

Private Rechtsdurchsetzung als Instrument gesellschaftlicher Steuerung – Ein Zukunftsmodell für Europa?

PETER L. MURRAY*

In den Vereinigten Staaten betrachten Wissenschaft und Praxis das „private law enforcement“ als Instrument, um private Prozessparteien zur Durchsetzung von Normen öffentlichen Verhaltens mit den Mitteln des Zivilprozesses einzusetzen. Obwohl die private Rechtsdurchsetzung als effektiver Ersatz oder doch zumindest als Ergänzung hoheitlicher Rechtsdurchsetzungsinstrumente gepriesen wird, ist der Wirkungsgrad des „private law enforcement“ in den USA gegenwärtig bestenfalls wechselhaft. Die Europäer könnten deshalb geneigt sein, dem Trend zur Einführung von Modellen privater Rechtsdurchsetzung in der Europäischen Union mit Vorsicht und Sorgfalt zu begegnen.

I. Private Durchsetzung von gemeinwohlorientierten Vorschriften in der amerikanischen Rechtskultur

Die Auffassung, dass wichtige öffentliche Belange durch zivilprozessuale Klagen effektiv verwirklicht werden können, harmoniert mit dem traditionellen Misstrauen der Amerikaner gegenüber Regierungsstellen im Allgemeinen und Regulierungsbehörden im Besonderen. Die Gewährung geeigneter Ersatzansprüche und Strafen auf Betreiben

* Visiting Professor of Law, Harvard Law School, Cambridge, Massachusetts, USA.

privater Kläger im Zivilprozess reduziert oder beseitigt das Erfordernis möglicherweise lästiger und kostspieliger öffentlicher Institutionen zur Verwirklichung von Regulierungszielen.¹

Natürlich kann beinahe jeder Zivilprozess als private Durchsetzung öffentlicher Gesetznormen angesehen werden. Insofern ein Zivilurteil auf einer Rechtsnorm beruht, verwirklicht es die hinter dieser Norm stehenden Ziele.²

Normalerweise bezeichnet man als „private law enforcement“ zivilprozessuale Rechtsverfolgung, die durch Anreize dazu motiviert, bestimmte Rechtsnormen gegenüber Rechtsbrechern durchzusetzen. Ein frühes Beispiel solcher anreizbasierter Gesetzgebung ist der Clayton Antitrust Act 1914,³ der durch wettbewerbswidriges Geschäftsgebaren geschädigten Personen einen Anspruch auf dreifachen Schadensersatz (*treble damages*) und auf Erstattung von Rechtsanwaltskosten gegen den Rechtsverletzer gewährt. Der Gesetzeszweck liegt darin, private Kläger zu einem bedeutsamen, die behördliche Aufsicht ergänzenden Instrument der Durchsetzung dieser wichtigen wettbewerbsregulierenden Vorschriften zu machen.

Ein jüngeres Beispiel begegnet im Zuge der Reform des Federal Truth in Lending Act in den späten 1960er Jahren.⁴ Eine Verletzung der dem Kreditgeber obliegenden Verpflichtung zur Information über Kreditkosten begründet danach einen Schadensersatzanspruch des Kreditnehmers in der doppelten Höhe der betroffenen Transaktionskostenposition, mindestens jedoch in Höhe von USD 100.⁵ Die einzelnen Schadensersatzansprüche können durch *class action* zu sehr substantiellen Konsequenzen von Transparenzverstößen gebündelt werden. Die Aussicht auf potentiell hohe Schadensersatzsummen bewegt

¹ Z. B. Richard Marcus, Goals of Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems, Part II National Perspective – Chapter 6 “American Exceptionalism in Goals for Civil Litigation”, 34 *Ius Gentium* 123 (2014).

² Das gilt unabhängig davon, ob die angewandte Norm dem öffentlichen oder dem Privatrecht zuzuordnen ist. Auf allen Ebenen bedarf es weithin der Initiative von Bürgerinnen und Bürgern, um das Recht in der Gesellschaft lebendig zu erhalten und ihm Geltung zu verschaffen.

³ Pub.L. 63-212, 38 Stat. 730, enacted October 15, 1914, codified at 15 U.S.C. §§ 12–27, 29 U.S.C. §§ 52–53.

⁴ Consumer Credit Protection Act, P. L. 90-321, enacted May 29, 1968, codified at 15 U.S.C. §§ 1601 et seq.

⁵ Consumer Credit Protection Act of 1968, § 130.

Verbraucher und unternehmerisch denkende und handelnde Rechtsanwälte dazu, die Informationspraktiken bei Verbraucherkrediten zu überprüfen und Verstöße im Wege von Massenverfahren zivilgerichtlich zu verfolgen.⁶

Darüber hinaus hat die amerikanische Rechtskultur Modelle privater Rechtsdurchsetzung entwickelt, die Besonderheiten des amerikanischen Zivilprozesses mit traditionellen Remedien des *common law* für Betrug (*fraud*) und Täuschung (*deception*) kombinieren. Seit Anfang der 1990er Jahre haben kreative Rechtsanwälte damit begonnen, Missstände auf dem Wertpapiermarkt unter Berufung auf die traditionelle Lehre von der Haftung für betrügerische und irreführende Informationen aufzugreifen. Ein Unternehmen, das eine unzutreffende Kapitalmarktinformation macht oder ein gebotenes Statement unterlässt, kann im Wege der *class action* für Verluste haftbar gemacht werden, die durch Käufe oder Verkäufe von Wertpapieren dieses Unternehmens entstanden sind.⁷ Die Anwendung dieses Remediums wird gerechtfertigt als Form privater Durchsetzung kapitalmarktrechtlicher Redlichkeits- und Transparenzstandards, wie sie vielen Regulierungsvorschriften zugrunde liegen.⁸

II. Amerikanisches Zivilprozessrecht und private Rechtsdurchsetzung

Private law enforcement durch Zivilprozess wird durch bestimmte Charakteristika des amerikanischen Zivilprozessrechts erleichtert, insbesondere durch *punitive damages* und kraft Gesetzes pauschalierte oder multiplizierte Schadensersatzansprüche, das Instrument der *class action*, und die sogenannte *American Rule of Costs* für Anwaltskosten.

⁶ Eine Diskussion der Zwecke und der Hintergründe des Consumer Protection Act und eine Darstellung seiner Entwicklung von den Anfängen bis in die Gegenwart findet sich bei *Elizabeth Renuart* and *Diane E. Thompson*, *The Truth, The Whole Truth, and Nothing but the Truth; Fulfilling the Promise of Truth in Lending*, 25 *Yale J. on Reg.* 181 (2008).

⁷ S. *Zachary Alan Starr*, *Fraud on the Market and the Substantive Theory of Class Actions*, 65 *St. John's L. Rev.* 441 (1991); *Elizabeth C. Burch*, *Securities Class Actions as Pragmatic Ex Post Regulation*, 3 *Ga. L. Rev.* 63 (2008).

⁸ Rule 10(b)(5), 7 C.F.R. § 240.10b-5, auf der die meisten privaten Klagen in Wertpapierstreitigkeiten basieren, wurde ursprünglich von der United States Securities Exchange Commission im Jahre 1934 als Regulierungsvorschrift erlassen.

Wichtige Beiträge leisten auch die Kultur einer unternehmerisch denkenden und handelnden Anwaltschaft und ein weithin dereguliertes anwaltliches Vergütungsrecht.

Punitive damages fanden Eingang in die amerikanische Rechtskultur über Großbritannien, wo sie in bestimmten Fallgruppen des *common law* anerkannt waren.⁹ Die Idee dieses Rechtsinstituts liegt darin, dass das Gericht bzw. die *civil jury* zusätzlichen Strafschadensersatz in Gestalt von *punitive* oder „*exemplary*“ *damages* zusprechen kann, um besonders gravierendes Fehlverhalten durch abschreckende Strafen zu sanktionieren. Die Möglichkeit von *punitive damages* dient Parteien, die von rechtswidrigem Verhalten betroffen sind, als Anreiz, den Verletzer auch in solchen Fällen zu verklagen, in denen bloße Schadenskompensation keine hinreichende Motivation für die zivilprozessuale Rechtsverfolgung bietet.¹⁰

Nach *common law* kommen *punitive damages* nur in einer sehr überschaubaren Zahl von Fällen bewusster und schwerwiegender Pflichtverletzung in Betracht, wenn der Rechtsbruch leichfertiger oder willentlich begangen wurde. Sie sind weitgehend – wenn nicht ausschließlich – im *common law* der Einzelstaaten verankert. Darüber hinaus haben der Kongress und einzelstaatliche Gesetzgeber Rechtsgrundlagen für erhöhte Schadensersatzsummen bei bestimmten zivilen Rechtsverstößen geschaffen. Beispiele für die große Spannweite dieser Gesetzgebung sind wiederum der Clayton Antitrust Act und der Federal Truth in Lending Act.

Während *punitive damages* und andere Formen des Strafschadensersatzes (*multiple damages*) materiellrechtlich eingeordnet werden können, trägt auch ein fundamentales Charakteristikum des amerikanischen Prozessrechts zur erleichterten privaten Rechtsdurchsetzung bei. Der Einsatz einer *jury* zur Tatsachenfeststellung und zur verbindlichen Entscheidung über die Schadensersatzsumme eröffnet die Möglichkeit pauschalierten Schadensersatzes (*general damages*), der gewissermaßen die Gesamtbeurteilung der *jury* hinsichtlich der Schwere des Pflichtverstoßes und des Ausmaßes des Unrechts widerspiegelt.

⁹ Z. B. *BMW of North America v. Gore*, 116 S. Ct. 1589 (1996) for a portrayal of the history of punitive damages in American jurisprudence. S. a. Note, *Punitive Damages – Grossly Excessive Awards*, 110 *Harvard Law Review* 145 (1996).

¹⁰ S. *Punitive Damages and Supreme Court’s Reasonable Relationship Test; Ignoring the Economics of Deterrence*, 19 *St. John’s J. Legal Comment* 237 (2005).

Ein Merkmal des amerikanischen Zivilprozessrechts, das regelmäßig als wirkungsvolles Instrument privater Rechtsdurchsetzung genannt wird, ist die Möglichkeit zur Bündelung zivilrechtlicher Ansprüche in *class actions*. Seit 1966 haben *class actions* eine geradezu ubiquitäre Bedeutung im amerikanischen Zivilprozess erlangt und ermöglichen, viele sehr ähnliche Einzelansprüche, die jeweils für sich genommen kaum verfolgt würden, prozessual so zu bündeln, dass der große prozessuale Aufwand durch die Aussicht auf eine substantielle Schadensersatzsumme gerechtfertigt erscheint. Während die Durchsetzung eines kleineren Schadensersatzanspruchs eines Verbrauchers oder Kapitalanlegers einen großen Produzenten oder Finanzdienstleister kaum beeindrucken dürfte, stellt die mögliche Haftungsrealisierung im Wege der *class actions* ein wirkungsvolles Abschreckungsinstrument gegenüber bestimmten Formen von Rechtsverstößen dar.¹¹

Private law enforcement wird außerdem durch zwei Merkmale des relativ großzügigen amerikanischen Rechtsanwaltsvergütungsrechts begünstigt. Die sogenannte „*American Rule*“ führt dazu, dass die Prozessparteien ohne Rücksicht auf den Prozessausgang die Kosten ihrer eigenen anwaltlichen Vertretung in aller Regel selbst tragen. In den meisten Fällen kann eine Prozesspartei ein Verfahren anstrengen und betreiben in der Gewissheit, dass sie im Falle der Prozessbeendigung und sogar nach einer Niederlage im *jury trial* nur ihre eigenen Anwaltskosten tragen muss.

Die *American Rule* über Rechtsanwaltskosten wird ergänzt durch die gängige Praxis von Erfolgshonorarvereinbarungen (*contingent fee*) in jedem amerikanischen Einzelstaat und in der Bundesgerichtsbarkeit. Ein Kläger, der sich durch einen anderen in seinen Rechten verletzt sieht, kann deshalb die Durchsetzung öffentlicher Normen im Weg eines Schadensersatzprozesses verfolgen, ohne im Fall eines Misserfolges das Risiko irgendwelcher Anwaltskosten tragen zu müssen.

Flankierend zur *American Rule* und zum Erfolgshonorar sehen gesetzliche Regelungen in bestimmten Fällen vor, dass das Gericht dem unterlegenen Beklagten die Tragung der klägerischen Anwaltskosten

¹¹ S. John C. Coffee, Jr., Understanding the Plaintiff's Attorney: The Implications of Economic Theory for Private Enforcement of Law Through Class And Derivative Actions, 86 Colum. L. Rev. 669 (1986).

überbürden kann, wohingegen eine Kostentragungspflicht des Klägers im umgekehrten Fall die seltene Ausnahme ist.¹²

Private Rechtsdurchsetzung amerikanischer Provenienz wird stark durch eine Rechtskultur begünstigt, die „unternehmerische“ Anwaltsfirmen erlaubt und unterstützt, die darauf spezialisiert sind, potentielle Ansprüche und Kläger zu identifizieren, sachkundige prozessuale Rechtsverfolgung durch spezialisierte Experten zu organisieren und den erheblichen Aufwand zu finanzieren. Prozessuale Sachaufklärungsregeln, die umfassende *pretrial discovery* auf Parteiinitiative erlauben, sind wirkungsvolle Instrumente, welche die Macht des Klägers zur Erhebung von Beweismitteln in Bezug auf die behauptete Rechtsverletzung in einer Art und Weise zu stärken vermögen, die beinahe an die Möglichkeiten staatlicher Behörden heranreicht.

III. Die Praxis privater Rechtsdurchsetzung in den USA – ein wechselvolles Bild

Es ist einfach, ein rosiges Bild des amerikanischen *private law enforcement* zu malen. Aber bevor wir rasche Schlussfolgerungen ziehen, müssen wir uns das Gesamtbild der zivilprozessualen privaten Rechtsdurchsetzung in den USA vor Augen führen. Es ergibt sich das, was man eine „bunte Mischung“ nennt („*mixed bag*“). Die tatsächlichen Erfahrungen mit dem *private law enforcement* in den USA sind gemischt und werden von Änderungen des Rechts und der amerikanischen Rechtskultur beeinflusst.

Beispielsweise wurde seit den 1980er Jahren die allgemeine Betrugslehre im Zusammenhang mit der Emission und dem Verkauf von Wertpapieren ausgedehnt durch die Lehre vom „*fraud on the market*“, die besagt, dass jede unzulängliche oder unterbliebene Information der Öffentlichkeit über wesentliche Tatsachen, die mit einer Veränderung

¹² Es gibt einige Vorschriften, die Gerichte ermächtigen, dem unterlegenen Kläger die Erstattung der Rechtsanwaltskosten des obsiegenden Gegners aufzuerlegen. Title VII des Civil Rights Act of 1964, § 2000e-5(k), 42 U.S.C.A. § 2000e-5(k) autorisiert z. B. das Gericht, der obsiegenden Partei „*prevailing party*“ die Erstattung von Rechtsanwaltskosten in solchen Fällen zuzusprechen, in denen sich die Klage auf diese Normen stützt.

des Marktpreises der Wertpapiere in Zusammenhang steht, zum Schadensersatz verpflichtet.¹³ Auf diesem Konzept basierende *class actions* sind verbreitet. Praktisch alle dieser Fälle werden vergleichsweise erledigt. In vielen Fällen haben die geschädigten Käufer oder Verkäufer von betroffenen Wertpapieren wenig oder gar keinen Schadensausgleich erhalten, während die mit der Rechtswahrnehmung betrauten „unternehmerischen“ Rechtsanwälte große Honorare eingestrichen haben.¹⁴ Dieses unbefriedigende Ergebnis resultierte in Prozessrechtsreformen, die darauf zielen, solche Klagen zu erschweren und Mindeststandards für die Struktur entsprechender Vergleiche zu etablieren.¹⁵

Im Bereich der Produktsicherheit und des Umweltschutzes ist das Ergebnis ebenfalls zweideutig. In diesen Fallgruppen herrscht zumindest der Eindruck vor, dass Nutznießer des *private law enforcement* in erster Linie die Anwaltsfirmen sind und dass sowohl die Einwirkung auf die Rechtsbrecher als auch die Kompensation der Opfer eher bescheiden ausfällt.¹⁶

Einer der Hauptgründe für den Mangel an klarer und effektiver Wirkung zahlreicher Bemühungen um die private Rechtsdurchsetzung liegt darin, dass nur relativ wenige Fälle durch ein Gerichtsurteil enden. Nahezu alle Verfahren enden durch Vergleich.¹⁷ Im Vergleich wird die Verantwortlichkeit des Beklagten selten oder gar nicht anerkannt. Vergleiche ergeben kaum je irgendein Unterlassungsgebot gegen wiederholte oder ähnliche Rechtsbrüche in der Zukunft.

¹³ In der Entscheidung in der Sache *Erica P. John Fund, Inc. v. Halliburton Co.*, 134 S. Ct. 2398 (2014) bestätigte der United States Supreme Court die Fortgeltung der „fraud on the marketplace theory“, aber räumte Beklagten größeren Raum ein, mangelnde Kausalität von behaupteten Falschangaben oder Nichtangaben für den geltend gemachten klägerischen Schaden zu beweisen.

¹⁴ Z. B. *Martin Redich*, Rethinking the Theory of Class Actions; The Risks and Rewards of Capitalistic Socialism in the Litigation Process, 64 *Emory Law Journal* 451 (1914).

¹⁵ S. z. B. Private Securities Litigation Reform Act of 1995, Pub. L. 104-67, 109 Stat. 737.

¹⁶ S. *Michael Dorr*, Environmental Class Actions: Where We Have Been and Where We May Wind Up in the Future, 2012 *Aspatore* 1, 2013 WL 3105.

¹⁷ Der Vergleich wird in der US-amerikanischen Rechtskultur gemeinhin als wünschenswertes Ergebnis von Zivilverfahren angesehen, und viele Elemente des Systems ermutigen die Parteien zum Vergleichsabschluss anstatt ihre Ansprüche im Prozess aufs Spiel zu setzen. Eine kritischere Sicht vertreten *Marc Galanter* und *Mia Cahill*, Most Cases Settle; Judicial Promotion and Regulation of Settlements, 46 *Stan. L. Rev.* 1339 (1994).

Das zentrale und entscheidende Element bei jeder vergleichsweisen Erledigung von Verfahren zur privaten Rechtsdurchsetzung ist Geld. Zum Teil mag das Geld an die Opfer gehen. Der Löwenanteil geht indessen an die eingeschalteten Rechtsanwälte. Und Beklagte verbuchen solche Vergleichsabschlüsse lediglich als zusätzliche Kosten unternehmerischer Tätigkeit.

Darüber hinaus begründen die *American Rule of Costs* und vereinbartes Erfolgshonorar ein starkes Eigeninteresse des Rechtsanwalts am Prozessausgang, dem normalerweise mit einem Vergleich am besten gedient ist, insbesondere wenn der Vergleich zu einer Begleichung des anwaltlichen Honorars führt. In Produkthaftungsfällen erledigen beklagte Unternehmen ihre gesamte Haftung nicht selten durch Vergleichsabschluss, indem sie das Honorar der Klägeranwälte übernehmen und Gutscheine an die Geschädigten versprechen, die sich dann noch die Mühe einer Antragstellung machen müssen.¹⁸

Eine weitere Entwicklungslinie, welche die Effektivität privater Rechtsdurchsetzung schwächt, ist der wachsende Trend zu zwingender Erledigung von Verbraucherstreitigkeiten in Schiedsverfahren. Mittlerweile sind praktisch alle Streitigkeiten zwischen Verbrauchern und ihren Kreditkartenunternehmen, Reisebüros, Kreuzfahrtunternehmen, Grundpfandgläubigern, Software-Unternehmen, Versorgungs- und Mobilfunkunternehmen von Schiedsklauseln erfasst, die in Standardvereinbarungen enthalten sind, die der Kunde normalerweise zu Beginn der Geschäftsbeziehung unterzeichnet oder denen er sonst zustimmt.¹⁹ Sogar *class actions* können heute durch kunstfertig gefasste Schiedsklauseln in Verbraucherverträgen ausgeschlossen werden.²⁰

Dieser letzte Entwicklungsschritt hat dem effektiven Einsatz des Zivilprozesses als Instrument privater Rechtsdurchsetzung in weiten

¹⁸ Steven B. Hantler and Robert E. Norton, *Coupon Settlements: The Emperor's Clothes of Class Actions*, 18 Geo. J. Legal Ethics 1343 (2005); Christopher Leslie, *A Market-Based Approach to Coupon Settlements in Antitrust and Consumer Class Action Litigation*, 49 UCLA L. Rev. 991 (2002).

¹⁹ Peter L. Murray, *The Privatization of Civil Justice*, 15 Willamette J. Int'l L. & Disp. Resol. 133 mit weiteren Nachweisen.

²⁰ Zeitweise ging man davon aus, dass ein Schiedsverfahren nicht an die Stelle einer *class action* treten könnte, weil die Schiedsabrede ihrer Natur nach auf einem individuellen Vertrag beruht. Jedoch entschied der US Supreme Court in *A.T. & T. Mobility v. Conception*, 31 S. Ct. 1740 (2011), dass eine kunstgerecht formulierte Schiedsklausel in einem Verbrauchervertrag den Zugang zu einer *class action* blockieren kann.

Bereichen des Wirtschaftslebens, die von der wachsenden Verbreitung zwingender Schiedsgerichtsbarkeit betroffen sind, praktisch ein Ende gemacht.²¹ Die Kosten von Schiedsverfahren und der Mangel kollektiven Rechtsschutzes haben sich zu größeren Hindernissen gegenüber den Versuchen von Verbrauchern, Arbeitnehmern und anderen Kreisen entwickelt, Unternehmen zur Einhaltung öffentlicher Normen anzuhalten. Schiedsrichter sind sensibel für die Belange der „repeat player“, namentlich von Unternehmen, die sie häufig bestellen,²² und denken nicht daran, dass Bestrafung oder Abschreckung von Fehlverhalten Bestandteil ihrer Aufgabe sein kann.

IV. Private Law Enforcement durch Zivilverfahren in Europa?

Die hohe und vielleicht übertriebene Einschätzung der Wirkungskraft des amerikanischen Modells privater Rechtsdurchsetzung leitet zur Frage: Sollten europäische Staaten in größerem Umfang den Zivilprozess zur privaten Durchsetzung öffentlicher Belange nutzen? Die Antwort auf diese Frage ist alles andere als klar.

Zunächst einmal muss man sich vergegenwärtigen, dass europäische Justizsysteme in dem Maße, in dem sie rasche, kostengünstige und zuverlässige Mittel zur Durchsetzung rechtlich geschützter Interessen bereithalten, bereits heute einen wichtigen Beitrag zur privaten Rechtsdurchsetzung leisten. Wenn Unternehmen wissen, dass private Rechtsverletzungen prompt und wirksam ausgeräumt werden, wird das zumindest einen gewissen Druck zu rechtstreuem Verhalten erzeugen.

Eine kritische Würdigung der amerikanischen Erfahrungen legt die Annahme nahe, dass es einige Maßnahmen geben mag, die auf der Grundlage sorgfältiger Auswahl die Rolle zivilprozessualer privater Rechtsdurchsetzung in Europa stärken könnten. Gleichzeitig wird man andererseits aber auch sagen müssen, dass es kein einzelnes Instrument und kein Paket von Einzelmaßnahmen gibt, die in jedem Kontext funktionieren.

Wenn man die verschiedenen Möglichkeiten einer Stärkung privater Rechtsdurchsetzung betrachtet, verdienen Formen des kollektiven

²¹ S. z. B. „Arbitration Everywhere, Stacking Deck of Justice“, *New York Times*, Sunday, November 1, 2015, page 1.

²² S. Murray, *The Privatization of Civil Justice* (Fn. 19), pp. 145–147.

Rechtsschutzes besondere Aufmerksamkeit. Zahlreiche Verstöße gegen Regulierungsrecht durch große Unternehmen verursachen relativ kleine Schäden bei vielen Einzelpersonen. Dazu zählen die Bereiche Umweltschutz-, Produktsicherheits-, Bank- und Kapitalmarktrecht. In solchen Fällen ist eine Rechtsdurchsetzung durch Schadenersatzprozesse privater Einzelkläger schlichtweg weder ökonomisch sinnvoll noch wirkungsvoll.

Das primäre Instrument prozessualer Bündelung von Individualansprüchen im amerikanischen Prozess ist die *class action*. Möglicherweise ist die amerikanische *class action* nicht das beste Modell kollektiven Rechtsschutzes. Die Erfahrung zeigt, dass diese Rechtsschutzform in manchen Bereichen besser funktioniert als in anderen.²³ Es gibt konkurrierende Modelle etwa in Großbritannien und Deutschland.²⁴ Das amerikanische Modell der *class action* könnte mit fundamentalen Prinzipien des europäischen Zivilprozessrechts über die Parteidentität und die Parteiherrschaft kollidieren.

Europäische Staaten, die zur Förderung privater Rechtsdurchsetzung Modelle kollektiven Rechtsschutzes erwägen, sind gut beraten, wenn sie selektiv und beschränkt auf bestimmte Fallgruppen vorgehen, anstatt eine generelle Öffnung nach dem Vorbild des US-Bundeszivilprozessrechts in F.R.Civ.P. 23 und der entsprechenden Einzelstaatenregelungen vorzunehmen. Das könnte durch die Einführung von Instrumenten zur privaten Rechtsdurchsetzung in Regulierungsvorschriften erfolgen, wie beispielsweise in Deutschland mit der Schaffung des Kapitalanlegermustersverfahrens,²⁵ oder durch Spezialregelungen in der Zivilprozessordnung für bestimmte Arten von Ansprüchen.²⁶

²³ Obwohl die *class action* beispielsweise für Ansprüche von Verbrauchern unter dem Consumer Credit Protections Act of 1968 gut zu funktionieren schien, erscheint ihre Wirkung in vielen anderen Zusammenhängen, wie z. B. in Wertpapier-sachen (*securities fraud cases*), durchaus weniger überzeugend.

²⁴ See Richard Anagareda, *Aggregate Litigation Across the Atlantic and the Future of American Exceptionalism*, 62 Vand. L. Rev. 1 (2009) mit einer Beschreibung verschiedener Formen kollektiven Rechtsschutzes in England und anderen europäischen Staaten. In Deutschland sind bestimmte Verbände und andere Einrichtungen berechtigt, im Interesse von Verbrauchern Unterlassungsklagen zu erheben. Zum Ganzen Basedow/Hopt/Baetge (Hrsg.), *Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess: Verbandsklage und Gruppenklage*, 1999. Eine jüngere Entwicklung sind Musterklagen nach dem Kapitalanlegermustersverfahrensgesetz.

²⁵ Vom 16.8.2005 (BGBl. I 2437).

²⁶ Das deutsche Zivilprozessrecht kennt bereits Spezialverfahren, wie z. B. das

Viele gebündelte Ansprüche sind für einen potentiellen Beklagten von größerer Bedeutung als für irgendeinen einzelnen Kläger. Es ist schwer vorstellbar, dass es bei privater Rechtsdurchsetzung ohne Veränderungen des Rechtsanwaltsvergütungsrechts stärkere Aktivität geben wird. Das geltende deutsche System symmetrischer Haftung der unterliegenden Partei für die Anwaltskosten des Prozessgegners kann für Kläger und somit für ein durch sie betriebenes *private law enforcement* ein Hemmschuh sein. Ob diese Grundregel für bestimmte Fallgruppen oder unter bestimmten Voraussetzungen geändert werden kann, ohne die gesetzliche Regelung in ihrer Essenz zu unterminieren, ist eine schwierige Frage.

Gleichzeitig erfordert erfolgreiche kollektive Rechtsverfolgung im Wege des *private law enforcement* gegen Wirtschafts- und Industrieunternehmen substantielle Ressourcen auf der Seite des Klägers. In Deutschland mögen erforderliche Mittel zum Teil von Verbraucher- oder Umweltverbänden aufgebracht werden, die im Interesse ihrer Mitglieder prozessieren.²⁷ Die amerikanische Erfahrung zeigt die Gefahr einer Überlagerung der Prioritäten privater Rechtsdurchsetzung durch wirtschaftliche Interessen der Klägeranwälte. Instrumente privater Rechtsdurchsetzung wie Erfolgshonorare (*contingent fees*), die ein sehr direktes Interesse des Rechtsanwaltes am Ausgang der Sache begründen, sollten deshalb nur sehr selektiv erwogen und nur unter strenger rechtlicher Regulierung und Kontrolle ins Auge gefasst werden.²⁸

Obwohl der gezielte Einsatz der Vervielfachung von tatsächlich entstandenen Schäden (*multiple damages*) erwägenswert erscheinen könnte, dürfte sich pauschaler Strafschadensersatz in Gestalt von *punitive damages* als Institut des *private law enforcement* kaum in die kontinentaleuropäische Rechtskultur einpflanzen lassen. In Kontinentaleuropa gilt im Ausgangspunkt eine klare dogmatische Unterscheidung zwischen zivilrechtlicher und strafrechtlicher Verantwortlich-

Verfahren in Familiensachen nach dem FamFG und das Mahnverfahren (§§ 688 ff. ZPO).

²⁷ S. Basedow/Hopt/Baetge (Fn. 24).

²⁸ Obwohl Erfolgshonorarvereinbarungen in den USA in vielen Fällen nur sehr schwach reguliert sind, unterliegt die Angemessenheit solcher Arrangements in einigen Bereichen wirksamer gerichtlicher Kontrolle. Z. B. beschränkt der Federal Tort Claims Act Rechtsanwalts honorare für die Verfolgung von Deliktsansprüchen gegen den Bund auf 25 % der erstrittenen Summe, 28 U.S.C. § 2678.

keit, und es wird tendenziell stärker mit Geldsanktion gegen kommerzielle Rechtsbrecher vorgegangen. Sogar in den USA begegnen *punitive damages*-Urteile wachsendem Zweifel und zunehmender Überprüfung.

Die amerikanische Erfahrung weist aber auch auf zwei Phänomene hin, welche die Wirkung privater Rechtsdurchsetzung negativ beeinflussen können. Erstens handelt es sich um die Entwicklung einer „Vergleichs-Kultur“, in der praktisch alle Verfahren in einen Vergleich münden, wodurch das Schwert zivilprozessualer privater Rechtsdurchsetzung zu einer stumpfen Waffe wird. Deshalb könnte es sich empfehlen, Vergleichsabschlüsse im Lichte der Ziele und Prioritäten privater Rechtsdurchsetzung einer gewissen rechtlichen Regulierung und Kontrolle zu unterwerfen.

Zum zweiten sollten europäische Gesetzgeber darauf achten, dass die Ausbreitung von Schiedsverfahren, die zivilprozessuale Rechtsdurchsetzung vor den Gerichten ersetzen, beschnitten und reguliert wird. Diese Entwicklung hat mehr als irgendetwas anderes die Effektivität von *private law enforcement* in vielen Bereichen des Rechts- und Wirtschaftssystems der USA ausgehöhlt.

Im Ergebnis mögen die amerikanischen Erfahrungen in bestimmten Bereichen eine verstärkte Bedeutung der privaten Rechtsdurchsetzung durch Zivilverfahren nahelegen, um die Bemühungen um behördliche oder strafrechtliche Rechtsdurchsetzung zu flankieren. Aber es gibt kein allgemeingültiges „Patentrezept“. Ein uneingeschränkter Import von Institutionen des *private law enforcement* nach Europa könnte mehr Probleme bringen als Lösungen. Vorzugswürdig vor einem allumfassenden Rundumschlag sind bereichsspezifische Reformbemühungen, die den besonderen Erfordernissen bestimmter Rechtsgebiete Rechnung tragen.