im Mietrecht³⁸ – die Möglichkeit haben, das Musterverfahren selbstständig in die Wege zu leiten. Musterverfahren sind für Anwälte finanziell

27 Vgl. dazu die Leitsatzentscheidung des BGH, NJW-RR 2003, 672, nach der erst festgestellt wurde, dass Rechtsschutzversicherungen auch für Rechtsstreitigkeiten wegen Beteiligung an einem (geschlossenen) Immobilienfonds deckungspflichtig sind.

28 Vgl. dazu BGH, NJW 2004, 2742; NJW 2004, 2735; NJW 2004, 2735 L = DStR 2004, 1354.

29 Stand September 2005. Die Information beruht auf einer Einschätzung eines Mitglieds des zuständigen Senats; z. B. II ZR 405/05, II ZR 319/04; II ZR 222/03; III ZR 356/03.

30 Exmpl. II ZR 407/02 (= BGH, NJW 2004, 2742 L = DStR 2004, 1352); II ZR 373/02; II ZR 395/01 (= BGH, NJW 2004, 2731).

31 Stand September 2005, Homepage des BGH, dort die Entscheidungsveröffentlichung.

32 Die Information beruht auf einer Rückfrage beim zuständigen Senat.

33 BGH, NJW 2005, 3493 L = NJW-RR 2005, 1365.

34 Exmpl. *Staupe*, NJ 2002, 505 (506).

35 *Rehbinder*, Rechtsgutachten über die Umsetzung der 22. VO zur Durchführung des BImSchG, Juli 2004, S. 64; *Klinger/Löwenberg*, ZUR 4/2005, 169 (175).

36 Gesetzgebungsstand: BGBl I, 2005, 2437, 3095.

37 Vgl. BGH, NJW 2003, 831; NJW 2003, 3205 (3206).

38 1967 wurde das Rechtsinstitut des Rechtsentscheids neu geschaffen (BGBl I, 1248), 1980 auf alle ein Mietverhältnis über Wohnraum betreffenden Rechtsfragen ausgedehnt (BGBl I, 657), 1991 unverändert als § 541 in die ZPO übernommen und im Rahmen der ZPO-Reform 2001 aufgegeben (BGBl I, 1887).

höchst unattraktiv³⁹. Jedes einzelne Verfahren bis zum *BGH*, jedenfalls aber bis zum Berufungsgericht durchzuziehen, ist finanziell lukrativer. Setzt sich die Erkenntnis durch, dass Musterverfahren einer Gewinnmaximierung entgegenstehen, wird von Musterverfahren auf der Grundlage der derzeitigen Verfahrensordnung nur wenig Gebrauch gemacht werden. Kommt es zu einer allgemeinen Musterverfahrensordnung, können jedoch Rechtsschutzversicherer Druck auf die Parteien ausüben, vom Musterverfahren Gebrauch zu machen.

Nach den Regeln des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes⁴⁰ kann nur aus der ersten Instanz ein Musterverfahren hervorgehen. Das macht wenig Sinn; auch das Berufungsgericht ist Trichter⁴¹. Auch aus der Berufungsinstanz können sich Tat- und Rechtsfragen als Musterfragen ergeben, die in erster Instanz weder die Parteien noch das Gericht gesehen haben. Musterverfahren müssen mithin auch aus der Berufungsinstanz heraus initiiert werden können.

Musterverfahren haben hohe Publizität. Es gibt Unternehmen, die Streuschäden still regulieren möchten, um weiteren Schaden vom Unternehmer abzuwenden. Gütliche Streitbeilegung ist Ziel unserer Prozessordnung⁴²; Mediation ist aktuelles Gedankengut in unserer Gesellschaft⁴³. Musterverfahren benötigen daher sinnvolle Regeln, über die erreicht werden kann, dass sich kein Anspruchsteller gegenüber den übrigen Anspruchstellern einen Vorteil dadurch verschafft, dass er einem Vergleich nur dann zustimmt, wenn ihm Son-

dervorteile gewährt werden. Der Abschluss eines Vergleiches darf demnach – anders als in § 14 III 2 KapMuG geregelt – nicht von der Zustimmung aller Beteiligten abhängig gemacht werden. Vorbild sollte vielmehr eine Regelung sein, die, wie in der früher geltenden Vergleichsordnung⁴⁴, den Abschluss eines Vergleiches ermöglicht, wenn ein entsprechend festzulegendes Quorum dem Vergleich zugestimmt hat. Vorzuziehen ist in diesem Zusammenhang auch ein Treuhänderverfahren⁴⁵, über das die Abwicklung der Einzelansprüche nach Zahlung einer Vergleichssumme erfolgt. Zudem ist es erforderlich, die Regeln des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes zu verfeinern, um ein Unterlaufen der Bindungswirkung des Musterentscheids durch einzelne Kläger oder Klägergruppen zu verhindern. Nur so lässt sich das durch eine Musterverfahrensordnung in der medialen Wirkung zu Gunsten der Anspruchsteller verschobene Gleichgewicht wiederherstellen. ■

39 Für den Anwalt des Musterklägers und der Beigeladenen ist jeweils nur der Streitwert des Ausgangsverfahrens der Abrechnung zu Grunde zu legen, § 23 a RVG; Gegen den Musterentscheid ist gem. § 15 KapMuG die Rechtsbeschwerde statthaft, für die nur eine 1,0er-Gebühr (gem. Anl. 1 Nr. 3502 RVG) anfällt.

40 § 1 I KapMuG.

41 Vgl. z. B. *BGHZ* 161, 323 = *NJW* 2005, 660 (663).

42 Vgl. etwa § 15 a EGZPO, § 278 ZPO.

43 § 278 V 2 ZPO (näher hierzu z. B. *Breidenbach*, Mediation, 1995).

44 § 7 i. V. mit §§ 66 ff. VglO i. d. F. vom 26. 2. 1935 (RGBl I. 321, ber. S. 356).

45 Wie bei §§ 172 II i. V. mit I VVG vorgesehen.

Justizministerin Elisabeth Heister-Neumann, Hannover

Schlusswort zum 3. Hannoveraner ZPO-Symposium*

Sehr geehrter Herr Professor *Dr. Wolf*, sehr geehrter Herr *Dr. Vorwerk*, meine sehr geehrten Damen und Herren!

I. Einleitung

Ich danke Ihnen für die Gelegenheit, zum Abschluss des 3. Hannoveraner ZPO-Symposiums einige Worte an Sie richten zu können. Sie haben heute über das Thema „Interessenbündelung im Zivilprozess“ diskutiert. Dieses Thema ist für mich in mehrfacher Hinsicht sehr interessant und hochaktuell. Es weist in seinen Grundzügen einen deutlichen Bezug zu dem Thema der Neubestimmung und Neuorientierung der Justiz auf, über das ich vor zwei Jahren auf dem 2. Hannoveraner ZPO-Symposium referieren durfte. Die vor zwei Jahren entwickelten Grundgedanken sind mittlerweile von den anderen Landesjustizverwaltungen aufgegriffen und unterstützt worden und haben konkrete Gestalt angenommen. Ich werde darauf sogleich näher eingehen.

II. Kollektive Interessenverfolgung im Privatrecht – Chancen und Risiken

Sie haben heute Ihr Thema „Interessenbündelung im Zivilprozess“ aus Sicht der Wissenschaft und der Praxis beleuchtet. Lassen Sie mich jetzt einige justizpolitische Anmerkungen hinzufügen. Das 3. Hannoveraner ZPO-Symposium thematisiert einen bemerkenswerten Trend in unserer Gesellschaft: Auch auf zivilrechtlichem Feld soll vermehrt Gruppen die Möglichkeit eröffnet werden, ihre Interessen und die Rechte ihrer Mitglieder gebündelt durchzusetzen. Bei der Ausgestaltung sind Einfallsreichtum und Gestaltungsideen keine Grenzen gesetzt. Die Vielfalt und Differenziertheit, zu

der wir Juristen bei der Entwicklung neuer Rechtsschutzformen in der Lage sind, ist beeindruckend. Verbandsklagen, Musterprozesse, Gruppenklagen und Sammelverfahren werden entwickelt und in diversen Gesetzen angeboten. In der Literatur ist bisweilen euphorisch vom unaufhaltsamen Siegeszug des Verbraucherschutzes die Rede. Auch die EG sorgt mit ihren Richtlinien dafür, dass der nationale Gesetzgeber genug für den Verbraucherschutz tut, indem er weitere kollektive Rechtsschutzmöglichkeiten eröffnet. Man geht davon aus, dass das Individuum allein seine Rechte nicht ausreichend wahrzunehmen vermag. Man möchte ordnungspolitisch mit dem Instrument der Verbandsklage eingreifen und unerwünschtes Marktverhalten unterbinden.

Die farbig und knackig klingenden Gesetzesabkürzungen wie „UKlaG“ (Unterlassungsklagengesetz) und „KapMuG“ (Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz) sollten uns indessen nicht daran hindern, uns stets wieder auf die grundsätzlichen Fragen zu besinnen:

- In welchem Umfang muss der Staat Rechtsschutz gewähren?
- In welcher Intensität muss der Staat die Marktteilnehmer kontrollieren, regulieren und Sanktionen verhängen?

Natürlich haben die neuen Klageformen auch positive Seiten, die ich keineswegs unerwähnt lassen will: So findet beispielsweise in Musterverfahren eine vereinfachte gerichtliche Verfahrensweise statt. Das Gericht kann sich auf einen Musterentscheid berufen. Es werden nicht mehrere Gerichte an verschiedenen Orten parallel mit demselben Rechtsproblem befasst. Ich finde: Eine sinnvolle Konzentration. Die Bünde-

* *Elisabeth Heister-Neumann* ist Niedersächsische Ministerin der Justiz.

lung verschiedener Interessen in einem Prozess kann eine Vielzahl weiterer Verfahren ersparen. Nicht außer Acht gelassen werden darf dabei jedoch folgender Aspekt: Die privatrechtlichen Verbands-, Muster- und Gruppenklagen können nicht isoliert betrachtet werden. Es müssen zugleich auch die öffentlich-rechtlichen Kontrollinstrumente wie zum Beispiel Genehmigungen, Erlaubnisse, Prüfungen im Blick behalten werden.

Meine Damen und Herren, die Niedersächsische Landesregierung widmet sich in besonderem Maße der Deregulierung und dem Bürokratieabbau. Übermäßige Bürokratie ist eine wesentliche Bremse für Wachstum und Beschäftigung in Deutschland. Es wäre deshalb verfehlt, öffentlich-rechtliche Kontrollen wirtschaftlicher Tätigkeit auszubauen oder zu erhalten und zugleich privatrechtliche Kollektivkontrollen hinzuzufügen. Der starke Ausbau eines kollektiven Rechtsschutzsystems kann zu immer stärkerer Regulierung und Strangulierung führen. Der Bewegungsspielraum wirtschaftlicher Tätigkeit wird auf diese Weise so stark eingeengt, dass diese mehr und mehr zum Erliegen kommt. Ich möchte mich deshalb in diesem Bereich für Zurückhaltung aussprechen. Es sollte des Guten nicht zu viel getan werden, der Ausbau des kollektiven Rechtsschutzes sollte nur behutsam vorangetrieben werden.

III. „Des Guten zu viel“: Beispiel Antidiskriminierungsgesetz

Ein Beispiel für eine unnötige Ausweitung des kollektiven Rechtsschutzes stellt beispielsweise der Entwurf des Antidiskriminierungsgesetzes dar. Hier findet sich eine Koppelung eines zu weitgehenden materiellen Regelungsgehalts mit einer Förderung kollektiver Durchsetzung der Rechte.

Mit diesem Gesetz haben sich die Bundesregierung und ihr folgend die Koalitionsfraktionen des 15. Bundestages leider nicht darauf beschränkt, die Vorgaben der EG-Richtlinien umzusetzen: Zum einen bezieht das Antidiskriminierungsgesetz weitere Merkmale wie etwa das Alter oder die sexuelle Identität in den detailliert geregelten Diskriminierungsschutz ein, was in der Umsetzung viele Probleme mit sich brächte. Zum anderen sollen die vorgesehenen Antidiskriminierungsverbände auch abgetretene Ansprüche des Betroffenen selbst einklagen können. Soweit diese Ansprüche jedoch aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht abgeleitet sind, liefe eine Abtretung an Dritte dem Schutzzweck zuwider.

Ich glaube nicht, dass ausführliche Gesetzesbestimmungen und ein ausuferndes Verbandswesen das soziale Klima in unserem Land verbessern würden. Daher ist es erfreulich, dass wir das Gesetz über den Bundesrat stoppen konnten. Es wird Aufgabe der neuen Regierung sein, bald ein schlankeres Gesetz auf den Weg zu bringen, das einerseits den Schutz vor Diskriminierungen nach den Vorgaben der EG-Richtlinien konkretisiert und andererseits die Freiheit und Eigenverantwortung der Bürgerinnen und Bürger ernst nimmt.

IV. Bündelung der Kräfte: auch der Kräfte der Justiz

Meine Damen und Herren, lassen Sie mich noch einen weiteren justizpolitischen Aspekt zum Thema Interessenbündelung beleuchten: Interessen in kollektiven Klageverfahren sollen vor allen Dingen deshalb gebündelt werden, um eine wirksame, effektive Rechtsverfolgung zu gewährleisten. Das gleiche Ziel verfolge ich zusammen mit den anderen Landesjustizministerinnen und Justizministern mit der „Großen Jus-

tizreform“. Auch bei der Großen Justizreform geht es um eine Bündelung zur Erhöhung der Wirksamkeit. Denn auch die Justiz selbst muss ihre eigenen Kräfte bündeln, damit sie in Zukunft wirksam bleiben kann. Die Ziele der niedersächsischen Justizpolitik lauten daher wie folgt:

- Wir brauchen eine Konzentration auf die Kernaufgaben der Justiz.
- Wir brauchen eine einheitliche, transparente Verfahrensordnung und – damit einhergehend – eine Zusammenführung der verschiedenen Gerichtsbarkeiten.
- Wir brauchen eine klare Trennung und Konzentration der Instanzen.

Diesen Zielen dient die Große Justizreform. Ich möchte Sie anlässlich dieses ZPO-Symposions auf den aktuellen Stand der Reformarbeiten hinweisen und Sie zur Beteiligung an den neuen Entwicklungen aufrufen. Zur Bündelung von Kräften gehört, dass sich die Justiz auf ihre Kernaufgaben konzentriert. Aufgaben, die außerhalb der Rechtsprechung liegen, sollen auf Private übertragen werden. Die eingesetzten Arbeitsgruppen der Länder und des BMJ haben fleißig gearbeitet. Die Konzepte zur Bildung eines freien Gerichtsvollzieherberufs sowie der Übertragung von Zuständigkeiten aus dem Bereich Nachlasssachen und Familienrecht auf Notare sind weit gediehen. Die Notare sind zur Übernahme der Aufgaben bereit. Die Berufsvertretung der Gerichtsvollzieher steht den Reformüberlegungen positiv gegenüber. Mit dem Gerichtsvollzieher neuen Typs erwarten wir eine verbesserte Durchsetzung von Ansprüchen.

Bündelung der Kräfte bedeutet auch eine Zusammenführung der Gerichtszweige und eine Vereinheitlichung der Verfahrensordnungen. Es ist mit einem sparsamen Ressourceneinsatz nicht vereinbar und auch in der Sache nicht geboten, dass wir fünf verschiedene Gerichtsbarkeiten und voneinander vollständig getrennte Verfahrensordnungen haben. Und es ist auch nicht verständlich, dass Rechtsmittel gegen die Entscheidungen erster Instanz in jeder Verfahrensordnung von anderen Voraussetzungen abhängig sein sollen. Mir ist bewusst, dass die Reformbestrebungen nicht auf ungeteilte Zustimmung stoßen, dass sie Skepsis und Befürchtungen hervorrufen. Dafür habe ich Verständnis, habe aber andererseits die erhebliche Belastung unserer Gerichte im Blick und plädiere deshalb für eine wirksame Aufgabenverlagerung und Verschlanung der Aufgabenerfüllung.

V. Fazit

Meine Damen und Herren, ich habe von dem Ideenreichtum bei der Schaffung neuer Klageformen und Rechtsschutzmöglichkeiten gesprochen. Ich wünsche mir auch bei den Reformarbeiten zur Neuorientierung der Justiz vergleichbaren Einfallsreichtum, damit wir zu einer nachhaltigen und wirksamen Reform gelangen.

Lassen Sie uns zurückhaltend sein bei der Einführung neuer Klagearten und der Ausweitung des Rechtsschutzes. Denn die Wirksamkeit aller ausdifferenzierten Verbands- und Musterklagen hängt davon ab, dass eine leistungsfähige Justiz die Durchsetzung der Ansprüche und Rechte auch umsetzen kann. Lassen Sie uns daher die Kräfte bündeln bei der Reform der Justiz und ihrer Verfahrensordnungen. Denn nur so werden die Gerichte in die Lage versetzt, auch in Zukunft die Leistungen in dem Tempo und in dem Umfang zu erbringen, die wir von ihr erwarten und für den Erhalt unseres Rechtsstaats benötigen. Ich danke Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit und wünsche Ihnen vor allem ein erholsames Wochenende. ■