
Die europäische Sammelklage – Kompetenzen und Grundrechte auf dem Altar kollektiver Rechtsdurchsetzung

Hendrik M. Wendland*

Inhalt

A. Einleitung	162
I. Gruppenklage	163
II. Verbandsklage	163
III. Musterklage	164
IV. „Opt-in“/„Opt-out“	164
V. Aktuelle EU-Gesetzgebungsinitiativen	165
B. Mögliche Rechtsgrundlagen	166
I. Kompetenzbegrenzung durch das Prinzip der Verfahrensautonomie	166
II. Art. 114 AEUV	167
III. Art. 169 Abs. 2 lit. b AEUV	169
IV. Art. 81 AEUV	170
1. Zivilsachen	170
a) Abgrenzung nach der „hoheitlichen Befugnis“	171
b) Abgrenzung nach dem durchzusetzenden Interesse	172
2. Grenzüberschreitender Bezug	174
3. Justizielle Zusammenarbeit	176
V. Art. 103 AEUV	177
1. Grundsätzliche Eignung	177
2. Sperrwirkung durch Art. 81 AEUV	178
a) Schwerpunkttheorie des EuGH	179
b) Anwendung der Schwerpunkttheorie auf die vertikale Kompetenzabgrenzung	179

* Der Autor ist Student der Rechtswissenschaften an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg.

c) Umgehungsverbot des EuGH	181
d) Anwendung des Umgehungsverbots auf die vorliegende Frage	182
VI. Art. 352 AEUV	183
VII. Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit	184
VIII. Ergebnis	185
C. Grundrechtsverletzung durch „opt-out“-Klagen	185
I. Eingriff in den Schutzbereich	186
1. Schutz auch für (nur) materiell Betroffene	186
2. Nicht nur Möglichkeit zur Kenntnisnahme	187
II. Rechtfertigung des Eingriffs	187
1. Rechtfertigung durch Verzicht	187
2. Wahrnehmung durch Dritte	188
3. Rechtfertigung durch Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege	189
4. Rechtfertigung durch Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes	190
D. Fazit	192

A. Einleitung

„*E pluribus unum*“, „Aus vielen eines“ – so lautet nicht nur das Gründungsmotto des Staates, in dem die „moderne“ Sammelklage schon im frühen neunzehnten Jahrhundert ihren Ursprung nahm.¹ Vielmehr reflektiert dieser Leitgedanke auch das Prinzip des kollektiven Rechtsschutzes. So geht es einerseits um die Verschmelzung mehrerer Ansprüche durch eine prozessuale oder materielle Bündelung zur effektiven Rechtsdurchsetzung. Andererseits geht es um die Wahrung von Kollektivinteressen, die einem Einzelnen nicht zugeordnet werden können (auch als Gemeinschaftsgüterschäden² oder diffuse Interessen³ bezeichnet), zur Durchsetzung

¹ Vgl. Yeazell, From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action, 1987, S. 221 ff.

² Wagner, Kollektiver Rechtsschutz – Regelungsbedarf bei Massen- und Streuschäden, in: Casper et al. (Hrsg.), Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage, 2009, S. 50 f.

³ Vgl. Koch, Internationaler kollektiver Rechtsschutz, in: Meller-Hannich (Hrsg.), Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess, 2008, S. 56 f.

des objektiven Rechts. Dabei gibt es zwei grundsätzliche Formen des kollektiven Rechtsschutzes: zum einen die Möglichkeit, eine Unterlassung zu erwirken, und zum anderen einen Kompensationsanspruch.⁴

Grundsätzlich lässt sich eine Sammelklage als Gruppen-, Verbands- oder als Musterklage ausgestalten. Dabei verläuft die Grenze zwischen den einzelnen Klagearten nicht scharf und es kann durchaus Mischformen geben.

I. Gruppenklage

Bei einer Gruppenklage macht ein Geschädigter nicht nur seinen eigenen Anspruch geltend, sondern strengt im Namen einer Gruppe von Geschädigten, deren Schaden auf dem selbigen oder ähnlichen Ereignis beruht, ohne vorherige Absprache mit diesen eine Klage an. Durch die Klageerhebung ohne vorherige Absprache unterscheiden sich Gruppenklagen von Streitgenossenschaften, die häufig nur durch „Zufallsgemeinschaften“ entstehen.⁵ Zudem werden bei einer Streitgenossenschaft nicht mehrere Ansprüche (prozessual) gebündelt, sondern es wird lediglich eine Mehrzahl von Einzelklagen zusammen verhandelt.⁶

Bei einer Bündelung durch Anspruchsabtretungen werden Ansprüche zwar tatsächlich (materiell) zusammengefasst. Die Klage wird aber nicht im Namen der Gruppe, sondern allein im Namen des Klägers erhoben, sodass auch hier keine Gruppenklage im engeren Sinne vorliegt.

Gruppenklageverfahren existieren auf nationaler Ebene im schwedischen *Lag* (2002: 599) *om Grupprättegång*, gemäß §§ 254a ff. des dänischen *retsplejelovens* und im polnischen *ustawa o dochodzeniu roszczeń w postępowaniu grupowym* sowie in Portugal und in Bulgarien.

II. Verbandsklage

Im Unterschied zur Gruppenklage übernimmt die Repräsentation der Betroffenen in einer Verbandsklage nicht einer der Geschädigten, sondern eine qualifizierte Einrichtung, wie etwa ein Verbraucherverband oder auch ein staatlicher Verbraucherombudsmann.

Auf Schadensersatz gerichtete Verbandsklagen gibt es in den europäischen Mitgliedstaaten wesentlich häufiger als die Gruppenklagen. Sie werden in verschiedensten Formen und mit unterschiedlichen Schutzrichtungen in Griechenland, Frankreich,

⁴ Vgl. SEC (2011) 173 final v. 4.2.2011, Rdnr. 7.

⁵ Vgl. Stadler, Bündelung von Verbraucherinteressen im Zivilprozeß, in: Brönneke (Hrsg.), Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozeß, 2001, S. 5.

⁶ Vgl. Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPO, 2010, § 48, Rdnr. 12; Weth, in: Musielak (Hrsg.), ZPO, 8. Aufl. 2011, § 60, Rdnr. 2.

Schweden, Spanien, Dänemark, Finnland, Italien und sehr begrenzt auch im Vereinigten Königreich praktiziert.

III. Musterklage

Die Musterklage unterscheidet sich von der Gruppenklage dadurch, dass die Klageerhebung nicht im Namen vieler erfolgt, sondern die gemeinsamen Tatsachen- und Rechtsfragen einer Vielzahl bereits eingereichter Klagen in einem ausgewählten Modellfall entschieden werden.⁷ Aufgrund dieser Eigenschaft ist das System der Musterklage nicht in der Lage, das „rationale Desinteresse“, zu beseitigen, sondern dient der Steigerung der Prozessökonomie und der Rechtssicherheit durch die Vermeidung widersprüchlicher Urteile.

In Deutschland gibt es ein solches Verfahren im Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten, im Vereinigten Königreich in Form der *Group Litigation Order*.

IV. „Opt-in“/„Opt-out“

Alle der vorgenannten Klagearten lassen sich grundsätzlich als „opt-in“- und als „opt-out“-Verfahren ausgestalten.

Bei „opt-in“-Verfahren muss jeder Betroffene bis zu einem bestimmten Zeitpunkt im Verfahren ausdrücklich seinen Willen erklären, an dem Prozess teilzunehmen. Dagegen wird bei einem „opt-out“-Verfahren die betroffene Gruppe anhand bestimmter Kriterien beschrieben. Jeder, der nicht an das Urteil in diesem Verfahren gebunden sein möchte, muss dies ausdrücklich erklären. Schweigt er, so erstreckt sich die Rechtskraft des Urteils auch auf ihn, wenn er Teil der umschriebenen Gruppe ist.

„Opt-in“-Systeme sind im Hinblick auf die notwendigen vorbereitenden Maßnahmen (z.B. Ermittlung der Betroffenen und Zusammenstellung der Fakten jedes einzelnen Falles) aufwendig und kostenintensiv. Unter Umständen besteht zudem die Schwierigkeit, eine ausreichende Anzahl von Betroffenen zu finden, die bereit ist, sich an Fällen mit einem sehr geringen Streitwert zu beteiligen.⁸ So entschied sich beispielsweise in England in dem Fall *The Consumers' Association v. JJB Sports plc* nur etwa jeder 24. Geschädigte dazu, an dem „opt-in“-Verfahren teilzunehmen, was wohl auf die Tatsache zurückgeführt werden kann, dass zum *opt-in* ein Formular ausgefüllt werden musste.⁹

⁷ Vgl. *Hopt/Baelge*, in: Basedow (Hrsg.), Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozeß, 1999, S. 56; *Stadler*, Die grenzüberschreitende Durchsetzbarkeit von Sammelklagen, in: Casper et al., (Fn. 2), S. 151.

⁸ Vgl. *Tamm*, Die Bestrebungen der EU-Kommission im Hinblick auf den Ausbau des kollektiven Rechtsschutzes für Verbraucher, EuZW 2009, S. 442.

⁹ Allen & Overy, Stellungnahme zu KOM (2008) 165, S. 3, Rdnr. 14.

Bei „opt-out“-Systemen dagegen besteht die Gefahr, eine „Prozessflut“ zu fördern.¹⁰ Zudem wird es bei einem solchen Verfahren immer Geschädigte geben, die von der Gruppenklage keine Kenntnis erlangen und trotzdem an das ergehende Urteil gebunden sind.¹¹

V. Aktuelle EU-Gesetzgebungsinitiativen

Die Europäische Kommission denkt über eine Maßnahme zur Einführung kollektiver Schadensersatzklagen nach. Nach einer öffentlichen Konsultation im Februar/März 2011 und einem Berichtsentwurf des federführenden EP-Rechtsausschusses aus dem Juli 2011 wurde das Thema „kollektive Rechtsbehelfe“ auch in das Arbeitsprogramm der Kommission für das Jahr 2012 aufgenommen.

Das Thema „Sammelklage“ hat ferner aufgrund der Bejahung der Anspruchsbeziehung indirekter Kartellgeschädigter durch den BGH wieder an Aktualität gewonnen.¹²

Im März 2012 fand in Kopenhagen ferner eine Konferenz zum kollektiven Rechtsdurchsetzungsverfahren aus europäischer Perspektive statt. Obwohl das Europäische Parlament die Kommission schon im Mai 2008 in seiner Entschliessung zu der verbraucherpolitischen Strategie der EU aufforderte, darzulegen, auf welche Rechtsgrundlage eine solche Maßnahme gestützt werden könnte, haben die einzelnen Generaldirektionen dazu bislang noch nicht abschließend Stellung genommen; in den verschiedenen Diskussionspapieren lassen sich aber einige Gedanken im Hinblick auf die geeignete Rechtsgrundlage erkennen.

Allerdings lässt sich in den Beiträgen der Kommission auch eine gewisse Gleichgültigkeit gegenüber der Kompetenzfrage feststellen. Es scheint sich um eine nachrangige, untergeordnete, gar lästige Frage zu handeln, die aber hier genauer unter die Lupe genommen werden soll.

Ähnliches gilt für die Fragestellung, ob die Einführung der sogenannten „opt-out“-Klage, welche die Generaldirektion Wettbewerb zwar ablehnte,¹³ die von der Generaldirektion Gesundheit und Verbraucher aber erwogen wurde¹⁴ und auch bei der Konferenz im März 2012 Workshopthema war, den Anspruch auf rechtliches Gehör

¹⁰ Tamm, (Fn. 8), S. 442.

¹¹ Vgl. Stadler, (Fn. 5), S. 17.

¹² Bergmann/Fiedler, Anspruchsbeziehung indirekter Abnehmer und Passing-on defence: Private Kartellrechtsdurchsetzung in Deutschland, BB 2012, S. 208; Lübbig/Mallmann, Zivilprozessuale Folgen des ORWI-Urteils des BGH zur kartellrechtlichen „Passing-on-Defence“, WRP 2012, S. 172.

¹³ SEC (2008) 404 v. 2.4.2008, Rdnr. 58.

¹⁴ Grünbuch über kollektive Rechtsdurchsetzungsverfahren für Verbraucher, KOM (2008) 794 endg. v. 27.11.2008, Rdnr. 54 ff.

verletzen würde. Diese Frage ist deshalb interessant, weil die Regierung des Vereinigten Königreichs erst kürzlich die Einführung eines solchen Verfahrens im Bereich des Kartellrechts empfohlen hat.¹⁵ Ob europäische (Prozess-)Grundrechte eventuell zum Wohle einer effektiveren Rechtsdurchsetzung geopfert werden oder vielleicht sogar geopfert werden müssen, soll hier ebenfalls geprüft werden.

B. Mögliche Rechtsgrundlagen

Gemäß Art. 5 Abs. 1 und 2 EUV darf die Union nach dem Grundsatz der begrenzten Einzelmächtigung nur innerhalb der Grenzen der Zuständigkeiten tätig werden, welche ihr die Mitgliedstaaten in den Verträgen zur Verwirklichung der darin niedergelegten Ziele übertragen haben. Dabei sind sowohl die Wahl der Rechtsgrundlage¹⁶ als auch das Vorliegen der Voraussetzungen der jeweils gewählten Rechtsgrundlage¹⁷ durch den EuGH voll nachprüfbar. Zudem behält sich auch das Bundesverfassungsgericht in beschränktem Maße das Recht vor zu prüfen, ob sich Rechtsakte der europäischen Union in den Grenzen der eingeräumten Hoheitsrechte halten.¹⁸

Grundsätzlich kommen für die Einführung eines kollektiven Rechtsbehelfs die Art. 114, Art. 169 Abs. 2 lit. b, Art. 81 und Art. 103 AEUV als Rechtsgrundlage in Betracht.

I. Kompetenzbegrenzung durch das Prinzip der Verfahrensautonomie

Das Prinzip der Verfahrensautonomie hat der EuGH in ständiger Rechtsprechung anerkannt.¹⁹ Danach ist die Ausgestaltung von Rechtsbehelfsverfahren, die den Schutz der dem Einzelnen aus der unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechts erwachsenden Rechte gewährleisten sollen, in Ermangelung einer einschlägigen Gemeinschaftsregelung Aufgabe des innerstaatlichen Rechts des einzelnen Mitgliedstaats.

¹⁵ UK Department Business Innovation & Skills, Private actions in competition law – a consultation on options for reform, 24.4.2012, S. 13, 27 f.

¹⁶ EuGH, Rs. 45/86, *Kommission/Rat*, Slg. 1987, 1491, Rdnr. 11; EuGH, Rs. C-62/88, *Griechenland/Kommission*, Slg. 1990, I-1527, Rdnr. 13.

¹⁷ Vgl. EuGH, Rs. C-376/98, *Tabakwerbung*, Slg. 2000, I-8419, Rdnr. 95 ff.

¹⁸ BVerfGE 123, 267, 353 und 399; BVerfGE 126, 286, 302 ff., vgl. zur Handhabung in anderen Mitgliedstaaten auch *Mayer*, Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung, 2000, S. 140 ff., 264.

¹⁹ Vgl. EuGH, Rs. 33/76, *René*, Slg. 1976, 1989, Rdnr. 5; EuGH, verb. Rs. C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi*, Slg. 2006, I-6619, Rdnr. 62.

Daraus wird eine grundsätzliche „Zuständigkeit“ für die Ausgestaltung des Zivilrechts und des Zivilprozessrechts der Mitgliedstaaten abgeleitet.²⁰ An anderer Stelle wird ein Spannungsfeld in der Kompetenzverteilung zwischen EU-Kartellrecht und nationaler Verfahrensautonomie festgestellt.²¹

Dies erscheint nicht richtig. Das Prinzip der Verfahrensautonomie weist den Mitgliedstaaten nur „in Ermangelung einer einschlägigen Gemeinschaftsregelung“ eine Aufgabe zu. Wenn der EuGH feststellt, dass der EG-Vertrag „nicht zusätzlich zu den nach nationalem Recht bereits bestehenden Rechtsbehelfen neue Klagemöglichkeiten zur Wahrung des Gemeinschaftsrechts vor den nationalen Gerichten schaffen wollte“,²² so verweist er ausdrücklich auf das durch den Vertrag selbst geschaffene, primärrechtliche Rechtssystem und auf den (heutigen) Art. 267 AEUV²³ und sagt damit nichts über die Möglichkeit aus, Sekundärrecht in diesem Bereich zu erlassen.

Nicht nachvollziehbar ist es indes, aus der Formulierung des EuGH im „Manfredi“-Urteil bereits ableiten zu wollen, dass hier von einer Regelungskompetenz der EU für das Prozessrecht ausgegangen wird.²⁴

Die Aussagen des EuGH und das Prinzip der Verfahrensautonomie enthalten vielmehr keinerlei Urteil über das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer bestimmten Kompetenz.²⁵

II. Art. 114 AEUV

Gemäß Art. 114 Abs. 1 AEUV kann die EU Maßnahmen, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben, zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten erlassen.

Dabei hat der Gemeinschaftsgesetzgeber keine allgemeine Kompetenz zur Regelung des Binnenmarkts; die bloße Feststellung von Unterschieden zwischen den nationalen Vorschriften rechtfertigt nicht die Wahl des Art. 114 AEUV als Rechtsgrund-

²⁰ So *Lübbig/le Bell*, Die Reform des Zivilprozesses in Kartellsachen, WRP 2006, S. 1210.

²¹ *Bernhard*, Kartellrechtlicher Individualschutz durch Sammelklagen: Europäische Kollektivklagen zwischen Effizienz und Effektivität, 2010, S. 71 und 73 ff.

²² EuGH, Rs. 158/80, *Reve Handelsgesellschaft Nord*, Slg. 1981, 1805, Rdnr. 44.

²³ *Ibid.*, Rdnr. 46.

²⁴ So aber *Roth*, Sammelklagen im Bereich des Kartellrechts, in: Casper et al., (Fn. 2), S. 121; ähnlich auch *Kakouris*, Do the member states possess judicial procedural „autonomy“?, CMLR 1997, S. 1395.

²⁵ Im Ergebnis auch *Rizzuto*, Does the European Community have legal competence to harmonise national procedural rules governing private actions for damages from infringements of European Community antitrust rules?, GCLR 2009, S. 34 f.; vgl. auch EuGH, Rs. C-550/07 P, *Akzo*, Slg. 2010, I-8301, Rdnr. 116 ff.

lage. Vielmehr müssen entweder Hemmnisse für den freien Waren- bzw. Dienstleistungsverkehr bereits existieren bzw. wahrscheinlich entstehen können oder spürbare Wettbewerbsverzerrungen bestehen.²⁶

Unterschiedliche Prozessrechte der Mitgliedstaaten per se stellen dabei kein Hemmnis für den freien Waren- und Dienstleistungsverkehr dar. Ihre Wirkung ist vielmehr zu ungewiss und zu mittelbar, als dass die fraglichen nationalen Vorschriften als geeignet angesehen werden könnten, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu behindern.²⁷

Die Kommission verfolgt – wie beispielsweise schon im Vorschlag für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher²⁸ oder in der Richtlinie über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen²⁹ – zwei andere Begründungsansätze:³⁰

Zum einen geht sie davon aus, dass das Fehlen kollektiver Rechtsbehelfe das Vertrauen der Verbraucher in den grenzüberschreitenden Einkauf schwächt.³¹ Hieran ist zwar richtig, dass europäische Verbraucher nur selten grenzüberschreitende Einkäufe tätigen. 2008 schlossen beispielsweise nur 25 % der Verbraucher ein solches Geschäft ab.³²

Zweifelhaft ist jedoch durchaus, dass die Einführung einer Kollektivklage geeignet wäre, dies zu ändern. 64 % der Verbraucher sind schon deshalb nicht zu grenzüberschreitenden Einkäufen bereit, weil sie es bevorzugen, persönlich einzukaufen.³³ Ein weiteres Hindernis stellen die Sprachunterschiede dar. Lediglich 33 % der Verbraucher wären bereit, auch in einer fremden Sprache einzukaufen.³⁴ Tatsächlich erscheint es aus allgemeiner und vor allem persönlicher Erfahrung mehr als unwahrscheinlich, dass ein Verbraucher seine Entscheidungen zum Einkauf dies- oder jenseits der Grenze davon abhängig macht, ob in dem einen oder anderen Mitgliedstaat kollektive Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen.³⁵

²⁶ EuGH, Rs. C-376/98, *Tabakwerbung*, Slg. 2000, I-8419, Rdnr. 83 ff.

²⁷ EuGH, Rs. C-412/97, *ED*, Slg. 1999, I-3845, Rdnr. 11 mit Hinweis auf EuGH, Rs. C-69/88, *Krantz*, Slg. 1990, I-583, Rdnr. 11.

²⁸ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher, KOM (2008) 614 endg. v. 8.10.2008, S. 2.

²⁹ Erwägungsgrund 5 RL 98/27/EG, ABl. L 166 v. 11.6.1998, S. 51.

³⁰ Übersehen werden diese von *Wendt*, Kollektiver Rechtsschutz in Europa – Kompetenzen, Alternativen und Safeguards, *EuZW* 2011, S. 618.

³¹ Consultation paper for discussion on the follow-up to the green paper on consumer collective redress (Follow-up paper), http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/collective_redress_en.htm (12.6.2012).

³² Special Eurobarometer 298, 2008, S. 5; vgl. dazu und zum Folgenden auch Jones Day, Stellungnahme zu KOM (2008) 794, S. 4 f., abrufbar unter dem Link in Fn. 31.

³³ Special Eurobarometer 298, 2008, S. 92 und 97 f.

³⁴ *Ibid.*, S. 92 f.

³⁵ So auch *Wagner*, (Fn. 2), S. 45.

Zum anderen behauptet die Kommission, dass das Fehlen einer einheitlichen rechtlichen Regelung den Wettbewerb zwischen Unternehmen verzerrt.³⁶

Freilich ist nicht zu verkennen, dass durch die unterschiedlichen Ansätze und die Zurückhaltung in manchen Mitgliedstaaten für Unternehmen rein theoretisch Wettbewerbsverzerrungen und Standortnachteile entstehen könnten.³⁷ Zur Begründung einer Gesetzgebungskompetenz müssen Wettbewerbsverzerrungen aber entweder spürbar sein oder doch zumindest wahrscheinlich erscheinen.³⁸ Belege für solche Verzerrungen hat die Kommission nicht vorgelegt; die Unternehmen selbst jedenfalls leugnen, dass die unterschiedlichen zivilprozessualen Regelungen zu Marktverzerrungen führen.³⁹

Eine Maßnahme zur Einführung einer europäischen Sammelklage könnte somit zwar potenziell auf Art. 114 AEUV gestützt werden. Zur Inanspruchnahme dieser Kompetenz müssten aber zunächst tatsächlich existierende Wettbewerbsverzerrungen nachgewiesen werden.

III. Art. 169 Abs. 2 lit. b AEUV

Gemäß Art. 169 Abs. 2 lit. b in Verbindung mit Art. 169 Abs. 1 AEUV kann die Union durch Maßnahmen zur Unterstützung, Ergänzung und Überwachung der Politik der Mitgliedstaaten einen Beitrag (unter anderem) zum Schutz der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher leisten.

In der Literatur wird angenommen, dass die von der Kommission geplanten Regeln zur Sammelklage unmittelbar auf diesen Kompetenztitel gestützt werden können.⁴⁰

Der „Zugang zum Recht“ ist in Art. 169 AEUV zwar nicht extra aufgeführt, wird aber grundsätzlich aus dem „Schutz der wirtschaftlichen Interessen“ hergeleitet.⁴¹ Dies ist auch unmittelbar einleuchtend, da das Fehlen von effektiven Durchsetzungsmöglichkeiten Ansprüche effektiv wertlos macht.

An Maßnahmen, die komplexe Verfahren unter möglichst effektivem Einsatz von Justizressourcen bewältigen, besteht zwar ein besonderes prozessuales öffentliches Interesse. Sie fördern aber auch eine schnelle Rechtsverwirklichung bzw. ermöglichen

³⁶ Follow-up paper, (Fn. 31), S. 3 f., Rdnr. 5 und S. 12, Rdnr. 33.

³⁷ So *Koch/Zekoll*, Europäisierung der Sammelklage mit Hindernissen, ZEuP 2010, S. 124; *Stadler*, Grenzüberschreitender kollektiver Rechtsschutz in Europa, JZ 2009, S. 122.

³⁸ EuGH, Rs. C-376/98, *Tabakwerbung*, Slg. 2000, I-8419, Rdnrn. 86 und 108.

³⁹ BusinessEurope, Stellungnahme zum Follow-up paper, S. 2; Confederation of Netherlands Industry and Employers, Stellungnahme zum Follow-up paper, S. 2, abrufbar unter dem Link in Fn. 31.

⁴⁰ *Koch/Zekoll*, (Fn. 37), S. 124.

⁴¹ *Grub*, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU-Verträge, 5. Aufl. 2010, Art. 169 AEUV, Rdnr. 30; *Reich*, Europäisches Verbraucherrecht, 3. Aufl. 1996, S. 41.

die Prozessführung unter vertretbarem Kostenaufwand,⁴² sodass sie auch die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher schützen.

Allerdings können diese vorgenannten Ziele auf der Grundlage des Art. 169 Abs. 2 lit. b AEUV nur durch Maßnahmen zur Unterstützung, Ergänzung und Überwachung der Politik der Mitgliedstaaten verwirklicht werden.

Dabei sind die „Maßnahmen zur Unterstützung, Ergänzung und Überwachung“ einerseits keine „Maßnahmen zur Unterstützung, Koordinierung oder Ergänzung“, für die gemäß Art. 2 Abs. 5 UAbs. 2 AEUV jegliche Harmonisierung von Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten ausgeschlossen ist. Dies ergibt sich nicht nur aus dem abweichenden Wortlaut, sondern auch aus der Tatsache, dass der Verbraucherschutz nicht in Art. 6 AEUV aufgeführt ist.

Andererseits ist festzuhalten, dass momentan in einer Vielzahl der Mitgliedstaaten keinerlei kollektive Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen. In den Staaten, in denen es Kollektivverfahren gibt, sind diese zwar oftmals im Verbraucherrecht anwendbar, jedoch keineswegs ohne Weiteres miteinander vergleichbar. Die Einführung eines neuen Rechtsbehelfs würde durchweg einen Großteil der Mitgliedstaaten somit zu tiefgreifenden Änderung ihrer Prozessrechte verpflichten. Dies geht über eine Unterstützung und Ergänzung der nationalen Verbraucherpolitiken weit hinaus.⁴³

Auch Art. 169 Abs. 2 lit. b AEUV ist demnach keine geeignete Rechtsgrundlage für die Einführung einer europäischen Sammelklage.

IV. Art. 81 AEUV

Gemäß Art. 81 Abs. 2 lit. e in Verbindung mit Art. 81 Abs. 1 AEUV kann die EU Maßnahmen, die einen effektiven Zugang zum Recht sicherstellen sollen, zur Entwicklung einer justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen mit grenzüberschreitendem Bezug, die auf dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher und außergerichtlicher Entscheidungen beruht, erlassen.

1. Zivilsachen

Artikel 81 AEUV hat die justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen mit grenzüberschreitendem Bezug zum Gegenstand. Dabei wird dem Merkmal der „Zivilsache“ im Gegensatz zum „grenzüberschreitendem Bezug“ in der Diskussion um die Kompetenz der EU zur Einführung einer Sammelklage keine Beachtung geschenkt. Es ist meines Erachtens aber von nicht geringer Bedeutung. Schließlich darf man sich schon

⁴² Stadler, (Fn. 5), S. 25.

⁴³ So auch Hess, Aktuelle Tendenzen der Prozessrechtsentwicklung in Europa, in: Casper et al., (Fn. 2), S. 143; Saam, Kollektive Rechtsbehelfe zur Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen im europäischen Wettbewerbs- und Verbraucherrecht, 2011, S. 244; Wendt, (Fn. 30), S. 618.

fragen, ob es sich bei den verschiedenen von der Kommission vorgeschlagenen Instrumenten um Zivilsachen handelt.

Diesbezüglich existiert keine Rechtsprechung zur Auslegung des Art. 81 AEUV. Die Natur der „Zivilsachen“ wurde aber im Zusammenhang mit dem Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27. September 1968 (EuGVÜ), dessen Anwendungsbereich auf dieses Gebiet beschränkt ist, bereits durch den EuGH untersucht.

a) Abgrenzung nach der „hoheitlichen Befugnis“

Der EuGH legt den Begriff der „Zivil- und Handelssachen“ dabei europarechtlich autonom aus. Nach dieser Auslegung sind die Natur der zwischen den Parteien bestehenden Rechtsbeziehung und der Gegenstand des Rechtsstreits maßgebend. Dabei sind die sich aus der Gesamtheit der nationalen Rechtssysteme ergebenden allgemeinen Grundsätze zu berücksichtigen. Grundsätzlich können auch Rechtsbeziehungen zwischen einer Behörde und einer Privatperson „zivilrechtlich“ sein, doch verhält es sich anders, wenn die Behörde dabei hoheitliche Befugnisse geltend macht.⁴⁴ Solche „hoheitlichen Befugnisse“ liegen vor, wenn der öffentlichen Stelle eine von den allgemein geltenden Vorschriften abweichende Rechtsstellung eingeräumt wird, selbst wenn dieses Recht vor den Zivilgerichten unter Anwendung der Zivilprozessordnung geltend zu machen ist.⁴⁵ Dabei sind nicht nur die Anspruchsgrundlagen, sondern auch die Modalitäten der Klageerhebung von Bedeutung.⁴⁶ Werden (etwa von einem Verbraucherschutzverein) hingegen Befugnisse wahrgenommen, die von den im Verhältnis zwischen Privatpersonen geltenden allgemeinen Rechtsvorschriften nicht abweichen, so liegt eine Zivilsache vor.⁴⁷

Danach könnte eine Regelung, die eine Behörde ermächtigt, zu bestimmen, Verbraucher zu entschädigen⁴⁸ – unabhängig von den Problemen, die sich dabei auf Grund der Prinzipien der Gewaltenteilung und des ordnungsgemäßen Gerichtsverfahrens ergeben⁴⁹ –, sowie Vorschriften zur gerichtlichen Anerkennung dieser Entscheidung jedenfalls nicht auf der Grundlage von Art. 81 AEUV erlassen werden, da die Behörde hier eindeutig hoheitlich handelt.

⁴⁴ EuGH, Rs. 29/76, *LTU*, Slg. 1976, 1541, Rdnrn. 3 und 4; EuGH, Rs. 814/79, *Riiffer*, Slg. 1980, 3807, Rdnr. 8; vgl. für das deutsche Recht BGHZ 102, 280, 283.

⁴⁵ EuGH, Rs. C-271/00, *Baten*, Slg. 2002, I-10489, Rdnr. 36; vgl. EuGH, Rs. C-292/05, *Lechbouriton u.a.*, Slg. 2007, I-1519, Rdnr. 41.

⁴⁶ EuGH, Rs. C-433/01, *Blijdenstein*, Slg. 2004, I-981, Rdnr. 20.

⁴⁷ EuGH, Rs. C-167/00, *Henkel*, Slg. 2002, I-8111, Rdnr. 30; vgl. EuGH, Rs. C-172/91, *Sonntag*, Slg. 1993, I-1963, Rdnr. 22.

⁴⁸ Vgl. KOM (2008) 794 endg., S. 14, Rdnr. 45; Follow-up paper, (Fn. 31), S. 14, Rdnr. 40.

⁴⁹ DAV, Stellungnahme zu KOM (2008) 794, S. 9, abrufbar unter dem Link in Fn. 31.

Allerdings scheint die oben beschriebene Differenzierung für die Kompetenzabgrenzung ungeeignet. Dies wird in Fällen ersichtlich, in denen, wie etwa momentan in Schweden oder Finnland, ein gerichtliches Kollektivverfahren von einer öffentlichen Stelle eingeleitet wird. Die öffentlich-rechtliche Organisationsform der anspruchsstellenden Partei hindert zwar das Vorliegen einer Zivilsache noch nicht, allerdings reicht es ebenso nicht aus, darauf zu verweisen, dass sich die Behörden der Zivilgerichte bedienen.⁵⁰ Vielmehr wäre etwa die finnische „opt-in“-Klage keine Zivilsache, da in Finnland ausschließlich der Verbraucherombudsmann zur Klageerhebung berechtigt ist und somit Befugnisse wahrnimmt, die Privaten nicht zustehen.⁵¹ Die schwedische „opt-in“-Klage durch den Verbraucherombudsmann wäre hingegen als Zivilsache zu qualifizieren, da in Schweden diese Klage auch von privatrechtlichen Verbraucherverbänden erhoben werden kann und der schwedische Verbraucherombudsmann somit funktionell wie ein Privater handelt.

Bei der Entscheidung über die Kompetenz der EU, eine Klagebefugnis für öffentliche Stellen einzuführen, würde dieser Unterschied somit zu Schwierigkeiten führen.

b) Abgrenzung nach dem durchzusetzenden Interesse

Statt eine solche Differenzierung zu treffen, bietet sich hier deshalb eher eine Unterscheidung nach dem durchzusetzenden Interesse⁵² an. In einer Mehrzahl der Rechtsordnungen wird der Interessenausgleich zwischen Geschädigtem und Schädiger als Zivilrecht, die Wahrung öffentlicher Interessen beispielsweise in Form der strafenden Reaktion auf fremdes Unrecht als öffentliches Recht angesehen.⁵³ So ist in Frankreich beispielsweise das Kriterium des *service public* maßgeblich für die Abgrenzung von öffentlichem Recht und Privatrecht⁵⁴ und auch in Polen wird das Interesse, dem die anwendbare Norm dient, als eines der Kriterien zur Bestimmung des *prawn publiczne* verwendet.⁵⁵ Zwar ist dem deutschen Zivilrecht⁵⁶ und auch dem Zivilrecht der übrigen Mitgliedstaaten⁵⁷ die Berücksichtigung bestimmter präventiver und punitiver Aspekte nicht völlig fremd, jedoch liegt keine Zivilsache mehr

⁵⁰ So aber Stadler, (Fn. 37), S. 124.

⁵¹ So für auf Unterlassung gerichtete Klagen auch Maurer, Grenzüberschreitende Unterlassungsklagen von Verbraucherschutzverbänden, 2001, S. 9.

⁵² Vgl. Ulpian, D. 1.1.1.2: „*Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem.*“

⁵³ Vgl. OLG Koblenz, IPRax 2006, 32; Merkt, Abwehr der Zustellung von „punitive damages“-Klagen, 1995, S. 55.

⁵⁴ March, Frankreich, in: Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht in Europa II, 2009, S. 64.

⁵⁵ Leibbrandt/Bulicz, Polen, in: Schneider, (Fn. 54), S. 258.

⁵⁶ Vgl. Larenz/Canaris, SchuldR II/2, 13. Aufl. 1994, S. 354 unter Punkt i).

⁵⁷ Vgl. Stoll, Schadensersatz und Strafe, in: FS Rheinstein II, 1969, S. 569 ff.; Wagner, Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Verhandlungen des sechsundsechzigsten Deutschen Juristentages I, 2006, S. 69 f.

vor, wenn das öffentliche Interesse bzw. der Strafcharakter einer Klageerhebung überwiegt und die individuelle Kompensation vollkommen in den Hintergrund tritt.

Danach wären die angesprochenen „opt-in“-Klagen unabhängig davon, von wem sie initiiert werden, Zivilsachen, da ihr Ziel primär die Feststellung eines individuellen Anspruchs ist.

Eine Klage, die – wie die griechische Verbandsklage – nur ein diffuses Interesse (beispielsweise bei Umweltverschmutzungen), das gerade dadurch definiert ist, dass es individuell nicht zugeordnet werden kann, geltend macht, ist danach hingegen keine Zivilsache.

Im Raum zwischen diesen beiden Fällen sind die „opt-out“-Klagen einzuordnen. Der Unterschied zur „opt-in“-Klage liegt darin, dass die Betroffenen automatisch Teil der vertretenen Gruppen werden, wenn sie nicht aktiv widersprechen. Bei einem solchen Mechanismus kommt dem Abschreckungsinteresse eine gewichtige Rolle zu. Dadurch, dass die Unternehmen den gesamten Schaden kompensieren müssen, sollen sie davon abgehalten werden, sich in Zukunft erneut rechtswidrig zu verhalten.⁵⁸ Inwiefern „opt-out“-Klagen in Form der US-amerikanischen „class action“-Zivilsachen darstellen, wird im Zusammenhang mit dem Haager Zustellungsübereinkommen (HZÜ), das ebenfalls gemäß Art. 1 Abs. 1 HZÜ nur auf „Zivil- oder Handelssachen“ Anwendung findet, diskutiert.

Richtig ist wohl, dass eine Strafsache erst dann vorliegt, wenn die zugesprochene Schadensersatzhöhe über den unrechtmäßig erlangten Vorteil hinausgeht.⁵⁹ Die Zivilsache ist aber nicht nur von der Strafsache, sondern auch von der öffentlich-rechtlichen Streitigkeit abzugrenzen.

Soweit jedenfalls ein begrenzter Klägerkreis auftritt und kein Antrag auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung vorliegt, soll das öffentliche Interesse nicht von derart zentraler Bedeutung sein, dass eine Zivilsache ausgeschlossen ist.⁶⁰

Der BGH stellt hingegen bei der Beurteilung eines Strafschadensersatzes darauf ab, dass jedenfalls dann, wenn der Strafschadensersatz an den Geschädigten selbst zu entrichten ist, eine Zivilsache vorliegt.⁶¹

Überträgt man diese Feststellungen auf „opt-out“-Klagen im Allgemeinen, so ist wohl dann, wenn eine Ausschüttung des Schadensersatzes an die individuell Geschädigten intendiert ist, von einer Zivilsache auszugehen, da es bei solchen Klagen

⁵⁸ Vgl. Weissbuch, Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, KOM (2008) 165 endg. v. 2.4.2008, S. 3.

⁵⁹ Vogel, Kollektiver Rechtsschutz im Kartellrecht, 2010, S. 246; vgl. auch zur Einordnung des Strafschadensersatzes als Strafrecht OLG München, NJW 1989, 3102; Jung, Was ist Strafe?, 2002, S. 23 ff.

⁶⁰ OLG Frankfurt a.M., NJOZ 2006, 3580.

⁶¹ BGHZ 118, 312, 337.

zumindest auch um das Bestehen oder Nichtbestehen privater Rechte gleichgeordneter Parteien⁶² geht.

Von der Kommission wird allerdings erwogen, dass der eingeklagte Schadensersatz ausnahmsweise nicht direkt an die Geschädigten ausgeschüttet wird, sondern diesem nur indirekt, etwa durch eine „*cy-pres*“-Verteilung, zu Gute kommt.⁶³ Dabei wird die zugesprochene Summe etwa an Verbände oder andere öffentliche Einrichtungen verteilt. Solche Klagen haben gerade nicht die Funktion, individuelle Ansprüche festzustellen.⁶⁴ Dass *cy-pres-remedies* somit überwiegend (oder sogar ausschließlich) strafende Funktion besitzen, wird auch in den USA oftmals anerkannt.⁶⁵ Sie sind keine Zivilsachen und können somit nicht über Art. 81 AEUV eingeführt werden.

2. Grenzüberschreitender Bezug

Artikel 81 AEUV ist auf die justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen mit grenzüberschreitendem Bezug beschränkt.

Sowohl im Verordnungsvorschlag zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens als auch im Richtlinienvorschlag über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen war die Kommission davon ausgegangen, dass auf der Grundlage des Art. 65 EGV (jetzt Art. 81 AEUV) angenommene Maßnahmen nicht zwangsläufig nur auf „Fälle mit konkretem grenzüberschreitendem Bezug“, sondern auch auf rein innerstaatliche Fälle anzuwenden wären, und begründete dies damit, dass jede gerichtliche Entscheidung potenziell grenzüberschreitenden Charakter annehmen könne.⁶⁶

Eine solche Interpretation widerspricht freilich dem Wortlaut und ist mit dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung nicht vereinbar.⁶⁷

Zum Teil wird eine Beschränkung auf grenzüberschreitende Sachverhalte im Hinblick auf das Ziel der Harmonisierung der Klageerhebung als „sinnwidrig“ eingestuft. Unterschiede würden nicht abgebaut, stattdessen würde nur eine weitere, nämlich eine EU-Regelung, hinzutreten.⁶⁸

⁶² So das Kriterium in OLG Düsseldorf, IPRax 2009, 251.

⁶³ SEC (2008) 404, S. 18, Rdnrn. 47 und 56.

⁶⁴ Vgl. *Piekenbrock*, Zur Zustellung kartellrechtlicher treble damages-Klagen in Deutschland, IPRax 2006, S. 8.

⁶⁵ United States Court of Appeals, Seventh Circuit, Urteil v. 29.1.2004, 356 F.3d 781, 784 Rdnr. 8 – *Mirfasibi v. Fleet Mortgage Corp.*

⁶⁶ KOM (2004) 173 endg. v. 25.5.2004, S. 7; KOM (2004) 718 endg. v. 22.10.2004, S. 5.

⁶⁷ So auch *Bernhard*, (Fn. 21), S. 83.

⁶⁸ So *Tamm*, (Fn. 8), S. 443 mit Hinweis auf den „Wiener Aktionsplan“, ABL C 19 v. 23.1.1999, S. 10 f., Rdnr. 41 lit. d.

Zum einen kann aber auch eine „Sinnwidrigkeit“ nicht über den eindeutigen Wortlaut hinweghelfen, zum anderen zeigen die Maßnahmen, die bis jetzt in diesem Bereich erlassen wurden (vgl. z.B. Verordnung (EG) Nr. 1393/2007), dass diese Beschränkung keineswegs zu einer Sinnwidrigkeit führt.

So nahm die Kommission im Februar 2008 den Gemeinsamen Standpunkt bezüglich der Mediationsrichtlinie,⁶⁹ der den Anwendungsbereich der Richtlinie auf unmittelbar grenzüberschreitende Fälle beschränkte, an.⁷⁰

Die Definition des „grenzüberschreitenden Bezugs“ bereitet bei Sammelklagen allerdings eine besondere Schwierigkeit. Während der Anforderung im Europäischen Mahnverfahren und im Verfahren über geringfügige Forderungen dadurch Rechnung getragen wird, dass bei der Antragstellung mindestens eine der Parteien ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat als dem Mitgliedstaat des befassen Gerichts haben muss und auch in anderen Richtlinien die Einbeziehung zweier Mitgliedstaaten erforderlich ist,⁷¹ sind kollektive Rechtsbehelfe gerade dadurch gekennzeichnet, dass eine Vielzahl von Personen betroffen ist. Bei Klageerhebung ist aber womöglich noch gar nicht klar, ob sich später durch ein *opt-in* Kläger aus anderen Staaten an der Klage beteiligen. Bei einem „opt-out“-Verfahren mag die Feststellung, ob die Betroffenen in unterschiedlichen Mitgliedstaaten ihren Wohnsitz haben, gar unmöglich sein, da sie nicht individuell identifiziert sind. Eine nur potentielle Betroffenheit kann aber für die Begründung eines grenzüberschreitenden Bezugs nicht ausreichen.

Richtig ist zwar, dass in Art. 81 AEUV nicht zwangsläufig immer auf den Wohnsitz der beteiligten Personen abzustellen ist,⁷² im Zusammenhang mit kollektiven Rechtsbehelfen scheint eine solche Bedingung aber die einzig handhabbare.

Ein „Auslandsbezug“ könnte sich zwar beispielsweise ferner ergeben, wenn sich das schadensbegründende Ereignis in einem anderen Mitgliedstaat ereignete. Einerseits ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass Art. 4 Abs. 1 Verordnung (EG) 864/2007 davon ausgeht, dass der Ort des schadensbegründenden Ereignisses im Regelfall nicht rechtserheblich ist, und auch Art. 4 Abs. 2 Verordnung (EG) 864/2007 sieht vor, dass dann, wenn die Parteien ihren gewöhnlichen Aufenthalt im selben Mitgliedstaat haben, auch der Ort des Schadenseintritts in seiner Bedeutung für das Rechtsverhältnis zu vernachlässigen ist. Andererseits würde eine Beachtung des anwendbaren Rechts hier zu willkürlichen Ergebnissen führen.

⁶⁹ Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 11/2008 v. 28.2.2008.

⁷⁰ Vgl. KOM (2008) 131 endg. v. 7.3.2008.

⁷¹ *Wagner*, Zur Kompetenz der Europäischen Gemeinschaft in der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen, IPRax 2007, S. 291.

⁷² Vgl. auch die Einschätzung des Gutachtens des Juristischen Dienstes des Europäischen Parlaments v. 23.1.2009, SJ-0835/08 Rdnr. 35, zitiert nach *Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht, 2010, § 2, Rdnr. 14, Fn. 61; *Frattini*, European Area of Civil Justice – Has the Community Reached the Limits?, ZEuP 2006, S. 231; *Saam*, (Fn. 43), S. 173 f.

Somit ist im Interesse der Rechtssicherheit auf den Wohnsitz der Beteiligten abzustellen. Es wäre aber wohl nicht sinnvoll, deshalb zu verlangen, dass schon der Initiator der Klage bei Klageerhebung aus einem anderen Mitgliedstaat als dem Mitgliedstaat des zuständigen Gerichts kommen muss. Vielmehr wäre es ausreichend, etwa bis zum Ende des „opt-in“-Prozesses zu warten, um dann festzustellen, ob zumindest ein Geschädigter (oder eine gewisse Quote von Geschädigten) in einem anderen Mitgliedstaat seinen Wohnsitz hat. Ist dies allerdings nicht der Fall, so ist die Klage als unzulässig abzuweisen, soweit nicht innerstaatlich ebenfalls ein solcher Rechtsbehelf existiert.

3. Justizielle Zusammenarbeit

Artikel 81 AEUV erlaubt die Entwicklung einer justiziellen Zusammenarbeit, die auf dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher und außergerichtlicher Entscheidungen beruht.

Dabei ermächtigt die Vorschrift dann, wenn man das Merkmal der „Zusammenarbeit“ sehr eng auslegt, nur bestehende mitgliedstaatliche Zivilverfahren miteinander vereinbar zu machen, und nicht, neue eigenständige Verfahren zu erlassen, sodass die Einführung kollektiver Rechtsbehelfe nicht auf Art. 81 AEUV gestützt werden könnte.⁷³

Dies ist im Bereich des Art. 81 Abs. 2 lit. f AEUV korrekt. Danach können Maßnahmen erlassen werden, welche die Beseitigung von Hindernissen für die reibungslose Abwicklung von Zivilverfahren, erforderlichenfalls durch Förderung der Vereinbarkeit der in den Mitgliedstaaten geltenden zivilrechtlichen Verfahrensvorschriften, sicherstellen sollen. Die Einführung eines neuen Rechtsbehelfs geht aber über die „Förderung der Vereinbarkeit“ hinaus.⁷⁴

Artikel 81 Abs. 2 lit. e AEUV erlaubt jedoch ebenso den Erlass von Maßnahmen, die einen effektiven Zugang zum Recht sicherstellen sollen. Hier ergibt sich die Möglichkeit einer weiteren Rechtsangleichung.⁷⁵ Denn der Zugang zum Recht kann nicht nur durch Zugangsmöglichkeiten zu nationalen Rechtsbehelfen (vgl. Richtlinie 2003/8/EG zur Verbesserung des Zugangs zum Recht bei Streitsachen mit grenzüberschreitendem Bezug durch Festlegung gemeinsamer Mindestvorschriften für die Prozesskostenhilfe in derartigen Streitsachen), sondern auch durch die Entwicklung neuer Rechtsbehelfe selbst gefördert werden.

⁷³ So *Saam*, (Fn. 43), S. 176; vgl. auch *Hess*, Strukturfragen der europäischen Prozessrechtsangleichung, dargestellt am Beispiel des Europäischen Mahn- und Inkassoverfahrens, in: FS Geimer, 2002, S. 360.

⁷⁴ Vgl. *Rossi*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 81 AEUV, Rdnr. 28; *Saam*, (Fn. 43), S. 175.

⁷⁵ Vgl. *Hess*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der EU, 43. Aufl. 2011, Art. 81 AEUV, Rdnrn. 10 und 23; *Rossi*, (Fn. 74), Art. 81 AEUV, Rdnr. 26.

Somit bietet Art. 81 Abs. 2 lit. e AEUV eine mögliche Rechtsgrundlage für die Einführung einer europäischen Sammelklage unter den genannten Bedingungen.

V. Art. 103 AEUV

1. Grundsätzliche Eignung

Gemäß Art. 103 AEUV können Verordnungen oder Richtlinien zur Verwirklichung der in den Art. 101 und 102 AEUV niedergelegten Grundsätzen erlassen werden. Damit kommt diese Rechtsgrundlage lediglich für die Einführung einer Sammelklage im EU-Wettbewerbsrecht in Frage, wird in diesem Zusammenhang aber oftmals als „kompetenziell sicherer Grund“ bezeichnet.⁷⁶ Trotzdem sei ein etwas genauerer Blick erlaubt.

Artikel 103 Abs. 2 AEUV enthält einen Katalog von Zwecken, die durch die Maßnahmen insbesondere verfolgt werden können. Dabei steht offensichtlich die verwaltungsrechtliche Durchsetzung im Vordergrund; zivilrechtliche Ansprüche und Klagen sind nicht genannt. Daraus wird das Nichtbestehen einer entsprechenden Kompetenz abgeleitet.⁷⁷

Der Katalog ist allerdings nicht abschließend, wie bereits aus dem Wortlaut „insbesondere“ deutlich wird.⁷⁸ Somit können auch alle anderen zweckdienlichen Maßnahmen auf der Grundlage des Art. 103 AEUV erlassen werden.⁷⁹

Der EuGH betont die Bedeutung privater Anspruchs- und Klagemöglichkeiten zur Stärkung der Durchsetzungskraft gemeinschaftsrechtlicher Bestimmungen.⁸⁰ Auch wenn zum Teil angenommen wird, dass die „Courage“-Entscheidung ihren Schwerpunkt auf den Schutz individueller Rechte und nicht so sehr auf die (objektive) Durchsetzung des Rechts legt⁸¹ und im Urteil *Manfredi*⁸² die Erhöhung der Durchsetzungskraft nicht im Vordergrund zu stehen scheint,⁸³ so wurde in diesen Entscheidungen immer auch auf die Zweckdienlichkeit einer effektiven privaten Rechtsdurchsetzung zur Wahrung des objektiven Rechts hingewiesen. Deshalb kann es auch dahinstehen, ob ein Schadensersatzanspruch bereits aus Art. 101 AEUV

⁷⁶ Hess, (Fn. 43), S. 141.

⁷⁷ Rabe, Kollektivklagen, ZEuP 2010, S. 4; *Sturhahn*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Hrsg.), Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, Art. 83 EGV, Rdnrn. 7 und 9.

⁷⁸ Saam, (Fn. 43), S. 184 m.w.N.

⁷⁹ Bernhard, (Fn. 21), S. 80 f.; Jaeger, Gemeinschaftskompetenz „private enforcement“?, JBl. 2007, S. 359; Saam, (Fn. 43), S. 184 m.w.N.

⁸⁰ EuGH, Rs. C-453/99, *Courage und Crehan*, Slg. 2001, I-6297, Rdnr. 25 f.

⁸¹ So *Nebbia*, Damages actions für the infringement of EC competition law: compensation or deterrence?, E.L.Rev. 2008, S. 35 f.

⁸² EuGH, verb. Rs. C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi*, Slg. 2006, I-6619, Rdnr. 41.

⁸³ Vgl. *Wagner*, (Fn. 2), S. 43.

folgt, und damit selbst ein „in den Artikeln 101 und 102 niedergelegter Grundsatz“ ist,⁸⁴ zu dessen Verwirklichung die Kollektivverfahren beitragen, da diese Verfahren jedenfalls für die Wahrung des objektiven Rechts zweckdienlich sind.

2. Sperrwirkung durch Art. 81 AEUV

Die Einführung einer europäischen Sammelklage (auch bei Beschränkung auf wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten) hat ihren Schwerpunkt im Zivilprozessrecht. Somit erfasst Art. 81 AEUV die Einführung einer Sammelklage am treffendsten und speziellesten. Dies gilt vor allem aufgrund der Tatsache, dass *private enforcement* nicht im Kernbereich des Art. 103 AEUV liegt.

Es lässt sich nun überlegen, ob die Beschränkung auf grenzüberschreitende Sachverhalte in Art. 81 AEUV die Ausweitung auf nationale Sachverhalte über die Anwendung einer anderen Rechtsgrundlage verhindert.⁸⁵ Sperrt Art. 81 AEUV also aufgrund seines engeren sachlichen Bezugs auch den Erlass einer Maßnahme, die die Einführung einer Sammelklage auf nationaler Ebene bei Verstößen gegen das EU-Wettbewerbsrecht zum Gegenstand hat?

Für die Beantwortung der Frage ist zuerst festzustellen, ob dadurch, dass auf der Grundlage von Art. 103 AEUV nur Maßnahmen zur Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts erlassen werden können, automatisch ein „grenzüberschreitender Bezug“ im Sinn des Art. 81 AEUV gegeben ist. Ein Verstoß gegen Art. 101 AEUV liegt nämlich nur dann vor, wenn die Wettbewerbsbehinderung geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten in einer Weise zu beeinflussen, welche der Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen Marktes schaden könnte.⁸⁶

Zu denken ist beispielsweise an eine Preisbindungsabsprache aller deutschen Händler eines bestimmten Produkts. Auch ein solches rein nationales Kartell kann ohne Weiteres Auswirkungen – beispielsweise durch einen Abschottungseffekt – auf den Binnenmarkt haben.⁸⁷ Verlangen nun die deutschen Abnehmer von einem deutschen Händler aufgrund seines Verstoßes Schadensersatz nach § 33 Abs. 3 GWB, so handelt es sich an sich um ein rein nationales Verfahren.

Fraglich ist, ob allein die Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels ein „grenzüberschreitender Bezug“ im Sinn des Art. 81 AEUV darstellen kann.⁸⁸

⁸⁴ So der Ansatz von *Saam*, (Fn. 43), S. 181 ff.; im Ergebnis abgelehnt wird dies z.B. von *Bulst*, Schadensersatzansprüche der Marktgegenseite im Kartellrecht, 2006, S. 199 ff.

⁸⁵ Abgelehnt wird dies grundsätzlich ohne weitere Begründung von *Hess*, (Fn. 75), Art. 81 AEUV, Rdnr. 2.

⁸⁶ EuGH, verb. Rs. C-295/04 bis C-298/04, *Manfredi*, Slg. 2006, I-6619, Rdnr. 41.

⁸⁷ Vgl. EuG, Rs. T-66/89, *Publishers Association*, Slg. 1992, II-1995, Rdnr. 55 f.; EuGH, Rs. C-238/05, *Asnef-Equifax*, Slg. 2006, I-11125, Rdnr. 34 f.

⁸⁸ Zu diesem Ergebnis kommt *Saam*, (Fn. 43), S. 173 f.

Eine solche Auslegung nimmt jedoch nur ungenügend Kenntnis von dem beschränkenden Charakter, den der „grenzüberschreitende Bezug“ in der Kompetenznorm einnimmt.⁸⁹ Die Tatsache, dass theoretisch auch die französischen Abnehmer vor dem deutschen Gericht (vgl. Art. 6 Nr. 1 Verordnung (EG) 44/2001) nach deutschem Recht (vgl. Art. 6 Abs. 3 lit. b Verordnung (EG) 864/2007) klagen könnten, stellt noch keinen „grenzüberschreitenden Bezug“ dar. Nur potentielle Bezüge sind eben keine tatsächlichen grenzüberschreitenden Bezüge.

Somit geht der Anwendungsbereich des Art. 103 AEUV grundsätzlich über den des Art. 81 AEUV hinaus.

Nimmt man nun an, dass Art. 81 AEUV besagt, dass die Regelung nicht grenzüberschreitender, zivilprozessualer Gegenstände in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt, so scheint es in der Tat plausibel, auch für Art. 103 AEUV zu verlangen, dass die erlassenen Maßnahmen in ihrer Anwendung auf internationale Sachverhalte beschränkt sind.

a) Schwerpunkttheorie des EuGH

Der EuGH hat in ständiger Rechtsprechung festgestellt, dass im Falle mehrerer in Betracht kommender Rechtsgrundlagen im Hinblick auf die Bestimmung der zutreffenden Rechtsgrundlage zu prüfen ist, ob sich die betreffenden Maßnahmen hauptsächlich auf einen Aktionsbereich beziehen und sich auf andere Politikbereiche nur beiläufig auswirken oder ob beide Aspekte gleichermaßen wesentlich sind. Im ersten Fall genügt es, eine einzige Rechtsgrundlage heranzuziehen; im zweiten Fall reicht dies nicht aus und das Organ ist verpflichtet, den Rechtsakt auf Grundlage der beiden seine Zuständigkeit begründenden Bestimmungen zu erlassen. Eine solche Verbindung ist jedoch ausgeschlossen, wenn die für die beiden Rechtsgrundlagen jeweils vorgesehenen Verfahren miteinander unvereinbar sind. Dann muss zwischen ihnen entschieden werden.⁹⁰

b) Anwendung der Schwerpunkttheorie auf die vertikale Kompetenzabgrenzung

Fraglich ist, ob diese „Schwerpunkttheorie“ nicht nur bei mehreren in Betracht kommenden Rechtsgrundlagen zur horizontalen Kompetenzabgrenzung Anwendung findet, sondern auch zur vertikalen Kompetenzabgrenzung heranzuziehen ist, wenn nur eine einzige Rechtsgrundlage in Betracht kommt.

⁸⁹ Ohne dies zu prüfen geht auch *Bernhard*, (Fn. 21), S. 83, implizit davon aus, wenn er erklärt, dass Art. 81 AEUV aufgrund des grenzüberschreitenden Bezugs nicht als Rechtsgrundlage für die in KOM (2008) 165 vorgeschlagenen Maßnahmen dienen kann.

⁹⁰ EuGH, verb. Rs. C-164/97 und C-165/97, *Schutz des Waldes*, Slg. 1999, I-1139, Rdnr. 14; EuGH, Gutachten 2/00, *Protokoll von Cartagena*, Slg. 2001, I-9713, Rdnr. 23; EuGH, Rs. C-281/01, *Strom sparende Geräte*, Slg. 2002, I-12049, Rdnr. 34 f.

Der EuGH hat bei seiner Entscheidung zur Vorratsdatenspeicherung zwar darauf hingewiesen, dass sich die Frage der Zuständigkeiten der Union unterschiedlich stellt, je nachdem, ob die fragliche Zuständigkeit der EU im weiteren Sinne bereits zuerkannt worden ist oder nicht. Zu den Auswirkungen auf die vertikale Kompetenzabgrenzung hat der Gerichtshof dagegen nicht weiter Stellung genommen, da bei der zu entscheidenden Rechtssache nur die Verteilung der Zuständigkeiten innerhalb der Union strittig war.⁹¹

Es ist sicher richtig, dass die Gemeinschaft nicht aufgrund einer Schwerpunkt-betrachtung ihre Kompetenzen erweitern darf, da ansonsten der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung unterlaufen würde.⁹² Dies spricht aber noch lange nicht gegen eine Anwendung des Schwerpunktkriteriums zur Kompetenzbegrenzung.

Vor allem relevant wird die Frage nach der vertikalen Kompetenzabgrenzung bei Maßnahmen, die in Sachbereichen mit ausdrücklichen Harmonisierungsverboten, wie sie beispielsweise in Art. 167 Abs. 5 oder Art. 168 Abs. 5 AEUV zu finden sind, erlassen werden. Ordnet man nämlich eine Maßnahme ihrem Regelungsschwerpunkt nach diesen Sachbereichen zu, so existiert für ihren Erlass keine Kompetenz. Gegen eine Beschränkung durch die Schwerpunkttheorie kann nach dem Vertrag von Lisabon nicht mehr die systematische Stellung der Harmonisierungsverbote in den Kompetenzgrundlagen der begrenzten Sachbereichskompetenzen angeführt werden.⁹³ Artikel 2 Abs. 5 AEUV entzieht die Harmonisierungsverbote aus den Sachbereichskompetenzen „vor die Klammer“ und erstreckt damit die Anwendung der Harmonisierungsverbote auf die gesamten Verträge. Freilich ist Art. 2 Abs. 5 AEUV hier dem Wortlaut nach nicht eindeutig. Die verbindlichen Rechtsakte der Union, die aufgrund der bestimmte Bereiche betreffenden Bestimmungen der Verträge erlassen werden, dürfen gemäß Art. 2 Abs. 5 Satz 2 AEUV keine Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten beinhalten. Dies lässt sich sowohl so verstehen, dass Vorschriften, die aufgrund anderer Bestimmungen, beispielsweise der Harmonisierungskompetenz des Art. 114 AEUV oder eben aufgrund von Art. 103 AEUV, erlassen werden, von den Beschränkungen nicht berührt sind.⁹⁴ Auf der anderen Seite „betreffen“ auch die Art. 103, 114 AEUV das Zivilprozessrecht. Ansonsten könnten sie als Rechtsgrundlage ja erst gar nicht herangezogen werden. Dass diese Lesart tatsächlich die richtige ist, wird beim Blick auf Art. 2 Abs. 5 Satz 1 AEUV deutlich. Dieser besagt, dass für diese Bereiche eine Zuständigkeit der Mitgliedstaaten besteht. Gestützt wird dies durch die Tatsache, dass in Art. 352 Abs. 3 AEUV eine

⁹¹ EuGH, Rs. C-301/06, *Vorratsspeicherung von Daten*, Slg. 2009, I-593, Rdnr. 56.

⁹² Vgl. Schlussanträge GAin Kokott zu EuGH, Rs. C-13/07, *Kommission/Rat*, Nr. 113.

⁹³ So für den EGV *Trübe*, Das System der Rechtsetzungskompetenzen der Europäischen Gemeinschaft und der Europäischen Union, 2002, S. 497.

⁹⁴ So *Ehsen*, Harmonisierende Rechtsetzungskompetenzen der Europäischen Union in der Gesundheitspolitik, SdL 2010, S. 18.

Harmonisierung in diesen Bereichen auf Grund der Kompetenzergänzungsklausel ebenfalls ausgeschlossen ist.

Gegen eine solche Beschränkung spricht auch nicht die Querschnittsklausel des Art. 12 AEUV, der eine Berücksichtigung des Verbraucherschutzes und damit auch des Zugangs zum Recht verlangt. Sie läuft durch die Anwendung der Schwerpunkttheorie keineswegs leer.⁹⁵ Eine Berücksichtigung des Zugangs zum Recht – etwa dadurch, dass keine beschränkenden Regelungen erlassen werden – kann auch stattfinden, ohne dass der Zugang selbst geregelt wird.

In anderen föderalen Systemen wird eine solche Abgrenzung – freilich in abweichender Terminologie – beispielsweise durch das Bundesverfassungsgericht⁹⁶ oder den kanadischen Supreme Court⁹⁷ durchaus vorgenommen. Sie wird auch für das Europarecht gefordert⁹⁸ und es gibt keinen guten Grund, die für die horizontale Kompetenzabgrenzung entwickelten Maßstäbe nicht auch für die vertikale Kompetenzabgrenzung heranzuziehen.

c) Umgehungsverbot des EuGH

Allerdings stellte der EuGH im „Tabakwerbung“-Urteil fest, dass der Heranziehung von Art. 100a EGV als Rechtsgrundlage nicht entgegensteht, dass dem Gesundheitsschutz bei den zu treffenden Entscheidung „maßgebende Bedeutung“ zukommt,⁹⁹ und erteilte der Anwendung des Schwerpunktkriteriums im Bereich der vertikalen Kompetenzabgrenzung somit eine Absage.¹⁰⁰ Stattdessen hielt der Gerichtshof fest, dass „andere Artikel des EG-Vertrags nicht als Rechtsgrundlage herangezogen werden [dürfen], um den ausdrücklichen Ausschluss jeglicher Harmonisierung gemäß Art. 129 Absatz 4 EG-Vertrag zu umgehen“¹⁰¹ und statuierte damit ein „Umgehungsverbot“.¹⁰² Zwar hat der EuGH die Umgehung der

⁹⁵ So die Argumentation von *Trüie*, (Fn. 93), S. 499.

⁹⁶ BVerfGE 7, 29, 39; *Rozek*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, 6. Aufl. 2010, Art. 70, Rdnr. 56.

⁹⁷ Vgl. *von Danwitz*, Vertikale Kompetenzkontrolle in föderalen Systemen, AöR 2006, S. 565.

⁹⁸ Für eine Übertragung auf vertikale Kompetenzabgrenzung haben sich vor dem Tabakwerbung-Urteil ausgesprochen *Kamann/Schroeder*, EG-Kompetenz am Scheideweg, Europablätter 1999, S. 89, Fn. 75; *Stein*, Die Querschnittsklausel zwischen Maastricht und Karlsruhe, in: FS Everling II, 1995, S. 1452; kritisch zum Tabakwerbung-Urteil *Calliess*, Der Binnenmarkt, die europäische Kompetenzordnung und das Subsidiaritätsprinzip im Lichte der neuen Europäischen Verfassung, in: FS Fischer, 2004, S. 14; *von Danwitz*, (Fn. 97), S. 565; *Stein*, Keine Europäische „Verbots“-Gemeinschaft, EWS 2001, S. 15.

⁹⁹ EuGH, Rs. C-376/98, *Tabakwerbung*, Slg. 2000, I-8419, Rdnr. 88.

¹⁰⁰ Vgl. *Kahl*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 74), Art. 114 AEUV, Rdnr. 26; *Koenig/Kühling*, Der Streit um die neue Tabakprodukttrichlinie, EWS 2002, S. 17.

¹⁰¹ EuGH, Rs. C-376/98, *Tabakwerbung*, Slg. 2000, I-8419, Rdnr. 79.

¹⁰² *Kahl*, (Fn. 100), Art. 114 AEUV, Rdnr. 31.

Harmonisierungsverbote in Folgeurteilen nicht angeprüft, das Umgehungsverbot aber auch nicht aufgehoben.¹⁰³

Dabei widerspricht es vollkommen dem Wortlaut dieser Feststellung, das Umgehungsverbot bereits dann als erschöpft anzusehen, wenn nur der Tatbestand einer anderen Kompetenzgrundlage erfüllt ist.¹⁰⁴

Vielmehr hat der EuGH lediglich festgehalten, dass auf der Grundlage anderer Vertragsbestimmungen erlassene Harmonisierungsmaßnahmen auch „Auswirkungen“ auf den Schutz der menschlichen Gesundheit haben dürfen.¹⁰⁵

Somit ist das Umgehungsverbot aber zumindest so auszulegen, dass Harmonisierungsmaßnahmen, die eben nicht nur Auswirkungen auf das von der Harmonisierung ausgeschlossene Sachgebiet haben, sondern in den Kernbereich der jeweiligen Sachmaterie fallen, insgesamt verboten sind.¹⁰⁶

d) Anwendung des Umgehungsverbots auf die vorliegende Frage

Zunächst ist festzuhalten, dass Art. 81 AEUV, anders als dies etwa Art. 168 Abs. 5 AEUV für den Gesundheitsschutz tut, nicht ausdrücklich die Harmonisierung der Rechtsvorschriften ohne grenzüberschreitenden Bezug als Rechtsfolge ausschließt. Vielmehr umfasst Art. 81 AEUV auf Tatbestandsseite solche Maßnahmen lediglich nicht. Das Umgehungsverbot ist hier somit nicht direkt anwendbar.

Zudem lässt sich der hinter dem Umgehungsverbot stehende Rechtsgedanke, dass durch die Verträge bestimmte Sachgebiete der (ausschließlichen) Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zugewiesen werden, auf das Verhältnis von Art. 81 AEUV und Art. 103 AEUV übertragen.

Aus der Formulierung des Art. 81 AEUV in Verbindung mit der Tatsache, dass das Kapitel 3 „Justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen“ eben nur die Ermächtigung des Art. 81 AEUV enthält, wird deutlich, dass hier den Mitgliedstaaten eine Zuständigkeit für das rein nationale Zivilprozessrecht vorbehalten bleiben soll. Ebenso geht das Bundesverfassungsgericht davon aus, dass „die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Rechtspflege [...] zu den Sachbereichen [gehört], die im föderalen Verbund der Europäischen Union grundsätzlich den Mitgliedstaaten zugeordnet sind. [...] Der Gesamtzusammenhang des 3. Kapitels in Teil V des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union zeigt, dass mit Art. 81 Abs. 2 AEUV keine entsprechende

¹⁰³ Vgl. EuGH, Rs. C-491/01, *Tabakprodukte*, Slg. 2002, I-11453, Rdnr. 62; EuGH, Rs. C-434/02, *Arnold André*, Slg. 2004, I-11825, Rdnr. 32.

¹⁰⁴ So aber *Kahl*, (Fn. 100), Art. 114, Rdnr. 31; *Koenig/Kühling*, (Fn. 100), S. 17, Fn. 55.

¹⁰⁵ EuGH, Rs. C-380/03, *Tabakwerbung II*, Slg. 2006, I-11573, Rdnr. 95.

¹⁰⁶ So im Ergebnis auch *Silny*, Die binnenmarktbezogene Rechtsangleichungskompetenz des Art. 95 EG, 2007, S. 158.

Zuständigkeit auf die Europäische Union übertragen wurde, die diese mitgliedstaatliche Verantwortung beschränken würde.“¹⁰⁷

Wendet man nun das Umgehungsverbot entsprechend an, so können zumindest prozessuale Regelungen im Kernbereich des nationalen Zivilprozessrechts nicht auf der Grundlage des Art. 103 AEUV erlassen werden.

Dieser Ansicht stehen überdies auch nicht die Entscheidungen des EuGH zum Umweltstrafrecht entgegen, in denen entschieden wurde, dass die Art. 135 EGV und 280 Abs. 4 EGV, welche die Anwendung des Strafrechts und des Strafverfolgungsrechts in den Bereichen der Zusammenarbeit im Zollwesen und der Bekämpfung der gegen die finanziellen Interessen der Gemeinschaft gerichteten Handlungen den Mitgliedstaaten vorbehalten, den Erlass eines gemeinschaftrechtlichen Umweltstrafrechts an sich nicht ausschließen. Der EuGH beschränkte diese Aussagen aber auf „begrenzte“ Regelungsgegenstände¹⁰⁸ und erklärte, dass Art und Maß der anzuwendenden strafrechtlichen Sanktionen gerade nicht in die Zuständigkeit der Gemeinschaft fallen.¹⁰⁹

Im Ergebnis wäre demnach beispielsweise die Verordnung (EG) 1/2003 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 [jetzt 101 und 102 AEUV] niedergelegten Wettbewerbsregeln zu Recht auf der Grundlage von Art. 103 AEUV erlassen worden, da sie hauptsächlich die behördliche Durchsetzung regelt und das Zivilprozessrecht durch Art. 2, 16 Abs. 1 Satz 1 nur im Randbereich betrifft (vgl. § 33 Abs. 4 GWB). Die Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums hätte dagegen wohl nicht – wie geschehen – auf der Grundlage von Art. 114 AEUV erlassen werden können, da sie zur Einführung von (neuen) Rechtsbehelfen verpflichtet und in ihrem Anwendungsbereich nicht auf grenzüberschreitende Sachverhalte begrenzt ist.

Die Einführung eines auf Schadensersatz gerichteten, kollektiven Rechtsschutzinstruments, das in dieser Form in vielen Rechtsordnungen unbekannt ist, betrifft jedenfalls den Kernbereich des nationalen Zivilprozessrechts. Somit können auch Maßnahmen für das Wettbewerbsrecht – jedenfalls soweit es sich um Zivilsachen handelt – auf der Grundlage von Art. 103 AEUV nicht auf rein innerstaatliche Streitigkeiten erstreckt werden.

VI. Art. 352 AEUV

Artikel 352 Abs. 1 AEUV erlaubt als ergänzende Rechtssetzungsbefugnis dann, wenn ein Tätigwerden der Union im Rahmen der in den Verträgen festgelegten Politikbereiche erforderlich erscheint, um eines der Ziele der Verträge zu verwirklichen und

¹⁰⁷ BVerfGE 123, 267, 416.

¹⁰⁸ EuGH, Rs. C-176/03, *Kommission/Rat*, Slg. 2005, I-7879, Rdnr. 52.

¹⁰⁹ EuGH, Rs. C-440/05, *Kommission/Rat*, Slg. 2007, I-9097, Rdnr. 70.

in den Verträgen die hierfür erforderlichen Befugnisse nicht vorgesehen sind, das Erlassen der geeigneten Vorschriften.

Aufgrund dieser Kompetenz ließe sich rechtlich somit wohl auch ein rein innerstaatliches Kollektivverfahren einführen. Da allerdings eine Einstimmigkeit im Rat zum Erlass erforderlich ist und einige Mitgliedstaaten erhebliche Bedenken gegen eine solche Maßnahme haben,¹¹⁰ erscheint die Inanspruchnahme dieser Kompetenz aus politischen Gründen mehr als unwahrscheinlich.¹¹¹

VII. Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit

Da die Einführung einer Europäischen Sammelklage nicht in den Bereich einer ausschließlichen Zuständigkeit nach Art. 3 AEUV fällt, hat die EU bei der Ausübung der zugewiesenen Kompetenzen gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 und 4 EUV die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit zu beachten.

Fraglich könnte dies nur wegen Art. 3 Abs. 1 lit. b AEUV für eine Kollektivklage (ausschließlich) für den Bereich des Wettbewerbsrechts sein. Artikel 3 Abs. 1 lit. b AEUV erfasst nicht alle Maßnahmen nach Art. 103 AEUV, sondern nur die „Wettbewerbsregeln“ selbst. Zwar fallen auch Verfahrensvorschriften, welche die Nachprüfungsbefugnisse der Kommission betreffen (vgl. Art. 20 Verordnung (EG) Nr. 1/2003) unter die ausschließliche Zuständigkeit der Union,¹¹² prozessuale Kollektivklageregeln sind aber in diesem Sinne keine Regeln über den Wettbewerb, sondern beschreiben die Rechtsfolgen bei Verletzung dieser Wettbewerbsregeln. Im Ergebnis liegt auch hier eine geteilte Zuständigkeit nach Art. 4 Abs. 1 AEUV vor,¹¹³ sodass das Subsidiaritätsprinzip nach Art. 5 Abs. 3 EUV anzuwenden ist.

Nach dem Subsidiaritätsprinzip wird die Union nur tätig, sofern die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind. Nimmt man – wie hier geschehen – an, dass schon die Kompetenz der Union auf die Regelung grenzüberschreitender Fälle beschränkt ist, so spricht wohl einiges dafür, dass die Union diese Kompetenz dann auch ausüben darf.

Darüber hinaus muss jede Maßnahme nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nach Art. 5 Abs. 4 AEUV erforderlich für das Erreichen der Ziele sein. Dabei kann der Beeinträchtigung von Grundrechten im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung besondere Bedeutung zukommen.¹¹⁴

¹¹⁰ Vgl. Bundesregierung, Stellungnahme zu KOM (2008) 794, S. 5; Schwedische Regierung, Stellungnahme zu KOM (2008) 794, S. 2, abrufbar unter dem Link in Fn. 31.

¹¹¹ So auch die Einschätzung von *Wendt*, (Fn. 30), S. 619.

¹¹² EuGH, Rs. C-550/07 P, *Akzo*, Slg. 2010, I-8301, Rdnr. 116.

¹¹³ A.A. ohne weitere Begründung *Saam*, (Fn. 43), S. 213.

¹¹⁴ Vgl. EuGH, Rs. C-112/00, *Schmidberger*, Slg. 2003, I-5659, Rdnr. 78 ff.; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 4: Europäische Grundrechte, 2009, Rdnr. 414 ff.

VIII. Ergebnis

Somit bietet Art. 81 AEUV grundsätzlich eine geeignete Rechtsgrundlage für Maßnahmen zum Erlass kollektiver Schadensersatzklagen mit grenzüberschreitendem Bezug. Auch Art. 103 AEUV kann bei Maßnahmen für Schadensersatzklagen aufgrund von Verstößen gegen die EU-Wettbewerbsregeln herangezogen werden. Um die Kompetenzordnung nicht einer Umgehung zu opfern, müssen aber auch hier die Maßnahmen in ihrem Anwendungsbereich auf Klagen mit grenzüberschreitenden Bezügen begrenzt sein. Realistischer erscheint aus politischen Gründen jedoch die Inanspruchnahme des Art. 114 AEUV. Dazu müsste aber das Vorliegen von Wettbewerbsverzerrungen aufgrund des Vorhandenseins bzw. Nichtvorhandenseins kollektiver Schadensersatzklagen in den verschiedenen Mitgliedstaaten belegt werden.

C. Grundrechtsverletzung durch „opt-out“-Klagen

Soweit „opt-out“-Klagen demnach auf eine der genannten Kompetenzgrundlagen gestützt werden könnten, stellt sich aber die Frage, ob ihrer Einführung nicht eine Grundrechtsbeeinträchtigung entgegensteht. Der Europäische Gesetzgeber ist gemäß Art. 51 Abs. 1 GRCh in Verbindung mit Art. 6 Abs. 1 EUV und gemäß Art. 51 Abs. 3 GRCh in Verbindung mit Art. 6 Abs. 3 EUV bzw. nach dem Beitritt zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten gemäß Art. 1 EMRK in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 EUV an die „europäischen“ Grund- und Menschenrechte – beschränkt auf den jeweiligen Anwendungsbereich, d.h. konkret bei der Grundrechtecharta beispielsweise auf die Durchführung von Schadensersatzklagen aufgrund von Verletzungen des europäischen Wettbewerbsrechts – gebunden.

Eine Überprüfung eines europäischen Rechtsakts anhand nationaler Grundrechte (auch auf dem Wege einer Verfassungsbeschwerde bzw. eines Normenkontrollantrags¹¹⁵) wäre zwar aufgrund des Geltungs- und Anwendungsvorrangs des EU-Rechts unzulässig,¹¹⁶ gemäß Art. 52 Abs. 6 GRCh und Art. 6 Abs. 3 EUV sind den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten aber Rechnung zu tragen. Insofern können auch nationale Grundrechte auf die Gestaltung europäischer Rechtsakte einwirken.¹¹⁷

Die Ausgestaltung eines europäischen kollektiven Rechtsbehelfs kann dabei insbesondere durch den Anspruch auf rechtliches Gehör beschränkt sein.

¹¹⁵ BVerfGE 73, 339, 374 ff.; BVerfGE 102, 147, 161 ff.

¹¹⁶ EuGH, Rs. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, Slg. 1970, 1125, Rdnr. 3.

¹¹⁷ Vgl. Frenz, (Fn. 114), Rdnr. 129 ff.

Die schwedische Verfassung kennt zwar keinen Anspruch auf rechtliches Gehör;¹¹⁸ auch unter Hinweis auf die Zweifel an der Vereinbarkeit eines „opt-out“-Verfahrens mit Art. 6 EMRK wurde in Schweden im *Lag* (2002: 599) *om Grupprättegång* ein „opt-in“-Verfahren gewählt.¹¹⁹

I. Eingriff in den Schutzbereich

Diese Zweifel sind zunächst insofern berechtigt, als dass Art. 6 Abs. 1 EMRK als Teil des Rechts auf ein faires Verfahren auch garantiert, von den in einem Verfahren vorgebrachten Tatsachen Kenntnis zu nehmen und sich zu allen Gegenständen zu äußern.¹²⁰ Diese Rechte können Gruppenmitglieder, die in einem „opt-out“-Verfahren beteiligt sind, vor allem, wenn sie keine Kenntnis von der Durchführung der Sammelklage hatten, nicht ausüben.

1. Schutz auch für (nur) materiell Betroffene

Dabei lässt sich das Problem noch nicht mit der Argumentation lösen, bei einer kollektiven Schadensersatzklage würden die übrigen Gruppenmitglieder bzw. die von Verwalter oder Verband Repräsentierten nicht formell Partei des Verfahrens. Persönliches Gehör sei bei gesetzlicher Prozessführungsbefugnis aber nur der formellen Partei, nicht aber auch dem vertretenen Rechtsinhaber zu gewähren.¹²¹ Bei einer Abwägung zwischen den materiell zu schützenden Interessen und dem Interesse an einem effektiven Rechtsschutz ist zumindest dann, wenn die materiellen Interessen des Dritten und der Parteien gleichwertig sind, die Entscheidung zugunsten der Drittbeteiligung zu fällen.¹²²

Dies folgt für den europäischen Grundrechtsschutz schon aus der Formulierung des Art. 6 Abs. 1 EMRK. Danach hat jeder ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf zivilrechtliche Ansprüche vor einem Gericht in einem fairen Verfahren verhandelt wird. Damit wird das generelle Recht auf Rechtsschutz mit dem Recht auf Gehör verbunden. Somit kann rechtliches Gehör nicht durch die Verweigerung einer formellen Parteistellung versagt werden.

¹¹⁸ Amtliche Gesetzesbegründung zum *Lag* (2002: 599) Prop 2001/02: 107, <http://data.riksdagen.se/fil/b3086013-3480-4dea-837d-dececeb5adb> (12.6.2012), S. 29.

¹¹⁹ *Ibid.*, S. 20 und 65.

¹²⁰ EGMR, Nr. 67972/01, *Somogyi v. Italien*, Rdnr. 72; EGMR, Nr. 17671/02, *Ressagati v. Schweiz*, Rdnr. 32; vgl. zum deutschen Recht BVerfGE 86, 133, 144.

¹²¹ So aber die Argumentation von *Gottwald*, Class Actions auf Leistung von Schadensersatz nach amerikanischem Vorbild im deutschen Zivilprozeß?, ZZP 91 (1978), S. 9.

¹²² *Wolff*, Rechtliches Gehör und die Beteiligung Dritter am Rechtsstreit, JZ 1971, S. 407; vgl. auch BVerfGE 60, 7, 13; *Zeuner*, Rechtliches Gehör, materielles Recht und Urteilswirkung, 1974, S. 34 f.

2. Nicht nur Möglichkeit zur Kenntnisnahme

Teilweise wird argumentiert, der Anspruch auf rechtliches Gehör schütze nur die „Gelegenheit“ zur Stellungnahme, sodass es nur darauf ankomme, ob hinreichende Informationsbemühungen erfolgten.¹²³ Richtig ist daran, dass sich auf eine Versagung des durch Art. 103 Abs. 1 GG gewährten rechtlichen Gehörs nicht berufen kann, wer die vom einschlägigen Prozessrecht gebotenen Möglichkeiten, sich rechtliches Gehör zu verschaffen, nicht genutzt hat.¹²⁴ Richtig ist aber auch, dass dann, wenn jemand unmittelbar in seinem Recht betroffen ist, diesem zumindest durch Übersendung der Klage und Ladung zur mündlichen Verhandlung Gelegenheit zur förmlichen Beteiligung am Verfahren gegeben werden muss.¹²⁵

In einem „opt-out“-Verfahren ist dabei nach den Maßgaben der französischen Verfassung jeder, auf den sich die Rechtskraft erstrecken soll, persönlich per Einschreiben mit Rückschein zu informieren.¹²⁶ Ob im Ausnahmefall davon – etwa durch eine öffentliche Zustellung – von diesem Grundsatz abgewichen werden kann, ist eine Frage der Rechtfertigung des Eingriffs.¹²⁷

II. Rechtfertigung des Eingriffs

Freilich kann der Anspruch auf rechtliches Gehör nicht absolut sein, auch wenn in Art. 6 EMRK ein Gesetzesvorbehalt wie etwa in Art. 9 Abs. 2 oder Art. 10 Abs. 2 EMRK nicht enthalten ist.¹²⁸

1. Rechtfertigung durch Verzicht

Als eine Möglichkeit der Rechtfertigung dieses Eingriffs in das rechtliche Gehör wird die Annahme der Zustimmung zur Rechtsverfolgung und damit der Verzicht auf die persönliche Ausübung angeführt.¹²⁹

An sich ist zwar anerkannt, dass auf die von Art. 6 EMRK garantierten Rechte auch stillschweigend verzichtet werden kann. Dafür wird aber vorausgesetzt, dass der Verzicht eindeutig ist und der Betroffene die Folgen seines Verzichts kannte.¹³⁰

¹²³ Stadler, (Fn. 37), S. 132.

¹²⁴ BVerfGE 21, 132, 137.

¹²⁵ BVerfGE 21, 132, 137 ff.; BVerfGE 60, 7, 15.

¹²⁶ Conseil constitutionnel, Décision n° 89-257 DC, Droit Social 1989, S. 629, Rdnr. 24 f.

¹²⁷ BVerfGE 77, 275, 285.

¹²⁸ EGMR, Nr. 8225/78, *Ashingdane v. Vereinigtes Königreich*, Rdnr. 57.

¹²⁹ Koch/Zekoll, (Fn. 37), S. 128.

¹³⁰ EGMR, Nr. 32432/96, *Talat Tunc v. Türkei*, Rdnr. 59; EGMR, Nr. 5962/03, *Makarenko v. Russland*, Rdnr. 135.

Während diese Voraussetzungen bei einem *opt-in* vorliegen, ist dies bei „opt-out“-Klagen mit Betroffenen, die möglicherweise nicht einmal von der Klage wissen, nicht der Fall. Hier rechtlich allein aufgrund der geringeren Individualbetroffenheit bereits von einem Einverständnis auszugehen, scheint eher fernliegend. Auch aus empirischer Sicht ist es nicht zutreffend, dass man in solchen Situationen ein Einverständnis annehmen könnte. Immerhin hatten in Deutschland im Jahre 2009 rund 200.000 Zivilprozesse einen Streitwert von unter 300 Euro¹³¹ (in Dänemark wird die Geringwertigkeit der Einzelansprüche, die Voraussetzung für die Erhebung einer „opt-out“-Klage ist, bei 2.000 Dänischen Kronen, etwa 280 Euro, angesetzt¹³²) und die Kläger signalisierten damit gerade ihr persönliches Interesse an der Wahrnehmung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör.

2. Wahrnehmung durch Dritte

Das von Art. 103 Abs. 1 GG gewährte rechtliche Gehör kann auch durch einen Dritten vermittelt werden, wenn er das Vertrauen des Berechtigten genießt oder einer besonderen rechtsstaatlichen Objektivitätspflicht unterworfen ist. Der Berechtigte muss außerdem von der stellvertretenden Entgegennahme von Informationen und der Abgabe von Erklärungen in seinem Namen wissen.¹³³ Selbiges gilt für das rechtliche Gehör aus Art. 6 Abs. 1 EMRK.¹³⁴

In einem Gruppenklageverfahren verfolgt der Gruppenkläger aber zunächst seine eigenen Interessen – dies wird auch als „Prinzipal-Agent“-Problem bezeichnet¹³⁵ – und ist gerade keinen besonderen Objektivitätspflichten unterworfen. Aus diesem Grund wird zum Teil auch eine Verfassungswidrigkeit des Gesetzes über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten (KapMuG) angenommen.¹³⁶

Aus selbigem Grund ist auch der oftmals angeführte¹³⁷ Fall *Lithgow v. Vereinigtes Königreich* hier nicht einschlägig. In diesem Fall wurde eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör deshalb abgelehnt, weil der Repräsentant von der betroffenen Gruppe gewählt wurde, die Betroffenen das Recht hatten, dem Repräsentanten auf

¹³¹ Statistisches Bundesamt, Justiz auf einen Blick, 2011, S. 46.

¹³² *Aagaard/Røn*, Nye regler om gruppesøgsmål i dansk ret, Juristen 2007, S. 142.

¹³³ BVerfGE 83, 24, 36.

¹³⁴ EGMR, Nr. 9006/80 u.a., *Lithgow v. Vereinigtes Königreich*, Rdnr. 196.

¹³⁵ Vgl. *Van den Bergh/Keske*, Rechtsökonomische Aspekte der Sammelklage in: Casper et al., (Fn. 2), S. 28.

¹³⁶ Vgl. *Maier-Reimer/Wilsing*, Das Gesetz über Musterverfahren in kapitalrechtlichen Streitigkeiten, ZGR 2006, S. 111 ff.

¹³⁷ Beispielsweise von *Fiedler*, Class Actions zur Durchsetzung des europäischen Kartellrechts, 2010, S. 293.

Gruppenversammlungen Anweisungen zu geben und ihn jederzeit hätten absetzen können.¹³⁸

Haben die Betroffenen allerdings nicht durch ein *opt-in* eingewilligt, ist auch nicht anzunehmen, dass der Gruppenkläger ihr Vertrauen genießt.¹³⁹

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass auch der Beibringungsgrundsatz auf der Begrenzbarkeit seiner Konsequenzen *inter partes* fußt.¹⁴⁰ Die Betroffenen können sich aber nicht darauf verlassen, dass der Gruppenkläger auch alle für sie relevanten Tatsachen vorträgt.

Etwas anderes könnte allerdings in Verfahren gelten, in denen eine Behörde, wie der dänische Verbraucherombudsman, die Betroffenen vertritt. Sie treffen besondere rechtliche Objektivitätspflichten. Allerdings ist auch bei diesen Verfahren die zweite Anforderung, dass die Betroffenen von der Vertretung wissen, nicht erfüllt.

3. Rechtfertigung durch Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege

Des Weiteren wird angenommen, dass dann, wenn der Gewährleistung rechtlichen Gehörs aller materiell Beteiligten unüberwindliche Schwierigkeiten entgegenstehen, der Anspruch auf rechtliches Gehör einzuschränken ist, um das Funktionieren der Rechtspflege zu gewährleisten.¹⁴¹

So klagten beispielsweise vor dem LG Frankfurt am Main etwa 15.000 Anleger wegen möglicherweise falscher Angaben im Börsenprospekt gegen die Deutsche Telekom. Zuständig für die Bearbeitung der ca. 1.700 Klageschriften war allein die 7. Kammer für Handelssachen und damit ein einziger Berufsrichter. Damit entsprachen die Akten zahlenmäßig dem Pensum einer Kammer für Handelssachen in zehn Jahren.¹⁴² In einer solchen Situation scheint die Einführung eines Musterklageverfahrens mit einer beschränkten Beteiligung der Betroffenen gerechtfertigt. Zu überlegen ist allerdings, ob auch dann, wenn lediglich zehn Verfahren gleichzeitig anhängen – eine solche Mindestzahl sieht § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 KapMuG vor – bereits eine hinreichende Belastung der Gerichte vorhanden ist, um einen erheblichen Eingriff in das rechtliche

¹³⁸ EGMR, Nr. 9006/80 u.a., *Lithgow v. Vereinigtes Königreich*, Rdnrn. 28 und 196.

¹³⁹ So auch *Wunderberg*, Class actions: Möglichkeit der Etablierung und ihre Grenzen im deutschen Kapitalmarktrecht, ZEuP 2007, S. 1114; vgl. *Bulst*, Zu den Bemühungen der Kommission um eine Effektivierung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung, in: Behrens (Hrsg.), Schadensersatzklagen gegen Kartellmitglieder, 2010, S. 29.

¹⁴⁰ *Schmidt*, Richteramt und Parteilasten bei der Verbandsklage nach dem deutschen AGB-Gesetz, in: FS Keller, 1989, S. 669.

¹⁴¹ EGMR, Nr. 9006/80 u.a., *Lithgow v. Vereinigtes Königreich*, Rdnr. 197; *Schlösser*, Urteilswirkung und rechtliches Gehör, JZ 1967, S. 433; offen gelassen in BVerfGE 60, 7, 15.

¹⁴² Pressemitteilung des LG Frankfurt am Main v. 8.6.2004.

Gehör zu rechtfertigen oder ob eine Anhebung dieser Untergrenze verlangt werden sollte.¹⁴³

In echten Ausnahmefällen wie etwa bei hunderttausenden Grundstücksstreitigkeiten aufgrund von Kriegshandlungen kommt auch eine Abweichung nach Art. 15 Abs. 1 EMRK in Betracht.¹⁴⁴

Bei der Einführung von Gruppen- und Verbandsklagen stellt sich zudem noch eine ganz andere Frage. Die Einführung eines „opt-out“-Verfahrens schafft hier überhaupt erst die Situation, in der das Funktionieren der Rechtspflege dadurch gefährdet wird, dass über eine Vielzahl von Ansprüchen zu urteilen ist. Durch eine Sammelklage auf europäischer Ebene werden Ansprüche prozessual gebündelt, die so niemals zusammen vor einem Gericht geltend gemacht worden wären. Die Beschränkung des rechtlichen Gehörs kann aber nicht mit der durch die Beschränkung erst geschaffenen Situation gerechtfertigt werden.

4. Rechtfertigung durch Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes

Der Anspruch auf rechtliches Gehör gemäß Art. 103 Abs. 1 GG steht in engem Zusammenhang mit der aus Art. 19 Abs. 4 GG folgenden Rechtsschutzgarantie. Beide dienen dem gleichen Ziel, nämlich der Ermöglichung effektiven Rechtsschutzes.¹⁴⁵ Selbiges gilt auf europäischer Ebene, wie schon aus dem systematischen Zusammenhang beider Rechte in Art. 47 Abs. 1 und 2 GRCh deutlich wird.

Ein Eingriff in das rechtliche Gehör kann deshalb damit gerechtfertigt werden, dass durch ihn ein effektiver Rechtsschutz erst möglich wird.¹⁴⁶ Aufgrund dieser Tatsache wird in der Literatur angenommen, dass die Beschränkung des rechtlichen Gehörs in „opt-out“-Verfahren gerechtfertigt ist.¹⁴⁷

Dabei ist allerdings zu beachten, dass die Erfahrungen aus den USA zeigen, dass der Anteil des direkt ausgeschütteten Schadensersatzes an die Geschädigten oftmals wesentlich geringer ist als der insgesamt zugesprochene Betrag. Dies wird darauf zurückgeführt, dass die Geschädigten in Fällen, in denen sie sich nicht an einem „opt-in“-Verfahren beteiligen würden, auch die nötigen Schritte zur Einholung des Schadensersatzes als zu mühselig betrachten¹⁴⁸ oder den nötigen Nachweis – etwa in Form von Quittungen – nicht erbringen können.¹⁴⁹ Somit dienen „opt-out“-

¹⁴³ So Hess, „Private law enforcement“ und Kollektivklagen, JZ 2011, S. 72.

¹⁴⁴ Van Houtte/Yi, Due Process in International Mass Claims, Erasmus Law Review Vol. 1/II, S. 70.

¹⁴⁵ BVerfGE 101, 106, 129.

¹⁴⁶ BVerfGE 101, 106, 120.

¹⁴⁷ Fiedler, (Fn. 137), S. 246.

¹⁴⁸ Vgl. EJR, Stellungnahme zum Follow-up paper, S. 8; Zusammenfassung der empirischen Untersuchungen Hodges, Annex I der Stellungnahme, S. 24 f., abrufbar unter dem Link in Fn. 31.

¹⁴⁹ Witzsch, Class Actions, JZ 1975, S. 278 f.

Verfahren nur sehr beschränkt der Erreichung eines effektiven Rechtsschutzes. Dies kann auch nicht durch eine „cy-pres“-Verteilung ausgeglichen werden. Diese dient gerade nicht der (individuellen) materiellen Gerechtigkeit,¹⁵⁰ sondern vielmehr einem Allgemeininteresse.

So steht hinter dem Wunsch, „opt-out“-Klagen einführen zu wollen, tatsächlich lediglich ein ordnungspolitisches Interesse der Verhaltenssteuerung.¹⁵¹

Deutlich wird dies, wenn man sich die Problematik veranschaulicht, die mit einem „opt-out“-Mechanismus behoben werden soll. Man stelle sich beispielsweise einen Lebensmittelproduzenten vor, der in seine Verpackungen einige Gramm weniger Inhalt einfüllt als angegeben. Bei jedem einzelnen Endabnehmer dieses Produktes entsteht nun ein minimaler Schaden (sogenannte Streuschäden), an dessen gerichtlicher oder auch außergerichtlicher Geltendmachung – beispielsweise durch das Prozesskostenrisiko und den nötigen Zeitaufwand bedingt – kaum Interesse bestehen wird (sogenanntes rationales Desinteresse oder rationale Apathie). Insgesamt werden sich solche Schäden aber oftmals auf beachtliche Größen kumulieren.¹⁵²

Hinter dem Gedanken der „Überwindung“ dieses rationalen Desinteresses steht nun vor allem ein Abschreckungsinteresse. Dadurch, dass die Unternehmen damit rechnen müssen, durch eine Kollektivklage in Anspruch genommen zu werden, sollen sie von rechtswidrigem Verhalten abgehalten werden.¹⁵³

Die Erstattung der Streuschäden tritt dabei in den Hintergrund. Tatsächlich scheint es auch gesamtwirtschaftlich nicht sinnvoll, bei Kleinstschäden den individuellen Schaden der Betroffenen ersetzen zu wollen. Allein die administrativen Kosten, die eine solche Verteilung der insgesamt zugesprochenen Schadenssumme verursachen würde, stehen in keinem Verhältnis zum Nutzen, der dadurch entstünde.¹⁵⁴

Aus dieser Intention der Verhaltenssteuerung heraus entstand auch in den USA die *class action*.¹⁵⁵

Ein Gesetzesvorbehalt, der eine Einschränkung des Rechts auf ein faires Verfahren auf Grund öffentlicher Interessen ermöglicht, fehlt aber anders als in Art. 9 Abs. 2 oder Art. 10 Abs. 2 EMRK in Art. 6 EMRK. Ein solches ordnungspolitisches Allgemeininteresse kann somit gerade nicht den Eingriff in das rechtliche Gehör rechtfertigen. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Entscheidung zur Zustellung

¹⁵⁰ So aber *Fiedler*, (Fn. 137), S. 247.

¹⁵¹ *Hovells*, Comments on the Prospects for EU Action in the Field of Collective Consumer Redress, in: Casper et al., (Fn. 2), S. 105; *Wagner*, (Fn. 2), S. 73.

¹⁵² Vgl. *Van den Bergh/Keske*, (Fn. 135), S. 20 f.

¹⁵³ Vgl. KOM (2008) 165 endg., S. 3.

¹⁵⁴ *Wagner*, (Fn. 2), S. 53.

¹⁵⁵ *Stadler*, Referat, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des zweiundsechzigsten Deutschen Juristentages II/1, 1998, S. 46 f.

US-amerikanischer Sammelklagen,¹⁵⁶ da das Bundesverfassungsgericht lediglich feststellte, dass eine solche Klage nicht „mit unverzichtbaren Grundsätzen eines freiheitlichen Rechtsstaats unvereinbar“ ist.¹⁵⁷

Die Einführung eines „opt-out“-Verfahrens greift somit ungerechtfertigt in den Anspruch auf rechtliches Gehör ein. Ein Vollzug würde Grundrechte sinnlos opfern.

D. Fazit

Somit ist der EU im Ergebnis zwar mit den oben erläuterten Einschränkungen die rechtliche Möglichkeit zur Förderung der kollektiven Rechtsdurchsetzung auch ohne eine melodramatische Ausschaltung der Kompetenzordnung und der Grundrechte nicht abzusprechen. Dies bedeutet freilich noch nicht, dass damit alle Fragen beantwortet sind.

Insbesondere die Sorge um das Missbrauchspotenzial von Sammelklagen ist der Hauptgrund, der von der Industrie gegen die Einführung von kollektiven Rechtsbehelfen vorgebracht wird.¹⁵⁸ Diese Sorge ist nach der sogenannten Beutetheorie vor allem bei Beklagten begründet, die im Interesse der Reputation ihres Unternehmens besser beraten sind, auch ungerechtfertigte Klagen durch Vergleich frühzeitig zu beenden.¹⁵⁹ Ihr kann hauptsächlich durch Kostenregelungen und Einschränkungen der Fremdfinanzierungsmöglichkeiten zur Klageerhebung Rechnung getragen werden.

Gerade bei Verbandsklagen scheint dagegen genau diese Frage nach Finanzierungsmöglichkeiten schwierig. Auf der einen Seite muss der qualifizierten Einrichtung überhaupt ein Anreiz zur Erhebung der Klage geboten werden, andererseits muss ein zu großer Anreiz vermieden werden, der zu missbräuchlichen Klagen animieren könnte.¹⁶⁰

¹⁵⁶ So aber *Säcker*, Kollektivklagen bei Verstößen gegen Wettbewerbs- und Verbraucherschutzvorschriften nach dem Opt-in- und Opt-out-Modell, in: FS Reuter, 2010, S. 326, der annimmt, nach dieser Entscheidung könnten gegen eine Sammelklage keine grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen.

¹⁵⁷ BVerfG, NJW 2007, 3710.

¹⁵⁸ BDI, Stellungnahme zu KOM (2008) 165, S. 10; BusinessEurope, Stellungnahme zu KOM (2008) 794, S. 8, abrufbar unter dem Link in Fn. 31.

¹⁵⁹ *Schäfer*, in: Basedow, (Fn. 7), S. 71 ff.

¹⁶⁰ Vgl. Verbraucherzentrale, Stellungnahme zu KOM (2008) 794, S. 4, abrufbar unter dem Link in Fn. 31; *Wagner-von Papp*, Der Richtlinienentwurf zu kartellrechtlichen Schadensersatzklagen, EWS 2009, S. 450.

Wie diese Fragen im europäischen Kontext beantwortet werden, bleibt mit Spannung abzuwarten. Für Mitte 2012 wird ein Gesetzgebungsvorschlag der Kommission zur kollektiven Geltendmachung von Schadensersatz für Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht erwartet.

Letztendlich wird sich wohl auch Europa im Zivilprozessrecht dem Motto „*e pluribus unum*“ annähern; eine *class action* nach dem US-amerikanischen Modell ist aber weder wahrscheinlich noch wünschenswert.

