

MATHIAS REIMANN

## **Präventiv-Administrative Regulierung oder *Private Law Enforcement*?**\*

### **I. Problemstellung: staatliche oder private Verhaltenssteuerung?**

Recht dient nicht nur dazu, bereits begangenes Unrecht zu sanktionieren, es soll auch die ihm Unterworfenen von der Begehung zukünftigen Unrechts abhalten. Es dient, mit anderen Worten, nicht zuletzt der Verhaltenssteuerung. Sie erfolgt überwiegend dadurch, dass das Recht Regeln aufstellt und bei deren Verletzung Sanktionen androht und zumindest gelegentlich auch verhängt. Diese Regeln und Sanktionen sind grundsätzlich zweierlei Natur.

#### **1. Zwei Modelle der Regulierung**

Zum einen stellt der Staat öffentlich-rechtliche Präventivnormen auf, deren Nichteinhaltung er sodann selbst ahndet. Das ist am deutlichsten im Strafrecht, gilt aber auch für das klassische Verwaltungsrecht, das von den Behörden durchgesetzt wird. Diese Art der Verhaltenssteuerung leuchtet unmittelbar ein. Sie wird auch in Europa seit Beginn der Neuzeit als selbstverständlich vorausgesetzt und bildet nach wie vor den Kern der Regulierung durch Recht.

Zum anderen kann der Staat private Rechtspositionen anerkennen, deren Verletzung ihre Inhaber dann selbst verfolgen müssen. Das ist am deutlichsten, wenn Private wegen Verletzung von Eigentums- oder Vertragsrechten vor den Zivilgerichten auf Schadensersatz klagen. Eine solche Klage hat zunächst einmal Wiedergutmachungsfunktion. Sie kann aber auch verhaltenssteuernd wirken, indem sie von der Verletzung privater Rechte abschreckt, denn schließlich kostet jeder Prozess viel Zeit, Mühe und Nerven – und ein verlorener dazu auch noch viel Geld. In Europa hat man dem verhaltenssteuernden Potential privater Rechtsverfolgung traditionell kaum Aufmerksamkeit gewidmet. Das hat sich erst in jüngerer Zeit geändert. Seit Ende des letzten Jahrhunderts ist die präventive Funktion des Haftungsrechts in der Literatur verstärkt

---

\* Ich danke Andreas Fuchs (Osnabrück) sowie meinen Kollegen an der University of Michigan Law School Daniel Halberstam, Tom Kauper, Adam Pritchard, David Uhlmann und Christina Whitman für wertvolle Hinweise sowie Jessica Thibodeau und Ann-Kathrin Wreesmann für ihre effiziente Hilfe bei der Materialsuche und -auswertung.

hervorgehoben worden; heute dringt sie auch in Europa allmählich ins allgemeine juristische Bewusstsein<sup>1</sup>.

Das führt zu der Frage, welche Form der Verhaltenssteuerung vorzuziehen ist: staatliche Durchsetzung präventiv-administrativer Regulierung oder private Rechtsverfolgung, im modischen Anglizismus: *private law enforcement*?<sup>2</sup> Die Frage hat dadurch gewaltig an Aktualität gewonnen, dass die Europäische Gemeinschaft seit einigen Jahren in verschiedenen Rechtsbereichen auf eine Stärkung der Möglichkeiten privater Rechtsdurchsetzung drängt. Das ist im Wettbewerbsrecht am deutlichsten; ähnliche Tendenzen sieht man aber auch im Kapitalmarktrecht, in der Produkthaftung sowie im Umwelt- und im Antidiskriminierungsrecht<sup>3</sup>.

Diese Entwicklungen haben eine umfassende Diskussion über das Für und Wider privater Rechtsdurchsetzung ausgelöst. Dabei stehen auf der einen Seite diejenigen, die *private law enforcement* in Europa als unterentwickelt betrachten und deshalb seinen Ausbau befürworten. So zeigt vor allem die Kommission in Brüssel erheblichen Reformeifer. Sie verspricht sich von mehr *private enforcement* effizientere Marktregulierung und befürwortet deshalb allerlei Anspruchserweiterungen und Klageerleichterungen. Auf der anderen Seite stehen die Gegner, die eine verstärkte Hinwendung zu privater Rechtsverfolgung für unnötig, unklug und ineffizient halten. Sie befürchten dramatisch steigende Prozesskosten, Rechtsmissbrauch und übertriebene Abschreckung, die seitens der Unternehmen zu Risikofeindlichkeit und Innovationsverlusten führt. In der Mitte zwischen beiden Lagern stehen die Skeptiker, die zur Vorsicht mahnen. In dieser Diskussion spielen freilich nicht nur rechtspolitische Gesichtspunkte, sondern auch handfeste wirtschaftliche Interessen eine Rolle. Vor allem Wirtschaftsunternehmen fürchten, dass ein Ausbau der Privatklagemöglichkeiten zu einer Flut von Schadensersatzklagen gegen sie führen wird<sup>4</sup>.

Es geht bei der Diskussion um den Ausbau privater Rechtsdurchsetzung allerdings um mehr als nur eine Frage effizienter Verhaltenssteuerung. Das Problem steht nämlich in enger Beziehung mit drei grundlegenden Entwicklungen, die in den letzten Jahren auch Europa erfasst haben.

Erstens steht die Frage in Zusammenhang mit dem erhöhten Wettbewerbsdruck durch die Globalisierung der Märkte. Jedenfalls nach Ansicht der EG-Kommission soll der Ausbau privater Rechtsdurchsetzung auch der Förderung des Wettbewerbs

---

<sup>1</sup> Vgl. Gert Brüggemeier, *Prinzipien des Haftungsrechts* (1999), S. 3-6; ausführlich aus deutscher und europäischer Sicht Gerhard Wagner, *Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?*, *Archiv für die civilistische Praxis* 206 (2006), 352; Claus Ott & Hans-Bernd Schäfer, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts* (4. Aufl. 2005), S. 125.

<sup>2</sup> Die Frage stellt sich freilich nicht ernstlich in *allen* Rechtsbereichen. So ist etwa allgemein anerkannt, dass das Strafrecht staatlich, traditionelle Ansprüche wegen Vertragsverletzungen oder unerlaubter Handlung hingegen durch Private verfolgt werden. Es geht deshalb im Folgenden nur um Zusammenhänge, in denen sowohl staatliche als auch private Interessen an der Rechtsdurchsetzung bestehen.

<sup>3</sup> Dazu unten II.

<sup>4</sup> Das wird selten offen zugegeben, verbirgt sich aber fraglos hinter den jeweiligen rechtspolitischen Stellungnahmen und Broschüren, vgl. etwa *Verband der Chemischen Industrie*, NEIN zur Sammelklage. Alternativen für die Fortentwicklung des deutschen Rechts (2007); *Freshfields Bruckhaus Deringer/Bund der deutschen Industrie*, *Private Enforcement in the European Union – Pitfalls and Opportunities* (2007).

dienen. Man verspricht sich von der Abschreckungswirkung des *private law enforcement* schärfere Überwachung des Marktverhaltens und damit letztendlich steigende Wettbewerbsfähigkeit<sup>5</sup>.

Zweitens ist der Ruf nach verstärkt privater Rechtsverfolgung eine Folge der Deregulierung wichtiger Teile des Marktes, insbesondere der „Liberalisierung des Angebots Wettbewerbs“<sup>6</sup>. Je mehr staatlich-präventive Regulierungen des Qualitätsschutzes (insbesondere von Dienstleistungen) abgebaut werden, desto mehr ist die Erhaltung von Qualitätsstandards allenfalls noch über die Privatklagen der Opfer möglich<sup>7</sup>. Darin liegt eine Verlagerung der Verantwortung vom Staat auf die Marktteilnehmer, die sich um ihre Rechte selbst kümmern müssen.

Schließlich steht im Hintergrund die allgemeinere Tendenz des Staates in Europa, sich aus der Verantwortung für das Wohl der Gesellschaft zurückzuziehen. Der Staat stellt zunehmend auch in Belangen des öffentlichen Interesses lediglich noch Möglichkeiten zur Verfügung, deren Nutzung der Privatinitiative überlassen bleibt. So wie öffentlich-rechtlich organisierte Dienstleistungen in den letzten Jahren in Europa vermehrt privatisiert worden sind – von der Bahn bis zur Telekommunikation – so würde mit einem Ausbau des *private law enforcement* auch die Rechtsverfolgung in weiterem Umfang als bisher privatisiert werden.

Es geht also – und hierin liegt die Verbindung zum Gesamtthema der 50. Bitburger Gespräche – nicht zuletzt um die Frage, ob der Trend zur globalen Marktgesellschaft und zur Gewährleistungsverwaltung auch den Bereich der rechtlichen Verhaltenssteuerung erfassen soll. Darauf ist in den Schlussbemerkungen zurückzukommen.

## 2. Die Grenzen abstrakt-genereller Argumente

In der Diskussion um das Verhältnis zwischen staatlich-präventiver und privat-repressiver Rechtsdurchsetzung auf den oben genannten Gebieten hat sich in jüngster Zeit insbesondere im Wettbewerbsrecht eine Reihe von Argumenten herauskristallisiert, die vielfach für und wider beide Modelle vorgebracht worden sind<sup>8</sup>.

Einerseits führen die Befürworter eines Beibehaltens des gegenwärtigen Schwergewichts auf staatlicher Rechtsdurchsetzung ins Feld, dass die Sicherung des Gemeinwohls vorrangig staatliche Aufgabe sei<sup>9</sup> und staatliche Maßnahmen auch in aller Regel

---

<sup>5</sup> Dazu unten II.1.

<sup>6</sup> Rolf Stürmer, Markt und Wettbewerb über alles? (2007), S. 4, vgl. auch id. S. 31 f.

<sup>7</sup> Vgl. a. a. O.

<sup>8</sup> Die beste Zusammenstellung findet sich bei Wernhard Möschel, Behördliche oder private Durchsetzung des Kartellrechts, Wirtschaft und Wettbewerb 2007, S. 483; vgl. auch Ulf Böge & Konrad Ost, Up and Running, or is it? Private Enforcement – the Situation in Germany and Policy Perspectives, European Competition Law Review 27 (2006), 197 f.; Wouter Wils, Should Private Antitrust Enforcement be Encouraged in Europe?, World Competition Law and Economics Review 26 (2003), 473; Clifford Jones, Private Antitrust Enforcement in Europe: A Policy Analysis and Reality Check, World Competition Law and Economics Review 27 (2004), 13; ausgewogener Spencer W. Waller, Towards a Constructive Public-Private Partnership to Enforce Competition Law, World Competition Law and Economics Review 29 (2006), 367; Ilya Segal & Michael Whinston, Public v. Private Enforcement of Antitrust Law: Survey, European Competition Law Review 28 (2007), 306.

<sup>9</sup> Dazu auch unten IV.2.

ausreichen. Sie sind der Ansicht, dass der Einsatz von Hoheitsgewalt sowohl bei der Sachverhaltsermittlung als auch bei der Rechtsdurchsetzung durchaus effektiv sei, und dass die staatlichen Behörden, die über einen eingespielten Expertenstab und eine erprobte Verwaltungsstruktur verfügten, kostengünstiger arbeiten könnten als Privatk Kläger. Auch hat behördliches Handeln nach Ansicht seiner Befürworter die Vorteile, dass es auf das Gesamtproblem, nicht nur auf Einzelfälle, bezogen ist, so dass es mehr Beständigkeit und Rechtssicherheit schafft. Zudem vermindert staatliches Handeln die Gefahr, dass die Rechtsverfolgung für sachfremde Zwecke missbraucht wird, etwa um unliebsame Konkurrenten durch Privatklagen zu erpressen oder gar vom Markt zu drängen. Schließlich wird darauf hingewiesen, dass private Rechtsverfolgung Wirtschaft und Staat mit den u. U. hohen Kosten aufwendiger Zivilprozesse belastet (*social cost*).

Andererseits werden auch für mehr *private enforcement* erhebliche Vorteile geltend gemacht. Zunächst wird immer wieder bezweifelt, ob die Behörden wirklich hinreichend ausgestattet und motiviert sind, um eine effektive Rechtsdurchsetzung auf breiter Basis zu gewährleisten; insofern spricht für private Klagen, dass die Opfer von Rechtsbrüchen besonderen Anreiz haben, sich durch die Anstrengung von Zivilprozessen zur Wehr zu setzen. Davon ganz abgesehen haben private Akteure oft bessere Kenntnis sowohl der konkreten Normverletzung als auch der allgemeinen Marktsituation. Zudem sind Behörden oft politisch abhängig<sup>10</sup>, wenn nicht gar der Verdacht der Korruption durch den Einfluss mächtiger Lobbys besteht (*agency capture*); private Rechtsverfolgung hingegen ist politisch unabhängig und aufgrund ihrer dezentralisierten Natur auf breiter Basis kaum bestechlich. Hinzu kommt, dass sich Unternehmen durch die Globalisierung der Märkte staatlicher Regulierung heutzutage oft entziehen können; privater Rechtsverfolgung zu entkommen ist (angeblich) schwerer. Außerdem spricht für *private enforcement*, dass es zwei Fliegen mit einer Klappe schlägt, denn es sorgt sowohl für den Ersatz bereits zugefügten Schadens als auch für Abschreckung von künftigen Rechtsbrüchen. Schließlich entlastet private Rechtsdurchsetzung, so seine Befürworter, die Behörden und spart dadurch dem Staat Geld. Die staatlichen Stellen können nicht alle Verstöße ahnden; private Rechtsverfolgung stärkt das Gesamtsystem des Kartellrechts, u. a. durch Erzeugung von zusätzlichem Fallrecht sowie dadurch, dass Privatklagen den Behörden anzeigen, wo Probleme liegen<sup>11</sup>.

All diese Argumente sind hilfreich, denn sie zeigen die vielfältigen Gesichtspunkte auf, die in der Frage um staatliche oder private Rechtsdurchsetzung zu bedenken sind. Sie strukturieren dadurch die Diskussion und erlauben Vermutungen in diese oder jene Richtung. Einer verlässlichen Antwort auf die Frage, ob staatliche oder private Rechtsdurchsetzung vorzuziehen ist, bringen sie uns aber aus zwei Gründen nur wenig näher. Erstens hängt ihre Überzeugungskraft durchgehend von der Richtigkeit der zugrunde liegenden Behauptungen ab. Können staatliche Behörden wirklich effektiver

---

<sup>10</sup> Vgl. z. B. zur schwachen Durchsetzung des *antitrust law* in den Vereinigten Staaten während der neo-liberalen Präsidentschaft Ronald Reagans, *Richard Buxbaum*, Enforcement of United States Antitrust Laws During the Reagan Administration: Review and Prospects, *Wirtschaft und Wettbewerb* 1989, 566.

<sup>11</sup> Zu letzteren Argumenten vgl. *Böge & Ost*, Anm. 8, S. 197.

und effizienter arbeiten als private Kläger? Sind private Akteure wirklich besser motiviert als Behörden, Rechtsbrüche zu sanktionieren? Können sich Unternehmen staatlicher Regulierung tatsächlich leichter entziehen als privater Rechtsverfolgung? In diesen Fragen fehlen uns nicht nur verlässliche Daten, es kommt letztendlich auch fast alles auf die konkreten Umstände an, so dass allgemeingültige Aussagen kaum möglich sind. Zweitens ist das Gewicht der jeweiligen Argumente selbst bei Kenntnis aller Umstände vielfach eine Frage der Bewertung. Wann ist eine Behörde ausreichend ausgestattet oder motiviert? Wann ist ihre politische Abhängigkeit bedenklich? Wann ist die Sachkenntnis eines Privatklägers überlegen?

Der übliche Schlagabtausch der immer wieder hervorgebrachten Argumente bringt uns also deshalb nicht wesentlich voran, weil diese Argumente zu abstrakt, spekulativ und subjektiv sind. Sie lassen sich teils mangels empirischer Daten (etwa zur Effektivität der Rechtsdurchsetzung), teils mangels objektiver Messbarkeit (etwa der „Missbräuchlichkeit“ einer Privatklage) größtenteils weder falsifizieren noch verifizieren.

### 3. Der Nutzen konkreter Erfahrung

Um diese Argumente konkreter, fassbarer und objektiver zu machen, bedarf es der Erfahrung damit, wie sich behördliche und private Rechtsdurchsetzung im Vergleich zueinander auswirken. Gerade an dieser Erfahrung aber fehlt es jedenfalls in Europa noch weitgehend. Schließlich hat man sich hier bisher in den entsprechenden Bereichen so überwiegend auf den Staat verlassen, dass man aus eigener Anschauung wenig darüber weiß, ob, bzw. inwieweit sich private Rechtsdurchsetzung bewährt<sup>12</sup>. Es ist deshalb sinnvoll, anderswo nach dieser Erfahrung zu suchen. Dabei fällt der Blick immer wieder auf die Vereinigten Staaten von Amerika. Das ist auch sinnvoll, denn *private law enforcement* spielt dort seit Jahrzehnten eine äußerst wichtige und vieldiskutierte Rolle. Das amerikanische Recht bietet dadurch reichhaltiges Anschauungsmaterial, aus dem man in Europa u. U. Lehren ziehen kann<sup>13</sup>.

Im Folgenden beschreiben wir zunächst *public* und *private enforcement* in den USA. Dabei fassen wir fünf Gebiete ins Auge, auf denen die private Durchsetzung öffentlicher Interessen in den Vereinigten Staaten eine wichtige Rolle spielt, und auf denen sie auch in Europa zur Debatte steht (II.). Eine Auswertung des Befundes führt dann zu einigen allgemeineren Aussagen, aus denen sich – mit der gebotenen Vorsicht – Lehren für Europa ziehen lassen (III.). Die Schlussbetrachtungen stellen private und öffentli-

---

<sup>12</sup> In diesem Sinne stellt auch *Stürmer* fest, dass die „Leistungsfähigkeit der Maschinerie privater Rechtsverfolgung ... schwer abzuschätzen“ ist, Anm. 6, S. 98.

<sup>13</sup> Natürlich kann man auch von anderen Ländern lernen, die sich mit demselben Problem auseinandersetzen. Das gilt etwa für Kanada oder Taiwan, die in jüngerer Zeit insbesondere Sammelklagen im Wirtschaftsrecht zugelassen haben, vgl. *Waller*, Anm. 8, S. 374; *Yu-Hsin Lin*, *Modeling Securities Class Actions Outside the United States: The Role of Nonprofits in the Case of Taiwan*, *New York University Journal of Law and Business* (2007) (im Erscheinen), <http://ssrn.com/abstract=1101283>. Ähnliches gilt inzwischen z. T. sogar innerhalb Europas, etwa in England und den Niederlanden. Doch bieten diese Länder jedenfalls bislang noch keinen so großen Erfahrungsreichtum wie die Vereinigten Staaten. Außerdem muss ihre Betrachtung denjenigen überlassen bleiben, die mit ihrem Rechtssystem eingehend vertraut sind.

che Rechtsdurchsetzung in Bezug zu den Rechtstraditionen der Vereinigten Staaten und Europas und warnen vor einer starken Orientierung am amerikanischen Vorbild (IV.).

## II. Beschreibung: *Public und Private Enforcement in den Vereinigten Staaten*

Zu den Gebieten, auf denen private Rechtsdurchsetzung im öffentlichen Interesse in den USA eine wichtige Rolle spielt, gehören vor allem das Wettbewerbsrecht (*antitrust law*), das Kapitalmarktrecht (insbesondere *securities regulation*), die Produkthaftung (*product liability*), das Umweltrecht (*environmental law*) und die Bürger- sowie Menschenrechte (*civil and human rights*). Obwohl man daneben noch an andere Gebiete wie das Individualarbeitsrecht (*employment law*) denken könnte, konzentrieren wir uns hier auf diese Aufzählung, denn sie erlaubt einen hinreichenden Überblick. Wir beschränken uns dabei auch im Wesentlichen auf das Bundesrecht (*federal law*). Zwar spielt daneben auch einzelstaatliches Recht z. T. eine Rolle, aber seine Einbeziehung würde hier in zu viele Einzelheiten führen.

### 1. Wettbewerbsrecht (*antitrust law*)

Das Wettbewerbs- bzw. Kartellrecht muss aus zwei Gründen an erster Stelle stehen: Erstens ist es in Europa in diesem Zusammenhang das weitaus aktuellste Gebiet; zweitens spielt *private enforcement* in diesem Bereich in den USA eine überragende Rolle.

In Europa wurde die Diskussion um eine Verstärkung privater Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht maßgeblich durch ein Urteil des Europäischen Gerichtshofes aus dem Jahre 2001 ausgelöst<sup>14</sup>. Der EuGH erklärte darin nicht nur die wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen des EG-Vertrages (Art. 81 und 82) zu unmittelbar anwendbaren Grundlagen für private Schadensersatzklagen; er betonte insbesondere auch die Abschreckungswirkung solcher Klagen gegenüber Wettbewerbsverstößen<sup>15</sup>. Nachdem die Europäische Union im Folgejahr die staatliche Durchsetzung des Wettbewerbsrechts in einer Verordnung neu geregelt hatte<sup>16</sup>, veröffentlichte die Kommission im Jahre 2005 ein „Grünbuch“ über „Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts“<sup>17</sup>. Darin betrachtet die Kommission „Schadensersatzklagen als

<sup>14</sup> Vgl. zum Folgenden die informative Übersicht bei *Wagner*, Anm. 1, S. 404 ff. Zur geschichtlichen Entwicklung und heutigen Verortung des Wettbewerbsrechts in Europa vgl. aus amerikanischer Sicht *David Gerber*, *Law and Competition in Twentieth Century Europe. Protecting Prometheus* (1998).

<sup>15</sup> *Courage Ltd. v. Bernhard Crehan*, Rechtssache C-453/99, E.C.R. [2001] I-6297; vgl. auch die Folgeentscheidung in *Manfredi v. Lloyd Adriatico*, Rechtssache C-295/04, E.C.R. [2006] I-6619.

<sup>16</sup> Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. L 1/1 (4.1.2003), in Kraft getreten am 1.5.2004.

<sup>17</sup> KOM (2005) 672 endgültig (19.12. 2005); hinzu kommt das Arbeitspapier vom 10.2.2006, SEC (2005) 1732. Mit ausgelöst wurde die stärkere Betonung privater Rechtsverfolgung seitens der EG durch die abnehmende Kontrolldichte in Folge der Umstellung von einem System der Administrativfreistellung zu einem System der Legalausnahmen, vgl. Verordnung (EG) Nr. 1/2003, Anm. 16, Erwägungsgrund 4; vgl. dazu *Wagner*, Anm. 1, S. 405.

ein Mittel zur Durchsetzung des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft“<sup>18</sup>. Sie spricht in diesem Zusammenhang ausdrücklich von „Abschreckung“. Da die Kommission die private Rechtsdurchsetzung für „völlig unterentwickelt“ erachtet<sup>19</sup>, schlägt sie eine Reihe von Maßnahmen zur deren Stärkung vor<sup>20</sup>. Ihre Vorschläge haben in den letzten drei Jahren eine Literaturflut ausgelöst, die kaum noch zu überblicken ist<sup>21</sup>. Im selben Jahr reformierte zudem der deutsche Gesetzgeber das nationale Kartellrecht durch die 7. GWB-Novelle<sup>22</sup>. Dabei wurden Privatklagen in mehrfacher Hinsicht gefördert, u. a. mit dem erklärten Ziel, ihren „abschreckenden Effekt zu verstärken“<sup>23</sup>. Die Einzelheiten sind kompliziert und gehören nicht hierher<sup>24</sup>. Private Kartellrechtsklagen kommen zwar jedenfalls in Deutschland durchaus vor<sup>25</sup>, eine wesentliche Vermehrung privater Klagen scheint aber in letzter Zeit weder auf europäischer noch auf deutscher Ebene eingetreten zu sein<sup>26</sup>, doch ist die Entwicklung noch längst nicht abgeschlossen. Im April 2008 erschien ein „Weißbuch“, in dem die EG-Kommission ihre Vorstellungen weiter konkretisiert hat<sup>26a</sup>. Wohin diese Tendenzen im europäischen Kartellrecht letztendlich führen, wird wohl erst in einigen Jahren deutlich werden.

Hinter diesen europäischen Vorschlägen und Entwicklungen steht das amerikanische Vorbild, auf das der deutsche Gesetzgeber auch ausdrücklich Bezug nimmt<sup>27</sup>.

In Deutschland liest man immer wieder, dass es im amerikanischen Kartellrecht rund zehnmals so viele Privatklagen wie behördliche Verfahren gibt<sup>28</sup>. Das ist zwar ungefähr richtig, kann aber leicht missverstanden werden. Man darf daraus nämlich nicht schließen, dass die staatliche Durchsetzung im *antitrust law* keine wesentliche

<sup>18</sup> *Grünbuch*, Anm. 17, S. 3.

<sup>19</sup> A. a. O., S. 4. Ausführlicher *Emil Paulis*, Policy Issues in the Private Enforcement of EC Competition Law, in: *Basedow*, Anm. 21, S. 7.

<sup>20</sup> Ähnliche Vorschläge hat das britische *Office of Fair Trading (OFT)* im November 2007 vorgelegt, vgl. OFT veröffentlicht Empfehlungen zu Zivilklagen („private actions“) im Wettbewerbsrecht, <http://fiw-online.de/iudex.html?archiv/D/d041005profkonf.html>.

<sup>21</sup> Vgl. statt aller *Jürgen Basedow* (Hrsg.), Private Enforcement of EC Competition Law (2007).

<sup>22</sup> Bundesgesetzblatt 2005 Teil I Nr. 44, S. 2114 (in Kraft getreten am 1.7.2005).

<sup>23</sup> BT-Drucksache 15/3640, S. 35.

<sup>24</sup> Vgl. *Georg M. Berrisch & Markus Burianski*, Kartellrechtliche Schadensersatzansprüche nach der 7. GWB-Novelle, *Wirtschaft und Wettbewerb* 2005, 878; *Jens Koch*, Kartellrechtliche Schadensersatzansprüche mittelbar betroffener Marktteilnehmer nach § 33 GWB n. F., *Wirtschaft und Wettbewerb* 2005, 1210.

<sup>25</sup> Daten bei *Böge & Ost*, Anm. 8, S. 197; ihre Bedeutung ist freilich zahlenmäßig vergleichsweise gering. In den meisten anderen EU-Mitgliedstaaten bleibt sie sogar noch hinter Deutschland zurück, sofern private Klagen überhaupt vorkommen, vgl. *Rolf Hempel*, Privater Rechtsschutz im deutschen Kartellrecht nach der 7. GWB-Novelle, *Wirtschaft und Wettbewerb* 2004, 362, 366.

<sup>26</sup> *Christian Diemer*, The Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, *European Competition Law Review* 27 (2006), 309, 310 (mit weiteren Nachweisen); vgl. auch *Thomas Eilmansberger*, The Green Paper on damages actions for breach of the EC antitrust and beyond: Reflections on the utility and feasibility of stimulating private enforcement through legislative action, *Common Market Law Review* 44 (2007), 401, 434.

<sup>26a</sup> KOM (2008) 165 endgültig (2.4.2008). Das *Weißbuch* erschien erst nach Abschluss des Manuskripts und konnte deshalb nur noch beschränkt berücksichtigt werden. Es bringt auch gegenüber dem *Grünbuch* nichts grundsätzlich Neues.

<sup>27</sup> BT-Drucksache 15/3640, S. 35. Die nachfolgende Darstellung ist – schon aus Platzgründen – erheblich verkürzt. So geht sie z. B. nicht auf das Problem der Schadensverlagerung (*passing on defense*) oder der Kronzeugenregelung (*amnesty program*) ein.

<sup>28</sup> Vgl. etwa *Jürgen Keßler*, Private Enforcement – Zur deliktsrechtlichen Aktualisierung des deutschen und europäischen Kartellrechts im Lichte des Verbraucherschutzes, *Wettbewerb in Recht und Praxis* 2006, 1061.

Rolle spielt. Das tut sie durchaus, denn es gibt hier drei Hauptformen der Regulierung<sup>29</sup>. Zum einen unterliegen bestimmte Unternehmenszusammenschlüsse, wie in Europa auch, der behördlichen Kontrolle. Allein dadurch haben die Regierungsstellen im Kartellrecht eine zentrale Funktion. Zum zweiten leiten die Behörden (vor allem die Wettbewerbsabteilung des Bundesjustizministeriums – *Antitrust Division of the Department of Justice*) alljährlich Hunderte von Untersuchungsverfahren wegen Wettbewerbsverstößen ein<sup>30</sup>. Diese Verfahren sind meist sog. *civil enforcement actions* und führen in vielen Fällen zur Verhängung von z. T. drastischen Geldbußen, die sich auf mehrere Hundert Millionen Dollar belaufen können; auch das ist den Verhältnissen in Europa ähnlich. Drittens verfolgt der amerikanische Staat – und hierin liegt ein wichtiger Unterschied zu Europa – eine Vielzahl von Kartellrechtsverstößen strafrechtlich. Insbesondere bei Preisabsprachen (*price fixing*) gibt das Bundesjustizministerium Fälle oft an die Staatsanwaltschaft weiter, die daraufhin Anklage vor den Bundesgerichten erhebt. Das führt regelmäßig zu Verurteilungen zu Gefängnisstrafen, die etwa allein im Jahre 2004 in 30 Fällen auf über ein Jahr lauteten<sup>31</sup>. Hinzu kommen noch die von den einzelstaatlichen Behörden angestregten Verfahren<sup>32</sup>. Allein durch diese Maßnahmen hat die staatliche Verfolgung von Wettbewerbsverstößen in den USA eine sehr ernsthafte Abschreckungswirkung.

Trotzdem ist es richtig, dass die Durchsetzung des Kartellrechts in den Vereinigten Staaten überwiegend im Wege von Privatklagen erfolgt. Private Ersatzansprüche wegen Verstößen gegen das *antitrust law* bestehen in den USA seit über hundert Jahren<sup>33</sup>. Sie werden u. a. dadurch erheblich aufgewertet, dass obsiegende Kläger dreifachen Schadensersatz (*treble damages*) erlangen können<sup>34</sup>. Außerdem haben sie entgegen dem amerikanischen Grundsatz, dass jede Partei ihre Anwaltskosten selbst trägt, Anspruch auf ihre *attorney's fees*<sup>35</sup>. Hinzu kommt die Möglichkeit, Schäden kollektiv im Wege einer Sammelklage (*class action*) geltendzumachen und den Streitwert dadurch zu vervielfachen. Diese Klägerbegünstigungen sind Ausdruck einer Rechtspolitik, der

---

<sup>29</sup> Knapper Überblick bei *Mathias Reimann*, Einführung in das US-amerikanische Privatrecht (2. Aufl. 2004), S. 271 ff., 280 f. Ausführlich zu den staatlichen Durchsetzungsmechanismen *American Bar Association*, Antitrust Law Developments (6. Aufl. 2007), S. 673-808.

<sup>30</sup> Antitrust Division Workload Statistics FY 1997-2006, <http://www.usdoj.gov/atr/public/workstats.htm>. Dabei ist allerdings im Laufe der letzten zehn Jahre eine ständige Abnahme zu vermerken. Behördliche Kartellverfahren richten sich in den USA übrigens nicht ausschließlich gegen Wirtschaftsunternehmen, sondern u. U. auch gegen sonstige Organisationen wie etwa die amerikanische Anwaltsvereinigung, vgl. etwa U.S. v. American Bar Association, 934 S.Fupp. 435 (D.D.C. 1996).

<sup>31</sup> Daten bei *Wouter Wils*, Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?, *World Competition Law and Economics Review* 28 (2005), 117, 123 (mit weiteren Nachweisen). Die Höchstfreiheitsstrafe lautet auf 10 Jahre; hinzu kommen Geldstrafen, die, wenn sie sich gegen Unternehmen richten, bis zu 100 Millionen Dollar erreichen; a. a. O., S. 124.

<sup>32</sup> Vgl. Antitrust Law Developments, Anm. 29, S. 723 ff., 795 ff.

<sup>33</sup> Sie waren bereits im Sherman Act von 1890 vorgesehen, beruhen seit 1914 aber auf § 4 des Clayton Act von 1914. Ihr Zweck war von vornherein die Stärkung der privaten Rechtsdurchsetzung, da man einsah, dass die behördlichen Mittel allein nicht ausreichen würden, vgl. *Reiter v. Sonotone Corp.*, 442 U.S. 330, 344 (1979).

<sup>34</sup> § 4 Clayton Act (28 U.S.C. § 18 [2000]).

<sup>35</sup> A. a. O.



es weniger auf Wiedergutmachung erlittener Schäden, sondern vor allem auf Optimierung der Abschreckungswirkung durch Zuhilfenahme privater Klagen ankommt<sup>36</sup>.

Die private Rechtsverfolgung war zwar bis in die 1950er Jahre auch im amerikanischen Kartellrecht eine Ausnahme, seither ist sie jedoch zur Regel geworden. Heute ist sie kaum noch wegzudenken<sup>37</sup>. Im Durchschnitt wurden in neuerer Zeit pro Jahr rund 700-800 Privatklagen wegen Kartellrechtsverletzungen erhoben<sup>38</sup>. Mit ihnen werden Milliarden von Dollar Schadenersatz verlangt und zu erheblichem Teil auch erlangt.

Weitgehend unbestritten ist in den USA, dass *private enforcement* einen wichtigen Beitrag zur Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht, insbesondere zur Abschreckung von Verstößen leistet. Ebenso wird in weiten Kreisen akzeptiert, dass das System im großen und ganzen hinreichend effektiv ist. So hat auch die *Antitrust Modernization Commission* in ihrem Report vom April 2007 insoweit keine wesentlichen Änderungen vorgeschlagen; *treble damages* und Erstattung der Anwaltskosten für siegreiche Kläger sollen jedenfalls nicht angetastet werden<sup>39</sup>.

Doch gibt es auch kritische Stimmen, die die Effizienz der Privatklagen im Kartellrecht bezweifeln<sup>40</sup>, und die insbesondere den verdreifachten Schadenersatz wegen seiner potentiell exzessiven Abschreckungswirkung in Frage stellen<sup>41</sup>. Hinzu kommt die gelegentliche Behauptung, kartellrechtliche Privatklagen würden oft zur Ausschaltung von Konkurrenz eingesetzt<sup>42</sup>. Damit dienten sie nicht der Förderung, sondern gerade der Verminderung des Wettbewerbs. Die jüngere Entwicklung in den USA geht auch deutlich in Richtung einer Einschränkung von Privatklagemöglichkeiten<sup>43</sup>. Ein wichtiges Zeichen der Zeit ist vor allem die in den letzten zwei Jahren eindeutig konservative Rechtsprechung des *Supreme Court*. Das oberste Gericht hat in diesem Zeitraum die zur Entscheidung angenommenen Kartellrechtsfälle praktisch ausnahmslos zugunsten der Beklagten beurteilt; dadurch hat es Privatklagen in vielen kleinen und einigen großen Punkten erheblich erschwert<sup>44</sup>. Man kann sich darüber streiten, ob

<sup>36</sup> Dazu *Hannah Buxbaum*, Private Enforcement of Competition Law in the United States – of Optimal Deterrence and Social Costs, in: *Basedow*, Anm. 21, S. 41, 45 ff.

<sup>37</sup> Zur Entwicklung a. a. O., S. 41, 43 ff.

<sup>38</sup> U.S. District Courts, Civil Cases Filed by Nature of Suit, <http://www.uscourts.gov/judicialfactsfigures/2006/Table404.pdf>.

<sup>39</sup> *Antitrust Modernization Commission*, Report and Recommendation (April 2007).

<sup>40</sup> *William Breit & Kenneth G. Elzinga*, Antitrust Enforcement and Economic Efficiency: The Uneasy Case for Treble Damages, *Journal of Law and Economics* 17 (1974), 329, 330; *Edward A. Snyder & Thomas E. Kauper*, Misuse of the Antitrust Laws: The Competitor Plaintiff, *Michigan Law Review* 90 (1991), 551, 597.

<sup>41</sup> Vgl. *Buxbaum*, Anm. 36, S. 48 ff.

<sup>42</sup> Vgl. etwa *William J. Baumol & Januzs A. Ordover*, Use of Antitrust to Subvert Competition, *Journal of Law and Economics* 28 (1985), 247, 252.

<sup>43</sup> Vgl. dazu *Waller*, Anm. 8, S. 371 f.

<sup>44</sup> U. a. hat der Supreme Court in einem revolutionären Urteil aus dem Jahre 2007 das fast 100 Jahre alte kategorische (*per se*) Verbot von „vertikalen“ vertraglichen Mindestpreisbindungen aufgehoben, *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS*, 127 S.Ct. 2705 (2007). Dazu u. a. *Boris Karsten*, Die Leegin-Entscheidung des U.S. Supreme Court: Aufgabe des Per-se-Verbots für Mindestpreisbindungen im U.S.-Bundeskartellrecht, *Recht der internationalen Wirtschaft* 2007, 649. Konservative Tendenzen spiegeln sich auch in vielen anderen kartellrechtlichen Urteilen des Supreme Court aus jüngerer Zeit wider; vgl. vor allem *Texaco Inc. v. Fouad N. Dagher et al.*, 547 U.S. 1 (2006); *Independent Ink, Inc., v. Illinois Tool Works, Inc.*, 547 U.S. 1002 (2006); *Bell Atlantic Corp. v. William Twombly*, 127 S.Ct. 1955 (2007); *Credit Suisse Securities v. Glen Billing*, 127 S.Ct. 2383 (2007); *Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co.*, 127 S.Ct. 1069 (2007). Dazu auch

darin ein angemessenes Zurückstutzen von zuvor exzessivem *private enforcement* oder schlicht größere Toleranz gegenüber wirtschaftlicher Freiheit liegt.

Die größten Bedenken werden im Kartellrecht allerdings nicht unbedingt gegen dessen wesenseigene Züge erhoben, sondern gegen seine prozessualen Auswirkungen, insbesondere gegen seine Durchsetzung im Wege von Sammelklagen<sup>45</sup>. Diese folgen typischerweise unmittelbar auf eine behördliche oder gerichtliche Feststellung eines Verstoßes (*follow-up suits*). Wegen der weitgehenden Bindungswirkung dieser Feststellung<sup>46</sup> können sich Beklagte oft kaum noch wirksam verteidigen; dadurch haben die Kläger von vornherein die Oberhand. Da derlei *class actions* die Beklagten oft mit existenzgefährdenden Schadensersatzforderungen bedrohen, müssen sich die betroffenen Firmen in der Regel auf Vergleiche einlassen, die sie furchtbar teuer zu stehen kommen. Auf diese Probleme werden wir noch zurückkommen<sup>47</sup>.

## 2. Kapitalmarktrecht (insbesondere *securities regulation*)

Auch auf dem Gebiet des Kapitalmarktrechts ist die private Rechtsverfolgung in Europa zusehends in die Diskussion geraten. Das gilt in Deutschland vor allem seit der Neufassung von §§ 37 b und 37 c des Wertpapierhandelsgesetzes (2004), die Schadensersatzansprüche „wegen Unterlassung der unverzüglichen Veröffentlichung von kursrelevanten Insiderinformationen“ oder „wegen Veröffentlichung unwahrer Insiderinformationen“ vorsehen<sup>48</sup>. Hinzu kommt das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (2005), das (unter gewissen Voraussetzungen) die Zusammenfassung einer Vielzahl von Klagen von Anlegern in einem Verfahren erlaubt. Dieses Verfahren weist manche Züge einer *class action* auf<sup>49</sup>. Hier wird in der Begründung des Regierungsentwurfs ausdrücklich das Ziel hervorgehoben, die Regulierung des Kapitalmarkts durch private Rechtsverfolgung zu stärken<sup>50</sup>.

Wie im Wettbewerbsrecht, darf man auch im Kapitalmarktrecht der USA zunächst die Rolle staatlicher Überwachung nicht unterschätzen; sie hat nämlich hier noch mehr Gewicht als im *antitrust enforcement*. Die Hauptrolle spielt dabei zunächst die Bundesaufsichtsbehörde, die *Securities Exchange Commission (SEC)*. Sie ist gut ausgestattet, erfahren, mächtig und gefürchtet. Klarmachen muss man sich insbesondere, dass Ausmaß und Intensität der behördlichen Regulierung des Kapitalmarkts in den USA deutlich über das europäische und auch deutsche Niveau hinausgehen. Die USA

---

*Joshua Wright*, The Roberts Court and the Chicago School of Antitrust: The 2006 Term and Beyond, *Competition Policy International* 3 (2007), [http://ssrn.com/abstract\\_id=1028028](http://ssrn.com/abstract_id=1028028); *Eimer Elbauge*, Harvard, not Chicago: Which Antitrust School Drives Recent Supreme Court Decisions, *Harvard Law and Economics Papers* No. 594, *Competition Policy International* 3 (2007), <http://sem.com/abstract-1010769>.

<sup>45</sup> Vgl. *Buxbaum*, Anm. 36, S. 56 ff. (mit weiteren Nachweisen).

<sup>46</sup> Vgl. § 5 Clayton Act; ausführlicher dazu *Antitrust Law Developments*, Anm. 29, S. 977 ff.

<sup>47</sup> Vgl. unten III.3.

<sup>48</sup> Zum europarechtlichen Hintergrund vgl. Art. 7 der Richtlinie 2004/109/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 2004, ABl. Nr. L 390 vom 31.12. 2004, 0038-0057. Private Schadensersatzansprüche gibt es freilich schon seit längerem im deutschen Aktienrecht, vgl. § 117 AktG.

<sup>49</sup> Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten vom 1. November 2005.

<sup>50</sup> Vgl. Regierungsentwurf Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz vom 17.11. 2004.

geben etwa 50mal soviel Geld für die Überwachung des Kapitalmarktes aus und beschäftigen fast 30mal soviel Personal wie Deutschland; das ist selbst bei Berücksichtigung des Größenunterschieds der Märkte ein vielfach größerer Aufwand<sup>51</sup>. Die amerikanischen Behörden sind auch äußerst aktiv; sie verhängen im Jahr rund 5000 Sanktionen wegen Verstößen<sup>52</sup>. Wie im Kartellrecht handelt es sich dabei in der Regel um sog. *civil fines*, d. h. Geldbußen. Sie belaufen sich im Jahresdurchschnitt auf insgesamt rund zwei Milliarden Dollar. Daneben ist auch das Bundesjustizministerium (*Department of Justice, DOJ*) maßgeblich an der Durchsetzung des Kapitalmarktrechts beteiligt, vor allem mittels des Strafrechts. So werden allein wegen *insider trading* im Jahresdurchschnitt 40-50 Anklagen erhoben<sup>53</sup> und kommt es alljährlich zu einer großen Zahl strafrechtlicher Verurteilungen wegen kapitalmarktrechtlicher Verstöße. Diese Verurteilungen führen für die Betroffenen nicht nur vielfach zu empfindlichen Freiheitsstrafen<sup>54</sup>, sondern in der Regel auch zu beruflichem und oft zu finanziellem Ruin<sup>55</sup>. Hinzu kommt auch hier die Rechtsverfolgung durch die Behörden der Einzelstaaten. Ganz abgesehen von all diesen Konsequenzen haben behördliche Maßnahmen noch aus zwei anderen Gründen große Abschreckungswirkung im Kapitalmarktrecht. Erstens führt bereits die Einleitung von Ermittlungen durch die SEC leicht zu Kursverlusten, weil die Anleger sofort (und oft zu Recht) Probleme wittern. Zweitens rufen behördliche Ermittlungen potentielle Privatkläger auf den Plan, die aus etwaigen Verstößen Schadensersatzansprüche ableiten.

Trotz der großen Bedeutung der Regulierung durch die SEC spielt auch im US-amerikanischen Kapitalmarktrecht das *private enforcement* eine enorme Rolle. Grundlage ist dabei vor allem die berühmte *Rule 10b-5*. Sie wurde von der SEC unter § 10 (b) des *Securities Exchange Act* von 1934 erlassen. *Rule 10b-5* verbietet *securities fraud*, d. h. alle falschen Tatsachenbehauptungen sowie jede Form des Betrugs und der Irreführung im Wertpapierhandel. Das schließt auch *insider trading* ein, verbietet also die Benutzung nicht öffentlich zugänglicher Informationen im Wertpapiergeschäft. Wer durch eine verbotene Handlung bzw. Unterlassung Schaden erleidet, kann auf Ersatz klagen. Zwar gibt es hier, anders als im Wettbewerbsrecht, keinen dreifachen Schadensersatz und keine Erstattung der Anwaltskosten, doch kann auch die Haftung einer Gesellschaft unter *Rule 10b-5* existenzvernichtend sein. Das liegt u. a. daran, dass

---

<sup>51</sup> Daten bei *Howell Jackson*, Variation in the Intensity of Financial Regulation: Preliminary Evidence and Potential Implications, *Yale Journal on Regulation* 24 (2007), 253.

<sup>52</sup> A. a. O.

<sup>53</sup> Zahlenmaterial bei *John C. Coffee*, Law and the Market: The Impact of Enforcement, *University of Pennsylvania Law Review* 156 (2007), 229, 264 f.

<sup>54</sup> Die am Enron-Zusammenbruch für schuldig Befundenen erhielten z. T. mehr als 20 Jahre Freiheitsstrafe; vgl. *Daniel Ostas*, When Fraud Pays: Executive Self-Dealing and The Failure of Self-Restraint, *American Business Law Journal* 44 (2007), 571 (Anm. 66).

<sup>55</sup> In den letzten Jahrzehnten haben allein die Bundesbehörden (SEC und Bundesjustizministerium) Untersuchungen gegen Tausende von Managern wegen Verstößen gegen das Kapitalmarktrecht durchgeführt. 93 % der Betroffenen verloren ihren Posten; 28 % wurden strafrechtlich verfolgt; mehrere Hundert saßen Freiheitsstrafen ab, wobei die Durchschnittsdauer 4,3 Jahre betrug. Im Durchschnitt erlitten die Betroffenen zudem herbe finanzielle Verluste, oft in Millionenhöhe; siehe *Jonathan Karpoff, D. Scott Lee & Gerald Martin*, The Consequences to Managers for Financial Misrepresentation, *Journal of Financial Economics* (im Erscheinen); <http://ssrn.com/abstract=1012730>.

die Verluste oft viele Tausende von Anlegern betreffen. In der Regel werden diese Verluste, wie auch im Kartellrecht, im Wege einer Sammelklage (*class action*) geltend gemacht<sup>56</sup>. Dabei können sich die eingeklagten Summen auf Hunderte von Millionen Dollar belaufen. Schadensersatz in solcher Höhe wirkt wie eine Bestrafung, da die Beklagten, die ja in der Regel nicht ihre eigenen Aktien verkauft haben, oft keinen entsprechenden Gewinn gemacht haben oder ihn jedenfalls nicht behalten dürfen. Mit rund 200 derartiger Sammelklagen pro Jahr<sup>57</sup> stellt deshalb *private enforcement* eine ernsthafte und fortdauernde Bedrohung für diejenigen dar, die (zumindest angeblich) die *antifraud* Bestimmungen des Wertpapierhandelsrechts verletzen.

*Private enforcement* im Kapitalmarktrecht wird in den USA vielfach sehr kritisch gesehen. Zwar wird auch hier anerkannt, dass Privatklagen wesentlich zur Rechtsdurchsetzung beitragen<sup>58</sup>. Die Kritiker sind aber der Ansicht, dass private Rechtsverfolgung letztendlich mehr Schaden als Nutzen bringt. Der Nutzen des *private enforcement* wird oft als gering eingeschätzt, da die Überwachung durch die sehr mächtige Aufsichtsbehörde des Bundes, die SEC, bereits streng, effektiv und abschreckend genug sei. Der Schaden hingegen sei groß, da hier mit Privatklagen, vor allem durch aufwendige *discovery* sowie durch unbegründete *class actions*, viel Missbrauch getrieben und die Abschreckung durch zu hohe Schadensersatzsummen übertrieben werde<sup>59</sup>; darauf ist noch zurückzukommen<sup>60</sup>. Mitunter ist sogar von Korruption die Rede<sup>61</sup>. In Reaktion auf diese Kritik sowie auf weithin anerkannte Missstände haben sowohl der Bundesgesetzgeber<sup>62</sup> als auch der *Supreme Court*<sup>63</sup> die Klagemöglichkeiten wegen *securities fraud* in den letzten Jahren erheblich eingeschränkt bzw. erschwert. Insbesondere wurden die Anforderungen an die Genauigkeit und Substantiierung von Klagen deutlich verschärft. Die Zahl der erhobenen Klagen hat sich allerdings dadurch jedenfalls bislang nicht vermindert<sup>64</sup>.

<sup>56</sup> Dazu umfassend *Andreas Holzhiuter*, Die Class Action im amerikanischen Kapitalmarktrecht (2004).

<sup>57</sup> Vgl. Filings 2007: A Year in Review, [http://securities.stanford.edu/clearinghouse\\_research/2007\\_YIR/20080103-01.pdf](http://securities.stanford.edu/clearinghouse_research/2007_YIR/20080103-01.pdf).

<sup>58</sup> "This Court has long recognized that meritorious private actions to enforce federal antifraud securities laws are an essential supplement to criminal prosecutions and civil enforcement actions brought, respectively, by the Department of Justice and the Securities and Exchange Commission (SEC)." *Tellabs, Inc. v. Makor Issues & Rights, Ltd.*, 127 S.Ct. 2499 (2007).

<sup>59</sup> Vgl. *Adam Pritchard*, Markets as Monitors: A Proposal to Replace Class Actions with Exchanges as Security Fraud Enforcers, *Virginia Law Review* 85 (1999), 925; *Don Langevoort*, Capping Damages for Open-Market Securities Fraud, *Arizona Law Review* 38 (1996), 639; *Janet Cooper Alexander*, Rethinking Damages in Securities Class Actions, *Stanford Law Review* 48 (1996), 1487. Im Einzelnen ist freilich auch hier vieles umstritten. Zu einem positiveren Ergebnis kommt etwa die gründliche empirische Studie der Gesamtheit der Sanktionen von *Karpoff, Lee & Martin*, Anm. 55.

<sup>60</sup> Siehe unten III.2. und 3.

<sup>61</sup> So haben sich mehrere Partner der einst bei *securities class actions* führenden Anwaltskanzlei schuldig bekannt, Schmiergelder zur Anwerbung von Klägern gezahlt zu haben, *ABA Journal*, January 2008, S. 29.

<sup>62</sup> Insbesondere durch den *Private Securities Litigation Reform Act* von 1995. Flankierend hat der *Securities Litigation Uniform Standards Act* von 1998 *class actions* wegen *securities fraud* ausschließlich Bundesrecht und den Bundesgerichten unterstellt, um Umgehungen des *Private Securities Litigation Reform Act* auszuschließen.

<sup>63</sup> So schon *Central Bank of Denver v. First Interstate Bank of Denver*, 511 U.S. 164 (1994); aus jüngerer Zeit insbesondere *Dura Pharmaceuticals, Inc. v. Broudo*, 544 U.S. 335 (2005); *Tellabs, Inc. v. Mako Issues & Rights*, 127 S.Ct. 2499 (2007); *Stoneridge Investment Partners, LLC v. Scientific Atlanta, Inc.*, 128 S.Ct. 761 (2008).

<sup>64</sup> *Stephen Choi & Adam Pritchard*, *Securities Regulation. Cases and Analysis* (2. Aufl. 2008), S. 248.

### 3. Produkthaftung (*products liability*)

Privatklagen in der Produkthaftung gibt es in Europa seit Jahrzehnten und in manchen Ländern sogar in erheblicher Zahl<sup>65</sup>, doch ist ihr Ziel traditionsgemäß ganz vorrangig die Kompensation von Schäden, nicht die Steuerung des Verhaltens<sup>66</sup>. Sie werden also in Europa in der Regel nicht als *private enforcement* im hier verwandten Sinne verstanden. Die Garantie der Produktsicherheit ist hier noch immer vor allem Sache präventiv-öffentlichrechtlicher Regulierung<sup>67</sup>. Es gibt aber auch auf diesem Gebiet Anzeichen, dass die EG-Kommission Privatklagen in absehbarer Zeit stärker an der Durchsetzung der Produktsicherheit beteiligen will. Das gilt insbesondere durch erweiterte Möglichkeiten kollektiven Rechtsschutzes, etwa durch Verbands- und Sammelklagen<sup>68</sup>.

Auf dem Gebiet der Produktsicherheit ist das *public enforcement* in den Vereinigten Staaten vergleichsweise schwach. Das liegt entgegen der in Europa weitverbreiteten Meinung nicht daran, dass die Produktsicherheit in den USA an sich kaum reguliert wäre. Diese Regulierung ist nicht unbedingt lückenhafter als in Europa. Es gibt in den USA nämlich sowohl auf bundes- als auch auf einzelstaatlicher und sogar auf gemeindlicher Ebene eine Unzahl von Gesetzen und Verordnungen auf diesem Gebiet; sie regeln die Sicherheitsanforderungen einer großen Palette von Produkten oft bis ins Detail<sup>69</sup>. Zudem existiert auch eine große Zahl von Behörden, die für die Produktsicherheit zuständig sind, vom *Department of Transportation (DOT)*, das die Automobilsicherheit überwacht, bis zur *Food and Drug Administration (FDA)*, der die Arzneimittelzulassung und -kontrolle obliegt<sup>70</sup>. Insbesondere gibt es seit 1973 eine spezielle Bundesbehörde, die *Consumer Product Safety Commission*, die sich mit immerhin gut 400 Mitarbeitern und einem Budget von über 60 Millionen Dollar um die Produktsicherheit kümmern soll<sup>71</sup>. Die relative Schwäche des *public enforcement* in der Produktsicherheit hat ihren Grund vor allem darin, dass die entsprechenden Gesetze in all ihrem verwirrenden Durcheinander selten angewandt werden, insbe-

---

<sup>65</sup> Sie bleibt allerdings deutlich hinter der Zahl US-amerikanischer Produkthaftungsprozesse zurück, vgl. *Mathias Reimann*, *Liability for Defective Products at the Beginning of the Twenty-First Century: Emergence of a Worldwide Standard?*, *American Journal of Comparative Law* 51 (2003), 751, 803 ff.

<sup>66</sup> So spricht auch die Produkthaftungsrichtlinie nicht von Regulierung der Produktsicherheit, sondern von Rechtsangleichung, Vermeidung von Wettbewerbsverfälschung und Verbraucherschutz, Richtlinie des Rates 85/374/EWG vom 25. Juli 1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte, ABL. L 210, 29-33, insbesondere Erwägungsgründe 1, 4-9, 12.

<sup>67</sup> Vgl. Richtlinie 2001/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. Dezember 2001 über die allgemeine Produktsicherheit, ABL. L 11/4 v. 15.1.2002; Geräte- und Produktsicherheitsgesetz vom 6. Januar 2004. Die öffentlich-rechtlichen Regelungen spezieller Produkte sind – wohl inzwischen in jedem EU Mitgliedstaat – zahllos.

<sup>68</sup> Verbraucherpolitische Strategie der EU 2007-2013 (2007), KOM (2007) 99 endgültig/2, S. 22 (Kap. 5.3.); die Kommission knüpft hier ausdrücklich an die im Grünbuch zum Wettbewerbsrecht (Anm. 17) entwickelten Strategien an.

<sup>69</sup> *David Owen*, *Products Liability* (2005), S. 2.; vgl. auch die (inzwischen etwas veraltete) Zusammenstellung von *Marshall Shapo*, *Public Regulation of Dangerous Products* (1980).

<sup>70</sup> Vgl. *Owen*, Anm. 69, S. 2 f.

<sup>71</sup> *Office of the Inspector General, U.S. Consumer Product Safety Commission*, *Semiannual Report to Congress 2007*, <http://www.cpsc.gov/about/oig/sar2007b.pdf>.

sondere dass die Behörden von den ihnen zur Verfügung stehenden Befugnissen nur wenig Gebrauch machen<sup>72</sup>. So werden etwa Geldbußen nur vereinzelt verhängt; zudem sind deren Höchstsätze meist zu niedrig, um auf Großunternehmen ernsthafte Wirkung zu haben<sup>73</sup>. Strafrechtliche Sanktionen sind zwar gesetzlich vorgesehen<sup>74</sup>, kommen aber praktisch nicht vor<sup>75</sup>. In zumindest einer Hinsicht hat behördliches Einschreiten aber auch in der Produktsicherheit große Abschreckungswirkung: Ordnen die Behörden eine Rückrufaktion an, so fallen oft die Aktienkurse der betreffenden Unternehmen – und zwar in z. T. dramatischer Weise<sup>76</sup>. Hersteller haben deshalb schon im Interesse der Anleger allen Grund, Produktsicherheitsprobleme nicht aufkommen zu lassen.

Letztendlich liegt aber der Schwerpunkt in der Produktsicherheit ganz eindeutig auf *private enforcement*. Die verhaltenssteuernde Wirkung von Privatklagen gehört seit rund einem halben Jahrhundert zu den primären Zielen der *product liability*. Schon in den 1960er Jahren wurde insbesondere die Einführung der verschuldensunabhängigen Haftung (*strict liability*) u. a. damit begründet, dass die darin liegende Verschärfung Anreize für größere Produktsicherheit schaffen werde<sup>77</sup>. Die ökonomische Analyse des Rechts hat diesen Gedanken bereits früh aufgenommen und ins Zentrum ihrer Überlegungen zu effizienter Verminderung von Unfallgefahren gestellt<sup>78</sup>. Heute ist all das im amerikanischen juristischen Diskurs völlig selbstverständlich<sup>79</sup>.

Produkthaftungsklagen beruhen fast ausschließlich auf einzelstaatlichem Recht<sup>80</sup> und werden in den USA alljährlich zu Tausenden erhoben. Sie führen zwar keineswegs regelmäßig zum Erfolg, enden aber doch vielfach in Vergleichen, seltener auch in Urteilen zugunsten der Kläger<sup>81</sup>. In den meisten Fällen sind die gezahlten Summen

---

<sup>72</sup> So weist der 2003 *Annual Report* der *United States Consumer Product Safety Commission* ganze vier Bußgeldverhängungen und zwei Verwaltungsverfahren aus, a. a. O., S. 4, 6. Etwas aktiver zeigte sich die Behörde bei der Anordnung von immerhin 279 Rückrufaktionen (S. 2) und in Zusammenarbeit mit den Zollbehörden bei der Verhinderung des Imports gefährlicher Produkte (a. a. O.).

<sup>73</sup> Vgl. *Consumer Product Safety Act* (1972) § 2069.

<sup>74</sup> Etwa a. a. O., section 2070, der sowohl Geldbußen als auch Gefängnisstrafen in Aussicht stellt.

<sup>75</sup> Es ist unklar, *warum* die behördliche Praxis hier so wenig eindrucksvoll ist. Man mag vermuten, dass seitens der Regierung wenig Durchsetzungsdruck besteht, etwa weil die Lobby der Industrie mehr Einsatz verhindert, doch ist das jedenfalls hinsichtlich ausländischer Produzenten (d. h. bei Importprodukten) kaum plausibel, da diese für die einheimische Industrie gerade Konkurrenz bedeuten. Wahrscheinlicher ist, dass die Behörden früher kaum hinreichend ausgestattet waren und dass heute schwerwiegende Produktsicherheitsprobleme selten geworden sind. Im Übrigen verlässt sich der Staat hier wohl einfach weitgehend auf Rechtsdurchsetzung mittels Privatklagen.

<sup>76</sup> Eine Rückrufaktion für Reifen führte im August 2000 zu einem fast 50 %igen Kursverlust bei Ford Aktien, vgl. *Michael Moore & Kip Viscusi*, *Product Liability Entering the Twenty-First Century* (2001), S. 22, 27.

<sup>77</sup> Vgl. *Escola v. Coca Cola Bottling Col.*, 150 P.2d 436, 440-444 (Cal. 1944) (Traynor, J., concurring).

<sup>78</sup> Vgl. *Guido Calabresi*, *The Cost of Accidents* (1970), S. 26 ff., 68 ff.

<sup>79</sup> Vgl. *Owen*, Anm. 69, S. 280 ff., 284 ff.

<sup>80</sup> Der *Consumer Product Safety Act* des Bundes sieht in § 2072 zwar einen gesetzlichen Schadensersatzanspruch wegen Verletzung von Produktsicherheitsregeln vor, doch setzt er vorsätzliches Handeln (*knowing violation*) voraus, was äußerst selten nachweisbar ist.

<sup>81</sup> Nur rund 2 % aller eingereichten Deliktssklagen enden in einem (*jury*) *trial*, und Kläger gewinnen von diesen weniger als die Hälfte, vgl. *U.S. Department of Justice, Bureau of Justice Statistics*, *Civil Justice Statistics*, <http://www.ojp.usdoj.gov/bjs/civil.htm>.

durchaus mäßig, doch sind auch Millionenbeträge heute keine Seltenheit mehr<sup>82</sup>. Das Haftungsrisiko wird zudem durch zwei weitere Gesichtspunkte erhöht. Erstens kommen auch hier gelegentlich Sammelklagen (*class actions*) vor; zweitens wird den Beklagten bei besonders schwerwiegendem Verschulden mitunter Strafschadensersatz (*punitive damages*) auferlegt<sup>83</sup>. Entgegen dem Eindruck, den man oft in der europäischen Presse gewinnt, sind sowohl *class actions* als auch *punitive damages* in der Produkthaftung schwer zu erlangen und deshalb selten<sup>84</sup>. Aber auch ein geringes Risiko u. U. exorbitanter Haftung muss einen Hersteller zur Vorsicht mahnen. Hinzu kommt, dass auch die Belastung mit einer Privatklage wegen eines ernstzunehmenden Produktfehlers auf den Aktienkurs des betroffenen Unternehmens eine verheerende Wirkung haben kann; der dadurch eintretende Wertverlust kann die mögliche Schadensersatzhaftung leicht weit übersteigen. Aus all diesen Gründen sind Produkthaftungsklagen in den USA eine wirkungsstarke Form des *private law enforcement*.

Auch im Produkthaftungsrecht ist seit langem umstritten, ob Privatklagen bezüglich der Produktsicherheit mehr Schaden als Nutzen stiften<sup>85</sup>. Zum einen ist kaum zu leugnen, dass diese Klagen seit den 1960er Jahren ganz erheblich zur Verbesserung der Produktsicherheit in den USA beigetragen haben. Am offensichtlichsten ist das vielleicht in der Automobilindustrie. Deren starke Lobby hatte strenge öffentlich-rechtliche Sicherheitsvorschriften vielfach zu verhindern gewusst. Eklatante Sicherheitsmankos waren deshalb noch vor vierzig Jahren gang und gäbe<sup>86</sup>. Wenn diese heute vergleichsweise selten sind, so ist das jedenfalls größtenteils der Abschreckung durch private Schadensersatzklagen – auch auf *punitive damages* – zu verdanken. Ähnliches gilt für viele andere Industriezweige. Zum anderen wurde seit den 1980er Jahren allerdings auch in der Produkthaftung vielfach Kritik laut. Diese richtete sich zwar nicht gegen *private enforcement* an sich, betrachtete die Schadensersatzhaftung wegen Produktfehlern aber als übertrieben. Sie belaste die Beklagten zu stark mit finanziellen Risiken, behindere die Wettbewerbsfähigkeit amerikanischer Hersteller auf dem Weltmarkt<sup>87</sup>, wirke zu abschreckend und damit innovationsfeindlich, und sei vor allem in Geschworenenprozessen zu unberechenbar. Rufe nach Abmilderung des Haftungsrisikos in der Produkthaftung gehören deshalb seit 25 Jahren zum amerikanischen Alltag. Die Berechtigung dieser Kritik ist, um es mit Fontane zu sagen, „ein zu

---

<sup>82</sup> Vgl. die Zahlen bei Owen, Anm. 69, S. 28.

<sup>83</sup> Das Recht der *punitive damages* ist in den Vereinigten Staaten alles andere als einheitlich; vielmehr variiert es stark unter den Einzelstaaten, vgl. Richard Blatt, Robert Hammesfahr & Lori Nugent, Punitive Damages, A State-by-State Guide to Law and Practice (2007-2008 ed.).

<sup>84</sup> *Punitive damages* werden nur in rund 5 % der Verfahren verhängt, die von Klägern gewonnen werden (d. h. in nur etwa 2,5 % aller *jury trials* in Produkthaftungsfällen); sie belaufen sich in der Regel auch nicht auf Millionen von Dollar, sondern im Durchschnitt lediglich auf ein paar Hunderttausend, vgl. Office of Justice Programs, Bureau of Justice Statistics, U.S. Department of Justice, Punitive Damages Awards in Large Counties, 2001 (2004), <http://www.ojp.gov/bjs/pub/pdf/pdalc01.pdf>; siehe auch die Zahlen bei Owen, Anm., 69, S. 28; ausführlicher, wenn auch bereits etwas veraltet, die Studie von Michael Rustad, Unraveling Punitive Damages: Current Data and Further Inquiry, Wisconsin Law Review 1998 (1998), 15.

<sup>85</sup> Fast schon klassisch ist die Studie von Kip Viscusi, Reforming Products Liability (1991).

<sup>86</sup> Auch in Europa berühmt (und berüchtigt) war etwa die Explosionsanfälligkeit des Ford Pinto, vgl. Grimshaw v. Ford Motor Co., 119 Cal. App. 3d 757 (1981).

<sup>87</sup> Dazu James Henderson & Aaron Twerski, Products Liability (3. Aufl. 1997), S. 707 ff.

weites Feld<sup>88</sup>, als dass wir uns hier darauf begeben könnten. Tatsache ist jedenfalls, dass breite und mitunter massive Reformen erfolgt sind, die das amerikanische Produkthaftungsrecht weitaus beklagtenfreundlicher gestaltet haben, als es noch vor einer Generation war. Diese Reformen sind z. T. das Werk der einzelstaatlichen Gesetzgebung, z. T. die Frucht der Rechtsprechung<sup>89</sup>. Dabei ist man mitunter sogar von der strikten Haftung zum Verschuldensprinzip zurückgekehrt<sup>90</sup>. Dadurch sind die materiellen Produkthaftungsregeln in den USA heute wohl milder als in Europa<sup>91</sup>. Hinzu kommt, dass heutzutage mehr und mehr Produkte gegen Klagen immun sind, weil ihre bundesrechtliche Regulierung (insbesondere durch ein Zulassungssystem oder durch vorgeschriebene Warnhinweise) Schadensersatzklagen auch unter einzelstaatlichem Recht ausschließt (*federal preemption*)<sup>92</sup>; hier wird die Durchsetzung im Privatklagewege geradewegs zugunsten eines Vorrangs öffentlich-rechtlicher Regulierung abgeschafft.

Wichtige Streitpunkte im Bereich der Produkthaftung sind seit Jahren nicht nur wiederum das Phänomen der *class actions*, sondern auch die Berechtigung des Strafschadensersatzes. Einzelstaatliche Gesetzgebung hat diesen schließlich vielfach begrenzt, z. T. sogar ausgeschlossen. Zudem hat der *Supreme Court* der Verhängung von *punitive damages* nach langem Zögern allgemeine verfassungsrechtliche Grenzen auferlegt<sup>93</sup>. Strafschadensersatz in spektakulärer Höhe ist deshalb auch in der Produkthaftung verfassungsrechtlich angreifbar und heute eher selten geworden.

#### 4. Umweltrecht (*environmental law*)

Das Umweltrecht ist im Kern Teil des (besonderen) Verwaltungs- und damit des öffentlichen Rechts. Nach kontinentaleuropäischem Verständnis wird es deshalb behördlich gegen Anlagenbetreiber oder sonstige Verschmutzer durchgesetzt<sup>94</sup>. Nun hat

---

<sup>88</sup> *Theodor Fontane*, Effi Briest (1895), Schlussatz.

<sup>89</sup> Vgl. *James Henderson & Theodore Eisenberg*, The Quiet Revolution in Products Liability: An Empirical Study of Legal Change, *University of California Law Review* 37 (1990), 479.

<sup>90</sup> So der California Supreme Court, einst Begründer und enthusiastischer Verfechter der *strict liability* (*Greenman v. Yuba Power Products*, 377 P.2d 897, 1963), ausgerechnet für Arzneimittel, *Brown v. Superior Court (Abbott Laboratories)*, 751 P.2d 470 (1988). Auch das *Restatement (Third) of Torts: Products Liability* (1988) ist in wichtigen Bereichen zu einer Art Verschuldensprinzip zurückgekehrt (insbesondere in § 2 [b] und [c]); vgl. auch *Mathias Reimann*, Harmony and Chaos in Products Liability: The Divergent Paths of Europe and the United States, in: *Florian Faust & Gregor Thüsing* (Hrsg.), *Beyond Borders, Perspectives on International and Comparative Law* (2006), S. 91, 101 f.

<sup>91</sup> Entscheidend für die – heute viel geringere – Härte des amerikanischen Produkthaftungsrechts sind deshalb die institutionellen und prozessualen Rahmenbedingungen sowie die Höhe des möglichen Schadensersatzes, dazu *Reimann*, Anm. 65, 807 ff.

<sup>92</sup> Aktueller Überblick bei *Catherine Sharkey*, *Products Liability Preemption: An Institutional Approach*, *George Washington Law Review* 76 (2008), 101.

<sup>93</sup> *BMW v. Gore*, 517 U.S. 559 (1996); *State Farm v. Campbell*, 538 U.S. 408 (2003); *Philip Morris v. Williams*, 127 S.Ct. 1057 (2007).

<sup>94</sup> Daneben sind in Einzelfällen natürlich auch private Nachbarklagen (etwa gem. §§ 906, 1004 BGB) sowie verwaltungsgerichtliche Anfechtungsklagen unmittelbar Betroffener gegen Anlagenehmigungen (gem. § 42 VwGO) möglich, doch dienen derlei Klagen jedenfalls offiziell nur der Durchsetzung von Individualinteressen.



der deutsche Gesetzgeber, wiederum in Vollzug europarechtlicher Vorgaben<sup>95</sup>, in letzter Zeit auch die Möglichkeit von Verbandsklagen eingeführt. Darin liegt allerdings eine besondere Art der privaten Rechtsdurchsetzung. Diese Verbandsklagen richten sich nämlich nicht auf dem Zivilrechtswege gegen Umweltsünder selbst, wie das bei einer Unterlassungs- oder Schadensersatzklage der Fall wäre. Vielmehr richten sie sich auf dem Verwaltungsrechtswege gegen behördliche Entscheidungen, wie etwa die Erteilung einer Erlaubnis zum Betreiben einer Anlage<sup>96</sup>. Mit *private enforcement* haben wir es hier also nicht im Sinne der Abschreckung anderer Privater zu tun. Vielmehr geht es darum, dass privat organisierte Repräsentanten des öffentlichen Interesses auf Einhaltung des Umweltrechts klagen können – wenngleich lediglich gegen den Staat.

Auch in den Vereinigten Staaten ist das *environmental law* ganz überwiegend Domäne öffentlich-rechtlicher Regulierung und behördlicher Durchsetzung<sup>97</sup>. Die Regulierung des Umweltrechts ist umfassend, detailliert und komplex. Allein das Bundesrecht füllt in 27 Bänden einen Meter Buchregal. Hinzu kommen auch hier einzelstaatliche und gemeindliche Normen in großer Zahl. Die Oberaufsicht der Durchsetzung auf der Ebene des Verwaltungsrechts obliegt der Bundesumweltbehörde, der *Environmental Protection Agency (EPA)*, die eng mit den Behörden der Einzelstaaten in einem Modell des „kooperativen Föderalismus“ zusammenarbeitet<sup>98</sup>. Der Großteil der behördlichen Tätigkeit besteht, wie in Europa auch, in der Erteilung (bzw. Versagung) von Genehmigungen, der Überwachung von Anlagen und in Maßnahmen des Naturschutzes. Die Behörden verhängen aber auch alljährlich Tausende von Sanktionen bei Verstößen. Diese Sanktionen bestehen in der Regel aus verwaltungsrechtlichen Maßnahmen, (wie etwa Untersagungen, *cease and desist orders*, oder Verwaltungsbußgeldern, *administrative penalties*), können aber auch zu gerichtlichen Unterlassungsverfügungen (*injunctions*) sowie zur Verhängung von Geldbußen führen, die sehr empfindlich sein können. Im Hintergrund steht wiederum die Androhung von Kriminalstrafen. Sie sind zwar eher selten, da die Verurteilungsanforderungen hoch liegen, kommen aber häufig genug vor, um jedenfalls bezüglich vorsätzlicher und erheblicher Umweltsünden abschreckend zu wirken<sup>99</sup>.

Trotz dieser ausgeprägten behördlichen Durchsetzung kommt dem *private enforcement* im amerikanischen Umweltrecht eine erhebliche Bedeutung zu, die weit über das europäische Maß hinausgeht. Das liegt nicht so sehr an gelegentlichen Umweltklagen nach *common law*, insbesondere wegen *nuisance* und *trespass*, denn diese kommen eher vereinzelt vor<sup>100</sup>. Die meisten privaten Umweltklagen beruhen vielmehr auf Bun-

---

<sup>95</sup> Vgl. Richtlinie 2003/35 EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Mai 2003 über die Beteiligung der Öffentlichkeit bei der Ausarbeitung bestimmter umweltbezogener Pläne, ABl. L 156, S. 17.

<sup>96</sup> Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz vom 7. Dez. 2006, §§ 1, 2. Rechtsbehelfe von Vereinen sieht auch bereits § 61 des Gesetzes über Naturschutz und Landschaftspflege vom 25.3. 2002 (Bundesnaturschutzgesetz) vor.

<sup>97</sup> Informativer Überblick bei *William Burnham*, Introduction to the Law and Legal System of the United States (4. Aufl. 2006), S. 612 ff.

<sup>98</sup> Die Durchsetzung auf gerichtlichem Wege und insbesondere die Einleitung von evtl. Strafverfahren hingegen obliegt dem *Department of Justice*.

<sup>99</sup> Vgl. dazu *Robert Percival et al.*, Environmental Regulation (5. Aufl. 2006), S. 962 f.

<sup>100</sup> Ein solcher Fall ist zu literarischer Berühmtheit gelangt durch das Buch von *Jonathan Harr*, A Civil Action (1995) und durch den gleichnamigen Hollywood Film (Touchstone Pictures 1998).

desrecht. Fast alle der vielen seit 1970 erlassenen Umweltgesetze des Bundes sehen sog. *citizen suits* vor<sup>101</sup>. Sie erlauben „jedermann“ („*any person*“) auf Einhaltung der Umweltgesetze zu klagen. Dabei wird zwar eine gewisse Betroffenheit (*standing*) verlangt, doch sind die Grenzen hier so weit gezogen, dass insbesondere gemeinnützige Verbände diese Voraussetzung leicht erfüllen<sup>102</sup>. Vor allem können sich die Klagen gegen „jeden oder jede öffentliche oder private Einrichtung“ („*anyone or any organization, public or private*“) richten, denen eine Verletzung des Umweltrechts zur Last gelegt wird<sup>103</sup>. Damit können private Kläger nicht nur, wie in Deutschland, staatliche Behörden oder Amtsträger, sondern auch private Unternehmen oder Individuen unmittelbar verklagen. Privatklagen unterliegen allerdings zwei wichtigen Einschränkungen. Erstens sind sie gegenüber behördlichem Handeln subsidiär; wer eine Klage beabsichtigt, muss die Behörden in der Regel 60 Tage vorher davon benachrichtigen, um ihnen Gelegenheit zu geben, den Fall selbst zu übernehmen<sup>104</sup>. Zweitens können sich Privatklagen im Umweltrecht in der Regel nur auf ein Tun oder Unterlassen, nicht jedoch auf Schadensersatz, richten. Allerdings hat der erfolgreiche Kläger einen Anspruch auf Ersatz seiner Rechtsverfolgungskosten<sup>105</sup>. Dadurch muss ein ggf. unterlegenes Unternehmen nicht nur seine Anlage einstellen, sondern auch zusätzlich zu den eigenen noch die Anwaltskosten der Klägerseite bezahlen. Darüber hinaus werden gelegentlich Vergleiche geschlossen, in denen sich die Beklagten zur Zahlung von Geldsummen an die Kläger oder andere Organisationen verpflichten<sup>106</sup>.

Derartige Bürgerklagen sind im amerikanischen Umweltrecht eine verbreitete Erscheinung. Sie werden in der Regel von Verbänden wie dem *Sierra Club*, dem *National Resources Defense Council*, dem *Environmental Defense Fund* oder der *National Wildlife Federation* angestrengt. Es handelt sich dabei um mitgliederstarke, politisch einflussreiche und juristisch versierte Organisationen, die im Prozess als Gegner äußerst ernst zu nehmen sind<sup>107</sup>. Sie zwingen nicht nur Unternehmen, sondern auch staatliche Behörden (einschließlich der *Environmental Protection Agency* des Bundes) immer wieder in die Knie<sup>108</sup>.

Umweltrechtliche Privatklagen gelten in den USA als wichtiger Beitrag zur Rechtsdurchsetzung. Sie haben in vielen, z. T. aufsehenenerregenden Fällen zur Verbesserung des Umweltschutzes geführt, in denen die Behörden entweder großzügig Genehmigungen erteilt hatten oder aber gegenüber potentiellen Verstößen untätig geblieben

<sup>101</sup> Zum Folgenden ausführlicher *James Salzman & Barton Thompson*, *Environmental Law and Policy* (2007), S. 77 ff.; *Percival et al.*, Anm. 99, S. 998 f.

<sup>102</sup> Rein ideologisches Interesse reicht allerdings nicht aus, vielmehr muss die Organisation die unmittelbare Betroffenheit eines Mitglieds dartun, vgl. *Sierra Club v. Morton*, 405 U.S. 727 (1972); *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U.S. 555 (1992).

<sup>103</sup> Vgl. zum Beispiel *Clean Water Act*, 33 U.S.C. § 1365(a) (2000).

<sup>104</sup> Sofern die Behörde die Rechtsverfolgung selbst ernstlich vornimmt („*diligently prosecuting*“), sind Privatklagen ausgeschlossen, vgl. *Salzman & Thompson*, Anm. 101, S. 78.

<sup>105</sup> A. a. O., S. 79.

<sup>106</sup> A. a. O., S. 78.

<sup>107</sup> Hinzu kommt auch hier eine Vielzahl regional oder gemeindlich organisierter Vereinigungen, die sich oft besonderen Umweltbelangen vor Ort annehmen.

<sup>108</sup> Vgl. etwa *U.S. v. Students Challenging Regulatory Agency Procedures*, 412 U.S. 669 (1973); *Bennett v. Spear*, 520 U.S. 154 (1997).

waren. Grund der Untätigkeit ist dabei zum Teil mangelndes Interesse an der Rechtsverfolgung<sup>109</sup>, zum Teil aber auch Ablehnung der geforderten Maßnahmen. Beides ist oft politisch motiviert, und beides korrigieren politisch unabhängige Umweltorganisationen immer wieder durch Privatklagen<sup>110</sup>.

Von schwerwiegenden Problemen bei der privaten Rechtsverfolgung hört man im Umweltrecht kaum etwas. Natürlich beschweren sich die betroffenen Unternehmen darüber, sich sowohl mit dem Staat als auch mit privaten Verbänden herumstreiten zu müssen. Ansonsten ist aber im Umweltrecht – im Gegensatz zum Kartell- und Kapitalmarktrecht sowie zum Teil auch in der Produkthaftung – von exzessivem Gebrauch der Privatklagemöglichkeiten, von unerträglichen Belastungen für die Wirtschaft oder gar von Rechtsmissbrauch fast nie die Rede. Reformbestrebungen großen Stils sind deshalb nicht in Sicht.

## 5. Bürger- und Menschenrechte (*civil and human rights*)

Das kontinentale Westeuropa und insbesondere Deutschland verfügt seit einem halben Jahrhundert über ein ausgefeiltes System zum Schutz von Grundrechten von Verfassungen wegen. Hinzu kommt das heute weiter ausgreifende System der Europäischen Menschenrechtskonvention mit seinem Gerichtshof in Straßburg. Freilich richtet sich der hier gewährte Schutz in aller Regel gegen den Staat, nicht im Wege von Schadensersatzklagen unmittelbar gegen Private. *Private enforcement* ist allerdings auch auf diesem Gebiet im Kommen, wiederum unter europarechtlichen Vorgaben<sup>111</sup>. Das gilt etwa, wenn das Arbeitsrecht oder neuerdings in Deutschland das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz Schadensersatzansprüche wegen Diskriminierung auch gegen private Unternehmen und Individuen zulässt<sup>112</sup>. Diese Ansprüche können u. U. auch einen gewissen Straf- und damit Abschreckungscharakter haben, etwa wenn § 611 a Abs. 3 BGB bei Nichteinstellung aufgrund von Diskriminierung eine Kompensation von bis zu drei Monatsgehältern auch ohne konkreten Schadensnachweis vorsieht.

In den Vereinigten Staaten muss man zunächst hinsichtlich des staatlichen Rechtsschutzes grundsätzlich zwischen Bürgerrechten einerseits und Menschenrechten andererseits unterscheiden. Die öffentlich-rechtliche Durchsetzung von *Bürgerrechten* wird so weitgehend durch die Behörden und Gerichte gewährleistet, wie man das angesichts der gesellschaftlichen Ungleichheiten sowie der Aufsplitterung der Staatsgewalt in bundes-, einzelstaatliche und gemeindliche Zuständigkeiten in den USA

---

<sup>109</sup> Vgl. *Environmental Defense v. Duke Energy*, 127 S.Ct. 1423 (2007).

<sup>110</sup> Die *Environmental Protection Agency* hatte sich unter der Bush-Regierung z. B. geweigert, KFZ-Emissionen zu regeln, wurde aber durch ein ursprünglich von Privaten eingeleitetes, dann von mehreren Einzelstaaten übernommenes Verfahren unter dem *Clean Air Act* vom *United States Supreme Court* dazu gezwungen, *Massachusetts v. EPA*, 127 S.Ct. 1438 (2007).

<sup>111</sup> Vgl. insbesondere die Richtlinien 2000/43/EG vom 29. Juni 2000, 2000/78/EG vom 27. November 2000, 2002/73/EG vom 23. September 2003 sowie 2004/113/EG vom 13. Dezember 2004.

<sup>112</sup> Vgl. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz vom 14. August 2006, insbes. §§ 15, 21.

erwarten kann. Dazu trägt insbesondere ein auch in der Öffentlichkeit ausgeprägtes Verfassungsbewusstsein bei. Besonders zum Tragen kommen diese Rechte im Strafprozess, bei Eingriffen in das Eigentum, in Fragen der Gleichbehandlung und bei der Religions- und Redefreiheit<sup>113</sup>. Freilich handelt es sich dabei ganz weitgehend um klassische Abwehr-, nicht um soziale Teilhaberechte. Im Einzelnen hängt der Umfang der Anerkennung und Durchsetzung der entsprechenden Grundrechte natürlich auch in den USA maßgeblich von deren Interpretation durch die Rechtsprechung ab. Ob hier manches im Argen liegt, ist weitgehend eine Frage des politischen Standpunkts. Hingegen gibt es in den Vereinigten Staaten keine öffentlich-rechtliche Durchsetzung internationaler *Menschenrechte*. Die USA sind zwar Mitglied einiger wesentlicher (wenngleich bei weitem nicht aller) internationaler Übereinkommen auf diesem Gebiet, doch wirken diese Konventionen nur völkerrechtlich, d. h. zwischen den Vertragsstaaten. Wie wohl die meisten Länder auf der Welt betrachten auch die USA die UN-Menschenrechtspakte als innerstaatlich nicht unmittelbar anwendbar (*non self-executing*)<sup>114</sup>. Es lassen sich deshalb vor den amerikanischen Gerichten keine unmittelbaren Rechte daraus ableiten. Mangels entsprechender Abkommen gibt es bezüglich der Vereinigten Staaten auch keinen effektiven Menschenrechtsschutz vor einem internationalen Gericht<sup>115</sup>. Die individuelle Durchsetzung von Menschenrechten ist damit innerhalb und gegen die USA auf öffentlich-rechtlichem Wege grundsätzlich nicht möglich.

Allerdings bestehen auch bei Bürger- und Menschenrechtsverletzungen weitgehende Privatrechtsmöglichkeiten<sup>116</sup>. Schadensersatzansprüche wegen Verletzung von *Bürgerrechten* (die nicht unbedingt Verfassungscharakter haben müssen) sind seit dem *Civil Rights Act* von 1964 bundesrechtlich anerkannt. Das Gesetz stellt zunächst verschiedene Grundlagen für derartige Ansprüche vor allem wegen Rassendiskriminierung im privaten Rechtsverkehr zur Verfügung<sup>117</sup>. Ebenso sanktioniert es (auch sexuelle) Diskriminierung im Arbeitsrecht<sup>118</sup>. Hinzu kommen schließlich – unter bestimmten Voraussetzungen – Schadensersatzansprüche gegen Amtsträger und manche öffentliche Körperschaften wegen Rechtsverletzungen, die in offizieller Funktion (*under the color of law*) begangen werden<sup>119</sup>. Diese Ansprüche dienen nicht nur der Wiedergutmachung erlittener Schäden, sondern auch der Durchsetzung der Bürger-

<sup>113</sup> Ausführlich *Harold S. Lewis, & Elizabeth J. Norman*, *Civil Rights Law and Practice* (2004).

<sup>114</sup> U.S. Senate Resolution of Advice and Consent to Ratification of the International Covenant on Civil and Political Rights, III.1., 138 Cong. Rec. 8070 (1992).

<sup>115</sup> Die USA sind nicht Mitglied des Zusatzprotokolls zum UN-Abkommen über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966, das die Überprüfung staatlichen Verhaltens durch die UN-Menschenrechtskommission vorsieht. Allerdings haben die USA die amerikanische Erklärung der Menschenrechte und -pflichten von 1948 angenommen; sie unterliegen der Zuständigkeit der Inter-amerikanischen Kommission für Menschenrechte (*White and Potter v. United States*, Case 2141, Inter-American Commission for Human Rights, Report No. 23/81, 1981), nicht aber derjenigen des Inter-amerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte.

<sup>116</sup> Überblick bei *Dan Dobbs*, *The Law of Torts* (2000), S. 81 ff.; ausführlicher *Richard Fallon et al.*, *Hart and Wechler's The Federal Courts and the Federal System* (5. Aufl. 2003), S. 1072 ff.

<sup>117</sup> 42 United States Code § 1981 f.

<sup>118</sup> 42 United States Code §§ 2000 ff. (Title VII).

<sup>119</sup> 42 United States Code § 1983.

rechte im öffentlichen Interesse. Deshalb haben auch hier erfolgreiche Kläger Anspruch auf Ersatz ihrer Anwaltskosten<sup>120</sup>. Dabei werden Anwälte zur Aufnahme solcher Fälle zusätzlich dadurch ermutigt, dass ihnen bei besonders schwierigen oder risikoreichen Verfahren und für besonders gute Arbeit vom Gericht ein Bonus zugesprochen werden kann<sup>121</sup>. Zivilprozesse wegen Bürgerrechtsverletzungen kommen in den Vereinigten Staaten in großer Zahl vor<sup>122</sup>. Allein Klagen gegen Amtsträger und öffentliche Einrichtungen beliefen sich etwa im Jahre 2001 auf 65 000 (davon etwa 24 000 von Strafgefangenen)<sup>123</sup>. Sie scheitern zwar oft an der Immunität der Beklagten und sind auch aus verschiedenen anderen Gründen schwer zu gewinnen, haben aber trotzdem erhebliche Abschreckungswirkung. Denn sie ziehen nicht nur mögliche Schadensersatzfolgen nach sich, sondern führen wegen der damit verbundenen Publicity auch oft zu politischen Schwierigkeiten für die Beklagten. Außerdem gibt es eine Vielzahl einzelstaatlicher Anti-Diskriminierungsgesetze, die besondere Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche vorsehen.

Hinzu kommen seit etwa 25 Jahren vermehrt Schadensersatzklagen wegen Menschenrechtsverletzungen<sup>124</sup>. Diese Klagen beruhen zum Teil auf dem *Alien Tort Claims Act*, der schon 1789 erlassen, aber erst 1980 sozusagen „wiederentdeckt“ wurde und seit einer Grundsatzentscheidung aus diesem Jahre<sup>125</sup> regelmäßig angewandt wird<sup>126</sup>. Zum Teil beruhen sie auch auf dem *Torture Victim Protection Act*<sup>127</sup> von 1991, der nicht nur bei Folter, sondern auch bei nicht durch eine Gerichtsentscheidung gedeckter Tötung (*extrajudicial killing*) Anwendung findet. Unter diesen Gesetzen sind in den letzten Jahren weit über hundert Verfahren vor den Bundesgerichten angestrengt worden. Sie betreffen allerdings wegen der Ausrichtung dieser Normen fast ausschließlich Vorfälle im Ausland. Auch bei diesen Verfahren ist anerkannt, dass sie nicht nur der Wiedergutmachung dienen, sondern nicht zuletzt zur Stärkung und Durchsetzung der Menschenrechte beitragen sollen<sup>128</sup>. In der Tat haben viele dieser Privatklagen weitgehend symbolischen Charakter. Es geht bei ihnen weniger um Geld, als um die gerichtliche Feststellung der Rechtsverletzung, zumal die Vollstreckung der resultierenden Schadensersatzurteile in diesen Fällen oft ein unüberwindliches Problem ist.

*Private enforcement* im Bereich der Bürger- und Menschenrechte ist in den USA im Großen und Ganzen akzeptiert. Die Verletzung solcher Rechte gilt in der amerikani-

---

<sup>120</sup> 42 United States Code § 1988.

<sup>121</sup> Vgl. etwa *Shipes v. Trinity Industries*, 987 F.2d 1993 (5th Cir. 1993).

<sup>122</sup> Im arbeitsrechtlichen Bereich liegt das nicht zuletzt daran, dass die zuständige Behörde, die (*federal*) *Equal Employment Opportunity Commission (EEOC)* so langsam arbeitet, dass wirksame Abhilfe von ihr kaum zu erwarten ist, vgl. *Bumham*, Anm. 97., S. 605.

<sup>123</sup> Daten bei *Fallon*, Anm. 116, S. 1082 (mit weiteren Nachweisen).

<sup>124</sup> Ausführlicher *Claudia Hailer*, Menschenrechte vor Zivilgerichten – die Human Rights Litigation in den USA (2006); *Beth Stephens*, International Human Rights Litigation in U.S. Courts (2. Aufl. 2008).

<sup>125</sup> *Filártiga v. Peña-Irala*, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980).

<sup>126</sup> 28 United States Code § 1350.

<sup>127</sup> 28 United States Code § 1350 Note.

<sup>128</sup> Vgl. *Hailer*, Anm. 124, S. 299 ff., 339; vgl. auch *Ken Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 226 F.3d 88 (2000), S. 105 f.

schen Rechtskultur zumindest seit der Bürgerrechtsbewegung der 1960er Jahre als schwerwiegend und inakzeptabel. Man empfindet es deshalb weitgehend als richtig, diesen Rechten auch durch private Klagen auf Schadensersatz zur Durchsetzung zu verhelfen. Das gilt eindeutig für Bürgerrechte, vor allem in Fällen der Diskriminierung, zunehmend aber auch für die klassischen Menschenrechte.

Freilich ist die amerikanische Rechtsprechung vor allem unter dem *Alien Tort Claims Act* durchaus umstritten. Das gilt sowohl in den USA als auch in Europa, allerdings aus ganz verschiedenen Gründen.

Die Kritik innerhalb der USA hat ihren Grund vor allem darin, dass die Rechtsprechung auch einheimische Unternehmen für haftbar erklärt hat, und zwar wegen Teilnahme (in Form von Ausnutzung) an Menschenrechtsverletzungen, die von ausländischen Regierungen im Ausland begangen worden waren<sup>129</sup>. Das hat auch zu Forderungen nach Abschaffung des *Alien Tort Claims Act* geführt. Diesen Bestrebungen hat allerdings eine Entscheidung des *Supreme Court* aus dem Jahre 2004 weitgehend den Wind aus den Segeln genommen. Darin hat das Gericht die Anwendung des Gesetzes auf Verstöße gegen eindeutig anerkannte und hinreichend klar formulierte Menschenrechte begrenzt<sup>130</sup>. Im Ausland wehrt man sich vor allem gegen die amerikanische Zuständigkeit für Klagen, die mitunter weder durch die Parteien noch durch die Ereignisse nennenswert mit den USA verbunden sind. In der Tat kann man in der Rechtsprechung zum *Alien Tort Claims Act* und zum *Torture Victim Protection Act* deshalb eine Anmaßung extraterritorialer, wenn nicht gar universeller Zuständigkeit sehen. Ob man freilich zu solcher Kritik berechtigt ist, wenn die eigenen Staaten selbst den betreffenden Opfern keinerlei Rechtsschutz gewähren, soll hier dahinstehen. Im Grunde betrifft die genannte Kritik lediglich die Grenzen der Haftung bzw. die Anmaßung von Zuständigkeit. Mit der Frage nach *public* oder *private enforcement* von Menschenrechten hat sie wenig zu tun, denn sie bestünde auch, wenn nicht Privatkläger sondern amerikanische Behörden in diesen Fällen gegen Menschenrechtsverletzer vorgehen.

## 6. Zusammenfassung

Wir haben also, wenn wir *public* und *private enforcement* auf den hier behandelten Gebieten des amerikanischen Rechts betrachten, ein buntes Bild vor uns. Schon in der hier sehr vereinfachten Darstellung ist seine Vielfalt und Detailfülle leicht verwirrend. Es lassen sich darin aber – mit entsprechendem Mut zur Verallgemeinerung – vier Grundzüge erkennen, die das System, insbesondere im Vergleich zu Europa, als Ganzes prägen.

---

<sup>129</sup> Vgl. insbesondere *Doe v. Unocal Corp.*, 395 F.3d 932 (9th Cir. 2002). Ausführlicher zu diesem Problem-bereich *Steven Ratner, Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility*, Yale Law Journal 111 (2001), 443.

<sup>130</sup> *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004).

Erstens ist private Rechtsdurchsetzung in den USA ein allgemein anerkanntes, keineswegs nur auf das Wirtschaftsrecht beschränktes Phänomen. *Private enforcement* kommt auf vielen Gebieten eine wichtige, zum Teil sogar praktisch überragende Bedeutung zu. Diese Bedeutung ist durchweg größer als in Europa. Darüber hinaus hat sie eine andere Stellung im Gesamtsystem: In Europa ist *private enforcement* jedenfalls bislang eine Randerscheinung; in den USA ist es seit Jahrzehnten integraler Bestandteil der Rechtskultur als Ganzer. Diese unterschiedlichen Stellungen erklären sich u. a. aus der jeweiligen Staats- und Verfassungstradition, auf die wir noch eingehen werden<sup>131</sup>.

Zweitens finden wir in allen Bereichen (mit Ausnahme der Menschenrechte) eine Kombination beider Formen der Rechtsdurchsetzung, d. h. sowohl *public* als auch *private enforcement*. Insbesondere überlassen auch die Vereinigten Staaten die Regulierung selbst im Wirtschaftsrecht keineswegs ganz dem Markt. Die Situation ist also kein Entweder-Oder, wie es im Titel dieses Vortrages etwas provokativ formuliert ist, sondern ein Sowohl-Als-Auch. Insofern besteht kein grundlegender Unterschied mehr zur europäischen Situation, denn auch hier findet man heute bereits vielfach ein Nebeneinander. Vor allem steht auch in Europa lediglich eine Ergänzung staatlicher Regulierung durch *private enforcement*, nicht deren gänzliche Abschaffung, zur Debatte<sup>132</sup>.

Drittens variiert das Mischungsverhältnis zwischen staatlicher und privater Rechtsdurchsetzung in den Vereinigten Staaten ganz erheblich. Auf dem Gebiet der Bürgerrechte und des Umweltrechts überwiegt das *public enforcement* eindeutig und hat *private enforcement* eher Ergänzungsfunktion. Im Wirtschaftsrecht hingegen spielen sowohl staatliche als auch private Rechtsverfolgung eine wichtige Rolle, die im Kartellrecht noch größer ist als im Wertpapierhandelsrecht. Die Produktsicherheit schließlich ist eher schwach, die Verletzung internationaler Menschenrechte fast gar nicht unmittelbar staatlich sanktioniert; hier kommt fast alles auf Privatklagen an. Diesen jeweiligen Mischungsverhältnissen sollte man in Europa allerdings kein großes Gewicht beilegen. Sie beruhen nämlich weder auf einem wohlüberlegten Gesamtplan noch auf fundierten Effizienzanalysen. Vielmehr sind sie größtenteils das Ergebnis von ad hoc Entscheidungen sowie des schwach kontrollierten Spiels der politischen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Kräfte, wenn nicht gar historischer Zufälle. Es ist deshalb fraglich, ob die jeweiligen Kombinationen zwischen *public* und *private enforcement* in den Vereinigten Staaten immer gut gelungen sind. Im Umweltrecht wird man das bejahen, bei der Durchsetzung der Menschenrechte muss man es verneinen, im Wirtschaftsrecht kann man geteilter Meinung sein.

Viertens schließlich ist bemerkenswert, dass neben behördlicher Regulierung und Privatklagen auch das Strafrecht auf einigen der hier genannten Gebiete eine erhebliche Rolle spielt. Das amerikanische Recht fährt insofern vielfach drei-, statt nur zweigleisig. Im Prinzip ist das zwar auch in Europa bekannt. Doch kommt das Strafrecht auf beiden Seiten des Atlantik auf unterschiedlichen Gebieten zum Haupteinsatz. Im Kartell- und Wertpapierhandelsrecht hat es in den USA eine ganz erhebliche

---

<sup>131</sup> Dazu unten IV.

<sup>132</sup> Vgl. Verordnung (EG) Nr. 1/2003, Anm. 16, Erwägungsgrund 7; *Weißbuch*, Anm. 26a, S. 3 f.

Bedeutung, während es in Europa insoweit nur vereinzelt und, von Ausnahmefällen abgesehen, eher schwach Anwendung findet<sup>133</sup>. Im Umweltrecht hingegen sind strafrechtliche Maßnahmen in den USA vergleichsweise selten, in der Produktsicherheit sind sie sogar nahezu unbekannt, während das Strafrecht auf diesen Gebieten jedenfalls in Deutschland durchaus, wenn auch eher vereinzelt, zum Einsatz kommt<sup>134</sup>. Ob die zum Teil massive Anwendung strafrechtlicher Sanktionen im Wirtschaftsrecht der USA nachahmenswert ist, ist eine schwierige Frage, die hier nicht vertieft diskutiert werden kann, sondern Gegenstand einer eigenen Untersuchung sein müsste<sup>135</sup>. Immerhin kann die amerikanische Praxis Anlass zum Nachdenken darüber geben, ob man auch in Europa im Kartell- und Wertpapierhandelsrecht verstärkt vom Strafrecht Gebrauch machen sollte<sup>136</sup>. Das ist jedenfalls dann bedenkenswert, wenn es um eklatante Verstöße geht, deren Gemeinschaftlichkeit, wie bei rechtswidrigen Preisabsprachen, weitgehend unbestritten ist<sup>137</sup>.

### III. Auswertung: Lehren für Europa?

Will man nun aus den reichhaltigen amerikanischen Erfahrungen mit privater Rechtsverfolgung Lehren für Europa ziehen, so ist die Ausgangsfrage zunächst, ob diese Erfahrungen im Wesentlichen gut oder schlecht sind. Leider gibt es auf diese Frage weder eine einheitliche noch eine eindeutige Antwort. Eine *einheitliche* Antwort gibt es nicht, weil sie vom jeweiligen Sachgebiet und Problemzusammenhang abhängt; was im Umweltrecht ausgezeichnet funktioniert, kann im Kapitalmarktrecht eine Katastrophe sein – oder umgekehrt<sup>138</sup>. Eine *eindeutige* Antwort ist nicht möglich, weil es nur wenige objektive Beurteilungsmaßstäbe hierfür und kaum empirische Studien über das gute bzw. schlechte Funktionieren privater Rechtsdurchsetzung gibt<sup>139</sup>; richtig ist allenfalls, dass sie „nicht nachweislich besser“ funktioniert als öffentlich-rechtliche Maßnahmen und dass an der Überlegenheit privater Rechtsdurchsetzung allerlei Zweifel bestehen<sup>140</sup>. Im Wesentlichen aber hängt die Antwort auf die Frage

<sup>133</sup> Vgl. z. B. LG München vom 21.11.2002, NStZ 2004, 291.

<sup>134</sup> Vgl. *Friedrich Graf von Westphalen* (Hrsg.), Produkthaftungsbandbuch Bd. I (1997), S. 749 ff.

<sup>135</sup> Auffallend ist in diesem Zusammenhang insbesondere, dass man in den Vereinigten Staaten einerseits die Durchsetzung wirtschaftsrechtlicher Normen weitergehend als in Europa privaten Schadensersatzklagen überlässt, andererseits aber besonders verwerfliches Verhalten wie *price fixing* oder *insider trading* repressiver, nämlich durch empfindliche (und tatsächlich vollstreckte, d. h. nicht zur Bewährung ausgesetzte) Freiheitsstrafen ahndet. Man kann über den Sinn einer solchen Kombination aus – überspitzt gesagt – *laissez faire* und Repression geteilter Meinung sein.

<sup>136</sup> Dazu *Wils*, Anm. 31, S. 117.

<sup>137</sup> In diesem Sinne *Wernhard Möschel*, Erweiterter Privatrechtsschutz im Kartellrecht, *Wirtschaft und Wettbewerb* 2006, 115.

<sup>138</sup> Sogar innerhalb einzelner Rechtsgebiete muss man u. U. differenzieren. So kann man durchaus der Ansicht sein, die Verfolgung von Preiskartellen sei eher Aufgabe der Behörden, während die Ahndung sonstiger Missbrauchspraktiken mittels Privatklagen erfolgen könne; in diesem Sinne *Böge & Ost*, Anm. 8, S. 197.

<sup>139</sup> Gründliche empirische Studien auf diesem Gebiet fehlen weitgehend, vgl. *Waller*, Anm. 8, S. 375. Selbst die erhältlichen Daten sind oft wenig aussagekräftig, vgl. *Ilya Segal & Michael Winston*, *Public v. Private Enforcement of Antitrust Law: A Survey*, *European Competition Law Review* 28 (2007), S. 306, inbes. S. 314 f.

<sup>140</sup> *Stürmer*, Anm. 6., S. 284 f.



nach dem Erfolg des *private enforcement* auch in den USA meist entscheidend davon, wen man fragt. Trotzdem lässt sich aus den amerikanischen Erfahrungen etwas lernen. Denn man kann immerhin feststellen, wo Probleme zu Diskussionen geführt haben, und wo etwa der Gesetzgeber oder Gerichte gegen wirkliche oder vermeintliche Missstände eingeschritten sind. Das vermittelt zumindest einen Blick auf die wesentlichen Gefahrenzonen und regt zum Nachdenken über mögliche Problemursachen an.

Vorab sind allerdings drei Vorbehalte zu machen. Erstens muss die Untersuchung hier stark verallgemeinern; dadurch gehen notgedrungen viele Nuancen verloren, deren Berücksichtigung im gegebenen Rahmen zu weit führen würde. Zweitens haben selbst sehr ähnliche Regeln mitunter durchaus unterschiedliche Zielrichtungen, so dass sie schon von daher oft nur bedingt miteinander vergleichbar sind<sup>141</sup>. Drittens lassen sich aus einem Rechtssystem auch deshalb nur sehr eingeschränkt Handlungsanleitungen für ein anderes ableiten, weil jedes Rechtssystem in enger Beziehung mit der Geschichte, Wirtschafts- und Sozialstruktur sowie mit der politischen Kultur seines Landes steht; zudem können die wirtschaftlichen und sozialen Ausgangsbedingungen und insbesondere die Marktsituationen, auf die das jeweilige Recht reagiert, durchaus unterschiedlich sein. All das mahnt zu großer Vorsicht, wenn man aus den Erfahrungen mit dem amerikanischen Recht Lehren für Europa ziehen will.

Im Folgenden analysieren wir fünf Problembereiche, die den oben beschriebenen Rechtsgebieten weitgehend gemeinsam sind. Sie umreißen die wichtigsten Rahmenbedingungen, die Umfang und Wirksamkeit privater Rechtsdurchsetzung maßgeblich bestimmen<sup>142</sup>. Wir wenden uns zunächst materiellrechtlichen Gewinnanreizen (1.) und prozessualen Erleichterungen für Kläger (2.) zu, diskutieren dann das Problem der Sammelklagen (3.), gehen kurz auf die Vergleichspraxis ein (4.) und werfen einen abschließenden Blick auf die Kosten der Rechtsverfolgung (5.)<sup>143</sup>.

## 1. Gewinnanreize

*Private enforcement* ist nur dann effektiv, wenn Privatklagen in ausreichender Zahl erhoben und gewonnen werden. Das setzt zunächst voraus, dass es für potentielle

---

<sup>141</sup> So schützt zum Beispiel das europäische Wettbewerbsrecht auch Konkurrenten, vgl. *Michael Kling & Stefan Thomas*, Kartellrecht (2007), § 1 Rd. 3 (S. 3), das amerikanische *antitrust law* dagegen nicht, vgl. *Leegin Creative Leather Prod., Inc. v. PSKS, Inc.*, 127 S.Ct. 2705, 2724 (2007), und so hat das europäische Produkthaftungsrecht ganz überwiegend kompensatorische Funktion, das amerikanische hingegen einen wesentlich stärker regulativen Charakter.

<sup>142</sup> Ob darüber hinaus allgemeinere, rechtskulturelle Faktoren, wie etwa die vielzitierte Streitbarkeit (*litigiousness*) der US-Amerikaner eine Rolle spielen, ist sehr zweifelhaft. So ist etwa in der Rechtsvergleichung längst anerkannt, dass die sprichwörtlich niedrige Zahl der in Japan anhängig gemachten Klagen ihren wesentlichen Grund nicht im Harmoniebedürfnis der Japaner, sondern in den institutionellen und prozessualen Gegebenheiten des Landes hat, vgl. *John Haley*, The Myth of the Reluctant Litigant, *Journal of Japanese Studies* 4 (1978), 395; *Mark West*, Why Shareholders Sue: The Evidence from Japan, *Journal of Legal Studies* 30 (2001), 351.

<sup>143</sup> Einen allgemeinen Überblick über die prozessualen Voraussetzungen effektiver privatrechtlicher Verfolgung insbesondere von Kartellrechtsverstößen gibt *Maja Brkan*, Procedural Aspects of Private Enforcement of EC Antitrust Law: Heading Toward New Reforms?, *World Competition Law and Economics Review* 28 (2005), 479.

Kläger genug zu gewinnen gibt, um den Aufwand eines Prozesses zu rechtfertigen. Da dieser Aufwand insbesondere in den USA meist enorm ist, bedarf es entsprechend hoher Gewinnanreize. Im amerikanischen Recht sind diese im Wesentlichen dreierlei Natur.

Erstens lassen sich, wie bereits gesagt, in manchen Bereichen Summen erklagen, die über den wirklich erlittenen Schaden (u. U. weit) hinausgehen. Das etwa ist bei den *treble damages* im Kartell- sowie bei den *punitive damages* im Produkthaftungsrecht der Fall. Deren Sinn liegt einerseits in der Erhöhung der Abschreckung gegenüber Rechtsverletzern, andererseits aber auch im Zahlen einer Siegesprämie für den erfolgreichen Kläger – sozusagen als Belohnung für die Wahrnehmung öffentlicher Interessen. Dadurch werden Geschädigte zur Klagerhebung ermutigt, deren unmittelbar erlittener Schaden angesichts des Prozessaufwandes und -risikos als Motivation u. U. nicht ausreicht.

Zweitens ist das amerikanische Recht bei der Schadensermittlung und -berechnung flexibler und mitunter auch großzügiger, als man das in Europa gewohnt ist. Das gilt insbesondere im Falle der Entscheidung durch eine Jury. Schäden können im allgemeinen notfalls weitgehend frei geschätzt werden. Derartige Schätzungen unterliegen zwar der Kontrolle durch den erstinstanzlichen Richter (*remittitur*), doch findet eine solche Kontrolle in der Regel nur bei exorbitanten Fehlgriffen statt. Ebenso sind Schadensfeststellungen in der Rechtsmittelinstanz nur angreifbar, wenn sie deutlich jenseits des Plausiblen liegen. Auch dadurch werden Kläger zur Rechtsverfolgung ermutigt, insbesondere wenn sie fürchten müssen, ihren Schaden nicht genau spezifizieren zu können, oder wenn sie hoffen dürfen, dass das erstinstanzliche Gericht sie durch Großzügigkeit begünstigt.

Man kann derlei Siegesprämien allerdings leicht überschätzen, wenn man sie nicht im richtigen Zusammenhang sieht. Amerikanische Klägeranwälte übernehmen diese Art der Fälle in der Regel auf der Basis eines Erfolgshonorars (*contingency fee*). Gewinnen sie den Fall, so muss ihnen der Kläger deshalb einen erheblichen Teil des zugesprochenen Schadensersatzes (meist ca. ein Drittel) überlassen. Ohne eine Erhöhung durch *treble* oder *punitive damages* bzw. ohne eine großzügige (Über-)Schätzung des Schadens würde der Kläger also nur unzureichend kompensiert. Das bei Obsiegen u. U. erhebliche anwaltliche Erfolgshonorar wiederum muss man im Verhältnis zum Prozessrisiko sehen, denn bei Unterliegen bekommt der Anwalt gar nichts. Das *contingency fee* spiegelt also ein Risiko wider, dass der europäische Anwalt in der Regel nicht trägt. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass amerikanische Zivilprozesse, vor allem auf den hier diskutierten Gebieten, oft ungeheuer aufwendig, zeitraubend und teuer sind. Sie erfolgreich zu führen, erfordert in der Regel großen Einsatz und einen langen Atem; beides will im Erfolgsfall belohnt werden.

Drittens besteht ein wesentlicher Gewinnanreiz im US-amerikanischen Recht dort, wo dem erfolgreichen Kläger ein gesetzlicher Anspruch auf Erstattung der Anwaltskosten zusteht, wie das ebenfalls im Kartellrecht, aber auch bei Bürgerrechtsklagen und oft im Umweltrecht der Fall ist. Die volle Bedeutung auch dieses Anspruchs wird erst deutlich, wenn man ihn im weiteren Zusammenhang sieht. Nach der amerikani-

schen Grundregel trägt nämlich jede Partei ihre Kosten selbst. Ein besonderer Erstattungsanspruch bedeutet somit, dass der Kläger seine Kosten vom Gegner verlangen kann, wenn er gewinnt, nicht aber die Kosten des Gegners trägt, wenn er verliert. Der Anwaltskostenersatz ist also eine einseitige Bevorzugung der Klägerseite. Auch sie erklärt sich aus dem öffentlichen Interesse an der Rechtsverfolgung durch Privatklagen.

Diese Gewinnanreize richten sich offensichtlich nicht nur an die Kläger selbst, sondern insbesondere auch an die Anwaltschaft. Wo es um viel Geld geht, wie im Kartell-, Kapitalmarkt- und mitunter auch im Produkthaftungsrecht, liegt ein besonderer Anreiz zur Rechtsverfolgung für den Anwalt darin, dass das übliche Erfolgshonorar bei Zusprechung von *treble* und *punitive damages* natürlich entsprechend hoch ausfällt. Wo es nicht um Geld geht, wie im Umweltrecht, oder wo u. U. keine hinreichend großen Summen zu gewinnen sind, wie mitunter bei Bürgerrechtsklagen, gibt der Kostenerstattungsanspruch gegen den unterlegenen Beklagten der Anwaltschaft immerhin einen Anreiz, auch Fälle zu übernehmen, die die Kläger selbst nicht finanzieren könnten.

Die amerikanische Erfahrung zeigt zunächst, dass diese Anreize gut funktionieren, denn es finden sich jedenfalls genug Kläger und Anwälte mit ausreichenden Mitteln und genügend Motivation, um *private enforcement* zu einem effektiven Beitrag zur Rechtsdurchsetzung auch im öffentlichen Interesse zu machen. Das legt nahe, dass man auch in Europa letztendlich nicht daran vorbei kommen wird, erhebliche Gewinnanreize zu schaffen, wenn man die private Rechtsdurchsetzung fördern will.

Die amerikanische Erfahrung zeigt aber auch, dass derlei Gewinnanreize erhebliche Gefahren bergen. Noch weitgehend unproblematisch sind Beweiserleichterungen bei der Schadensermittlung; jedenfalls scheinen sie nicht zu offensichtlichen Fehlurteilen zu führen. Auch die Bereitschaft zur Schätzung von nicht im Einzelnen nachweisbaren Schäden ist kein schwerwiegendes Problem, denn sie führt – allem Anschein in der Boulevardpresse zum Trotz – in der Praxis nur selten zu bedenklicher Großzügigkeit seitens der Gerichte. Multiplikatoren und Strafschadensersatz hingegen können Anreiz zu übermäßiger Prozessfreudigkeit sein. Durch sie kann es für die Kläger und deren Anwälte soviel Geld zu gewinnen geben, dass das Gewinnstreben die Verfolgung öffentlicher Interessen nicht nur antreibt, sondern überschattet. Das ist, jedenfalls nach Ansicht der Kritiker, im Kartellrecht zum Teil, im Kapitalmarktrecht offenbar überwiegend und im Produkthaftungsrecht wohl immerhin gelegentlich der Fall.

Alles in allem ist die amerikanische Erfahrung in der Frage, wie Gewinnanreize in Europa im Einzelnen zu gestalten wären, um *private enforcement* zu fördern, allerdings nur von sehr bedingtem Nutzen, denn die meisten dieser Anreize passen sowie so nur schwer ins Gesamtgefüge der europäischen Rechtssysteme. Die größte Gefahrenquelle, d. h. Multiplikatoren, wie sie sowohl EG-Kommission als auch von der deutschen Monopolkommission erwogen worden sind<sup>144</sup>, oder gar Strafschadensersatz, sind in Kontinentaleuropa von vornherein bedenklicher als in den USA, weil sie

---

<sup>144</sup> Vgl. Grünbuch, Anm. 17, S. 7 f.; Böge & Ost, Anm. 8, S. 27 (mit weiteren Nachweisen).

sich kaum mit der hiesigen, weniger auf Abschreckung eingerichteten Zivilrechtskultur vertragen und zum Teil auch verfassungsrechtlichen Bedenken begegnen. Sofern man diese Bedenken überwindet, sprechen die amerikanischen Erfahrungen zwar nicht kategorisch gegen solche Anreize, sie mahnen aber zu flankierenden Maßnahmen, die Missbrauch eindämmen. Klägerbegünstigende Kostenregelungen, die ebenfalls von der Kommission zur Debatte gestellt wurden<sup>145</sup>, passen nur schwer ins hiesige Kostenrecht, wonach der Verlierer die Kosten des Gewinners trägt. Da man in Europa den siegreichen Kläger (anders als in den USA) im Hinblick auf die Kosten nicht zu begünstigen braucht, kann man einen Anreiz zur Rechtsverfolgung im öffentlichen Interesse allenfalls dadurch schaffen, dass man sein Kostenrisiko für den Fall des Unterliegens mindert – etwa indem man ihn von der Pflicht befreit, die Kosten des siegreichen Beklagten zu tragen. Allerdings würde eine solche Regel dem Beklagten gerade dann eine besondere Last auferlegen, wenn er den Prozess gewinnt, d. h. wenn er offenbar gar keine Rechtsverletzung begangen hat. Das lässt sich auch im öffentlichen Interesse nur schwer rechtfertigen<sup>146</sup>. Schließlich sind Erfolgshonorare in Europa grundsätzlich problematischer als in den USA, weil man sich diesseits des Atlantik nur schwer an den Gedanken gewöhnen kann, dass der Anwalt ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse am Ausgang des Prozesses hat. Zwar haben sich die Fronten in letzter Zeit vielerorts und schließlich selbst in Deutschland aufgelockert<sup>147</sup>, doch passen auch Erfolgshonorare nicht ohne Weiteres ins Gefüge des europäischen Kostenrechts. Denn wenn der unterlegene Beklagte sowieso die Kosten des Klägers zu tragen hat, ist dessen Anwalt nicht mehr auf ein Erfolgshonorar angewiesen.

## 2. Prozessuale Erleichterungen

Selbst erhebliche Gewinnanreize motivieren Private nur dann zur Klagerhebung, wenn die Aussichten, den Prozess wirklich zu gewinnen, ausreichend groß sind. Das amerikanische Recht erleichtert deshalb Privatkägern die Rechtsverfolgung ganz gezielt durch bestimmte prozessuale Regeln.

Zunächst erweitert es oft den Kreis der Klageberechtigten. Das ist vor allem bei den erwähnten *citizen suits* der Fall, wie sie im Umweltrecht üblich, aber auch in vielen anderen Bereichen zulässig sind<sup>148</sup>. De facto handelt es sich hier in aller Regel um Verbandsklagen, die weniger nur die Anliegen ihrer Mitglieder, sondern vor allem das öffentliche Interesse verfolgen.

---

<sup>145</sup> Grünbuch, Anm. 17., S. 10; Weißbuch, Anm. 26a, S. 11.

<sup>146</sup> In diesem Sinne auch Stürmer, Duties of Disclosure and Burden of Proof in the Private Enforcement of European Competition Law, in: Basedow, Anm. 21, S. 163, 188 ff. Man beachte, dass das amerikanische Recht dem Beklagten eine besondere Kostenlast (ausnahmsweise Erstattungspflicht gegenüber dem Kläger) nur bei Unterliegen auferlegt, also nur dann, wenn der Beklagte eine Rechtsverletzung begangen hat.

<sup>147</sup> Vgl. BVerfGE 117, 163.

<sup>148</sup> Etwa in der Produkthaftung gem. § 2073 des *Consumer Product Safety Act* des Bundes von 1972. Wie im Umweltrecht richtet sich der Anspruch allerdings nur auf Unterlassung; allerdings umfasst er auch hier die Rechtsverfolgungskosten.

Weiterhin verhilft das amerikanische Recht Klägern dadurch leichter zum Erfolg, dass es den Beklagten bestimmte Einwendungen verlegt. So verwehrt das amerikanische Wettbewerbsrecht einem bereits behördlich oder gerichtlich für schuldig befundenen Unternehmen in einem darauffolgenden Zivilprozess in vielen Fällen den Einwand, er habe gar keinen Verstoß begangen<sup>149</sup>. Ebenso versagt es ihm die sog. *passing-on defense* im Wettbewerbsrecht: Wird ein Lieferant von seinem Abnehmer wegen eines Kartellrechtsverstoßes auf Schadensersatz verklagt, so könnte er oft einwenden, dem Abnehmer sei gar kein Schaden entstanden, da dieser den erhöhten Preis an seine Abnehmer weitergegeben habe. Damit wird der Beklagte aber nicht gehört<sup>150</sup>.

Schließlich gibt das US-amerikanische Zivilprozessrecht den Parteien bekanntlich umfassende Beweismittlungsrechte (*discovery rights*). Diese kommen zunächst dem Kläger zugute, da er eine weitgehend unsubstantiierte Klage einreichen kann, um danach durch *discovery* zu versuchen, beim Beklagten das notwendige Beweismaterial zu finden. Das kann zwar zu enormen Belastungen führen, erlaubt aber auch eine gründliche Sachverhaltsaufklärung, die durchaus ihre Berechtigung haben kann. Diese Berechtigung ist etwa schwer zu leugnen, wenn sich die *discovery* im öffentlichen Interesse gegen Kartelle, Aktienschwindler, Hersteller gefährlich fehlerhafter Produkte, Umweltsünder oder massive Verletzungen von Bürger- bzw. Menschenrechten richtet.

Auch diese prozessualen Erleichterungen fördern in den Vereinigten Staaten die Rechtsverfolgung durch *private enforcement* ganz erheblich. In Europa besteht jedoch in prozessualer Hinsicht erheblicher Handlungsbedarf, wenn man mit wirkungsvoller privater Rechtsverfolgung im öffentlichen Interesse Ernst machen will. Bei allen Vorbehalten bezüglich allzu direkter Vergleichbarkeit sind die amerikanischen Erfahrungen in diesem Zusammenhang für Europa in diesem Bereich auch durchaus nützlich.

Interessant ist etwa, dass die Klagebefugnis gemeinnütziger Verbände (etwa in Umwelt- und Bürgerrechtssfällen) in den USA als weitgehend unproblematisch empfunden wird. Von Missbrauch ist jedenfalls, soweit ersichtlich, nicht die Rede. Das mag daran liegen, dass diese Verbände, deren Verhalten von den Medien überwacht wird, auf ihren Ruf bedacht sein müssen und sich leichtfertige Klagen jedenfalls auf Dauer nicht leisten können. Soweit ähnliche Verbandsklagebefugnisse inzwischen auch in Europa bestehen<sup>151</sup> oder eingeführt werden sollen<sup>152</sup>, gibt jedenfalls die amerikanische Erfahrung keinen Anlass zu großen Bedenken. Ob sich auch in Europa eine Verbandsklagenpraxis entwickeln lässt, die der amerikanischen an Verbreitung und Durchschlagskraft vergleichbar ist, bleibt allerdings abzuwarten<sup>153</sup>.

Ebenso erträglich scheinen die Regeln zur Verlegung von Einwendungen seitens der Beklagten. Diese sind in Europa auch bereits zum Teil eingeführt, zum Teil werden sie diskutiert. Die amerikanischen Erfahrungen können insofern freilich keine pauschale

---

<sup>149</sup> Vgl. § 5 Clayton Act; dazu Antitrust Law Developments, Anm. 29, S. 977 ff. Das gilt im Wesentlichen nun auch nach deutschem Recht gem. § 33 Abs. 4 GWB.

<sup>150</sup> Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp., 392 U.S. 481 (1968); ähnlich heute im deutschen Recht § 33 II S. 2 GWB.

<sup>151</sup> Vgl. etwa § 33 Abs. 2 GWB (n. F.).

<sup>152</sup> Vgl. Grünbuch, Anm. 17, S. 9 f.; Weißbuch, Anm. 26a, S. 4 f.

<sup>153</sup> Vgl. dazu unten III.1. und 2.

Unbedenklichkeitserklärung darstellen, stellen aber jedenfalls keine schwerwiegenden Gegenargumente dar.

Als hochgradig problematisch erweisen sich hingegen u. U. die Folgen der weitgehenden *discovery rights* insbesondere in der Hand des Klägers. Die Ausübung dieser Rechte ermöglicht es dem Kläger, den Beklagten mit umfassenden Verpflichtungen zur Sammlung, Sichtung und Herausgabe von Beweismaterial in seinem Besitz zu belasten. Das kann, wie gesagt, zu enormen Kosten führen. Da der Beklagte diese Kosten selbst im Falle des Obsiegens nach amerikanischem Recht grundsätzlich nicht erstattet bekommt, hat er ggf. allen Anlass, sich durch Abschluss eines Vergleichs von der Klage freizukaufen. *Discovery rights* geben damit dem Kläger u. U. ein Erpressungsmittel in die Hand. Ehe man daraus Argumente gegen *private enforcement* im Allgemeinen ableitet, muss man allerdings dreierlei bedenken. Erstens ist weitreichende *discovery* keine Besonderheit von Privatklagen im öffentlichen Interesse; vielmehr kennzeichnet sie den amerikanischen Zivilprozess allgemein. Zweitens gibt sie dem Kläger nur dann ein Erpressungsmittel in die Hand, wenn potentiell umfangreiches Beweismaterial ganz überwiegend beim Beklagten liegt<sup>154</sup>. Drittens sind die *discovery*-Möglichkeiten des Klägers keineswegs unbegrenzt und kann der Beklagte sich gegen unsinnige oder maßlos übertriebene Ermittlungsverlangen durch Anrufung des Gerichts wehren. Deshalb ist das Erpressungspotential der *discovery* keinesfalls in allen Bereichen des *private enforcement* ein Problem – im Umweltrecht oder bei Bürgerrechtsklagen etwa wird es allgemein nicht so empfunden, denn hier geht es den Klägern nicht vorrangig um Geld, sondern um Richtigstellung und Abhilfe. Zu Missbräuchen kommt es hauptsächlich dort, wo der Kläger vor allem an einem lukrativen Vergleich interessiert ist. Das ist insbesondere im Wirtschaftsrecht, oft auch bei der Produkthaftung der Fall. Besonders schwerwiegend ist das Problem bei Klagen im Kapitalmarktrecht, denn hier steht zum einen das finanzielle Interesse der Kläger im Vordergrund, zum anderen sind die Kosten der *discovery* fast immer sehr hoch. In der Praxis geht es deshalb bei diesen Prozessen in aller Regel nur noch darum, ob der Beklagte schon im Vorfeld eine Abweisung wegen offensichtlicher Aussichtslosigkeit der Klage erreichen kann. Wo das nicht der Fall ist und deshalb zur Beweisermittlung geschritten wird, muss der Beklagte es aus Kostengründen regelmäßig vorziehen, den Prozess auch dann zu vergleichen<sup>155</sup>, wenn es ihn viele Millionen Dollar kostet<sup>156</sup>, denn selbst ihn zu gewinnen käme meist teurer. Gesetzgebung und Rechtsprechung sind dagegen zum Teil eingeschritten, indem sie es Klägern erschwert haben, im Pro-

---

<sup>154</sup> Wo das Beweismaterial nicht umfangreich ist, halten sich die Kosten der *discovery* in Grenzen. Wo sich umfangreiches Beweismaterial auch oder vor allem beim Kläger befindet, kann der Beklagte den Kläger ebenso mit Kosten belasten wie dieser ihn.

<sup>155</sup> Vgl. *Choi & Pritchard*, Anm. 64, S. 246 ff. Zu einem *trial* kommt es in diesen Fällen allenfalls einmal im Jahr, a. a. O., S. 247, – d. h. im Gesamtbild praktisch nie.

<sup>156</sup> Die wohl höchste Vergleichssumme belief sich auf 3,2 Billionen Dollar, In re *Cendant Corp. Litigation*, 264 F.3d 201 (3d Cir. 2001). Typischer sind eher Vergleiche im Bereich von 10-20 Millionen Dollar, vgl. *Choi & Pritchard*, Anm. 64, S. 270.

zess bis zur *discovery* vorzudringen<sup>157</sup>. Dadurch werden Beklagte immerhin vor den Folgen allzu schwach begründeter Klagen geschützt.

Diese Missstände in *manchen Bereichen* des *private enforcement* sprechen nicht unbedingt gegen die Einführung erweiterter klägerischer Ermittlungsrechte in Europa, wie sie zum Teil auch diskutiert werden<sup>158</sup>. Solche Ermittlungsrechte sind zu einer wirksamen Sachverhaltsaufklärung oft unabdingbar<sup>159</sup>. Die amerikanische Erfahrung spricht aber dafür, die den Beklagten dadurch auferlegten Lasten in wohlüberlegten Grenzen zu halten<sup>160</sup>. Vorsicht ist in Europa insbesondere in der Frage geboten, wer letztendlich die Kosten solcher Beweisermittlung trägt. Belastet man gemäß der europäischen Grundregel den Kläger im Falle des Unterliegens mit den Kosten der Beweisermittlung beim Beklagten, so bürdet man ihm ein finanzielles Risiko auf, das ihn von einer Prozessverfolgung (auch) im öffentlichen Interesse oft abhalten wird; das amerikanische Recht vermeidet das immerhin. Versagt man hingegen dem siegreichen Beklagten einen Anspruch auf Erstattung der Ermittlungskosten gegen den unterlegenen Kläger, so gibt man diesem u. U. ein Erpressungsmittel amerikanischen Zuschnitts in die Hand. Zu überlegen wäre deshalb eine Aufteilung zwischen den Parteien oder sogar eine (evtl. teilweise) Übernahme durch den Staat, sofern ein hinreichendes öffentliches Interesse an der Rechtsverfolgung besteht.

### 3. Sammelklagen

Ein öffentliches Interesse an der Verfolgung von Rechtsverletzungen besteht oft gerade deshalb, weil eine Vielzahl von Opfern betroffen ist. Ist das der Fall, so sprechen gewichtige Gründe der Prozessökonomie (und ggf. auch der Gleichbehandlung) dafür, das Problem möglichst in einem Verfahren zu bewältigen. Sind die im Einzelnen erlittenen Schäden so gering, dass sich deren individuelle Geltendmachung nicht lohnt, in ihrer Gesamtheit aber so groß, dass sie nach Rechtsdurchsetzung verlangen (sog. Streuschäden), so lassen sie sich realistischerweise überhaupt nur in zusammengefasster Form durchprozessieren. Das amerikanische Recht stellt deshalb die Möglichkeit einer *class action* zur Verfügung. Sie kann von einem Klägervertreter für eine auch unbestimmte Vielzahl von Opfern durchgeführt werden. Diese Opfer nehmen nicht aktiv am Prozess teil, sind aber, sofern sie nicht nach entsprechender Benachrichtigung durch Erklärung ausscheiden (*opt-out*), an das Ergebnis gebunden. Wie viele andere Elemente des amerikanischen Zivilprozesses, so sind auch Sammelklagen nicht auf den

---

<sup>157</sup> Vgl. im Kartellrecht insbesondere jüngst *Bell Atlantic Corp. v. William Twombly*, 127 S.Ct. 1955 (2007); im Kapitalmarktrecht *Tellabs, Inc. v. Makor Issues & Rights*, 127 S.Ct. 2499 (2007). Vor allem lässt der *Private Securities Litigation Reform Act* von 1995 keine *discovery* zu, bis die Klage nicht wenigstens auf gewisse Mindestanforderungen sowie auf ihre Schlüssigkeit hin überprüft ist.

<sup>158</sup> Vgl. *Grünbuch*, Anm. 17, S. 5 ff.; *Weißbuch*, Anm. 26a, S. 5 f.; kritisch *Stürmer*, Anm. 146, S. 163, 170 ff.

<sup>159</sup> Im Übrigen ist auch entscheidend, ob dem Privatkläger hinreichende Beweiserleichterungen zugute kommen. Vgl. dazu *Grünbuch*, Anm. 17, S. 5 u. 7.; insoweit kritisch zur deutschen *GWB-Novelle Georg Berrisch & Markus Buriansky*, Kartellrechtliche Schadensersatzansprüche nach der 7. *GWB* Novelle, *Wirtschaft und Wettbewerb* 2005, 878, 888.

<sup>160</sup> In diesem Sinne auch *Stürmer*, Anm. 146, S. 163.

Bereich des *private enforcement* beschränkt, aber wie die *discovery*, so bringen auch *class actions* in diesem Zusammenhang zum Teil schwerwiegende Probleme mit sich.

Sammelklagen sind zwar sowohl in den USA als auch in Europa vielfach verpönt, doch bedarf es vor allem aus rechtsvergleichender Sicht einer möglichst nüchternen Analyse<sup>161</sup>. Das Hauptproblem der Sammelklagen liegt nicht darin, dass sie jedem Verlangen Tor und Tür zu einem Massenverfahren eröffnen; in Wirklichkeit sind sie nämlich nur unter engen Voraussetzungen zulässig<sup>162</sup>. Problematisch ist vielmehr, dass sie es dem Kläger erlauben, das finanzielle Risiko des Beklagten enorm zu vergrößern. Wird eine *class action* vom Gericht zugelassen, so hat der Kläger deshalb bei den anschließenden Vergleichsgesprächen eine gegenüber einer Einzelklage ins Vielfache gesteigerte Verhandlungsmacht. Eine *class action* zu verlieren, kann sich fast niemand leisten, weil es ohne Weiteres ruinöse Folgen haben kann. Wegen der Aussicht auf hohe Gebühren verführt die Möglichkeit einer Sammelklage Anwälte oft zur Klageerhebung vorwiegend im eigenen Interesse, so dass sie nicht unbedingt im vorrangigen Interesse der Mandanten handeln. Auch hier muss man allerdings in der Bewertung zunächst vorsichtig sein. *Class actions* sind keineswegs auf allen Gebieten des *private enforcement* ein wesentlicher Streitpunkt. Im Umweltrecht kommen sie kaum vor, da es hier in aller Regel nicht um Schadensersatz geht; bei Bürger- und Menschenrechtsklagen sind sie zahlenmäßig zu selten, um großen Streit hervorzurufen; dasselbe gilt zunehmend auch im Produkthaftungsrecht. Im Kartell- und Kapitalmarktrecht sind *class actions* allerdings ein erhebliches und viel diskutiertes Problem. Hier sind sie zahlreich, potentiell existenzvernichtend und oft missbräuchlich. Auch das ist bei *securities actions* am brisantesten<sup>163</sup>. In diesem Bereich werden Sammelklagen in aller Regel von darauf spezialisierten Anwaltskanzleien angestrengt. Sie handeln zwar angeblich im Interesse der Anleger, doch ist sehr zweifelhaft, ob diese von derlei *class actions* wirklich profitieren; Schadensersatz in nennenswertem Umfang fließt ihnen jedenfalls in aller Regel nicht zu<sup>164</sup>. Durch den Abschluss lukrativer Vergleiche sind diese Klagen deshalb vor allem für die betreibenden Kanzleien finanziell lohnend<sup>165</sup>. All das ließe sich zur Not noch dadurch rechtfertigen, dass solche *class actions* eben im öffentlichen Interesse, nämlich als Abschreckungsmaßnahmen gegenüber potentiellen

---

<sup>161</sup> Dazu *Astrid Stadler*, Collective Action as an Efficient Means for the Enforcement of European Competition Law, in: *Basedow*, Anm. 21, 195; *Gordon Schnell*, Class Action Madness in Europe – A Call for a More Balanced Debate, *European Competition Law Review* 28 (2007), 617.

<sup>162</sup> Bundesrechtlich sind diese Voraussetzungen in *Rule 23* der *Federal Rules of Civil Procedure* geregelt. Kurze Erläuterungen dazu bei *Haimo Schack*, Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht (3. Aufl. 2003), S. 81 ff.; ausführlicher *Jack H. Friedenthal, Mary Kay Kane & Arthur R. Miller*, *Civil Procedure* (1999), 736 ff.

<sup>163</sup> Fast die Hälfte aller z. Zt. vor den Bundesgerichten anhängigen *class actions* sind kapitalmarktrechtliche Sammelklagen, vgl. *John C. Coffee*, Reforming the Securities Class Action: An Essay on Deterrence and Its Implementation, *Columbia Law Review* 106 (2006), 1534, 1539 f. Sie sind nicht nur besonders häufig, sondern auch besonders aufwendig, d. h. kostspielig und zeitraubend.

<sup>164</sup> Hinzu kommt, dass dieser Schadensersatz seinerseits letztendlich von den Anlegern in den beklagten Unternehmen bezahlt werden muss. Insofern verteilt *private enforcement* nur Geld von einer Anlegerseite auf die andere um, und das unter enormem Aufwand und hohen Kosten.

<sup>165</sup> Dazu *John C. Coffee*, Understanding the Plaintiff's Attorney: The Implication of Economic Theory for Private Enforcement of the Law Through Class and Derivative Actions, *Columbia Law Review* 86 (1986), 669.



Aktienbetrüger nützlich sind. Dieses Argument versagt aber, wenn, wie die Kritiker behaupten, die Hälfte derartiger Klagen völlig unbegründet, deshalb rechtsmissbräuchlich (*frivolous*) ist<sup>166</sup>. Denn eine Abschreckung, die in jedem zweiten Fall Unschuldige trifft, geht über das wünschenswerte Maß weit hinaus.

Auch auf diese Probleme hat der Kongress längst reagiert. Zunächst hat er im *Private Securities Litigation Reform Act* von 1995 Sammelklagen im Wertpapierhandelsrecht eingehender reguliert<sup>167</sup>, allerdings ist die Zahl der Klagen wegen *securities fraud* nicht merklich zurückgegangen<sup>168</sup>. Schließlich hat er im *Class Action Fairness Act* von 2005<sup>169</sup> Sammelklagen auch auf anderen Gebieten dadurch erschwert, dass er die Zuständigkeit weitgehend an die Bundesgerichte verlagert hat, die *class actions* in der Regel strenger behandeln als die einzelstaatlichen Gerichte.

Auch die amerikanische Erfahrung mit *class actions* spricht nicht kategorisch gegen ihre Einführung auch in Europa, wie sie in letzter Zeit vermehrt im Gespräch ist<sup>170</sup>. Diese Erfahrung zeigt nämlich durchaus, dass Sammelklagen bei der privaten Rechtsdurchsetzung sehr effektiv sein können. Das gilt insbesondere bei Streuschäden, bei denen Einzelverfahren realistischerweise nicht in Betracht kommen. Bei ihnen bleiben neben behördlichem Einschreiten nur kollektive Rechtsdurchsetzungsmechanismen, d. h. entweder Verbands- oder Sammelklagen. Die amerikanische Erfahrung zeigt aber auch, dass *class actions* dort zu Missbrauch führen können, wo sie unverhältnismäßige Gewinnanreize für Kläger und insbesondere für deren (u. U. selbst ernannte) Anwälte bieten. Das lässt sich jedoch bei entsprechendem politischen Willen durchaus vermeiden. Es bedarf vor allem wohlüberlegter Begrenzung der finanziellen Anreize für die Kläger und insbesondere für deren Anwälte durch den Gesetzgeber sowie einer strengen Missbrauchskontrolle durch die Gerichte. Im Übrigen sollte man eine Bezahlung der anwaltlichen Gebühren vom Nachweis abhängig machen, dass die Sammelklage entweder in erheblichem Maße eine Wiedergutmachung erlittener Schäden bewirkt oder wirklich öffentliche Interessen durchgesetzt hat.

#### 4. Vergleichspraxis

Zivilprozesse im Bereich des *private enforcement* sind beinahe zwangsläufig überdurchschnittlich aufwendig, denn sie werfen nicht nur vielfach komplexe Tatsachen-

---

<sup>166</sup> James Bohn & Stephen Choi, *Fraud in the New-Issues Market: Empirical Evidence on Securities Class Actions*, *Pennsylvania Law Review* 144 (1996), 903, 979. Weiterführende Kritik am bestehenden System der *securities class actions* bei Roberta Romano, *The Shareholder Suit: Litigation without Foundation?*, *Journal of Law, Economics & Organization* 7 (1991), 55; Janet Cooper Alexander, *Do the Merits Matter? A Study of Settlements in Securities Class Actions*, *Stanford Law Review* (1001), 497, 524 ff.; Stephen Choi, *The Evidence on Securities Class Actions*, *Vanderbilt Law Review* 57 (2004), 1465.

<sup>167</sup> Kodifiziert in mehreren Vorschriften in 15 U.S.C. §§ 77 f.

<sup>168</sup> Vgl. Pritchard, Anm. 59, S. 928.

<sup>169</sup> 28 U.S.C. §§ 1332(d), 1453, 1711 ff.

<sup>170</sup> Vgl. etwa Grünbuch, Anm. 17., S. 9 f.; Weißbuch, Anm. 26a, S. 4 f. Zudem gibt es freilich schon seit geraumer Zeit in mehreren europäischen Ländern einschl. Deutschlands eine Vielzahl von Verbandsklagen; der Schwerpunkt liegt dabei auf Unterlassungs-, nicht auf Schadensersatzansprüchen; vgl. Harald Koch, *Non-Class Group Litigation under EU and German Law*, *Duke Journal of Comparative & International Law* 11 (2001), 355. In Deutschland gilt zudem seit 2005 das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz, siehe Anm. 49.

fragen auf, sondern werden durch eine Vielzahl von Beteiligten auch leicht zu Großverfahren. Das liegt weitgehend in der Natur der Sache: Das Bestehen eines öffentlichen Interesses selbst deutet bereits an, dass es nicht um Gelegenheitsstreitigkeiten des Alltags geht. Will man *private enforcement* fördern, so sollte man sich deshalb Gedanken darüber machen, wie die Gerichte den entsprechenden Zuwachs an fast unweigerlich komplexen Verfahren bewältigen sollen.

In den Vereinigten Staaten stellt sich das Problem *für die Gerichte* nur in stark abgemilderter Form, weil der Zivilprozess ganz weitgehend dem Parteibetrieb überlassen ist. Das gilt nicht nur bezüglich der Durchführung im Einzelnen (insbesondere der Beweisermittlung) sondern auch hinsichtlich der Beendigung. Prozesse, die nicht bereits im prozessualen Vorfeld (*motion stage*) scheitern, werden in aller Regel verglichen. Zu Endurteilen in der Sache kommt es nur ganz vereinzelt. Das liegt vor allem daran, dass ein *trial* insbesondere vor einer Jury zu teuer und risikoreich ist. Das gilt zwar nicht nur im Bereich des *private enforcement*, trifft wegen der regelmäßigen Komplexität dieser Verfahren hier aber besonders zu.

Im europäischen Zivilprozess hingegen obliegt die Durchführung viel stärker dem Richter. Trotz steigender Vergleichsquoten ist es jedenfalls auf dem Kontinent nach wie vor üblich, einen Großteil der Prozesse gerichtlich durch Endurteil zu entscheiden. Die amerikanische Erfahrung zeigt nun, dass man sich dies im Bereich des *private enforcement* auch in Europa kaum leisten können wird. Zwar ist der europäische Zivilprozess insgesamt weniger aufwendig als der amerikanische; die beinahe unvermeidliche Komplexität von Verfahren im öffentlichen Interesse wird aber auch die Gerichte in Europa mit Belastungen konfrontieren, die mit der bisherigen Ausstattung jedenfalls nicht im traditionellen Wege zu bewältigen sein werden. Es gibt hier nur zwei Auswege. Zum einen kann man mehr Kapazität, insbesondere mehr Richterstellen, schaffen; es ist freilich fraglich, ob das angesichts der damit verbundenen Ausgaben insbesondere in Zeiten überlasteter Staatshaushalte politisch durchsetzbar ist. Zum anderen kann man sich in die amerikanische Richtung bewegen, d. h. darauf hinwirken, dass auch im öffentlichen Interesse geführte Zivilprozesse in aller Regel verglichen werden müssen<sup>171</sup>. Dabei darf man aber nicht übersehen, dass eine solche Vergleichspraxis die Durchsetzung öffentlicher Interessen noch weiter in private Hand verlagert. Wie in den USA obliegt es dadurch nämlich den Parteien, über diese Interessen zu verhandeln sowie zu entscheiden, inwieweit sie durchgesetzt werden. Wie bereits erwähnt, geht es dann vor allem im Wirtschaftsrecht oft nur noch um den Preis, um den sich der Kläger die weitere Rechtsverfolgung abkaufen lässt. Darin liegt letztendlich eine Form (legaler) Bestechung.

## 5. Die Kosten der Rechtsverfolgung

Es ist eine Binsenweisheit, dass Zivilprozesse teuer sind. Komplexe Verfahren sind umso teurer. Das lässt jedenfalls vermuten, dass die Kosten des *private enforcement* insgesamt sehr hoch sind.

---

<sup>171</sup> Vgl. *Stürmer*, Anm. 6, S. 99.

Der Blick auf die Situation in den USA stärkt diese Vermutung zwar, denn es ist offenkundig, dass auch im öffentlichen Interesse geführte Prozesse oft ungeheuere Summen verschlingen. Trotzdem ist die amerikanische Erfahrung in der Kostenfrage nur teilweise aussagekräftig. Zum einen lässt sie nämlich keine Aussagen darüber zu, *wie* teuer genau private Rechtsverfolgung ist, denn insofern fehlen verlässliche Daten. Zum anderen erlaubt sie auch keine fundierten Aussagen darüber, wie sich die Kosten des *private enforcement* zu denjenigen behördlicher Rechtsdurchsetzung verhalten, zumal die beiden Methoden auch sonst in vielerlei Hinsicht (Einsatz, Sanktionen, Erfolgsquote, etc.) nur sehr schwer vergleichbar sind. Wer also behauptet, das eine sei teurer (oder billiger) als das andere, bewegt sich unweigerlich im Bereich der (mehr oder minder plausiblen) Spekulation. Wer sich dabei auf das amerikanische Beispiel beruft, kann sich lediglich darauf stützen, dass die Kosten privater Rechtsverfolgung dort im Allgemeinen sehr hoch sind. Im Ergebnis kann man deshalb nur feststellen, dass die amerikanische Erfahrung *prima facie* gegen die Annahme spricht, *private enforcement* komme insgesamt billiger als staatliche Rechtsdurchsetzung.

Die Situation in den USA macht zudem anschaulich, wie verstärktes *private enforcement* die Kosten der Rechtsverfolgung verlagert, dadurch aber nicht unbedingt verringert. Wo private Rechtsdurchsetzung überwiegt, wie im Kartell- und Produkthaftungsrecht, oder jedenfalls eine sehr große Rolle spielt, wie im Kapitalmarktrecht, schont das zwar die Ressourcen der Verwaltung, es belastet aber unweigerlich andere Akteure, insbesondere die Zivilgerichte und die Parteien. Dabei mag sich die Belastung der Gerichte in den USA durch die weitgehende Privatisierung des Verfahrens in Grenzen halten bzw. in Europa durch entsprechend berechnete Gerichtskosten auffangen lassen. Es bleiben aber unweigerlich die Prozesskosten der Parteien, die jedenfalls in den USA ohne Weiteres in die Millionen gehen können. Diese Kosten belasten zwar nicht unmittelbar die Staatskasse, wohl aber die Gesamtwirtschaft. Die Parteien müssen diese Kosten in aller Regel in dieser oder jener Form an andere weitergeben, vor allem an Investoren und Konsumenten. Die Kosten des *private enforcement* sind somit zwar weniger sichtbar als im Staatshaushalt, deshalb aber keineswegs geringer.

## 6. Zusammenfassung

Sucht man im amerikanischen Befund nach Lehren für Europa, so findet man auch insofern ein gemischtes Bild. Man kann aber – wieder mit dem notwendigen Mut zur Verallgemeinerung – zunächst drei generelle Aussagen machen.

Auf jeden Fall zeigt die amerikanische Erfahrung, dass *private enforcement* ein sehr wirksames Mittel zur Durchsetzung von Normen im öffentlichen Interesse sein kann. Das gilt auf allen hier besprochenen Gebieten. Zwar kann man sich darüber streiten, wie notwendig private Rechtsverfolgung im Einzelnen ist. Niemand behauptet in den Vereinigten Staaten aber, dass die Rechtsdurchsetzung im öffentlichen Interesse genauso gut ohne jegliche Mithilfe durch Privatklagen auskäme. Denn niemand gibt sich der Illusion hin, dass die staatlichen Stellen alle Fälle übernehmen könnten (oder wollten), die nach Rechtsdurchsetzung verlangen. Das ist Wasser auf die Mühlen der Rufer nach mehr privater Rechtsverfolgung auch in Europa.

Weiterhin zeigt die amerikanische Erfahrung aber auch, dass die zum Teil durchschlagende Wirkung des *private enforcement* dadurch bedingt ist, dass den Klägern eine Reihe nicht nur materiellrechtlicher, sondern insbesondere auch prozessualer Begünstigungen zur Verfügung gestellt werden. Da Privatklagen nur dann ein effektiver Beitrag zur Durchsetzung öffentlicher Interessen sein können, wenn sie in hinreichender Zahl erhoben werden und zum Erfolg führen, muss das Recht die Kläger wohl oder übel mit hinreichend scharfen Waffen gegen mögliche Beklagte ausstatten. In der Tat werden fast alle der aus den USA bekannten Maßnahmen deshalb seit einiger Zeit auch in Europa in der einen oder anderen Form diskutiert; zum Teil sind sie sogar schon eingeführt worden. Manche dieser Maßnahmen, wie etwa vervielfachter Schadensersatz oder Strafschadensersatz, einseitige Kostenbegünstigung der Kläger oder Erfolgshonorare passen allerdings kaum ins bestehende System und würden dieses u. U. nachhaltig verändern. Das muss die Skepsis derjenigen nähren, die die Einführung solcher Maßnahmen in Europa für bedenklich oder gar verfassungsrechtlich unzulässig halten.

Schließlich ist beim Blick auf die Situation in den USA unübersehbar, dass eine derartige Bewaffnung der Kläger Gefahren mit sich bringt, die oft nur schwer zu kontrollieren sind. Mit anderen Worten, die Schaffung der notwendigen materiellrechtlichen und prozessualen Voraussetzungen für effektives *private enforcement* hat unweigerlich Schattenseiten. Ihre Kosten sind mitunter so groß, dass sie den Nutzen übersteigen können. Das ist etwa hinsichtlich weitreichender *discovery*, zum Teil auch bei *class actions* mit großem Gewinnanreiz für die Anwaltschaft und insbesondere bei der Kombination dieser Instrumente leicht der Fall. All das stützt jedenfalls zum Teil die Position der Gegner erweiterter Privatklagemöglichkeiten in Europa, die wegen der damit verbundenen Gefahren von einer solchen Entwicklung mehr Schaden als Nutzen erwarten.

Damit spricht die Erfahrung in den USA zwar weder eindeutig für noch pauschal gegen mehr *private enforcement*. Sie zeigt aber deutlich, wie sehr dabei letztendlich alles auf die richtige Kombination und Dosierung von Anreizen und Kontrollmaßnahmen ankommt. Geht man allzu behutsam vor, so lässt sich eine effektive private Rechtsverfolgung kaum erreichen und muss man weiterhin vor allem auf staatliche Durchsetzung vertrauen; schreitet man hingegen zu forsich voran, so lädt man sich leicht weitreichende und schwerwiegende Probleme auf und bringt das bestehende Rechtssystem u. U. durcheinander<sup>172</sup>. Aus diesem Dilemma gibt es weder in den USA noch in Europa einen bequemen Ausweg.

Insgesamt ist auffällig, dass *private enforcement* in den USA dort am problematischsten ist, wo es hauptsächlich um Geld geht, wie im Kartell- und Kapitalmarktrecht. Hingegen führt private Rechtsverfolgung anscheinend kaum zu Missbrauch, wo sich Klagen unmittelbarer auf die Durchsetzung des öffentlichen Interesses selbst richten, wie im Umweltrecht oder bei Bürgerrechtsklagen. Das ist freilich kein Zufall.

---

<sup>172</sup> In diesem Sinne auch *Stürmer*, Anm. 6, S. 283 ff.

Wo es um Geld geht, laufen klägerische Motivation und öffentliches Interesse leicht auseinander, denn erstere besteht im finanziellen Gewinn, letzteres in der Einhaltung der Spielregeln. Wo es hingegen unmittelbar um Gemeinwohlbelange geht, laufen klägerische Motivation und öffentliches Interesse an der Rechtsverfolgung am ehesten parallel, denn beide richten sich vorrangig auf die Behebung von öffentlichen Missständen. In all dem liegt eine gewisse Ironie: Gerade auf den Gebieten, auf denen *private enforcement* in den USA die größte Rolle spielt, und auf denen man auch in Europa am meisten darauf drängt, nämlich im Wirtschaftsrecht, führt private Rechtsverfolgung am häufigsten zu Problemen. Gerade in diesem Zusammenhang sollte man deshalb in Europa die größte Vorsicht walten lassen.

#### IV. Schlussüberlegungen: Amerikanische und Europäische Staats- und Verfassungstradition

Ein Blick auf staatliche und private Rechtsdurchsetzung in den USA zeigt nicht nur Erfahrungen, aus denen man in Europa das eine oder andere lernen kann. Er kann und sollte auch dazu veranlassen, einmal über die Details hinauszugehen und die umfassendere Frage zu stellen, wie sich die Durchsetzung öffentlicher Interessen durch Privatklagen zu den jeweiligen Staats- und Verfassungstraditionen verhält – der amerikanischen, der kontinental-nationalstaatlichen und der europäischen. Diese Frage wird in der juristischen Literatur, soweit ersichtlich, selten erörtert. Das ist verständlich und vielleicht auch richtig so. Denn hier verlassen wir den Bereich juristischer Fachfragen und begeben uns auf das Glatteis kultureller Einschätzungen, Werte und Überzeugungen, die notwendigerweise stark subjektiv geprägt sind.

##### 1. *Private Enforcement* in der amerikanischen Tradition

In die amerikanische Rechts- und Staatstradition passt es ohne Weiteres, wenn auch öffentliche Interessen zum Teil durch Privatklagen verfolgt werden. Denn sowohl die Verwirklichung gemeinschaftlicher Anliegen als auch die Erzeugung und Durchsetzung des Rechts sind in den USA nicht Monopol des Staates, sondern in weitem Umfang auch Sache der Gesellschaft.

Zum einen ist der amerikanische *Staat* schon von seiner Entstehungsgeschichte her, d. h. aufgrund der Rebellion gegen die insbesondere wirtschaftliche Unterdrückung durch England, vornehmlich als Garant persönlicher und wirtschaftlicher Freiheit konzipiert. Man übertreibt nur wenig, wenn man ihn vor allem als Staat einer Marktgesellschaft bezeichnet. Es ist eine seiner Hauptaufgaben, dieser Marktgesellschaft die Rahmenbedingungen der Entfaltung zu sichern<sup>173</sup>. Hingegen ist er weder durch sein

---

<sup>173</sup> Dahinter steht der Einfluss sowohl calvinistischer Religiösität, die im Markterfolg ein Zeichen göttlicher Auserwähltheit sieht, weiterhin der Sozialphilosophie von *Adam Smith* sowie dann im 19. Jahrhundert des (anfangs englischen) Utilitarismus.

Grundkonzept noch durch die Verfassung dazu verpflichtet, aktiv oder gar umfassend für die allgemeine Wohlfahrt der Gesellschaft bzw. ihrer Mitglieder, geschweige denn für Verteilungsgerechtigkeit zu sorgen<sup>174</sup>. Natürlich hat sich auch der amerikanische Staat der Sorge für das Gemeinwohl seit dem 19. und dann insbesondere im 20. Jahrhundert zunehmend angenommen – und zwar wesentlich intensiver, als man das in Europa gemeinhin glaubt. Die USA sind heute ein moderner Verwaltungsstaat, der das Leben seiner Bürger in vielfältiger Weise regelt und schützt, ja oft bis zur Gängelei reglementiert. Aber der amerikanische Staat kümmert sich aktiv um das Wohl seiner Bürger – nicht, weil er *muss*<sup>175</sup>, ja nicht einmal, weil er *soll*, sondern allein, weil er *darf*, und auch nur insoweit, wie er gerade *will*. Deshalb kann er den Einzelnen und die Gesellschaft auch so weit sich selbst überlassen, d. h. auf Eigeninitiative und (im Rahmen des Rechts) auf Selbsthilfe verweisen, wie er das für richtig hält.

Ist der amerikanische Staat damit nicht Garant eines Mindestmaßes an öffentlicher Wohlfahrt, so kann er auch die rechtliche Verfolgung öffentlicher Interessen der Gesellschaft, d. h. der Privatinitiative anheimstellen, wenn bzw. soweit das als wünschenswert gilt. Es spricht deshalb grundsätzlich nichts gegen eine weitgehende Privatisierung der Rechtsdurchsetzung. Der amerikanische Staat fördert diese nicht nur durch eine im Vergleich zu Europa sehr starke Betonung des *private enforcement*, sondern auch in vielen anderen Zusammenhängen: bei der Ausgestaltung des Zivilprozesses, der viel weitergehend als in Europa vom Parteibetrieb beherrscht wird<sup>176</sup>; bei der fast grenzenlosen Zulassung der Schiedsgerichtsbarkeit<sup>177</sup>; in der weitgehenden Versagung öffentlicher Rechtshilfe, die die Vertretung unterprivilegierter Parteien der Anwaltschaft als *pro bono* Tätigkeit überlässt<sup>178</sup>, usw.

Zum anderen nimmt die amerikanische *Gesellschaft* öffentliche Interessen tatsächlich auch in einem Umfang wahr, der aus europäischer Sicht erstaunlich ist. Die USA haben eine stark ausgeprägte, rege und in vielen Fällen auch äußerst erfolgreiche *civil society*. Sie organisiert sich in Kirchen, Vereinen und Verbänden und drückt sich in großer Bereitschaft zu privaten Spenden und sonstiger Förderung gemeinnütziger Zwecke aus<sup>179</sup>. Sie nimmt nicht nur ohne zu Murren, sondern mit großer Begeisterung

<sup>174</sup> Im Unterschied zu Art. 20 und Art. 28 GG enthält die US-amerikanische Verfassung bekanntlich keine Sozialstaatsklausel, vgl. dazu *David Currie*, *The Constitution of the Federal Republic of Germany* (1994), S. 20 f. Bezeichnenderweise haben die USA zwar auch das UN-Abkommen über politische und bürgerliche Rechte, im Gegensatz zu fast allen anderen westlichen Nationen nicht aber das UN-Abkommen über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte ratifiziert.

<sup>175</sup> Vgl. *DeShaney v. Winnebago County*, 489 U.S. 189 (1989) (der Staat hat von Verfassungen wegen keine Rechtspflicht, Bürger – in diesem Fall ein Kind gegenüber seinem gewalttätigen Vater – voreinander zu schützen).

<sup>176</sup> Vgl. dazu den bereits klassischen Aufsatz von *John Langbein*, *The German Advantage in Civil Procedure*, *University of Chicago Law Review* 52 (1985), 823.

<sup>177</sup> Vgl. *Thomas E. Carboneau*, *The Law and Practice of Arbitration* (2007), S. 11.

<sup>178</sup> Vgl. *American Bar Association Standing Committee on Pro Bono and Public Service*, *Supporting Justice: A Report on the Pro Bono Work of America's Lawyers* (2005).

<sup>179</sup> Das fiel schon *Alexis de Tocqueville* auf, vgl. *ders.*, *Democracy in America*, Second Book, Ch. V (Vintage Book Ed., New York 1990, Bd. II, S. 106 ff.). Dazu aus neuerer Zeit *Robert Bellah et al.*, *Habits of the Heart. Individualism and Commitment in American Life* (1985), S. 167 ff. Siehe auch die vergleichende (heute bereits klassische) Studie von *Gabriel Almond & Sidney Verba*, *The Civic Culture* (1963), S. 313 f.

viele soziale Aufgaben wahr, deren Erfüllung wir in Kontinentaleuropa als selbstverständlich vom Staat erwarten. In all dem kommt ein Charakterzug der amerikanischen Gesellschaft zum Ausdruck, der mit der Staatstradition unmittelbar zusammenhängt: die Überzeugung der meisten amerikanischen Bürger, das man sich für das Gemeinwohl aktiv einsetzen muss<sup>180</sup>. Dieser Einsatz geschieht nicht als *citoyen*, d. h. in quasi-öffentlicher Rolle, sondern durchaus als *bourgeois*, d. h. in privater Funktion. In diese Gesellschaft passt deshalb auch die Vorstellung vom *private attorney general*<sup>181</sup>, der als Privatkläger vor den Gerichten dafür kämpft, das öffentliche Interessen zu ihrem Recht kommen<sup>182</sup>. Freilich tut er das selten umsonst und oft sogar hauptsächlich des Geldes wegen. Das tut der Sache aber keinen Abbruch, denn man sieht den wirkungsvollen Einsatz für öffentliche Interessen durchaus als Grund für angemessene Belohnung. Mit dieser Betonung des privaten Einsatzes für öffentliche Belange in engem Zusammenhang steht die in den Vereinigten Staaten weitverbreitete Ansicht, dass man sich auf die Expertise, Initiative und Neutralität der Behörden nicht unbedingt verlassen kann<sup>183</sup>. Diese gelten nämlich als anfällig gegenüber dem politischen Einfluss mächtiger Interessengruppen. Man sieht die ständige Gefahr, dass die regulierenden Behörden von den zu regulierenden Industrien gekapert werden (*agency capture*)<sup>184</sup>. Auch das spricht aus amerikanischer Sicht dafür, dass privates Handeln staatlichen Eingriffen im Zweifel vorzuziehen ist<sup>185</sup>.

Aus all diesen Gründen ist *private enforcement* in den Vereinigten Staaten deshalb keineswegs eine Notlösung für versagendes *public enforcement*. Vielmehr sind beide Mechanismen im Prinzip gleichermaßen legitim. Was im Vordergrund steht, hängt, jedenfalls jenseits der Erhaltung eines Minimums an öffentlicher Sicherheit und Ord-

<sup>180</sup> Vgl. *Almond & Verba*, Anm. 179, S. 117 ff. Vor einigen Jahren fiel in weiten Gegenden der USA plötzlich ausgerechnet zur Berufsverkehrszeit der Strom aus. Da somit auch Ampeln nicht mehr funktionierten, kam es an vielbefahrenen Kreuzungen zu Verkehrschaos. An mehreren Stellen in meiner amerikanischen Heimatstadt (Ann Arbor, Michigan), stellten sich binnen kurzem Bürger auf die Kreuzungen und regelten den Verkehr, bis die Polizei eintraf. Das geschah mit großer Selbstverständlichkeit und wurde offenbar allgemein geschätzt, denn die Autofahrer richteten sich ganz überwiegend nach den gegebenen Anweisungen. Anscheinend sah niemand darin eine Form der Amtsanmaßung; vielmehr wurde die Übernahme der Aufgabe durch einen Privaten bei (vorübergehendem) Versagen des staatlichen Apparats als richtig empfunden.

<sup>181</sup> Den Begriff gibt es in den USA seit mindestens 60 Jahren, vgl. *F.C.C. v. Ntl. Broadcasting Co.*, 319 U.S. 239, 265 n. 1 (Douglas, J., dissenting).

<sup>182</sup> Vgl. *William B. Rubenstein*, On What a „Private Attorney General“ Is – and Why It Matters, *Vanderbilt Law Review* 57 (2004), 2129; *Newman v. Piggie Park Enterprises*, 390 U.S. 400 (1968) (Konzept des „Private Attorney General“).

<sup>183</sup> Vgl. *Almond & Verba*, Anm. 179, S. 314 f. sowie die Daten S. 173. Dahinter steht auch ein im Vergleich zu Europa geringeres Vertrauen in Expertentum und ein vergleichsweise höheres Vertrauen in den *common sense* des Bürgers als Privatperson. Das spiegelt sich nicht nur im Festhalten an Geschworenengerichten wider, sondern auch in der Bereitschaft, Kandidaten mit geringer politischer Erfahrung (wie Arnold Schwarzenegger) in hohe Staatsämter (Gouverneur von Kalifornien) zu wählen – womit die amerikanische Gesellschaft übrigens keineswegs immer schlechter fährt als die an politische Professionalisierung glaubende europäische.

<sup>184</sup> Vgl. etwa *William Niskanen*, *Bureaucracy and Representative Government* (1971); *Michael E. Levine & Jennifer L. Forrence*, *Regulatory Capture, Public Interest, and the Public Agenda: Towards a Synthesis*, *Journal of Law, Economics & Organization* 6 (1990), 167. Kritisch zu einer solch negativen Sicht des Verwaltungshandelns in den USA *Steven Croley*, *Regulation and Public Interests* (2008).

<sup>185</sup> Das zeigt sich auch darin, dass die Notwendigkeit staatlichen Handelns vielfach durch Marktversagen (*market failure*) begründet wird – der Markt soll sich im Grunde selbst regulieren; nur wenn er versagt, soll der Staat eingreifen; vgl. etwa *Richard Posner*, *Economic Analysis of Law* (7. Aufl. 2007), S. 389.

nung, vor allem davon ab, ob und inwieweit der Staat einen Bereich sozusagen an sich zieht, bzw. was er der Gesellschaft zur Selbsthilfe überlässt.

## 2. Private Rechtsverfolgung im europäischen Nationalstaat

Im Gegensatz zu den Vereinigten Staaten ist die Durchsetzung öffentlicher Interessen durch Privatklagen in Kontinentaleuropa zunächst ein Fremdkörper. Denn die Verwirklichung gemeinschaftlicher Anliegen und insbesondere die Erzeugung und Durchsetzung des Rechts sind seit Beginn der Neuzeit im Wesentlichen Staatsaufgaben, nicht hingegen Sache der Gesellschaft.

Zum einen ist der kontinentaleuropäische Nationalstaat von Tradition, Konzept und Verfassung her mehr als ein bloßer Garant persönlicher und wirtschaftlicher Freiheit. Vor allem ist er nicht vornehmlich der Staat einer Marktgesellschaft<sup>186</sup>. Im Unterschied zu den Vereinigten Staaten umfasst seine Aufgabe grundsätzlich die Förderung des Gemeinwohls, ein Mindestmaß an Fürsorge für den Einzelnen sowie die Herstellung einer gewissen Verteilungsgerechtigkeit in der Gesellschaft<sup>187</sup>. Freilich darf man die Unterschiede im amerikanischen und kontinentaleuropäischen Staatsverständnis nicht übertreiben. Auch der Nationalstaat Europas ist keine Wohlfahrtsanstalt, die ihrer Gesellschaft umfassende Versorgung schuldet. Trotzdem kümmert sich der europäische Staat um ein Minimum an gesellschaftlichem Wohlergehen nicht nur, weil er darf und gerade will, sondern weil er es von Verfassungen wegen *must* oder zumindest vom seinem Grundkonzept her *soll*<sup>188</sup>. Dazu gehört auch, dass der Staat für die rechtliche Durchsetzung öffentlicher Interessen sorgen muss. Hierin wirken jahrhundertelange Feudalbeziehungen und das frühneuzeitliche Konzept der „guten Policey“ nach.

Der kontinentaleuropäische Staat muss sich deshalb der Durchsetzung öffentlicher Interessen umfassender stellen als der amerikanische. So unterstellt er öffentlich-rechtliche Streitigkeiten meist auch nicht den Zivilgerichten und dem Parteibetrieb, sondern er schafft dafür eine besondere Gerichtsbarkeit mit am öffentlichen Interesse orientierten Prozessmaximen; so begrenzt er die Privatisierung der Rechtspflege durch die Schiedsgerichte, indem er deren Kompetenz einschränkt<sup>189</sup>; und so unterstützt er unterprivilegierte Parteien im Prozess durch öffentliche Mittel. In vielen, vor allem romanischen Ländern, nimmt der Staat mitunter sogar durch einen besonderen Vertreter des öffentlichen Interesses am Zivilprozess teil.

Zum anderen fühlen sich die Bürger europäischer Staaten auch gar nicht ohne Weiteres dazu berufen, die Durchsetzung öffentlicher Interessen selbst zu übernehmen. Die Vorstellung, als *private attorney general* aufzutreten, ist ihnen grundsätzlich

<sup>186</sup> Dazu *Stürmer*, Anm. 6, S. 58 ff.

<sup>187</sup> Hierin zeigt sich u. a. der Einfluss der katholischen Soziallehre, dazu *Stürmer*, Anm. 6, S. 54 f., sowie seit dem 19. Jahrhundert sozialistischer und sozialdemokratischer Bewegungen.

<sup>188</sup> Das zeigen die sozialstaatlichen Zielsetzungen und Vorschriften in vielen kontinentaleuropäischen Verfassungen.

<sup>189</sup> Vgl. *Heinz Thomas & Hans Putzo*, Zivilprozessordnung (28. Aufl. 2007), Anm. 2 u. 3 zu § 1030 ZPO.



fremd. Sie riecht geradezu nach Amtsanmaßung. Hinter der Überzeugung, dass die Rechtsverfolgung im öffentlichen Interesse Staatsaufgabe ist, steht die kontinental-europäische Beamtentradition<sup>190</sup>. Es spiegelt sich darin auch das nach wie vor erhebliche Vertrauen in eine kompetente und neutrale Verwaltung wider<sup>191</sup>, deren Pflichtgefühl sie gegenüber wirtschaftlichem Einfluss weitgehend resistent macht. Ganz abgesehen davon fehlt in den meisten europäischen Ländern eben wegen der großen staatlichen Fürsorge eine stark ausgeprägte *civil society*. Sicher gibt es auch in Europa immer mehr Verbände und Organisationen, die sich die Verfolgung öffentlicher Interessen zur Aufgabe gemacht haben<sup>192</sup>. Aber ihre Mitgliederzahlen, ihr öffentliches Profil und vor allem ihre prozessuale Durchschlagskraft liegen noch sehr weit hinter den entsprechenden *NGOs* (*non-governmental organizations*) in den USA zurück.

Muss in diesem Umfeld die rechtliche Durchsetzung öffentlicher Interessen also in aller Regel vom Staat erwartet werden, so geht *public enforcement* grundsätzlich *private enforcement* vor. Letztere ist deshalb in der europäischen Tradition stets ein „*second best*“<sup>193</sup>. Sie kommt im Wesentlichen dort in Frage, wo der Staat versagt oder seine Aufgabe gezielt an Private delegiert hat. Einer solchen Delegation haftet allerdings immer der Verdacht an, dass sich der Staat seiner eigentlichen Verantwortung entzieht.

### 3. *Public und Private Enforcement in der Europäischen Union*

Die Europäische Union steht – etwas kurioserweise – in der Mitte.

Einerseits ist sie ein Gebilde aus europäischen Nationalstaaten, das deshalb unweigerlich durch deren Charakter geprägt ist. Das drückt sich unter anderem darin aus, dass die EU bewusst soziale Ziele europäischen Stils verfolgt, und dass sie sich schützend etwa vor Verbraucher und Arbeitnehmer stellt<sup>194</sup>. Insoweit werden gesellschaftliches Wohlergehen und Fürsorge auch auf europäischer Ebene als öffentliche Aufgabe verstanden. Diese Aufgabe wird von einem Beamtenstab wahrgenommen, der in der (vor allem französischen und deutschen) Tradition steht, und von dem die notwendige Initiative, Sachkompetenz und Neutralität erwartet wird.

Andererseits ist die EU den USA darin wesensverwandt, dass sie im Kern die politische Verfassung einer Marktgesellschaft darstellt. Darin lag ihr Ursprung und liegt bis heute ihre Hauptfunktion, auch wenn zu diesem Element inzwischen andere hinzuge-

---

<sup>190</sup> Zu ihr gibt es in den USA auch heute noch kein vollwertiges Gegenstück, denn selbst Positionen im öffentlichen Dienst sind im Wesentlichen (wenn auch durchaus angesehene) Jobs. Man übt sie nicht unbedingt auf Lebenszeit aus und sie setzen auch keine unbedingte Loyalität zum Staat als solchem (d. h. unabhängig von der gegenwärtigen politischen Führung) voraus.

<sup>191</sup> Das deutsche Vertrauen ist wesentlich höher als das amerikanische, vgl. *Almond & Verba*, Anm. 179, S. 173, 312 f.

<sup>192</sup> Ein eindrucksvolles Beispiel eines streitbaren Verbandes ist etwa die English Angler's Conservation Association, vgl. <http://a-c-a.org/whatwedo.html>; sie gewann schon vor mehr als einem halben Jahrhundert einen bahnbrechenden Umweltprozess gegen verschmutzende Unternehmen, *The Pride of Derby & Derbyshire Angling Association v. British Celanese Ltd.*, 2 W.L.R. 58 (1953).

<sup>193</sup> In diesem Sinne auch *Stürmer*, der *private enforcement* aus der Perspektive dieser Tradition sieht und deshalb gar als „nur die letzte und glanzlose Notlösung“ bezeichnet, Anm. 6, S. 286.

<sup>194</sup> Vgl. Art. 2, 3 EG Vertrag.

kommen sind<sup>195</sup>. Ihre Grundfreiheiten sind im Wesentlichen Marktfreiheiten, von denen politische Rechte (noch deutlicher als in den USA) allenfalls abgeleitet werden<sup>196</sup>. Vorrangstellung des Marktes aber erfordert Betonung der Privatinitiative. Es ist deshalb kein Wunder, dass der Druck auf mehr *private enforcement* von der Europäischen Union und nicht von den Mitgliedstaaten kommt. Allerdings fehlt dieser Marktgesellschaft bislang noch ganz weitgehend eine eigene (d. h. europaweite) *civil society*, von der man eine schlagkräftige Rechtsdurchsetzung öffentlicher Interessen erwarten könnte.

Man muss in der Frage der staatlichen und privaten Rechtsverfolgung ganz deutlich sehen, dass die EU mit ihrem Drängen nach mehr *private enforcement* nicht als Ersatz-Staat europäischen Zuschnitts, sondern als verfasste Marktgesellschaft amerikanischen Stils handelt. Sie zielt damit in eine Richtung, die eher der amerikanischen Tradition als derjenigen ihrer Mitgliedstaaten entspricht. Wie weit sie dabei geht, und wie weit ihr die europäischen Nationalstaaten dabei folgen, entscheidet deshalb mit darüber, wohin sich Europa entwickelt – in Richtung einer vom Markt beherrschten Gesellschaft amerikanischer Couleur oder in Richtung eines Erhaltens der eigenen, eher fürsorgeorientierten Staats- und Gesellschaftstradition.

Traditionen sind für den Zusammenhalt von Gemeinwesen wichtig, aber sie sind deshalb nicht an und für sich richtig und auch nicht unwandelbar. Sie lassen sich ändern. Wer sie zu ändern sucht, sollte allerdings hinreichend gute Gründe dafür haben. Die amerikanische Erfahrung mit *private enforcement* ist für sich genommen kein hinreichend guter Grund, die europäische Tradition im Wesentlichen staatlicher Durchsetzung öffentlicher Interessen grundlegend zu ändern. Denn der amerikanische Befund ist zum einen in sich zu gemischt, um in eine klare Richtung zu weisen, zum anderen steht er auch in einer eigenen Staats- und Verfassungstradition, die sich von der kontinentaleuropäischen in wichtigen Punkten unterscheidet. Europa kann deshalb zwar hier und dort von der amerikanischen Erfahrung lernen, es muss die guten Gründe für stärker privatisierte Durchsetzung öffentlicher Interessen letztendlich aber auf eigenem Boden finden<sup>197</sup>.

---

<sup>195</sup> Vgl. Art. 4 Abs. 1 EG Vertrag.

<sup>196</sup> Vgl. Art. 39 ff. EG Vertrag.

<sup>197</sup> Vielleicht liegen diese Gründe schlichtweg in der begrenzten Leistungsfähigkeit der Behörden sowohl auf EU-Ebene als auch in vielen, vor allem wirtschaftlich schwächeren Mitgliedstaaten. In gesamtwirtschaftlicher Kostenersparnis liegen sie, wie die hohen Rechtsverfolgungskosten in den USA zeigen, nicht.