

## § 2 Rechtsdurchsetzung

### A. Methodische Vorbemerkungen

#### I. Zur verhaltensökonomischen Grundannahme

Im weiteren Verlauf der Darstellung wird der Frage nachgegangen, wann 116  
ein Rechtsuchender sein Recht durchsetzt und zur Lösung eines Konfliktes  
das Recht wählt. Mit anderen Worten geht es um eine Entscheidungsfrage:  
Aus mehreren verfügbaren Modi der Konfliktbehandlung muss einer ge-  
wählt werden.<sup>339</sup> Legt man einen nicht völlig willkürlich handelnden Men-  
schen zugrunde, so erfordert diese Entscheidung die Existenz von Verhal-  
tensregeln, die die Entscheidungstheorie bereitstellen kann.<sup>340</sup> Abstrakter  
handelt es sich beim menschlichem Entscheidungsverhalten in zumindest  
auch wirtschaftlichen Situationen und somit auch in Konfliktsituationen  
um den Forschungsgegenstand der Verhaltensökonomik. Deren Erkennt-  
nisse ermöglichen der hiesigen Untersuchung einen fundierteren Blick auf  
die Frage, wann Menschen ihr Recht durchsetzen.

Da die Rechtswissenschaft noch kein eigenes Modell menschlichen Verhal- 117  
tens entwickelt hat,<sup>341</sup> wird nachfolgend im Ausgangspunkt auf das Modell  
des *homo oeconomicus*<sup>342</sup> zurückgegriffen. Einer solchen Untersuchung  
anhand eines präskriptiven Verhaltensmodells<sup>343</sup> sind allerdings die Gren-  
zen der „*bounded rationality*“<sup>344</sup> gesetzt: Je komplexer und unsicherer die

---

339 Zu Varianten menschlichen Konfliktverhaltens im Überblick *Dehe/P. Fischer*, ZKM 2018, 40.

340 *Henssler*, Risiko als Vertragsgegenstand, 233. Im Ergebnis ähnlich *Hacker*, Verhaltensökonomik und Normativität, 204.

341 *Eidenmüller*, JZ 2005, 216, 217; *Siebert-Reimer*, Anspruch auf Erstattung der Kosten der Prozessfinanzierung, III.

342 Vgl. im Überblick *H.-B. Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse des Zivilrechts, 95–103. S. ferner *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 31–34; *ders.*, JZ 2005, 216 ff.; *Hacker*, Verhaltensökonomik und Normativität, 29–40; *Siebert-Reimer*, Anspruch auf Erstattung der Kosten der Prozessfinanzierung, III–III.5.

343 *Siebert-Reimer*, Anspruch auf Erstattung der Kosten der Prozessfinanzierung, III–III, 121.

344 Hierzu ausführlich *Hacker*, Verhaltensökonomik und Normativität, 53–57, 71–79. Zu Rationalitätsgrenzen im Überblick *Dehe/P. Fischer*, ZKM 2018, 40, 41–43.

Umstände, desto weniger rational handelt ein Mensch.<sup>345</sup> Denn je komplexer und unsicherer die Umstände, desto weniger sicher sind gleichzeitig die Präferenzen und Restriktionen des Entscheidenden zu beurteilen. Das präskriptive Modellbild eines *homo oeconomicus* ist daher mittels eines deskriptiven Ansatzes<sup>346</sup> zu ergänzen.<sup>347</sup> Deswegen flankiert die folgende Untersuchung das Leitmodell des *homo oeconomicus* mit den Erkenntnissen der Rechtsmobilisierungsforschung hinsichtlich der hemmenden Faktoren bei der Rechtsdurchsetzung. Eine solche Vorgehensweise, die nicht nur auf theoretischen Modellannahmen, sondern gleichzeitig auf empirischen Beobachtungen beruht, hat sich als „Behavioural Law and Economics“ etabliert.<sup>348</sup>

- 118 Dergestalt werden im Folgenden die Abwägungsfaktoren des Entscheidungsprozesses zur Rechtsdurchsetzung umrissen, um ein empirisch möglichst realistisches Bild zu zeichnen, das als realwissenschaftliches Fundament dienen soll. Denn letzten Endes erfordert jede Entscheidung eine Abwägung.<sup>349</sup>

---

345 Simon, Administrative Behavior, passim, zitiert nach: Rehder/van Elten, ZfRS 2019, 64, 69. S. zur Kritik am *homo oeconomicus* und zu den modernen Einschränkungen desselben Eidenmüller, JZ 2005, 216, 218–221; Hacker, Verhaltensökonomik und Normativität, 40–59; H.-B. Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse des Zivilrechts, 103–116, insbesondere 103–104.

346 Also mittels eines Ansatzes, der sich aus der empirischen Beobachtung menschlichen Verhaltens speist, vgl. Henssler, Risiko als Vertragsgegenstand, 232–233.

347 Ähnlich für betriebswirtschaftliche Entscheidungen Henssler, Risiko als Vertragsgegenstand, 10: „Die Frage, wie betriebswissenschaftlich Entscheidungen in Risikosituationen getroffen werden sollten, läßt sich damit in der Theorie verhältnismäßig einfach beantworten. Die Anschlußfrage, weshalb in der Realität faktisch ganz andere Kriterien maßgeblich sind, ist demgegenüber komplex.“ Im Ergebnis ebenso zur rechtswissenschaftlichen Nutzbarkeit der entscheidungstheoretischen Erkenntnisse: Henssler, Risiko als Vertragsgegenstand, 237–241; H.-B. Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse des Zivilrechts, 116. Das war ebenfalls die Grundannahme der Untersuchung durch Jagodzinski/Raiser/Riehl, Rechtsschutzversicherung und Rechtsverfolgung, 14, 23–25. Eine solche methodische Grundannahme legt ferner Klose, Justiz als Wirtschaftsfaktor, 32–36, seiner Untersuchung zu Grunde.

348 Franck, in: Europäische Methodenlehre, 98, Rn. 11–12 mwN. Vgl. ferner Lurger, ZEuP 2018, 788, 803–805. Zur Entwicklung im Überblick Karampatzos, Private law, nudging & behavioural economic analysis, 3–8; vertiefend Hacker, Verhaltensökonomik und Normativität, 57–71.

349 Hacker, Verhaltensökonomik und Normativität, 193, 201.

## II. Zur Verallgemeinerungsfähigkeit der Empirie zu Verbrauchern auf andere Rechtsuchende

Die zur Ergänzung notwendige Empirie stellte teils zumindest begrifflich 119 Verbraucher in den Mittelpunkt ihrer Erforschung von Rechtsdurchsetzungshemmnissen. Insoweit fragt sich, ob die gewonnenen Erkenntnisse auf andere Rechtsuchende übertragbar<sup>350</sup> sind und diese daher zur Ergänzung des oben dargestellten Modells tauglich sind, da der Verbraucherbegriff immerhin seit dem 30.06.2000 normativ zentral und europarechtlich determiniert<sup>351</sup> in § 13 BGB definiert wird.

Eine solche Verallgemeinerung ist geboten. Denn es handelt sich bei „Verbraucher“ um einen sozioökonomischen Begriff, nicht um einen genuin rechtlichen, der seinen Weg über die Politik ins Recht gefunden hat.<sup>352</sup> Seine normative Bedeutung erhält er erst durch Zuweisung des Gesetzgebers.<sup>353</sup> Anknüpfungspunkt für die Zuweisung sind nicht objektiv beweisbare, absolute Merkmale, die der Person dauerhaft anhaften. Vielmehr werden Personen durch §§ 13, 14 BGB situativ-relativ einer der beiden vorgesehenen Rollen (Verbraucher oder Unternehmer) zugeordnet.<sup>354</sup> Der normative Begriff charakterisiert also nicht zwingend den Menschen als solchen, sondern beschreibt nur eine konkrete Situation, in der sich die Person im maßgeblichen Zeitpunkt befindet.

350 Die Frage der Übertragung bzw. der der Verallgemeinerung bestimmter Erkenntnisse auf andere Bereiche stellt nicht nur im Kontext der Verbraucherempirie, sondern insgesamt eine ganz grundlegende Herausforderung und einen zentralen Kritikpunkt der ökonomischen Analyse des Rechts dar, vgl. dazu und zur modellartigen Lösung *Hacker*, Verhaltensökonomik und Normativität, 143–183.

351 BeckOGK-BGB/*Alexander*, § 13 BGB Rn.125–137.1; *Grüneberg/Ellenberger*, § 13 BGB Rn. 1; *MüKo-BGB-I/Micklitz*, § 13 BGB Rn. 3.

352 *G.-P. Calliess*, AcP 203 (2003), 575, 577; *M. Engel/Stark*, ZEuP 2015, 32, 34; *Reich*, Markt und Recht, 191. Statt vieler vgl. zur Entwicklung des Verbraucherschutzes und zur Kritik: BeckOGK-BGB/*Alexander*, § 13 BGB Rn.4–43; *G.-P. Calliess*, AcP 203 (2003), 575 ff.

353 Diese kann auch durchaus für denselben Begriff unterschiedlich ausfallen: Der materiell-rechtliche Verbraucherbegriff in § 13 BGB einerseits und der prozessrechtliche in § 29c Abs. 2 ZPO andererseits sind nicht deckungsgleich, *NK-MuKla/Röthemeyer*, § 29c ZPO Rn. 2; BeckOK-ZPO/*Toussaint*, § 29c ZPO Rn. 12.

354 BeckOGK-BGB/*Alexander*, § 13 BGB Rn. 92–93; *G.-P. Calliess*, AcP 203 (2003), 575, 577–578; *M. Engel/Stark*, ZEuP 2015, 32, 34–37; *Kemper*, Verbraucherschutzinstrumente, 59–63; *Kocher*, Funktionen der Rechtsprechung, 52–54; *Reifner*, Alternatives Wirtschaftsrecht, 105.

- 121 Da der normative Verbraucherbegriff danach keine Rückschlüsse auf den damit benannten konkreten Menschen erlaubt, ist er auch für die Erforschung menschlichen Verhaltens und dessen Maximen nicht maßgebend. Ebendiese Forschung war Gegenstand der jeweiligen Studien, die Grundlage der folgenden Darstellung sind, gleich ob terminologisch auf Verbraucher bezogen oder nicht. Es ging stets um verhaltensökonomische und psychologische Betrachtungen von *Menschen* in konkreten Situationen – nämlich in Konflikten und bei ihrer Behandlung.
- 122 Die gewonnenen Erkenntnisse sind ihrer Natur nach keinem objektiven Beweis zugänglich und beschränken sich nicht auf Verbraucher im Rechtssinne.<sup>355</sup> Denn wenn auch menschliche Verhaltensmuster von allem Möglichen abhängen mögen, zählt zu den maßgeblichen Faktoren sicher nicht der bloße Name, mit dem die Rechtsordnung denjenigen in seiner Situation bezeichnet. So hat auch kaum einer der Hemmfaktoren unmittelbar einen Bezug zum normativen Verbraucherbegriff<sup>356</sup> und beschränken sich auch die Rechtsdurchsetzungsinsuffizienzen nicht ausschließlich auf das Verhältnis von Verbrauchern zu Unternehmern.<sup>357</sup>
- 123 Da auch die folgende Darstellung primär Verhalten analysiert, nämlich das während eines Rechtsdurchsetzungsprozesses, bedeutete eine Verengung auf Verbraucher im Rechtssinne gleichzeitig einen verkleinerten Untersuchungsfokus.<sup>358</sup> Insofern ist aufgrund eines Zielkonfliktes eine Begrenzung auf den normativen Rollenbegriff „Verbraucher“ nicht sinnvoll: § 13 BGB bestimmt den personalen Anwendungsbereichs von Schutzvorschriften, die

---

355 M. Engel/Stark, ZEuP 2015, 32, 43–47.

356 Umgekehrt allerdings knüpft manche Hemmschwellenabbau intendierende Reform an die normative Verbrauchereigenschaft an, z.B. die Musterfeststellungsklage in § 608 Abs. 1 ZPO an den prozessrechtlichen Verbraucherbegriff, NK-MuKla/Röthemeyer, § 29c ZPO Rn. 1; NK-MuKla/ders., § 606 ZPO Rn. 62; BeckOK-ZPO/Toussaint, § 29c ZPO Rn. 12.1.

357 Meller-Hannich, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. I: Gutachten, I, A 28–A 35, A 40, A 103.

358 Der Gesetzgeber hat sich zum Zwecke der Rollenzuordnung des Merkmals der privaten Zwecksetzung eines konkreten Rechtsgeschäftes bedient und dabei alternative grundsätzlich denkbare Anknüpfungsfaktoren quasi zufällig ausgeblendet, wie etwa Schichtzugehörigkeit oder typisierte, strukturell vergleichbare Situationen ohne Anlass eines privaten Rechtsgeschäfts. Vgl. G.-P. Calliess, AcP 203 (2003), 575, 578 mwN; M. Engel/Stark, ZEuP 2015, 32, 43–47; Kocher, Funktionen der Rechtsprechung, 70–73.

auf den Ausgleich rollentypischer Schwächen gerichtet sind.<sup>359</sup> Die rechtssoziologische Untersuchung dagegen hat vorgelagert zum Ziel, tatsächliche Schwächen zu identifizieren, um so ein „realwissenschaftliches“<sup>360</sup> Fundament zu schaffen, auf dem der Gesetzgeber normativ aufbauen kann.

Das gilt, solange die untersuchten Konstellationen hinreichend vergleichbar sind. Hinter der Dualität der Begriffe in §§ 13, 14 BGB stehen angenommene Verhaltensweisen bei Vertragsschluss. Diese haben Fernwirkungen auf Konflikte in diesem Verhältnis.<sup>361</sup> Typischerweise ist ein Konflikt zwischen Unternehmer und Verbraucher von einem (Markt-)Machtgefälle geprägt, das sich aus dem spezifischen Zusammenspiel von professionellem Handeln unternehmerseits und unprofessionellem Handeln verbraucherseits ergibt.<sup>362</sup> Allgemeiner als in den normativen Rollenbegriffen formuliert handelt es sich um Konflikte, in denen ein einzelner Akteur, dessen Interessen höchstens fragmentarisch kollektiv organisiert sind, als Individuum gegen einen korporativen Gegenspieler antritt. Auf Konflikte, die sich mithilfe dieser Charakterisierung beschreiben lassen, in denen also ein Machtgefälle bei der Konfliktlösung und der Rechtsdurchsetzung überwunden werden muss, sind die gewonnenen Erkenntnisse damit zu übertragen. Denkbare Konstellationen sind nicht nur solche, die mittlerweile nach ausführlicher Diskussion als Auseinandersetzung zwischen Verbraucher und Unternehmer angesehen werden,<sup>363</sup> sondern gleichfalls Streitigkeiten zwischen zwei Verbrauchern,<sup>364</sup> zwei Unternehmern,<sup>365</sup> oder gar

359 BeckOGK-BGB/Alexander, § 13 BGB Rn. 2, 86–90; Grüneberg/Ellenberger, § 13 BGB Rn. 7.

360 M. Engel/Stark, ZEuP 2015, 32, 38.

361 So im Ansatz auch BeckOGK-BGB/Alexander, § 13 BGB Rn. 95–97; Kemper, Verbraucherschutzinstrumente, 62–63.

362 Vgl. BeckOGK-BGB/Alexander, § 13 BGB Rn. 97.

363 Etwa das Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Ausführlich s. BeckOGK-BGB/Alexander, § 13 BGB Rn. 303–319.1; vgl. ferner Grüneberg/Ellenberger, § 13 BGB Rn. 3; MüKo-BGB-I/Micklitz, § 13 BGB Rn. 58–59; Erman/Saenger, § 13 BGB Rn. 15–15a.

364 Etwa bei einem Konflikt zwischen Wohnraummieter und privatem, nicht gewerblich handelndem Vermieter. Dazu vgl. jeweils mwN: Grüneberg/Ellenberger, § 14 BGB Rn. 2; MüKo-BGB-I/Micklitz, § 13 BGB Rn. 57, 93; Erman/Saenger, § 13 BGB Rn. 14.

365 Etwa bei einem Konflikt zwischen einem lokalen Kleinstunternehmer und einem global agierenden Weltkonzern. Dazu vgl. M. Engel/Stark, ZEuP 2015, 32, 36–37, 44–46.

einem Privaten und einem mit Hoheitsgewalt ausgestatteten Kontrahenten.<sup>366</sup>

- 125 Die folgende Darstellung abstrahiert aufgrund dessen vom normativen Verbraucher- sowie Unternehmerbegriff, und rückt stattdessen den Anlass des Rechtsdurchsetzungsprozesses – einen konkreten Konflikt und seine Charakteristika – in den Fokus und knüpft an das empirisch untersuchte Verhalten des Rechtsuchenden und seines Kontrahenten als Menschen an.

### *B. Rechtsdurchsetzung als Filterungsprozess*

- 126 Rechtsdurchsetzung ist nach dem Verständnis in dieser Arbeit die Lösung eines tatsächlichen Konfliktes unter Zuhilfenahme des Rechts und Inanspruchnahme von – staatlichen oder nichtstaatlichen – Konfliktlösungsinstitutionen. Die Entscheidung, ob ein Einzelner *sein* Recht durchsetzen möchte, fällt im Rahmen einer Kosten-Nutzen-Abwägung,<sup>367</sup> die bildlich ausgedrückt einen Filterungsprozess darstellt, den alle auftretenden Konflikte durchlaufen *können*.<sup>368</sup> Denn nicht alle Konflikte werden unter Berufung auf das Recht oder Anrufung einer Konfliktlösungsinstitution aufgelöst.<sup>369</sup> Das liegt nicht etwa daran, dass es besonders viele Konflikte gäbe,

---

366 Etwa bei einem Konflikt zwischen Sozialhilfeempfänger und zuständiger Behörde oder zwischen BaFöG-Empfänger und zuständiger Behörde.

367 J. Goebel, Zivilprozeßrechtsdogmatik, 311, spricht insoweit treffend vom Ausbalancieren von „knappen Ressourcen“ und „prinzipiell grenzenlosen menschlichen Bedürfnissen“. Das spielt auf die Grundannahme des „homo oeconomicus“ von der Knappheit der Ressourcen an, Siebert-Reimer, Anspruch auf Erstattung der Kosten der Prozessfinanzierung, 112–113.

368 Zitiert nach Miletzki, Konfliktregelung im Verbraucherrecht, 12: „Der lange Weg durch die Justiz gleicht einem Filtrierungsprozeß, mit dem die Intensität und die Hartnäckigkeit der Parteien geprüft wird.“ Vgl. ferner Röhl, Rechtssoziologie, 520, der ansonsten von einer Konfliktpyramide spricht; bei McCann, in: Oxford Handbook of Law and Politics, 522, 527–528, „disputing pyramid“ genannt; Rehder/van Elten, ZfRS 2019, 64, 68. Andernorts stattdessen als „Trichter“ bezeichnet, etwa bei Blankenburg, Mobilisierung des Rechts, 56; Rottleuthner, in: Recht und Praxis der Widerspruchsausschüsse in der SozV, 116, 122–124.

369 Unter Rückgriff auf die Darstellung von Kocher, Funktionen der Rechtsprechung, 18–19, wird hier ebenfalls unter „Lösung“ eines Konfliktes eine Entscheidung über den konkreten Gegenstand des Konfliktes verstanden. Drei Lösungsmodi sind denkbar: Einigung der Konfliktparteien untereinander, Verzicht bzw. einseitige Machtausübung einer Seite, oder Eingriff und Machtausübung von dritter Seite. Der erste Modus entspricht hier einer Konstellation, in der ein Konflikt gar nicht erst verrechtlicht wird und der Filterungsprozess daher von vornherein nicht beginnt.

die mangels rechtlicher Regelung schlichtweg nicht verrechtlicht werden könnten,<sup>370</sup> sondern daran, dass die beteiligten Konfliktparteien unter gewissen Voraussetzungen vom ersten Schritt – der Verrechtlichung – oder vom zweiten – der Anrufung der Konfliktlösungsinstitutionen – absehen.<sup>371</sup> Diese Entscheidungsfaktoren und ihre Relevanz<sup>372</sup> gilt es näher zu untersuchen.

Im Bild des Filterungsprozesses verbleibend stellen die hier gedanklich differenzierten beiden Schritte der Rechtsmobilisierung und des Zugangs zum Recht einzelne Filterungsstufen dar. Zu Anfang muss ein bis dahin rein *tatsächlicher* Konflikt, der aus einem beliebigen Grund aufgetreten ist,<sup>373</sup> in die obere Öffnung des Filters geführt werden, um den Prozess der Rechtsdurchsetzung zu beginnen. Am Flaschenhals, dem Übergang von Rechtsmobilisierung zum Zugang zum Recht, besteht dann bereits ein *rechtlicher* Konflikt, bei dem sich allerdings noch entscheiden muss, ob er unter Inanspruchnahme einer Konfliktlösungsinstitution einer rechtlichen Lösung zugeführt wird. Die sogleich dargestellten subjektiven Komponenten und objektiven Barrieren bilden insgesamt das zu durchlaufende Filtermedium. Dabei lassen sich die einzelnen Filterungsstufen und -schritte rein tatsächlich nicht trennscharf unterscheiden. Sie sind miteinander verschlungen,<sup>374</sup> gehen ineinander über und bedingen sich teils gegenseitig. Die hier dennoch vorgenommene Trennung dient der – die spätere Unter-

---

Kommt es zur Machtausübung einer oder beider Seiten handelt es sich um einen verrechtlichten Konflikt, wenn Machtquelle (vgl. *dies.*, Funktionen der Rechtsprechung, 28–31, 35–36) das Recht ist. So etwa, wenn mit dem Recht argumentiert wird. Daran lässt sich auch zeigen, dass ein Ausscheiden aus dem Filterungsprozess nicht schlechthin negativ sein muss: Wird der Konflikt schon auf dieser Ebene einer allseitig zufriedenstellenden Lösung zugeführt ist das durchaus positiv zu werten. Werden im letzten Modus Dritte, also Konfliktlösungsinstitutionen, mit der Entscheidung betraut, erreicht und vollzieht der Konflikt den Schritt zum Zugang zum Recht. Vgl. insgesamt hierzu ferner die einleitende Darstellung bei *Hommerich/M. Kilian*, Mandanten und ihre Anwälte, 59–60; *McCann*, in: *Oxford Handbook of Law and Politics*, 522, 524; *Rehbinder*, Rechtssoziologie, Rn. 143; *Röhl*, Rechtssoziologie, 520–523.

370 *Röhl*, Rechtssoziologie, 523.

371 Tatsächlich ist nach *Kemper*, Verbraucherschutzinstrumente, 56 mwN, die gerichtliche Durchsetzung eine im Vergleich wenig bedeutsame Variante der Rechtsdurchsetzung. Wie hier: *Kocher*, Funktionen der Rechtsprechung, 123–124.

372 Dazu u. § 2 E.

373 Bei *Felstiner/Abel/Sarat*, LSR 1980, 631 ff., heißt dies „*emergence*“.

374 *J. Goebel*, Zivilprozeßrechtsdogmatik, 80; *Röhl*, Rechtssoziologie, 521.



suchung der Auswirkungen von Legal Tech-Plattformen vorbereitenden<sup>375</sup>  
– analytischen Darstellung.<sup>376</sup>

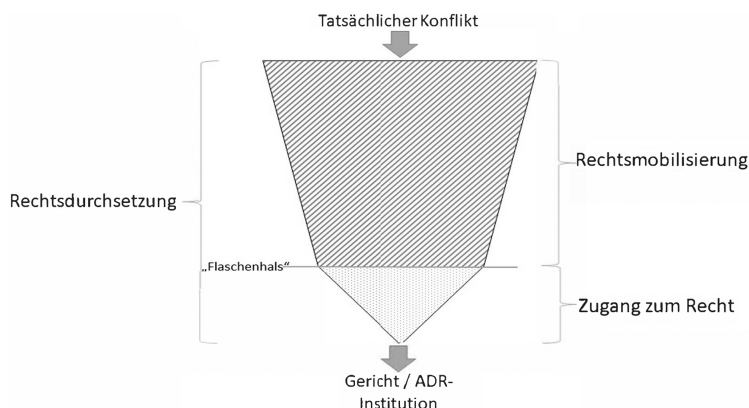


Abbildung 3: RechtsdurchsetzungsfILTER

375 U. § 3 D.

376 Einen anderen Vorteil dieser Ausdifferenzierung haben schon *Felstiner/Abel/Sarat*, LSR 1980, 631, 636–637; benannt. Sie stellen die These auf, insbesondere die Transformation einer „*injurious experience*“ in einen „*dispute*“ bedürfe einer besonderen Untersuchung, weil die ungleiche Verteilung von Ressourcen in der Gesellschaft schon die frühen Stadien vor der Transformation beeinflusse. Würde man dann mit der Untersuchung erst bei den „*disputes*“, den verrechtlichten Konflikten, ansetzen, bestehe die Gefahr die sozialen Ungleichheiten noch zu verstärken. Denn dann würden zwar – in der hiesigen Terminologie – im besten Falle Barrieren vor dem Zugang zum Recht abgebaut. Das käme aber nur denjenigen zugute, die ohnehin schon den Flaschenhals erreichen. An den vorgelagerten, vielfältigen Faktoren der Rechtsmobilisierung würde nicht angesetzt. Ähnlich sieht *Zemans*, APSR 1983, 690, die Bedeutung der Untersuchung der Faktoren der Rechtsmobilisierung. Einerseits sei wichtig zu wissen, wer Recht für sich nutzt. Andererseits ließen sich politische Ansatzpunkte besser erkennen. Indiziell kann das noch konkreter an der Entwicklung im Zusammenhang mit der Kostenbarriere festgemacht werden: Während die Verringerung des Kostenrisikos in der Vergangenheit Gegenstand einzelner Reformverfahren war (vgl. u. § 2 E. III.), wirkt sie doch nur ganz punktuell, nämlich dort, wo die wirtschaftlichen Kosten der letztlich entscheidende Faktor sind. Auf sämtliche anderen Faktoren hat sie keinen Einfluss. Vgl. dazu *Blankenburg*, Mobilisierung des Rechts, 27, 53–54; *ders.*, ZfRS 1980, 33, 51; *J. Goebel*, Zivilprozeßrechtsdogmatik, 200–201; im Ansatz so auch *Schwintowski/ Podmogilnij/Timmermann*, OdW 2019, 205, 207. Insgesamt hilft eine differenzierte Betrachtung unter verhaltensökonomischer Perspektive, Recht so zu gestalten, dass es in der Praxis so wirkt, wie intendiert, es mit anderen Worten seinem Zweck gerecht werden kann, *Karampatzos*, Private law, nudging & behavioural economic analysis, 6–7.



### C. Rechtsmobilisierung: Der „Prozess vor dem Prozess“

Die Mobilisierung von Recht – als Entscheidungsprozess vor dem Zivilprozess<sup>377</sup> verstanden – soll als erstes einer näheren Betrachtung unterzogen werden. Von den Konfliktparteien muss entschieden werden,<sup>378</sup> ob und wann Recht als Mittel zur Lösung des Konfliktes thematisiert wird.<sup>379</sup> Diese wegweisende Entscheidung wird wesentlich beeinflusst von verschiedenen Hürden und Faktoren als Entscheidungsvariablen, deren Bewältigung einen Teilvorgang der Rechtsdurchsetzung darstellt. Sie müssen durchlaufen werden, bevor überhaupt an eine Konfliktbereinigung mittels eines Zivil- oder Schlichtungsprozesses zu denken ist.

Dieser Prozess wird terminologisch auch unter der englischen Begriffstrias *129* *namning, blaming, claiming* zusammengefasst.<sup>380</sup> Dabei beschreiben diese Begriffe die drei zentralen gedanklichen Transformationen, die der Rechtssuchende durchlaufen muss. Als erstes muss eine zunächst alltägliche Situation von einem Betroffenen als für ihn nachteilig wahrgenommen werden (*Naming*).<sup>381</sup> Darauf folgt – als *Blaming* bezeichnet – gewissermaßen eine Schuldzuweisung: Für den auf der ersten Transformationsstufe empfundenen Nachteil muss ein Dritter verantwortlich gemacht werden.<sup>382</sup> Das heißt auf dieser Stufe nicht, dass der Dritte im haftungsrechtlichen Sinne von Zurechnung und Verschulden verantwortlich sein muss, damit von

377 Vgl. Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 322, „Prozess vor dem Prozess“.

378 Es reicht sogar vielfach die Entscheidung einer der Konfliktparteien, denn sobald einseitig der Konflikt verrechtlicht wurde, bleiben der anderen Partei kaum noch aussichtsreiche Wege aus dem Konflikt, die wiederum ohne selbstständige Mobilisierung von Recht auskommen, vgl. Blankenburg, Mobilisierung des Rechts, 42–43, 49; ders., ZfRS 1980, 33, 38, 44–45.

379 Kocher, Juridikum 2012, 63, 65; Rottleuthner, in: Recht und Praxis der Widerspruchsausschüsse in der SozV, 116, 125.

380 Zurückgehend auf Felstiner/Abel/Sarat, LSR 1980, 631, 635–637; G. Fuchs, in: Interdisziplinäre Rechtsforschung, 243, 245–246; Rottleuthner, in: Recht und Praxis der Widerspruchsausschüsse in der SozV, 116, 122. Vgl. mit umfassenden, weiterführenden Nachweisen J. Goebel, Zivilprozeßrechtsdogmatik, 212–217.

381 Felstiner/Abel/Sarat, LSR 1980, 631, 635; G. Fuchs, in: Interdisziplinäre Rechtsforschung, 243, 245, spricht in diesem Zusammenhang davon, dass ein Problem als rechtliches Problem verstanden und definiert werden muss; ähnlich: Kocher, Funktionen der Rechtsprechung, 88.

382 Felstiner/Abel/Sarat, LSR 1980, 631, 635. Als von großer Bedeutung in diesem Zusammenhang angesehen wird dort, dass das *Blaming* abgegrenzt wird von bloß allgemeinen Beschwerden, die sich gegen niemanden richten, oder bloßen Verbesserungswünschen ohne jegliches Verletzungsgefühl.

Blaming gesprochen werden kann. Ausreichend ist vielmehr, dass das den Nachteil wahrnehmende Individuum den Dritten verantwortlich macht, ihm also persönlich die Schuld für den Nachteil zuschreibt. Blaming ist letztlich die Wandlung einer nachteiligen Erfahrung in eine Beschwerde gegenüber dem als Schuldigen wahrgenommenen.<sup>383</sup> Zuletzt folgt das *Claiming*: Der Betroffene konfrontiert denjenigen, den er für seinen wahrgenommenen Nachteil verantwortlich macht und verlangt von ihm Wiedergutmachung.<sup>384</sup> Zusammengefasst muss ein gefühlter Nachteil externalisiert werden.<sup>385</sup> Ein Konflikt erwächst am Ende dann, wenn der Dritte die Verantwortung von sich weist und sich weigert, die verlangte Wiedergutmachung zu leisten.<sup>386</sup>

- 130 Die Hürden und Faktoren, die bei der Rechtsmobilisierung die bildliche Filterwirkung entfalten, werden von der rechtsoziologischen Forschung in Defizite und Barrieren unterteilt.<sup>387</sup> Unter Defiziten werden Faktoren zusammengefasst, die ihren Ursprung in der Person des Recht Mobilisierenden selbst haben. Als Barrieren werden dahingegen objektive Umwelteinflüsse verstanden – so etwa wirtschaftliche und soziale Einflussfaktoren. Jedenfalls benötigt die Rechtsdurchsetzung subjektive wie objektive Ressourcen.<sup>388</sup>

---

383 Felstiner/Abel/Sarat, LSR 1980, 631, 635.

384 Felstiner/Abel/Sarat, LSR 1980, 631, 635.

385 So auch G. Fuchs, in: Interdisziplinäre Rechtsforschung, 243, 246.

386 Felstiner/Abel/Sarat, LSR 1980, 631, 636. Zur Veranschaulichung wählen die Autoren das Beispiel von Werftarbeitern, die bei der Isoliarbeit an Schiffen in der Vergangenheit mit Asbest in Berührung kamen. *Naming* habe in dieser Konstellation angefangen, als die betroffenen Arbeiter aufhörten, es als naturgegeben hinzunehmen, dass sie nach zehn Arbeitsjahren spätestens an chronischen Atemproblemen zu leiden begannen. Erst nach diesem Wandel sei die Asbestose als Krankheit und als Rechtsgrundrund für ein Ausgleichsverlangen anerkannt worden. *Blaming* liege in dem Beispiel vor, wenn die betroffenen Werftarbeiter ihren Arbeitgeber oder den Hersteller der zu verbauenden Asbestverkleidung verantwortlich machen. Äußern sie diese Verantwortungszuweisung gegenüber demjenigen dann verbunden mit einer Ersatzforderung, sei die letzte Transformation vorgenommen, das *Claiming*. Denkbar ist freilich darüberhinausgehend, dass der Dritte gar nicht reagiert und insoweit Wiedergutmachung verweigert.

387 Vgl. hierzu und zum Folgenden: J. Goebel, Zivilprozessrechtsdogmatik, 77, 80; H. Koch, Verbraucherprozessrecht, 106–107, dort Fn. 265; Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 322; Rehder/van Elten, ZfRS 2019, 64, 68; Röhl, Rechtssoziologie, 531–532; Rottleuthner, in: Recht und Praxis der Widerspruchsausschüsse in der SozV, 116, 122.

388 Baer, Rechtssoziologie, § 7 Rn. 27; Rehder/van Elten, in: HB Digitalisierung Staat & Verwaltung, 1, 4; dies., ZfRS 2019, 64, 68.

## I. Subjektive Komponenten

### 1. Subjektive Voraussetzungen des Namings

Damit ein Individuum in der Lage ist, Naming vorzunehmen, müssen in 131  
seiner Person drei Voraussetzungen erfüllt werden.<sup>389</sup> Anderenfalls ist es  
von Anfang an außerstande, ein tatsächliches Problem als Rechtsproblem  
aufzufassen und zu definieren.<sup>390</sup> Nicht ausreichend ist es, wenn streitun-  
beteiligte Dritte (Juristen) die rechtliche Dimension eines Konfliktes erken-  
nen, sondern der unmittelbar beteiligte Laie muss die rechtliche Relevanz  
bemerken.<sup>391</sup>

Das gelingt nur demjenigen, der weiß, dass es Recht gibt; weiß, was nor- 132  
mativer Inhalt seiner Rechte ist; und der darüber hinaus überzeugt ist  
von dem Nutzen eines Durchsetzungsversuchs.<sup>392</sup> Die einzelnen Stationen  
dieses Wegs werden als Rechtsbewusstsein, Rechtskenntnis und Anspruchs-  
bewusstsein bezeichnet.<sup>393</sup>

#### a. Rechtsbewusstsein

Rechtsbewusstsein beschreibt allgemein „das grundsätzliche Wissen um 133  
die Existenz und den Geltungsanspruch von Recht“<sup>394</sup>. Dieses wird bei  
dem Großteil der erwachsenen Menschen erziehungs- und sozialisierungs-  
bedingt vorliegen. Denn wesentlich geprägt wird das Rechtsbewusstsein  
einer jeden Person durch das persönliche Verhalten, Reaktionen anderer  
darauf, die eigene Wahrnehmung, sowie durch von Bezugspersonen geäu-

---

389 Bei Felstiner/Abel/Sarat, LSR 1980, 631, 636, als „factors that determine, whether naming, blaming, and claiming will occur“ bezeichnet.

390 Blankenburg, Mobilisierung des Rechts, 2; G. Fuchs, in: Interdisziplinäre Rechtsfor-  
schung, 243, 245; J. Goebel, Zivilprozeßrechtsdogmatik, 81; Reh binder, Rechtssozio-  
logie, Rn. 150.

391 Ben-Shahar, in: Regulatory Competition, 447, 458; Röhl, Rechtssoziologie, 529.

392 Umgekehrt als negative Merkmale verstanden bei H. Koch, Verbraucherprozess-  
recht, 24; Miletzki, Konfliktregelung im Verbraucherrecht, 11; Raiser, Grundlagen  
der Rechtssoziologie, 322; Reh binder, Rechtssoziologie, Rn. 150.

393 Baer, Rechtssoziologie, § 7 Rn. 3.

394 Baer, Rechtssoziologie, § 7 Rn. 5. McCann, in: Oxford Handbook of Law and Poli-  
tics, 522, 529, bezeichnet das als institutionalisierte Interaktionsprozesse.

ßerte Narrative über das Recht.<sup>395</sup> Diese Prägefaktoren machen das Rechtsbewusstsein unabhängig vom Bildungsstand des Einzelnen und knüpfen es an externe Einflüsse durch lebenswirkliche Erfahrungen und Sozialkontakte.<sup>396</sup>

## b. Rechtskenntnis

- 134 Konkreter als das Rechtsbewusstsein bezeichnet Rechtskenntnis die Kenntnis von geltenden Rechtsnormen,<sup>397</sup> wobei es nicht auf die Wortlautkenntnis, sondern auf die Erfassung des normativen Inhalts im Sinne einer Parallelwertung in der Laiensphäre ankommt.<sup>398</sup> Ausreichend ist in diesem Kontext weniger eine generelle „Gerechtigkeitsintuition“<sup>399</sup>, sondern vielmehr ist es gerade die Übersetzungsleistung vom Alltäglichen in das Rechtliche, von der Laiensphäre in die Rechtssphäre,<sup>400</sup> die Rechtskenntnis von Rechtsunkenntnis unterscheidet. Dennoch kann die exakte Grenze zwischen ausreichender Kenntnis und unzureichender Unkenntnis nicht eindeutig gezogen werden.<sup>401</sup> Liegt völlige Unkenntnis vor, ist das für den Einzelnen von gleicher Wirkung wie das vollständige Fehlen dieses Rechts.<sup>402</sup> Er wird in seiner persönlichen Konfliktlage die Verrechtlichungsoption nicht erkennen können. Das verringert seine Handlungsoptionen.
- 135 Die Rechtskenntnisquellen der breiten, nicht speziell juristisch ausgebildeten Bevölkerung sind vielfältig: Sie reichen von der punktuellen Beschäftigung mit speziellen Rechtsfragen im Rahmen des Berufsalltags bis hin zur zwischenmenschlichen Alltagskommunikation und zum Bezug von In-

---

395 Baer, Rechtssoziologie, § 7 Rn. 7, 9; G. Fuchs, in: Interdisziplinäre Rechtsforschung, 243, 246; konkreter noch: McCann, in: Oxford Handbook of Law and Politics, 522, 529.

396 Vgl. Merry, Getting Justice, 5 mwN.

397 G. Fuchs, in: Interdisziplinäre Rechtsforschung, 243, 245.

398 Baer, Rechtssoziologie, § 7 Rn. 10–11; Kocher, Funktionen der Rechtsprechung, 88.

399 Fries, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 30–31; Kramer, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 28.

400 Hoon/Mak, ZEuP 2011, 518, 521.

401 Vgl. etwa Fries, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 31, und Kramer, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 28, die es schon kritisch sehen, dass Verbraucher mit konkreten Rechtsfragen konfrontiert, diese oftmals keiner rechtlichen Lösung zuführen könnten.

402 Hoon/Mak, ZEuP 2011, 518, 521–522; Kramer, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 28.

formationen aus den – auch neuen – Medien.<sup>403</sup> Insbesondere erwähnenswert ist die Bereitstellung von Informationen durch einen Vertragspartner aufgrund einer gesetzlichen Auskunft- oder Informationspflicht, weil die schlichte Existenz dieser Pflichten in besonderem Maße verdeutlicht, dass auch der Gesetzgeber fehlende Rechtskenntnisse der breiten Bevölkerung als Problem wahrgenommen hat.<sup>404</sup> Trotzdem legen Studien nahe, dass Laien vielfach ihnen zustehende Ansprüche nicht kennen.<sup>405</sup>

### c. Anspruchswissen

Anspruchswissen wird sodann die Überzeugung genannt, Recht in Anspruch nehmen zu können, abstrakt bestehende Rechte also konkret durchsetzen zu können.<sup>406</sup> Dabei folgt aus dem instrumentellen Charakter des Anspruchswissens und des Rechts selbst, dass sein Vorliegen das Ergebnis eines Selbstmobilisierungsprozesses sein muss.<sup>407</sup> Denn nur wenn das jeweilige Individuum davon überzeugt ist, mit dem Recht als Instrument seiner Interessenverfolgung an sein situationsspezifisches Ziel zu gelangen, wird es die Entscheidung treffen, Recht zu mobilisieren.<sup>408</sup> Dabei hängen die zu berücksichtigenden Faktoren von den konkreten Zielen ab, zu denen das Individuum das Instrument Recht einsetzen möchte. Auch hier – bei der Bildung der notwendigen Anspruchsüberzeugung – spielen demnach die nachfolgenden Defizite und Barrieren eine entscheidende Rolle.

---

403 Morell, NJW 2019, 2574, 2576 mwN; Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 342–343.

404 Vgl. Fries, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 32, der zu hohe Komplexität und daher fehlende tatsächliche Effekte bemängelt; Hoon/Mak, ZEuP 2011, 518, 520; Kramer, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 28, mwN zur tatsächlichen Eignung dieser Pflichten. Dieser fragwürdigen Praxis ist nun der Gesetzgeber abermals im Legal Tech-Gesetz anheimgefallen, vgl. u. § 5 B. II. 2. c.

405 Brechmann, Legal Tech & Anwaltsmonopol, 38–39 mwN.

406 Mit drei Beispielen Baer, Rechtssoziologie, § 7 Rn.12. Die Bezeichnung als Anspruchswissen ist bei genauerer Betrachtung nicht präzise: Wissen allein reicht nicht aus, vielmehr muss aktiv abgewogen und dadurch eine Anspruchsüberzeugung gebildet werden.

407 Baer, Rechtssoziologie, § 7 Rn. 13.

408 Baer, Rechtssoziologie, § 7 Rn.12–13, 25; Blankenburg, Mobilisierung des Rechts, 26–27. Beide beziehen sich auf die Studie von Hanak/Steinert, Ärgernisse & Lebenskatastrophen., Vgl. ferner Felstiner/Abel/Sarat, LSR 1980, 631, 640; Kocher, Funktionen der Rechtsprechung, 88.

## 2. Persönliche Defizite

- 137 Erfüllt ein Individuum die vorgenannten Voraussetzungen, können diverse Defizite den weiteren Mobilisierungsprozess behindern. Das sind die personengebundenen Faktoren, die denjenigen, der die originäre Verrechtlichungsoption erkannt hat, von der Verrechtlichung abhalten können.
- 138 Diese Faktoren umfassen etwa die sozialen Kompetenzen, Stressresistenz, die Dichotomie aus Konfliktscheu<sup>409</sup> und Streitsucht<sup>410</sup>, die Risikofreudigkeit oder -aversion,<sup>411</sup> und die sog. Schwellenangst<sup>412</sup> vor der Inanspruchnahme des Rechts und insbesondere vor dem Einholen rechtlicher Beratung.<sup>413</sup> Im Unterschied zur weiter unten darzustellenden wirtschaftlichen Kostenbarriere wird stellenweise im Zusammenhang mit den persönlichen Defiziten auch von psychologischen, psychischen und sozialen Kosten der Rechtsdurchsetzung gesprochen.<sup>414</sup>

### a. Schwellenangst

- 139 Die Inanspruchnahme von Recht kann bildlich als Schwelle verstanden werden, die zu überschreiten ist. Das Individuum wechselt aus einer – gewohnten, alltäglichen, vertrauten – Sphäre in eine ihr gänzlich unbekannte und fremde, die ihren ganz eigenen Regeln unterliegt. Das Überwinden dieser Schwelle ist mit einer signifikanten Angst verbunden, der sogenannten Schwellenangst.<sup>415</sup> Diese muss überwunden werden, bevor der Recht-

---

409 Insbesondere bei (gefühlter) übermächtigen Gegnern, vgl. *Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 322; *Rehbinder*, Rechtssoziologie, Rn. 150.

410 Vgl. bei *Ben-Shahar*, in: *Regulatory Competition*, 447, 458, „litigious nature“; bei *Felstiner/Abel/Sarat*, LSR 1980, 631, 640, „contentiousness“; bei *Rehbinder*, Rechtssoziologie, Rn. 149, „Prozessfreudigkeit“.

411 *Fries*, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 37–38; *Kramer*, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 33–35.

412 *Röhl*, Rechtssoziologie, 531–532. Vgl. auch *Rehbinder*, Rechtssoziologie, Rn. 152, der sämtliche subjektiven Zugangsbarrieren unter dem Begriff zusammenfasst.

413 *Felstiner/Abel/Sarat*, LSR 1980, 631, 640; *Rehder/van Elten*, ZfRS 2019, 64, 68; *Rottleuthner*, in: *Recht und Praxis der Widerspruchsausschüsse in der SozV*, 116, 122.

414 Vgl. *Baer*, Rechtssoziologie, § 7 Rn. 29; *Blankenburg*, Mobilisierung des Rechts, 53; *Rehbinder*, Rechtssoziologie, Rn. 152; *Röhl*, Rechtssoziologie, 532.

415 *Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 323; *Röhl*, Rechtssoziologie, 531–532. *Hirsch*, in: *Verbraucherrechtsvollzug*, 207, 208, nennt es gar „Gerichtssphobie“. Noch weiter geht *Kemper*, Verbraucherschutzinstrumente, 56, der von „Prozeßscheu“ spricht und zu Recht und in Einklang mit dem hiesigen Verständnis darauf hinweist,

suchende einen Rechtsanwalt oder später die Gerichte als Organe dieser Sphäre einschaltet.<sup>416</sup>

Worauf die Schwellenangst zurückzuführen ist, ist nicht eindeutig beantwortet und der Grund ist einem objektiven Beweis naturgemäß nicht zugänglich.<sup>417</sup> Vielmehr bestehen zahlreiche Erklärungsansätze. So sollen Gerichte und Anwaltschaft ein abschreckendes Image in wirtschafts- und bildungsferneren Schichten haben und diese häufiger negative Erfahrungen mit Anwälten<sup>418</sup> und Gerichten machen,<sup>419</sup> generell solle der staatliche Machtapparat furchteinflößend wirken<sup>420</sup> und Stress hervorrufen.<sup>421</sup> Neuerdings wird auch von zunehmendem Misstrauen der Bürger in die

---

dass die Scheu, ein Recht geltend zu machen weit im Vorfeld eines Zivilprozesses besteht. Mit dem Begriff würde die Problematik daher verkürzt.

416 Fries, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 38; Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 323. Das wird bezeichnet als soziale Selektionswirkung der Rechtsinstitutionen, die im Wesentlichen von Blankenburg nachgewiesen wurde: Früher wurde mit Blick auf die Schichtenverteilung vor Gericht die These vertreten, dass die überproportionale Vertretung der mittleren und oberen sozialen Schichten damit zu erklären sei, dass diese Schichten eher rechtlich relevante Probleme hätten. Dieser Schluss trägt nicht, weil er die Dunkelziffer rechtlich relevanter, aber nicht verrechtlichter Probleme, unberücksichtigt lässt. Die Schichtverteilung vor Gericht erlaubt daher nur Rückschlüsse auf die soziale Selektion der Rechtsakteure, nicht aber auf die tatsächliche Verteilung von Rechtsproblemen. Vgl. zum Ganzen Blankenburg, ZfRS 1980, 33, 52. Um dieser sozialen Selektion entgegenzuwirken, wurde die Infrastruktur in Deutschland in besonderen Rechtsgebieten früh um weitere Akteure erweitert, etwa um Mietervereine, Sozialhilfevereine, o.Ä.: Rehder/van Elten, ZfRS 2019, 64, 71. Noch heute wird die Existenz eines Selektionseffektes der Akteure selbst durch empirisch gewonnene Ergebnisse belegt, s. Hommerich/M. Kilian, Mandanten und ihre Anwälte, 26–28, 77–81, 84–85.

417 J. Goebel, Zivilprozeßrechtsdogmatik, 80–81; Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 323; Reh binder, Rechtssoziologie, Rn. 150, die jeweils von „psychische[n] Schwellen und diffuse[n] Ängste[n]“ sprechen.

418 Hommerich/M. Kilian, Mandanten und ihre Anwälte, 99–100. Vgl. ferner Wefing, Wandel im Berufsbild der Anwaltschaft, 277–278.

419 Ben-Shahar, in: Regulatory Competition, 447, 458–459; G. Fuchs, in: Interdisziplinäre Rechtsforschung, 243, 246; Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 323; Reh binder, Rechtssoziologie, Rn. 152.

420 Basedow, JZ 2018, 1, 8; J. Goebel, Zivilprozeßrechtsdogmatik, 199; H. Koch, Verbraucherprozessrecht, 115; Reh binder, Rechtssoziologie, Rn. 152.

421 Fries, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 39; Hirsch, in: Verbraucherrechtsvollzug, 207, 208; Kramer, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 29; s. auch Kemper, Verbraucherschutzzinstrumente, 56–58, zum Zusammenspiel der unterschiedlichen denkbaren Erklärungsansätze mwN.



Fähigkeit der Justiz, gerechte Ergebnisse zu produzieren, berichtet.<sup>422</sup> Von Bedeutung dürften allerdings gerade nicht nur die schlechten Erfahrungen sein, die manche mit der Rechtspflege und ihren Organen machen, sondern auch die Furcht vor dem Unbekannten, wenn Personen *noch nie* mit Gerichten und Anwälten näheren Kontakt hatten. Unterscheiden lassen sich demnach eine – gegebenenfalls nicht ganz unbegründete – Angst vor (erneuter) unangenehmer Behandlung durch das „*law in action*“<sup>423</sup> und seine Akteure sowie eine auf Vermutungen und Vorstellungen beruhende Neophobie.<sup>424</sup>

- 141 Der Faktor der Schwellenangst ist einer derjenigen, die eine am rein rationalen Modell ausgerichtete Untersuchung ausblenden müsste, hier aber aufgrund der vorgenommenen Einschränkungen an diesem Modell Berücksichtigung finden muss.<sup>425</sup> Diese Schwellenangst – zumindest vor der Anwaltschaft – wird geringer, je häufiger man in Kontakt mit ihr tritt: Menschen, die einmal einen Anwalt konsultiert haben, sind bei erneuten Problemen eher als Menschen ohne einschlägige Erfahrung dazu bereit, sofort noch einmal einen Rechtsanwalt einzuschalten.<sup>426</sup> Hier wie überall lassen sich demnach Gewöhnungseffekte ausmachen – gerade bei positiven Erfahrungen.

#### b. Stress und fehlende Stressresistenz

- 142 Nicht selten nehmen Gerichtsverfahren, auf die eine Rechtsmobilisierung hinauslaufen kann, viel Zeit in Anspruch.<sup>427</sup> Diese Zeit bedeutet für die

---

422 M. Kilian, AnwlBl 2022, 418, 419. Das betrifft mehr Verbraucher und weniger Unternehmer, *ders.*, AnwlBl 2022, 482, 483.

423 Baer, Rechtssoziologie, § 7 Rn. 23; Reh binder, Rechtssoziologie, Rn. 152.

424 Teils dagegen spricht sich Blankenburg, Mobilisierung des Rechts, 37 mwN, aus, der Skepsis der Rechtserfahrenen und Grundvertrauen in die Instanzen bei Unerfahrenen feststellt.

425 S.o. § 2 A. I. zur Rationalität vgl. ferner Hoon/Mak, ZEuP 2011, 518, 522.

426 Felstiner/Abel/Sarat, LSR 1980, 631, 640; Hommerich/M. Kilian, Mandanten und ihre Anwälte, 63, 67, 73; Rehder/van Elten, ZfRS 2019, 64, 70; Röhl, Rechtssoziologie, 533–534. Das spricht im Übrigen für die These von der Schwellenangst als Neophobie.

427 Die durchschnittliche Dauer von Zivilprozessen in NRW lag 2018 für Verfahren vor den Amtsgerichten bei 5,1 Monaten, für Verfahren in der ersten Instanz vor den Landgerichten bei 10,3 Monaten und für Verfahren vor den Landgerichten in Berufungssachen 6,7 Monaten. Sollte das Verfahren in der Berufung zu einem Ober-

Beteiligten zwar nicht zwingend eine tägliche Beschäftigung mit dem ungelösten Konflikt, jedenfalls aber eine immer wiederkehrende und damit andauernde Belastung.<sup>428</sup> Auch die bloße Tatsache, dass ein bisher nicht gelöster Konflikt weiter schwelt und die damit verbundene Ungewissheit<sup>429</sup> mag belastend wirken. Kurzum: Konflikte bedeuten stets Stress.<sup>430</sup> Die Verrechtlichung eines Konfliktes wiederum führt wahrscheinlich zu einer Verlängerung der Dauer des Konfliktes. Damit verlängert sich die Wirkzeit des Stresses. Jeder steht letztlich daher vor der Entscheidung, ob er diesem Stress im Rahmen der individuellen Kosten-Nutzen-Analyse trotzen möchte, oder ob es ihm die Belastung nicht wert erscheint. Je kürzer die erwartete Dauer ist, desto kürzer ist auch die Belastungsphase und desto eher wird der Einzelne den Stress in Kauf nehmen.

Dasselbe gilt für die persönliche Gewichtung des Zwecks, der mit der Mobilisierung von Recht verbunden ist: Je gewichtiger, desto weniger wird der Stressfaktor eine Rolle spielen. Dabei lässt sich vermuten, dass das Gewicht des Zwecks mit der wirtschaftlichen Bedeutung des Konfliktes steigt und der zeitbedingte Stressfaktor daher mit zunehmenden Werten weniger bedeutsam ist. Hier könnte die Grenze von 5000€ eine Rolle spielen, ab der die Langerichte erstinstanzlich zuständig sind, §§ 1 ZPO, 23 Nr. 1, 71 Abs. 1 GVG<sup>431</sup>. Erstinstanzliche Verfahren dauern dort ungefähr doppelt so lang, wie vor den Amtsgerichten.<sup>432</sup> Durchschnittlich steigt die Belastungszeit damit, sobald die Grenze von 5000€ überschritten wird. Wie sich dies auswirkt, oder ob 5000€ schon ein Wert sein mag, ab dem die Dauer der Rechtsdurchsetzung keine entscheidende Rolle mehr spielt, ist – soweit ersichtlich – nicht empirisch untersucht.

---

landesgericht kommen, beträgt die durchschnittliche Erledigungszeit nochmals 9,4 Monate. Lediglich bei Revisionssachen sind die Erledigungszeiten vor den Oberlandesgerichten mit durchschnittlich 1,0 Monaten bemerkenswert kurz. Zahlen nach der Justizgeschäftsstatistik 2018 des Justizministeriums NRW, abrufbar unter: [t1p.de/b3lh](https://t1p.de/b3lh); <https://t1p.de/motz>; <https://t1p.de/qfv8>; <https://t1p.de/lvg3>; <https://t1p.de/2mju>. Damit liegen die Zahlen aus NRW geringfügig unter dem Bundesdurchschnitt 2019, veröffentlicht vom Statistischen Bundesamt in der Fachserie 10 Reihe 2.1, abrufbar unter: <https://t1p.de/82mc>.

428 Reh binder, Rechtssoziologie, Rn. 152; Röhl, Rechtssoziologie, 532–533.

429 Hirsch, in: Verbraucherrechtvollzug, 207, 208.

430 Dehe/P. Fischer, ZKM 2018, 40, 42; Kramer, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 29.

431 Gerichtsverfassungsgesetz (GVG), 09.05.1975, BGBl. I 1975, 1077.

432 S.o. Fn. 427.

c. Fehlendes Präzedenzinteresse und Furcht vor der Präzedenz

- 144 Private verhalten sich bei der Durchsetzung ihrer Rechte vornehmlich rein eigennützig und sind bei der anzustellenden Kosten-Nutzen-Analyse daher in erster Linie naturgemäß auf den eigenen Vorteil bedacht.<sup>433</sup> Insbesondere haben Laien grundsätzlich höchstens geringes Interesse an der dogmatischen Klärung einer – sei sie noch so fundamental – Rechtsfrage,<sup>434</sup> sondern wollen ihren konkreten Konflikt für sie persönlich zufriedenstellend lösen.<sup>435</sup> Lässt sich das ohne Inanspruchnahme der Konfliktbereinigungsinstitutionen oder gar des Rechts selbst erreichen, werden sie beides nicht mobilisieren.<sup>436</sup> Solches eigennütziges Verhalten ist aufgrund der als *Möglichkeit* und gerade nicht als *Pflicht* ausgestalteten privaten, subjektiven Rechtsdurchsetzung zwar aus gesamtgesellschaftlicher Sicht bedauernswert,<sup>437</sup> auf keinen Fall aber dem Einzelnen persönlich zum Vorwurf zu machen.<sup>438</sup> Das Interesse eines klagenden Rechtssuchenden beschränkt sich mithin auf seinen potenziellen wirtschaftlichen Gewinn.<sup>439</sup>
- 145 Dem steht das Interesse der häufig auf Seite des Anspruchsgegners stehenden Unternehmen gegenüber. Sie haben ein außerordentliches wirtschaftliches Interesse an der Schaffung positiver und der Vermeidung negativer Präzedenzen.<sup>440</sup> Denn wenngleich im deutschen Rechtssystem keine mit dem anglo-amerikanischen Rechtskreis vergleichbare verbindliche Prä-

---

433 Fries, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 60–61; Galanter, LSR 1974, 95, 100; Kramer, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 30–31. Das ist als sog. Eigennutztheorem Kernbestandteil des *homo oeconomicus*, Eidenmüller, JZ 2005, 216, 217; Lewisch, in: 100 Jahre ZPO, 97, 109–110; Siebert-Reimer, Anspruch auf Erstattung der Kosten der Prozessfinanzierung, 112–113.

434 So auch Timmermann, Legal Tech-Anwendungen, 186.

435 Fries, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 60–61; Kramer, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 31.

436 Fries, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 38.

437 Dazu u. § 2 E. II. 1.

438 So schon Jhering, Kampf um's Recht, 35: „Es ist ein Recht der Individuen, ihr Recht geltend zu machen oder auch es zu lassen.“ Ferner Fries, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 58, 60–61; Kocher, Funktionen der Rechtsprechung, 13; Meller-Hannich, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. I: Gutachten, 1, A 38-A 39; G. Wagner, AcP 222 (2022), 56, 64–65.

439 Anschaulich Morell, JZ 2019, 809, 813.

440 Eingehend Dettmer, Verbraucherrechtsdurchsetzung bei Massenschäden, 53–56 mwN. Vgl. ferner Fries, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 35, 61; Galanter, LSR 1974, 95, 100–103; Vorwerk/Wolf/Lange, Einleitung KapMuG Rn. 2; Morell, JZ 2019, 809, 813; Petrasincu/C. Unseld, NZKart 2021, 280, 281 (speziell für das Kartellrecht).

judizienbindung existiert, entfalten (höchstrichterliche) Entscheidungen gleichwohl insoweit faktische Geltung über den Einzelfall hinaus, als ihre Gründe überzeugen.<sup>441</sup> Eine einmal entwickelte, aus Sicht des Repeat Players<sup>442</sup> ungünstige Rechtsprechungslineie zu ändern ist mit Schwierigkeiten verbunden. Daher ist eine maximale<sup>443</sup> Verteidigung für die Repeat Player gerade bei Streu- und Massenschäden<sup>444</sup> sinnvoll, weil ungünstige Gerichtsentscheidungen auch etwaige Parallelverfahren negativ beeinflussen und weitere Kläger zur Klage motivieren könnten.<sup>445</sup> So kommt es gerade in Fällen, in denen der einzelne Rechtsuchende eine gute Aussicht auf eine positive Entscheidung hat dazu, dass Unternehmen ihn noch weiter in seinem Desinteresse verstärken und ihm im Wege eines (überkompensierenden<sup>446</sup>) Vergleichs die Konfliktlösung anbieten, um kein aus Unternehmenssicht negatives Urteil zu riskieren.<sup>447</sup> Umgekehrt haben beklagte Unternehmen ein Interesse an positiven Präzedenzen, weil diese abschreckende Wirkung haben können.<sup>448</sup>

---

441 Vgl. BVerfG, 26.06.1991 – 1 BvR 779/85, Rn. 42, BVerfGE 84, 212; *Larenz*, Methodenlehre, 429–436.

442 Dazu u. § 2 C. II. 3.

443 Berichten zufolge hat VW weltweit 2 Mrd. € für die Aufarbeitung eigener Verfehlungen und die weitgehend erfolglose Abwehr begründeter Ansprüche gezahlt, vgl. *Heese/Schumann*, NJW 2021, 3023, Rn. 8 mwN.

444 S.u. § 2 E. I. 2 & 3.

445 Vgl. *Dettmer*, Verbraucherrechtsdurchsetzung bei Massenschäden, 55–56 mwN; *Morell*, JZ 2019, 809, 813; *Petrascu/C. Unseld*, NZKart 2021, 280, 281.

446 *Heese*, NZV, 273, 275: 41.000€ angeboten für Klagerücknahme einer geltend gemachten Forderung von 29.000€.

447 *Dettmer*, Verbraucherrechtsdurchsetzung bei Massenschäden, 56–58; *Fries*, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 35, 61; *Kocher*, Funktionen der Rechtsprechung, 89 mwN dort in Fn. 346; *Morell*, JZ 2019, 809, 813; *Timmermann*, Legal Tech-Anwendungen, 186. Verbürgt ist solches Verhalten für betroffene Banken im Rahmen des Widerrufs von Immobilien-Verbraucherdarlehen und für VW im Rahmen des sog. Dieselskandals, vgl. mwN im Einzelnen *Heese/Schumann*, NJW 2021, 3023, Rn. 10–11; *Heese*, in: FS Roth, 283, 320–321; *ders.*, NZV, 273, 275; *Horacek*, Rechtsschutzversicherung im Großschadensfall, 58–59; *Kramer*, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 37–39; NK-MuKla/Röthemeyer, Einführung Rn. 10–12. Vgl. auch die Wiedergabe der Anmerkungen der Verbraucherzentralen bei *Meller-Hannich/Höland*, Evaluierung der Effektivität kollektiver Rechtsschutzinstrumente, 2011 (<https://tlp.de/7egr>), 89, Tab. 43, Zeile 1: „Neuer Trend bei Branchen und Versicherungen: Individualkläger, die es zum BGH geschafft haben, werden ,5 Min vor der BGH-Entscheidung‘ befriedigt. Dann gibt es keine Grundsatzurteile mehr.“

448 *Dettmer*, Verbraucherrechtsdurchsetzung bei Massenschäden, 54–55, 62.

d. Risiko- und Verlustaversion

- 146 Zuletzt verdient die Risiko- und Verlustaversion der Rechtsuchenden eine Erwähnung.<sup>449</sup> Insgesamt ist dabei weniger relevant, wie gut oder schlecht die Erfolgchancen einer Klage selbst im Einzelfall zu beurteilen sind. Entscheidend sind letztlich meist das verbleibende Risiko einer nachteiligen Entscheidung, die einen Totalverlust bedeuten würde und die Risikoeinstellung des Rechtsuchenden.<sup>450</sup> Dazu kommt die Aversion gegenüber dem Risiko der Verlustperpetuierung, die dann eintritt, wenn neben den konfliktauslösenden Nachteil im Falle einer negativen Entscheidung noch die Prozesskostenerstattungspflicht aus § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO tritt.<sup>451</sup> Bietet sich daher eine Gelegenheit, eine – wenn auch nicht optimale – Kompensation zu erlangen, wird sie meist ergriffen, wenn sich dadurch Restrisiken vermeiden lassen.<sup>452</sup> Weil Verlustaversion größer als Gewinnstreben ist,<sup>453</sup> wird mehr in Verlustvermeidung investiert, als in potenzielle Gewinne.<sup>454</sup> Plakativ: Lieber 10€ mit hundertprozentiger Sicherheit jetzt, als 50€ mit 50 % Wahrscheinlichkeit in sechs Monaten. Gesucht wird eben nicht eine objektiv, wirtschaftlich-rationale und optimale Konfliktlösung, sondern die subjektiv befriedigendste.<sup>455</sup> Diese Aversionen sind ausnutzbar.<sup>456</sup>

---

449 Brechmann, Legal Tech & Anwaltsmonopol, 39; vgl. insgesamt Fries, Verbraucherrrechtsdurchsetzung, 37–38; Kramer, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 33–35 mwN; Siebert-Reimer, Anspruch auf Erstattung der Kosten der Prozessfinanzierung, 122–124; Theissen, Prozessführungsgesellschaften, 27–34.

450 Kramer, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 34; Theissen, Prozessführungsgesellschaften, 27. Galanter, LSR 1974, 95, 100, unterstellt in diesem Zusammenhang die hohe Wahrscheinlichkeit der Anwendung einer Strategie, die die Möglichkeit eines maximalen Verlusts minimiert; vgl. dazu ferner J. Goebel, Zivilprozeßrechtsdogmatik, 124.

451 Kramer, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 34. Die drohenden Prozesskosten können den im Erfolgsfalle erreichbaren Gewinn leicht (um ein Vielfaches) übersteigen, s. auch Brechmann, Legal Tech & Anwaltsmonopol, 35–37. Zu diesem Problem und dem Kostenfaktor ausführlicher s. sogleich § 2 C. II. 1.

452 Fries, Verbraucherrrechtsdurchsetzung, 37–38; Kramer, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 34.

453 Karampatzos, Private law, nudging & behavioural economic analysis, 27, spricht von einem Verhältnis von regelmäßig 1:2.

454 Vgl. insg. dazu Kahneman/Tversky, Econometrica 47 (1979), 263 ff.; Theissen, Prozessführungsgesellschaften, 29–30.

455 Rehder/van Elten, ZfRS 2019, 64, 69, mit Verweis auf Simon, Administrative Behavior, passim. Vgl. Hacker, Verhaltensökonomik und Normativität, 201 mwN.

456 Dimde, Rechtsschutzzugang und Prozessfinanzierung, 132–135; Theissen, Prozessführungsgesellschaften, 31. S. auch u. zum Vergleichsdruck § 2 C. II. 1. a.

## II. Objektive Barrieren

Rechtsdurchsetzung ist von ihren objektiven Rahmenbedingungen abhängig, die Barrieren errichten können.<sup>457</sup> Zur erfolgreichen Rechtsdurchsetzung ist der Einsatz begrenzter Ressourcen, insbesondere Zeit und Geld, notwendig.<sup>458</sup> Eine gewichtige Rolle spielen neben den wirtschaftlichen die sozialen Rahmenbedingungen<sup>459</sup> sowie die Unverständlichkeit des Rechts und seiner Akteure – die Sprachbarriere<sup>460</sup> zwischen Laie und Jurist.<sup>461</sup> 147

### 1. Wirtschaftlicher Faktor: finanzielle Kosten und Budgetrestriktionen

Die finanziellen Kosten – gebildet aus eigenen und gegnerischen Anwaltskosten sowie Prozesskosten<sup>462</sup> – stellen eine zentrale Barriere auf dem Weg der Rechtsdurchsetzung dar,<sup>463</sup> denn in Anbetracht des wirtschaftlichen Kostenrisikos verfolgen Private ihre Ansprüche vielfach auch dann nicht, wenn sie dem Grunde nach bestehen.<sup>464</sup> Die Kosten-Nutzen-Abwägung vor der Rechtsdurchsetzung ist daher auch eine wirtschaftliche Effizienzfrage. 148

<sup>457</sup> Baer, Rechtssoziologie, § 7 Rn. 24–25.

<sup>458</sup> Baer, Rechtssoziologie, § 7 Rn. 27–28; Fries, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 36; Kramer, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 33; Rehder/van Elten, in: HB Digitalisierung Staat & Verwaltung, 1, 4; dies., ZfRS 2019, 64, 68.

<sup>459</sup> Baer, Rechtssoziologie, § 7 Rn. 25.

<sup>460</sup> Baumgärtel, Gleicher Zugang zum Recht, 114–118; Blankenburg, Mobilisierung des Rechts, 53; ders., ZfRS 1980, 33, 49; J. Goebel, Zivilprozeßrechtsdogmatik, 164–192; H. Koch, Verbraucherprozessrecht, 115–121; bei Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 322–323, als Defizit einsortiert; Rehbinder, Rechtssoziologie, Rn. 150.

<sup>461</sup> Blankenburg, Mobilisierung des Rechts, 53; ders., ZfRS 1980, 33, 49; Rottleuthner, in: Recht und Praxis der Widerspruchsausschüsse in der SozV, 116, 122.

<sup>462</sup> M. Kilian, Drittfiananzierung von Rechtsverfolgungskosten, 19; Miletzki, Konfliktregelung im Verbraucherrecht, 11.

<sup>463</sup> Hirsch, in: Verbraucherrechtsvollzug, 207; M. Kilian, Drittfiananzierung von Rechtsverfolgungskosten, 11; aA H. Koch, Verbraucherprozessrecht, 115. Vgl. ferner J. Goebel, Zivilprozeßrechtsdogmatik, 195–196, der diese Feststellung im Folgenden wieder relativiert. Im Überblick zur Kostenbarriere Brechmann, Legal Tech & Anwaltsmonopol, 34–37.

<sup>464</sup> So auch das BVerfG in seinem Urteil zu anwaltlichen Erfolgshonoraren, BVerfG, 12.12.2006 – 1 BvR 2576/04, Rn. 100, BVerfGE 117, 163. Vgl. aus der empirischen Analyse: Europäische Kommission (Hrsg.), GRÜNBUCH kollektive Rechtsdurchsetzung, 2008 (<https://t1p.de/ikph>), Rn. 9; GDV (Hrsg.), Forsa-Studie: Ängste und Erwartungen von Verbrauchern bei rechtlichen Auseinandersetzungen, 2013 (<https://t1p.de/xaud>), 11, laut der 71 % der Bevölkerung Angst vor den Kosten einer Rechtsberatung hätten; dazu einordnend M. Hartung, AnwIBl Online 2019, 353, 354;

- 149 Diese kann sich zweierlei stellen:<sup>465</sup> Zum einen können die Kosten unkalkulierbar sein, sodass gerade Menschen, die wirtschaftliche Risiken eher scheuen, von einer Durchsetzung abgehalten werden.<sup>466</sup> Zum anderen können die drohenden Kosten zu hoch sein, sodass besonders Menschen mit weniger frei verfügbarem Einkommen es sich mehr als einmal überlegen müssen, welche potenziell wirtschaftlich teuren Konflikte sie gerichtlich mit welcher Gewinnaussicht austragen.<sup>467</sup> Innerhalb der letzten Gruppe gibt es diejenigen, die von vornherein die finanzielle Belastung nicht –

---

ders., in: Legal Tech, 5, Rn. 39–40; Hommerich/M. Kilian, Rechtsschutzversicherung und Anwaltschaft, 70; M. Kilian, AnwlBl 2022, 482, 483; ders., AnwlBl 2022, 418, 419; ROLAND Rechtsschutz-Versicherungs-AG (Hrsg.), Roland Rechtsreport 2020 (<https://tlp.de/eimd>), 7, 23–24, laut dem 25 % angaben, im Zeitraum von fünf Jahren vor der Befragung ein Problem gehabt zu haben, bei dem sie sich anwaltliche Unterstützung gewünscht hätten, diese dann aber nicht in Anspruch genommen zu haben. Vgl. ferner Ben-Shahar, in: Regulatory Competition, 447, 458; Engler, Bedeutung der unechten Legal Tech-Sammelklagen für den kollektiven Rechtsschutz, 45–46; C. Fechner, Schutzlücken, 7; Grunewald, BB 2021, 2442; Kramer, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 27; MüKo-ZPO-I/Schulz, Vorbemerkung zu § 91 ZPO Rn. 2; Theissen, Prozessführungsgesellschaften, 15–16; G. Wagner, AcP 222 (2022), 56, 73. Addiert man bei Hommerich/M. Kilian, Mandanten und ihre Anwälte, 99–100, die Werte der kostenbezogenen Gründe, die Personen angaben, die mit einem Rechtsproblem konfrontiert waren aber keine anwaltliche Hilfe suchten, so ergibt sich ein Wert von 54 %; dies., Mandanten und ihre Anwälte, 204, kamen allerdings auch zu dem Ergebnis, dass nur 6 % der mit einem Rechtsproblem konfrontierten Studienteilnehmern das Problem vollständig auf sich beruhen ließen.

- 465 Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 323; Rehbinder, Rechtssoziologie, Rn. 150–151.
- 466 Vgl. schon o. § 2 C. I. 2. d. Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 324, geht allerdings davon aus, dass das deutsche Modell grundsätzlich streitwertabhängiger Kosten zu ihrer Kalkulierbarkeit führt. Das kann für Laien nur insoweit gelten, als eine Belehrung über die Kosten durch einen Anwalt oder eine Nutzung der Online-Kostenrechner, wie etwa des *Deutscher Anwaltverein* (DAV) (Hrsg.), Prozesskostenrechner (<https://tlp.de/b88c>), erfolgt. Auch bei Nutzung letzterer ist jedoch – selbst wenn die erste Hürde der Nutzbarkeit, die Ermittlung des Streitwertes, genommen wird – nur die Höhe der möglichen Kosten ersichtlich. Das *Risiko ihrer Tragung* in Anbetracht des § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO, kann ein solcher frei verfügbarer Rechner bis dato nicht ermitteln. Vgl. zur Kalkulierbarkeit der Kosten ferner J. Goebel, Zivilprozessrechtsdogmatik, 198.
- 467 Fries, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 36; Kramer, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 33. Vgl. für eine Untersuchung der Rolle des Ausgangsvermögens anhand eines rein rationalen Modells bei der Entscheidung zwischen „Gerichtsprozess“ und „kein Gerichtsprozess“: Siebert-Reimer, Anspruch auf Erstattung der Kosten der Prozessfinanzierung, 124–129.



ohne Weiteres – stemmen können;<sup>468</sup> aber auch diejenigen, die grundsätzlich zur finanziellen Bewältigung in der Lage wären, allerdings dennoch aufgrund einer Verhältnisabwägung zu sonstigen Ausgaben von der „Investition Rechtsdurchsetzung“ Abstand nehmen.<sup>469</sup>

An dieser Stelle zeigt sich die schon erwähnte Verwobenheit objektiver Barrieren und subjektiver Defizite besonders deutlich. Aus der internen Perspektive<sup>470</sup> des Rechtsuchenden ist relevant, wie gering seine finanzielle Ausstattung ist. Je geringer, desto gravierender wiegt die Kostenfrage im Entscheidungsprozess.<sup>471</sup> Gleichzeitig rührt die Kostenbarriere von den objektiv-rechtlichen Rahmenbedingungen des Kostenrechts her. Von grundlegender Bedeutung sind dabei letztlich die Kostentragungspflicht des Verlierers, der grundsätzlich auch die Kosten der obsiegenden Gegenseite zu tragen hat, § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO,<sup>472</sup> und die Vorschusspflicht<sup>473</sup> des Klägers bei Gericht in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, §§ 6 Abs. 1 Nr. 1, 12 Abs. 1 GKG,<sup>474</sup> und die Anwaltskosten betreffend, § 9 RVG.<sup>475</sup> Die Vorschusspflicht führt dazu, dass die gegebenenfalls den potenziellen Gewinn übersteigenden Rechtsverfolgungskosten vorzufinanzieren sind. Es herrscht damit aus Sicht des Rechtsuchenden nicht nur eine erheblich Drohkulisse hoher Kosten, sondern die noch höhere Hürde einer Vorausleistungspflicht.

---

468 Brechmann, Legal Tech & Anwaltsmonopol, 35. Für diese Gruppe insbesondere bietet der Staat mit der Prozesskosten- und der Beratungskostenhilfe Finanzierungshilfen an, vgl. dazu noch u. § 2 C. III. 3. c.

469 Fries, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 36. Wolf/Flegler, Stellungnahme IPA zum RefE: Gesetz zur Förderung verbrauchergerechter Angebote im Rechtsdienstleistungsmarkt (<https://tlp.de/7hiu>), 22–23, bezeichnen das als subjektiv-absolute und objektiv-relative Kostensperren.

470 Aus der externen Perspektive der Rechtspolitik andererseits ist für die Zuweisung als Defizit oder als Barriere die politische Lösung entscheidend: Subventionierung des Einzelnen wäre eine Einordnung als Defizit, generelle Kostensenkung eine als Barriere. Vgl. J. Goebel, Zivilprozeßrechtsdogmatik, 80, 196–197.

471 Das ist auch das Ergebnis bei Siebert-Reimer, Anspruch auf Erstattung der Kosten der Prozessfinanzierung, 129.

472 In diese Richtung auch Hidding, Zugang zum Recht, 92; M. Kilian, Drittfianzierung von Rechtsverfolgungskosten, 24–25; Theissen, Prozessführungsgesellschaften, 25–26.

473 C. Fechner, Schutzlücken, 54; M. Kilian, Drittfianzierung von Rechtsverfolgungskosten, 22–24, 27–29; Theissen, Prozessführungsgesellschaften, 17–18.

474 Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 325; Scherer, VuR 2020, 83; MüKo-ZPO-I/A. Schulz, Vorbemerkung zu § 91 ZPO, Rn. 1, 27–30, Siebert-Reimer, Anspruch auf Erstattung der Kosten der Prozessfinanzierung, 45; Theissen, Prozessführungsgesellschaften, 26–27.

475 Theissen, Prozessführungsgesellschaften, 22.

a. Kostenhöhe

- 151 Gerichtsgebühren sind im Ausgangspunkt streitwertabhängig, § 3 Abs. 1 GKG. Die Rechtsanwaltsvergütung ist nach § 2 Abs. 1 RVG grundsätzlich abhängig vom Gegenstandswert der Tätigkeit, der im Regelfall wegen § 23 Abs. 1 S. 1, 3 RVG ebenfalls streitwertabhängig ist.<sup>476</sup> Für anwaltliche Tätigkeiten ohne Zusammenhang mit einer anderen gebührenpflichtigen Tätigkeit ist in § 34 Abs. 1 S. 1 RVG empfohlen, eine Gebührenvereinbarung zu schließen. Ansonsten greifen die allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts, § 34 Abs. 1 S. 2 RVG.<sup>477</sup>
- 152 In den diversen Untersuchungen<sup>478</sup> der Kostenbarriere hat sich gezeigt, dass insbesondere die gerichtliche Verfolgung kleinerer Streitwerte vor dem Hintergrund des drohenden Kostenrisikos irrational teuer ist.<sup>479</sup> Das lässt sich anhand der folgenden Abbildungen verdeutlichen:<sup>480</sup>

---

476 M. Hartung, in: Legal Tech, 5, Rn. 41.

477 Je nach Art der anwaltlichen Tätigkeit greift entweder § 612 Abs. 2 BGB oder § 632 Abs. 2 BGB. Subsidiär sind die §§ 315, 316 BGB maßgeblich. Hartung/Schons/Enders/W. Hartung, § 34 RVG Rn. 31–36, 62–69; Gerold/Schmidt/H.-J. Mayer, § 34 RVG Rn. 44–50.

478 S. statt Vieler etwa Baumgärtel, Gleicher Zugang zum Recht, passim; Blankenburg, Mobilisierung des Rechts, 53; ders., ZfRS 1980, 33 ff.; Dimde, Rechtsschutzzugang und Prozessfinanzierung, passim; Siebert-Reimer, Anspruch auf Erstattung der Kosten der Prozessfinanzierung, 43–73.

479 Fries, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 31; J. Goebel, Zivilprozeßrechtsdogmatik, 199; Kramer, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 29; Reh binder, Rechtssoziologie, Rn. 151. So nun auch BT-Drs. 19/27673, 14; Wessels/Göcken, in: FS Henssler, 1625, 1626. Das liegt daran, dass die prozentuale Kostenbelastung mit höherem Streitwert abnimmt, vgl. Kocher, Funktionen der Rechtsprechung, 468. „Je kleiner der Streitwert, desto größer der das Missverhältnis der zu tragenden Kosten zum Streitwert.“; Hidding, Zugang zum Recht, 92. Die drohenden Kosten können dabei den potenziellen Gewinn übersteigen, Brechmann, Legal Tech & Anwaltsmonopol, 35–37. Im europäischen Vergleich sind die deutschen Gerichtskosten bei Durchsetzung geringerer Streitwerte verhältnismäßig hoch, Europäische Kommission, EU-Justizbarometer 2020 (<https://t1p.de/j8ex>), Tab. 24; Hoch/Hendricks, VuR 2020, 254, 255.

480 Die dargestellten Kosten orientieren sich am Basispreis der Rechtsdurchsetzung: Sie beziehen sich auf die Geltendmachung eines Anspruchs auf unumstrittener Tatsachengrundlage, bei dem im gerichtlichen Verfahren keine umfassende Beweisaufnahme mehr stattfinden muss. Wenngleich das keinesfalls der Normalfall in der Praxis ist, bieten die Kosten doch eine gute Orientierung. Denn je aufwendiger die Beweisaufnahme, desto höher werden die Kosten. Die markierte Zeile gibt den durchschnittlichen Streitwert für Verfahren mit einem Wert von bis zu 12.500€, die 2019 bundesweit vor einem Amtsgericht erledigt wurden, an. Zahlen veröffentlicht

<b>Streitwert</b>	<b>Gesamtsumme</b> (außergerichtliche Kosten & Prozesskosten)	<b>Prozentualverhältnis</b> (auf zwei Nachkommastellen gerundet)
500€	90,96€	18,19 %
1.000€	159,94€	15,99 %
1.865€	280,60€	15,05 %
25.000€	1.375,88€	5,50 %
50.000€	2.002,41€	4,00 %
100.000€	2.584,09€	2,58 %
1.000.000€	8.051,18€	0,81 %

Exemplarisch ausgewählte Streitwerte, unter Zugrundelegung der Auslagenpauschalen nach Nr. 7001, 7002 VV RVG, MwSt. 19 %, 1 Mandant, 1 Gegner, nur außergerichtliche Vertretung.

Abbildung 4: Prozentual degressive Gesamtkosten I

<b>Streitwert</b>	<b>Gesamtsumme</b> (außergerichtliche Kosten & Prozesskosten)	<b>Prozentualverhältnis</b> (auf zwei Nachkommastellen gerundet)
500€	506,21€	101,24 %
1.000€	837,07€	87,71 %
1.865€	1.481,50€	79,44 %
25.000€	7.180,74€	28,72 %
50.000€	10.473,76€	20,95 %
100.000€	14.585,80€	14,59 %
1.000.000€	52.602,64€	5,26 %

Exemplarisch ausgewählte Streitwerte, unter Zugrundelegung der Auslagenpauschalen nach Nr. 7001, 7002 VV RVG, MwSt. 19 %, 1 Mandant, 1 Gegner, außergerichtliche Vertretung, Gerichtliche Vertretung nur in 1. Instanz

Abbildung 5: Prozentual degressive Gesamtkosten II

vom Statistischen Bundesamt in der Fachserie 10 Reihe 2.1, 26 lfd. Nr. 21, abrufbar unter: <https://t1p.de/82mc>.

<b>Streitwert</b>	<b>Gesamtsumme</b> (außergerichtliche Kosten & Prozesskosten)	<b>Prozentualverhältnis</b> (auf zwei Nachkommastellen gerundet)
500€	1032,35€	206,47 %
1.000€	1.703,11€	156,1 %
1.865€	3.027,32€	162,32 %
25.000€	14.696,68€	58,79 %
50.000€	21.448,62€	42,90 %
100.000€	30.178,32€	30,18 %
1.000.000€	110.753,74€	11,08 %

Exemplarisch ausgewählte Streitwerte, unter Zugrundelegung der auslagenpauschalen nach Nr. 7001, 7002 VV RVG, MwSt. 19 %, 1 Mandant, 1 Gegner, Außergerichtliche Vertretung, Gerichtliche Vertretung in 1. und 2. Instanz

Abbildung 6: Prozentual degressive Gesamtkosten III

- 153 Das zeigt zum einen, dass gerade die Austragung eines Konfliktes vor den Gerichten die drohende Kostenlast deutlich erhöht,<sup>481</sup> weil im Falle einer Niederlage die gegnerischen Kosten zu erstatten sind und Gerichtskosten hinzukommen. Daraus folgt, dass gerade, wenn die wirtschaftliche Potenz der Konfliktparteien erheblich zum Nachteil des Rechtsuchenden verteilt ist, die Bedeutung des Kostenfaktors steigt.<sup>482</sup> Denn die Risikoerhöhung im Falle eines Gerichtsprozesses ist für die potentere Seite weniger gravierend. In Situationen mit einem großen Ressourcengefälle zwischen den Beteiligten wirkt letztlich daher hoher außergerichtlicher oder niedriginstanzlicher Einigungsdruck auf den Rechtsuchenden ein<sup>483</sup> – wenn er denn nicht schon zur Gruppe derjenigen gehört, die von Anfang an aus finanziellen Gründen gerichtlichen den Konflikt scheuen.

481 Vgl. aber auch das Beispiel von Scherer, WRP 2021, 561, Rn. 41, zum Mahnverfahren.

482 Vgl. Kramer, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 33.

483 Fries, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 36 mit vertiefenden Nachweisen. Auch J. Goebel, Zivilprozeßrechtsdogmatik, 198, sieht ein erhebliches Drohpotenzial von einer Eskalation der Kosten ausgehend. Dieser Druck sinkt selbstverständlich, wenn die Kosten abgewälzt werden können, vgl. für eine Rechtsschutzversicherung Jagodzinski/Raiser/Riehl, Rechtsschutzversicherung und Rechtsverfolgung, 143.

Zum anderen verdeutlicht dieser Befund die Notwendigkeit finanzieller Unterstützung. Denn die Abwägung, die der Einzelne im Hinblick auf seine wirtschaftliche Situation zu treffen hat, lässt sich statistisch verallgemeinern: Der durchschnittliche Streitwert für Verfahren mit einem Wert von bis zu 12.500€, die vor einem Amtsgericht erledigt wurden, lag 2019 bundesweit bei 1.865€. Statistisch am häufigsten waren dabei Streitwerte bis 1.500€ und zwischen 2.000€ und 3.000€. <sup>484</sup> Die Prozesskosten für ein Verfahren mit Streitwert 1.865€ <sup>485</sup> bei Erledigung vor dem Amtsgericht in erster Instanz liegen bei 1.481,50€. <sup>486</sup> Über den notwendigen freien finanziellen Spielraum, um so ein Risiko ohne Berücksichtigung etwaiger Rücklagen oder Inanspruchnahme von finanzieller Unterstützung eingehen zu können, verfügten 2020 10.770.000 Deutsche (12,94 % der Gesamtbevölkerung). Umgekehrt übersteigen die drohenden Kosten den frei verfügbaren Einkommensüberschuss von rund 37 % (0€ bis 250€) der Gesamtbevölkerung mindestens um den Faktor fünf. <sup>487</sup> Tendenziell dürfte die Prozentzahl noch geringer sein, da statistisch nur frei verfügbares Nettoeinkommen jenseits von 1000€ als höchste Kategorie erfasst ist. Noch deutlicher wird die Relevanz der Abwägung, wenn eine Weiterverfolgung vor dem Landgericht als Berufungsinstanz, § 72 GVG, miteingepreist wird: Für diesen Fall steigen die Kosten bei gleichbleibendem Streitwert auf 3.027,32€. <sup>488</sup>

484 Zahlen veröffentlicht vom Statistischen Bundesamt in der Fachserie 10 Reihe 2.1, 26 lfd. Nr. 21, abrufbar unter: <https://t1p.de/82mc>. Denselben Befund zeigen M. Kilian/Dreske, Statistisches Jahrbuch der Anwaltschaft 19/20, 314.

485 Erstaunlicherweise liegen dieser durchschnittliche Streitwert und der durchschnittliche Wert, ab dem ein Deutscher vor Gericht ziehen würde (1.840€), sehr nah beieinander. S. zum letzteren Wert ROLAND Rechtsschutz-Versicherungs-AG (Hrsg.), Roland Rechtsreport 2020 (<https://t1p.de/eimd>), 7, 24–25. Krit. zum Report Wessels/Göcken, in: FS Henssler, 1625, 1628–1630.

486 Vgl. Abbildung 5.

487 Vgl. die Zahlen bei IfD Allensbach (Hrsg.), AWA 2020 – freies Nettoeinkommen, 2020 (<https://t1p.de/hniu>).

488 Vgl. Abbildung 6.

- 155 Die daher für viele<sup>489</sup> unabdingbare Unterstützung beruht in Deutschland im Wesentlichen auf drei Säulen:<sup>490</sup> Staatliche Prozess-,<sup>491</sup> §§ 114 ff. ZPO, und Beratungskostenhilfe<sup>492</sup>, private Selbstvorsorge im Wege der Rechtsschutzversicherungen und Prozessfinanzierung durch gewerbliche Anbieter.<sup>493</sup>

## b. Voraussehbarkeit der Kostenhöhe und ihrer Tragungspflicht

- 156 Aus der in § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO normierten Grundsatzentscheidung der Kostenlastverteilung als Unterliegenshaftung folgt,<sup>494</sup> dass die hemmende Wirkung der Kostenbarriere ganz besonders von den Erfolgsaussichten der Rechtsdurchsetzung abhängig ist: So hat sich schon in den 1990er Jahren gezeigt, dass kaum Hemmwirkung besteht, wenn ein Zivilprozess rein der

---

489 2014 waren es immerhin 53 %, die die Kosten eines Rechtsanwaltsmandats nicht selbst bezahlten, sondern sich zur Finanzierung eines Dritten bedienten. Vgl. *M. Kilian*, Drittfiananzierung von Rechtsverfolgungskosten, 5, Vorwort.

490 *Hommerich/M. Kilian*, Mandanten und ihre Anwälte, 136–137; *M. Kilian*, Drittfiananzierung von Rechtsverfolgungskosten, 29; *H. Koch*, Verbraucherprozessrecht, 106–115.

491 Statistiken zur Prozesskostenhilfe bei *M. Kilian/Dreske*, Statistisches Jahrbuch der Anwaltschaft 19/20, 233–235; *dies.*, Statistisches Jahrbuch der Anwaltschaft 17/18, 227–229. In Verfahren nach dem Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG), 17.12.2008, BGBl. I. 2008, 2587 (§§ 76–78 FamFG) und im gewerblichen Rechtsschutz wird die Prozesskostenhilfe als Verfahrenskostenhilfe bezeichnet. Ein inhaltlicher Unterschied existiert nicht, vgl. *M. Kilian*, Drittfiananzierung von Rechtsverfolgungskosten, 51. Vielmehr verweisen die Sonderverfahrensordnungen direkt auf die Basisregelungen der ZPO. Daher wird hier im Weiteren beides unter Prozesskostenhilfe zusammengefasst.

492 Geregelt im Gesetz über Rechtsberatung und Vertretung für Bürger mit geringem Einkommen (Beratungshilfegesetz – BerHG), 18.06.1980, BGBl. 1980, 689. Aktuellere Statistiken zur tatsächlichen Inanspruchnahme staatlicher Kostenhilfe finden sich bei *M. Kilian/Dreske*, Statistisches Jahrbuch der Anwaltschaft 19/20, 228–235; *M. Kilian/Dreske*, Statistisches Jahrbuch der Anwaltschaft 17/18, 222–229. Nach den 2007 veröffentlichten Studienergebnissen von *Hommerich/M. Kilian*, Mandanten und ihre Anwälte, 137–138, übernahm der Staat im Wege der Prozess- und Beratungskostenbeihilfe in 8 % der Fälle die Rechtsverfolgungskosten der Befragten.

493 Diese Möglichkeiten vergleichend: *Hommerich/M. Kilian*, Rechtsschutzversicherung und Anwaltschaft, 79–82. S. ausführlicher u. § 2 C. III. 2.

494 MüKo-ZPO-I/*Schulz*, § 91 ZPO Rn. 1–2.

Anspruchsdurchsetzung dient und ein Prozesserfolg nahezu gewiss ist,<sup>495</sup> wohingegen die Hemmwirkung größer wird, je ungewisser der Erfolg ist.<sup>496</sup> Dies zeigt die Notwendigkeit unterstützender Akteure schon in diesem Stadium der Rechtsmobilisierung, denn ein Laie kann nur in Ausnahmefällen die materiell-rechtliche Ausgangslage korrekt erfassen.<sup>497</sup> Erst recht wird er die prozessuale Durchsetzbarkeit nicht beurteilen können und ist insofern auf Unterstützung angewiesen.<sup>498</sup>

Filternd wirken damit nicht nur die schlichte Höhe der anwaltlichen Kosten und die Frage nach ihrer Tragungspflicht, sondern gerade auch die Undurchsichtigkeit des Gebührensystems.<sup>499</sup> Noch 2007 konnten 31 % der Befragten nicht angeben, auf welcher Grundlage ihre Rechtsverfolgungskosten berechnet wurden.<sup>500</sup> Schon die technische Ausgestaltung des RVG mit seinen Anhängen ist für Laien höchst unverständlich, eine realistische Kosteneinschätzung im Vorfeld der Beratung kaum möglich.<sup>501</sup> Der zuverlässigen Nutzung eines der vielen existierenden Online-Rechner stellt sich die Hürde der Streit- bzw. Gegenstandswertabhängigkeit entgegen. Ein Laie kann diesen Wert allerhöchstens schätzen und so bestenfalls eine grobe Vorstellung von den ihn erwartenden Kosten bekommen.<sup>502</sup> Aufgrund der parallelen Ausgestaltung des GKG gilt selbiges für die Gerichtskosten.

495 Dagegen spricht das Ergebnis der Modellierung von *Siebert-Reimer*, Anspruch auf Erstattung der Kosten der Prozessfinanzierung, 124–129, sofern man unterstellt, dass eine Gewinnwahrscheinlichkeit von 90 % einem „nahezu gewissen“ Erfolg entspricht.

496 *J. Goebel*, Zivilprozeßrechtsdogmatik, 198–199 mwN.

497 Befunde bei *Fries*, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 31; *Kramer*, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 28. Zur Rolle unterstützender Akteure u. § 2 C. III.

498 Vgl. dazu *M. Kilian*, Drittfinanzierung von Rechtsverfolgungskosten, 26–27.

499 *Hidding*, Zugang zum Recht, 92–93; *Hommerich/M. Kilian*, Mandanten und ihre Anwälte, 25; *Henssler/Prütting/M. Kilian*, § 49b BRAO Rn. 298. Anders 2014 zwischenzeitlich *M. Kilian*, Drittfinanzierung von Rechtsverfolgungskosten, 26. Noch unter Geltung der BRAO: *J. Goebel*, Zivilprozeßrechtsdogmatik, 149. Zwar wurde die BRAO mittlerweile durch das RVG abgelöst, allerdings hat sich die Abhängigkeit der Vergütung vom Gegenstandswert nicht wesentlich geändert, vgl. § 7 Abs. 1 BRAO einerseits und § 2 Abs. 1 RVG andererseits.

500 *Hommerich/M. Kilian*, Mandanten und ihre Anwälte, 150.

501 AA *M. Kilian*, Drittfinanzierung von Rechtsverfolgungskosten, 26. Mit Schaffung des Vergütungsverzeichnisses sollte die Transparenz im Gegensatz zur BRAO eigentlich erhöht werden, LK-RVG/*Bischof*, § 2 RVG Rn. 3.

502 AA zur Nutzbarkeit der Online-Rechner *M. Kilian*, Drittfinanzierung von Rechtsverfolgungskosten, 26. Im Gegensatz zu Laien ist das deutsche Gebührensystem der Anwaltsvergütung für Rechtsschutzversicherer, was die Kalkulierbarkeit angeht „nahezu ideal“ ausgestaltet: *Hommerich/M. Kilian*, Rechtsschutzversicherung und



- 158 Immerhin greift im außergerichtlichen Bereich die Kappungsgrenze des § 34 Abs.1 S.3 Hs.3 RVG für Erstberatungsgespräche zwischen Anwalt und Verbraucher, sodass wenigstens in dieser Hinsicht Transparenz „nach oben hin“ herrscht.<sup>503</sup> Auch hat ein Anwalt nach § 49b Abs. 5 BRAO darauf hinzuweisen, wenn sich die zu erhebenden Gebühren nach dem Gegenstandswert richten. Das wird – so die Idee des Gesetzgebers – Nachfragen des potenziellen Mandanten provozieren,<sup>504</sup> die der Anwalt so umfassend wie möglich aufklärend beantworten muss,<sup>505</sup> um Transparenz zu schaffen. Unabhängig von der sonstigen Kritik an der Norm,<sup>506</sup> ist mit der hier gewählten Perspektive der Ansatzpunkt problematisch: Damit die Norm ihre intendierte Wirkung der Überschaubarkeit des Kostenrisikos überhaupt entfalten kann, muss der Schritt zum Anwalt schon vollzogen sein. Wer also aufgrund seiner Schwellenangst und aufgrund von Furcht vor hohen Kosten einen Anwalt nicht aufsucht, der wird von der Normwirkung nicht erreicht.

## 2. Gesellschaftliche und soziale Faktoren

- 159 Neben dieser wirtschaftlichen Kostenbarriere beeinflussen soziale Barrieren die Rechtsdurchsetzung. Die Berufung auf Recht ist etwa abhängig davon, ob eine sozialrelevante Beziehung<sup>507</sup> zwischen den Konfliktparteien besteht, und – wenn ja – wie vertraut diese ist. Daneben können Individualisierung der Rechtsuchenden und die Zuweisung der Eskalationslast eine entscheidende Rolle für das Schicksal des Konfliktes spielen.

---

Anwaltschaft, 59–63; *M. Kilian*, Drittfiananzierung von Rechtsverfolgungskosten, 32–33.

503 Nach NK-RVG/*Winkler*, § 34 RVG Rn. 101, geht die Regelung auf den DAV zurück, der hierdurch die Schwelle der Undurchsichtigkeit verringern wollte.

504 BT-Drs. 17/1971, 232.

505 Hartung/Schons/Enders/*Enders*, § 2 RVG Rn. 17; Henssler/Prütting/*M. Kilian*, § 49b BRAO Rn. 298.

506 Zu Recht krit. Henssler/Prütting/*M. Kilian*, § 49b BRAO Rn. 298–299, weil nicht über die Höhe, sondern nur über die Wertabhängigkeit belehrt werden muss.

507 Unter sozialrelevanten Beziehungen werden hier gleichermaßen rein soziale Verbindungen (Familie, Ehe, Freundschaft, Bekanntschaft, etc.) und auf Dauer angelegte, teils geschäftlich geprägte Verbindungen (Arbeitnehmer zu Arbeitgeber, Mieter zu Vermieter, Bürger zu Behörde, etc.) verstanden. S. ähnlich bei *J. Goebel*, Zivilprozeßrechtsdogmatik, 133.

a. Soziale Nähe vs. Distanz; Fortbestand der Beziehung

Ein Faktor sind die Charakteristika der konfliktbelasteten Sozialbeziehung. 160 Je näher und vertrauter diese ist, desto eher es *ultima ratio*, sich auf das Recht zu berufen.<sup>508</sup> Gerade bei länger bestehenden Verbindungen ist eine Verrechtlichung im Regelfall<sup>509</sup> mit einem Abbruch der Beziehung verbunden, sodass wesentlich auch ein etwaiges Fortbestandsinteresse zu bedenken ist.<sup>510</sup> Das liegt entscheidend am komplexitätsbewältigenden Wesen des Rechts: Aus hochkomplexen menschlichen Beziehungen werden einzelne normtatbestandsrelevante Momentaufnahmen herausgegriffen, anhand derer ein Dritter den Konflikt unterkomplex bereinigt.<sup>511</sup> Die beziehungs-immanenten Konfliktlösungsmechanismen scheitern durch Einschaltung externer Institutionen. Das macht einen Vertrauensbruch zwischen den Parteien offenkundig.

Umgekehrt gilt: je punktueller, anonym und räumlich wie emotional dis- 161 tanzierter die Beziehung, desto eher erfolgt eine Berufung auf das Recht.<sup>512</sup> Denn die höchsten sozialen Kosten – der Abbruch der Beziehung – sind schließlich in solch rein punktuellen Konstellationen ohnehin unausweichlich. Mangels Nähe und Dauer konnten sich beziehungsimmanente Konfliktlösungsmechanismen schon gar nicht bilden. Letztlich sind einmalige Begegnungen im Rahmen eines Verkehrsunfalls sozial betrachtet eher zu

508 Baer, Rechtssoziologie, § 7 Rn. 29–32; Blankenburg, Mobilisierung des Rechts, 41; ders., ZfRS 1980, 33, 33, 36; Kocher, Funktionen der Rechtsprechung, 89–90, 126; Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 323. J. Goebel, Zivilprozeßrechtsdogmatik, 133–134 mwN, nennt nochmals differenzierte Parameter zur Analyse der Beziehung: Dauer, Nähe, Komplexität, inhaltliche Ausrichtung und Machtdifferenzen. Fries, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 42–44, unterscheidet als relationsspezifische Parameter explizit Bindungsdauer und Bindungsintensität, bezieht beides aber auf vertragliche Verbindungen.

509 Röhl, Rechtssoziologie, 528: „In der Regel verhärtet ein Gerichtsprozess die Fronten“.

510 Blankenburg, Mobilisierung des Rechts, 53; ders., ZfRS 1980, 33, 49; Felstiner/Abel/Sarat, LSR 1980, 631, 640; J. Goebel, Zivilprozeßrechtsdogmatik, 134; Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 328; Rehder, Rechtssoziologie, Rn. 147; Röhl, Rechtssoziologie, 527–528.

511 J. Goebel, Zivilprozeßrechtsdogmatik, 137–139. Vgl. in diesem Kontext ferner die Ausführungen zur „Konflikt-absorption durch Verfahren“ bei Kocher, Funktionen der Rechtsprechung, 94–97, 120–121.

512 Baer, Rechtssoziologie, § 7 Rn. 32; Blankenburg, Mobilisierung des Rechts, 41, 53; ders., ZfRS 1980, 33, 33, 37, 49; Rehder/van Elten, in: HB Digitalisierung Staat & Verwaltung, 1, 4; dies., ZfRS 2019, 64, 70.

verrechtlichen als Streitigkeiten unter Nachbarn, Eheleuten, Mietparteien und im auf Dauer angelegten interkaufmännischen Verkehr.<sup>513</sup>

## b. Individualisierung vs. Kollektivierung

- 162 Der zweite wesentliche sozialbedingte Faktor ist die Individualisierung des Rechtsuchenden. Im Unterschied zur soeben erfolgten Betrachtung der konfliktbelasteten Beziehung des das Recht Durchsetzenden und seines Gegners spielt es ebenfalls eine gewichtige Rolle, ob Menschen bei der Rechtsdurchsetzung allein oder im Kollektiv handeln.<sup>514</sup> Wem es gelingt, Betroffene zu isolieren, der vermeidet eine Prozessniederlage möglicherweise schon dadurch, dass er durch Ausnutzen der Barriere die Verrechtlichung des Konfliktes an sich unterbindet.<sup>515</sup>
- 163 Insgesamt sind im Detail betrachtet wiederum zwei verschiedene Stoßrichtungen von Isolation denkbar: Ein viele betreffendes Problem kann subjektiv als rein individuelles Problem wahrgenommen werden,<sup>516</sup> oder ein offensichtlich viele betreffendes Problem muss aufgrund der Ausgestaltung der Rechtsdurchsetzungsmechanismen von jedem einzeln durchgesetzt

---

513 Vgl. mwN im Einzelnen *J. Goebel*, Zivilprozeßrechtsdogmatik, 138.

514 *Baer*, Rechtssoziologie, § 7 Rn. 33.

515 Das gilt in besonderem Umfang für Streitigkeiten in von Machtasymmetrie geprägten Verbindungen, am häufigsten sicherlich bei Verbrauchern und Unternehmern, vgl. zur taktischen Nutzung NK-MuKla/*Röthemeyer*, Einführung Rn. II.

516 *Felstiner/Abel/Sarat*, LSR 1980, 631, 643–644. Die Autoren illustrieren das anhand des Beispiels einer TV-Sendung, in der eine Frau, die bei einer routinemäßigen Polizei-Verkehrskontrolle einer vollständigen Leibesvisitation unterzogen wurde, schilderte, dass sie erfolgreich die Polizei auf eine Entschädigung verklagt habe. Daraufhin hätten sich beim ausstrahlenden Sender zu hunderten Frauen mit ähnlichen Erfahrungen gemeldet. Abstrakter wurde ein kollektives Problem – das offensichtliche Fehlverhalten der Polizei gegenüber Frauen – zunächst für *eine* Betroffene individualisiert und völlig depolitisiert. Nachdem ihr Erfolg viral wurde und ins öffentliche „Spotlight“ geriet, startete der umgekehrte Prozess der Kollektivierung und Politisierung der justiziellen Aufarbeitung für alle anderen Betroffenen. Ein struktureller Rechtsdurchsetzungsansatz folgte aus einer punktuellen Durchsetzung, die zunächst Einzelne wurde zum Leitbild. Diese Dimension des Individualisierungsfaktors spielt auch eine Rolle im Rahmen der subjektiven Voraussetzungen des Namings (§ 2 C. I. 1.), denn der einzelne Betroffene erfährt möglicherweise durch das „Spotlight“ erst, dass eine auch ihm bekannte Situation justiziabel ist und Ersatzansprüche auslöst.

werden. Dann erzeugt der Rechtsrahmen der Rechtsdurchsetzung Individualisierung und damit abermals Barrieren.<sup>517</sup>

Beides ist prozesstaktisch nutzbar. Einerseits können Unternehmen eine Prozesstaktik der Individualisierung verfolgen, indem sie selbst in Fällen, in denen offensichtlich ist, dass eine Vielzahl von Betroffenen in strukturell grundsätzlich identischer Weise beeinträchtigt wurde, die Besonderheiten jeden Einzelfalles ganz besonders betonen.<sup>518</sup> Gerade in von Machtasymmetrie geprägten Konflikten verstärkt Vereinzelung das ohnehin bestehende Ohnmachtsgefühl der schwächeren Partei.

Andererseits existiert auch das Instrument der sog. strategischen Prozessführung: Aus einer Vielzahl gleichgelagerter Fälle wird ein einzelner herausgenommen, der exemplarisch für die maßgeblichen rechtlichen Fragen ist.<sup>519</sup> Das macht sich zu Nutze, dass Rechtsprechung über das konkrete Verfahren, für das sie Entscheidungswirkung entfaltet, hinausstrahlt.<sup>520</sup> Begleitet man das ausgewählte Verfahren auf dem Zug durch die Instanzen medial und schafft damit Öffentlichkeit für den dahinterstehenden Sachverhalt, schafft man wiederum ein folgefähiges Leitbild für weitere Betroffene.<sup>521</sup> Damit werden im Erfolgsfall gleichzeitig Rechtssicherheit für die Durchsetzung weiterer Fälle und Mandate mit eben diesen weiteren Fällen, die mit entsprechender höchstrichterlicher Präzedenz widerstandsfreier bearbeitet werden können, generiert.

517 Baer, Rechtssoziologie, § 7 Rn. 35. Das folgt für Deutschland aus der grundsätzlich individualistischen Prägung des materiellen Rechts und des Prozessrechts. Vgl. dazu J. Goebel, Zivilprozeßrechtsdogmatik, 141–143; Miletzki, Konfliktregelung im Verbraucherrecht, 9. Ausführlicher u. § 2 D. und § 2 E. II. 1.

518 Baer, Rechtssoziologie, § 7 Rn. 33; Kramer, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 37–39. Als Beispiele seien die Verteidigungsstrategien von VW im Kontext des Dieselskandals und der Banken bei Immobiliendarlehenswiderrufen genannt.

519 Baer, Rechtssoziologie, § 7 Rn. 37; G. Fuchs, in: Interdisziplinäre Rechtsforschung, 243, 248; Ruschemeier, MMR 2021, 942, 945–946. Beispiel: Der Prozess, der letztlich mit dem Urteil des BGH, 25.05.2020 – VI ZR 252/19, BGHZ 225, 316 ff., endete, und der erstmals zur höchstrichterlichen Feststellung einer Schadensersatzpflicht von VW gegenüber Kfz-Käufern aus § 826 BGB führte. Daneben werden unter strategischer Prozessführung auch die Bemühungen von Vereinigungen verstanden, durch Rechtsprechung die Rechtsordnung zu verändern, soziale Gerechtigkeit zu erreichen und die Rechtspolitik zu beeinflussen. Solche Vereinigungen sind etwa die Gesellschaft für Freiheitsrechte ([www.freiheitsrechte.org](http://www.freiheitsrechte.org)) und das European Centre for Constitutional and Human Rights ([www.ecchr.eu](http://www.ecchr.eu)).

520 G. Fuchs, in: Interdisziplinäre Rechtsforschung, 243, 252; Kemper, Verbraucherschutzinstrumente, 93–94.

521 Baer, Rechtssoziologie, § 7 Rn. 37.

c. Verteilung der Eskalationslast

- 166 Entscheidend für den Rechtmobilisierungsprozess ist des Weiteren die Verteilung der Eskalationslast. Die Rechtsordnung weist in unterschiedlichen Konfliktkonstellationen jeweils den letzten Schritt zur Verrechtlichung einer der Parteien zu. Das trifft letztlich die Auswahl desjenigen, der in typisierten Konstellationen im Regelfall die Hürden vor der Rechtsdurchsetzung als Erstes überwinden muss.<sup>522</sup> Derjenige, der sich verteidigen muss, hat demgegenüber weniger Hürden zu überwinden: Ihm bleibt häufig ohnehin keine aussichtsreiche Verteidigungsmöglichkeit, wenn sein Gegenüber einen „rechtlichen Angriff“ gestartet hat. Dabei obliegt die Eskalationslast meist dem Gläubiger einer Forderung.<sup>523</sup>
- 167 Das heißt, dass die Lastenverteilung einen Rechtsdurchsetzungsversuch im Keim ersticken kann, wenn der ohnehin schwächeren Partei die Eskalationslast aufgebürdet wird, sie also von sich aus gegen einen – wenigstens subjektiv so wahrgenommenen – übermächtigen Gegner aktiv werden muss.<sup>524</sup> Besonders sei erwähnt, dass die hemmende Wirkung der Zuweisung der Eskalationslast an die schwächere Partei dadurch abgebaut werden kann, dass an anderen Barrieren und Defiziten angesetzt wird. Denn die konkret abhaltende Wirkung ist letztlich nur im Kontext mit der Wirkung anderer Barrieren zu betrachten, da hier nur bestimmt wird, wer die genannten Widerstände überwinden muss. Es handelt sich um einen zu den anderen relativen Hemmfaktor.

---

522 Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 325; Röhl, Rechtssoziologie, 540–542. Baer, Rechtssoziologie, § 7 Rn. 30, spricht insofern von einer ungleichen Verteilung der Mobilisierungskosten.

523 Vgl. G. Wagner, AcP 222 (2022), 56, 65–66.

524 Baer, Rechtssoziologie, § 7 Rn. 31; Blankenburg, Mobilisierung des Rechts, 43–49; ders., ZfRS 1980, 33, 40–45, 62, jeweils „Klagezumutung“; Fries, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 48–49; Kocher, Funktionen der Rechtsprechung, 128, „Initiativlast“. Umgekehrt: Wird der stärkeren, ggf. routinierteren Partei die Eskalationslast zugewiesen, wirkt diese weit weniger hemmend, vgl. H. Koch, Verbraucherprozessrecht, 55.

### 3. One-Shotter vs. Repeat Player: Asymmetrische Partei- und Rollenstrukturen

Eine herausgehobene Stellung im Gefüge der Faktoren der Rechtsdurchsetzung hat die zumeist asymmetrische Parteienstruktur inne. Gemeint sind die bestehenden strukturellen Unterschiede in Konflikten, die sich zwischen Einzelnen und Organisationen zutragen,<sup>525</sup> unter Bezugnahme nicht allein auf ein wirtschaftliches Machtgefälle zwischen den Parteien,<sup>526</sup> sondern vielmehr ebenfalls auf die diametral unterschiedlichen Interessen und Kenntnisse<sup>527</sup> der Parteien.

Dieses Phänomen wurde erstmals von *Galanter* ausführlich untersucht und mit den vielzitierten<sup>528</sup> Begriffen „One-Shotter“ und „Repeat Player“ benannt.<sup>529</sup> One-Shotter sind regelmäßig Verbraucher, die sich mit einem bestimmten Problem zum ersten – und teils einzigen – Mal im Konfliktfall konfrontiert sehen, während Repeat Player regelmäßig größere Organisationen sind, die mit demselben Problem vielfach zu tun haben und es in der Gestaltung ihrer Beziehungen mitbedenken.<sup>530</sup>

Bei kleineren Vermögenswerten sind One-Shotter im Zweifel gewillt, an den Kosten der Rechtsdurchsetzung zu sparen, weil ihr möglicher Gewinn nur gering und einmalig ist, Mehraufwand sich dementsprechend wenig

525 J. Goebel, Zivilprozeßrechtsdogmatik, 118–133. Unterschiedliche Beispielskonstellationen, die Ausgangspunkt der erstmaligen Untersuchung waren, finden sich tabellarisch bei *Galanter*, LSR 1974, 95, 107.

526 *Rehbinder*, Rechtssoziologie, Rn. 166; *Röhl*, Rechtssoziologie, 545.

527 *Fries*, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 34–35.

528 U.a. *Blankenburg*, ZfRS 1980, 33, 53; *Brechmann*, Legal Tech & Anwaltsmonopol, 37–38; *Engler*, AnwBl Online 2021, 253, 254; *Fries*, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 32–33; *Garth/Cappelletti*, BLR 1978, 181, 193; J. Goebel, Zivilprozeßrechtsdogmatik, 121, dort Fn. 221 mwN; M. Hartung, AnwBl Online 2019, 353, 354; *ders.*, in: Legal Tech, 5, Rn. 45–46; *ders.*, BB 2017, 2825, 2826; *Kocher*, in: Rechtliche Instrumente zur Durchsetzung von Barrierefreiheit, 73, 75; *dies.*, Funktionen der Rechtsprechung, 124–125; *Kramer*, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 29–30; *Lampe*, REL 2019, 34, 35; *McCann*, in: Oxford Handbook of Law and Politics, 522, 529; *Meller-Hannich*, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. I: Gutachten, 1, A 27, A 33; *Merry*, Getting Justice, 205; *Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 326; *Rehbinder*, Rechtssoziologie, Rn. 135; *Rehder/van Elten*, ZfRS 2019, 64, 70–71; *Röhl*, Rechtssoziologie, 539–548; *Rottleuthner*, in: Recht und Praxis der Widerspruchsausschüsse in der SozV, 116, 125.

529 *Galanter*, LSR 1974, 95, 97, 107. Vgl. ferner K. T. McGuire, J. Politics 57 (1995), 187 ff.

530 *Galanter*, LSR 1974, 95, 97–98; *Kemper*, Verbraucherschutzinstrumente, 58; *Lampe*, REL 2019, 34, 35.

lohnt.<sup>531</sup> Repeat Player können dagegen Skalenvorteile nutzen, da sie mit einer Vielzahl wiederkehrender, strukturell vergleichbarer Konfliktsituationen konfrontiert sind und so selbst kleine gewonnene Werte sich auf ein wirtschaftlich lohnenswertes Maß skalieren lassen,<sup>532</sup> während gleichzeitig erlittene punktuelle Totalverluste kaum schmerzen.<sup>533</sup>

- 171 Daneben treten Wissensvorteile aufgrund der Beschäftigung eigener Juristen oder zumindest aufgrund von belastbaren Dauerbeziehungen zu spezialisierten externen Anwälten<sup>534</sup> sowie der Befassung mit immer gleichen Konfliktfällen. Zudem ist Vertrautheit im Umgang mit dem justiziellen Bürokratieapparat<sup>535</sup> sowie der im Verfahren stattfindenden „verzerrten Kommunikation“<sup>536</sup> zu beobachten. Sich bildende Routinen aufseiten der Repeat Player machen Erfolge wahrscheinlicher,<sup>537</sup> dennoch erlittene Misserfolge können analysiert und so Strategien optimiert werden.<sup>538</sup> Das bedeutet im Ergebnis: Aufgrund geringerer Hemmwirkungen und höherem strategischem Gesamtnutzen<sup>539</sup> von Repeat Playern gegenüber One-Shottern ist

531 Ähnlich Fries, Verbraucherrechtsdurchsetzung; McCann, in: Oxford Handbook of Law and Politics, 522, 529; Morell, JZ 2019, 809, 813. Mit den Worten von Galanter, LSR 1974, 95, 98: „[...] the O[ne] S[hotter] may suffer from the opposite problem: his claims may be so small [...] that the cost of enforcing them outruns any promise of benefit.“

532 Morell, JZ 2019, 809, 813. S. zu den Vorteilen der Repeat Player im Einzelnen Galanter, LSR 1974, 95, 98–103. Vgl. ferner Fries, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 47; Garth/Cappelletti, BLR 1978, 181, 193; Kocher, Funktionen der Rechtsprechung, 53–55; Kramer, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 30; Röhl, Rechtssoziologie, 545.

533 Galanter, LSR 1974, 95, 100.

534 Hochspezialisierte – und daher teure – Anwälte sind nach Wolf, BRAK-Mitt. 2018, 162, 163, leistungsfähiger und wirkmächtiger. Das wird mit der fortdauernden Existenz teurer Kanzleien am Markt begründet. Das ist jedenfalls nicht vollständig von der Hand zu weisen. Schließt man sich dieser Folgerung an, so gewährt der Zugriff auf hochspezialisierte Anwälte nicht nur Wissensvorsprung, sondern gleichzeitig noch Einflussnahme auf eine etwaige Gerichtsentscheidung und vertieft den Graben zwischen One-Shottern und wirtschaftlich potenten Repeat Playern.

535 Fries, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 34–35; Kocher, Funktionen der Rechtsprechung, 54–55, mit Hinweis auf die Möglichkeit einer Bündelung des Know-hows verschiedener Akteure zum eigenen Vorteil; Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 326; Reh binder, Rechtssoziologie, Rn. 166; Röhl, Rechtssoziologie, 543–547; Rottleuthner, in: Recht und Praxis der Widerspruchsausschüsse in der SozV, 116, 125.

536 Kocher, Funktionen der Rechtsprechung, 124–125.

537 Kocher, Funktionen der Rechtsprechung, 127; Lampe, REL 2019, 34, 35–36; Rehder/van Elten, ZfRS 2019, 64, 70–71.

538 Gansel, REL 2019, 45, 46–47.

539 Kocher, Funktionen der Rechtsprechung, 127–128.



Rechtsmobilisierung und damit Rechtsdurchsetzung Ersterer wahrscheinlicher.<sup>540</sup>

Gezeigt hat sich mit der Zeit eine Tendenz dahingehend, dass die Verrechtlichungsbereitschaft mit dem Kontakt zum Recht, seinen Institutionen und Akteuren steigt, auch bei Streitigkeiten zwischen Privaten.<sup>541</sup> Es besteht damit nach erstmaliger Überwindung sämtlicher Barrieren die Möglichkeit, dass der Einzelne sich zu einer Art Repeat Player entwickelt, der dann zumindest teilweise ähnliche Vorteile<sup>542</sup> für sich nutzen kann, wie die Repeat Player kraft Organisation und Marktmacht.

#### 4. Sprachbarriere

Nicht zu unterschätzen ist die hemmende Wirkung von Sprachbarrieren, die im Zusammenhang mit der Rechtsmobilisierung bestehen.<sup>543</sup> Gemeint

---

540 C. Fechner, Schutzlücken, 181–185, geht sogar so weit, aus dem Dargestellten einen Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Gebot der prozessualen Waffengleichheit zu folgern. Zweifelnd, ob die Unterscheidung von One-Shottern und Repeat Playern in der Weise, wie von *Galanter* argumentativ begründet, zutreffend ist äußert sich *Röhl*, Rechtssoziologie, 540–541. Er führt den Erfolg von den üblichsten Repeat Playern, nämlich Unternehmen, auf die Parteienrolle im Verfahren und damit letztlich meist auf die Verteilung der Eskalationslast zurück. Der Kläger sei statistisch häufiger erfolgreich und Unternehmen klagten häufiger als Private, sodass sich der Schluss von *Galanter* zwar ziehen lasse, er letzten Endes allerdings logisch nicht zwingend sei. Heute noch trifft es zu, dass weitgehend der Kläger erfolgreich ist, zumindest in Verfahren vor dem Amtsgericht. Vgl. die vom Statistischen Bundesamt in der Fachserie 10 Reihe 2.1, 38, veröffentlichten Daten zum Prozesserverfolg. Die Zahlen für erstinstanzliche Prozesse vor dem Landgericht nähern sich dann allerdings erheblich an, vgl. Statistisches Bundesamt, Fachserie 10 Reihe 2.1, 59. Auch *Röhl*, Rechtssoziologie, 543, sieht aber schlussendlich ebenfalls tatsächliche Vorteile von Repeat Playern in Gerichtsverfahren.

541 *Felstiner/Abel/Sarat*, LSR 1980, 631, 640: „for instance, among the newly enrolled members of a prepaid legal services plan, those who have previously consulted a lawyer are more likely to use their membership privileges than are those who have not.“ Vgl. ferner *Hommerich/M. Kilian*, Mandanten und ihre Anwälte, 63–64; *Rehder/van Elten*, ZfRS 2019, 64, 70; *Röhl*, Rechtssoziologie, 533–534.

542 Etwa eine „Stammkunden“-Beziehung zu einem Anwalt, sich in gewissem Maße bildende Routinen oder mehr Rechtskenntnis mit wachsender Erfahrung. Grenzen sind freilich wirtschaftlich gesetzt, denn auch mit steigender Verrechtlichungstendenz steigt die wirtschaftliche Potenz des Einzelnen im Vergleich mit großen Unternehmen oder Organisationen nicht.

543 *Baumgärtel*, Gleicher Zugang zum Recht, 114; *J. Goebel*, Zivilprozeßrechtsdogmatik, 164–192, mwN dort in Fn. 541; *H. Koch*, Verbraucherprozessrecht, 115–121; bei

ist hier nicht etwa allein eine Sprachbarriere im klassischen Sinne zwischen deutschen Muttersprachlern und jemandem, der die Gerichts- und Amtssprache Deutsch<sup>544</sup> als Zweitsprache oder aus anderen Gründen auf einem geringeren Niveau beherrscht.<sup>545</sup> Bezeichnet ist mit dem Begriff vielmehr gleichfalls die sprachliche Differenz zwischen notwendiger<sup>546</sup> juristischer Fachsprache und laientypischer Alltagssprache.<sup>547</sup>

- 174 In diesem Kontext ist über die teils selbstgewählte,<sup>548</sup> teils oktroyierte Ausdrucksweise der Rechtsakteure hinaus die Unverständlichkeit des Rechts selbst, aufgrund der Art und Weise seiner sprachlichen Abfassung, relevant.<sup>549</sup>

---

Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 322–323, als Defizit einsortiert; Reh binder, Rechtssoziologie, Rn. 150.

544 S. nur § 184 S. 1 GVG.

545 Zu einer solchen in grenzüberschreitenden Fällen kurz Eidenmüller/M. Engel, ZIP 2013, 1704, 1706 mwN; Fries, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 45.

546 Die Notwendigkeit folgt für die Rechtsnormen selbst aus ihrem Abstraktionsgrad, der es zwingend erforderlich macht, dass realen Begebenheiten fachsprachliche Begriffe zugeordnet werden. Für die Kommunikation von Juristen untereinander folgt sie aus der unabdingbaren Präzision, Widerspruchsfreiheit und Effizienz. S. ausführlich J. Goebel, Zivilprozeßrechtsdogmatik, 176–186. Vgl. ferner Baumgärtel, Gleicher Zugang zum Recht, 114–115; H. Koch, Verbraucherprozessrecht, 117.

547 Das gilt nach H. Koch, Verbraucherprozessrecht, 116–117, sowohl für mündliche als auch für schriftliche Prozessführung. Im gerichtlichen Verfahren wird das Problem der Sprachbarriere durch § 139 ZPO zumindest auch adressiert, der eine Fürsorgepflicht normieren einen dialogischen Zivilprozess ermöglichen soll, der dem Erfordernis, rechtliches Gehör zu gewähren, entspricht. Vgl. nur Musielak/Voit/Stadler, § 139 ZPO Rn. 1, mwN.

548 J. Goebel, Zivilprozeßrechtsdogmatik, 183.

549 Nach ROLAND Rechtsschutz-Versicherungs-AG (Hrsg.), Roland Rechtsreport 2020 (<https://t1p.de/eimd>), 7, 16–17, sind 56 % der Bevölkerung der Ansicht, dass deutsche Gesetze zu kompliziert und für Laien schlechthin unverständlich seien. Gestützt wird das durch Zahlen zu Überforderungsgefühlen von Menschen, die sich mit einem (rechtlichen) Konflikt konfrontiert sehen: 2013 gaben 55 % in einer Befragung an, nicht zu wissen, was als Nächstes zu tun sei. In der Gruppe der 18–29-Jährigen betrug die Zahl sogar 64 %, in der Gruppe der nicht Rechtsschutz-versicherten 60 %. Vgl. GDV (Hrsg.), Forsa-Studie: Ängste und Erwartungen von Verbrauchern bei rechtlichen Auseinandersetzungen, 2013 (<https://t1p.de/xaud>), 6.

## 5. Lange Verfahrensdauer

Hemmend wirkt zuletzt auch eine überlange Verfahrensdauer.<sup>550</sup> Das gilt 175  
zum einen im Hinblick auf den Stressfaktor, denn die Wirkzeit des Stresses  
spielt eine ausschlaggebende Rolle bei der Entscheidung darüber, ob er  
sich lohnt. So kostet Rechtsdurchsetzung am Ende einiges an Geduld jedes  
Einzelnen.<sup>551</sup> Zum anderen tendieren Entscheider dazu, diejenige Alternati-  
ve auszuwählen, die sie mit hoher Wahrscheinlichkeit schnell an ihr Ziel  
bringt.<sup>552</sup>

Darüber hinaus führt eine als überlang wahrgenommene Dauer des ge- 176  
samten Durchsetzungsprozesses zu Unzufriedenheit. So sind 85 % der Be-  
völkerung der Ansicht, dass Gerichtsverfahren in Deutschland zu lange  
dauern, 83 % sehen das als Symptom einer Überlastung – Tendenz jeweils  
seit Jahren steigend.<sup>553</sup> Das kann zur Folge haben, dass Einzelne von der  
Durchsetzung ihrer Rechte auch deswegen absehen, weil sie aufgrund  
der gefühlten Überlastung nicht mit einer raschen, materiell-rechtlich kor-  
rekten Entscheidung rechnen. Dabei steht allerdings Deutschland mit im  
europäischen Vergleich recht kurzen Verfahrensdauern objektiv gut dar.<sup>554</sup>  
Entscheidend ist aber die subjektive Wahrnehmung.<sup>555</sup>

Mit zunehmender Dauer der Lösung eines verrechtlichten Konflikts nimmt 177  
das subjektive Interesse der Parteien an der Lösung ab.<sup>556</sup> Entweder weil  
das konfliktauslösende Ereignis weniger und weniger im emotionalen Mit-

---

550 Vgl. zum zeitlichen Aspekt auch *Brechmann*, Legal Tech & Anwaltsmonopol, 37. Anwälte sehen im Interesse an einer kurzfristigen Lösung den Hauptgrund für zurückgehende Justizeingangszahlen, *M. Kilian*, AnwBl 2022, 418, 419. Der Faktor Zeit ist dabei für Unternehmer der wichtigste Grund, kein Gerichtsverfahren anzustreben, für Verbraucher nur der zweitwichtigste, vgl. *ders.*, AnwBl 2022, 482, 483.

551 *Ben-Shahar*, in: *Regulatory Competition*, 447, 458, 460. S. schon o. § 2 C. I. 2. b.

552 *Dehe/P. Fischer*, ZKM 2018, 40, 42.

553 *ROLAND Rechtsschutz-Versicherungs-AG* (Hrsg.), *Roland Rechtsreport 2020* (<https://t1p.de/eimd>), 7, 16–17. Vgl. schon o. § 2 C. I. 2. b. und insbesondere Fn. 427.

554 *Europäische Kommission*, EU-Justizbarometer 2020 (<https://t1p.de/j8ex>), 12–13: Mittelfeld im europäischen Vergleich; *Rehbinder*, Rechtssoziologie, Rn. 169. So auch das Ergebnis von *Hidding*, Zugang zum Recht, 84–87. Vgl. auch o. Fn. 427. Dennoch hat sich der EGMR schon häufiger kritisch über die deutschen Verfahrensdauern geäußert: *Klose*, Justiz als Wirtschaftsfaktor, 133–134 mwN.

555 *Dehe/P. Fischer*, ZKM 2018, 40, 42; *Rottleuthner*, in: *Nichts zu Klagen?*, 100, 112.

556 So kann eine objektiv angemessene Prozessdauer dennoch subjektiv so unbefriedigend sein, dass nach Alternativen gesucht wird, *Klose*, Justiz als Wirtschaftsfaktor, 129–135 mwN.

telpunkt des Rechtsuchenden steht, oder weil etwaige wirtschaftliche Kompensationen mit der Zeit an Wert für den Einzelnen verlieren, da er den entsprechenden Verlust gedanklich bereits beschrieben hat und prozessmüde ist.<sup>557</sup> Während der Verfahrensdauer hat der Rechtsuchende zudem weniger wirtschaftliche Mittel zur Verfügung.<sup>558</sup> Als Mobilisierungsbarriere wirkt eine überlange Verfahrensdauer demnach, weil der Rechtsuchende bei der Entscheidung darüber, ob er den Konflikt unter Nutzung des Rechts lösen lassen möchte mit darüber optieren muss, ob für ihn eine Lösung innerhalb der prognostizierten Prozessdauer noch von ausreichender Relevanz ist.<sup>559</sup>

## 6. Zwischenergebnis

- 178 Ein vielschichtiges Bündel unterschiedlicher objektiver Barrieren behindert den Rechtsdurchsetzungsprozess und damit die Rechtsmobilisierung. Der einzelne Rechtsuchende muss diese Hindernisse auf seinem Weg zum Recht, auf dem Weg durch den Rechtsdurchsetzungsfilter, überwinden, will er seinen tatsächlichen Konflikt verrechtlichen und einer rechtlichen Lösung zuführen.
- 179 Zu den im hiesigen Kontext bedeutsamsten zählen der finanzielle Kostenfaktor, unterschiedliche gesellschaftlich-soziale Faktoren – namentlich die Auswirkungen der Eigenarten der konfliktbelasteten Beziehung, die Frage nach der Individualisierung des Rechtsuchenden und nach der Zuweisung der aktiven oder passiven Rolle – sowie die asymmetrische Parteienstruktur in vielen Konflikten. Sprachbarrieren und eine lange Verfahrensdauer komplettieren das Barrierenbündel. Die Bedeutung jeder einzelnen Barriere für sich, betrachtet im Kontext eines gesamten Mobilisierungsprozesses, hängt dabei stets vom rechtsuchenden Individuum ab und lässt sich nicht abstrakt bestimmen.

---

557 Theissen, Prozessführungsgesellschaften, 24.

558 Freitag/Lang, ZZZ 2019, 329, 330.

559 So insgesamt auch Klose, Justiz als Wirtschaftsfaktor, 129–135.

### III. Die Rolle unterstützender Akteure

An verschiedener Stelle wurde bereits die Rolle angerissen, die die hergebrachten unterstützenden Akteure bei der Rechtsmobilisierung spielen. Grundsätzlich kann die strukturelle Verfügbarkeit von Beratungs- und Unterstützungseinrichtungen die Rechtsmobilisierung beeinflussen.<sup>560</sup> Zu differenzieren ist dabei nach den jeweiligen Akteuren, die ganz unterschiedliche Auswirkungen auf jeweils verschiedene Hemmfaktoren haben.

#### 1. Rechtsanwaltschaft

Zu den unterstützenden Akteuren zählen zuvörderst aufgrund expliziter Berufung zum Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten, § 3 Abs.1 BRAO, Rechtsanwälte als Organe der Rechtspflege, § 1 BRAO. Aus dieser Berufung folgend ist die Anwaltschaft faktisch der wesentlichste Treiber bei der Transformation von Konflikten<sup>561</sup> und gleichzeitig für viele Hoffnungsträger auf substanzielle Unterstützung bei der Rechtsdurchsetzung.<sup>562</sup> So ist nach einem modernen Berufsverständnis die anwaltliche Tätigkeit im Kern juristische Konfliktbehandlung und Rechtsgestaltung.<sup>563</sup> Kommt es zu einem ordentlich gerichtlichen Rechtsdurchsetzungsversuch, so lässt kaum ein Rechtsuchender die Konsultation eines Anwalts aus, selbst wenn im Verfahren kein Anwaltszwang herrscht.<sup>564</sup>

<sup>560</sup> Blankenburg, Mobilisierung des Rechts, 51.

<sup>561</sup> J. Goebel, Zivilprozeßrechtsdogmatik, 147 mwN; impliziert auch bei Kocher, Funktionen der Rechtsprechung, 112. Das passt zum Befund und Ergebnis von Hommerich/M. Kilian, Mandanten und ihre Anwälte, 73, 199, 204, nach dem 80 % der tatsächlich mit einem Rechtsproblem Konfrontierten im Verlaufe der Problemlösung einen Anwalt einschaltete. Auf die USA bezogen: Felstiner/Abel/Sarat, LSR 1980, 631, 645.

<sup>562</sup> Hegenbarth, ZfRS 1981, 34, 50. Vgl. daneben Hommerich/M. Kilian, Mandanten und ihre Anwälte, 29–30, zur subjektiven Unverzichtbarkeit bei Rechtsstreitigkeiten. Demnach sahen ferner 48 % der Befragten in einem Anwalt den ersten Ansprechpartner bei einem rechtlichen Problem und nahmen 80 % zu irgendeinem Zeitpunkt während der Lösung eines Rechtsproblems einen Anwalt zu Hilfe, dies, Mandanten und ihre Anwälte, 60–61, 66–67, 73–74.

<sup>563</sup> Lewinski, Berufsrecht, Kap. 4 Rn. 5, bezugnehmend auf R. Römermann, in: FS Hartung, 145, 149.

<sup>564</sup> Nur in rund 9 % der 2019 der vor dem Amtsgericht erledigten Gerichtsverfahren war kein Anwalt beteiligt. Die Zahl ergibt sich aus den Werten veröffentlicht vom Statistischen Bundesamt in der Fachserie 10 Reihe 2.1, 38, abrufbar unter <https://>

a. Einfluss auf die Rechtsdurchsetzung

- 182 Nicht umsonst wird die Beteiligung eines Anwaltes an einem Verfahren als idealtypisches Merkmal eines Gerichtsprozesses bewertet, weil dieser das Parteihandeln vor Gericht professionalisiere, indem er die Konfliktlage aufbereite, in eine Rechtsposition transformiere und schließlich für den Konflikt als „Kommunikationscode“ das Recht wähle.<sup>565</sup> Das gilt nicht nur im gerichtlichen Verfahren, sondern genauso in dessen Vorfeld.
- 183 Die Aufbereitung der Konfliktlage und das Transformieren in eine konkrete Rechtsposition betreffen im Wesentlichen die Unterstützung bei der Schaffung der subjektiven Voraussetzungen des Namings, insbesondere durch beratende Tätigkeit im Rahmen der Bildung von Anspruchswissen und bei der Überwindung von Rechtsunkenntnis.<sup>566</sup> Dabei framen eingeschaltete Anwälte einen tatsächlichen Konflikt als Rechtsproblem.<sup>567</sup> Von Bedeutung ist dies im Rechtsdurchsetzungskontext, weil inhaltlich gleichwertige Alternativen je nach Präsentationsrahmen nicht gleich behandelt werden.<sup>568</sup> Unterstellt man den verschiedenen verfügbaren Konfliktlösungsmodalitäten je den gleichen Wert, so hängt die konkrete Auswahl zwischen ihnen wesentlich davon ab, welche als größte Verbesserung des „Normalzustandes“ präsentiert wird.<sup>569</sup> Wird durch Framing demnach die rechtliche Behand-

---

tlp.de/82mc. Vgl. ferner Freitag/Lang, ZZZP 2019, 329, 330; Fries, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 33; M. Kilian/Dreske, Statistisches Jahrbuch der Anwaltschaft 19/20, 312. Diesen Befund untermauern die Beobachtungen zum europäischen Small Claims Verfahren, eingeführt durch die Verordnung (EG) Nr. 861/2007 zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen, das ebenfalls keinen Anwaltszwang vorsah. Dennoch wagten auch dort der Großteil eine Klage nur anwaltlich betreut, Eidenmüller/M. Engel, ZIP 2013, 1704, 1706. Das zeigt, dass der Hebel „Aufhebung des Anwaltszwanges“ zur Senkung der Hemmschwellen nur begrenzt geeignet ist.

- 565 M. Kilian, Drittfiananzierung von Rechtsverfolgungskosten, 24–25; Kocher, Funktionen der Rechtsprechung, 112. So wird im Ergebnis eine funktionsfähige Judikative gesichert, vgl. Brechmann, Legal Tech & Anwaltsmonopol, 18–19.
- 566 Baer, Rechtssoziologie, § 7 Rn. 47; Felstiner/Abel/Sarat, LSR 1980, 631, 645; Fries, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 31; Kramer, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 31; Röhl, Rechtssoziologie, 546.
- 567 J. Goebel, Zivilprozeßrechtsdogmatik, 147 mwN, 151–155; Rehder/van Elten, in: HB Digitalisierung Staat & Verwaltung, 1, 4–5; dies., ZfRS 2019, 64, 69–70.
- 568 Kahneman/Thaler, JoEP 206, 221 ff.; Leistner, in: Selbstverantwortung, 101, 106–110 mwN; H.-B. Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse des Zivilrechts, 105.
- 569 Eidenmüller, JZ 2005, 216, 219; Leistner, in: Selbstverantwortung, 101, 107. Zusammenfassend mwN zum Framing Hacker, Verhaltensökonomik und Normativität, 101–103; Karampatzos, Private law, nudging & behavioural economic analysis, 58.

lung eines Konfliktes als solche größte Verbesserung zum Normalzustand präsentiert, ist die Wahl des Rechts zur Konfliktlösung wahrscheinlicher als eine gleichwertige soziale Konfliktbehandlung.

Freilich setzt das Aufsuchen eines Anwalts schon voraus, dass der Recht- 184  
suchende erkennt, dass sein Konflikt überhaupt zum Rechtsproblem  
taugt.<sup>570</sup> Ein Mindestmaß von Rechtskenntnis ist damit notwendig, wenn-  
gleich das Anspruchswissen dann im Wesentlichen beratend gebildet wer-  
den kann.<sup>571</sup> In dieser Beratung kann der Anwalt dann wesentliche Abwä-  
gungskriterien für die Entscheidung über den weiteren Verlauf des Rechts-  
durchsetzungsprozesses beleuchten, insbesondere indem er den Rechtssuch-  
enden über unerkannte Risiken und Gewinne aufklärt.<sup>572</sup>

Ein weiterer wesentlicher Aspekt anwaltlicher Unterstützungsleistung ist 185  
die Verringerung der Sprachbarriere durch „Dolmetscherleistungen“;<sup>573</sup> da-  
mit der Rechtssuchende den Rechtsdurchsetzungsprozess verstehen und  
nachvollziehen kann.<sup>574</sup>

Auch ihre strukturelle Schwäche gegenüber Repeat Playern können One- 186  
Shotter mithilfe eines Anwalts in gewissem Maße kompensieren: Mangelnde  
Kenntnis – gerichtlicher wie außergerichtlicher – Verfahren auf ihrer  
Seite kann durch Beratung abgebaut werden;<sup>575</sup> die Aussichten einer Klag-  
e können erörtert, die Gewinnchancen bewertet werden. So kann der  
Anwalt einem Einigungsdruck entgegenwirken, wenn die angebotene Ei-  
nigung nicht akzeptabel erscheint, oder Kostenfragen beantworten. Aller-  
dings kann echte Waffengleichheit nur insoweit geschaffen werden, als der  
Anwalt des One-Shotters den Anwälten des Repeat Players qualitativ eben-

---

570 *Kramer*, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 29.

571 Insgesamt krit. zur substanziell unterstützenden Wirkung *Fries*, Verbraucherrechts-  
durchsetzung, 31–32; *Kramer*, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 28–29.

572 *Rehder/van Elten*, in: HB Digitalisierung Staat & Verwaltung, 1, 4.

573 *Baumgärtel*, Gleicher Zugang zum Recht, 115; *H. Koch*, Verbraucherprozessrecht,  
120; *Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 323.

574 Diese Aufgabe erfüllt die Anwaltschaft aus Perspektive der Mandanten nahezu im-  
mer zufriedenstellend: So waren 91 % der Befragten zufrieden mit den Erklärungen  
ihres Anwalts im Hinblick auf rechtliche Angelegenheiten, *Hommerich/M. Kilian*,  
Mandanten und ihre Anwälte, 163, 166.

575 *Fries*, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 32–33.



bürtig ist.<sup>576</sup> Denn Repeat Player sind in der Lage, auf die für sie typischen rechtlichen Problembereiche spezialisierte Anwälte vorzuhalten.<sup>577</sup>

## b. Das Dilemma der Anwaltschaft

- 187 Letztlich lässt sich dennoch ein zwiegespaltenes Bild der Anwaltschaft zeichnen. Sie wirkt wie gezeigt unterstützend und baut Hemmnisse ab. Gleichzeitig errichtet sie zugleich als auserkorener Gatekeeper<sup>578</sup> selbst Barrieren und trägt zur Filterung bei.<sup>579</sup> Verschiedenes – dessen unmittelbare Beeinflussung freilich oft nicht unmittelbar in ihrer Macht liegt – gilt es neben dieser besonderen Funktion hierbei zu beachten.
- 188 Zum einen spielt als filternder Faktor die zur Verfügung stehende Infrastruktur der Dienstleistungsangebote eine wesentliche Rolle.<sup>580</sup> Das lässt sich schon mit bloßen Wahrscheinlichkeiten erklären: Je mehr Beratungsstellen existieren und je sichtbarer die Einrichtungen sind, desto höher ist die Wahrscheinlichkeit ihrer Inanspruchnahme in Konfliktfällen.<sup>581</sup> Das gilt allerdings nur so lange, wie sich keine grundsätzliche und generelle Ablehnung der Bevölkerung feststellen lässt, diese Dienstleistungsstellen in Anspruch zu nehmen, für die sich keine Indizien finden lassen.<sup>582</sup> Gerade die Anwaltschaft wird vielfach positiv betrachtet,<sup>583</sup> kann sich allerdings gleichzeitig nicht gänzlich befreien von einer Konnotation mit gefürchte-

---

576 Selbst dies wird von *Fries*, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 31–32; *Hegenbarth*, ZfRS 1981, 34, 50–51; *Kramer*, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 29–30, bezweifelt. Skeptisch ferner *H. Koch*, Verbraucherprozessrecht, 59.

577 S.o. § 2 C. II. 3.

578 *Felstiner/Abel/Sarat*, LSR 1980, 631, 645; *J. Goebel*, Zivilprozeßrechtsdogmatik, 147; *Rehbinder*, Rechtssoziologie, Rn. 154 „Schlüsselstellung“; *Rehder/van Elten*, ZfRS 2019, 64, 70; *Röhl*, Rechtssoziologie, 535 „Schlüsselstellung“.

579 *J. Goebel*, Zivilprozeßrechtsdogmatik, 160.

580 *Blankenburg*, Mobilisierung des Rechts, 51; *ders.*, ZfRS 1980, 33, 48. Konkret zur Anwaltsdichte vgl. *Baer*, Rechtssoziologie, § 7 Rn. 48.

581 Insgesamt stellt in Deutschland allerdings die Schwierigkeit einen geeigneten Anwalt zu finden keine besonders relevante Hürde dar, vgl. *Hommerich/M. Kilian*, Mandanten und ihre Anwälte, 105.

582 Im Gegenteil wird im gerichtlichen Verfahren auch ohne Anwaltszwang meist ein Anwalt eingeschaltet, s.o. Fn. 561–564.

583 Wie im Übrigen auch die Gerichte, denen in recht hohem Maße Vertrauen entgegengebracht wird: *ROLAND Rechtsschutz-Versicherungs-AG* (Hrsg.), Roland Rechtsreport 2020 (<https://tlp.de/eimd>), 7, 10–11.

ten Kosten und unangenehmen, konfliktreichen Auseinandersetzungen.<sup>584</sup> Das ist gleichwohl längst nicht Ausdruck fundamentaler und struktureller Ablehnung, sondern lediglich der Schwellenangst, die der Inanspruchnahme eines Rechtsanwaltes genauso entgegensteht, wie dem Wechsel in die Rechtssphäre an sich.<sup>585</sup> Dem Image kompetenter Konfliktberatung tritt gewissermaßen eine „doppelte Aversion“<sup>586</sup> entgegen: gegen den Konflikt als solchen und gegen die mit seiner Behandlung verbundenen Kosten.

Zum anderen beeinflusst der regulatorische Rechtsrahmen in Form von 189  
Berufs- und Gebührenrecht (BRAO und RVG) für Anwälte mittelbar die Rechtsmobilisierung.<sup>587</sup> Das gilt in vielfältiger Weise: Im Bereich der anwaltlichen Sichtbarkeit ist etwa das Werberecht nach § 43b BRAO, §§ 6–10 BORA<sup>588</sup> beachtlich.<sup>589</sup> Im Kontext des Gebührenrechts ist das auch marktwirtschaftlich geprägte Verhalten<sup>590</sup> der Anwaltschaft beachtlich. Anwälte üben zwar einen freien Beruf und kein Gewerbe aus, gleichwohl ist ihnen Gewinnstreben nicht absolut untersagt.<sup>591</sup> Durchsetzungsfördernd wirkt das Gebührenrecht dort, wo sich mit wenig Risiko viel verdienen lässt.<sup>592</sup>

584 Baer, Rechtssoziologie, § 7 Rn. 50; Hommerich/M. Kilian, Mandanten und ihre Anwälte, 19–35, 99–100, 201. Nach GDV (Hrsg.), Forsa-Studie: Ängste und Erwartungen von Verbrauchern bei rechtlichen Auseinandersetzungen, 2013 (<https://t1p.de/xaud>), 16, wird Anwälten von Teilen vorgeworfen, nicht allumfassend zu informieren und vor allem eine Klärung vor Gericht zu forcieren, in erster Linie an wirtschaftlichem Gewinn interessiert zu sein und Streitigkeiten zu verschlimmern. In diesem Kontext erstaunlich ist, dass es der Anwaltschaft seit knapp 30 Jahren nicht gelungen ist, diese Konnotationen abzuschütteln und ihr Ansehen durch die Bevölkerung hindurch noch weiter zu verbessern. Vgl. insofern die Ergebnisse bei Hommerich/M. Kilian, Mandanten und ihre Anwälte, 19–35, 201 und die Zusammenfassung bei J. Goebel, Zivilprozeßrechtsdogmatik, 149, dort Fn. 385, 389 der dort genannten Studie von 1989.

585 Augenhöfer, Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2018 (<https://t1p.de/5rlv>), 87; Hommerich/M. Kilian, Mandanten und ihre Anwälte, 67, 73.

586 Hommerich/M. Kilian, Mandanten und ihre Anwälte, 25, 35.

587 Baer, Rechtssoziologie, § 7 Rn. 49. S. zur Rolle dessen für die Anwaltschaft im Wettbewerb noch u. § 4 D. I. 3.

588 Berufsordnung für Rechtsanwälte (BORA), 22.03.1999, BRAK-Mitt. Nr. 3, 123.

589 Dazu noch u. § 4 D. I. 3. d.

590 Brechmann, Legal Tech & Anwaltsmonopol, 28, 36–37; Fries, AcP 221 (2021), 108, 132 mwN; ders., Verbraucherrechtsdurchsetzung, 32, dort Fn. 13; J. Goebel, Zivilprozeßrechtsdogmatik, 317–318; M. Hartung, in: Legal Tech, 5, Rn. 42; Hegenbarth, ZfRS 1981, 34, 50; vgl. auch Jagodzinski/Raiser/Riehl, Rechtsschutzversicherung und Rechtsverfolgung, 12.

591 Vgl. dazu u. Rn. 540–541.

592 Baer, Rechtssoziologie, § 7 Rn. 49.

Die Hemmwirkung betrifft demgegenüber insbesondere Spezialprobleme mit niedrigen Streitwerten in komplizierten Sondergebieten,<sup>593</sup> nicht selten im Verbraucherschutzbereich.<sup>594</sup> Einerseits sind die Einnahmen für Anwälte in diesen Bereich aufgrund geringer Streitwerte ebenfalls gering,<sup>595</sup> andererseits erfordern gerade komplizierte Rechtsgebiete bei nur punktueller Beschäftigungsnotwendigkeit eine gewisse Einarbeitungszeit, was ihre gründliche Bearbeitung wirtschaftlich höchst unattraktiv macht.<sup>596</sup>

- 190 Solche Konflikte wurden in der Vergangenheit teils ohne tiefergehende Beratung oder rechtliche Einarbeitung des Anwalts einem möglichst widerstandsfreien Kompromiss zugeführt, weil die persönliche Bereitschaft zur Einarbeitung fehlte oder ein höherer Aufwand sich gemessen an der Vergütung nicht lohnen würde.<sup>597</sup> Per se sind außerprozessuale Einigungen nicht verwerflich, da sich die anwaltliche Tätigkeit angesichts ihrer umfänglichen außergerichtlichen Beratungstätigkeit nicht auf den rein forensischen, gerichtlichen Bereich beschränken lässt;<sup>598</sup> weil der Anwaltschaft ausdrücklich auch die vorsorgende Rechtspflege zugewiesen ist;<sup>599</sup> und weil außergerichtliche Konfliktlösung erheblich die Justiz entlastet.<sup>600</sup> Das ist eben die Erfüllung der beschriebenen Gatekeeperfunktion der An-

593 *Fries*, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 31–32; *H. Koch*, Verbraucherprozessrecht, 59; *Rehbinder*, Rechtssoziologie, Rn. 150, 154; *Röhl*, Rechtssoziologie, 537.

594 *M. Hartung*, AnwBl Online 2019, 353, 354; *Kramer*, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 29.

595 Vgl. das Beispiel bei *M. Kilian*, Drittfinanzierung von Rechtsverfolgungskosten, 21.

596 Vgl. auch die deutlichen Worte von *Fries*, NJW 2021, 2537, Rn. 18 mwN unter Verweis auf die weniger deutliche Aussage von *Hellwig/Ewer*, NJW 2020, 1783, 1784. S. ferner *Hufeld/Bürkle/K. Ebert et al.*, AnwBl Online 2020, 28, 29.

597 *Baumgärtel*, Gleicher Zugang zum Recht, 127; *Fries*, NJW 2021, 2537, Rn. 18 mwN; *ders.*, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 31–32; *F.-M. Goebel*, Inkassodienstleistung und Inkassokosten, § 1 Rn. 43; *Hegenbarth*, ZfRS 1981, 34, 50; *Kramer*, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 29; *Rehbinder*, Rechtssoziologie, Rn. 150; *Röhl*, Rechtssoziologie, 537. Im Kontext der Beratungshilfe *Rott*, Gutachten Verbraucherrechtspolitik, 2016 (<https://t1p.de/x9df>), 7 Pointiert *Kleine-Cosack*, AnwBl Online 2019, 6, 9: „An einem solchen Fall ist kein Anwalt interessiert.“

598 BT-Drs. 16/3655, 31. Berichtet wird von Anteilen in Höhe von 70–80 % *Henssler/Prütting/Busse*, § 3 BRAO Rn. 19; *Dietlein*, Rechtsanwalt & Zweitberuf, 112, je mwN.

599 *Weyland/Brüggemann*, § 1 BRAO Rn. 5–6; *Weyland/Brüggemann*, § 3 BRAO Rn. 1.; *R. Römermann*, in: FS Hartung, 145, 147–148.

600 *J. Goebel*, Zivilprozeßrechtsdogmatik, 148. Schätzungsweise 75 % der von Anwälten bearbeiteten Fälle werden schon außergerichtlich einer Lösung zugeführt, vgl. *Weyland/Brüggemann*, § 3 BRAO Rn. 1; *Henssler/Prütting/Busse*, § 1 BRAO Rn. 24; zu den konstant rückläufigen Eingangszahlen bei den Gerichten s. *M. Kilian/Dreske*, Statistisches Jahrbuch der Anwaltschaft 19/20, 310; *dies.*, Statistisches Jahrbuch der

waltschaft. Problematisch wird dies erst, wenn auf der Suche nach dem Weg des geringsten Widerstandes die berechtigten Interessen der Mandantschaft strukturell vernachlässigt werden. Abhilfe aus marktwirtschaftlicher Perspektive der Anwaltschaft könnte eine Gebührenerhöhung bei kleinen Streitwerten schaffen, wie sie das zum 01.01.2021 in Kraft getretene Kostenrechtsänderungsgesetz<sup>601</sup> vorsieht. Das hätte gleichzeitig eine Erhöhung der Kostenbarriere aus Sicht der Mandanten zur Folge, sodass sich am Ende der Befund der Irrationalität anwaltlich unterstützter, gerichtlicher Geltendmachung niedriger Streitwerte verdichten würde.<sup>602</sup>

Es befindet sich damit nicht nur die Anwaltschaft in einem marktwirtschaftlichen Dilemma, sondern gleichfalls der regulierende Gesetzgeber, 191  
der die Verantwortung für die Existenzsicherung der Anwaltschaft trägt, gleichzeitig aber den Rechtsuchenden eine kosten- und nutzenrationale und damit tatsächlich nutzbare Rechtsdurchsetzungsmöglichkeit zu verschaffen hat.<sup>603</sup> Zur Verdeutlichung dieses Dilemmas mag hier das Wohnraummietrecht herangezogen werden: Berichtet wird von einer alarmierenden Entwicklung dahingehend, dass gerade wohnraummietrechtlich spezialisierte Anwälte durch die Arbeit nur in diesem Gebiet ihren Lebensunterhalt nicht mehr verdienen können, weil die Vergütungsstruktur mangelhaft sei.<sup>604</sup>

Dazu tritt, dass unmittelbar die Aufwendungen für einen Anwalt als zusätzlicher Verlust wahrgenommen werden, statt als potenziell langfristig 192

---

Anwaltschaft 17/18, 306. Auf der Suche nach einer Begründung, die die Rolle von Legal Tech berücksichtigt, für diesen Rückgang ist *Dudek*, JZ 2020, 884 ff.

601 Gesetz zur Änderung des Justizkosten- und des Rechtsanwaltsvergütungsrechts und zur Änderung des Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht (Kostenrechtsänderungsgesetz 2021 – KostRÄG 2021), 21.12.2020, BGBl. I 2020, 3229.

602 Vgl. dazu *M. Hartung*, in: Legal Tech, 5, Rn. 43. S. schon o. Fn. 479, sowie u. § 2 E. I. 1.

603 Ähnlich schon *Baumgärtel*, Gleicher Zugang zum Recht, 126–127. Zur Pflicht des Staates zur Bereitstellung von Rechtsdurchsetzungsmechanismen vgl. schon o. Fn. 336 & 337, und u. § 2 E. IV. 1.

604 So *Artz* im LTO-Interview mit *Suliak*, Anwälte können vom Mietrecht allein nicht mehr leben (<https://t1p.de/hv47>). Demnach könne Legal Tech dabei problemschärfende Wirkung zukommen, da dann zur mangelhaften Anwaltsvergütung noch rückläufige Mandatszahlen kämen. Das sei aber keineswegs grundsätzliche Kritik an Legal Tech, sondern „ein strukturelles Problem der Anwaltsvergütung“.

lohnende Investition.<sup>605</sup> Dass damit Verlustangst im Zusammenhang mit Anwaltskosten herrscht, ist belegt.<sup>606</sup> Zuletzt sind weitere Anreizwirkung des Gebührenrechts herauszustellen: Erstens bietet es sich aufgrund der prozentual degressiven Kostenstruktur mit steigendem Streitwert für Anwälte an, mehrere parallele Verfahren nicht zu verbinden und damit den Streitwert zu erhöhen, sondern jedes Verfahren einzeln zu behandeln.<sup>607</sup> Im Kontext der dargestellten Individualisierungsbarriere ist ein solcher Anreiz nicht völlig unproblematisch. Zweitens hat ein nach dem RVG-bezahlter Rechtsanwalt keinen wirtschaftlichen Anreiz, noch etwas in einen Rechtsstreit zu investieren, nachdem die beiden für eine gerichtliche Rechtsdurchsetzung anfallenden Gebühren – Verfahrensgebühr und Terminsgebühr, § 2 Abs. 2 RVG iVm Ziff. 3100 ff. Anlage 1 – nach Durchführung des ersten Termins verdient worden sind.<sup>608</sup> Eine Ausnahme gilt nur für den Abschluss eines Vergleichs, denn dann fällt eine Prämie in Gestalt einer Einigungsgebühr an, § 2 Abs. 2 RVG iVm Ziff. 1000 Anlage 1.<sup>609</sup> Bei rein wirtschaftlicher Betrachtung haben Rechtsanwälte daher ein besonderes Vergleichsinteresse – und damit ein Interesse, dass gleichsam den Rechtsgeneratoren als Vorwurf gemacht wird und angeführt wird, um Interessenkollisionen zu begründen.<sup>610</sup>

- 193 Nicht nur sind insgesamt die Anwaltskosten hemmend, noch dazu war es der Anwaltschaft grundsätzlich versagt, die Kostenfurcht ihrer potenziellen Mandantschaft direkt zu adressieren: Insbesondere Erfolgsvergütungsmodelle – wie bei Rechtsgeneratoren Standard – durften sie grundsätzlich nicht anbieten, §§ 49b Abs. 2 S. 1 BRAO, 4a RVG aF;<sup>611</sup> genauso durfte der Anwalt keine Gerichtskosten, Anwaltskosten und Kosten anderer Beteiligten tragen und den Prozess so finanzieren, § 49b Abs. 2 S. 2 BRAO aF, und er durfte grundsätzlich keine geringeren Gebühren oder Auslagen

605 Fries, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 37. Zu diesem „Hang zur Kalkulationsverzerrung“ vgl. M. Engel/Stark, ZEuP 2015, 32, 39.

606 Fries, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 37; GDV (Hrsg.), Forsa-Studie: Ängste und Erwartungen von Verbrauchern bei rechtlichen Auseinandersetzungen, 2013 (<https://t1p.de/xaud>), 11; Hommerich/M. Kilian, Mandanten und ihre Anwälte, 25, 35, 99–100.

607 Kocher, Funktionen der Rechtsprechung, 468.

608 Eingehend G. Wagner/Weskamm, in: FS Henssler, 1605, 1616–1617.

609 G. Wagner/Weskamm, in: FS Henssler, 1605, 1616.

610 Dazu u. § 5 A. II.

611 Zur Regulierung von Erfolgshonoraren im internationalen Vergleich Brechmann, Legal Tech & Anwaltsmonopol, 26–27 mwN.

verlangen als das RVG vorsieht, § 49b Abs. 1 BRAO.<sup>612</sup> Eine Tätigkeit vor Gericht *pro bono publico* war damit regelmäßig unzulässig<sup>613</sup> und unattraktiv.<sup>614</sup> Diese Problematik wurde infolge der weiteren Liberalisierung der Vorschriften zur anwaltlichen Vergütung durch die Reform 2021<sup>615</sup> etwas abgemildert, aber bei weitem nicht gelöst.

Was bleibt am Ende? Das Dilemma lässt sich zuspitzen: Anwälte *können* 194 und *dürfen* aufgrund externer Umstände nicht jeden Fall aus altruistischen und ideellen Motiven übernehmen, sondern sind als Marktteilnehmer angewiesen auf wirtschaftlich rationales Verhalten und als Berufsträger abhängig vom regulierenden Gesetzgeber. Jedem Anwalt ist ein so enges Korsett geschnürt, dass er – selbst, wenn er angesichts marktwirtschaftlicher Zwänge wollte – von sich aus kaum am Kostenproblem bei der Durchsetzung geringer Streitwerte ansetzen könnte, indem er seine Vergütung verringert. Ein Schuldvorwurf lässt sich der Anwaltschaft im Ergebnis weder an der Existenz noch an den Auswirkungen der Kostenbarriere machen. Dennoch ist partielles Marktversagen nicht zu leugnen.

## 2. Vereine, Vereinigungen, Verbände und sonstige Akteure

Neben die Anwaltschaft treten andere Dienstleistungsstellen, die indiziell 195 an entsprechenden Ausnahmetatbeständen im RDG festgemacht werden können, §§ 7, 8, 10 RDG. Dazu zählen exemplarisch Mietervereine, Haus- und Grundbesitzervereine, Genossenschaften, Verbraucherzentralen, registrierte Rentenberater sowie Inkassounternehmen.<sup>616</sup> Sie dürfen nach § 7 Abs. 1 S. 1 RDG auf dem Gebiet ihres satzungsmäßigen Zwecks gegenüber Mitgliedern, oder nach § 8 Abs. 1 RDG im Rahmen ihres Aufgaben-

612 Näher zur anwaltlichen Vergütungsregulierung noch u. § 4 D. I. 3. b.

613 Das wird durchaus auch unter Rückgriff auf eine teleologische Reduktion des § 49b Abs. 1 S. 1 BRAO bestritten, vgl. Henssler/Prütting/M. Kilian, § 49b BRAO Rn. 36–37; ders., Drittfinanzierung von Rechtsverfolgungskosten, 98–99; Hartung/Scharmer/Peitscher, § 49b BRAO Rn. 18. Ferner wird § 49b Abs. 1 S. 1 BRAO die Verfassungs- und Unionsrechtskonformität abgesprochen, vgl. Kleine-Cosack/Kleine-Cosack, § 49b BRAO Rn. 23–37.

614 Henssler/Prütting/M. Kilian, § 49b BRAO Rn. 124–126.

615 Dazu eingehend unten § 5 B. II. 1.

616 Henssler/Prütting/S. Overkamp/Y. Overkamp, § 7 RDG Rn. 10–14; vgl. zu den genannten Beispielen Röhl, Rechtssoziologie, 535; HK-RDG/Kramer/K.-M. Schmidt, § 7 RDG Rn. 27, 32; HK-RDG/dies., § 8 RDG Rn. 9–10. Für die USA: Felstiner/Abel/Sarat, LSR 1980, 631, 645.

und Zuständigkeitsgebiets gegenüber ihrem Adressatenkreis Rechtsdienstleistungen erbringen und unterstützen so die Rechtsmobilisierung. Im Rahmen des § 10 RDG ist es registrierten Personen erlaubt, Rechtdienstleistungen in Gestalt von Inkassodienstleistungen oder Rentenberatung und auf dem Gebiet eines ausländischen Rechts zu erbringen.

- 196 Unter den sonstigen Dienstleistungsstellen von herausgehobener Bedeutung sind die Verbraucherzentralen<sup>617</sup> und andere Verbraucherverbände, die überwiegend mit öffentlichen Mitteln gefördert werden,<sup>618</sup> § 8 Abs. 1 Nr. 4 RDG, die Verbraucher bis zur Einleitung eines förmlichen Gerichtsverfahrens im Verbraucherrecht beraten und vertreten sowie Inkassotätigkeiten ausüben dürfen.<sup>619</sup> Im Rahmen der Einziehungsklage dürfen diese vor den Amtsgerichten tätig werden, § 79 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 ZPO.<sup>620</sup> Nicht nur deshalb sind sie für die Rechtsdurchsetzung insgesamt von entscheidender Bedeutung.
- 197 Jene Bedeutung gewinnen sie gerade im Zusammenhang mit der Individualisierungsbarriere, denn die Ausgestaltung der wenigen deutsch Kollektivrechtsschutzinstrumente aktivlegitimiert<sup>621</sup> Verbraucherzentralen und andere Verbraucherverbände, wenn sie überwiegend mit öffentlichen Mitteln gefördert werden, im Rahmen der sog. Verbandsklagen.<sup>622</sup> Dabei sind die Anforderungen im Einzelnen unterschiedlich streng. Den weitesten Anwendungsbereich ziehen §§ 79 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 ZPO, 8 Abs. 1 Nr. 4 RDG, die allein auf die Förderung mit öffentlichen Mitteln oder die Verbraucherzentraleneigenschaft abstellen. Einen Schritt weiter geht § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 UKlaG<sup>623</sup> mit seinem Erfordernis einer Eintragung in die Liste nach § 4 UKlaG. Indes stellt § 4 Abs. 2 S. 2 UKlaG für die genannten Einrichtungen<sup>624</sup> die unwiderrufliche

---

617 Deckenbrock/Henssler/Dux-Wenzel, § 8 RDG Rn. 39.

618 Deckenbrock/Henssler/Dux-Wenzel, § 8 RDG Rn. 40–41.

619 Deckenbrock/Henssler/Dux-Wenzel, § 8 RDG Rn. 42; Henssler/Prütting/S. Overkamp/Y. Overkamp, § 8 RDG Rn. 35.

620 Deckenbrock/Henssler/Dötsch, Anhang § 1 RDG Rn. 20, 26; Deckenbrock/Henssler/Dux-Wenzel, § 8 RDG Rn. 44. S. u. § 2 E. II. 1. a.

621 Aktivlegitimiert sind, je nach konkretem Instrument, neben den Verbänden und Verbraucherzentralen durchaus auch andere Einrichtungen, vgl. §§ 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, 3 UKlaG; 8 Abs. 3 Nr. 1, 2, 4 UWG; 33 Abs. 4 Nr. 1 UWG. Die Zuweisung an qualifizierte Einrichtungen und im Rahmen dieser insbesondere an die genannten Verbände und Verbraucherzentralen ist allerdings der gemeinsame Nenner der unterschiedlichen Instrumente.

622 Vgl. dazu u. § 2 E. II. 1. b.

623 Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen (Unterlassungsklagengesetz – UKlaG), 27.08.2002, BGBl. I 2002, 3422.

624 Gaier/Wolf/Göcken/A. Piekenbrock, § 8 RDG Rn. 14.



Vermutung auf, dass sie die Eintragungsvoraussetzungen des § 4 Abs. 2 S. 1 UKlaG erfüllen, sodass sie auf Antrag stets einzutragen sind.<sup>625</sup> Am restriktivsten sind die Anforderungen, die § 606 Abs. 1 S. 2 ZPO aF, der zwar auf § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 UKlaG verweist, die Voraussetzungen dann allerdings noch verschärft, § 606 Abs. 1 S. 2 Nr. 1–5 ZPO aF, aufstellt. Auch hier enthält § 606 Abs. 1 S. 4 ZPO aF eine unwiderlegliche Vermutung zugunsten der Verbraucherzentralen und anderen Verbraucherverbände, die überwiegend mit öffentlichen Mitteln gefördert werden.

Dieser zugedachten Sonderrolle können sie nur eingeschränkt gerecht werden. Das kann auf verschiedene Faktoren zurückgeführt werden, wobei zwischen außergerichtlichem und gerichtlichem Tätigwerden unterschieden werden muss. Für den außergerichtlichen Bereich setzen die Details der einzelnen Erlaubnistatbestände im RDG Grenzen, etwa die fest umrissenen Adressatenkreise, § 7 Abs. 1 S. 1 RDG,<sup>626</sup> oder Aufgaben- und Zuständigkeitsbereiche, § 8 Abs. 1 aE RDG.<sup>627</sup> Diese Begrenzungen sind nur allzu verständlich: Sie weisen schließlich getreu der Intention des Gesetzgebers bei Erlass des RDG, keinen allgemeinen Rechtsdienstleistungsberuf unterhalb der Rechtsanwaltschaft zu schaffen,<sup>628</sup> die jeweiligen Nischen den jeweils berufenen Institutionen zu.

Bei der prozessualen Tätigkeit im Rahmen von Verbandsklagen<sup>629</sup> wirken die Faktoren, die schon die Rechtsdurchsetzung einzelner Rechtssuchender hemmen, teils in die Verbände fort oder unmittelbar auf die Verbände ein. Fernwirkung entfalten die Faktoren insbesondere bei der Einziehungsklage, § 79 Abs. 2 Nr. 3 ZPO, weil es für diese zentral darauf ankommt, dass die ursprünglichen Anspruchsinhaber sich zur Rechtsverfolgung entschließen oder zumindest auf Betreiben der Verbände bewegen lassen.<sup>630</sup> Wenngleich denkbar ist, dass zumindest die Kontaktaufnahme zu einer

625 Auf § 4 UKlaG verweisen § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG und § 33 Abs. 4 Nr. 2 GWB. Auf diese wiederum stellen § 10 Abs. 1 UWG und § 34a Abs. 1 GWB ab.

626 Insgesamt zum Anwendungsbereich und zu den Erlaubnisgrenzen von § 7 RDG: Deckenbrock/Henssler/Dux-Wenzel, § 7 RDG Rn. 6–15, 41–47, 55–58; Henssler/Prütting/S. Overkamp/Y. Overkamp, § 7 RDG Rn. 18–28; Gaier/Wolf/Göcken/A. Piekenbrock, § 7 RDG Rn. 7–14.

627 Deckenbrock/Henssler/Dux-Wenzel, § 8 RDG Rn. 42; Henssler/Prütting/S. Overkamp/Y. Overkamp, § 8 RDG Rn. 36.

628 BT-Drs. 16/3655, 31–32, 54.

629 S.u. § 2 E. II. 1. b.

630 Zu den Schwierigkeiten in der Praxis Gurkmann, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. II/1: Referate & Beschlüsse, 9, K 11-K 12; Hörmann, VuR 2016, 81 ff.

Verbraucherzentrale niedrigschwelliger ist als ein Anwaltsbesuch und die Verbände der Machtasymmetrie zwischen One-Shotter und Repeat Player entgegenwirken können, adressieren sie die anderen Faktoren nicht in gleicher Weise. Insbesondere kann bei Werten im Bagatellbereich das rationale Desinteresse<sup>631</sup> der Anspruchsinhaber in die Verbände fortwirken, weil zwischen Verband und Verbraucher Informationsdisparität herrscht.<sup>632</sup> Entsprechend wenig Gebrauch machen Verbraucherverbände von dieser ihnen eingeräumten Möglichkeit.<sup>633</sup>

- 200 Bei den weiteren Verbandsklagen neben der Einziehungsklage wirkt insbesondere die Kostenbarriere unmittelbar auf die Verbände ein, die das vollständige Prozessrisiko tragen, gleichzeitig allerdings bei keiner der Klagen eine Aussicht auf wirtschaftliche Vorteile aus der Prozessführung haben.<sup>634</sup> Eine Mischkalkulation aus potenziellen Gewinnen aus erfolgreichen Verfahren, die drohende Verluste aus verlorenen tragen könnten, ist damit unmöglich.<sup>635</sup> Dadurch wird die Bedeutung der Kostenbarriere für Verbände, im Vergleich mit Einzelpersonen, erhöht, weil Einzelpersonen immerhin einen – wenn auch noch so kleinen – Vorteil aus der Rechtsdurchsetzung ziehen können.<sup>636</sup> Altruistische und intrinsische Anreize der Verbände reichen in der Praxis nicht aus, zur Überwindung der Barriere zu ani-

---

631 S. noch u. § 2 E. I. 1., 3.

632 *Fries*, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 179. Das liege daran, dass es im Anbetracht niedriger Anspruchshöhen den Verbrauchern teils schon zu aufwendig sei, die Verbände in Kenntnis zu setzen und deren Hilfe einzuholen. Vielen sei auch die Möglichkeit, sich an einen Verband zu wenden gar nicht bekannt. Darüber hinaus müssen die Verbände selbst auch die gesellschaftliche Relevanz und die juristischen Erfolgsaussichten eines Vorgehens bewerten. All dies beschränkt die Nutzbarkeit der Verbandsklagen.

633 IE so auch *C. Fechner*, Schutzlücken, 98–99; *Meller-Hannich*, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. I: Gutachten, 1, A 14; *Meller-Hannich/Höland*, Evaluierung der Effektivität kollektiver Rechtsschutzinstrumente, 2011 (<https://tlp.de/7egr>), 140; *Nürnberg*, Durchsetzung von Verbraucherrechten, 146.

634 *Immenga/Mestmäcker-II/Emmerich*, § 34a GWB Rn. 5, 31–33 (zur Gewinnabschöpfungsklage); *Freitag/Lang*, ZJP 2019, 329, 347–349; *Fries*, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 179–181; *Meller-Hannich*, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. I: Gutachten, 1, A 43–A 46; *Nürnberg*, Durchsetzung von Verbraucherrechten, 150–151; *NK-MuKla/Röthemeyer*, Einführung Rn. 40.

635 *Harnos*, GRUR 2020, 1034, 1035; *Meller-Hannich/Höland*, Evaluierung der Effektivität kollektiver Rechtsschutzinstrumente, 2011 (<https://tlp.de/7egr>), 140, das sei das generelle Problem; *NK-MuKla/Röthemeyer*, Einführung Rn. 40, 109.

636 *Freitag/Lang*, ZJP 2019, 329, 347–349; *Fries*, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 179.

mieren.<sup>637</sup> Neben der konzeptionellen Unstimmigkeit der Gewinnabschöpfungsansprüche<sup>638</sup>, §§ 10 UWG<sup>639</sup>, 34 GWB<sup>640</sup>, schneidet noch dazu die Rechtsprechungspraxis des BGH einen denkbaren Weg zur Überwindung des aus der Risikoverteilung folgenden Problems ab: Mit der Frage befasst, ob bei Gewinnabschöpfungsklagen Drittfiananzierung<sup>641</sup> via Einschaltung eines externen, gewerblichen Prozessfinanzierers gegen Gewinnbeteiligung zulässig ist,<sup>642</sup> entschied der BGH zuletzt kritischen Stimmen zum Trotz, dass solche Gewinnabschöpfungsklagen wegen Rechtsmissbrauchs, § 242 BGB, unzulässig seien.<sup>643</sup> Der Prozessfinanzierer instrumentaliere die Klagebefugnis der zum Gewinnabschöpfungsprozess berechtigten Organisation.<sup>644</sup> Das führe dazu, dass der Gewinnabschöpfungsanspruch unter Umgehung der Ratio des § 10 Abs.1 UWG aus dem sachfremden Motiv der Gewinnerzielung geltend gemacht werde,<sup>645</sup> und dass letztlich nicht die klagebefugte Einrichtung über das Ob der Prozessführung autonom entscheide, sondern der Prozessfinanzierer durch seine Finanzierungszusage.<sup>646</sup> Die den Kosten zukommende Steuerungsfunktion im Hinblick auf die Inanspruchnahme der Gerichte<sup>647</sup> wirkt daher im Ergebnis auf die Verbände restriktiv hoch ein.

---

637 Ähnlich C. Fechner, Schutzlücken, 217; Freitag/Lang, ZZZ 2019, 329, 348. Besonders krit. auch Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Goldmann, § 10 UWG Rn. 5–7.

638 Statt Vieler im Überblick MüKo-LauterkeitsR-II/Micklitz, § 10 UWG Rn. 54–59a.

639 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 03.03.2010, BGBl. I 2010, 254.

640 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), 26.06.2013, BGBl. I 2013, 3245.

641 Einen umfassenden Überblick über Probleme der drittfiananzierten Gewinnabschöpfungsklagen gibt Harnos, GRUR 2020, 1034 ff.

642 Zur Rolle der Prozessfinanzierer bei Gewinnabschöpfungsklagen nach § 10 UWG vgl. Meller-Hannich/Höland, Evaluierung der Effektivität kollektiver Rechtsschutzinstrumente, 2011 (<https://tlp.de/7egr>), 83, 116.

643 BGH, 09.05.2019 – I ZR 205/17, Rn. 21–39; BGH, 13.09.2018 – I ZR 26/17, Rn. 38–50. AA OLG Düsseldorf, 07.02.2017 – I-20 U 139/15, 20 U 139/15; OLG Schleswig, 14.02.2019 – 2 U 4/18; OLG Schleswig, 23.11.2017 – 2 U 1/17. Krit., jeweils mwN: Harnos, GRUR 2020, 1034, 1036–1038; Kramer, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 166–168; Nürnberg, Durchsetzung von Verbraucherrechten, 150–151; Scherer, VuR 2020, 83–86. Zu Recht krit. zum vom BGH vorgeschlagenen, BGH, 09.05.2019 – I ZR 205/17, Rn. 34–39, Weg der Streitwertminderung Harnos, GRUR 2020, 1034, 1038; Heese, JZ 2019, 429, 437. Die Ansicht des BGH perpetuiert Vorteile der beklagten Repeat Player gegenüber den geschädigten One-Shottern, s.o. § 2 C. II. 3.

644 BGH, 09.05.2019 – I ZR 205/17, Rn. 27.

645 BGH, 09.05.2019 – I ZR 205/17, Rn. 27–29.

646 BGH, 13.09.2018 – I ZR 26/17, Rn. 42.

647 Klose, Justiz als Wirtschaftsfaktor, 264 mwN. Vgl. u. Fn. 1053.

- 201 Zudem liegt die Eskalationslast stets bei den Verbänden. Aus dem allgemeinen zivilprozessualen Grundsatz, dass jede Partei die für sie günstigen Umstände beweisen muss, folgt, dass die Verbände beweispflichtig für die Tatbestandsvoraussetzungen der von ihnen geltend gemachten Ansprüche sind.<sup>648</sup> Das hat gerade im Bereich der Gewinnabschöpfungsklagen praktische Probleme hervorgerufen, weil der Beweis für das Vorliegen der restriktiven Tatbestandsvoraussetzungen – insbesondere des Vorsatzes<sup>649</sup> – jener Ansprüche kaum angetreten werden kann.<sup>650</sup> Gerade Gewinnabschöpfungsklagen fristen daher in der Praxis ein absolutes Schattendasein.<sup>651</sup>

### 3. Externe Finanzierungsmöglichkeiten

#### a. Rechtsschutzversicherungen

- 202 Eine Rechtsschutzversicherung ist eine besondere Schadensversicherung, deren Leistungen sich aus den Allgemeinen Bedingungen für die Rechtsschutzversicherung (ARB) und den §§ 125–129 VVG<sup>652</sup> ergeben. Zentral ist

---

648 LMRKM/Funke, § 34a GWB Rn. 12; MüKo-LauterkeitsR-II/Micklitz, § 10 UWG Rn. 98.

649 Insgesamt zu den Problemen MüKo-LauterkeitsR-II/Micklitz, § 10 UWG Rn. 77–98.

650 Vgl. Fezer/Büscher/Obergfell/Braunmühl, § 10 UWG Rn. 153, 158; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Goldmann, § 10 UWG Rn. 5; Harnos, GRUR 2020, 1034. Hier zeigt sich immer noch, dass die Effektivität kollektiven Verfahrensrechts stets nur so weit gehen kann, wie die materiell-rechtlich zugebilligten Ansprüche dies erlauben, vgl. schon die Feststellung von Meller-Hannich/Höland, Evaluierung der Effektivität kollektiver Rechtsschutzinstrumente, 2011 (<https://tlp.de/7egr>), 142.

651 Zu § 10 UWG: „§ 10 UWG ist praktisch ‚totes Recht‘“, und die Vorschrift ist „völlig ineffizient und faktisch wirkungslos“, Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Goldmann, § 10 UWG Rn. 5–7 mwN; ähnlich MüKo-LauterkeitsR-II/Micklitz, § 10 UWG Rn. 11–12. Zu § 34a GWB: „Tatsächlich ist auch § 34a bisher, soweit ersichtlich, nicht in einem einzigen Verfahren angewandt worden“, Immenga/Mestmäcker-II/Emmerich, § 34a GWB Rn. 4–4a; ähnlich Hempel, NJW 2015, 2077, 2078. Vgl. insgesamt C. Fechner, Schutzlücken, 87–90; Fries, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 180; Gluding, Kollektiver und überindividueller Rechtsschutz, 105–106; Harnos, GRUR 2020, 1034–1035; Keffler, ZRP 2016, 2, 3; Kolba, in: Verbraucherrechtsvollzug, 165, 169 („Placebo“); ders., Davids gegen Goliath, 125; Meller-Hannich, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. I: Gutachten, I, A 29, A 44–A 45; MüKo-LauterkeitsR-II/Micklitz, § 10 UWG Rn. 59; Nürnberg, Durchsetzung von Verbraucherrechten, 150; NK-MuKla/Röthemeyer, Einführung Rn. 40; Stadler, VuR 2018, 83, 89.

652 Gesetz über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz – VVG), 23.11.2007, BGBl. I 2007, 2631.

hierbei die Pflicht zur Kostenerstattung, § 125 VVG iVm Punkt 2.3 ARB 2021<sup>653</sup>, da ein Rechtsschutzversicherer wegen § 4 RDG von der Erbringung seiner Leistung als Naturalleistung ausgeschlossen ist.<sup>654</sup>

#### aa. Statistisches

Die Rechtsschutzversicherung ist in Relation zu anderen Versicherungspolice 203  
sicherungen eine der in Deutschland beliebtesten:<sup>655</sup> Rund 54 % der Haushalte verfügen über eine solche Police,<sup>656</sup> wobei die absolute Zahl bestehender Verträge bis 2016 mit 21,9 Millionen<sup>657</sup>, bis 2018 mit 22,3 Millionen<sup>658</sup> und für 2019 mit 22,7 Millionen<sup>659</sup> angegeben wird. Damit ist Deutschland der größte Markt für Rechtsschutzversicherer weltweit,<sup>660</sup> wenn auch diese Sparte im Vergleich mit anderen Unfall- und Schadensversicherungen gemessen an ihren Prämieinnahmen eher klein ist.<sup>661</sup> Es handelt sich zudem um eine relativ schadensintensive Versicherung: Mit 4,143 Millionen Schadensfällen ist sie unter den Top Drei der – nach Kraftfahrtversicherungen und Sachversicherungen – am häufigsten in Anspruch genommenen Schadens- und Unfallversicherungen.<sup>662</sup> Damit einher geht eine hohe Beschwerdequote von Versicherungsnehmern beim Versicherungsombudsmann, dessen Beschwerdestatistik 2019 und 2018 jeweils durch die Rechts-

653 GDV (Hrsg.), ARB 2021 (<https://tlp.de/pbp7w>), 11–15. Vgl. Horacek, Rechtsschutzversicherung im Großschadensfall, 34–35.

654 M. Kilian, Drittfiananzierung von Rechtsverfolgungskosten, 33. Zu § 4 RDG vgl. u. § 5 A. II. 1.

655 VuMA (Hrsg.), VuMA Touchpoints 2020 (<https://tlp.de/re10>), 67. Eine ausführliche statistische Betrachtung liefern Hommerich/M. Kilian, Rechtsschutzversicherung und Anwaltschaft, passim. Zur Historie in Deutschland im Überblick s. M. Kilian, Drittfiananzierung von Rechtsverfolgungskosten, 31.

656 M. Kilian/Dreske, Statistisches Jahrbuch der Anwaltschaft 19/20, 210; dies., Statistisches Jahrbuch der Anwaltschaft 17/18, 216; ROLAND Rechtsschutz-Versicherungs-AG (Hrsg.), Roland Rechtsreport 2020 (<https://tlp.de/eimd>), 7, 22.

657 M. Kilian/Dreske, Statistisches Jahrbuch der Anwaltschaft 17/18, 217.

658 M. Kilian/Dreske, Statistisches Jahrbuch der Anwaltschaft 19/20, 223.

659 GDV (Hrsg.), Statistisches Taschenbuch der Versicherungswirtschaft (<https://tlp.de/4dg6>), Tab. 64.

660 Für den europäischen Markt: Hommerich/M. Kilian, Rechtsschutzversicherung und Anwaltschaft, 56–58.

661 Hommerich/M. Kilian, Rechtsschutzversicherung und Anwaltschaft, 9; M. Kilian/Dreske, Statistisches Jahrbuch der Anwaltschaft 19/20, 216.

662 GDV (Hrsg.), Statistisches Taschenbuch der Versicherungswirtschaft (<https://tlp.de/4dg6>), Tab. 65.

schutzsparte angeführt wurde.<sup>663</sup> Im Vergleich zu anderen Sparten ist indes die Erfolgsquote für Versicherungsnehmer gering.<sup>664</sup> In einer 2007 veröffentlichten Studie war die Übernahme der Rechtsverfolgungskosten der Befragten durch eine Rechtsschutzversicherung mit 35 % die beliebteste Möglichkeit der Drittfinanzierung.<sup>665</sup>

- 204 Wirtschaftlich sind Rechtsschutzversicherungen nicht mit besonders hohen Gewinnmargen für die Versicherer versehen: Der Combined Ratio<sup>666</sup> der Rechtsschutzsparte lag 2010 und 2015 bis 2019 zwischen 97,8 % und 100,2 %, 2020 sogar bei 102,6 %, <sup>667</sup> sowie im angegebenen Zeitraum stets über demjenigen der gesamten Schaden- und Unfallversicherung.<sup>668</sup> Die Unternehmen operieren auf diesem Gebiet damit circa kostendeckend.<sup>669</sup>

## bb. Einfluss auf die Rechtsdurchsetzung

- 205 Allgemeine Einigkeit über den Einfluss von Rechtsschutzversicherungen auf die Streitlust der Versicherten herrschte lange Zeit nicht.<sup>670</sup> Während zunächst aufgrund theoretisch-ökonomischer Analysen Prozessfluten befürchtet wurden,<sup>671</sup> kamen empirische Studien zu weit weniger drastischen

---

663 *Ombudsmann für Versicherungen* (Hrsg.), Jahresbericht 2019 (<https://tlp.de/fc4f>), 110.

664 *Ombudsmann für Versicherungen* (Hrsg.), Jahresbericht 2019 (<https://tlp.de/fc4f>), 116.

665 *Hommerich/M. Kilian*, Mandanten und ihre Anwälte, 137–139. In England waren es im Referenzzeitraum nur 4 % der Befragten.

666 Der Begriff beschreibt die Schaden-Kosten-Quote nach Abwicklung in Relation zu verdienten Brutto-Beiträgen. Er zeigt die versicherungstechnische Rentabilität einer Sparte an. Solange der Wert unter 100 liegt, erwirtschaftet das Unternehmen auf das entsprechende Versicherungsgeschäft bezogen Gewinn. S. *Ellenbürger/Kölschbach*, in: *Gabler Versicherungslexikon*, Begriff „Combined Ratio“.

667 *Heinsen*, *VersW* 2022, 76, 81.

668 *GDV* (Hrsg.), *Statistisches Taschenbuch der Versicherungswirtschaft* (<https://tlp.de/4dg6>), 62.

669 Ähnlich für den Zeitraum vor 2010: *Hommerich/M. Kilian*, *Rechtsschutzversicherung und Anwaltschaft*, 40–41.

670 Zur Darstellung der mehrere Jahre anhaltenden Diskussion s. *Jagodzinski/Raiser/Riehl*, *Rechtsschutzversicherung und Rechtsverfolgung*, 4–13; *Klatt*, in: *FS Blankenburg*, 551 ff. Neuerdings: *Horacek*, *Rechtsschutzversicherung im Großschadensfall*, 35–37.

671 *Adams*, *ZfRS* 1986, 212 ff.; *ders.*, *Ökonomische Analyse des Zivilprozesses*, 49, 53–56, 111–123. Vgl. ferner die Darstellung und Nachweise bei *Hommerich/M. Kilian*,

und teils sogar entgegengesetzten Ergebnissen.<sup>672</sup> Das zeigt abermals, dass der kombinierte Ansatz der Behavioural Law and Economics realistischer ist als die Bewertung nur anhand eines Modells.<sup>673</sup>

Gerade weil eine Rechtsschutzversicherung keinen „Freifahrtschein in die rechtliche Auseinandersetzung“<sup>674</sup> gewährt, haben entsprechende Policen keine gravierende, überproportional prozesstreibende Wirkung.<sup>675</sup> Gleichwohl haben Versicherte häufiger Kontakt zu Gerichten und Anwälten.<sup>676</sup> Rechtsschutzversicherungen haben demnach keine völlig enthemmende Wirkung, die zu einer Prozessflut führen würde, wirken aber dennoch nuanciert auf die oben dargestellten Faktoren ein und machen insofern Rechtsmobilisierung wahrscheinlicher. Diese Einwirkungen gilt es näher zu untersuchen.

---

Rechtsschutzversicherung und Anwaltschaft, 66–69. Klatt, in: FS Blankenburg, 551–552, erklärt diese Entwicklung mit der Suche nach einem Schuldigen für den besorgt beobachteten steigenden Geschäftsanfall der Gerichte. Interessant ist die moderne umgekehrte Besorgnis: Angesichts fallender Fallzahlen vor Gericht wird nunmehr erneut Ursachenforschung betrieben, vgl. Dudek, JZ 2020, 884 ff., wenn- gleich auch im BMJV, RefE: Gesetz zur Förderung verbrauchergerechter Angebote im Rechtsdienstleistungsmarkt (<https://t1p.de/m94f>), 29, die Furcht vor einer über- mäßigen Gerichtsverfahrenszunahme mitschwingt.

672 Einen Überblick über die bis 2010 vorhandenen empirischen Daten liefern Hommerich/M. Kilian, Rechtsschutzversicherung und Anwaltschaft, 69–78. Besonders hervorzuheben sind neben Hommerich/Kilian die Studien von Blankenburg/J. Fiedler, Rechtsschutzversicherungen, 113–114, 128–129 und Jagodzinski/Raiser/Riehl, Rechts- schutzversicherung und Rechtsverfolgung, 141–143.

673 S.o. § 2 A. I.

674 Hommerich/M. Kilian, Rechtsschutzversicherung und Anwaltschaft, 69.

675 Das entspräche auch den wirtschaftlichen Interessen der Versicherer nicht, weswe- gen unterschiedliche Sicherungsmechanismen in den Verträgen vorgesehen sind: Selbstbeteiligungen, Möglichkeiten zur Verweigerung einer Deckungszusage, Bo- nus-Malus-Systeme und Sonderkündigungsrechte sichern die Versicherer gegen einen nicht auszuschließenden „moral hazard“ ab. S. Hommerich/M. Kilian, Rechts- schutzversicherung und Anwaltschaft, 65–69, 152–153; M. Kilian, Drittfinanzierung von Rechtsverfolgungskosten, 34.

676 Blankenburg, Mobilisierung des Rechts, 54; Blankenburg/J. Fiedler, Rechtsschutz- versicherungen, 114; Blankenburg, ZfRS 1980, 33, 50; Reh binder, Rechtssoziologie, Rn. 153; Röhl, Rechtssoziologie, 534–535. Ein Erklärungsansatz dafür, der immer wieder angeführt wird, ist die sog. Rekrutierungshypothese: Eine Rechtsschutzver- sicherung solle gerade diejenigen als Versicherungsnehmer anziehen, die ohnehin schon im näheren Kontakt zum Recht stehen. Krit. äußern sich dazu Jagodzinski/ Raiser/Riehl, Rechtsschutzversicherung und Rechtsverfolgung, 17. Gegen die Fest- stellung häufigeren Kontakts in neuerer Zeit: Hommerich/M. Kilian, Rechtsschutz- versicherung und Anwaltschaft, 77.



(1) Verringerung der Hemmfaktoren

- 207 Rechtsschutzversicherungen erhöhen die Klagebereitschaft bzw. die Bereitschaft einer erneuten Rechtsmobilisierung,<sup>677</sup> indem sie im Rahmen der Kosten-Nutzen-Relation des Rechtsinhabers die individuelle finanzielle Abwägung beeinflussen und damit einen bedeutenden Faktor in seiner Relevanz einschränken.<sup>678</sup> Denklogisch haben sie dagegen weniger Auswirkungen auf sonstige, soziale Faktoren.<sup>679</sup> Ihr Einfluss ist deswegen dort am größten, wo finanzielle Kosten und Risikoaversion die ausschlaggebenden Entscheidungsfaktoren sind.<sup>680</sup> Das gilt nicht, wenn sie eine Selbstbeteiligung des Versicherten vorsehen und ein Wert durchgesetzt werden soll, der unter der drohenden Selbstbeteiligung liegt.<sup>681</sup> Immerhin existiert bei Rechtsschutzversicherungen kein Schadensfreiheitsrabattsystem<sup>682</sup>, sodass Überlegungen dahingehend, ob vom Versicherungsschutz vor dem Hintergrund automatisch höherer Beiträge Gebrauch gemacht werden soll, keine hemmende Wirkung entfalten dürften. Ihre Hemmschwellen abbauende Wirkung entfalten Rechtsschutzversicherungen jedoch aufgrund ihres modularen Charakters nur im speziell versicherten Gebiet, weil universeller Vollrechtsschutz die absolute Ausnahme ist.<sup>683</sup>
- 208 Peripher berührt eine Rechtsschutzversicherung – je nach konkretem Leistungsumfang – auch andere Barrieren. Wo sie beispielsweise eine kostenlose Anwaltshotline zur Verfügung stellt, kann sie niedrigschwellig einen Anwalt und dessen beschriebene unterstützende Wirkung in den Rechtsmo-

---

677 Blankenburg, Mobilisierung des Rechts, 54; *ders.*, ZfRS 1980, 33, 50; Rehder/van Elten, in: HB Digitalisierung Staat & Verwaltung, I, 4.

678 Das gilt für Anwaltskosten in gleichem Maße wie für drohende Gerichtskosten, vgl. Jagodzinski/Raiser/Riehl, Rechtsschutzversicherung und Rechtsverfolgung, 49–50.

679 Vgl. Blankenburg, Mobilisierung des Rechts, 53–54; Blankenburg/J. Fiedler, Rechtsschutzversicherungen, 128; Blankenburg, ZfRS 1980, 33, 49–51; Jagodzinski/Raiser/Riehl, Rechtsschutzversicherung und Rechtsverfolgung, 12–13; Rehbinder, Rechtssoziologie, Rn. 153.

680 Fries, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 37–38; Jagodzinski/Raiser/Riehl, Rechtsschutzversicherung und Rechtsverfolgung, 12; Klatt, in: FS Blankenburg, 551, 553–554; Kramer, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 34.

681 Fries, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 37–38; Kramer, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 34.

682 Vgl. GDV (Hrsg.), AKB 2015 (<https://t1p.de/7yz4>), 38–43, 47–49.

683 Hommerich/M. Kilian, Rechtsschutzversicherung und Anwaltschaft, 45–47; M. Kilian, Drittfinanzierung von Rechtsverfolgungskosten, 37. Vgl. auch GDV (Hrsg.), ARB 2021 (<https://t1p.de/pbp7w>), 7–11.

bilisierungsprozess einschalten.<sup>684</sup> Über den Entfall der kostenbezogenen Barrieren hinaus hilft es dem Rechtsuchenden hierbei schon, wenn er weiß, wohin er sich mit seinem Problem zuverlässig wenden kann. Denn die Bereitstellung einer festen Ansprechstation wirkt Überforderungsgefühlen entgegen.<sup>685</sup>

## (2) Eigene Hemmwirkung

Keineswegs haben Rechtsschutzversicherungen allerdings nur positive Auswirkungen. Sie entfalten gleichsam hemmende Wirkung, wenn sie ihre Leistungen – gegebenenfalls zu Unrecht<sup>686</sup> – verweigern.<sup>687</sup> Da diese Verweigerungshaltung teils erst durch Klageerhebung zu überwinden ist,<sup>688</sup> muss mitunter ein neuer Rechtsdurchsetzungsprozess gegen einen eigentlich als Unterstützer eingekauften Akteur angestrengt werden. Die Widerstände werden dann verdoppelt. Gerade bei Versicherungsnehmern, die keine Erfahrung mit rechtlicher Konfliktlösung haben und „ihrem“ Versicherer vertrauen, kann eine negative Auskunft erhebliche abschreckende Wirkung haben, sodass der zusätzlich notwendige Rechtsdurchsetzungsprozess gegenüber der Versicherung von vornherein unterlassen und der

684 Vgl. dazu schon *Blankenburg*, Mobilisierung des Rechts, 54; *ders.*, ZfRS 1980, 33, 51.

685 Zu Überforderungsgefühlen von Menschen, die sich mit einem (rechtlichen) Konflikt konfrontiert sehen: 2013 gaben 55 % in einer Befragung an, nicht zu wissen, was als Nächstes zu tun sei. In der Gruppe der 18–29-Jährigen betrug die Zahl sogar 64 %, in der Gruppe der nicht Rechtsschutzversicherten 60 %. Vgl. *GDV* (Hrsg.), Forsa-Studie: Ängste und Erwartungen von Verbrauchern bei rechtlichen Auseinandersetzungen, 2013 (<https://tlp.de/xaud>), 6.

686 Verheerend insoweit die Ergebnisse von *Horacek*, Rechtsschutzversicherung im Großschadensfall, 166–174: Von den dort untersuchten 1.808 erteilen Ablehnungen, waren fast zwei Drittel unberechtigt. Er folgert: „Die isolierte Betrachtung vorgenannter Zahlen führt zu dem Schluss, dass die Versicherungen ihrer Leistungserbringungspflicht nicht (Herv. im Original) vertragsgemäß nachkommen und zwar in einem Ausmaß, das auf ein bewusstes Kalkül zur Leistungsvermeidung schließen lässt.“ *ders.*, Rechtsschutzversicherung im Großschadensfall, 167.

687 Vgl. dazu mit umfassenden Nachweisen zu solchem Verhalten im Zusammenhang mit dem Widerruf von Verbraucherdarlehensverträgen und zum VW-Abgasskandal: *Kramer*, Widerruf von Verbraucherdarlehensverträgen, 45–46. Ferner mit einer Auswertung nach Ablehnungsgrund hinsichtlich der Quote unbegründeter Ablehnung ausführlich *Horacek*, Rechtsschutzversicherung im Großschadensfall, 87–139, 143–147.

688 *Heese*, in: FS Roth, 283, 307, mit Beispielen zum Dieselskandal; *Kramer*, Widerruf von Verbraucherdarlehensverträgen, 46.

ursprüngliche abgebrochen wird.<sup>689</sup> Nicht umsonst scheuen Versicherungsnehmer in der Praxis häufig die Auseinandersetzung mit ihrer deckungsunwilligen Versicherung.<sup>690</sup> Mag man hier gewillt sein, den Versicherungsunternehmen bösartige Motive zu unterstellen, so lassen sich diese Versuche marktwirtschaftlich neutral betrachtet ebenso erklären: Die Rechtsschutzsparte ist wie gezeigt versicherungstechnisch gerade so kostendeckend, sodass versucht wird, die Schadensquote im eigenen wirtschaftlichen Interesse der Unternehmen gering zu halten. Gerade bei der Behandlung von Massenschadensereignissen scheitert daher das Rechtsschutzversicherungsmodell.<sup>691</sup>

- 210 Ob aber nun bösartig oder nicht: Feststeht, dass neben der Anwaltschaft die zweite große Gruppe unterstützender Akteure aufgrund marktwirtschaftlicher Zwänge ebenfalls nicht altruistisch im Interesse ihrer rechtsuchenden Kunden handelt und wiederum selbst Hindernisse im Einzelfall bereitet. Umgekehrt gilt: Der Abbau peripherer Hemmfaktoren findet lediglich als Beiprodukt von Kostenminimierungsversuchen statt. Das ist am schon verwendeten Beispiel der durch die Versicherer betriebenen Anwalts-hotlines am deutlichsten aufzuzeigen. Hauptmotivation ist nicht etwa die Schwellenangst vor einer Anwaltskonsultation abzusenken, sondern ausgesuchte Anwälte so früh wie möglich in den Konfliktfall zu involvieren, um eine möglichst kostengünstige Konfliktlösung zu erreichen.<sup>692</sup>

---

689 So auch *Horacek*, Rechtsschutzversicherung im Großschadensfall, 170, dort Fn. 507.

690 *Eversberg*, in: *Versicherungsprozess*, § 3, Rn. 48.

691 *Horacek*, Rechtsschutzversicherung im Großschadensfall, 168–174. Das zeigt sich gerade auch in besonders fragwürdigem Verhalten der Rechtsschutzversicherer, die versuchten, ihre Deckungszusage in Abgasskandalverfahren zu versagen: Diese ließen sich teils kreative Argumentationen einfallen, um die Deckungszusage zu verweigern oder jedenfalls erheblich zu verzögern. Das ging so weit, dass Schriftsätze der Rechtsschutzversicherer der Geschädigten mit Klageerwiderungen der Schädiger zum Verwechseln ähnlich waren, vgl. eingehend *Horacek*, Rechtsschutzversicherung im Großschadensfall, 146. Die Entscheidung der Versicherer war hierbei besonders von wirtschaftlichem Eigeninteresse geprägt. Denn beim Dieselskandal handelt es sich für die Rechtsschutzversicherungsbranche längst um den teuersten Schaden der Geschichte, vgl. *Heese/Schumann*, NJW 2021, 3023, Rn. 8 mwN. Berechtigte Interessen der Versicherten an einer Deckungszusage und an einem schnellen Verfahren wurden erheblich vernachlässigt.

692 *Hommerich/M. Kilian*, Rechtsschutzversicherung und Anwaltschaft, 19 mwN, 54, 111–113.

b. Gewerbliche Prozessfinanzierer

aa. Die „klassische“ Prozessfinanzierung als Geschäftsmodell

Auf Ebene der wirtschaftlich unterstützenden Akteure existieren seit 211 1998 neben den Rechtsschutzversicherern ferner Prozessfinanzierer am Markt.<sup>693</sup> Auch diese können – theoretisch – die Verlustangst eines Rechtssuchenden auffangen und damit die Bedeutung der wirtschaftlichen Barriere schmälern. Das geschieht durch Vorfinanzierung sämtlicher Kosten sowie vollständige Übernahme des Kostenrisikos gegen eine prozentuale Erfolgsbeteiligung am Prozessgewinn.<sup>694</sup>

Im Gegensatz zur staatlichen Prozesskostenhilfe, § 123 ZPO, befreit ein 212 Prozessfinanzierer seinen Kunden auch von den Kosten des Gegners bei Unterliegen,<sup>695</sup> und im Unterschied zur Rechtsschutzversicherung handelt es sich um die Hinzuziehung von Drittkapital „after the event“.<sup>696</sup> Eine Prozessfinanzierung bedarf keiner antizipierenden Tätigkeit des Rechtssuchenden, sondern kann im Bedarfsfall eingekauft werden.

Überzeugenderweise ist das Vertragsverhältnis zwischen Prozessfinanzierer 213 und Rechtssuchendem als Gesellschaftsvertrag einzuordnen.<sup>697</sup> Der gemein-

---

693 Zur historischen Entwicklung im Überblick s. *Eversberg*, in: *Versicherungsprozess*, § 3, Rn. 8–12; *M. Kilian*, Drittfiananzierung von Rechtsverfolgungskosten, 42–43. Ausführliche Darstellung der Entwicklung bis heute: *Hoffmann*, *Gewerbliche Prozessfinanzierung*, 95–103.

694 Vgl. *C. Fechner*, *Schutzlücken*, 65; *Hoffmann*, *Gewerbliche Prozessfinanzierung*, 31–35; *M. Kilian*, *Drittfiananzierung von Rechtsverfolgungskosten*, 42; *Siebert-Reimer*, *Anspruch auf Erstattung der Kosten der Prozessfinanzierung*, 73–77; *Timmermann*, *Legal Tech-Anwendungen*, 160–162.

695 *Siebert-Reimer*, *Anspruch auf Erstattung der Kosten der Prozessfinanzierung*, 81.

696 Im Ausland existieren gleichwohl auch „after the event“-Versicherungspolizen, vgl. *Hoffmann*, *Gewerbliche Prozessfinanzierung*, 69–71.

697 *Buschbell*, in: *HB Rechtsschutzversicherung*, § 2, Rn. 70; *Dethloff*, *NJW* 2000, 2225, 2227; *Dimde*, *Rechtsschutzzugang und Prozessfinanzierung*, 198; *C. Fechner*, *Schutzlücken*, 67, 122; *Grunewald*, *BB* 2000, 729, 731; *Harnos*, *GRUR* 2020, 1034, 1035 mwN; *Herbold*, *Anwaltliches Erfolgshonorar als Element der Prozessfinanzierung*, 155; *Hornberg*, *Erfolgshonorierte Prozessfinanzierung*, 140–141; *Jaskolla*, *Prozessfinanzierung gegen Erfolgsbeteiligung*, 62–71; *M. Kilian*, *Drittfiananzierung von Rechtsverfolgungskosten*, 43; *Kochheim*, *Gewerbliche Prozessfinanzierung*, 90–104; *MüKo-VVG-I/Looschelders*, § 1 VVG Rn. 109 mwN; *Makatsch/Bäuerle*, in: *Kartellrechtliche Schadensersatzklagen*, Kap. C, Rn. 43 mwN; *Maubach*, *Gewerbliche Prozessfinanzierung gegen Erfolgsbeteiligung*, 95–104; *Nitzsche*, *Rechtliche und praktische Probleme der gewerblichen Prozesskostenfinanzierung*, 23–32. AA *Gleußner*, in: *FS Vollkommer*, 25, 36–41 (gemischter Vertrag mit vorwiegend kaufrechtlichen

same Zweck ist die gerichtliche Durchsetzung eines Anspruchs sowie die anschließende Erlösverteilung untereinander.<sup>698</sup> Die Verträge sind oft auf den jeweiligen Einzelfall zugeschnitten und unterscheiden sich in den Details erheblich voneinander.<sup>699</sup> Dennoch lassen sich einige Elemente verallgemeinern: Die Hauptleistungspflicht des Finanzierers liegt darin, die notwendigen Kosten vorzuschießen und den Rechtsuchenden von allen Rechtsverfolgungskosten freizustellen.<sup>700</sup> Dazu leistet der Finanzierer notwendige Vorschüsse und zahlt sonstige Rechnungen auf Anforderung.<sup>701</sup> Im Gegenzug lässt er sich eine prozentuale<sup>702</sup> Beteiligung am Verfahrenserlös

---

Elementen); *Siebert-Reimer*, Anspruch auf Erstattung der Kosten der Prozessfinanzierung, 471–473 (partiatisches Austauschverhältnis); *Skrzepski*, Gewerbliche Fremdfinanzierung von Prozessen gegen Erfolgsbeteiligung, 184–195 (partiatisches Austauschverhältnis); *Sturm*, Gewerbliche Prozessfinanzierung, 68 (synallagmatischer Vertrag eigener Art mit Merkmalen eines partiarchischen Rechtsverhältnisses); *Timmermann*, Legal Tech-Anwendungen, 486–488 (typengemischter Vertrag sui generis). AA ferner *Greger*, MDR 2018, 897, 898, der annimmt, es handele sich um einen typengemischten Vertrag mit Elementen eines Darlehens-, eines Versicherungsvertrages, eines Forderungskaufs und einer Innengesellschaft. Zur Abgrenzung der gewerblichen Prozessfinanzierung vom Darlehen, vom Versicherungsvertrag und vom Forderungskauf vgl. nur *Hoffmann*, Gewerbliche Prozessfinanzierung, 77–80, 81–82, 83–85.

698 *Homborg*, Erfolgshonorierte Prozessfinanzierung, 103–107; *Jaskolla*, Prozessfinanzierung gegen Erfolgsbeteiligung, 67; *M. Kilian*, Drittfinanzierung von Rechtsverfolgungskosten, 43; *Maubach*, Gewerbliche Prozessfinanzierung gegen Erfolgsbeteiligung, 98–99. Das hält *Sturm*, Gewerbliche Prozessfinanzierung, 61, nicht für ausreichend. Dagegen auch *Rochon*, Prozessfinanzierung und ihre Auswirkungen auf den Anwalt, 83–89.

699 Vgl. *Hoffmann*, Gewerbliche Prozessfinanzierung, 35–37.

700 *Böttger*, Gewerbliche Prozessfinanzierung und PKH, 9; *Buschbell*, in: HB Rechtsschutzversicherung, § 2, Rn. 68; *Eversberg*, in: Versicherungsprozess, § 3, Rn. 160; *Hoffmann*, Gewerbliche Prozessfinanzierung, 31, 37–41; *Homborg*, Erfolgshonorierte Prozessfinanzierung, 8; *Harbauer/Schmitt*, Teil A. Einleitung Rn. 136; *T. Scholl*, in: BeckRA-HdB, § 56, Rn. 250; *Siebert-Reimer*, Anspruch auf Erstattung der Kosten der Prozessfinanzierung, 73, 76–77.

701 *Böttger*, Gewerbliche Prozessfinanzierung und PKH, 9; *Dimde*, Rechtsschutzzugang und Prozessfinanzierung, 159; *Harnos*, GRUR 2020, 1034, 1035; *Hoffmann*, Gewerbliche Prozessfinanzierung, 31, 37–41; *Siebert-Reimer*, Anspruch auf Erstattung der Kosten der Prozessfinanzierung, 76–77.

702 Im Schnitt zwischen 30 % und 50 %, vgl. *Eversberg*, in: Versicherungsprozess, § 3, Rn. 79–80; *M. Kilian*, Drittfinanzierung von Rechtsverfolgungskosten, 42; *Siebert-Reimer*, Anspruch auf Erstattung der Kosten der Prozessfinanzierung, 91; ähnlich *Timmermann*, Legal Tech-Anwendungen, 161.

versprechen<sup>703</sup> und lässt sich üblicherweise die Forderung sicherheitshalber treuhänderisch abtreten.<sup>704</sup> Vereinbart wird daneben häufig, dass die Finanzierung geheim gehalten wird.<sup>705</sup> Vorgesehen wird darüber hinaus regelmäßig, dass der Rechtsuchende prozessgestaltende und kostenauslösende Maßnahmen nur nach Rücksprache mit dem Prozessfinanzierer vornimmt.<sup>706</sup> Zum standardmäßigen Vertragsinhalt gehört zudem ein Sonderkündigungsrecht für den Fall, dass vom Anspruchsgegner ein Vergleichsangebot gemacht wird, über das Prozessfinanzierer und Rechtsuchender nicht einig werden.<sup>707</sup> Wird dieses ausgeübt – was in der Praxis allerdings nur selten vorkommt<sup>708</sup> – hat der kündigende Rechtsuchende regelmäßig als Abfindung dem Prozessfinanzierer den Betrag zu erstatten, den dieser bei Vergleichsabschluss erhalten hätte.<sup>709</sup>

Nebenpflichten aus dem Vertrag umfassen regelmäßig Auskunft- und Informations- sowie Vorlagepflichten zur prozesstaktischen Abstimmung 214

---

703 *Buschbell*, in: HB Rechtsschutzversicherung, § 2, Rn. 68; *Eversberg*, in: Versicherungsprozess, § 3, Rn. 160; *Hoffmann*, Gewerbliche Prozessfinanzierung, 42–44; *T. Scholl*, in: BeckRA-HdB, § 56, Rn. 250; *Siebert-Reimer*, Anspruch auf Erstattung der Kosten der Prozessfinanzierung, 77–78.

704 *Buschbell*, in: HB Rechtsschutzversicherung, § 2, Rn. 68; *Eversberg*, in: Versicherungsprozess, § 3, Rn. 160–167; *Gleußner*, in: FS Vollkommer, 25, 53–54; *Hoffmann*, Gewerbliche Prozessfinanzierung, 44–45; *M. Kilian*, Drittfinanzierung von Rechtsverfolgungskosten, 44; *T. Scholl*, in: BeckRA-HdB, § 56, Rn. 250; *Siebert-Reimer*, Anspruch auf Erstattung der Kosten der Prozessfinanzierung, 78–79.

705 *Eversberg*, in: Versicherungsprozess, § 3, Rn. 160; *Gleußner*, in: FS Vollkommer, 25, 54–55; *Hoffmann*, Gewerbliche Prozessfinanzierung, 47–48; *Lieberknecht*, NJW 2022, 3318, Rn. 24 mwN; *T. Scholl*, in: BeckRA-HdB, § 56, Rn. 250.

706 *Eversberg*, in: Versicherungsprozess, § 3, Rn. 160, 170–171; *Hoffmann*, Gewerbliche Prozessfinanzierung, 52; *T. Scholl*, in: BeckRA-HdB, § 56, Rn. 250; *Siebert-Reimer*, Anspruch auf Erstattung der Kosten der Prozessfinanzierung, 75.

707 *Eversberg*, in: Versicherungsprozess, § 3, Rn. 160, 172–176; *Hoffmann*, Gewerbliche Prozessfinanzierung, 47; *T. Scholl*, in: BeckRA-HdB, § 56, Rn. 250; *Timmermann*, Legal Tech-Anwendungen, 162. Vgl. auch *Hoffmann*, Gewerbliche Prozessfinanzierung, 53, zu weiteren Möglichkeiten der Konfliktlösung bei Uneinigkeit.

708 *Eversberg*, in: Versicherungsprozess, § 3, Rn. 175.

709 *Gleußner*, in: FS Vollkommer, 25, 51–53; *Hoffmann*, Gewerbliche Prozessfinanzierung, 47; *Jaskolla*, Prozessfinanzierung gegen Erfolgsbeteiligung, 28. Ein beiderseitiges Kündigungsrecht sowie einen daraus resultierenden schuldrechtlichen Abfindungsanspruch der kündigenden Partei gegen den anderen Teil auf Zahlung des Erlösteils, der bei Vergleichsschluss angefallen wäre, nehmen dagegen *Eversberg*, in: Versicherungsprozess, § 3, Rn. 174; *T. Scholl*, in: BeckRA-HdB, § 56, Rn. 250, an.

zugunsten des Prozessfinanzierers,<sup>710</sup> welche durch den eingeschalteten Anwalt, den der Rechtsuchende hierzu von seiner Verschwiegenheitsverpflichtung, § 43a Abs. 2 S. 1 BRAO, gegenüber dem Prozessfinanzierer befreit,<sup>711</sup> erfüllt werden. Auf diese Weise begleitet der Prozessfinanzierer das Verfahren dauerhaft im „Team“<sup>712</sup> mit Rechtsuchendem und seinem Anwalt.

- 215 Dieses Team ist in einem Dreiecksverhältnis miteinander verbunden. Zwischen Rechtsuchendem und seinem Anwalt besteht der Anwaltsvertrag, §§ 675, 627, 611 BGB.<sup>713</sup> Rechtsuchender und Prozessfinanzierer sind Parteien des dargestellten Gesellschaftsvertrages, § 705 BGB.<sup>714</sup> Nicht rechtsgeschäftlich verbunden sind der Rechtsanwalt und der Prozessfinanzierer,<sup>715</sup> wenngleich der Anwalt die Nebenpflichten des Rechtsuchenden aus dem Finanzierungsvertrag wahrnimmt.<sup>716</sup> Im Interesse des Prozessfinanzierer liegt es überdies, mit dem Rechtsanwalt ein enges und vertrauensvolles Verhältnis zu unterhalten, weil diesem und dessen Prozessführung für den Prozessfinanzierer eine zentrale Rolle bei der Verwirklichung seiner wirtschaftlichen Ziele zukommt.<sup>717</sup>

---

710 Eversberg, in: Versicherungsprozess, § 3, Rn. 160, 168–169, 184–185; Hoffmann, Gewerbliche Prozessfinanzierung, 48–53; Jaskolla, Prozessfinanzierung gegen Erfolgsbeteiligung, 22; T. Scholl, in: BeckRA-HdB, § 56, Rn. 250.

711 Eversberg, in: Versicherungsprozess, § 3, Rn. 63, 169; Gleußner, in: FS Vollkommer, 25, 49–50; Hoffmann, Gewerbliche Prozessfinanzierung, 52, 56–58; Jaskolla, Prozessfinanzierung gegen Erfolgsbeteiligung, 22; M. Kilian, Drittfinanzierung von Rechtsverfolgungskosten, 44. Da die Verschwiegenheitspflicht dispositiv ist, ist das unproblematisch möglich, § 2 Abs. 4 lit. a) BORA, s. nur Kleine-Cosack/Kleine-Cosack, § 43a BRAO Rn. 40–41; Gaier/Wolf/Göcken/Zuck, § 2 BORA Rn. 28.

712 Eversberg, in: Versicherungsprozess, § 3, Rn. 56–59, 64; 183.

713 Harbauer/Schmitt, Teil A. Einleitung Rn. 139.

714 Harbauer/Schmitt, Teil A. Einleitung Rn. 140.

715 Harbauer/Schmitt, Teil A. Einleitung Rn. 141–144.

716 S.o. Fn. 711. Vgl. darüber hinaus Eversberg, in: Versicherungsprozess, § 3, Rn. 64–67.

717 Hoffmann, Gewerbliche Prozessfinanzierung, 58–60 mwN. Umgekehrt ergeben sich auch für Anwälte Vorteile aus der Zusammenarbeit mit dem Prozessfinanzierer, vgl. Buschbell, in: HB Rechtsschutzversicherung, § 2, Rn. 53; Eversberg, in: Versicherungsprozess, § 3, Rn. 48–59.



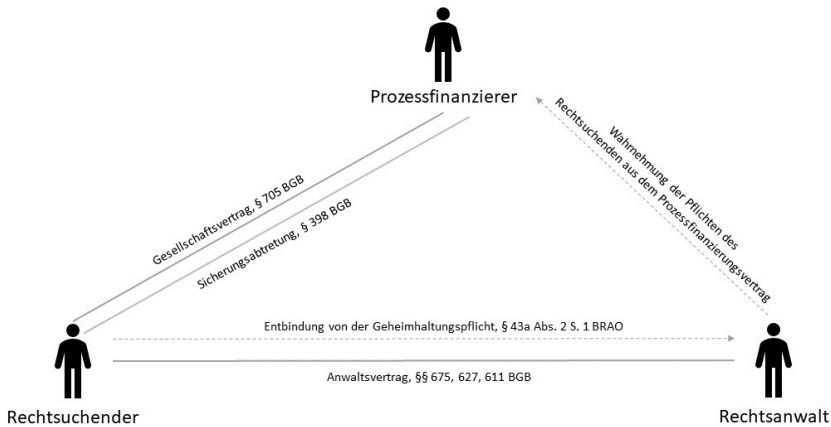


Abbildung 7: „klassische“, anwaltlich vermittelte Prozessfinanzierung

Normalerweise stellt in der Praxis der Rechtsanwalt den Kontakt zwischen seinem Mandanten und dem Prozessfinanzierer her.<sup>718</sup> Die Mitarbeit des Rechtsanwalts ist meist schon deswegen notwendig, weil nahezu alle herkömmlichen Prozessfinanzierer einen Klageentwurf fordern, um die Erfolgsaussichten der Rechtsverfolgung abzuschätzen.<sup>719</sup> Umstritten war, ob und wann ein Anwalt auf die Möglichkeit gewerblicher Prozessfinanzierung hinweisen muss.<sup>720</sup> Mittlerweile befinden sich die Vertreter in der Mehrheit, die eine Hinweis- und Aufklärungspflicht annehmen, wenn der Mandant ein Bedürfnis nach wirtschaftlicher Unterstützung<sup>721</sup> bei der Rechtsverfolgung erkennen lässt.<sup>722</sup>

718 Herbold, Anwaltliches Erfolgshonorar als Element der Prozessfinanzierung, 155; M. Kilian, Drittfiananzierung von Rechtsverfolgungskosten, 42; Timmermann, Legal Tech-Anwendungen, 184.

719 Buschbell, in: HB Rechtsschutzversicherung, § 2, Rn. 59; Eversberg, in: Versicherungsprozess, § 3, Rn. 135–138; M. Kilian, Drittfiananzierung von Rechtsverfolgungskosten, 42.

720 Vgl. Gleußner, in: FS Vollkommer, 25, 57 mwN; Jaskolla, Prozessfinanzierung gegen Erfolgsbeteiligung, 152 mwN, zu den Positionen im Einzelnen.

721 Zu Gründen neben den o. unter § 2 C. I. 2. d. & § 2 C. II. 1. ausgeführten s. Eversberg, in: Versicherungsprozess, § 3, Rn. 84–88.

722 Argument: Rechtsgedanke des § 16 Abs. 1 BORA und Ähnlichkeit von Prozessfinanzierung und Prozesskostenhilfe, vgl. Nitzsche, Rechtliche und praktische Probleme der gewerblichen Prozesskostenfinanzierung, 91–92; Harbauer/Schmitt, Teil A. Einleitung Rn. 139. Mit teils anderer Begründung, aber iE ebenfalls bejahend etwa Buschbell, in: HB Rechtsschutzversicherung, § 2, Rn. 46–47; Eversberg, in:

bb. Einfluss auf die Rechtsdurchsetzung

- 217 Vor dem dargestellten Hintergrund, dass die hergebrachte Prozessfinanzierung hauptsächlich durch Anwälte vermittelt wird,<sup>723</sup> ergibt sich zunächst, dass die Schwellenangst, die dem (erstmaligen) Kontakt zu einem Rechtsanwalt entgegensteht,<sup>724</sup> bereits überwunden worden sein muss, bevor der Prozessfinanzierer den Rechtsdurchsetzungsentschluss des Rechtsuchenden beeinflussen kann.
- 218 Notwendigerweise muss es sich bei dem durchzusetzenden Recht auch um einen geldwerten Anspruch handeln, da ansonsten kein Erlös erzielt werden kann, der zwischen Anspruchsinhaber und Prozessfinanzierer verteilt werden könnte.<sup>725</sup> Zudem entfalten die Prozessfinanzierer bisher auf dem Gebiet geringwertiger Streitwerte keine Wirkung, da sie erst ab einer gewissen Streitwerthöhe überhaupt ihre Dienstleistungen anbieten.<sup>726</sup> Dazu tritt als limitierender Faktor eine strenge Prüfung der Erfolgsaussichten des

---

Versicherungsprozess, § 3, Rn. 89; *Herbold*, Anwaltliches Erfolgshonorar als Element der Prozessfinanzierung, 157–159; *Jaskolla*, Prozessfinanzierung gegen Erfolgsbeteiligung, 153–156; *Kochheim*, Gewerbliche Prozessfinanzierung, 218–219; *Lieberknecht*, NJW 2022, 3318, Rn. 22; *Maubach*, Gewerbliche Prozessfinanzierung gegen Erfolgsbeteiligung, 154–156; *T. Scholl*, in: BeckRA-HdB, § 56, Rn. 231–232, 235–236; *Sturm*, Gewerbliche Prozessfinanzierung, 181–203, 208. AA etwa *Rochon*, Prozessfinanzierung und ihre Auswirkungen auf den Anwalt, 168–170.

723 S.o. Fn. 718 & 719.

724 Vgl. o. § 2 C. I. 2. a.

725 *M. Kilian*, Drittfinanzierung von Rechtsverfolgungskosten, 44.

726 Die Angaben zu Mindesthöhen variieren, mancherorts wird von einem Mindeststreitwert von 100.000€ ausgegangen, an anderer Stelle finden sich Angaben, dass auch vereinzelt schon Streitwerte in Höhe von 10.000€ einer Prozessfinanzierung zugänglich sind. Vgl. *Dimde*, Rechtsschutzzugang und Prozessfinanzierung, 36–37; *Fries*, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 37; *Hommerich/M. Kilian*, Rechtsschutzversicherung und Anwaltschaft, 48–49; *dies.*, Mandanten und ihre Anwälte, 137–138; *M. Kilian*, Drittfinanzierung von Rechtsverfolgungskosten, 44–45; *Kramer*, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 34–35; *Harbauer/Schmitt*, Teil A. Einleitung Rn. 136 (in der Regel mindestens 50.000€). Einen Überblick mit Stand 2013 bietet *Siebert-Reimer*, Anspruch auf Erstattung der Kosten der Prozessfinanzierung, 84–85. Dort sind auch (wenige) Anbieter ohne Untergrenzen zu finden. S. ferner den Stand 2008 bei *Böttger*, Gewerbliche Prozessfinanzierung und PKH, 10. Einige Zahlen nennen ferner *Eversberg*, in: Versicherungsprozess, § 3, Rn. 77–78; *Timmermann*, Legal Tech-Anwendungen, 161. Wie allerdings das BMJV zur Feststellung kommt, ab einem Streitwert von 2.000€ sei die Suche nach einem Prozessfinanzierer „zumutbar und möglich“, BT-Drs. 19/27673, 31, ist anhand des Vorgenannten schlicht nicht nachvollziehbar.

Prozesses sowie der Solvenz<sup>727</sup> des Gegners.<sup>728</sup> Tatsächlich gaben in einer Studie 2007 nur 0,2 % bzw. 0,4 % der Befragten an, in der Vergangenheit einen Prozessfinanzierer bei der Rechtsverfolgung eingesetzt zu haben.<sup>729</sup> Auch die Anwaltschaft berichtet von geringen Zahlen erfolgreicher Prozessfinanzierungsanträge.<sup>730</sup> Spiegelbildlich lehnen Prozessfinanzierer über 90 % der Anfragen ab.<sup>731</sup> Nicht überraschend scheint daher auch die Faustregel, dass nur circa jeder zehnte Anspruch zur Finanzierung angenommen wird.<sup>732</sup> Ein massentaugliches Geschäftsmodell boten die Prozessfinanzierer insgesamt – zumindest bisher<sup>733</sup> – nicht an.<sup>734</sup>

### c. Staatliche Prozess- und Beratungskostenhilfe

Insbesondere die wirtschaftliche Kostenfrage betreffend agiert der Staat 219 selbst als Unterstützer: Er gewährt in Einzelfällen Kostenhilfe auf Grundlage des BerHG (außergerichtlich) und der §§ 114 ff. ZPO in Gestalt der gerichtlichen Prozesskostenhilfe. Damit kommt er einer rechts- und sozialstaatlichen Verpflichtung nach und leistet Daseinsfürsorge.<sup>735</sup>

Im Rahmen der Prozesskostenhilfe wird der bedürftigen Partei Befreiung 220 von eigenen Kosten der Rechtsverfolgung gewährt, § 122 Abs. 1 ZPO, nicht

---

727 Diese Bonitätsprüfung des Anspruchsgegners durch den Finanzierer kann durchaus auch als Vorteil für den Anspruchsinhaber verstanden werden, *Eversberg*, in: Versicherungsprozess, § 3, Rn. 31–34, 109–111.

728 *Hoffmann*, Gewerbliche Prozessfinanzierung, 50–51; *M. Kilian*, Drittfiananzierung von Rechtsverfolgungskosten, 45.

729 *Hommerich/M. Kilian*, Mandanten und ihre Anwälte, 137–138.

730 *M. Kilian*, Drittfiananzierung von Rechtsverfolgungskosten, 46–50; *ders.*, AnwBl 2012, 244–245.

731 *Lieberknecht*, NJW 2022, 3318, Rn. 4.

732 *Eversberg*, in: Versicherungsprozess, § 3, Rn. 16.

733 Zur ändernden Rolle von Legal Tech-Plattformen s.u. § 3 D. VI.

734 So im Ergebnis auch *C. Fechner*, Schutzlücken, 68, 70; *M. Kilian*, Drittfiananzierung von Rechtsverfolgungskosten, 44–45, 129; *Siebert-Reimer*, Anspruch auf Erstattung der Kosten der Prozessfinanzierung, 87–88, macht diese Feststellung am vermuteten Gesamtgeschäftsvolumen der Anbieter fest.

735 Vgl. *Poller/Härtl/Köpf/Poller*, § 114 ZPO Rn. 2–3.; *MüKo-ZPO-I/Wache*, § 114 ZPO Rn. 1, 3. Zum Vorgänger der Prozesskostenhilfe, dem Armenrecht: BVerfG, 03.07.1973 – 1 BvR 153/69, Rn. 20, BVerfGE 35, 348. Die Anerkennung der verfassungsrechtlichen Dimension der Beratungskostenhilfe durch das BVerfG dauerte deutlich länger, vgl. dazu *Poller/Härtl/Köpf/Köpf*, Vor §§ 1 ff BerHG Rn. 20–51b.

jedoch von den Kosten der Gegenseite, § 123 ZPO.<sup>736</sup> Dabei dient § 123 ZPO insbesondere dem Zweck, nicht jedwede Kostenbarriere zu beseitigen und so einen Freifahrtschein zu gewähren, sondern nur die die Partei selbst betreffende Kostenbarriere entfallen zu lassen.<sup>737</sup> Eine vollumfängliche Befreiung vom Kostenrisiko kann – und will – der Staat mit der Prozesskostenhilfe demnach nicht erreichen.<sup>738</sup> Das führt – neben den strengen Voraussetzungen der Gewährung, § 114 ZPO<sup>739</sup> – zur geringen praktischen Bedeutung<sup>740</sup> und Nutzbarkeit.<sup>741</sup> Insbesondere eine das angestrebte Verfahren deckende Rechtsschutzversicherung schließt die Bewilligung von Prozesskostenhilfe aus.<sup>742</sup>

- 221 Was für die Prozesskostenhilfe gilt, gilt in ähnlichem Maße für die Beratungshilfe – also die Hilfe für die Wahrnehmung von Rechten außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens, § 1 Abs. 1 BerHG: Insbesondere das Bedürftigkeitserfordernis ist bei beiden Hilfearten harmonisiert, sodass auch hier eine deckende Rechtsschutzversicherung zur Ablehnung des Antrags führen muss.<sup>743</sup> Allerdings ist sie auch darüber hinaus subsidiär zu anderen zumutbaren Beratungsmöglichkeiten.<sup>744</sup> Bei der Beratungshilfe übernimmt die Staatskasse sämtliche Kosten, §§ 8 BerHG, 44 S. 1 RVG, Nr. 2500 ff. VV RVG, der Beratungsperson, § 3 Abs. 1 BerHG, sodass – bis auf eine Bera-

---

736 Zum Umfang der Kostenfinanzierung im Überblick s. *M. Kilian*, Drittfiananzierung von Rechtsverfolgungskosten, 56–57.

737 Poller/Härtl/Köpf/Daubner, § 123 ZPO Rn. 1; MüKo-ZPO-I/Wache, § 114 ZPO Rn. 5; krit. *C. Fechner*, Schutzlücken, 62.

738 Musielak/Voit/Fischer, § 123 ZPO Rn. 1; *M. Kilian*, Drittfiananzierung von Rechtsverfolgungskosten, 57.

739 Im Überblick NK-ZPO/Kießling, § 114 ZPO Rn. 1; *Siebert-Reimer*, Anspruch auf Erstattung der Kosten der Prozessfinanzierung, 60–61; *Theissen*, Prozessführungsgesellschaften, 34–35. Schon die Einkommensschwelle, ab der Prozesskostenhilfe mit vollständiger Kostenübernahme gewährt wird, ist im europäischen Vergleich, recht strikt ausgestaltet: *Europäische Kommission*, EU-Justizbarometer 2020 (<https://t1p.de/j8ex>), Tab. 23.

740 Gemessen an der anwaltlichen Berufspraxis: *M. Kilian*, Drittfiananzierung von Rechtsverfolgungskosten, 57–65.

741 *C. Fechner*, Schutzlücken, 61–62; *M. Kilian*, AnwBl 2012, 330 ff.; *Siebert-Reimer*, Anspruch auf Erstattung der Kosten der Prozessfinanzierung, 59–62.

742 Musielak/Voit/Fischer, § 114 ZPO Rn. 43; Musielak/Voit/Fischer, § 115 ZPO Rn. 54; *M. Kilian*, Drittfiananzierung von Rechtsverfolgungskosten, 52; MüKo-ZPO-I/Wache, § 115 ZPO Rn. 93.

743 *M. Kilian*, Drittfiananzierung von Rechtsverfolgungskosten, 69. Zu den Voraussetzungen im Überblick s. Hartung/Schons/Enders/W. Hartung, § 44 RVG Rn. 3–8.

744 Dazu im Einzelnen Poller/Härtl/Köpf/Köpf, § 1 BerHG Rn. 72–105.

tungshilfegebühr iHv 15€, § 44 S. 2 RVG, Nr. 2500 VV RVG – die Beratung oder Vertretung durch die Beratungsperson völlig kostenfrei bleibt.<sup>745</sup>

Die finanzielle Hemmschwellen abbauende Wirkung der Beratungskostenhilfe kann – über die Voraussetzungen ihrer Bewilligung hinaus – nur greifen, wenn der Rechtsuchende Kenntnis von ihrer Existenz hat. Zu vermuten ist aber, dass dieses Wissen bei der breiten Bevölkerung wenig verbreitet ist und die Möglichkeit erst von einem konsultierten Anwalt überhaupt als Option genannt wird.<sup>746</sup> Damit ist die Beratungshilfe wiederum erst dann wirksam, wenn ein Anwalt bereits aufgesucht wurde, mit anderen Worten, wenn *andere wesentliche Hemmfaktoren* – insbesondere die Schwellenangst – schon überwunden wurden. 222

#### 4. Zusammenfassung

Festzuhalten bleibt, dass die die Rechtsmobilisierung unterstützenden Akteure unerlässlich sind. Sie beeinflussen die dargestellten Hemmfaktoren, insbesondere die Kostenbarriere, in unterschiedlicher Weise und Intensität. 223

Denn zum einen erbringen die Akteure zumeist ihre Leistung nicht altruistisch, sondern sind jeweils abhängig von marktwirtschaftlichen Zwängen und Motivationen, teils weil sie ohnehin nur gewerblich ihre Unterstützung anbieten (Versicherer, Prozessfinanzierer), teils weil sie trotz ihrer Stellung als „Organe der Rechtspflege“, § 1 BRAO, am Markt teilnehmen müssen, um ihr Auskommen zu sichern. Dem Staat auf der anderen Seite ist im Rahmen des verfassungsrechtlich Möglichen an der Absenkung der Ausgaben für die Kostenhilfe gelegen und er begrenzt sich ganz bewusst darauf keinen Blankoscheck zur Rechtsverfolgung auszustellen, was sich an § 123 ZPO besonders zeigt. 224

Damit sind die finanziell unterstützenden Akteure nicht in dem Maße tätig, dass von einer abschließenden Bewältigung der Kostenbarriere gesprochen werden könnte. Sie sind nur in besonderen Ausnahmefällen ausreichend nutzbar – sei es aus ökonomischen oder rechtlichen Gründen.<sup>747</sup> Jede der dargestellten Varianten leidet an spezifischen Nachteilen, etwa aufgrund 225

---

745 Zum konkreten Umfang der Kostenbefreiung vgl. M. Kilian, Drittfiananzierung von Rechtsverfolgungskosten, 71.

746 M. Kilian, Drittfiananzierung von Rechtsverfolgungskosten, 70.

747 Im Ergebnis genauso: M. Kilian, Drittfiananzierung von Rechtsverfolgungskosten, 123.

besonders restriktiver Voraussetzungen bei der Gewährung staatlicher Kostenhilfe oder bei strenger Prüfung durch Rechtsschutzversicherungen und Prozessfinanzierer. Dabei sind Rechtsschutzversicherungen immerhin noch weiterverbreitet als die Nutzung von Prozessfinanzierern. Der Anwaltschaft sind solche strengen berufsrechtlichen Fesseln angelegt, dass auch sie die Kostenbarriere dort, wo es nötig wäre, nicht ausreichend adressieren darf. Die Rechtsrealität zeigt, dass insbesondere die Erlaubnis von Erfolgsvergütungsmodellen für die Anwaltschaft nicht dazu geführt hat, dass diejenigen, die das BVerfG bei seiner wegweisenden Entscheidung<sup>748</sup> vor Augen hatte, davon profitieren.<sup>749</sup>

#### D. Rechtliche Zugangsbarrieren

- 226 Genauso wie das Recht selbst überhaupt erst Rechtsschutzmöglichkeiten schaffen muss, damit Rechtsdurchsetzung stattfinden kann, kann es auch selbst Barrieren errichten oder bestehende tatsächliche Barrieren fördern. Dieser originär juristische Faktor kann gleichzeitig im materiellen Recht und im Prozessrecht ansetzen,<sup>750</sup> indem Anspruchsgrundlagen oder Zulässigkeitsvoraussetzungen geschaffen werden.

#### I. Der gemeinsame Nenner: Subjektive Rechte

- 227 Der gemeinsame dogmatische Nenner im deutschen Rechtssystem zwischen Barrieren im materiellen Recht und im Prozessrecht, der die Weichen dafür stellt, ob ein Konflikt einer gerichtlichen Entscheidung zugänglich ist, ist das subjektive Recht.<sup>751</sup> Denn subjektive Rechte werden gleichermaßen im materiellen Recht und im Prozessrecht referenziert: Aus der Zuweisung eines subjektiven Rechts folgt regelmäßig eine Vielzahl unterschiedlicher materiell-rechtlicher Ansprüche, § 194 Abs. 1 BGB.<sup>752</sup> Prozessrechtlich relevant werden subjektive Rechte in Gestalt von Sachlegitimation und Prozessführungsbefugnis.<sup>753</sup> Aus der Kompetenz des Gesetzgebers da-

748 BVerfG, 12.12.2006 – 1 BvR 2576/04, BVerfGE 117, 163 ff.

749 S. bereits o. die Nachweise zu *Kilian* in Fn. 611.

750 Baer, Rechtssoziologie, § 7 Rn. 26.

751 Kocher, Funktionen der Rechtsprechung, 311, 316.

752 Baer, Rechtssoziologie, § 7 Rn. 26.

753 Baer, Rechtssoziologie, § 7 Rn. 26; Kocher, Funktionen der Rechtsprechung, 316.

rüber zu entscheiden, ob und in welchem Umfang er subjektive Rechte durch einfaches Recht zuordnet, folgt eine weitreichende Möglichkeit zur Regelung auch der Justizgewährung.<sup>754</sup> Denn der staatliche Justizgewährungsanspruch greift nur bei einer Verletzung subjektiver Rechte ein.<sup>755</sup>

## II. ...im Kontext der Rechtsmobilisierung: Anspruchsgrundlagen

Ohne Recht kann keine Rechtsmobilisierung erfolgen. Anspruchsinhaber 228 wird nur, wenn von Gesetzes wegen oder durch schuldrechtliche Vereinbarung ein Anspruch zugewiesen wird. Im Kontext der Rechtsmobilisierung und letztlich auf rechtspolitischer Ebene interessanter als die schuldrechtliche Vereinbarung von Primäransprüchen ist die Zuweisung durch Gesetz: Dazu muss der Gesetzgeber zuerst ein Bedürfnis als ein spezifisch rechtliches thematisiert und sprichwörtlich „in Recht gegossen haben“.<sup>756</sup> Nur insoweit dies geschehen ist, können sich überhaupt klagbare Rechte ergeben. Ein Problem muss überhaupt anspruchsbewehrt sein.<sup>757</sup> Da allerdings die meisten Bereiche des alltäglichen Lebens inzwischen umfassend rechtlich durchdrungen sind,<sup>758</sup> ist diese Dimension von eher untergeordneter Relevanz.

## III. ...im Kontext des Zugangs zum Recht: Prozessrecht

### 1. Originäre Barrierenerrichtung

Zum einen kann das Prozessrecht selbst dem Zugang zum Recht originäre 229 Barrieren entgegensetzen. Das ist verfassungsrechtlich grundsätzlich zulässig.<sup>759</sup> Zu denken ist beispielsweise an das Erfordernis einer ordnungsmä-

754 Jarass/Pieroth/Jarass, Art. 19 GG Rn. 51.

755 BVerfG, 13.06.2006 – 1 BvR 1160/03, Rn. 54, BVerfGE, 135; Jarass/Pieroth/Jarass, Art. 20 GG Rn. 128; Dürig/Herzog/Scholz/Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 16. Vgl. zum Ganzen sogleich u. § 2 E. IV. 1.

756 Baer, Rechtssoziologie, § 7 Rn. 26; Reh binder, Rechtssoziologie, 150.

757 J. Goebel, Zivilprozeßrechtsdogmatik, 153.

758 Vgl. schon früh Röhl, Rechtssoziologie, 523.

759 BVerfG, 18.01.2000 – 1 BvR 321/96, Rn. 40, BVerfGE 101, 397; BVerfG, 12.02.1992 – 1 BvL 1/89, Rn. 28–36, BVerfGE 85, 337; BVerfG, 17.03.1988 – 2 BvR 233/84, Rn. 23, BVerfGE 78, 88; BVerfG, 15.04.1980 – 2 BvR 970/79, Rn. 6, BVerfGE 54, 94; BVerfG, 06.02.1979 – 2 BvL 5/76, Rn. 46, BVerfGE 50, 217; BVerfG, 28.10.1975 – 2 BvR



ßigen Klageerhebung, § 253 ZPO, an Partei- und Prozessfähigkeit der Parteien, §§ 50–52 ZPO, oder streitgegenstandsbezogene Sachurteilsvoraussetzungen. Von den letzteren geraten insbesondere prozessuale Klagbarkeitsausschlüsse in den Blick, bei denen zwar materiell-rechtlich ein Anspruch besteht, dieser aber prozessual nicht durchsetzbar und nicht vollstreckbar ist.<sup>760</sup>

## 2. Förderung tatsächlicher Barrieren

### a. Individualisierung mittels subjektiver Rechte

- 230 Zum anderen führt die Verschränkung tatsächlicher Verhaltensmuster mit dem objektivem Rechtsrahmen dazu, dass nicht nur die vorgenannten absoluten Zulässigkeitsschranken für Klagen filternde Wirkung entfalten. Beachtenswert ist vielmehr, dass schon ungeschriebene, an subjektive Rechte anknüpfende Voraussetzungen einem Rechtsuchenden den Zugang zum Recht erschweren. Denn in dem Maße etwa, in dem die Rechtsordnung eine Individualisierung des Rechtsuchenden erzwingt, steigt gleichzeitig die Relevanz der Individualisierungsbarriere und wird der Zugang zum Recht gehemmt.<sup>761</sup> Die Rechtsordnung kann dabei im Spektrum zwischen strenger Isolation und liberaler Kollektivierung jede beliebige Form annehmen, je nachdem, wie der Gesetzgeber den Rechtsrahmen gestaltet. So beeinflusst er unmittelbar die Bedeutung dieser Barriere.
- 231 Zu diesen prozessualen Voraussetzungen, die an subjektive Rechte anknüpfen, zählen die Prozessführungsbefugnis<sup>762</sup> und ihr materiell-rechtliches

---

883/73, 2 BvR 379/74, 2 BvR 497/74, 2 BvR 526/74, Rn. 37, 48, BVerfGE 40, 237; BVerfG, 02.04.1974 – 2 BvR 444/73, Rn. 13, BVerfGE 37, 93; BVerfG, 12.01.1960 – 1 BvL 17/59, Rn. 13–14, BVerfGE 10, 264; J. Goebel, Zivilprozeßrechtsdogmatik, 77; Papier, in: StaatsR HB Bd. VIII, § 176, Rn. 16; ders., in: StaatsR HB Bd. VIII, § 177, Rn. 12, 60–66; Sachs/Sachs, Art. 19 GG Rn. 138; Dürig/Herzog/Scholz/Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 233. Dazu auch sogleich u. § 2 E. IV. 1.

760 Dazu gehört etwa § 1297 BGB zusammen mit dem deklaratorischen § 120 Abs. 3 Var. 1 FamFG, vgl. MüKo-FamFG-I/C. Fischer, § 120 FamFG Rn. 17.

761 S. o. § 2 C. II. 2. b.

762 Die Prozessführungsbefugnis ist ungeschriebene Sachentscheidungs Voraussetzung und bezeichnet „die Fähigkeit, über das behauptete (streitige) Recht einen Prozess als die richtige Partei im eigenen Namen zu führen [...]“; Zöller/Althammer, Vorbemerkungen zu §§ 50–58 ZPO Rn. 16–17.

Pendant,<sup>763</sup> die Sachlegitimation<sup>764</sup>. Diese sind im Kontext der oben dargestellten Individualisierungsbarriere einer genaueren Betrachtung zu unterziehen. Sie verankern die subjektiv-individuelle Ausrichtung des Zivilprozesses im deutschen Prozessrecht<sup>765</sup> und verhindern – so wird einhellig angenommen – im öffentlichen Interesse Popularklagen.<sup>766</sup> Über sie bzw. vielmehr über ihre Nichtzuerkennung wird der Zugang zum Gerichtsprozess ganz bewusst gesteuert.<sup>767</sup>

Die an subjektive Rechte anknüpfende Ausgestaltung führt zu Individualisierung. Auf den ersten Blick könnte man das auf die genannten Voraussetzungen Prozessführungsbefugnis und die Sachlegitimation begrenzen. Doch ein zweiter Blick lohnt: Mittels subjektiver Rechte weist die Rechtsordnung grundsätzlich *einzelnen Rechtssubjekten* spezielle Schutzsphären zu.<sup>768</sup> Nur für diesen individuellen Rechtsinhaber folgen dann auch Ansprüche im Einzelfall aus dem subjektiven Recht. Damit umschreibt der Anspruch ein bilaterales Verhältnis,<sup>769</sup> und die ZPO geht grundsätzlich ebenfalls von einem bilateralen Zweiparteienprozess aus.<sup>770</sup> Zugegeben: Über eine zwingende Individualisierung natürlicher Personen ist damit noch nichts gesagt. Denn bilateral sind nur die zugewiesenen Rollen: Kläger und Beklagter, Anspruchsinhaber und Anspruchsgegner. Diese müssen

763 Zum Verhältnis von Prozessführungsbefugnis und Sachlegitimation s. Zöller/Althammer, Vorbemerkungen zu §§ 50–58 ZPO Rn. 16–17; Zöller/Greger, Vorbemerkungen zu §§ 253–299a ZPO Rn. 25.

764 Klägersseits „Aktivlegitimation“, beklagtenseits „Passivlegitimation“, Zöller/Althammer, Vorbemerkungen zu §§ 50–58 ZPO Rn. 16; MüKo-ZPO-I/Becker-Eberhard, Vorbemerkung zu § 253 ZPO Rn. 9; Zöller/Greger, Vorbemerkungen zu §§ 253–299a ZPO Rn. 25; NK-ZPO/Saenger, Vorbemerkung zu §§ 253–494a ZPO Rn. 39; Musielak/Voit/Weth, § 51 ZPO Rn. 18. Die Sachlegitimation liegt vor, „wo der Kl[äger] befugt ist, den Klageanspruch nach materiellem Recht in eigener Person [...] geltend zu machen und der Bekl[agte] Sch[uldner] des Klageanspruchs ist.“, Zöller/Greger, Vorbemerkungen zu §§ 253–299a ZPO Rn. 25.

765 Vgl. dazu nur Vorwerk/Wolf/Lange, Einleitung KapMuG Rn. 1; Gerold/Schmidt/Müller-Rabe, § 23b RVG Rn. 1; Theissen, Prozessführungsgesellschaften, 10.

766 Vgl. nur Musielak/Voit/Weth, § 51 ZPO Rn. 14; Windel, § 66 Abs. 1 ZPO als Prozessführungsbefugnis, 28–29, jeweils mwN.

767 Kocher, Funktionen der Rechtsprechung, 321.

768 Kocher, Funktionen der Rechtsprechung, 316.

769 MüKo-BGB-I/Grothe, § 194 BGB Rn. 40; ähnlich Kocher, Funktionen der Rechtsprechung, 315.

770 Zweiparteienprinzip, vgl. Zöller/Althammer, Vorbemerkungen zu §§ 50–58 ZPO Rn. 5; NK-ZPO/Bendtsen, § 50 ZPO Rn. 1–2; MüKo-ZPO-I/Lindacher/Hau, Vorbemerkung zu § 50 ZPO Rn. 9; Prütting, AnwBl Online 2020, 205, 206; ders., ZIP 2020, 197, 199; Musielak/Voit/Weth, § 50 ZPO Rn. 4–5.

nicht zwingend einzelne Menschen innehaben, sondern die Rollenzuweisung betrifft stets konkrete Rechtssubjekte, die durchaus auch aus mehreren natürlichen Personen bestehen können.

- 233 So werden im Ergebnis zwar nicht immer natürliche Personen vereinzelt, sondern „nur“ einzelne Rechtssubjekte. Auch wenn viele Rechtssubjekte die gleichen subjektiven Rechte haben, müssen sie ihre Ansprüche aus diesen Rechten gegen andere Rechtssubjekte grundsätzlich einzeln verfolgen und etwaige Prozesse darum einzeln führen. Auch dies befördert schon die Individualisierungsbarriere.<sup>771</sup>

#### b. Hemmender Idealzustand: Sprachbarriere und Schwellenangst

- 234 Über die bewusste Steuerung und auch über die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen hinaus krankt das Gerichtsverfahren als Rechtsdurchsetzungsmittel gewissermaßen an seinem eigenen Idealzustand: *„Es sind gerade die idealtypischen Merkmale der rechtsorientierten Kommunikation und der Formalität des Verfahrens, die Zugangsbarrieren schaffen.“*<sup>772</sup> Denn die Sprachbarriere folgt wie dargestellt ja nicht nur aus der Unverständlichkeit des Rechts selbst, sondern auch aus der Fachsprache der Juristen, die vor Gericht ebenfalls in gewissem Maße Verwendung finden muss.<sup>773</sup> Auch die Befremdungserscheinungen – (mit-)hervorgerufen durch den notwendig streng formalisierten Ablauf eines Prozesses – werden nicht umsonst als Ursache der Schwellenangst gesehen.<sup>774</sup>

#### IV. Zwischenergebnis

- 235 Der Rechtsrahmen der Rechtsdurchsetzung kann die Rechtsmobilisierung im Keim ersticken, soweit tatsächliche Probleme nicht mit Ansprüchen bewehrt werden. Der Zugang zum Recht wird durch prozessrechtliche Zulässigkeitserfordernisse unmittelbar gehemmt. Ferner fördert der Rechtsrahmen – insbesondere durch seine Anknüpfung an und die Behandlung von subjektiven Rechten – tatsächliche verhaltensbezogene Barrieren. Er

---

771 Zu den bestehenden Kollektivierungsinstrumenten s.u. § 2 E. II.

772 Kocher, Funktionen der Rechtsprechung, 134.

773 S.o. § 2 C. II. 4.

774 S. zur Schwellenangst schon o. § 2 C. I. 2. a. Im Ergebnis so auch Kocher, Funktionen der Rechtsprechung, 133.

krankt darüber hinaus an seinem eigenen Ideal und fördert Schwellenangst sowie Sprachbarriere.

### E. Verbesserungspotenziale der Rechtsdurchsetzung

Welche Schlüsse sind aus dem Vorgenannten zu ziehen? Ist der bestehende Status quo „schlecht“ und bedarf die Rechtsdurchsetzung in Deutschland daher einer „Verbesserung“? Bisher dargestellt wurden lediglich die Faktoren, die menschliches Entscheidungsverhalten im Konfliktfall beeinflussen und steuern. Beschrieben wurde nur, warum Menschen sich so verhalten, wie sie es tun und welche Faktoren bei einer Entscheidung eine Rolle spielen. Eine solche Feststellung ist wertfrei, weder Empirie zur Rechtsmobilisierung noch idealisierte Modelle beinhalten für sich genommen eine Bewertung in den Kategorien „gut“ oder „schlecht“, „wünschenswert“ oder „korrekturbedürftig“ oder gar „vorzugswürdig“. <sup>775</sup> Schon gar nicht legitimiert eine deskriptive Verhaltensanalyse aus sich heraus steuernde Eingriffe. <sup>776</sup> Eine solche Legitimation wird erst durch weitergehende, bewertende Analyse der vorgefundenen Beobachtungen möglich. <sup>777</sup> 236

Es gilt hier daher zweistufig vorzugehen: Erstens sind die Folgen zu betrachten, die sich aus dem Zusammenspiel der dargestellten Hemmfaktoren tatsächlich ergeben. Zweitens muss dieser so gefundene Status quo der Rechtsdurchsetzung evaluiert und auf *Verbesserungspotenziale* hin untersucht werden. 237

Lange wurden auf der ersten Stufe objektiv beweisbare Rechtsbedürfnisse unterstellt, die stets verrechtlicht werden müssten und sodann ihre Nichterfüllung aufgrund der Hemmfaktoren beklagt. <sup>778</sup> Begründet wurden diese Bedürfnisse markanalytisch dadurch, dass von den existierenden Unterstützungseinrichtungen auf dahinter stehen müssende (Rechts-)Bedürfnis- 238

---

<sup>775</sup> M. Engel/Stark, ZEuP 2015, 32, 41–42; Leistner, in: Selbstverantwortung, 101, 112–113, 115–116.

<sup>776</sup> Leistner, in: Selbstverantwortung, 101, 102, 112. Ausführlich zu diesem dort sog. „Lenkungsintensionsproblem“ Hacker, Verhaltensökonomik und Normativität, 287–303.

<sup>777</sup> Treffend insofern Leistner, in: Selbstverantwortung, 101, 115: „[E]ine normative Entscheidung [ist] als unerlässlicher Zwischenschritt für eine Rezeption verhaltensökonomischer Forschung notwendig.“

<sup>778</sup> Vgl. die Nachweise bei J. Goebel, Zivilprozeßrechtsdogmatik, 211, dort Fn. 27.

se geschlossen wurde.<sup>779</sup> Endgültig bewiesen wurden diese indes nie, sodass es bei ihrer bloßen Postulation blieb.<sup>780</sup> Auf dieser Stufe muss daher methodisch ein Schritt weiter gegangen werden. Statt Rechtsbedürfnisse zu unterstellen, werden die strukturellen Folgen einer Kumulation der dargestellten Faktoren analysiert. Denn ein Ansatz, der die Rechtsdurchsetzung zu verbessern sucht, muss nicht nur die Existenz der dargestellten verhaltenssteuernden Faktoren anerkennen, sondern sie auch in ihrer speziellen und gegebenenfalls kumulativen Wirkweise ernstnehmen.

- 239 Erst an den festgestellten Status quo kann die Bewertung anknüpfen. Dieser Brückenschlag bedarf normativer Kriterien. Diese sind – statt in unterstellten Rechtsbedürfnissen – in normativen Schutzüberlegungen zu suchen, die daher der Bewertung zugrunde gelegt werden.<sup>781</sup> Diese zur Legitimation geeigneten Schutzgüter sind abermals zweierlei: kollektive Interessen und individuelle Freiheit.<sup>782</sup> Gerade im Kontext letzterer sei nochmal darauf hingewiesen, dass der moderne Rechtsstaat seine Bürger nicht zur Rechtsdurchsetzung zwingt.<sup>783</sup> Das bedeutet allerdings im Umkehrschluss nicht, dass er sich vollständig aus der individuellen Durchsetzungsentscheidung heraushalten *muss*: Respekt vor den Hemmfaktoren erfordert nicht gleichzeitig ihre Akzeptanz als unabänderlich gegeben, sondern erlaubt – und

---

779 Zur Kritik hieran vgl. *Blankenburg*, Mobilisierung des Rechts, 27–30; *J. Goebel*, Zivilprozeßrechtsdogmatik, 209–212; *Kocher*, Funktionen der Rechtsprechung, 85–86, 132; *Röhl*, Rechtssoziologie, 525–526. Neuerdings ansatzweise wieder zu finden bei BT-Drs. 19/27673, 13.

780 Das liegt in der Natur der Sache selbst begründet: Empirisch lassen sich sämtliche Rechtsbedürfnisse einer Bevölkerung schon deswegen nicht erfassen, weil es dem einzelnen Laien nicht möglich ist, jedes Rechtsproblem als solches zu erkennen. Vgl. *Hommerich/M. Kilian*, Mandanten und ihre Anwälte, 39–41; *Röhl*, Rechtssoziologie, 525–526.

781 *M. Engel/Stark*, ZEuP 2015, 32, 42; *Hacker*, Verhaltensökonomik und Normativität, 287–303.

782 *M. Engel/Stark*, ZEuP 2015, 32, 42; *Hacker*, Verhaltensökonomik und Normativität, 368–377. Ebenso und insbesondere mit Hinweis auf die dennoch begrenzte Legitimationsbewertung individualschützender Begründungen: *Leistner*, in: Selbstverantwortung, 101, 113. Ein entsprechend rein individuell legitimer Leiteingriff in das menschliche Entscheidungsverhalten wäre mangels Quantifizierbarkeit des für den Einzelnen individuell objektiv „Besten“ paternalistisch. Kritik an der Begründung mittels individueller Nutzenmaximierung äußert auch *Hacker*, Verhaltensökonomik und Normativität, 332–334.

783 S.o. Fn. 438.

erfordert, wie gezeigt werden wird – Beeinflussung durch steuernde Ausgestaltung der Rechtsdurchsetzungsverfahren.<sup>784</sup>

## I. Folgebetrachtung: Insuffizienzen bei der Rechtsdurchsetzung

Wenn auch die konkrete Bedeutung jeder Barriere und aller subjektiven Komponenten von der persönlichen Bedeutungszumessung und Konstitution des jeweiligen Rechtsuchenden abhängt, so kumulieren die dargestellten Faktoren doch in drei speziellen Bereichen zu durchgreifenden Rechtsdurchsetzungsinsuffizienzen.<sup>785</sup> Auf diesen Gebieten erscheint ein Rechtsdurchsetzungsversuch regelmäßig inopportun, weil die Option der Rechtsverfolgung entweder von vornherein rational ausgeschlossen werden muss oder die irrationaleren Hemmfaktoren eine grundsätzlich rationale Entscheidung überlagern. Es handelt sich jeweils um besondere Schadenskonstellationen und korrespondierende Schadensersatzansprüche: Rechtsdurchsetzung im Zusammenhang mit Bagattell-, Streu- und Massenschäden.<sup>786</sup>

### 1. Bagatellschäden

Bagatellschäden sind – unter Verzicht auf eine konkrete Wertbemessung<sup>787</sup> – solche Schäden, die so gering sind, dass sie sprichwörtlich „den Aufwand

<sup>784</sup> Fries, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 58.

<sup>785</sup> Vgl. C. Fechner, Schutzlücken, 33 ff., 73 ff., die Finanzierungsdefizite und Rechtsschutzdefizite feststellt; Freitag/Lang, ZZP 2019, 329 ff., „Rechtsdurchsetzungsdefizite“; Meller-Hannich, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. I: Gutachten, 1, A 103, „Rechtsschutzdefizite bei der Bewältigung von Streuschäden und Massenschäden“; Tonner, in: Verbraucherrechtsvollzug, 17 ff. „Vollzugsdefizite“.

<sup>786</sup> Besonders Streu- und Massenschäden betreffend steigt die quantitative Relevanz: Die umfassende Standardisierung von Massenprodukten führt zur immer größeren Wahrscheinlichkeit von Streu- und Massenschadensereignissen in diesem Bereich, vgl. BT-Drs. 19/2507, 13; Europäische Kommission (Hrsg.), GRÜNBUCH kollektive Rechtsdurchsetzung, 2008 (<https://tlp.de/ikph>), 3–4; Meller-Hannich, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. I: Gutachten, 1, A 28.

<sup>787</sup> Nach Europäische Kommission (Hrsg.), GRÜNBUCH kollektive Rechtsdurchsetzung, 2008 (<https://tlp.de/ikph>), 4, verzichten bei Beträgen unter 200€ 50 % der Befragten auf Rechtsbehelfe, unter 1000€ immerhin noch 20 %. Andernorts finden sich Angaben darüber, dass 25€ eine Schwelle darstellen, Kramer, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 163, oder dass die Summe zwischen 500€ und 1000€

nicht lohnen<sup>788</sup>, bei denen also in Anbetracht ihres geringen Wertes eine Rechtsdurchsetzung unverhältnismäßig ist.<sup>789</sup> Losgelöst davon wird der Begriff hier auch genutzt, um Ansprüche zu erfassen, denen – wie z.B. Fluggastentschädigungsansprüchen<sup>790</sup> – kein materieller Schaden im Vermögen des Anspruchsinhabers entspricht, sondern die pauschaliert einen Ausgleichgewähren sollen. In beiden Fällen ist das zugrundeliegende Interessengemenge ähnlich, weshalb die Hemmfaktoren dieselbe Wirkung entfalten.

---

liegen müsse, damit eine Rechtsdurchsetzung als nicht lohnend angesehen wird, *Meller-Hannich*, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. I: Gutachten, 1, A 24-A 25. Das BMJV, RefE: Gesetz zur Förderung verbrauchergerechter Angebote im Rechtsdienstleistungsmarkt (<https://t1p.de/m94f>), 34, legt die Schwelle rationalen Desinteresses unter Berufung auf *ROLAND Rechtsschutz-Versicherungs-AG* (Hrsg.), Roland Rechtsreport 2014 (<https://t1p.de/hmj6>); *ROLAND Rechtsschutz-Versicherungs-AG* (Hrsg.), Roland Rechtsreport 2020 (<https://t1p.de/eimd>), auf 2000€ fest. Nachfolgereporte geben als Schwelle für Prozesse 3.683€ an, *ROLAND Rechtsschutz-Versicherungs-AG* (Hrsg.), Roland Rechtsreport 2022 (<https://t1p.de/3mg6t>), 20. C. Fechner, Schutzlücken, 38, zieht die Grenze unter Berufung auf *Eichholtz*, Class Action, 7, und auf *Sauerland*, Kollektiver Verbraucherrechtsschutz in der EU, 32–33, bei einer Anspruchshöhe von 100€. MwN zur Grenzziehung *Augenhöfer*, Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2018 (<https://t1p.de/5rlv>), 8, dort Fn. 22.; *Gluding*, Kollektiver und überindividueller Rechtsschutz, 50–51. Auch *Schöning*, Kartellschadensersatzrechtliche Musterfeststellungsverfahren, 27, verzichtet darauf, eine konkrete Schadenshöhe zu beziffern, bis zu der ein Bagateltschaden vorliegt. *Dettmer*, Verbraucherrechtsdurchsetzung bei Massenschäden, 79–83, versteht unter Bagateltschäden solche, bei denen schlechthin kein wirtschaftlicher Klageanreiz vorliegt und beziffert diesen Bereich als unter 10–15€ liegend.

788 Vgl. *Wessels/Göcken*, in: FS Henssler, 1625, 1626.

789 BT-Drs. 19/2057, 13.

790 Dabei ist insbesondere an die Ansprüche aus Art. 7 iVm Art. 4 Abs. 3 oder Art. 5 Abs. 1 lit. c) der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder großer Verspätung von Flügen (FluggastVO) zu denken. Diese betragen zwischen 250€ und 600€, Art. 7 Abs. 1 lit. a) – c) FluggastVO. Vgl. dazu *Fries*, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 184. Diese Regelungen sollen unabhängig von einem materiellen Schaden einen monetären Ausgleich für entstandene Unannehmlichkeiten bieten, vgl. Erwägungsgrund 12 FluggastVO; EuGH, 19.11.2009 – C-402/07, C-432/07, Rn. 44 – *Sturgeon*; ausführlich BeckOK-FluggastVO/*Maruhn*, Art. 7 FluggastVO Rn. 1–9; BeckOGK-FluggastVO/*Steinrötter/Bohlsen*, Art. 7 FluggastVO Rn. 4–8. Auch Ansprüche aus anderen Personenbeförderungsrichtlinien kommen in Betracht, s. im Überblick *Hoch/Hendricks*, VuR 2020, 254–255. Dass insbesondere in diesem Bereich Ansprüche zwar umfassend normiert, aber nur selten geltend gemacht werden, haben zuletzt der Bundesrat erkannt, BR-Drucks. 571/18, und der *Europäische Rechnungshof*, Sonderbericht Nr. 30/2018, passim, moniert.



In beiden Fällen werden nur finanzielle Interessen von geringerem wirtschaftlichem Wert verfolgt, bei denen die Hemmfaktoren besonders stark filternd wirken.<sup>791</sup> Denn der mögliche Gewinn und damit der wirtschaftliche Anreiz, die Hemmfaktoren zu überwinden, ist in diesen Konstellationen äußerst gering. Dabei dürfte der Anreiz bei echten Schäden im Bagatellbereich sogar noch größer sein als bei pauschalierten Ansprüchen ohne korrespondierenden Schaden. Immerhin hat der Rechtsinhaber im ersten Fall einen materiell spürbaren Nachteil erlitten, den er mittels einer Rechtsdurchsetzung aus der Welt schaffen könnte. Wenn schon die Wiederherstellung des Status quo ante nur selten ausreichend motivierend wirkt, dann gilt das erst recht auch für den Fall, indem sich der Status quo gar nicht erst verschlechtert hat.

Die dargestellten Hemmfaktoren häufen sich nicht nur im Bereich der Bagatellschäden zum sog. „rationalen Desinteresse“<sup>792</sup> an.<sup>793</sup> Gerade die Verfolgung niedriger Streitwerte ist vor dem Hintergrund der drohenden Kosten irrational teuer,<sup>794</sup> sodass die wirtschaftliche Rechtsdurchsetzungsbarriere von herausgehobener Bedeutung im Abwägungsprozess der Rechtssuchenden ist. Daneben ist gerade bei geringeren Streitwerten das bloß teilweise Obsiegen durchaus problematisch, im Falle dessen schließlich eine teilweise Kostentragungspflicht entsteht, § 93 Abs. 1 S. 1 2. Alt. ZPO. Gewinnt man nur prozentual anteilig, ist die Gefahr groß, dass der dann

791 Europäische Kommission (Hrsg.), GRÜNBUCH kollektive Rechtsdurchsetzung, 2008 (<https://t1p.de/ikph>), Rn. 8.

792 Zum Begriff eingehend Wessels/Göcken, in: FS Henssler, 1625, 1625 ff.

793 Eingehend und wie hier Dettmer, Verbraucherrechtsdurchsetzung bei Massenschäden, 63–79. Vgl. ferner BT-Drs. 19/27673, 2, 14; BT-Drs. 19/2057, 1, 13; Augenhofers, Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2018 (<https://t1p.de/5rlv>), 10–11; Basedow, JZ 2018, 1, 8; Brechmann, Legal Tech & Anwaltsmonopol, 34–38; C. Fechner, Schutzlücken, 39; Fest, ZfPW 2016, 173, 175 mwN; Freitag/Lang, ZZZP 2019, 329, 335, „Apathie“; Fries, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 183; M. Hartung, AnwBl Online 2020, 8; ders., AnwBl Online 2019, 353, 355; Heese, JZ 2019, 429, 431; Hidding, Zugang zum Recht, 83–92; Kramer, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 32–33; Makatsch/Kacholdt, NZKart 2021, 486; Meller-Hannich, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. I: Gutachten, 1, A 24, A 104; Morell, NJW 2019, 2574, 2578; Prütting, AnwBl Online 2020, 205, 207; Scherer, VuR 2020, 83; Schöning, Kartellschadenersatzrechtliche Musterfeststellungsverfahren, 27; Singer, BRAK-Mitt. 2019, 211, 211, 216; Theissen, Prozessführungsgesellschaften, 60–61; Timmermann, Legal Tech-Anwendungen, 159–160; Tolksdorf, ZIP 2019, 1401; Wessels/Göcken, in: FS Henssler, 1625, 1626; Woopen, NJW 2018, 133, 137. Krit. bzgl. der statistischen Grundlage zustimmend bzgl. Plausibilität: NK-MuKla/Röthemeyer, Einführung Rn. 4.

794 S.o. Fn. 479.

noch geringere Gewinn durch die partiell zu tragenden Kosten aufgezehrt wird. Zudem versagen im Bagatellbereich die angebotenen Unterstützungsangebote: Der Aufwand zur Erlangung von Prozesskostenhilfe ist in Anbetracht geringer wirtschaftlicher Werte unverhältnismäßig hoch und Prozessfinanzierer sind regelmäßig nicht nutzbar.<sup>795</sup> Drohender Stress bei fehlender Stressresistenz, lange oder zumindest als solche wahrgenommene Verfahrensdauern, die initiale Schwellenangst und die Dynamik von Konflikten zwischen One-Shottern und Repeat Playern tun ihr Übriges.<sup>796</sup> Dem deswegen vom Rechtsuchenden als hoch eingeschätzten Aufwand der Rechtsdurchsetzung steht dabei auf der anderen Seite selbst im Erfolgsfall nur ein geringer Gewinn gegenüber, sodass die Kosten-Nutzen-Abwägung im Bereich der Bagatellschäden regelmäßig gegen eine Rechtsdurchsetzung ausfällt.

- 244 Diese Abwägung fällt nur in Ausnahmefällen anders aus. Angesichts des Vorgenannten verwundert es nicht, dass Ausnahmen erhöhter Prozessbereitschaft gerade solche Fälle betreffen, in denen sich das Kostenrisiko abwälzen lässt.<sup>797</sup> Im für den Rechtsuchenden besten Fall gelingt die Abwälzung umfassend, sodass kein Kostenrisiko verbleibt und insbesondere das Damoklesschwert der Aufzehrung des geringen Gewinns durch die Rechtsverfolgungskosten nicht über der Rechtsdurchsetzung schwebt. Gerade die umfassende Abwälzung wird aber im Bereich der Bagatellschäden nur selten gelingen. Durch Selbstbeteiligungen in Rechtsschutzversicherungsverträgen, die höher als der Bagatellstreitwert und die drohenden Kosten sind, sind solche Versicherungen in diesem Bereich nur ganz ausnahmsweise ein

---

795 So im Ergebnis auch C. Fechner, Schutzlücken, 70.

796 Vgl. auch Wessels/Göcken, in: FS Henssler, 1625, 1626. Daher greift auch die Untersuchung der objektiven Begründetheit des rationalen Desinteresses bei *Hidding*, Zugang zum Recht, 85–93, zu kurz. Erstens beschränkt sich die Untersuchung auf objektive Faktoren, während die zum rationalen Desinteresse kumulierenden Faktoren wesentlich psychologischer und soziologischer Natur sind. Konkret macht das z.B. einen Unterschied bei der Verfahrensdauer: Ausreichend ist schon eine Wahrnehmung der Dauer als überlang durch den Rechtsuchenden. Warum sollte er von sich aus nach der initialen Hemmung durch seine Vorstellung über den objektiven Zustand weiter recherchieren? Was nützt es ihm, zu erfahren, dass es andernorts längere Verfahrensdauern gibt? Zweitens untersucht sie lediglich zwei der maßgeblichen Faktoren, nämlich die Dauer der Gerichtsverfahren und die Kosten.

797 Vgl. etwa Fries, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 39; Jagodzinski/Raiser/Riehl, Rechtsschutzversicherung und Rechtsverfolgung, 141.

Gewinn.<sup>798</sup> Auch traditionelle Prozessfinanzierer sind auf dem Gebiet der Bagatellansprüche für einzelne Rechtsinhaber nicht erreichbar und fangen die Kostenfurcht damit nicht auf.<sup>799</sup>

Selbst wenn dann doch die Entscheidung pro Rechtsdurchsetzung ausfallen sollte, so versagte lange Zeit der Rechtsdienstleistungsmarkt.<sup>800</sup> Für Ansprüche im Bagatellbereich – gerade, wenn es sich noch um ungewöhnliche Sachmaterien handelt – wird sich regelmäßig kein Anwalt zur Beratung und Unterstützung finden. Das liegt an der bei niedrigen Streitwerten ebenso niedrigen anwaltlichen Vergütung, die angesichts notwendiger Einarbeitung in ungewohnte (Fluggastrechte) oder komplexe (Wohnraummietrecht)<sup>801</sup> Rechtsgebiete noch weniger lohnenswert ist als ohnehin schon. Selbst wenn die *rechtliche* Lage den entsprechenden Anspruch betreffend einmal eindeutig sein sollte – etwa bei der Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen eines Anspruchs aus der FluggastVO – so kann doch die *tatsächliche* Beweisführung im Prozess genauso Schwierigkeiten bereiten.<sup>802</sup> Dieses Marktversagen bei der Anwaltschaft ist durchaus nicht ohne Wissen des Gesetzgebers: Dem RVG und seiner Vergütungsstruktur liegt der Gedanke der Querfinanzierung zu Grunde.<sup>803</sup> Niedrige Streitwerte sollen kei-

---

798 AA Hidding, Zugang zum Recht, 88–92, die bei ihrer Analyse der Begründetheit des rationalen Desinteresses aufgrund des Kostenfaktors zu dem Ergebnis kommt, eine bestehende Rechtsschutzversicherung – außerdem ferner der Zugang zu Prozesskostenhilfe – führe zur Unbegründetheit des rationalen Desinteresses, soweit es auf die Kostenfurcht zurückzuführen ist. Das lässt den bedeutsamen Einfluss einer Selbstbeteiligung außer Acht.

799 Vgl. bereits o. Rn. 218.

800 Kind/Ferdinand/Priesack, TAB Arbeitsbericht: Legal Tech, 49.

801 Selbst wenn ein Anwalt auf das Wohnraummietrecht spezialisiert ist und sich daher bei der Bearbeitung von Fällen in diesem Bereich nicht einarbeiten muss, so geht doch eine beunruhigende Entwicklung dahin, dass aufgrund der Ausgestaltung der anwaltlichen Vergütung ein wirtschaftliches Auskommen in diesem Segment nur noch schwer möglich ist. Vgl. Suliak, Anwälte können vom Mietrecht allein nicht mehr Leben (<https://tlp.de/hv47>).

802 Zu denken ist abermals im Kontext der Fluggastrechte an den von Airlines stets erhobenen Einwand außergewöhnlicher Umstände, Art. 5 Abs. 3 FluggastVO, und seine Entkräftung – etwa mittels Wetterdatenbanken, die nicht ohne Weiteres zugänglich sind und von einem Anwalt vernünftigerweise nicht vorgehalten werden.

803 M. Kilian, Drittfinanzierung von Rechtsverfolgungskosten, 21, 83–84; Gerold/Schmidt/H.-J. Mayer, § 3a RVG Rn. 4; Hartung/Schons/Enders/Schons, § 3a RVG Rn. 18; BeckOK-RVG/Selmann, § 3a RVG Rn. 32a; Gaier/Wolf/Göcken/Wolf, § 1 BRAO Rn. 62; Gaier/Wolf/Göcken/ders., § 1 RDG Rn. 15; Gaier/Wolf/Göcken/ders., Einleitung vor § 1 RDG Rn. 12.

nen Gewinn bringen, häufig nicht einmal kostendeckend bearbeitet werden können, demgegenüber aber höhere Streitwerte besonders hohe Margen einbringen, sodass sich beides letztlich ausgleicht.<sup>804</sup> Das ist von vornherein zum Scheitern verurteilt und entspricht vielerorts nicht der Realität.<sup>805</sup> Als Marktteilnehmer sind Anwälte auf wirtschaftlich lohnendes Verhalten angewiesen. Raum für Altruismus ist wenig.<sup>806</sup> Unter dem wirkenden marktwirtschaftlichen Druck ist es nur rational, dass niedrigere Streitwerte vernachlässigt werden.<sup>807</sup> Ihren Zweck, einen streitwertunabhängigen Zugang zum Recht zu gewährleisten,<sup>808</sup> erreicht die Quersubventionierung damit nicht.<sup>809</sup>

## 2. Massenschäden

- 247 Unter Massenschäden sind solche Schäden zu verstehen, in denen ein Gesamtschadensereignis eine unbestimmte Vielzahl von Betroffenen in

---

804 BGH, 13.02.2020 – IX ZR 140/19, Rn. 14, BGHZ 224, 350; BVerfG, 15.06.2009 – 1 BvR 1342/07, Rn. 17.

805 *Deckenbrock*, NJW 2020, 1776; mit statistisch untermauerter Begründung *M. Kilian*, Drittfiananzierung von Rechtsverfolgungskosten, 84–85; *Gerold/Schmidt/H.-J. Mayer*, § 3a RVG Rn. 4; *Hartung/Schons/Enders/Schons*, § 3a RVG Rn. 18.

806 S. schon § 2 C. III. 1. b.

807 *Rehbinder*, Rechtssoziologie, Rn. 154.

808 *Gaier/Wolf/Göcken/Wolf*, § 2 BRAO Rn. 25.

809 Zumindest nicht umfassend. Erreicht wird lediglich eine Begrenzung der Kosten nach oben hin. Dennoch bleibt der Befund der Irrationalität der Verfolgung geringer Streitwerte. Unter diesem Blickwinkel ist die Rationalität der Rechtsdurchsetzung offensichtlich weiterhin vom Streitwert abhängig. Mit anderen Worten: Das Prinzip der Quersubventionierung verhindert lediglich eine noch größere streitwertabhängige Irrationalität der Rechtsverfolgung als gegenwärtig. Der Preis für die „Aufkündigung der Verpflichtung zur Quersubventionierung durch die Anwaltschaft“, *Wolf*, BRAK-Mitt. 2018, 162, 163–164, ist damit faktisch längst bezahlt. Zwar wurde der Anspruch auf Zugang zur Justiz und auf Chancengleichheit nicht aufgegeben (das wäre wegen Art. 79 Abs. 3 GG und der Herleitung des genannten Anspruchs aus dem Rechtsstaatsprinzip auch gar nicht umfassend möglich, vgl. *Jarass/Pieroth/Jarass*, Art. 19 GG Rn. 37; s. auch u. § 2 E. IV. 1.), das marktwirtschaftliche Prinzip herrscht auf dem Rechtsdienstleistungsmarkt dagegen längst, s. dazu insgesamt o. § 2 C. III. 1. b. Vgl. auch *Fries*, NJW 2021, 2537, Rn. 11. Hinzuweisen bleibt der Vollständigkeit halber darauf, dass bei hohen Streitwerten, deren Bearbeitung lohnender ist, sich höherer Marktdruck bildet, sodass zumindest in diesem Segment – theoretisch – durch mehr Konkurrenz qualitativere Angebote bestehen.

einer mittleren bis großen Höhe schädigt.<sup>810</sup> Beispiele für Massenschadensereignisse sind etwa der gehäufte Widerruf von Verbraucherdarlehen<sup>811</sup> und jüngst der VW-Abgasskandal.<sup>812</sup> Die Dimensionen lassen sich gerade anhand des Letztgenannten verdeutlichen: Mittlerweile waren *alle* 115 Landgerichte sowie *alle* 24 Oberlandesgerichte mit den – im Kern immer gleichen – rechtlichen Fragestellungen befasst.<sup>813</sup> Die Insuffizienzen bei der Rechtsdurchsetzung im Zusammenhang mit Massenschädigungen resultieren wie schon bei den Bagatellschäden aus dem Zusammenspiel der dargestellten Hemmfaktoren.

Erstens folgt, ungeachtet dessen, dass solche Ereignisse entweder *ein* Gericht übermäßig oder jedenfalls *viele* Gerichte mit immer wieder gleichen Fragen beschäftigen,<sup>814</sup> aus der in solchen Konstellationen regelmäßig vorliegenden David gegen Goliath-Situation eine erhebliche prozessuale Waffendisparität. Klassisch steht ein einzelner One-Shotter einem großen Repeat Player gegenüber.<sup>815</sup> Die Furcht des Schädigers um die eigene wirtschaftliche Existenz wird dabei zu besonders hartnäckiger Verteidigung und Verweigerung von berechtigten Ansprüchen führen.<sup>816</sup> Damit ist ein

810 Vgl. *Amrhein*, Musterfeststellungsklage, 33–34; *Freitag/Lang*, ZZZ 2019, 329, 331; *Kramer*, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 37, dort Fn. 97; *Meller-Hannich*, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. I: Gutachten, 1, A 26; *Theissen*, Prozessführungsgesellschaften, 58. Anders systematisiert *C. Fechner*, Schutzlücken, 33–40, die Massenschäden als „solche Schadensereignisse, von denen die Rechte und Rechtsgüter einer Vielzahl von Personen betroffen sind“ definiert und den Begriff als Oberbegriff für Groß- und Bagatellschäden sieht. Eine eigene Fallgruppe der Streuschäden lehnt sie ab. Vgl. insgesamt zum Begriff *Gluding*, Kollektiver und überindividueller Rechtsschutz, 51–54.

811 *Kramer*, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 37, dort Fn. 97.

812 *Kramer*, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 37, dort Fn. 97; *Meller-Hannich*, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. I: Gutachten, 1, A 26–A 27. Als Haftungsgrundlagen kommen zumeist deliktische Ansprüche in Betracht, etwa wie im VW-Abgasskandal § 826 BGB. S. zum Abgasskandal im Überblick nur *Horacek*, Rechtsschutzversicherung im Großschadensfall, 50–85. Weitere Beispiele für Massenschadensereignisse nennen *C. Fechner*, Schutzlücken, 33; *Gluding*, Kollektiver und überindividueller Rechtsschutz, 52–53.

813 *Heese*, in: FS Roth, 283, 306.

814 Das ist höchst ineffizient, vgl. *Freitag/Lang*, ZZZ 2019, 329, 331; *Gluding*, Kollektiver und überindividueller Rechtsschutz, 53–54; *Meller-Hannich*, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. I: Gutachten, 1, A 26–A 27. Daraus können überlange Verfahrensdauern resultieren, die wiederum Rechtsdurchsetzung hemmende Wirkung entfalten.

815 *Meller-Hannich*, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. I: Gutachten, 1, A 27. Vgl. dazu o. § 2 C. II. 3.

816 *Meller-Hannich*, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. I: Gutachten, 1, A 27.

wesentlicher Unterschied zwischen Massenschadensereignissen und einer Einzelschädigungen in individuell derselben Höhe angesprochen: Die Motivation des Anspruchsgegners zur Verweigerung der Ansprüche. Eine einmalige Zahlung von 20.000€ an einen Geschädigten ist für einen globalen Automobilkonzern zu verschmerzen, dieselbe Zahlung an 400.000 oder 2,5 Millionen weitere Geschädigte ist es sicherlich nicht.

- 249 Daraus folgen für den Einzelnen geringe Erfolgsaussichten – wenn er sich denn überhaupt erst zu einem Rechtsdurchsetzungsversuch entgegen der Machtasymmetrie durchringen kann.<sup>817</sup> Und selbst bei materiell-rechtlich objektiv guten Erfolgsaussichten sind die normalerweise als Schädiger auftretenden Repeat Player kraft ihrer finanziellen Ausstattung in der Lage, ohne Rücksicht auf etwaige Kosten den Instanzenzug auszureizen, die Verfahren damit in die Länge zu ziehen und den oben bereits skizzierten Einigungsdruck zu erzeugen. Wenn letztlich in jedem Konflikt zwischen One-Shotter und Repeat Player Widerstände zu überwinden sind, so wird bei Massenschäden ob der wirtschaftlichen Relevanz der Widerstand umso größer sein. Umso schwerer wiegt daher der Befund, dass Rechtsschutzversicherungen in Massenschadensfällen aufgrund des Verhaltens der Versicherer regelmäßig keine ausreichende Unterstützung leisten.<sup>818</sup> Tatsächlich setzen dann auch in Massenschadensfällen nur Bruchteile der Betroffenen ihre Rechte durch.<sup>819</sup>
- 250 Zweitens wird hier die Problematik der Individualisierung durch das Prozessrecht besonders deutlich. Das deutsche, auf einen Zwei-Parteien-Prozess fokussierte, Prozesssystem kann Massenschadensereignisse nicht hinreichend bewältigen.<sup>820</sup> Die aus diesen entstehenden Massenforderungen können damit im Ausgangspunkt nur einzeln behandelt werden,<sup>821</sup> was wiederum mit Blick auf die Individualisierungsbarriere Rechtsdurchsetzung schwieriger – und unwahrscheinlicher – macht. Die zur Verfügung stehenden Instrumente kollektiver Rechtsdurchsetzung leiden jeweils unter

---

817 Rehder/van Elten, ZfRS 2019, 64, 82.

818 S.o. Fn. 691.

819 AA ohne Begründung Burgi, DVBl 2020, 471, 477–478. Dagegen geht Horacek, Rechtsschutzversicherung im Großschadensfall, 58–59, dort Fn. 177–179, im Abgaskandal mit guten Gründen lediglich von einem Anteil von ca. 3,6 % der Gesamt Betroffenen aus, die Individualklage erhoben haben.

820 Meller-Hannich, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. I: Gutachten, I, A 27.

821 Europäische Kommission (Hrsg.), GRÜNBUCH kollektive Rechtsdurchsetzung, 2008 (<https://tlp.de/ikph>), Rn. 9.

eigenen Unzulänglichkeiten und können daher kaum Abhilfe schaffen.<sup>822</sup> Im Ergebnis herrscht auch bei Masseschäden rationales Desinteresse.<sup>823</sup>

### 3. Streuschäden

Ein Streuschaden zeichnet sich durch die Kombination von Elementen 251 des Bagatell- und des Massenschadens aus.<sup>824</sup> Der Begriff bezeichnet einen Schaden, der bei einer Vielzahl von Personen<sup>825</sup> gleichartig auftritt, dessen individuelle Höhe allerdings bei jedem einzelnen Geschädigten bloß im Bagatellbereich liegt.<sup>826</sup> Der bloß geringen individuellen Schädigung steht aufgrund der breiten Streuung eine erhebliche Gesamtschadenshöhe gegenüber.<sup>827</sup> Die soeben festgestellten Rechtsdurchsetzungsinsuffizienzen bei Bagatellschäden und Massenschäden fallen zusammen.

822 Angedeutet schon oben, vgl. § 2 D. III. 2. a. Ausführlich zum Ganzen sogleich u.: § 2 E. II. Diese Probleme bei der zivilprozessualen Bewältigung von Massenschadensereignissen sind keineswegs neu entdeckt. Schon 1998 und 2006 befassten sich die Deutschen Juristentage mit dem Problem ihrer Bewältigung, vgl. *Meller-Hannich*, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. I: Gutachten, I, A 10-A 11 mwN.

823 So auch *Dettmer*, Verbraucherrrechtsdurchsetzung bei Massenschäden, 63–79.

824 Die bei *Meller-Hannich*, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. I: Gutachten, I, A 27-A 28, als vergleichbar mit Streuschäden bezeichneten Verletzungen objektiven Rechts ohne korrespondierenden Individualanspruch werden hier ausgeblendet. Ohne Individualanspruch besteht für die Rechtsgeneratoren und ihr Geschäftsmodell kein Ansatzpunkt für eine Rechtsdurchsetzung. Zudem ist Rechtsdurchsetzung im Kontext dieser Arbeit gerade die Durchsetzung von Ansprüchen, sodass deren Fehlen zwingt, entsprechende Phänomene außen vor zu lassen. Dasselbe gilt für Gemeinschaftsgüterschäden, vgl. dazu *Augenhöfer*, Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2018 (<https://tlp.de/5rlv>), 8.

825 Zur Problematik der Bestimmung einer konkreten Personenanzahl mwN: *Gluding*, Kollektiver und überindividueller Rechtsschutz, 49–50.

826 *Amrhein*, Musterfeststellungsklage, 32–33; *Freitag/Lang*, ZZP 2019, 329, 330; *Fries*, Verbraucherrrechtsdurchsetzung, 46, dort Fn.77; *Kramer*, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 32, dort Fn.73; *Meller-Hannich*, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. I: Gutachten, I, A 24-A 25; *Theissen*, Prozessführungsgesellschaften, 59. Krit. dagegen Vorwerk/Wolf/Lange, Einleitung KapMuG dort Fn. 5. *Gluding*, Kollektiver und überindividueller Rechtsschutz, 46–51, setzt Streu- und Bagatellschäden gleich. Krit. zur synonymen Verwendung aber *Schöning*, Kartellschadensersatzrechtliche Musterfeststellungsverfahren, 28.

827 *Freitag/Lang*, ZZP 2019, 329, 330; *Fries*, Verbraucherrrechtsdurchsetzung, 46, dort Fn.77; *Theissen*, Prozessführungsgesellschaften, 59. Beispiele finden sich bei *Meller-Hannich*, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. I: Gutachten, I, A 25: Aufgrund von Kartellrechtsverstößen geringfügig zu hohe (End-)Preise, vgl. dazu BGH, 19.05.2020 – KZR 8/18, Rn. 61–62, die unberechtigte massenweise Einziehung von Kleinstfor-



- 252 Aus der Kombination der Elemente beider vorgenannter Schadenskategorien folgt auch eine kombinierte Geltungsweise der Hemmfaktoren.<sup>828</sup> Sie kennzeichnet gleichzeitig die Interessenlage aus Perspektive des Schädigers und derjenigen des Geschädigten: Die geschädigtenseits geringe Anspruchshöhe führt bei Streuschäden ebenfalls zu rationalem Desinteresse und dazu, dass – wie bei Bagatellschäden – von einer Rechtsdurchsetzung regelmäßig Abstand genommen wird. Auch die Kosten zu verlagern und damit die Kostenbarriere zu senken ist bei Streuschäden schlecht möglich.<sup>829</sup> Eine Geltendmachung erscheint für den einzelnen Geschädigten im Ergebnis nicht lohnenswert.<sup>830</sup> Andererseits steht für den Schädiger die breite Streuung und die daraus resultierende Gesamthöhe des ersatzpflichtigen Schadens im Vordergrund.<sup>831</sup> Er wird sich ähnlich wie bei Massenschadensereignissen verhalten. Es folgt ein wesentliches wirtschaftliches Ungleichgewicht. Auch hier ist es demnach unwahrscheinlich, dass der Einzelne sich auf einen Kampf einlassen wird, der dermaßen von Machtasymmetrie zu seinen Lasten geprägt ist.<sup>832</sup>
- 253 Die damit bestehende – doppelte – Rechtsdurchsetzungsinsuffizienz bei Streuschäden ist durch den Gesetzgeber in den Materialien zur Einführung der Musterfeststellungsklage eingestanden.<sup>833</sup>

---

derungen, erhobene Bankgebühren für Leistungen aufgrund rechtswidriger AGB oder massenhaft zu gering befüllte Packungen eines Produktes und ähnliches kommen als Schadensereignisse in Betracht. Denkbar sind auch infolge eines Datenlecks massenhaft im geringwertigen Bereich entstehende Ansprüche auf immateriellen Schadensersatz aus Art. 82 DS-GVO (u. Fn. 1525), vgl. *Spittka*, GRUR-Prax 2019, 475.

828 S.o. Fn. 793.

829 So im Ergebnis auch *Timmermann*, Legal Tech-Anwendungen, 188.

830 *Meller-Hannich*, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. I: Gutachten, I, A 24; *Rother*, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. II/1: Referate & Beschlüsse, 23, K 25-K 26; *Theissen*, Prozessführungsgesellschaften, 59–61.

831 Vgl. *Kocher*, Funktionen der Rechtsprechung, 126–128.

832 *Rehder/van Elten*, ZfRS 2019, 64, 82.

833 BT-Drs. 19/2507, 13. Vgl. ferner etwa die Ausführungen in BT-Drs. 15/5091, 13–16.

## II. Reaktion des Gesetzgebers bei Streu- und Massenschäden: Einführung einer Musterfeststellungsklage, §§ 606 ff. ZPO aF

### 1. Status quo ante: Unzureichende Kollektivierungsmöglichkeiten bei Streu- und Massenschäden

Weil Prozessführungsbefugnis und Sachlegitimation im Ausgangspunkt dem jeweiligen Anspruchsinhaber zustehen,<sup>834</sup> muss dieser zunächst grundsätzlich *einzel*n und *selbst* tätig werden, um sein ihm materiell-rechtlich zustehendes subjektives Recht durchzusetzen.<sup>835</sup> Das gilt im deutschen Recht freilich nicht ausnahmslos.<sup>836</sup> Möglichkeiten, *nicht selbst* tätig werden zu müssen, bietet das Prozessrecht unter anderem mit der Prozessstandschaft unmittelbar selbst an.<sup>837</sup> 254

#### a. Innerzivilprozessuale Bündelungsmöglichkeiten

Dagegen existieren nur wenige Instrumente, die es einer Vielzahl von Geschädigten erlauben, ihre Ansprüche zu bündeln und *zusammen* auf eine 255

---

834 Zöller/Althammer, Vorbemerkungen zu §§ 50–58 ZPO Rn. 16; NK-ZPO/Bendtsen, § 51 ZPO Rn. 10.

835 Fest, ZfPW 2016, 173, 175; Meller-Hannich, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. I: Gutachten, I, A 14; speziell auf Schadensersatz bezogen Metz, VuR 2020, 136, 141; Röhl, Rechtssoziologie, 524–525. Anders als z.B. in Rechtsordnungen, die eine *class action* mit Opt-out Modell kennen, dazu im Überblick Basedow, JZ 2018, 1, 9; Fries, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 174 mwN; Kolba, Davids gegen Goliath, 82–110; Prütting, AnwBl Online 2020, 205; ders., ZIP 2020, 197, 198–199.

836 Zu den Instrumenten kollektiven Rechtsschutzes vor Einführung der Musterfeststellungsklage vgl. auch Amrhein, Musterfeststellungsklage, 71–89; Gluding, Kollektiver und überindividueller Rechtsschutz, 70–122; Schöning, Kartellschadensersatzrechtliche Musterfeststellungsverfahren, 35–55.

837 Gesetzliche Prozessstandschaft muss dabei ausdrücklich angeordnet sein, wie etwa in §§ 2197 ff. BGB, §§ 1981 ff. BGB. Die gewillkürte Prozessstandschaft wiederum ist nach ständiger Rspr. des BGH (BGH, 10.06.2016 – V ZR 125/15, Rn. 5; BGH, 25.07.2012 – XII ZR 22/11, Rn. 15; BGH, 24.02.1994 – VII ZR 34/93, Rn. 11, BGHZ 125, 196; BGH, 27.10.1983 – III ZR 126/82, Rn. 9, BGHZ 89, 1; BGH, 19.12.1975 – V ZR 230/73, Rn. 14) an (restriktive) Voraussetzungen geknüpft, insbesondere an ein im Einzelfall schutzwürdiges Interesse des zur Prozessführung Ermächtigten. Im Überblick s. Stadler, WuW 2018, 189, 192. Vgl. zu den Voraussetzungen ausführlich Zöller/Althammer, Vorbemerkungen zu §§ 50–58 ZPO Rn. 38–54; NK-ZPO/Bendtsen, § 51 ZPO Rn. 18–25; MüKo-ZPO-I/Lindacher/Hau, Vorbemerkung zu § 50 ZPO Rn. 62–78; Musielak/Voit/Weth, § 51 ZPO Rn. 25–30.

Leistung zu klagen.<sup>838</sup> Seit jeher können sich – auch ohne notwendigen Intermediär – mehrere Kläger im Wege subjektiver Klagehäufung bzw. Streitgenossenschaft nach §§ 59–63 ZPO zusammenschließen.<sup>839</sup> Dabei bleiben die Einzelverfahren gleichwohl prozessual selbstständig, § 61 ZPO.<sup>840</sup> Für eine wirkliche Bündelung ist die Streitgenossenschaft schon deswegen insgesamt unbrauchbar.<sup>841</sup> Selbiges gilt für eine gerichtlich initiierte Kollektivierung im Wege der Verbindung nach §§ 147, 148 ZPO,<sup>842</sup> weil auch diese letztlich bloß zur Streitgenossenschaft der auf derselben Seite stehenden Personen führt.<sup>843</sup>

- 256 Grundsätzlich ist ferner auch eine Bündelung unterschiedlicher Ansprüche gegen denselben Beklagten unter Nutzung des § 260 ZPO denkbar: Dazu muss ein Intermediär gefunden werden, bei dem die einzelnen Ansprüche – mittels materiell-rechtlicher Abtretung, § 398 BGB – gesammelt werden können und der diese sodann – anders als bei der Prozessstandschaft – im eigenen Namen geltend macht.<sup>844</sup> Ein denkbare Instrument hierzu bietet § 79 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 ZPO, der das prozessrechtliche Pendant zum

838 Zöller/*Althammer*, Vorbemerkungen zu §§ 50–58 ZPO Rn. 55; *Fries*, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 170; *H. Koch*, Verbraucherprozessrecht, 85–91.

839 *Prütting*, AnwBl Online 2020, 205, 206; *Theissen*, Prozessführungsgesellschaften, 43–45.

840 Zöller/*Althammer*, § 61 ZPO Rn. 8–9 mwN; NK-ZPO/*Benndtsen*, § 61 ZPO Rn. 1–4, 9; *H. Koch*, Verbraucherprozessrecht, 89; MüKo-ZPO-I/*Schultes*, § 61 ZPO Rn. 1–2; Musielak/*Voit/Weth*, § 61 ZPO Rn. 1–2.

841 BT-Drs. 19/2507, 14; *Fest*, ZfPW 2016, 173, 176; *Gluding*, Kollektiver und überindividueller Rechtsschutz, 71–72; *Meller-Hannich*, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. I: Gutachten, 1, A 57–A 58; bzgl. Massenschäden *Nürnberg*, Durchsetzung von Verbraucherrechten, 143; *Prütting*, AnwBl Online 2020, 205, 206; *Rother*, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. II/1: Referate & Beschlüsse, 23, K 26–27; *Stadler*, JZ 2018, 792, 799. Für grundsätzliche Zweckmäßigkeit bei Massenschäden plädiert *Amrhein*, Musterfeststellungsklage, 81, „solange der Klägerbereich überschaubar bleibt“. Da Massenschäden immanent ist, dass der Klägerbereich gerade nicht überschaubar ist (s.o. § 2 E. I. 2.), bleibt auch danach kaum Tauglichkeit der Streitgenossenschaft. Zu weiteren Gründen hinsichtlich der praktischen Untauglichkeit bei Bagatell- und Streuschäden vgl. *C. Fechner*, Schutzlücken, 112–114.

842 Im Überblick dazu *Amrhein*, Musterfeststellungsklage, 82–84; *C. Fechner*, Schutzlücken, 114–116; *Theissen*, Prozessführungsgesellschaften, 38–42.

843 MüKo-ZPO-I/*Fritsche*, § 147 ZPO Rn. 9; *Gluding*, Kollektiver und überindividueller Rechtsschutz, 75–76; Zöller/*Greger*, § 147 ZPO Rn. 7; *Nürnberg*, Durchsetzung von Verbraucherrechten, 143; Musielak/*Voit/Stadler*, § 147 ZPO Rn. 5; NK-ZPO/*Wöstmann*, § 147 ZPO Rn. 8.

844 § 260 ZPO machen sich auch Sammelklage-Rechtsgeneratoren bei ihrem Modell zunutze, indem sie sich selbst in die Rolle des Intermediäres begeben. Im Überblick zu den Nutzungsmöglichkeiten *C. Fechner*, Schutzlücken, 117–125.

außergerichtlich geltenden § 8 Abs. 1 Nr. 4 RDG darstellt<sup>845</sup> und die Führung einer Einziehungsklage vor einem Amtsgericht durch einen Verbraucherverband ermöglicht. Dieses Instrument könnte theoretisch für eine Sammelklage, gerichtet auf Schadensersatz für geschädigte Verbraucher, genutzt werden.<sup>846</sup> Praktisch ist diese Nutzung indes gescheitert: Sie ist schlicht zu aufwendig<sup>847</sup> und hat – insbesondere wegen der Begrenzung auf Verfahren vor dem Amtsgericht – zu wenig Breitenwirkung,<sup>848</sup> als dass von einer suffizienten Bewältigung von Streu- oder Massenschadensereignissen gesprochen werden könnte.<sup>849</sup> Gemeinsam ist allen innerprozessual ansetzenden Bündelungsmöglichkeiten, dass sie sich zur suffizienteren Durchsetzung von Bagatell- und Streuschäden kaum eignen, weil sie zu spät ansetzen: Eine innerprozessuale Bündelung bedeutet, dass die Geschädigten ihr rationales Desinteresse bereits überwunden haben müssen.

---

845 C. Fechner, Schutzlücken, 97; Meller-Hannich, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. I: Gutachten, 1, A 13; Nürnberg, Durchsetzung von Verbraucherrechten, 145; BeckOK-ZPO/A. Piekenbrock, § 79 ZPO Rn. 13.

846 Zöller/Althammer, § 79 ZPO Rn. 8; C. Fechner, Schutzlücken, 97–99.

847 S.o. Fn. 632 & 633. So auch Gurkmann, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. II/1: Referate & Beschlüsse, 9, K 11-K 12; Jahn, in: Verbraucherrechtsvollzug, 141, 146; Kolba, Davids gegen Goliath, 124.

848 BT-Drs. 19/2507, 14; Amrhein, Musterfeststellungsklage, 85; Augenhöfer, Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2018 (<https://tlp.de/5rlv>), 71; Freitag/Lang, ZZP 2019, 329, 356; Fries, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 178; Gurkmann, in: Verbraucherrechtsvollzug, 69, 70; Jahn, in: Verbraucherrechtsvollzug, 141, 146–147; Kramer, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 169; Nürnberg, Durchsetzung von Verbraucherrechten, 146 mwN; NK-MuKla/Röthemeyer, Einführung Rn. 35 mwN; Rott, Gutachten Verbraucherrechtspolitik, 2016 (<https://tlp.de/x9df>), 7; Severin, in: Musterfeststellungsklage, 19, 35–36. Mit Schilderungen aus der Praxis der Verbraucherzentrale Hamburg Hörmann, VuR 2016, 81–82.

849 Freitag/Lang, ZZP 2019, 329, 356–357; Meller-Hannich, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. I: Gutachten, 1, A 58, A 63–A 64. AA Osburg, ZBB 2019, 384, 388: Er meint, die Einziehungsklage sei „im Grundsatz zur Bekämpfung von Streuschäden geeignet [...]“. Liest man „im Grundsatz“ im Sinne von „theoretisch“, mag er Recht haben. Blickt man dagegen weiter auf die Praxis, wie es in dieser Arbeit geschehen soll, ist dem entgegenzutreten. Rein theoretisch, eben nur *in the books* bestehende Möglichkeiten, bringen niemandem etwas. Die Feststellung einer theoretischen Eignung bestehender Instrumente zur Lösung praktischer Probleme sollte zu dem Bemühen führen, das Instrument durch Reformen praktisch nutzbarer zu machen, statt als Argument gegen praktisch bestehende Schutzlücken benutzt zu werden.

b. Drittorganisierte Bündelung

- 257 Echte Kollektivierung im Sinne einer drittorganisiert gebündelten Durchsetzung<sup>850</sup> der Rechte vieler gegen denselben Gegner handhabt das deutsche Recht im Wesentlichen durch Verbandsklagen. Diese umfassen – vor Einführung der neuen Abhilfeklagen<sup>851</sup> – einerseits die soeben dargestellte Einziehungsklage aus § 79 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 ZPO, andererseits Unterlassungs- und Gewinnabschöpfungsklagen, sowie Musterfeststellungsklagen, §§ 606 ff. ZPO aF.<sup>852</sup> Daneben existiert als einzige Gruppenklage die durch das KapMuG<sup>853</sup> normierte Musterfeststellungsklage. Insgesamt ist der echte Kollektivrechtsschutz nicht flächendeckend, sondern allenfalls fragmentarisch ausgestaltet.<sup>854</sup> Denn die Anwendungsbereiche sind – mal mehr, mal weniger – restriktiv ausgestaltet. Das folgt aus einer besonderen Aversion deutscher Rechtspolitik vor Instrumenten kollektiver Rechtsdurchsetzung aufgrund der Furcht vor amerikanischen Verhältnissen.<sup>855</sup> Allerdings war Vorsicht und Skepsis nicht nur politisch zu beobachten. So hat 2008 eine Studie der EU-Kommission ergeben, dass die Zahl der an kollektiver Rechtsdurchsetzung beteiligten Verbraucher in Deutschland EU-weit am niedrigsten ist.<sup>856</sup> Das liegt allerdings zum großen Teil bis dato am Fehlen massentauglicher Instrumente und nicht an einer generellen Aversion der

---

850 NK-MuKla/Röthemeyer, Einführung Rn. 34.

851 Dazu u. § 6 B. Die Neuerungen durch die Reform 2023 bleiben hier zunächst unberücksichtigt.

852 *Nürnberg*, Durchsetzung von Verbraucherrechten, 147–157. Einen tabellarischen Überblick über Möglichkeiten echter Kollektivierung im deutschen Recht kurz vor Einführung der Musterfeststellungsklage gibt *Meller-Hannich*, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. I: Gutachten, 1, A 13-A 14. Konkrete Einordnung der Musterfeststellungsklage str., vgl. *Amrhein*, Musterfeststellungsklage, 44 mwN; NK-MuKla/Röthemeyer, Einführung Rn. 68.

853 Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten (Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz – KapMuG), 16.08.2005, BGBl. I 2005, 2437, neu gefasst durch das Gesetz zur Reform des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes und zur Änderung anderer Vorschriften, 19.10.2012, BGBl. I 2012, 2182.

854 Im Überblick dazu *Zöller/Althammer*, Vorbemerkungen zu §§ 50–58 ZPO Rn. 55; *Theissen*, Prozessführungsgesellschaften, 45–50. Nicht zuletzt bemüht sich die EU um ein flächendeckendes, kollektives Rechtsdurchsetzungsinstrument. Ausführlicher sogleich § 2 E. II. 3. sowie u. § 6 B.

855 *M. Hartung*, AnwBl Online 2019, 353, 355; *Prütting*, AnwBl Online 2020, 205; NK-MuKla/Röthemeyer, Einführung Rn. 65. Zu den Gründen noch u. § 3 E. II.

856 *Europäische Kommission* (Hrsg.), GRÜNBUCH kollektive Rechtsdurchsetzung, 2008 (<https://tlp.de/ikph>), Rn. 12.

Rechtsuchenden gegenüber Massenrechtsschutz.<sup>857</sup> Jedenfalls dürfte sich die Zahl bis heute in Anbetracht der Musterfeststellungsklage gegen VW signifikant erhöht haben,<sup>858</sup> auch wenn gesetzgeberische Erwartung und Realität der Anzahl an Musterfeststellungsklagen deutlich auseinanderklaffen.<sup>859</sup>

#### aa. Verbandsklagen

Die Verbandsklagen des deutschen Rechts kennen unterschiedliche Rechtsschutzziele. Keins davon ist – sieht man von der praktisch irrelevanten Einziehungsklage ab – die unmittelbare Kompensation individueller Schäden.<sup>860</sup> Gerichtet sind sie vielmehr auf Durchsetzung von Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen aus §§ 1, 2, 4a UKlaG, § 8 Abs. 1 S. 1 Var. 2, Abs. 3 Nr. 3 UWG oder § 33 Abs. 2 GWB, auf Zahlungen an den Bundeshaushalt, § 10 Abs. 1 UWG, § 34a Abs. 1 GWB, oder auf die grundsätzliche Klärung der Rechtslage, um eine nachfolgende individuelle Rechtsdurchsetzung zu ermöglichen.<sup>861</sup> Aus einem Blickwinkel, der die Tauglichkeit kollektiver Instrumente zur Überwindung der individuellen Rechtsdurchsetzung entgegenstehender Hemmfaktoren betrachtet, ist daher nur die Musterfeststellungsklage bedeutsam. Nur bei dieser profitiert letzten Endes der einzelne Rechtsuchende. Ferner sind allein die Verbände Gläubiger sowohl des Un-

857 76 % der Verbraucher wären eher zu einer Klage bereit, wenn sie sich mit anderen dabei zusammenschließen könnten, vgl. *Europäische Kommission* (Hrsg.), GRÜN-BUCH kollektive Rechtsdurchsetzung, 2008 (<https://tlp.de/ikph>), Rn. 18. 2018 waren im Zusammenhang mit dem Dieselskandal 79 % der deutschen Bevölkerung für die Einführung der Möglichkeit von Sammelklagen; über die Gefahr einer „Klageindustrie“ belehrt waren nur noch 63 % für ein solches Instrument. Vgl. Zahlen bei *ROLAND Rechtsschutz-Versicherungs-AG* (Hrsg.), Roland Rechtsreport 2018 (<https://tlp.de/0llo>), 9, 32–33.

858 Vgl. zu Teilnehmerzahlen u. Fn. 1466.

859 *Kramer*, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 180; *Meller-Hannich*, WuM 2021, 1, 2; *Röthemeyer*, VuR 2020, 130; NK-MuKla/ders., Einführung Rn 109.

860 *Theissen*, Prozessführungsgesellschaften, 54. Auf Zahlung gerichtete originäre Verbandsklagerechte existieren nur im Bereich der Gewinnabschöpfung, nicht für individuellen Schadensersatz, vgl. *Meller-Hannich*, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. I: Gutachten, 1, A 14; *Nürnberg*, Durchsetzung von Verbraucherrechten, 149.

861 *C. Fechner*, Schutzlücken, 80–82; *Gluding*, Kollektiver und überindividueller Rechtsschutz, 99; *Meller-Hannich*, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. I: Gutachten, 1, A 13.

terlassungs- als auch des Gewinnabschöpfungsanspruchs,<sup>862</sup> sodass hier schon kein Bezug zu individuellen Rechten Einzelner besteht.

- 259 Nicht verschwiegen werden soll an dieser Stelle, dass sich in jüngerer Vergangenheit zwei Instanzgerichte vorgewagt und den Beseitigungsanspruch aus § 8 Abs. 1 S. 1 Var. 1 UWG,<sup>863</sup> der auch von qualifizierten Einrichtungen geltend gemacht werden kann, § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG, ausgeweitet angewandt haben. Sie erweiterten den Anspruchsinhalt auf Ersatzzahlungen an einzelne Geschädigte einer wettbewerbswidrigen Handlung.<sup>864</sup> Wie in anderen Fällen von Beseitigungsansprüchen verschwimmen an dieser Stelle die Grenzen zwischen Beseitigungs- und Schadensersatzanspruch.<sup>865</sup> Da diese Erweiterung des Beseitigungsanspruchs hin zu einem auf Zahlung gerichteten Folgenbeseitigungsanspruch<sup>866</sup> allerdings höchststrichterlich bisher nicht geklärt ist<sup>867</sup> und in der Literatur nicht nur Zustimmung, sondern

---

862 Zum UWG: Fezer/Büscher/Obergfell/Braunmühl, § 10 UWG Rn. 167; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Goldmann, § 10 UWG Rn. 37, 39–40. Zum Kartellrecht: Immenga/Mestmäcker-II/Emmerich, § 34a GWB Rn. 6; LMRKM/Funke, § 34a GWB Rn. 5; FrankKo-KartR/Roth, § 34a GWB Rn. 7. Zu den Unterlassungsansprüchen: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Goldmann, § 8 UWG Rn. 311, 317–318; Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler/Feddersen, § 8 UWG Rn. 3.52; LMRKM/C. Kersting, § 33 GWB Rn. 51; FrankKo-KartR/Roth, § 33 GWB Rn. 104–105.

863 Ein ähnlicher Streit herrscht um den Anspruchsinhalt des kartellrechtlichen Beseitigungsanspruchs aus § 33 Abs. 1 GWB, vgl. dazu Osburg, ZBB 2019, 384, 387–388 mwN.

864 LG Leipzig, 10.12.2015 – 5 O 1239/15, 05 O 1239/15; OLG Dresden, 10.04.2018 – 14 U 82/16. Vgl. dazu im Überblick Freitag/Lang, ZZZ 2019, 329, 353–355. Für den kartellrechtlichen Beseitigungsanspruch, § 33 Abs. 1 Var. 1 GWB, ist anerkannt, dass er auch Rückzahlungen beinhaltet, vgl. nur Immenga/Mestmäcker-II/Franck, § 33 GWB Rn. 33; FrankKo-KartR/Roth, § 33 GWB Rn. 40–42, 117. AA LMRKM/C. Kersting, § 33 GWB Rn. 43.

865 Vgl. den Streit § 1004 BGB betreffend. Statt Vieler hierzu: MüKo-BGB-VIII/Raff, § 1004 BGB Rn. 222–235 mwN.

866 Zur Unterscheidung zwischen Folgenbeseitigung und Beseitigung Köhler, WRP 2019, 269, 270.

867 Die Nichtzulassungsbeschwerde infolge des Urteils des OLG Dresden wurde zurückgenommen, Kruis, ZIP 2019, 393, 394; Lüthmann, NJW 2020, 1706, 1708, sodass der BGH sich zur Rechtsanwendung dessen nicht äußern konnte. In seiner Klauselersetzungsentscheidung, BGH, 14.12.2017 – I ZR 184/15, ließ der BGH die inhaltliche Anspruchsreichweite offen, Osburg, ZBB 2019, 384, 389 mwN. Allerdings werden die Terminologie des BGH (Folgenbeseitigung statt Beseitigung) und der Rückverweis an die Berufungsinstanz teils dahingehend interpretiert, dass der BGH einer Ausweitung des Anspruchsinhalts hin zu einem Folgenbeseitigungsanspruch grundsätzlich offen gegenüberstehe, vgl. etwa Köhler/Bornkamm/Feddersen/Bornkamm, § 8 UWG Rn. 1.108a.



auch grundsätzliche Kritik erfahren hat,<sup>868</sup> böte sich zwar die Möglichkeit für Verbände im Bereich des UWG, nicht auf das zweistufige Musterfeststellungsverfahren setzen zu müssen, sondern direkt auf Leistungen für Geschädigte zu klagen.<sup>869</sup> Rechtssicher lässt sich dieser Weg bisher für die Einrichtungen allerdings keinesfalls einschlagen.<sup>870</sup>

#### bb. Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz

Kein echtes Musterverfahren und letztlich auch keine Verbandsklage, sondern ein auf das Kapitalmarktrecht begrenztes Gruppenverfahren,<sup>871</sup> wurde 2005 durch das KapMuG als Reaktion auf den Fall der Deutschen Telekom AG eingeführt, um das überforderte LG Frankfurt a.M. zu entlasten.<sup>872</sup> Die dort anhängig gemachten etwa 17.000 Klagen wurden aufgrund der Überlastung des Gerichts so langsam bearbeitet, dass einzelne Kläger erfolglos Verfassungsbeschwerde einlegten.<sup>873</sup> Den nachfolgenden, durch die Reaktion des Gesetzgebers ermöglichten, Musterverfahren vor dem OLG Frankfurt a.M. schlossen sich wiederum rund 17.000 Kläger an.<sup>874</sup> 2012

---

868 Befürwortend uA Köhler/Bornkamm/Feddersen/Bornkamm, § 8 UWG Rn. 1.106 – 1.108e; Rott, VuR 2016, 109 ff. (zum LG Leipzig). Krit. etwa Baldus/Siedler, BKR 2018, 412 ff.; Freitag/Lang, ZfP 2019, 329, 353–355; Gsell/Rübbbeck, ZfPW 2018, 409 ff.; Büscher/Hohlweck, § 8 UWG Rn. 99; Köhler, WRP 2019, 269 ff.; Kruis, ZIP 2019, 393 ff.; Osburg, ZBB 2019, 384 ff.; jurisPK-UWG/Seichter, § 8 UWG Rn. 131. Vgl. zum Streitstand insgesamt mwN Scherer, VuR 2019, 243 ff.

869 Lühmann, NJW 2020, 1706, 1708.

870 So auch Engler, AnwBl Online 2021, 253, 255.

871 Amrhein, Musterfeststellungsklage, 72 mwN; Vorwerk/Wolf/Lange, Einleitung KapMuG Rn. 20, 25–26.

872 Vgl. insgesamt zur Einführung des KapMuG Amrhein, Musterfeststellungsklage, 71–73; Augenhöfer, Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2018 (<https://tlp.de/5rlv>), 106; C. Fechner, Schutzlücken, 99–100; Meller-Hannich, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. I: Gutachten, I, A 26, A 30-A 31; Rott, Gutachten Verbraucherrechtspolitik, 2016 (<https://tlp.de/x9df>), 8.

873 BVerfG, 27.07.2004 – 1 BvR 1196/04, Rn. 8.

874 OLG Frankfurt a.M., 23 Kap 1/06; 23 Kap 2/06; BGH, PM Nr. 186/2014. Gegen den letzten Musterentscheid des OLG Frankfurt a.M. wurde Rechtsbeschwerde beim BGH eingelegt, vgl. BGH, 20.06.2017 – XI ZB 24/16, über die er am 15.12.2020 entschieden hat, BGH, PM Nr. 044/2021. Er hob den Musterentscheid teilweise auf und verwies zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurück an das OLG Frankfurt a.M. Damit ist das Musterverfahren immer noch nicht abgeschlossen.

wurde das KapMuG nach einer Evaluation 2009<sup>875</sup> reformiert.<sup>876</sup> Das neu gefasste Gesetz von 2012<sup>877</sup> gilt vorbehaltlich weiterer Verlängerungen noch bis zum 31.12.2023, § 28 KapMuG.

### (1) Ausgestaltung

- 261 Für musterverfahrensfähige Ansprüche, § 1 Abs. 1 Nr. 1–3 KapMuG, letztlich für alle Ansprüche, die eine öffentliche Kapitalmarktinformation zur Tatbestandsvoraussetzung haben,<sup>878</sup> bietet das KapMuG eine Möglichkeit zur Kollektivierung. Gerichtet ist das Verfahren auf einen Musterentscheid, § 16 KapMuG, der indes nicht auf Leistung gerichtet ist, sondern nur Bindungswirkung, § 22 Abs. 1 S. 1 KapMuG, in den Ausgangsverfahren bei der Entscheidung über die Leistungsansprüche entfaltet.<sup>879</sup> Alternativ können das Musterverfahren *und gleichzeitig* die Ausgangsverfahren durch einen Vergleich beendet werden, §§ 17–19 KapMuG.<sup>880</sup>
- 262 Erforderlich für die Einleitung eines Musterverfahrens ist, dass ein einzelner Anspruchsberechtigter vor einem Landgericht einen musterverfahrensfähigen Anspruch klageweise geltend macht,<sup>881</sup> und dass insgesamt mindestens zehn gleichgerichtete Musterverfahrensansprüche gestellt wurden, §§ 6 Abs. 1, 4 Abs. 1 KapMuG.<sup>882</sup> In diesen Ausgangsverfahren muss eine der Parteien einen Antrag auf Feststellung des Vorliegens eines Feststellungsziels stellen, § 2 KapMuG. Aus den mindestens zehn Klägern in den Ausgangsverfahren bestimmt das zuständige OLG sodann einen Musterkläger, § 9 Abs. 2 KapMuG.<sup>883</sup> Die Individualverfahren werden sodann für die Dauer des Musterverfahrens ausgesetzt, § 8 KapMuG, und müssen im Anschluss an jenes zu Ende geführt werden, § 22 KapMuG.

---

875 Halfmeier/Rott/Feess, Evaluation KapMuG, passim.

876 Dazu im Überblick Wardenbach, GWR 2013, 35 ff.

877 S.o. Fn. 853.

878 Amrhein, Musterfeststellungsklage, 73; Vorwerk/Wolf/Lange, Einleitung KapMuG Rn. 6; Vorwerk/Wolf/Radtke-Rieger, § 1 KapMuG Rn. 16–17.

879 Amrhein, Musterfeststellungsklage, 73; Vorwerk/Wolf/Lange, Einleitung KapMuG Rn. 18–19; Nürnberg, Durchsetzung von Verbraucherrechten, 159.

880 Amrhein, Musterfeststellungsklage, 75; Vorwerk/Wolf/Lange, Einleitung KapMuG Rn. 19; Nürnberg, Durchsetzung von Verbraucherrechten, 159.

881 Vorwerk/Wolf/Lange, Einleitung KapMuG Rn. 6.

882 Amrhein, Musterfeststellungsklage, 74; Vorwerk/Wolf/Lange, Einleitung KapMuG Rn. 7–8.

883 Amrhein, Musterfeststellungsklage, 74; NK-MuKla/Röthemeyer, Einführung Rn. 66.

## (2) Bewertung

Obgleich das KapMuG in seiner ursprünglichen Fassung von 2005 als insgesamt erfolgreiches Instrument evaluiert wurde,<sup>884</sup> versagt es doch aufgrund seiner Ausgestaltung gerade an den Stellen, die für die hiesige Betrachtung wesentlich sind. Das Gesetz hatte ausweislich seiner Begründung unter anderem das Ziel, Rechtsschutz für Kapitalanleger zu effektivieren und durch ein Mehr an subjektiver Rechtsdurchsetzung die Durchsetzung des objektiven Kapitalmarktrechts zu fördern.<sup>885</sup> Beides hätte vorausgesetzt, dass das KapMuG mehr Anreize zur Geltendmachung von Ansprüchen setzt, mit anderen Worten also den Anspruchsinhabern bei der Überwindung ihres rationalen Desinteresses bei Streuschäden hilft. Hieran ist das Gesetz gescheitert.<sup>886</sup> Weil das KapMuG zunächst eine Individualklage – mit allen einhergehenden Risiken – erfordert, senkt es bestehende Hemmfaktoren nicht ab,<sup>887</sup> sondern erfordert vielmehr gerade deren Überwindung. Zur Absenkung des rationalen Desinteresses bei Streuschäden und zu ausreichender Verbesserung der Rechtsdurchsetzung ist es daher – auch innerhalb seines engen Anwendungsbereiches<sup>888</sup> – nicht geeignet.<sup>889</sup> Überhaupt schließt der äußerst eng gefasste Anwendungsbereich des KapMuG von vornherein eine flächendeckende Nutzung und damit breitere gesamtgesellschaftliche Profite aus.<sup>890</sup> Abseits des rationalen Desinteresses verfehlt das KapMuG auch im Hinblick auf die Individualisierungsbarriere aus demselben Grund eine Abmilderung: Eigentlich sind Instrumente kollektiven Rechtsschutzes prädestinierte Mittel, um eben diese konkrete Barriere zu verringern. Wählt man allerdings ein Instrument, dass zur Kollektivie-

884 *Halfmeier/Rott/Feess*, Evaluation KapMuG, 88.

885 BT-Drs. 15/5091, 16–17; *Halfmeier/Rott/Feess*, Evaluation KapMuG, 85.

886 *Halfmeier/Rott/Feess*, Evaluation KapMuG, 3, 84–86; *H. Koch*, Verbraucherprozessrecht, 67.

887 *Halfmeier/Rott/Feess*, Evaluation KapMuG, 3, 84–86; *H. Koch*, Verbraucherprozessrecht, 67.

888 *Augenhöfer*, Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2018 (<https://t1p.de/5rlv>), 73, unter Berufung auf die Dauer des Telekomprozesses trotz Einführung des KapMuG; *Freitag/Lang*, ZIP 2020, 1201, 344; *Gluding*, Kollektiver und überindividueller Rechtsschutz, 118; *Halfmeier/Rott/Feess*, Evaluation KapMuG, 85–86; *Meller-Hannich*, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. I: Gutachten, I, A 68; *Stadler*, VuR 2018, 83, 84.

889 Auf „außerhalb“ des Anwendungsbereichs beschränkt: BT-Drs. 19/2507, 14.

890 *Amrhein*, Musterfeststellungsklage, 76. Krit. zur sachlichen Rechtfertigung des engen Anwendungsbereichs Vorwerk/Wolf/Wigand, § 8 KapMuG Rn. 16 mwN.

rung *vorher* eine Individualklage voraussetzt, kann ein solches Instrument schlechthin keine Abhilfe schaffen.

- 264 Die Reform 2012 hat das Gesetz mit Blick auf das rationale Desinteresse „verschlimmbessert“ und hinsichtlich der Individualisierungsbarriere unangetastet gelassen. In der Absicht, am erörterten zentralen Kritikpunkt anzusetzen, wurde die Möglichkeit einer schlichten Anmeldung zum Klageregister eines Musterverfahrens als niedrigschwellige Teilnahmemöglichkeit<sup>891</sup> geschaffen.<sup>892</sup> Da allerdings die Einleitungsvoraussetzungen für ein solches Verfahren nicht verändert wurden, ist das allenfalls eine eingeschränkt taugliche Änderung. Für die originären Kläger bleibt es schließlich bei der Notwendigkeit einer Individualklageerhebung. Aber auch jenseits dessen hat die Einführung der Anmeldemöglichkeit nichts am rationalen Desinteresse geändert. Im Gegenteil: Die Anmeldung zum Klageregister, § 10 Abs. 2 KapMuG, führt lediglich zu einer Verjährungshemmung der angemeldeten Ansprüche, § 204 Abs. 1 Nr. 6a BGB. Von der Bindungswirkung des Musterentscheids profitieren lediglich Angemeldete höchstens faktisch,<sup>893</sup> nicht jedoch unmittelbar, weil sie nicht Beteiligte des Musterverfahrens werden, § 9 Abs. 1 KapMuG. Auch von einem Vergleich sind die Anmelder ausgeschlossen.<sup>894</sup> Diese *Teilnahme light*<sup>895</sup> ist noch dazu ebenfalls mit signifikanten Hürden verbunden, denn bei der Registeranmeldung herrscht Anwaltszwang, § 10 Abs. 2 S. 3 KapMuG. Dieses Erfordernis führt dazu, dass sämtliche mit der Anwaltschaft verbundenen Hemmfaktoren, insbesondere Schwellenangst und Kostenfurcht, überwunden werden müssen.<sup>896</sup>

---

891 Vorgeschlagen auch in der Evaluation von *Halfmeier/Rott/Feess*, Evaluation KapMuG, 101–103.

892 *Wardenbach*, GWR 2013, 35, 36; *Vorwerk/Wolf/Wigand*, § 8 KapMuG Rn. 15.

893 *Amrhein*, Musterfeststellungsklage, 74; *Freitag/Lang*, ZZZ 2019, 329, 343; *Nürnberg*, Durchsetzung von Verbraucherrechten, 159.

894 *Wardenbach*, GWR 2013, 35, 36.

895 Noch deutlicher: *Meller-Hannich*, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. I: Gutachten, 1, A 67– A 69. Hintergrund war, *free riding* von Anmeldern auf Kosten der Beteiligten des Verfahrens zu vermeiden, BT-Drs. 17/10160, 25; *Freitag/Lang*, ZZZ 2019, 329, 343. Zweifelnd, ob das sinnvoll ist *Halfmeier/Rott/Feess*, Evaluation KapMuG, 102–103, die bei ihrem Vorschlag auch davon ausgingen, dass die sog. einfache Teilnahme gleichzeitig auch eine Bindungswirkung bedeuten müsste.

896 Krit. hinsichtlich der abschreckenden Wirkung der Kosten *Wardenbach*, GWR 2013, 35, 37. Seine Argumentation setzt allerdings bei Streitwerten ab 5000€ an. Hierbei handelt es sich schon nicht mehr um Streuschäden. Bei niedrigen Streitwerten im

Letztlich überrascht es daher nicht, dass Verfahren nach dem KapMuG nur 265  
sehr zurückhaltend genutzt werden.<sup>897</sup> Das mag teilweise am engen Anwen-  
dungsbereich des Gesetzes, nicht zuletzt aber an den auch hier wirkenden  
Hemmfaktoren, liegen.

## 2. Spezielle Verbandsklage: Musterfeststellungsklage, §§ 606 ff. ZPO aF

### a. Grundzüge der Ausgestaltung

Die Musterfeststellungsklage, mit Wirkung vom 1.11.2018 bis zum 25.06.2023 266  
in §§ 606 ff. ZPO aF beheimatet,<sup>898</sup> sollte den kollektiven Rechtsschutz  
effektivieren, außergerichtliche Streitbeilegung fördern und die Justiz ent-  
lasten.<sup>899</sup> Anlass ihrer hastigen<sup>900</sup> Einführung war die zivilrechtliche Bewäl-  
tigung des Dieselskandals.<sup>901</sup>

Hierzu führte der Gesetzgeber ein zweistufiges Verfahren ein, das ein 267  
Opt-in Modell bezüglich der Partizipation an dem Verfahren mit einem  
Opt-out Modell, § 611 Abs. 4 ZPO aF, im Hinblick auf die Erstreckung eines  
etwaigen Vergleichs auf den einzelnen Klageteilnehmer kombiniert.<sup>902</sup> Auf  
der ersten Stufe erstreitet eine qualifizierte Einrichtung, § 606 Abs. 1 S. 2

---

Streuschadensbereich sind die Kosten aufgrund ihrer prozentualen Degressivität  
höher.

897 Fries, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 175.

898 Eingeführt durch das Gesetz zur Einführung einer zivilprozessualen Musterfeststel-  
lungsklage, 12.07.2018, BGBl. I 2018, 1151. Reformiert und durch das Gesetz zur  
Umsetzung der Richtlinie (EU) 2020/1828 über Verbandsklagen zum Schutz der  
Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG  
(Verbandsklagenrichtlinienumsetzungsgesetz – VRUG), 12.10.2023, BGBl. I 2023,  
Nr. 272, in das neue Gesetz zur gebündelten Durchsetzung von Verbraucherrechten  
(Verbraucherrechtsdurchsetzungsgesetz – VDuG) überführt. Die Ausführungen be-  
ziehen sich zunächst nur auf die ursprüngliche Form der Musterfeststellungsklage.  
Zur Reform s. u. § 6 B.

899 BT-Drs. 19/2507, 13, 15; *Amrhein*, Musterfeststellungsklage, 38–43; *Prütting*, AnwBl  
Online 2020, 205, 207.

900 B. Schneider, BB 2018, 1986–1987.

901 *Amrhein*, Musterfeststellungsklage, 42; *Freitag/Lang*, ZZP 2019, 329, 332; *Kramer*,  
Widerruf von Verbraucherdarlehen, 170–171 mwN; *Nürnberg*, Durchsetzung von  
Verbraucherrechten, 151–152.

902 *Amrhein*, Musterfeststellungsklage, 43–70; *Kramer*, Widerruf von Verbraucherdar-  
lehen, 174–176; *Nürnberg*, Durchsetzung von Verbraucherrechten, 105; NK-MuK-  
la/Röthemeyer, Einführung Rn. 14–15.

ZPO aF, ein Feststellungsurteil, §§ 612, 613 ZPO aF, zu den maßgeblichen tatsächlichen und rechtlichen Fragestellungen des fraglichen Sachverhalts, § 606 Abs. 1 S. 1 ZPO aF, oder einen Vergleich, § 611 ZPO aF.<sup>903</sup> Erst auf der zweiten Stufe besteht Aussicht auf ein Leistungsurteil für den einzelnen Rechtsinhaber und nur auf dieser Stufe profitieren die zur Feststellungsklage angemeldeten Verbraucher von der Bindungswirkung des Feststellungsurteils.<sup>904</sup> Im Verfahren der ersten Stufe hat der Verbraucher keine aktive Rolle.<sup>905</sup>

- 268 Je nach Ausgangsvariante des Musterfeststellungsverfahrens unterscheiden sich die nachfolgenden Handlungspflichten des Einzelnen, um seinen individuellen Anspruch durchzusetzen. Endet das Musterverfahren mit einem Musterfeststellungsurteil, muss jeder Einzelne entweder ein für die Dauer des Musterverfahrens ausgesetztes Verfahren weiterführen, oder er muss zum ersten Mal Leistungsklage erheben.<sup>906</sup> Endet das Verfahren mit einem Vergleich hängt die notwendige Intensität der Bemühungen des Einzelnen vom Vergleichsinhalt ab: Bei unmittelbaren Leistungspflichten muss er lediglich den Anspruchsgegner zur Leistung auffordern. Enthält der Vergleich nur eine Feststellung bezüglich der Leistungsziele, muss er seinen Anspruch genauer beziffern und einen konkreten Vergleich zur Zahlung mit dem Anspruchsgegner verhandeln.<sup>907</sup> Jedenfalls ist es mit dem Ende des Musterverfahrens für die einzelnen Rechteinhaber noch nicht getan.

## b. Kritik und Würdigung

- 269 Die Kritik aus der Literatur an der Musterfeststellungsklage ist vielstimmig und vielfältig.<sup>908</sup> So wurde etwa kritisiert, dass der Ausschluss des Verbrau-

---

903 *Amrhein*, Musterfeststellungsklage, 44, 61–64; *Kramer*, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 175; NK-MuKla/Röthemeyer, Einführung Rn. 15.

904 *Amrhein*, Musterfeststellungsklage, 44.

905 *Amrhein*, Musterfeststellungsklage, 60–61.

906 *Amrhein*, Musterfeststellungsklage, 67.

907 *Amrhein*, Musterfeststellungsklage, 69–70.

908 Im Überblick *Kramer*, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 176–177 mwN; NK-MuKla/Röthemeyer, Einführung Rn. 105 mwN. Vgl. statt Vieler außerdem *Heese*, JZ 2019, 429 ff.; *Jahn*, in: Verbraucherrechtsvollzug, 141, 148–156; *R. Koch*, MDR 2018, 1409 ff.; *Stadler*, VuR 2018, 83 ff.; *Tolksdorf*, ZIP 2019, 1401 mwN. Ein durchwachsendes Resümee nach den ersten Erfahrungen zieht *Jahn*, in: Verbraucherrechtsvollzug, 141 ff.

chers von der Parteienrolle letztlich zur Einschränkung des Rechts auf rechtliches Gehör führe, weil sich die Bindungswirkung auf bloß passive Anmelder erstreckt.<sup>909</sup> Mag diese Kritik auch valide sein, sind es doch andere Kritikpunkte, die im hiesigen Fokus relevanter erscheinen. Denn diese betreffen unmittelbar die Eignung der Musterfeststellungsklage zur Überwindung der Hemmfaktoren – insbesondere der Individualisierungsbarriere – vor der Rechtsdurchsetzung.<sup>910</sup> Man kann insgesamt den Eindruck gewinnen, sie sei bewusst so konzipiert, dass deutsche Unternehmen möglichst von ihr verschont werden.

Der erste dieser Punkte ist die Kritik am gewählten zweistufigen Modell.<sup>911</sup> Die Musterfeststellungsklage bietet keine Möglichkeit, individuelle Zahlungsansprüche unmittelbar durchzusetzen und ist damit letztlich auch kein Instrument zur Bündelung massenhafter Einzelansprüche.<sup>912</sup> Um Kompensationen zu erlangen, ist stets ein weiteres Tätigwerden notwendig. Das führt dazu, dass die Hemmfaktoren gleich zweimal überwunden werden müssen. Überspitzt könnte man formulieren: Die Musterfeststellungsklage senkt die Hemmfaktoren nicht, sondern verdoppelt sie dadurch, dass sie die Verfahrenszahl verdoppelt.<sup>913</sup> Das wäre zugegeben nur die halbe Wahrheit. Immerhin nimmt die Möglichkeit einer Anmeldung zu einem Musterverfahren den Einzelnen das originäre Prozessrisiko bei unklarer Rechtslage ab.<sup>914</sup> Zudem ist die Anmeldung – anders als beim KapMuG – zum einen ohne Anwalt möglich<sup>915</sup> und zum anderen verursacht sie selbst

909 Vgl. nur NK-MuKla/Röthemeyer, § 610 ZPO Rn. 50–57; NK-MuKla/ders., Einführung Rn. 87, 109–122; Musielak/Voit<sup>20</sup>/Stadler, § 613 ZPO Rn. 3–5 mwN.

910 Jaensch, in: Musterfeststellungsklage, 9, 11–12.

911 Das wird als Hauptschwäche der Musterfeststellungsklage bezeichnet, Engler, AnwBl Online 2021, 253, 255–256; Heese, JZ 2019, 429, 433, 436 mwN; ders., NZV, 273, 275; Jahn, in: Verbraucherrechtvollzug, 141, 152–154; Kramer, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 178; NK-MuKla/Röthemeyer, Einführung Rn. 110; Rother, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. II/1: Referate & Beschlüsse, 23, K 33; Stadler, JZ 2018, 792, 795; Tolksdorf, ZIP 2019, 1401. AA Singer, BRAK-Mitt. 2019, 211, 218.

912 H. Koch, Verbraucherprozessrecht, 86.

913 Stadler, VuR 2018, 83, 84. Vgl. auch Tolksdorf, ZIP 2019, 1401–1402.

914 Augenhöfer, Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2018 (<https://t1p.de/5rlv>), 81; Freitag/Lang, ZJP 2019, 329, 349; Heinzke/Storkenmaier, CR 2021, 299, Rn. 34; Jahn, in: Verbraucherrechtvollzug, 141, 152. Garantiert ist ein Erfolg im Verfahren auf der Leistungsstufe auch nach erfolgreicher Musterfeststellungsklage indes nicht Klose, Justiz als Wirtschaftsfaktor, 297.

915 Was sich in der Praxis in Anbetracht der inhaltlichen Anforderungen an eine wirksame Anmeldung freilich relativiert. Vgl. dazu Jahn, in: Verbraucherrechtvollzug, 141, 154–156 mwN.



bei Vornahme durch einen Anwalt keine zusätzlichen Kosten, § 19 Abs. 1 Nr. 1a RVG.<sup>916</sup> Dennoch lässt sich bezweifeln, ob bei geringen Werten, für deren Durchsetzung der Gesetzgeber die Musterfeststellungsklage immerhin geschaffen hat, genug Anreiz für ein doppeltes Tätigwerden gesetzt wird.<sup>917</sup> Zudem senkt das zweistufige Modell die vergleichsbereitschaftsfördernde Wirkung eines drohenden Musterfeststellungsurteils.<sup>918</sup> Der Beklagte kann es auch darauf ankommen lassen, wie viele Anmelder wirklich den zweiten Schritt der Anspruchsdurchsetzung gehen.<sup>919</sup> Mit einem Musterfeststellungsurteil ist schließlich noch kein Geld verloren.

- 271 Daneben wird – zu Recht – kritisiert, dass die Musterfeststellungsklage auf Verbraucher, § 608 Abs. 1 ZPO aF, beschränkt ist.<sup>920</sup> KMU profitieren allerhöchstens mittelbar von der Musterfeststellungsklage, obwohl erstens Streu- und Massenschadensereignisse nicht danach differenzieren, ob der Geschädigte Verbraucher oder Unternehmer ist<sup>921</sup> und zweitens sich die hinter KMU stehenden und entscheidenden Personen genauso durch die Hemmfaktoren von der Rechtsdurchsetzung abhalten lassen, wie Verbrau-

916 Freitag/Lang, ZZZP 2019, 329, 349; Kramer, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 178; NK-MuKla/Röthemeyer, Einführung Rn. 14, 111–112. Ein wesentlicher Unterschied zur Anmeldung beim KapMuG.

917 Im Ergebnis ebenso Amrhein, Musterfeststellungsklage, 70; Freitag/Lang, ZZZP 2019, 329, 351–352; Kramer, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 179–180; Stadler, VuR 2018, 83, 84.

918 Augenhöfer, Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2018 (<https://tlp.de/5rlv>), 80–81; Freitag/Lang, ZZZP 2019, 329, 352; Heinzke/Storkenmaier, CR 2021, 299, Rn. 37; Meller-Hannich, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. I: Gutachten, 1, A 55, A 105; Rother, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. II/1: Referate & Beschlüsse, 23, K 33; Stadler, VuR 2018, 83, 87. AA Kramer, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 179; NK-MuKla/Röthemeyer, Einführung Rn. 122. Prütting, AnwBl Online 2020, 205, 207; ders., ZIP 2020, 197, 200–201, weist zudem darauf hin, dass Unwägbarkeiten aus der unsicheren Gestaltung des Anmelderegisters es dem Beklagten schwer machen, abzuschätzen, mit wie vielen Beteiligten man es zu tun hat, sodass die Vergleichsbereitschaft sinke. Eingehend zur Motivationslage bei Vergleichsverhandlungen Schöningh, Kartellschadensersatzrechtliche Musterfeststellungsverfahren, 145–148.

919 Dazu NK-MuKla/Röthemeyer, Einführung Rn. 113–122.

920 Engler, AnwBl Online 2021, 253, 255; Freitag/Lang, ZZZP 2019, 329, 349; Gluding, Kollektiver und überindividueller Rechtsschutz, 173–174, 179; Heese, JZ 2019, 429, 435; Kramer, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 176–177 mwN; zum Diskussionsentwurf schon Meller-Hannich, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. I: Gutachten, 1, A 48.

921 Kolba, Davids gegen Goliath, 273–274.

cher.<sup>922</sup> Ihre einzige Möglichkeit war eine faktische Breitenwirkung eines Musterfeststellungsurteils, das sie wegen § 148 Abs. 2 ZPO aF abwarten konnten.<sup>923</sup> Immerhin wurde im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens auf das Problem reagiert, das entstanden wäre, wäre der Verbraucherbegriff aus § 13 BGB als Anknüpfungspunkt für die Anwendbarkeit der Musterfeststellungsklage gewählt worden.<sup>924</sup> Da dieser an eine rechtsgeschäftliche Begegnung anknüpft, wären Ansprüche aus deliktischer Verschuldens- und Gefährdungshaftung vom Anwendungsbereich des Gesetzes ausgenommen gewesen. Dies wurde durch Einführung eines prozessualen Verbraucherbegriffs in § 29c Abs. 2 ZPO gelöst.<sup>925</sup> Die Begrenzung auf Rechtsverhältnisse von Verbrauchern zu Unternehmern führt jedenfalls dazu, dass sie im Rahmen von Kartellschadensersatzverfahren nicht nutzbar ist.<sup>926</sup> Denn im Kartellrecht sind Verbraucheransprüche praktisch irrelevant.<sup>927</sup>

Nur theoretisch denkbar wäre, die Verbraucher von der Last des zweistufigen Verfahrens dergestalt zu befreien, dass die qualifizierte Einrichtung nicht nur die Musterfeststellungsklage erhebt, sondern auch die Einzelsprüche bei sich bündelt und auf zweiter Stufe im Wege der Einziehungsklage, § 79 Abs. 2 Nr. 3 ZPO, kombiniert mit der objektiven Klagehäufung nach § 260 ZPO,<sup>928</sup> zentral geltend macht.<sup>929</sup> Diesen Weg erschweren indes

922 Vgl. § 2 A. II. S.a. *Augenhofer*, NJW 2021, 113, 115; *Freitag/Lang*, ZJP 2019, 329, 346 mwN; *Gluding*, Kollektiver und überindividueller Rechtsschutz, 173–174, 179; *Heese*, JZ 2019, 429, 435; *Meller-Hannich*, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. I: Gutachten, I, A 35; *Stadler*, VuR 2018, 83, 86; *Theissen*, Prozessführungsgesellschaften, 55. Gerade im Kartellrecht besteht ein besonderes Bedürfnis nach Bündelung seitens der Geschädigten, das durch den Gesetzgeber nicht befriedigt wird, vgl. *C. Krüger/Seegers*, BB 2021, 1031, 1033; *Makatsch/Kacholdt*, NZKart 2021, 486.

923 Musielak/Voit/Stadler, § 148 ZPO Rn. 9a; NK-ZPO/Wöstmann, § 148 ZPO Rn. 1.1.

924 *Gluding*, Kollektiver und überindividueller Rechtsschutz, 184–187.

925 BT-Drs. 19/2507, 20; *Amrhein*, Musterfeststellungsklage, 53; *Gluding*, Kollektiver und überindividueller Rechtsschutz, 187–188; *Heese*, JZ 2019, 429, 435; *Kramer*, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 173; NK-MuKla/Röthemeyer, § 29c ZPO Rn. 1–2; BeckOK-ZPO/Toussaint, § 29c ZPO Rn. 12.1.

926 Vgl. BGH, 13.07.2021 – II ZR 84/20, Rn. 44, BGHZ 230, 255, unter Verweis auf *M. J. R. Kremer/Nowak*, NZKart 2020, 311, 313; *C. Krüger/Seegers*, BB 2021, 1031, 1033 mwN.

927 *C. Krüger/Seegers*, BB 2021, 1031, 1033, die zur Begründung auf den Streuschadenscharakter solcher Ansprüche verweisen. Dazu schon § 2 E. I. 3. IE so auch *Schultze-Moderow/Steinle/Muchow*, BB 2023, 72, 76 mwN.

928 Zu dieser Möglichkeit *Rother*, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. II/1: Referate & Beschlüsse, 23, K 27-K 28.

929 Qualifizierte Einrichtungen, die die restriktiven Anforderungen des § 606 Abs. 1 S. 2 ZPO erfüllen, erfüllen gleichzeitig die weniger strengen Anforderungen des § 79

die Ausgestaltung des prozessualen Verbraucherbegriffs und die Beschränkung der Musterfeststellungsklage auf den B2C-Bereich. Um den gezeigten Weg zu beschreiten, müsste eine Möglichkeit für den Verband bestehen, von einer auf erster Stufe erstrittenen Bindungswirkung, § 613 Abs. 1 S. 1 ZPO aF, zu profitieren. Die §§ 611 Abs. 1 und 613 Abs. 1 S. 1 HS. 1 ZPO aF beschränken die Wirkung von Vergleich und Musterfeststellungsurteil allerdings ausdrücklich bloß auf *angemeldete Verbraucher*. Etwaige Rechtsnachfolger profitieren daher grundsätzlich nicht von den Wirkungen der Anmeldung. Die insoweit vorherrschende Ansicht versucht, dem mit §§ 265, 325 ZPO in analoger Anwendung zu begegnen, wenn die Rechtsnachfolge zwischen Anmeldung und Vergleichsschluss oder Rechtskraft des Urteils stattgefunden hat.<sup>930</sup>

- 273 Die Möglichkeit für den klagenden Verband, die Ansprüche schon im Vorfeld der Klage zu bündeln und sich dann selbst zum Klageregister anzumelden, besteht *de lege lata* jedenfalls nicht, weil sich die Ansprüche zumindest bei der Anmeldung in Verbraucherhand befinden müssen.<sup>931</sup> Selbst wenn man eine Ausnahme für nicht gewerbliche, sondern gemeinnützige, korporative Zessionare machen wollte, steht dem der prozessuale Verbraucherbegriff entgegen, der als Verbraucher ausdrücklich nur natürliche Personen zulässt. Dem könnte man mittels teleologischer Reduktion

---

Abs. 2 Nr. 3 ZPO, vgl. BeckOK-ZPO/A. *Piekenbrock*, § 79 ZPO Rn. 14. Mit einer ähnlichen Tendenz wie hier NK-MuKla/*Röthemeyer*, Einführung Rn. 116. Zweifelnd an der Praktikabilität dagegen *Stadler*, VuR 2018, 83, 86. Dieser Möglichkeit steht ferner entgegen, dass § 79 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 ZPO nur Verfahren vor den Amtsgerichten erlaubt.

930 NK-MuKla/*Röthemeyer*, § 606 ZPO Rn. 67; NK-MuKla/*ders.*, § 611 ZPO Rn. 9; NK-MuKla/*ders.*, § 613 ZPO Rn. 7–11. Zustimmend BeckOK-ZPO<sup>50</sup>/*Augenhofer*, § 613 ZPO Rn. 8a; Prütting/*Gehrlein/Halfmeier*, § 613 ZPO Rn. 10; *Röß*, NJW 2020, 953, 957; Musielak/*Voit*<sup>20</sup>/*Stadler*, § 613 ZPO Rn. 1a–2. Stattdessen eine Analogie des § 613 Abs. 1 ZPO befürwortend BeckOK-ZPO<sup>50</sup>/*Lutz*, § 608 ZPO Rn. 17, die allerdings in BeckOK-ZPO<sup>50</sup>/*dies.*, § 608 ZPO Rn. 29, sodann auch eine entsprechende Anwendung der §§ 325 ff. ZPO für Rechtsnachfolger fordert. AA und für Unübertragbarkeit der Wirkungen der Anmeldungen durch Einzelrechtsnachfolge *Zöller*<sup>34</sup>/*Vollkommer*, § 608 ZPO Rn. 5b; *Zöller*<sup>34</sup>/*ders.*, § 613 ZPO Rn. 4.

931 *Amrhein*, Musterfeststellungsklage, 53–54; BeckOK-ZPO<sup>50</sup>/*Lutz*, § 608 ZPO Rn. 17; *Nürnberg*, Durchsetzung von Verbraucherrechten, 155, dort Fn. 659; NK-MuKla/*Röthemeyer*, § 29c ZPO Rn. 6–11; *Zöller*<sup>34</sup>/*Vollkommer*, § 608 ZPO Rn. 2. AA Prütting/*Gehrlein/Halfmeier*, § 608 ZPO Rn. 5; *Nürnberg*, Durchsetzung von Verbraucherrechten, 155, dort Fn. 659; *Röß*, NJW 2020, 953, 955–957, der auch Zessionaren einer Abtretung zur Rechtsdurchsetzung eine Anmeldung gestatten und §§ 610 Abs. 3, 613 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 ZPO analog auf jene Anmelder anwenden will.

abhelfen. Das bietet indes in der Praxis nicht mehr Rechtssicherheit als die Analogielösung für Fälle *nach* Anmeldung und stünde im Widerspruch zur gesetzgeberischen Intention.<sup>932</sup>

Eine Bündelung auf zweiter Stufe kommt daher – will man sich auf die analoge Anwendung der §§ 265 und 325 ZPO verlassen – erst nach Anmeldung durch die Verbraucher in Frage.<sup>933</sup> Der Gesetzgeber hat es hier versäumt, eine Schwachstelle der Musterfeststellungsklage unter Nutzung eines bestehenden, bisher aber wenig genutzten Instruments zu beseitigen. Davon hätten beide Instrumente – Musterfeststellungsklage und Einziehungsklage – hinsichtlich ihrer praktischen Nutzbarkeit profitiert. Zu befürworten wäre daher, wenn schon an der Zweistufigkeit des Verfahrens festgehalten werden soll, eine Reform, die den klagebefugten Einrichtungen oder – noch besser – einer breiteren Vielzahl von Verbraucherschutzorganisationen eine Bündelung der Ansprüche auf der zweiten Stufe rechtssicher ermöglicht. Das könnte durch Änderung von § 608 ZPO aF oder § 613 ZPO aF geschehen – je nachdem zu welchem Zeitpunkt man den Beginn der Bündelung ansetzen möchte. Denkbar wäre auch eine Fiktion in § 29c ZPO hinsichtlich der Verbrauchereigenschaft für Verbände iSd § 79 Abs. 2 Nr. 3 ZPO einzufügen. 274

Ferner sind die klagebefugten Verbände infolge der Ausgestaltung der §§ 606 ff. ZPO aF überfordert: Sie tragen das volle finanzielle Risiko in Fällen einer Niederlage und haben gleichzeitig keinerlei Aussicht auf Gewinne bei erfolgreichen Verfahren.<sup>934</sup> Die finanzielle Hemmschwelle wirkt demnach auch auf die Verbände ein. Die Musterfeststellungsklage leidet daher strukturell an demselben Mangel, der schon bei Gewinnabschöpfungsklagen zu deren praktischer Irrelevanz geführt hat.<sup>935</sup> Das ist direkte Folge der strengen Regelungen zur Klagebefugnis, die der Gesetzgeber vermutlich als Ausgleich für den erweiterten Anwendungsbereich auf den gesamten Verbraucherrechtsbereich, jedenfalls aber aufgrund seiner geradezu panischen 275

---

932 *Amrhein*, Musterfeststellungsklage, 54.

933 Das ist nach der Ausgestaltung *de lege lata* auch die realistischere Konstellation: § 609 Abs. 6 ZPO gewährt den Parteien Einsicht in das Klageregister. Hierdurch kann der Kläger die notwendigen Daten der Angemeldeten erlangen, um eine Bündelung auf der Leistungsstufe zu initiieren. Wollte er damit früher ansetzen, müsste er eigeninitiativ tätig werden und potenziell Anspruchsberechtigte finden. Wartet er die Anmeldungen ab, werden ihm die Daten schon gebündelt überreicht. Vgl. hierzu NK-MuKla/Röthemeyer, Einführung Rn. 116.

934 *Augenhofer*, Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2018 (<https://tlp.de/5rlv>), 77; *Freitag/Lang*, ZZP 2019, 329, 347–349; NK-MuKla/Röthemeyer, Einführung Rn. 109.

935 Vgl. o. Rn. 201.

Angst vor einer Klageindustrie,<sup>936</sup> noch restriktiver ausgestaltet hat, als bei den vorher existierenden Verbandsklagen.<sup>937</sup> Vor diesem Hintergrund ist es zumindest fraglich, ob der Verband sein Kostenrisiko bei einem Prozessfinanzierer rückversichern kann,<sup>938</sup> sodass das Kostenrisiko nicht externalisiert werden kann.

- 276 Zuletzt kann eine Musterfeststellungsklage ihr Ziel, die Justiz bei Massenschadensereignissen zu entlasten, aufgrund ihrer zweistufigen Ausgestaltung überhaupt nur dann erreichen, wenn das Verfahren mit einem Vergleich endet. Denn nur dann entfällt aufgrund der Soll-Inhalte des Vergleichs, § 611 Abs. 2 Nr. 1 ZPO aF, die zweite Stufe der Individualklagen.<sup>939</sup> Die rechtspolitische Hoffnung auf einen Abschluss durch Vergleich ist der Musterfeststellungsklage aufgrund dieses Zielkonfliktes aus Ausgestaltung und Zweck daher immanent.<sup>940</sup> Dass die bisher größte Musterfeststellungsklage gegen VW dann auch mit einem Vergleich endete, führt stellenweise zu einer positiven Bewertung des Instruments trotz aller Kritik.<sup>941</sup> Bei der Durchsetzungsförderung im Bereich von Bagatellschäden ohne Breitenwir-

---

936 BT-Drs. 19/2057, 22–23. Vgl. auch *Kramer*, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 171. Dazu u. § 3 E. II.

937 *Freitag/Lang*, ZZZ 2019, 329, 349–350; *Heese*, JZ 2019, 429, 434; *Nürnberg*, Durchsetzung von Verbraucherrechten, 153; ausführlich zur Klagebefugnis *Röthemeyer*, VuR 2020, 130 ff.; NK-MuKla/*ders.*, Einführung Rn. 109; *Stadler*, JZ 2020, 321, 330.

938 *Dux-Wenzel/Quaß*, DB 2021, 717, 718. Der Vergleich mit drittfinanzierten Gewinnabschöpfungsklagen drängt sich auf, vgl. o. Rn. 200, weil sich auch bei der Musterfeststellungsklage aus § 606 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 ZPO ergibt, dass Musterfeststellungsklagen nicht mit Gewinnerzielungsabsicht erhoben werden dürfen.

939 Krit. in diese Richtung auch schon *Meller-Hannich*, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. I: Gutachten, I, A 105. Dem ist mit Einschränkungen zuzustimmen. Endet die Musterfeststellungsklage in einem Urteil, so entfaltet dieses für die Prozesse auf zweiter Stufe Bindungswirkung, § 613 Abs. 1 S. 1 ZPO. Daraus folgt, dass sich zwar keine *quantitative* Entlastung der Gerichte durch die erste Stufe ergibt, wenn man unterstellt, dass alle, die sich zur Musterfeststellungsklage angemeldet haben und die auch auf der zweiten Stufe tätig werden, sonst Individualklage erhoben hätten. Wohl aber kann die Bindungswirkung zu einer *qualitativen* Entlastung der Gerichte führen, die jedenfalls im Umfang des § 613 Abs. 1 S. 1 ZPO von einer vertieften Prüfung absehen müssen. Das wird wiederum dadurch relativiert, dass das auf zweiter Stufe entscheidende Gericht prüfen muss, ob derselbe Lebenssachverhalt zugrunde liegt, vgl. MüKo-ZPO-II/*Menges*, § 613 ZPO Rn. 1. Ob am Ende dieser Gleichung eine echte Entlastung der Justiz steht, ist zumindest zweifelhaft. Ähnlich *Engler*, Bedeutung der unechten Legal Tech-Sammelklagen für den kollektiven Rechtsschutz, 259.

940 *Amrhein*, Musterfeststellungsklage, 67; NK-MuKla/*Röthemeyer*, § 611 ZPO Rn. 2–3.

941 *Prütting*, ZIP 2020, 1434, 1442.

kung, etwa im Bereich von Mietpreisbremse und FluggastVO, scheitert die Musterfeststellungsklage von vornherein.<sup>942</sup>

### c. Zwischenergebnis

Insgesamt hat die Ausgestaltung der Musterfeststellungsklage deutliche und berechnete Kritik erfahren. Gemessen an seinen Zielen ist der Gesetzgeber bei der Einführung der Musterfeststellungsklage gescheitert: Ausweislich der Materialien wollte er – anlässlich des Dieselskandals – Streuschäden besser handhabbar machen und rationalem Desinteresse entgegenwirken.<sup>943</sup> Im hastig durchgeführten Gesetzgebungsverfahren hat er dabei übersehen, dass beim Dieselskandal weder rationales Desinteresse, noch ein Streuschaden die Rechtsdurchsetzung behindern, sondern die Spezifika eines Massenschadensereignisses.<sup>944</sup> Doch auch im Kontext von Streuschäden und rationalem Desinteresse sowie bei der Justizentlastung ist die Musterfeststellungsklage unzureichend.<sup>945</sup> Den Beginn befürchteter amerikanischer Verhältnisse stellt auch die Musterfeststellungsklage längst nicht dar<sup>946</sup> – immerhin insoweit hat der Gesetzgeber sein Ziel erreicht. Wiederholt der deutsche Gesetzgeber auch in Zukunft die immer wieder gleichen Fehler, drohen die „deutschen Verhältnisse“ zu einem ähnlich geflügelten Wort zu werden, wie die amerikanischen.

942 *BMJV*, RefE: Gesetz zur Förderung verbrauchergerechter Angebote im Rechtsdienstleistungsmarkt (<https://t1p.de/m94f>), 10; *Stadler*, JZ 2020, 321, 330.

943 S.o. Fn. 899.

944 Ähnlich *Amrhein*, Musterfeststellungsklage, 42.

945 *Augenhofer*, Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2018 (<https://t1p.de/5rlv>), 81–83; *Engler*, Bedeutung der unechten Legal Tech-Sammelklagen für den kollektiven Rechtsschutz, 258; *Freitag/Lang*, ZJP 2019, 329, 349, 352; *Heese*, JZ 2019, 429, 436; *Kramer*, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 179–180; *Meller-Hannich*, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. I: Gutachten, I, A 47-A 48, A 55, A 60-A 61, A 105; *N.N.*, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. II/1: Referate & Beschlüsse, 69, K 72; *Osburg*, ZBB 2019, 384, 387; *Rusche*, MMR 2021, 942, 943; *Stadler*, JZ 2018, 792, 802; schon zum Entwurf *dies.*, VuR 2018, 83, 87. Ähnlich das Fazit von *Heinzke/Storkenmaier*, CR 2021, 299, Rn. 38–40, für datenschutzrechtliche Massenklagen. Teilweise eingestehend nunmehr BT-Drs. 19/27673, 14, für Bereiche ohne Breitenwirkung und konkret im Teilbereich der Rechte von Flugpassagieren.

946 *Augenhofer*, Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2018 (<https://t1p.de/5rlv>), 65; *Engler*, AnwBl Online 2021, 253, 256; *Heese*, JZ 2019, 429, 432, 439; *Horacek*, Rechtsschutzversicherung im Großschadensfall, 56–59; *Keßler*, ZRP 2016, 2–3; *Rehder/van Elten*, ZfRS 2019, 64, 82–83; *NK-MuKla/Röthemeyer*, Einführung Rn. 97–99; *Severin*, in: Musterfeststellungsklage, 19, 52.

### 3. Europäischer Ausblick: Silberstreif am Horizont?

- 278 Die deutsche Geschichte kollektiver Rechtsdurchsetzung ist – wie gezeigt – geprägt von mittelmäßigen Lösungen, die an ihren eigenen Zielen scheitern. Neuerungen sind praktisch unwirksam geblieben oder anderweitig verpufft. Das liegt nicht zuletzt an Übervorsicht und an der Panik rund um das „*Narrativ der amerikanischen Verhältnisse*“<sup>947</sup>. Hoffnung bringt aus Sicht der Befürworter weitergehender kollektiver Instrumente die neue Verbandsklagerichtlinie der EU<sup>948</sup>.
- 279 Als Teil des „New Deal for Consumers“<sup>949</sup> soll die Richtlinie dem auch auf europäischer Ebene erkannten Defizit bei der kollektiven Rechtsdurchsetzung abhelfen.<sup>950</sup> Nach der längeren Geschichte der europäischen Bemühungen um bessere – auch grenzüberschreitende – kollektive Rechtsschutzinstrumente,<sup>951</sup> versucht die VerbKl-RL nunmehr ausweislich ihres Erwägungsgrundes 9, eine effiziente und wirksame Möglichkeit für Verbände zu schaffen, dem rationalen Desinteresse von Verbrauchern bei Bagatel- und Streuschäden entgegenzuwirken. Die Richtlinie soll den Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher stärken und ihnen den Zugang zum Recht gewährleisten, indem Rechtsdurchsetzungshindernisse abgebaut werden.<sup>952</sup> Sie macht dabei vieles richtig, ist allerdings bei weitem nicht perfekt.

#### a. Licht...

- 280 Positiv hervorzuheben ist, dass die Richtlinie bei den sogenannten Abhilfe-verbandsklagen, Art. 1 Abs. 2 S. 2 Var. 2, 3 Nr. 10; Art. 9 VerbKl-RL, ein Verfahren vorsieht, das in keinem Stadium Individualklagen der Verbraucher

---

947 NK-MuKla/Röthemeyer, Einführung Rn. 90–102. Vgl. u. § 3 E. II.

948 Richtlinie (EU) 2020/1828 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2020 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG (VerbKl-RL).

949 S. zu den Bestandteilen dieser Initiative *Europäische Kommission*, New Deal for Consumers (<https://t1p.de/frov>).

950 *Augenhöfer*, NJW 2021, 113, 114.

951 Vgl. dazu *Augenhöfer*, Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2018 (<https://t1p.de/5rlv>), 14–23; *C. Fechner*, Schutzlücken, 131–138; *Fries*, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 170; *H. Koch*, Verbraucherprozessrecht, 92–93; *Meller-Hannich*, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. I: Gutachten, I, A 12, A 14–A 23; *Röthemeyer*, VuR 2021, 43.

952 *Wais*, IPRax 2022, 141, 145.



erfordert.<sup>953</sup> Das hindert den deutschen Gesetzgeber, den entscheidenden Fehler von KapMuG und Musterfeststellungsklage<sup>954</sup> bewusst ein drittes Mal zu wiederholen. Auch, dass die Richtlinie weder bei innerstaatlichen Verbrauchern Opt-out Modelle per se verbietet,<sup>955</sup> noch Drittfinanzierung von Abhilfeklagen, Art. 10 VerbKl-RL, vollständig untersagt, ist begrüßenswert.<sup>956</sup> Ferner ist auch Art. 16 VerbKl-RL, der auch bei Unterlassungsklagen die Verjährung von Ansprüchen betroffener Verbraucher vorsieht, grundsätzlich positiv zu bewerten. Bisher sind verjährungshemmende Unterlassungsklagen dem deutschen Recht fremd.<sup>957</sup>

## b. ...und Schatten

Problematisch ist dagegen die Begrenzung der Verbandsklagen auf Verbraucher und deren Interessen iSd Art. 3 Nr. 3 VerbKl-RL durch Erwägungsgrund 14 iVm Art. 2 Abs. 1 S. 1; 3 Nr. 1 VerbKl-RL.<sup>958</sup> Sollte Deutschland von der in Erwägungsgrund 18 eingeräumten Möglichkeit einer überschießenden Umsetzung keinen Gebrauch machen – und das ist in Anbetracht der Musterfeststellungsklage wahrscheinlich – bleibt die Rechtsdurchsetzungsinsuffizienz KMUs betreffend unberührt. Ohnehin ist der sachliche Anwendungsbereich der Richtlinie auf Verstöße gegen einen Katalog besonderer

953 Art. 9 Abs. 6 VerbKl-RL; *Augenhofer*, NJW 2021, 113, 116; *Röthemeyer*, VuR 2021, 43, 50–52; *Vollkommer*, MDR 2021, 129, Rn. 37–39, 44–58.

954 *Heese*, JZ 2019, 429, 436.

955 *Augenhofer*, NJW 2021, 113, 114–115; *Röthemeyer*, VuR 2021, 43, 50; *Vollkommer*, MDR 2021, 129, Rn. 13, 41. Ein solches Modell ist, wenn man flächendeckendere Rechtsdurchsetzung insbesondere bei Streuschäden befürwortet, aus der verhaltensökonomischen Nudging- und Framing-Perspektive durchaus interessant: Opt-out Modelle haben ihre Wirksamkeit schon bewiesen, etwa beim Thema Organspenden. Solche Modelle nutzen die Tendenz hin zu einer Entscheidung nicht zu entscheiden bzw. zur bewussten Untätigkeit, vgl. nur *Hacker*, Verhaltensökonomik und Normativität, 85–86; *Karampatzos*, Private law, nudging & behavioural economic analysis, 22–27. Die Entscheidung für solch ein Modell setzt allerdings die klare gesetzgeberische Wertung eines Zustandes als vorzugswürdig voraus und sie lässt gerade beim Thema Rechtsdurchsetzung verfassungsrechtliche Garantien wie den Anspruch auf rechtliches Gehör o.ä. außer Acht, ist also aus rechtlicher Sicht genauso schwierig umzusetzen, wie sie verhaltensökonomisch wünschenswert wäre.

956 *Augenhofer*, NJW 2021, 113, 117–118; *Röthemeyer*, VuR 2021, 43, 52; *Vollkommer*, MDR 2021, 129, Rn. 62.

957 *Vollkommer*, MDR 2021, 129, Rn. 66–68.

958 *Augenhofer*, NJW 2021, 113, 115; *Engler*, AnwBl Online 2021, 253, 255.

Unionsrechtsakte, Art. 2 Abs. 1 iVm Anhang I VerbKl-RL, begrenzt. Dieser umfasst das Kartellschadensersatzrecht nicht,<sup>959</sup> gerade dort besteht aber erhöhter Bedarf an kollektivem Rechtsschutz.<sup>960</sup> Auch insoweit müsste der deutsche Gesetzgeber mithin überschießend umsetzen. Flächendeckende Harmonisierung durch die Richtlinie ist damit in zwei Dimensionen nicht vorgesehen: Erstens wird die Richtlinie zu 27 national unterschiedlichen Rechtsschutzinstrumenten führen.<sup>961</sup> Zweitens ist nicht der gesamte Bereich des Unionsrechts erfasst.

- 282 Ferner könnten sich auch auf europäischer Ebene die Klagebefugnis und zu rigide Zulassungsanforderungen an die klagebefugten qualifizierten Einrichtungen zum Kernproblem entwickeln, wenn es um die praktische Effektivität und Nutzung der neu vorgesehenen Rechtsschutzinstrumente geht. Die Richtlinie differenziert dabei zwischen innerstaatlichen und grenzüberschreitenden Verbandsklagen und regelt die Anforderungen an die qualifizierten Einrichtungen unterschiedlich, Art. 4 Abs. 3, 4 VerbKl-RL, wobei die Mitgliedstaaten einen Gleichlauf der Voraussetzungen vorsehen können, Art. 4 Abs. 5 VerbKl-RL. Insgesamt macht die Richtlinie für grenzüberschreitende Klagen in diesem Kontext weit restriktivere Vorgaben als bei innerstaatlichen Klagen, bei denen Art. 4 Abs. 4 VerbKl-RL lediglich verbietet, so strenge Voraussetzungen vorzusehen, dass Klagen faktisch unmöglich würden.<sup>962</sup>
- 283 Ein dritter Punkt, der sich im Regelungskonzept der Richtlinie als kritisch erweisen könnte, ist die Ausgestaltung der finanziellen Risiken, denen die Kläger ausgesetzt sind. Grundsätzlich sieht Art. 12 Abs. 1 VerbKl-RL für Abhilfeverbandklagen das aus § 91 ZPO bekannte „loser pays“-Prinzip vor.<sup>963</sup> Dem Risiko, dass qualifizierte Einrichtungen sich von drohenden Kosten von einer Klage abschrecken lassen, versucht die Richtlinie durch mehrere Mechanismen entgegenzutreten. In Art. 20 Abs. 1 VerbKl-RL ist den Mitgliedstaaten aufgegeben, besondere Maßnahmen zu ergreifen, um sicherzustellen, dass die Einrichtungen nicht aus Kostenfurcht von Klagen absehen. Zudem ermöglicht sie, die Kläger von nicht abgerufenen Abhilfesummen profitieren

---

959 C. Krüger/Seegers, BB 2021, 1031, 1033.

960 S.u. Rn. 418 & § 3 B. II. 3.

961 Augenhöfer, NJW 2021, 113, 118.

962 Vgl. die Darstellungen bei Augenhöfer, NJW 2021, 113, 115; Röthemeyer, VuR 2021, 43, 44–45; Vollkommer, MDR 2021, 129, Rn. 15–22.

963 Röthemeyer, VuR 2021, 43, 45; Vollkommer, MDR 2021, 129, Rn. 60.

zu lassen, Art. 9 Abs. 7 S. 2 VerbKl-RL.<sup>964</sup> Letzteres vermindert zwar nicht die finanziellen Risiken unmittelbar, bietet den Verbänden allerdings immerhin die bisher verwehrte Möglichkeit, durch Profite Rücklagen für künftige Niederlagen zu bilden.<sup>965</sup> Auch Drittfinanzierung ist grundsätzlich nicht ausgeschlossen. Allerdings werden die Zulässigkeitsvoraussetzungen von Drittfinanzierungen so eng formuliert, dass fraglich ist, inwieweit diese Finanzierungsmöglichkeit tatsächlich genutzt werden kann und darf.<sup>966</sup> Im Falle grenzüberschreitender Abhilfeverbandsklagen wird die (Dritt-)Finanzierung der Verbände und Klagen und ihre Unabhängigkeit von äußeren Einflüssen aufgrund dessen gleich einer doppelten Prüfung unterzogen: Art. 4 Abs. 3 lit. e VerbKl-RL sieht schon bei der Zulassung als qualifizierte Einrichtung eine solche Prüfung vor; Art. 10 Abs. 1 und 3 VerbKl-RL sehen eine nochmalige Prüfung bei einzelnen fremdfinanzierten Verbandsklagen vor.<sup>967</sup> Bei innerstaatlichen Abhilfeklagen könnte – je nach Ausgestaltung im nationalen Recht – immerhin die erstgenannte Prüfung entfallen.

Gerade beim Thema der Drittfinanzierung könnte die neuere Entwicklung 284 in der höchststrichterlichen Rechtsprechung, die bei Gewinnabschöpfungsklagen durch Verbände die Einschaltung eines Prozessfinanzierers gegen Erfolgsbeteiligung untersagt,<sup>968</sup> die praktische Nutzbarkeit von Abhilfeverbandsklagen erheblich beschneiden. Ob sich diese Linie auf Abhilfeverbandsklagen übertragen lässt, ist fraglich. Dafür spricht, dass es ersichtliches Ziel des Richtliniengebers ist, wirtschaftliche (Eigen-)Interessen der Kläger und externer Finanzierer an den Abhilfeklagen im Interesse der Missbrauchsverhütung zu beschränken. Missbrauchsverhütung ist schließlich für den BGH auch das zentrale Argument, um Prozessfinanzierung gegen Erfolgsbeteiligung bei Gewinnabschöpfungsklagen als unzulässig einzuordnen.<sup>969</sup> Gegen die Übertragung spricht allerdings, dass das System der Gewinnabschöpfungsklagen bewusst *gar keine* Möglichkeit für die Kläger vorsieht, von der Klage zu profitieren.<sup>970</sup> Die Richtlinie aber eröffnet immerhin die Möglichkeit einer Beteiligung der Verbände an nicht

964 Augenhöfer, NJW 2021, 113, 116.

965 NK-MuKla/Röthemeyer, Einführung Rn. 109.

966 Ebenso krit. Röthemeyer, VuR 2021, 43, 52.

967 Vgl. insgesamt Röthemeyer, VuR 2021, 43, 45; Vollkommer, MDR 2021, 129, Rn. 61–63.

968 S.o. Rn. 200; Fn. 643–646.

969 BGH, 09.05.2019 – I ZR 205/17, Rn. 26–27; BGH, 13.09.2018 – I ZR 26/17, Rn. 42.

970 BT-Drs. 15/1487, 25. Hierzu hatte schon der Bundesrat im Gesetzgebungsverfahren vorhergesehen, dass diese Ausgestaltung das Instrument praktisch wirkungslos mache, BT-Drs. 15/1487, 35.

abgerufenen Abhilfemitteln, ist insoweit also weniger resolut als die bisherige nationale Ausgestaltung. Da Art. 9 Abs. 7 S. 2 VerbKl-RL es den Mitgliedstaaten aber zur Entscheidung überlässt, von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen, hängt die Übertragbarkeit zentral von der Umsetzung im nationalen Recht ab. Sollte abermals der Gesetzgeber aus Furcht vor amerikanischen Verhältnissen eine strenge, jegliche finanzielle Anreize für die Klagebefugten *oder Dritte*<sup>971</sup> ausschließende Regelung wählen, drohen die Abhilfeklagen das derzeitige Schattendasein der Gewinnabschöpfungsklagen<sup>972</sup> zu teilen. Im Interesse der tatsächlichen Nutzbarkeit der neuen Instrumente wäre eine liberalere Ausgestaltung, die der Übertragung der Rechtsprechung den Boden entzieht, wünschenswert.

c. Chance und Risiko: Nationale Umsetzung und Spielräume der Richtlinie

- 285 Nicht nur insofern, sondern insgesamt wird letzten Endes die tatsächliche Schlagkraft der neugeschaffenen Verbandsklagen wesentlich von der Umsetzung im jeweiligen nationalen Recht abhängen, die gleichermaßen Chancen und Risiken bietet.<sup>973</sup> Denkbar wäre es für den deutschen Gesetzgeber, bei der Umsetzung kein grundständig neues Instrument zu schaffen, sondern die bestehende Musterfeststellungsklage in §§ 606 ff. ZPO aF richtlinienkonform zu reformieren, indem die bisherigen Widersprüche zur VerbKl-RL – allen voran das zweistufige Verfahren – aufgelöst werden.<sup>974</sup> Deutschland könnte noch weitergehend die Richtlinienumsetzung als Anlass dafür nehmen, den fragmentierten kollektiven Rechtsschutz durch Verbandsklagen, das KapMuG und die Musterfeststellungsklage zusammenzuführen und so ein richtlinienkonformes, gegebenenfalls den Anwendungsbereich betreffend die VerbKl-RL überschießend umsetzendes,<sup>975</sup>

---

971 Nach der Rspr. infiziert das wirtschaftliche Interesse des gewerblichen Prozessfinanzierers und darüber hinaus auch das gesteigerte wirtschaftliche Interesse des Klägeranwalts bei Prozessfinanzierung die Zulässigkeit der Klage, obgleich es dabei bleibt, dass die klagebefugte Einrichtung keine *eigenen* wirtschaftlichen Interessen verfolgt, BGH, 09.05.2019 – I ZR 205/17, Rn. 27, 29.

972 S.o. Fn. 651.

973 So auch das Fazit von *Vollkommer*, MDR 2021, 129, Rn. 90. Zur Umsetzung s.u. § 6 B.

974 *Röthemeyer*, VuR 2021, 43, 52.

975 Mit Hoffnung in diese Richtung ebenfalls *Heese*, JZ 2019, 429, 438.

Gesamtkonzept zu entwerfen.<sup>976</sup> Das hätte den Charme der Ordnung: Eilig, verstreut und unter politischem Druck mit heißer Nadel gestrickte Notfalllösungen wie bei KapMuG und Musterfeststellungsklage könnten in einem in sich stimmigen Gesamtkonstrukt zusammengeführt werden.

Ob diese Chance dergestalt genutzt wird, erscheint äußerst fraglich. Angesichts dessen, dass sich auch die Richtlinie „nicht aus dem Narrativ amerikanischer Verhältnisse zu befreien vermocht[e]“<sup>977</sup>, und dessen, dass der deutsche Gesetzgeber in der Vergangenheit bei Reformen die Angst vor diesen Verhältnissen stets teilte, droht auch das reformierte oder gegebenenfalls neu geschaffene Instrument zum stumpfen Schwert zu werden, wenn es allzu restriktiv ausgestaltet wird. Das betrifft insbesondere die Schlüsselfragen Klagebefugnis<sup>978</sup> und Zulassung von Drittfinanzierungen.<sup>979</sup> Dann würde es schließlich zumindest in Teilen die dargelegten Schwächen und Praktikabilitätshindernisse seiner Vorgänger übernehmen. Immerhin wird der deutsche Gesetzgeber durch die neue Richtlinie dazu gezwungen, sich nicht bloß anlässlich politischen Drucks wegen öffentlichkeitswirksamen Schadensereignissen mit dem kollektiven Rechtsschutz zu befassen, sondern ganz grundlegend.<sup>980</sup> 286

#### 4. Zwischenergebnis

Die größte Herausforderung beim Versuch, die abschreckende Wirkung der Individualisierungsbarriere herabzusetzen, ist die Entwicklung eines in sich stimmigen Konzepts für kollektive Rechtsdurchsetzungsmechanismen, etwa Gruppen- und Verbandsklagen.<sup>981</sup> Hieran ist der deutsche Gesetzgeber, was Streu- und Massenschäden betrifft, bisher gescheitert. 287

Bis zur Einführung der Musterfeststellungsklage war regelmäßig individuelle Eigeninitiative bei der Rechtsverfolgung durch den Rechtsinhaber notwendig.<sup>982</sup> Bestehende Elemente kollektiven oder wenigstens gebündelten 288

---

976 Ähnlich *Vollkommer*, MDR 2021, 129, Rn. 72–85.

977 *Röthemeyer*, VuR 2021, 43, 52. Krit. diesbezüglich schon zum Richtlinienentwurf *Heese*, JZ 2019, 429, 438.

978 *Röthemeyer*, VuR 2021, 43, 44–47.

979 *Röthemeyer*, VuR 2021, 43, 52.

980 So ist dann auch *Fries*, NJW 2021, 2537, dort Fn. 41 mwN, für die absehbare Zukunft wenig optimistisch hinsichtlich einer flächendeckenden Anwendung der Richtlinie.

981 *Kocher*, Funktionen der Rechtsprechung, 4.

982 *Rott*, Gutachten Verbraucherrechtspolitik, 2016 (<https://tlp.de/x9df>), 11.

Rechtsschutzes waren nicht auf unmittelbare Leistungen gerichtet oder unpraktikabel, sodass das System deutschen kollektiven Rechtsschutzes defizitär war.<sup>983</sup> Daran hat sich auch mit der Einführung der Musterfeststellungsklage im Wesentlichen nichts geändert.<sup>984</sup> Auch sie führt schließlich nur subsidiär zu einer Zahlung und dient primär der Klärung der Rechtslage. In der Folge bleibt die Bewältigung von Massen- und Streuschadensereignissen mit den Mitteln des deutschen Prozessrechts schwierig. Ob die VerbKl-RL und ihre nationale Umsetzung insoweit Abhilfe schafft, bleibt hoffend abzuwarten. Die Richtlinie ließ jedenfalls erheblichen Umsetzungsspielraum und auch die mittlerweile erfolgte Umsetzung in nationales Recht ist – so viel sei bereits hier vorweggenommen – nicht der erhoffte „große Wurf“.<sup>985</sup>

- 289 Im deutschen Rechtsschutzsystem klafft damit eine – bisher nicht geschlossene – Lücke. Das ist bei der im weiteren Verlaufe der Arbeit vorzunehmenden Bewertung der Legal Tech-Geschäftsmodelle zu beachten. Nicht nur lässt sich ihr Erfolg am Markt hiermit erklären, sondern darüber hinaus ermöglicht die hier gefundene Erkenntnis eine Betrachtung der fördernden Rolle, die den Rechtsgeneratoren im Gesamtgefüge des Rechtsschutzes zugewiesen werden kann.

### III. Ansätze an der Kostenbarriere: Überwindung des rationalen Desinteresses bei Bagatellschäden?

- 290 Nicht nur die Individualisierungsbarriere und die Insuffizienzen bei der Bewältigung von Streu- und Massenschadensereignissen hat der Gesetzgeber erkannt und adressiert, sondern auch die Kostenbarriere.<sup>986</sup> Unterschiedliche Hilfen des Staates bei der Abmilderung der Kostenbarriere wurden bereits erörtert.<sup>987</sup> Ansatzpunkte für die Milderung sind genauso vielfältig wie die Wirkweisen der Kostenbarriere: Für Rechtsuchende, die nicht über die finanziellen Mittel verfügen, um eine Rechtsdurchsetzung

---

983 C. Fechner, Schutzlücken, 130–131, 151; Freitag/Lang, ZZZ 2019, 329, 357; Fries, NJW 2021, 2537, Rn. 21; Gluding, Kollektiver und überindividueller Rechtsschutz, 119–122; Meller-Hannich, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. I: Gutachten, I, A 66-A 67, A 103; Theissen, Prozessführungsgesellschaften, 54, 233–234.

984 Gluding, Kollektiver und überindividueller Rechtsschutz, 252–257, „besser als nichts“.

985 S. dazu u. Rn. § 6 B.

986 S.o. § 2 C. II. 1.

987 S.o. § 2 C. III. 3. c.

anzustreben, bietet sich als offensichtlichster Weg der mit Beratungs- und Prozesskostenhilfe eingeschlagene Pfad von Unterstützungsleistungen an. Doch daneben wirkt die Barriere dann besonders abschreckend, wenn zwar genügend finanzielle Mittel aufseiten des Rechtsuchenden zur Verfügung stünden, die drohenden Kosten den maximal erreichbaren Gewinn allerdings übersteigen oder aufzuzehren drohen. Das ist das wesentliche Problem nicht nur bei Bagatellschäden, sondern auch bei Streuschäden. Bei niedrigen Streitwerten ist das Kostenrisiko schließlich unangemessen hoch.

### 1. Mehr staatliche Unterstützungsleistung

Der Staat könnte, um die Kostenbarriere zu verringern, seine Unterstützungsleistungen in Gestalt von Beratungs- und Prozesskostenhilfe reformieren. Möglich wäre eine Reform in zwei Richtungen: Erstens könnten die Anforderungen an den Einsatz von Einkommen und Vermögen, § 115 ZPO, umgestaltet werden, sodass mehr Rechtsuchende für die Unterstützung qualifiziert sind. Zurzeit stellt Deutschland im europäischen Vergleich recht strenge Anforderungen an die wirtschaftliche Lage, um Prozesskostenhilfe mit vollständiger Kostenübernahme zu gewähren.<sup>988</sup>

Zweitens könnte an dem Mechanismus des § 123 ZPO angesetzt werden, der vorsieht, dass auch Prozesskostenhilfeempfänger die gegnerischen Kosten zu tragen haben. Die Norm soll Freifahrtscheine in eine Rechtsverfolgung verhindern, die nur erfolgen würde, weil die Kostenbarriere vollständig beseitigt wäre.<sup>989</sup> Während man schon daran zweifeln kann, ob diese Befürchtung von Klagen um des Klagens willen Realität würden, so ist es ein anderes Argument, dass die Berechtigung des § 123 ZPO in Frage stellt: § 114 ZPO sieht ohnehin als Voraussetzung für Prozesskostenhilfe die (summarische) Prüfung der Erfolgsaussichten und der Mutwilligkeit der Rechtsverfolgung vor. § 123 ZPO ist in diesem Geflecht höchstens der dritte Sicherungsboden gegen durch Prozesskostenhilfe finanzierte missbräuchliche Klagen. Ob es dieser dritten Ebene bedarf, lässt sich bezweifeln.<sup>990</sup>

---

988 Europäische Kommission, EU-Justizbarometer 2020 (<https://t1p.de/j8ex>), 27–28, Tab. 23.

989 S.o. Fn. 737 & 738.

990 So im Ergebnis auch C. Fechner, Schutzlücken, 62.



## 2. Transaktionskostensenkung durch Digitalisierung

- 293 Grundsätzlich bietet Digitalisierung die Gelegenheit, Transaktionskosten zu senken. In der Vergangenheit hat der Gesetzgeber an diversen Stell-schrauben<sup>991</sup> ansetzend versucht, den Zivilprozess zu modernisieren und zu digitalisieren. Die Anpassungen betreffen indes hauptsächlich eine Senkung der Transaktionskosten für die Justiz und für Anwälte<sup>992</sup> und ermöglichen weniger unmittelbare Einsparungen für Rechtsuchende. Mittelbar profitieren die Rechtsuchenden von diesen Änderungen so lange nicht, wie nicht infolge geringerer Transaktionskosten für Anwälte und Justiz die Gebüh-rensätze herabgesetzt werden. Das Gegenteil ist zuletzt Realität geworden: Am 01.01.2021 wurden durch das KostRÄG 2021 Gerichts- und Anwaltsge-bührensätze erhöht. Ohne Anpassung der Gebührensätze des RVG könnten Anwälte immerhin im außergerichtlichen Bereich Kosteneinsparungen an ihre Mandanten weitergeben, § 2 Abs. 1 S. 1 RVG. Dass das geschieht, ist al-lerdings unrealistisch, da insbesondere bei geringen Streitwerten das Prin-zip der Quersubventionierung ohnehin schon keine Kostendeckung des Anwalts bei Abrechnung nach RVG-Sätzen vorsieht.<sup>993</sup> Eine Abweichung nach unten erscheint daher untunlich.

## 3. Überwindung des rationalen Desinteresses mittels Kostensenkung

- 294 Wirksam wäre sicherlich ein Ansatz, der die Kosten der Rechtsdurchset-zung statt nur potenziell mittelbar bewusst unmittelbar senken würde. Wege dazu bieten sich dem Gesetzgeber unzählige. Will er nicht umfas-send Rechtsverfolgung kostenfrei anbieten,<sup>994</sup> könnte er bei geringen Streit-werten bis zu einer – dann wertmäßig zu bestimmenden – Grenze auf Gerichtskosten verzichten, um speziell den Befund der Irrationalität einer Rechtsverfolgung bei solchen Streitwerten zu adressieren.<sup>995</sup> Das würde es erleichtern, bei Bagatell- und Streuschäden Ansprüche durchzusetzen. Eine solche Lösung hätte andererseits zur Folge, dass die Rechtsdurch-

---

991 Knapper Überblick bei *Fries*, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 6–7. Ausführlicher *Kesper/Ory*, NJW 2017, 2709 ff.

992 *Fries*, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 7.

993 S.o. Fn. 803.

994 Zu Vor- und Nachteilen dieses Modells und anderer denkbarer Ausgestaltung vgl. *Klose*, Justiz als Wirtschaftsfaktor, 261–264, 288.

995 NK-MuKla/*Röthemeyer*, Einführung Rn. 32.

setzung in diesem Bereich allein auf Kosten des Staates und damit der Allgemeinheit stattfinden würde. Der Vorteil des Einzelnen führte daher zu rechtfertigungsbedürftigen Nachteilen für die Allgemeinheit.<sup>996</sup> Zudem machen die Gerichtskosten wie gezeigt nur einen Kostenpunkt, neben den Rechtsanwaltskosten, aus. Anwälte zu zwingen, ohne Vergütung tätig zu werden, kann nicht gerechtfertigt werden. Notwendig wäre neben einem Verzicht auf Gerichtskosten daher auch eine Subvention der jeweils tätigen Anwälte. All das blendet die Probleme noch aus, die es bereiten würde, eine angemessene konkrete Wertgrenze zu definieren.

Zudem könnte der Staat die Klärung grundsätzlicher Rechtsfragen die Kosten betreffend privilegieren, um den einzelnen Rechtsuchenden bei einer Rechtsdurchsetzung zu unterstützen, von der potenzielle Breitenwirkung auf eine Vielzahl von Betroffenen ausstrahlt.<sup>997</sup> Als Ansatzpunkt bieten sich in diesem Bereich die Kosten der Rechtsmittelinstanzen an, um nicht nur die Einleitung des Verfahrens zu begünstigen, sondern daneben ebenfalls zu einer Klärung auf Ebene der Oberlandesgerichte und des BGH zu ermutigen. Privilegiert man dergestalt, würde Repeat Playern ein nicht zu unterschätzender Teil ihrer genutzten Drohkulisse genommen, mit der sie sich im Vergleichswege immer wieder der höchstrichterlichen Klärung grundsätzlicher Rechtsfragen entziehen. Zwar mag man damit beim prinzipiell egoistischen Rechtsuchenden kein eigenes Präzedenzinteresse wecken. Aber man würde ihm wenigstens die Bürde der Kosten der Weiterverfolgung nehmen und so Barrieren abbauen, die seiner allgemeinnützigen Entscheidung entgegenstehen. 295

#### 4. Minimierung des Kostenrisikos: American Rule im ArbGG

Einen interessanten Sonderweg, um das Kostenrisiko zu senken, hat der Gesetzgeber für Urteilsverfahren im ersten Rechtszug vor den Arbeitsgerichten gewählt: In diesen besteht kein Anspruch auf Erstattung der Kosten für die Zuziehung eines Prozessbevollmächtigten oder Beistandes, § 12a Abs. 1 S. 1 Var. 2 ArbGG<sup>998</sup>. Diese Regelung, deren Vorgänger sich bis ins 296

---

996 Zum Interesse und Nutzen der Allgemeinheit an flächendeckenderer Rechtsdurchsetzung s. sogleich ausführlich § 2 E. IV. 4.

997 NK-MuKla/Röthemeyer, Einführung Rn. 32.

998 Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG), 02.07.1979, BGBl. I 1979, 1036.

deutsche Kaiserreich zurückverfolgen lassen,<sup>999</sup> und die Ausnahmen von den grundsätzlich auch im arbeitsgerichtlichen Verfahren geltenden §§ 91 ff. ZPO vorsieht,<sup>1000</sup> begrenzt zur Erleichterung der Rechtsverfolgung von Arbeitnehmern das drohende Kostenrisiko.<sup>1001</sup> Dennoch findet sie, wegen des aufgrund des Prinzips der Waffengleichheit allgemein gefassten Normwortlauts, nicht nur zugunsten von Arbeitnehmern<sup>1002</sup> Anwendung, sondern auch zu deren Lasten und in Verfahren, in denen kein Arbeitnehmer beteiligt ist.<sup>1003</sup> Im vom § 12a ArbGG erfassten Bereich gilt damit die American Rule.<sup>1004</sup>

- 297 Ob eine grundsätzlich denkbare Ausweitung des Geltungsbereichs von § 12a ArbGG auf andere Verfahren tauglich wäre, um bei Bagatell- und Streuschäden durch sinkende drohende Kosten das rationale Desinteresse zu bekämpfen,<sup>1005</sup> ist fraglich. Zwar trifft es zu, dass § 12a ArbGG die im Falle einer Niederlage drohenden Kosten um einen von drei Kostenpunkten verringert und so das aus einer Prozessniederlage resultierende Risiko vermindert. Indes mindert diese Ausgestaltung gleichzeitig den möglichen Gewinn aus dem Prozess: Selbst im Falle des Obsiegens muss jede Partei ihren Anwalt selbst bezahlen. Das verringerte Niederlagenrisiko wird so erkaufte durch gleichzeitig geringere Gewinnaussichten. Eine Möglichkeit zur Überwindung der Kostenbarriere bei niedrigen Streitwerten bietet das Modell des § 12a ArbGG daher nur für den Bereich, in dem der mögliche Gewinn die sicher zu tragenden Anwaltskosten übersteigt. Bei auch außergerichtlicher Vertretung des Anwalts wäre der notwendige Mindeststreitwert bei ca. 246€ erreicht. Ob ab diesem Wert dann das rationale Desinteresse überwunden wird, ist unwahrscheinlich. Schließlich schrumpft der potenzielle Gewinn von 246€ (Streitwert als materielles Obsiegensinteresse verstanden) auf 42 Cent. Denn bei einem Streitwert von 246€

999 Vgl. dazu Schwab/Weth/Vollstädt, § 12a ArbGG Rn. 9–11.

1000 ErfK/Ahrendt, § 12a ArbGG Rn. 1; Schwab/Weth/Vollstädt, § 12a ArbGG Rn. 1–3.

1001 HWK/H. J. Kalb, § 12a ArbGG Rn. 1; ErfK/Ahrendt, § 12a ArbGG Rn. 2; Löw, MDR 2007, 637; BeckOK-ArbR/Klose, § 12a ArbGG Vorbemerkung; Schwab/Weth/Vollstädt, § 12a ArbGG Rn. 4.

1002 Die immerhin noch 2017 95 % der vor den Arbeitsgerichten erledigten Klagen erhoben hatten, Grotman-Höfling, RdA 2021, 129, 136.

1003 Löw, MDR 2007, 637; Schwab/Weth/Vollstädt, § 12a ArbGG Rn. 4.

1004 Die als American Rule bezeichnete Kostenverteilungsregel des US-amerikanischen Rechts besagt, dass jede Partei grundsätzlich ihre eigenen Kosten unabhängig von Erfolg oder Misserfolg zu tragen hat, Severin, in: Musterfeststellungsklage, 19, 49; M. Voit, Sammelklagen und ihre Finanzierung, 120–121.

1005 So vorgeschlagen von NK-MuKla/Röthemeyer, Einführung Rn. 32.

entstehen in der Regel Mindestkosten von 245,58€<sup>1006</sup>. Rein wirtschaftlich wäre Rechtsdurchsetzung dann rational. Zur Überwindung der nicht rein wirtschaftlichen Hemmfaktoren allerdings wären 37 Cent wohl kaum ein ausreichender Anreiz. Eine Ausweitung von § 12a ArbGG würde daher zwar abstrakt teilweise Abhilfe die Kostenbarriere betreffend schaffen, das rationale Desinteresse insgesamt allerdings nicht verlässlich und flächendeckend überwinden können.

Gleichwohl nicht entgegenhalten kann man diesem Ansatz, dass er wiederum den befürchteten amerikanischen Verhältnissen<sup>1007</sup> den Weg bereiten würde. Denn isoliert betrachtet gewährt die American Rule keinen Freifahrtschein in den Rechtsschutz. Erst das Zusammenwirken von American Rule und der umfassenden Möglichkeit zur Vereinbarung von Erfolgshonoraren macht einen der Faktoren aus, die in den USA zu den gefürchteten amerikanischen Verhältnissen führen.<sup>1008</sup> Würde der deutsche Gesetzgeber den Anwendungsbereich von § 12a ArbGG maßvoll erweitern, um wenigstens im vorstehend definierten Teilbereich die Kostenbarriere zu senken, drohten immer noch keine amerikanischen Verhältnisse.

## 5. Reformen des Berufsrechts

Das Stichwort „Erfolgshonorar“ führt im Kontext der Zugänglichkeit von Rechtsdurchsetzung angesichts der Kostenbarriere unweigerlich zu einem weiteren Hebel, an dem der Gesetzgeber in der Vergangenheit bereits angesetzt hat.

Bis zur Änderung mit Wirkung zum 01.07.2008 war es Anwälten nach § 49b BRAO aF ausnahmslos verboten, Erfolgshonorarvereinbarungen abzuschließen.<sup>1009</sup> Dieses Verbot verstieß gegen die Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG,<sup>1010</sup> und wurde infolge der Entscheidung des BVerfG in das

---

1006 Das umfasst die Gerichtsgebühr, die Anwaltsgebühr und die maximale anwaltliche Auslagenpauschale. Die Kosten erhöhen sich ggf. um die weiteren Gerichtskosten, etwa für Sachverständigen- und Zeugenentschädigungen sowie um die zu ersetzenden Auslagen des Anwalts.

1007 S.u. § 3 E. II. 1.

1008 *Severin*, in: Musterfeststellungsklage, 19, 49. Vgl. u. § 3 E. II.

1009 Zur Normhistorie s. Henssler/Prütting/*M. Kilian*, § 49b BRAO Rn. 77–84; *ders.*, in: FS Henssler, 1437, 1438–1441.

1010 BVerfG, 12.12.2006 – 1 BvR 2576/04, Rn. 57–108, BVerfGE 117, 163.

bis 30.09.2021 geltende Regelungsregime überführt.<sup>1011</sup> Es blieb bei dem grundsätzlich normierten Verbot, § 49b Abs. 2 S. 1 BRAO, von dem – aufgrund der Ausführungen des BVerfG, das einen Verstoß gegen das Übermaßverbot annahm<sup>1012</sup> – lediglich Ausnahmen, § 4a Abs. 1 S. 1 RVG, vorgesehen wurden. Die in diesem Zeitraum vorgesehene Ausnahme beschränkte sich auf die strenge, minimale Umsetzung des vom BVerfG geforderten Mindestmaßes<sup>1013</sup>: Zulässig war eine solche Honorargestaltung nur dann, wenn der Auftraggeber im Einzelfall aufgrund seiner wirtschaftlichen Verhältnisse bei verständiger Würdigung von der Rechtsverfolgung abgehalten würde. Das entspricht exakt dem Fall, für den das BVerfG konstatiert hatte, das frühere Verbot verhindere aktiv den Zugang zu Rechtsschutz.<sup>1014</sup> Diese „vermittelnde kleine Lösung“<sup>1015</sup>, die den vereinbarenden Rechtsanwalt einem nicht unerheblichen Risiko aussetzt,<sup>1016</sup> führt zur geringen praktischen Nutzbarkeit solcher Vereinbarungen.<sup>1017</sup> Die Kostenbarriere wird mit der engen Möglichkeit jedenfalls nicht ausreichend adressiert.

- 301 Das Gesetz zur Förderung verbrauchergerechter Angebote im Rechtsdienstleistungsmarkt nimmt weitere Änderungen in Richtung der liberaleren Zulassung von Erfolgshonoraren vor:<sup>1018</sup> So sind nach dem neu gefassten § 4a Abs. 1 S. 1 Nr. 1–3 RVG nF nunmehr die zulässigen Ausnahmen erweitert worden um Beträge unter 2000€ (Nr. 1), Inkassodienstleistungen (Nr. 2), oder auf Fälle einer Rechtsschutzsperre, falls ein Erfolgshonorar nicht vereinbart werden kann (Nr. 3). § 4a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 RVG nF und § 4a Abs. 1 S. 1 RVG aF sind auffallend ähnlich, unterscheiden sich dennoch in einem

1011 Vgl. zum Gesetzgebungsprozess Gaier/Wolf/Göcken/Seltmann, § 49b BRAO Rn. 38.

1012 BVerfG, 12.12.2006 – 1 BvR 2576/04, Rn. 97–108, BVerfGE 117, 163.

1013 BT-Drs. 16/8916, 14; BT-Drs. 19/27673, 18. Vgl. V. Römermann, AnwBl Online 2020, 588, 607.

1014 BVerfG, 12.12.2006 – 1 BvR 2576/04, Rn. 102, BVerfGE 117, 163; Henssler/Prütting<sup>5</sup>/M. Kilian, § 49b BRAO Rn. 101.

1015 Gerold/Schmidt/H.-J. Mayer, § 4a RVG Rn. 1–2; „kleine Lösung“ bei AnwKo-RVG/N. Schneider, § 4a RVG Rn. 2–3.

1016 Hartung/Schons/Enders/Schons, § 4a RVG Rn. 44–47; BeckOK-RVG/Seltmann, § 4a RVG Rn. 6; Gaier/Wolf/Göcken/dies., § 49b BRAO Rn. 38a–40a.

1017 AA AnwKo-RVG/N. Schneider, § 4a RVG Rn. 20, die in der Norm eine weite Regelung erblicken, die es dem Anwalt ermögliche, mit jedem Mandanten eine Erfolgsvergütung zulässig zu vereinbaren, wenn nur geschickt genug formuliert werde. Die Erkenntnisse von M. Kilian, vgl. u. Fn. 2228, über die tatsächliche Nutzung in der Praxis sprechen dagegen. Für geringen Anwendungsbereich ferner C. Fechner, Schutzlücken, 215.

1018 Näher zu den Änderungen und zu deren Bewertung noch u. § 5 B. II. 1.

wichtigen Detail: Die neue Fassung verzichtet auf den Passus „aufgrund seiner wirtschaftlichen Verhältnisse“ und belässt es bei einer allgemeinen als der derzeitigen verständigen Betrachtung.<sup>1019</sup> Der Entwurf vollzieht damit inhaltlich einen Schritt, den der ursprüngliche Regierungsentwurf bei der Reform 2008 schon machen wollte,<sup>1020</sup> der aber am vonseiten des Bundesrates unterstützten Widerstand der Anwaltschaft scheiterte.<sup>1021</sup>

## 6. Zwischenergebnis

Festzuhalten bleibt daher, dass die staatlichen Ansätze an der Kostenbarriere bisher noch nicht dazu geführt haben, dass die notwendige Kostenunterstützung ausreichend erreichbar ist.<sup>1022</sup> Dies behebende Reformen könnten unterschiedlich ausgestaltet werden. Entweder könnte der Staat unmittelbar seine Hilfen ausweiten oder er könnte durch Kostenregelungen speziell diese Barriere adressieren. Da das Finanzierungsdefizit<sup>1023</sup> besonders Bagattell- und Streuschäden betrifft, gilt es bei Reformen deren Spezifika nicht aus dem Blick zu verlieren. Lösungen, die einzig und allein an der Kostenbarriere ansetzen und das Hürdenbündel, das im rationalen Desinteresse kumuliert vernachlässigt, drohen zu scheitern.

Neben unmittelbaren staatlichen Hilfen bietet auch die Wirtschaft Möglichkeiten einer Verlagerung des Kostenrisikos, insbesondere Versicherer und Prozessfinanzierer. Allerdings sind auch diese mit Nachteilen verbunden,<sup>1024</sup> sodass sie die bestehende Insuffizienz bei Bagattell- und Streuschäden nicht auffangen können. Hier könnte der Gesetzgeber ebenfalls ansetzen und durch regulierende Reformen Nachteile ausgleichen. Die Möglichkeiten sind vielfältig: Man könnte eine für jeden verbindliche Rechtsschutzversicherung oder eine gesetzlich vorgeschriebene Ausweitung der ARB auf weitere, bisher nicht abgedeckte Schadensbereiche in Erwägung

1019 Zu den bisherigen Anforderungen an die wirtschaftlichen Verhältnisse und die verständige Betrachtung im Einzelnen vgl. LK-RVG/Bischof, § 4a RVG Rn. 10–11; Henssler/Prütting<sup>5</sup>/M. Kilian, § 49b BRAO Rn. 109–114; Gerold/Schmidt<sup>25</sup>/H.-J. Mayer, § 4a RVG Rn. 7–7a; AnwKo-RVG/N. Schneider, § 4a RVG Rn. 14–23; NK-RVG/Winkler/Teubel, § 4a RVG Rn. 30–34.

1020 BT-Drs. 16/8384, 5–6, 10–11.

1021 BR-Drs. 6/1/08, 1–2. Vgl. Hartung/Schons/Enders/Schons, § 4a RVG Rn. 42–43.

1022 Theissen, Prozessführungsgesellschaften, 37–38, 233.

1023 C. Fechner, Schutzlücken, 53–71.

1024 S. dazu o. § 2 C. III. 1. b.; § 2 C. III. 3. a. bb. (2); § 2 C. III. 3. b.

ziehen. Ferner bestünde die Möglichkeit, Anwälte stärker in die Finanzierung von Rechtsstreitigkeiten einzubeziehen, indem die Zulässigkeit von Erfolgshonorarvereinbarungen erweitert oder gar freigegeben wird, von der der Gesetzgeber in gewissem Maße kürzlich Gebrauch gemacht hat.<sup>1025</sup> Denn die unbeschränkte Zulässigkeit von Erfolgshonoraren und Kostenfreistellung bei Inkassodienstleistern ermöglicht den Rechtsgeneratoren erst ihr Geschäftsmodell in der bei Kunden beliebten Form.<sup>1026</sup>

#### IV. Bewertung: Normative Relevanz der Insuffizienzen

- 304 Was führt nun dazu, dass diese Insuffizienzen im Bereich von Bagatell-, Streu- und Massenschäden als korrekturbedürftig einzustufen sind? Immerhin könnte man von einem rein freiheitlichen Standpunkt aus argumentieren, dass Rechtsdurchsetzung jeden Anspruchs nicht zwingend sein *muss*, und dass in bestimmten Bereichen ausbleibende Rechtsdurchsetzung geradezu wünschenswert sein kann. Das wäre zumindest im Einklang mit der Feststellung, dass es dem Einzelnen im Rahmen seiner Selbstverantwortung selbst überlassen ist, ob und welche seiner Rechte er durchsetzen möchte. Um ökonomische Erkenntnisse, wie sie vorstehend beleuchtet wurden, bei der Rechtssetzung und Rechtsanwendung methodisch berücksichtigen zu können, bedarf es daher stets eines normativen Hebels, der die Verwertung rechtfertigt.<sup>1027</sup> Dieser lässt sich für die vorliegende Untersuchung zunächst im GG finden, das in Gestalt der Justizgewährleistungsansprüche Anforderungen an das Rechtsschutzsystem stellt, denen die Rechtsordnung genügen muss. Auch das Unionsrecht beeinflusst die Ausgestaltung nationalen Rechtsschutzes. Daneben treten individuelle und kollektive Schutzziele, die über die technisch-rechtlichen Anforderungen hinaus zur Bewertung der Insuffizienzen als *gesamtgesellschaftlich* korrekturbedürftig führen. Insbesondere zu beachten gilt es, dass Rechtsdurchsetzung die Folgen ungleicher Verteilung von Vorteilen und Gütern abmildern

---

1025 S. dazu § 5 B.

1026 Sogleich § 3 D. V.

1027 Vgl. *Franck*, in: Europäische Methodenlehre, 98, Rn. 16.



und sie nicht vervielfachen sollte<sup>1028</sup> – wie es etwa der Fall wäre, wenn Recht bekommen käuflich würde.<sup>1029</sup>

## 1. Justizgewährleistungsanspruch: Fundament suffizienter Rechtsdurchsetzung

Dem Grundgesetz liegt im Hinblick auf die Gewährung von Rechtsschutz ein System spezieller und allgemeiner Justizgewährleistungsansprüche zugrunde. In Art. 19 Abs. 4 GG – dem zentralen *speziellen* Justizgewährleistungsanspruch – ist Rechtsschutz allein gegen Akte der öffentlichen Gewalt verbürgt.<sup>1030</sup> Daneben treten diverse Justizgrundrechte in Art. 101 ff. GG<sup>1031</sup> und andere spezielle Rechtsschutzgewährungen.<sup>1032</sup> Der *allgemeine* Justizgewährleistungsanspruch folgt aus dem Rechtsstaatsprinzip<sup>1033</sup> in Verbindung mit den Grundrechten.<sup>1034</sup> Er hat vor dem Hintergrund dieser verfas-

1028 Vgl. schon *Felstiner/Abel/Sarat*, LSR 1980, 631, 637: „Access to justice is supposed to reduce the unequal distribution of advantages in society; paradoxically it may amplify these inequalities.“

1029 *Wolf*, BRAK-Mitt. 2018, 162, 163.

1030 Das entspricht dem eindeutigen Normwortlaut und ständiger Rspr. des BVerfG, vgl. nur BVerfG, 28.10.2020 – 2 BvR 764/20, Rn. 36; BVerfG, 25.01.2005 – 2 BvR 656/99, 2 BvR 657/99, 2 BvR 683/99, Rn. 89, BVerfGE 112, 185; BVerfG, 18.01.2000 – 1 BvR 321/96, Rn. 37, BVerfGE 101, 397; BVerfG, 02.03.1993 – 1 BvR 249/92, Rn. 21, BVerfGE 88, 118; BVerfG, 12.01.1960 – 1 BvL 17/59, Rn. 13, BVerfGE 10, 264; sowie der ganz hM in der Literatur, s. statt aller nur *Jarass/Pieroth/Jarass*, Art. 19 GG Rn. 39; *Jarass/Pieroth/Jarass*, Art. 20 GG Rn. 129; *Papier*, in: StaatsR HB Bd. VIII, § 176, Rn. 5–6; *ders.*, in: StaatsR HB Bd. VIII, § 177, Rn. 1, 16, 27; *Sachs/Sachs*, Art. 19 GG Rn. 115–125.

1031 *Papier*, in: StaatsR HB Bd. VIII, § 176, Rn. 1.

1032 Z.B. in Art. 14 Abs. 3 S. 4 GG und in Art. 34 S. 3 GG, vgl. *Papier*, in: StaatsR HB Bd. VIII, § 176, Rn. 5; *Papier*, in: StaatsR HB Bd. VIII, § 177, Rn. 16.

1033 Zur Herleitung BVerfG, 01.07.1953 – 1 BvL 23/51, Rn. 81, BVerfGE 2, 380.

1034 Ständige Rspr., vgl. BVerfG, 28.10.2020 – 2 BvR 764/20, Rn. 35–37; BVerfG, 16.07.2019 – 2 BvR 881/17, Rn. 16; BVerfG, 12.09.2005 – 2 BvR 277/05, Rn. 14; BVerfG, 07.10.2003 – 1 BvR 10/99, Rn. 21, BVerfGE 108, 341; BVerfG, 20.06.1995 – 1 BvR 166/93, Rn. 29, 42, BVerfGE 93, 99; BVerfG, 02.03.1993 – 1 BvR 249/92, Rn. 21, BVerfGE 88, 118; BVerfG, 12.02.1992 – 1 BvL 1/89, Rn. 28, BVerfGE 85, 337; BVerfG Plenum, 30.04.2003 – 1 PBvU 1/02, Rn. 16, 34, BVerfGE 107, 395; BVerfG Plenum, 11.06.1980 – 1 PBvU 1/79, Rn. 47, BVerfGE 54, 277; und hM, vgl. nur *Papier*, in: StaatsR HB Bd. VIII, § 176, Rn. 1; *Dürig/Herzog/Scholz/Schmidt-Aßmann*, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 16. Wenn kein spezielleres Grundrecht in der konkreten Rechtsschutzsituation einschlägig ist, greift jedenfalls die allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG. *Morell*, WM 2019, 1822, 1824, greift auf Art. 14

sungsrechtlichen Systematik vor allem im Bereich bürgerlich-rechtlicher Streitigkeiten eigenständige Bedeutung.<sup>1035</sup> Gerade im Fokus der vorliegenden Untersuchung ist er mithin von besonderer Relevanz.

- 306 Inhaltlich unterscheiden sich der allgemeine und der spezielle Justizgewährungsanspruch aus Art 19 Abs. 4 GG in ihrem jeweiligen Kerngehalt nicht.<sup>1036</sup> Die von Rechtsprechung und Literatur entwickelten Grundsätze Art. 19 Abs. 4 GG betreffend gelten mithin für den allgemeinen Justizgewährleistungsanspruch gleichermaßen.

---

GG zurück. Zum Verhältnis von Gewährung effektiven Rechtsschutzes und Art. 14 GG vgl. BeckOK-GG/Axer, Art. 14 GG Rn. 21 mwN aus der Rspr. des BVerfG.

- 1035 BVerfG, 28.10.2020 – 2 BvR 764/20, Rn. 37; BVerfG, 29.10.1997 – 1 BvR 780–87, BVerfGE 97, 12 ff.; BVerfG, 31.10.1996 – 1 BvR 1074/93, Rn. 7; BVerfG, 02.03.1993 – 1 BvR 249/92, Rn. 21, BVerfGE 88, 118; BVerfG, 12.02.1992 – 1 BvL 1/89, Rn. 28, BVerfGE 85, 337; BVerfG, 16.01.1980 – 1 BvR 127/78, 1 BvR 679/78, Rn. 47, BVerfGE 53, 115; Jarass/Pieroth/Jarass, Art. 20 GG Rn. 129; *Papier*, in: StaatsR HB Bd. VIII, § 176, Rn. 1, 5; Huber/Voßkuhle/Sommermann, Art. 20 GG Rn. 322.

- 1036 BVerfG, 28.10.2020 – 2 BvR 764/20, Rn. 32; BVerfG, 08.11.2006 – 2 BvR 578/02, 2 BvR 796/02, Rn. 151, BVerfGE 117, 71; BVerfG, 02.03.1993 – 1 BvR 249/92, Rn. 21, BVerfGE 88, 118, „[...] ebenso wie Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG [...]“; BVerfG Plenum, 30.04.2003 – 1 PBvU 1/02, Rn. 21–39, BVerfGE 107, 395; KonkordanzK-EMRK/GG/Grabenwarter/Pabel, Kapitel 14: Der Grundsatz des fairen Verfahrens Rn. 86. Den inhaltlichen Gleichlauf impliziert ferner Sachs/Sachs, Art. 20 GG Rn. 162, „wie bei Art 19 IV.“ AA auf den ersten Blick C. Fechner, Schutzlücken, 154–155, die allerdings schlicht Inhalt und Anwendungsbereich nicht differenziert. Unterschiede in der Peripherie des Kernbereichs, die sich aus unterschiedlichen Fallstrukturen rechtfertigen, betont Dürig/Herzog/Scholz/Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 17–17a. Der gewichtigste Unterschied zwischen den Anwendungsbereichen des allgemeinen und des speziellen Justizgewährleistungsanspruchs aus Art. 19 Abs. 4 GG ist dabei, dass in wesentlichen Fällen des ersteren auf beiden Seiten des Konfliktes Grundrechtsträger stehen, während im Anwendungsbereich des Art. 19 Abs. 4 GG (grundsätzlich) nur ein Grundrechtsträger beteiligt ist. Die öffentliche Gewalt, gegen die Rechtsschutz gewährt wird, ist regelmäßig aufgrund eigener Grundrechtsbindung, Art. 1 Abs. 3 GG, nicht selbst gleichzeitig Träger der Grundrechte. Dürig/Herzog/Scholz/Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 22, nennt das – unter Berufung auf BVerfG, 17.07.1980 – 7 C 101/78, Rn. 24, BVerfGE 60, 297 und BVerfG, 08.07.1982 – 2 BvR 1187/80, BVerfGE 61, 82 ff., „*mehrpolige Rechtsverhältnisse*“. Ein dogmatischer Unterschied besteht: Art. 19 Abs. 4 GG gewährt ein Grundrecht, vgl. Jarass/Pieroth/Jarass, Art. 19 GG Rn. 37 mwN, während es sich streng dogmatisch betrachtet beim allgemeinen Justizgewährungsanspruch seiner Herleitung nach um ein – aus einem Staatsstrukturprinzip und (mindestens) einem Grundrecht – zusammengesetztes Recht handelt. Die anerkannte grundrechtliche Systematik und Dogmatik zu Gewährleistungsgehalten und Einschränkungbarkeit lässt sich demnach erst über den „Umweg“ des korrespondierenden Grundrechts übertragen. Praktische Unterschiede ergeben sich hieraus nicht.

Die Rechtsschutzgewährung beinhaltet zugleich ein positives Leistungsrecht<sup>1037</sup> als auch einen negativen Abwehranspruch.<sup>1038</sup> Umfasst sind unter anderem<sup>1039</sup> das Recht auf Zugang zu den staatlichen Gerichten und auf Effektivität des gewährten Rechtsschutzes.<sup>1040</sup> 307

#### a. Zugang

##### aa. Anforderungen

Im Einzelnen bedarf das Rechtsschutzsystem einer normativen Ausgestaltung, insbesondere mittels Prozessordnungen.<sup>1041</sup> Da es sich bei der Justiz- 308

1037 BVerfG, 22.11.2016 – 1 BvL 6/14, 1 BvL 3/15, 1 BvL 4/15, 1 BvL 6/15, Rn. 21, BVerfGE 143, 216; BVerfG, 19.12.2012 – 1 BvL 18/11, Rn. 69, BVerfGE 133, 1; BVerfG, 13.06.2007 – 1 BvR 1550/03, 1 BvR 2357/04, 1 BvR 603/05, Rn. 169, BVerfGE 118, 168; BVerfG, 27.10.1999 – 1 BvR 385/90, Rn. 69, BVerfGE 101, 106; Jarass/Pieroth/Jarass, Art. 19 GG Rn. 37; Jarass/Pieroth/Jarass, Art. 20 GG Rn. 130; Timmermann, Legal Tech-Anwendungen, 363.

1038 Jarass/Pieroth/Jarass, Art. 19 GG Rn. 59; Timmermann, Legal Tech-Anwendungen, 363.

1039 Zu weiteren Schutzrichtungen zählen etwa die Ansprüche auf eine umfassende tatsächliche und rechtliche Prüfung des Streitgegenstandes und auf eine verbindliche Entscheidung durch einen Richter. Vgl. dazu insgesamt BeckOK-GG/Enders, Art. 19 GG Rn. 74; Jarass/Pieroth/Jarass, Art. 20 GG Rn. 128, 130a-136. Da diese Ausformungen für die vorliegende Untersuchung kaum von Relevanz sind, wird auf eine ausführlichere Darstellung verzichtet.

1040 Diese Ebenen ebenso differenzierend BVerfG, 22.11.2016 – 1 BvL 6/14, 1 BvL 3/15, 1 BvL 4/15, 1 BvL 6/15, Rn. 20, BVerfGE 143, 216; BVerfG, 02.03.1993 – 1 BvR 249/92, Rn. 21, BVerfGE 88, 118; C. Fechner, Schutzlücken, 153–154; Jarass/Pieroth/Jarass, Art. 19 GG Rn. 58; Jarass/Pieroth/ders., Art. 20 GG Rn. 128; Dürig/Herzog/Scholz/Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 229; Zuck, NJW 2013, 1132–1134.

1041 Ständige Rspr., vgl. BVerfG, 24.07.2018 – 2 BvR 1961/09, Rn. 42, BVerfGE 149, 346; BVerfG, 22.11.2016 – 1 BvL 6/14, 1 BvL 3/15, 1 BvL 4/15, 1 BvL 6/15, Rn. 21, BVerfGE 143, 216; BVerfG, 13.06.2007 – 1 BvR 1550/03, 1 BvR 2357/04, 1 BvR 603/05, Rn. 169, BVerfGE 118, 168; BVerfG, 18.01.2000 – 1 BvR 321/96, Rn. 40, BVerfGE 101, 397; BVerfG, 27.10.1999 – 1 BvR 385/90, Rn. 69, BVerfGE 101, 106; BVerfG, 14.07.1999 – 1 BvR 2226/94, 1 BvR 2420/95, 1 BvR 2437/95, Rn. 181, BVerfGE 100, 313; BVerfG, 02.03.1993 – 1 BvR 249/92, Rn. 21, BVerfGE 88, 118; BVerfG, 02.12.1987 – 1 BvR 1291/85, Rn. 25, BVerfGE 77, 275; BVerfG Plenum, 30.04.2003 – 1 PBvU 1/02, Rn. 39, BVerfGE 107, 395; BeckOK-GG/Enders, Art. 19 GG Rn. 52, 71; Jarass/Pieroth/Jarass, Art. 19 GG Rn. 61–63; Jarass/Pieroth/Jarass, Art. 20 GG Rn. 130; Dürig/Herzog/Scholz/Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 17.

gewährung um ein normgeprägtes Recht handelt,<sup>1042</sup> stellt die zulässige Ausgestaltung streng dogmatisch keinen Eingriff dar,<sup>1043</sup> insoweit kommt dem Gesetzgeber ein Gestaltungsspielraum zu.<sup>1044</sup> Die Zulässigkeit der Ausgestaltung richtet sich dabei nach dem Schutzzweck der Justizgewährung.<sup>1045</sup> Dieser fordert freilich keine maximal optimale Rechtsschutzmöglichkeit für jeden Einzelnen hinsichtlich jeden Betrages,<sup>1046</sup> sondern vielmehr ein austariertes System, das verhältnismäßige Einschränkungen des Rechtsschutzes durchaus beinhalten darf.<sup>1047</sup> Der Gesetzgeber darf in diesem Rahmen sowohl die originär rechtlichen Zugangsbarrieren nicht unzumutbar bzw. unverhältnismäßig belastend gestalten,<sup>1048</sup> als auch dürfen die getroffenen Regelungen nicht die dargestellten tatsächlichen, verhaltens-

---

1042 Jarass/Pieroeth/Jarass, Art. 19 GG Rn. 61.

1043 Jarass/Pieroeth/Jarass, Vorb. vor Art. 1 GG Rn. 13, 34 mwN.

1044 BVerfG, 22.11.2016 – 1 BvL 6/14, 1 BvL 3/15, 1 BvL 4/15, 1 BvL 6/15, Rn. 21, BVerfGE 143, 216; BVerfG, 19.12.2012 – 1 BvL 18/11, Rn. 69, BVerfGE 133, 1; BVerfG, 13.06.2007 – 1 BvR 1550/03, 1 BvR 2357/04, 1 BvR 603/05, Rn. 169, BVerfGE 118, 168; BVerfG, 27.10.1999 – 1 BvR 385/90, Rn. 69, BVerfGE 101, 106; BeckOK-GG/Enders, Art. 19 GG Rn. 72; Jarass/Pieroeth/Jarass, Vorb. vor Art. 1 GG Rn. 34.

1045 BVerfG, 22.11.2016 – 1 BvL 6/14, 1 BvL 3/15, 1 BvL 4/15, 1 BvL 6/15, Rn. 21, BVerfGE 143, 216; BVerfG, 19.12.2012 – 1 BvL 18/11, Rn. 69, BVerfGE 133, 1; Jarass/Pieroeth/Jarass, Art. 19 GG Rn. 62; Jarass/Pieroeth/ders., Vorb. vor Art. 1 GG Rn. 34.

1046 BVerfG, 02.12.1987 – 1 BvR 1291/85, Rn. 25, BVerfGE 77, 275; ähnlich Meller-Hannich, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. I: Gutachten, I, A 38-A 39.

1047 Ständige Rspr., vgl. BVerfG, 18.01.2000 – 1 BvR 321/96, Rn. 40, BVerfGE 101, 397; BVerfG, 12.02.1992 – 1 BvL 1/89, Rn. 28–36, BVerfGE 85, 337; BVerfG, 17.03.1988 – 2 BvR 233/84, Rn. 23, BVerfGE 78, 88; BVerfG, 15.04.1980 – 2 BvR 970/79, Rn. 6, BVerfGE 54, 94; BVerfG, 16.01.1980 – 1 BvR 127/78, 1 BvR 679/78, Rn. 50, BVerfGE 53, 115; BVerfG, 06.02.1979 – 2 BvL 5/76, Rn. 46, BVerfGE 50, 217; BVerfG, 28.10.1975 – 2 BvR 883/73, 2 BvR 379/74, 2 BvR 497/74, 2 BvR 526/74, Rn. 37, 48, BVerfGE 40, 237; BVerfG, 02.04.1974 – 2 BvR 444/73, Rn. 13, BVerfGE 37, 93; BVerfG, 12.01.1960 – 1 BvL 17/59, Rn. 13–14, BVerfGE 10, 264; J. Goebel, Zivilprozeßrechtsdogmatik, 77; Jarass/Pieroeth/Jarass, Art. 19 GG Rn. 62–63; Papiers, in: StaatsR HB Bd. VIII, § 176, Rn. 16; ders., in: StaatsR HB Bd. VIII, § 177, Rn. 12, 60–66; Sachs/Sachs, Art. 19 GG Rn. 134; Sachs/Sachs, Art. 20 GG Rn. 162; Dürig/Herzog/Scholz/Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 17, 229, 233.

1048 Vgl. die Nachweise in Fn. 1047.

ökonomischen Barrieren unzumutbar erhöhen.<sup>1049</sup> Fassbarer: Der Zugang zur Justiz darf nicht praktisch unmöglich gemacht werden.<sup>1050</sup>

Von besonderer Bedeutung sind aus dem zum rationalen Desinteresse 309  
führenden Hürdenbündel abermals die Rechtsverfolgungskosten. Rechtsverfolgung muss nicht kostenlos angeboten werden,<sup>1051</sup> denn Rechtsverfolgungskosten erfüllen einen (gesamt-)wirtschaftlichen Zweck<sup>1052</sup> und haben darüber hinaus eine besondere Steuerungsfunktion nicht nur beim „Ob“ der Inanspruchnahme von Gerichten, sondern auch beim „Wie“.<sup>1053</sup>

Die allgemeinen Grenzen des Justizgewährungsanspruchs konkretisieren 310  
sich die Kostengestaltung betreffend wiederum in zwei Richtungen: Die Rechtsverfolgungskosten müssen in einem angemessenen Verhältnis zum

---

1049 BVerfG, 12.01.1960 – 1 BvL 17/59, Rn. 13, BVerfGE 10, 264; Heese, JZ 2019, 429, 431; Jarass/Pieroth/Jarass, Art. 19 GG Rn. 62; Dürig/Herzog/Scholz/Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 233–243. Mit den Worten des BVerfG: Wenn „eine Zugangsbeschränkung – jedenfalls faktisch [Herv. des Verf.] – zu einem Ausschluss des Rechtsweges führt, ist die Grenze der Ausgestaltungsmöglichkeiten durch den Gesetzgeber überschritten.“, BVerfG, 18.01.2000 – 1 BvR 321/96, Rn. 41, BVerfGE 101, 397.

1050 BVerfG, 24.07.2018 – 2 BvR 1961/09, Rn. 34, BVerfGE 149, 346; BVerfG, 12.09.2005 – 2 BvR 277/05, Rn. 15; BVerfG, 31.10.1996 – 1 BvR 1074/93, Rn. 7; BVerfG, 12.02.1992 – 1 BvL 1/89, Rn. 32, BVerfGE 85, 337; Jarass/Pieroth/Jarass, Art. 19 GG Rn. 62.

1051 BVerfG, 12.02.1992 – 1 BvL 1/89, Rn. 29, 34, BVerfGE 85, 337; BVerfG, 09.05.1989 – 1 BvL 35/86, Rn. 10, BVerfGE 80, 103; BVerfG, 12.01.1960 – 1 BvL 17/59, Rn. 14–15, BVerfGE 10, 264; Dürig/Herzog/Scholz/Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 242.

1052 Die Bereitstellung von Gerichten durch den Staat verursacht Allgemeinkosten, an denen die Rechtsuchenden beteiligt werden sollen. Daher wurde es lange Zeit nicht hinterfragt, dass der Staat als Gegenleistung für die Nutzung von Gerichten und sonstigen Institutionen der Rechtspflege eine Gebühr verlangen darf und muss. Dennoch tragen die Einnahmen aus Gebühren die staatlichen Ausgaben bei Weitem nicht, vgl. insgesamt dazu *Baumgärtel*, Gleicher Zugang zum Recht, 121–122; *Klose*, Justiz als Wirtschaftsfaktor, 255–258.

1053 *Baumgärtel*, Gleicher Zugang zum Recht, 124; eingehend zur Steuerungsfunktion *Klose*, Justiz als Wirtschaftsfaktor, 255–270; MüKo-ZPO-I/Schulz, Vorbemerkung zu § 91 ZPO Rn. 2. Nach dem BVerfG ist die Verfolgung von Zwecken jenseits der Kostendeckung grundsätzlich zulässig, BVerfG, 09.05.1989 – 1 BvL 35/86, Rn. 10, BVerfGE 80, 103.

angestrebten wirtschaftlichen Erfolg stehen.<sup>1054</sup> Die Transaktionskosten<sup>1055</sup> dürfen nicht prohibitiv hoch sein, da ansonsten der Einzelne keine materielle Gerechtigkeit erfahren kann.<sup>1056</sup> Außerdem muss durch Hilfseinrichtungen sichergestellt sein, dass Rechtsschutz nicht von der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit abhängig ist.<sup>1057</sup> Zur Verfassungswidrigkeit der Rechtsschutzausgestaltung führt es hingegen nicht, wenn *im Einzelfall* risikoaverse Rechtsuchende vor der gerichtlichen Rechtsdurchsetzung zurückschrecken,<sup>1058</sup> soweit dies nicht *strukturell* durch den Rechtsrahmen hervorgerufenes und befördertes Verhalten ist. Dieser Maßstab ist in einer Rechtsordnung, die es dem Einzelnen grundsätzlich zur freien Entscheidung überlässt, ob und wie er seine Rechte geltend machen möchte, auch überzeugend: Sobald die Rechtsdurchsetzung in einem bestimmten Segment wirtschaftlich schlechthin unvernünftig ist, kann von einer freien Entscheidung nicht mehr gesprochen werden. Die Rechtsordnung darf den einzelnen Rechtsuchenden zur Rechtsdurchsetzung nicht *per se* auf unvernünftige Entscheidungen verweisen. Das aber wäre der Fall, wenn die Rechtsordnung dem Einzelnen regelmäßig ein Risiko auferlegen würde, das den wirtschaftlich möglichen Gewinn übersteigt.

#### bb. Verfassungswidrigkeit im Bereich von Bagatell- und Streuschäden

- 311 Was heißt das nun konkret für den Bereich der Bagatell- und Streuschäden? Sind die herrschenden Rechtsdurchsetzungsinsuffizienzen aus der Zugangsperspektive verfassungsrechtlich bedenklich? Konkret entschieden

1054 Ausführlich zum Maßstab BVerfG, 12.02.1992 – 1 BvL 1/89, Rn. 29–34, BVerfGE 85, 337; vgl. ferner Jarass/Pieroth/Jarass, Art. 20 GG Rn. 136; Dürig/Herzog/Scholz/Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 242; MüKo-ZPO-I/Schulz, Vorbemerkung zu § 91 ZPO Rn. 1; Gaier/Wolf/Göcken/Wolf, § 1 BRAO Rn. 64. Nach der genannten Rspr. ist die Koppelung der Gebühren an den Streit- und Gegenstandswert *grundsätzlich* den Anforderungen genügend.

1055 Ausführlich zum Begriff s. Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 91–III.

1056 MüKo-ZPO-I/Schulz, Vorbemerkung zu § 91 ZPO Rn. 1–2.

1057 BVerfG, 12.02.1992 – 1 BvL 1/89, Rn. 33, BVerfGE 85, 337; BVerfG, 13.03.1990 – 2 BvR 94/88, 2 BvR 802/88, et al., Rn. 23, BVerfGE 81, 347; BVerfG, 06.02.1979 – 2 BvL 5/76, Rn. 46, BVerfGE 50, 217; Derleder, VuR 2009, 163, 164; Dürig/Herzog/Scholz/Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 242; Gaier/Wolf/Göcken/Wolf, § 1 BRAO Rn. 64. Das deutsche Modell der Beratungs- und Prozesskostenhilfe ist dafür im Grundsatz ausreichend.

1058 M. Kilian, Drittfiananzierung von Rechtsverfolgungskosten, 28; MüKo-ZPO-I/Schulz, Vorbemerkung zu § 91 ZPO Rn. 2.

hat das BVerfG, dass „[e]ine unzumutbare Erschwerung des Rechtsweges [...] regelmäßig dann zu bejahen sein [wird], wenn es nicht nur um geringfügige Beträge geht und wenn schon das Gebührenrisiko für eine Instanz das wirtschaftliche Interesse eines Beteiligten an dem Verfahren erreicht oder sogar übersteigt; denn unter solchen Umständen wird ein vernünftig abwägender Rechtsuchender von einer Anrufung der Gerichte in aller Regel Abstand nehmen.“<sup>1059</sup> Soweit danach die drohenden Rechtsverfolgungskosten bei *nicht nur geringfügigen Beträgen* den potenziellen Gewinn aus der Rechtsdurchsetzung übersteigen, herrscht ein verfassungswidriger Zustand. Umgekehrt ist es regelmäßig unbedenklich, wenn geringfügige Beträge aufgrund übersteigenden Kostenrisikos nicht durchgesetzt werden, weil zumindest verfassungsrechtlich die Beseitigung *jedweden* rationalen Desinteresses nicht notwendig ist.<sup>1060</sup> Obwohl alles an der Frage der Bestimmung dessen, was ein geringfügiger Betrag in diesem Sinne ist, hängt, hat das BVerfG keine ausdrückliche Wertgrenze gezogen. Damit stellt sich die Frage, was ein bloß geringfügiger Wert in diesem Sinne ist.

Die Suche nach einer Antwort auf diese Frage hat schon ein grundsätzliches Problem: Soll von einem abstrakten Wert ausgegangen werden, oder soll der Wert relativ zu den finanziellen Verhältnissen des Rechtsuchenden bestimmt werden? Zudem wird sich eine konkrete – und vor allem: absolute – Wertgrenze regelmäßig dem Vorwurf der Willkür ausgesetzt sehen und schon die Bestimmung der Wertgrenzen die §§ 243, 248a, 315 StGB betreffend hat zum einen Jahrzehnte gedauert,<sup>1061</sup> zum anderen werden selbst dort – wo doch bei Tatbestandsmerkmalen von Straftatbeständen erhöhte Maßstäbe an die Rechtssicherheit zu beachten sind – keine *strikten* Grenzen gezogen.<sup>1062</sup> Eine relative Bestimmung anhand der Verhältnisse des Einzelnen wäre – obgleich überzeugender<sup>1063</sup> – nicht minder schwierig.

1059 BVerfG, 12.02.1992 – 1 BvL 1/89, Rn. 34, BVerfGE 85, 337.

1060 So auch Meller-Hannich, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. I: Gutachten, 1, A 38–A 39.

1061 Vgl. nur MüKo-StGB-V/Pegel, § 315 StGB Rn. 75 mwN.

1062 MüKo-StGB-V/Pegel, § 315 StGB Rn. 75 mwN zur verschiedentlichen Kritik an der durch den BGH festgelegten Grenze von 750€; MüKo-StGB-IV/Hohmann, § 248a StGB Rn. 6; MüKo-StGB-IV/Schmitz, § 243 StGB Rn. 67–71.

1063 „Ob eine Schädigung als Bagatelle oder als schmerzhaft einzuordnen ist, liegt ohnehin zuvörderst im Auge des Betrachters.“, Meller-Hannich, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. I: Gutachten, 1, A 60; Gluding, Kollektiver und überindividueller Rechtsschutz, 50–51.



- 313 Eine konkrete Grenzziehung würde den Rahmen dieser Arbeit bei weitem sprengen. Die Problematik sei aber anhand folgender exemplarischer Werte verdeutlicht: Man könnte auf 50€ Anspruchswert als Grenze abstellen, wie es die Rechtsprechung zum Diebstahl geringerwertiger Sachen, §§ 243 Abs. 2, 248a StGB, befürwortet.<sup>1064</sup> Die Rechtsverfolgungskosten außergerichtlicher Vertretung und erster Instanz beliefen sich dann auf 506,21€, sodass nach Maßgabe der BVerfG-Rechtsprechung die Kostenausgestaltung verfassungswidrig wäre.<sup>1065</sup>
- 314 Angelehnt an die von Rechtsprechung und Literatur entwickelten Grenzen zu den Straßenverkehrsdelikten, die die Gefährdung einer fremden Sache von bedeutendem Wert voraussetzen, könnte man ferner einen Wert zwischen 750€ und 1.000€ als Grenze heranziehen.<sup>1066</sup> Hierbei käme es dann für die Beurteilung der Verfassungswidrigkeit auf den konkreten Wert an: Bei 837€ Streitwert entsprechen die drohenden Prozesskosten dem potenziellen wirtschaftlichen Gewinn.
- 315 Man könnte darüber hinaus die aus Befragungen und statistischen Auswertungen gewonnenen Streitwertgrenzen (ca. 1.850€)<sup>1067</sup> übertragen. Dem steht allerdings ein methodisches Problem entgegen: Die Daten geben nur Auskunft über die Selbsteinschätzung der Befragten. Mag für den einen ein Wert von 450€ nichts sein, so übersteigt der Betrag das monatlich frei verfügbare Einkommen eines anderen möglicherweise schon. Die Auswertung der Gerichtsstatistiken vermag keine Auskunft darüber zu geben, welche Gründe dafür verantwortlich waren, dass ein Rechtsdurchsetzungs-

---

1064 Statt Vieler MüKo-StGB-IV/Hohmann, § 248a StGB Rn. 6; MüKo-StGB-IV/Schmitz, § 243 StGB Rn. 67, je mwN aus der Rspr.

1065 Hier und im Folgenden wird wiederum auf den Basispreis der Rechtsdurchsetzung von Ansprüchen auf unstreitiger Tatsachenbasis abgestellt, vgl. o. Fn. 480. Wenn schon dieser Preis, der durch eine aufwendigere Beweisaufnahme nur noch höher werden kann, über dem denkbaren Gewinn liegt, kann das Preisgefälle nur noch steiler werden. Daher bietet der Basispreis weiterhin eine gute Beurteilungsgrundlage.

1066 Zur Diskussion über die Wertgrenze vgl. nur MüKo-StGB-V/Pegel, § 315 StGB Rn. 75 mwN. Diese Werte zu übertragen ist indes nicht überzeugend. Denn das würde voraussetzen, dass die Rechtsordnung zwischen geringfügigen Beträgen und Sachen von bedeutendem Wert kein Zwischenmaß „normaler“ Werte kennt (749€ wäre ein geringfügiger Betrag, 751€ ein bedeutender Wert).

1067 Durchschnittlicher Streitwert, ab dem sich subjektiv eine Rechtsdurchsetzung lohnt: 1.840€, s.o. Fn. 485. Durchschnittlicher Streitwert vor den Amtsgerichten: 1.865€, s.o. Fn. 480. Zu weiteren Werten im Zusammenhang der Begriffsbestimmung eines Bagatellschadens s.o. Fn. 787.

versuch unterblieben ist.<sup>1068</sup> Die Statistiken zeigen nur, welche Streitwerte es tatsächlich vor Gericht geschafft haben. Zudem verbietet es schon der allgemeine Sprachgebrauch, bei Werten um 1.850€ von bloß geringfügigen Werten zu sprechen. Das stützt nicht nur der allgemeine Sprachgebrauch, sondern noch dazu die Eurostat-Armutsschwelle. Dieser Grenzwert, ab dem Einzelpersonen als armutsgefährdet gelten, lag 2019 für Deutschland bei 14.109€ Jahreseinkommen bzw. 1.175,75€ Monatseinkommen.<sup>1069</sup> Bei erheblich hierüber liegenden Streitwerten verbietet es sich, von bloß geringfügigen Werten zu sprechen, weil es sich nicht in Einklang bringen lässt, einen Wert einerseits als Armutsschwelle zu definieren aber darüber liegenden Werten andererseits bloße Geringfügigkeit zuzuschreiben.

Eben diese Armutsschwelle verwendet das EU-Justizbarometer zur vergleichenden Qualitätsbewertung der mitgliedstaatlichen Justizsysteme hinsichtlich ihrer Zugänglichkeit. Für einen Vergleich im Hinblick auf die zu zahlenden Gerichtskostenvorschüsse wird für einen *low value claim* wertmäßig auf die Armutsschwelle abgestellt.<sup>1070</sup> Ein *low value claim* für Deutschland wurde so auf 1.175,75€ festgesetzt. Auch hier handelt es sich allerdings um eine abstrakte Wertgrenze, die die konkreten Verhältnisse Einzelner außer Betracht lässt. Die deutsche Fassung des Barometers verwendet zuletzt nicht den Begriff „geringwertig“, sondern „niedriger Streitwert“. Im Ergebnis sollte auch dieser Wert nicht herangezogen werden.

Überzeugender wäre es, zunächst den frei verfügbaren Nettoeinkommensüberschuss heranzuziehen.<sup>1071</sup> Denn der Einzelne wird bei seiner Entscheidung darüber, ob er das Prozesskostenrisiko eingehen will, seine eigenen wirtschaftlichen Verhältnisse am ehesten berücksichtigen. Eine solche Entscheidung beinhaltet eine Folgenabschätzung darüber, ob das drohende Risiko im Falle seiner Realisierung abzufangen ist. Wenn nicht, spricht das zunächst gegen die Risikoübernahme. Über einen freien Nettoeinkom-

1068 So im Ergebnis – wenn auch in anderem Kontext – auch Wessels/Göcken, in: FS Henssler, 1625, 1631–1632.

1069 Interaktive Daten abrufbar unter: <https://t1p.de/ay7o>. Online data code: ILC\_LI01. Genutzte Parameter: Single Person, Annual, [LI\_C\_MD60] At risk of poverty threshold (60 % of median equivalised income), Euro. Datenstand: 17.12.2020.

1070 Europäische Kommission, EU-Justizbarometer 2020 (<https://t1p.de/j8ex>), 23 Tab. 24; 22 Fn. 56.

1071 Vgl. mit einem ähnlichen Ansatz, aber im Kontext des Zulässigkeitsgrenzwerts für die Vereinbarung von Erfolgshonoraren (s.u. § 5 B. II. 1. a.), Wessels/Göcken, in: FS Henssler, 1625, 1631–1632.

mensüberschuss in Höhe von mindestens 838€<sup>1072</sup> verfügten 2020 höchstens 17 % der Deutschen.<sup>1073</sup> Wenn umgekehrt die drohenden Kosten regelmäßig das frei verfügbare Einkommen von 83 % der Bevölkerung übersteigen, bedeutet das eine wirtschaftliche Kostenschwelle mit signifikanter Bedeutung.<sup>1074</sup> Auch bei diesem Ansatz bedürfte es dennoch einer weitergehenden Bestimmung auf einen Wert *unter* 838€, denn wenn man jenen nähme, wäre die BVerfG-Formel nicht mehr zu erfüllen: Bei Ansprüchen bis 837€ übersteigen die drohenden Kosten den potenziellen Gewinn. Diese wären unter Anwendung der Formel dann geringwertig, weil unter der 838€-Grenze liegend, und somit für die Kontrolle anhand des Verfassungsrechts unerheblich. Für welchen Wert man sich letzten Endes dann unterhalb dieser Schwelle entscheidet, ist dann wieder gewissermaßen willkürlich.

- 318 Daher wird hier letztlich auf den allgemeinen Sprachgebrauch und damit auf die Wortlautgrenze bei der Interpretation der BVerfG-Rechtsprechung rekurriert: Während man im Cent- und ein- bis zweistelligen Eurobereich noch üblicherweise von bloß geringfügigen Werten sprechen könnte, dürfte die Grenze im dreistelligen Eurobereich bereits erreicht sein. In Anbetracht der Schwelle von 838€ wird man sich auch auf den allgemeinen Sprachgebrauch gestützt nicht im Detail damit auseinandersetzen müssen, ob pauschal die Grenze nun bei 100€, 250€ oder irgendeinem sonstigen vergleichbaren Wert zu ziehen sein soll. Allerdings sei noch auf ein inhärentes Problem bei der BVerfG-Formel hingewiesen: Je höher man die Geringfügigkeitsschwelle ansetzt, desto eher geraten die Interessen einkommensschwächerer Bevölkerungsteile ins Hintertreffen. Geht man davon aus, dass der durchschnittliche Anspruchswert dieser Teile niedriger ist, relativ zu ihrem Gesamteinkommen allerdings diesen niedrigeren Streitwerten gleichwohl hohe individuelle Bedeutung zukommt, dann leiden unter der Kostengestaltung diese Teile mehr. Zu nah sollte man der Obergrenze von 838€ daher nicht kommen.

---

1072 Streitwert, ab dem die drohenden Kosten einer außergerichtlichen und danach gerichtlichen Rechtsverfolgung in erster Instanz den Streitwert nicht mehr überschreiten.

1073 Vgl. die Zahlen bei *IfD Allensbach* (Hrsg.), AWA 2020 – freies Nettoeinkommen, 2020 (<https://t1p.de/hniu>). Eine ganz genaue Aussage lässt sich mittels dieser Zahlen nicht machen, da der relevante Schwellenwert von 838€ mitten in der zweithöchsten Eingruppierung der Studie liegt.

1074 Dieser Ansatz hat offensichtlich das Problem, dass er etwaige finanzielle Rücklagen des Rechtsuchenden außer Acht lässt, ist also ebenfalls nicht restlos überzeugend.

Differenzierend kommt man für den hier unter Bagatellschäden zusammengefassten Bereich damit auch ohne konkrete Bestimmung einer Wertgrenze zur teilweisen Verfassungswidrigkeit aus Perspektive der Rechtsschutzzugänglichkeit: Für „echte“ Bagatellansprüche im Cent- und ein- bis zweistelligen Eurobereich ergibt sich nach der Rechtsprechung des BVerfG keine Verfassungswidrigkeit. Für Ansprüche im dreistelligen Bereich gilt das nicht. Diese sind keine geringfügigen Beträge mehr und die drohenden Kosten der Rechtsdurchsetzung im Bereich von 100€ bis 838€ übersteigen den potenziellen Gewinn. Nach dem vom BVerfG aufgestellten Maßstab<sup>1075</sup> ist diesen Teilbereich betreffend der Zugang zu den Gerichten unangemessen erschwert und der Status quo mithin verfassungswidrig.<sup>1076</sup> Das gilt insbesondere für Ansprüche aus Art. 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 1–3 FluggastVO, die mit ihrem Rahmen von 250€–600€ nicht mehr zu den geringwertigen Ansprüchen im Sinne der BVerfG-Rechtsprechung zählen, hier aber unter den Begriff der Bagatellschäden gefasst werden.

Auch bei den Streuschäden könnte man sich zur Beurteilung der Verfassungswidrigkeit auf eine Wertgrenze für geringfügige Ansprüche festlegen. Gemessen an den genannten typischen Beispielen für Streuschadensereignisse<sup>1077</sup> spricht hier ungeachtet einer konkreten Grenze allerdings mehr gegen Verfassungswidrigkeit: Hier liegen die Werte typischerweise im Cent- (zu gering befüllte Produktpackungen, etc.) oder im niedrigen, höchstens zweistelligen Eurobereich (rechtswidrig erhöhte Gebühren, etc.). Aus der Perspektive der Zugänglichkeit liegt damit kein Widerspruch zwischen verfassungsrechtlich gefordertem und tatsächlichem Zustand vor, weil es sich um „echte“ Bagatellen handelt.<sup>1078</sup>

1075 BVerfG, 12.02.1992 – 1 BvL 1/89, Rn. 34, BVerfGE 85, 337.

1076 So im Ergebnis für das bei ihr sog. Finanzierungsdefizit auch C. Fechner, Schutzlücken, 70, 165–169, 193. Zustimmend Theissen, Prozessführungsgesellschaften, 63–64. AA Timmermann, Legal Tech-Anwendungen, 365–366.

1077 S.o. Fn. 827.

1078 Zum Ergebnis der Verfassungskonformität Streuschäden betreffend kommt auch Meller-Hannich, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. I: Gutachten, 1, A 38–A 39, obgleich sie nicht zwischen Zugänglichkeit und Effektivität unterscheidet. Die Zugänglichkeit betreffend ist ihr in Einklang mit der BVerfG-Rspr. zuzustimmen. AA Heese, JZ 2019, 429, 431.

## b. Effektivität

### aa. Anforderungen

- 321 Neben der Zugangskomponente umfasst der Justizgewährungsanspruch auch die Wirksamkeit des zur Verfügung gestellten Rechtsschutzes,<sup>1079</sup> die ebenfalls der Ausgestaltung bedarf.<sup>1080</sup> Dabei nimmt die Funktionstüchtigkeit der Zivilrechtspflege aufgrund ihrer verfassungsrechtlichen Verankerung eine hervorgehobene Position unter den Kollektivgütern ein,<sup>1081</sup> deren Betrachtung den Status quo der Rechtsdurchsetzung verbesserungswürdig scheinen lassen. Es dürfen hiernach nicht bloß wirkungslose Verfahren geschaffen werden, sondern diese müssen im Sinne größtmöglicher tatsächlicher Effektivität ausgestaltet sein.<sup>1082</sup> Dabei ist die Abgrenzung der prozesualen Ausgestaltungsanforderungen des allgemeinen Justizgewährungsanspruch vom Gewährleistungsgehalt des Art. 103 Abs. 1 GG nicht trennscharf möglich.<sup>1083</sup> Die Ursachen struktureller Rechtsdurchsetzungsinsuffizienzen gilt es abzumildern.<sup>1084</sup> Festgestellt wurde bereits, dass es für einen effektiven Rechtsschutz unerlässlich ist, Verfahren zu formalisieren und dass hieraus einerseits Befremdungserscheinungen für Laien sowie andererseits Routinevorteile für Repeat Player erwachsen.<sup>1085</sup> Ein wesentlicher Teil des

---

1079 Ständige Rspr., vgl. BVerfG, 24.07.2018 – 2 BvR 1961/09, Rn. 34, BVerfGE 149, 346; BVerfG, 25.01.2005 – 2 BvR 656/99, 2 BvR 657/99, 2 BvR 683/99, Rn. 89, BVerfGE 112, 185; BVerfG, 27.10.1999 – 1 BvR 385/90, Rn. 66, BVerfGE 101, 106; BVerfG, 02.12.1987 – 1 BvR 1291/85, Rn. 25, BVerfGE 77, 275; ferner BeckOK-GG/Enders, Art. 19 GG Rn. 72, 74; Huber/Voßkuhle/Huber, Art. 19 GG Rn. 380; Jarass/Pieroth/Jarass, Art. 20 GG Rn. 128, 134; *Papier*, in: StaatsR HB Bd. VIII, § 176, Rn. 18–25; *ders.*, in: StaatsR HB Bd. VIII, § 177, Rn. 19, 90–99; Sachs/Sachs, Art. 19 GG Rn. 143; Sachs/Sachs, Art. 20 GG Rn. 162; Dürig/Herzog/Scholz/Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 14, 229, 262–272.

1080 Jarass/Pieroth/Jarass, Art. 19 GG Rn. 61–62.

1081 BVerfG, 09.10.2002 – 1 BvR 1611/96, 1 BvR 805/98, Rn. 60, BVerfGE 106, 28; Jarass/Pieroth/Jarass, Art. 20 GG Rn. 130.

1082 BVerfG, 24.07.2018 – 2 BvR 1961/09, Rn. 34, BVerfGE 149, 346; BVerfG, 18.07.2005 – 2 BvR 2236/04, Rn. 102, BVerfGE, 273 mwN; BeckOK-GG/Enders, Art. 19 GG Rn. 72.

1083 Zuck, NJW 2013, 1132, 1134.

1084 Heese, JZ 2019, 429, 431.

1085 S.o. § 2 D. III. 2. b.

Effektivitätserfordernisses ist neben der Formalisierung eine Entscheidung in angemessener Zeit.<sup>1086</sup>

bb. Verfassungswidrigkeit im Bereich von Massen- und Streuschäden

Wenn die endgültige, rechtskräftige Bewältigung von Massen- und Streuschadensereignissen *Jahrzehnte* dauert, ist die Justizgewährung in dieser Hinsicht nicht effektiv ausgestaltet. Bezeichnend ist hierbei, dass in Reaktion auf die jeweiligen Schadensereignisse neue Instrumente zur kollektiven Durchsetzung geschaffen wurden, die dann ebenfalls unter Effektivitätsgesichtspunkten kritisch waren. So hat der Telekomprozess durch die Einführung des KapMuG keine signifikante Beschleunigung erfahren – er läuft noch immer.<sup>1087</sup> 322

Bei weitem betrifft das Problem überlanger Verfahrensdauern nicht sämtliche Streitigkeiten. Deutschland liegt im europäischen Vergleich der durchschnittlichen Prozessdauer immerhin im Mittelfeld.<sup>1088</sup> Dennoch hat bereits der EGMR stellenweise überlange Verfahrensdauern als strukturelles Problem des deutschen Rechtsschutzsystems ausgemacht.<sup>1089</sup> Zudem hat sich gezeigt, dass gerade die Bewältigung von Massenschadensereignissen tendenziell immer wieder herausfordernd und daher langwierig ist,<sup>1090</sup> gerade auch, weil die eigens für die jeweiligen Einzelereignisse geschaffenen Instrumente sich als nicht ausreichend effektivierend erweisen. Die Chance der Entlastung der Justiz durch geordnete Kollektivierung des Rechtsschutzes wurde bisher nicht ergriffen. 323

1086 BVerfG, 27.07.2004 – 1 BvR 1196/04, Rn. 5; BVerfG, 20.06.1995 – 1 BvR 166/93, Rn. 30, BVerfGE 93, 99; BVerfG, 02.03.1993 – 1 BvR 249/92, Rn. 22, BVerfGE 88, 118; BeckOK-GG/*Enders*, Art. 19 GG Rn. 79; Jarass/Pieroth/*Jarass*, Art. 19 GG Rn. 77–78; Jarass/Pieroth/*ders.*, Art. 20 GG 135; *Meller-Hannich*, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. I: Gutachten, I, A 39; *Papier*, in: StaatsR HB Bd. VIII, § 176, Rn. 21; Sachs/*Sachs*, Art. 19 GG Rn. 144; Dürig/Herzog/Scholz/Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 262–263. Vgl. ferner *Klose*, Justiz als Wirtschaftsfaktor, 103–106, 129–135 mwN.

1087 Vgl. o. Rn. 260. Die Schilderungen des BVerfG, 27.07.2004 – 1 BvR 1196/04, Rn. 8, machen die praktischen Probleme bei der Bewältigung solcher Schadensereignisse besonders plastisch.

1088 *Europäische Kommission*, EU-Justizbarometer 2020 (<https://t1p.de/j8ex>), 12–14.

1089 EGMR, 02.09.2010 – 46344/06, Rn. 53–54. Vgl. auch Dürig/Herzog/Scholz/Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 262.

1090 Vgl. die alarmierende Darstellung die justizielle Abwicklung des Dieselskandals betreffend bei *Heese/Schumann*, NJW 2021, 3023, Rn. 7, 13–14.

- 324 Für den Zustand *vor* Einführung der Musterfeststellungsklage teilte der Gesetzgeber die geäußerte Bewertung der Anspruchsbündelung und des kollektiven Rechtsschutzes als unwirksam, war dieser Befund doch Motiv für die Einführung der Musterfeststellungsklage,<sup>1091</sup> wenngleich allerdings der Gesetzgeber *expressis verbis* keinen verfassungsrechtlich problematischen Zustand feststellt. Auch dieses neue Instrument hat nicht zur signifikanten Verbesserung geführt. Es ist nicht umsonst umfassender Kritik ausgesetzt<sup>1092</sup> und adressiert die Effektivitätsprobleme nicht ausreichend.<sup>1093</sup> Hingewiesen sei in diesem Zusammenhang nochmals auf zwei Punkte: Die Zweistufigkeit des Verfahrens führt zwangsweise zur Verlängerung der Verfahren und dazu, dass der Entschluss zur Rechtsdurchsetzung zweifach fallen muss. Verhaltensökonomisch und strukturell begründete Rechtsdurchsetzungsinsuffizienzen werden nicht behoben. Außerdem kann diese Ausgestaltung eine Entlastung der Justiz durch Kollektivierung überhaupt nur dann erreichen, wenn nach dem Musterfeststellungsverfahren keine Vielzahl von parallelen Leistungsklagen mehr die Gerichte beschäftigt. Gewonnen wäre in einem solchen Fall nur Einheitlichkeit, indes weder Schnelligkeit noch Effektivität.
- 325 Es ergibt sich bei Massenschäden somit ein auf den ersten Blick paradoxes Bild: Einerseits setzen teilweise so viele Menschen ihre Rechte durch, dass die Justiz an die Leistungsgrenze gerät, was lange und ineffektive Verfahren zur Folge hat. Andererseits bleibt *gleichzeitig* der Anteil der ihre Rechte durchsetzenden Personen noch zu gering, als das von aus Anreiz- und Verhaltenssteuerungsperspektive<sup>1094</sup> ausreichender Rechtsdurchsetzung gesprochen werden könnte.<sup>1095</sup> Das zeigt aber nur umso mehr, dass Ansatzpunkt Effektivierungssteigerungen im Kollektivrechtsschutz sein müssen. Nur so können *mehr Menschen* ihr Recht durchsetzen, ohne die Justiz gleichzeitig damit zu überlasten.
- 326 Allerdings ist die Dauer der Verfahren zur Bewältigung von Massenschadensereignissen nicht der einzige Faktor, der diesen Befund stützt. Massen- und Streuschäden führen zur Überlastung der Gerichte mit der resultierenden Vielzahl von Parallelverfahren, die teils trotz vergleichbarer

---

1091 BT-Drs. 19/2507, 14.

1092 Dazu s.o. § 2 E. II. 2. b.

1093 So im Ergebnis auch Heese, JZ 2019, 429, 438, 440.

1094 Sogleich § 2 E. IV. 4. a.

1095 Am Beispiel des Dieselskandals Heese, JZ 2019, 429, 431.



Tatsachen- und Rechtslage unterschiedlich entschieden werden.<sup>1096</sup> Zudem droht aufgrund der Verfahrensdauer die Verjährung von Ansprüchen, die in Erwartung eines gesenkten Risikos nicht bereits vor Klärung der Rechtslage rechtshängig gemacht wurden.<sup>1097</sup> So wird eine aus Risikoaversion getroffene Entscheidung abzuwarten abgestraft. Zuletzt sind die Kläger in solchen Verfahren in einer strukturell unterlegenen Position und schaden sich durch Erhöhung des Insolvenzrisikos des Schädigers potenziell selbst.<sup>1098</sup> All das führt im Ergebnis dazu, dass auch im Bereich der Streu- und Massenschäden aus der Perspektive der Effektivität des Rechtsschutzes ein verfassungswidriger Zustand besteht.<sup>1099</sup>

#### cc. Schutzzieleinwand: Bloß Individualrechtsschutz?

Hiergegen lässt sich nicht mit dem Einwand der Strukturentscheidung des Grundgesetzes für Individualrechtsschutz<sup>1100</sup> argumentieren. Zwar überlassen Grundgesetz und Gesetzgeber es grundsätzlich einem liberalen Staatsverständnis folgend jedem Einzelnen, seine Ansprüche selbstbestimmt und eigenverantwortlich durchzusetzen.<sup>1101</sup> Diese grundsätzliche Entschei-

1096 *Fries*, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 184; *R. Koch*, MDR 2018, 1409, 1411; *Meller-Hannich*, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. I: Gutachten, 1, A 39; vgl. auch *Freitag/Lang*, ZZZ 2019, 329, 331.

1097 *Meller-Hannich*, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. I: Gutachten, 1, A 39; *Rott*, Gutachten Verbraucherrechtspolitik, 2016 (<https://t1p.de/x9df>), 22–23. Das Damoklesschwert der Verjährung schwebt auch über den Ansprüchen derjenigen, die sich der (Sammel-)Klage von myright.de gegen VW angeschlossen haben, vgl. u. § 5 A. III. 2. b.

1098 *Meller-Hannich*, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. I: Gutachten, 1, A 39-A 40; ähnlich *Heese*, JZ 2019, 429, 431; *R. Koch*, MDR 2018, 1409, 1410.

1099 So für das bei ihr sog. Massenklagendefizit auch *Engler*, AnwBl Online 2021, 253, 255; *C. Fechner*, Schutzlücken, 157–165, 193; im Ergebnis auch *Freitag/Lang*, ZZZ 2019, 329, 357–358; nur für Massenschäden *Meller-Hannich*, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. I: Gutachten, 1, A 40; *Theissen*, Prozessführungsgesellschaften, 63–64. AA *Bruns*, NJW 2018, 2753, 2756. War *Meller-Hannich* im Ergebnis die Zugänglichkeit der Gerichte betreffend noch zuzustimmen, gilt das auf Ebene der Effektivität nicht. Streuschäden immanent ist die gleiche Massenklagekomponente, die zur Ineffektivität des Individualrechtsschutzes führt. S. schon o. § 2 E. I. 2. und Fn. 814.

1100 *Jarass/Pieroth/Jarass*, Art. 19 GG Rn. 37; *Dürig/Herzog/Scholz/Schmidt-Aßmann*, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 8.

1101 *Fries*, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 58, 183; ähnlich *Meller-Hannich*, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. I: Gutachten, 1, A 38-A 39.

derung für den Individualrechtsschutz ist aber nicht unumstößlich. Das GG schließt Elemente kollektiven Rechtsschutzes weder explizit noch implizit aus, weil der Justizgewährleistungsanspruch einen Mindestschutz normiert, über den der Gesetzgeber hinausgehen darf.<sup>1102</sup> Um aus dem Justizgewährleistungsanspruch gleichwohl einen *Anspruch* auf Einführung wirkungsvoller<sup>1103</sup> kollektiver Rechtsschutzinstrumente herleiten zu können, bedarf es besonderer Gründe, die diese Ausnahme vom Grundsatz rechtfertigen.<sup>1104</sup>

- 328 Dort, wo im Rahmen des gewährten Individualrechtsschutzes faktische Durchsetzungslücken bestehen, können diese zur Begründung herangezogen werden: In Bereichen, in denen gerade wegen der Eigenarten des Individualrechtsschutzes Rechtsschutzdefizite herrschen, kann und muss dem kollektiven Rechtsschutz eine Komplementärfunktion<sup>1105</sup> zukommen.<sup>1106</sup> Denn, wenn alternative Ansatzpunkte im System des Individualrechtsschutzes nicht erfolgversprechend sind oder gar entsprechende Ansätze dort sich bereits als wirkungslos erwiesen haben, wäre es in sich widersinnig, wenn das GG einerseits ein System zugänglichen und effektiven Rechtsschutzes forderte, andererseits für eine vielversprechende Möglichkeit für eine Problematik besonderer Struktur (Massen- und Streuschäden) nicht gleichzeitig eine solche Forderung aufstellen würde. Das Schutzsystem wäre dann lückenhaft und das GG stünde ironischerweise einem Ansatz an der Wurzel der Problematik entgegen. Da im Bereich von Massenschäden gerade aufgrund ihrer Natur als kollektive Schadensereignisse der Individualschutz scheitert ist es nur folgerichtig, dieser Schadensnatur auch mit einem kollektiven Rechtsschutzverfahren begegnen zu können. Dasselbe gilt für Streuschäden, deren Rechtsdurchsetzungslücke zu gleichen Teilen aus rationalem Desinteresse und aus unzureichenden kollektiven Rechtsschutzmöglichkeiten resultiert.

1102 *Gluding*, Kollektiver und überindividueller Rechtsschutz, 59 mwN; *Heese*, JZ 2019, 429, 431; *Dürrig/Herzog/Scholz/Schmidt-Aßmann*, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 9. Ebenso, wenn auch ohne Begründung oder Nachweise, *C. Fechner*, Schutzlücken, 155.

1103 Die kollektiven Verfahren müssen selbstverständlich dann die inhaltlichen Anforderungen der Justizgewährleistungsansprüche und Verfahrensgrundrechte gleichfalls beachten.

1104 So auch *Gluding*, Kollektiver und überindividueller Rechtsschutz, 58–59.

1105 *Fries*, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 183.

1106 *Fries*, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 65; *Gluding*, Kollektiver und überindividueller Rechtsschutz, 59. So im Ergebnis auch *Meller-Hannich*, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. I: Gutachten, I, A 38-A 40, die sodann aufgrund einer Differenzierung nach Art der Hürden einen Anspruch auf Schaffung kollektiver Instrumente für Streuschäden ablehnt und für Massenschäden annimmt.

c. Folgerungen: Justiziabilität und Gewährleistungsadressaten

Was folgt nun aber aus der Feststellung der verfassungswidrigen Ausgestaltung des Rechtsschutzes in den dargestellten Teilbereichen? Das ist anhand der unterschiedlichen Gewährleistungsrichtungen<sup>1107</sup> des allgemeinen Justizgewährungsanspruchs zu beantworten. 329

Aus seinem Leistungsgehalt ergibt sich ein Anspruch auf Beseitigung des verfassungswidrigen Zustandes gegen den Gesetzgeber.<sup>1108</sup> Dieser ist aufgrund des Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers allerdings inhaltlich nicht auf eine ganz konkrete Reform gerichtet. Insofern ist eine Gestaltung in einem bestimmten, vorbezeichneten Sinne nicht justiziabel.<sup>1109</sup> Ganz allgemein ist der verfassungswidrige Zustand lediglich in einen verfassungskonformen zu überführen – die Wahl der Mittel obliegt nach der grundgesetzlichen Ausgestaltung nicht dem Gewährleistungsinhaber, sondern dem Gesetzgeber. Hieran zu messen ist die Reform des Rechtsrahmens für Rechtsdienstleistungen, die zum 01.10.2021 in Kraft getreten ist.<sup>1110</sup> 330

Aus dem Abwehrgehalt lässt sich für die vorliegende Untersuchung methodisch Verwertbares gewinnen. Denn der Justizgewährungsanspruch richtet sich wenigstens mittelbar an die die Verfahrensordnungen und sonstige verfahrensgestaltende Normen anwendenden Gerichte im Rahmen der verfassungskonformen Auslegung.<sup>1111</sup> Neben jenen Verfahrensnormen betrifft diese Pflicht rechtsschutzfreundlicher Auslegung allerdings genauso das materielle Recht.<sup>1112</sup> Soweit die Gerichte sich hierbei der Auslegungsmethodik bedienen, sehen sie sich nicht dem Vorwurf einer „politischen Justiz“<sup>1113</sup> ausgesetzt, sondern agieren mit anerkannten Mitteln in Ausführung ihrer 331

1107 Leistungs- und Abwehrgehalt, s.o. Fn. 1037 und Fn. 1038.

1108 BVerfG, 24.07.2018 – 2 BvR 1961/09, Rn.34, BVerfGE 149, 346; BeckOK-GG/Enders, Art. 19 GG Rn. 72, 74.

1109 In diesem Sinne auch Timmermann, Legal Tech-Anwendungen, 365, 367–369.

1110 Dazu u. § 5.

1111 Ständige Rspr., vgl. BVerfG, 24.07.2018 – 2 BvR 1961/09, Rn. 34, BVerfGE 149, 346; BVerfG, 05.09.2013 – 1 BvR 2447/11, Rn. 10; BVerfG, 25.01.2005 – 2 BvR 656/99, 2 BvR 657/99, 2 BvR 683/99, Rn. 92, BVerfGE 112, 185; BVerfG, 02.03.1993 – 1 BvR 249/92, Rn. 25, BVerfGE 88, 118; BVerfG, 02.12.1987 – 1 BvR 1291/85, Rn. 25, BVerfGE 77, 275; BVerfG, 03.07.1973 – 1 BvR 153/69, Rn. 32, BVerfGE 35, 348; BeckOK-GG/Enders, Art. 19 GG Rn. 73; Sachs/Sachs, Art. 19 GG Rn. 143.

1112 BVerfG, 02.12.2014 – 1 BvR 3106/09, Rn. 23, BVerfGE 138, 33; ferner BeckOK-GG/Enders, Art. 19 GG Rn. 75, 79. Vgl. auch Dürig/Herzog/Scholz/Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 229.

1113 Klose, Justiz als Wirtschaftsfaktor, 93–94 mwN.

Aufgabe der Gewährleistung von Rechtsstaatlichkeit.<sup>1114</sup> Zur heranzuziehenden Auslegungsmethodik gehört dabei nicht nur die verfassungskonforme,<sup>1115</sup> sondern vorgelagert<sup>1116</sup> auch die verfassungsorientierte Auslegung, die eine Methode zur Inhaltsbestimmung einer einfachgesetzlichen Norm darstellt.<sup>1117</sup>

- 332 Selbst wenn also kein Anspruch gerichtet auf eine konkrete Reform *de lege ferenda* besteht,<sup>1118</sup> so kommt doch der Justizgewährungspflicht schon bei der Rechtsanwendung *de lege lata* erhebliche methodische Bedeutung zu. Insbesondere auf die verfassungsorientierte Auslegung wird an späterer Stelle zurückzukommen sein.<sup>1119</sup>

#### d. Zwischenergebnis

- 333 Soweit die dargestellten Hemmfaktoren der Rechtsdurchsetzung durch die Ausgestaltung des Rechtsrahmens in nicht mehr tragbarer Weise in ihrer Bedeutung erhöht werden und dadurch auf den drei dargestellten Gebieten der Rechtsschutz Lücken aufweist, ist der Status quo aus der verfassungsrechtlichen Perspektive korrekturbedürftig. Verfassungsrechtlich begründeter Handlungsbedarf ergibt sich Bagatellschäden betreffend aus Perspektive der Zugänglichkeit, Streu- und Massenschäden betreffend aus Perspektive der Effektivität des Rechtsschutzes.
- 334 Die Problematik im Rahmen der Insuffizienzen bei Bagatellschäden resultiert maßgeblich aus einem Missverhältnis von Rechtsverfolgungskosten und potenziellem wirtschaftlichen Gewinn. Die drohenden Rechtsverfolgungskosten übersteigen im Bereich der Bagatellschäden regelmäßig den möglichen Gewinn. Damit ist die Grenze des Ausgestaltungsspielraums

---

1114 Vgl. insgesamt zur Aufgabenzuweisung und zur Abgrenzung zur Legislative Klose, Justiz als Wirtschaftsfaktor, 91–94, 106–108.

1115 Zu Historie, Voraussetzungen, Inhalt und Grenzen der verfassungskonformen Auslegung eingehend Höpfner, Systemkonforme Auslegung, 171–177.

1116 Ausdrücklich Höpfner, Systemkonforme Auslegung, 183.

1117 Dazu und insbesondere zur Unterscheidung von der verfassungskonformen Auslegung umfassend und mwN Höpfner, Systemkonforme Auslegung, 178–183. Krit. Flory, Grenzen inkassodienstlicher Rechtsdienstleistungen, 240, 274.

1118 Einen Anspruch auf Schaffung eines Instrumentes zur kollektiven und effektiven Behandlung von Massenschäden bejaht Meller-Hannich, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. I: Gutachten, I, A 39-A 40.

1119 S.u. § 4.

des Gesetzgebers in diesem Bereich überschritten.<sup>1120</sup> Im Rahmen von Massenschäden ist der zur Verfügung stehende Rechtsrahmen nicht effektiv genug. Auch hier ist demnach der zulässige Rahmen der Ausgestaltung verlassen.<sup>1121</sup> Streuschäden sind vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des BVerfG aus Zugangsperspektive nicht mit verfassungswidrigen Hemmschwellen verbunden, soweit es sich um bloß ganz geringfügige Werte handelt, bei denen unverhältnismäßig hohe Kosten nicht schädlich sind. Bei Streuschäden ergibt sich die Verfassungswidrigkeit allerdings ebenfalls aus der Ineffektivität.

Der resultierende Korrekturauftrag richtet sich in erster Linie dabei an 335 den Gesetzgeber *de lege ferenda*.<sup>1122</sup> Mittelbar müssen indes die Gerichte in der Zwischenzeit das geltende Recht im Rahmen der gebotenen verfassungskonformen Auslegung rechtsschutzfreundlich anwenden.

## 2. Unionsrechtlicher Grundsatz effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes

Auch das Unionsrecht kennt nach ständiger Rechtsprechung des EuGH 336 einen Grundsatz effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes als allgemeinen Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts.<sup>1123</sup> Er ergibt sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten und ist dane-

---

1120 Im Ergebnis so auch C. Fechner, Schutzlücken, 169, 193.

1121 Im Ergebnis so auch C. Fechner, Schutzlücken, 165; Meller-Hannich, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. I: Gutachten, I, A 39-A 40.

1122 Und ist daher in der vorliegenden Arbeit bei der Erarbeitung eines Reformvorschlages ebenfalls zu beachten.

1123 EuGH, 27.02.2018 – C-64/16, Rn. 35–37 – *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*; EuGH, 22.12.2010 – C-279/09, Rn. 29 – *DEB*; EuGH, 15.04.2008 – C-268/06, Rn. 43 – *Impact*; EuGH, 13.03.2007 – C-432/05, Rn. 37 – *Unibet*; EuGH, 19.06.2003 – C-467/01, Rn. 61 – *Eribrand*; EuGH, 25.07.2002 – C-50/00, Rn. 39 – *Unión de Pequeños Agricultores*; EuGH, 27.11.2001 – C-424/99, Rn. 45 – *Kommission/Österreich*; EuGH, 15.10.1987 – C-222/86, Rn. 14 – *Heylens*; EuGH, 15.05.1986 – 222/84, C-222/84, Rn. 18 – *Johnston*; C. Calliess/Ruffert/Wegener, Art. 19 EUV Rn. 62. Vgl. zu Hintergrund und Entwicklung Rott, Effektivität des Verbraucherrechtsschutzes, 2–6 mwN.

ben durch Art. 6 und Art. 13 EMRK<sup>1124</sup> sowie Art. 47 GRCh<sup>1125</sup> verbrieft.<sup>1126</sup> Er findet zudem in Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV<sup>1127</sup> Erwähnung<sup>1128</sup> und folgt in Gesamtschau damit aus den drei von Art. 6 EUV anerkannten Quellen unionsrechtlicher Grundrechte.

## a. Inhalt

- 337 Mit Blick auf den Grundsatz effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes ergibt sich für die nationalen Gerichte aus Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2, 3 EUV eine Mitwirkungspflicht beim Schutz der Rechte des Einzelnen aus dem Gemeinschaftsrecht, wobei es grundsätzlich den einzelnen Mitgliedstaaten obliegt, das Verfahren vor den nationalen Gerichten auszugestalten (Grundsatz der Verfahrensautonomie).<sup>1129</sup> Dennoch dürfen die nationalen Vorschriften das Recht auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz nicht beeinträchtigen.<sup>1130</sup> Diese Anforderungen konkretisieren sich in der Rechtsprechung des EuGH insbesondere im Grundsatz der Gleichwertigkeit und im Grundsatz der

1124 Konvention zum Schutz der Menschenrechte und der Grundfreiheiten (EMRK), 22.10.2010, BGBl. II 2010, 1198.

1125 Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh), 12.12.2007, BGBl. II 2008, 1165.

1126 EuGH, 27.02.2018 – C-64/16, Rn. 35–37 – *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*; EuGH, 22.12.2010 – C-279/09, Rn. 29 – *DEB*; EuGH, 13.03.2007 – C-432/05, Rn. 37 – *Unibet*; EuGH, 19.06.2003 – C-467/01, Rn. 61 – *Eribrand*; EuGH, 25.07.2002 – C-50/00, Rn. 39 – *Unión de Pequeños Agricultores*; EuGH, 27.11.2001 – C-424/99, Rn. 45 – *Kommission/Österreich*; EuGH, 15.10.1987 – C-222/86, Rn. 14 – *Heylens*; EuGH, 15.05.1986 – 222/84, C-222/84, Rn. 18 – *Johnston*.

1127 Vertrag über die Europäische Union idF des Vertrags von Lissabon (EUV), 13.12.2007, ABl. C 306, I.

1128 EuGH, 27.02.2018 – C-64/16, Rn. 35 – *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*.

1129 EuGH, 18.12.2014 – C-449/13, Rn. 23 – *Consumer Finance*; EuGH, 15.04.2008 – C-268/06, Rn. 44 – *Impact*; EuGH, 13.03.2007 – C-432/05, Rn. 38–39 – *Unibet*; EuGH, 11.09.2003 – C-13/01, Rn. 49 – *Safalero*; EuGH, 20.09.2001 – C-453/99, Rn. 29 – *Courage und Crehan*; EuGH, 14.12.1995 – C-312/93, Rn. 12 – *Peterbroeck*; EuGH, 19.06.1990 – C-213/89, Rn. 19 – *Factortame I*; EuGH, 15.05.1986 – 222/84, C-222/84, Rn. 19 – *Johnston*; EuGH, 16.12.1976 – 45/76, Rn. 12 – *Comet*; EuGH, 16.12.1976 – C-33/76, Rn. 5 – *Rewe*. Das entspricht Art. 6 EMRK: EGMR, 04.05.2006 – Nr. 63945/00, Rn. 34 – *Weissmann v. Romania*; *Diggelmann/Altwickler*, DÖV 2012, 781, 783; Gaier/Wolf/Göcken/Schmahl, Art. 6 EMRK Rn. 21.

1130 EuGH, 18.12.2014 – C-449/13, Rn. 23 – *Consumer Finance*; EuGH, 13.03.2007 – C-432/05, Rn. 42 – *Unibet*; EuGH, 11.09.2003 – C-13/01, Rn. 50 – *Safalero*; EuGH, 25.07.2002 – C-50/00, Rn. 41 – *Unión de Pequeños Agricultores*; EuGH, 11.07.1991 – C-87/90, C-88/90, C-89/90, C-87/90, C-88/90, C-89/90, Rn. 24 – *Verholen*.

Effektivität.<sup>1131</sup> Ersterer ist ein Diskriminierungsverbot im Hinblick auf die Behandlung grenzüberschreitender und innerstaatlicher Sachverhalte.<sup>1132</sup> Letzterem zufolge darf das nationalstaatliche Rechtssystem „die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren“<sup>1133</sup>. Diese Formel begrenzt einerseits den Anwendungsbereich des unionsrechtlichen Justizgewährleistungsanspruchs<sup>1134</sup> und zeichnet andererseits die inhaltlichen Anforderungen an die nationalstaatlichen Rechtsschutzsysteme vor. Bedeutsam ist der unionsrechtliche Grundsatz effektiven Rechtsschutzes in dieser Arbeit vor allem aber nicht nur für die Rechte aus der FluggastVO.

Fraglich bleibt freilich, wann im Sinne des Grundsatzes der Effektivität 338 von praktischer Unmöglichkeit oder übermäßiger Erschwerung gesprochen werden kann. Das lässt sich mit einem Blick auf die einzelnen Herleitungsquellen des Justizgewährleistungsanspruchs nur so beantworten: In den wesentlichen Teilen entsprechen sich nationalverfassungsrechtlicher und unionsrechtlicher Justizgewährleistungsanspruch. Für diese Kongruenz – die nach der Rechtsprechung des BVerfG nicht zwingend ist<sup>1135</sup> – spricht zunächst, dass die Begrifflichkeiten, die die deutschen Texte der Urteile des EuGH wählen, mit den vom BVerfG bei seiner Rechtsprechung zum Justiz-

1131 C. Calliess/Ruffert/Kahl, Art. 4 EUV Rn. 144; von der Groeben/Schwarze/Hatje/Obwexer, Art. 4 EUV Rn. 105; Dürig/Herzog/Scholz/Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 41–41a; Streinz/Streinz, Art. 4 EUV Rn. 34; Streinz/ders., Art. 47 GRCh Rn. 6.

1132 Nürnberg, Durchsetzung von Verbraucherrechten, 66–67; Streinz/Streinz, Art. 4 EUV Rn. 34, 54.

1133 EuGH, 13.03.2007 – C-432/05, Rn. 43 – *Unibet*. Vgl. ferner EuGH, 22.12.2010 – C-279/09, Rn. 28 – *DEB*; EuGH, 15.04.2008 – C-268/06, Rn. 46 – *Impact*; EuGH, 11.09.2003 – C-13/01, Rn. 49 – *Safalero*; EuGH, 19.06.2003 – C-467/01, Rn. 62 – *Eribrand*; EuGH, 20.09.2001 – C-453/99, Rn. 29 – *Courage und Crehan*; EuGH, 14.12.1995 – C-312/93, Rn. 12 – *Peterbroeck*; EuGH, 16.12.1976 – 45/76, Rn. 13–16 – *Comet*; EuGH, 16.12.1976 – C-33/76, Rn. 5 – *Rewe*. So auch aus der Lit. Dürig/Herzog/Scholz/Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 41; Theissen, Prozessführungsgesellschaften, 64.

1134 In Einklang mit seiner Herleitung u.a. aus Art. 47 GRCh: Wegen Art. 51 Abs. 1 GRCh gilt die Charta für die Mitgliedstaaten nur insoweit sie Unionsrecht durchführen. Zur Beschränkung auf das Unionsrecht Dürig/Herzog/Scholz/Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 39a, 40.

1135 Das hat auch das BVerfG zuletzt noch so gesehen, BVerfG, 06.11.2019 – 1 BvR 16/13, Rn. 66–69, BVerfGE, 152, als es eine *widerlegliche* Vermutung dafür aufstellte, dass eine Prüfung am GG das Schutzniveau der GRCh regelmäßig gewährleiste.



gewährleistungsanspruch verwandten Termini,<sup>1136</sup> übereinstimmen. Weiterhin stützt die Herleitung des EuGH aus den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten, zu denen das GG zählt, dieses Ergebnis. Final zeigt sich der Gleichlauf durch einen vergleichenden Blick auf die Schutzgewährleistungen von Art. 6 EMRK, konkretisiert durch den EGMR,<sup>1137</sup> und Art. 47 GRCh. Genauso wie der nationalverfassungsrechtliche Justizgewährleistungsanspruch umfasst Art. 6 EMRK unter anderem Rechte auf Zugang zu den eingerichteten Gerichten und auf eine Entscheidung in angemessener Zeit.<sup>1138</sup> Beschränkungen des Rechtsschutzes sind auch hier grundsätzlich zulässig,<sup>1139</sup> sofern diese ein legitimes Ziel unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und der Kerngehaltsgewährleistung verfolgen.<sup>1140</sup> Zu berücksichtigen sind im Kontext des Effektivitätsgrundsatzes vor allem auch die Stellung der jeweils zu prüfenden Normen im Gesamtrechtsschutzsystem und im Kontext des Verfahrensstadiums in dem sie wirkt.<sup>1141</sup> Auch die Rechtsschutzgarantie aus Art. 47 GRCh umfasst insgesamt die beiden Dimensionen „Zugang“ und „Effektivität“<sup>1142</sup> und ist Einschränkungen unter den Voraussetzungen des Art. 52 Abs. 1 GRCh zugänglich.<sup>1143</sup>

1136 S.o. insbesondere Fn. 1050.

1137 Der Gewährleistungsgehalt der Art. 6 EMRK ergibt sich über den Wortlaut hinaus aus der Rspr. des EGMR, EuGH, 22.12.2010 – C-279/09, Rn. 35 – *DEB*; einordnend Dürig/Herzog/Scholz/Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 37a.

1138 Diggelmann/Altwickler, DÖV 2012, 781; Dürig/Herzog/Scholz/Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 37b.

1139 KonkordanzK-EMRK/GG/Grabenwarter/Pabel, Kapitel 14: Der Grundsatz des fairen Verfahrens Rn. 74; Karpenstein/Mayer/Meyer, Art. 6 EMRK Rn. 63; NK-EMRK/Meyer-Ladewig/Harrendorf/König, Art. 6 EMRK Rn. 33; Gaier/Wolf/Göcken/Schmahl, Art. 6 EMRK Rn. 22; Dürig/Herzog/Scholz/Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 37b.

1140 EGMR, 04.05.2006 – Nr. 63945/00, Rn. 36 – *Weissmann v. Romania*. Vgl. mwN Diggelmann/Altwickler, DÖV 2012, 781, 783–784; KonkordanzK-EMRK/GG/Grabenwarter/Pabel, Kapitel 14: Der Grundsatz des fairen Verfahrens Rn. 74; NK-EMRK/Meyer-Ladewig/Harrendorf/König, Art. 6 EMRK Rn. 34; Gaier/Wolf/Göcken/Schmahl, Art. 6 EMRK Rn. 22; Dürig/Herzog/Scholz/Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 37b.

1141 EuGH, 18.12.2014 – C-449/13, Rn. 25 – *Consumer Finance*; EuGH, 10.09.2014 – C-34/13, Rn. 52 – *Kušionová*.

1142 C. Calliess/Ruffert/Blanke, Art. 47 GRCh Rn. 1; Dürig/Herzog/Scholz/Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 40.

1143 Dürig/Herzog/Scholz/Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 40a.

Unter den zulässigen Einschränkungen von besonderer Bedeutung sind auf unionsrechtlicher Ebene Zugangsbeschränkungen, insbesondere Rechtsverfolgungskosten.<sup>1144</sup> Zulässig sind finanzielle und sonstige Zugangsschranken, soweit sie den Gerichtszugang nicht faktisch ausschließen und dadurch den rechtsstaatlich notwendigen gerichtlichen Rechtsschutz wirtschaftlich unmöglich machen.<sup>1145</sup> Je früher die Kosten im Stadium des Rechtsschutzes anfallen, desto strenger fällt die Prüfung aus.<sup>1146</sup> Eine Formel, wie die genannte des BVerfG,<sup>1147</sup> existiert in der Rechtsprechung des EGMR indes nicht. Dennoch prüft der EGMR teils ausführlich einzelne Gebührensysteme darauf, ob die Kosten an sich unverhältnismäßig hoch erscheinen, oder ob die Rechtssysteme der subjektiven Unmöglichkeit der Kostenerstattung ausreichend Rechnung tragen.<sup>1148</sup> Der Bezug, den der EGMR auf den *faktischen Ausschluss* von Rechtsschutzmöglichkeiten nimmt, gleicht ebenfalls der Terminologie der ständigen Rechtsprechung des BVerfG zum nationalverfassungsrechtlichen Justizgewährleistungsanspruch.<sup>1149</sup> Im Hinblick auf die Zugänglichkeit ist daher letztlich von einem inhaltlichen Gleichlauf von nationalem und unionsrechtlichem Justizgewährleistungsanspruch auszugehen.<sup>1150</sup> Das gilt insbesondere im Hinblick darauf, dass die Ausgestaltung des Rechtsschutzsystems insgesamt nicht die Durchsetzung von Rechten dadurch unangemessen erschweren darf, dass sie die oben dargestellten Hemmfaktoren erhöht.

Ähnliches gilt für das Effektivitätserfordernis, das den Staaten die Pflicht auferlegt, ein effektives Rechtsschutzsystem dergestalt einzurichten, dass

1144 Insgesamt hierzu *Diggelmann/Altwickler*, DÖV 2012, 781, 784–788; *Rott*, Effektivität des Verbraucherrechtsschutzes, 64–66 mwN aus der Rspr. des EuGH.

1145 BVerfG, 24.07.2018 – 2 BvR 1961/09, Rn. 39, BVerfGE 149, 346; *Diggelmann/Altwickler*, DÖV 2012, 781, 784; KonkordanzK-EMRK/GG/*Grabenwarter/Pabel*, Kapitel 14: Der Grundsatz des fairen Verfahrens Rn. 75; *Gaier/Wolf/Göcken/Schmahl*, Art. 6 EMRK Rn. 21.

1146 *Diggelmann/Altwickler*, DÖV 2012, 781, 784–785. Angedeutet etwa bei EGMR, 04.05.2006 – Nr. 63945/00, Rn. 42 – *Weissmann v. Romania*.

1147 S.o. Fn. 1059.

1148 *Diggelmann/Altwickler*, DÖV 2012, 781, 785; *Karpenstein/Mayer/Meyer*, Art. 6 EMRK Rn. 67; *NK-EMRK/Meyer-Ladewig/Harrendorf/König*, Art. 6 EMRK Rn. 37; *Gaier/Wolf/Göcken/Schmahl*, Art. 6 EMRK Rn. 23.

1149 EGMR, 04.05.2006 – Nr. 63945/00, Rn. 37 – *Weissmann v. Romania*. Zum BVerfG s.o. Fn. 1048–1050.

1150 Im Ergebnis so unter Hinweis auf die parallelen Anforderungen durch die jeweilige Rspr. KonkordanzK-EMRK/GG/*Grabenwarter/Pabel*, Kapitel 14: Der Grundsatz des fairen Verfahrens Rn. 86–87.

es den einzelnen Gerichten die Chance gibt, den Gewährleistungsinhalten gerecht zu werden.<sup>1151</sup> Wesentlicher Anknüpfungspunkt ist wiederum die Prozessdauer. Art. 6 EMRK fordert ausdrücklich eine Entscheidung in angemessener Zeit<sup>1152</sup> und gleicht insoweit den Ausprägungen des nationalen Justizgewährleistungsanspruchs im Hinblick auf die Verfahrenseffektivität.

- 341 Zusammengefasst: Der sich aus der Herleitung aus den Verfassungstraditionen der Länder und aus Art. 6 EMRK, 47 GRCh ergebende Inhalt des unionsrechtlichen Grundsatzes der Effektivität, als eine Ausprägung des unionrechtlichen Justizgewährleistungsanspruchs, ist – mit Ausnahme der Anwendungsbereichsbeschränkung auf das Unionsrecht – kongruent zum nationalen Justizgewährleistungsanspruch.<sup>1153</sup> Das gilt sowohl für die Zugangs-, als auch für die Effektivitätsdimension. Mithin sind die bestehenden Insuffizienzen beim Zugang zu den Gerichten bei Bagatellschäden nicht nur verfassungsrechtlich relevant, sondern auch aus unionsrechtlichem Blickwinkel.<sup>1154</sup> Ferner schlägt das Effektivitätsdefizit bei Massenschäden auf die unionsrechtliche Ebene durch. Auch in dieser Hinsicht liegt demnach aus denselben Gründen wie schon national betrachtet eine unionsrechtlich unzureichende Ausgestaltung vor.<sup>1155</sup>

b. Folgerung: Berücksichtigung (auch) im Rahmen der Auslegung nationalen Rechts

- 342 Der Wirkungsmechanismus, über den der unionsrechtliche Justizgewährleistungsanspruch auf das nationale Recht ausstrahlt, ergibt sich aus der

---

1151 NK-EMRK/*Meyer-Ladewig/Harrendorf/König*, Art. 6 EMRK Rn. 30.

1152 Dürig/Herzog/Scholz/Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 37b.

1153 Implizit ebenso Jarass/Pieroth/Jarass, Art. 20 GG Rn. 128; *Meller-Hannich*, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. I: Gutachten, I, A 38, mit Verweis auf BVerfG, 12.02.1992 – 1 BvL 1/89, BVerfGE 85, 337 ff.; *Fries*, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 12–13. Vgl. darüber hinaus mit Hinweisen auf die Parallelen KonkordanzK-EMRK/GG/*Grabenwarter/Pabel*, Kapitel 14: Der Grundsatz des fairen Verfahrens Rn. 86; Dürig/Herzog/Scholz/Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 37e, 40a, 40c, 42–42b. Ähnlich ferner von der Groeben/Schwarze/Hatje/*Gaitanides*, Art. 19 EUV Rn. 60.

1154 Im Ergebnis ebenso *C. Fechner*, Schutzlücken, 190; *Hoch/Hendricks*, VuR 2020, 254, 259; *Reiter/Methner*, in: DSRI TB 2020, 207, 213–214; *Theissen*, Prozessführungsgesellschaften, 63–64.

1155 S. ebenso *C. Fechner*, Schutzlücken, 192; *Theissen*, Prozessführungsgesellschaften, 63–64.

unionsrechtlichen Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit gerade auch im Gebiet der Justiz, normiert in Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2; 4 Abs. 3 EUV.<sup>1156</sup> Diese richtet sich gleichermaßen an die Legislative bei der Ausgestaltung des nationalen Rechtsschutzsystems<sup>1157</sup> und an die Gerichte bei der Auslegung des nationalen Rechts.<sup>1158</sup> Parallel zur rechtsschutzfreundlichen verfassungsorientierten und -konformen Auslegung<sup>1159</sup> trifft die Gerichte eine Pflicht zur rechtsschutzfreundlichen unionsrechtsorientierten<sup>1160</sup> und -konformen Auslegung nationalen Rechts.<sup>1161</sup> Diese Pflicht umfasst das gesamte nationale Recht.<sup>1162</sup>

Für den weiteren Verlauf der Untersuchung heißt dies, dass der unionsrechtliche Justizgewährleistungsanspruch in Gestalt des Effektivitätsprinzips bei der Evaluation der Neuregelung durch das Legal Tech-Gesetz zum 01.10.2021 zu berücksichtigen ist. Bei der Betrachtung der *lex lata* gilt: Im 343

1156 Dürig/Herzog/Scholz/Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 41.

1157 C. Calliess/Ruffert/Kahl, Art. 4 EUV Rn. 144; Dürig/Herzog/Scholz/Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 39a. Auch hier besteht wie auch verfassungsrechtlich (s.o. Fn. 1108 & 1109) aber kein Recht auf eine Reform *in eine ganz bestimmte, eindeutige Richtung*, vgl. Rott, Effektivität des Verbraucherrechtsschutzes, 12–13.

1158 Speziell zur Legitimation der unionsrechtlich geprägten Auslegung nationalen Rechts vgl. aber auch Leible/Domröse, in: Europäische Methodenlehre, 209, Rn. 44–51; C. Calliess/Ruffert/Wegener, Art. 19 EUV Rn. 54, die abweichend auf den Anwendungsvorrang des Unionsrechts abstellen. Der EuGH zieht die Verträge selbst heran, weil es den nationalen Gerichten ermögliche, die volle Wirksamkeit des Unionsrechts sicherzustellen, EuGH, 19.01.2010 – C-555/07, Rn. 48 – *Kücükdeveci*; EuGH, 05.10.2004 – C-397/01 bis C-403/01, C-397/01, C-398/01, et al., Rn. 114 – *Pfeiffer u.a.* S. darüber hinaus Höpfner, Systemkonforme Auslegung, 236–245.

1159 Vgl. zur Ähnlichkeit Leible/Domröse, in: Europäische Methodenlehre, 209, Rn. 1–4 mwN; C. Calliess/Ruffert/Wegener, Art. 19 EUV Rn. 54 mwN.

1160 Vgl. Höpfner, Systemkonforme Auslegung, 246, der diese als Unterfall der historisch-systematischen Auslegung einordnet. Vgl. darüber hinaus Leible/Domröse, in: Europäische Methodenlehre, 209, Rn. 4. Krit. Reimer, Juristische Methodenlehre, Rn. 645.

1161 Erstmals formuliert vom EuGH, 04.02.1988 – C-157/86, Rn. 11 – *Murphy*. Vgl. auch C. Calliess/Ruffert/Kahl, Art. 4 EUV Rn. 142–143; von der Groeben/Schwarze/Hatje/Obwexer, Art. 4 EUV Rn. 98, 117–119; Grabitz/Hilf/Nettesheim/Schill/Krenn, Art. 4 EUV Rn. 109–110; Dürig/Herzog/Scholz/Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 39a; Streinz/Streinz, Art. 4 EUV Rn. 33, 61–62, 64; C. Calliess/Ruffert/Wegener, Art. 19 EUV Rn. 54. Vgl. umfassend dazu aus methodischer Sicht Höpfner, Systemkonforme Auslegung, 230–249; Leible/Domröse, in: Europäische Methodenlehre, 209, insbesondere Rn. 38–61.

1162 Höpfner, Systemkonforme Auslegung, 245–246. Vgl. auch Rott, Effektivität des Verbraucherrechtsschutzes, 12. Konkret im Kontext der Anwendung von Generalklauseln Thole, ZWeR 2015, 93, 105–106.

Rahmen der methodischen Auslegungsgrenzen<sup>1163</sup> sind die Insuffizienzen zu berücksichtigen und durch Auslegung möglichst abzumildern.<sup>1164</sup>

### 3. Individuelle Bedeutung insuffizienter Rechtsdurchsetzung

- 344 Dass der völlige Verzicht auf die Durchsetzung bestehender Ansprüche für die betroffenen Individuen rein wirtschaftlich betrachtet nachteilig ist, ist schon im Ausgangspunkt offensichtlich:<sup>1165</sup> Nichtdurchsetzung bedeutet eine Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation der Verzichtenden. Dennoch gibt es auch hier Variablen zu beachten. So ist ein Verzicht auf Durchsetzung ganz geringer Beträge im Bereich echter Bagatellen und Streuschäden für den einzelnen Anspruchsinhaber in der Regel ohne Weiteres verschmerzbar. Gleichwohl weicht auch in diesem Bereich „*das Gefühl der Hilfslosigkeit einem Gefühl der Sinnhaftigkeit*.“<sup>1166</sup> Etwas anderes gilt für mittlere und hohe Anspruchswerte, wobei die Bewertung als „mittel“ oder „hoch“ nur an den konkreten wirtschaftlichen Verhältnissen des Einzelnen vorgenommen werden kann.
- 345 Weniger wirtschaftlich betrachtet bedeutet Rechtsdurchsetzung für die Beteiligten den emotionalen Abschluss eines vergangenen Vorgangs.<sup>1167</sup> Dieser kann bei echten Bagatellwerten durchaus auch einen aus Rache geborenen Befriedigungsaspekt beinhalten.<sup>1168</sup> Neben der rein wirtschaftlichen Ebene, auf der mehr Rechtsdurchsetzung für den Einzelnen stets besser ist als weniger, existiert damit auch eine ideelle Ebene, auf der Vorteile weniger eindeutig quantifizierbar sind.

---

1163 Keine Auslegung *contra legem*: EuGH, 15.04.2008 – C-268/06, Rn.100 mwN aus der Rspr – *Impact*; von der Groeben/Schwarze/Hatje/*Obwexer*, Art. 4 EUV Rn.118; *Reimer*, Juristische Methodenlehre, Rn.650–652; Grabitz/Hilf/Nettesheim/Schill/Krenn, Art. 4 EUV Rn.110; Streinz/Streinz, Art. 4 EUV Rn.64. Vgl. aber auch *Leible/Domröse*, in: Europäische Methodenlehre, 209, Rn.57–60.

1164 AA LG Stuttgart, 20.01.2022 – 30 O 176/19, Rn.150.

1165 Für *Kemper*, Verbraucherschutzinstrumente, 58, ist das so denklogisch, dass er ausdrücklich auf eine nähere Begründung verzichtet. Genauso *Kramer*, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 160.

1166 *Wessels/Göcken*, in: FS Henssler, 1625, 1626.

1167 *Fries*, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 54.

1168 Dazu *Fries*, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 59–61.

#### 4. Kollektivgüter

Über die Vorteile attraktiverer Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten für Individuen hinausgehend entfaltet eine einfachere Rechtsdurchsetzung gesamtgesellschaftlich wünschenswerte Wirkungen. Im Vordergrund stehen dabei nicht mehr ideelle und wirtschaftliche Kompensationen Einzelner, sondern der Schutz kollektiver Güter – etwa durch Verhaltenssteuerung hin zur Rechtstreue. Es gilt, die systemische Schwäche auszugleichen, die sich daraus ergibt, dass die Ziviljustiz die ihr angedachte Rolle präventiver Verhaltenssteuerung nur erfüllen kann, wenn sie auch angerufen wird.<sup>1169</sup> Findet letzteres flächendeckend nicht statt, entsteht ein Ungleichgewicht.

Der Unterschied, den die Perspektive bei der Bewertung ausmacht, lässt sich anhand von Streuschäden nochmals verdeutlichen: Diese Schädigungen liegen regelmäßig unter der verfassungs- und unionsrechtlich relevanten – hier so verstandenen – echten Bagatellschwelle. Für den einzelnen Geschädigten sind wirtschaftliche und ideelle Aspekte zu vernachlässigen, da die Einbußen vielfach kaum merklich sein werden. Gesamtgesellschaftlich führen jedoch auch bei Streuschäden die zu beachtlichen Gesamtsummen kumulierten Einzelsprüche zu bedenklichen Verhaltensanreizen. Im Vordergrund steht bei der folgenden Betrachtung nicht die individuelle, wirtschaftliche oder ideelle Schadenskompensation, sondern Verhaltenssteuerung hin zur Rechtstreue, die gesamtgesellschaftlich wesentlich ist.

##### a. Ordnungsmäßigkeit der Güterallokationen: Vorsprung durch Rechtsbruch?

In einer Gesamtrechtsordnung mit flächendeckend suffizientem Rechtsschutzsystem wird durch Rechtsbewährung und Rechtsbegründung seitens der mit dem Rechtsschutz betrauten Institutionen ein Anreiz zu normkonformem Verhalten gesetzt.<sup>1170</sup> Wenn eine solche präventive Verhaltenssteuerung funktioniert, werden Prozesse vermieden und dadurch Transaktionskosten gesenkt, weil nicht nur Einzelne gesteuert, sondern die Teilnehmer der jeweiligen Marktsegmente durch die negativen Verhaltensanreize eben-

<sup>1169</sup> Siebert-Reimer, Anspruch auf Erstattung der Kosten der Prozessfinanzierung, 107.

<sup>1170</sup> Fries, AcP 221 (2021), 108, 127–128 mwN; Lewisch, in: 100 Jahre ZPO, 97, 106–107; Siebert-Reimer, Anspruch auf Erstattung der Kosten der Prozessfinanzierung, 107.

so abgeschreckt werden.<sup>1171</sup> In einem solchen System befinden sich materielles Recht und Verfahrensrecht in Balance: Die materiell-rechtlich intendierten Güterallokationen werden tatsächlich in die Rechtswirklichkeit übersetzt.<sup>1172</sup> Prozesse verhüten dann Prozesse.<sup>1173</sup>

- 349 Je weiter sich ein Rechtsschutzsystem von diesem Bild entfernt, desto höher werden Transaktionskosten, weil die Verhaltensanreize wenigstens geringer wirken und im Extremfall sogar in ihr Gegenteil verkehrt werden.<sup>1174</sup> Mit anderen Worten führen Rechtsdurchsetzungsinsuffizienzen aufseiten der Rechtsuchenden kehrseitig bei den Anspruchsgegnern zu einem Rechtsbefolgungsdefizit.<sup>1175</sup> Denn Rechtsverletzungen lohnen sich langfristig marktwirtschaftlich, wenn auf jeden durch Prozessniederlagen verlorenen Betrag diesen (über-)kompensierende Gewinne kommen,<sup>1176</sup> und dies sich mit ausreichender Sicherheit kalkulieren lässt.<sup>1177</sup> Kalkulierbarkeit liegt dabei

1171 *Lewisch*, in: 100 Jahre ZPO, 97, 106; *Siebert-Reimer*, Anspruch auf Erstattung der Kosten der Prozessfinanzierung, 107.

1172 *Siebert-Reimer*, Anspruch auf Erstattung der Kosten der Prozessfinanzierung, 108.

1173 *Lewisch*, in: 100 Jahre ZPO, 97, 117; *Siebert-Reimer*, Anspruch auf Erstattung der Kosten der Prozessfinanzierung, 108.

1174 Zu diesem Zusammenhang knapp *Klose*, Justiz als Wirtschaftsfaktor, 94 mwN.

1175 MüKo-LauterkeitsR-II/Micklitz, § 10 UWG Rn. 4; *Rott*, Gutachten Verbraucherrechtspolitik, 2016 (<https://tlp.de/x9df>); *Siebert-Reimer*, Anspruch auf Erstattung der Kosten der Prozessfinanzierung, 132–144. Vgl. auch *G. Wagner*, AcP 222 (2022), 56, 91–92, der die Kalkulation anhand einer Formel veranschaulicht.

1176 Mit Rechenbeispielen *Fries*, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 54–55; *Kemper*, Verbraucherschutzinstrumente, 57–58; *Siebert-Reimer*, Anspruch auf Erstattung der Kosten der Prozessfinanzierung, 107–108; am Beispiel Fluggastrechte *Tavakoli*, DRiZ 2020, 212–213.

1177 *Dimde*, Rechtsschutzzugang und Prozessfinanzierung, 132–135; *Fries*, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 54–55; *Meller-Hannich*, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. I: Gutachten, I, A 25; *Schöning*, Kartellschadensersatzrechtliche Musterfeststellungsverfahren, 28; *Theissen*, Prozessführungsgesellschaften, 31. Jenes Kalkül als 90/10-Prinzip bezeichnend: *Breidenbach*, ZDRW Sonderband 1, 2018, 51, 52, unter Berufung auf *Galanter*, LSR 1974, 95 ff. Nach Erkenntnissen des *Europäischen Rechnungshofes*, Sonderbericht Nr. 30/2018, Rn. 44, zu Transportunternehmen, wäre 1/3-Prinzip realistischer, weil überhaupt nur ca. ein Drittel der von ausgleichspflichtigen Reisestörungen Betroffenen gegenüber ihrem Beförderer tätig werden. 20 % wurden gar nicht tätig, weil sie den Aufwand scheuten, keine zufriedenstellende Antwort erwarteten oder von vornherein ihre Rechte oder das Vorgehen nicht kannten, *Europäischer Rechnungshof*, Sonderbericht Nr. 30/2018, Abb. 3. Dies ist den Beförderungsunternehmen bekannt, da die Erhebung zumindest teilweise auf Schätzungen der Beförderer beruht, *dass.*, Sonderbericht Nr. 30/2018, Rn. 44. Zur Rolle der Wahrscheinlichkeitsprognose bei Rechtsüberschreitung vgl. auch *Klose*, Justiz als Wirtschaftsfaktor, 38, 51–52 mwN.



vor, solange die Rechtsdurchsetzungslücken strukturell bedingt sind und daher Rechtsdurchsetzung tatsächlich regelmäßig unterbleibt. Das wiederum ist bei Bagatell-, Streu- und Massenschäden wie gezeigt aufgrund der Wechselwirkungen von Verhaltensmaximen und Rechtsrahmen der Fall.<sup>1178</sup>

Zwar spielen bei der Kalkulation mit Unrechtsgewinnen auch andere Faktoren, wie etwa ein zu erwartender Schaden im öffentlichen Ansehen der entsprechenden Unternehmen,<sup>1179</sup> wenn eine solch rechtswidrige Firmenpolitik publik wird, eine Rolle.<sup>1180</sup> Gerade auf dem Gebiet der Fluggastentschädigungen ist jedoch diese Rolle bloß von untergeordneter Bedeutung: Zum einen ist vielen Passagieren gar nicht bekannt, dass ihnen Entschädigungsansprüche zustehen können,<sup>1181</sup> zum anderen haben speziell Fluggesellschaften, die eine solche Unternehmenspolitik anwenden, meist ohnehin schon kein besonders hohes Ansehen.<sup>1182</sup> Anders lässt es sich nicht erklären, dass Transportgesellschaften häufig bei einem entgegen der dargestellten Hemmfaktoren dennoch vorgenommenen Rechtsdurchsetzungsversuch zu verwaltungstechnischen Abwehrreflexen greifen und außergerichtliche Durchsetzungsversuche auszusitzen versuchen.<sup>1183</sup> Diese Strategie

1178 Im Ergebnis so auch *Fries*, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 34, 55–56. Bzgl. Streuschäden *Meller-Hannich*, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. I: Gutachten, 1, A 25. Zu Bagatell- und Streuschäden *Gluding*, Kollektiver und überindividueller Rechtsschutz, 48–49; *Rott*, Gutachten Verbraucherrechtspolitik, 2016 (<https://t1p.de/x9df>), 11–12. Für Massenschäden in Österreich *Kolba*, in: Verbraucherrechtsvollzug, 165, 170.

1179 Es müssen nicht zwingend Unternehmen sein. Wenn es etwa um die Mietpreisbremse geht, können auch private Vermieter zum rationalen Rechtsverletzer werden, vgl. MüKo-BGB-V/Artz, § 556d BGB Rn. 4, und sogleich § 2 E. IV. 4. b.

1180 Vgl. auch die Kritik von *Jahn*, in: Verbraucherrechtsvollzug, 141, 146; NK-MuKla/Röthemeyer, Einführung Rn. 6.

1181 *Europäischer Rechnungshof*, Sonderbericht Nr. 30/2018, Abb. 3.

1182 Zu denken ist etwa an die irische Ryanair, deren zuweilen fragwürdige Unternehmenspolitik allgemein bekannt sein dürfte. Gleichzeitig führt das nicht zu einem so relevanten Verlust öffentlichen Ansehens, dass Kunden die Gesellschaft meiden würden. Der Grund dürfte in den aggressiv niedrigen Beförderungspreisen für innereuropäische Flüge zu finden sein. Vgl. allgemein zur Unschädlichkeit *Rott*, Gutachten Verbraucherrechtspolitik, 2016 (<https://t1p.de/x9df>), 11–12, gleichwohl mit Hinweis auf „homogene Branchen“ (hier: Beförderungsunternehmen), in denen von mehreren Teilnehmern derselbe Verstoß (hier: die grundsätzliche Verweigerungshaltung hinsichtlich begründeter Entschädigungsansprüche) begangen wird.

1183 Zum systematischen Aussitzen im Zusammenhang mit dem Widerruf von Verbraucherdarlehen und beim VW-Dieselskandal vgl. *Kramer*, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 40–41, dort insbesondere Fn. 120; NK-MuKla/Röthemeyer, Ein-

nutzt ganz bewusst die Schwellenangst der Rechtsuchenden vor der Justiz aus.

- 351 Das materielle Recht kann daher seine Steuerungsfunktion in den betroffenen Bereichen nicht mehr erfüllen.<sup>1184</sup> Es bieten sich für böswillige Marktteilnehmer Möglichkeiten, sich rechtswidrig zu bereichern.<sup>1185</sup> Die sich hieraus ergebenden Wettbewerbsvorteile<sup>1186</sup> gegenüber rechtstreuen Marktteilnehmern stellen Anreize zu rechtswidrigem Verhalten dar. Dabei handelt es sich keineswegs um neu auftretende Phänomene, sondern um länger bekannte und unter den Stichworten „*Vorsprung durch Rechtsbruch*“<sup>1187</sup>, „*kalkulierter Rechtsbruch*“<sup>1188</sup> und „*rationale Rechtsverletzer*“<sup>1189</sup> diskutierte. Nicht zuletzt war der Gedanke, unlauterer Wettbewerb dürfe sich nicht lohnen, ein Grund für die Einführung der Gewinnabschöpfungsklagen.<sup>1190</sup> Da auch diese in der Praxis kaum relevant sind,<sup>1191</sup> klafft die erkannte Lücke weiter offen. Trotz allem existiert im deutschen Recht kein effektiveres

---

führung Rn. 11–12. Ebenso zum Verhalten einiger Banken *Rott*, Gutachten Verbraucherrechtspolitik, 2016 (<https://t1p.de/x9df>), 8–9. Betreffend Fluggesellschaften BR-Drs. 571/18, 2; *Tavakoli*, ZRP 2020, 46–47; *ders.*, in: Verbraucherrechtsvollzug, 201–202; *ders.*, DRiZ 2020, 212–213. Anekdotisch bei *Europäischer Rechnungshof*, Sonderbericht Nr. 30/2018, Rn 60, Kasten 12.

1184 C. Fechner, Schutzlücken, 39; *Fries*, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 51–56; *Heese*, JZ 2019, 429, 431; *Kramer*, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 162; Vorwerk/Wolf/Lange, Einleitung KapMuG Rn. 2; *Makatsch/Kacholdt*, NZKart 2021, 486; *Meller-Hannich*, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. I: Gutachten, I, A 25.

1185 *Eidenmüller/M. Engel*, ZIP 2013, 1704, 1706–1707; *Freitag/Lang*, ZZZP 2019, 329, 330; *Kemper*, Verbraucherschutzinstrumente, 57–58, dort insbes. Fn. 144; *Meller-Hannich*, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. I: Gutachten, I, A 25; NK-MuKla/Röthemeyer, Einführung Rn. 3–7.

1186 BT-Drs. 19/2507, 13; BT-Drs. 18/1464, 14; *Heese*, JZ 2019, 429, 431; *Kramer*, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 36, 162. Für das Kartellrecht vgl. BGH, 19.05.2020 – KZR 8/18, Rn. 61–62.

1187 *Kramer*, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 36.

1188 *Eidenmüller/M. Engel*, ZIP 2013, 1704, 1709; *Kramer*, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 162; NK-MuKla/Röthemeyer, Einführung Rn. 3–7.

1189 *Kramer*, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 36; *Rott*, Gutachten Verbraucherrechtspolitik, 2016 (<https://t1p.de/x9df>), 12.

1190 BT-Drs. 15/1487, 23–24; LMRKM/Funke, § 34a GWB Rn. 1–2; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Goldmann, § 10 UWG Rn. 18–20; Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, § 10 UWG Rn. 9; *Loschelder*, in: FS Büscher, 513–514; *Nürnberg*, Durchsetzung von Verbraucherrechten, 150.

1191 S. o. Fn. 651. Zutreffend prophesie vom Bundesrat: BT-Drs. 15/1487, 35. Optimistisch scheint Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, § 10 UWG Rn. 3. Trotz der Evaluierungsergebnisse von *Meller-Hannich/Höland*, Evaluierung der Effektivität kollektiver Rechtsschutzinstrumente, 2011 (<https://t1p.de/7egr>), 140, die schon

Mittel, um die Perpetuierung der mit Streuschädigungen erwirtschafteten Unrechtsgewinne zu verhüten.<sup>1192</sup>

Hingewiesen sei hier ausdrücklich darauf, dass es bei alledem keineswegs 352 darum geht, einen der deutschen Schadensrechtsdogmatik grundsätzlich fremden Strafschadensersatz<sup>1193</sup> einzuführen. Es geht vielmehr bei dieser Betrachtung darum, durch Verhaltensregulierung unter der Prämisse präventiver Schadensvermeidung die genannten Anreize für schädigendes Verhalten zu vermeiden – auch bei individuell geringen Summen.<sup>1194</sup> Dazu muss kein systemfremder Strafschadensersatz eingeführt werden, sondern es reicht aus, bestehende Ansprüche flächendeckender durchzusetzen.

Wenn letztlich die Rechtswirklichkeit sich infolge struktureller Nichtdurch- 353 setzung von Rechten nicht mehr nach geltendem materiellen Recht, sondern nach durchgesetztem richtet, führt das dazu, dass kalkulierend handelnde Marktteilnehmer ihr Verhalten ebenfalls nicht mehr nach dem materiell geltenden, sondern nach dem durchgesetzten Recht ausrichten.<sup>1195</sup> Suffiziente, freilich nicht absolute, Rechtsdurchsetzung ist nach alledem Bedingung für einen umfassenderen Geltungsanspruch materiellen Rechts. Jener wiederum ist Voraussetzung für einen stabilen Rechtsrahmen und daher für Rechtssicherheit im Verkehr.<sup>1196</sup> Schon rechtspositivistisch ist ein Zustand insuffizienter Rechtsdurchsetzung daher untragbar.<sup>1197</sup> Weil sich des Weiteren Transaktionskosten erhöhen, ist der Zustand außerdem

---

in diese Richtung gingen und die daher das Fehlen generalpräventiver Wirkung beklagten.

1192 *Nürnberg*, Durchsetzung von Verbraucherrechten, 151.

1193 Statt aller MüKo-BGB-II/*Oetker*, § 249 BGB Rn. 8 mwN. Dieser ist einer der Faktoren, die den *Toxic Cocktail* amerikanischer Verhältnisse ausmachen. Vgl. u. § 3 E. II. 1.

1194 *Vorwerk/Wolf/Lange*, Einleitung KapMuG Rn. 2; *Theissen*, Prozessführungsgesellschaften, 61.

1195 *Fries*, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 54; *Kramer*, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 36, 162; *Rott*, Gutachten Verbraucherrechtspolitik, 2016 (<https://t1p.de/x9df>), 11.

1196 *Fries*, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 53–54. Nach *Rott*, Gutachten Verbraucherrechtspolitik, 2016 (<https://t1p.de/x9df>), 22–23, führt mehr Rechtssicherheit auch zu mehr Rechtsdurchsetzungsversuchen durch Verbraucher. Er leitet das aus dem Klageanstieg infolge der Anerkennung des „Widerrufsjokers“ ab. Stimmt man dem zu, so bedingt infolge mehr Rechtsdurchsetzung herrschende Sicherheit ihrerseits wieder mehr Rechtsdurchsetzung in der Folge. Das ist einleuchtend, entfällt bei geklärter Rechtslage doch der hemmende Unsicherheitsfaktor.

1197 *Fries*, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 52–53, 186; *Kramer*, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 161.

ineffizient und aus rechtsökonomischer Perspektive korrekturbedürftig.<sup>1198</sup> Da die Rechtsdurchsetzungslücken umso größer sind, desto schwächer die Position des Rechtsuchenden ist, drängt sich eine Stärkung im Wege des Abbaus von Hemmschwellen als Korrekturhebel geradezu auf.<sup>1199</sup>

## b. Bewährung objektiven Rechts

- 354 Die Bewährung des objektiven – insbesondere materiellen – Rechts in seinem Geltungsanspruch hängt eng mit der soeben dargestellten Problematik des Vorsprungs durch Rechtsbruch zusammen, soll aber dennoch hinsichtlich einer Sonderkonstellation noch näher beleuchtet werden. Besonders relevant wird die Bewährung objektiven Rechts nämlich in Bereichen, in denen sich der Gesetzgeber für eine privatrechtliche Regulierung<sup>1200</sup> eines gesamtgesellschaftlich relevanten Bereichs entscheidet und sich damit bewusst dem Risiko unterbleibender Durchsetzung der resultierenden subjektiven Rechte aussetzt.<sup>1201</sup>
- 355 Da – wie stets bei der Auswahl eines von mehreren geeigneten Mitteln – dem Gesetzgeber eine weite Einschätzungsprärogative zukommt, steht es ihm im Ausgangspunkt zwar frei, sich für eine öffentlich-rechtliche, durch die Verwaltung und Behörden überwachte, oder eben für eine pri-

---

1198 Fries, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 53–56; Siebert-Reimer, Anspruch auf Erstattung der Kosten der Prozessfinanzierung, 109, 144–146.

1199 Fries, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 56. Gegen den dort vorgestellten alternativen gangbaren Weg, nämlich die Erhöhung der Rechtsverfolgungskosten der Unternehmen, spricht, dass dieser erst dann wirksam werden kann, wenn die Unternehmen auch von den Rechtsuchenden tatsächlich klageweise in Anspruch genommen werden. Das folgt aus der Verteilung der Eskalationslast, die zumeist nicht bei den Unternehmen liegt. Auf das Verhalten der Rechtsuchenden hätte diese Lösung indes keinen Einfluss, sodass es bei den dargestellten Insuffizienzen bleiben würde.

1200 Nach BT-Drs. 18/1464, 14, kommt privatrechtlicher Regulierung mittlerweile eine entscheidende Rolle zu. Im Rahmen der Kapitalmarktregulierung und der Einführung des KapMuG war in diesem Kontext von einer „zweiten Spur“ die Rede, BT-Drs. 15/5091, 16. Vgl. umfassend zu dieser Tendenz und zu ihren Auswirkungen Podszun, Wirtschaftsordnung durch Zivilgerichte, 96–106 und passim. Zur punktuell gegenläufigen Tendenz vgl. Poelzig, BKR 2021, 589 ff.

1201 Freilich hat der Gesetzgeber an dieser Stelle die Wahl zwischen Pest und Cholera: Wählt er das Zivilrecht, hindern Rechtsdurchsetzungsdefizite die Wirksamkeit der Regulierung. Wählt er das Verwaltungsrecht, drohen verwaltungsrechtliche Vollzugsdefizite.

vatrechtliche, in den Händen einzelner Privater liegende, Regulierung zu entscheiden. Wenn er sich aber in einem Bereich, in dem eine strukturelle Rechtsdurchsetzungsinsuffizienz besteht, für die privatrechtliche Variante entscheidet, muss er gleichzeitig Sorge dafür tragen, die Insuffizienz auszugleichen. Ansonsten würde er, wenn von vornherein absehbar ist, dass Rechtsdurchsetzung faktisch unterbleiben wird, ein tatsächlich ungeeignetes Mittel wählen, um den Regulierungszweck zu realisieren. Mit anderen Worten kommt der Bewährung objektiven Rechts dann besondere Bedeutung zu, wenn mangelnde private Rechtsdurchsetzung in der Folge ganze Regelungsbereiche leerlaufen lässt. Auch hier scheitert dann das Recht in der Erfüllung seiner Steuerungsfunktion.<sup>1202</sup>

Wichtig ist dies im Kontext der vorliegenden Arbeit vor allem im Bereich 356 echter Bagatellansprüche im Cent- bis zweistelligen Eurobereich. Solche existieren – neben dem Kartellrecht<sup>1203</sup> – insbesondere im Kontext Mietpreisbremse<sup>1204</sup>, §§ 556d-556g BGB, wenn sie für rechtswidrig erhöhte Mieten einen Rückzahlungsanspruch einräumt, § 556g Abs.1 S.3 BGB. Und gerade der Durchsetzung von Ansprüchen aus eben diesem Regelungskomplex haben sich nicht wenige Legal Tech-Plattformen verschrieben – am bekanntesten: *wenigermiete.de*.<sup>1205</sup>

Die Mietpreisbremse sollte, durch Festlegung einer Mietobergrenze mit 357 korrespondierenden Rückzahlungsansprüchen für zu viel bezahlte Mieten, Mieter vor zu hohen Preisen bewahren und das stetige Anwachsen des

---

1202 BT-Drs. 18/1464, 14.

1203 Hier betont etwa die Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.11.2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union (Private Enforcement Richtlinie – PE-RL) in Erwägungsgrund 3 die Bedeutung privater Rechtsdurchsetzung für eine effektivere Kartellrechtsdurchsetzung. Vgl. *Kainer/Persch*, WuW 2016, 2, 3–4.

1204 Gesetz zur Dämpfung des Mietanstiegs auf angespannten Wohnungsmärkten und zur Stärkung des Bestellerprinzips bei der Wohnungsvermittlung (Mietrechtsnovellierungsgesetz – MietNovG), 21.04.2015, BGBl. I 2015, 610. Zweimal verschärft durch Gesetz zur Ergänzung der Regelungen über die zulässige Miethöhe bei Mietbeginn und zur Anpassung der Regelungen über die Modernisierung der Mietsache (Mietrechtsanpassungsgesetz – MietAnpG), 18.12.2018, BGBl. I 2018, 2648 und durch Gesetz zur Verlängerung und Verbesserung der Regelungen über die zulässige Miethöhe bei Mietbeginn, 19.03.2020, BGBl. I 2020, 540.

1205 S.u. § 3 B. I. 3.

Mietniveaus deckeln.<sup>1206</sup> Das System ist statt auf Kontrollen und Einschreiten von Behörden auf Tätigwerden der Mieter selbst angelegt, um den Regulierungszweck insgesamt zu erreichen und ist damit ein Beispiel für privatrechtliche Marktregulierung im öffentlichen Interesse. Die aus § 556g Abs. 1 S. 3 BGB resultierenden Ansprüche belaufen sich regelmäßig, wenn auch nicht immer, auf Beträge, die im hier sogenannten echten Bagatellbereich liegen.<sup>1207</sup>

- 358 In diesem Zusammenspiel aus Aufgabenzuweisung an die Mieter und Desinteresse aufgrund wirtschaftlicher Geringwertigkeit lag ein strukturelles Problem bei der praktischen Wirksamkeit der Regulierung,<sup>1208</sup> bevor Legal Tech-Plattformen sich der Durchsetzung solcher Ansprüche widmeten und dem Durchsetzungsdefizit Abhilfe verschafft haben.<sup>1209</sup> Vor dem Eingreifen der Legal Tech-Plattformen wurde der Mietpreisbremse die praktische Wirksamkeit abgesprochen und Zweckverfehlung postuliert.<sup>1210</sup> Denn wenn die Anspruchsberechtigten von ihren Rechten keinen Gebrauch machen, weil ihnen die Motivation fehlt,<sup>1211</sup> dann greift der zentrale Regulierungsmecha-

1206 BT-Drs. 18/3121, 15; BeckOGK-BGB/*Fleindl*, § 556d BGB Rn. 5; BeckOK-BGB/*Schüller*, § 556d BGB Rn. 3; BeckOK-MietR/*Theesfeld-Betten*, § 556d BGB Rn. 1.

1207 Beispielsweise betraf das Urteil des BGH, in dem er sich zuerst zur Zulässigkeit des Geschäftsmodells von *wenigermiete.de* äußerte, einen Rückzahlungsanspruch in Höhe von bloß 23,49€, BGH, 27.11.2019 – VIII ZR 285/18, Rn. 10, BGHZ 224, 89. Ein solcher Wert liegt sogar noch unter jedem anderen Höchstwert, der bisher zur Bestimmung des Bagatellbereichs herangezogen wurde, Vgl. o. Fn. 787 und § 2 E. IV. 1. a. bb. Gegen den denkbaren Einwand, durch die Summierung überbezahlter Beträge mit der Zeit werde der Bagatellbereich häufig verlassen, sei 556g Abs. 2 S. 3 BGB erwähnt.

1208 MüKo-BGB-V/*Artz*, § 556d BGB Rn. 4; *Artz/Börstinghaus*, NZM 2019, 12, 13–14; *Rott*, WuM 2020, 185.

1209 Im Ansatz so auch BeckOGK-BGB/*Fleindl*, § 556g BGB Rn. 165. Die laufend aktualisierte Übersicht der Stiftung Warentest über erfolgreiche Verfahren die Mietpreisbremse betreffend, zeichnet für die Legal Tech-Plattformen ein eindrückliches Bild: Bei der großen Mehrzahl wird *wenigermiete.de* als bei der Durchsetzung involviert genannt, *Stiftung Warentest*, Wo die Mietpreisbremse gegriffen hat (<https://tlp.de/7zd0>).

1210 BT-Drs. 19/4672, II mwN zu Wirksamkeitsstudien; MüKo-BGB-V/*Artz*, § 556d BGB Rn. 3; *Artz/Börstinghaus*, NZM 2019, 12, 13; *Fries*, ZRP 2018, 161, 165; *Rott*, WuM 2020, 185–188 mwN; *Timmermann*, Legal Tech-Anwendungen, 168. Die tieferliegenden Probleme, die die Mietpreisbremse davon abhalten, ihren Zweck zu verwirklichen, vgl. dazu *Artz/Börstinghaus*, NZM 2019, 12 ff.; *Schindler*, NZM 2020, 347 ff., löst mehr Rechtsdurchsetzung freilich nicht.

1211 Konkret sei für den Bereich der Mietpreisbremse nochmals hingewiesen auf: Besondere rationale Apathie, in vielen Fällen die Problematik asymmetrischer Parteienstrukturen, wenn gewerbliche Vermieter als Repeat Player auftreten, die

nismus nicht. Weil schon bei Schaffung der Mietpreisbremse absehbar war, dass die Ansprüche im Bagatellbereich liegen werden und daher rationales Desinteresse der Rechtsdurchsetzung regelmäßig entgegenstehen würde, war auch das drohende Scheitern dieser Regulierung durchaus vorherzusehen.<sup>1212</sup> Vor dem Hintergrund der gerade in Deutschland hohen sozialen Bedeutung des Mietrechts<sup>1213</sup> ist solches Scheitern nicht hinnehmbar.

Die Problematik verdeutlicht überdies ein weiteres Argument: Setzt man strukturell fehlende faktische Durchsetzbarkeit von Ansprüchen mit dem originären Fehlen dieser Ansprüche gleich,<sup>1214</sup> so bedeutete fehlende faktische Durchsetzbarkeit bei privater Regulierung, die zentral an solche Ansprüche anknüpft, gleichzeitig ein Fehlen der Regulierung selbst.<sup>1215</sup> Denn in diesen Fällen bricht das zentrale Regulierungsmittel faktisch weg. Das kann ein Gesetzgeber schlechterdings nicht wollen – gerade wenn er den prinzipiellen Willen zur steuernden Regulierung durch sein Tätigwerden indiziert.<sup>1216</sup> 359

Um zudem noch einmal das BVerfG und seine Formel<sup>1217</sup> zur Verfassungswidrigkeit die Zugänglichkeit des Rechtsschutzes betreffend zu bemühen: Grundsätzlich wäre das grobe Missverhältnis zwischen Rechtsverfolgungskosten und potenziellem Gewinn bei den im echten Bagatellbereich liegenden Fällen unbeachtlich, weil es sich im Sinne jener Formel um bloß geringfügige Beträge handelt. Ausnahmsweise – das zeigt die Formel durch 360

---

Spezifika der Beziehung zwischen Mieter und Vermieter, die – wenn auch nicht immer als soziale Nähebeziehung – jedenfalls als Abhängigkeitsverhältnis qualifiziert werden muss sowie ein exzessiv hohes Kostenrisiko. Für den Streitwert 23,49€ aus dem BGH-Urteil zu *wenigermiete.de* ergibt sich ein Prozesskostenrisiko erster Instanz in Höhe von 506,21€, mithin das etwa zwanzigfache. Ferner zwingt die Ausgestaltung der Mietpreisbremse den Mieter, das ggf. gerade neu abgeschlossene Dauerschuldverhältnis schon früh mit Streit zu belasten, MüKo-BGB-V/Artz, § 556d BGB Rn. 4; Rott, WuM 2020, 185–188. S. dazu o. § 2 C. II. 2. a., c.

1212 Artz/Börstinghaus, NZM 2019, 12, 14.

1213 Deutschland hat EU-weit den höchsten zur Miete wohnenden Bevölkerungsteil. Interaktive Daten abrufbar unter: <https://t1p.de/xj3v>. Online data code: ILC\_LV-HO02. Genutzte Parameter: Alle Haushaltstypen und Einkommensstaffeln, Tenure Status: Tenant, 2019. Datenstand: 17.12.2020.

1214 Vgl. hierzu überzeugend Klose, Justiz als Wirtschaftsfaktor, 75–76 mwN.

1215 Für das Verbraucherschutzrecht ganz generell so Brechmann, Legal Tech & Anwaltsmonopol, 33–34.

1216 Vgl. auch G. Wagner, AcP 222 (2022), 56, 95–96, zur Konstellation, in der der Gesetzgeber Durchsetzungsdefizite antizipiert und vor diesem Hintergrund den Rechtsrahmen übermäßig streng ausgestaltet.

1217 BVerfG, 12.02.1992 – 1 BvL 1/89, Rn. 34, BVerfGE 85, 337.



die Formulierung „regelmäßig“ – kann in diesem Bereich dennoch Verfassungswidrigkeit vorliegen. Eine solche Ausnahme ist für den hier beschriebenen Bereich anzunehmen, wenn der Gesetzgeber sich einerseits zur Regulierung des Engagements des Einzelnen bedient, andererseits und gleichzeitig ihm jedoch dieses Engagement faktisch unattraktiv oder gar unmöglich macht. Der Gesetzgeber sähe sich dann dem Vorwurf reiner Symbolpolitik ausgesetzt und würde an, wenn nicht gar jenseits, der Schwelle zu widersprüchlichem Verhalten agieren.<sup>1218</sup>

- 361 Aus dem Vorgesagten lässt sich letztlich zweierlei ableiten. Erstens: Der Gesetzgeber muss, wenn er an der zunehmenden Regulierung via Privatrecht festhalten will, die dargestellten Rechtsdurchsetzungsinsuffizienzen antizipieren, gerade wenn er als zentrales Regulierungselement Ansprüche schafft, die naturgemäß nahezu stets in den Bagatellbereich fallen. Entweder muss er in einem Bereich dann von einer privatrechtlichen Regulierung Abstand und stattdessen seine Verwaltungs- und Ordnungsbehörden in die Pflicht nehmen. Oder er muss dafür Sorge tragen, dass die Durchsetzbarkeit der Ansprüche nicht bereits faktisch unwahrscheinlich ist. Eine weitere Tendenz hin zur Regulierung durch Privatrecht ohne eine parallele Tendenz zur Beseitigung von Rechtsdurchsetzungsinsuffizienzen in den dargestellten Bereichen wird zum Scheitern der Regulierungsversuche führen.<sup>1219</sup> Zweitens: Für die Judikative ergibt sich bei der Rechtsanwendung Handlungsbedarf. Die Gerichte müssen entsprechende Gesetze so auslegen und anwenden, dass sich die gesetzgeberisch intendierte Wirkung auch tatsächlich entfalten kann. Soweit methodisch möglich dürfen sie nicht durch ihre Rechtsanwendung zum faktischen Leerlauf ganzer Regulierungskomplexe beitragen. Das betrifft – ebenso wie schon bei der Pflicht zur rechtsschutzfreundlichen Auslegung<sup>1220</sup> – neben dem Verfahrensrecht und dem materiellen Recht, das die Ansprüche gewährt, auch sonstiges Recht, das die Rechtsdurchsetzungsinsuffizienzen bestärkt.

---

1218 Weitergehend noch NK-MuKla/Röthemeyer, Einführung Rn. 102: „Keinesfalls aber darf [der Staat] sich in die rechtsstaatswidrige Rolle zwingen lassen, zwar (materielles) Recht zu schaffen, dessen Durchsetzung aber aktiv oder auch nur passiv zu verhindern.“

1219 Vgl. ähnlich auch das Ergebnis von Podszun, Wirtschaftsordnung durch Zivilgerichte, 555–556.

1220 S.o. § 2 E. IV. 1. c.

c. Gestärktes Rechtsvertrauen + funktionstüchtiger Rechtsverkehr =  
Gesteigerte Konsumlust

Auch aus einer volkswirtschaftlichen Perspektive ist ein ausreichendes 362  
Maß an Rechtsdurchsetzung erstrebenswert. Setzen sich Zweifel der Recht-  
suchenden an den zur Verfügung stehenden Rechtsdurchsetzungsmöglich-  
keiten durch, leidet das Vertrauen in den Handels- und Rechtsverkehr.  
Das schwächt langfristig den Binnenmarkt.<sup>1221</sup> Insbesondere der Zugang  
zu Rechtsbehelfen wird als binnenmarktförderlich bewertet, weil dadurch  
Marktvertrauen der Bürger und in der Folge ihre Beteiligungsbereitschaft  
gefördert werde, was letztlich wiederum Innovations- und Wettbewerbsfä-  
higkeit stärke.<sup>1222</sup> Auf diese Ziele nimmt die EU in Erwägungsgründen  
zu neueren Rechtsakten<sup>1223</sup> Bezug und bekräftigt damit den gesamtgesell-  
schaftlichen Hintergrund ihrer Rechtsetzungstätigkeit.

Löst man sich von der europäischen Ebene und betrachtet stattdessen 363  
die nationale, so gilt gerade im Zusammenhang mit der soeben dargestell-  
ten Bewährung der Rechtsordnung bei privater Regulierung im gesamt-  
gesellschaftlichen Interesse, dass fehlendes Vertrauen in die Rechtsdurch-  
setzungsinstrumente im Sinne eines „das bringt ja eh nichts“ die Wirk-  
samkeit einer solchen Regulierung noch weiter unterminiert.<sup>1224</sup> Denn  
wenn zum dargestellten Hürdenbündel auch noch mangelndes Vertrauen  
in die Funktionsfähigkeit des Rechtsschutzsystems hinzukommt, wird An-  
spruchsdurchsetzung noch unwahrscheinlicher. Das wiederum führt im  
weiteren Kontext für rationale Rechtsverletzer zu größeren Möglichkeiten  
mit verbleibenden Unrechtsgewinnen zu kalkulieren.

Relevant ist das vor allem bei Streu- und Massenschadensereignissen. 364  
Diese sind besonders öffentlichkeitswirksam und die Medien begleiten nicht  
nur das Ereignis selbst, sondern genauso seine juristische Aufarbeitung.  
Wenn sich solche Ereignisse dem allgemeinen Befinden nach unzureichend

---

1221 Eidenmüller/M. Engel, ZIP 2013, 1704, 1706; Fries, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 61–62; Kramer, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 162; Lurger, ZEuP 2018, 788, 801–802.

1222 Europäische Kommission (Hrsg.), GRÜNBUCH kollektive Rechtsdurchsetzung, 2008 (<https://t1p.de/ikph>), 2.

1223 Vgl. Erwägungsgrund 6–8, Art.1 S.1 VerbKI-RL; Erwägungsgrund 3, 4, 11, 15 ADR-Richtlinie; Erwägungsgrund 2, 3 ODR-VO; Europäische Kommission, Binnenmarktmitteilung – Zwölf Hebel zur Förderung von Wachstum und Vertrauen (<https://t1p.de/i4e8>), 11–12; Fries, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 3.

1224 Vgl. Dudek, JZ 2020, 884, 885, 887.

entwickeln, weil Geschädigte – tatsächlich oder auch nur in der öffentlichen Wahrnehmung – nicht ausreichend kompensiert werden, wird das allgemeine Vertrauen in die Rechtsordnung erschüttert. Setzt sich das Gefühl durch, Rechtsverfolgung „bringe sowieso nichts“, manifestiert sich das langfristig im Verhalten der Verkehrsteilnehmer durch Vermeidungsstrategien: Sie vermeiden womöglich Verhalten, das eine Anrufung der Rechtsschutzinstitutionen erforderlich machen könnte – mit anderen Worten: Sie könnten schlicht weniger, oder berücksichtigt man den europäischen Binnenmarkt, jedenfalls lokaler<sup>1225</sup>, konsumieren.

## V. Zwischenergebnis

- 365 Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass bei Bagatell-, Streu- und Massenschäden korrekturbedürftige Insuffizienzen bei der Rechtsdurchsetzung bestehen.<sup>1226</sup> Wenn auch ein verhaltensökonomischer Befund aus sich heraus keine Rechtfertigung dafür bietet, korrigierend einzugreifen, lassen sich solche Korrekturerfordernisse für die hier untersuchten Bereiche dennoch begründen.
- 366 Zur Begründung kann herangezogen werden, dass die suffiziente Ausgestaltung von Rechtsdurchsetzungsverfahren im Hinblick auf Zugänglichkeit und Effektivität verfassungs- und unionsrechtlich gefordert ist. Aber auch abseits dieser Vorgaben ist ausreichende Rechtsdurchsetzung von Bedeutung: Etwas weniger für den Einzelnen, als vielmehr gesamtgesellschaftlich, bis hin zu einem (unerreichbaren) Optimalzustand von Rechtsdurchsetzung.<sup>1227</sup> Da nach modernem Rechtsstaatsverständnis Zwangsausübung auf den einzelnen Rechtsinhaber, seine Rechte auch entgegen seiner grundsätzlichen Aversionen durchzusetzen, um der Gesamtgesellschaft zu dienen, ausscheiden muss, bleibt als Mittel bloß Attraktivitätsförderung bei der anreizgeleiteten Ausgestaltung der Rechtsdurchsetzungsverfahren. Das gelingt, wenn dem Einzelnen möglichst viele der individuellen Hemmfaktoren abgenommen werden, oder wenn immerhin ihre Wirkung abge-

---

1225 Eidenmüller/M. Engel, ZIP 2013, 1704, 1706.

1226 AA für Streu- und Massenschäden Wernicke, in: Verhandlungen des 72. DJT – Bd. II/1: Referate & Beschlüsse, 37, K 42-K 45, der vor dem Hintergrund nicht hinnehmbarer Unrechtsgewinne gleichwohl für deutliche Verbesserungen der bestehenden Normen und Anreizsysteme plädiert.

1227 Fries, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 52; Kocher, Funktionen der Rechtsprechung, 88–89.

schwächt wird. Dann muss der Einzelne bei der Entscheidung für oder gegen Rechtsdurchsetzung weniger Widerstände überwinden und der dargelegte gesamtgesellschaftliche Profit aus der Rechtsdurchsetzung wird wahrscheinlicher.

Insgesamt bestehen Lücken beim Rechtsschutz für Verbraucher, weil die spezifisch auf sie zugeschnittenen Ansätze in ihrer praktischen Wirksamkeit zu eingeschränkt sind. Umso größer sind die Lücken bei KMU, für die der Anwendungsbereich der Verbraucherinstrumente von vornherein nicht eröffnet ist. 367

### F. Zusammenfassung

Eine Entscheidung über Ob und Wie von Rechtsdurchsetzung findet abhängig von diversen Verhaltensvariablen statt. Ein Rechtsuchender wird sein Recht durchsetzen, wenn es ihm infolge einer Kosten-Nutzen-Abwägung vorteilhaft erscheint. Die Variablen, die die Entscheidung beeinflussen, lassen sich in subjektive Komponenten und objektive Barrieren, die von der Rechtsordnung geschaffen oder in ihrer Wirkung verstärkt werden, gliedern. Diese Hemmfaktoren kumulieren bei drei Schadensarten, sodass in diesen Bereichen Rechtsdurchsetzungsinsuffizienzen bestehen. 368

Bei Bagatellschäden bildet sich regelmäßig rationales Desinteresse. Der Rechtsuchende kann hier im Erfolgsfall nur geringe wirtschaftliche Werte realisieren, sodass sein finanzieller Anreiz ebenfalls nur gering ist. Dem stehen erhebliche Hürden entgegen: Zu einem erheblichen Kostenrisiko und der grundsätzlichen Schwellenangst kommen drohender Stress, fehlendes Präzedenzinteresse und die Aussicht auf einen meist machtasymmetrischen Konflikt. Daher fällt die Entscheidung meist gegen eine Rechtsdurchsetzung aus. 369

Bei Massenschäden herrscht eine ähnliche Insuffizienz. Hierbei sind die bedeutsamsten Hemmnisse die Individualisierungsbarriere und die Ineffektivität des Einzelrechtsschutzes bei Massenschadensereignissen, die sich in zuweilen überlanger Verfahrensdauer äußert. Auch hier besteht in aller Regel Machtasymmetrie, da in Massenschadenskonstellationen häufig eine Vielzahl einzelner Privater, also One-Shotter, durch ein Unternehmen, einen Repeat Player, geschädigt werden. Die individualistische Ausprägung des Zivilprozesses führt dann dazu, dass die Geschädigten grundsätzlich allein tätig werden müssen. Bei Streuschäden gilt das Vorgesagte kombiniert: 370

Zu einem Bagatellschaden gesellt sich ein Massenschädigungselement, so dass die Ursachen für die einzelnen Insuffizienzen zusammenfallen.

- 371 Bestehende und vorgesehene finanziell oder beratend unterstützende Institutionen können bisher die festgestellten Insuffizienzen nicht ausreichend beseitigen. Die finanziellen Unterstützungsangebote leiden allesamt an mangelnder Zugänglichkeit und Nutzbarkeit im Bereich der Bagatell- und Streuschäden. So kann bei Bagatellschäden keine externe gewerbliche Prozessfinanzierung eingekauft werden, weil der von nahezu allen Anbietern geforderte Mindeststreitwert nicht erreicht wird.<sup>1228</sup> Selbiges gilt für Rechtsschutzversicherungen: Selbst wenn eine solche besteht, ist im Bagatellfall regelmäßig die Selbstbeteiligung höher als der potenzielle Gewinn. Unter den beratenden Akteuren nimmt die Anwaltschaft eine zwiespältige Rolle ein. Ihrer Einschaltung steht eine gewisse Schwellenangst entgegen und sie selbst baut – unverschuldet – Hürden auf, die sie aufgrund des engen berufsrechtlichen Korsetts nicht selbst absenken kann. So wirken etwa drohende Anwaltskosten hemmend auf den Rechtsuchenden ein. Hinsichtlich der Verbände ergeben sich ebenfalls Probleme: Hemmnisse bei den Rechtsuchenden wirken in die Verbände fort und auf dem Gebiet der Verbandsklagen werden ihnen selbst unmittelbar Hürden in den Weg gestellt. Sie selbst sind etwa Adressaten der Kostenbarriere, da sie in keinem Fall eine Möglichkeit haben, von einer der vorgesehenen Verbandsklagen wirtschaftlich zu profitieren. Gleichzeitig tragen sie dennoch das Prozess(kosten)risiko im Falle einer Niederlage.
- 372 Ohne Weiteres löst dieser Befund keinen Korrekturbedarf aus. Ein solcher ergibt sich erst durch einen normativ wertenden Brückenschlag. Das Maß von Rechtsdurchsetzung hängt im modernen Rechtsstaat von der Bereitschaft der Einzelnen ab, ihre Rechte geltend zu machen; im liberalen Staat werden die Bürger nicht dazu gezwungen, ihre Rechtspositionen tatsächlich zur Geltung zu bringen. Suffiziente Rechtsdurchsetzung ist allerdings gesamtgesellschaftlich profitabel und verfassungs- sowie unionsrechtlich gefordert. Das führt den Staat in ein Dilemma: Er muss suffiziente Rechtsdurchsetzung wollen, allerdings ist ihm das effektivste Mittel hierzu, der

---

1228 Könnten Streuschäden praktisch wirksam gebündelt werden, so könnte der Streitwert sich zu einer Summe addieren, die der Prozessfinanzierung zugänglich ist. Indes fand bisher eine solche Bündelung aufgrund unpraktikabler Instrumente nicht statt. Ein solches Vorgehen war bisher zu aufwendig. Bei Gewinnabschöpfungsklagen, die individuelle Ansprüche nicht zusammenfassen und insofern keine Bündelung in diesem Sinne ermöglichen, ist erfolgsvergütete gewerbliche Prozessfinanzierung nach der BGH-Rspr. bisher verboten, s. Fn. 643.

Zwang, schlichtweg versagt. Er kann, sollte – und muss, wie sich aus den verfassungs- und unionsrechtlichen Garantien ergibt – durch Ausgestaltung der Rechtsordnung Anreize dafür schaffen, dass Einzelne ihre Rechte durchsetzen, damit hiervon die Gesamtgesellschaft profitiert.

Wie gezeigt scheitert die derzeitige Ausgestaltung daran, solche Anreize zu setzen. Sie hilft dem einzelnen Rechtsuchenden nicht dabei, sein fehlendes Präzedenzinteresse zum Wohle der Allgemeinheit zu überwinden. Stattdessen amplifiziert sie stellenweise die ausgeführten Hemmfaktoren der Rechtsdurchsetzung, sodass letztlich nicht nur *keine Anreize zur Rechtsdurchsetzung* gegeben, sondern im Gegenteil sogar *Anreize dagegen* gesetzt werden. Insgesamt ist es aufgrund der dargestellten Faktoren im Bereich der Bagatel-, Streu- und Massenschäden dazu gekommen, dass materielle Rechtslage und Realität der Rechtsdurchsetzung in erheblichem Maße auseinandergefallen sind.<sup>1229</sup>

Das widerspricht den Anforderungen des allgemeinen Justizgewährleistungsanspruchs und des unionsrechtlichen Prinzips effektiven Rechtsschutzes, die jeweils verlangen, dass gerichtliche Rechtsdurchsetzungsinstrumente tatsächlich zugänglich sind und effektiv wirken. Beides ist in den genannten Bereichen nicht ausreichend der Fall. Jenseits dieser originär rechtlichen Überlegungen rechtfertigen Schutzüberlegungen im Hinblick auf individuelle und kollektive Güter eine Verbesserung. Ein Mehr an Rechtsdurchsetzung ist zunächst für den Einzelnen Rechtsinhaber stets wirtschaftlich vorteilhaft, weil er so ihm theoretisch zustehende Rechte auch realisieren kann. Auf der gesamtgesellschaftlichen Ebene gilt, dass mehr Rechtsdurchsetzung die Geltungswirkung und intendierten Anreizstrukturen des Rechts besser wirksam werden lässt, indem sie rechtswidrige Güterallokationen beseitigt. Insbesondere dort, wo der Gesetzgeber sich zur Regulierung eines Bereichs der privaten statt der öffentlichen Rechtsdurchsetzung bedient, muss er dafür sorgen, dass eine Tätigkeit der Einzelnen im kollektiven Interesse realistisch stattfinden kann. Sonst sieht er sich dem Vorwurf ausgesetzt, sehenden Auges unwirksame Mittel zu wählen. Zuletzt steigert mehr Rechtsvertrauen die Konsumlust und fördert damit wirtschaftliche Gesellschaftsinteressen.

Der Gesetzgeber hat versucht, auf die auch von ihm erkannten Insuffizienzen zu reagieren. Diese Versuche, die Insuffizienz bei Massen- und Streu-

<sup>1229</sup> So auch grundsätzlich BR-Drs. 571/18, 2; *Kramer*, Widerruf von Verbraucherdarlehen, 160.

schäden zu adressieren, sind bisher in der Praxis allerdings leergelaufen.<sup>1230</sup> Die Kosten betreffend agierte der Gesetzgeber äußerst zurückhaltend, obgleich sich diverse Ansatzpunkte zeigen.<sup>1231</sup>

- 376 Ausgehend von alledem lässt sich die Rolle, die Rechtsgeneratoren in neuerer Zeit zukommt, verstehen und bewerten. Verstehen insoweit, als nachvollzogen werden kann, wie diese Angebote viele der dargestellten Hemmfaktoren unmittelbar adressieren und sowohl rationales Desinteresse als auch Individualisierungsbarriere und Machtasymmetrien mildern. Erst der informierte Blick auf die bestehenden Probleme der privaten Rechtsdurchsetzung ermöglicht eine Bewertung der Angebote in Gestalt einer Antwort auf die Frage, ob und wie im Einzelnen solche Rechtsgeneratoren rechtspolitisch wünschenswert sind.
- 377 Trotz aller positiver Auswirkungen auf die Rechtsdurchsetzung insgesamt sind die Angebote sicherlich nicht ohne jedes Risiko, das regulatorisch aufgefangen werden muss. Ein für die wirkenden Hemmfaktoren sensibilisierter Blick ermöglicht es dem Gesetzgeber, diese Risiken so aufzufangen, dass der Nutzen, den die Rechtsgeneratoren haben können, nicht vollständig verpufft. Gelingt das, kann ein höheres und besseres Maß an Rechtsdurchsetzung erreicht werden. Insgesamt eröffnen sich letztlich zwei weitere Komplexe: Wie wirken die Rechtsgeneratoren rechtstatsächlich?<sup>1232</sup> Mit anderen Worten welche Vorteile gilt es zu nutzen, welche Gefahren zu verhüten? Darauf aufbauend gilt es, die Neuregelung durch das Gesetz zur Förderung verbrauchergerechter Angebote im Dienstleistungsmarkt vor diesem Hintergrund zu bewerten.<sup>1233</sup>

---

1230 Fazit des Gesetzgebers *vor* Einführung der Musterfeststellungsklage, BT-Drs. 19/2507, 14. Die Musterfeststellungsklage hat allerdings keine umfassende Verbesserung gebracht, s.o. § 2 E. II. 2.

1231 S. zu Beispielen § 2 E. III.

1232 Dazu § 3.

1233 Dazu § 5 B.