

Private Rechtsdurchsetzung 2.0?

Tabea Bauermeister

A. Einleitung

Die Musterfeststellungs- und die europäische Verbandsklage sind beides Instrumente zur kollektiven Rechtsdurchsetzung. Ausweislich ihrer jeweiligen Begründungen sollen sie aber nicht nur der Ersetzung des individuell erlittenen Schadens dienen, sondern auch der „effektiven Rechtsdurchsetzung“ bzw. der „Durchsetzung des Verbraucherrechts“.¹ Hier klingt das Schlagwort der privaten Rechtsdurchsetzung  auch *private enforcement* genannt – an. Im Unterschied zur früheren, durch das EuGH-Grundsatzurteil *Courage* angestoßenen Diskussion geht es allerdings nicht mehr um die Einführung materiell-rechtlicher Ansprüche, sondern um die tatsächliche Durchsetzung  das Prozessrecht. Es wirkt deshalb, als würden die beiden Klagearten die nächste Stufe und damit eine Art private Rechtsdurchsetzung 2.0 anstreben.

Dieser Schluss lässt allerdings die Entwicklungen in der Rechtswirklichkeit außer Betracht: Bereits seit 2005 tritt das private Unternehmen *Cartel Damage Claims* am Rechtsdienstleistungsmarkt auf und verfolgt eine abtretungsbasierte Bündelung wettbewerbsrechtlicher Schadensersatzklagen.² Weitere Anbieter wie z. B. das 2016 als „Antwort auf den Dieselskandal“ gegründete *MyRight* folgten.³ Die Praxis hat auf das Bestehen materiell-rechtlicher Ansprüche, deren individuelle Durchsetzung vor Herausforderungen steht, also bereits mit einer Art de facto-Kollektivierung reagiert. Das deutet darauf hin, dass die private Rechtsdurchsetzung 2.0 schon existiert.

-
- 1 RegE MFK, BT-Drs. 19/2439, 16; Richtlinie (EU) 2020/1828 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG, 25.11.2020, ABl. L 209 v. 4.12.2020, 1 ff, ErwGr. 5.
 - 2 <https://carteldamageclaims.com/about-us/our-approach/>. Alle Internetquellen wurden zuletzt am 27.8.2021 abgerufen.
 - 3 <https://www.flihtright.de/ueber-uns>; <https://www.myrighr.de/ueber-uns>.

Um den sich vor diesem Hintergrund stellenden Fragen nachzugehen, wird der Begriff der privaten Rechtsdurchsetzung inklusive seiner Vor- und Nachteile beleuchtet (B.). Sodann werden die Bestrebungen der Praxis (C.) und die Musterfeststellungs- und die europäische Verbandsklage (D.) im Hinblick auf ihr Potenzial zur Verbesserung des *private enforcement* untersucht. Der Beitrag schließt mit zusammenfassenden Thesen (E.).

B. Private Rechtsdurchsetzung 1.0

I. Ideal...

„Die volle Wirksamkeit des Artikels 85 EG-Vertrag und insbesondere die praktische Wirksamkeit des in Artikel 85 Absatz 1 ausgesprochenen Verbots wären beeinträchtigt, wenn nicht jedermann Ersatz des Schadens verlangen könnte [...]. Ein solcher Schadensersatzanspruch erhöht nämlich die Durchsetzungskraft der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln und ist geeignet, von oft verschleierte[n] Vereinbarungen oder Verhaltensweisen abzuhalten [...]“⁴

Hinter diesen aus dem Grundsatzurteil *Courage* stammenden Ausführungen des EuGH steht die Idee negativer Verhaltensanreize: Wenn ein Unternehmen damit rechnen muss, dass auf einen gewinnbringenden Rechtsverstoß eine Geldsanktion folgt, die im Erwartungswert höher als der resultierende Profit ist, sollte es die Zuwiderhandlung unterlassen.⁵ Solche negativen monetären Anreize gehen aber nicht nur von staatlichen Sanktionen, insbesondere Bußgeldern, sondern auch von privaten Schadensersatzklagen aus. Rein rational betrachtet macht es für den Rechtsverletzer nämlich keinen Unterschied, an wen er den Geldbetrag abgeben muss.⁶ Das bedeutet, dass auch ein Privater, der seinen durch einen Rechtsverstoß entstandenen Schaden geltend macht, zur effektiven Rechtsdurchsetzung beiträgt. Daraus folgerte der

4 EuGH 20.9.2001, C-453/99 *Courage* Rn 26 f (ECLI:EU:C:2001:465).

5 Dazu grundlegend *Becker*, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, JPE 76 (1968) 169 ff; ferner *Werner*, *Die ökonomische Analyse des Rechts im Strafrecht: Eine modernisierende Variante generalpräventiver Tendenzen?*, KritV 1992, 433 (436).

6 *Poelzig/Bauermeister*, *Kartellrechtsdurchsetzung, ne bis in idem und Verhältnismäßigkeit* (Teil 2), NZKart 2017, 568 (569).

EuGH in der Rechtssache *Courage*, dass private Schadensersatzansprüche nicht nur erwünscht, sondern aufgrund des Effektivitätsgrundsatzes sogar geboten sind.

Wenn es für die Präventionswirkung irrelevant ist, ob der Rechtsverletzer an die öffentliche Hand oder einen geschädigten Privaten zahlt, stellt sich aber die Frage, warum es zusätzlicher Schadensersatzansprüche bedarf⁷ und nicht etwa besonders hohe Bußgelder ausreichen. Jedenfalls auf theoretischer Ebene lassen sich eine Reihe von Vorteilen privater gegenüber staatlicher Aktivitäten ausmachen: Während der Staat als Außenstehender nur begrenzte Kenntnisse über die jeweiligen Gegebenheiten hat, sollten die Betroffenen wesentlich besser informiert und auf dieser Basis besser in der Lage sein, einen Rechtsverstoß aufzudecken. Hinzu kommt, dass sie als Geschädigte einen größeren Anreiz zum Tätigwerden haben. Und schließlich schlagen private Ansprüche zwei Fliegen mit einer Klappe: Nicht nur setzen sie das Recht durch, sie führen auch dazu, dass Betroffene ihren Schaden ersetzt bekommen und tragen somit ihrem Kompensationsinteresse Rechnung.⁸ Während dieser letztgenannte Aspekt in der Rechtssache *Courage* allenfalls zwischen den Zeilen erahnt werden kann, bezieht ihn der EuGH in den Nachfolgeurteilen zunehmend ein.⁹ In der Wissenschaft wird deshalb mittlerweile vertreten, dass dem Effektivitätsgrundsatz nicht nur die objektive Seite der effektiven Rechtsdurchsetzung, sondern auch die subjektive Seite des privaten Ausgleichs innewohnt.¹⁰

7 Besonders deutlich: EuGH 6.10.2021, C-882/19 *Sumal* Rn. 37 (ECLI:EU:C:2021:800).

8 Zu den Vorteilen des *private enforcement*: Poelzig, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012 (568 ff).

9 Vgl. EuGH 20.9.2001, C-453/99 *Courage* Rn. 25 (ECLI:EU:C:2001:465); EuGH 13.7.2006, C-295/04 bis C-298/04 *Manfredi* Rn. 62, 89 (ECLI:EU:C:2006:461); EuGH 6.6.2013, C-536/11 *Donau Chemie* Rn. 22 (ECLI:EU:C:2013:366); EuGH 5.6.2014, C-557/12 *Kone* Rn. 25 (ECLI:EU:C:2014:1317).

10 Mohr, Sicherung der Vertragsfreiheit durch Wettbewerbs- und Regulierungsrecht (2015) 680, 690 f; Schwietert, Der effet utile und das Kartellzivilrecht (2018) 46; Wilman, Private enforcement of EU law before national courts (2015), Rn 11.03.

II. ... und Wirklichkeit

Der privaten Rechtsdurchsetzung haften allerdings auch eine Reihe von Nachteilen an: Obwohl Private näher am tatsächlichen Geschehen sind, fehlen ihnen die staatlichen Ermittlungsbefugnisse. Zivilrechtlichen Urteilen kommt formal betrachtet nicht die Breitenwirkung einer behördlichen Entscheidung zu und zwischen *private* und *public enforcement* drohen negative Wechselwirkungen. Vor allem aber lässt sich das Ausmaß des privaten Tätigwerdens und damit das Maß der Durchsetzung nur schwer steuern.¹¹

Das beginnt bereits im Hinblick auf den materiell-rechtlichen Anspruch: Während der Staat sein Bußgeld in Reaktion auf die Schwere und den Umfang eines Verstoßes verhängt, setzt der Schadensersatz beim erlittenen Schaden und damit einer nur für den Geschädigten relevanten Größe an. Schwerer aber noch wiegt die Ebene der tatsächlichen Durchsetzung: Hier droht einerseits die Gefahr, dass Private grundlos bis missbräuchlich vorgehen oder schlicht zu viele Instrumente gebraucht werden. Dann würde die Summe der einen Schädiger treffenden Sanktionen – unabhängig von einem Rechtsmissbrauch – das erforderliche Maß zur Abschreckung und Durchsetzung übersteigen und wäre somit nicht mehr verhältnismäßig.¹² Man spricht auch von einem *over enforcement*.¹³ Bei Massenschäden, d.h. größeren individuellen Schäden infolge einer Kollektivschädigung, droht die potenzielle Vielzahl an Klagen außerdem die Justiz lahmzulegen.¹⁴

Andererseits besteht das Risiko, dass der einzelne Geschädigte gar nicht tätig wird (*under enforcement*). Hier sei vor allem das Schlagwort der rationalen Apathie genannt: Hat ein Rechtsverstoß zu vielen kleineren bis mittleren Schäden geführt (Streuschäden),¹⁵ ist der gesamtgesellschaftliche Schaden groß. Trotzdem ergibt es für den Einzelnen

11 Zu den Nachteilen *Poelzig*, Normdurchsetzung (Fn 8) 572 ff; speziell zum Problem des Nebeneinanders siehe *Poelzig*, Konflikte bei der Durchsetzung des europäischen Kapitalmarktrechts, ZVglRWiss, 117 (2018) 505 ff; *Poelzig/Bauermeister*, Kartellrechtsdurchsetzung II (Fn 6); *Bauermeister*, Gesamtschuld und Regress in der Schadensersatzrichtlinie (2021) 137 ff.

12 *Poelzig/Bauermeister*, Kartellrechtsdurchsetzung II (Fn 6) 569.

13 *Stancke*, Rechtliche Rahmenbedingungen kartellrechtlicher Massenklagen, WuW 2018, 59 (65).

14 *Meller-Hannich*, Gutachten A zum 72. Deutschen Juristentag (2018) A 26 f.

15 *Meller-Hannich*, Gutachten A (Fn 12) A 24 f.

keinen Sinn, tätig zu werden, wenn der Aufwand und die Kosten der Rechtsverfolgung in dieser Situation größer als sein Nutzen sind.¹⁶ Doch selbst wenn der Einzelne tätig wird, besteht bei einer Vielzahl von Geschädigten stets ein strukturelles Ungleichgewicht: Wie *Morell*¹⁷ anschaulich ausführt, hängt der rational für einen Rechtsstreit zu betreibende Aufwand zentral davon ab, wie viel auf dem Spiel steht. Für den Beklagten besteht in jedem Verfahren die Gefahr eines Präzedenzfalls, sodass er ab Stunde Null sehr viel Energie in die Prozessführung stecken wird. Bei weiteren gegen ihn gerichteten Klagen ergeben sich Synergieeffekte. Für den Kläger geht es demgegenüber nur um seinen Schaden und damit bei mehreren Geschädigten zwingend um einen geringeren Betrag als für den Beklagten. In prozessualer Hinsicht sollte also bei jeder Art von Kollektivschäden ein Machtgefälle vorliegen. Deshalb besteht selbst bei gar nicht so geringen Schadensbeträgen ein strukturelles Problem.

Sicherlich sollte die potenzielle Gefahr eines *over enforcement* oder gar die einer Klageindustrie nach amerikanischen Verhältnissen nicht aus den Augen verloren werden. Im Gegensatz zu Bußgeldern dient der private Schadensersatz – neben seinen sonstigen Vorteilen – aber nicht nur der objektiven Rechtsdurchsetzung, sondern auch dem Interesse der Geschädigten an Kompensation. Gibt die Rechtsordnung nicht das notwendige Handwerkszeug, droht die Verweigerung effektiven Rechtsschutzes und in letzter Konsequenz ein Eingriff in das an der Forderung bestehende Eigentumsgrundrecht.¹⁸ Deshalb bedarf es nicht nur der Existenz materiell-rechtlicher Ansprüche, sondern auch der realistischen Möglichkeit zu ihrer – ggf. auch klageweisen – Geltendmachung.

16 Podszun/Busch/Henning-Bodewig, Behördliche Durchsetzung des Verbraucherrechts?, Februar 2018, 70 f m.w.N.

17 *Morell*, Keine Kooperation ohne Konflikt, JZ 2019, 809 (813).

18 Vgl *Morell*, Kooperation (Fn 17) 812 ff.

C. De facto-Kollektivierungsmodelle

I. Innovationsmotor Privatwirtschaft

Bereits seit einigen Jahren reagiert die Privatwirtschaft auf das Bestehen materiell-rechtlicher Ansprüche, deren individuelle Durchsetzung nur bedingt Sinn ergibt. Es haben sich primär zwei Geschäftsmodelle etabliert:¹⁹ Für Ansprüche, deren Voraussetzungen von eindeutigen, gut in Datenbanken fassbaren Größen abhängen, wird eine letztlich zwar individuelle, aber größtenteils automatisierte Anspruchsdurchsetzung angeboten.²⁰ Als Beispiel sei *Flightright*²¹ zur Durchsetzung des sich aus Art. 6 Fluggast-VO bei Verspätung von Flügen ergebenden Entschädigungsanspruchs genannt. Die zweite Art von Geschäftsmodellen zeichnet sich durch Kollektivierungsbestrebungen aus. Weil manche Ansprüche an ein im Kern identisches Geschehen wie den Abgasskandal oder bestimmte Kartelle anknüpfen, bietet sich ihre gebündelte Durchsetzung an. In diesem Bereich werden Unternehmen wie *myRight*²² und *Cartel Damage Claims*²³ mit einer Art „Sammelklage“ tätig. Da das zweite Geschäftsmodell ebenfalls zu einer weitestgehend digitalisierten Möglichkeit der Rechtsdurchsetzung führt,²⁴ hat sich für beide der Oberbegriff der *Legal Tech*-Unternehmen eingebürgert.²⁵

Im Folgenden soll der Fokus auf den Kollektivierungsmodellen liegen. Obwohl sie im Detail variieren, weisen sie doch wiederkehrende Charakteristika auf: Grundlage sind Abtretungen an eine als Sammelstelle fungierende Rechtsperson. Diese wendet sich an den Rechtsverletzer und fordert die Summe aller Ansprüche – wenn erforderlich auch klageweise – ein. Wirtschaftlich betrachtet basiert das Modell auf einem Erfolgshonorar: Wenn es der Sammelstelle gelingt, den An-

19 Hartung, Der Regierungsentwurf zum Legal Tech Inkasso – hält er, was er verspricht?, AnwBl 2021, 152 (152 f).

20 Ähnlich Hoch/Hendricks, Das RDG und die Legal Tech-Debatte: Und wo bleibt das Unionsrecht?, VuR 2020, 254 (256).

21 <https://www.flightright.de/>.

22 <https://www.myrightright.de/>.

23 <https://carteldamageclaims.com/>.

24 Stadler, Verbraucherschutz durch die erneute Reform des Rechtsdienstleistungsgesetzes?, VuR 2021, 123 (124).

25 Zum Begriff *Legal Tech* iwS siehe Breun-Goerke, Legal Tech – Ist nun alles geklärt?, WRP 2020, 1403.

spruch erfolgreich geltend zu machen, erhält sie einen zuvor festgelegten Prozentsatz und der Betroffene den anderen Teil. Damit liegt kein echter Rechtskauf, sondern eine bloß treuhänderische Abtretung vor. Scheitert die Durchsetzung, entstehen dem Betroffenen zumeist keine Kosten – die Sammelstelle bietet eine Freistellung an. Zur Finanzierung der Geschäftsaktivitäten bedient sich die Sammelstelle in einigen Fällen eines Prozessfinanzierers.²⁶

Die de facto-Kollektivierungsmodelle senken den Aufwand des Geschädigten, reduzieren sein Risiko und seine Kosten auf einen Betrag nahe null. Eine Bündelung durch Inkassoessionen in Kombination mit *Legal Tech* ist daher dazu geeignet, der rationalen Apathie des Geschädigten entgegenzutreten.²⁷ Die Betroffenen erhalten zwar nicht den vollen, aber eben einen gewissen Betrag. Wegen steigender Skalenerträge kann ein gewinnbringendes Geschäftsmodell zur Anspruchsdurchsetzung angeboten werden. Gleichzeitig wird durch die Bündelung das Machtgefälle zwischen Beklagtem und Kläger angeglichen und die Justiz in ihrer Gesamtheit entlastet.²⁸ Die Privatwirtschaft hat folglich ihrerseits bereits eine Antwort auf die Frage nach der effektiven Durchsetzung vieler gleichgelagerter, materiell-rechtlicher Ansprüche gefunden.

II. Rechtliche Angriffspunkte

Dogmatisch betrachtet standen die de facto-Kollektivierungsmodelle allerdings auf einem schwachen Fundament. Dies griffen die Instanzgerichte auf und wiesen regelmäßig Klagen ab.²⁹ Während Kritikpunkte, die an die Unvereinbarkeit mit übergeordneten Prinzipien der Rechtsordnung anknüpfen, entweder vermeidbar waren³⁰ oder von den Ge-

26 Vgl. zum gesamten Absatz zB. LG Hannover 4.5.2020, 18 O 50/16, juris (Rn 2 ff, 99 ff); LG München I 28.6.2019, 37 O 18505/17, juris (Rn 4 ff, 87 ff).

27 Vgl. BGH 13.7.2021, II ZR 84/20, juris (Rn 33) – *Airdeal*.

28 Siehe aber LG München I 7.2.2020, 37 O 18934/17, juris (Rn 179 f), das umgekehrt die Überlastung einzelner Kammern befürchtet.

29 Für einen Überblick siehe *Prütting*, Das Drama um das Legal-Tech-Inkasso, ZIP 2020, 1434 (1435 ff); Der Referentenentwurf zum Rechtsdienstleistungsmarkt, ZIP 2021, 269 (271 f).

30 So die Sittenwidrigkeit der Abtretung wegen fehlender Solvenz des Zessionars (vgl. OLG Düsseldorf 18.2.2015, VI-U (Kart) 3/14, juris (insb. Rn 37 ff)).

richten nicht übernommen wurden,³¹ wurzelten die kritischeren Angriffe im 2007 verabschiedeten Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG). Wie aus seinem § 3 hervorgeht, sind Rechtsdienstleistungen grundsätzlich verboten. Das RDG wie auch andere Gesetze sehen allerdings Erlaubnistatbestände vor. Selbst wenn sich das Geschäftsmodell eines *Legal Tech*-Unternehmens unter einen Erlaubnistatbestand subsumieren lässt, kann es aber immer noch aufgrund von § 4 RDG unzulässig sein, wenn der Rechtsdienstleister einem hinreichend gewichtigen Interessenskonflikt ausgesetzt ist, weil er beispielsweise Verträge mit unterschiedlichen Personen schließt, die ihn zu entgegengesetztem Verhalten anhalten.

Konkrete Angriffspunkte waren, dass Rechtsdienstleister – um überhaupt in den Anwendungsbereich der Erlaubnistatbestände des RDG zu fallen – keine gerichtlichen Tätigkeiten ausüben dürfen, sondern sich auf den außergerichtlichen Bereich beschränken müssen. Damit schien es in Widerspruch zu stehen, wenn z. B. eine der FAQ auf der Homepage von *financialright claims* lautete: „Sammelklagen gibt es doch gar nicht, oder?“ und der Leser als Antwort erfuhr: „Doch, mit uns schon.“³²

Im Hinblick auf den letztlich einzig relevanten Erlaubnistatbestand des § 10 RDG iVm. § 2 Abs. 2 RDG war problematisch, ob sich das Geschäftsmodell der *Legal Tech*-Unternehmen noch unter das Tatbestandsmerkmal des Inkassos subsumieren lässt. Die ein Inkasso ablehnende Argumentation ging dahin, dass es für sich genommen zwar nicht ausreiche, dass zuvor eine Anspruchsprüfung vorgenommen³³ und Beratungsleistungen erbracht werden,³⁴ die vorgenommene Rechtsprüfung

31 Siehe zB. zur Unvereinbarkeit von Masseninkasso mit der Rechtsordnung LG Braunschweig 30.4.2020, 11 O 3092/19, juris (Rn 94 ff) oder zur Rechtsmissbräuchlichkeit wegen Ausnutzung der Streitwertdeckelung LG München I (Fn 28) Rn 63, 131 ff.

32 <https://truck-damages.com/de/#faq>. Konkret zur FAQ siehe LG München I (Fn 26) Rn 159. Ähnlich KG, 3.4.2020, 14 U 156/19, unveröffentlicht; LG Augsburg 27.10.2020, 11 O 3715/18, juris (Rn 88). In der Literatur siehe Prütting, Legal-Tech-Inkasso (Fn 29) 1439. Siehe aber Petrasincu/Unseld, Die Bedeutung der RDG-Novelle für das abtretungsbasierte Sammelinkasso, RDi 2021, 361 Rn 20 ff, die darauf hinweisen, dass sich die Ausführungen von BGH 27.5.2020, VIII ZR 45/19, juris (Rn 47 f) – *Lexfox IV* durchaus so verstehen lassen, dass alles zulässig ist, was keine Prozesshandlungen sind.

33 BGH 27.11.2019, VIII ZR 285, juris (Rn 152 f).

34 LG München I (Fn 28) Rn 172.

zu komplex³⁵ oder die Forderung bestritten sei.³⁶ Die Kumulation dieser Aspekte führe aber zu einer zu weiten Entfernung vom typischen Inkassoleitbild.³⁷ Zum Teil wurde auch die spätere gerichtliche Durchsetzung als weiterer Entfernungsgrund genannt.³⁸

Schließlich hoben die Gerichte auf § 4 RDG und die von ihm sanktionierten Interessenskonflikte ab: Nachdem der BGH in seinem Grundsatzurteil *Lexfox I* klargestellt hatte, dass Erfolgshonorare und Kostenfreistellung für sich gesehen wie auch in Verbindung mit einem widerruflichen Vergleich nicht für einen Interessenskonflikt ausreichen,³⁹ konzentrierte sich die Kritik auf Klauseln zu (faktisch) unwiderruflichen Vergleichen,⁴⁰ die Verpflichtung gegenüber einer Vielzahl von Zedenten⁴¹ sowie die Einschaltung eines externen Prozessfinanzierers.⁴²

Keine dieser Auslegungen war zwingend.⁴³ Aufgrund der offenen Fragen bestand jedoch große Rechtsunsicherheit.

III. Das Legal Tech-Gesetz – (k)eine Antwort

Nach seiner Gesetzesbegründung versucht das im Juni 2021 vom Bundestag verabschiedete Gesetz zur Förderung verbrauchergerichteter Angebote im Rechtsdienstleistungsmarkt – oft auch als *Legal Tech-Gesetz* bezeichnet – Antworten zu geben.

35 LG Braunschweig (Fn 31) Rn 81 ff; a.A. LG Hannover (Fn 26) Rn 171; 1.2.2021 – 18 O 34/17, juris (Rn 296 ff).

36 LG Braunschweig (Fn 31) Rn 73 ff.

37 LG Hannover (Fn 26) Rn 165; (Fn 35) Rn 290 ff.

38 LG Hannover (Fn 26) Rn 155 ff; LG München I (Fn 28) Rn 158 f.

39 BGH (Fn 33) Rn 176 ff, 187 ff – *Lexfox I*; 8.4.2020 – VIII ZR 130/19, juris (Rn 60 ff) – *Lexfox II*; LG Braunschweig (Fn 31) Rn 97 ff.

40 LG Augsburg (Fn 32) Rn 95; LG Ingolstadt 7.8.2020, 41 O 1745/18, juris (Rn 3038 ff).

41 Vgl LG München I (Fn 26) Rn 175 ff; siehe aber *Morell*, „Mietright“ und die Abtretungssammelklage, ZWeR 2020, 328 (341), dass die Bündel für eine wirkliche Gefahr im deutschen (anders als im US-amerikanischen) Recht nicht hinreichend heterogen seien.

42 LG München I (Fn 28) Rn 181 ff; a.A. LG Braunschweig (Fn 31) Rn 104.

43 Siehe nur *Morell*, Kooperation (Fn 17); Rage against the machine – Verstößt Legal-Tech-Inkasso gegen das Rechtsdienstleistungsverbot?, WM 2019, 1822 ff.

Zum Problem, ob die Gesetzesnovelle die Abgrenzung zwischen außergerichtlichen und gerichtlichen Rechtsdienstleistungen präzisiert, heißt es im Begründungsteil allerdings, dass die Novelle dazu keine Regelung treffe.⁴⁴ Im Anschluss findet sich:

„Soweit Inkassodienstleister ihren Auftraggebern im Anschluss an eine außergerichtlich beziehungsweise im gerichtlichen Mahnverfahren erfolglose Forderungseinziehung weitere Dienstleistungen wie insbesondere die Beauftragung einer Rechtsanwältin oder eines Rechtsanwalts mit einer Klageerhebung und gegebenenfalls auch eines Prozessfinanzierers anbieten, dürfte zunächst zu prüfen sein, ob derartige Leistungen überhaupt Rechtsdienstleistungen darstellen, was bei den vorgenannten Leistungen sehr fraglich erscheint.“

Durch die Präzisierung „im Anschluss an“ und den Hinweis auf die bloße Mandatierung des Rechtsanwalts scheint der Gesetzgeber nur die im *LexFox I*-Urteil thematisierte Variante der gerichtlichen Geltendmachung als Annex zu sehen. Ähnlich verhält es sich mit den später folgenden Ausführungen: „Es ist durch die Rechtsprechung geklärt, dass Inkassodienstleister [...] Forderungen grundsätzlich auch gerichtlich einklagen können. [...] Ob die Tätigkeit eines Inkassodienstleisters auch auf ein gerichtliches Vorgehen ausgerichtet ist, kann für den Inkassobegriff daher keine Rolle spielen.“⁴⁵ Zwar lassen sich die Formulierungen – insbesondere unter Berücksichtigung von *LexFox IV*⁴⁶ – so verstehen, dass ein auf ein gerichtliches Vorgehen gerichtetes Modell zulässig sein soll.⁴⁷ Das ist aber nicht zwingend.⁴⁸

Die Frage, ob sich die neueren Modelle noch unter Inkasso subsumieren lassen, wird zwar direkt zu Beginn der Gesetzesbegründung aufgegriffen und festgestellt, dass sie „teilweise erheblich“ vom klassischen Inkassoverständnis abweichen.⁴⁹ Deshalb ergänzt Art. 3 Nr. 2 den § 2 Abs. 2 S. 1 RDG um die Wörter „einschließlich der auf die Einziehung bezogenen rechtlichen Prüfung und Beratung“ und im Umkehrschluss sol-

44 RegE *Legal Tech*-Gesetz, BT-Drs. 19/27673, 21.

45 RegE *Legal Tech*-Gesetz, BT-Drs. 19/27673, 61.

46 BGH (Fn 32) Rn 47 f – *Lexfox IV*.

47 So *Hartung*, Regierungsentwurf (Fn 17) 156; *Petrascu/Unsel*, RDG-Novelle (Fn 32) Rn 28 ff.

48 Vgl. zum RefE LG Hannover (Fn 35) Rn 318 ff; zu *LexFox I* siehe *Prütting*, Legal-Tech-Inkasso (Fn 29) 1439.

49 RefE *Legal Tech*-Gesetz, 12; RegE *Legal Tech*-Gesetz, BT-Drs. 19/27673, 16.

len andere Tätigkeiten ausgeschlossen sein.⁵⁰ Dabei werden jedoch nahezu ausschließlich die von den *LexFox*-Urteilen thematisierten Aspekte aufgegriffen und teilweise bestätigt, teilweise verneint.⁵¹ Das von der Rechtsprechung monierte Problem einer Kumulation zu vieler neben der Forderungseinziehung bestehender Faktoren wird nicht adressiert. An einer klärenden Definition fehlt es deshalb nach wie vor.⁵²

Im Hinblick auf mögliche Interessenskonflikte behandelt das Gesetz zwar die Problematik um Erfolgshonorare und Kostenfreistellungen.⁵³ Diese Konstellation wurde indes bereits vom BGH entschieden. Hierin ist also lediglich eine Bestätigung der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung zu sehen. Zur Frage mehrerer Zedenten und bindender Vergleiche gibt es keine explizite Stellungnahme, allerdings sehen der neue § 13b Abs. 1 Nr. 3 lit. a und d RDG Informationspflichten des Dienstleisters zur Widerruflichkeit von Vergleichen und zu Vergleichen über mehrere Ansprüche vor. Das spricht dafür, dass beides keinen hinreichend gewichtigen Interessenskonflikt i. S. des § 4 RDG begründet.⁵⁴

Als Antwort auf die Prozessfinanzierer-Problematik soll Art. 3 Nr. 3 des *Legal Tech*-Gesetzes § 4 RDG um einen weiteren Satz ergänzen: *„Eine solche Gefährdung ist nicht schon deshalb anzunehmen, weil aufgrund eines Vertrags mit einem Prozessfinanzierer Berichtspflichten gegenüber dem Prozessfinanzierer bestehen.“* Dass reine Informationspflichten ausgenommen sind, war im Vergleich zur drängenderen Frage der Einflussmöglichkeiten aber ohnehin der geringere Kritikpunkt. Zu letzterem verweist die Gesetzesnovelle hingegen auf die Einzelfallprüfung.⁵⁵

Mithin bezieht das Gesetz zur Förderung verbrauchergerichteter Angebote im Rechtsdienstleistungsmarkt zu den sich ergebenden Problemen zwar Stellung. Die Ausführungen lassen jedoch Interpretations-

50 RegE *Legal Tech*-Gesetz, BT-Drs. 19/27673, 20.

51 Vgl. *Prütting*, Referentenentwurf (Fn 29) 272.

52 Vgl. *Fries*, De minimis curat mercator: Legal Tech wird Gesetz, NJW 2021, 2537 (Rn 6): „*wolkig*“. Ferner *Lemke*, Legal Tech-Gesetz: Vom Ansatz verfehlt und nicht verbrauchergerichtet, RDt 2021, 224 (Rn 16).

53 RegE *Legal Tech*-Gesetz, BT-Drs. 19/27673, 13.

54 So auch *Petrasincu/Unseld*, RDG-Novelle (Fn 32) Rn 35.

55 RegE *Legal Tech*-Gesetz, BT-Drs. 19/27673, 39. Weil das RDG nicht der richtige Regelungsort sei zustimmend *Stadler*, Verbraucherschutz (Fn 24) 126. Siehe aber *Petrasincu/Unseld*, RDG-Novelle (Fn 32) Rn 45, die in den Ausführungen eine Absage an bloß faktischen Zwang sehen.

spielraum. Die für die *Legal Tech*-Unternehmen und für die Geschädigten bestehende Rechtsunsicherheit beseitigt die Gesetzesnovelle deshalb nicht in hinreichendem Maß.⁵⁶

IV. Das *Airdeal*-Urteil des BGH – ein Rundumschlag

Nichtsdestoweniger hat sich die Situation entschärft. Dies ist allerdings nicht auf weitergehendes gesetzgeberisches Engagement, sondern ein zweites Grundsatzurteil des BGH zurückzuführen. Hintergrund war die *Air Berlin*-Insolvenz: Die Klägerin hatte sich von sieben Kunden Schadensersatzansprüche gegen den *Executive Director* des insolventen Unternehmens abtreten lassen und versuchte sodann, diese klageweise geltend zu machen. Dadurch erhielt der BGH Gelegenheit, zu den um die §§ 3 und 4 RDG drängenden Problemen – direkt oder jedenfalls mittelbar – Stellung zu nehmen.⁵⁷

In aller Kürze: Die Eingrenzung des RDG auf außergerichtliche Rechtsdienstleistungen sei adressatenbezogen zu verstehen. Lediglich Prozesshandlungen seien ausgenommen.⁵⁸ Das Auftreten als Klagevehikel stehe – unter ordnungsgemäßer Beteiligung eines Rechtsanwalts – im Einklang mit dem RDG.⁵⁹ Insgesamt stelle die enge Auslegung des Inkasso-Begriffes einen nicht gerechtfertigten Eingriff in die Berufsfreiheit der *Legal Tech*-Unternehmen dar.⁶⁰ Zwischen den Zeilen schwingt mit, dass auch die Kumulation vieler vom „klassischen“ Inkasso-Begriff abweichender Faktoren keine Unzulässigkeit bewirkt. Im Hinblick auf § 4 RDG führen weder andere Zedenten noch unwiderrufliche Vergleichsregelungen zu einem hinreichend gewichtigen Interessenswider-

56 Vgl. Dux-Wenzel/Quaß, Gebündelte Klagen statt Sammelklagen?, DB 2021, 717 (721): „will der RegE bewusst nicht regeln“.

57 BGH (Fn 27) – *Airdeal*. Ausführlich hierzu: Bauermeister, 2 zu 0 für die Legal Tech-Abtretungsmodelle, ZIP 2021, 2625; Prütting, Zulässigkeit des Sammelklage-Inkassos, EWiR 2021, 549; Skupin, Gebündelte Durchsetzung zedentenverschiedener Forderungen zulässig, GRUR-Prax 2021, 546; Stadler, Zulässigkeit von Inkasso-Bündelungs- und Finanzierungsmodellen nach RDG, RDI 2021, 513.

58 BGH (Fn 27), Rn 18 f – *Airdeal*.

59 BGH (Fn 27), insb. Rn 29, 32 ff, 37 – *Airdeal*.

60 BGH (Fn 27), Rn 22 ff – *Airdeal*.

spruch.⁶¹ Zur Thematik der externen Prozessfinanzierer wurde nicht explizit Stellung bezogen. Nachdem sich hier jedoch die Argumente zu Erfolgshonoraren und unterschiedlichen Anreizen zum Vergleichsschluss wiederholen, schwingt ihre Billigung mit.

Allenfalls ein kritischer Punkt verbleibt: Zum in der Literatur vorgebrachten Einwand, die de facto-Kollektivierungsmodelle bewirkten eine Umgehung der Musterfeststellungsklage, führt der BGH aus, dass sich aus den Gesetzgebungsmaterialien kein gesetzgeberischer Wille ergebe, zum Zweck der Gewinnerzielung erhobene kollektive Rechtsdurchsetzungsmodelle zu untersagen.⁶² Ab Ablauf ihrer Anwendungsfrist zum 25. Juni 2023 existiert mit der Verbandsklagen-Richtlinie jedoch ein europäischer Rechtsakt, der ebenfalls für *Non Profit*-Modelle votiert. Für die Zukunft besteht deshalb ein gewisses Risiko, dass der EuGH zu dem Ergebnis kommt, dass die de facto-Kollektivierungsmodelle zur Verbandsklagen-Richtlinie im Widerspruch stehen.⁶³

V. Zwischenergebnis

Die de facto-Kollektivierungsmodelle verstoßen grundsätzlich nicht gegen das RDG. Zwar steht dem EuGH ab dem 25. Juni 2023 das letzte Wort zu, bis dahin lautet das Fazit allerdings: Die private Rechtsdurchsetzung 2.0 gibt es bereits.

D. Gesetzgeberische Bemühungen

Nach ihren jeweiligen Begründungen wollen allerdings auch die Musterfeststellungs- und die europäische Verbandsklage die Kollektivierungslücke füllen. Nimmt man die de facto-Kollektivierungsmodelle mit dem *Airdeal* -Urteil des BGH als gegeben an, existieren für Deutschland folglich mindestens zwei Arten der allgemeinen „Sam-

61 BGH (Fn 27), Rn 45 ff – *Airdeal*.

62 BGH (Fn 27), Rn 43 f – *Airdeal*.

63 *Bauermeister*, 2 zu 0 (Fn. 57), 2628 f. Vgl. ferner *Röthemeyer*, Die neue Verbandsklagen-Richtlinie, VuR 2021, 43 (47 f). Siehe aber *Hoch/Hendricks*, Unionsrecht? (Fn 20) 259 f, die sogar zu dem Ergebnis kommen, dass der Effektivitätsgrundsatz die Zulässigkeit der de facto-Kollektivierungsmodelle gebietet.

melklage“.⁶⁴ Je nachdem, wie die Verbandsklagen-Richtlinie umgesetzt wird, kommt ggf. eine weitere hinzu.

Ob ihres Anspruchs stellt sich die Frage, ob es sich bei Musterfeststellungs- und EU-Verbandsklage um genauso oder sogar effektivere Instrumente als die de facto-Kollektivierungsmodelle handelt – oder ob sie nicht vielmehr einen Rückschritt darstellen.

I. Die Musterfeststellungsklage – eine halbe Sache?

§ 606 Abs. 1 S. 1 ZPO beschreibt die Musterfeststellungsklage (MFK) dergestalt, dass mit ihr „qualifizierte Einrichtungen die Feststellung des Vorliegens oder Nichtvorliegens von tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen für das Bestehen oder Nichtbestehen von Ansprüchen oder Rechtsverhältnissen (Feststellungsziele) zwischen Verbrauchern und einem Unternehmer begehren“ können. Durch diese Formulierung offenbaren sich drei ihrer zentralen Nachteile:⁶⁵ Sie ist auf Verbraucher beschränkt, nur qualifizierte Einrichtungen können Klage erheben und vor allem kommt es lediglich zu einem Feststellungsurteil. Sie ist also nur der erste Schritt eines zweistufigen Verfahrens. Ergeht ein feststellendes Urteil, obliegt es sodann dem Geschädigten, eine individuelle Leistungsklage anzustrengen.

Dass es sich dabei nicht nur um theoretische, sondern praktische Nachteile handelt, zeigt die Zahl der bisher erhobenen Klagen: Statt der vom Gesetzgeber prognostizierten 450 Klagen pro Jahr⁶⁶ waren es 2019 vier und 2020 sieben.⁶⁷

64 Hinzu kommen das Kapitalanlegermusterverfahren als spezielle Form der Gruppenklage sowie verschiedene Unterlassungs-, Einziehungs- und Gewinnabschöpfungsklagen durch Verbände (siehe *Meller-Hannich*, Gutachten A (Fn 14) A 13; *Wambach/Dressel*, Die neue europäische Verbandsklage als Ende des Kapitalanlegermusterverfahrens?, ZIP 2021, 1149 ff).

65 Zu weiteren Problemen: *Gsell/Meller-Hannich*, Gutachten Verbraucherzentrale Bundesverband, 4.2.2021 (18); *Klose*, Handlungsbedarf beim Verbraucherschutz durch die Musterfeststellungsklage, NJ 2021, 202 ff; *Langheid*, Muster ohne Wert – Die Musterfeststellungsklage im Praxistest, VersR 2020, 789 ff.

66 RegE MFK, BT-Drs. 19/2439, 3, 19.

67 https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/Klageregister/Bekanntmachungen/Klagen_node.html, Stand: 28.7.2021.

In der Parlamentsdebatte hatte die damalige Bundesjustizministerin *Katarina Barley* ausgeführt, dass man sich in einer „*Situation ‚David gegen Goliath‘ – die einzelnen Nutzerinnen und Nutzer gegen die geballte Wirtschaftsmacht und die Unternehmen*“ befände.⁶⁸ Darin lässt sich der Grund für die Begrenzung auf Verbraucher deutlich erkennen: Die MFK sollte vor allem eingeführt werden, um das zwischen Verbrauchern und Unternehmern wahrgenommene Machtgefälle auszugleichen. Demgegenüber hebt die Gesetzesbegründung darauf ab, dass „[i]n einem durch standardisierte Massengeschäfte geprägten Wirtschaftsleben [...] unrechtmäßige Verhaltensweisen von Anbietern häufig eine Vielzahl gleichartig geschädigter Verbraucherinnen und Verbraucher [hinterlassen].“⁶⁹ Das trifft zu, ist aber nur die halbe Wahrheit. Durch gleichartige Verhaltensweisen werden auch Unternehmer geschädigt. Wie bereits unter B.II. ausgeführt, besteht aufgrund der unterschiedlichen Bedeutung des Verfahrens für den Einzelkläger und dem sich vielen gleichgelagerten Ansprüchen ausgesetzten Beklagten auch zwischen Unternehmen ein strukturelles Ungleichgewicht. Deshalb ist es selbst für größere Unternehmen mit gar nicht so geringen Schadensbeträgen rational, sich an einer Form der Sammelklage zu beteiligen. Indem sich die Musterfeststellungsklage auf Verbraucher beschränkt, adressiert sie also nur eine Hälfte der für sie relevanten Zielgruppe.⁷⁰

Weiterhin sind nur sog. qualifizierte Einrichtungen klagebefugt.⁷¹ Dabei handelt es sich um die in § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 UKlaG bezeichneten Stellen, an die § 606 Abs. 1 S. 2 ZPO allerdings noch weitere Anforderungen stellt. Besonders zentral sind die unter Nr. 3 und 4 genannten Merkmale: Die Einrichtungen müssen sich primär auf nicht gewerbsmäßige aufklärende oder beratende Tätigkeiten konzentrieren und dürfen die Klage nicht zur Gewinnerzielung erheben. Damit darf die qua-

68 Deutscher Bundestag, 24. Sitzung, 23.3.2018, Plenarprotokoll 19/24, 2168.

69 RegE MFK, BT-Drs. 19/2439, 1, 13.

70 Deshalb für eine Erweiterung: *Meller-Hannich*, Gutachten A (Fn 14) A 49, 71 f; *Merkt/Zimmermann*, Die neue Musterfeststellungsklage: Eine erste Bewertung, *VuR* 2018, 363 (365); *Scholl*, Die Musterfeststellungsklage nach §§ 606 ff ZPO, *ZfPW* 2019, 317 (338 f). Vgl darüber hinaus *Freitag/Lang*, *ZZP* 132, 329 (344 f); *Röthemeyer*, Zweieinhalb Jahre Musterfeststellungsklage – eine Zwischenbilanz im Spiegel der Rechtsprechung, *BKR* 2021, 191 (194), die bemängeln, dass keine c2c-Geschäfte erfasst sind.

71 Kritisch und deshalb für eine Erweiterung jedenfalls um private Kläger: *Meller-Hannich*, Gutachten A (Fn 14) A 50, 76 ff.

lifizierte Einrichtung weder durch die MFK noch überhaupt ein Geschäftsmodell verfolgen – nach Ansicht des BGH sind selbst umfassende Abmahntätigkeiten hinderlich.⁷² Und sogar eine Professionalisierung auf MFK scheidet aufgrund der primär aufklärenden und beratenden Tätigkeit aus.⁷³

Es stellt sich also die Frage, woher die qualifizierte Einrichtung die Ressourcen nehmen soll, um das angeprangerte Machtgefälle auszugleichen.⁷⁴ Mangels Profitmöglichkeit ist für einen Prozessfinanzierer faktisch kein Raum.⁷⁵ Betrachtet man die geringe Zahl der bisher erhobenen Klagen, war von 15 Fällen insgesamt sechs Mal die *Verbraucherzentrale Sachsen e.V.* und fünf Mal die *Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.* tätig.⁷⁶ Bei beiden handelt es sich um Vereine, deren Einnahmen zum weit überwiegenden Teil vom Sächsischen Staatsministerium für Soziales und Verbraucherschutz bzw. dem BMJV stammen.⁷⁷ Durch die Begrenzung auf öffentliche Mittel wird das Potenzial der Privatwirtschaft bewusst nicht genutzt.

Schließlich beschränkt sich die Musterfeststellungsklage  wie bereits ihr Name deutlich vor Augen führt  auf Feststellungsurteile. Ein Geschädigter muss im Anschluss also zwingend selbst tätig werden und den für ihn relevanten Betrag einfordern.⁷⁸ Da zu diesem Zeitpunkt bestimmte Rechtsfragen bereits geklärt sind, mag der Aufwand geringer sein als bei einem vollständigen Individualverfahren sein. In Relation zu den direkt zu einem Titel führenden de facto-Kollektivie-

72 BGH 17.11.2020, XI ZR 171/19, juris (Rn 24 ff).

73 B. Scholl, Musterfeststellungsklage (Fn 70) 333 f

74 Vgl Meller-Hannich, Gutachten A (Fn 14) A 88.

75 Siehe darüber hinaus BGH 13.9.2018, I ZR 26/17, juris – *Prozessfinanzierer I*; BGH 9.5.2019, I ZR 205/17, juris – *Prozessfinanzierer II*, wonach die Beteiligung eines Prozessfinanzierers im Rahmen einer Gewinnabschöpfungsklage rechtsmissbräuchlich sein soll.

76 https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/Klageregister/Be kanntmachungen/Klagen_node.html.

77 *Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.*, Jahresbericht 2020 (Mai 2021), 74; *Verbraucherzentrale Sachsen e.V.*, Jahresbericht im Corona-Jahr 2020 (31.3.2021), 57.

78 Einzig die von § 611 Abs. 1 ZPO vorgesehene Möglichkeit des Vergleichs bietet einen gewissen Ausweg, die bisher abgeschlossenen Vergleiche zeigen allerdings auch hier Defizite auf (ausführlich dazu Langheid, VersR 2020, 789 (793 f); Röthemeyer, Zweieinhalb Jahre (Fn 70) 195).

rungsmodellen bleibt die MFK dennoch einen entscheidenden Schritt zurück.⁷⁹

II. Die EU-Verbandsklage – besser gemeint, trotzdem nichts gewonnen?

Zumindest der letzte Punkt ist bei der EU-Verbandsklage (RL)⁸⁰ anders: Art. 7 Abs. 4 lit. b RL sieht explizit Abhilfeentscheidungen vor. Art. 9 Abs. 6 RL stellt klar, dass die Verbraucher direkt, also ohne weitere Klage, einen Anspruch auf die vorgesehene Abhilfe haben. Gegenüber der MFK geht sie deswegen einen Schritt in die richtige Richtung⁸¹ – allerdings auch nur einen. Sowohl die Begrenzung auf Verbraucher⁸² als auch die auf qualifizierte Einrichtungen als Kläger existiert hier ebenso.

Anders als bei der deutschen MFK ergibt die Begrenzung auf Verbraucher und darüber hinaus auf die im Anhang genannten Rechtsakte allerdings Sinn: Hinsichtlich der Regelungskompetenz gilt das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung. Weil das Prozessrecht grundsätz-

79 So auch *Meller-Hannich*, Gutachten A (Fn 14) A 54; *Stadler*, Musterfeststellungsklagen im deutschen Verbraucherrecht?, *VuR* 2018, 83 (84 f). Differenzierend dazu *Merkt/Zimmermann*, Musterfeststellungsklage (Fn 70) 368 f; *Scholl*, Musterfeststellungsklage (Fn 70) 337 f.

80 Richtlinie (EU) 2020/1828 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG, 25.11.2020, ABl. L 209 v. 4.12.2020, 1 ff.

81 Zustimmend *Augenhofer*, Die Reform des Verbraucherrechts durch den „New Deal“ – ein Schritt zu einer effektiven Rechtsdurchsetzung?, *EuZW* 2019, 5 (13); Die neue Verbandsklagen-Richtlinie – effektiver Verbraucherschutz durch Zivilprozessrecht?, *NJW* 2021, 113 (Rn 22). Umgekehrt weisen *Grewe/Stege-mann*, EU-Verbandsklagerichtlinie – Bekommt das Private Enforcement im Datenschutz jetzt Zähne?, *ZD* 2021, 183 (185) allerdings darauf hin, dass bei komplexen Schadensereignissen kollektive Leistungsklagen im Gegensatz zu einer bloßen Feststellungsklage ineffektiv sein können.

82 Siehe indes *Rentsch*, Grenzüberschreitender kollektiver Rechtsschutz in der Europäischen Union, *RabelsZ*, 85 (2021), 544 (547), die darauf hinweist, dass aufgrund der im Anhang genannten Produkthaftungsrichtlinie und DSGVO auch Unternehmer und Datensubjekte erfasst seien. Nachdem Art. 9 Abs. 1 die Wirkung von Abhilfeentscheidungen auf Verbraucher begrenzt und *ErwGr.* 14 expliziert, dass geschädigte Unternehmer nicht unter diese Richtlinie fallen, dürfte es sich dabei aber nur um indirekt durch Unterlassungsentscheidungen und eventuell noch die Verwendbarkeit als Beweismittel nach Art. 15 Begünstigte handeln.

lich in der Hand der Mitgliedstaaten liegt und der wohl näherliegende Art. 81 AEUV einen grenzüberschreitenden Bezug fordert, beruht die Verbandsklage auf Art. 114 iVm. Art. 169 AEUV, d.h. der Verwirklichung des Binnenmarktes und speziell dem Verbraucherschutz.⁸³ Der deutsche Gesetzgeber wäre allerdings nicht gehindert, die Richtlinie insofern überschießend umzusetzen.

Schwerer wiegt die Eingrenzung auf qualifizierte Einrichtungen.⁸⁴ Hier ist indes bereits zu Beginn zu differenzieren: Der Anforderungskatalog des Art. 4 Abs. 3 RL bezieht sich nur auf grenzüberschreitende Verbandsklagen, bei rein nationalen Klagen dürfen die Mitgliedstaaten eigene Kriterien aufstellen.⁸⁵ Nach seinem Buchstaben c dürfen die Einrichtungen keinen Erwerbszweck verfolgen. Wie bei der deutschen MFK stellt sich deshalb das Problem, wie eine qualifizierte Einrichtung in der Lage sein soll, entsprechende Verfahren zu stemmen.⁸⁶ Zwar sagt Art. 9 Abs. 7 S. 2 RL, dass die Mitgliedstaaten von den Verbrauchern nicht in Anspruch genommene Beiträge einem anderen Zweck und damit auch den klagenden Einrichtungen zuführen können. Dabei handelt es sich jedoch nur um einen eventuell und nicht im Voraus determinierbaren Betrag, der darüber hinaus im Belieben der Mitgliedstaaten steht.

Buchstabe e regelt zudem, dass die qualifizierte Einrichtung nicht dem Einfluss von Personen mit wirtschaftlichem Interesse unterliegen

83 Kritisch zur Rechtsgrundlage *Dangl*, Die EU-Richtlinie über Verbandsklagen – ein Ultra-vires-Akt?, EuZW 2020, 798 ff; *Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e. V.*, Stellungnahme RL (EU) 2020/1828, 18.6.2018 (3).

84 Vgl. *Röthemeyer*, Verbandsklagen-RL (Fn 63) 45 f, der darauf hinweist, dass „*Wirksamkeit und Effektivität [...] im Spannungsverhältnis zum Missbrauchsschutz*“ stehen.

85 Nach Art. 4 Abs. 4 RL müssen diese allerdings „*mit den Zielen dieser Richtlinie im Einklang stehen*“. Art. 1 Abs. 1 RL hebt die Kollektivinteressen von Verbrauchern und die Verhinderung von Klagemissbrauch hervor, sodass fraglich ist, inwieweit von den hier relevanten Kriterien *non profit* und Dritteinflussfreiheit abgewichen werden darf (ausführlich *Röthemeyer*, Verbandsklagen-RL (Fn 63) 45 f).

86 Vgl. *Basedow*, Trippelschritte zum kollektiven Rechtsschutz, EuZW 2018, 609 (612); *Biard/Kramer*, The EU Directive on Representative Actions for Consumers, ZEuP 2019, 249 (256).

darf.⁸⁷ Damit zusammenhängend normiert Art. 10 Abs. 1 RL, dass bei einer Drittfinanzierung Interessenskonflikte vermieden werden. Im Umkehrschluss heißt das zwar, dass Prozessfinanzierer grundsätzlich erlaubt sind.⁸⁸ Dies steht erstens jedoch unter dem Vorbehalt des mitgliedstaatlichen Rechts.⁸⁹ Nachdem die Verbraucher nach Art. 12 Abs. 2 RL nicht die Verfahrenskosten tragen und Art. 20 Abs. 3 SE-RL vorsieht, dass Verbraucher allenfalls eine moderate Beitrittsgebühr zahlen, stellt sich zweitens die Frage, wie ein an Gewinn interessierter Prozessfinanzierer diesen generieren soll.⁹⁰ Die ausgeurteilte Abhilfe scheint nach dem bereits angesprochenen Art. 9 Abs. 6 RL vollständig an die Verbraucher auszukehren zu sein, sodass eine Erfolgsbeteiligung ausgeschlossen sein dürfte.⁹¹ Im Hinblick auf die deutsche Umsetzung könnte sich außerdem die jüngere BGH-Rechtsprechung, die Prozessfinanzierer bei Gewinnabschöpfungsklagen ablehnt, als problematisch erweisen.⁹²

Gsell und *Meller-Hannich* schlagen für die Umsetzung in das deutsche Recht vor, dem unterlegenen Beklagten nach § 91 ZPO die Vergütung des Prozessfinanzierers als Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen.⁹³ Die *loser pays*-Regel ist mit Art. 12 Abs. 1 S. 1 RL bereits in der Richtlinie angelegt. ErwGr. 38 S. 5 RL nennt exemplarisch die Kosten eines Rechtsanwalts oder der Dokumentenübersetzung. Nachdem dies keine

87 Kritisch (noch zum RLV) *Halfmeier/Rott*, Verbandsklage mit Zähnen? – Zum Vorschlag einer Richtlinie über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher, VuR 2018, 243 (248).

88 Vgl. *Vollkommer*, EU-Verbrauchersammelklage, MDR 2021, 129 (Rn 62).

89 Deshalb kritisch *Augenhofer*, Verbandsklagen-RL (Fn 81) Rn 29. Vgl. *Gascón Inchausti*, A new European way to collective redress? Representative actions under Directive 2020/1828 of 25 November, GPR 2021, 61 (Rn 63); *Lühmann*, Anforderungen und Herausforderungen der RL (EU) 2020/1828 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen von Verbrauchern, ZIP 2021, 824 (836), die insgesamt kritisieren, dass die Richtlinie zu sehr auf Mindestharmonisierung setze.

90 Vgl. *Augenhofer*, Verbandsklagen-RL (Fn 81) Rn 29; *Gsell/Meller-Hannich*, Gutachten (Fn 65) 49; *Lühmann*, RL (EU) 2020/1828 (Fn 89) 833. Ähnlich zum RLV siehe *Augenhofer*, Reform Verbraucherrecht (Fn 81) 12.

91 Siehe aber *Halfmeier/Rott*, Mit Zähnen? (Fn 87) 247 (noch zum RLV), nach denen dies mit vorheriger Verbraucherzustimmung möglich sein soll.

92 Vgl. BGH (Fn 75) – *Prozessfinanzierer I*; BGH (Fn 75) – *Prozessfinanzierer II*. Zu Recht kritisch *Stadler*, Sittenwidrigkeit der Prozessfinanzierung eines gemeinnützigen Verbraucherschutzverbandes, JZ 2019, 203 ff.

93 *Gsell/Meller-Hannich*, Gutachten (Fn 65) 49.

abschließenden Beispiele sind, würden sie einer auf die Prozessfinanzierung erweiterten Umsetzung wohl nicht entgegenstehen. Die Gesamtschau mit Art. 20 RL und dem zugehörige ErwGr. 70 RL deutet jedoch in eine andere Richtung, da diese für die qualifizierten Einrichtungen (nur) Prozesskostenhilfe und öffentliche Mittel vorsehen. Hier fügt sich ErwGr. 38 S. 2 RL in das Bild ein, nach dem unnötigerweise verursachte Kosten nicht von der *loser pays*-Regel erfasst sind. Vor allem aber sieht Art. 12 Abs. 1 S. 2 RL vor, dass die Kostentragung „nach Maßgabe der im geltenden nationalen Recht für Gerichtsverfahren im Allgemeinen vorgesehenen Bedingungen und Ausnahmen“ geregelt werden muss. Selbst wenn die Richtlinie die Auferlegung der Prozessfinanziererkosten zuließe, müsste § 91 ZPO folglich allgemein und nicht bloß für Verbandsklagen erweitert ausgelegt werden.⁹⁴

Darüber hinaus weisen *Gsell* und *Meller-Hannich* darauf hin, dass Gewinnabschöpfungsklagen dahingehend geändert werden sollten, dass der Gewinn an die klagenden Verbraucherverbände ausgekehrt wird.⁹⁵ Hier stellt sich allerdings die Frage, ob ein entsprechender Verbraucherverband noch die Kriterien des Art. 4 Abs. 3 lit. c RL erfüllt. Sowohl sein Wortlaut als auch ErwGr. 25 RL deuten nämlich darauf hin, dass die Verbände insgesamt keine Erwerbszwecke verfolgen dürfen. Ob das bei einer geänderten Gewinnabschöpfungsklage noch zu bejahen wäre, erscheint fraglich.⁹⁶

Damit bleibt auch die Verbandsklage hinter den de facto-Kollektivierungsmodellen zurück.⁹⁷ Zwar bringt sie im Ergebnis einen Titel, stellt aber für klagende Einrichtungen hohe Hürden auf. Selbst wenn sich Kläger finden, werden sie den Beklagten aufgrund ihrer geringeren monetären Ausstattung zudem strukturell unterlegen sein.

III. Ergebnis

Im Vergleich zu den de facto-Kollektivierungsmodellen stellen sowohl die Musterfeststellungs- als auch die EU-Verbandsklage einen Rück-

94 So auch *Lühmann*, RL (EU) 2020/1828 (Fn 89) 833.

95 *Gsell/Meller-Hannich*, Gutachten (Fn 65) 50.

96 Bzgl. der MFK und Abmahntätigkeiten ablehnend OLG Stuttgart 20.3.2019, 6 MK 1/18, juris (insb. Rn 51 ff, Rn 62 ff).

97 Vgl *Biard/Kramer*, EU Directive Representative Actions (Fn 86) 256.

schritt dar. Dabei handelt es sich bei dem auf Verbraucher beschränkten Personenkreis noch um den geringsten Problempunkt. Gravierender ist der für die klagenden Einrichtungen geringere Anreiz zum Tätigwerden. Zwar behalten die *Legal Tech*-Unternehmen einen Teil des Schadensersatzes ein. Ein Verbraucher stünde nach einer MFK und einer erfolgreichen eigenen Klage wie auch nach einer Verbandsklage also monetär besser. Allerdings führt gerade die Gewinnerzielungsmöglichkeit dazu, dass die Abtretungsmodelle für die sie durchführenden Unternehmen bzw. Einrichtungen attraktiv werden – ermöglicht also überhaupt den ersten Schritt.

Doch nicht nur für die zunächst handelnde Einrichtung bestehen größere Hürden, sondern auch für den profitierenden Verbraucher. Während das Abtretungsmodell eine kollektive Leistungsklage ermöglicht, bleibt die MFK auf halbem Weg bei einem Feststellungsurteil stehen. Die Verbandsklage führt immerhin risikofrei zu echten Leistungsurteilen. Auch beim Abtretungsmodell wird indes das Kostenrisiko ausgelagert. Dies geschieht zwar um den Preis einer Erfolgsbeteiligung. Vergleicht man diese Situation jedoch mit der einer gar nicht erhobenen Klage, steht der Geschädigte im Ergebnis immer noch besser.⁹⁸ Und für die Frage nach der privaten Rechtsdurchsetzung kommt es ohnehin nur darauf an, dass die entsprechende Klage überhaupt erhoben wird.

Sowohl die MFK als auch die Verbandsklage gehen die Herausforderungen der Kollektivierung folglich deutlich schlechter an als die bereits in der Praxis bestehenden Abtretungsmodelle. Beide sind in sich widersprüchlich, wenn sie einerseits konstatieren, dass zivilrechtliche Klagen der Rechtsdurchsetzung dienen und dass daraus ein praktisches Bedürfnis nach Kollektivierung folgt, auf der anderen Seite aber auf die gesetzgeberische Bremse treten, indem sie ein wirtschaftlich attraktives Geschäftsmodell verhindern. Während sich die *de facto*-Kollektivierungsmodelle bis auf Weiteres den Titel der privaten Rechtsdurchsetzung 2.0 verdient haben, stellen die MFK und die Verbandsklage nichts als Verhinderungsversuche von Getriebenen dar.

Der europäische wie der deutsche Gesetzgeber sollten erkennen, dass auch Recht Kapital⁹⁹ und es nicht *per se* verwerflich und der

98 Vgl BVerfG 20.2.2002, 1 BvR 423/99, juris (Rn 34).

99 *Fries*, Recht als Kapital, AcP 2021, 108 ff. Weiterführend: *Pistor*, The Code of Capital (2020).

erste Schritt zum Missbrauch ist, auf Rechtsdurchsetzung ein gewinnbringendes Geschäftsmodell aufzubauen. Erst wenn man es der klagenden Einrichtung erlaubt, durch ihr Tun Gewinne zu realisieren, wird effektiver Kollektivierung die Tür geöffnet. Eine gesetzliche Regelung könnte die aktuell bestehende Vielzahl an Varianten unter ein einheitliches Dach stellen. Dies brächte für die Geschädigten den Vorteil einer wesentlich transparenteren Rechtslage. Ob der außerdem mit einer gesetzlichen Regelung verbundenen höheren Rechtssicherheit könnte ein zukünftiges, gesetzlich verankertes Modell dann immerhin eine private Rechtsdurchsetzung 2.1 darstellen.

E. Zusammenfassende Thesen

1. Private Rechtsdurchsetzung bedarf nicht nur der Existenz materiell-rechtlicher Ansprüche, sondern auch der realistischen Möglichkeit zu ihrer Geltendmachung.
2. Im Kontext von Kollektivschädigungen hat die Privatwirtschaft mit ihren de facto-Kollektivierungsmodellen auf diese Herausforderung eine Antwort gefunden. Nachdem der BGH durch sein *Airdeal*-Urteil Rechtssicherheit geschaffen hat, existiert die private Rechtsdurchsetzung 2.0 bereits.
3. Ihrer Gesetzesbegründung nach haben auch die Musterfeststellungs- und die europäische Verbandsklage diesen Anspruch. Aber der Schein trügt: Weil sie nur Feststellungsurteile ermöglicht, bleibt die Musterfeststellungsklage auf halbem Weg stehen. Die Verbandsklage setzt wiederum alles daran, ein für die klagende Einrichtung ökonomisch sinnvolles Geschäftsmodell zu verhindern. Weder darf eine klageberechtigte Einrichtung zu Erwerbszwecken tätig werden, noch lässt die Richtlinie mangels Möglichkeit zu einem Erfolgshonorar oder einer anderen Form des Erlöses Raum für Prozessfinanzierer. Letztlich stellen sich beide Klagearten mehr als Verhinderungsversuche von Getriebenen denn als genuines gesetzgeberisches Engagement dar.
4. Für eine effektive Kollektivierung müssen der klagenden Einrichtung Gewinne erlaubt sein. Eine dies berücksichtigende gesetzliche Neuregelung hätte immerhin das Potenzial zu einer privaten Rechtsdurchsetzung 2.1.