

JULIA FLORIAN

Class Action und Class Arbitration Waiver

*Veröffentlichungen
zum Verfahrensrecht
205*

Mohr Siebeck

Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht

Band 205

herausgegeben von

Rolf Stürner



Julia Florian

Class Action und Class Arbitration Waiver

Eine Untersuchung zur
Abwehr von Gruppenverfahren

Mohr Siebeck

Julia Florian, geboren 1993; Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Konstanz; Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung der Universität Konstanz; Rechtsreferendariat im Bezirk des Oberlandesgerichts Karlsruhe; 2023 Promotion.

ISBN 978-3-16-163320-1 / eISBN 978-3-16-163321-8
DOI 10.1628/978-3-16-163321-8

ISSN 0722-7574 / eISSN 2568-7255 (Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2024 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von SatzWeise in Bad Wünnenberg aus der Times Antiqua gesetzt, von Laupp & Göbel in Gomaringen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädle in Nehren gebunden.

Printed in Germany.

Für Salomon

Denn es hat sich herumgesprochen,
dass das Unglück nicht entsteht wie
Regen, sondern von etlichen gemacht
wird, welche ihren Vorteil davon
haben.

Bertolt Brecht, *Die heilige Johanna
der Schlachthöfe*

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Konstanz im Wintersemester 2022/2023 als Dissertation angenommen. Die Disputation fand am 20. Juni 2023 statt. Das Manuskript wurde Anfang 2023 fertiggestellt und ist hiernach lediglich punktuell aktualisiert worden.

Herzlicher Dank gebührt zunächst meiner Doktormutter, Frau Prof. Dr. Dr. h.c. Astrid Stadler, die mich für das Thema begeistern konnte, für ihre unermüdliche fachliche Betreuung während der Entstehungszeit sowie für die Erstbegutachtung dieser Arbeit. Daneben möchte ich mich bei Herrn Prof. Dr. Michael Stürner M. Jur. (Oxford) für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens sowie bei Herrn Prof. Dr. Jochen Glöckner LL.M. (USA) für den Prüfungsvorsitz bedanken.

Herrn Prof. Dr. Dres. h.c. Rolf Stürner schulde ich Dank für die Aufnahme meiner Arbeit in die vorliegende Schriftenreihe. Der Studienstiftung *ius vivum* und Herrn Prof. Dr. Heimo Schack LL.M. (Berkeley) bin ich für den unbürokratischen und großzügigen finanziellen Beitrag zu den Druckkosten zu Dank verpflichtet.

Ferner möchte ich den Menschen danken, die ich im Laufe der Zeit meiner Promotion kennenlernen durfte und die mich begleitet und unterstützt haben. Mein besonderer Dank gilt dabei zuallererst Herrn Dr. Christian Krüger für sein stets offenes Ohr sowie seine klugen Ratschläge. Auch Herrn Jan Paul Gollnast danke ich für seine freundschaftliche Unterstützung und den gewinnbringenden fachlichen Austausch.

Weiter gilt mein Dank meinen Freundinnen, die mich seit dem ersten Semester begleiten: Frau Dr. Selina Domhan und Frau Dr. Jana Abt. Nicht unerwähnt lassen möchte ich Frau Karoline Krüger, Frau Prof. Assoc. Dr. Doris Forster, Herrn Felix Nagel sowie Herrn Fabian und Frau Andrea König – auch ihnen danke ich für ihre Freundschaft.

Ein ganz persönlicher Dank gilt meinem Vater, der mich mit stets unerschütterlicher Geduld unterstützt und begleitet hat. Widmen möchte ich die Arbeit meinem Lebensgefährten, dessen selbstlose Unterstützung das Entstehen dieser Arbeit befördert hat und dem ich daher nicht genug danken kann.

Konstanz, im April 2024

Julia Florian

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXI
Einleitung	1

Erster Teil Kollektiver Rechtsschutz und Abwehrstrategien in den USA

Kapitel 1: Begriffsbestimmung	13
§1 <i>Zum Begriff der Gruppenverfahren im US-amerikanischen Recht</i>	13
§2 <i>Class Action Waiver</i>	15
§3 <i>Class Arbitration Waivers</i>	20
§4 <i>Zusammenfassung</i>	22
Kapitel 2: Allgemeines zur Class Action	25
§1 <i>Grundlagen</i>	25
§2 <i>Prozessualer Ablauf eines Class Action-Verfahrens</i>	36
Kapitel 3: Class Action Waiver iwS	64
§1 <i>Grundlagen Contract Law</i>	71
§2 <i>Historische Rechtssprechungsentwicklung</i>	93
Kapitel 4: Allgemeines zur Class Arbitration	109
§1 <i>Ursprung</i>	109
§2 <i>Zulässigkeit von Gruppenschiedsverfahren bei „schweigenden“ (silent) Schiedsvereinbarungen</i>	115

Kapitel 5: Class Arbitration Waivers	136
§1 Aufnahme von Class Arbitration Waiver in Arbitration Agreement	136
§2 Wirksamkeit von Class Arbitration Waivers	143
§3 Bewertung und Kritik der Arbitration Jurisprudence	209
 Kapitel 6: Class Action Waivers ieS	 233
§1 Forum Selection Clauses	233
§2 Zusammenfassung	238
 Kapitel 7: Rechtspolitische Einordnung und Ausblick	 239
§1 Gesetzgeberische (Gegen-)Maßnahmen	239
§2 Folgen dieser Entwicklung	249
§3 Konsequenz für den Rechtsvergleich	261

Zweiter Teil

Kollektiver Rechtsschutz und Abwehrstrategien in Deutschland

Kapitel 1: Allgemeines zum kollektiven Rechtsschutz	267
§1 Grundlagen	269
§2 Bestandsaufnahme der kollektiven Rechtsschutzinstrumente I	273
§3 Bestandsaufnahme der kollektiven Rechtsschutzinstrumente II	277
 Kapitel 2: Tour d'Horizon der Entwicklung des kollektiven Rechtsschutzes in Europa	 296
§1 Rechtspolitische Entwicklung von Seiten der Europäischen Union	296
§2 Zusammenfassung	315
 Kapitel 3: Gegenwärtige Abwehrstrategien kollektiver Rechtsschutz- instrumente in Deutschland	 317
§1 Schutz vor der Inanspruchnahme durch kollektive Rechtsschutzinstrumente	318
§2 Zusammenfassung	349
 Kapitel 4: Schlussbetrachtung und Thesen	 351
 Literaturverzeichnis	 355
Sachverzeichnis	379

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXI
Einleitung	1

Erster Teil Kollektiver Rechtsschutz und Abwehrstrategien in den USA

Kapitel 1: Begriffsbestimmung	13
§1 <i>Zum Begriff der Gruppenverfahren im US-amerikanischen Recht</i>	13
§2 <i>Class Action Waiver</i>	15
A. Class Action Waiver ieS = Standalone Class Action Waivers	15
B. Class Action Waiver iwS = Arbitration Agreement	17
§3 <i>Class Arbitration Waivers</i>	20
§4 <i>Zusammenfassung</i>	22
Kapitel 2: Allgemeines zur Class Action	25
§1 <i>Grundlagen</i>	25
A. Historische Entwicklung	25
I. Anfänge im England des 17. Jahrhunderts	26
II. Rezeption ins US-amerikanische Recht	29
B. Prominente Ausnahme vom verfahrensrechtlichen Grundprinzip	32
§2 <i>Prozessualer Ablauf eines Class Action-Verfahrens</i>	36
A. Pretrial Procedure	37
I. Einleitung eines Class Action-Verfahrens	37
II. Conference of the Parties, Rule 26(f) FRCP	38

III.	Scheduling Order Rule 16(b)(1) FRCP	40
IV.	[Initial] Pretrial conferences 16(a), (c) & (d) FRCP	41
V.	Class Certification	42
	1. Antrag auf förmliche Zulassung der Gruppenklage (Motion for Class Certification)	42
	2. Certification-Related Trial Plan	44
	3. Voraussetzungen für eine Class Certification Order	44
	4. Abgrenzung zur Settlement Class Action	46
	5. (Pre-)Certification-Related Discovery	47
	6. Prüfungsumfang des Gerichts hinsichtlich einer Class Certification Decision	47
	7. Voraussetzungen für eine Class Certification Decision	48
	a) Ungeschriebene Voraussetzungen	49
	b) Prerequisites Rule 23(a)	50
	aa) Rule 23(a)(1)	51
	bb) Rule 23(a)(2)	51
	cc) Rule 23(a)(3)	53
	dd) Rule 23(a)(4)	54
	c) Prerequisites Rule 23(b)(3) FRCP	55
	8. Class Certification Decision	56
	9. Interlocutory Appeal	57
VI.	Benachrichtigungserfordernis (Notice) im Class Action- Verfahren	58
	1. Certification Notice gem. Rule 23(c)(2)(A)	59
	2. Settlement Notice gem. Rule 23(e) FRCP	59
VII.	Rule 23(b)(3) FRCP Class Action – Ability to Opt-Out	59
VIII.	Final Pretrial Conference	60
B.	Trial Proceeding	60
C.	Zusammenfassung	61
Kapitel 3: Class Action Waiver iwS		64
§1 Grundlagen Contract Law		71
A.	Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen in Contract of Adhesion	71
I.	Contract of Adhesion	74
	1. Vertragsschluss im Internet	81
	2. Change in Terms Provision	82
	3. Shrink-Wrap Case	85
	4. Zusammenfassung	87
II.	Besonderheit des US-amerikanischen Normenpluralismus bei standardisierten Schiedsvereinbarungen	88
B.	Zusammenfassung	92

§2 <i>Historische Rechtssprechungsentwicklung</i>	93
A. Der Weg zur Arbitration Nation	94
I. 1980 die Revolution beginnt	98
II. Fokus auf Fragen zur objektiven Schiedsfähigkeit	100
III. Zementation der Arbitration Jurisprudence	102
B. Zusammenfassung	104
 Kapitel 4: Allgemeines zur Class Arbitration	 109
§1 <i>Ursprung</i>	109
A. Keating v. Superior Court of Alameda County, 645 P2d 1192 (Cal. 1982) [Keating]	109
B. Zusammenfassung	114
§2 <i>Zulässigkeit von Gruppenschiedsverfahren bei „schweigenden“ (silent) Schiedsvereinbarungen</i>	115
A. Champ v. Siegel Trading Co., 55 F3d. 269 (7th Cir. 1995) [Champ]	115
B. Green Tree Financial Corp. v. Bazzle, 539 U.S. 444 (2003) [Bazzle]	118
C. Stolt-Nielsen S.A. v. AnimalFeeds Int’l Corp., 559 U.S. 662 (2010) [Stolt-Nielsen]	122
D. Oxford Health Plans LLC v. Sutter, 569 U.S. 564 (2013) [Oxford]	128
E. Lamps Plus, Inc. v. Varela, 139 S.Ct. 1407 (2019) [Lamps]	129
F. Zusammenfassung	133
 Kapitel 5: Class Arbitration Waivers	 136
§1 <i>Aufnahme von Class Arbitration Waiver in Arbitration Agreement</i>	136
§2 <i>Wirksamkeit von Class Arbitration Waivers</i>	143
A. AT&T Mobility LLC v. Concepcion, 563 U.S. 333 (2011) [AT&TM]	145
I. Am Vorabend vor AT&TM, die Discover Bank Rule	147
II. Sachverhalt und Instanzenzug	148
1. Unconscionability Prüfung des District Court	151
2. Urteil des Berufungsgerichts, United States Court of Appeals for the [Ninth Circuit]	156
III. Die AT&TM-Entscheidung des Supreme Court	158
IV. Zwischenergebnis und Kritik	161

B.	American Express Co. v. Italian Colors Restaurant, 570 U.S. 228 (2013) [= Amex]	165
I.	Vorgeschichte und Hintergründe des Instanzenzugs	165
1.	In re American Express Merchants Litigation, No. 03 CV 9592 (GBD)	168
2.	In re American Express Merchants' Litigation, 554 F.3d 300 (2nd Cir. 2009) [= Amex I]	169
3.	American Express Co. v. Italian Colors Restaurant, 559 U.S. 1103 (2010)	170
4.	In re American Express Merchants' Litigation, 634 F.3d 187 (2011) [= Amex II]	170
5.	In re American Express Merchants' Litigation, 667 F.3d 204 (2012) [= Amex III]	171
II.	Die Amex-Entscheidung des Supreme Court	172
1.	Opinion of the Court	172
2.	Dissenting Opinion Kagan	174
III.	Zwischenergebnis und Kritik	178
C.	DIRECTV, Inc. v. Imburgia, 577 U.S. 47 (2015) [DIRECTV]	181
I.	Vorgeschichte und Hintergründe des Instanzenzugs	181
1.	Imburgia v. DIRECTV, Inc., 2008 WL 4264463	181
2.	Imburgia v. DIRECTV, Inc., 225 Cal.App. 4th 338 (Cal. Ct. App. 2014)	183
II.	Die DIRECTV-Entscheidung des Supreme Court	185
1.	Opinion of the Court	186
2.	Dissenting Opinion Ginsburg	187
3.	Zwischenergebnis und Kritik	189
D.	Epic Systems Corp. v. Lewis, 138 S.Ct. 1612 (2018) [Epic]	191
I.	Vorgeschichte und Hintergründe des Instanzenzugs	191
II.	Lewis v. Epic Systems Corporation	192
III.	Die Epic-Entscheidung des Supreme Court	194
1.	Opinion of the Court	195
2.	Dissenting Opinion Ginsburg	200
IV.	Reaktion des National Labor Relations Board	202
V.	Zwischenergebnis	203
E.	Zusammenfassung	204
§ 3	<i>Bewertung und Kritik der Arbitration Jurisprudence</i>	209
A.	Theorie des Anwendungsvorrangs	209
B.	New Textualism	212
C.	Overbearing Justices	215
D.	Mangelnde Auseinandersetzung mit der Verfassungskonformität	217

E.	Empirische Rechtfertigung der Rechtsprechung	218
I.	Studie Chandrasekher und Horton	221
II.	Verkürzte Verfahrensdauer in der Schiedsgerichtsbarkeit	223
III.	Arbitrator Bias	225
IV.	Arbitration Multiplier	225
F.	Ergebnis	230
Kapitel 6: Class Action Waivers ieS		233
§1	<i>Forum Selection Clauses</i>	233
A.	America Online, Inc. v. Superior Court, 90 Cal.App. 4th 1 (Cal. Ct. App. 2001).	233
B.	DIX v. ICT Group, Inc., 160 Wash.2d 826 (Wash. 2007)	235
§2	<i>Zusammenfassung</i>	238
Kapitel 7: Rechtspolitische Einordnung und Ausblick		239
§1	<i>Gesetzgeberische (Gegen-)Maßnahmen</i>	239
A.	Ending Forced Arbitration of Sexual Assault and Sexual Harassment Act of 2021	240
B.	Forced Arbitration Injustice Repeal Act of 2022 [FAIR Act of 2022]	244
C.	Rule by the Consumer Financial Protection Bureau – Bureau Rule	246
D.	Schlussfolgerungen	248
§2	<i>Folgen dieser Entwicklung</i>	249
A.	Degeneration des Rechts	251
B.	Hemmung der Verwirklichung von regulativen Zielen	252
C.	Where do we go from here?	253
I.	Aufgabe von der Mär vom erpresserischen Effekt der Gruppenklage im Verbraucher- und Arbeitnehmerkontext	253
II.	Bundesrechtliche Safeguards	257
D.	Zusammenfassung	260
§3	<i>Konsequenz für den Rechtsvergleich</i>	261

Zweiter Teil
**Kollektiver Rechtsschutz und Abwehrstrategien
in Deutschland**

Kapitel 1: Allgemeines zum kollektiven Rechtsschutz	267
§1 <i>Grundlagen</i>	269
A. Begriffsbestimmung und Systematisierungsversuch des Begriffs des kollektiven Rechtsschutzes	269
B. Zweck des Zivilprozesses	271
§2 <i>Bestandsaufnahme der kollektiven Rechtsschutzinstrumente I</i>	273
A. Kollektive Rechtsschutzinstrumente zur Durchsetzung und Verwirklichung von überindividuellen Allgemeininteressen . . .	274
I. Verbandsklage als Unterlassungsklage	274
II. Verbandsklage zur Gewinnabschöpfung	275
III. Kapitalanlegermusterverfahren	275
IV. Zwischenfazit	276
B. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes	276
§3 <i>Bestandsaufnahme der kollektiven Rechtsschutzinstrumente II</i>	277
A. Kollektive Rechtsschutzinstrumente zur Durchsetzung und Verwirklichung subjektiver Privatrechte	277
I. Defizite im deutschen Verfahrensrecht	277
1. Groß- und Streuschäden	278
a) Interesse individueller Rechtsdurchsetzung bei Streuschäden	279
b) Interesse individueller Rechtsdurchsetzung bei Großschäden	281
c) Bündelungsbedürfnis bei Streuschäden aus Gründen des rationalen Desinteresses	282
d) Bündelungsbedürfnis bei Großschäden aus Gründen der Prozessökonomie	282
2. Zusammenfassung	283
II. Bestehende Bündelungsmöglichkeiten bei Massenschäden	283
1. Rechtsschutzinstrumente und Bündelungsmöglich- keiten nach der ZPO	284
a) Einziehungsklage von Verbänden gem. § 79 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 ZPO	284
b) Streitgenossenschaft §§ 59 ff. ZPO	284

2. Rechtsschutzinstrumente und Bündelungsmöglichkeiten mittels Instituten des materiellen Zivilrechts und des Zivilprozessrechts [Sammelklagen iSd Untersuchung]	285
a) Materiell-rechtliche Bündelungsformen	286
aa) Forderungsankauf (Forderungskaufabtretung/ echte Forderungsabtretung)	286
bb) Übertragung zur Einziehung (Inkassozeession/ unechte Forderungsabtretung)	287
cc) Einziehungsermächtigung (Inkasso- ermächtigung)	287
dd) Zusammenfassung	288
b) Von Interessengemeinschaften über Rechts- verfolgungsgesellschaften zu Rechtsverfolgungs[kapital]gesellschaften	289
aa) Interessengemeinschaften	289
bb) Rechtsverfolgungsgesellschaften idF der GbR	291
cc) Rechtsverfolgungsgesellschaften idF der Kapitalgesellschaft, sog. Rechtsverfolgungs- [kapital]gesellschaft	292
c) Zwischenergebnis	293
3. Musterfeststellungsklage [MFKla]	294
4. Zusammenfassung	294
B. Ergebnis der Bestandsaufnahme	294

Kapitel 2: Tour d’Horizon der Entwicklung des kollektiven Rechtsschutzes in Europa	296
---	-----

§1 <i>Rechtspolitische Entwicklung von Seiten der Europäischen Union</i>	296
A. Anfänge im Verbraucherrecht	297
B. Das Kartellrecht Motor für die Etablierung von Schadensersatzklagen	300
C. Zusammenführung Verbraucherschutz- und wettbewerbsrechtlicher Impulse und Initiativen	304
D. Positionspapiere der Europäischen Kommission vom 11. Juni 2013 u. a. Empfehlung der Kommission (2013/396/EU)	307
E. New Deal for Consumers	310
F. Aktuellste Entwicklungen	312
§2 <i>Zusammenfassung</i>	315

Kapitel 3: Gegenwärtige Abwehrstrategien kollektiver Rechtsschutzinstrumente in Deutschland	317
<i>§1 Schutz vor der Inanspruchnahme durch kollektive Rechtsschutzinstrumente</i>	318
A. Rechtspolitischer Hintergrund	318
I. Bedeutung der Unternehmen	319
1. Kleinunternehmen – „Rückgrat der europäischen Wirtschaft“	319
2. Durchschlag der europäischen Impulse auf die nationale KMU-Politik	324
3. Das Leitbild der KMU in Deutschland	324
4. Auswirkungen kollektiver Rechtsschutzmechanismen auf KMU in Deutschland	325
II. Zusammenfassung	326
B. Abtretungsverbote – eine Grenze für kollektive Rechtsschutzinstrumente	326
I. Einführung	326
II. Wirksamkeit formularmäßiger Abtretungsverbote gem. § 399 Alt. 2 BGB von Fluggesellschaften, die die Abtretung von Fluggastentschädigungsansprüchen an sog. Rechtsverfolgungskapitalgesellschaften ausschließen	329
1. Hintergrund	329
2. AGB von Ryanair	330
3. Anwendung des § 307 BGB auf formularvertragliche Abtretungsverbote schuldrechtlicher Ansprüche aus der Fluggastrechte-VO	331
a) Verstoß einer Bestimmung gegen wesentliche Grundgedanken einer gesetzlichen Regelung iSd § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB	331
aa) Abtretbarkeit von Forderungen gem. § 398 BGB	331
bb) Art. 15 Abs. 1 Fluggastrechte-VO	332
b) Unangemessene Benachteiligung gegen das Gebot von Treu und Glauben gem. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB	333
aa) Übersichtlichkeit der Vertragsabwicklung	333
bb) Monetäre Interessensposition	333
cc) Hindernis auf dem Weg zum Entschädigungsanspruch	334
c) Abwägungsergebnis	335
4. Zwischenergebnis	335
5. Überblick über bis dato erfolgte gerichtliche Überprüfungen derartiger Klauseln	335

6. LG Nürnberg-Fürth: Hinweisbeschluss gegen Claim-Handling-Company	338
7. Zusammenfassung	339
III. Gesetzgeberische (Gegen-)Maßnahmen	340
1. Gesetz für faire Verbraucherverträge vom 10. August 2021	340
2. Gesetzgebungsintention	341
3. Zusammenfassung	342
C. Verzichtserklärungen bzgl. Musterfeststellungs- und Abhilfeklagen	343
I. Formularvertragliche Verzichtserklärungen	344
1. Unangemessene Benachteiligung gegen das Gebot von Treu und Glauben gem. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB	345
a) Übersichtlichkeit der Vertragsabwicklung	345
b) Monetäre Interessenposition	346
c) Preisargument	346
d) Zugang zum Recht und Verwirklichung regulatori- scher Ziele	347
e) Klauselrichtlinie	348
f) Verhinderung des Reformgedankens	348
2. Abwägungsergebnis	349
II. Zwischenergebnis	349
§2 Zusammenfassung	349
Kapitel 4: Schlussbetrachtung und Thesen	351
Literaturverzeichnis	355
Sachverzeichnis	379

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
ADR	Alternativ Dispute Resolution
a. E.	am Ende
Abs.	Absatz
a. F.	alte Fassung
ALI	American Law Institute
AAA	American Arbitration Association
AOL	America Online, Inc.
BMWi	Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie
Board	National Labor Relations Board
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
CFPB	Consumer Financial Protection Bureau
CAA	California Arbitration Act
Cal. Ct. App.	California Court of Appeals
Cal.	Supreme Court of California
CLRA	Consumers Legal Remedies Act
CPA	Consumer Protection Acts
d. h.	das heißt
DOJ	U.S. Department of Justice
EFASH Act of 2021	Ending Forced Arbitration of Sexual Assault and Sexual Harassment Act of 2021
et al.	Und andere
FAA	Federal Arbitration Act
FAIR Act	Forced Arbitration Injustice Repeal Act
FAL	False Advertising Law
FLSA	Fair Labor Standard Act
FJC	Federal Judicial Center
FRCP	Federal Rules of Civil Procedure
F.R.D.	Federal Rules Decisions
F.	Federal Reporter
F.2d	Federal Reporter, 2d Series
F.3d	Federal Reporter, 3d Series
Fed.Appx.	Federal Appendix.
F.Supp.	Federal Supplement (unofficial)
F.Supp. 2d	Federal Supplement 2d (unofficial)
F.Supp. 3d	Federal Supplement 3d (unofficial)
Grds.	Grundsätzlich
idF	in der Form

infra.	unterhalb
insb.	insbesondere
iRv	im Rahmen von
JAMS	Judicial Arbitration and Mediation Services
L.Ed.	United States Supreme Court Reports, Lawyers' Edition (unofficial)
L.Ed.2d	United States Supreme Court Reports, Lawyers' Edition, 2d Series (unofficial)
m. w. N.	Mit weiteren Nachweisen
NAF	National Arbitration Forums
NLRA	National Labor Relations Act
NLRB	National Labor Relations Board
NLGA	Norris-LaGuardia Act
PSLRA	Private Securities Litigation Reform Act of 1995
RCWA	Revised Code of Washington Annotated
RBerG	Rechtsberatungsgesetzes
RDG	Rechtsdienstleistungsgesetz
RICO	Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act
S.Ct.	Supreme Court Reporter (<i>unofficial</i>)
SEC	United States Securities and Exchange Commission
Sog.	Sogenannte/r, sogenannten
supra.	Oberhalb
TILDA	Truth in Lending Act
TOS	Terms of Service
u. a.	unter anderem
UCC	Uniform Commercial Code
UCL	California's Unfair Competition Law
U.S.	United States Reports (<i>official</i>)
USAA	United States Arbitration Act
Wash.	Supreme Court of Washington
1st – 11th Cir.	United States Court of Appeals for the First Circuit, Second Eleventh Circuit District of Columbia Circuit, for Washington, D.C.
1st Cir.	United States Court of Appeals for the First Circuit
2nd Cir.	United States Court of Appeals for the Second Circuit
4th Cir.	United States Court of Appeals for the Fourth Circuit
5th Cir.	United States Court of Appeals for the Fifth Circuit
7th Cir.	United States Court of Appeals for the Seventh Circuit
9th Cir.	United States Court of Appeals for the Ninth Circuit

Einleitung

Es scheint geschafft! Der europäische Gesetzgeber hat sich schlussendlich mit der Richtlinie 2020/1828/EU¹ über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher dazu durchgerungen, dass innerstaatliche kollektive Schadensersatzverfahren² auch auf dieser Seite des Atlantiks Wirklichkeit werden können.³

Dem ging eine umschweifende Generaldebatte um die Vor- und Nachteile der „amerikanischen Verhältnisse“ voraus, die dabei nicht immer um Objektivität bemüht war.⁴ Zu gern hätte man den leidenschaftlichen Gegnern⁵ gelegentlich beschwichtigend zugerufen, dass die von ihnen gezeichneten Schreckensszenarien doch reichlich pauschalisiert sind und der Realität jenseits des Atlantiks dabei kaum gerecht werden.⁶ Denn bei aller Debatte um die Gefahren, die dem US-amerikanischen System des *private law enforcement* immanent sind, welches der Abneigung an überbordendem staatlichem Eingriffswesen entgegengesetzt wird,⁷ ist es letztlich das US-amerikanische System in seiner kumulierten Gesamtheit,⁸ das dem nationalen Betrachter – wohl zu

¹ Richtlinie 2020/1828/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2020 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG; = Verbandsklagen-RL, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32020L1828&-from=DE> (zuletzt abgerufen am 30.12.2023).

² Vgl. insb. Art. 1 Abs. 2 und Art. 9 Abs. 1 Verbandsklagen-RL.

³ Dazu, dass dies überfällig war, siehe *Stadler*, JZ 2018, 793 (795); *Morell*, JZ 2019, 809 (814).

⁴ Siehe *Woopen*, NJW 2018, 133; *Brand*, NJW 2012, 1116; dies schon bemängelnd *Taruffo*, 11 Duke J. Comp. & Int'l L. 405, 413 ff. (2001); vgl. Begriff des „*legalized blackmail*“ bei *Handler*, 71 Colum. L. Rev. 1, 9 (1971).

⁵ Auch wenn dies nicht der Auffassung der Verfasserin zur geschlechtergerechten Sprache entspricht, wird aus Gründen des in der Untersuchung erhöhten Aufkommens von englischen Begriffen, Titeln sowie Zitierungen im gesamten Text das generische Maskulinum verwendet, womit sämtliche Personenbezeichnungen gleichermaßen für beide Geschlechter gelten.

⁶ Schon *Koch H.*, JZ 2011, 438 (441); *Stadler*, ZHR 182 (2018), 623 (635 ff.).

⁷ *Coffee*, Entrepreneurial Litigation, S. 5 „desirable, supplement to public enforcement of law“; *Glover*, 53 Wm. & Mary L. Rev. 1137, 1145 ff. (2012).

⁸ Vgl. *Bruns*, NJW 2018, 2753 (2754); so auch *Koch H./Zekoll*, ZEuP 2010, 107 (125 f.); siehe *Buxbaum*, in: Mansel/Dauner-Lieb/Henssler (Hrsg.), Zugang zum Recht, 2008, S. 91 (93 ff.).

Recht – eventuell Kopferbrechen bereitet, von dessen gesamtheitlicher Übernahme, ja gar eins-zu-eins Transplantation in die nationale Rechtskultur jedoch auch niemals ernsthaft die Rede war.⁹

Das Herzstück des US-amerikanischen Systems des *private law enforcement*¹⁰ ist dabei ohne jeden Zweifel die moderne Gruppenklage (*modern class action*), die es einem Einzelnen sog. *private attorney general*¹¹ ermöglicht, für sich und im Namen einer Gruppe gleich betroffener Individuen zu handeln, womit, so der Gedanke, letztendlich die objektive Rechtsordnung als übergeordnetes Ganzes geschützt wird.¹² Mit diesem prozessrechtlichen Instrument der *modern class action* in Verbindung mit Erfolgshonoraren (*contingent fee arrangement*) und der sog. *American rule on fee shifting*¹³ konnte in den USA jener so gefürchtete private sog. *entrepreneurial market*¹⁴ etabliert werden,¹⁵ der sich dabei auf weite Bereiche des Privatrechts erstreckt; namentlich das Kartellrecht, Wertpapierstreitigkeiten, Produkthaftungsfälle, das Deliktsrecht sowie Beeinträchtigungen im Verbraucherkontext.¹⁶ Folglich auch jenseits der vornehmlich vorgesehenen Aufgabe,¹⁷ geringfügigen Ansprüchen, die wirtschaftlich nicht als Einzelklagen geltend gemacht werden können sog. *negative value claims*, zu mehr Durchsetzung zu verhelfen.¹⁸

Dass Aufgabenüberantwortung an Private dabei stets ihren entsprechenden Preis hat, ist für den US-amerikanischen Rechtskreis weniger verwerflich als vielmehr zwingende Konsequenz der in erster Linie getätigten Entscheidung, sich für die Problembewältigung des modernen Massenverkehrs des 20./21. Jahrhunderts sog. *democratized market*¹⁹ nicht der überbordenden staatlichen Regulierung zu bedienen; ohne finanzielle Anreize wird nämlich kaum ein Privater die Aufgabe des *private attorney general* übernehmen.²⁰ Man mag darüber als Europäer die Nase rümpfen, sollte dabei aber nicht ver-

⁹ Vgl. zu dieser Verwirrung *Dürr-Auster*, Qualifikation, S. 28; *Coffee*, 110 Colum. L. Rev. 288, 294 (2010); i.E. auch *Buxbaum*, in: Mansel/Dauner-Lieb/Henssler (Hrsg.), Zugang zum Recht, 2008, S. 91 (92).

¹⁰ Instrukтив *Murray*, in: Gesellschaft für Rechtspolitik (Hrsg.), Bitburger Gespräche in München Bd. 6, 2016, S. 27 ff.

¹¹ Instrukтив zum Begriff *Rubenstein*, 57 Vand. L. Rev. 2129 (2004).

¹² *Thönissen*, JZ 2022, 430 (434 m. w. N.); *Orgel*, Class Arbitration, S. 3 m. w. N.

¹³ *Coffee*, 110 Colum. L. Rev. 288, 291 f. (2010).

¹⁴ Begriff bei *Issacharoff*, JITE 2011, 56 (68 f.).

¹⁵ *Miller*, 19 Theoretical Inq. L. 1, 15 (2018).

¹⁶ *Miller*, 19 Theoretical Inq. L. 1, 14 (2018).

¹⁷ *Miller*, 19 Theoretical Inq. L. 1, 14 (2018).

¹⁸ *Miller*, 19 Theoretical Inq. L. 1, 5 (2018); *Gilles*, 2016 U. Ill. L. Rev. 371, 396 (2016); *Coffee*, Entrepreneurial Litigation, S. 4, so handelt es sich heute bei Klägern einer *securities class action* vorwiegend um institutionelle Investoren mit hohen Einzelansprüchen, die auch mittels Individualklage geltend gemacht werden könnten.

¹⁹ Vgl. dazu *Issacharoff*, JITE 2011, 56 (64).

²⁰ *Issacharoff*, JITE 2011, 56 (68 f.); *Buxbaum*, in: Mansel/Dauner-Lieb/Henssler (Hrsg.), Zugang zum Recht, 2008, S. 91 (94 ff.).

kennen, dass sich auch im nationalen System, das zur kollektiven Rechtsdurchsetzung verstärkt auf eine Rechtsdurchsetzung mittels Verbänden setzt, zu einem gewissen Grad ebenfalls die Frage nach dem Preis, d.h. nach der Finanzierung für die Aufgabenwahrnehmung, stellt.²¹

Der Erlass der Verbandsklagerichtlinie soll dementsprechend nochmal zum Anlass genommen werden, den in der Vergangenheit verlautbarten Ängsten, im Hinblick auf die „amerikanischen Verhältnisse“ im Allgemeinen sowie dem dort bestehenden kollektiven Rechtsschutzinstrument der modernen Gruppenklage im Besonderen einen nüchternen Blick entgegenzusetzen. Am Ende wird dabei die Erkenntnis stehen, dass die u. a. schon als Monster bezeichnete²² US-amerikanische *class action* in den letzten Jahrzehnten derart massiv angegriffen und in vielen Bereichen zurückgedrängt wurde, dass sie zu einem – insbesondere im Verbraucherschutz- und Arbeitnehmerkontext – zahnlosen Tiger mit wenig abschreckender Wirkung verkommen ist.

So hat, um nur ein paar einleitende Beispiele zu nennen, die in der *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*,²³ erfolgte restriktive Auslegung des *commonality*-²⁴ Erfordernisses einer Rule 23(b)(2) FRCP sog. *class action for final injunctive or declaratory relief*, dazu geführt, dass kaum mehr große grenzüberschreitende Diskriminierungsgruppenklagen, vor Gericht erhoben werden können.²⁵

Darüber hinaus hatte schon die Entscheidung in *Amchem Products, Inc. v. Windsor*,²⁶ dazu geführt, dass die Anforderungen an die Verfügung über die förmliche Zulassung (*class certification order*) erhöht wurden, in deren Folge sich das Potenzial der erdrückenden Wirkung einer grenzüberschreitenden deliktischen Gruppenklage erheblich abmilderte.²⁷ Jene deliktische Gruppenklage hatte es am Anfang nach ihrem Auftreten (potenziellen) Geschädigten, die von gefährlichen Produkten (Zigaretten, Asbest oder Silikonimplantaten) beeinträchtigt worden waren, umfassend ermöglicht, die Hersteller dieser Produkte auf Schadensersatzsummen zu verklagen, die jene nicht selten an den Rand der Existenz brachten.²⁸

²¹ Vgl. Kern/Uhlmann, ZEuP 2022, 849 (855 m.w.N.); Stadler, ZHR 182 (2018), 623 (651 ff.); Meller-Hannich, VbR 2021, 40 (44 f.); Fries, ZZP 134 (2021), 433 (433).

²² Siehe den Titel des ikonischen Aufsatzes eines Befürworters der *class action*, Miller, Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Myth, Reality, and the Class Action Problem, 92 Harv. L. Rev. 664 (1979).

²³ 564 U.S. 338 = 131 S.Ct. 2541 = 180 L.Ed.2d. 374 (2011).

²⁴ *Commonality of questions of law or fact* Rule 23(a)(2) FRCP, siehe dazu unten 1. Teil Kapitel 2 § 2 A. V. 7. b) bb), S. 51.

²⁵ Vgl. *Coffee*, Entrepreneurial Litigation, S. 127 ff., 136; vgl. dazu unten 1. Teil Kapitel 2 § 2 A. V. 7. b) bb), S. 51 ff.

²⁶ 521 U.S. 591 (1997).

²⁷ *Coffee*, Entrepreneurial Litigation, S. 112 ff., 114.

²⁸ *Coffee*, Entrepreneurial Litigation, S. 53, 95 ff.; Gilles, 2016 U. Ill. L. Rev. 371, 396 (2016).

Letztlich erteilte die grenzüberschreitenden Gruppenklagen durch die *A-chem Products, Inc. v. Windsor-* und *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*-Rechtsprechung des *Supreme Court* das in der amerikanischen Rechtskultur verbreitete Schicksal, dass auf eine liberale Entwicklung, die naturgemäß zunächst wenig Regulierung unterworfen und damit anfällig für eine extensive Anwendung ist – die teilweise auch an der Grenze zum Missbräuchlichen stehen kann – von Seiten des Gesetzgebers und der Justiz eine konservative Gegenbewegung folgt, die Barrieren in der Form von Gesetzgebung und Rechtsprechung errichtet, um ausufernden Auswüchsen Einhalt zu gebieten.²⁹

Ähnliches ereignete sich daneben auch im Bereich der sog. *securities class action*, sodass sich auch dieser Anwendungsbereich der Gruppenklage zunehmend verkleinert.³⁰ So wurde es 1970, nachdem Berufungsgerichte in den 60er Jahren erstmal anerkannten, dass die *Rule 10b-5 Securities Act of 1933* einen materiell-rechtlichen Individualanspruch, sog. *privat right of action* gewährte,³¹ üblich, *securities class action* anhängig zu machen, folgte auf einen schlechten sog. *financial release* ein signifikanter Wertverlust der Aktie sog. *stock drop cases*.³² 1980 vollzog sich sodann ein regelrechter exponentieller Anstieg ihrer Verwendung, was auf eine liberale *Supreme Court*-Rechtsprechung zurückgeführt werden kann.³³ Jene etablierte iVm dem zivilprozessualen *notice pleading*³⁴ lediglich minimale Anforderungen, um eine Gruppenklage anhängig machen zu können. Dadurch wurde es einer geschäftstüchtigen und spitzfindigen Anwaltschaft erleichtert, ihr Geschäftsmodell darauf zu begründen, worunter die Unternehmerschaft zunehmend ächzte. Naturgemäß folgte darauf massiver Lobbyismus von Seiten der *business community*, die eine Kampagne gegen die aus ihrer Sicht erpresserischen und damit „*frivolous suits*“ anstregte, welche mithilfe des zu dieser Zeit konservativ ausgerichteten *Congress* im *Private Securities Litigation Reform Act of 1995* [PSLRA] mündete.³⁵ Dieser beschnitt die Verfügbarkeit der *securities*

²⁹ Instruktiv zu diesem Phänomen in unterschiedlichen Bereichen *Coffee*, *Entrepreneurial Litigation*, S. 13 f., 15 f.; *Mullenix*, 64 *Emory L. J.* 399, 403 (2014); *Buxbaum*, in: *Mansel/Dauner-Lieb/Henssler* (Hrsg.), *Zugang zum Recht*, 2008, S. 91 (106).

³⁰ *Buxbaum*, in: *Mansel/Dauner-Lieb/Henssler* (Hrsg.), *Zugang zum Recht*, 2008, S. 91 (99 ff.).

³¹ *Coffee*, *Entrepreneurial Litigation*, S. 59, 252 Fn. 19, S. 63 f.; vgl. *Buxbaum*, in: *Mansel/Dauner-Lieb/Henssler* (Hrsg.), *Zugang zum Recht*, 2008, S. 91 (92).

³² *Coffee*, *Entrepreneurial Litigation*, S. 141.

³³ *Coffee*, *Entrepreneurial Litigation*, S. 16.

³⁴ Vgl. *Reiling*, *Discovery-Verfahren*, S. 12 f.; *Buxbaum*, in: *Mansel/Dauner-Lieb/Henssler* (Hrsg.), *Zugang zum Recht*, 2008, S. 91 (96).

³⁵ *Gilles*, 2016 *U. Ill. L. Rev.* 371, 396 (2016); *Buxbaum*, in: *Mansel/Dauner-Lieb/Henssler* (Hrsg.), *Zugang zum Recht*, 2008, S. 91 (99 ff., 106).

class action, indem er u. a. die *pleading standards* erhöhte womit es schwerer und vor allem teurer wurde, eine *securities class action* anhängig zu machen.³⁶

Derartige Fluktuationen zwischen liberalen und konservativen Bewegungen und Gegenbewegungen sind der US-amerikanischen Rechtspolitik immanent und resultiert daraus, dass die USA zwischen den zwei großen politischen Parteien gespalten sind, wobei die Demokraten traditionell der sog. *plaintiff's bar* und die Republikaner der sog. *defense bar* respektive der *business community* nahestehen und von ihnen nicht zuletzt umfassend finanziell unterstützt werden.³⁷

Das Hauptaugenmerk dieser Arbeit liegt jedoch in der Darstellung der dramatischsten Entwicklung im Hinblick auf die Verfügbarkeit der sog. *consumer* und *employment class action* und damit in einem Bereich, in dem gerade der Möglichkeit, mittels der Gruppenverfahren *negative value claims* zu bündeln, besondere Bedeutung beikommt.³⁸ So zählt zu den größten Herausforderungen der US-amerikanischen Gruppenklage, im Verbraucher-, Arbeitnehmer- und Kleinunternehmerkontext, die in vertraglichen Rechtsverhältnissen mit eben jenen vulnerablen Gruppen umfassende Verwendung von sog. *mandatory arbitration agreements*, bestehend aus Schiedsvereinbarungen (*arbitration agreements*) in standardisierten Verträgen (*contract of adhesion*).³⁹ Diese Schiedsvereinbarungen in *contract of adhesion* sind durch die Rechtsprechung des *Supreme Court* der letzten Jahrzehnte in Bereichen von Finanzdienstleistungs-, Telekommunikations-, Arbeitsverträgen etc. für vollumfänglich wirksam befunden worden und schließen damit den Zugang zur staatlichen Gerichtsbarkeit im Allgemeinen und damit auch der staatlichen Gruppenklage im Besonderen aus.⁴⁰

Verschärft wird diese Situation dadurch, dass zusätzliche sog. *remedy stripping clauses*⁴¹ idF von sog. *class arbitration waiver* in die Schiedsvereinbarung,

³⁶ *Coffee*, *Entrepreneurial Litigation*, S. 78; *Buxbaum*, in: Mansel/Dauner-Lieb/Henssler (Hrsg.), *Zugang zum Recht*, 2008, S. 91 (99ff.).

³⁷ *Coffee*, *Entrepreneurial Litigation*, S. 16; *Buxbaum*, in: Mansel/Dauner-Lieb/Henssler (Hrsg.), *Zugang zum Recht*, 2008, S. 91 (106).

³⁸ So auch *Glover*, 53 *Wm. & Mary L. Rev.* 1137, 1170 (2012).

³⁹ Instruktiv *Miller*, 19 *Theoretical Inq. L.* 1, 28ff. (2018); *Coffee*, *Entrepreneurial Litigation*, S. 2 „[T]he Court [...] made arbitration provisions in standard form contracts an insurmountable barrier to litigation in court.“ und S. 7 „Congress and the courts have [...] allowed defendants to escape the judicial system entirely for arbitration systems that effectively foreclose the ‚negative value‘ claimant.“; *Gilles*, 2016 *U. Ill. L. Rev.* 371, 397 (2016); *Murray*, in: Gesellschaft für Rechtspolitik (Hrsg.), *Bitburger Gespräche in München* Bd. 6, 2016, S. 27 (38), „diese Entwicklung hat mehr als irgendetwas anderes die Effektivität von private law enforcement in vielen Bereichen des Rechts- und Wirtschaftssystems der USA ausgehöhlt.“; *Thönissen*, *ZZPInt* 23 (2018), 315 (317f.); schon *Buxbaum*, in: Mansel/Dauner-Lieb/Henssler (Hrsg.), *Zugang zum Recht*, 2008, S. 91 (103).

⁴⁰ So auch *Thönissen*, *ZZPInt* 23 (2018), 315 (316, 318); *Miller*, 19 *Theoretical Inq. L.* 1, 28 (2018).

⁴¹ *Schwartz*, 38 *U.S.F. L. Rev.* 49 (2003); *Sternlight*, 57 *Stan. L. Rev.* 1631, 1641f. (2005).

die eben in *contract of adhesion* enthalten ist, mitaufgenommen werden, womit darüber hinaus nunmehr auch die Möglichkeit des Gruppenschiedsverfahrens (*class arbitration*) wirksam ausgeschlossen werden kann.⁴² Damit haben *negative value claims* – auch *small-dollar claims* genannt – auch auf der Schiedsgerichtsbarkeitsebene keine wirtschaftlich realisierbare Möglichkeit mehr, durchgesetzt zu werden.

Im Laufe der Erarbeitung dieses Befundes gilt es dabei stets, die US-amerikanischen Eigenheiten zu beachten:

Zum einen, dass das nationale US-amerikanische Schiedsrecht grundlegend anders ausgestaltet ist als das deutsche. So hat das Schiedsrecht dem Normenpluralismus der USA entsprechend zwei Rechtsquellen: einerseits den *Federal Arbitration Act* [FAA], d.h. ein Bundesrecht, und andererseits das jeweilige Schiedsrecht der Gliedstaaten, d.h. Landesrecht – vgl. z.B. *California Arbitration Act* [CAA].

Zum anderen sollte sich vergegenwärtigt werden, dass die Entwicklung hin zum quasi Ende der *consumer* und *employment class action* durch die umfassende Vertragsfreiheit in den USA bedingt wurde,⁴³ in deren aggressivster Ausformung es als gemeinwohlfördernd angesehen wird, dass *contract of adhesion* umfassend – d.h. ohne Rücksicht darauf, dass die Verbraucher und Arbeitnehmer mit ungleicher Verhandlungsmacht ausgestattet sind⁴⁴ – wirksam sind und denen auch außerhalb der Besonderheiten des nationalen US-amerikanischen Schiedsrechts nur sehr begrenzt auf gliedstaatlicher Ebene etwas mittels den allgemeinen *contract law* Theorien idF von Drohung (*duress*)⁴⁵, Betrug (*fraud*), und Unbilligkeit (*unconscionability*) entgegengehalten werden kann. Im Kern steht dabei das in den USA ausgeprägte Vertrauen in das Regulative des Marktes.

Voller Aufmerksamkeit bedarf jedoch der Umstand, dass Schiedsvereinbarungen zwar dogmatisch als materiell-rechtliche Verträge eingeordnet werden,⁴⁶ wonach sich deren Zustandekommen und Wirksamkeit grds. nach dem jeweiligen gliedstaatlichen *contract law* der fünfzig Bundesstaaten richten würde, der *Supreme Court* nach seiner über die letzten vierzig Jahre geschaffenen sog. *arbitration jurisprudence* derzeit aber die Auffassung vertritt, dass der bundesrechtliche FAA sowohl andere Bundesrechte (*federal statutory rights*) [TILDA, *Sherman Antitrust Act*, NLRA etc.] übertrumpft als auch dem Gliedstaatenrecht (*state statutory rights*), dabei insbesondere dem glied-

⁴² Vgl. *Miller*, 78 La. L. Rev. 739, 773 (2018).

⁴³ So auch *Schmitz*, 58 Ariz. L. Rev. 213, 217 (2016).

⁴⁴ *Miller*, 40 Cardozo L. Rev. 57, 89 (2018).

⁴⁵ Vgl. dazu *Lorenz*, in: Heldrich et al. (Hrsg.), Festschrift für Canaris, 2007, S. 777 (780).

⁴⁶ *Niedermaier*, Schieds- und Schiedsverfahrensvereinbarungen.

staatlichen *contract* und *common law*, in Bezug auf das Zustandekommen und die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarungen umfassend vorgeht bzw. sie aushebelt.⁴⁷ Diese US-amerikanischen Eigenheiten ermöglichen es sodann in ihrer kumulativen Gesamtheit den Unternehmen und Arbeitgebern, die Verfügbarkeit der *consumer* und *employment class action* massiv zurückzudrängen und sich wirksam und effektiv ihrer durch die Gruppenverfahren noch gesteigerten Haftungsverantwortung zu entziehen, womit sie sich faktisch de-regulieren können.⁴⁸

Da immer die Gefahr besteht, dass strukturelle Dynamiken, die sich in den USA im Hinblick auf Gruppenverfahren entwickelten, in einem gewissen Ausmaß auch in Deutschland in diesem Zusammenhang auftreten bzw. in der Zukunft auftreten können⁴⁹ – die USA sind und bleiben ein unverzichtbares Referenzobjekt für den deutschen Rechtskreis –, soll sodann die Entwicklung in den USA zum Anlass genommen werden einen Blick auf die im nationalen Kontext bestehenden oder noch auftretenden Gefahren im Hinblick auf die Zurückdrängung nationaler kollektiver Rechtsschutzinstrumente zu werfen. Die Umsetzung der Richtlinie 2020/1828/EU⁵⁰ über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher wird nur dann nachhaltigen Erfolg haben und einen Mehrwert für den Verbraucherschutz schaffen, wenn diese neu geschaffene Möglichkeit des kollektiven Rechtsschutzes nicht bereits präventiv umgangen oder konterkariert werden kann.

Gang der Untersuchung

Im ersten Teil sollen nach einer Begriffsbestimmung – allen voran betrifft dies den hinsichtlich unterschiedlicher Fallgestaltungen synonym verwendeten Begriff der *class action waiver*; Differenzierung tut hier not – zunächst die Grundzüge der *class action* und dabei deren gesamtprozessuale Einbettung einer eingehenden Betrachtung unterzogen werden.

Sodann bedarf es einer Einführung in die Problematik der *arbitration agreements* die als sog. *class action shield* fungieren, da sie den Zugang zur staatlichen Gerichtsbarkeit ausschließen. Hierbei wird besonderes Augenmerk auf die komplizierte Überlagerung von Landes- durch Bundesrecht ge-

⁴⁷ *Miller*, 40 *Cardozo L. Rev.* 57, 89 (2018).

⁴⁸ So auch *Miller*, 40 *Cardozo L. Rev.* 57 (2018).

⁴⁹ So auch *Buxbaum*, in: Mansel/Dauner-Lieb/Henssler (Hrsg.), *Zugang zum Recht*, 2008, S. 91 (92 Fn. 5).

⁵⁰ Richtlinie 2020/1828/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2020 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG; = Verbandsklagen-RL, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32020L1828&-from=DE> (zuletzt abgerufen am 30.12.2023).

legt. Dieses Zusammenspiel erschwert das Verständnis hinsichtlich der Zulässigkeit von Schiedsvereinbarungen in standardisierten Verträgen erheblich. Internationalverfahrensrechtliche Probleme im Hinblick auf die Anerkennungs- und Vollstreckungsfähigkeit von US-amerikanischen Schiedssprüchen (*arbitration award*) bleiben jedoch unberührt.⁵¹

Daran anschließend erfolgt eine Einführung in den Bereich der *class arbitration*, mittels derer ab 1980ern versucht wurde, die zunehmende Verbarrikadierung der Gerichtstüren für *negative value claims* durch *mandatory arbitration agreements* wieder zu öffnen.

Darauf aufbauend wird dargestellt, wie, dank der ausgeprägten Vertragsfreiheit in den USA, Vertragsverfasser sich von derartigen Bestrebungen wenig beeindruckt ließen und kurz nach dem Aufkommen der Gruppenschiedsverfahren begannen, auch diese Möglichkeit *negative value claims* zur mehr Durchsetzung zu verhelfen auszuschließen, indem sie in ihre *mandatory arbitration agreements* ausdrückliche Verzichtserklärungen in Bezug auf das Gruppenschiedsverfahren (*class arbitration waiver*) aufnahmen.

Dementsprechend liegt der Schwerpunkt der Arbeit auf der Darstellung, der sich dadurch ergebenden und ab 2011 vom *Supreme Court* in regelmäßigen Abständen zu beantwortenden Folgefrage, wann eine derartige ausdrückliche Verzichtserklärung innerhalb der standardisierten Schiedsvereinbarung wirksam und damit durchsetzbar ist. Augenmerk wird hier, u. a. auf die einzig im jeweiligen Landesrecht – da es an einem bundesrechtlichen Pendant fehlt –⁵² verankerte Unbilligkeitstheorie der sog. *unconscionability doctrine* gelegt, welche in Ansätzen der deutschen Sittenwidrigkeit ähnelt. So wurde stets versucht, u. a. diese Vorschrift heranzuziehen, um die Nichtigkeit der gesamten Schiedsvereinbarungen oder aber deren einzelner Vorschriften zu rechtfertigen, sodass in vertraglichen Rechtsverhältnissen der staatliche Gerichtsweg oder zumindest das Gruppenschiedsverfahren wieder zur Verfügung steht.⁵³ Bei keiner der spektakulärsten Entscheidungen der vergangenen Jahre, die sich mit dieser Frage befassten, waren entsprechende Versuche dabei jedoch erfolgreich,⁵⁴ da der bundesrechtliche FAA durch die Rechtsprechung des *Supreme Court* einen umfassenden Anwendungsvorrang vor landesrechtlichen Grundsätzen genießt. Mangels bundeseinheitlichen Vertragsrechts – *contract law* ist *state law* – gilt der sich aus der *Supremacy Clause* speisende Grundsatz, Bundesrecht bricht Landesrecht, auch im Privatrecht.

Nach einer, so viel kann bereits an dieser Stelle vorweggenommen werden, ernüchternden Bestandsaufnahme werden Reformbestrebungen der Vergangenheit und der Gegenwart aufgezeigt sowie die Folgen dieser Rechtspre-

⁵¹ Instrukтив *Thönissen*, ZZPInt 23 (2018), 315 (326f.).

⁵² *Resnik*, 124 Yale L. J. 2804, 2885 (2015); *Orgel*, Class Arbitration. S. 129.

⁵³ *Thönissen*, ZZPInt 23 (2018), 315 (319).

⁵⁴ Vgl. *Resnik*, 124 Yale L. J. 2804, 2840 (2015).

chung, die die Verfügbarkeit der *consumer* und *employment class action* umfassend begrenzt, beleuchtet und ein Handlungsvorschlag gewagt.

Im zweiten Teil wird sodann aufgrund dieser Analyse zu beleuchten sein, inwiefern es starker präventiver Schutzvorkehrungen im deutschen Recht bedarf, damit kollektiver Rechtsschutz in seiner Verfügbarkeit nicht einseitig begrenzt werden kann.

Erster Teil

**Kollektiver Rechtsschutz und Abwehrstrategien
in den USA**

Sachverzeichnis

- Abtretungsverbot 265, 317, 326 ff., 331 ff., 352
- Adequacy of representation *siehe* class action
- Allgemeine Geschäftsbedingungen
 - Contract of adhesion *siehe* standardisierte Verträge
 - Deutsche AGB 73, 76, 78, 81, 85, 87, 273 f., 299, 330 ff., 338, 341, 349
- American Arbitration Association (AAA) 110 f., 120, 124, 127, 206, 221 f., 242
- American Law Institute 258
- American Rule 2, 33, 225, 252
- Arbitration award *siehe* Schiedsspruch
- AT&T Mobility LLC v. Concepcion 145 ff., 171
- Auslegungsregeln 99, 120, 127, 132, 212
 - Ambiguous provision 130 ff., 134, 184
 - Contra proferentem doctrine 131 f.
 - Reasonable expectations doctrine 110, 113 f.
- Autonomie
 - Privat- 71, 163
- Beweislast 45, 47
- Bifurcation *siehe* class action
- Bills of peace with multiple parties 27
- Civil Justice Reform 216
- Civil-Rights-Movement 33
- Class action
 - Adequacy of representation 53
 - Benachrichtigung *siehe* notice
 - Bifurcation 61
 - Class action waiver *siehe* Schiedsvereinbarungen
 - Class certification 36, 42 ff.,
 - Class certification decision 18 f., 47 ff., 56 ff., 62
 - Class certification order 3, 25, 36 f., 42, 44 ff., 55, 57
 - Class representative 15, 18, 37, 50
 - Commonality 3, 48, 51 ff.
 - Consolidation 56,
 - Consumer und employment class action 5 ff., 250, 348
 - Gruppenanwalt *siehe* class counsel
 - Impracticability 51 f.
 - Notice 58 ff.
 - Notice pleading 4, 34, 37
 - Opt-out 57, 59 ff., 85, 188, 301
 - Predominance 44, 52 f., 55, 65
 - Procedural device 32 ff., 36, 56
 - Putative class action 34, 37, 57, 123, 130, 192
 - Reformbestrebungen 31, 33, 35, 180, 216, 225, 240, 246 ff., 248, 255, 257, 258, 348
 - Securities class action 4 f., 254 ff.
 - Settlement class action 46 ff., 57, 59 ff.
 - Standalone class action waiver 15 ff., 23
 - Standing 48 f.
 - Subclass 18, 45, 56
 - Superiority 56
 - Typicality 49, 53
 - Class Action Fairness Act 32, 35
 - Class arbitration
 - Benachrichtigung *siehe* notice
 - Consolidation of arbitration proceedings 111 f., 117, 123
 - Hybrid model 113, 144, 164, 205
 - Class counsel 45, 47, 56, 58 ff.
 - Commerce Clause 99, 210
 - Common Law 7, 23 f., 251 ff., 261

- Complex Litigation 38 ff.
 Consent judgment 46
 Consent theory 58
 Contingent fee arrangement *siehe*
 Erfolgshonorar
 Contract law 6, 71 ff., 84 f., 90, 100, 114,
 143, 160, 214, 258
 Contract of adhesion *siehe* Allgemeine
 Geschäftsbedingungen
 Court of Chancery 26 f., 76

 Day in court 32, 216, 235
 Democratized market 2, 207, 347
 Due process 32, 54, 58, 112, 217 f., 223

 Effective vindication of statutory rights
 doctrine 122, 165, 173, 175 f., 178 f.,
 231
 Eisen v. Jacquelin 47, 59
 Erfolgshonorare 2, 61

 Federal Arbitration Act 6, 16, 66, 94,
 204, 249
 - Anwendungsbereich 66 f., 88 ff., 91 f.,
 93 ff.
 Federal policy favoring arbitration 90,
 99 f., 179, 212, 238, 258

 Group proceedings 13, 70
 Gruppenschiedsverfahren *siehe* class
 arbitration

 Individualklage 37, 51, 54 f., 227, 247,
 254 f., 262, 298, 308
 Interlocutory appeal 19, 57 ff., 60
 Interpleader
 Interstate Commerce 66 f., 101, 163

 Judicial management 62
 Jury trial 62, 217 f.

 Kartellrecht
 - USA 2, 18, 55, 103, 168, 169, 172 ff.
 - Deutschland 292, 300 ff.
 KMU 324 ff.
 Klagebefugnis
 - USA *siehe* standing
 - Deutschland 271, 276, 284, 293, 301

 Kollektive Rechtsschutzinstrumente
 262 f., 265, 270, 273 ff., 294, 301
 Kompetenz-Kompetenz 108

 Mandatory arbitration agreements 5, 8,
 18, 70, 205 f., 209, 213, 218, 220, 240,
 243, 249 f., 251 f., 260
 Manifest disregard of the law 125
 Manual for Complex Litigation 39,
 41 f.
 Mass torts 33 f.
 Mehrparteischiedsverfahren
 - Multiparty arbitration 20
 Missbrauchspotenzial 34 f., 62
 Motion to compel arbitration 15, 130,
 231
 Motion to dismiss 63, 193, 234
 Musterfeststellungsklage 294, 311, 315

 Named plaintiff 18, 37, 50 f., 53
 Negative value claims 2, 5 f., 33, 69, 107,
 112, 114, 133, 143, 145, 162, 205, 220,
 223, 226 f., 231, 253 f., 256, 262, 347,
 350
 Negotiation class certification 57
 Notice pleading *siehe* class action

 Opt-out *siehe* class action

 Preemption 89, 93, 100, 147, 210 ff.
 Private attorney general 2, 182, 230
 Private law enforcement 1 f., 204, 230,
 231, 252, 257, 260, 347 ff.

 Rationales Desinteresse 37, 152, 157,
 162, 209, 226, 280, 282
 Rechtskrafterstreckung 30 ff., 58 ff.
 Rechtsverfolgungskapitalgesellschaften
 208, 292 ff., 317, 326
 Remedy stripping clauses 5, 138, 142,
 148
 Repeat player 80, 222, 225
 Representative suits 28 f.
 Res-judicata-Wirkung 30
 Ryanair 330 ff.

 Schiedsklausel 17, 20, 106, 120
 Schiedsrichter 22, 72, 97, 113, 119 f., 125

- Schiedsspruch 8, 72, 161, 223 f., 260
- Clause construction award 120, 124, 129
- Schiedsvereinbarungen
- Anti-severability provision 146, 183, 190 ff., 214
 - Arbitration clause *siehe* Schiedsklausel
 - Class action shield 7, 17, 19, 107, 108 ff., 250
 - Consolidation 111 f.
 - Doppeldeutige Schiedsvereinbarung *siehe* ambiguous provision
 - Gleichwertigkeit 218 ff.
 - Mandatory arbitration agreements 5, 8, 18, 70, 205 ff., 213
 - Schutzschild 180
 - Schweigende (silent) 22, 115 ff., 133 f., 237
 - Unconscionability doctrine *siehe* unconscionability doctrine
 - Wortlautgetreue Auslegung 184 ff., 197 ff., 211, 212 ff., 243
- Small-dollar claims 6, 134, 160
- Standardisierte Verträge
- Contract of adhesion 71 ff., 96, 101 f., 105 ff., 115, 133, 138 ff., 145, 154, 159 ff., 178 f., 189, 206 ff., 214, 217 f., 224, 227, 248 ff., 256 ff.
- Streuschäden 160, 188, 278 ff., 302, 308, 347
- Subclass *siehe* class action
- Supremacy Clause 8, 93, 97, 186
- Supreme Court
- Justices 215 ff.,
 - Plurality opinion 119, 121 ff., 125
- Trump 180, 215 f., 232, 239 ff., 246, 248
- Unconscionability doctrine 8, 76, 89 ff., 105, 144 f., 163, 259
- Procedural 79, 81 ff., 151 ff., 214
 - Substantive 79, 82 ff., 151 ff., 214
- U.S. Constitution 32, 54, 93
- Verbraucher
- Homo oeconomicus 208
 - Schutz 3, 7, 106, 146, 163, 257 ff., 261 ff.
 - Von Waren und Dienstleistungen 220, 231, 247, 257
- Wal-Mart v. Dukes 3 f., 47, 52
- Zugang zum Recht 33, 70, 112, 144, 162, 221, 227, 230, 252, 282, 330, 343, 347 ff.
- Zweck des Zivilprozess 271 ff.