

Subjektives Privatrecht und öffentliches Interesse im Zivilprozess – Typenreihen privater Rechtsdurchsetzung

HERBERT ROTH

Die tief eindringenden Vorträge von Alexander Bruns und Peter Murray haben deutlich gemacht, dass im transatlantischen Wettbewerb zwischen den Rechtsordnungen der USA und denjenigen Kontinentaleuropas nicht nur die unterschiedlichen Zivil- und Prozessrechte in den Blick zu nehmen sind. Inmitten stehen vielmehr andersartige Gesellschaftsentwürfe. Im vorliegenden Zusammenhang geht es im Einzelnen um das Verhältnis von Bürger und Exekutive. Das gerade von US-amerikanischer Seite immer wieder thematisierte Misstrauen der Bevölkerung gegenüber der Dignität dieser Staatsgewalt kann zu einer Verschlingung von privaten und öffentlichen Interessen mit weit reichenden Konsequenzen für den Zivilprozess führen. So ist etwa ein privater Kläger, der Schadensersatzansprüche gegen Beteiligte eines Kartells durchsetzen will, zwangsläufig auch „Funktionär der Gesamtrechtsordnung“, sofern ein funktionierendes Wettbewerbssystem als Staatsaufgabe begriffen wird. Die private Partei hat demnach im Zivilprozess auch oder sogar in erster Linie öffentliche Interessen zu wahren. Diese Gemengelage bezeichnet das Schlagwort „*private law enforcement*“ oder „private Rechtsdurchsetzung“. Vertraut eine Privatrechtsgesellschaft dagegen der staatlichen Exekutive, so ist es primär deren Sache, das allgemeine Interesse an einem unverfälschten Wettbewerb zu verfolgen. Dieses Verständnis hat Konsequenzen für die Festlegung der Prozesszwecke: Zwangsläufig besteht dann der Hauptzweck des Zivilprozesses darin, subjektive Privatrechte der Parteien durchzusetzen, wie es der gängigen deutschen Doktrin entspricht. Nur bei Anerkennung der Funktionentrennung ist es überhaupt sinnvoll, öffentliches Recht und Privatrecht zu unterscheiden. Es

kommt nicht von ungefähr, dass in den USA diese für uns so grundlegende Abgrenzung farblos geblieben ist und der Herausbildung einer Prozesszwecklehre wenig Aufmerksamkeit geschenkt wird.

Die im Ausgangspunkt unterschiedlichen Konzeptionen von Gesellschaft und Recht weisen gleichwohl Berührungspunkte auf. So lässt sich kaum bestreiten, dass der im deutschen Zivilprozess zutreffend betonte Individualrechtsschutz in der Summe der geführten Verfahren auch zur Bewährung des objektiven Rechts führt und der Prozess damit wenigstens reflexhaft ein öffentliches Interesse schützt. Die Verbandsklage (§§ 1 ff. UKlaG) dient sogar primär dem Schutz des Allgemeininteresses und gerät so in gedankliche Nähe zur privaten Rechtsdurchsetzung. Der mit Lob und Kritik gleichermaßen besetzte Begriff der „privaten Rechtsdurchsetzung“ ist also eher unscharf, weil das „öffentliche Interesse“ in den konkurrierenden Systemen gleichermaßen vorzukommen scheint. Daher liegt die Vermutung nahe, dass sich hinter der einheitlichen Begrifflichkeit unterschiedliche Typen des Prozesses verbergen.

„Private Rechtsdurchsetzung“ kann speziell für die deutsche Diskussion nur klare Konturen gewinnen, wenn sie Fallgestaltungen bezeichnet, in denen dem privaten Kläger als Anreiz für die Durchsetzung öffentlicher Interessen sowohl durch das materielle Recht als auch durch das Prozessrecht besondere Rechtsinstrumente eingeräumt werden. Deren Rechtsfolgen müssen sich von den Rechtsbehelfen des allgemeinen Privatrechts und des „gewöhnlichen“ Zivilprozessrechts mit einiger Deutlichkeit unterscheiden. Für das US-amerikanische Recht ist dieser Befund seit langem gesichert. So hat in der rechtswissenschaftlichen Literatur Aufmerksamkeit gefunden die im deutschen materiellen Recht nicht vorgesehene Geltendmachung von Strafschadensersatz jenseits der anerkannten schadensrechtlichen Kompensation sowie die Zuteilung von hierzulande unbekanntem prozessualen Vorteilen an die Klägerseite. Zu nennen sind die risikovermeidende Rechtsverfolgung aufgrund der *American Rule*, die Gewährung umfassender privater Ausforschungsmöglichkeiten durch *pretrial discovery* und eine rechtlich kaum gebändigte anwaltliche Erfolgsbeteiligung. Die genannten Instrumente prägen in ihrer Kumulierung den voll ausgebildeten Typus von *private law enforcement*. Sie ermöglichen die Herausbildung eines mit einigem Recht kritisierten „Geschäftsmodells“ zum Vorteil der Anwaltschaft und zum Nachteil der Rechtsuchenden durch eine immer weniger bezahlbare, negativ konnotierte, amerikanische „Streitkultur“. Es ist kein Zufall, dass der Schlichtungs-

und Mediationsgedanke als mit Breitenwirkung gedachte Alternative zur staatlichen Justiz von den USA ausgegangen ist.

Vor dem gerade holzschnittartig skizzierten Hintergrund sollen einige Sonderformen des deutschen Prozesses dargestellt werden, die gegenwärtig häufiger in die Nähe privater Rechtsdurchsetzung gebracht werden. Dabei geht es um deren Typenähnlichkeit oder -verschiedenheit im Vergleich mit dem Prototyp privater Rechtsdurchsetzung nach amerikanischem Verständnis. Selbst eine bloße Typenreihe mag vielleicht für die künftig schärfere Begriffsbildung förderlich sein.

Die vorhin schon genannte Verbandsklage auf den Gebieten des unlauteren Wettbewerbs (§ 8 UWG), des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen und des Verbraucherschutzes (§§ 1, 2 UKlaG) verwirklicht zwar primär öffentliche Interessen und scheint sich deshalb von der klassischen Durchsetzung subjektiver Privatrechte nachdrücklich abzuwenden. Jedoch wird sie im Wesentlichen im normalen Zweiparteienprozess mit Beibringungsgrundsatz und damit ohne spezifische Klägeranreize geführt, die den Rahmen herkömmlicher Zivilprozesse sprengen. Von privater Rechtsdurchsetzung nach amerikanischer Modellvorstellung hält sie Abstand, zumal sie auf eine der Zukunft zugewandte Unterlassung beschränkt ist.

Deutlichere Elemente privater Rechtsdurchsetzung enthält die kartellrechtliche Schadensersatzklage des Geschädigten nach § 33 Abs. 3 GWB. Der deutsche und der europäische Gesetzgeber mit einer Richtlinie aus dem Jahre 2014 lehnen sich ausdrücklich an das Modell der Indienstnahme Privater zur Förderung des Gemeinwohls an. Private Schadensersatzklagen sollen den Wettbewerb als Institution und damit das öffentliche Interesse sichern. Derartige Klagen werden aber in aller Regel als sogenannte „Follow-on-Klagen“ einer vorangegangenen Entscheidung der Kartellbehörden angestaffelt sein, so dass die Durchsetzung durch die Exekutive gegenüber der autonomen privaten Verwirklichung des institutionell verfestigten Wettbewerbsrechts vorrangig bleibt. Die genannte europäische Richtlinie gewährt keinen Schadensersatz, wird das deutsche Beweisrecht des § 142 ZPO unter Ablehnung einer privaten Ausforschung nur maßvoll fortbilden und ändert nichts am Veranlasserprinzip der Kostenhaftung. Damit bleibt dem im Prozess unterliegenden Kläger das Kostenrisiko überbürdet, freilich gemildert durch eine Streitwertanpassung (§ 89 a GWB). Regeln über kollektiven Schadensersatz enthält die Richtlinie nicht. Die

Einflüsse amerikanischen Denkens sind trotz des gemeinsamen Ausgangspunktes eher gering.

Ferner wäre als möglicher Anwendungsfall privater Rechtsdurchsetzung zu nennen der Bereich des geistigen Eigentums. Die sich dort findende Vermehrung materiellrechtlicher Ansprüche auf Urkundenvorlage durch spezielle Regelungen wie im Urheber- (§ 101 a UrhG) oder im Patentrecht (§ 140 c PatG) dient jedoch nicht primär dem Institutionenschutz. Vielmehr geht es mit anderer Stoßrichtung um eine Erleichterung der Rechtsverfolgung zugunsten des vermeintlich Verletzten, die eine typischerweise vorliegende Informationsasymmetrie im Vergleich mit dem potentiellen Rechtsverletzer ausgleichen soll. Dagegen ist eine Annäherung an eine den Parteien anvertraute *pretrial discovery* unterblieben. Die bestehenden Besonderheiten des Prozesses über geistiges Eigentum im Bereich des Beweisrechts sind mit privater Rechtsdurchsetzung daher nicht zutreffend beschrieben.

Schließlich werden die in Deutschland vor allem bei Massenschäden *de lege ferenda* diskutierten kollektiven Instrumente, wie die Bündelung von Einzelansprüchen der Kläger in Gruppenklagen, häufiger in einen Zusammenhang mit privater Rechtsdurchsetzung gebracht. Strukturprägend für diese Erscheinung ist eine Klage mit Wirkung für mehrere Geschädigte, die nicht selbst Prozessparteien sind. Als abschreckendes Beispiel für eine Verletzung des rechtlichen Gehörs wird vielfach das „opt out-System“ der amerikanischen *class action* genannt. Die passiv bleibenden Geschädigten sind dadurch der steten Gefahr der Verkürzung ihrer Rechte durch ein nachteiliges Urteil oder einen Vergleich ausgesetzt. Eine im Jahre 2013 ausgesprochene Empfehlung der Europäischen Kommission gibt aber auch Modellen der Gruppenklage Raum, die mit den überkommenen bewährten Prozessmaximen vereinbar sind. So lässt sich ein Verstoß gegen den „königlichen“ Grundsatz rechtlichen Gehörs vermeiden, wenn die freiwillige Teilnahme am Gruppenverfahren aufgrund eines „opt in-Systems“ verwirklicht, ein jederzeitiges Ausscheren zugunsten einer individuellen Rechtsverfolgung gesichert und die Bindungswirkung eines Urteils oder Vergleichs gegenüber nicht beteiligten Betroffenen ausgeschlossen wird. Die verbleibende Beschneidung des rechtlichen Gehörs durch bloße Information der Gruppenmitglieder über den Prozessverlauf während des laufenden Verfahrens beruht auf einer privatautonomen Entscheidung und kann daher toleriert werden. Ein in vielem beifallswerter Gesetzentwurf ist im Jahre 2013 in den Bundestag einge-

bracht, aber noch nicht zu Ende gebracht worden. Ein Gruppenverfahren dieses Stils dient übrigens nicht in erster Linie der Durchsetzung öffentlicher Interessen. Vielmehr sollen die Ansprüche mehrerer Kläger koordiniert werden, deren Zusammenfassung mit den herkömmlichen Mitteln der Streitgenossenschaft oder der Verfahrensverbindung ansonsten nicht zu verwirklichen wäre. Deshalb sollte auch für die Gruppenklage eher nicht die Rede von privater Rechtsdurchsetzung sein.

Die gebrachten Beispiele mögen gezeigt haben, dass Sonderformen gerichtlicher Durchsetzung im Sinne von Sonderprozessrechten den herkömmlichen „klassischen“ Prozess um einzelne Elemente anreichern können, wie sie für die amerikanische private Rechtsdurchsetzung prägend sind. Doch ist es dadurch nach meinem Urteil noch nicht zu partiellen Strukturveränderungen der anerkannten Prozessgrundsätze gekommen. Auf's Ganze gesehen liegt der Hauptzweck des deutschen Zivilprozesses nach wie vor primär in der Durchsetzung der privaten Rechte der Parteien und vermeidet so die vielfach beschriebenen Nachteile der einseitigen Klägerbegünstigung amerikanischer Prägung. Das gilt insbesondere für das Kernstück amerikanischen Prozessrechtsdenkens, die den Parteien anvertraute vorprozessuale Beweissammlung ins Blaue hinein durch *pretrial discovery*. Sie ist im deutschen Zivilprozess noch nirgends übernommen worden und wird in neueren europäischen Rechtsetzungsakten sogar ausdrücklich abgelehnt.

Dieses Institut verfehlt das vor allem das deutsche Rechtsverständnis kennzeichnende Denken in Ansprüchen, das nicht nur im materiellen Recht strukturprägend wirkt, sondern auch einen späteren Zivilprozess vorbereiten soll. Die Fixierung der anwaltlichen und richterlichen Prüfung auf den Tatbestand einer Anspruchsnorm grenzt den Tatsachenstoff aus, der für die im Rechtsstreit gesuchte Lösung unerheblich ist. Die komplexe Lebenswirklichkeit wird dadurch auf das Entscheidungserhebliche reduziert. Im Prozess wird der Partei daher ein schlüssiger, auf konkrete Tatsachen bezogener, Parteivortrag abverlangt. Die damit verbundene Strukturierung des Prozessstoffes verkörpert das Gegenteil einer bloßen Informationsgewinnung auf Verdacht hin. *Pretrial discovery* ist mit diesem Rechtsdenken nicht vereinbar, weil dadurch das innere System weder des materiellen Zivilrechts noch des Zivilprozessrechts abgebildet wird. Das (vor allem durch Dieter Medicus verfeinerte) Denken in Ansprüchen vermeidet die

überbordenden Kosten der *pretrial discovery* und stellt damit ein Beispiel dar für die Leistungsfähigkeit einer hoch ausgebildeten Zivil- und Prozessrechtsdogmatik.

Nach dem bisher Gesagten ist eine flächendeckende Übernahme amerikanischer Prozesskultur in den deutschen Prozessrechtskreis derzeit nicht sichtbar und für den deutschen und europäischen Reformgesetzgeber auch nicht wünschbar. Sie würde die unsere rechtskulturellen Vorstellungen prägende Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht einebnen, die ihre Ausprägung auch in verschiedenen Rechtswegen gefunden hat (Art. 95 GG; § 13 GVG; § 40 VwGO). Die Privatinteressen der Parteien decken sich eben nicht notwendigerweise mit den Interessen der Allgemeinheit. Als notwendige Folge dieser Einsicht müssen die unterschiedlichen Interessensphären dem Grundsatz nach getrennt gehalten werden: Tritt das öffentliche Interesse mit starkem Einfluss auf, so ist es vom Zivilprozess zu scheiden. So gesehen ist die schon auf das römische Recht zurückgehende Abgrenzung nicht nur Ausdruck eines fortgeschrittenen Rechtsdenkens, sondern auch und gerade Widerspiegelung eines demokratischen Rechtsverständnisses.