

EVA KOCHER

Funktionen der Rechtsprechung

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Beiträge zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

86

Mohr Siebeck

Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht

86

Herausgegeben vom
Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt und Reinhard Zimmermann



Eva Kocher

Funktionen der Rechtsprechung

Konfliktlösung im deutschen und
englischen Verbraucherprozessrecht

Mohr Siebeck

EVA KOCHER, geboren 1965 in Stuttgart, Promotion 1994, Habilitation 2004, Privatdozentin in Hamburg.

e-ISBN PDF 978-3-16-151079-3

ISBN 978-3-16-149101-6

ISSN 0340-6709 (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2007 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Bembo-Antiqua gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Ein langes Projekt ist zum Abschluss gekommen. Bereits nach meinem Forschungsaufenthalt in Brasilien im Jahr 1996 war geplant, es nicht bei einer Länderstudie zum Verbraucher- und Arbeitsprozessrecht zu belassen, sondern die Erfahrungen in ein größeres rechtsvergleichendes Projekt einfließen zu lassen. Ein Buchprojekt zum Vergleich von Kollektivverfahren im Arbeitsprozessrecht war ein weiterer Zwischenschritt. Wer hätte gedacht, dass eine Vertiefung der methodischen Fragen des funktionalen Vergleichs zu einer Arbeit über die Funktion der Rechtsprechung selbst führen würde!

Ich danke Antonio Álvares da Silva, Richter am Landesarbeitsgericht Belo Horizonte und Professor an der dortigen Bundesuniversität UFMG für seine Unterstützung und die Vermittlung eines Verlags in Brasilien. Ich danke Heide Pfarr, Professorin an der Universität Hamburg und Wissenschaftliche Direktorin des Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Instituts in der Hans-Böckler-Stiftung für viele Ideen und die intensive Kooperation bei unserem gemeinsamen Buch. Sie hat den Anstoß für das jetzt in Buchform abgeschlossene Habilitationsprojekt gegeben.

Harald Koch, Professor an der Universität Rostock, hat sich ohne viel Aufhebens bereit erklärt, die Arbeit zu betreuen. Udo Reifner, Professor an der Hamburger Universität für Wirtschaft und Politik, übernahm die Erstbegutachtung. Beide standen mir jederzeit mit Rat und Hilfe zur Seite, ich verdanke ihnen wertvolle Hinweise. Ohne ihre Ermutigung und Unterstützung hätte ich das Projekt einer akademischen Karriere wohl nicht weiter verfolgt. Dafür herzlichen Dank!

Allen Kolleginnen und Kollegen an der Hamburger Universität für Wirtschaft und Politik, wo ich als Wissenschaftliche Assistentin tätig war, namentlich den Professoren Ulrich Zachert, Karl-Jürgen Bieback und Udo Mayer sowie der Professorin Sibylle Raasch, habe ich für ihre kollegiale Zusammenarbeit und Unterstützung zu danken. Sie haben mir den Wiedereinstieg in die universitäre Welt leicht gemacht.

Die Universität Sheffield, insbesondere Prof. Dr. Geraint Howells, hat mich im Jahre 1999 aufgenommen, um Literatur- und Praxisforschungen zu vertiefen. Für die freundliche Unterstützung danke ich ihm. Vielen Dank auch an meine Interviewpartner und Interviewpartnerinnen in Sheffield und London: Rhoda James, damals Dozentin an der Universität Sheffield,

Janet Howe, Lord Chancellors's Department/London, Ray Wooley, Head of Unfair Terms Unit, Office of Fair Trading/London, Mark Mildred, Professor for Advanced Litigation/Nottingham Trent Universität und Solicitor in London, Eileen Brennan, Consumers' Association/London. Ihnen allen verdanke ich wertvolle Einblicke in die Gerichts-, Verwaltungs- und Konfliktlösungspraxis des englischen Rechts.

Die Arbeit wurde 2004 als Habilitationsschrift an der Hamburger Universität für Wirtschaft und Politik eingereicht. Das Verfahren war gerade beendet, als unter der rot-grünen Koalition das UWG reformiert und das KapMuG verabschiedet wurde – beide Gesetzesprojekte sind in der Arbeit berücksichtigt, diese musste aufwändig überarbeitet werden. Im September 2006 wurde das Manuskript endgültig abgeschlossen. Dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg, insbesondere Prof. Dr. Jürgen Basedow, danke ich herzlich für die Aufnahme in diese Schriftenreihe.

Die Arbeit widme ich meinem Vater und meiner Mutter.

Hamburg, im März 2007

Eva Kocher

Inhaltsübersicht

| | |
|---|-----|
| Vorwort | V |
| Inhaltsverzeichnis | IX |
| Abkürzungsverzeichnis | XXI |
| | |
| Einführung | 1 |
| 1. Verbraucherrecht: Eine Herausforderung für den Zivilprozess? . . . | 1 |
| 2. Forschungsstand, Forschungsfragen und Forschungsmethoden . . . | 3 |
| 3. Rechtsprechung als Konfliktlösung? Die Untersuchungsgegenstände im Einzelnen | 9 |
| | |
| 1. Kapitel: Theoretischer Bezugsrahmen | 12 |
| 1. Soziale Konflikte und Recht | 12 |
| 2. Konflikte auf Verbrauchermärkten im Privatrecht | 44 |
| 3. Soziale Konflikte vor Gericht: Rechtsprechung und ihre Alternativen | 91 |
| 4. Zwischenergebnis und Leitfragen: Kompensation durch Repräsentation und Entformalisierung | 133 |
| | |
| 2. Kapitel: England | 135 |
| 1. Geschichte und Funktionen der Rechtsprechung | 135 |
| 2. „Repräsentation“: Kollektivgüter und soziale Interessen als Verfahrensgegenstand | 167 |
| 3. „Entformalisierung“: Kollektivgüter und soziale Interessen in der Kommunikation vor Gericht | 219 |

| | |
|---|-----|
| 3. Kapitel: Deutschland | 276 |
| 1. Geschichte und Funktionen der Rechtsprechung | 276 |
| 2. „Repräsentation“: Kollektivgüter und soziale Interessen als Verfahrensgegenstand | 311 |
| 3. „Entformalisierung“: Kollektivgüter und soziale Interessen in der Kommunikation vor Gericht | 414 |
| 4. Kapitel: Vergleich und Ergebnisse: Rechtsprechung als Instrument der Konfliktlösung | 476 |
| 1. Aufgaben und dogmatische Struktur des Zivilprozesses im Rechtsvergleich | 476 |
| 2. Soziale Konflikte in der Rechtsprechung und ihren Alternativen . | 481 |
| 3. Ausblick | 490 |
| Zusammenfassung | 491 |
| Literaturverzeichnis | 505 |
| Entscheidungen englischer Gerichte | 541 |
| Stichwortverzeichnis | 545 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|-----|
| Vorwort | V |
| Inhaltsübersicht | VII |
| Abkürzungsverzeichnis | XXI |
| | |
| Einführung | 1 |
| 1. Verbraucherrecht: Eine Herausforderung für den Zivilprozess? | 1 |
| 2. Forschungsstand, Forschungsfragen und Forschungsmethoden | 3 |
| 2.1. Von „Access to Justice“ zu „Alternative Dispute Resolution“ .. | 3 |
| 2.2. Rechtsvergleichung als Methode | 5 |
| 2.3. Die funktionale Betrachtungsweise | 7 |
| 3. Rechtsprechung als Konfliktlösung? | |
| Die Untersuchungsgegenstände im Einzelnen | 9 |
| 3.1. Überblick über das erste Kapitel | 9 |
| 3.2. Überblick über das zweite und dritte Kapitel | 10 |
| | |
| 1. Kapitel: Theoretischer Bezugsrahmen | 12 |
| 1. Soziale Konflikte und Recht | 12 |
| 1.1. Gesellschaftliche Bedeutung von Konflikten und Konfliktlösung | 15 |
| 1.1.1. Begriffs- und Problembestimmungen | 15 |
| 1.1.1.1. Konflikt als widerstreitende Wahrnehmung von Interessen | 15 |
| 1.1.1.2. Konfliktlösung und Macht | 18 |
| 1.1.1.3. Soziale Konflikte: Gruppen, Kollektivitäten und soziale Kategorien | 20 |
| 1.1.2. Konflikte und gesellschaftliche Stabilität: Soziologische Sichtweisen | 23 |
| 1.1.2.1. Soziologische Konflikttheorien (Lewis Coser, Ralf Dahrendorf, Walter L. Bühl) | 23 |

| | | |
|------------|---|----|
| 1.1.2.2. | Strukturfunktionalismus und Systemtheorie (Niklas Luhmann) | 25 |
| 1.1.2.3. | Ergebnis | 26 |
| 1.2. | Konfliktbehandlung im und durch Recht | 27 |
| 1.2.1. | Recht als Form der Machtausübung | 28 |
| 1.2.1.1. | Regelstruktur und Allgemeinheit als Kennzeichen von positivem Recht | 28 |
| 1.2.1.2. | Rechtsanwendung: Deduktives Schließen und die Thematisierung von verrechtlichten Interessen | 31 |
| 1.2.1.3. | Operative Geschlossenheit und zweiwertige Codierung (Systemtheorie) | 34 |
| 1.2.1.4. | Ergebnis: Konfliktlösungsfunktionen des Rechts | 35 |
| 1.2.2. | Recht als Mittel materieller und diskursiver Gerechtigkeit | 37 |
| 1.2.2.1. | Die Unterscheidung zwischen Rechtsanwendungs- und Begründungsdiskursen in der Diskurstheorie | 37 |
| 1.2.2.2. | Ergebnis: Konfliktlösungsfunktionen des Rechts | 38 |
| 1.2.2.3. | Konflikte und Demokratie | 40 |
| 1.2.3. | Zwischenergebnis: Recht als Mittel des Interessen- schutzes in Konflikten | 43 |
| 2. | Konflikte auf Verbrauchermärkten im Privatrecht | 44 |
| 2.1. | Privatrecht und Wirtschaftssystem | 45 |
| 2.2. | „Kollektivgüter“: Die privatrechtliche Überformung sozialer Konflikte in den Verbrauchsbeziehungen | 47 |
| 2.2.1. | Soziale Ungleichgewichte in den Verbrauchsbeziehungen | 48 |
| 2.2.1.1. | Ungleichgewichte des Marktes: Organisation, Hierarchie und Standardisierung der Märkte | 48 |
| 2.2.1.2. | Verhandlungsungleichgewichte und Durchsetzungs- macht zwischen handelnden Einzelpersonen | 49 |
| 2.2.1.2.1. | Schicht und soziale Lage | 49 |
| 2.2.1.2.2. | Rollenanforderungen | 52 |
| 2.2.1.2.3. | Individuum und Unternehmen | 54 |
| 2.2.2. | Soziale Konflikte und die Repräsentation diffuser Interessen | 55 |
| 2.2.2.1. | Gruppen und kollektive Interessen in den Verbrauchs- beziehungen | 55 |
| 2.2.2.1.1. | Soziale Merkmale und soziale Identität | 55 |
| 2.2.2.1.2. | Gebündelte Interessen, kollektive Interessen und Kollektivgüter | 57 |
| 2.2.2.2. | Repräsentation und Organisation diffuser Interessen | 59 |
| 2.2.2.2.1. | Kollektives Verhalten und kollektives Handeln | 59 |

| | | |
|------------|---|-----|
| 2.2.2.2.2. | Organisationsfähigkeit | 59 |
| 2.2.2.2.3. | Repräsentation und Repräsentativität | 63 |
| 2.2.2.3. | Gegenstand und Aufgabe der Repräsentation in den Verbrauchsbeziehungen | 65 |
| 2.2.3. | Verrechtlichung sozialer Konflikte durch Verbraucher- recht | 66 |
| 2.2.3.1. | „Verbraucherleitbilder“ | 66 |
| 2.2.3.2. | Regelungs- und Schutzmodelle | 67 |
| 2.3. | Konfliktlösung durch Verbraucherrecht | 72 |
| 2.3.1. | Verbraucherrechtliche Regelungen als Kollektivgüter | 72 |
| 2.3.1.1. | Personengruppenschutz? | 72 |
| 2.3.1.2. | Materialisierung und andere Regelungsmodelle | 73 |
| 2.3.1.3. | Das Kollektive im Verbraucherrecht: Allgemeininteressen und Sonderinteressen | 76 |
| 2.3.1.4. | Recht und „Rechtsdurchsetzung“ als „Kollektivgut“ | 78 |
| 2.3.2. | Die Bedeutung von Recht in Verbraucherrechts- konflikten | 80 |
| 2.3.2.1. | Verrechtlichungskritik | 80 |
| 2.3.2.2. | Vergesellschaftung von Konflikten in und durch Recht | 81 |
| 2.3.2.3. | Prozeduralisierung statt Materialisierung? | 83 |
| 2.3.3. | Eine themenorientierte Typologie von Konflikten? | 85 |
| 2.3.3.1. | Die Unterscheidung zwischen Interessen- und Wertkonflikten | 85 |
| 2.3.3.2. | Konfliktkomplexität als Variable | 86 |
| 2.3.4. | Interessen an der Thematisierung von Recht | 88 |
| 2.3.4.1. | Kollektive Aspekte und strategischer Nutzen | 89 |
| 2.3.4.2. | Komplexität der Beziehungen zwischen den Beteiligten | 89 |
| 2.4. | Zwischenergebnis | 90 |
| 3. | Soziale Konflikte vor Gericht: Rechtsprechung und ihre Alternativen | 91 |
| 3.1. | Aufgaben und Leistungen der Rechtsprechung | 91 |
| 3.1.1. | Implementation positiven Rechts | 91 |
| 3.1.2. | Produktion von Recht und Konfliktabsorption durch Verfahren | 94 |
| 3.1.3. | Ergebnis: Konfliktlösung als eigenständige und als akzessorische Aufgabe | 96 |
| 3.2. | Rechtsprechung im Verhältnis zu anderen Funktionen | 97 |
| 3.2.1. | Rechtsprechung im Verhältnis zum politischen System | 97 |
| 3.2.2. | Rechtsprechung im Verhältnis zu Alternativen der Konfliktlösung | 99 |
| 3.2.3. | Ergebnis: Begriffselemente von „Rechtsprechung“ | 101 |

| | |
|---|-----|
| 3.3. Idealtypische Merkmale von Verfahren der Rechtsprechung . . | 102 |
| 3.3.1. Entscheidungsmaßstab und Kommunikationslogik | 102 |
| 3.3.1.1. Grundsatz und Konkretisierung: Die Problematik von Rechtsfortbildung und Richterrecht | 103 |
| 3.3.1.2. Setzung eigener Zwecke und Zweckausführung: Die Problematik der Billigkeitsrechtsprechung | 105 |
| 3.3.1.3. Zukunft und Vergangenheit: Die Problematik der Folgenorientierung | 107 |
| 3.3.2. Institutionelle Sicherungen der Rechtsbindung | 109 |
| 3.3.2.1. Unabhängigkeit und Unparteilichkeit | 110 |
| 3.3.2.2. Kontrolle und Begründung von Entscheidungen | 111 |
| 3.3.2.3. Professionalisierung und Institutionalisierung | 111 |
| 3.3.2.4. Öffentlichkeit des Verfahrens | 113 |
| 3.3.3. Entscheidungszwang | 113 |
| 3.3.3.1. Verbindlichkeit und Rechtskraftfähigkeit der Entscheidung | 113 |
| 3.3.3.2. „Formalität“ des Verfahrens und zweiwertige Struktur . . | 114 |
| 3.3.3.3. Konflikt als Gegenstand des Verfahrens | 114 |
| 3.3.4. Idealtypische Merkmale von „Alternativen“ der Konfliktlösung | 116 |
| 3.3.4.1. Rolle des/der (neutralen) Dritten | 116 |
| 3.3.4.2. Entscheidungsmaßstab bzw. Kommunikationslogik | 118 |
| 3.4. Repräsentation sozialer Konflikte vor Gericht | 121 |
| 3.4.1. Konflikte und Konfliktebenen vor Gericht | 121 |
| 3.4.1.1. Erfolgsbarrieren vor Gericht? | 121 |
| 3.4.1.2. Schichttypische Zugangsbarrieren | 123 |
| 3.4.1.3. Gerichtsverfahren als Professionellenspiel: Repeat-Player und One-Shotter | 124 |
| 3.4.1.4. Rollenspezifische Zugangsbarrieren | 126 |
| 3.4.2. Kompensationsstrategien in Rechtsdogmatik und Rechtspolitik | 128 |
| 3.4.2.1. „Sozialer Zivilprozess“ | 129 |
| 3.4.2.2. Access to Justice | 129 |
| 3.4.2.3. Alternative Dispute Resolution und ökonomische Analysen der Rechtsprechung | 131 |
| 3.4.3. Idealtypisch notwendige Zugangsbarrieren? | 132 |
| 4. Zwischenergebnis und Leitfragen: Kompensation durch Repräsentation und Entformalisierung | 133 |

| | |
|--|-----|
| 2. Kapitel: England | 135 |
| 1. Geschichte und Funktionen der Rechtsprechung | 135 |
| 1.1. Verbraucherrecht im Rechtssystem | 135 |
| 1.1.1. Der rechtliche Interessenschutz in den Verbrauchs- beziehungen | 135 |
| 1.1.1.1. Gesetzesrecht/Statute Law | 135 |
| 1.1.1.2. Common Law und Equity | 137 |
| 1.1.2. Institutionen des Verbraucherschutzes | 141 |
| 1.1.2.1. Die Verwaltungskontrolle, insbesondere durch das Office of Fair Trading | 143 |
| 1.1.2.2. Rechtsberatung und private Institutionen, insbesondere die Consumers' Association | 145 |
| 1.2. Common Law und Gesetzesrecht: Zur Abgrenzung der Kompetenzen von Gerichtsbarkeit und politischem System | 146 |
| 1.2.1. Souveränität des Parlaments und die Rule of Law | 146 |
| 1.2.2. Verhältnis der Rechtsquellen Common Law und Statute Law | 149 |
| 1.2.2.1. Entwicklung von Common Law als Rechtssetzung? | 150 |
| 1.2.2.2. Richterliche Gesetzesauslegung vor und nach „Pepper v. Hart“ | 152 |
| 1.2.2.3. Neuere Entwicklungen, insbesondere der Human Rights Act 1998 | 154 |
| 1.3. Organisation und Verfahren der englischen Gerichtsbarkeit .. | 157 |
| 1.3.1. Überblick über die heutige Gerichtsverfassung | 157 |
| 1.3.2. Institutionelle Beziehungen zwischen Justizsystem und politischem System | 159 |
| 1.3.2.1. Funktionen des House of Lords und des Lord Chancellor | 159 |
| 1.3.2.2. Selbstverständnis der Richterschaft | 161 |
| 1.3.3. Neuere Entwicklungen und Machtverschiebungen | 164 |
| 1.3.3.1. Zum Wandel in der Organisation der Rechtsvertretung .. | 164 |
| 1.3.3.2. Zur Reform des Verfahrens mit den Civil Procedure Rules 1999 | 165 |
| 2. „Repräsentation“: Kollektivgüter und soziale Interessen als Verfahrensgegenstand | 167 |
| 2.1. Die rechtliche Konstruktion sozialer Konflikte vor Gericht .. | 168 |
| 2.1.1. Grundsätze der Klagebefugnis von Privatpersonen | 168 |
| 2.1.1.1. Klagebefugnisse im öffentlichen Interesse? | 169 |
| 2.1.1.2. „Legal right“ oder „real interest“ | 171 |

| | | |
|------------|---|-----|
| 2.1.1.3. | Immunitäten nach Common Law und Rechtsschutz nach Art. 6 EMRK | 172 |
| 2.1.2. | Zur Unterscheidung zwischen Verfahrensrecht und materiellem Recht | 174 |
| 2.1.2.1. | Immunität als materiell-rechtliches oder prozessuales Element | 174 |
| 2.1.2.2. | Das Verfahren des Striking Out von Vorbringen | 176 |
| 2.1.2.3. | Entscheidungsgegenstand und materielle Rechtskraft | 180 |
| 2.1.3. | Zur Rechtsschutzaufgabe der Gerichte | 181 |
| 2.1.3.1. | Recht und geschütztes Interesse im Gesetzesrecht | 183 |
| 2.1.3.2. | Die Klagebefugnis bei der Judicial Review | 184 |
| 2.1.3.2.1. | Klagebefugnisse privater Vereinigungen | 186 |
| 2.1.3.2.2. | Verhältnis von „sufficient interest“ zu „legal right“ | 188 |
| 2.1.3.3. | Klagebefugnis bei Unterlassungs- und Feststellungsklagen | 189 |
| 2.1.3.4. | Ergebnis: Überindividuelle Interessen im Zivilprozess | 191 |
| 2.2. | Repräsentation von Verbraucherinteressen und -kollektivgütern | 193 |
| 2.2.1. | Rechtswirkungen von Urteilen in Musterverfahren | 193 |
| 2.2.1.1. | Subjektive Grenzen der Rechtskraft (Procedural Privity) | 193 |
| 2.2.1.2. | Stare Decisis: Die bindende Wirkung von Precedents | 194 |
| 2.2.2. | Representative Proceedings/Stellvertreterklage | 195 |
| 2.2.2.1. | Verfahrensgrundsätze | 195 |
| 2.2.2.2. | Die Merkmale „same interest“ und „separate defenses“ | 197 |
| 2.2.2.3. | Zur Behandlung organisierter Gruppen | 199 |
| 2.2.3. | Mehrparteiverfahren | 202 |
| 2.2.3.1. | Grundsätze | 202 |
| 2.2.3.2. | Management kollektiver und individueller Konflikt-ebenen | 204 |
| 2.2.4. | Die Unterlassungsklage im Verbraucherinteresse | 208 |
| 2.2.4.1. | Klagebefugnis | 209 |
| 2.2.4.2. | Verfahren vor Klageerhebung | 211 |
| 2.2.4.3. | Rechtscharakter der Klage | 212 |
| 2.2.4.4. | Verfahrensmanagement durch das OFT in der Praxis | 213 |
| 2.3. | Ergebnis | 216 |
| 3. | „Entformalisierung“: Kollektivgüter und soziale Interessen in der Kommunikation vor Gericht | 219 |
| 3.1. | Verfahrensherrschaft und Kommunikation | 223 |
| 3.1.1. | Adversary Procedure | 223 |
| 3.1.1.1. | Ablauf des Verfahrens vor der Reform von 1999 | 226 |
| 3.1.1.2. | Ziele der Reform | 228 |
| 3.1.1.3. | Three-Track-System und Case Management | 230 |
| 3.1.1.4. | „Kompensatorische Verhandlungsführung“? | 233 |

| | | |
|------------|---|-----|
| 3.1.2. | Small Claims-Verfahren | 234 |
| 3.1.2.1. | Entwicklung und Rechtsgrundlage | 236 |
| 3.1.2.2. | Erfahrungen mit der richterlichen Verfahrensleitung | 238 |
| 3.1.2.3. | Anwaltliche Vertretung der Parteien und Formalität | 240 |
| 3.1.3. | Ergebnisse | 242 |
| 3.1.3.1. | Erfahrungen aus den Small Claims-Verfahren | 242 |
| 3.1.3.2. | Ziele des Case Management in der Prozessrechtsreform | 244 |
| 3.2. | Alternative Konfliktlösung innerhalb und außerhalb des Gerichtsverfahrens | 247 |
| 3.2.1. | Die Diversifizierung der Konfliktlösungsangebote | 247 |
| 3.2.1.1. | Angebote an Schiedsverfahren, Schlichtung und Vermittlung | 247 |
| 3.2.1.2. | Außergerichtliche Verfahren und Verbraucherinteressen | 249 |
| 3.2.1.2.1. | Überblick, insbesondere Ombudsmanverfahren | 249 |
| 3.2.1.2.2. | Bewertung | 251 |
| 3.2.2. | Gerichtliche Schlichtung nach der Prozessrechtsreform | 253 |
| 3.2.3. | Kosten- und verfahrensrechtliche Anreize zur gütlichen Einigung | 254 |
| 3.2.3.1. | Höhe und Variablen des Kostenrisikos | 255 |
| 3.2.3.2. | Gerichtliche Instrumente zur Steuerung vor- und außergerichtlicher Verhandlungen | 259 |
| 3.2.4. | Prozessfinanzierung zwischen individuellen und über- individuellen Interessen | 264 |
| 3.2.4.1. | Die bisherigen Regelungen über Legal Aid | 264 |
| 3.2.4.2. | Das neue Regime und der Community Legal Service | 266 |
| 3.2.4.3. | Verhältnis von öffentlicher und privater Finanzierung | 268 |
| 3.2.4.4. | Verteilung des Kostenrisikos innerhalb einer sozialen Gruppe | 270 |
| 3.2.4.5. | Finanzierung von Unterlassungsklagen im Verbraucher- interesse | 272 |
| 3.3. | Ergebnis | 274 |
| 3. | Kapitel: Deutschland | 276 |
| 1. | Geschichte und Funktionen der Rechtsprechung | 276 |
| 1.1. | Verbraucherrecht im Zivilrechtssystem | 277 |
| 1.1.1. | Entwicklung des rechtlichen Verbraucherschutzes | 277 |
| 1.1.2. | Institutionen des Verbraucherschutzes | 279 |
| 1.2. | Rechtsprechung und politisches System in der Geschichte | 280 |
| 1.2.1. | Die gemeinrechtliche Modernisierung | 281 |
| 1.2.2. | Das preußisch-absolutistische Gerichtsverfahren | 282 |
| 1.2.3. | CPO, GVG und ihre Reformen | 283 |
| 1.2.4. | Ausdifferenzierung der Aufgaben der Gerichte? | 286 |

| | |
|---|-----|
| 1.3. Kompetenzabgrenzungen heute | 287 |
| 1.3.1. Prozesszwecktheorien | 288 |
| 1.3.2. Verfassungsrechtliche Kompetenzabgrenzungen | 292 |
| 1.3.2.1. Das verfassungsrechtliche Gewaltenteilungsprinzip | 293 |
| 1.3.2.2. Der Justizgewährungsanspruch: Zum Verhältnis von Schlichtung und subjektivem Rechtsschutz | 296 |
| 1.3.2.3. Rechtsprechung als Streitentscheidung | 301 |
| 1.3.3. Institutionelle Sicherungen der Rechtsbindung | 303 |
| 1.3.3.1. Unabhängigkeit der Richterinnen und Richter | 304 |
| 1.3.3.2. Die Rolle der rechtlichen Vertretung und der Rechtsanwaltschaft | 305 |
| 1.3.3.3. Öffentlichkeit | 307 |
| 1.3.3.3.1. Verfahren, Beratung, Abstimmung und Entscheidungs- findung | 307 |
| 1.3.3.3.2. Begründung und Veröffentlichung von Entscheidungen . . | 309 |
| 1.4. Ergebnis | 310 |
| 2. „Repräsentation“: Kollektivgüter und soziale Interessen als Verfahrensgegenstand | 311 |
| 2.1. Die rechtliche Konstruktion sozialer Konflikte | 312 |
| 2.1.1. Der Anspruch als Trennlinie und Brücke zwischen materiellem und Verfahrensrecht | 312 |
| 2.1.2. Das subjektive Recht als Gegenstand des Anspruchs | 314 |
| 2.1.3. Die Eigenständigkeit des Prozessrechts | 317 |
| 2.1.3.1. Die Lehren von den Zulässigkeits- und den Klagbar- keitsvoraussetzungen | 318 |
| 2.1.3.2. Prozessführungsbefugnis und Voraussetzungen der Prozesstandschaft | 321 |
| 2.1.3.3. Das Merkmal des Rechtsschutzbedürfnisses | 324 |
| 2.1.4. Ergebnis | 325 |
| 2.2. Prozessuale Begriffe des Streit- und Entscheidungs- gegenstands | 325 |
| 2.2.1. Rechtswirkungen von Urteilen in Musterverfahren | 326 |
| 2.2.2. Zur Bedeutung des Streitgegenstandsbegriff | 328 |
| 2.2.2.1. Gegenstände der Streitgegenstandslehre | 328 |
| 2.2.2.2. Bestimmtheit des Antrags und Bindung des Gerichts | 329 |
| 2.2.2.3. Umfang der Rechtskraft | 331 |
| 2.2.2.3.1. Verhältnis zum materiell-rechtlichen Anspruch | 332 |
| 2.2.2.3.2. Die Rechtskraft von Urteilen auf Teilklagen | 334 |
| 2.2.3. Besondere Rechtsschutzziele | 337 |
| 2.2.3.1. Feststellungsklage | 338 |
| 2.2.3.1.1. Begriff des Rechtsverhältnisses | 338 |

| | | |
|--------------|---|-----|
| 2.2.3.1.2. | Feststellungsinteresse | 340 |
| 2.2.3.2. | Unterlassungsklagen | 343 |
| 2.2.3.2.1. | Materiell-rechtlicher Unterlassungsanspruch? | 344 |
| 2.2.3.2.2. | Zur Bestimmtheit von Unterlassungsantrag und Urteilsformel | 346 |
| 2.2.3.2.3. | Zum Umfang der materiellen Rechtskraft von Unter- lassungsurteilen | 349 |
| 2.2.4. | Ergebnis | 353 |
| 2.3. | Repräsentation von Verbraucherinteressen- und -kollektivgütern | 354 |
| 2.3.1. | Die Verbandsklage auf Unterlassung | 354 |
| 2.3.1.1. | Entstehungsgeschichte und Entwicklung | 355 |
| 2.3.1.1.1. | Die Verbandsklage der Wettbewerbsverbände | 355 |
| 2.3.1.1.1.1. | UWG | 355 |
| 2.3.1.1.1.2. | UKlaG | 357 |
| 2.3.1.1.2. | Die Verbraucherverbandsklage | 358 |
| 2.3.1.2. | Rechtscharakter | 359 |
| 2.3.1.2.1. | Rechtscharakter der Verbandsklage der Wettbewerbs- verbände | 359 |
| 2.3.1.2.1.1. | Nach dem UWG: Verhältnis zur Prozessstandschaft? . . . | 359 |
| 2.3.1.2.1.2. | Nach dem UKlaG | 362 |
| 2.3.1.2.2. | Rechtscharakter der Verbraucherverbandsklage | 363 |
| 2.3.1.2.3. | Ergebnis | 368 |
| 2.3.1.3. | Konsequenzen der Anspruchskonstruktion | 368 |
| 2.3.1.3.1. | Unterlassung als Gegenstand | 368 |
| 2.3.1.3.2. | Zulässigkeits- und Begründetheitsfragen | 371 |
| 2.3.1.3.3. | Rechtswirkungen eines Urteils | 373 |
| 2.3.1.3.4. | Konkurrenzen verschiedener Klagebefugnisse | 376 |
| 2.3.1.3.5. | Dispositivität des Anspruchs | 379 |
| 2.3.1.3.6. | Gebrauch und Missbrauch | 380 |
| 2.3.1.4. | Zur Finanzierung der Verfahren | 383 |
| 2.3.2. | Bündelung individueller Interessen | 386 |
| 2.3.2.1. | Gruppenklagen (Zusammenfassung gleichartiger Verfahren) | 387 |
| 2.3.2.1.1. | Allgemeine Regeln der ZPO | 387 |
| 2.3.2.1.2. | Gruppen- oder Musterklagen für Massenschadensfälle? . | 389 |
| 2.3.2.1.2.1. | Modelle: Musterverfahren mit oder ohne Gruppen- vertreter/in | 390 |
| 2.3.2.1.2.2. | Das Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten: Grundstruktur | 391 |
| 2.3.2.1.2.3. | Eignung für die Wahrnehmung kollektiver Interessen . . | 393 |
| 2.3.2.2. | Sammelklagen durch Verbände | 395 |
| 2.3.2.2.1. | Prozessstandschaftliche Mitgliederverbandsklage | 396 |
| 2.3.2.2.2. | Die Sammelklagebefugnis der Verbraucherverbände (§ 3 Nr. 8 R.BerG) | 397 |

| | | |
|--------------|--|-----|
| 2.3.3. | Verbandsklage auf kollektiven Schadensersatz | 400 |
| 2.3.3.1. | Der Vermögenswert von Kollektivgütern im Verbraucherschutz | 401 |
| 2.3.3.1.1. | Die Bewertung des kollektiven Rechtsverfolgungs- interesses | 401 |
| 2.3.3.1.2. | Orientierung am ökonomischen Nachteil der sozialen Gruppe der Verbraucher | 402 |
| 2.3.3.1.3. | Orientierung am ökonomischen Vorteil des schädigenden Unternehmens | 404 |
| 2.3.3.2. | Der Gewinnabschöpfungsanspruch nach § 10 UWG . . . | 405 |
| 2.3.3.2.1. | Meinungen zum Rechtscharakter | 406 |
| 2.3.3.2.1.1. | Punitive Damages | 406 |
| 2.3.3.2.1.2. | Deliktsrecht und Schadensausgleich | 407 |
| 2.3.3.2.1.3. | Herausgabe ungerechtfertigter Bereicherung | 409 |
| 2.3.3.2.2. | Stellungnahme: Geschütztes Interesse | 410 |
| 2.3.3.2.3. | Rolle der Verbände | 412 |
| 2.4. | Ergebnis | 413 |
| 3. | „Entformalisierung“: Kollektivgüter und soziale Interessen in der Kommunikation vor Gericht | 414 |
| 3.1. | Verfahrensherrschaft und Kommunikation | 415 |
| 3.1.1. | Die Parteienherrschaft über den Entscheidungs- gegenstand | 415 |
| 3.1.1.1. | Das Dispositionsprinzip | 415 |
| 3.1.1.2. | Der Beibringungsgrundsatz | 419 |
| 3.1.2. | Verfahrensleitung und richterliche Befugnisse | 422 |
| 3.1.2.1. | Mündlichkeit und Unmittelbarkeit | 423 |
| 3.1.2.2. | Die richterliche Prozessleitung | 425 |
| 3.1.2.2.1. | Materielle Prozessleitung nach § 139 ZPO | 427 |
| 3.1.2.2.1.1. | Praxis | 428 |
| 3.1.2.2.1.2. | Rechtliche Grenzen der Hinweispflicht | 429 |
| 3.1.2.2.1.3. | Richterliche Hinweise und Festlegung der Tatsachen- grundlagen | 431 |
| 3.1.2.2.2. | Parteivernehmung und Parteianhörung | 434 |
| 3.1.2.2.3. | Ergebnis | 437 |
| 3.1.3. | Verfahrensgestaltung „im Verbraucherinteresse“ | 437 |
| 3.1.3.1. | „Kompensatorische“ Verfahrensleitung | 437 |
| 3.1.3.2. | Das amtsgerichtliche Verfahren und anwaltliche Vertretung | 439 |
| 3.1.3.3. | Insbesondere das Bagatellverfahren nach § 495a ZPO . . | 440 |
| 3.1.3.4. | Der Beibringungsgrundsatz in Verbandsklageverfahren . | 443 |
| 3.1.4. | Ergebnis | 444 |

| | |
|--|-----|
| 3.2. Alternative Konfliktlösung innerhalb und außerhalb des Gerichtsverfahrens | 446 |
| 3.2.1. Die Schlichtungstätigkeit der Gerichte | 446 |
| 3.2.1.1. Der Güetermin (§ 278 ZPO) | 446 |
| 3.2.1.2. Die Tätigkeit des Herbeiführens einer gütlichen Einigung (§ 278 Abs. 1 ZPO) | 448 |
| 3.2.1.3. Die Dispositionsmaxime in Verbandsklageverfahren . . . | 452 |
| 3.2.2. Die Steuerung des Zugangs zu Gericht | 455 |
| 3.2.2.1. Außergerichtliche Konfliktlösungsmechanismen | 456 |
| 3.2.2.1.1. Verfahren nach § 15a EGZPO | 456 |
| 3.2.2.1.2. Außergerichtliche Verfahren und Verbraucherinteressen | 457 |
| 3.2.2.1.3. Insbesondere: Ombudsverfahren im Finanzdienst- leistungsbereich | 459 |
| 3.2.2.1.4. Bewertung | 463 |
| 3.2.2.2. Finanzierung gerichtlicher Verfahren | 466 |
| 3.2.2.2.1. Höhe und Variablen des Kostenrisikos | 466 |
| 3.2.2.2.2. Beratungs- und Prozesskostenhilfe | 469 |
| 3.2.2.3. Diversifizierung innerhalb der Gerichtsbarkeit | 470 |
| 3.3. Ergebnis: Verfahrenstypen und kollektive Interessen | 472 |
| | |
| 4. Kapitel: Vergleich und Ergebnisse: Rechtsprechung als Instrument der Konfliktlösung | 476 |
| | |
| 1. Aufgaben und dogmatische Struktur des Zivilprozesses im Rechtsvergleich | 476 |
| 1.1. Rechtsprechung im Privatrecht | 476 |
| 1.2. Herausforderungen der Verfahrensrechte durch Verbraucherschutzrecht | 477 |
| 1.3. „Repräsentation“: Konzepte des subjektiven Rechtsschutzes . . | 478 |
| 1.4. „Entformalisierung“: Das Verhältnis von Rechtsprechung und Alternativen der Konfliktlösung | 479 |
| | |
| 2. Soziale Konflikte in der Rechtsprechung und ihren Alternativen . . | 481 |
| 2.1. Kollektivinteressen im Zivilprozess | 481 |
| 2.1.1. Zum Begriff der kollektiven Interessen | 482 |
| 2.1.2. Zur Legitimation der Repräsentation im Zivilprozess: „Systemgerechtigkeit“? | 483 |
| 2.1.3. Zivilrechtsdogmatische Konsequenzen für das deutsche Recht | 484 |

| | |
|--|-----|
| 2.2. Zwischen Repräsentation und Entformalisierung: Ausdifferenzierung von Verfahrenstypen statt komplexer gerichtlicher Problemlösungsverfahren | 486 |
| 2.3. Rechtsprechung als Konfliktlösung | 489 |
| 3. Ausblick | 490 |
| Zusammenfassung | 491 |
| Literaturverzeichnis | 505 |
| Entscheidungen englischer Gerichte | 541 |
| Stichwortverzeichnis | 545 |

Abkürzungen

| | |
|---------------|---|
| AC | Appeals Cases |
| ADR | Alternative Dispute Resolution |
| All ER | All England Law Reports |
| AmJourCompLaw | American Journal of Comparative Law |
| ArbRB | Der Arbeits-Rechtsberater |
| CA | Court of Appeal |
| CambLJ | Cambridge Law Journal |
| CCR | County Court Rules |
| Ch/ChD | Chancery Division (High Court) |
| CJQ | Civil Justice Quarterly |
| CLS | Community Legal Service |
| ConsumLJ | Consumer Law Journal |
| Conv | Conveyancer and Property Lawyer |
| CPR | Civil Procedure Rules |
| EGMR | Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte |
| EMRK | Europäische Menschenrechtskonvention |
| Fn. | Fußnote |
| FS | Festschrift |
| FTA | Fair Trading Act |
| HL | House of Lords |
| HRA | Human Rights Act von 1998 |
| ICR | Industrial Case Reports |
| LCD | Lord Chancellor's Department |
| LQR | The Law Quarterly Review |
| MedLR | Medical Law Review |
| MLR | Modern Law Review |
| OFT | Office for Fair Trading |
| OJLS | Oxford Journal of Legal Studies |
| para./paras. | Absatz/Abschnitt |
| PD | Practice Direction |
| Phi | Produkthaftpflicht international |

| | |
|--------|-------------------------------------|
| PL | Public Law |
| QB/QBD | Queen's Bench Division (High Court) |
| Rn. | Randnummer |
| RSC | Rules of the Supreme Court |
| Sec. | Section |
| UCTA | Unfair Contract Terms Act von 1977 |
| UKlaG | Unterlassungsklagengesetz |
| v. | versus |
| vol. | Volume |
| WLR | Weekly Law Reports |

Im Übrigen sind Abkürzungen aus dem deutschen Rechtsraum zitiert nach Kirchner/
Butz, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 5. Aufl. Berlin 2003

Einführung

„Recht ist unausgesetzte Arbeit,
und zwar nicht etwa bloß der Staatsgewalt, sondern des ganzen Volkes.“
„Das Privatrecht ... ist die wahre Schule der politischen Entwicklung eines Volkes.“
Jhering, *Der Kampf ums Recht*, 1872 (Ausgabe 1992, S. 8; S. 73)

1. Verbraucherrecht: Eine Herausforderung für den Zivilprozess?

In den letzten Jahrzehnten musste sich die Zivilrechtslehre europaweit damit auseinandersetzen, dass Verbraucherrecht zunehmend in das allgemeine Zivilrecht eindrangt. In der deutschen Debatte um die Schuldrechtsreform regte sich noch im Jahre 2002 Widerstand gegen die Aufnahme verbraucherrechtlicher Vorschriften ins BGB¹. In deren Aufnahme dokumentiert sich nun der Anspruch, dass Verbraucherrecht nicht Sonderrecht, sondern Teil des allgemeinen Zivilrechts mit einer entsprechenden Ausstrahlungswirkung sei. Auch das Bundesverfassungsgericht hat mit seinem materialen Verständnis der Privatautonomie einiges dazu beigetragen, dass „typisierbare“², also gesellschaftlich begründete soziale Ungleichgewichte im Zivilrecht eine zunehmende Rolle spielen.

Im Zivilprozessrecht sind parallele Entwicklungen zu beobachten. Die gerichtliche Interessenwahrnehmung und Rechtsdurchsetzung findet zwar noch weitgehend in Formen des Individualrechtsschutzes statt, der auf der Grundlage einer formal verstandenen Privatautonomie modelliert ist. In Sonderregelungen, die sich als „Verbraucherprozessrecht“ zusammen gefasst beschreiben lassen³, versucht der Gesetzgeber aber auch hier die Eigenarten verbraucherrechtlicher Sachverhalte und sozialer Ungleichgewichte zu erfassen. Im Vordergrund steht die Einführung von Verbandsklagebefugnissen einerseits und die Entformalisierung von Verfahren, an denen Verbraucherinnen und Verbraucher beteiligt sind, andererseits. Das europäische Recht spielt dabei eine wichtige Rolle. Denn eine europaweite Vereinheitlichung

¹ Vgl. zum Beispiel *Roth*, JZ 2001, S. 486; zur Auseinandersetzung ausführlicher *Kocher*, KJ 2002, S. 151 ff.

² Siehe nur BVerfG, 19.10.1993, BVerfGE 89, S. 214 ff. (Bürgerschaftsentscheidung).

³ *Koch*, Verbraucherprozessrecht, 1990, insbesondere S. 129 ff.

des materiellen Rechts muss eine europaweit gleichmäßige Anwendung nach sich ziehen, und dies setzt eine Harmonisierung des Verfahrens voraus⁴. Im Verbraucherrechtsschutz war insofern die Unterlassungsklagenrichtlinie 98/27/EG von besonderer Bedeutung für die nationalen Zivilprozessrechte; sie enthält auch den Begriff des „kollektiven Interesses“⁵. Es sind aber auch informale Verfahren und Alternativen zum Gerichtsverfahren entwickelt sowie Modellprojekte zum grenzüberschreitenden Verbraucherrechtsschutz entwickelt worden⁶.

Diese Ansätze stellen Herausforderungen für die nationalen Zivilprozessrechte dar. So gelten die Verbandsklageregulungen im deutschen Prozessrecht nach wie vor als Sonderregelungen, aus denen sich für die Aufgaben und die Struktur des Zivilprozesses im Allgemeinen nichts entnehmen lasse⁷. In der Praxis der Zivilgerichtsbarkeit und veröffentlichter Streitentscheidungen findet sich das Verbraucherrecht oft ebenfalls nur in geringem Umfange wieder. Besonders die englische Justiz und Rechtsprechung wird als fern von entsprechenden gesellschaftlichen Problemen beschrieben⁸.

Nun findet aber jegliche Art von sozialem Handeln und rechtlichem Verhandeln auf Verbrauchermärkten im Schatten des Rechts statt. Hierfür bedarf es konkreter Verhaltensstandards und Präzedenzfälle; je abstrakter die

⁴ Wagner, ZEuP 2001, S. 447. Zu entsprechenden Entwicklungen in der Richtliniengebung sowie in der Rechtsprechung des EuGH siehe schon Koher, ZEuP 2004, 260 ff.; Rörig, EuZW 2004, S. 18 ff.; zum Problem in Bezug auf das Recht der missbräuchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen siehe auch Bericht der Kommission über die Anwendung der Richtlinie 93/13/EWG, KOM (2000) 248, S. 21 f.

⁵ Richtlinie vom 19. Mai 1998, ABl. EG L 166 vom 11.6.1998, S. 51 ff. Zu diesem Begriff in diesem Zusammenhang schon Koch, Duke Journal of Comparative & International Law 11(2001), S. 355 ff.

⁶ Europäische Kommission, Grünbuch über den Zugang des Verbrauchers zum Recht, KOM (1993) 576, S. 93 f.; siehe auch Aktionsplan des Rates über den Zugang der Verbraucher zur Justiz, KOM (1996) 13, S. 15 ff.; siehe auch die Empfehlungen der Kommission 98/257/EWG und 2001/310/EWG über die außergerichtliche Beilegung von Verbraucherstreitigkeiten; auch ein entsprechendes Netzwerk für außergerichtliche Verfahren in grenzüberschreitenden Streitigkeiten (European Extra-Judicial Network – EEJ-Net) wurde aufgebaut, das durch Clearing-Stellen in den einzelnen Ländern koordiniert wird (<http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce_just/index_en.html>; in Deutschland ist dies Euro-Info-Verbraucher e.V. in Kehl, <<http://www.eej-net.de>>, im Vereinigten Königreich die National Association of Citizens' Advice Bureaux, <<http://www.eej-net.org.uk>>); siehe auch EG-Kommission, Grünbuch „Prozesskostenhilfe in Zivilsachen: Probleme der Parteien bei grenzüberschreitenden Streitsachen“, KOM (2000) 51 endg; Grünbuch über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht, KOM (2002) 196 endg.; Grünbuch über ein europäisches Mahnverfahren und über Maßnahmen zur einfacheren und schnelleren Beilegung von Streitigkeiten mit geringem Streitwert, KOM (2002) 746.

⁷ Siehe insbesondere Greger, ZZZ 113 (2000), S. 411 („wesensfremd“).

⁸ Für England siehe 2. Kapitel, 1.1.2.; für Deutschland siehe 3. Kapitel, Fn. 2.

vom Gesetzgeber verwandten Begriffe und Regeln sind, desto wichtiger wird die Rolle der Gerichte bei ihrer Konkretisierung. Der „Kampf ums Recht“ vor den Gerichten erhält nicht zuletzt daraus seine gesellschaftliche Bedeutung: „Von der Tätigkeit der berechtigten Person hängt die Realität des Privatrechtes im abstrakten Sinne ab.“⁹

In dieser Arbeit soll nun untersucht werden, wie zwei Rechtsordnungen, die so unterschiedlich sind wie die englische und die deutsche, auf die Herausforderungen reagieren, die eine privatrechtliche Regulierung der Verbrauchsbeziehungen für die Zivilprozessrechtspolitik und -dogmatik mit sich bringt. Der Vergleich soll auch mögliche Bezugspunkte für die Entwicklung eines gemeineuropäischen Verfahrensverständnisses aufzeigen, das in der Lage wäre, regulierendem Zivilrecht auch in sozialen Konflikten Wirksamkeit zu verleihen.

2. Forschungsstand, Forschungsfragen und Forschungsmethoden

2.1. Von „Access to Justice“ zu „Alternative Dispute Resolution“

Aus den 1970er und -80er Jahren liegen zahlreiche Untersuchungen über die gesellschaftlichen Probleme des ungleichen Zugangs zum Rechtsschutz („Access to Justice“) sowie Begründungen für ein Verbraucherprozessrecht vor¹⁰. Hingegen ist die neuere Diskussion um den Verbraucherrechtsschutz geprägt durch aktuelle rechtspolitische Auseinandersetzungen um Alternativen zur Gerichtsbarkeit („Alternative Dispute Resolution“)¹¹. Die früheren rechtstheoretischen Überlegungen scheinen damit abgebrochen zu sein; die neuere Debatte greift kaum auf sie zurück, hat sie aber auch nicht zu widerlegen gesucht.

Dies ist bedauerlich, weil beide Ansätze einen gemeinsamen Ausgangspunkt haben: den Konflikt. Die „Access to Justice“-Bewegung bemühte sich um eine rechtswissenschaftliche Verarbeitung der Erkenntnisse der sozialwissenschaftlichen Konfliktforschung; aktuelle Betrachtungen des Gerichtsverfahrens betrachten dieses vorrangig als Mechanismus der Konfliktlösung¹².

⁹ *Jhering*, 1872/1992, S. 116 f. („Erfüllt er [der Berechtigte] diese Aufgabe nicht, gibt er nicht bloß sein eigenes Interesse auf, sondern das Interesse der Gemeinschaft.“) Siehe in diese Richtung zum Beispiel *Wagner*, JZ 1998, S. 838.

¹⁰ Siehe den Überblick bei *Cappelletti/Garth* (Hrsg.), *Access to Justice*, vol. I–IV, 1978/79 oder bei *Trubek*, in: *Blankenburg/Gottwald/Strempel* (Hrsg.), 1982, S. 329 ff.

¹¹ Siehe die Nachweise unter im 1. Kapitel, unter 3.4.2.3. Zur Entwicklung wie hier *Prütting*, in: *Breidenbach/Henssler* (Hrsg.), 1997, S. 58 f.

¹² Paradigmatisch *Hager*, 2001, S. 41 ff. und passim.

Dabei droht jedoch ein Aspekt verloren zu gehen, der gerade im Verbraucherrechtsschutz von Bedeutung ist: Die aktuellen Betrachtungen des Gerichtsverfahrens als Konfliktlösungsinstrument blicken allein auf den individuellen Konflikt zwischen den Verfahrensparteien. Die sozialen und kollektiven Aspekte dieser Konflikte geraten aus dem Blickfeld. In der „Access to Justice“-Debatte wiederum wurden diese Aspekte zwar berücksichtigt, jedoch überwiegend unter den Gesichtspunkten der „Rechtsverwirklichung“ und „Interessendurchsetzung“ betrachtet. Diese Konzepte sind aber zu hinterfragen. Die „Alternative Dispute Resolution“-Diskussion hat insofern neuere rechtstheoretische Überlegungen für die Praxis aufbereitet. Insbesondere system- und diskurstheoretische Ansätze betrachten das Recht weniger als Regelsystem, das in die Wirklichkeit umzusetzen sei, sondern vielmehr als Argumentations-, Kommunikations- und Handlungssystem. Vor diesem Hintergrund sollen mit der vorliegenden Arbeit die Funktionen der Rechtsprechung in der Lösung sozialer und „kollektiver“ Konflikte vor dem Hintergrund neuerer rechtstheoretischer Ansätze genauer herausgearbeitet werden.

Im Verbraucherrechtsschutz stellt sich konkret die Herausforderung, eine in sich stimmige Konzeption des Verbraucherrechtsschutzes und insbesondere der Verbandsklagen zu entwickeln. Diese Aufgabe ist von praktischer Relevanz vor allem für Gruppenklagen, die Zahlungsansprüche zum Gegenstand haben. Hier sind zurzeit europaweit neue Entwicklungen im Gange¹³; in Deutschland wurde in diesem Rahmen eine Sammelklagebefugnis im RBerG, ein Anspruch auf Gewinnabschöpfung im UWG sowie ein Musterverfahren für Kapitalanleger eingeführt; Überlegungen über weitere Musterverfahren für Massenschadensfälle sind eingehend debattiert worden¹⁴. Insbesondere das Verhältnis zu Individualansprüchen ist dabei immer wieder problematisch. Hier macht sich nicht zuletzt ein Mangel an theoretischen Konzepten bemerkbar. Denn wo die Unterschiede und Übergänge zwischen Verbands- und Gruppenklagen liegen, welche Konflikte mit welcher Verfahrensform gelöst werden können und ob es einen Unterschied zwischen öffentlichen, kollektiven und Gruppeninteressen gibt, dies ist alles andere als klar – der Begriff des Kollektivinteresses, den vor allem das europäische Richtlinienrecht zur Bezeichnung des Schutzzobjekts von Ver-

¹³ Siehe zum Beispiel die Überlegungen der *EG-Kommission* im Grünbuch „Die zivilrechtliche Haftung für fehlerhafte Produkte“ vom 28.7.1999, KOM (1999) 396 endg.; dazu *Koch*, PHi 2001, S. 2 ff.; für Europa weiterführend *Koch*, in: *Storme* (Hrsg.), 2003, S. 373 ff.; *Giussani*, ebda., S. 389 ff.; *Hodges*, ebda., S. 403 ff.; für Schweden siehe jetzt wieder *Stadler*, Festschrift für Schlosser, 2005, S. 939 ff.

¹⁴ Genauer zu den deutschen Entwicklungen und dem Stand unten im 3. Kapitel, unter 2.3.2 und 2.3.3.

bands- und Gruppenklagen verwendet¹⁵, hat bislang wenig zur Klärung beitragen können.

Vor diesem Hintergrund untersucht die vorliegende Arbeit, mit welchen kollektiven Interessen das Verbraucherprozessrecht zu tun hat und welcher Aufgabe der Rechtsprechung bei ihrer Lösung zukommen kann.

2.2. Rechtsvergleichung als Methode

Diesem Ziel dient hier eine rechtsvergleichende Untersuchung des englischen und des deutschen Rechts. Der Nutzen der Rechtsvergleichung für das Prozessrecht ist in der Vergangenheit oft angezweifelt worden. Prozessuale Modelle und Regelungen sind wegen ihres instrumentellen Charakters und der starken historisch-kulturellen Prägung noch weniger transportabel als materiell-rechtliche Regelungen. Gerade das englische Zivilprozessrecht ist als mit dem deutschen kaum vergleichbar angesehen worden¹⁶.

Diese Einwände richteten sich aber in erster Linie gegen eine Übertragung ausländischer Modelle, das heißt gegen die rechtspolitische und rechtsdogmatische Verwendung der Rechtsvergleichung ohne Berücksichtigung gesellschaftlicher und kultureller Rahmenbedingungen. Die rechtsvergleichenden Untersuchungen im Prozessrecht, die es seit Ende der 70er Jahre zunehmend gegeben hat, haben deshalb den Rechtsvergleich weniger instrumentell und rechtspolitisch benutzt, als vielmehr zur Gewinnung kognitiver Erkenntnisse über Grundstrukturen der Rechtsdurchsetzung eingesetzt. Sie haben dabei auch gezeigt, dass aus Institutionen ausländischen Prozessrechts pragmatische Lehren gezogen werden können, wenn alle Rahmenbedingungen von der Struktur der juristischen Berufe bis zu den Kostenregelungen einbezogen werden¹⁷.

Mit der Dynamik des europäischen Einigungsprozesses sind entsprechende Forschungen weiter vorangetrieben worden, und Rechtspraxis und Rechtspolitik orientieren sich mittlerweile an prozessualen Vorbildern aus anderen Rechtsordnungen. So haben rechtsvergleichende Überlegungen in der Reform des englischen Zivilprozessrechts mit den Civil Procedure Rules

¹⁵ Erwägungsgrund 2 der Unterlassungsklagen-Richtlinie 98/27/EG; im deutschen Recht siehe § 2 Abs. 1 Satz 1 UKlaG: „im Interesse des Verbraucherschutzes“.

¹⁶ *Kahn-Freund*, *Modern Law Review* 37 (1974), S. 11; S. 17 ff.; *Leipold*, in: *Leipold/Zuckerman*, 1998, S. 19 ff.; S. 33 ff.; S. 41 ff.; S. 48 ff.; S. 52; generell zur Problematik und zum Stand der Prozessrechtsvergleichung *Gilles*, 1995, S. 1 ff.

¹⁷ *Cappelletti/Garth* (Hrsg.), *Access to Justice*, Vol. I–IV, 1978 ff.; für das deutsche Recht insbesondere *Koch*, *Prozessführung im öffentlichen Interesse*, 1983; allgemeiner zu den Möglichkeiten und Gegenständen des Vergleichs *Gilles*, 1995, S. 25 ff.

1999 als zentrale Argumente gedient¹⁸. Und eine europäische Harmonisierung des Prozessrechts wird eine rechtspolitische und rechtsdogmatische Annäherung geradezu erfordern¹⁹.

Ob eine Konvergenz von Rechtsprechungsverfahren bereits begonnen hat, ist fraglich. Die These einer Konvergenz der Rechtsordnungen wird jetzt wieder stärker vertreten; heute wird nicht nur behauptet, dass verschiedene Rechtsordnungen ähnlich materiell-rechtliche Rechtsregeln als funktional äquivalente Lösungen für vergleichbare gesellschaftliche Probleme fänden, sondern auch, dass eine Annäherung im Rechtsverständnis und in den Auslegungsmethoden stattfinde²⁰. Dabei wird aber immer betont, dass valide Aussagen nur getroffen werden könnten, wenn „law in action“ und nicht nur „law in the books“ untersucht werde. Dies gilt auch für das Verfahren: Aus einer Annäherung der Texte und Prozessrechtsregeln ergibt sich nicht notwendig schon eine Konvergenz der Verfahrenspraxis²¹. Die tatsächliche Funktionsweise von Gerichtsverfahren ist durch spezifische historische und kulturelle Bedingungen und die gedankliche Verarbeitung in der jeweiligen Rechtsordnung („legal culture“) geprägt²². Es darf deshalb vermutet werden, dass sich die Praxis der Verfahrensherrschaft in England auch nach den Civil Procedure Rules 1999 noch stark von der deutschen Praxis unterscheiden wird; möglicherweise erschwert eine Annäherung der textlichen Regeln sogar die Erkenntnis solcher Unterschiede. Auch die EG-weite Einführung einer Unterlassungsklage im Verbraucherinteresse ver-

¹⁸ Siehe zu Lord Woolfs Reformen insofern zum Beispiel Lord *Goff*, in: Markesinis (Hrsg.), 1997, S. 40 f., der ebenfalls der Meinung ist, die Rechtsvergleichung sollte sich künftig stärker mit dem Prozessrecht beschäftigen; ausführlich dazu unten 2. Kapitel 1.3.3.2. und passim; siehe auch *Micklitz/Stadler*, 2003.

¹⁹ Vgl. den (gescheiterten) Entwurf der *Storrie-Kommission* für ein europäisches Zivilprozeßgesetzbuch in ZVP 109 (1996), S. 345 ff.; *Grunsky/Stürner/Walter/Wolf* (Hrsg.), Wege zu einem europäischen Zivilprozessrecht, 1992; *Storrie*, Festschrift für Drobnig, 1998, S. 177 ff.; kritisch in Hinblick auf eine Angleichung des Prozessrechts aber *Roth*, ZVP 109 (1996), S. 311 ff.

²⁰ *Markesinis*, in: ders. (Hrsg.), 1997, S. 7; für das Rechtsverständnis (Gesetze/Generalklauseln) *Graef*, 1996, S. 13 ff.; für die Gesetzesauslegung *Vogenaier*, 2001, S. 1295 ff.; ähnlich *Reiner Schulze*, S. 9 ff. und *Kramer*, in: Assmann/Brüggemeier/Sethe (Hrsg.), 2001, S. 31 ff.; *Pilny*, 1993 und *Diedrich*, 2004 zur Präjudizienbindung, erstere allerdings in Bezug auf das US-amerikanische Recht; zur Bedeutung der Methoden in der Rechtsvergleichung schon *Fikentscher*, 1975–77, Bd. IV, Anhang II, S. 695 ff., der aber von starken Gegensätzen ausgeht.

²¹ Siehe zum Beispiel *Stürner/Stadler*, in: Gilles (Hrsg.), 1995, S. 282 zur Kluft, die im Prozessrecht zwischen „law in the books“ und „law in action“ besteht; ähnlich *Vogenaier*, 2001, S. 1303 f.; vgl. auch *Hahn*, 1998, S. 38 f. zur Bedeutung der Verfahrenswirklichkeit: Bereits das nationale Zivilprozessrecht im klassisch-dogmatischen Sinne umfasse sowohl die Zivilprozessrechtswissenschaft als auch die Zivilgerichtspraxis.

²² Genauer zur Diskussion der Bedeutung von Rechtskulturen bei der Wahrnehmung und Konstruktion rechtlicher wie sozialer Fragen *Husa*, *RabelsZ* 67 (2003), S. 419 ff.

hindert nicht notwendig, dass dieses Instrument in England und Deutschland unterschiedlich praktiziert wird und unterschiedlich wirkt²³.

In der vorliegenden Untersuchung wird die Rechtsvergleichung nicht für rechtspolitische Anliegen genutzt, sondern als eine Methode zur Erlangung systematischer Erkenntnisse über die Zusammenhänge zwischen Gesellschaft, Institutionen und Recht, das heißt als Hilfe bei der Aufdeckung von Grundstrukturen des Verfahrens und seiner möglichen gesellschaftlichen Funktionen²⁴. Die Rechtsvergleichung dient hier dazu, ein möglichst breites Feld an Möglichkeiten, wie gesellschaftliche Konflikte verfahrensrechtlich behandelt werden können, aufzurollen und zu bewerten. Um diesen kognitiven und heuristischen Nutzen zu erhalten, müssen vor allem die Unterschiede zwischen den Regelungen und deren Hintergründe betont werden²⁵. England wurde hier nicht zuletzt deshalb als Vergleichsland zu Deutschland gewählt, weil das englische und das deutsche Verfahrensrecht einerseits gegensätzliche Traditionen repräsentieren und andererseits beide Länder Mitgliedstaaten derselben Europäischen Union sind.

2.3. Die funktionale Betrachtungsweise

Die rechtsvergleichende Methode zeichnet sich selbst dort, wo sie mit rechtspolitisch-instrumentellen Fragestellungen betrieben wird, durch eine funktionale Betrachtung aus. Die funktionale Betrachtung geht davon aus, dass Rechtsordnungen auf ähnliche gesellschaftliche Fragestellungen unterschiedliche rechtliche Antworten finden, die ähnliche Funktionen erfüllen können, also Funktionsäquivalente darstellen²⁶. Das Verhältnis von Recht und gesellschaftlichen Problemen wird dabei in der Regel nach einem dreistufigen Modell analysiert: Zunächst wird das gesellschaftliche Problem beschrieben und

²³ Für eine entsprechende Analyse in Hinblick auf einen Vergleich von irischer und schwedischer Umsetzung der Richtlinie 98/27/EG *Bogdan*, CLJ 1998, S. 369 ff. (er schlägt internationalprivatrechtliche Konsequenzen vor).

²⁴ Insofern handelt es sich hier um „Makrovergleichung“ im Sinne von *Gottwald*, Festschrift für Schlosser, 2005, S. 235 ff. Siehe auch *Frankenberg*, 2003, S. 302: Rechtsvergleichung als „Lernabenteuer“; zum Begriff der Funktion genauer unten 1. Kapitel bei 1.2., Fn. 74 f.; zu den unterschiedlichen Ansätzen in der Prozessrechtsvergleichung siehe auch den Überblick bei *Gilles*, 1995, S. 16 ff.

²⁵ Wer hingegen in ausländischen Rechtsordnungen in erster Linie nach Vorbildern oder Angleichungsmöglichkeiten sucht, wird stärker auf die Ähnlichkeiten von rechtlichen Regelungen abstellen. Zu diesem Unterschied *Curran*, AmJourCompLaw 46 (1998), S. 657 ff.; für die Kritik an der Konzentration auf Ähnlichkeiten siehe auch *Husa*, RabelsZ 67 (2003), S. 423 ff.

²⁶ *Zweigert/Kötz*, 3. Aufl. 1996, S. 34 ff.; *Stürner/Stadler*, in: *Gilles* (Hrsg.), 1995, S. 264 f.