

KARL OLE RINCK

Streuschadensbekämpfung
in Anwendung der
Cy-Pres-Doktrin

*Veröffentlichungen
zum Verfahrensrecht
198*

Mohr Siebeck

Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht

Band 198

herausgegeben von

Rolf Stürner



Karl Ole Rinck

Streuschadensbekämpfung in Anwendung der Cy-Pres-Doktrin

Ein Vorschlag auf rechtsvergleichender Basis zur
Umsetzung der Verbandsklagerichtlinie in das
deutsche Recht

Mohr Siebeck

Karl Ole Rinck, geboren 1994; Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Konstanz; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Konstanz; Rechtsreferendariat am Landgericht Stuttgart.

Gefördert durch die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG) – 429842187

ISBN 978-3-16-162433-9 / eISBN 978-3-16-162597-8

DOI 10.1628/978-3-16-162597-8

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

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

© 2023 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 gesetzt und von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Meiner Familie und Amelie

Vorwort

Die diesen Worten nachfolgende Arbeit wurde im Sommersemester 2022 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Konstanz als Dissertation angenommen. Legislatur, Rechtsprechung und Literatur konnten bis zum Frühjahr 2022 berücksichtigt werden. Sowohl die Entstehung als auch die Veröffentlichung dieser Arbeit wurden von der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG) im Rahmen des Projekts „Schaden ohne Kompensation – Kompensation ohne Schaden“ gefördert.

Mein Dank gilt zuvorderst meiner Doktormutter, Frau Professor Dr. Astrid Stadler. Die freundliche Aufnahme und Einbindung an ihren Lehrstuhl bereits in meinen frühen Studienjahren, ihre bereitwillige Unterstützung und Förderung sowie der fortwährende Austausch mit ihr waren nicht nur für das Entstehen dieser Arbeit, sondern auch für meinen gesamten bisherigen juristischen Werdegang maßgeblich. Ihr verdanke ich darüber hinaus die Einbindung in das von ihr konzipierte oben benannte DFG-Projekt. Weder fachlich noch menschlich hätte ich mir eine bessere Betreuung wünschen können.

Bedanken möchte ich mich zudem bei Herrn Professor Dr. Michael Stürner, M.Jur. (Oxford) für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens sowie die überaus hilfreichen und sehr willkommenen Anmerkungen, die beinahe vollständig in die Endfassung dieser Arbeit übernommen werden konnten.

Die vorliegende Arbeit ist zwar zu großen Teilen in den Jahren der Coronapandemie, dennoch aber alles andere als eremitisch entstanden. Für den fachlichen und menschlichen Austausch danke ich den Kollegen am Lehrstuhl Stadler sowie am Fachbereich Rechtswissenschaft, insbesondere Herrn Dr. Christian Krüger, Frau Magdalena Behmann, Frau Gabi Reichle sowie meinem langjährigen Weggefährten Ludwig Leon Gegenfurtner. Letztgenanntem zudem für die aufmerksame und fast schon akribische Durchsicht des Manuskripts. Ein weiterer Dank gebührt Herrn Dr. Per Hendrik Heerma, der nie müde wurde, mich daran zu erinnern, dass auch ökonomische Erwägungen ihren verdienten Platz in der juristischen Denk- und Arbeitsweise haben.

Herzlich bedanken möchte ich mich abschließend bei den Personen, ohne deren vorbehaltlosen Rückhalt diese Arbeit nie entstanden wäre. Bei mei-

nen Eltern für die Unterstützung in jeglicher Hinsicht, bei meiner Schwester für die langen Gespräche unter Doktorandenkollegen und bei meiner Freundin Amelie für ihre Geduld, ihren Zuspruch und ihre ansteckende positive Sichtweise auf die Dinge. Ihnen ist die Arbeit gewidmet.

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	XI
Teil 1 Einführung, Grundlagen	1
A. <i>Einleitung, Gang der Untersuchung</i>	1
B. <i>Streuschäden; Definition und Abgrenzung</i>	5
C. <i>Die rationale Passivität – Ursache für die unzureichende individuelle Geltendmachung von Streu- und Bagatellschäden</i>	7
D. <i>Auswirkungen von Streuschäden – Implikationen für deren Steuerung</i>	13
E. <i>Für Streuschäden besonders anfällige Personengruppen, Sach- und Rechtsgebiete – Untersuchungsgegenstand</i>	17
Teil 2 Bestehende Instrumente zur Steuerung von Streuschäden in Deutschland – Darstellung und Bewertung	23
A. <i>Privatrechtliche Instrumente</i>	23
B. <i>Verwaltungsrechtliche Instrumente</i>	113
C. <i>Strafrechtliche Instrumente – Die Einziehung von Taterträgen §§ 73–73e StGB</i>	137
D. <i>Fazit – Aktuelle Möglichkeiten zur Streuschadenssteuerung in Deutschland</i>	142
E. <i>Ausblick – Die europäische Verbandsklagerichtlinie, a New Hope?</i>	143
Teil 3 Die U.S.-amerikanische Class Action – Feindbild oder Vorbild?	173
A. <i>Allgemeines, Untersuchungsgegenstand</i>	173
B. <i>Entwicklung und Bedeutung der Class Action in den U.S.A.</i>	175
C. <i>Die Class Action auf Schadensersatz – Ausgewählte Aspekte</i>	178

D. <i>Alternativen zur individuellen Schadensauskehr an die Geschädigten</i>	248
E. <i>„Class Action with Brakes“ – Cy Pres im Rahmen der englischen Gruppenklage im Kartellrecht</i>	328
 Teil 4 Effektive Streuschadensbekämpfung – Umsetzung der Vorgaben der Verbandsklagerichtlinie in Anwendung der Cy-Pres-Doktrin	 347
A. <i>Anforderungen an eine effektive Streuschadensbekämpfung – Bezugnahme auf die Erkenntnisse aus den ersten drei Teilen der Arbeit</i>	347
B. <i>Bestehende Umsetzungsvorschläge</i>	349
C. <i>Konzeption eines effektiven Verbandsklagesystems unter Implementierung der Cy-Pres-Doktrin</i>	367
 Teil 5 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	 439
 Literaturverzeichnis	 443
 Anlagen	 467
 Sachregister	 501

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht	IX
Teil 1 Einführung, Grundlagen	1
A. Einleitung, Gang der Untersuchung	1
B. Streuschäden; Definition und Abgrenzung	5
C. Die rationale Passivität – Ursache für die unzureichende individuelle Geltendmachung von Streu- und Bagatellschäden	7
D. Auswirkungen von Streuschäden – Implikationen für deren Steuerung	13
E. Für Streuschäden besonders anfällige Personengruppen, Sach- und Rechtsgebiete – Untersuchungsgegenstand	17
Teil 2 Bestehende Instrumente zur Steuerung von Streu- schäden in Deutschland – Darstellung und Bewertung	23
A. Privatrechtliche Instrumente	23
I. Klagen von Verbänden und qualifizierten Einrichtungen	23
1. Die Verbandsklage und ihre Akteure	23
a) Die Verbandsklage, ein deutscher Reimport	23
b) Die Gruppen der klagebefugten Verbände und Einrichtungen	25
aa) Die qualifizierten Einrichtungen	26
bb) Die (qualifizierten) Wirtschaftsverbände / Die Industrie-, Handels- und Handwerkskammern	29
c) Erhebliche Finanzierungsprobleme der Verbände	31
aa) Streitwerte und Kostentragungsregelungen	32
bb) Unzureichende Kostenerstattung	35
cc) Folgen und Ursachen der Unterfinanzierung	39
2. Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche	42
a) Ansprüche nach dem UKlaG	43
aa) Allgemeines	43

bb) § 1 UKlaG	43
cc) § 2 UKlaG	47
b) Ansprüche aus § 8 UWG	50
aa) Allgemeines	50
bb) Die einzelnen Verbotstatbestände und ihre Relevanz für Streuschäden	52
cc) Anspruchsinhalt – Entschädigung der Verletzten in Geld?	54
c) Ansprüche aus § 33 GWB	56
aa) Allgemeines	56
bb) Streuschadensträchtigkeit des Kartellrechts im Allgemeinen	57
cc) Die Rolle der Ansprüche aus § 33 GWB bei der Bekämpfung von Streuschäden	58
3. Abschöpfungsansprüche	59
a) § 10 UWG	60
aa) Allgemeines	60
bb) Der misslungene Tatbestand	62
(1) Der vorsätzliche Wettbewerbsverstoß	62
(2) Vielzahl von Abnehmern	65
(3) Zu Lasten	66
(4) Gewinn	69
cc) Die Rechtsfolge – Auskehr an den Bundeshaushalt	74
b) § 34a GWB	77
aa) Allgemeines, praktische Relevanz	77
bb) Der vorsätzliche Verstoß im Sinne des § 34 Abs. 1 GWB	78
cc) Subsidiarität	79
dd) Zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern und Anbietern	79
ee) Wirtschaftlicher Vorteil	81
ff) Die Rechtsfolge – Auskehr an den Bundeshaushalt	82
4. Die Einziehungsklage nach § 79 Abs. 2 Nr. 3 ZPO	83
5. Die Musterfeststellungsklage	84
a) Historisches, Entwicklung, Ziele	84
b) Überblick über den Ablauf des Verfahrens	85
c) Kritikpunkte, Untauglichkeit für die Streuschadens- bekämpfung	86
6. Zwischenfazit – Die Bedeutung von Verbandsklagen für die Streuschadensbekämpfung in Deutschland	90
II. Das Kapitalanlegermusterverfahren nach KapMuG	91
III. Rechtsdienstleistungsplattformen	93
1. Plattformmodelle	94
a) Formularausfüllungshilfen	94
b) Automatisiertes Prüfungsverfahren und Weitergabe an Vertragsanwälte	95

c)	Ermächtigung zur außergerichtlichen Durchsetzung auf Provisionsbasis	96
d)	Sofortkauf von Forderungen zu einem Festpreis, sog. (echtes) Factoring	97
e)	Inkassoession auf Provisionsbasis mit Prozessfinanzierung.	98
2.	Rechtliche Problemfelder	99
a)	Eingabemasken und „Entschädigungsrechner“ als Rechtsdienstleistungen nach § 2 Abs. 1 und 2 RDG	99
b)	Sonstige Überschreitungen der Inkassoerlaubnis, klarere Abgrenzung zwischen §§ 2 und 5 RDG n.F.	102
c)	Zulässigkeit der Vereinbarung eines Erfolgshonorars	104
d)	Interessenkollisionen iSd § 4 RDG	106
aa)	Die Prozessfinanzierung als weitere Leistungspflicht	108
bb)	Leistungspflicht gegenüber den anderen Kunden	110
3.	Fazit und Ausblick	112
B.	Verwaltungsrechtliche Instrumente	113
I.	Maßnahmen der Kartellbehörden	114
1.	Maßnahmen der deutschen Kartellbehörden	114
a)	Bußgelder nach den §§ 81 ff. GWB	115
aa)	Anknüpfungstatbestände im Rahmen des § 81 GWB	115
bb)	Bemessung der Geldbuße	115
cc)	Bonusregelungen und Settlements	119
b)	Vorteilsabschöpfung durch die Kartellbehörde, § 34 GWB	119
aa)	Allgemeines, Geschichte, Relevanz	119
bb)	Voraussetzungen und Rechtsfolge	120
c)	Abstellungsverfügungen nach § 32 GWB – insbesondere Rückerstattungsanordnung nach § 32 Abs. 2a GWB	121
aa)	Historische Entwicklung, Grundlagen	121
bb)	Funktionsweise der Rückerstattungsanordnung	123
cc)	Verhältnis der Rückerstattungsanordnung zu anderen Rechtsbehelfen	125
d)	Einziehung von Taterträgen gem. § 29a OWiG	126
2.	Maßnahmen der Kommission	127
a)	Bußgelder nach Art. 23 VO 1/2003	127
aa)	Bemessung der Geldbuße	127
bb)	Kooperation mit der Kommission, Kronzeugenregelung und Vergleichsverfahren	129
b)	Feststellung und Abstellung von Zuwiderhandlungen, Art. 7 VO 1/2003	130
3.	Zwischenfazit – Unverzichtbarkeit der behördlichen Instrumente zur Streuschadensbekämpfung im Kartellrecht	131

II.	Die behördliche Durchsetzung des Datenschutzrechts	132
1.	Allgemeines, Aufsichtsbehörden, Aufgaben	132
2.	Abhilfebefugnisse	133
3.	Geldbußen	135
4.	Zwischenfazit	137
C.	<i>Strafrechtliche Instrumente – Die Einziehung von Taterträgen</i>	
	§§ 73–73e StGB	137
I.	Relevanz für Streuschäden, Funktion, Folgen der Reform vom 01.07.2017	137
II.	Verhältnis zu anderen Instrumenten	140
III.	Folgen der Einziehung, Verwendung des abgeschöpften Vermögens	141
D.	<i>Fazit – Aktuelle Möglichkeiten zur Streuschadenssteuerung in Deutschland</i>	142
E.	<i>Ausblick – Die europäische Verbandsklagerichtlinie, a New Hope?</i>	143
I.	Hintergrund, Überblick	143
II.	Klagebefugte Einrichtungen	147
III.	Anwendungsbereich und Zulassungsvoraussetzungen	150
IV.	Klageinhalte	151
1.	Vom einheitlichen Ansatz der Kommission zum dualistischen Modell der endgültigen Richtlinie	151
2.	Unterlassungsentscheidungen	155
3.	Abhilfeentscheidungen	156
a)	Verfahrensgestaltung	157
b)	Rolle der Verbraucher	158
c)	Schadensberechnung, -nachweis und -verteilung	160
V.	Vergleiche	163
VI.	Beweismittel	164
VII.	Kosten und Finanzierung	165
VIII.	Parallelverfahren, Verjährungshemmung und Bindungswirkung	169
IX.	Fazit	172

Teil 3 Die U.S.-amerikanische Class Action – Feindbild oder Vorbild?	173
A. <i>Allgemeines, Untersuchungsgegenstand</i>	173
B. <i>Entwicklung und Bedeutung der Class Action in den U.S.A.</i>	175
C. <i>Die Class Action auf Schadensersatz – Ausgewählte Aspekte</i> . . .	178
I. Die verschiedenen Alternativen der Class Action nach Rule 23(b)	178
II. Geschriebene und ungeschriebene Voraussetzungen nach Rule 23(a)	182
III. Die besonderen Voraussetzungen nach Rule 23(b)(3)	192
1. Predominance	192
2. Superiority	195
3. Ermessenslenkende Faktoren	198
4. Berechnung und Nachweis des individuellen Schadens	202
IV. Die Zulassungsentscheidung im Rahmen des Verfahrensablaufs	207
V. Die Gruppenmitglieder und ihre Vertretung durch den Gruppenanwalt	211
1. Die abwesenden Gruppenmitglieder	211
a) Das Benachrichtigungsverfahren	212
b) Möglichkeiten der aktiven Teilnahme am Prozess	216
2. Der Gruppenanwalt	219
VI. Die Beendigung der Class Action, der Vergleich und sein Inhalt	224
1. Urteil oder Vergleich?	224
2. Ablauf des Vergleichsverfahrens und gerichtliche Kontrolle .	225
3. Inhalt und Folgen des Vergleichs	232
a) Typischer Vergleichsinhalt	232
b) Verteilung des Geldschadensersatzes	235
4. Geldwerter Schadensersatz, <i>in-kind relief</i>	237
VII. Kosten	241
VIII. Zwischenfazit	247
D. <i>Alternativen zur individuellen Schadensauskehr an die Geschädigten</i>	248
I. Die Problematik – Erfolgreiche Schadensverteilung nach Vergleichen, Anwendbarkeit in streitigen Verfahren	248
II. Die Möglichkeiten, Begrifflichkeiten und ihre Anwendungsgebiete	249
III. Die Implementierung der Methoden im Kontext der U.S. Class Action und ihr historischer Ursprung	252

IV.	Die Formen im Vergleichskontext	259
1.	Full Cy Pres und residual Cy Pres	259
a)	Unterschiede und Gemeinsamkeiten	259
b)	Kritik	263
aa)	Zweifel an der Vereinbarkeit mit Bundes- und Verfassungsrecht	264
bb)	Bedenken bezüglich der Angemessenheit und Gerechtigkeit	271
cc)	Kritik an der konkreten Anwendung und Ausgestaltung	274
(1)	Die Rolle des Gruppenanwalts	275
(2)	Die Rolle des Beklagten	279
(3)	Die Rolle der Gerichte	280
(4)	Zwischenfazit, Beeinflussung durch die Empfängerorganisationen	282
c)	Anwendungsvoraussetzungen	283
aa)	Verteilung an die Geschädigten ist unwirtschaftlich oder unmöglich	284
bb)	Nexus	286
cc)	Anforderungen an die begünstigte Organisation	296
d)	Fazit, Vorteile der Cy-Pres-Verteilung	300
2.	Fluid Recovery	302
3.	Pro Rata Distribution	305
4.	Escheat to the Government	308
5.	Keine echte Alternative, Reversion an den Beklagten	313
V.	Keine Anwendung der alternativen Verteilungsmethoden in streitigen Verfahren	316
VI.	Rechtsprechung und Gesetzesrecht der Einzelstaaten, ein Überblick	322
VII.	Zwischenfazit: Vielfach kritisiert, aber alternativlos? Methoden zur Verteilung übrig gebliebener Gelder im Rahmen der Class Action	326
E.	„Class Action with Brakes“ – Cy Pres im Rahmen der englischen Gruppenklage im Kartellrecht	328
I.	Hintergrund, Genese des Instruments	328
II.	Das Verfahren im Überblick	332
III.	Cy-Pres-Verteilung und Finanzierungsmöglichkeiten	337
IV.	Bewertung und Kritik	342

Teil 4 Effektive Streuschadensbekämpfung – Umsetzung der Vorgaben der Verbandsklagerichtlinie in Anwendung der Cy-Pres-Doktrin	347
A. Anforderungen an eine effektive Streuschadensbekämpfung – Bezugnahme auf die Erkenntnisse aus den ersten drei Teilen der Arbeit	347
B. Bestehende Umsetzungsvorschläge	349
I. Die beiden bislang vorgeschlagenen Umsetzungsmodelle – Unterschiede und Gemeinsamkeiten	349
II. Der Vorschlag von Gsell und Meller-Hannich vom 04.02.2021	352
1. Verfahrensablauf im Überblick	352
2. Einzelpunkte	357
a) Vergleiche, gütliche Streitbeilegung	357
b) Erleichterung der Schadensberechnung	359
c) Finanzierung und Kosten	360
d) Wirkung der Abhilfeklage, Parallelverfahren und Verjährungshemmung	362
e) Unterlassungs- und Feststellungsklagen, Auswirkungen auf bestehende Rechtsinstrumente	364
3. Maßgebliche Kritikpunkte, offene Fragen	365
C. Konzeption eines effektiven Verbandsklagesystems unter Implementierung der Cy-Pres-Doktrin	367
I. Das vorgeschlagene System im Überblick, Caveat	367
II. Breiter und flexibler Ansatz im Anwendungsbereich, in der Klagebefugnis und bei der Wahl der Klageziele	370
1. Klagebefugnis	370
2. Sachlicher und persönlicher Anwendungsbereich	372
3. Klageziele	373
a) Unterlassung und Feststellung	373
b) Abhilfe/Schadensersatz	375
c) Beseitigung und Folgenbeseitigung	378
d) Wahlmöglichkeiten und Subsidiarität	379
III. Die Verbandsklage auf Abhilfe	383
1. Ausgestaltung des Beitrittsverfahrens	383
2. Zulassungsvoraussetzungen und Zulassungsentscheidung	391
3. Zeitraum für die Ausübung des Ein- bzw. des Austrittsrechts	394
4. Rechtswahrende Beteiligung der Geschädigten	396
5. Erleichterung der Schadensberechnung	399
6. Beendigung durch Urteil oder Vergleich	402
7. Anmeldeprozess und gerichtliche Überprüfung	406

8. Anwendung der Cy-Pres-Doktrin im Rahmen der Rechtsfolgen, indirekte Kompensation und Abschreckungswirkung	407
a) Verwendung nicht beanspruchter Gelder nach gesetzlicher Vorgabe, Verwendung im Anschluss an ein Urteil	407
b) Der Rechtsdurchsetzungsfonds – Rechtsform, Struktur, Einrichtung und Kosten	411
c) Verfassungsmäßigkeit der Verteilungsmethode	415
d) Verteilung in Vergleichen	420
e) Full Cy Pres?	422
IV. Der Folgenbeseitigungsanspruch als vereinfachtes Abhilfeverfahren	424
1. Überblick, Bedürfnis nach einem entsprechenden Instrument	424
2. Umfasste Fallkonstellationen, Anspruchsumfang, dogmatische Einordnung	425
3. Verfahrensablauf, Beitritt, Benachrichtigung	426
4. Urteil, Vollzugskontrolle, Zwangsvollstreckung und Rechtskraft	427
V. Weitere konzeptionelle Eckpunkte des vorgeschlagenen Verbandsklagesystems im Detail	430
1. Kosten	430
2. Drittfinanzierung und Erfolgshonorare	431
3. Verjährung	432
4. Rechtskraft und Bindungswirkung	433
5. Koordinierung konkurrierender Verbandsklagen – Aussetzung und Ruhen von Einzelverfahren – Klageregister	434
6. Auswirkungen auf bestehende Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes	436
7. Zuständigkeit	437
 Teil 5 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	 439
 Literaturverzeichnis	 443
 Anlagen	 467
Anlage 1 – U.S.-amerikanisches Bundesrecht	469
Anlage 2 – Regelungen zur Verteilung übriger Gelder der U.S.-Bundesstaaten	474

Inhaltsverzeichnis

XIX

Anlage 3 – Regelungen des Vereinigten Königreiches	484
Competition Act 1998 c. 41	484
Competition Appeal Tribunal Rules 2015/1648	486
Sachregister	501

Teil I

Einführung, Grundlagen

A. Einleitung, Gang der Untersuchung

Der neunte Zivilsenat des Bundesgerichtshofs entschied am 27. April 2021, dass eine Klausel in den AGB der Postbank, die ohne inhaltliche Einschränkung eine Zustimmung der Kunden zur Änderung der AGB fingiert, unwirksam ist.¹ Obgleich dieses Urteil unmittelbar nur die beklagte Bank bindet, dürfte es Auswirkungen auf den Großteil aller volljährigen Bundesbürger haben.² Der klagende Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände (VZBV) hatte die AGB der Postbank nämlich nur exemplarisch für eine branchenweite Praxis herausgepickt. Banken und Sparkassen verwenden solche Klauseln seit Jahren, um Leistungs- und Preisänderungen meist zu Ungunsten ihrer Kunden in die Verträge einzuführen. Die Grundsatzentscheidung des BGH verbietet ihnen dieses Verhalten nun nicht nur für die Zukunft, es entfällt zugleich auch der Rechtsgrund für Zahlungen der Kunden, die in der Vergangenheit auf Grundlage dieser unwirksamen AGB geleistet wurden. Im Ergebnis steht damit nun den meisten Verbrauchern ein Rückzahlungsanspruch gegen ihre Bank zu.³

Obgleich der Entscheidung des BGH ein erhebliches mediales Echo folgte und die meisten Nachrichtenbeiträge auch dezidiert auf die sich hieraus für die Verbraucher ergebenden rechtlichen Konsequenzen hingewiesen haben,⁴ ist davon auszugehen, dass nur ein Bruchteil der betroffenen Kunden eine Rückerstattung erhalten wird. Der Grund hierfür ist so zwingend wie banal: Die Kunden müssten einen solchen Anspruch eigenständig durchsetzen. Nicht einmal die Postbank selbst, Beklagte im oben angesprochenen Verfahren, ist aufgrund des Urteils verpflichtet, ihren Kunden aktiv eine Rückerstattung anzubieten, da dem VZBV zur Rechtsdurchsetzung lediglich Unterlassungsansprüche zustanden. Für andere Banken, die gleiche oder

¹ BGH NJW 2021, 2273.

² Geschätzt wird, dass ca. 40 Mio. Bankkunden betroffen sind, <https://www.businessinsider.de/wirtschaft/nach-bgh-urteil-banken-und-sparkassen-muessen-mindestens-47-milliarden-euro-zurueckzahlen-pro-kunde-sind-das-120-euro-f/> [zuletzt abgerufen am 13.03.2023].

³ Ganz h.M. vgl nur: Artz, BKR 2021, 488, 494; Mäsch, JuS 2021, 1184, 1186; Graf v. Westphalen, NJW 2021, 3145, 3146 ff.; Rodi, WM 2021, 1357.

⁴ Siehe beispielsweise <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/finanzen/bankkunden-gebuehren-rueckforderung-bgh-urteil-faq-101.html> [zuletzt abgerufen am 13.03.2023].

ähnliche Klauseln verwenden, entfaltet das Urteil überhaupt keine direkte Bindungswirkung. Insofern werden weder die förmliche Aufsichtsmitteilung der BaFin⁵ noch die bereits vom VZBV angekündigten Musterfeststellungsklagen gegen Banken, die eine Rückzahlung bislang verweigert haben,⁶ etwas an der Tatsache ändern, dass die meisten Kunden zur Rechtsdurchsetzung selbst aktiv werden müssen. Zu diesem Zweck müssen sie, wie der VZBV in seinem hierfür bereitgestellten „interaktiven Musterbrief“ auführt, „lediglich“ nachschauen, ob ihre Bank unzulässige Fiktionsklauseln verwendet hat (1), überprüfen, ob auf Grundlage dieser Klauseln unzulässige Vertragsveränderungen vorgenommen wurden (2), ausrechnen, wieviel aufgrund dessen zu viel gezahlt wurde (3) und sich sodann an ihre Bank wenden (4).⁷ Hinzu kommt natürlich noch die gerichtliche Durchsetzung (5), sollte die Bank hierauf nicht eingehen.

Ist der Aufwand der Rechtsverfolgung im Vergleich zum Wert der in Frage stehenden Forderung zu hoch und wird aus diesem Grund von der Durchsetzung abgesehen, so spricht man von rationaler Passivität. Dieses Phänomen ist, soweit es vereinzelt auftritt, nicht weiter bedenklich und trägt insbesondere zur Entlastung der Gerichte bei. Problematisch wird es erst dann, wenn ein Ereignis, wie beispielsweise die Verwendung einer unzulässigen AGB, bei vielen Personen zeitgleich einen Schaden auslöst, den diese aufgrund der rationalen Passivität nicht durchsetzen. Dem Schädiger verbleibt in einem solchen Fall mitunter eine erhebliche Summe,⁸ was unter anderem zu Wettbewerbsverzerrungen führt. Solche Streuschadensereignisse treten durch die zunehmende Globalisierung und Digitalisierung in den letzten Jahrzehnten nicht nur deutlich häufiger auf, die durch sie erlangten Unrechtsgewinne nehmen auch stetig zu.⁹

Die vorliegende, in vier Teile untergliederte Arbeit nimmt sich der Thematik der Streuschäden und den Möglichkeiten ihrer Steuerung umfassend an. Aufbauend auf einem ersten rechtstheoretischen Abschnitt, in dem die Ursachen für die Entstehung von Streuschäden analysiert und Hürden für

⁵ Abrufbar unter https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Aufsichtsmitteilung/2021/aufsichtsmitteilung_211026_Urteil_BGH_zu_AGB.html;jsessionid=6B970BE84669CD6A2C12BEB98AB53F73.1_cid502?nn=7846960 [zuletzt abgerufen am 13.03.2023].

⁶ Ausführlich <https://www.musterfeststellungsklagen.de/themen/bankgebuehren> [zuletzt abgerufen am 13.03.2023].

⁷ <https://www.verbraucherzentrale.de/wissen/geld-versicherungen/sparen-und-anlegen/unzulaessige-vertragsaenderungen-so-koennen-sie-bankgebuehren-zurueckfordern-60926#3> [zuletzt abgerufen am 13.03.2023].

⁸ So wird beispielsweise der Gesamtbetrag, den Banken und Sparkassen aufgrund der unzulässigen Verwendung der Fiktionsklauseln erwirtschaftet haben, auf 4,7 Milliarden Euro geschätzt <https://www.businessinsider.de/wirtschaft/nach-bgh-urteil-banken-und-spar-kassen-muessen-mindestens-47-milliarden-euro-zurueckzahlen-pro-kunde-sind-das-120-euro-f/> [zuletzt abgerufen am 13.03.2023].

⁹ Hierzu ausführlich Teil 1 – E.

deren Bekämpfung aufgezeigt werden, wendet sich der zweite Teil den bislang hierfür in Deutschland zur Verfügung stehenden Instrumenten zu. Obgleich die privatrechtlichen Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes dabei im Zentrum stehen, geht die Analyse zum Zwecke einer erschöpfenden Darstellung der Problematik hierüber hinaus. Neben verwaltungs- und strafrechtlichen Instrumenten werden insbesondere auch die neueren Entwicklungen auf dem Markt der Rechtsdienstleistungsplattformen aufgezeigt. Online-Portale, die Rechtsdurchsetzung gegen eine nicht unerhebliche Erfolgsprovision versprechen, erfreuen sich in Deutschland immer größerer Beliebtheit und bieten selbstverständlich mittlerweile auch für den einführend dargestellten Fall der unzulässigen AGB-Änderungen ihren Service an.¹⁰ Aus Mangel an Alternativen greifen mehr und mehr Verbraucher in den letzten Jahren auf diese Möglichkeit zurück, auch wenn sie im Erfolgsfall meist weniger als zwei Drittel der durchgesetzten Summe behalten dürfen.

Im Hinblick auf die in Deutschland aktuell zur Streuschadensbekämpfung zur Verfügung stehenden Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes lässt sich, wie das eingangs aufgezeigte Fallbeispiel gut illustriert, ein erhebliches Ungleichgewicht konstatieren. Während negatorische Ansprüche ein breites Feld möglicher Streuschadenskonstellationen abdecken und dementsprechend auch relativ häufig durchgesetzt werden, haben die klagebefugten Verbände oft weder die rechtlichen Möglichkeiten noch die finanziellen Mittel, um dem Verletzer einen einmal aufgrund einer Streuschadenssituation erlangten Gewinn wieder zu entziehen. Die hierfür implementierten Abschöpfungsansprüche entfalten so gut wie keine praktische Relevanz, gegen ein kompensatorisches Instrument, hatten sich sowohl der deutsche als auch der europäische Gesetzgeber aus einer recht diffusen Angst vor „amerikanischen Verhältnissen“ lange gesträubt. Hinzu kam das häufig angeführte Argument, ein Instrument das die rationale Passivität der Beklagten auf der Ebene der Rechtsdurchsetzung überwindet, verlagere die Problematik lediglich auf die Schadensverteilung.¹¹ Tatsächlich ist bei kleineren Individualschäden davon auszugehen, dass eine Vielzahl von Verbrauchern auch nach erfolgter Anspruchsdurchsetzung nicht aktiv wird, um an der Schadensauskehr zu partizipieren. Gehen aus diesem Grunde erstrittene Summen wieder an den Beklagten zurück, war die Mühe umsonst.

Beinahe auf den Tag genau ein halbes Jahr bevor der BGH über die Fiktionsklauseln in den Banken-AGB entschieden hat, verabschiedete das Europäische Parlament einen Rechtsakt, der zweifelsohne das Potential hat, an dieser Gemengelage etwas zu ändern. Die Vorgaben der europäischen Ver-

¹⁰ <https://conny.de/finanzen/kontogebuehren> [zuletzt abgerufen am 13.03.2023]; <https://justify.de/bist-du-auch-betroffen#bank> [zuletzt abgerufen am 13.03.2023].

¹¹ Hierzu *Stadler*, VuR 2011, 79.

bandsklagerichtlinie,¹² die die Bundesrepublik bis spätestens 25.12.2022 in deutsches Recht umsetzen muss, ermöglichen erstmalig die Einführung von Verbandsklagen auf Abhilfe ohne aktiven Beitritt der Verbraucher. Aufbauend auf einem hierzu noch deutlich weitergehenden Kommissionsentwurf, werden den Mitgliedstaaten nun auch Spielräume eingeräumt, Regelungen zur Verwendung nicht abgerufener Summen im Anschluss an ein solches Verfahren zu treffen. Während die Darstellung der Vorgaben der Richtlinie im Rahmen dieser Arbeit den Abschluss des zweiten Teils bildet, wird in Teil 4 ein konkreter Umsetzungsvorschlag, aufbauend auf den vorangegangenen Erkenntnissen, unterbreitet.

Die Arbeit wendet sich im dritten Teil dem zentralen Instrument zur Streuschadensbekämpfung in den U.S.A., der *Class Action*,¹³ zu. Als Archetyp der Gruppenklage, die vielen Rechtsordnungen weltweit für die Entwicklung eigener Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes Modell stand, ist diese in den letzten Jahrzehnten in weiten Teilen Europas vom Vorbild zum Feindbild mutiert. Auch in Deutschland war es, wie oben angesprochen, die Angst vor einer Klageindustrie amerikanischen Ausmaßes, die die Einführung effektiver Rechtsschutzinstrumente maßgeblich verhindert hat. Vor diesem Hintergrund wird die *Class Action* vorliegend zum einen hinsichtlich ihrer Tauglichkeit für die Streuschadensbekämpfung und zum anderen hinsichtlich ihres Missbrauchspotentials begutachtet. Da im Rahmen dieser Arbeit jedoch die Ansicht vertreten wird, dass sich eine Verbandsklage deutlich besser als eine Gruppenklage zur Streuschadensbekämpfung eignet, konzentriert sich die Betrachtung auf einzelne Aspekte, die auch für die Konzeption eines effektiven Verbandsklagesystems eine Rolle spielen. Im Zentrum stehen hierbei die in den U.S.A. schon seit geraumer Zeit kontrovers diskutierte Methoden zur Verwendung nicht verteilter Gelder im Anschluss an einen die *Class Action* beendenden Vergleich. Ausgehend von der ursprünglich dem Trust-Kontext entstammenden *Cy-Pres*-Doktrin, werden die verschiedenen Methoden auf ihre Vor- und Nachteile untersucht. Die Darstellung versucht dabei auf alle in diesem Zusammenhang aufgeworfenen rechtlichen Fragestellungen einzugehen, um ein umfassendes Bild des Problemkreises zu zeichnen.

Die Erkenntnisse aus den ersten drei Teilen werden im letzten Teil zusammengeführt. Aufbauend auf der Analyse des deutschen Rechts und den Erfahrungen aus den U.S.A., wird hier ein Vorschlag zur Umsetzung der Ver-

¹² Richtlinie (EU) 2020/1828 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.

¹³ Englische Begriffe werden in dieser Arbeit nach den Regeln der englischen Orthographie geschrieben und bei ihrer Erstnennung kursiv hervorgehoben, ansonsten aber recte gesetzt. Hiervon wird abgewichen, wenn eine erneute Kursivierung dem Lesefluss dienlich ist.

bandsklagerichtlinie in Deutschland unter Implementierung einer Form der Cy-Pres-Doktrin unterbreitet. Dabei werden auch Erfahrungswerte aus der Einbindung der Cy-Pres-Doktrin in die neue englische Gruppenklage im Kartellrecht sowie Impulse aus bereits veröffentlichten Umsetzungsvorschlägen für die Verbandsklagerichtlinie in die Ausarbeitung mit aufgenommen. Die Arbeit zeigt damit auf, dass effektive Streuschadensbekämpfung im Lichte der neuen Richtlinie durchaus möglich ist, wenn hierzu der politische Wille besteht. Sie setzt zudem ein Zeichen dafür, dass Anlehnungen an das U.S.-Recht weder per se negativ noch positiv sind, sie aber in jedem Fall im Vorfeld einer intensiven Begutachtung bedürfen.

B. Streuschäden; Definition und Abgrenzung

Unter den Begriffen „Massenschäden“, „Bagatellschäden“ und „Streuschäden“ werden in der Literatur immer wieder unterschiedliche Sachverhalte zusammengefasst.¹⁴ Wie so oft in der Rechtssprache gibt es hierbei kein Richtig oder Falsch. Die Autoren haben verschiedenste, häufig sehr gute, Gründe für ihre Definition der Begriffe. Mögen die Abweichungen teilweise auch noch so gering sein,¹⁵ ist es dennoch von größter Wichtigkeit für das Verständnis und die Präzision der folgenden Arbeit, vorab die verschiedenen Begriffe zu erläutern und eine genaue Abgrenzung vorzunehmen.

Nach hier verwendeter Definition sind Massen- und Streuschäden zwei Parameter gemein. Beide Schadenstypen bezeichnen eine Situation, bei der eine Vielzahl von Personen entweder durch dasselbe, oder eine Kette gleichförmiger Ereignisse in ihren Rechtsgütern verletzt werden. Während bei Massenschäden jedoch jeweils eine erhebliche individuelle Verletzung vorliegt,¹⁶ ist der Schaden, der dem einzelnen Betroffenen durch ein Streuschadensereignis entsteht, gering.¹⁷ Demnach schließen sich Streuschäden und Massenschäden gegenseitig aus. Wird durch dasselbe schädigende Ereignis oder eine Kette gleichförmiger Ereignisse eine Vielzahl von Geschädigten

¹⁴ Ausführlich zur Begriffsverwendung *Geiger*, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess, S. 18 ff.; bezogen auf den Begriff des „Massenschadens“ auch *Lange*, Das begrenzte Gruppenverfahren, S. 1 ff.

¹⁵ So werden häufig z. B. die Begriffe Streu- und Bagatellschaden vermischt, das merkt auch *Alexander*, JZ 2006, 890, 892 an; ganz anders legt u. A. *Lange*, Das begrenzte Gruppenverfahren, S. 13 ff. die Begrifflichkeiten aus.

¹⁶ So auch *Meller-Hannich*, Gutachten, 72. Juristentag I, S. A 1, A 26; *Micklitz/Stadler/Micklitz/Stadler*, Verbandsklagerecht, S. 12; *Geiger*, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess, S. 20.

¹⁷ *Köhler/Bornkamm/Fedderson/Köhler* UWG § 10 Rn. 3; *Bechtold/Bosch* GWB § 34a Rn. 4; Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 22.08.2003, BT-Drucks. 15/1487, S. 23; *Wagner*, Gutachten, 66. Juristentag I, S. A 11, A 106 f.; *Fehle mann*, Verfolgung von Streuschädigungen durch Abschöpfungsansprüche, S. 4.

berührt, so liegt je nach Höhe des jeweiligen Schadens entweder ein Streu- oder ein Massenschaden vor.

Der individuellen Schadenshöhe kommt damit eine zentrale Rolle zu. An diesem Scheidepunkt zwischen Massen- und Streuschäden ist der Begriff des Bagatellschadens anzusiedeln. Dieser bezeichnet schlicht einen Schaden von geringem Ausmaß,¹⁸ und ist damit nicht exklusiv der Terminologie des kollektiven Rechtsschutzes zuzuordnen. Um im Folgenden eine differenzierte Betrachtung der Problematiken rund um die Behandlung von Streuschäden zu ermöglichen, kann es nicht ausbleiben, diesen Wert, sowie die Anzahl der betroffenen Personen, die für ein Streuschadensereignis erforderlich ist, zumindest annäherungsweise zu bestimmen. Die in der Literatur hierzu herangezogenen Werte unterscheiden sich teils erheblich voneinander und sind deshalb nicht selten dem Vorwurf der Willkür ausgesetzt.¹⁹ Um dem entgegenzuwirken, sollen im Rahmen dieser Arbeit nicht feste Werte den Untersuchungsgegenstand definieren, sondern der Untersuchungsgegenstand die Werte. Die Streu- und Bagatellschäden inhärente Problematik, ihre mangelnde Durchsetzung, prägt das Wesen dieser Schadenskategorien dabei so maßgeblich, dass es sinnvoll erscheint, sie gleichzeitig zu deren Definition heranzuziehen. Insofern kann von einem Bagatellschaden immer dann gesprochen werden, wenn der Schaden so gering ist, dass regelmäßig nicht mit seiner individuellen Durchsetzung gerechnet werden kann.²⁰ Ab welcher Wertschwelle dies genau der Fall ist und weshalb es rechtspolitisch als sinnvoll erscheint, dem Verletzer die Gewinne aus solchen Schädigungen nicht zu belassen, wird in den folgenden Abschnitten erörtert. Aufbauend auf den Ergebnissen dieser Untersuchung kann sodann nicht nur der Begriff des Streuschadens exakter definiert, sondern auch der Frage nachgegangen werden, ob es hinsichtlich der Entwicklung effektiver Steuerungsinstrumente überhaupt Sinn ergibt, zwischen Massen- und Streuschäden zu unterscheiden.

¹⁸ *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 128.

¹⁹ So nennt *Wagner*, Gutachten, 66. Juristentag I, S. A 11, A 107, hier ohne nähere Begründung beispielsweise 100 €; *Geiger*, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess, S. 23 kommt mit zwar deutlich mehr Vorarbeit im Ergebnis aber ohne überzeugende Begründung auf 200–1000 €; *Lange*, Das begrenzte Gruppenverfahren, S. 19 auf 25–75 €; *Meller-Hannich*, Gutachten, 72. Juristentag I, S. A 1, A 25 spart eine konkrete Bezifferung ausdrücklich aus.

²⁰ Eine entsprechende Abgrenzung findet sich auch bei *Meller-Hannich*, Gutachten, 72. Juristentag I, S. A 1, A 25; wohl auch *Wagner*, Gutachten, Juristentag I, S. A 11, A 107, A 119; *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 34; *Micklitz/Stadler/Micklitz/Stadler*, Verbandsklagerecht, S. 1325; *Lange*, Das begrenzte Gruppenverfahren, S. 16 ff. die insoweit noch zwischen absolutem und relativem Desinteresse differenziert.

C. Die rationale Passivität – Ursache für die unzureichende individuelle Geltendmachung von Streu- und Bagatellschäden

Wie bereits angesprochen, gilt es weitestgehend als unbestritten, dass die unzureichende Durchsetzung von Streuschäden auf dem Individualklageweg auf die rationale Passivität der Geschädigten zurückzuführen ist.²¹ Gemeint ist damit, dass die Geschädigten aus nachvollziehbaren und berechtigten Gründen von der individuellen Verfolgung ihrer Ansprüche absehen.²² Diese Annahme ist für sich genommen zwar nicht falsch, stellt die Problematik jedoch etwas verkürzt dar. So scheitert die Durchsetzung vieler Schäden nicht erst daran, dass sich die Geschädigten bewusst gegen ihre Verfolgung entscheiden, sondern schon im Vorfeld an der Tatsache, dass sich die Schädigung von den Geschädigten unbemerkt vollzieht. Nun stellen unbemerkte Schädigungen jedoch ein Problemfeld eigener Kategorie dar, welches sich zwar vorwiegend auf dem Gebiet der Kleinstschäden niederschlagen dürfte, aber teilweise auch, wie der VW-Diesel-Skandal gezeigt hat, Schädigungen von erheblichem Umfang inkludiert. Insofern kann diese Art der Schädigungen weder geschlossen den Streu- noch den Massenschäden zugeordnet werden und sollte aus diesem Grunde bei der Bestimmung der Bagatellwertgrenze nicht gesondert berücksichtigt werden. Dementsprechend soll die Definition eines Bagatellschadens nach hier vertretener Auffassung all diejenigen Schäden umfassen, die vom Geschädigten auch dann nicht individuell verfolgt werden würden, wenn er ihrer gewahr werden würde.

Die Mehrheit der Autoren ist sich darüber einig, dass sich Geschädigte bei ihrer Entscheidung, ob sie einen Schaden durchsetzen, überwiegend von „wirtschaftlichen Überlegungen“ leiten lassen, bleibt aber eine Definition, was hierunter genau zu verstehen ist, schuldig. Im Ergebnis schwebt wohl den meisten eine Art Einsatz/Ertrag-Verhältnis vor. Übersteigt der Schaden des Einzelnen nicht einen gewissen Wert, so sieht dieser davon ab, den Schaden individuell gerichtlich geltend zu machen. Es wird davon ausgegangen, dass der Geschädigte nicht bereit ist hohe Ressourcen aufzuwenden, um im Erfolgsfall eine vergleichsweise überschaubare Entschädigung zu erhalten.

²¹ Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 22.08.2003, BT-Drucks. 15/1487, S. 23; *Wagner*, Gutachten, Juristentag I, S. A 11, A 107; *Janssen*, Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?, S. 5; *Herzberg*, Die Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG, S. 39; *Homburger/Kötz/Kötz*, Klagen Privater im öffentlichen Interesse, S. 71 f.; *Basedow/Hopt/Kötz/Baetge/Schäfer*, Bündelung gleichgerichteter Interessen, S. 70; *Fezer/Büscher/Obergfell/von Braunmühl* UWG § 10 Rn. 3; *Janssen*, Präventive Gewinnabschöpfung, S. 18, der die hier zu behandelnde Problematik jedoch explizit ausspart; grundlegend auch *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse des Zivilrechts, S. 459 f.

²² *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 129 f.

Dahinter steht die Vorstellung, „schlechtem Geld nicht gutes Geld hinterherzuwerfen“. ²³

Basierend auf dieser Annahme wurden Modelle entwickelt, um zu ermitteln, bis zu welcher Summe eine Durchsetzung noch als wahrscheinlich anzusehen ist. *Micklitz* und *Stadler* stellten ein solches bereits im Jahr 2003 vor²⁴ und differenzierten es später weiter aus.²⁵ Die Autoren rücken dabei das Kostenrecht in das Zentrum der Betrachtung und stellen die Prämisse auf, dass eine gerichtliche Verfolgung wohl nur dann zu erwarten sei, wenn der entstandene Schaden die Höhe der Auslagen für die Gerichtskosten übersteigt oder zumindest erreicht.

Aus den §§ 12 Abs. 1 S. 1, 34 Abs. 1 S. 1 GKG iVm Nr. 1210 KV-GKG ergibt sich bei einem Streitwert bis zu 500 € jeweils eine Vorauszahlungspflichtige Gebühr von 114 €. Bleibt der dem einzelnen Geschädigten jeweils entstandene Schaden also hinter diesem Betrag zurück, so wäre er gezwungen, allein an Gerichtskosten einen höheren Betrag vor auszuzahlen als er bei Obsiegen im Prozess erhalten würde. Bei Kleinstbeträgen entspräche die Vorauszahlung jeweils einem Vielfachen.

Nimmt man noch die Anwaltsgebühren hinzu,²⁶ was angesichts der Tatsache, dass sich auch vor dem Amtsgericht die meisten Kläger anwaltlich vertreten oder zumindest beraten lassen,²⁷ als sachnah erscheint, steigt dieser Wert weiter. Über die Vorschrift des § 9 RVG wird auch der mandatierte Anwalt im Regelfall²⁸ einen Vorschuss verlangen. Obgleich § 9 RVG von einem „angemessenen“ Vorschuss spricht, kann dieser, etwa bei begründeten Zweifeln der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Mandanten, sogar die gesamten zu erwartenden Gebühren und Auslagen des Anwaltes umfassen.²⁹ Vor Klageeinreichung wird der Anwalt jedoch üblicherweise mindestens die Verfahrensgebühr und, soweit er bereits außergerichtlich tätig wurde, die Geschäftsgebühr als Vorschuss verlangen.³⁰ Damit beliefen sich die Kosten des Vorschusses bei einem Gegenstandswert bis 500 € gem. §§ 13 Abs. 1 S. 1 RVG, Nr. 2300, Nr. 3100 VV RVG aufwandsabhängig auf einen Betrag zwischen 104,95 € und 151,60 €. ³¹ Insgesamt käme man somit auf

²³ BT-Drucks. 15/1487, S. 23; *Wagner*, Gutachten, Juristentag I, S. A 11, A 107; *Basedow/Hopt/Kötz/Baetge/Schäfer*, Bündelung gleichgerichteter Interessen, S. 70.

²⁴ *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 34.

²⁵ *Micklitz/Stadler/Micklitz/Stadler*, Verbandsklagerecht, S. 1325.

²⁶ *Micklitz* und *Stadler* sprechen die Anwaltskosten zwar ebenfalls an, lassen sie bei der Berechnung des Ergebnisses aber außen vor, vgl. *Micklitz/Stadler/Micklitz/Stadler*, Verbandsklagerecht, S. 1325; *Micklitz/Stadler*, Unrechtsgewinnabschöpfung, S. 34.

²⁷ Von 856.035 im Jahr 2020 vor den deutschen Amtsgerichten erledigten Verfahren war der Kläger in 759.811 Fällen anwaltlich vertreten, *DESTATIS*, FS. 10 Reihe 2.1, S. 30.

²⁸ Insbesondere bei kleineren Mandaten und unbekanntem Mandanten, vgl. *Soldan Institut*, AnwBl. 2006, 752 (jedoch nur zu Vorschüssen bei Vergütungsvereinbarungen).

²⁹ *Mayer/Kroiß/Klees* RVG § 9 Rn. 26.

³⁰ *Mayer/Kroiß/Klees* RVG § 9 Rn. 27.

³¹ Jeweils inklusive 19 % Mehrwertsteuer, bei der Berechnung wurde die nach Nr. 2300

einen Betrag zwischen 218,95 € und 265,60 €, die ein Kläger vorleisten müsste, um eine Klage wegen eines Schadens zwischen 0,01 € und 500,00 € anzustrengen.

Mittelt man diese Spanne, so käme man nach der oben genannten Prämisse von *Micklitz* und *Stadler* auf eine Bagatellschadensgrenze von rund 240 €. ³² Diese Abgrenzungsmethode ist jedoch hinsichtlich zweier Punkte kritisch zu würdigen. So vernachlässigt sie zum einen den Einfluss, den Rechtsschutzversicherungen auf die Klagebereitschaft der Geschädigten haben. ³³ Im Hinblick auf die hohe Anzahl an Rechtsschutzversicherten in Deutschland darf dieser Faktor jedoch keineswegs außer Acht gelassen werden. Dem *Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e. V.* zufolge bestanden in Deutschland im Jahre 2017 22 Mio. Rechtsschutzversicherungsverträge. ³⁴ Unbestritten senkt eine solche Versicherung die Hemmschwelle, anwaltliche Beratung und gerichtliche Hilfe in Anspruch zu nehmen, ³⁵ wodurch sich der Schadensbereich, in dem sich der Geschädigte rational passiv verhält, verkleinert.

Zum anderen greift die isolierte Betrachtung des Einsatz/Ertrag-Verhältnisses in diesem Zusammenhang zu kurz. Es erscheint als unwahrscheinlich, dass sich Geschädigte linear an den vorauszahlenden Kosten orientieren. Bei der Frage, ob ein Geschädigter einen Anspruch im Ergebnis gerichtlich geltend macht, spielt ein ganzes Bündel an Faktoren eine Rolle. Neben den voraussichtlichen Kosten einer solchen Rechtsverfolgung sind das insbesondere die informationelle Aufklärung des Geschädigten sowie die Möglichkeiten der Beweisführung.

Lässt man einmal, wie oben dargelegt, die mangelnde informationelle Aufklärung über den Schaden an sich außer Betracht, so muss sich ein Geschädigter vor der Durchsetzung zunächst einmal einen Überblick über die verschiedenen Rechtsschutz- und Durchsetzungsinstrumente verschaffen. ³⁶

VV RVG bestehende Möglichkeit, eine Gebühr von 1,3–2,5 für umfangreiche oder schwierige Tätigkeiten zu verlangen außer Acht gelassen.

³² Bei Unterliegen beliefe sich die Gesamtsumme aller vom Kläger zu tragenden Kosten auf knapp über 500 €.

³³ Das räumen *Micklitz/Stadler* auch ein, *Micklitz/Stadler/Micklitz/Stadler*, Verbandsklagerecht, S. 1325.

³⁴ GDV, Statistisches Taschenbuch, S. 66.

³⁵ Rechtsschutzversicherte gaben bei einer Befragung im Vergleich zu Personen ohne eine Rechtsschutzversicherung rund 33 % seltener an, in den letzten fünf Jahren auf die Hinzuziehung eines Anwalts verzichtet zu haben obgleich sie sich rechtlichen Beistand gewünscht hätten, Roland Rechtsreport 2020, S. 23; diese Annahme teilt auch *Joachim Lüblinghoff*, Stellvertretender Vorsitzender des deutschen Richterbundes: „Wenn die Betroffenen eine Rechtsschutzversicherung haben, dann klagen sie. Wenn nicht, dann lassen es viele lieber“ *Süddeutsche Zeitung* 09. 12. 2016, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/panorama/streitkultur-nur-keine-klagen-1.3287616> [zuletzt abgerufen am 13.03.2023].

³⁶ *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 130; Grünbuch über kollektive Rechtsdurchsetzung für Verbraucher, COM (2008) 794 final, S. 5.

Der eingangs aufgeführte Fall mag den Eindruck vermitteln, dass dies noch eine relativ geringe Hürde ist. So wurden die Verbraucher über die unzulässigen Fiktionsklauseln nicht nur ausführlich in der Presse informiert, die meisten Medien zeigten zudem, wie bereits angesprochen, auch Wege und Möglichkeiten der Anspruchsdurchsetzung auf. An dieser Stelle ist jedoch hervorzuheben, dass solche Konstellationen zum einen die absolute Ausnahme darstellen, und zum anderen, wenn sie auftreten, meist durch bereits vorangegangene Instrumente zur Streuschadensbekämpfung, im oben angesprochenen Fall die Unterlassungsklage des VZBV, ermöglicht wurden. Bleiben solche Aktivitäten im Vorfeld allerdings aus, bleiben Geschädigte oft bereits aus mangelndem Überblick über zur Verfügung stehende Durchsetzungsinstrumente passiv.

Darüber hinaus sehen sich auch Geschädigte, die nach Einholung aller erforderlicher Informationen noch eine Verfolgung in Betracht ziehen, häufig erheblichen Beweisschwierigkeiten ausgesetzt. So benötigen Betroffene im eingangs aufgeführten Beispiel der unzulässigen Fiktionsklauseln nicht nur ihre Kontoauszüge der letzten drei Jahre, sondern auch die zwischenzeitlich ggf. mehrfach geänderten AGB für diesen Zeitraum, um ungerechtfertigte Abbuchungen nachweisen zu können. Während dies im mittlerweile hoch digitalisierten Bankensektor mit digitalen Postfächern und langen Speicherzeiträumen unter Umständen noch möglich ist, geraten Geschädigte in der analogen Welt hier schnell an ihre Grenzen. *Micklitz/Stadler* formulieren das für das Beispiel der Füllmengenunterschreitung sehr anschaulich: „Wer bewahrt schon die Kassenzettel seiner Einkäufe für längere Zeit auf?“³⁷

Aber auch den Nachweis anderer haftungsbegründender Merkmale werden die Geschädigten häufig schuldig bleiben. Problematisch sind hier im Besonderen die Kausalität, die Schadenshöhe und das Verschulden des Schädigers.³⁸ Das Zivilrecht hält zwar verschiedene materiell- und prozessrechtliche Instrumente bei systematischer Unterlegenheit des Klägers bereit,³⁹ auch an dieser Stelle ist jedoch wiederum mit einem informationellen Defizit der Geschädigten zu rechnen, so dass diese sich der Möglichkeiten wohl nur selten bewusst sein werden.

Abstrakt ist es kaum möglich, all diese Faktoren in die Bestimmung eines Grenzwertes miteinzubeziehen. Eine umfassende Berücksichtigung aller

³⁷ *Micklitz/Stadler/Micklitz/Stadler*, Verbandsklagerecht, S.12. Im Rahmen der U.S.-amerikanischen Class Action wird dieses Problem von einigen Gerichten dadurch gelöst, dass anstelle einer Kaufquittung auch eine eidesstattliche Versicherung des Käufers genügt, *Mullins v. Direct Digital, LLC*, 795 F.3d 654, 659–672 (7th Cir. 2015).

³⁸ *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 130.

³⁹ Beispielhaft genannt sei hier nur die Beweislastumkehr bei der Produzentenhaftung aus § 823 Abs. 1 BGB oder die dem Kläger nach § 33a GWB zugutekommenden Vermutungen auf dem Gebiet des Kartellrechts.

Sachregister

- Abmahnung 35–36, 40–42, 51
Abmahnvereine 40–42, 75, 87
Access-to-Justice-Organisation 295,
322–323, 327, 338
Ad-hoc-Gründungen 87, 149, 353,
371
Advisory-Prinzip 225
aggregated damages 205–206, 317–319,
321, 334
American Law Institute 264, 272, 283,
305
American Rule 224, 241–242, 294
amici curiae 232
Anmeldeverfahren 230, 235–236, 351,
406–407, 420
Anwaltshonorar 224, 229, 231, 234,
239, 241–242, 244–245, 247, 275–277,
316
Anwaltskosten 8, 31, 88, 212, 214–215,
227, 242, 294
- Bagatellschäden 5–7, 9, 11–12, 105
Benachrichtigung 158–159, 169, 212–215,
233, 335, 366, 383, 396–399, 408, 426–
427
Beweisschwierigkeiten 10, 63–64,
84
Bindungswirkung 47, 86, 164, 169–171,
188, 197, 329, 335, 362–363, 374, 402–
403, 433–434
blow up provisions 233
Brutto-Prinzip 81, 126–127, 139
Bußgelder 115–118, 127–129, 135–136
- Case-or-Controversy-Voraussetzung
264–265, 415
certification 198, 207–211, 316
– -related discovery *siehe* discovery
– order 209
- Civil Rights Class Action* 180, 246
claims administrator 236, 273, 367
claims-made settlements 234, 237, 244–
245, 315
Class Action Fairness Act 176, 232, 239,
271, 404
clear sailing agreements 247, 279
collateral attack 188
collective proceedings order 332–333
collective settlement approval order
336
collective settlement order 336
Common-Fund-Doktrin 243, 246,
340
commonality 182, 184–185, 193, 392
Coupon-Vergleiche 237–239, 277, 404,
siehe auch in-kind relief
Cy Pres 154, 240, 249–251, 259–302, 326–
327, 337, 407, 415–416, 421
– Aussprache 254
– full 154, 249, 259–262, 280, 284–285,
301, 345, 422–423
– judicial 256–257, 288
– Nexus-Voraussetzung 286–289, 295,
301, 323
– prerogative 256–258, 288
– residual 154, 249, 259, 267, 284–286
– Schreibweise 254
– trigger requirement 284–285, 301
- Datenschutzrecht 20, 24, 48–50, 52–53,
132–137, 150, 422, 429
discovery 202, 208, 210–211, 216
Dispositionsgrundsatz 385–387, 390
Dispositionsmaxime *siehe* Dispositions-
grundsatz
Doppelbestrafung 60, 417
Due-Process-Grundsatz 187–188, 205,
213, 268, 319, 388

- Durchsetzungsdefizite 24, 59–60, 150, 345, 372, 389, 424
- Durchsetzungsverbände *siehe* Abmahnvereine
- equitable relief *siehe* Equity-Recht
- Equity-Recht 243, 256–257
- Erfolgshonorar 12, 76, 95, 104–106, 108–109, 168–169, 190, 219, 241–242, 246, 331, 339–344, 351, 361, 431–432, 437
- escheat 250, 308–311
- earmarked 310
- Factoring 97–98, 100
- Fair-Trial-Grundsatz 385
- Feststellungsklage 85, 357, 373–375, 379–383
- Fiktionsklauseln 2–3, 10, 18
- fluid recovery 250, 302–304, 318, 321
- Folgenbeseitigungsanspruch 56, 151, 153, 378–379, 424–426, 428
- Follow-on-Klagen 59, 131, 142, 335, 372
- Gebot der prozessualen Waffengleichheit 389–390, 396
- Gesetz zur Förderung verbraucher-gerechter Angebote im Rechtsdienstleistungsmarkt 12, 93, 99, 104, 106, 112, 431
- Group Litigation Order* 329
- Gruppenanwalt 188, 219–224, 228, 241–244, 246–247, 275–278, 331
- Gruppenklage 4, 91, 173–174, 330–332, 347, 352, 372, 392
- Gruppenmitglieder 183–184, 191–192, 198, 211–213, 215–217, 226, 231, 291, 403
- Gruppenrepräsentant 187–190, 222, 307, 339
- incentive award 192, 230
- Hardcore-Kartelle 57, 78, 80, 114
- in-kind relief 237–239, 250
- Interessenkonflikte 167, 190–192, 222–223, 276, 282, 340
- interest theory* 187, 388
- Justizgewährungsanspruch 389–390, 396
- Klageindustrie 4, 86–87, 142, 339
- Kronzeugenprogramm 119, 129
- Legal-Tech 93
- Lehre der Doppelnatur 25
- Limited-Fund-Fälle 180
- Lodestar-Approach 243, 246, 275
- Loser-pays-Prinzip 165, 339, 343, 360, 430
- Massenschäden 5, 13, 89, 193, 343, 368, 372, 436
- Abgrenzung zu Streuschäden 5, 89
- Auswirkungen 13
- Steuerung 89, 92, 343, 368, 436
- Missbrauchsschutz 33, 41, 145, 147, 167, 174, 227, 283, 327, 349
- most favored nation clauses* 233
- net expected value analysis* 229, 405
- Netto-Prinzip 81, 127, 139
- New Deal for Consumers 143
- numerosity 182, 184, 333, 391
- öffentlich-rechtliches Sondervermögen 409, 412–415
- Opt-In 157, 252, 330, 334, 342, 367, 383–385, 390, 394, 402
- Opt-Out 157, 174, 218, 252, 270, 331, 334, 383–386, 394
- Auf europäischer Ebene 157
- Bedürfnis 218, 294, 331, 348
- Verfassungsmäßigkeit 270, 385–391, 397
- Parallelverfahren 169–170, 178, 362–363, 372, 434–436
- passing-on-defense 124–125
- Percentage-of-Funds-Methode 243–246, 275, 315
- Pranger-Effekt 134
- Präventionsfunktion *siehe* Steuerungs-funktion
- predominance 192–194, 198, 203, 392

- Pro-rata-Verteilung 250, 273, 305–308
 professional objectors 227, 247
 Prozessfinanzierung 76, 148, 167–169, 340–342, 351, 360–361, 369, 431–432
 Prozessökonomie 163, 184, 198, 380
 Prozessstandschaft 354, 376–377, 425, 433–434
punitive damages 60, 145, 417

 qualifizierte Einrichtungen 25–26, 147, 353, 370, 375
 – Anforderungen 27–28, 87, 147, 350
 – Kostenerstattung 32, 35–39
 – Kostentragungsregelungen 32–35, 88
quick-pay provision 227, 247, 276

 rationale Passivität 2–3, 7–13, 18, 23, 89, 94, 133, 150, 218
 rationales Desinteresse *siehe* rationale Passivität
 Recht auf negative Meinungsfreiheit 264, 270, 416
 Recht auf rechtliches Gehör 47, 187, 385–391, 396
 Rechtsdienstleistungsplattformen 93, 98–99, 111, 113
 – Finanzierung 96, 108–110
 – Interessenkollisionen 106–108, 111–112
 – Vergleiche 95–96, 110
 Rechtskraftserstreckung 45–47, 364
 Register 26, 46, 86, 335, 436
 Repräsentationsprinzip 147, 158, 177
Reverse Sampling 307
 Reversion 313–316, 337, 351
 Rückführung an den Beklagten *siehe* Reversion
 Rules Enabling Act 264, 267, 312, 318–319, 401

 Schadensberechnung 72, 160–161, 194, 202–207, 316–319, 348, 359, 369, 382, 399–402
 settlement Class Actions 200, 202, 209, 212, 316, 336
 Settlement-only-Verfahren 164, 336, 358, 405
standing requirements 183, 265, 321
statutory damages 320, 369
statutory fee-shifting 242, 246
 Steuerungsfunktion 14–17, 59, 135
 Stiftung 75, 256, 411–412, 414
 Streuschäden 5–7, 11, 13, 19, 368
 – Abgrenzung zu Massenschäden *siehe* Massenschäden
 – Auswirkungen 13–14, 16–17, 20
 – Steuerung 42, 55, 59, 90, 113, 142, 347
 superiority 192, 195–199, 333, 391

 Test-Case-Verfahren 195, 197, 328
 trail 206–208, 210
 trust 4, 254, 256–258
 – charitable 254, 256
 typicality 185

 Unrechtsgewinne 2, 16–17, 59, 70
 Unterlassungsklagerichtlinie 24, 144–147, 155, 373

 Vergleich
 – durch Rechtsdienstleistungsplattformen *siehe* Rechtsdienstleistungsplattformen
 – im Rahmen der englischen Gruppenklage 336
 – im Rahmen der Musterfeststellungsklage 86, 89
 – im Rahmen der U.S. Class Action 214, 224–241, 247, 266, *siehe auch* settlement Class Action
 – im Umsetzungsvorschlag 357–358, 402, 404–405, 420
 – Vorgaben der Verbandsklagerichtlinie 163–164
 Verjährung 86–87, 169–171, 363, 411, 419, 432
 Verteilungsverfahren 154, 235–237, 286, 407–408, 430
 VW-Diesel-Skandal 7, 31, 84–85, 89, 146

- Wirtschaftsverbände 29–30, 41, 45, 56, 354, 370–371
- im Rahmen der U.S. Class Action *siehe* certification
 - im Rahmen der Verbandsklagerichtlinie 157
- Zulassungsentscheidung
- im Rahmen der englischen Gruppenklage 332–334
 - im Umsetzungsvorschlag 391–394, 426
- Zuständigkeit 39, 199, 213, 311, 437, 421